

2014•2015
FACULTEIT RECHTEN
master in de rechten

Masterproef

In hoeverre speelt sociale media een rol in de arbeidsrelatie tussen werknemer en werkgever in het licht van de Belgische rechtspraak?

Promotor :
Prof. dr. Johan PEETERS

Nadia Monteiro Boiça De Sousa

Proefschrift ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten

De transnationale Universiteit Limburg is een uniek samenwerkingsverband van twee universiteiten in twee landen: de Universiteit Hasselt en Maastricht University.



Universiteit Hasselt | Campus Hasselt | Martelarenlaan 42 | BE-3500 Hasselt
Universiteit Hasselt | Campus Diepenbeek | Agoralaan Gebouw D | BE-3590 Diepenbeek



Maastricht University

2014•2015
FACULTEIT RECHTEN
master in de rechten

Masterproef

In hoeverre speelt sociale media een rol in de arbeidsrelatie tussen werknemer en werkgever in het licht van de Belgische rechtspraak?

Promotor :
Prof. dr. Johan PEETERS

Nadia Monteiro Boiça De Sousa

Proefschrift ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten

Samenvatting

Facebook, Twitter, LinkedIn,... Dit zijn begrippen die vandaag bijna iedereen kent. Nog geen 10 jaar geleden was dit onbekend terrein. Voor vele mensen maken sociale media deel uit van hun dagelijks leven. Het was dan ook een kwestie van tijd dat sociale media hun weg hebben gevonden naar de arbeidsverhoudingen.

In deze masterthesis is getracht een antwoord te geven op de onderzoeksvraag: "Welke rol spelen sociale media in de arbeidsrelatie tussen werknemer en werkgever in het licht van de Belgische rechtspraak?".

Vooraleer een antwoord te geven op deze vraag, is het noodzakelijk om de belangrijkste sociale netwerksites onder de loep te nemen. Doorheen de masterproef is voornamelijk de klemtoon gelegd op de sociale netwerksite Facebook.

Er is gebleken dat sociale netwerksites een steeds grotere invloed hebben op de arbeidsrelaties. Deze invloed is echter niet altijd positief. Dit bewijst de rechtspraak die aan bod komt met betrekking tot het misbruik van sociale media door de werknemer.

Wanneer een werknemer misbruik maakt van sociale media, kunnen er sancties worden opgelegd. De werknemer zal zich voornamelijk beroepen op 2 grondrechten om aan te tonen dat de werkgever onterecht is overgegaan tot sanctionering. Het recht op privacy en het recht op vrije meningsuiting spelen een grote rol.

Het kernonderdeel van deze masterproef is gericht op de rol die sociale media spelen in de arbeidsverhoudingen.

Reeds tijdens de werving- en selectieprocedure is er een invloed van sociale media. Een potentiële werkgever die op voorhand een kandidaat-werknemer opzoekt op Facebook en op deze manier informatie opneemt en eventueel opslaat, zal rekening moeten houden met wetgeving die in dit kader van belang is. In het Belgische recht zijn CAO nr. 38, de Wet Verwerking Persoonsgegevens en de antidiscriminatie wetten van 10 mei 2007 van belang. De Nederlandse werkgever moet rekening houden met de Wet Bescherming Persoonsgegevens en de Algemene Wet Gelijke Behandeling. Er zijn gelijkenissen alsook verschillen waar te nemen in de wetgeving van België en Nederland.

Ook tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst kunnen werkgever en werknemer geconfronteerd worden met sociale media en met name met de problemen die sociale media op de werkvloer kunnen geven. De werkgever beschikt over een gezags- en controlerecht ten aanzien van zijn juridisch ondergeschikte werknemer. Dit is echter geen absoluut recht en de werkgever zal rekening moeten houden met bepaalde wetgeving. CAO nr. 81 voorziet een bescherming voor de werknemer met betrekking tot de controle door de werkgever op de elektronische onlinecommunicatie. De werkgever moet ook de strafbepalingen in acht nemen. Art. 314bis Strafwetboek en art. 124 Wet Elektronische Communicatie voorzien in een strafbaarstelling wanneer de werkgever, onder bepaalde voorwaarden, kennis heeft genomen van communicatiegegevens. Ook de Nederlandse werkgever beschikt over een gezags- en controlerecht.

Verder wordt in de masterproef het belang van richtlijnen met betrekking tot sociale media aangehaald. Gebleken is dat een duidelijk beleid met betrekking tot sociale media in de arbeidsverhoudingen vele problemen kan vermijden, zowel voor werknemer als werkgever.

Wanneer een werkgever misbruik van sociale media door de werknemer heeft vastgesteld, kan de werkgever overgaan tot het opleggen van sancties. De werkgever beschikt over verscheidene sanctiemogelijkheden. Enerzijds disciplinaire sancties, zoals tuchtsancties en anderzijds het ontslag. In het kader van deze proef staan de tuchtsanctie en het ontslag om dringende redenen centraal. Hoven en rechtbanken zijn reeds geconfronteerd met ontslagzaken waar sociale media een grote rol hebben gespeeld. Werknemers, ontslagen om dringende redenen omdat ze zich negatief hebben uitgelaten over de werkgever of collega's of de onderneming zijn geen unicum. Ook Nederlandse hoven en rechtbanken zijn geconfronteerd met dergelijke zaken. Zowel de Belgische als de Nederlandse hoven en rechtbanken hebben geen consistente lijn in hun beoordeling. Het is een feitenkwestie waar de rechter rekening houdt met verschillende omstandigheden.

In verband met een schending van het recht op privacy speelt de Antigoondoctrine een grote rol. De Antigoondoctrine bepaalt dat onrechtmatig verkregen bewijs niet uit de debatten moet geweerd worden, tenzij er aan de Antigoonprincipes is voldaan. Een analyse van rechtspraak stelt vast dat het merendeel van de hoven en rechtbanken de Antigoondoctrine in het arbeidsrecht hebben aanvaard.

Voorwoord

Achttien jaar en net van de schoolbanken heb ik de beslissing genomen om rechten te gaan studeren. Een studie die mij de kans zou geven om mij te verdiepen in de wereld van wetteksten en juridische casussen. Het sluitstuk van mijn opleiding is deze masterthesis.

Doorheen mijn studie heeft het arbeidsrecht mij steeds geboeid. Daarom ben ik zeer dankbaar om mijn thesis te mogen schrijven in dit vakgebied.

Mijn dank gaat uit naar mijn promotor en tevens begeleider Prof. Dr. Johan Peeters voor zijn opmerkingen en richtlijnen om zo mijn thesis tot een goed einde te kunnen brengen.

Ook wil ik mijn ouders bedanken voor hun steun en toeverlaat doorheen mijn studie.

Als laatste gaat mijn dank uit naar Tanja Maes voor de hulp met de lay-out van mijn thesis en Karin Vandeweerdts voor het nalezen.

Inhoudstafel

I.	Inleiding	1
I.i.	Situering	2
I.ii.	Onderzoeksvraag	3
I.iii.	Onderzoeksmethode	4
1.	Sociale netwerksites	5
1.1.	Ontstaan en werking van sociale netwerksites.....	5
1.2.	Sociale netwerksites onder de loep genomen	6
1.2.1	Facebook	6
1.2.2	Twitter	6
1.2.3	LinkedIn	7
1.3.	Toenemende invloed van sociale netwerksites in het arbeidsrecht	7
2	Sociale media en arbeidsrecht	9
2.1.	Grondrechten.....	9
2.1.1	Recht op privacy.....	9
2.1.2	Recht op vrije meningsuiting	14
2.2.	Strafwetgeving.....	18
3	De rol van sociale media in de arbeidsverhoudingen	21
3.1.	Werving en selectie	21
3.1.1	Werving en selectie België	21
3.1.2	Werving en selectie Nederland	31
3.1.3	Tussenconclusie	36
3.2.	Uitvoering van de arbeidsovereenkomst	38
3.2.1	Gezagsrecht.....	38
3.2.2	CAO nr. 81.....	38
3.2.3	Strafbepalingen	42
3.2.4	Regulering sociale media op de werkvloer.....	44
3.2.5	Nederland.....	46
3.3.	Einde van de arbeidsovereenkomst.....	50
3.3.1	Sanctiemogelijkheden van de werkgever bij misbruik sociale media	50
3.3.2	Het ontslag om dringende redenen	54
3.3.3	Nederland.....	62
3.4.	De bewijswaarde van onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht ...	66
3.4.1	Antigoondoctrine	66
3.4.2	Toepassing Antigoonleer door de arbeidsrechter	68

	3.4.3 Arrest 7 februari 2013 arbeidshof te Brussel	70
4	Conclusie	73
5	Bibliografie	77

I. INLEIDING

Het World Wide Web is heden ten dagen niet weg te denken uit de huidige samenleving. Het heeft een behoorlijke evolutie gekend om uiteindelijk te staan waar we vandaag staan. Het internet was aanvankelijk enkel bedoeld voor militaire toepassing en exclusief universitaire ontwikkeling. Gezien de voordelen die internet biedt en de opkomst van computers in de modale huishoudens, bleef een commercialisering van internet niet uit.¹

Dagelijks worden miljoenen e-mails verzonden, duizenden Skypegesprekken gevoerd en ook een onnoemelijk aantal keer een zoekopdracht op de zoekmachine Google ingetypt. Kortom, internet is onontbeerlijk in onze multimediasamenleving.

Naast het dagelijkse gebruik van internet is de laatste 10 jaar een nieuwe trend ontstaan, namelijk het fervente gebruik van sociale netwerksites. Er worden honderdduizenden berichten op dé sociale netwerksite, Facebook, gepost, alsook talrijke foto's op Instagram gedeeld met de vele volgers. Sociale media zijn *hot*, en misschien wel een van de meest duidelijke voorbeelden die laten zien dat de huidige leefwereld zich afspeelt in een virtueel dorp.²

Doorheen de jaren zijn er verscheidene sociale netwerksites ontstaan, tegenwoordig is het echter Facebook die de prijs wegkaapt van dé sociale netwerksite. Wat ooit kleinschalig begon en bedoeld was om studenten met elkaar in contact te brengen, is uitgegroeid tot de grootste sociale netwerksite ter wereld.³ In België zijn er reeds 4 miljoen Facebookgebruikers en het aantal stijgt dagelijks.⁴ In 2012 heeft Facebook de kaap van meer dan één miljard gebruikers gehaald.⁵ Dit zijn hallucinante cijfers, zelfs in de gedigitaliseerde wereld waar we vandaag in leven. Het is dan ook onvermijdelijk dat er problemen rijzen wanneer mensen in contact komen met de wondere wereld van het internet en meer bepaald sociale netwerksites.

Een rechtsgebied waar frequent problemen optreden met betrekking tot sociale netwerksites is het arbeidsrecht. Het arbeidsrecht spitst zich voornamelijk toe op de band tussen werknemer en werkgever. Deze band is voor een groot deel gebaseerd op vertrouwen en loyaliteit. Hier loopt het echter soms mis. Gezien het fenomeen van sociale netwerksites nog maar ongeveer 10 jaar bestaat, zijn geschillen hieromtrent van recente aard. Echter, sociale netwerken hebben de laatste jaren een *boom* gekend en door de grote populariteit en het groeiend aantal gebruikers, zal er naar alle waarschijnlijkheid ook een grote toename zijn van problemen met sociale netwerksites.

Deze masterproef wordt geschreven in het kader van het vak arbeidsrecht. De thesis zal zich dan ook toespitsen op de rol van sociale netwerksites in de arbeidsrelatie tussen werknemer en werkgever.

¹ J. LORRE, *Sociale Media en werkgeverscontrole*, Mechelen, Kluwer, 2012, 1

² S., FEYEN, J. MARTENS, "Sociale media en de (kandidaat-)werknemer" in P., VALCKE, P.J., VALGAEREN en E., LIEVENS (eds.), *Sociale media: actuele juridische aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 157

³ S., PHILIPS, "A brief history of Facebook", *The Guardian* 2007, <http://www.theguardian.com/technology/2007/jul/25/media.newmedia> (consultatie 6 augustus 2014)

⁴ S., COCKX, "Sociale media in de arbeidsrelatie: 'vriend' of vijand?", *Or.* 2012, 12

⁵ H., GRAUW, "Privacybescherming op sociale netwerken: heeft u nog een privéleven?" in valcke, P., valgaeren, P.J., en lievens, E. (eds.), *Sociale media: actuele juridische aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 1

I.i. Situering

De masterthesis zal bestaan uit verscheidene onderdelen. Vooreerst wordt er een onderzoeksvraag geformuleerd, gevolgd door de toegepaste onderzoeksmethode. Rechtsvergelijking met Nederland loopt als een rode draad doorheen de masterproef.

Vervolgens worden er 3 delen onderscheiden.

Een eerste deel licht het concept 'sociale netwerksite toe'. Er wordt ondermeer een toelichting gegeven over de voornaamste sociale netwerksites in België, alsook de toenemende invloed van sociale media in het arbeidsrecht.

Het tweede deel spitst zich toe op 'sociale media en arbeidsrecht', waarin de fundamentele grondrechten zoals het recht op privacy en het recht op vrije meningsuiting worden toegelicht. Tevens zal er een korte uiteenzetting worden gegeven van strafrechtelijke misdrijven die gepleegd kunnen worden door het gebruik van sociale media, dit kaderend in het arbeidscontentieux. Voormeld onderdeel zal een algemeen kader vormen ter voorbereiding op het laatste grote deel.

Dit derde deel vormt de kern van deze masterthesis, het betreft de 'rol van sociale media in de arbeidsverhoudingen'. In dit onderdeel wordt getracht een antwoord te geven op de onderzoeksvraag.

Om de structuur te waarborgen, zal de normale gang van zaken gevolgd worden die gehanteerd wordt bij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst. Rechtspraak en rechtsvergelijking spelen een rol bij de verdere uitwerking van dit gedeelte.

Het kernonderdeel start met een uitwerking van de wetgeving die van belang is in het kader van de werving- en selectieprocedure en de rol die sociale media hierin kan spelen. Er zal een grondig onderzoek gevoerd worden naar de verschillen en gelijkenissen tussen de Belgische en Nederlandse wetgeving betreffende de werving- en selectieprocedure. De Belgische wetgeving die van toepassing is in het kader van de werving- en selectieprocedure is CAO nr. 38, de Wet tot Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer en de antidiscriminatie wetten van 10 mei 2007. Ook in de Nederlandse wetgeving is er in het kader van de werving- en selectieprocedure een Wet Bescherming Persoonsgegevens terug te vinden alsook de Algemene Wet Gelijke Behandeling. Ondanks dat de NVP Sollicitatiecode enkel een aanbeveling is voor de werkgever, is het belang van deze Code niet te onderschatten.

In het tweede subonderdeel van het kerndeel wordt de invloed beschreven van sociale media tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Dit onderdeel wordt bondiger uitgewerkt, aangezien de klemtoon ligt op de rol van sociale media buiten de reguliere werkuren.

Het gezagsrecht van de werkgever wordt besproken samen met het daaruit voortvloeiende controlerecht (CAO nr. 81).

De werkgever die overgaat tot het controleren van het internet en e-mailgebruik moet rekening houden met strafrechtelijke bepalingen die een bescherming bieden voor de onlinecommunicatie. Art. 314bis Strafwetboek en art. 124 Wet Elektronische Communicatie worden in deze context besproken.

Wil een onderneming een duidelijk beleid opstellen met betrekking tot het gebruik van sociale media op de werkvloer, dan zijn er verschillende mogelijkheden om dit te verwezenlijken. Deze mogelijkheden zullen besproken worden in het kader van de regulering van sociale media op de werkvloer.

Rechtsvergelijking met Nederland neemt een belangrijke plaats in de masterproef. Het gezags- en controlerecht van de werkgever wordt geplaatst in het Nederlandse recht.

Het derde subonderdeel handelt over de rol van sociale media bij het einde van de arbeidsovereenkomst. Een werknemer die sociale media misbruikt en daardoor zijn arbeidsrelatie met de werkgever heeft verstoord, kan onderworpen worden aan verscheidene sancties. In dit onderdeel volgt een uiteenzetting over de verschillende sanctiemogelijkheden van de werkgever. De tuchtsancties alsook het ontslag om dringende redenen worden uitgebreid besproken. Rechtspraak zal een grote rol spelen.

CAO nr. 109 betreffende de motivering van het ontslag maakt een belangrijk deel uit van dit onderdeel. De verplichting tot het motiveren van ontslag is een zeer recent gegeven en de invloed op het arbeidsrecht wordt des te belangrijker.

In het rechtsvergelijkend onderdeel wordt het ontslagrecht van Nederland besproken. Dit zal beperkt worden tot een uiteenzetting van het ontslag op staande voet en de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter. Ook Rechtspraak is hier van belang.

Als laatste subonderdeel wordt de bewijswaarde van onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht besproken. Het ontstaan en de evolutie van de Antigoondoctrine wordt uitgewerkt. Rechtspraak van arbeidsgerechten die de Antigoondoctrine hebben toegepast, zal worden geanalyseerd. Tenslotte wordt de vraag gesteld of de Antigoondoctrine niet op de helling komt te staan door een uitspraak van een arbeidshof.

I.ii. Onderzoeksvraag

In deze masterthesis wordt getracht een antwoord te geven op de vraag:

"Welke rol spelen sociale media in de arbeidsrelatie tussen werknemer en werkgever in het licht van de Belgische rechtspraak?"

Deze masterproef behoort tot de discipline arbeidsrecht en zal een omkadering bieden in de context van dit vakgebied.

Sociale media is een concept dat ruim geïnterpreteerd kan worden. Vele mensen worden ermee geconfronteerd op alle mogelijke momenten in hun dagelijkse leven.

Gezien de zeer ruime reikwijdte van sociale media in het arbeidsrecht, zal deze masterthesis zich voornamelijk toespitsen op het gebruik van sociale media BUITEN de reguliere werkuren; meer bepaald het gebruik van sociale media vooraleer er een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen, namelijk bij aanwerving/selectie van werknemers, alsook het gebruik van sociale media na de werkuren (kritische uitlatingen, ontslag,...). Er wordt onderzocht of er voldoende juridische

bescherming wordt geboden enerzijds ter bescherming van de fundamentele rechten van de werknemer en anderzijds ter bescherming van de toezichts- en controlerechten van de werkgever. Ter vervollediging van deze masterthesis is het onontbeerlijk om ook het gebruik van sociale media tijdens de reguliere werkuren te behandelen. Dit wordt kort en bondig toegelicht en dient enkel om het geschetste kader aan te vullen.

I.iii. Onderzoeksmethode

Vooreerst wordt er een theoretische benadering toegepast in de masterthesis. Om de onderzoeksvraag duidelijk te kunnen beantwoorden, wordt er gebruik gemaakt van de toepasselijke wettelijke regelgeving met betrekking tot sociale netwerksites in een arbeidsrechtelijke verhouding. Ook de verscheidene invloeden van rechtsleer op dit onderwerp komen aan bod. Verder zal rechtspraak een rol spelen in het beantwoorden van de onderzoeksvraag.

Sociale media en sociale netwerksites zijn de laatste 10 jaar aan een opmars begonnen. Ook in de arbeidsverhoudingen hebben sociale media hun weg gevonden. De intrede van sociale media in de arbeidsverhoudingen heeft geleid tot een aantal situaties die als problematisch kunnen worden beschouwd. Werknemers en werkgevers kunnen beiden een verschillende visie hebben over het gebruik van sociale media. Dit kan, in het slechtste geval, leiden tot een ontslag om dringende redenen voor de werknemer. Hoven en rechtbanken worden geconfronteerd met misnoegde werknemers die niet akkoord zijn met hun ontslag. Gezien de recente aard van sociale media en sociale netwerksites, zijn er nog niet veel rechtszaken aanhangig gemaakt. In deze masterthesis zal een uiteenzetting worden gegeven van aanwezige rechtspraak.

In tweede instantie loopt rechtsvergelijking als een rode draad doorheen de masterproef. Er is geen specifiek onderdeel 'rechtsvergelijking', maar het rechtsvergelijkend onderzoek wordt besproken en toegepast doorheen de beschreven onderdelen van de masterthesis.

Het land dat centraal staat, is Nederland.

Als buurland en taalgenoot van België lijkt Nederland een geknipte kandidaat om mee te vergelijken. Het Nederlandse recht vertoont enerzijds parallellen, maar anderzijds ook verschillen met het Belgische recht. Het is interessant om in het kader van deze masterproef de verschillen en gelijkenissen in wetgeving alsook in rechtspraak nader te bekijken.

1. SOCIALE NETWERKSITES

1.1. Ontstaan en werking van sociale netwerksites

Een trend die zich de laatste jaren voordoet, zowel in binnen- als buitenland, zijn knelpunten in de relatie tussen werkgever en werknemer omwille van het gebruik of misbruik van sociale media. Zowel op de werkvloer als buiten de werkvloer worden er moeilijkheden ondervonden met sociale media. Maar wat is nu eigenlijk sociale media? Is er een duidelijke betekenis van wat het concept sociale netwerksites nu precies behelst?

Vast staat dat er verscheidene definities en betekenissen aan het concept sociale netwerksites wordt gegeven. Aldus bestaat er geen eenduidige definitie. DE PAUW heeft sociale netwerksites omschreven als *"onlineplaatsen die mensen de gelegenheid bieden om zichzelf voor te stellen, hun sociale netwerken uit te bouwen, hun interesses te delen en verbonden te zijn met anderen."*⁶ Zelfs het Hof van Justitie heeft zich gewaagd aan een beschrijving: *"Dergelijke sites, waarvan tientallen miljoenen mensen dagelijks gebruik maken, zijn in de eerste plaats gericht op het creëren van virtuele gemeenschappen waar personen met elkaar kunnen communiceren en zo vriendschappen kunnen aanknopen. In hun profiel kunnen gebruikers onder meer een dagboek bijhouden, hun hobby's en voorkeuren opgeven, hun vrienden tonen, eigen foto's plaatsen en videofragmenten uploaden."*⁷

Het komt er op neer dat sociale netwerksites aan personen de mogelijkheid geven om een virtueel leven uit te bouwen, hun de mogelijkheid geven om in contact te komen en te blijven met andere virtuele lotgenoten en/of vrienden. Sociale netwerksites vormen voor vele mensen een groot deel van hun sociale omgang en contact met andere personen. Of dit een gezonde ontwikkeling is, staat hier buiten beschouwing. Vast staat dat sociale netwerksites vandaag niet meer weg te denken zijn uit het dagelijkse leven van vele mensen.

Sociale media zijn een tamelijk recent concept. Ruim 20 jaar geleden was er geen sprake van 'iemand toevoegen als vriend op Facebook' of 'twitteren'. Laat staan dat er een mogelijkheid bestond om in een virtuele wereld een *curriculum vitae* uit te sturen. Vandaag de dag zijn dit dagelijkse bezigheden voor vele mensen.

In 1997 is de eerste herkenbare sociale netwerksite ontstaan, namelijk SixDegrees.com. SixDegrees promootte zichzelf door te verkondigen dat het dé manier was om in contact te komen met andere mensen en om berichten naar elkaar te sturen. Het was echter geen succes en in 2000 werd er een einde gemaakt aan SixDegrees.⁸ De grote doorbraak van sociale netwerksites is er gekomen met Friendster (2002) en MySpace (2003). Dit waren de eerste sociale netwerksites waar 'iedereen' toegang tot kon krijgen. Het jaar 2003 was ook het jaar waar LinkedIn voor het eerst

⁶ E., DE PAUW, "sociale controle in onlinegemeenschappen: een taak voor de overheid of volstaat zelfregulering?", *Orde dag* 2010, afl. 49, (5) 7; J., LORRE, *Sociale Media en werkgeverscontrole*, Mechelen, Kluwer, 2012, 2

⁷ Overweging 17 HvJ C-360/10, *Belgische vereniging van auteurs, componisten en uitgevers (SABAM) v. Netlog*, 2012; J., LORRE, *Sociale Media en werkgeverscontrole*, Mechelen, Kluwer, 2012, 2

⁸ D.M., BOYD, N.B., ELLISON, "Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship", *Journal of Computer-Mediated Communication* 2007, <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1083-6101.2007.00393.x/full/> (consultatie 28 september 2014)

met de wereld kennis maakte. Dé moeder der sociale netwerksites heeft het levenslicht gezien in 2004, namelijk Facebook. Door de komst van Facebook heeft de virtuele wereld er een belangrijke speler bij gekregen.⁹

Om een beter inzicht te verkrijgen in de wereld van sociale netwerksites, wordt in het volgende deel een korte toelichting gegeven bij 3 van de meest bekende en frequent gebruikte sociale netwerksites, namelijk Facebook, Twitter en LinkedIn.

1.2. Sociale netwerksites onder de loep genomen

1.2.1 Facebook

Zoals reeds vermeld, wordt Facebook gezien als dé sociale netwerksite van de 21^{ste} eeuw. In 2004 werd Facebook opgericht door Mark Zuckerberg en enkele van zijn vrienden. De oorspronkelijke bedoeling van Facebook was om een medium te zijn voor Harvard studenten om op deze manier met elkaar in contact te kunnen komen. Door het grote succes in Harvard werd Facebook toegankelijk gemaakt voor leerlingen van het secundaire onderwijs om uiteindelijk uit te groeien tot een virtuele ontmoetingsplaats voor iedereen boven de 13 jaar. In 2012 heeft Facebook de kaap van 1 miljard actieve gebruikers wereldwijd gehaald en hun aantal groeit nog dagelijks. Facebook is dan ook terecht uitgeroepen tot de grootste sociale netwerksite ter wereld.¹⁰

1.2.2 Twitter

Na de opkomst van Facebook is er een andere speler op de markt gekomen die op korte tijd naam en faam heeft gemaakt, namelijk Twitter. In 2006 werd Twitter opgericht door Jack Dorsey, Evan Williams, Biz Stone en Noah Glass.¹¹ Twitter heeft zijn grote populariteit te danken aan de mogelijkheid om aan micro blogging te doen (een limit van 140 karakters per bericht) en het feit dat Twitter gebruikt wordt door vele beroemdheden over heel de wereld.¹² Vandaag worden er miljoenen 'tweets' per dag verstuurd.

⁹ X., "Sociale media geschiedenis, hoe het is begonnen.", <http://socialmediablog.nl/social-media-geschiedenis/> (consultatie 28 september 2014) en DR. A., CURTIS, "The brief history of social media", <http://www2.uncp.edu/home/acurtis/NewMedia/SocialMedia/SocialMediaHistory.html> (consultatie 28 september 2014)

¹⁰ S., EDOSOMWAN, S.K., PRAKASAN, D., KOUAME, J., WATSON, T., SEYMOUR, "The History of Social Media and its Impact on Business", *The Journal of Applied Management and Entrepreneurship* 2011, Vol. 16, No.3, 4, <http://www.minot.com/tom/SocialMedia-JAME.pdf> (consultatie 29 september 2014); H., GRAUW, "Privacybescherming op sociale netwerken: heeft u nog een privéleven?" in VALCKE, P., VALGAEREN, P.J., LIEVENS, E. (eds.), *Sociale media: actuele juridische aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 1

¹¹ F. POORT, "De oorsprong, kracht en toekomst van Twitter", 2013, <http://www.nutech.nl/internet/3620805/oorsprong-kracht-en-toekomst-van-twitter.html> (consultatie 29 september 2014)

¹² S., EDOSOMWAN, S.K., PRAKASAN, D., KOUAME, J., WATSON, T., SEYMOUR, "The History of Social Media and its Impact on Business", *The Journal of Applied Management and Entrepreneurship* 2011, Vol. 16, No.3, 4, <http://www.minot.com/tom/SocialMedia-JAME.pdf> (consultatie 29 september 2014)

1.2.3 LinkedIn

LinkedIn is opgericht in 2003 door Reid Hoffman, Allen Blue, Konstantin Guericke, Eric Ly, en Jean-Luc Vaillant.¹³ Het doel van LinkedIn is om personen de mogelijkheid te bieden hun professioneel netwerk uit te breiden. De doelgroep waar LinkedIn zich op richt zijn professionelen. LinkedIn biedt mensen de kans om hun curriculum vitae bekend te maken alsook aan bedrijven om op deze manier een nieuwe werkracht aan te werven. LinkedIn speelt vandaag dan ook een grote rol in de zoektocht naar werk op de arbeidsmarkt.¹⁴

1.3. Toenemende invloed van sociale netwerksites in het arbeidsrecht

Sociale netwerksites spelen een voorname rol in het leven van vele personen. Foto's worden gepost op Facebook, meningen worden geuit op Twitter en er wordt getracht zijn professioneel netwerk uit te breiden via LinkedIn. Het is bijgevolg niet verwonderlijk dat sociale netwerksites intussen ook hun weg hebben gevonden naar de werkvloer. Werknemers gebruiken sociale netwerksites om verschillende redenen. Zo gebruiken werknemers sociale netwerksites om in contact te komen met collega's. Andere werknemers zitten gedurende hun werkuren achter hun computerscherm Facebook te 'checken'. Sommige werknemers zien sociale netwerksites als een 'veilige' omgeving om eventueel werk gerelateerde vragen te posten en weer andere werknemers delen aan hun vele volgers/vrienden mee hoe hun werkdag is verlopen.

Er is echter een keerzijde aan de medaille. De invloed van sociale netwerksites binnen de bedrijfsmuren blijkt een bron te zijn van geschillen en conflicten tussen werknemers en werkgevers.¹⁵ Werknemers beseffen niet dat het gebruik of misbruik van sociale netwerksites - ook tijdens hun privétijd - kan leiden tot ernstige consequenties voor hun professionele leven. Dit bewijzen voorbeelden die in de media zijn aangehaald:

- "Foute tweets leiden steeds vaker tot ontslag"¹⁶
- "vier op de tien werkgevers blokkeren de toegang tot sociale media"¹⁷
- Manager dreigt op Twitter stakers te ontslaan"¹⁸

De kritiek die werknemers uiten op de sociale netwerksites kan zich echter ook rechtstreeks richten tot de werkgever, met alle gevolgen van dien. Dit bewijzen de verscheidene arresten en vonnissen die aan bod zullen komen in deze masterthesis.

¹³ K., YEUNG, "LinkedIn is 10 years old today: Here's the story of how it changed the way we work", 2013, <http://thenextweb.com/insider/2013/05/05/linkedin-10-years-social-network/> (consultatie 29 september 2014)

¹⁴ X., "De geschiedenis van bekende sociale media", 2012, <http://pc-en-internet.infonu.nl/communicatie/104061-de-geschiedenis-van-bekende-social-media.html> (consultatie 29 september 2014)

¹⁵ J., LORRE, *Sociale Media en werkgeverscontrole*, Mechelen, Kluwer, 2012, 7

¹⁶ X., "Foute tweets leiden steeds vaker tot ontslag", <http://www.jobat.be/nl/artikels/foute-tweets-leiden-steeds-vaker-tot-ontslag/> (consultatie 1 januari 2015)

¹⁷ W., DE PRETER, "Vier op de tien werkgevers blokkeren de toegang tot sociale media", <http://blogs.tijd.be/mzine/2012/02/vier-op-tien-belgische-werkgevers-blokkeren-toegang-tot-sociale-media.html> (consultatie 1 januari 2015)

¹⁸ X., "Manager dreigt op Twitter stakers te ontslaan", http://www.standaard.be/cnt/dmf20120126_227 (consultatie 1 januari 2015)

2 SOCIALE MEDIA EN ARBEIDSRECHT

In dit onderdeel volgt er een bondige uiteenzetting van twee grondrechten die doorheen de masterthesis aan bod komen: het recht op privacy en het recht op vrije meningsuiting. Verder wordt er in dit onderdeel een toelichting gegeven over de strafrechtelijke misdrijven die in een arbeidscontentieux gepleegd kunnen worden door het gebruik of misbruik van sociale media. Gezien het feit dat de masterproef kadert in het arbeidsrechtelijke vakgebied, zal de strafrechtelijke kant van de zaak slechts zeer beperkt behandeld worden. Dit houdt echter niet in dat de strafrechtelijke aspecten uit het oog mogen worden verloren, zeker niet in de gedigitaliseerde wereld waar we vandaag in leven.

2.1. Grondrechten

Wanneer er conflicten rijzen tussen een werknemer en een werkgever met betrekking tot het gebruik van sociale media, spelen de grondrechten dikwijls een belangrijke rol in het geschil. Professor FRANK HENDRICKX omschrijft grondrechten als zijnde "*rechten die zulke fundamentele waarden in een maatschappelijke ordening betreffen dat zij de hoogste rang bekleden in de hiërarchie van de rechtsnormen.*"¹⁹ Iemand heeft grondrechten omwille van zijn mens-zijn.²⁰ Hieruit volgt, mijns inziens dat grondrechten een onontbeerlijk deel uitmaken van het leven van individuen.

In de context van deze masterproef staan voornamelijk 2 grondrechten centraal: het recht op privacy en het recht op vrije meningsuiting. Gezien de relevantie en significantie van de grondrechten doorheen de masterthesis wordt vooreerst een algemeen kader geschetst van deze twee belangrijke grondrechten.

Rechtsvergelijking speelt een voorname rol in deze masterthesis en de plaats van deze twee grondrechten wordt ook besproken in het Nederlandse recht.

In het kern-onderdeel van deze masterproef zullen deze twee grondrechten nog meer uitgebreid worden besproken in het licht van de toepasselijke wetgeving en rechtspraak gelinkt aan het arbeidscontentieux.

2.1.1 Recht op privacy

Het recht op privacy is niet alleen van deze tijd. Reeds in 1890 publiceerden de Amerikanen Warren en Brandeis een artikel met als titel 'The right to privacy' in een vooraanstaand juridisch tijdschrift. Brandeis heeft enkele jaren later privacy omschreven als 'The right to be let alone'. Deze omschrijving kan ook vandaag nog als actueel worden beschouwd.²¹

Het recht op privacy wordt terecht beschouwd als een fundamenteel recht en geniet dan ook bescherming door internationale, Europese en nationale rechtsnormen. Op internationaal niveau vind je het recht op privacy terug in art. 12 UVRM²² en art. 17 IVBPR²³.

¹⁹ F., HENDRICKX, *Privacy en arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1999, 18

²⁰ F., HENDRICKX, *Privacy en arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1999, 18

²¹ H., ROERDINK, E., THOLE, "Privacy en persoonsgegevens" in E., THOLE, F., VAN DER JAGT, H. ROERDINK (eds.), *50 vragen over privacy*, Deventer, Kluwer, 2010, 13

²² 10 december 1948 Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, BS 31 maart 1949, 02488

Voor de Belgische rechtsorde is het EVRM meer van belang. In het Smeerkaasarrest²⁴ oordeelde het Hof van Cassatie dat internationaal recht voorrang moet hebben op normen van intern recht. Wanneer een internrechtelijke norm voorrang zou hebben op een verdragsnorm, dan zou dit een veroordeling inhouden van de verdragsnorm. Wanneer er aldus een conflict ontstaat tussen een internationaalrechtelijke norm met rechtstreekse werking en een internrechtelijke norm, dan is het de door het verdrag bepaalde regel die voorrang heeft. Het EVRM is een internationaalrechtelijk verdrag met rechtstreekse werking in de Belgische rechtsorde en zal aldus voorrang krijgen op het intern Belgische recht.

Het recht op privacy wordt in het Europees recht op algemene wijze beschermd door art. 8 EVRM.²⁵ Art. 8, §2 EVRM aanvaardt dat er in sommige gevallen inmenging mogelijk is in het privéleven van een individu.²⁶ Wanneer er een inmenging gebeurt door de overheid, dan kan de burger het grondrecht op eerbiediging van zijn privéleven inroepen tegen de overheid. De vraag die zich stelt is of dat de burger dit grondrecht ook kan inroepen tegen private personen? Dit is de vraag naar derdenwerking of horizontale werking van grondrechten. Zoals reeds vermeld, beschermen grondrechten fundamentele waarden in de samenleving, hieruit volgt dat zij ook doorwerken in de verhoudingen tussen private personen onderling en niet enkel in de verhouding burger-overheid.²⁷ Het recht op privacy zal aldus ook kunnen toegepast worden in de arbeidsrelaties.

Wanneer een werknemer een arbeidsovereenkomst sluit met een werkgever, kan hij zijn grondrecht op privacy niet verliezen. Het grondrecht op privacy beschikt, zoals reeds vermeld, over derdenwerking.²⁸ Dit weerhoudt de werkgever er echter niet van om, onder voorwaarden, beperkingen op te leggen aan de uitoefening van dit recht. De werknemer stemt namelijk in met deze beperkingen vanaf het moment dat hij akkoord gaat met de arbeidsovereenkomst. De mogelijkheid om beperkingen op te leggen, volgt uit de gezagsrelatie tussen werknemer en werkgever.²⁹ Een voorbeeld van een beperking die de werkgever kan opleggen is een maandelijkse controle op het e-mail verkeer van de werknemer.³⁰

Uit rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens is gebleken dat het Hof het recht op privacy reeds verscheidene malen heeft toegepast in een arbeidsrelatie.³¹ In het arrest *Niemietz v. Germany*³² is het Hof tot de conclusie gekomen dat een werknemer met betrekking tot zijn professionele leven ook beroep kan doen op zijn recht op privacy. Het begrip 'privéleven' moet

²³ 10 december 1966 Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten, BS 6 mei 1983, 8815

²⁴ Cass. 27 mei 1971, Arr. Cass. 1971, 959

²⁵ Art. 8 Verdrag 4 november 1950 tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele vrijheden, BS 19 augustus 1955, 5029 (hierna: EVRM)

²⁶ Art. 8, §2 EVRM

²⁷ B., OVERSTEYNS, "Het recht op eerbiediging van het privéleven", RW 1988-89, nr. 15, 491

²⁸ F., HENDRICKX, "Privacy en arbeidsrecht", *jura falconis* 1998-1999, jg. 35, nr.4, <https://www.law.kuleuven.be/jura/art/35n4/hendrix.htm> (consultatie 8 oktober 2014)

²⁹ A., PEIFFER, A., MATTHIJS, E., VERLINDEN, *Privacy in de arbeidsrelatie. Gids voor het voeren van een privacybeleid*, Gent, Story Publishers, 18-19

³⁰ Er zal wel rekening moeten gehouden worden met CAO nr. 81 en het finaliteitsbeginsel, proportionaliteitsbeginsel en het transparantiebeginsel.

³¹ Hendrickx, F., "Sociale media en privacy in het arbeidsrecht", in VRG-ALUMNI (ed.), *Recht in beweging-20^{ste} VRG-Alumnidag*, Antwerpen, Maklu, 2013, 24

³² EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88, Niemietz/Duitsland

ruim geïnterpreteerd worden en kan worden doorgetrokken naar het professionele leven.³³ In het arrest *Halford v. United Kingdom*³⁴ heeft het Hof geoordeeld dat zowel privé- als zakelijke telefoons, gepleegd op de werkvloer, de bescherming van art. 8 EVRM kunnen genieten.³⁵ In het arrest *Copland v. United Kingdom*³⁶ bouwt het Hof voort op het arrest *Halford*. Het Hof heeft vastgesteld dat het recht op privacy geldt voor alle vormen van telecommunicatie, ook voor e-mail en internetgebruik, ongeacht of het om persoonlijke of professionele telecommunicatie gaat.³⁷ Deze rechtspraak leidt ertoe dat, voor het gebruik van sociale media door de werknemer, wordt aangenomen dat het recht op privacy van toepassing is, ongeacht of de werknemer sociale media gebruikt in zijn vrije tijd of tijdens de werkuren.³⁸

Artikel 8, lid 2 EVRM aanvaardt dat er in sommige gevallen inmenging mogelijk is in het privéleven van het individu.³⁹ Er zal wel rekening moeten worden gehouden met het legaliteitsbeginsel, het finaliteitsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel.

Het legaliteitsbeginsel houdt in dat een inmenging enkel mogelijk is wanneer het voorzien is door de wet. Het is niet vereist dat het gaat om een formele wet, elke norm van intern recht komt in aanmerking, geschreven of ongeschreven.⁴⁰ Een werknemer moet namelijk weten wat zijn rechten zijn met betrekking tot zijn recht op privacy, zowel op de werkvloer als daarbuiten. Het finaliteitsbeginsel houdt in dat een inmenging slechts mogelijk is wanneer er gerechtvaardigde doeleinden worden nagestreefd.⁴¹ Om te bepalen of dat er gerechtvaardigde doeleinden worden nagestreefd, is een feitenkwestie. Toegepast op het arbeidscontentieux, kan besloten worden dat 'de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen' een van de voornaamste gronden van rechtvaardiging is. Zo zal de werkgever de mogelijkheid hebben om zijn recht op gezagsuitoefening, zijn eigendomsrecht of zijn recht op vrijheid van ondernemen in te roepen. Tenslotte besluit het proportionaliteitsbeginsel dat enerzijds de genomen maatregel relevant en geschikt moet zijn om het gerechtvaardigde belang te beschermen en anderzijds dat er

³³ Overweging 29 EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88, Niemietz/Duitsland: "There appears (...) to be no reason of principle why this understanding of the notion of "private life" should be taken to exclude activities of a professional or business nature since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world. This view is supported by the fact that (...) it is not always possible to distinguish clearly which of an individual's activities form part of his professional or business life and which do not. Thus, especially in the case of a person exercising a liberal profession, his work in that context may form part and parcel of his life to such a degree that it becomes impossible to know in what capacity he is acting at a given moment of time."

³⁴ EHRM 25 juni 1997, nr. 20605/92, Halford/Verenigd Koninkrijk

³⁵ Overweging 44 EHRM 25 juni 1997, nr. 20605/92, Halford/Verenigd Koninkrijk: "In the Court's view, it is clear from its case-law that telephone calls made from business premises as well as from the home may be covered by the notions of "private life" and "correspondence" within the meaning of Article 8 para. 1."

³⁶ EHRM 3 april 2007, nr. 62617/00, Copland/Verenigd Koninkrijk

³⁷ Overweging 41 EHRM 3 april 2007, nr. 62617/00, Copland/Verenigd Koninkrijk: "According to the Court's case-law, telephone calls from business premises are prima facie covered by the notions of "private life" and "correspondence" for the purposes of Article 8 § 1. It follows logically that e-mails sent from work should be similarly protected under Article 8, as should information derived from the monitoring of personal Internet usage."

³⁸ F., HENDRICKX, "Sociale media en privacy in het arbeidsrecht", in VRG-ALUMNI (ed.), *Recht in beweging-20^{ste} VRG-Alumnidag*, Antwerpen, Maklu, 2013, 25

³⁹ Artikel 8, lid 2 EVRM

⁴⁰ Cass. 2 mei 1990, *Pas.* 1990, I, 1600

⁴¹ Voor gerechtvaardigde doeleinden zie art. 8, lid 2 EVRM

evenredigheid moet bestaan tussen de inmenging in het grondrecht en het beoogde legitieme en wettelijk toegelaten doel.⁴²

Een andere beperking op het grondrecht privacy zijn de redelijke privacyverwachtingen. De redelijke privacyverwachting van de werknemer moet gekaderd worden in de vraag of een werknemer in een bepaalde omstandigheid redelijkerwijze kon verwachten dat er een inmenging in zijn privéleven zou plaatsvinden.⁴³ Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft bepaald dat het recht op privacy verminderd kan worden wanneer een individu zijn privéleven in contact brengt met zijn publieke leven.⁴⁴

Gekaderd in de theorie van de redelijke privacyverwachting, wordt besloten dat wanneer een werknemer een bericht post op Facebook en hieraan ook de nodige publiciteit geeft (bijvoorbeeld door het bericht openbaar te maken en niet enkel voor te behouden voor zijn Facebook vrienden), hij er redelijkerwijze van mag uitgaan dat verscheidene personen hier kennis van kunnen nemen en op deze manier de bescherming van zijn recht op privacy verminderd wordt. Een persoon heeft steeds de mogelijkheid heeft om zijn recht op privacy in te roepen wanneer hij van mening is dat er een inbreuk heeft plaatsgevonden op zijn privacyrecht. Echter, wanneer een persoon, mijns inziens, beslist om een openbaar Facebookprofiel aan te maken, zal zijn recht op privacy verminderd zijn in de zin dat hij moet beseffen dat een openbaarmaking van zijn gegevens kan leiden tot kennisname door andere personen.

Wanneer een werknemer beslist om een deel van zijn privéleven bekend te maken via een publieke blog, dan doet hij op deze manier afstand van een deel van zijn recht op de bescherming van privacy.⁴⁵

Het belang van het concept van de redelijke privacyverwachtingen werd bevestigd door het Hof van Cassatie in een arrest van 9 september 2008.⁴⁶ De zaak behandelt de problematiek van het opnemen van telefoongesprekken door een deelnemer aan die gesprekken. Deze opname gebeurde buiten het medeweten van de gesprekspartner om en deze gesprekken dienden als bewijs in een strafzaak.⁴⁷ Het Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat de rechter het criterium van de redelijke privacyverwachting in zijn oordeel moet betrekken. Het criterium heeft onder meer betrekking op de inhoud en de omstandigheden waaronder het gesprek plaatsvond.⁴⁸ Het vonnis van het hof van beroep te Brussel is vernietigd door het Hof van Cassatie omdat de appelrechters het criterium van de redelijke privacyverwachting niet in hun oordeel hebben betrokken.⁴⁹

⁴² F., HENDRICKX, "Privacy en arbeidsrecht", *jura falconis* 1998-1999, jg. 35, nr.4, <https://www.law.kuleuven.be/jura/art/35n4/hendrix.htm> (consultatie 8 oktober 2014); J., LORRE, *Sociale Media en werkgeverscontrole*, Mechelen, Kluwer, 2012, 14-15

⁴³ S., COCKX, "Sociale media in de arbeidsrelatie: 'vriend' of vijand?", *Or.* 2012, 14

⁴⁴ EHRM 12 juli 1997, nr. 6959/75, Brüggeman en Scheuten/Duitsland. In overweging 56 van dit arrest heeft het Hof bevestigd dat: "*the claim to respect for private life is automatically reduced to the extent that the individual himself brings his private life into contact with public life or into close connection with other protected interests.*"; S., COCKX, "Sociale media in de arbeidsrelatie: 'vriend' of vijand?", *Or.* 2012, 14-15

⁴⁵ C., PREUMONT, "Les médias sociaux à l'épreuve du droit du travail.", *JTT* 2011, 354

⁴⁶ Cass. 9 september 2008, P. 08.0276.N (juridat.be)

⁴⁷ Cass. 9 september 2008, P. 08.0276.N, concl. M. Timperman (Juridat.be)

⁴⁸ Overweging 5 Cass. 9 september 2008, P. 08.0276.N (juridat.be)

⁴⁹ Overweging 6 Cass. 9 september 2008, P. 08.0276.N (juridat.be)

Een werknemer kan zich beroepen op de bescherming van zijn recht op privacy. Echter wanneer een werknemer zijn privéleven publiek maakt, mag hij er van uitgaan dat er een vermindering van zijn bescherming van zijn recht op privacy zal plaatsvinden. De werknemer draagt dus zelf ook enige verantwoordelijkheid met betrekking tot het 'privé houden' van zijn privéleven.

2.1.1.1 Recht op Privacy België

Het recht op privacy is in België terug te vinden in artikel 22 Grondwet.⁵⁰ De wetgever heeft in voormeld artikel ook in de mogelijkheid voorzien om af te wijken van dit recht, maar enkel wanneer het is toegestaan door de wet.

Verder is met betrekking tot het recht op privacy in de Belgische wetgeving van belang de Wet van 8 december 1992 tot Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer ten opzichte van de Verwerking van Persoonsgegevens.⁵¹ Deze wet is ondertussen al een aantal malen grondig gewijzigd. Door de komst van Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 betreffende de Bescherming van Natuurlijke Personen in verband met de Verwerking van Persoonsgegevens en betreffende het Vrij Verkeer van die Gegevens⁵² (ook wel Privacyrichtlijn genoemd), was er een omzetting van de richtlijn naar Belgisch recht vereist. Dit is de reden waarom de Wet van 8 december 1992 is gewijzigd door de Wet van 11 december 1998.⁵³ Een andere wijziging heeft betrekking op de vereiste van de Privacyrichtlijn dat elke lidstaat een nationaal onafhankelijk orgaan moet oprichten om toezicht te houden op de bescherming van persoonsgegevens in de desbetreffende lidstaat.⁵⁴ De Wet van 26 februari 2003 heeft er voor gezorgd dat het statuut, de samenstelling en de bevoegdheden van de Privacycommissie in de Wet van 8 december 1992 werden aangepast en dat er sectorale comités werden opgericht.⁵⁵

De Privacywet zal in het kern-onderdeel van de masterthesis verder worden uitgewerkt en geanalyseerd in het kader van de arbeidscontentieux.

2.1.1.2 Recht op privacy Nederland

In Nederland is aan art. 8 EVRM horizontale werking toegekend door het Bespiedde Bijstandsmoeder arrest van de Hoge Raad van 9 januari 1987.⁵⁶

Het recht op privacy in de Nederlandse wetgeving is vastgelegd in art. 10 Nederlandse Grondwet.⁵⁷

⁵⁰ Art. 22 Gecoördineerde Belgische Grondwet van 17 februari 1994, *BS* 17 februari 1994, 4054 (hierna: Gw.)

⁵¹ Wet 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, *BS* 18 maart 1993 (hierna: Privacywet)

⁵² Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van die gegevens, *Pb.L.* 23 november 1995, afl. 281 (hierna: Privacyrichtlijn)

⁵³ X., "De Privacywet", 2014, <http://www.privacycommission.be/nl/de-privacywet> (consultatie 9 oktober 2010)

⁵⁴ H., ROERDINK, E., THOLE, "Privacy en persoonsgegevens" in E., THOLE, F., VAN DER JAGT, H. ROERDINK (eds.), *50 vragen over privacy*, Deventer, Kluwer, 2010, 16

⁵⁵ X., "De Privacywet", 2014, <http://www.privacycommission.be/nl/de-privacywet> (consultatie 9 oktober 2014)

⁵⁶ HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 982: "Vooropgesteld moet worden dat, ook voor de periode waarin zich de feiten van de onderhavige zaak hebben afgespeeld, een recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer moet worden aanvaard, dat aansluit bij vergelijkbare ontwikkelingen in andere landen en dat naar zijn inhoud mede wordt bepaald door art. 8 EVRM, waarvan moet worden aangenomen, dat het ook werking heeft tussen burgers onderling. Een inbreuk op dit recht levert in beginsel een onrechtmatige daad op in de zin van art. 1401 BW." In het arrest stelt de Hoge Raad grenzen aan observaties van een ambtenaar in zijn privé-tijd in het kader van nalevingstoezicht op de Algemene Bijstandswet.

Net zoals in de Belgische Grondwet, wordt er een mogelijkheid voorzien om af te wijken van het recht op privacy, doch enkel wanneer toegelaten door de wet. Ook ons buurland ziet het recht op privacy als een fundamenteel grondrecht en heeft het ingeschreven in de Nederlandse Grondwet. Er wordt eveneens derdenwerking oftewel horizontale werking toegekend aan art. 10, eerste lid Nederlandse Grondwet. Burgers onderling zullen zich dus op het recht op privacy, zoals omschreven in de Grondwet, kunnen beroepen.⁵⁸ Hieruit volgt dat werknemers en werkgevers bij een geschil zich zonder problemen kunnen beroepen op de bepalingen van de Grondwet.

Vergelijkbaar met het Belgisch recht, bestaat er in Nederland ook geen 'algemene wet op privacy'. De bescherming van het recht op privacy wordt in Nederland verscheidene wetten geregeld. Belangrijk is de Wet Bescherming Persoonsgegevens⁵⁹ die door de inwerkingtreding van de Privacyrichtlijn in 1995 uiteindelijk in 2001 werd ingevoerd (te vergelijken met de Belgische de wet van 8 december 1992).⁶⁰ De Wet Bescherming Persoonsgegevens zal bepalen onder welke voorwaarden er een verwerking van bepaalde persoonsgegevens zal mogen plaatsvinden.⁶¹ Deze wet zal in het kern-onderdeel van de masterthesis verder worden uitgewerkt en geanalyseerd in het kader van de arbeidscontentieux.

2.1.2 Recht op vrije meningsuiting

Naast een recht op privacy hebben individuen ook een recht op vrije meningsuiting. Het recht op vrije meningsuiting wordt eveneens gegarandeerd door internationaal, Europees en nationaal recht. Op internationaal vlak biedt art. 19 IVBPR⁶² bescherming. Op Europees gebied voorziet het EVRM in de bescherming van het recht op vrije meningsuiting doormiddel van art. 10 EVRM.⁶³

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft, net zoals bij het recht op privacy, geoordeeld dat het recht op vrije meningsuiting kan gelden in arbeidsrelaties.

Een arrest ter zake is het arrest *Fuentes Bobo v. Espagne*.⁶⁴ Een Spaanse journalist had zich kritisch uitgelaten over zijn werkgever, de Spaanse staatstelevsie TVE en werd daaropvolgend ontslagen. De Spaanse journalist beriep zich op zijn recht op vrije meningsuiting en was van mening dat zijn ontslag niet viel onder de beperkingen van art. 10, lid 2 EVRM. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens is de journalist gevolgd en heeft geoordeeld dat zijn ontslag een ongerechtvaardigde beperking uitmaakt van zijn recht van meningsuiting.⁶⁵

⁵⁷ Artikel 10 Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden van 24 augustus 1815, *stb.* 4 september 2008, 348 (hierna: Gw. Nederland)

⁵⁸ G., OVERKLEEF-VERBURG, "art. 10 eerbiediging en bescherming persoonlijke levenssfeer", 2014, <http://www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet/artikel.html?categorie=5> (consultatie 10 oktober 2014)

⁵⁹ Wet 6 juli 2000, houdende regels inzake de bescherming van persoonsgegevens, *stb.* 20 juli 2000, 302

⁶⁰ H., ROERDINK, E., THOLE, "Privacy en persoonsgegevens" in E., THOLE, F., VAN DER JAGT, H. ROERDINK (eds.), *50 vragen over privacy*, Deventer, Kluwer, 2010, 19

⁶¹ ENGELFRIET, A., "Persoonsgegevens op Internet", 2013,

<http://www.iusmentis.com/maatschappij/privacy/persoonsgegevens/> (consultatie 10 oktober 2014)

⁶² Art. 19 IVBPR

⁶³ Art. 10 EVRM

⁶⁴ EHRM 29 februari 2000, nr. 39293/98, Fuentes Bobo/ Spanje

⁶⁵ Overweging 38 EHRM 29 februari 2000, nr. 39293/98, Fuentes Bobo/ Spanje: "(...)la Cour rappelle que l'article 10 s'impose non seulement dans les relations entre employeur et employé lorsque celles-ci obéissent au droit public mais peut également s'appliquer lorsque ces relations relèvent du droit privé. (...)En outre, dans certains cas, l'Etat a l'obligation positive de protéger le droit à la liberté d'expression contre des atteintes

Het recht op vrije meningsuiting kan niet gezien worden als een absoluut recht.⁶⁶ Er zijn beperkingen mogelijk op het recht van vrije meningsuiting.⁶⁷ Deze beperkingen zullen weliswaar moeten voldoen aan de vereisten van legaliteit, finaliteit en proportionaliteit.⁶⁸

Zoals in het privacyrecht de notie van redelijke privacyverwachtingen een beperkende rol speelt op het recht op privacy, geldt er voor het recht op vrije meningsuiting ook een beperking, namelijk de loyaliteitsverplichting. Deze verplichting is wettelijk verankerd in de Arbeidsovereenkomstenwet.⁶⁹ De werknemer mag geen uitspraken doen, noch op sociale netwerksites, noch via andere media, die de goede naam of reputatie van de onderneming kunnen schaden. Op grond van deze loyaliteitsplicht kan de werkgever dan ook beperkingen opleggen aan de werknemer met betrekking tot zijn recht op vrije meningsuiting.⁷⁰ In deze context zal dan ook de vraag gesteld worden of dat de uitlatingen van een werknemer op een sociale netwerksite over zijn werkgever of bepaalde collega's, onder het recht op vrije meningsuiting kunnen vallen.

In de kern van de masterproef zal hierop een antwoord gegeven worden.

2.1.2.1 Recht op vrije meningsuiting België

In België vind je het recht op vrije meningsuiting terug in art. 19 Grondwet.⁷¹

Zoals reeds vermeld is de vrijheid van meningsuiting geen onbeperkt en absoluut recht. Zo zullen racistische meningen niet vallen onder het recht op vrije meningsuiting. Wanneer meningen zeer beledigend en grof zijn ten aanzien van een bepaald individu, dan zal de persoon het misdrijf laster en eerroof⁷² kunnen inroepen. Dit om aan te tonen dat het recht op vrije meningsuiting niet inhoudt het 'recht om te beledigen en te kwetsen'.

Het recht op vrije meningsuiting kan je ook terug vinden in art. 25 Grondwet.⁷³ Dit artikel spitst zich meer specifiek toe op de drukpersvrijheid. In art. 150 Grondwet wordt onder meer bepaald dat voor drukpersmisdrijven de jury wordt ingesteld, behoudens voor drukpersmisdrijven die door racisme of xenofobie zijn ingegeven.⁷⁴

In het kader van deze masterthesis zijn deze artikelen van belang omdat, wanneer een werknemer op sociale netwerksite zich op een zeer grove en beledigende manier uitlaat over zijn werkgever, de vraag gesteld wordt of er dan sprake is van een drukpersmisdrijf in hoofde van de werknemer. Is het antwoord positief, dan is het Hof van Assisen bevoegd om de zaak te behandelen op grond van art. 150 Grondwet, behoudens het geval van drukpersmisdrijven die ingegeven zijn door

provenant même de personnes privées. (...)En conséquence, la Cour estime que la mesure litigieuse constituait une ingérence dans l'exercice de son droit à la liberté d'expression protégé par le paragraphe 1 de l'article 10."

⁶⁶ V., BEULENS, P., STROOBANTS, B., DEHUNNE, *Is 'facebooken' een werkwoord? Een praktische juridische analyse van sociale media op de werkvloer*, Mechelen, Kluwer, 2012, 14

⁶⁷ Art. 10, lid 2 EVRM

⁶⁸ Zie onderdeel 3.1.1 *Recht op Privacy* voor een uitlegging van de begrippen legaliteit, finaliteit en proportionaliteit.

⁶⁹ Art. 16 en 17, 3^o, a Wet 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, BS 22 augustus 1978, 9277 (hierna: Arbeidsovereenkomstenwet)

⁷⁰ V., BEULENS, P., STROOBANTS, B., DEHUNNE, *Is 'facebooken' een werkwoord? Een praktische juridische analyse van sociale media op de werkvloer*, Mechelen, Kluwer, 2012, 12

⁷¹ Art. 19 Gw.

⁷² Hoofdstuk 5, 8 juni 1867 Strafwetboek, BS 9 juni 1867, 3133 (hierna: Strafwetboek)

⁷³ Art. 25 Gw.

⁷⁴ Art. 150 Gw.

racisme of xenofobie. Om te kunnen oordelen of dat een mening geuit op sociale media kan gezien worden als een drukpersmisdrijf, is de eerste vraag die gesteld moet worden: Wat wordt onder drukpers verstaan?

Er zijn twee strekkingen⁷⁵:

- Een eerste strekking is van mening dat onder drukpers alleen de geschreven pers moeten worden verstaan. Het is namelijk alleen de geschreven pers die gebruik maakt van een drukpers. Ondanks het feit dat de grondwetgever doorheen de jaren verscheidene malen de kans heeft gekregen om de wet aan te passen, heeft hij dit niet gedaan. In 1967, wanneer de Grondwet een officiële Nederlandstalige vertaling kreeg, heeft de grondwetgever duidelijk voor het begrip 'drukkers' gekozen, in plaats van het meer neutralere woord 'pers'. Hieruit volgt dat noch de audiovisuele pers, noch de elektronische pers als drukpers moeten worden beschouwd.
- Een tweede strekking staat lijnrecht tegenover de eerste strekking. De tweede strekking is van mening dat in 1831 de grondwetgever enkel bekend was met de geschreven pers. Er bestonden geen andere communicatiemiddelen zoals televisie, radio of internet. Een tweede strekking is dan ook voorstander om de grondwet evolutief te interpreteren en de bescherming die indertijd was gecreëerd voor de drukpers, nu toe te passen op de huidige communicatiemiddelen.

In eerste instantie heeft het Hof van Cassatie de eerste strekking gevolgd en gaat het voor een strikte interpretatie van het begrip drukpers. Dit maakte het Hof duidelijk in een arrest van 2 juni 2006⁷⁶ waar het Hof een duidelijk standpunt heeft ingenomen over het begrip drukpers en de huidige communicatiemiddelen. Het Hof heeft geoordeeld dat televisie-uitzendingen niet vallen onder art. 25 Grondwet. Televisie-uitzendingen worden niet gezien als een vorm van expressie door gedrukte geschriften.⁷⁷

Hoe zit het dan met internet? Worden meningen geuit via internet gezien als meningsuitingen via de drukpers? En geniet het internet dan de bescherming van art. 25 Grondwet, dan wel art. 19 Grondwet?

Vooraleer er sprake is van een drukpersmisdrijf, moet er aan 4 voorwaarden worden voldaan. Het moet gaan om de strafbare uiting van een mening, die moet opgenomen zijn in een geschrift dat door de pers werd gedrukt en dat geschrift moet openbaar zijn gemaakt.⁷⁸ Afgaand op het arrest van het Hof van 2 juni 2006 kan ervan worden uitgegaan dat het Hof van oordeel is dat meningen geuit via internet niet kunnen worden gezien als drukpersmisdrijven. Vooral het feit dat in de huidige communicatiemiddelen er geen gebruik meer wordt gemaakt van 'gedrukte' stukken, kan voor het Hof een struikelblok zijn. Er is een kentering gekomen met 2 arresten van 6 maart 2012⁷⁹.

⁷⁵ K., LEMMENS, "Misbruiken van de meningsvrijheid via internet: is het recht Web 2.0-compatibel? Pleidooi voor een technologie neutrale bescherming van de uitingsvrijheid", *Orde dag* maart 2010, afl. 49, 17; VERBIEST, T., WÉRY, E., *Le droit de l'internet et de la société de l'information*, Brussel, Larcier, 206

⁷⁶ Cass. 2 juni 2006, AR C.03.0211.F (juridat.be)

⁷⁷ Cass. 2 juni 2006, AR C.03.0211.F (juridat.be); K., LEMMENS, "Misbruiken van de meningsvrijheid via internet: is het recht Web 2.0-compatibel? Pleidooi voor een technologie neutrale bescherming van de uitingsvrijheid", *Orde dag* maart 2010, afl. 49, 17

⁷⁸ Cass. 11 december 1979, *Pas.* 1980, I, 455

⁷⁹ Cass. 6 maart 2012, AR P.11.1374.N; Cass. 6 maart 2012, AR P.11.0855.N (juridat.be)

Het Hof heeft geoordeeld dat weblogs, internetfora en websites als drukpers zijn te beschouwen. Het Hof heeft ook benadrukt dat het gaat over alle meningen of opinies die gegeven worden op internetmedia en dat het niet noodzakelijk is dat de gegeven mening enige maatschappelijke relevantie of gewicht heeft.⁸⁰ In de arresten van 6 maart 2012 is het Hof van Cassatie aldus meegegaan met zijn tijd en kan gesteld worden dat het Hof zich heeft aangesloten bij de tweede strekking en zijn strikte interpretatie van het begrip 'drukkers' heeft losgelaten.

De arresten van het Hof van Cassatie van 6 maart 2012 brengen grote gevolgen met zich mee op het vlak van vervolging. Indien via de nieuwe media een strafbare mening wordt geuit die effectief verspreid is, dan dient dit misdrijf in principe voor het Hof van Assisen te worden gebracht. Dit zal leiden tot straffeloosheid aangezien er voor laster dikwijls geen assisenprocedure zal worden gestart. In plaats van een strafvervolging in te stellen zal men aldus moeten overgaan tot het inleiden van een vordering bij de burgerlijke rechtbank. De burgerlijke rechter zal dan op basis van 1382 BW een schadevergoeding kunnen opleggen. Geldboeten en gevangenisstraffen zijn niet meer mogelijk.⁸¹

Let wel, voor drukpersmisdrijven die ingegeven zijn door racisme of xenofobie voorziet art. 150 Grondwet dat deze niet tot de bevoegdheid van het Hof van Assisen behoren, maar toekomen aan de correctionele rechtbanken.⁸² Voor deze misdrijven kan niet uitgegaan worden van enige straffeloosheid.

2.1.2.2 Recht op vrije meningsuiting Nederland

De vrijheid van meningsuiting is in art. 7 Nederlandse Grondwet terug te vinden.⁸³

In art. 7, lid 1 Nederlandse Grondwet is terug te vinden dat niemand voorafgaand verlof nodig heeft om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.⁸⁴ Het begrip drukpers dient ruim te worden opgevat. De Hoge Raad heeft onder meer geoordeeld dat het aanbrengen van neonletters valt onder de bescherming van art. 7, 1 Nederlandse Grondwet.⁸⁵ Het gebruik 'door de drukpers' omvat dus meer dan alleen het bedienen van een drukpers, ook daarmee vergelijkbare vermenigvuldigingstechnieken vallen hieronder (denk aan afbeeldingen, schilderijen,...).⁸⁶ Afgaand op de voormelde beslissing van de Hoge Raad, kan besloten worden dat het moet gaan om tastbare objecten waarop een mening geuit wordt. Hieruit volgt dat onder het begrip 'drukkers' niet kan worden verstaan uitingen gedaan op het internet. Het internet kan vanzelfsprekend niet als tastbaar beschouwd worden.

⁸⁰ Overweging 5 dispositief Cass. 6 maart 2012, AR P.11.1374.N (juridat.be); VERHOOF, D., "Weblogs en websites zijn voortaan ook 'drukkers'", *Juristenkrant* 2012, 4

⁸¹ VERHOOF, D., "Weblogs en websites zijn voortaan ook 'drukkers'", *Juristenkrant* 2012, 4-5

⁸² Art. 150 Gw.; VERHOOF, D., "Weblogs en websites zijn voortaan ook 'drukkers'", *Juristenkrant* 2012, 4

⁸³ Art. 7 Gw. Nederland

⁸⁴ Art. 7, lid 1 Gw. Nederland

⁸⁵ HR 24 januari 1967, *NJ* 1967, 270 (Nederland Ontwapent): "Het aanbrengen van een opschrift als het onderhavige moet met het aanbrengen van gedrukte of geschreven stukken op één lijn worden gesteld, nu dit als middel van bekendmaking in het maatschappelijk verkeer dezelfde functie heeft als het aanbrengen van geschriften in eigenlijke zin."

⁸⁶ HR 23 mei 1961, *NJ* 1961, 427; VERMEULEN, B.P., "Commentaar op artikel 7 van de grondwet" in HIRSCH BALLIN, E.M.H. en LEENKNEGT, G. (eds.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, 2014, <http://www.nederlandrechtsstaat.nl/module/nlrs/script/viewer.asp?soort=commentaar&artikel=7#> (consultatie 23 november 2014)

Met betrekking tot het internet is art. 7, lid 3 Nederlandse Grondwet meer interessant. Dit artikel wordt gezien als de 'restcategorie'. Er wordt namelijk gesproken *over het openbaren van gedachten of gevoelens door andere dan in de voorgaande leden genoemde middelen*. Uitingen gedaan via sociale media vallen aldus onder art. 7, lid 3 Nederlandse Grondwet. Let wel, een beperking is ingeschreven in dit artikel, namelijk *'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet'*.⁸⁷

Er mag ook niet uit het oog verloren worden dat er een belangenafweging moet worden gemaakt tussen enerzijds de vrijheid van meningsuiting en anderzijds het handelen als goed en loyaal werknemer.⁸⁸

Bij de vergelijking tussen België en Nederland valt op dat Nederland in de Grondwet impliciet heeft voorzien in een artikel dat bescherming kan bieden aan meningen geuit op sociale media (art. 7, lid 3 Gw. Nederland). Het voormelde artikel vermeldt namelijk uitdrukkelijk dat *"voor het openbaren van gedachten of gevoelens door andere dan in de voorgaande leden genoemde middelen heeft niemand voorafgaand verloop nodig wegens de inhoud daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet."*⁸⁹

De Belgische Grondwet voorziet in art. 19 Gw. dat er een recht is op vrije meningsuiting, er wordt in dit artikel echter geen onderscheid gemaakt tussen de verschillende middelen waarlangs een mening kan worden geuit.

In Nederland worden meningen geuit via een drukpers apart behandeld in art. 7, lid 1 Nederlandse Grondwet. In België is er art. 19 Gw. dat voorziet in de bescherming van het recht op vrije meningsuiting. Met betrekking tot de drukpers is er art. 25 Gw. juncto art. 150 Gw.

Mijns inziens is het een leemte dat de Belgische grondwetgever niet heeft voorzien in een 'restcategorie' zoals de Nederlandse grondwetgever heeft voorzien in art. 7, 3 Gw. Nederland, zeker gezien de huidige communicatiemiddelen zoals internet en sociale media. In Nederland is het ook duidelijk dat onder het begrip 'drukpers' niet moet worden verstaan internet en andere nieuwe media. Dit mede te danken aan de 'restcategorie' die uitdrukkelijk spreekt over 'andere middelen'. In België daarentegen heerste er rechtsonzekerheid, het heeft tot 2012 geduurd vooraleer het Hof van Cassatie zich heeft uitgesproken dat internet en andere media onder het begrip 'drukpers' ressorteren.

2.2. Strafwetgeving

Er mag geen twijfel over bestaan dat door sociale media en sociale netwerksites te gebruiken of in casu te misbruiken, dit kan leiden tot een strafrechtelijke vervolging. De volgende artikels van het Strafwetboek beschrijven enkele veel voorkomende misdrijven die gepleegd worden in het kader van het arbeidscontentieux door sociale netwerksites te misbruiken.

⁸⁷ Art. 7, lid 3 Gw. Nederland

⁸⁸ X., "De grenzen van sociale media binnen de arbeidsrelatie", <http://www.akd.nl/nl/kennis/publicaties/de-grenzen-van-social-media-binnen-de-arbeidsrelatie> (consultatie 11 oktober 2014)

⁸⁹ Art. 7, lid 3 Gw. Nederland

Art. 314bis Strafwetboek⁹⁰ gaat over de confidentialiteit van de privé- en telecommunicatie.⁹¹ Het af luisteren, kennisnemen of opnemen van privé (tele)communicatie tijdens de overbrenging is strafbaar. Zo zal een werkgever strafbaar zijn wanneer hij inbreekt op de Facebookpagina van een werknemer om op deze manier kennis te nemen van de privécommunicatie van zijn werknemer.⁹² Een werkgever kan 'inbreken' op de Facebookpagina van een werknemer door ongevraagd kennis te nemen van het Facebookprofiel van de werknemer.

Art. 443-452 Strafwetboek⁹³ omschrijft het misdrijf laster en eerroof. Dit misdrijf zal een rol spelen wanneer een werknemer of werkgever zich schuldig maakt door '*een persoon kwaadwillig een bepaald feit ten laste te leggen, dat zijn eer kan krenken of hem aan de openbare verachting kan blootstellen*'.⁹⁴ Zo zal een werkgever laster en eerroof kunnen invoeren wanneer een werknemer grove beledigingen aan het adres van zijn werkgever post op zijn openbaar Facebookprofiel.

Art. 309 Strafwetboek⁹⁵ stelt het mededelen van fabrieksgeheimen strafbaar. Wanneer een werknemer op zijn eigen sociale netwerkpagina fabrieksgeheimen meedeelt, zal hij vervolgd kunnen worden op grond van artikel 309 Strafwetboek, ongeacht of de werknemer nog in dienst is van de onderneming of niet. De wettekst vermeldt namelijk dat het verbod om fabrieksgeheimen mee te delen ook nog geldt na de beëindiging van de arbeidsrelatie.⁹⁶

Art. 458 Strafwetboek⁹⁷ voorziet tenslotte in de bestraffing van de schending van het beroepsgeheim voor bepaalde categorieën van personen. Zo zullen onder meer geneesheren, apothekers en bankiers zeer secuur moeten omspringen met de informatie die ze ontvangen in het kader van hun beroep. Het is dan ook vanzelfsprekend uit den boze dat een geneesheer of verpleegkundige medische informatie van een patiënt meedeelt via sociale netwerksites.

⁹⁰ Art. 314 Strafwetboek

⁹¹ J., Lorre, *Sociale Media en werkgeverscontrole*, Mechelen, Kluwer, 2012, 44

⁹² J., Lorre, *Sociale Media en werkgeverscontrole*, Mechelen, Kluwer, 2012, 47

⁹³ Art. 443-452 Strafwetboek

⁹⁴ Art. 443 Strafwetboek

⁹⁵ Art. 309 Strafwetboek

⁹⁶ J., Lorre, *Sociale Media en werkgeverscontrole*, Mechelen, Kluwer, 2012, 55

⁹⁷ Art. 458 Strafwetboek

3 DE ROL VAN SOCIALE MEDIA IN DE ARBEIDSVERHOUDINGEN

Dit onderdeel vormt het kernstuk van de masterscriptie. Hier volgt een verdieping van de invloed die sociale media hebben in de arbeidsverhoudingen.

3.1. Werving en selectie

3.1.1 Werving en selectie België

Vooraleer er tussen de werknemer en werkgever sprake is van enige arbeidsovereenkomst, zullen zij eerst met elkaar in contact moeten komen. Vacatures in dag- of weekbladen zijn vandaag de dag niet meer de voornaamste bron voor sollicitanten. De gedrukte vacature zal dikwijls verwijzen naar een sociaal netwerk waar de verdere uitwerking van de vacature op terug te vinden is.⁹⁸

Sollicitanten kunnen aldus een beroep doen op de aangewezen sociale netwerksite om een job te vinden en potentiële werkgevers kunnen een beroep doen op sociale netwerksites om op deze manier meer te weten te komen over de sollicitanten. Het staat buiten kijf dat dit de nodige problemen met zich meebrengt. Enerzijds kunnen sollicitanten het gevoel hebben dat er een inbreuk is op hun privéleven of dat er een gebrekkige vertrouwelijke behandeling van verzamelde informatie heeft plaatsgevonden; anderzijds is het ook denkbaar dat een werkgever, op basis van de ingewonnen informatie via sociale netwerksites, een ongeoorloofd onderscheid maakt tijdens de selectieprocedure.⁹⁹ Een gebrekkige vertrouwelijke behandeling van verzamelde informatie kan voorkomen wanneer de werkgever bijvoorbeeld gevoelige informatie, zoals de seksuele voorkeur of ernstige ziekte, van de kandidaat-werknemer openbaar maakt. Ondanks de veelheid aan potentiële problemen in deze voorafgaande fase, ontbreekt het niet aan regelgevende teksten die een juridisch kader bieden ter vrijwaring van toekomstige problemen.

De werkgever zal met verscheidene regelgeving rekening moeten houden gedurende de werving- en selectieprocedure.

3.1.1.1 CAO nr. 38

Vooraleer dieper in te gaan op CAO nr. 38, volgt eerst een definitie van een collectieve arbeidsovereenkomst. Art. 5 wet 5 december 1968 betreffende collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités omschrijft een collectieve arbeidsovereenkomst als *“een akkoord dat gesloten wordt tussen één of meer werknemersorganisaties en één of meer werkgeversorganisaties of één of meer werkgevers en waarbij individuele en collectieve betrekkingen tussen werkgevers en werknemers in ondernemingen of in een bedrijfstak worden vastgesteld en de rechten en verplichtingen van de contracterende partijen worden geregeld.”*¹⁰⁰

De collectieve arbeidsovereenkomst nr. 38 van 6 december 1983 betreft de werving en selectie van werknemers.¹⁰¹ Met betrekking tot CAO nr. 38 kan vastgesteld worden dat deze CAO behoort tot

⁹⁸ BEULENS, V., STROOBANTS, P., DEHUNNE, B., *Is 'facebooken' een werkwoord? Een praktische juridische analyse van sociale media op de werkvloer*, Mechelen, Kluwer, 2012, 23

⁹⁹ BEULENS, V., STROOBANTS, P., DEHUNNE, B., *Is 'facebooken' een werkwoord? Een praktische juridische analyse van sociale media op de werkvloer*, Mechelen, Kluwer, 2012, 24

¹⁰⁰ Artikel 5 wet 5 december 1968 betreffende de collectieve overeenkomsten en de paritaire comités, *BS* 15 september 1969, 267 (hierna: CAO-wet)

¹⁰¹ Collectieve arbeidsovereenkomst nr. 38 van 6 december 1983 betreffende de werving en selectie van werknemers, gewijzigd door de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 38bis van 29 oktober 1991, nr. 38ter van

de categorie van intersectorale CAO's. Intersectorale CAO's worden gesloten in de Nationale Arbeidsraad (NAR) door alle organisaties die erin vertegenwoordigd zijn en de werkingsfeer strekt zich uit tot het gehele land en tot verschillende bedrijfstakken.¹⁰²

Veel werkgevers kunnen de verleiding niet weerstaan om op het internet de achtergrond van potentiële werknemers te gaan onderzoeken. Wanneer de werkgever gebruik maakt van zijn verworven kennis (die hij via het internet en voornamelijk sociale netwerksites heeft gevonden) en op basis daarvan een kandidaat-werknemer niet aanneemt of zelfs discrimineert, dan kan dit in strijd komen met de persoonlijke levenssfeer van de sollicitant. CAO nr. 38 probeert hieraan tegemoet te komen.

Het doel van een CAO is om twee zaken te regelen: enerzijds de positie tussen werknemers en werkgevers (de normatieve bepalingen) en anderzijds de rechten en verplichtingen die gelden tussen de contractsluitende partijen (de obligatoire bepalingen). Normatieve bepalingen werken bindende normen uit voor werknemers en werkgevers. Obligatoire bepalingen regelen de rechten en verplichtingen van de contracterende partijen. De obligatoire bepalingen verbinden enkel de contractsluitende partijen.¹⁰³ Er bestaat ook de mogelijkheid om een CAO algemeen verbindend te verklaren. De overeenkomst, wanneer gesloten in een paritaire orgaan, kan algemeen verbindend worden verklaard op verzoek van het orgaan of van een daarin vertegenwoordigde organisatie.¹⁰⁴ De algemeen verbindend verklaring is van belang omdat het bindend is voor alle werkgevers en werknemers die behoren tot het ressort van het paritaire orgaan en voor zover zij vallen onder de werkingsfeer zoals deze in de overeenkomst is bepaald.¹⁰⁵ De niet-naleving van een algemeen verbindend verklaarde CAO kan ook leiden tot strafrechtelijke sancties.¹⁰⁶ Enkel normatieve bepalingen kunnen algemeen verbindend worden verklaard. Obligatoire bepalingen kunnen niet algemeen verbindend worden verklaard omdat ze enkel organisaties binden.¹⁰⁷

Toegesplitst op CAO nr. 38 kan worden vastgesteld dat de artikelen 1 tot en met 6 en artikel 19 algemeen verbindend werden verklaard bij KB van 11 juli 1984¹⁰⁸. Verder zijn ook CAO 38ter (KB 8 oktober 1998¹⁰⁹), 38quater (KB 31 augustus 1999¹¹⁰), 38quinquies (KB 13 april 2005¹¹¹) en

17 juli 1998, nr. 38quater van 14 juli 1999, nr. 38quinquies van 21 december 2004 en nr. 38sexies van 10 oktober 2008, BS 28 juli 1984, 27 oktober 1998, 21 september 1999, 11 mei 2005, 4 februari 2009 (hierna: CAO nr. 38)

¹⁰² X., "collectieve arbeidsovereenkomsten", <http://www.werk.belgie.be/defaulttab.aspx?id=513#AutoAncher2> (consultatie 5 november 2011)

¹⁰³ W., VAN EECKHOUTTE, *Handboek Belgisch Arbeidsrecht. Editie 2008*, Mechelen, Kluwer, 2008, 108-109

¹⁰⁴ Artikel 28 CAO-wet

¹⁰⁵ Artikel 31 CAO-wet; R., BLANPAIN, *De collectieve arbeidsovereenkomst*, Brugge, De Keure, 2011, 101

¹⁰⁶ Artikel 56 CAO-wet

¹⁰⁷ W., VAN EECKHOUTTE, *Handboek Belgisch Arbeidsrecht. Editie 2008*, Mechelen, Kluwer, 2008, 115

¹⁰⁸ KB 11 juli 1984 waarbij de artikelen 1 tot 6 evenals artikel 19 van de op 6 december 1983 in de Nationale Arbeidsraad gesloten collectieve arbeidsovereenkomst nr. 38 betreffende de werving en selectie van werknemers algemeen verbindend wordt verklaard, BS 28 juli 1984, 10.735

¹⁰⁹ Art. 1 KB 8 oktober 1998 waarbij algemeen verbindend wordt verklaard de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 38ter van 17 juli 1998, gesloten in de Nationale Arbeidsraad, tot wijziging van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 38 van 6 december 1983 betreffende de werving en selectie van werknemers, gewijzigd door de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 38bis van 29 oktober 1991, BS 27 oktober 1998, 35.321

¹¹⁰ Art. 1 KB 31 augustus 1999 waarbij algemeen verbindend wordt verklaard de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 38quater van 14 juli 1999, gesloten in de Nationale Arbeidsraad, tot wijziging van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 38 van 6 december 1983 betreffende de werving en selectie van werknemers, gewijzigd door de collectieve arbeidsovereenkomsten nr. 38bis van 29 oktober 1991 en nr. 38ter van 17 juli 1998, BS 21 september 1999, 35.007

¹¹¹ Art. 1 KB 13 april 2005 waarbij algemeen verbindend wordt verklaard de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 38quinquies van 21 december 2004, gesloten in de Nationale Arbeidsraad, tot wijziging van de collectieve

38sexies (KB 11 januari 2009¹¹²) tot wijziging van CAO nr. 38 van 6 december 1983, algemeen verbindend verklaard.¹¹³ Slechts enkele bepalingen van CAO nr. 38 zijn algemeen verbindend verklaard en aldus veralgemeend afdwingbaar. De andere bepalingen van CAO nr. 38 zijn obligatoire bepalingen en worden gezien als aanbevelingen van de interprofessionele werkgevers- en werknemersorganisatie aan hun leden. Een schending van deze bepalingen kan in beginsel niet leiden tot enige sanctie. De arbeidsrechtbank te Antwerpen heeft echter geoordeeld dat de obligatoire bepalingen, regels van behoorlijk handelen behelzen. Een miskennis van deze regels is een fout die tot schadeloosstelling kan leiden.¹¹⁴

CAO nr. 38 voorziet in een duidelijke omschrijving van de betekenis van werving en selectie. Werving wordt omschreven als het geheel van de activiteiten, door of namens de werkgever uitgevoerd, met betrekking tot het bekendmaken van een openstaande arbeidsplaats.

Selectie wordt omschreven als het geheel van de onderscheiden stappen door of namens de werkgever gedaan, met het oog op de indienstneming van personeel.¹¹⁵

Een ruime interpretatie van CAO nr. 38 brengt met zich mee dat deze uitleg ook kan worden doorgetrokken naar sociale netwerksite. Zo kan een werkgever gebruik maken van sociale netwerksites om een vacature bekend te maken.

Een werkgever heeft er alle baat bij om een maximum aan informatie te vergaren over de kandidaat-werknemer om op deze manier te beoordelen of hij de geschikte persoon is voor de job. In deze context, is het de werkgever dan ook toegelaten om het internet te raadplegen om zo vrij beschikbare informatie in te winnen over de sollicitant.¹¹⁶ De kandidaat-werknemer kan echter soms het gevoel hebben dat er een inbreuk is gepleegd op zijn privéleven. Art. 11 CAO nr. 38 bepaalt dat de persoonlijke levenssfeer van de sollicitant bij de selectieprocedure geëerbiedigd zal moeten worden. Vragen over het privéleven zijn slechts verantwoord indien zij relevant zijn wegens de aard en de uitoefeningsvoorwaarden van de functie.¹¹⁷

In eerste instantie was het doel van art. 11 CAO nr. 38 het vermijden van persoonlijke en vaak irrelevante vragen tijdens een sollicitatiegesprek. Wanneer dit gelinkt wordt aan de huidige tijdsgeest, dan kan besloten worden dat artikel 11 CAO nr. 38 zich verzet tegen verregaande pogingen tot informatievergaring aan de kant van de werkgever. Bijvoorbeeld zal een vriendschapsverzoek op Facebook van de potentiële werkgever, impliciet de kandidaat-werknemer onder druk zetten om dit verzoek te aanvaarden. De intenties van de werkgever zal hoogstwaarschijnlijk nieuwsgierigheid zijn naar het persoonlijke leven van de kandidaat-

arbeidsovereenkomst nr. 38 van 6 december 1983 betreffende de werving en selectie van werknemers, BS 11 mei 2005, 22.120

¹¹² Art. 1 KB 11 januari 2009 waarbij algemeen verbindend wordt verklaard de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 38sexies van 10 oktober 2008 gesloten in de Nationale Arbeidsraad, tot wijziging van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 38 van 6 december 1983 betreffende de werving en selectie van werknemers, BS 4 februari 2009, 7.734

¹¹³ X., "Tabel van de in de nationale arbeidsraad gesloten collectieve arbeidsovereenkomsten", <http://www.cnt-nar.be/CAO-COORD/Tabel-cao-NL.pdf> (consultatie 5 november 2014)

¹¹⁴ Arbr. 30 juni 2004, A.R. 346.256 (juridat.be). De zaak betrof het niet aanwerven van een sollicitant op grond van zijn voorkomen (tatoeages en kaalhoofdigheid) omdat dit niet strookte met de functievereisten. De rechtbank was van oordeel dat de beginselen van CAO nr. 38 als leidraad kan worden gehanteerd bij de boordeling van dit geschil, ook al is de CAO niet van toepassing. De rechtbank kende de sollicitant een schadevergoeding toe van €2500.

¹¹⁵ Art. 2 CAO nr. 38

¹¹⁶ VAN OLMEN, C., BALTAZAR, S., "Médias Sociaux et droit social: pièges et opportunités. Quel usage peut faire l'employeur des données et propos diffusés par les salariés via les médias sociaux, du recrutement à la fin du contrat?" in X., *Le droit des affaires en évolution. Tendances in het bedrijfsrecht.*, Brussel, Bruylant, 2012, 153

¹¹⁷ Art. 11 CAO nr. 38

werknemer.¹¹⁸ Let wel, art. 11 CAO nr. 38 is niet algemeen verbindend verklaard en betreft een obligatoire bepaling. Dit brengt met zich mee dat miskennen van de bepaling niet strafbaar is.¹¹⁹ Echter afgaand op de voormelde uitspraak van de arbeidsrechtbank te Antwerpen, kan worden besloten dat de miskennen van deze bepalingen een fout uitmaakt die aanleiding kan geven tot schadeloosstelling. Mijns inziens is dit een terechte redenering. Ook al zijn het obligatoire bepalingen, er gaat enig gezag van uit.

3.1.1.2 Privacywet

Wanneer een werkgever gebruik wil maken van sociale media tijdens de precontractuele fase, zal hij rekening moeten houden met de privacywetgeving. De Wet van 8 december 1992 tot Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer ten opzichte van de Verwerking van Persoonsgegevens¹²⁰ (hierna Privacywet) vormt de kern van dit leerstuk.

De Privacywet is van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens.

Onder persoonsgegevens wordt verstaan: *"iedere informatie betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon, hierna "betrokkene" genoemd; als identificeerbaar wordt beschouwd een persoon die direct of indirect kan worden geïdentificeerd, met name aan de hand van een identificatienummer of van één of meer specifieke elementen die kenmerkend zijn voor zijn of haar fysieke, fysiologische, psychische, economische, culturele of sociale identiteit."*¹²¹

Wat wordt verstaan onder 'gegevens'?

Afgaand op de besprekingen in de Senaatscommissie¹²² moet 'gegevens' ruim geïnterpreteerd worden. Het kan gaan om teksten, medische of psychologische verslagen, foto's, vingerafdrukken,...¹²³.

Op sociale media zijn deze 'gegevens' veelvuldig terug te vinden en ze komen in het toepassingsbereik van de Privacywet.¹²⁴

Vooraleer de Privacywet van toepassing kan zijn, moet er sprake zijn van een verwerking van persoonsgegevens.

De Privacywet omschrijft verwerking als *"elke bewerking of elk geheel van bewerkingen met betrekking tot persoonsgegevens, al dan niet uitgevoerd met behulp van geautomatiseerde procédés, zoals het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiden of op enigerlei*

¹¹⁸ LORRE, J., "Facebook en arbeidsrecht: mysterium tremendum et fascinans.", RW 7 mei 2011, nr. 36, 1501

¹¹⁹ Art. 11 CAO nr. 38 valt niet onder de bepalingen die bij de reeds vermelde KB's algemeen verbindend zijn verklaard.

¹²⁰ Wet 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, BS 18 maart 1993, 5801 (hierna: Privacywet)

¹²¹ Art. 1, §1 Privacywet

¹²² Parl. St. Senaat, B.Z. 1991-1992, 445/2

¹²³ De minister heeft bevestigd dat gegevens zoals foto's of filmbeelden, alsook vingerafdrukken tot de werkingssfeer van het ontwerp behoren, Part. St. Senaat, B.Z. 1991-1992, 445/2, 57

¹²⁴ F., HENDRICKX, "Sociale media en privacy in het arbeidsrecht", in VRG-ALUMNI (ed.), *Recht in beweging-20^{ste} VRG-Alumnidag*, Antwerpen, Maklu, 2013, 29

*andere wijze ter beschikking stellen, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van persoonsgegevens.*¹²⁵

De vraag stelt zich of de werkgever in de precontractuele fase rekening zal moeten houden met de Privacywet wanneer hij gebruik maakt van sociale media om de persoonsgegevens van de kandidaat-werknemer louter te raadplegen of te verzamelen. In de rechtsleer zijn hieromtrent verscheidene visies over. LORRE stelt dat het louter screenen en memoriseren van profielen en pagina's van sociale media niet vallen onder het toepassingsgebied van de Privacywet. Wanneer deze verworven informatie echter in een systematisch geordend dossier terecht komen, dan is er sprake van een verwerking van persoonsgegevens.¹²⁶ Ook COCKX is van mening dat de loutere kennisname van informatie door de werkgever via een sociale netwerksite, onvoldoende zal zijn om beschouwd te worden als een gegevensverwerking in de zin van de Privacywet. Er zal enkel sprake zijn van een verwerking van persoonsgegevens van de kandidaat-werknemer wanneer de werkgever de verkregen informatie bewaart in een dossier of in een elektronisch bestand.¹²⁷ HENDRICKX is een andere mening toegedaan. De opvatting van HENDRICKX is dat het louter raadplegen of verzamelen van gegevens reeds onder de notie verwerking valt zoals omschreven in de Privacywet. Het is niet noodzakelijk dat de persoonsgegevens bewaard moeten worden opdat er sprake zou zijn van een verwerking. Het louter raadplegen of verzamelen van persoonsgegevens moet wel geautomatiseerd geschieden. Aangezien sociale media te raadplegen zijn via een computer, tablet of smartphone, vormt deze vereiste geen probleem.¹²⁸ De verscheidene visies zijn het er wel over eens dat wanneer de werkgever de verkregen informatie en gegevens bijhoudt of bewaart, de Privacywet zondermeer van toepassing is.

Rekening houdend met deze verschillende opvattingen, sluit ik mij aan bij de visie van HENDRICKX. Art. 1, §2 van de Privacywet geeft een duidelijke omschrijving van het begrip 'verwerking': *"elke bewerking of elk geheel van bewerkingen met betrekking tot persoonsgegevens, al dan niet uitgevoerd met behulp van geautomatiseerde procédés, zoals het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiden of op enigerlei andere wijze ter beschikking stellen, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van persoonsgegevens."*¹²⁹ (eigen onderlijning). In het vermelde artikel staat uitdrukkelijk dat onder verwerking van persoonsgegevens ondermeer moet verstaan worden "elke bewerking of geheel van bewerkingen met betrekking tot persoonsgegevens zoals het raadplegen van persoonsgegevens". Mijns inziens volgt hier dan ook uit dat, na een strikte lezing van het artikel, het louter raadplegen van persoonsgegevens op sociale media onder het toepassingsgebied van de Privacywet vallen. Dit betekent niet dat wanneer een werkgever de Facebook pagina van een kandidaat-werknemer raadpleegt, dit automatisch een inbreuk uitmaakt op zijn privéleven. Het houdt wel in dat de werkgever bij de raadpleging rekening zal moeten houden met de Privacywet. Zo zal de werkgever bijvoorbeeld de op deze manier verkregen persoonsgegevens op een eerlijke

¹²⁵ Art. 1, §2 Privacywet

¹²⁶ J., Lorre, *Sociale Media en werkgeverscontrole*, Mechelen, Kluwer, 2012, 91-92

¹²⁷ S., Cockx, "Sociale media in de arbeidsrelatie: 'vriend' of vijand?", *Or.* 2012, 21

¹²⁸ F., Hendrickx, "Sociale media en privacy in het arbeidsrecht", in VRG-ALUMNI (ed.), *Recht in beweging-20^{ste} VRG-Alumnidag*, Antwerpen, Maklu, 2013, 30-31

¹²⁹ Art. 1, §2 Privacywet

en rechtmatige manier moeten verwerken.¹³⁰ De gegevens op een eerlijke manier verwerken houdt in dat de verwerking transparant moet gebeuren. De kandidaat-werknemer moet de mogelijkheid krijgen om de verwerking aan te vechten. De gegevens op een rechtmatige manier verwerken houdt in dat de verwerking niet in strijd mag zijn met de Privacywet.¹³¹

De verwerking van persoonsgegevens is aan enkele beperkingen onderworpen. Deze zijn terug te vinden in art. 4, §1 Privacywet.¹³² Een van de beperkingen is het reeds eerder vernoemde criterium van redelijke privacyverwachting, terug te vinden in art. 4, §1, 2° Privacywet. Dit artikel vermeldt dat persoonsgegevens dienen *"voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden te worden verkregen en niet verder te worden verwerkt op een wijze die, rekening houdend met alle relevante factoren, met name met de redelijke verwachtingen van de betrokkene en met de toepasselijke wettelijke en reglementaire bepalingen, onverenigbaar is met die doeleinden."*¹³³ Dit houdt in dat wanneer een kandidaat-werknemer zijn Facebook profiel openbaar maakt, hij er dan redelijkerwijze van kan uitgaan dat iedereen vrij kennis kan nemen van zijn profiel, dus ook de werkgever. Dit wil echter niet zeggen dat de werkgever de Privacywet niet dient te respecteren.

Een ander probleem is het geven van de toestemming door de kandidaat-werknemer om zijn persoonsgegevens te verwerken. De Privacywet heeft zelf voorzien in uitleg over wat moet verstaan worden onder "toestemming van de betrokkene".¹³⁴ De wetgever heeft echter ook bepaalde grenzen gesteld aan de mogelijkheid om toe te stemmen met de verwerking van persoonsgegevens.¹³⁵

De verwerking van persoonsgegevens wordt door art. 27, 1^{ste} lid KB 13 februari 2001 verboden indien de verantwoordelijke voor de verwerking van persoonsgegevens de huidige of potentiële werkgever van betrokkene is of indien de betrokken persoon zich ten aanzien van de verantwoordelijke voor de verwerking in een afhankelijke positie bevindt, wat hem belet vrij zijn toestemming te verlenen.¹³⁶ Dit verbod geldt voor werkgevers die gevoelige gegevens wensen te verwerken en deze verwerking geschiedt op grond van toestemming van de kandidaat-werknemer. Het heeft weliswaar enkel betrekking op gevoelige gegevens, maar op vele Facebookpagina's alsook op andere sociale media zullen 'gevoelige gegevens'¹³⁷ van de kandidaat-werknemer terug te vinden zijn.¹³⁸ Een werkgever zal van de kandidaat-werknemer niet kunnen eisen dat hij aan de

¹³⁰ Art. 4, §1, 1° Privacywet

¹³¹ Y., VAN DEN BRANDE, "Privacy",

http://www.partnersinip.eu/index.php?option=com_content&view=article&id=75:privacy&catid=34&Itemid=61 (consultatie 1 januari 2015)

¹³² Art. 4, §1 Privacywet

¹³³ Art.4, §1, 2° Privacywet

¹³⁴ Art. 1, §8 Privacywet

¹³⁵ Art. 5,a, art. 6,§2,a, art. 7,§2, a Privacywet

¹³⁶ Art. 27, 1^{ste} lid KB 13 februari 2001 ter uitvoering van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, B.S. 13 maart 2001, 07839

¹³⁷ Gevoelige gegevens zijn de persoonsgegevens waaruit de raciale of etnische afkomst, de politieke opvattingen, de godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging of het lidmaatschap van een vakvereniging blijken, alsook de verwerking van persoonsgegevens die het seksuele leven betreffen (art. 6, §1 Privacywet)

¹³⁸ FEYEN, S., MARTENS, J., "Privacybescherming op sociale netwerken: heeft u nog een privéleven?" in VALCKE, P., VALGAEREN, P.J., en LIEVENS, E. (eds.), *Sociale media: actuele juridische aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 163

werkgever een inzage recht verleent op zijn Facebookprofiel en dat de werkgever vervolgens overgaat tot de verwerking van zijn persoonsgegevens.¹³⁹

Tenslotte een korte toelichting over de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer¹⁴⁰ (hierna: Privacycommissie).¹⁴¹

De Privacycommissie ziet er op toe dat de privacy bij de verwerking van persoonsgegevens wordt geëerbiedigd.¹⁴² De Privacycommissie kan aanbevelingen doen¹⁴³ alsook klachten behandelen die betrekking hebben op haar opdracht in verband met de bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens of op andere opdrachten die haar door de wet zijn toevertrouwd.¹⁴⁴

Wanneer een kandidaat-werknemer van mening is dat de potentiële werkgever een inbreuk heeft gepleegd met betrekking tot de verwerking van zijn persoonsgegevens, kan de sollicitant aldus een beroep doen op de Privacycommissie. De Privacycommissie zal vervolgens bemiddelend optreden en trachten een minnelijke schikking tussen de partijen te bewerkstelligen.¹⁴⁵

3.1.1.3 Antidiscriminatie wetgeving

Een kandidaat-werknemer die solliciteert voor een job, mag er vanuit gaan dat de toekomstige werkgever eerlijk en zonder onderscheid een selectie zal maken van de verschillende kandidaten. Wanneer een werkgever gedurende de precontractuele fase voorafgaand informatie over de kandidaat-werknemer opzoekt en verzamelt, dan zal de potentiële werkgever deze verkregen informatie niet mogen aanwenden op een discriminerende wijze. Het is een werkgever aldus verboden om te discrimineren.

Een arrest dat duidelijk heeft gesteld dat discriminatie bij de aanwerving verboden is, is het arrest Feryn¹⁴⁶ van het Europees Hof van Justitie. Het Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding heeft de Belgische arbeidsrechters verzocht vast te stellen dat Feryn, gespecialiseerd in de verkoop en de installatie van kantel- en sectionale poorten, een discriminerend aanwervingsbeleid voerde. Het Centrum baseerde zich op de publieke verklaringen van de directeur van de onderneming. Die kwamen er op neer dat zijn onderneming monteurs wilde aanwerven, maar geen allochtonen in dienst kon nemen omdat de klanten er bezwaar tegen hadden om deze tijdens de werkzaamheden toegang te geven tot hun woning.¹⁴⁷ De arbeidsrechtbank te Brussel heeft het verzoek van het Centrum afgewezen, op grond dat niet was aangetoond dat iemand die zich had aangemeld voor de functie op basis van zijn etnische afstamming is afgewezen. Het Centrum heeft tegen deze beslissing hoger beroep aangetekend bij het Arbeidshof te Brussel. Het Arbeidshof te Brussel heeft de behandeling van de zaak geschorst en

¹³⁹ J., Lorre, *Sociale Media en werkgeverscontrole*, Mechelen, Kluwer, 2012, 92

¹⁴⁰ Hoofdstuk VII Privacywet

¹⁴¹ The Reference, "Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer", 2014, <http://www.privacycommission.be/nl> (consultatie 22 november 2014)

¹⁴² The Reference, "De Privacycommissie in een notendop", 2014, <http://www.privacycommission.be/nl/de-privacycommissie-een-notendop> (consultatie 22 november 2014)

¹⁴³ Art. 30 Privacywet

¹⁴⁴ Art. 31, §1 Privacywet

¹⁴⁵ Art. 31, §3 Privacywet

¹⁴⁶ Hvj 10 juli 2008, *Feryn*, C-54/07

¹⁴⁷ Overweging 15 en 16 arrest Hvj 10 juli 2008, *Feryn*, C-54/07

heeft prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie gesteld.¹⁴⁸ Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat wanneer een werkgever publiekelijk verklaart dat hij geen werknemers van een bepaalde etnische afstamming of van een bepaald ras zal aanwerven, dit directe discriminatie in de zin van art. 2, lid 2, sub a richtlijn 2000/43/EG uitmaakt. Dergelijk publiek afgelegde verklaringen zijn namelijk voor sommige kandidaat-werknemers een ernstige reden om niet te willen solliciteren en dus een beletstel vormen voor hun toegang op de arbeidsmarkt.¹⁴⁹ Het is aan de verweerder, in casu de werkgever, om te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden.¹⁵⁰

Met betrekking tot de vraag welke sancties als passend zijn te beschouwen is het Europees Hof van Justitie van oordeel dat artikel 15 van richtlijn 2000/43 vereist dat, ook wanneer er geen identificeerbaar slachtoffer is, de op overtreding van de ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde nationale bepalingen gestelde sancties doeltreffend, evenredig en afschrikkend moeten zijn.¹⁵¹ Het arbeidshof heeft, na de uitspraak van het Hof van Justitie, de publicatie van het vonnis bevolen in 4 kranten: De Morgen, De Standaard, Het Laatste Nieuws en De Tijd. Verder veroordeelt het arbeidshof Feryn tot het betalen van een rechtsplegingvergoeding van €10.000.¹⁵²

Met betrekking tot antidiscriminatiewetgeving in het kader van de werving- en selectieprocedures, zijn op Europees niveau de Richtlijnen 2000/43/EG¹⁵³ en 2000/78/EG¹⁵⁴ van belang. Deze richtlijnen zijn omgezet naar Belgisch recht in de antidiscriminatie wetten van 10 mei 2007¹⁵⁵. Verder blijven CAO nr. 38 alsook CAO nr. 95¹⁵⁶ voor de werkgever van belang wanneer hij een geschikte werknemer zoekt voor de invulling van de positie in de onderneming.

De werkgever zal geen discriminerende maatregelen mogen nemen en zal de gelijke behandeling van de kandidaat-werknemers moeten garanderen. Gelijke behandeling is een Grondwettelijk recht, ingeschreven in de Grondwet.¹⁵⁷

CAO nr. 38 voorziet dat de werkgever ertoe gehouden is ten aanzien van sollicitanten het principe van gelijke behandeling na te leven.¹⁵⁸ Onder het beginsel van gelijke behandeling in arbeid en beroep moet worden verstaan: "*de afwezigheid van elke vorm van discriminatie op grond van leeftijd, geslacht of seksuele geaardheid, burgerlijke staat, ziekteverleden, ras, huidskleur, afkomst of nationale etnische afstamming, politieke of levensovertuiging, handicap, lidmaatschap van een vakbond of een andere organisatie.*"¹⁵⁹ Een werkgever zal bijvoorbeeld een kandidaat-werknemer

¹⁴⁸ Overweging 17 en 18 arrest Hvj 10 juli 2008, *Feryn*, C-54/07

¹⁴⁹ Overweging 28 arrest Hvj 10 juli 2008, *Feryn*, C-54/07

¹⁵⁰ Overweging 34 arrest Hvj 10 juli 2008, *Feryn*, C-54/07; art. 8, lid 1 Richtlijn 2000/43

¹⁵¹ Overweging 40 arrest Hvj 10 juli 2008, *Feryn*, C-54/07

¹⁵² Arbh. Brussel 28 augustus 2009, A.R. KG 292 (juridat.be)

¹⁵³ Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *Pb.L.* 19 juli 2000, afl. 180 (hierna: Richtlijn 2000/43)

¹⁵⁴ Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *Pb.L.* 2 december 2000, afl. 303 (hierna: Richtlijn 2000/78)

¹⁵⁵ Wet 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *BS* 30 mei 2007, 29016 (hierna: Algemene Antidiscriminatie wet 2007); Wet 10 mei 2007 tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *BS* 30 mei 2007, 29046 (hierna: Antiracismewet)

¹⁵⁶ Collectieve arbeidsovereenkomst nr. 95 van 10 oktober 2008 betreffende de gelijke behandeling gedurende alle fasen van de arbeidsrelatie, *BS* 4 februari 2009 (hierna CAO nr. 95)

¹⁵⁷ Art. 10 en 11 Gecoördineerde Belgische Grondwet van 17 februari 1994, *BS* 17 februari 1994, 4054

¹⁵⁸ Art. 2bis CAO nr. 38

¹⁵⁹ Art. 2 CAO nr. 95; De CAO is ook algemeen verbindend verklaard bij KB van 11 januari 2009

niet mogen weigeren omdat hij, na onderzoek op het internet en sociale media, vernomen heeft dat de sollicitant een homoseksuele geaardheid heeft.

Antidiscriminatiewetten 10 mei 2007

De werkgever zal steeds rekening moeten houden met de antidiscriminatiewetten van 10 mei 2007¹⁶⁰ om de rechtmatigheid te beoordelen van het gebruik van de via internet en sociale media verkregen informatie over de kandidaat-werknemer. Zoals reeds vermeld, zijn de Richtlijnen 2000/78/EG en 2000/43/EG omgezet in de Belgische antidiscriminatiewetten van 10 mei 2007.¹⁶¹ De focus zal liggen op de Belgische antidiscriminatiewetten aangezien ze een omzetting zijn van de vermelde richtlijnen. De Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie is onder meer van toepassing op de toegang tot arbeid.¹⁶² De wet voorziet in een verbod van elke directe en indirecte discriminatie, ook tijdens de werving en selectieprocedure, op grond van één van de beschermde criteria die terug te vinden zijn in de wet.¹⁶³

Met betrekking tot indirecte discriminatie stelt zich een probleem waarover in de rechtsleer enige onenigheid is. Door het gedigitaliseerde tijdperk, maken steeds meer en meer werkgevers gebruik van sociale media om hun vacatures wereldkundig te maken. Zo heeft de NMBS in 2011 een oproep via Facebook gedaan om op deze manier potentiële werknemers te bereiken.¹⁶⁴ Kan het uitsluitend aanbieden van een openstaande vacature via een sociale netwerksite, leiden tot indirecte discriminatie? LORRE is van mening dat dit een indirecte discriminatie uitmaakt. De meerderheid van de bevolking heeft toegang tot een breedbandverbinding en is ook vertrouwd met het gebruik van internet en sociale netwerksites. Er is echter een deel van de werkzoekende bevolking die geen kennis of ervaring heeft met sociale netwerksites, zij vallen dus uit de spreekwoordelijke boot. Doordat werkgevers de 'klassieke' methoden van werving- en selectiekanalen uitsluiten ten voordele van sociale netwerksites, wordt er op een indirecte manier een groep van potentiële werknemers uitgesloten en is er aldus sprake van indirecte discriminatie in de zin van de Antidiscriminatiewet.¹⁶⁵ Een indirect onderscheid is verboden¹⁶⁶, tenzij het indirect onderscheid objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.¹⁶⁷ Een voorbeeld dat LORRE aanhaalt, is de vacature van een IT-specialist voor wie de jobomschrijving inhoudt om met sociale netwerksites te kunnen werken.¹⁶⁸ In dit voorbeeld is het gebruik van sociale netwerksites om de vacature bekend

¹⁶⁰ De Algemene Antidiscriminatiewet 2007 en de Antiracismewet 2007

¹⁶¹ Richtlijn 2000/78/EG is omgezet in de Algemene Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 en Richtlijn 2000/43/EG is omgezet in de Antiracismewet van 10 mei 2007

¹⁶² Art. 5, §2, 1° Algemene Antidiscriminatiewet 2007

¹⁶³ Art. 4, 7° en 9° Algemene Antidiscriminatiewet 2007; Art. 4, 4° Algemene Antidiscriminatiewet 2007; S., COCKX, "Sociale media in de arbeidsrelatie: 'vriend' of vijand?", Or. 2012, 21

¹⁶⁴ X., "NMBS gaat Facebook gebruiken om te rekruteren", 2011, <http://www.hln.be/hln/nl/957/Binnenland/article/detail/1289756/2011/07/08/NMBS-gaat-Facebook-gebruiken-om-te-rekruteren.dhtml> (consultatie 14 november 2014); T., STRUBBE, "Is er plaats voor sociale media op de werkvloer?" in B. Demeulenaere (ed.), *Internet &/@ recht*, Brussel, Larcier, 2013, (45) 48

¹⁶⁵ Art. 8 en 9 Algemene Antidiscriminatiewet 2007; J., LORRE, "Facebook en arbeidsrecht: mysterium tremendum et fascinans.", *RW* 7 mei 2011, nr. 36, 1501p; LORRE doet voornamelijk op de sociale criteria 'vermogen' en 'sociale afkomst' dat een probleem kan opleveren voor bepaalde werkzoekenden wanneer de openstaande vacatures enkel bekend worden gemaakt via internet en sociale netwerksites.

¹⁶⁶ Art. 14 Algemene Antidiscriminatiewet 2007

¹⁶⁷ Art. 9, eerste streepje Algemene Antidiscriminatiewet 2007

¹⁶⁸ J., LORRE, "Facebook en arbeidsrecht: mysterium tremendum et fascinans.", *RW* 7 mei 2011, nr. 36, 1501

te maken, mijns inziens een middel dat passend en noodzakelijk is voor het bereiken van het doel dat de potentiële werkgever voor ogen heeft.

COCKX is een andere mening toegedaan. Volgens COCKX is het standpunt van LORRE te verregaand. Er moet rekening worden gehouden met het feit dat het overgrote deel van de werkzoekende bevolking toegang heeft tot het internet. Ook is er volgens COCKX een gebrek aan verwijzing naar een bepaald discriminerend criterium.¹⁶⁹ VAN OLMEN en BALTAZAR delen de mening van COCKX. Volgens hun zorgen de bedrijven die hulp bieden bij de zoektocht naar werk (bijvoorbeeld de VDAB), voor voldoende middelen aan werkzoekenden om kennis te nemen van vacatures die terug te vinden zijn op het internet en sociale netwerksites. Het aanhalen dat er aldus een indirect onderscheid is omdat er een schending is van beschermde criteria (voornamelijk dan de criteria 'vermogen' en 'sociale afkomst'), wordt hier mee gekenterd.¹⁷⁰

Mijns inziens is er wel degelijke sprake van een indirect onderscheid als een werkgever uitsluitend sociale media gebruikt om vacatures bekend te maken. Op het eerste zicht bedient de werkgever zich van een neutrale handelswijze om potentiële werknemers aan te werven, echter een deel van de werkzoekende bevolking heeft geen ervaring met, noch kennis van sociale media. Voor vele 50-plussers is het gebruik van sociale media, zoals bijvoorbeeld Facebook, een ver van hun bed show. Wanneer een werkgever vervolgens enkel kandidaat-werknemers wil bereiken door het plaatsen van een vacature op Facebook, wordt bijvoorbeeld de groep 50-plussers ernstig benadeeld en is er aldus sprake van indirecte discriminatie. Let wel, de kandidaat-werknemer moet, wanneer hij zich slachtoffer acht van een discriminatie, het vermoeden van discriminatie aantonen. De bewijslast zal vervolgens verschuiven naar de werkgever.¹⁷¹ Het is voor de kandidaat-werknemer echter niet evident om een vermoeden te bewijzen dat de werkgever de openstaande vacatures op sociale media plaats om zo een bepaalde groep werkzoekenden uit te sluiten.

Rechtspraak

Ondanks het gegeven dat sociale media en sociale netwerksites voor vele mensen deel uitmaken van hun dagelijks leven, is dit niet altijd zo geweest. Sociale media zoals Twitter en Facebook zijn van recente aard. De hoven en rechtbanken zijn nog niet geconfronteerd met kandidaat-werknemers die zich gediscrimineerd voelen door de potentiële werkgever omdat hij op basis van de informatie verkregen via sociale media, hem op grond van zijn nationaliteit en/of etnische origine geen kans geeft op een job. Noch zijn de hoven en rechtbanken in aanraking gekomen met kandidaat-werknemers die vinden dat de potentiële werkgever een inbreuk pleegt op hun privéleven door informatie te verzamelen op sociale media over de sollicitant.

In 2007 is de arbeidsrechtbank te Gent wel geconfronteerd met een kandidaat-werknemer die de potentiële werkgever van discriminatie bij de aanwerving beticht na het ontvangen hebben van een e-mail van de werkgever.¹⁷² De vermelding van dit vonnis is relevant in het licht van de hierboven beschreven potentiële problemen waarmee een kandidaat-werknemer kan geconfronteerd worden

¹⁶⁹ S., COCKX, "Sociale media in de arbeidsrelatie: 'vriend' of vijand?", Or. 2012, 21

¹⁷⁰ VAN OLMEN, C., BALTAZAR, S., "Médias Sociaux et droit social: pièges et opportunités. Quel usage peut faire l'employeur des données et propos diffusés par les salariés via les média sociaux, du recrutement à la fin du contrat?" in X., *Le droit des affaires en évolution. Tendensen in het bedrijfsrecht.*, Brussel, Bruylant, 2012, 157

¹⁷¹ Art. 28, §1 Algemene Antidiscriminatiewet 2007; S., COCKX, "Sociale media in de arbeidsrelatie: 'vriend' of vijand?", Or. 2012, 21

¹⁷² Arbrb. Gent, 26 maart 2007, A.R. 176.893 (juridat.be)

in deze virtuele wereld. Dit vonnis kan ook gelinkt worden aan het gebruik van sociale media tijdens de werving- en selectieprocedure. De feiten waren als volgt: De eisers (C. Murat en het Centrum voor Gelijkheid van Kansen en Racismebestrijding) betichtten verweerders, een beveiligingsfirma en zijn zaakvoerder, van directe discriminatie. Eerste eiser (C. Murat) had van verweerder via e-mail een antwoord gekregen op zijn sollicitatie. Verweerder heeft aan eerste eiser meegedeeld dat eerste eiser niet past in het gezochte profiel. Bij de e-mail die verweerder naar eerste eiser heeft gestuurd, bevond zich nog een interne e-mail met als inhoud: *"Kan jij die persoon afwimpelen. Een vreemdeling die beveiliging zal verkopen, dat heb ik nog niet gezien."* Eisers vragen dat voor recht verklaard wordt dat gedaagden artikel 2 van de Antidiscriminatiewet hebben geschonden en vragen ook de staking van de discriminatie op grond van nationaliteit en/of etnische origine.¹⁷³ Verder vragen eisers ook een veroordeling tot betaling van een dwangsom per nieuwe vastgestelde overtreding van de Antidiscriminatiewet en de publicatie van het vonnis in de kranten. De rechtbank is eisers gevolgd en verklaarde de hoofdvordering volledig gegrond. De rechtbank stelt vast dat verweerders zich schuldig hebben gemaakt aan directe discriminatie ten aanzien van eiser en dat de staking moet worden bevolen. De verwerende partijen werden in solidum veroordeeld tot het betalen van een dwangsom per nieuwe vastgestelde overtreding en de publicatie van de motieven en het beschikkende gedeelte van het vonnis in de kranten werden bevolen.¹⁷⁴

Dit vonnis toont aan dat het verkeerd gebruik van de huidige technologische middelen grote gevolgen met zich mee kan brengen. Doorgetrokken naar sociale media, kan gesteld worden dat de werkgever een grote voorzichtigheid aan de dag moet leggen. De gevolgen voor de onderneming zijn immers aanzienlijk, zoals bovenstaand vonnis bewijst.

3.1.2 Werving en selectie Nederland

In het voorgaande onderdeel is een duidelijk kader gegeven van de wetgeving in België waar de werkgever rekening mee moet houden wanneer hij een kandidaat-werknemer wil werven of selecteren voor een functie binnen zijn onderneming. In volgend onderdeel zal hetzelfde stramen gevolgd worden, maar dan voor de wetgeving die in Nederland in acht moet worden genomen in het kader van werving en selectie.

De Nederlandse kandidaat-werknemers kunnen tijdens de precontractuele fase geconfronteerd worden met dezelfde problemen als Belgische kandidaat-werknemers.

Zo kan de kandidaat-werknemer de indruk krijgen dat de toekomstige werkgever een discriminatoir werving- en selectiebeleid voert of kunnen sollicitanten het gevoel hebben dat er een inbreuk op hun privéleven heeft plaatsgevonden door de potentiële werkgever.

In dit onderdeel wordt een uiteenzetting gegeven van de wetgeving waarmee de Nederlandse werkgever rekening moeten houden tijdens de werving- en selectieprocedure.

¹⁷³ In het vonnis wordt als grond van de vordering tot staking art. 19, § 1 Antidiscriminatiewet aangehaald, dit was nog gebaseerd op de oude Antidiscriminatiewet van 2003. Het huidige artikel is art. 20, § 1 Antidiscriminatiewet 2007.

¹⁷⁴ Beschikkend gedeelte van vonnis Arbrb. Gent, 26 maart 2007, A.R. 176.893 (juridat.be)

3.1.2.1 Privacywet

Net zoals in België, is er in Nederland een wet met als doel persoonsgegevens te beschermen, namelijk de Wet houdende regels inzake de Bescherming van Persoonsgegevens (hierna: Wbp).¹⁷⁵ De Privacyrichtlijn¹⁷⁶ bepaalt voor een groot deel de inhoud van de Wbp.¹⁷⁷

In de Wbp wordt 'persoonsgegeven' omschreven als "*elk gegeven betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon*".¹⁷⁸ In tegenstelling tot de Belgische Privacywet heeft de Wbp de definitie van persoonsgegevens omschreven in art. 2, a Privacyrichtlijn¹⁷⁹ niet rechtstreeks overgenomen. Desalniettemin heeft de Wbp een zeer ruim toepassingsbereik.

De Memorie van Toelichting bij de Wbp heeft bepaald dat alle gegevens die informatie kunnen verschaffen over een identificeerbare natuurlijke persoon, als persoonsgegevens moeten worden beschouwd.¹⁸⁰ Dit houdt in dat het moet gaan om gegevens die medebepalend zijn voor de wijze waarop een persoon in het maatschappelijk verkeer wordt beoordeeld of behandeld, alsook gegevens die naar hun aard betrekking hebben op personen.¹⁸¹ De aard van de gegevens moet zo kenmerkend zijn voor een bepaalde persoon dat deze aan de hand daarvan kan worden geïdentificeerd. De voorbeelden die in de Memorie van Toelichting worden aangehaald zijn: vingerafdrukken, een naam, een stem, adressen,...¹⁸²

Verder haalt de Memorie van Toelichting aan dat gekeken moet worden naar alle middelen waarvan mag worden aangenomen dat zij redelijkerwijs door de verantwoordelijke dan wel enig ander persoon zijn in te zetten om die persoon te identificeren.¹⁸³ Er wordt wel een kanttekening geplaatst, namelijk dat er rekening moet worden gehouden met de informatietechnologie. Waar voorheen nog een onredelijke inspanning moest geleverd worden om aan bepaalde persoonsgegevens te raken (en dus niet onder het toepassingsgebied van de Wbp vielen), kan het zijn dat deze inspanningen geringer wordt met het beschikbaar komen van nieuwe technieken en dus wel onder de Wbp vallen.¹⁸⁴ Deze kanttekening is van belang voor het plaatsen van sociale media onder het toepassingsgebied van de Wbp. Wanneer een potentiële werkgever aldus gebruik maakt van het Facebookprofiel van de kandidaat-werknemer om zo zijn nieuwsgierigheid te temperen, dan kan dit onder het toepassingsgebied van de Wbp vallen, aangezien sociale media kan gezien worden als een nieuwe techniek waar er met een geringe inspanning aan persoonsgegevens kan worden geraakt.

Vooraleer de Wbp van toepassing is, zal er sprake moeten zijn van een verwerking van persoonsgegevens: "*elke handeling of elk geheel van handelingen met betrekking tot*

¹⁷⁵ Wet 6 juli 2000, houdende regels inzake de bescherming van persoonsgegevens, *stb.* 20 juli 2000 (hierna Wet bescherming persoonsgegevens)

¹⁷⁶ Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van die gegevens, *Pb.L.* 23 november 1995, afl. 281

¹⁷⁷ Net zoals in België

¹⁷⁸ Art. 1, a Wet bescherming persoonsgegevens

¹⁷⁹ Art. 2, a Privacyrichtlijn

¹⁸⁰ *Kamerstukken II* 1997-1998, 2892, nr. 3, 46p (MvT)

¹⁸¹ *Kamerstukken II* 1997-1998, 2892, nr. 3, 46-47p (MvT)

¹⁸² *Kamerstukken II* 1997-1998, 2892, nr. 3, 47p (MvT)

¹⁸³ *Kamerstukken II* 1997-1998, 2892, nr. 3, 48p (MvT)

¹⁸⁴ *Kamerstukken II* 1997-1998, 2892, nr. 3, 49p (MvT)

*persoonsgegevens, waaronder in ieder geval het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiding of enige andere vorm van terbeschikkingstelling, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van gegevens.*¹⁸⁵ De Memorie van Toelichting bepaalt dat iedere handeling of geheel van handelingen met betrekking tot het gegeven, al dan niet uitgevoerd met behulp van geautomatiseerde procédés, onder het begrip gegevensverwerking valt.¹⁸⁶ De Wbp gaat aldus voor een techniekneutrale omschrijving van het begrip 'gegevensverwerking'.¹⁸⁷ Iedere 'losse' verwerking van geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde gegevens vallen onder het toepassingsgebied van de Wbp. Hieronder kan verstaan worden het opslaan van een persoonsgegeven op een (optisch-)magnetische gegevensdrager als de tekstverwerker.¹⁸⁸

Hoe zit het dan met het louter raadplegen van een Facebook profiel van de kandidaat-werknemer door de potentiële werkgever? Art. 1, b Wbp is hetzelfde als art. 1, §1 Privacywet. De uitleg gegeven in *onderdeel 4.1.2* kan doorgetrokken worden naar dit onderdeel. Het louter raadplegen van een Facebook profiel kan mijns inziens aldus onder het toepassingsgebied van de Wbp ressorteren.

Ook in de Wbp is de verwerking van persoonsgegevens aan enkele beperkingen onderworpen. Deze zijn terug te vinden in de wet onder het hoofdstuk betreffende de voorwaarden voor de rechtmatigheid van de verwerking van persoonsgegevens.¹⁸⁹

Een bijzondere beperking is de instemming die de ondernemer nodig heeft van de ondernemingsraad voor de verwerking van persoonsgegevens van werknemers. Dit zal niet verder worden uitgewerkt omdat het betrekking heeft op werknemers die reeds werkzaam zijn in een onderneming en niet op de werving en selectie.¹⁹⁰ Deze vereiste instemming van de ondernemingsraad is een verschilpunt met het Belgische recht, waar de ondernemingsraad geen instemming moet verlenen wil de werkgever over gaan tot de verwerking van persoonsgegevens.

Tenslotte is er het College bescherming persoonsgegevens¹⁹¹, vergelijkbaar met de Belgische Privacycommissie. De opdracht van het College is dezelfde als deze van de Belgische Privacycommissie. Het College ziet toe op de verwerking van persoonsgegevens en kan adviezen/aanbevelingen verlenen alsook klachten behandelen.¹⁹²

¹⁸⁵ Art. 1, b Wet bescherming persoonsgegevens

¹⁸⁶ *Kamerstukken II 1997-1998, 2892, nr. 3, 52p (MvT)*

¹⁸⁷ T.F.M., HOOGHIEMSTRA, *Tekst en toelichting Wet bescherming persoonsgegevens*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2007, 16

¹⁸⁸ *Kamerstukken II 1997-1998, 2892, nr. 3, 52p (MvT)*

¹⁸⁹ Hoofdstuk 2 Wet bescherming persoonsgegevens

¹⁹⁰ Art. 22, §3 Wet bescherming persoonsgegevens; art. 27, k Wet van 28 januari 1971, houdende nieuwe regelen omtrent de medezeggenschap van de werknemers in de onderneming door middel van ondernemingsraden, *stb.* 1971, 54

¹⁹¹ Hoofdstuk 9, paragraaf 1 Wet bescherming persoonsgegevens

¹⁹² Art. 51 en 60 Wet bescherming persoonsgegevens

3.1.2.2 Antidiscriminatiewetgeving

Art. 1 Gw. voorziet in Nederland in de gelijke behandeling van gelijke gevallen. Ook het discriminatieverbod is in dit artikel vervat.¹⁹³

In tegenstelling tot België, kent Nederland geen systeem van constitutionele toetsing door de rechter, er is geen Grondwettelijk Hof in Nederland.¹⁹⁴ Art. 120 Gw. verbiedt de rechter uitdrukkelijk om de wet te toetsen aan de Grondwet.¹⁹⁵ De hoven en rechtbanken kunnen wel toetsen aan internationale verdragen, op voorwaarde dat ze rechtstreekse werking hebben.¹⁹⁶

Ook het Nederlands Burgerlijk Wetboek bevat bepalingen die discriminatie in de arbeidsrelatie verbieden, ze hebben echter wel geen betrekking op de werving en selectie specifiek.¹⁹⁷ De voornaamste wet in Nederland die van toepassing is op discriminatie tijdens de werving- en selectieprocedure is de Algemene wet Gelijke Behandeling (hierna: AWGB).¹⁹⁸

Hoofdstuk 1, § 3 AWGB betreft de bepalingen op het terrein van de arbeid en het vrij beroep.¹⁹⁹ In art. 5 AWGB wordt duidelijk omschreven dat onderscheid (noch direct noch indirect onderscheid²⁰⁰) verboden is bij de aanbidding van een betrekking en de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking²⁰¹ alsook bij het aangaan en het beëindigen van een arbeidsverhouding²⁰². Dit is een significant verschil met de Belgische Antidiscriminatiewet 2007, waar er niet uitdrukkelijk wordt voorzien dat er geen onderscheid mag plaatsvinden tijdens de werving- en selectieprocedure. Anderzijds wordt er in België wel voorzien in 2 CAO's²⁰³ die uitdrukkelijk de gelijke behandeling van de sollicitant vooropstelt, dit in tegenstelling tot Nederland waar niet is voorzien in dergelijke CAO's.

De Nederlandse AWGB voorziet (net als de Belgische Antidiscriminatiewet) ook in een verschuiving van de bewijslast. De kandidaat-werknemer zal enkel een vermoeden moeten aantonen dat er een onderscheid in zijn nadeel is en dan is het aan de wederpartij (in casu de werkgever) om te bewijzen dat niet in strijd met de wet is gehandeld.²⁰⁴

Net zoals in België zijn de hoven en rechtbanken in Nederland niet geconfronteerd met een kandidaat-werknemer die zich gediscrimineerd voelde door de ongelijke behandeling van een toekomstige werkgever tijdens de werving- en selectieprocedure als gevolg van het gebruik van sociale netwerksites. Dit wil echter niet zeggen dat er geen discriminatie gedurende de werving- en selectieprocedure kan plaatsvinden.

¹⁹³ Art. 1 Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden van 24 augustus 1815, *stb.* 4 september 2008, 348

¹⁹⁴ WOLFF, D.J.B., HUMBLET, P.E.M.S., "Gelijke behandeling van werknemers in België en Nederland", *Sociaal Recht* 23 oktober 2008, 276

¹⁹⁵ Art. 120 Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden van 24 augustus 1815, *stb.* 4 september 2008, 348

¹⁹⁶ WOLFF, D.J.B., HUMBLET, P.E.M.S., "Gelijke behandeling van werknemers in België en Nederland", *Sociaal Recht* 23 oktober 2008, 276

¹⁹⁷ Art. 7: 646, 7:648, 7:649 Burgerlijk Wetboek Boek 7, *stb.* 1991, 600

¹⁹⁸ Wet van 2 maart 1994, houdende algemene regels ter bescherming tegen discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat, *stb.* 1994, 230 (hierna: AWGB)

¹⁹⁹ Hoofdstuk 1, § 3 AWGB

²⁰⁰ Art. 1, 1, a AWGB

²⁰¹ Art. 5, 1, a AWGB

²⁰² Art. 5, 1, c AWGB

²⁰³ CAO nr. 38 en CAO nr. 95

²⁰⁴ Art. 10, 1 AWGB

In Nederland is er het College voor de Rechten van de Mens (voorheen College Gelijke Behandeling) dat in het kader van discriminatie tijdens de werving- en selectieprocedure belangrijke oordelen heeft gevelid²⁰⁵. Het College kan geen bindende uitspraken doen, maar hun oordeel wordt wel als gezaghebbend beschouwd.

In België was er het vonnis van de arbeidsrechtbank van 26 maart 2007²⁰⁶ dat voor veel beroering heeft gezorgd, in Nederland is een soortgelijke zaak voorgekomen. Het betreft een uitspraak van de rechtbank Gelderland.²⁰⁷ Eiser heeft gesolliciteerd voor een stageplaats bij een onderneming. Een werknemer van de onderneming heeft verkeerdelijk de volgende e-mail naar eiser gestuurd met als inhoud: *'Het is niks. Ten eerste het is een donkergekleurde (neger). En op zijn cv weinig tot geen ervaring met computers enz'*. Eiser heeft een klacht neergelegd op grond van discriminatie vanwege zijn ras.²⁰⁸ Ook heeft eiser de ontvangen e-mail op Facebook geplaatst en gedeeld op Twitter. Door gebruik te hebben gemaakt van sociale media, is er mediabekendheid verleend aan de zaak en is er maatschappelijke onrust ontstaan. De rechtbank was echter van oordeel dat dit geen grond tot strafvermindering uitmaakte.²⁰⁹ De rechtbank heeft geoordeeld dat de verdachte in de uitoefening van zijn beroep, zich heeft schuldig gemaakt aan opzettelijke discriminatie wegens ras.²¹⁰ De rechtbank veroordeelde de verdachte tot een werkstraf van 40 uren en tot betaling van een schadevergoeding aan de eiser.

Wat opvalt, is dat het om een strafrechtelijke procedure gaat, dit in tegenstelling tot het Belgische vonnis van 26 maart 2007 dat door de arbeidsrechtbank is behandeld. In België is er in het Strafwetboek geen uitdrukkelijke bepaling ingeschreven die gelijkaardig is aan de Nederlandse bepaling art. 137g Strafwetboek. De Algemene Antidiscriminatiewet 2007 voorziet wel in strafrechtelijke bepalingen²¹¹, maar deze hebben geen betrekking op discriminatie die gebeurt tijdens de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf.

Ook deze zaak heeft geen betrekking op sociale media, maar op verkeerd e-mail gebruik. Dit maakt het vonnis echter niet minder van belang in het licht van deze thesis. Hieruit volgt namelijk dat weeral duidelijk wordt gemaakt dat de werkgever zeer voorzichtig moet omspringen met de huidige technologische middelen. Het verkeerde gebruik van e-mail of sociale media kan leiden tot verregaande gevolgen voor zowel de werkgever als de onderneming.

3.1.2.3 NVP Sollicitatiecode

De NVP Sollicitatiecode is een code die basisregels bevat die organisaties en sollicitanten in acht moeten nemen bij de werving en selectie ter vervulling van vacatures. De code is opgesteld door

²⁰⁵ Bijvoorbeeld: College voor de rechten van de mens 15 september 2014, 2014-111; College voor de rechten van de mens 3 mei 2014, 2014-80

²⁰⁶ Arbrb. Gent, 26 maart 2007, A.R. 176.893 (juridat.be)

²⁰⁷ Rechtbank Gelderland 27 augustus 2014, nr. 05/800112-14 (uitspraken.rechtspraak.nl)

²⁰⁸ Onderdeel 1 Rechtbank Gelderland 27 augustus 2014, nr. 05/800112-14

²⁰⁹ Onderdeel 6 Rechtbank Gelderland 27 augustus 2014, nr. 05/800112-14

²¹⁰ Art. 137 g Strafwetboek 3 maart 1881, *stb.* 1881, 35; art. 90quater Strafwetboek 3 maart 1881, *stb.* 1881, 35; Onderdeel 8 Rechtbank Gelderland 27 augustus 2014, nr. 05/800112-14

²¹¹ Titel IV Algemene Antidiscriminatiewet 2007

de Nederlandse Vereniging voor Personeelsmanagement en Organisatieontwikkeling (NVP) in overleg met de Stichting voor arbeid.²¹²

Vernieuwend aan de sollicitatiecode is de verwerking van sociale media in de code en het besef dat sociale media wel degelijk een grote rol kunnen spelen in de hedendaagse manier van werving en selectie. Zo wordt in artikel 1.3 vermeld dat de code van toepassing is op een procedure die erop gericht is om een vacature binnen een organisatie te vervullen en waarvoor de werving van kandidaten onder meer plaatsvindt via sociale media. Ook wordt er duidelijk gemaakt dat organisaties duidelijk aan kandidaat-werknemers moeten vermelden dat ze kunnen worden opgezocht op internet, waaronder sociale media (art. 3.5 Sollicitatiecode).

Ondanks het feit dat de sollicitatiecode niet bindend is, kan het wel gezien worden als een uitstekende richtlijn voor potentiële werkgevers.

3.1.3 Tussenconclusie

In het onderdeel werving en selectie wordt de rol beschreven die sociale media kunnen spelen tijdens de werving- en selectieprocedure.

De verscheidene wetgeving die toegepast wordt in België en Nederland en de rol en invloed van de sociale media tijdens de werving- en selectieprocedure wordt besproken en vergeleken.

Vooreerst valt op dat België voorziet in een algemene CAO, namelijk CAO nr. 38 die betrekking heeft op de werving en selectie van werknemers. Een groot deel van de artikels van CAO nr. 38 zijn normatieve bepalingen en kunnen dan ook niet worden gezien als loutere aanbevelingen.

In Nederland is niet voorzien in een dergelijke CAO. Mijns inziens heeft Nederland hier een kans laten liggen. Een CAO zoals CAO nr. 38 biedt een toegevoegde waarde aan de werving- en selectieprocedure. CAO nr. 38 biedt een duidelijke bescherming voor de kandidaat-werknemer tijdens de werving- en selectieprocedure; ondermeer de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de kandidaat-werknemer wordt beschermd door de CAO.²¹³ Ook al is art. 11 CAO nr. 38 een obligatoire bepaling, er blijft een zeker gezag ervan uitgaan en het is een richtlijn voor de toekomstige werkgever.

Met betrekking tot de bescherming van privacy van de kandidaat-werknemer loopt de wetgeving in België en Nederland gelijk. Beide landen voorzien in een wet die de verwerking van persoonsgegevens beschermt.²¹⁴ Beide wetten zijn dan ook een omzetting van de Privacyrichtlijn.²¹⁵ Betreffende de uitleg over de verwerking van persoonsgegevens, kan mijns inziens ook het louter raadplegen, van bijvoorbeeld sociale media, vallen onder de privacywet van zowel Nederland als België. Dit volgt uit een strikte lezing van de wetsartikelen en de vermelding van het begrip 'raadplegen' in de artikelen.²¹⁶ Een kandidaat-werknemer geniet aldus bescherming

²¹² X., "Sollicitatiecode", 2013, <http://www.nvp-plaza.nl/documents/doc/sollicitatiecode/nvp-sollicitatiecode.pdf> (consultatie 24 november 2014)

²¹³ Art. 11 CAO nr. 38

²¹⁴ België: Wet 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, *BS* 18 maart 1993, 5801; Nederland: Wet 6 juli 2000, houdende regels inzake de bescherming van persoonsgegevens, *stb.* 20 juli 2000, 302

²¹⁵ Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van die gegevens, *Pb.L.* 23 november 1995, afl. 281

²¹⁶ België: art. 1, §1 Privacywet; Nederland: art. 1, b Wet bescherming persoonsgegevens

onder de privacywetgeving wanneer een potentiële werkgever het sociale mediaprofiel van de kandidaat-werknemer louter raadpleegt.

Ook de antidiscriminatiewetgeving van zowel België als Nederland spelen een rol bij de werving en selectie van kandidaat-werknemers. Het grote verschil tussen beide rechtstelsels is dat de Nederlandse Wet Gelijke Behandeling uitdrukkelijk voorziet dat er geen onderscheid mag plaatsvinden tijdens de werving- en selectieprocedure.²¹⁷ Dit in tegenstelling tot de Belgische antidiscriminatiewetgeving waar niet is voorzien in dergelijke bepaling. Dit kan mijns inziens niet als een leemte worden ervaren aangezien er in België CAO's²¹⁸ zijn die voorzien in de gelijke behandeling van de sollicitant.

Zowel in de Nederlandse als in de Belgische rechtspraak zijn de hoven en rechtbanken nog niet geconfronteerd met problemen die sociale media met zich mee kunnen brengen tijdens de werving- en selectieprocedure. Echter, hoven en rechtbanken zijn wel al in aanraking gekomen met duidelijke gevallen van discriminatie tijdens de aanwerving. In zowel Nederland als België zijn de hoven en rechtbanken streng opgetreden en hebben ze duidelijk gemaakt dat discriminatie tijdens de aanwervingsprocedure niet wordt getolereerd. Dit is een duidelijk teken naar de potentiële werkgever om toch enige voorzichtigheid aan de dag te leggen wanneer hij gebruik maakt van sociale media om bijvoorbeeld op deze manier meer te weten te komen over de kandidaat-werknemer.

Tot slot is er in Nederland de NVP Sollicitatiecode. Dit is een duidelijke richtlijn die werkgevers kunnen hanteren tijdens de werving- en selectieprocedure. De rol van sociale media zijn uitdrukkelijk opgenomen in de Sollicitatiecode. In België is dergelijke code niet terug te vinden. Dit toont, mijns inziens, aan dat Nederland verder staat met betrekking tot de integratie en het bewustzijn van de problemen die sociale media met zich mee kunnen brengen gedurende de aanwerving. Het zou zeker een meerwaarde zijn voor, zowel de Belgische werknemer als werkgever, als er ook een dergelijke Sollicitatiecode in België zou worden opgesteld.

²¹⁷ Art. 5 AWGB

²¹⁸ Art. 2bis CAO nr. 38 en art. 2 CAO nr. 95

3.2. Uitvoering van de arbeidsovereenkomst

Als een kandidaat-werknemer de werving- en selectieprocedure doorlopen heeft en aangenomen is voor een functie, blijven sociale media een rol spelen. Immers het gebruik van sociale media kan tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst ook voor de nodige problemen zorgen.

De focus van deze masterthesis ligt op de rol van sociale media in de arbeidsverhoudingen buiten de reguliere werkuren. Om een volledig beeld te kunnen geven van de rol van sociale media in de arbeidsverhoudingen, is het onontbeerlijk om ook de invloed van het gebruik van sociale media tijdens de werkuren te bespreken.

Er volgt een bondige uiteenzetting van wetgeving die zowel voor de werknemer als voor de werkgever van belang is met betrekking tot de rol van sociale media tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst.

3.2.1 Gezagsrecht

De werkgever heeft een gezagsrecht ten aanzien van zijn juridisch ondergeschikte werknemer. De Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat wanneer een werknemer een arbeidsovereenkomst met een werkgever aan gaat, de werknemer zich er ondermeer toe verbindt om *onder gezag* van de werkgever arbeid te verrichten.²¹⁹

Werknemers hebben geen 'recht' op toegang tot sociale media tijdens de werkuren.²²⁰ De werkgever kan eenzijdig richtlijnen en verplichtingen opleggen met betrekking tot het gebruik van informatica, zelfs zonder enige consensus of inspraak van de werknemers.²²¹ De werknemer is verplicht te handelen volgens de bevelen en de instructies die hem worden gegeven door de werkgever, zijn lasthebbers of zijn aangestelden met het oog op de uitvoering van de overeenkomst.²²² Hieruit volgt dat de werkgever vrij is om de rol van sociale media op de werkvloer te bepalen. Zo kan de werkgever bijvoorbeeld beslissen om sociale media in zijn geheel te verbieden of sociale media enkel tijdens de pauzes toe te laten.

3.2.2 CAO nr. 81

De gezagsuitoefening van de werkgever behelst ook de mogelijkheid om controle uit te oefenen. De werkgever kan aldus nagaan of zijn werknemers voldoende werkethiek aan de dag leggen en of er een correct gebruik is van de aangeboden ondernemingsmiddelen. Deze controle kan ook worden toegepast om na te gaan of werknemers zich houden aan de regels betreffende het gebruik van sociale netwerksites in de onderneming.²²³

Wanneer een werkgever controle uitoefent op de werkvloer om er zich van te vergewissen dat alles naar behoren verloopt, kan de werknemer het gevoel krijgen dat er een inbreuk gebeurt op zijn persoonlijke levenssfeer. Om het controlerecht van de werkgever en de bescherming van de

²¹⁹ Art. 2 Arbeidsovereenkomstenwet (arbeiders); art. 3 Arbeidsovereenkomstenwet (bedienden)

²²⁰ S., COCKX, "Sociale media in de arbeidsrelatie: 'vriend' of vijand?", *Or.* 2012, 22

²²¹ Arbh. Gent 4 april 2001, *JTT* 2002, 49

²²² Art. 17, 2^o Arbeidsovereenkomstenwet

²²³ J., LORRE, "Facebook en arbeidsrecht: mysterium tremendum et fascinans.", *RW* 7 mei 2011, nr. 36, 1504

persoonlijke levenssfeer van de werknemer met elkaar te verzoenen, is CAO nr. 81²²⁴ tot stand gekomen.

De vraag die zich stelt, is in welke mate CAO nr. 81 bepalend is wanneer de werkgever gebruik maakt van zijn controlerecht om het gebruik van sociale media op de werkvloer aan een onderzoek te onderwerpen.

Het toepassingsgebied van CAO nr. 81 is ruim. Art. 2 CAO nr. 81 verstaat onder elektronische on-linecommunicatiegegevens: "*de elektronische on-linecommunicatiegegevens s.l. ongeacht de drager via welke een en ander door een werknemer wordt overgebracht of ontvangen in het kader van de dienstbetrekking.*"²²⁵ Het commentaar voorzien bij art. 2 CAO nr. 81 vermeldt dat de CAO "een kader wil vaststellen dat ruim genoeg is om alle on-linetechnologieën te omvatten, rekening houdend met de toenemende verwevenheid en de snelle ontwikkeling van deze technologieën en de drager die wordt gebruikt."²²⁶ Sociale media kunnen aldus onder het toepassingsgebied van CAO nr. 81 vallen.

CAO nr. 81 is gesloten in de Nationale Arbeidsraad. Dit betekent dat de CAO enkel van toepassing is op de private sector en dat de publieke sector zich hier niet op kan beroepen.²²⁷ De Privacycommissie is echter van mening dat de tekst van CAO nr. 81 *de facto* ook de publieke werkgever aanspreekt. De CAO is namelijk een concretisering van de Privacywet, die wel geldt ten aanzien van de publieke werkgever.²²⁸

Mijns inziens kan de zienswijze van de Privacycommissie gevolgd worden. Het zou een leemte zijn voor de werknemer en werkgever in de publieke sector als de CAO niet op hen van toepassing kan zijn. CAO nr. 81 biedt namelijk een duidelijk kader betreffende het controlerecht van de werkgever enerzijds en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemer anderzijds.

Art. 3 CAO nr. 81 bepaalt de verbintenis van de partijen ten opzichte van elkaar. Enerzijds erkennen werknemers dat de werkgever het recht heeft om controle uit te oefenen op het werkinstrument (laptops, tablets, gsm's,...) en het gebruik ervan door de werknemer, ook wanneer dit in zijn persoonlijke levenssfeer valt. Anderzijds eerbiedigen de werkgevers het recht van de werknemers op bescherming van hun persoonlijke levenssfeer.²²⁹

Voormeld artikel voorziet, mijns inziens, in een duidelijke toelating voor de werkgever om zijn controlerecht te laten gelden op de werkvloer, ook met betrekking op sociale media. De werknemers erkennen namelijk het controlerecht van de werkgever op voorwaarde dat er geen schending van hun persoonlijke levenssfeer zal plaatsvinden. Het is aan de werkgever om de juiste balans te vinden tussen deze belangen.

Zo heeft het Arbeidshof te Antwerpen geoordeeld dat het verzenden van privé e-mailberichten niet noodzakelijk een fout uitmaakt en geen zwaarwichtige tekortkoming uitmaakt om ontslag om

²²⁴ Collectieve arbeidsovereenkomst nr. 81 van 26 april 2002, gesloten in de Nationale Arbeidsraad, tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemers ten opzichte van de controle op de elektronische on-linecommunicatiegegevens, *BS* 29 juni 2002, 29490 (hierna: CAO nr. 81); KB 12 juni 2002 waarbij algemeen verbindend wordt verklaard de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 81 van 26 april 2002, gesloten in de Nationale Arbeidsraad, tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemers ten opzichte van de controle op de elektronische on-linecommunicatiegegevens, *BS* 29 juni 2002

²²⁵ Art. 2 CAO nr. 81

²²⁶ Commentaar bij art. 2 CAO nr. 81

²²⁷ Art. 2, §3 CAO-wet voorziet in een opsomming dat vermeldt dat de wet niet van toepassing is op publieke instellingen. Hieruit volgt dat CAO nr. 81 niet geldt voor deze instellingen.

²²⁸ Overweging 99, Aanbeveling Privacycommissie 08/2012 van 2 mei 2012, 27p

²²⁹ Art. 3 CAO nr. 81

dringende redenen te rechtvaardigen.²³⁰ Wanneer echter gedurende een langere periode er dagelijks privéberichten per e-mail worden verzonden en dit kan leiden tot een vermindering van de arbeidsprestatie, dan kan dit een gebruikelijke lichte fout uitmaken conform art. 18, eerste lid Arbeidsovereenkomstenwet.²³¹ Dit kan, mijns inziens, ook doorgetrokken worden naar het al dan niet overmatig gebruik van sociale media.

Wanneer het onderwerp en de inhoud van de elektronische on-linecommunicatiegegevens een beroepsmatig karakter hebben dat door de werknemer niet in twijfel wordt getrokken, zal de werkgever zonder enige procedure kennis kunnen nemen van deze gegevens.²³² Dit betreft de beroepscommunicatie. Zo heeft het Arbeidshof te Luik in een arrest van 26 maart 2006 geoordeeld dat een werkgever in bepaalde omstandigheden het recht heeft om zich toegang te verschaffen tot e-mails en deze te onderzoeken (in casu was er een gegronde vrees voor virusverspreidingen).²³³ Deze vorm van controle kan, naar mijn oordeel, worden doorgetrokken naar sociale media.

Verder is er de vraag of CAO nr. 81 de werkgever toelaat om de inhoud van privécommunicatie aan een controle te onderwerpen. De Privacycommissie heeft vastgesteld dat de werkgever kennis kan nemen van de inhoud van communicatie waar de werknemer aan heeft deelgenomen enkel en alleen als alle preventie maatregelen onvoldoende blijken te zijn om het bestaan van enig misbruik vast te stellen.²³⁴ De kennisname van de inhoud van privécommunicatie is aldus het *ultimum remedium* voor de werkgever om enig misbruik door de werknemer op sociale media op te sporen.²³⁵

Mijns inziens moet de werkgever inderdaad niet te snel overgaan tot inhoudelijke controle van privécommunicatie. De werknemer zal zich, al dan niet terecht, gekrenkt kunnen voelen in zijn persoonlijke levenssfeer. Zeker wanneer blijkt dat de controle niet noodzakelijk was en er geen misbruiken aan het licht zijn gekomen. De werkgever zal aldus een grondige afweging moeten maken tussen enerzijds het onderzoeken van misbruiken en anderzijds zijn collegiale relatie met de werknemer en het recht op een persoonlijke levenssfeer op het werk.

²³⁰ Arbh. Antwerpen 1 oktober 2003, A.R. 2020381 (juridat.be): "Dat een werknemer via de hem door zijn werkgever ter beschikking gestelde computer e-mailberichten ontvangt en verzendt met een louter privé karakter, impliceert immers niet noodzakelijk een fout, a fortiori geen zwaarwichtige tekortkoming in de zin van artikel 35 Arbeidsovereenkomstenwet."; J., Lorre, "Facebook en arbeidsrecht: mysterium tremendum et fascinans.", *RW* 7 mei 2011, nr. 36, 1503

²³¹ Het betrof een arrest waar een informaticus in dienst van een gerechtsdeurwaarder kantoor verliefd wordt op een bediende in hetzelfde kantoor. Gedurende hun romance werden dagelijks verscheidene interne e-mailberichten naar elkaar verstuurd, dit in strijd met de (door de informaticus zelf opgestelde) bedrijfscirculaire over het gebruik van het informaticasysteem op het werk. Op sommige dagen werden 120 privé emails verstuurd. Het werk van de informaticus begon er onder te lijden. R., DE CORTE, "Privé-emails geen dringende ontslagredenen", *Juristenkrant* 19 december 2000, nr. 20, 1-2p; Arbrb. Brussel 2 mei 2000 (juridat.be); J., LORRE, "Facebook en arbeidsrecht: mysterium tremendum et fascinans.", *RW* 7 mei 2011, nr. 36, 1503

²³² Verslag aan de Koning bij de Collectieve arbeidsovereenkomst nr. 81 van 26 april 2002, gesloten in de Nationale Arbeidsraad, tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemers ten opzichte van de controle op de elektronische on-linecommunicatiegegevens, *BS* 29 juni 2002, 29490

²³³ Arbh. Luik 20 maart 2006, R.G. 33.137/05 (juridat.be): *Dès lors que, (...) l'employeur a connaissance (...) d'une possible attaque de son système par un virus, un ver, un cheval de Troie ou autre, ou d'une menace d'une telle attaque, il se trouve incontestablement dans une situation visée à l'article 4, 3° précité qui l'autorise à procéder à un contrôle des données de communication.* ; F., HENDRICKX, "Sociale media en privacy in het arbeidsrecht", in VRG-ALUMNI (ed.), *Recht in beweging-20^{ste} VRG-Alumnidag*, Antwerpen, Maklu, 2013, 38

²³⁴ Overweging 134 Rapport Cybersurveillance Privacycommissie, 24

²³⁵ FEYEN, S., MARTENS, J., "Sociale media en de (kandidaat-)werknemer" in VALCKE, P., VALGAEREN, P.J., en LIEVENS, E. (eds.), *Sociale media: actuele juridische aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 172

De controle op de elektronische on-linecommunicatiegegevens wordt slechts toegestaan voor zover voldaan wordt aan de finaliteits-, proportionaliteits-, en transparantiebeginselen.²³⁶

Het finaliteitsbeginsel houdt in dat de werkgever de elektronische on-linecommunicatiegegevens slechts kan controleren wanneer één (of meer) van de in CAO nr. 81 opgesomde doeleinden wordt nagestreefd.²³⁷ De werkgever moet duidelijk en expliciet de doelstelling van de controle omschrijven.²³⁸

Het feit dat de werkgever duidelijk de doelstelling van de controle moet omschrijven, is naar mijn mening onontbeerlijk. Bij gebreke hieraan, zal de werknemer kunnen aanhalen dat er een ongeoorloofde inbreuk heeft plaatsgevonden in zijn elektronische gegevens. Echter, de vier doelstellingen die worden nagestreefd in art. 5, §1 CAO nr. 81, zijn mijns inziens zeer ruim omschreven. Zo zal het voor de werkgever bijvoorbeeld niet moeilijk zijn om een economisch of financieel belang aan te tonen. Hieruit volgt dat de werkgever bijna altijd een controle kan doorvoeren.

Het proportionaliteitsbeginsel houdt in dat alleen de elektronische on-linecommunicatiegegevens die noodzakelijk zijn voor de controle mogen worden verzameld; dit wil zeggen gegevens die een zo gering mogelijke inmenging in de persoonlijke levenssfeer van de werknemer tot gevolg hebben.²³⁹

Het transparantiebeginsel betekent dat de werkgever zijn werknemers op de hoogte moet stellen wanneer hij een systeem voor controle op elektronische on-linecommunicatiegegevens wil installeren.²⁴⁰ De werkgever moet aldus zijn werknemers op de hoogte brengen van zijn plannen om te controleren. Enerzijds kan naar mijn mening hier de vraag gesteld worden of de controle zijn effect niet zal missen als de werknemer op voorhand op de hoogte wordt gesteld; anderzijds is het vooruitzicht van een controle door de werkgever een motivatie voor de werknemer om op een verantwoorde manier om te springen met de elektronische on-linecommunicatie.

Wanneer een werkgever wil overgaan tot controle van het internet en e-mailgebruik op de werkvloer, zal hij 2 fasen moeten respecteren. In de eerste fase is het de werkgever toegelaten om algemene gegevens te verzamelen, zonder een werknemer te identificeren. Pas in de tweede fase is er een individualisering van de werknemer mogelijk. Er zal dan een link gelegd worden tussen enerzijds de tijdens de controle verzamelde gegevens en anderzijds de fysieke persoon in de vorm van de werknemer.²⁴¹ Gezien het beknopt en ondergeschikt karakter van dit onderdeel, zal hierop niet verder ingegaan worden.²⁴²

²³⁶ Art. 4 CAO nr. 81

²³⁷ Art. 5, §1 CAO nr. 81

²³⁸ Art. 5, §2 CAO nr.81

²³⁹ Commentaar bij art. 6 CAO nr. 81

²⁴⁰ Art. 7 CAO nr. 81

²⁴¹ Art. 11 en 12 CAO nr. 81; WATERSHOOT, P., "de CAO nr. 81 en de privacybescherming van de werknemer, een afdwingbare norm of een papieren tijger?" *RW* 7 juni 2014, nr. 40, 1564

²⁴² Voor meer uitleg met betrekking tot de individualisering zie: J., LORRE, *Sociale Media en werkgeverscontrole*, Mechelen, Kluwer, 2012, 116-118p

3.2.3 Strafbepalingen

Een werkgever die is overgaan tot het controleren van het internet en e-mailgebruik op de werkvloer moet, naast de persoonlijke levenssfeer van de werknemer, ook rekening houden met strafrechtelijke bepalingen die een bescherming bieden voor de onlinecommunicatie.

Zowel art. 314bis Strafwetboek als art. 124 Wet Elektronische Communicatie (hierna: WEC) stellen onder bepaalde voorwaarden de kennisname van de inhoud van telecommunicatie strafbaar.²⁴³ Er volgt een korte toelichting waarom beide wetsartikelen als grond kunnen dienen om de kennisname van de inhoud van telecommunicatie strafbaar te stellen.

3.2.3.1 Art. 314bis Strafwetboek

Art. 314bis Strafwetboek stelt strafbaar *“het opzettelijk, met behulp van enig toestel privé-communicatie of -telecommunicatie, waaraan hij niet deelneemt, tijdens de overbrenging ervan, afluistert of doet afluisteren, er kennis van neemt of doet van nemen, opneemt of doet opnemen, zonder de toestemming van alle deelnemers aan die communicatie of telecommunicatie.”*²⁴⁴ (eigen onderlijning) Het begrip dat in voormeld artikel voor spanningen kan zorgen, is het begrip ‘overbrenging’. De kennisname door de werkgever van de communicatie moet gebeuren tijdens de overbrenging. Toegepast op e-mailverkeer wordt gesteld dat de werkgever enkel strafbaar is conform art. 314bis Strafwetboek wanneer hij de e-mail kan onderscheppen op de route tussen de verzender en de ontvanger. Met andere woorden, zolang de ontvanger zijn e-mails nog niet heeft geopend en gelezen, bevindt het bericht zich op een server en situeert het zich juridisch nog ‘in de overbrenging ervan’.²⁴⁵ Doorgetrokken naar sociale media kan gesteld worden dat een bericht, afbeelding of bestand ‘gepost’ of verstuurd door een persoon via zijn sociale netwerkprofiel en uitsluitend bestemd voor een duidelijk omschreven categorie van personen (“vrienden”), zich nog steeds bevindt in de overbrenging zolang de bestemming het bericht niet heeft ontvangen of waargenomen.²⁴⁶ Art.314bis Strafwetboek wordt geschonden als de werkgever zonder toestemming van de werknemer kennis neemt van deze privételecommunicatie.²⁴⁷

De overbrenging moet geschieden met behulp van enig toestel. Zo is de werkgever niet strafbaar als hij over de schouder van een werknemer gluurt terwijl deze een Facebookpagina bekijkt.²⁴⁸

De controle moet ook met opzet worden georganiseerd; de werkgever moet wetens en willens overgaan tot controle van het internetgebruik van de werknemer.²⁴⁹ Hieruit volgt dat wanneer de

²⁴³ Art. 314bis Strafwetboek; art. 124 Wet 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, BS 20 juni 2005, 28070 (hierna: WEC); S., FEYEN, J., MARTENS “Sociale media en de (kandidaat-)werknemer” in P., VALCKE, P.J., VALGAEREN, EN E. LIEVENS, (eds.), *Sociale media: actuele juridische aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 178

²⁴⁴ Art. 314bis, §1, 1° Strafwetboek

²⁴⁵ J., LORRE, *Sociale Media en werkgeverscontrole*, Mechelen, Kluwer, 2012, 45; Corr. Leuven 4 december 2007, T.Strafr. 2008, 223. De Correctionele rechtbank heeft gesteld dat een e-mail beschermd wordt door art. 314bis Strafwetboek zolang deze nog niet is opgevraagd door de bestemming. Zo valt een e-mail die opgeslagen is in de mailbox op de server van de onderneming en nog steeds niet werd opgevraagd door de bestemming onder de bescherming van het telecommunicatiegeheim.

²⁴⁶ J., LORRE, “Facebook en arbeidsrecht: mysterium tremendum et fascinans.”, *RW* 7 mei 2011, nr. 36, 1509

²⁴⁷ J., LORRE, “Facebook en arbeidsrecht: mysterium tremendum et fascinans.”, *RW* 7 mei 2011, nr. 36, 1509-1510

²⁴⁸ J., LORRE, *Sociale Media en werkgeverscontrole*, Mechelen, Kluwer, 2012, 47 en 59; Dit in tegenstelling tot art. 124,1° WEC. Op grond van dit artikel kan het opzettelijk meekijken over de schouder van een Facebookgebruiker leiden tot een strafbaarstelling. In tegenstelling tot art. 314bis Strafwetboek is bij art. 124,1° WEC immers niet vereist dat de dader gebruik maakt van ‘enig toestel’.

²⁴⁹ Art. 314bis Strafwetboek

werkgever toevallig langs het bureau van een werknemer loopt en de Facebookpagina van de werknemer open staat, dat de werkgever niet strafbaar is onder art. 314bis Strafwetboek wanneer hij kennis neemt van de inhoud van deze Facebookpagina. Dit hangt ook samen met het eerder vermelde feit dat de werkgever gebruik moet maken van een toestel om de telecommunicatie te kunnen controleren.

3.2.3.2 Art. 124 Wet Elektronische Communicatie

Art. 124 WEC bepaalt het strafbaar stellen van het opzettelijk kennismaken van het bestaan van privécommunicatiegegevens;²⁵⁰ alsook van het al dan niet met opzet opslaan, kenbaar maken, wijzigen en schrappen van informatie of gegevens.²⁵¹ Art. 124 en 125 WEC voorzien rechtvaardigingsgronden waardoor de strafbaarstelling wordt verminderd. Zo zal een werkgever die toestemming heeft verkregen van de werknemer mogen overgaan tot het kennismaken van privécommunicatiegegevens.²⁵²

In een arbeidsrechtelijke relatie kan echter de vraag gesteld worden of een werknemer werkelijk een 'vrije toestemming' kan geven. Zo ja, op welke wijze zou deze toestemming dan kunnen worden gegeven.²⁵³ Mijns inziens is het voor een werknemer moeilijk om de werkgever zijn toestemming te weigeren. Er is steeds een gezagsrelatie aanwezig en de werknemer blijft ondergeschikt aan de werkgever. De toestemming moet naar mijn mening ook uitdrukkelijk worden gegeven; een impliciete toestemming volstaat mijns inziens niet.

Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 1 oktober 2009²⁵⁴ geoordeeld dat de opzettelijke kennisname van het bestaan van een e-mail, alsook het gebruik van die kennis of van de informatie die zodoende met of zonder opzet werd verkregen, is uitgesloten voor wie niet vooraf de nodige toestemming heeft verkregen. Het Hof van Cassatie is aldus van mening dat er altijd een toestemming vereist is, zelfs bij onopzettelijk verkregen informatie en gegevens.

Wanneer een werknemer informatie op zijn Facebookprofiel toegankelijk maakt voor iedereen en aldus een openbaar profiel heeft, kan deze werknemer dan nog genieten van de bescherming die art. 124 WEC biedt? Richtlijn 2002/58/EG betreffende privacy en elektronische communicatie omschrijft 'communicatie' als *informatie die wordt uitgewisseld of overgebracht tussen een eindig aantal partijen door middel van een openbare elektronische-communicatiedienst.*²⁵⁵ (eigen onderlijning) Conform deze definitie is vereist dat de communicatie plaatsvindt tussen een 'eindig aantal partijen'. Toegepast op sociale netwerksites zal veel afhangen van de privacyinstellingen van de gebruiker. Wanneer de werknemer zijn profielinhoud openbaar maakt en 'iedereen' kan meelesen wat hij op zijn Facebookprofiel heeft gepost, dan kan duidelijk niet gesproken worden van een 'eindig aantal partijen'. De Wet Elektronische Communicatie zal in dit geval geen

²⁵⁰ Art. 124, 1° WEC

²⁵¹ Art. 124, 4° WEC

²⁵² Art. 124 WEC

²⁵³ S., FEYEN, J., MARTENS "Sociale media en de (kandidaat-)werknemer" in P., VALCKE, P.J., VALGAEREN, EN E. LIEVENS, (eds.), *Sociale media: actuele juridische aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 175

²⁵⁴ Cass. 1 oktober 2009, C.08.0064.N (juridat.be)

²⁵⁵ Art. 2, d Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie, *Pb. L.* 31 juli 2002, afl. 201. De Wet Elektronische communicatie is de omzetting van de vermelde richtlijn.

bescherming kunnen bieden.²⁵⁶ Op basis van een strikte lezing van de Richtlijn kan mijns inziens aldus besloten worden dat een openbaar Facebookprofiel niet onder het toepassingsgebied van de Richtlijn kan geplaatst worden en daarom de bescherming van art. 124 WEC niet zal genieten.

In de rechtsleer is er echter onenigheid over de afbakening en de inhoud van de voorwaarde 'een eindig aantal partijen'. In het kader van sociale media behelst dit de 'Facebookvrienden' van de werknemer. Wanneer een werknemer zijn privacyinstellingen zodanig heeft ingesteld dat enkel zijn 'vrienden' kunnen zien wat hij op het prikbord van Facebook plaatst, kan er dan van uitgegaan worden dat er sprake is van een 'eindig aantal partijen' en dat art. 124 WEC bescherming kan bieden? ROSIER en GILSON menen dat de communicatie die enkel bestemd is voor 'vrienden' op Facebook, niet kan genieten van de bescherming die de Wet Elektronische Communicatie heeft te bieden.²⁵⁷ LORRÉ is echter een andere mening toegedaan. Wanneer de bedoeling van de werknemer is om zijn sociale netwerkprofiel af te schermen en enkel voor te behouden voor een door hem aangeduide groep van bestemmingen, dan kan er beroep worden gedaan op de bescherming van art. 124 WEC.²⁵⁸ Mijns inziens heeft LORRÉ gelijk. Wanneer een werknemer zijn privacysettings instelt op een wijze dat alleen zijn Facebookvrienden de meldingen kunnen zien, dan is het ook de bedoeling van de werknemer dat enkel zijn 'vrienden' kennis kunnen nemen van deze meldingen. Een persoon bepaalt zelf wie hij al dan niet aanvaardt als 'vriend' op Facebook. Als een persoon 500 Facebookvrienden heeft, dan is dit in mijn ogen een 'eindig aantal' en kan er beroep gedaan worden op de bescherming van art. 124 WEC.

3.2.4 Regulering sociale media op de werkvloer

Het staat vast dat sociale netwerksites alom vertegenwoordigd zijn op de werkvloer. Dit kan echter buitengewone proporties aannemen. Werknemers die verscheidene uren van hun arbeidstijd doorbrengen met het 'checken' van Facebook of persoonlijke e-mails nakijken en verzenden, zijn heden ten dage geen uitzondering. Dit wordt ook wel het 'virtueel absentisme' genoemd. Dit houdt in dat de werknemer fysiek aanwezig is op de werkplek, maar tegelijkertijd zijn taken niet uitvoert omdat hij op internet zit voor privéaangelegenheden. Het staat buiten kijf dat het schade kan toebrengen aan een onderneming als de werknemers van een bedrijf 'virtueel afwezig' zijn.²⁵⁹ Zoals reeds vermeld heeft de werkgever een gezagsrecht ten opzichte van zijn werknemer. Het is de werkgever aldus toegelaten, op grond van dit gezagsrecht, om het gebruik van Facebook of ander internetgebruik voor privédoeleinden, op de werkvloer te verbieden. Dit gaat mijns inziens te ver. Een oplossing die soelaas kan bieden, is het opstellen van een Social Media Policy.

²⁵⁶ S., FEYEN, J., MARTENS "Sociale media en de (kandidaat-)werknemer" in P., VALCKE, P.J., VALGAEREN, EN E. LIEVENS, (eds.), *Sociale media: actuele juridische aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 178

²⁵⁷ K., ROSIER, S., GILSON, "La vie privée du travailleur face aux nouvelles technologies de communication et à l'influence des réseaux sociaux. L'employeur est-il l'ami du travailleur sur Facebook?" in X., *Le droit du travail à l'ère du numérique. Les technologies de l'information et de la communication dans les relations de travail*, Limal, Anthemis, 2011, 411

²⁵⁸ J., LORRE, *Sociale Media en werkgeverscontrole*, Mechelen, Kluwer, 2012, 60

²⁵⁹ C., VAN OLMEN, S., BALTAZAR, "Médias Sociaux et droit social: pièges et opportunités. Quel usage peut faire l'employeur des données et propos diffusés par les salariés via les média sociaux, du recrutement à la fin du contrat?" in X., *Le droit des affaires en évolution. Tendances in het bedrijfsrecht.*, Brussel, Bruylant, 2012, 160

Een Social Media Policy verduidelijkt het standpunt van de werkgever omtrent het internetgebruik op de werkvloer. Hieronder valt vanzelfsprekend ook het gebruik van Facebook.²⁶⁰ Zo kan bijvoorbeeld de werkgever zijn werknemers via een Social Media Policy attent maken op het publiek karakter van hun uitlatingen op Facebook en de eventuele schade die de onderneming hierdoor kan lijden. Werknemers worden bewust gemaakt dat ze de belangen van de onderneming niet uit het oog mogen verliezen. De werkgever kan in de Social Media Policy ook een tijdsbestek opnemen waarin het de werknemers is toegelaten om gebruik te maken van Facebook of andere sociale netwerksites; dit zijn de zogenaamde 'Facebookpauzes'.²⁶¹

Een richtlijn inzake gebruik van sociale media kan in verschillende vormen worden opgesteld²⁶²:

- een specifieke en afzonderlijke Social Media Policy;
- verwerkt in de individuele arbeidsovereenkomst;
- verwerkt in het arbeidsreglement;
- ondernemings-CAO.

Social Media Policies als zodanig behoren in beginsel niet tot de arbeidsovereenkomst, ze worden als louter informatief beschouwd. Om als juridisch bindend te worden beschouwd, dient de Social Media Policy ook de werkgever te binden. Dit kan worden bewerkstelligd door de inhoud van de Social Media Policy door beide partijen te laten goedkeuren en overeenkomen dat de Policy integraal deel uitmaakt van de individuele arbeidsovereenkomst. Op deze manier heeft de werknemer zelf ook enige inspraak in de gestrengheid van de Social Media Policy en kunnen er compromissen gesloten worden tussen beide partijen. Het nadeel is dat dit een zware administratieve last met zich mee kan brengen aangezien de toestemming door iedere werknemer afzonderlijk is vereist. Verder is er ook de mogelijkheid om de Social Media Policy te verwerken in het arbeidsreglement. Ook hier hebben de werknemers inspraak, al dan niet via de ondernemingsraad. Een nadeel is dat het arbeidsreglement dient te worden opgesteld/gewijzigd via een logge procedure. Als laatste vorm is er de ondernemings-CAO. Deze is van hogere waarde dan de individuele arbeidsovereenkomst, het arbeidsreglement en de Social Media Policy. De CAO komt tot stand op basis van syndicale onderhandelingen. Hieruit volgt dat ze moeilijker heronderhandelbaar zijn.²⁶³

Mijns inziens is de meest efficiënte vorm het verwerken van een Social Media Policy in het arbeidsreglement. Het arbeidsreglement geldt voor alle werknemers en omvat uit zijn aard rechten en verplichtingen van de partijen alsook eventuele sancties.

²⁶⁰ S., VAN WASSENHOVE, M., DE LEERSNYDER, G., CHUFFART, D., MULLEZ, *Nieuwe technologieën en hun invloed op het arbeidsrecht*, Heule, UGA, 2003, 143

²⁶¹ S., COCKX, "Sociale media in de arbeidsrelatie: 'vriend' of vijand?", *Or.* 2012, 24

²⁶² V., BEULENS, P., STROOBANTS, B., DEHUNNE, *Is 'facebooken' een werkwoord? Een praktische juridische analyse van sociale media op de werkvloer*, Mechelen, Kluwer, 2012, 38

²⁶³ D., CASAER, B., DE BIE, "Controlerecht werkgever versus privacy werknemer bij fraude: een praktische benadering." *Or.* 2003, afl. 1, 6-8; V., BEULENS, P., STROOBANTS, B., DEHUNNE, *Is 'facebooken' een werkwoord? Een praktische juridische analyse van sociale media op de werkvloer*, Mechelen, Kluwer, 2012, 38-39; Een voorbeeld van hoe een Social Media Policy inhoudelijk wordt opgesteld is terug te vinden in S., VAN WASSENHOVE, M., DE LEERSNYDER, G., CHUFFART, D., MULLEZ, *Nieuwe technologieën en hun invloed op het arbeidsrecht*, Heule, UGA, 2003, 143-149

3.2.5 Nederland

In tegenstelling tot het Belgische recht is er in Nederland geen CAO vergelijkbaar met CAO nr. 81. Dit wil echter niet zeggen dat de werkgever geen controlerecht heeft. Het toezichts- en controlerecht vloeien voort uit de artikelen 7:610, 7:611, 7:660 BW.

Art. 7:610 BW bepaalt dat de werknemer zich ertoe verbindt om tegen loon arbeid te verrichten in dienst van de werkgever.²⁶⁴ De Memorie van Toelichting bepaalt dat het begrip 'in dienst van' verwijst naar de ondergeschiktheid van de werknemer en naar de gezagsbevoegdheid van de werkgever. Op deze manier wordt er ook een duidelijk onderscheid gemaakt tussen arbeidsovereenkomsten en andere overeenkomsten (overeenkomsten met betrekking tot aanneming van werk en overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten).²⁶⁵ Ook de Hoge Raad heeft in een arrest van 14 juni 1991 geoordeeld dat een gezagsverhouding een noodzakelijk element is in een arbeidsovereenkomst.²⁶⁶ Net zoals in het Belgische recht is in het Nederlandse recht aldus vastgelegd dat er een gezagsrelatie is tussen de werkgever en zijn juridisch ondergeschikte werknemer.

De invulling van het toezichtsrecht vloeit niet rechtstreeks voort uit art. 7:610 BW, daarvoor moet gekeken worden naar art. 7:660 BW. Het verband tussen beide artikelen is dat art. 7:610 BW aangeeft dat de werkgever zeggenschap heeft over de werknemer en dat art. 7:660 BW een invulling formuleert voor het zeggenschap dat de werkgever heeft over de werknemer.²⁶⁷

Art. 7:611 BW vermeldt dat de werkgever en de werknemer verplicht zijn zich als een goed werknemer en goed werkgever te gedragen.²⁶⁸ Ook uit dit artikel vloeit het toezichtsrecht van de werkgever indirect voort. Op grond van dit artikel moet de werknemer zich gedragen als een goed werknemer. Anderzijds is het de werkgever niet toegelaten om te pas en te onpas van zijn toezichtsrecht gebruik te maken. De werkgever dient zich tevens redelijk op te stellen.²⁶⁹

Op basis van de gezagsverhouding is het de werkgever toegelaten om instructies te geven aan zijn werknemer, dit is het zogenaamde 'instructierecht', terug te vinden in Art. 7:660 BW. Op grond van dit artikel is het de werkgever toegelaten om voorschriften aan de werknemers uit te vaardigen. De werkgever moet wel handelen binnen de grenzen van de algemeen verbindende voorschriften en de arbeidsovereenkomst.²⁷⁰ De werkgever is vrij om instructies te geven aan een individuele werknemer of aan de werknemers collectief. Dit is namelijk niet wettelijk geregeld. De werkgever kan de instructies mondeling of schriftelijk verlenen, bijvoorbeeld via circulaire. Dit is

²⁶⁴ Art. 7:6110 Burgerlijk Wetboek Boek 7

²⁶⁵ *Kamerstukken II 1993-1994*, 23438, nr. 3, 13 (MvT)

²⁶⁶ HR 14 juni 1991, *NJ 1992*, 173. In casu betrof het een gemeentepredikant die uit zijn ambt gezet werd. De gemeentepredikant was van oordeel dat hij werd tewerkgesteld op basis van een arbeidsovereenkomst, dit in tegenstelling tot de verwerende partij die stelt dat het om een overeenkomst sui generis ging. De Hoge Raad was van oordeel dat het doorslaggevende element, namelijk de gezagsverhouding, niet aanwezig was en er aldus geen sprake kon zijn van een arbeidsovereenkomst.

²⁶⁷ A.F., BUNGENER, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief*, s.l., Kluwer, 2008, 165

²⁶⁸ Art. 7:611 Burgerlijk Wetboek Boek 7

²⁶⁹ A.F., BUNGENER, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief*, s.l., Kluwer, 2008, 191

²⁷⁰ Art. 7:660 Burgerlijk Wetboek Boek 7

wederom niet wettelijk geregeld, dus de werkgever is vrij om de vorm te kiezen voor het geven van instructies.²⁷¹ Let wel, wanneer de werkgever er voor kiest om mondelinge instructies te geven, dan is de bewijspositie van de werkgever moeilijker dan als de instructies schriftelijk werden verleend. Dit kan van belang zijn als de werknemer zich niet houdt aan de opgelegde instructies.

Uit het instructierecht omschreven in art. 7:660 BW vloeit mijns inziens ook het toezichtsrecht voort. Wanneer een werkgever instructies geeft aan zijn werknemer(s), dan moet er voor de werkgever ook de mogelijkheid zijn om na te gaan of zijn gegeven instructies op een correcte manier worden nageleefd. Bijvoorbeeld, wanneer de werkgever oplegt dat het gebruik van Facebook enkel is toegestaan tijdens de middagpauze, dan moet de werkgever ook de mogelijkheid krijgen om na te gaan of zijn werknemers deze instructie naleven. De vraag die zich hierbij stelt, is hoe ver het controlerecht van de werkgever reikt.

Gezien het onderwerp van deze thesis zal enkel het controlerecht van de werkgever met betrekking tot e-mail- en internetgebruik toegelicht worden.

Zoals reeds vermeld, voorziet de Nederlandse wetgeving niet in een CAO vergelijkbaar met de Belgische CAO nr. 81. In het Nederlandse recht wordt, in het kader van controle van internetgebruik op de werkvloer, teruggesproken naar de Wet Bescherming Persoonsgegevens. De werkgever die het personeel wil controleren moet aldus voldoen aan de eisen neergelegd in de Wet Bescherming Persoonsgegevens.²⁷² Wil de werkgever overgaan tot controle van het e-mail- en internetgebruik van de werknemer, dan zal de werkgever moeten beschikken over een gerechtvaardigd belang. Voorbeelden van gerechtvaardigde belangen zijn een controle om na te gaan of er geen schending is van bedrijfsgeheimen; voorkomen van negatieve publiciteit; tegengaan van seksuele intimidatie,...²⁷³

De voorloper van het College Bescherming Persoonsgegevens, De Registratiekamer, heeft reeds uitspraken gedaan met betrekking tot de controle van de werkgever op het internetgebruik van de werknemer. Zo werd De Registratiekamer gevraagd naar haar oordeel over een 'worldwide corporate policy' van een computerbedrijf. In deze policy stond beschreven dat het gebruik van e-mail verkeer enkel toegestaan was voor zakelijke aangelegenheden; privégebruik was slechts incidenteel toegelaten. De werkgever had, conform deze policy, de bevoegdheid om inzage te eisen in de e-mail- en voicemailberichten van de werknemer 'for any purpose'. De werknemers hebben 'no reasonable expectation of privacy'. De Registratiekamer was van oordeel dat de bevoegdheid van de werkgever om 'for any purpose' het e-mailverkeer te controleren, te verregaand was. De werkgever moet beschikken over een redelijk belang alvorens over te gaan tot controle, aldus de Registratiekamer.²⁷⁴

²⁷¹ *Kamerstukken II 1993-1994*, 23438, nr. 3, 41 (MvT)

²⁷² X., "Controle van personeel", <https://cbpweb.nl/nl/onderwerpen/werk-uitkering/controle-van-personeel> (consultatie 18 december 2014)

²⁷³ Art. 7 en 8, f Wet Bescherming Persoonsgegevens; H.H., DE VRIES, "Privacybescherming op de werkplek", in J.M.A., BERKENS, J.E.J. PRINS (eds.), *Privacyregulering in theorie en praktijk*, s.l., Kluwer, 2007, 198

²⁷⁴ Registratiekamer 24 juni 1999, 99/0141.01; J.H.J., TERSTEGGE, *Goed werken in netwerken. Regels voor controle van e-mail en internetgebruik van werknemers*, Den Haag, College Bescherming Persoonsgegevens, 2002, 25-26

Een andere zaak betrof het onderzoek door een bedrijf naar de naleving van de bedrijfsvoorschriften door enkele werknemers. Het internetbeleid van het bedrijf stelt voorop dat het communicatienetwerk enkel gebruikt mag worden voor zakelijk verkeer; privégebruik moet tot een minimum herleid worden en is enkel toegestaan na toestemming van de chef. Er was tevens een uitdrukkelijk verbod voorzien om het netwerk te gebruiken voor "online gokken, het versturen van kettingbrieven, pornografisch materiaal of discriminerende of seksueel intimiderende opmerkingen". Het bedrijf is een onderzoek gestart nadat er een klacht is gekomen van een werknemer van een zustermaatschappij die een e-mail had ontvangen met pornografisch materiaal dat niet voor hem bestemd was. De Registratiekamer was van oordeel dat het onderzoek door de onderneming op een zorgvuldige en behoorlijke wijze heeft plaatsgevonden. De Registratiekamer plaatst wel, mijns inziens, correcte kanttekeningen bij het opgestelde beleid van de onderneming. Zo is de Registratiekamer van oordeel dat de toestemming van de chef die vereist is voor het privégebruik van het netwerk, te verregaand is. Ook op de werkvloer geniet de werknemer een zeker mate van privacy. Onder dit privacyrecht moet het aldus toegestaan zijn dat de werknemer een beperkt gebruik heeft van de communicatiemiddelen zonder dat er een vereiste voorafgaande toestemming nodig is.²⁷⁵

Ook de hoven en rechtbanken hebben zich uitgesproken over de rechtmatigheid van controles door de werkgever op het e-mail- en internetgebruik door werknemers. Voornamelijk het al dan niet aanwezig zijn van een gedragscode of internetpolicy, speelt een rol bij de beoordeling door de rechters.²⁷⁶

De kantonrechter van Apeldoorn heeft in een vonnis van 6 september 2000 de ontbinding van een arbeidsovereenkomst bevestigd omdat de werknemer tijdens zijn werktijd vnzige teksten en afbeeldingen per e-mail verstuurd. De werknemer haalde aan dat hij op voorhand niet gewaarschuwd is geweest met betrekking tot het internetbeleid van de onderneming. De werkgever heeft echter het bewijs geleverd dat de werknemers zowel per e-mail als via de personeelskrant op de hoogte zijn gebracht dat dergelijke e-mails niet getolereerd worden. De werkgever was ook bezig met het opstellen van een gedragscode/internetpolicy. Het kantongerecht was van mening dat er niet voldoende elementen aanwezig waren om te ontbinden op grond van dringende redenen. De werkgever heeft de werknemer namelijk niet op voorhand gewaarschuwd dat zijn gedrag kan leiden tot een ontslag op staande voet. Desalniettemin is de arbeidsovereenkomst toch ontbonden omdat er een ernstige verstoring van de arbeidsverhoudingen is ontstaan en de werknemer met zijn 'kantoorhumor' te ver is gegaan.²⁷⁷

Op 20 november 2000 heeft de kantonrechter van Utrecht geoordeeld dat een ontbinden van de arbeidsovereenkomst om dringende reden op zijn plaats was bij een werknemer die 'smakeloze plaatjes' heeft verstuurd naar personen binnen het bedrijf. In casu was er geen gedragscode, noch

²⁷⁵ Registratiekamer 27 december 1999, 99/0927.02; J.H.J., TERSTEGGE, *Goed werken in netwerken. Regels voor controle van e-mail en internetgebruik van werknemers*, Den Haag, College Bescherming Persoonsgegevens, 2002, 26

²⁷⁶ H.H., DE VRIES, "Privacybescherming op de werkplek", in J.M.A., BERKVEN, J.E.J. PRINS (eds.), *Privacyregulering in theorie en praktijk*, s.l., Kluwer, 2007, 198

²⁷⁷ Ktr. Apeldoorn 6 september 2000, *JAR* 2000, 212

kon worden vastgesteld dat de werknemer een waarschuwingsmail had ontvangen. Toch heeft de rechter geoordeeld dat het beleid van het bedrijf de werknemer voldoende bekend was.²⁷⁸

In een vonnis van 13 juli 2000 heeft de kantonrechter van Utrecht een ontbindingsverzoek afgewezen. Het betrof een oudere werknemer (55 jaar) die al 25 jaar in dienst was en dagelijks meer dan een uur erotische websites bezocht op de bedrijfscomputer. De kantonrechter hield rekening met het zeer lange dienstverband (25 jaar) en de goede staat van dienst van de werknemer. Ook het feit dat er niet was voorzien in een gedragscode/internetpolicy heeft een invloed gehad op de beoordeling van de rechter. De rechter was ook van oordeel dat de werknemer eerst gewaarschuwd had moeten worden vooraleer over te gaan tot de ontbinding van de arbeidsovereenkomst.²⁷⁹

Er is geen duidelijke lijn in de Nederlandse rechtspraak over het belang van een gedragscode met betrekking tot het gebruik van internet op de werkvloer. Sommige rechters nemen de gedragscode mee in hun overweging, anderen hechten er niet zo veel belang aan. Het is aldus een feitenkwestie. Dit betekent mijns inziens niet dat een Social Media Policy achterwege moet worden gelaten. In de huidige arbeidssituatie en de grote rol van sociale media op de werkvloer, is een Social Media Policy een goede zaak; zowel werknemer als werkgever hebben er baat bij.

Bovenstaande vonnissen maken duidelijk dat een internetpolicy/gedragscode een meerwaarde biedt voor de onderneming. De besproken vonnissen betreffen het e-mailgebruik, maar kunnen mijns inziens doorgetrokken worden naar sociale media op de werkvloer.

Het invoeren van een Social Media Policy biedt een duidelijke regeling betreffende het beleid omtrent sociale media op de werkvloer. Wanneer een werknemer zich schuldig maakt aan onbetamelijk gedrag op sociale media, bijvoorbeeld door beledigende of denigrerende berichten/afbeeldingen op zijn Facebookprofiel te posten tijdens de werkuren of door uren door te brengen met het 'checken' van Facebook tijdens de arbeidstijd, kan de werkgever zich beroepen op de Social Media Policy om, in het slechtste geval, over te gaan tot ontslag.

²⁷⁸ Ktr. Utrecht 20 november 2000, *JAR* 2001, 7

²⁷⁹ Ktr. Utrecht 13 juli 2000, *JAR* 2000, 199; Een gelijkaardig arrest kan ook terug gevonden worden in de Belgische rechtspraak, Arbh. Brussel 22 november 2005, *Soc. Kron.* 2005, 208.

3.3. Einde van de arbeidsovereenkomst

In de twee vorige onderdelen werd de rol van sociale media besproken in het kader van de werving- en selectieprocedure en de rol tijdens de werkuren. De rol van sociale media tijdens de arbeidsuren werd bondig besproken, desalniettemin was het onontbeerlijk om een licht te werpen op de problemen die het gebruik van sociale media op de werkvloer geven. Het is duidelijk dat het gebruik van sociale media zowel op als buiten de werkvloer tot strubbelingen en confrontaties kan leiden tussen de werknemer en werkgever. De werkgever kan zich genoodzaakt voelen om sancties aan het adres van de werknemer op te leggen om op deze manier het gebruik van sociale media op de werkvloer in te perken en om het misbruik van sociale media na de werkuren aan banden te leggen. Het is echter mogelijk dat de opgelegde sancties geen soelaas bieden en dat de werkgever geen andere mogelijkheid ziet dan over te gaan tot ontslag.

In het laatste kernonderdeel van deze masterthesis wordt dieper ingegaan op de sanctiemogelijkheden van de werkgever. Het ontslag zal een voorname rol spelen, meer bepaald het ontslag om dringende redenen zal besproken worden.

3.3.1 Sanctiemogelijkheden van de werkgever bij misbruik sociale media

Zoals reeds besproken, beschikt de werkgever over een gezagsrecht alsook over een controle- en toezichtsrecht.²⁸⁰ Wanneer de werkgever bij een controle van het internetgebruik op de werkvloer misbruik van sociale media vaststelt, dan kunnen er sancties volgen. Dit misbruik kan bijvoorbeeld inhouden dat de werknemer gedurende de arbeidsuren zeer veel tijd doorbrengt op sociale netwerksites, ten koste van zijn arbeidsprestaties. De werkgever kan echter ook na de arbeidsuren kennis nemen van de capriolen van zijn werknemer op sociale media. Zo kan de werkgever tot de vaststelling komen dat de werknemer zich negatief uitlaat op sociale media over de onderneming of over de werkgever persoonlijk. De werkgever kan hiervan op de hoogte gebracht worden door een andere werknemer of de werkgever kan ook zelf op de (openbare) Facebookpagina van zijn werknemer kijken. Hier zal de afweging gemaakt worden tussen enerzijds de vrijheid van meningsuiting van de werknemer en anderzijds zijn loyaliteit ten opzichte van de onderneming en zijn werkgever. De werkgever kan in het slechtste geval overgaan tot ontslag om dringende redenen. Dit wordt later uitgewerkt in de masterproef.

De werkgever beschikt over een aantal sanctiemogelijkheden. Zo kan er een disciplinaire sanctie worden opgelegd, maar er kan ook besloten worden om de arbeidsovereenkomst te beëindigen (al dan niet op grond van dringende redenen). Onder een disciplinaire sanctie kan worden verstaan een schriftelijke verwittiging of een tuchtsanctie. Let wel, alleen sancties die in het arbeidsreglement zijn opgesomd, mogen worden opgelegd aan de werknemer.²⁸¹ De straffen moeten uiterlijk de eerste werkdag na die waarop de tekortkoming is vastgesteld, door de werkgever aan zijn werknemer ter kennis worden gebracht.²⁸²

²⁸⁰ Zie onderdeel 4.4.1: Gezagsrecht en 4.4.2: CAO nr. 81

²⁸¹ Art. 16 Wet 8 april 1965 tot het instellen van arbeidsreglementen, BS 5 mei 1965, 5064 (hierna: Arbeidsreglementenwet); M., SIMON, E., EECKMAN, *Ontslag om dringende redenen*, Mechelen, Kluwer, 2005, 73

²⁸² Art. 17 Arbeidsreglementenwet

Een werkgever die een tuchtsanctie oplegt omdat een werknemer een exponentieel aantal uren op Facebook doorbrengt tijdens zijn werkuren, lijkt eerder logisch. Maar een werkgever die een tuchtsanctie wil opleggen voor inbreuken gepleegd door de werknemer in het kader van de arbeidsverhoudingen, omwille van gebruik van sociale media in zijn vrije tijd, kan in vraag gesteld worden.

In de rechtsleer is de consensus dat het tuchtrecht ruim moet worden opgevat. Zo is NEVENS van mening dat alle feiten die betrekking hebben op de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, tijdens of na de arbeidsuren, aanleiding kunnen geven tot een tuchtsanctie.²⁸³ Ook STEYAERT is van oordeel dat feiten die niet rechtstreeks verband houden met de strikte uitvoering van de arbeidsovereenkomst, aanleiding kunnen geven tot het opleggen van tuchtsancties. Deze feiten kunnen namelijk de goede orde in het bedrijf verstoren.²⁸⁴

Mijns inziens moet het mogelijk zijn voor de werkgever om een tuchtsanctie aan de werknemer op te leggen als deze op een onbetamelijke manier gebruik heeft gemaakt van sociale media buiten de arbeidsuren en schade aan de onderneming heeft toegebracht. Zo is het naar mijn mening bijvoorbeeld verantwoord als een werkgever beslist om een werknemer niet te promoveren nadat hij heeft vernomen dat de werknemer zich negatief kritisch heeft uitgelaten over de onderneming waar hij werkt. Een tuchtsanctie is naar mijn oordeel enkel toegelaten wanneer de misstap is begaan in het kader van de arbeidsverhouding. Wanneer een werknemer zich kritisch uitlaat op sociale media over bijvoorbeeld een politicus dan is het mijns inziens de werkgever niet toegelaten om een tuchtsanctie op te leggen aan de werknemer aangezien dit los staat van de arbeidsverhouding.

Wanneer de werkgever van mening is dat een verwittiging of een tuchtsanctie niet voldoende is, dan kan de werkgever overgaan tot het beëindigen van de arbeidsovereenkomst.

Het ontslagrecht is in het Belgische recht in beginsel vrij. Elke partij heeft het recht om de arbeidsovereenkomst te beëindigen²⁸⁵; de loutere wil van één der partijen volstaat.²⁸⁶ Het ontslag is in wezen aan geen enkele vormvereiste onderworpen.²⁸⁷ Er is dan ook geen geschrift vereist en er dient geen rekening te worden gehouden met voorschriften of het vermelden van enige termijnen. Dit in tegenstelling tot het ontslag om dringende redenen, waar er wel een strikte naleving van termijnen en voorschriften is vereist.²⁸⁸

3.3.1.1 CAO nr. 109

In beginsel moet een ontslag niet gemotiveerd worden. De Arbeidsovereenkomstenwet voorziet niet in een algemene motiveringsplicht bij ontslag. Let wel, voor een ontslag om dringende redenen alsook voor het ontslag van zogenaamde beschermde werknemers (leden van en kandidaten voor

²⁸³ K., NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, Die Keure, 2011, 121

²⁸⁴ J., STEYAERT, *"Tuchtrecht en gezagsuitoefening in de onderneming"*, TPR 1987, 484

²⁸⁵ Art. 7, lid 2 Arbeidsovereenkomstenwet; V., BUELENS, P., STROOBANTS, *Handboek ontslag*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2007, 24; Let wel, er zijn een reeks ontslagverboden- en beperkingen waar rekening mee moet worden gehouden, zie W., VAN EECKHOUTTE, *Handboek Belgisch Arbeidsrecht. Editie 2008*, Mechelen, Kluwer, 2008, 364-382, zie ook W., VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium arbeidsrecht 2014-2015*, Mechelen, Kluwer, 2014, 2413-2436

²⁸⁶ Art. 32, 3^o Arbeidsovereenkomstenwet

²⁸⁷ Cass. 11 april 2005, S.04.0113.N (juridat.be) "Overwegende (...) dat geen enkele wetsbepaling de geldigheid van het ontslag afhankelijk maakt van bepaalde vormen"

²⁸⁸ V., BUELENS, P., STROOBANTS, *Handboek ontslag*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2007, 112;

de ondernemingsraad en het Comité voor Preventie en Bescherming op het werk) dienen redenen te worden opgegeven.²⁸⁹

Echter, CAO nr. 109 betreffende de motivering van het ontslag²⁹⁰ heeft er voor gezorgd dat het ontslag toch gemotiveerd moet worden. CAO nr. 109 kadert in de uitvoering van het "compromisvoorstel van de regering inzake het dossier arbeiders-bedienden" van 5 juli 2013. Het compromis behelsde dat de sociale partners zouden voorzien in "een regeling rond motivering van ontslag en een goed HR-beleid bij ontslag".²⁹¹ De draagwijdte van CAO nr. 109 is enerzijds om het recht in te voeren voor de werknemer om de concrete redenen die tot zijn ontslag hebben geleid, te kennen en anderzijds om het recht in te voeren voor de werknemer op schadevergoeding indien zijn ontslag kennelijk onredelijk was.²⁹²

Conform art. 2, §1 is CAO nr. 109 van toepassing op "*de werknemers die zijn tewerkgesteld op grond van een arbeidsovereenkomst en op de werkgevers die hen tewerkstellen*".²⁹³

Werkgevers die geen beroep kunnen doen op de CAO-wet²⁹⁴, dit is het grootste gedeelte van de publieke sector, zullen beroep moeten blijven doen op art. 63 Arbeidsovereenkomstenwet tot op het ogenblik dat er een regeling is uitgewerkt die vergelijkbaar is met CAO nr. 109.²⁹⁵ Art. 2, §2-§4 CAO nr. 109 bepaalt de ontslagsituaties waar CAO nr. 109 niet op van toepassing is.²⁹⁶

De werkgever is niet verplicht om het ontslag uit eigen beweging te motiveren. Wil de werknemer de ontslagmotieven kennen, dan moet hij een aangetekend verzoek richten tot de werkgever binnen een voorgeschreven termijn.²⁹⁷

De ontslagmacht van de werkgever is niet absoluut, de werkgever mag niet overgaan tot een kennelijk onredelijke ontslag. Art. 63 Arbeidsovereenkomstenwet regelde het willekeurig ontslag (enkel voor arbeiders), maar dit artikel houdt op van toepassing te zijn wanneer CAO nr. 109 in werking treedt (het is in werking getreden op 1 april 2014).²⁹⁸ Het is namelijk de bedoeling van CAO nr. 109 om het verschil in behandeling tussen arbeiders en bedienden weg te werken met betrekking tot de regeling van het willekeurig ontslag. Arbeiders konden zich beroepen op de regeling van art. 63 Arbeidsovereenkomstenwet betreffende het willekeurige ontslag. Bedienden konden zich enkel beroepen op de gemeenrechtelijke figuur van het rechtsmisbruik.²⁹⁹ Het willekeurig ontslag uit art. 63 arbeidsovereenkomstenwet wordt vervangen door het begrip

²⁸⁹ W., VAN EECKHOUTTE, *Handboek Belgisch Arbeidsrecht. Editie 2008*, Mechelen, Kluwer, 2008, 328

²⁹⁰ Collectieve arbeidsovereenkomst nr. 109 van 12 februari 2014, gesloten in de Nationale Arbeidsraad, betreffende de motivering van het ontslag, *BS* 20 maart 2014 (hierna: CAO nr. 109); Algemeen verbindend verklaard bij KB van 9 maart 2014, *BS* 20 maart 2014, 22613

²⁹¹ W., VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium arbeidsrecht 2014-2015*, Mechelen, Kluwer, 2014, 2437

²⁹² Art. 1 CAO nr. 109

²⁹³ Art. 2, §1 CAO nr. 109

²⁹⁴ Wet 5 december 1968 betreffende de collectieve overeenkomsten en de paritaire comités, *BS* 15 september 1969, 267

²⁹⁵ W., VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium arbeidsrecht 2014-2015*, Mechelen, Kluwer, 2014, 2437

²⁹⁶ Zo is de CAO bijvoorbeeld niet van toepassing tijdens de eerste 6 maanden van tewerkstelling, art. 2, §2-§4 CAO nr. 109

²⁹⁷ Art. 4 CAO nr. 109

²⁹⁸ X., "CAO nr. 109 regelt ontslagmotivering in private sector", <http://www.kluweereasyweb.be/documents/voorbeeld-artikels/20140402-ontslagmotivering-motivationlicenciement-begrundungskundigungen.xml?lang=en> (consultatie 24 december 2014)

²⁹⁹ W., VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium arbeidsrecht 2014-2015*, Mechelen, Kluwer, 2014, 2438

'kennelijk onredelijk ontslag' uit art. 8 CAO nr. 109.³⁰⁰ Arbeiders en bedienden kunnen beide een beroep doen op het 'kennelijk onredelijk ontslag' en kunnen een schadevergoeding vragen wegens kennelijk onredelijk ontslag.³⁰¹

Met betrekking tot het bewijs van het 'kennelijk onredelijk ontslag' moet gekeken worden naar art. 10 CAO nr. 109.³⁰² Er worden drie hypothesen onderscheiden³⁰³:

- de werkgever heeft de reden van ontslag meegedeeld: de bewijslast rust in eerste instantie op de werknemer maar de werkgever zal de meegedeelde redenen van ontslag ook moeten bewijzen indien nodig³⁰⁴;
- de werkgever heeft de redenen voor het ontslag niet aan de werknemer meegedeeld en de werknemer dient een motiveringsverzoek in: bewijslast rust op de werkgever;
- de werkgever heeft de redenen voor het ontslag niet aan de werknemer meegedeeld en de werknemer dient geen motiveringsverzoek in: bewijslast rust op de werknemer.

De conclusie die, mijns inziens, volgt uit deze uiteenzetting is dat vóór de komst van CAO nr. 109 het de werkgever was toegelaten om een werknemer te ontslaan zonder opgave van enige reden of motivering. Wanneer een werknemer misbruik heeft gemaakt van sociale media in het kader van de arbeidsverhouding, dan kan de werkgever een einde aan de arbeidsovereenkomst maken zonder enige vorm van motivering (ontslag om dringende reden uitgesloten). Hieruit volgt dat het voor de werknemer moeilijk wordt om te bewijzen dat de werkgever de arbeidsovereenkomst bijvoorbeeld heeft beëindigd op grond van vaststellingen die in strijd zijn met de persoonlijke levenssfeer van de werknemer. Gaat de werknemer aldus zijn boekje te buiten op Facebook ten aanzien van de werkgever of de onderneming, dan mag de werkgever de arbeidsovereenkomst beëindigen zonder enige motivering.³⁰⁵ Door de komst van CAO nr. 109 is er een verplichting voor de werkgever om bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst een motivering te geven. Deze motivering moet er echter alleen maar komen op vraag van de werknemer. Hult de werknemer zich in stilzwijgen na zijn ontslag, dan is de werkgever er niet toe gehouden om de redenen die tot ontslag hebben geleid mee te delen. Dit is naar mijn mening geen punt van discussie. De werknemer kan namelijk op eigen initiatief vragen om de motivering van zijn ontslag. De werkgever die weigert te motiveren na een verzoek van de werknemer, is een forfaitaire burgerlijke boete verschuldigd aan de werknemer die overeenstemt met 2 weken loon.³⁰⁶

De kritiek die naar mijn mening op CAO nr. 109 kan worden geuit, is het feit dat de CAO niet van toepassing is tijdens de eerste 6 maanden van tewerkstelling en niet van toepassing is op arbeidsovereenkomsten tijdens de uitzendarbeid. Werknemers die 'slechts' 5 maanden in dienst

³⁰⁰ Art. 63 Arbeidsovereenkomstenwet; art. 8 CAO nr. 109

³⁰¹ A., THAGON, "CAO nr. 109: het recht op schadevergoeding in geval van kennelijk onredelijk ontslag", http://www.lexalert.net/nl/content/cao-nr-109-het-recht-op-schadevergoeding-geval-van-kennelijk-onredelijk-ontslag#.VJ0_P14Aw (consultatie 24 december 2014)

³⁰² Let op, deze bepaling is van toepassing vanaf 1 april 2014, wanneer het ontslag vóór deze datum is gegeven of betekend, dan kunnen werklieden zich beroepen op de bepaling van het willekeurig ontslag (art. 63 Arbeidsovereenkomstenwet) en bedienden op de figuur van het rechtsmisbruik.

³⁰³ Art. 10 CAO nr. 109

³⁰⁴ X., "CAO nr. 109 regelt ontslagmotivering in private sector", <http://www.kluwereasyweb.be/documents/voorbeeld-artikels/20140402-ontslagmotivering-motivationlicenciemnt-begrundungkundigungen.xml?lang=en> (consultatie 24 december 2014)

³⁰⁵ Uitzonderd ontslag om dringende redenen. De werknemer kan zich wel nog altijd beroepen op het misbruik van ontslagrecht (leer van het rechtsmisbruik Cass. 10 september 1971, *Arr. Cass.* 1972, 31), fout, schade en oorzakelijk verband zullen moeten worden aangetoond.

³⁰⁶ Art. 7, §1 CAO nr. 109

zijn van een onderneming of werknemers die op grond van uitzendarbeid werk verrichten, kunnen geen beroep doen op CAO nr. 109, terwijl deze werknemers werkzaam zijn in en zich inzetten voor het bedrijf. Ook zij hebben, mijns inziens, recht op een motivering wanneer er wordt overgegaan tot ontslag. Wanneer deze werknemers zich kunnen beroepen op CAO nr. 109, kan dit er toe leiden dat werkgevers misschien minder snel zullen overgaan tot ontslag van deze groep van werknemers.

3.3.2 Het ontslag om dringende redenen

Wanneer een werknemer misbruik maakt van sociale media door bijvoorbeeld zijn negatieve mening te ventileren over de onderneming of zijn werkgever of dat hij massaal privéberichten verstuurt tijdens de werkuren, kan de werkgever zich geroepen voelen om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Veel werkgevers zullen overgaan tot een ontslag om dringende redenen. Onvermijdelijk stelt zich de vraag of het ontslag om dringende redenen al dan niet gerechtvaardigd is. Een ander probleem is dat de werknemer zich zal beroepen op zijn recht op vrije meningsuiting alsook op zijn recht op privacy wanneer de werkgever wil overgaan tot ontslag wegens misbruik van sociale media. Een grondig bespreken van een aantal arresten zal hier verduidelijking in trachten te brengen.

Vooreerst wordt er een beeld geschetst over wat het ontslag om dringende redenen inhoudt.

Art. 35 Arbeidsovereenkomstenwet voorziet in een omschrijving van dringende redenen. Art. 35, lid 2 Arbeidsovereenkomstenwet omschrijft dringende redenen als "*de ernstige tekortkoming die elke professionele samenwerking tussen de werkgever en de werknemer onmiddellijk en definitief onmogelijk maakt*".³⁰⁷ Een ontslag om dringende redenen is altijd mogelijk, ongeacht of de arbeidsovereenkomst is aangegaan voor bepaalde of onbepaalde tijd.³⁰⁸ Vooraleer er echter sprake kan zijn van dringende redenen zoals omschreven in art. 35 Arbeidsovereenkomstenwet, moet er cumulatief worden voldaan aan een aantal voorwaarden³⁰⁹:

- Het moet gaan om een **ernstige tekortkoming**;
- De **professionele samenwerking** tussen werkgever en werknemer wordt **onmogelijk** gemaakt;
- De tekortkoming moet elke professionele samenwerking **onmiddellijk en definitief** belemmeren.

De ernstige tekortkoming houdt niet in dat de werkgever die de werknemer om dringende redenen wil ontslaan, van contractuele aard moet zijn. Het is ook niet noodzakelijk dat de tekortkoming voor de werkgever schadelijke gevolgen met zich meebrengt.³¹⁰ Het Hof van Cassatie heeft benadrukt dat elke zware gedragsfout van de werknemer in aanmerking kan komen voor ontslag om dringende redenen, indien deze niet zou zijn begaan door een normaal, voorzichtig en bedachtzaam werknemer.³¹¹

³⁰⁷ Art. 35, lid 2 Arbeidsovereenkomstenwet

³⁰⁸ W., VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium arbeidsrecht 2014-2015*, Mechelen, Kluwer, 2014, 2202

³⁰⁹ C., ENGELS, *Ontslag wegens dringende reden*, Mechelen, Kluwer, 2006, 1-2

³¹⁰ Zie bijvoorbeeld Cass. 9 maart 1987, *Arr. Cass.* 1987, 899

³¹¹ Cass. 26 juni 2006, S.05.0004/F (juridat.be): "*La notion de faute n'est pas limitée par cette disposition aux seuls manquements à une obligation légale, réglementaire ou conventionnelle mais s'entend aussi de toute erreur de conduite que ne commettrait pas un employeur ou un travailleur normalement prudent et avisé.*"

Art. 35, lid 3 Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat het ontslag moet gebeuren binnen 3 werkdagen na de kennisname van de feiten.³¹² Wanneer een werkgever aldus op de hoogte is van het misplaatste gedrag van zijn werknemer op sociale media, dan zal de werkgever binnen 3 werkdagen na de kennisname van het gedrag van de werknemer, moeten overgaan tot ontslag om dringende redenen. Er is tevens een kennisgeving vereist van de motieven die het ontslag moeten rechtvaardigen. Art. 35, lid 4 Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat *"alleen de dringende reden waarvan kennis is gegeven binnen drie werkdagen na het ontslag kan worden aangevoerd ter rechtvaardiging van het ontslag zonder opzegging of vóór het verstrijken van de termijn"*.³¹³ Ook hier geldt er een korte termijn van 3 werkdagen.

De motieven die hebben geleid tot het ontslag om dringende redenen moeten nauwkeurig en precies vermeld worden. De ontslagen werknemer moet duidelijk weten wat de tekortkomingen zijn die hebben geleid tot het ontslag en de rechter moet kunnen beoordelen of dat de opgegeven motieven ernstig genoeg zijn om te kunnen spreken van een ontslag om dringende redenen.³¹⁴ Zo behandelde de arbeidsrechtbank te Mechelen een zaak waar een werkneemster ontslagen was om dringende redenen. Eén van de redenen die de werkgever opgaf om de dringende redenen te rechtvaardigen, was dat de werkneemster *"het interne communicatiesysteem voor strikt privédoeleinden heeft gebruikt en zulks bovendien op uitgesproken negatieve wijze ten aanzien van uw collega's die U als "profiteurs" hebt bestempeld."* De rechtbank was van oordeel dat deze opgegeven motivering niet beantwoordde aan het vereiste van nauwkeurigheid en duidelijkheid. Wat wordt namelijk bedoeld met 'uitgesproken negatieve wijze' en over welk gebruik gaat het? De rechtbank heeft de vordering van eiseres ontvankelijke en gegrond verklaard en veroordeeld verweerster tot het betalen van een opzeggingsvergoeding, eindejaarspremie en vakantiegeld aan eiseres.³¹⁵

Het bewijs van dringende redenen moet worden gegeven door de partij die een dringende reden inroept. Bovendien moet deze partij bewijzen dat de termijnen voor ontslag en kennisgeving zijn nagekomen.³¹⁶ Het bewijs mag geleverd worden door alle wettelijke middelen.³¹⁷ Hieronder vallen ook e-mailberichten, print screens, Facebookberichten,... Wanneer een werknemer wordt ontslagen om dringende redenen omwille van e-mailberichten of berichten die hij op Facebook heeft gepost, dan zal de werknemer opwerpen dat het verkregen bewijsmateriaal een schending is van zijn recht op privacy. De rechter zal aldus de afweging moeten maken tussen enerzijds het verkregen bewijsmateriaal en anderzijds het recht op privacy van de werknemer.³¹⁸ De rechtmatigheid van het bewijs in arbeidszaken, wordt later in deze masterproef uitgewerkt.

De gevolgen van het ontslag om dringende redenen zijn zeer verregaand voor de werknemer. De werknemer heeft geen recht op een opzeggingstermijn of opzeggingsvergoeding, voorts zal de RVA de werknemer niet als 'onvrijwillig werkloos' beschouwen waardoor de werknemer geen recht heeft

³¹² Art. 35, lid 3 Arbeidsovereenkomstenwet

³¹³ Art. 35, lid 4 Arbeidsovereenkomstenwet

³¹⁴ C., ENGELS, *Ontslag wegens dringende reden*, Mechelen, Kluwer, 2006, 204-205

³¹⁵ Arbr. Mechelen (3^{de} k.) 22 oktober 2002, A.R. 78232 (juridat.be)

³¹⁶ Art. 35, lid 8 Arbeidsovereenkomstenwet

³¹⁷ Art. 12 Arbeidsovereenkomstenwet; W., VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium arbeidsrecht 2014-2015*, Mechelen, Kluwer, 2014, 2243

³¹⁸ C., ENGELS, *Ontslag wegens dringende reden*, Mechelen, Kluwer, 2006, 227

op een werkloosheidsuitkering (schorsing).³¹⁹ Gezien de zeer zware gevolgen voor de werknemer, is het mijns inziens, aangewezen dat de werkgever deze verregaande gevolgen in overweging neemt alvorens over te gaan tot ontslag om dringende redenen.

In het volgende onderdeel wordt rechtspraak geanalyseerd waar de werkgever heeft besloten tot ontslag om dringende redenen en de vraag of deze dringende redenen al dan niet gerechtvaardigd zijn.

3.3.2.1 Rechtspraak

Werkgevers kunnen besluiten tot ontslag om dringende redenen nadat ze kennis hebben genomen van negatieve uitlatingen van hun werknemers op sociale media met betrekking tot de onderneming of de persoon van de werkgever. De rechtspraak is doorheen de jaren geconfronteerd met zaken waar het misbruik van sociale media geleid heeft tot een ontslag om dringende redenen. Werknemers gaan hier vaak niet mee akkoord en vechten de beslissing van de werkgever aan. Een schending van hun recht op privacy, een schending van hun recht op vrije meningsuiting zijn enkele van de gronden waarop werknemers zich baseren om hun ontslag om dringende redenen aan te vechten. In dit onderdeel zal er een analyse volgen van recente rechtspraak die betrekking heeft op het ontslag om dringende redenen na het gebruik van sociale media.

Arbeidshof Brussel 4 maart 2010

Het Arbeidshof te Brussel werd geconfronteerd met een ontslag om dringende redenen van een medewerker van Carrefour Belgium. Het betrof een beschermde werknemer die zowel syndicaal afgevaardigde was alsook personeelsafgevaardigde in het Comité voor Preventie en Bescherming op het werk. De werknemer is ontslagen door zijn werkgever omdat hij zich op een 'open' Facebookgroep (waar hij tevens beheerder van was, doch niet de oprichter) negatief en kritisch had uitgelaten over zijn collega's en de winkeldirectrice. Voorts werd er een evenement aangekondigd, gecreëerd door de werknemer, de zogenaamde 'Septembre Noir' (verwijzend naar een Palestijns terreurnetwerk). De werkgever heeft besloten tot ontslag op grond van dringende redenen.

In eerste aanleg heeft de arbeidsrechtbank aanvaard dat het gedrag van de werknemer foutief is, echter dringende redenen zijn niet aanvaard. Het arbeidshof heeft de uitspraak van de arbeidsrechtbank bevestigd. De rechter heeft rekening gehouden met een aantal omstandigheden. Zo heeft de rechter in acht genomen het feit dat de werknemer enkel beheerder was van de Facebookgroep en de groep niet zelf heeft opgericht, het feit dat de werknemer onwetend was met betrekking tot het publieke karakter van zijn uitlatingen, het kleine aantal leden van de Facebookgroep, het minieme aantal berichten en het feit dat er een conflictueus sociaal klimaat in de onderneming aanwezig is. Daarom heeft het arbeidshof geoordeeld dat enerzijds de uitlatingen van de werknemer onrespectvol zijn ten aanzien van de directrice en agressief zijn ten aanzien van bepaalde collega's, maar dat de uitspraken anderzijds niet beledigen, niet kwetsen en geen reële

³¹⁹ C., ENGELS, *Ontslag wegens dringende reden*, Mechelen, Kluwer, 2006, 123

bedreigingen bevatten en slechts een uitdrukking waren van een gevoel van onrechtvaardigheid.³²⁰ Het ontslag om dringende redenen werd aldus niet aanvaard door het arbeidshof.

Het Arbeidshof Brussel van 4 maart 2010 behandelt niet de problematiek van privacy op Facebook, dit in tegenstelling tot de andere vonnissen en arresten waar dit wel aan bod komt. Het arbeidshof heeft voornamelijk rekening gehouden met de toegankelijkheid van de Facebookgroep. Het arbeidshof heeft mee in rekening genomen het feit dat de werknemer enkel beheerder was van de Facebookgroep en dat hij onwetend was over het publieke karakter van de groep. De oprichter van de groep had hem namelijk niet meegedeeld dat het een publieke groep betrof. Ook het minieme aantal berichten en het beperkt aantal leden alsook het sociale klimaat werd door het arbeidshof aangehaald ter rechtvaardiging dat het ontslag om dringende redenen niet gerechtvaardigd was.

Mijns inziens moet in casu dringende redenen worden aanvaard. De werknemer heeft een functie als personeelsafgevaardigde alsook als syndicaal afgevaardigde. In het kader van zijn syndicale opdracht en zijn taak als personeelsafgevaardigde is de werknemer een vertegenwoordiger en aanspreekpunt voor andere werknemers en staat hij in voor de communicatie tussen werknemers en werkgevers. De werknemer heeft zich echter negatief uitgelaten over zowel collega's als over zijn werkgever. Dit vormt, naar mijn mening, een ernstige tekortkoming, vereist voor het ontslag om dringende redenen. Verder hecht het arbeidshof niet veel aandacht aan het feit dat de Facebookgroep een openbaar karakter had. Het arbeidshof volgt de werknemer in zijn onwetendheid met betrekking tot de toegankelijkheid van de Facebookgroep. Mijns inziens had het arbeidshof hier strenger mogen optreden. Wanneer een werknemer gebruik maakt van sociale media om zijn mening doelbewust te ventileren, dan moet de werknemer zich ook bewust zijn van de consequenties, namelijk dat zijn (negatieve) berichten gelezen worden. De werknemer is zelf verantwoordelijk voor zijn handelingen. Het feit dat hij onwetend was over de openbaarheid van de groep kan, naar mijn oordeel, zijn uitspraken niet rechtvaardigen. Met name het verwijzen naar 'Septembre Noir' is mijn inziens een gerechtvaardigde reden die de professionele samenwerking tussen werknemer en werkgever onmogelijk maken. Verder is, naar mijn oordeel, het minieme aantal berichten alsook het beperkt aantal leden niet van belang. De uitlatingen van de werknemer moeten centraal staan. Jammer dat het arbeidshof in deze zaak niet is ingegaan op het recht op vrije meningsuiting noch op het recht op privacy van de werknemer.

Het feit dat er een moeilijk sociaal klimaat in het bedrijf aanwezig was, rechtvaardigt mijns inziens niet de uitlatingen van de werknemer op Facebook. Als syndicaal en personeelsafgevaardigde had de werknemer voldoende middelen en mogelijkheden om te trachten het conflict op een constructieve manier op te lossen. Verwijzen naar 'Septembre Noir' en zich denigrerend en laagdunkend uitlaten over collega's en directie maken een verder samenwerken met deze collega onmogelijk. Concluderend zijn, mijns inziens, de feiten in deze zaak voldoende ernstig om te kunnen spreken van een ontslag om dringende redenen, dit in tegenstelling tot wat het arbeidshof heeft besloten.

³²⁰ Arbh. Brussel, 4 maart 2010, *Soc. Kron.* 2011, 396; F., HENDRICKX, "Sociale media en privacy in het arbeidsrecht", in VRG-ALUMNI (ed.), *Recht in beweging-20^{ste} VRG-Alumnidag*, Antwerpen, Maklu, 2013, 41 en S., COCKX, "Sociale media in de arbeidsrelatie: 'vriend' of vijand?", *Or.* 2012, 24-25

Arbeidsrechtbank Namen 10 januari 2011

Het betrof een werkneemster werkzaam als keukenhulp in een bejaarden- en verzorgingstehuis. De werkgever had de arbeidsovereenkomst ontbonden op grond van dringende redenen omdat de werkneemster zich schuldig had gemaakt aan racistische uitlatingen op Facebook ten aanzien van een collega (de collega werd onder meer bestempeld als 'une sale conne d'Albanaise').

De werkneemster was van oordeel dat er inbreuk is gepleegd op haar recht op privacy in het kader van art. 124 WEC en de Privacywet van 8 december 1992 aangezien het om een post ging op haar persoonlijk Facebookprofiel.

De arbeidsrechtbank is deze redenering niet gevolgd; immers het betrof een discussie tussen werknemers op een Facebookpagina die vrij toegankelijk was voor alle personeelsleden van de onderneming. Voorts vermeldt de rechtbank dat wanneer een werkgever door een andere werknemer van de online discussie op de hoogte wordt gebracht (wat in casu is gebeurd), dit geen betrekking heeft op het privéleven van de werknemer, maar dat het om een werkgerelateerd conflict gaat.

Ook in deze zaak heeft de rechter rekening gehouden met bepaalde omstandigheden. Zo heeft de werkneemster duidelijk gemaakt dat de uitlatingen niet racistisch bedoeld waren en dat ze het resultaat zijn van een langdurende gespannen relatie tussen beide werkneemsters. Daarnaast is gebleken dat meerdere collega's problemen hebben met het slachtoffer. Mede omwille van deze feiten was de arbeidsrechtbank van oordeel dat een ontslag om dringende redenen niet te rechtvaardigen is.³²¹

In dit vonnis heeft de arbeidsrechtbank van Namen besloten dat er van dringende redenen geen sprake is. In casu betrof het geen kritiek op de werkgever of leidinggevende noch op de onderneming, maar op een collega. In tegenstelling tot het arrest van het arbeidshof te Brussel van 4 maart 2010 heeft de werknemer hier wel een inbreuk op zijn recht op privacy ingeroepen. De arbeidsrechtbank is de werknemer hier niet in gevolgd. De rechtbank is van mening dat de werkgever gerechtigd was om kennis te nemen van de uitspraken omdat ze waren gedaan op een website die toegankelijk was voor alle personeelsleden van de onderneming. Ook het feit dat de werkgever kennis heeft kunnen nemen van deze uitspraken via een andere werknemer (die 'bevriend' was op Facebook met verweerder), maken het bewijs niet onrechtmatig. Gelet op de conflictueuze situatie tussen beide werknemers, is de rechtbank van oordeel dat dringende redenen niet gerechtvaardigd zijn.

Mijns inziens heeft de rechtbank juist geoordeeld. Werknemers en werkgevers zijn elkaar eerbied en achting verschuldigd. Zij moeten de welvoegelijkheid en de goede zeden in acht nemen en doen nemen.³²² In beginsel is het uiten van kritiek aan het adres van de werkgever of collega's niet aanvaard en kan het aanleiding geven tot een ontslag om dringende redenen. Echter een contextuele behandeling is vereist. Afhankelijk van de situatie is een mate van kritiek aanvaardbaar. Wanneer blijkt dat de vertrouwensband tussen werknemer en werkgever onmogelijk is geworden, zal een ontslag om dringende redenen sneller aanvaard worden. Let wel, de

³²¹ Arbrb. Namen (2^{de} k.) 10 januari 2011, *Jtt* 2011, 462-463

³²² Art. 16, lid 1 en lid 2 Arbeidsovereenkomstenwet

werkgever moet toch een zekere mate van kritiek tolereren.³²³ Zo heeft het Arbeidshof van Brussel geoordeeld dat een zekere mate van kritiek jegens collega's in een democratische en transparante samenleving "niet ongezond" is.³²⁴ In casu betreft het een conflictueuze situatie tussen werknemers. Het uiten van de racistische kritiek is vanzelfsprekend een fout en de werknemer moet worden onderworpen aan sancties. Een ontslag om dringende redenen is mijns inziens echter te verregaand. De vertrouwensband tussen de werknemer en de werkgever is naar mijn oordeel nog intact en ondanks de grove beledigingen, zijn er geen aanwijzingen dat de loyaliteit van de werknemer in vraag kan worden gesteld. Het jammere aan deze zaak is naar mijn oordeel dat de rechtbank niet verder is ingegaan op de privacyproblematiek. De rechtbank oordeelt dat de WEC niet van toepassing is door er op te wijzen dat het om een communicatie ging die voor iedereen toegankelijk was en wanneer een collega een andere collega 'verklikt' aan de werkgever, dit niet onrechtmatig is, omdat de inhoud niet kadert binnen het privéleven van de werknemer. Naar mijn oordeel had het arbeidshof beter moeten uitleggen waarom art. 124 WEC werd opzij geschoven.

Arbeidsrechtbank Leuven 17 november 2011

In deze zaak wordt het ontslag om dringende redenen wel aanvaard door de arbeidsrechtbank. Het betrof een werknemer van een Vlaams beursgenoteerd technologiebedrijf. De werknemer behoorde tot het hoger kader van het bedrijf en had veelvuldig contacten met klanten en partners. Nadat de halfjaarlijkse resultaten van het bedrijf zijn bekendgemaakt, ontdekte de werkgever, via zijn personeelsdirecteur, dat de werknemer op Facebook verschillende weblinks had geplaatst naar artikels die in de pers verschenen waren met betrekking tot de halfjaarlijkse resultaten en dat deze artikels voorzien waren van persoonlijke commentaren van de werknemer. Na grondiger onderzoek vernam de werkgever dat de werknemer zich op zijn "prikbord" herhaaldelijk negatief uitliet over de onderneming.

De werknemer was van mening dat er sprake was van een inbreuk op zijn privacy.

De arbeidsrechtbank wees dit af door te argumenteren dat elke Facebookgebruiker die inlogde op het profiel van de werknemer, kennis kon nemen van de commentaren die de werknemer uitte ten aanzien van zijn werkgever en de onderneming.

De werkgever heeft door een gerechtsdeurwaarder laten vaststellen dat deze zonder een 'vriend' te zijn op Facebook, toch toegang kon krijgen tot het profiel van de werknemer. De arbeidsrechtbank heeft ook geoordeeld dat indien het profiel van de werknemer toegankelijk is voor 'vrienden van vrienden' er geen beroep kan worden gedaan op de bescherming van privacy. Het systeem om via 'vrienden van vrienden' te kunnen inloggen op een Facebookprofiel is volgens de rechtbank lek en oncontroleerbaar.

De arbeidsrechtbank heeft de dringende redenen aanvaard. De werknemer heeft namelijk de professionele samenwerking tussen hemzelf en zijn werkgever onmiddellijk en definitief onmogelijk gemaakt. Ook het feit dat de werknemer een kaderlid is in het bedrijf speelt een rol om ontslag om

³²³ RvS 12 maart 2007, *RW* 2007-08, 1323-1326p, noot J., NEUTS, J., PEETERS, "Wiens brood men eet...? Over het uiten van kritiek in een arbeidsverhouding."

³²⁴ Arbh. Brussel 9 maart 2007, *Juristenkrant* 2007, nr. 147, 20p; J., LORRE, "Facebook en arbeidsrecht: mysterium tremendum et fascinans.", *RW* mei 2011, nr. 36, 1507

dringende redenen te rechtvaardigen. Van een kaderlid kan een grote mate van loyaliteit verwacht worden ten opzicht van de onderneming.³²⁵

De werknemer is niet akkoord gegaan met de beslissing van het de arbeidsrechtbank en heeft beslist hoger beroep in te stellen.

Arbeidshof Brussel 3 september 2013

Het arbeidshof moet zich buigen over het al dan niet terechte ontslag om dringende redenen dat de arbeidsrechtbank van Leuven op 17 november 2011 heeft goedgekeurd (zie bovenstaande). De ontslagen werknemer is van mening dat er geen rekening kan worden gehouden met de door het bedrijf verzamelde bewijselementen omdat deze van zijn Facebookpagina zijn gehaald en er aldus een schending is van zijn recht op privacy, onder andere door het miskennen van art. 124 WEC. Het arbeidshof is van oordeel dat voor de vermelde informatie en commentaar die vrij toegankelijk is, de werknemer zich niet kan beroepen op zijn recht op privacy.

Rest de vraag of dat er een schending van art. 124 WEC heeft plaatsgevonden. Het arbeidshof is van oordeel dat de onderneming voormeld artikel heeft geschonden. De onderneming heeft met opzet kennis genomen van informatie die via elektronische weg werd verzonden en die voor iedereen toegankelijk was, echter niet voor de onderneming persoonlijk. Leidt deze schending tot een aantasting van het verkregen materiaal? Hier zal verder op worden ingegaan in het onderdeel betreffende de bewijsproblematiek.

Wat betreft de dringende redenen is het arbeidshof van oordeel dat aard van de fout van de werknemer het voor de onderneming noodzakelijk maakte om onmiddellijk op te treden en er geen andere keuze was dan een beëindiging van de arbeidsovereenkomst om dringende redenen. Ook voor het arbeidshof speelde het een rol dat de werknemer lid was van het kaderpersoneel. Van een kaderlid gaat namelijk gezag en verantwoordelijkheid uit en mag er een grote vorm van loyaliteit verwacht worden ten aanzien van de onderneming.³²⁶ Ook het arbeidshof heeft aldus het ontslag om dringende redenen aanvaard.

Zowel de arbeidsrechtbank als het arbeidshof aanvaardden het ontslag om dringende redenen. De werknemer is van mening dat er een inbreuk heeft plaatsgevonden op zijn recht op privacy. Dit wordt door de arbeidsrechtbank en het arbeidshof afgewezen omdat de werknemer een openbaar Facebookprofiel heeft. Mijns inziens is dit een correcte redenering. Wanneer een werknemer een openbaar Facebookprofiel heeft, dan mag hij redelijkerwijze verwachten dat iedereen zijn profiel kan bezoeken. De werknemer is zelf verantwoordelijk voor de berichten die hij post op zijn profiel.³²⁷

Voorts haalt de werknemer aan dat er een schending is van art. 124 WEC. Het arbeidshof is de werknemer hierin gevolgd en heeft geoordeeld dat er een schending is van art. 124 WEC omdat de werkgever met opzet kennis heeft genomen van informatie die via elektronische weg is verzonden naar iedereen, maar niet voor de onderneming persoonlijk. Het gevolg hiervan is dat de werkgever beschikt over onrechtmatig verkregen bewijs. De invloed hiervan wordt later besproken.

³²⁵ Arbrb. Leuven (1^e k.), 17 november 2011, *RDTI* 2012, nr. 46, 79-89

³²⁶ Arbh. Brussel (5^{de} k.) 3 september 2013, *RW* 2014, 1586-1590

³²⁷ Hangt samen met het concept van de redelijke privacyverwachtingen, zie *onderdeel 2.1.1 Recht op Privacy*.

Naar mijn mening heeft het arbeidshof een verkeerde redenering toegepast met betrekking tot art. 124 WEC. Het klopt dat art. 124 WEC verbiedt om met opzet kennis te nemen van informatie die via de elektronische weg is verzonden en die niet persoonlijk voor iemand bestemd is. In casu heeft de werkgever kennis genomen van informatie die beschikbaar was op het openbaar Facebookprofiel van de werknemer. Er vervolgens van uitgaan dat deze informatie niet toegankelijk was voor de werkgever, is mijns inziens een verkeerde redenering. De werknemer beheert zijn Facebookprofiel alsook de privacyinstellingen. Wanneer de werknemer er bewust voor kiest om een openbaar profiel op te richten en deze te vullen met aantijgingen gericht tegen de onderneming en de werkgever, dan is hij daar verantwoordelijk voor. Ook hier speelt het concept van de redelijke privacyverwachtingen. Onderdeel 3.2.3.2 handelt over het al dan niet toepassen van art. 124 WEC op een openbaar Facebookprofiel. De conclusie daar gemaakt, is dat een openbaar Facebookprofiel niet de bescherming kan genieten van art. 124 WEC.³²⁸

³²⁸ Voor een verdere uitleg zie *onderdeel 3.2.3.2 art. 124 Wet Elektronische Communicatie*

3.3.3 Nederland

De Nederlandse hoven en rechtbanken worden, net als de Belgische hoven en rechtbanken, geconfronteerd met situaties waar werknemers zich negatief uitlaten op sociale media met betrekking tot de werkgever of de onderneming. Ook Nederlandse werkgevers tolereren dit niet en gaan over tot ontslag.

Het Nederlandse ontslagrecht verschilt van het Belgische ontslagrecht. Vooraleer over te gaan tot een analyse van rechtspraak, is het noodzakelijk om een licht te werpen op het Nederlands ontslagrecht.

In het Nederlands ontslagrecht zijn er verscheidene mogelijkheden voor de werkgever om een einde te maken aan de arbeidsovereenkomst. In deze masterthesis zal de klemtoon gelegd worden op de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter en op het ontslag op staande voet. De andere mogelijkheden van beëindiging, namelijk de opzegging en het beëindigen met wederzijds goedvinden, zullen niet besproken worden.

Ontslag op staande voet

Het ontslag op staande voet is terug te vinden in art. 7:677 Nederlands Burgerlijk Wetboek. Het artikel bepaalt: "*Ieder der partijen is bevoegd de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen om een dringende reden, onder gelijktijdige mededeling van die reden aan de wederpartij. (...)*"³²⁹.

Kenmerkend voor het Nederlands ontslagrecht is dat er een preventieve ontslagtoets geldt. De werkgever moet, op grond van art. 6 BBA, aan een overheidsinstantie de goedkeuring vragen om een werknemer te kunnen ontslaan.³³⁰ De betrokken overheidsinstantie is het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV).³³¹ Het is de werkgever aldus verboden om de arbeidsovereenkomst op te zeggen zonder voorafgaande toestemming van het UWV, dit is gekend als het algemeen opzegverbod.³³² Wanneer de werkgever echter wil overgaan tot een ontslag op staande voet is er geen voorafgaande toestemming van het UWV nodig.³³³ Ook de opzegverboden zijn niet van toepassing bij het ontslag op staande voet.³³⁴

Art. 7:678 Nederlands Burgerlijk Wetboek beschouwt dringende redenen als "*daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer, die ten gevolge hebben dat van de werkgever*

³²⁹ Art. 7:677 Nederlands Burgerlijk Wetboek

³³⁰ Art. 6 Besluit 5 oktober 1945, houdende vaststelling van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, *stb.* 5 oktober 1945, 214 (hierna: BBA); De BBA is tot stand gekomen na de Tweede Wereldoorlog en werd bedoeld als noodbesluit om chaos te voorkomen op de arbeidsmarkt na de Duitse bezetting. De BBA is vandaag de dag nog steeds van toepassing; A., VAN ZANTEN-BARIS, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, s.l., Kluwer, 2009, 38

³³¹ Voor 2009 was het Centrale orgaan voor Werk en Inkomen (CWI) hiervoor bevoegd. Sinds 2009 is het CWI onderdeel geworden van het UWV en is deze instantie bevoegd voor de preventieve ontslagtoets; X., "De organisatie", http://www.uwv.nl/OverUWV/wat_is_uwv/organisatie/index.aspx (consultatie 28 december 2014)

³³² D.M., VAN GENDEREN, *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2008, 207p; naast het algemene opzegverbod zijn er ook de bijzondere opzegverboden (bijvoorbeeld: de werkgever mag de arbeidsovereenkomst niet opzeggen gedurende de eerste 2 jaar van ziekte of gedurende de zwangerschap, art. 7:670, lid 1 en 2 Nederlands Burgerlijk Wetboek) die de werknemers beschermen die een groter risico lopen om ontslagen te worden. Ook al heeft de werkgever van het UWV een ontslagvergunning verkregen, dan is het mogelijk dat de werkgever op grond van de opzegverboden toch niet mag overgaan tot het opzeggen van de arbeidsovereenkomst; D.M., VAN GENDEREN, *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2010, 225p.

³³³ Art. 6, lid 2, a BBA

³³⁴ X., "Bijzondere opzegverboden", <http://www.ontslagdossier.nl/index.php/ontslagwijze/opzegging-arbeidsovereenkomst/bijzondere-opzegverboden#> (consultatie 28 december 2014)

*redelijkerwijze niet kan gevegd worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.*³³⁵ Dit houdt in dat de dringende reden voor de werkgever in de persoon van de werknemer moet gelegen zijn.³³⁶ Het feit dat geleid heeft tot een dringende reden moet aldus aan de werknemer worden gerelateerd.

Art. 7:678 lid 2 Nederlands Burgerlijk Wetboek voorziet in een aantal voorbeelden van feiten die dringende redenen kunnen uitmaken. Dit is echter geen limitatieve opsomming, enkel een exemplatieve opsomming. Verder moet de reden die heeft geleid tot het ontslag op staande voet, voldoende dringend zijn. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen objectieve en subjectieve dringendheid. Objectieve dringendheid houdt in dat de dringendheid gekoppeld kan worden aan de ernst van de ontslagredenen. De zwaarte van de feiten moet het ontslag kunnen dragen. Subjectieve dringendheid houdt in dat de gedraging van de werknemer voor de werkgever zelf een dringende reden uitmaakt. Een voorbeeld is roken op het werk. Wanneer een werknemer van een chemisch bedrijf rookt op de werkvloer zal dit een dringende reden kunnen uitmaken. Wanneer echter een bouwvakker rookt op een bouwterrein, zal dit niet zozeer een probleem zijn.³³⁷

In tegenstelling tot het Belgisch ontslagrecht, is er in het Nederlands ontslagrecht voorzien dat ook de werknemer ontslag kan nemen op grond van dringende redenen. Art. 7:679, lid 1 Nederlands Burgerlijk Wetboek bepaalt: *"Voor de werknemer worden als dringende redenen (...) beschouwd zodanige omstandigheden, die ten gevolge hebben dat van de werknemer redelijkerwijze niet kan gevegd worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren."*³³⁸ Art. 7:679, lid 2 Nederlands Burgerlijk Wetboek voorziet wederom in een aantal voorbeelden van dringende redenen. Het betreft weeral een exemplatieve lijst en geen limitatieve opsomming.

In tegenstelling tot het Belgische recht is er in Nederland geen termijn opgelegd voor het ontslag om dringende redenen. De dringende reden moet enkel zo dringend zijn dat een onmiddellijk en onherroepelijk einde van de arbeidsovereenkomst gerechtvaardigd is. Dit houdt in dat er slechts een beperkt aantal dagen wordt aanvaard tussen de kennisname van de feiten en het ontslag.³³⁹

De werkgever zal, net zoals in het Belgisch recht, de redenen die hebben geleid tot het ontslag op staande voet moeten meedelen. In tegenstelling tot het Belgisch recht, zal deze mededeling moeten worden gegeven gelijktijdig met het ontslag. De wet voorziet geen vormvereisten voor de motivering van het ontslag, echter een schriftelijke mededeling is aangewezen om op deze manier bewijsproblemen te vermijden.³⁴⁰

Net zoals in het Belgisch recht rust de bewijslast op de werkgever om het ontslag op staande voet te rechtvaardigen.³⁴¹

Ook in het Nederlands recht brengt het ontslag op staande voet zeer verregaande gevolgen met zich mee voor de werknemer. Net zoals in België, verliest de werknemer zijn recht op een

³³⁵ Art. 7:678 Nederlands Burgerlijk Wetboek

³³⁶ J., DOP, M.M., KROON (eds.), *Handboek ontslagrecht*, Apeldoorn-Antwerpen, Maklu, 2012, 99

³³⁷ J., DOP, M.M., KROON (eds.), *Handboek ontslagrecht*, Apeldoorn-Antwerpen, Maklu, 2012, 100-101

³³⁸ Art. 7:679, lid 1 Nederlands Burgerlijk Wetboek

³³⁹ I., VERHELST, "De beëindiging van de arbeidsovereenkomst naar Nederlands recht", *Or.* 6-7 juni-juli 2002, 156

³⁴⁰ J., DOP, M.M., KROON (eds.), *Handboek ontslagrecht*, Apeldoorn-Antwerpen, Maklu, 2012, 111-112

³⁴¹ I., VERHELST, "De beëindiging van de arbeidsovereenkomst naar Nederlands recht", *Or.* 6-7 juni-juli 2002, 155

werkloosheidsuitkering (de zogenaamde WW-uitkering).³⁴² Zowel de werkgever als de werknemer moeten de afweging maken of dat een ontslag op staande voet vereist is in een bepaalde situatie gezien de ernst van de gevolgen.

Ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter

Zowel de werknemer als de werkgever kunnen een verzoek richten tot de kantonrechter om de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens gewichtige redenen of wegens verandering in de omstandigheden.³⁴³ Onder 'gewichtige redenen' wordt verstaan alle omstandigheden die een dringende reden zoals bedoeld in art. 7:677, lid 1 Nederlands Burgerlijk Wetboek uitmaken.³⁴⁴ Voor een verdere uitwerking van de omvang van dringende redenen wordt verwezen naar de uiteenzetting in het onderdeel 'ontslag op staande voet'. Wanneer de rechter beslist om de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens dringende redenen, dan heeft de werknemer geen recht op een ontslagvergoeding. Ontbindt de rechter de arbeidsovereenkomst wegens verandering in de omstandigheden, dan kan de rechter een ontslagvergoeding toekennen wanneer hij dat, gezien de omstandigheden, rechtvaardig vindt.³⁴⁵

Net zoals in het Belgisch recht zijn de Nederlandse hoven en rechtbanken geconfronteerd met werknemers die zich negatief hebben uitgelaten op sociale media.

3.3.3.1 Rechtspraak

Rechtbank Arnhem 19 maart 2012

Een werknemer had aan zijn leidinggevende een voorschot gevraagd op zijn loon, dit werd hem echter geweigerd omdat het algemeen beleid van het bedrijf voorschrijft dat er geen voorschotten worden verstrekt. De werknemer reageerde negatief op dit bericht en ventileerde zijn frustratie op Facebook: *"Blokker wat een hoerebedrijf spijt dak er ben gaan werken en die mensen ook d er werken vooral me teamleider wat een gore achter de ellebogen nijmegensele nep wout je ken aan die kkkstreken van hem wel merken dat hij uit nijmegen ko en wout uis geweest de hoerestumperd ooit komt mijn dag en geloof me dan st ze te janken kkhomo,s."* De werkgever vordert de ontbinding op grond van gewichtige redenen bij de kantonrechter.

De werknemer is van mening dat zijn uitlatingen op Facebook vallen onder recht op meningsuiting. De kantonrechter is het hier niet mee eens: *"Met vrijheid van meningsuiting heeft dit bericht niets te maken. Die vrijheid wordt overigens begrensd door de beginselen van zorgvuldigheid die de werknemer jegens Blokker in acht dient te nemen. Als goed werknemer had de werknemer dit bericht niet behoren te plaatsen."* De kantonrechter haalt voorts nog aan dat er een risico is op verspreidingsgevaar: *"werknemer miskent bovendien dat met het plaatsen van het bericht op Facebook er het risico van re-tweeten is, welk risico met zich meebrengt dat ook anderen dan de "vrienden" van werknemer kennis kunnen nemen van het bericht in kwestie."* Gelet op de eerdere waarschuwingen die de werknemer reeds heeft gekregen, de uiting van de mening van de

³⁴² D.M., VAN GENDEREN, *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2010, 260

³⁴³ Art. 7:685 Nederlands Burgerlijk Wetboek

³⁴⁴ Art. 7:685, lid 2 Nederlands Burgerlijk Wetboek

³⁴⁵ X., "ontbinding door de rechter", <http://www.ontslagdossier.nl/index.php/ontslagwijze/ontbinding-arbeidsovereenkomst-door-de-rechter> (consultatie 1 januari 2015)

werknemer als zeer grof beledigend wordt ervaren en er verspreidingsgevaar is, besluit de kantonrechter de arbeidsovereenkomst op grond van dringende redenen te ontbinden.³⁴⁶

Mijns inziens heeft de kantonrechter terecht geoordeeld tot een ontslag om dringende redenen. Vooreerst kentert de kantonrechter het argument van de werknemer dat zijn uitlatingen vallen onder zijn recht op vrije meningsuiting. Het recht op vrije meningsuiting is niet absoluut en de werknemer is loyaliteit verschuldigd aan zijn werkgever. Verder is het voor de kantonrechter van belang dat de werknemer reeds meerdere malen gewaarschuwd is voor zijn ontoelaatbaar gedrag. Dit speelt een rol in de beoordeling om al dan niet over te gaan tot ontslag om dringende redenen. De kantonrechter neemt ook in acht het verspreidingsgevaar. Naar mijn oordeel is dit te verregaand. Het klopt dat het plaatsen van berichten op sociale media snel een eigen leven kunnen leiden, maar om dit in overweging te nemen, is mijns inziens niet relevant.

Rechtbank Arnhem 11 april 2012

Een werknemer heeft op zijn Facebook pagina verschillende grove berichten achtergelaten, voornamelijk gericht tot zijn zwarte collega:

"Ja hoor mag je morgen weer met die zwarte mee jezus zeg gvd moet lekker doorgaan zo dan ben ik er gauw klaar mee # JK"

"Het is getint en het werkt niet hard?"

"Pfff is deze werkdag al om? Ik wil verlost worden van deze mongool wat een gek zeg!! # wilgvdweekend"

De werkgever wil overgaan tot een ontbinding van de arbeidsovereenkomst om dringende redenen. De kantonrechter oordeelt dat het vast staat dat de werknemer zich zeer negatief en discriminerend heeft uitgelaten over zijn collega. De werknemer heeft naar het oordeel zeer laakbaar gehandeld. De kantonrechter is echter van mening dat *"het niet aannemelijk is geworden dat in het verleden zodanig veel op de werknemer is aangemerkt dat kan worden aangenomen dat de uitlatingen op Facebook de spreekwoordelijke druppel zijn geweest die de emmer hebben doen overlopen. Op zich zijn de uitlatingen op Facebook onvoldoende om een dringende reden aan te nemen, zonder dat eerst een laatste waarschuwing aan werknemer is gegeven. De kantonrechter is dan ook van oordeel dat geen sprake is van een dringende reden in de zin van artikel 7:678 van het Burgerlijk Wetboek om de arbeidsovereenkomst te beëindigen."*

De kantonrechter is overgegaan tot een ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens verandering in de omstandigheden zoals bedoeld in art. 7:685 BW. Hieruit volgt dat aan de werknemer een vergoeding wordt toegekend (wat niet zou zijn gebeurd bij een ontbinding van de arbeidsovereenkomst om dringende redenen).³⁴⁷

De kantonrechter heeft zich in deze zaak niet uitgesproken over het recht op vrije meningsuiting van de werknemer. De werknemer heeft zijn recht op vrije meningsuiting ook niet aangehaald. Dit is naar mijn oordeel een jammere zaak. Zeker gezien de grove en racistische uitlatingen van de

³⁴⁶ Rb. Arnhem 19 maart 2012, *LJN* BV9483 (uitspraken.rechtspraak.nl)

³⁴⁷ Rb. Arnhem 11 april 2012, *LJN* BW2006 (uitspraak.rechtspraak.nl)

werknemer. De rechtbank had een voorbeeld kunnen stellen door te motiveren dat dergelijke beledigingen niet ressorteren onder het recht op vrije meningsuiting.

De voornaamste reden voor de rechtbank om niet over te gaan tot een ontslag om dringende redenen, is dat er geen laatste waarschuwing is gegeven aan de werknemer. De rechtbank hecht veel belang aan voorafgaande waarschuwingen. Dit bewijst ook het vonnis van de rechtbank van Arnhem van 19 maart 2012.

3.4. De bewijswaarde van onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht

Het recht op privacy is een grondrecht dat beschermd wordt door art. 8 EVRM en art. 22 Gw. Dit grondrecht moet ook door de werkgever gerespecteerd worden ten aanzien van zijn werknemers. Het recht op privacy is echter geen absoluut recht en kan op gespannen voet komen te staan met het gezags- en controlerecht van de werkgever. De wetgever en sociale partners hebben voorzien in een arsenaal aan wetgeving die het controlerecht van de werkgever trachten te verzoenen met het recht op privacy van de werknemer.³⁴⁸ Wanneer de werkgever zich niet houdt aan de bestaande regelgeving heeft dit schending van het privacyrecht van de werknemer tot gevolg en wordt de ingewonnen informatie als onrechtmatig verkregen beschouwd.

Doorheen deze masterthesis is de problematiek van het onrechtmatig verkregen bewijs verscheidene malen aan bod gekomen. Centraal in deze bewijsproblematiek staat de Antigoonleer. Vooraleer de Antigoonleer in het arbeidsrecht te situeren, volgt er eerst een uiteenzetting over het ontstaan en de evolutie van de Antigoonleer. Vervolgens wordt de Antigoonleer geplaatst in het arbeidsrecht om uiteindelijk de vraag te beantwoorden of de Antigoonleer wel zijn plaats kan blijven behouden in het arbeidsrecht.

3.4.1 Antigoondoctrine

Onrechtmatig verkregen bewijs moet in beginsel uit de debatten worden geweerd, dit is beter bekend als de uitsluitingsregel. In 1923 heeft het Hof van Cassatie deze regel in het leven geroepen. Het Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat de rechter die beoordeelde of een misdrijf was gepleegd, geen rekening mocht houden met de bewijzen die waren verkregen.³⁴⁹

In 1985 heeft het Hof van Cassatie de toepassing van de uitsluitingsregel bevestigd in burgerlijke zaken.³⁵⁰ De toepassing van de uitsluitingsregel in het arbeidsrecht brengt met zich mee dat de werkgever uitermate secuur moet omspringen met de bewijzen die hij naar voren brengt. Wanneer deze niet rechtmatig zijn verkregen worden ze uit de debatten geweerd. Dat dit tot zware gevolgen kan leiden bewijst een arrest van het arbeidshof te Brussel.³⁵¹ In casu heeft het arbeidshof seksueel getinte e-mails die een manager naar een jongere collega heeft gestuurd, uit de debatten geweerd, omdat er een strijdigheid was met art. 109ter D, 3° telecommunicatiewet. Enkel de werkneemster had haar toestemming gegeven voor de bekendmaking van de inhoud van

³⁴⁸ Bijvoorbeeld CAO nr. 68, CAO nr. 81, CAO nr. 85, Wet Verwerking Persoonsgegevens; V., KILDONCK, "Onrechtmatig verkregen bewijs op het werk", *NJW* 10 maart 2010, nr.218, 180

³⁴⁹ Cass. 12 maart 1923, *Pas* 1923, I, 323; De verkregen bewijzen waren in strijd met de onschendbaarheid van de woning.

³⁵⁰ Cass. 18 april 1985, *Arr. Cass.* 1984-1985, 1102; I., VERHELST, N., THOELLEN, "Over privacy, controle en (on)rechtmatig verkregen bewijs", *Or.* 8 oktober 2008, 201

³⁵¹ Arbh. Brussel 10 februari 2004, *Soc. Kron.* 2006, 141

de e-mailberichten, niet de manager. Het gevolg was dat de werkgever aan de manager een hoge opzegvergoeding moest betalen, ook al had de manager negen maanden seksueel getinte e-mailberichten gestuurd naar zijn jongere collega.

Antigoonarrest 14 oktober 2003

De grote ommekeer is er gekomen met het Antigoonarrest van 14 oktober 2003.³⁵² De feiten waren als volgt: tijdens een veiligheidsfouillering, die kaderde in een operatie tegen drugscriminaliteit 'Antigoon' genaamd, werden sleutels aangetroffen in een jaszak. Met deze sleutels werd een auto geopend. In deze auto werd een wapen met weggevoerd serienummer aangetroffen. Het probleem was echter dat het doorzoeken van de auto in strijd was met art. 29 van de wet van het politieambt. De beklaagde haalde aan dat het doorzoeken onrechtmatig was en aldus uit de debatten moest worden geweerd. Afgaand op de uitsluitingsregel is dit ook wat de rechtbank had moeten beslissen. Het verweer van de beklaagde is echter niet aanvaard en hij is veroordeeld op grond van verboden wapendracht. Er wordt voorziening in cassatie ingesteld door de veroordeelde.³⁵³ Het Hof van Cassatie verbreekt het arrest niet. Het Hof van Cassatie werpt een nieuw licht op het al dan niet uitsluiten van onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen. Het Hof verduidelijkte dat *"de omstandigheid dat een bewijsmiddel op onrechtmatige wijze werd verkregen, in de regel slechts tot gevolg heeft dat de rechter, bij het vormen van zijn overtuiging, dat gegeven rechtstreeks noch onrechtstreeks*

in aanmerking mag nemen in drie welbepaalde gevallen :

- 1) wanneer de naleving van bepaalde vormvoorwaarden voorgeschreven wordt op straffe van nietigheid;*
- 2) wanneer de begane onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast;*
- 3) wanneer het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces."³⁵⁴*

Het Hof van Cassatie heeft deze drie principes later nog bevestigd en verrijkt.³⁵⁵

Chocolatier Manon

Met betrekking tot het recht op privacy en bewijsmiddelen, is de zaak Chocolatier Manon³⁵⁶ van belang. De vraag die gesteld werd, is of bewijsmiddelen als onrechtmatig moeten worden beschouwd als deze in strijd zijn met het recht op privacy. Een chocolatier was van mening dat zijn kassierster geld uit de kassa ontvreemde. Om zijn vermoeden te bevestigen, plaatste hij een camera. Deze camera bevestigde zijn vermoedens en hij diende een strafklacht in. De werkneemster was van mening dat het bewijs onrechtmatig was verkregen omdat het in strijd is met CAO nr. 68 en er ook sprake is van een inbreuk op haar recht op privacy (8 EVRM). De rechtbank was van oordeel dat de geplaatste camera geen afbreuk doet aan het recht op privacy

³⁵² Cass. 14 oktober 2003, P.03.0762.N (juridat.be)

³⁵³ F., HENDRICKX, "Privacy op het werk en bewijs van onrechtmatig gedrag: (spookt) Antigoon in het arbeidsrecht?", *TSR* 2006, 680p; Cass. 14 oktober 2003, P.03.0762.N (juridat.be)

³⁵⁴ Cass. 14 oktober 2003, P.03.0762.N (juridat.be)

³⁵⁵ Zie Cass. 23 maart 2004, P.04.0012.N (juridat.be) en Cass. 12 oktober 2005, P.05.0119.N (juridat.be); H.,

BUYSENS, K., CLINCKEMALIE, "Knelpunten inzake het bewijs van dringende redenen", *Or.* 9 november 2007, 244p

³⁵⁶ Cass. 9 juni 2004, P.04.0603.F (juridat.be) en Cass. 2 maart 2005, P.04.1644.F (juridat.be)

van de werknemster omdat de bewakingscamera is gericht op de kassa in een voor het publiek toegankelijke ruimte en dit na gewettigde vermoedens. Het bewijs van de diefstal moest dan ook niet uit de debatten worden geweerd.³⁵⁷

Bovenvermeld arrest brengt met zich mee dat een miskenning van het recht op privacy niet noodzakelijk een onrechtmatig verkregen bewijs inhoudt, althans niet in strafzaken.

Blijft de vraag of de principes van Antigoon ook gelden in burgerlijke procedures.

Deze vraag kan bevestigend beantwoord worden.

Met een arrest van 10 maart 2008 heeft het Hof van Cassatie de Antigoonprincipes in een burgerlijke zaak toegepast.³⁵⁸ Door de toepassing van de Antigoonprincipes in burgerlijke zaken, kan aangenomen worden dat arbeidsgerechten deze principes zullen toetsen aan bewijs dat is verkregen in strijd met het recht op privacy. Wanneer een werkgever aldus bewijs aanhaalt dat hij heeft verworven door het recht van privacy van de werknemer te miskennen, zal er aan de Antigooncriteria getoetst moeten worden. Dergelijke bewijzen kunnen slechts worden uitgesloten in drie gevallen³⁵⁹:

1. De schending van een op straffe van nietigheid voorgeschreven norm. Bepalingen met betrekking tot het recht op privacy zijn echter niet op straffe van nietigheid voorgeschreven.
2. De aantasting van de betrouwbaarheid van het bewijs. De privacywetgeving is er om het recht op privacy te beschermen. Een schending van deze regels zal dan ook zelden leiden tot een bewijsuitsluiting.
3. Schending van het recht op een eerlijk proces. Het verkregen bewijs zal steeds aan tegenspraak onderworpen zijn. Wanneer werknemers geconfronteerd worden met feiten en bewijsstukken, is er steeds de mogelijkheid om de rechtmatigheid van het bewijsmateriaal te bediscussiëren voor de arbeidsgerechten.

Concluderend kan vastgesteld worden dat onrechtmatig verkregen bewijs zelden tot een uitsluiting zal leiden.

3.4.2 Toepassing Antigoonleer door de arbeidsrechter

Na het arrest van 10 maart 2008 hebben verschillende arbeidsgerechten de Antigoonleer ingebed in hun uitspraken. Arbeidsgerechten treden soepeler op met betrekking tot bewijs verkregen in strijd met het recht op privacy.

Arbeidsrechtbank Gent 1 september 2008

³⁵⁷ I., VERHELST, N., THOELLEN, "Over privacy, controle en (on)rechtmatig verkregen bewijs", *Or.* 8 oktober 2008, 203p; Het is aan de rechter om de gevolgen van de onregelmatigheid te beoordelen op de ontvankelijkheid van de bewijsmiddelen, natuurlijk rekening houdend met Antigoon; Cass. 2 maart 2005, P.04.1644.F (juridat.be): de rechter zal tot bewijsuitsluiting overgaan "(..)wanneer de onregelmatigheid die werd begaan het recht op een eerlijk proces niet in het gedrang brengt, de betrouwbaarheid van het bewijs niet aantast en geen vormvereiste miskent dat op straffe van nietigheid is voorgeschreven(...)"

³⁵⁸ Cass. 10 maart 2008, S.07.0073.N (juridat.be). Het Hof van Cassatie vernietigde een arrest van het arbeidshof nadat deze de beslissing had genomen om een beslissing van de RVA te vernietigen omwille van onrechtmatig verkregen bewijs. De RVA had een werkloze geschorst na kennisname van de feiten door een faxbericht van het proces verbaal van de politie waardoor er een schending plaatsvond van het geheim van het strafrechtelijk onderzoek.

³⁵⁹ Cass. 14 oktober 2003, P.03.0762.N (juridat.be); V., KILDONCK, "Onrechtmatig verkregen bewijs op het werk", *NJW* 10 maart 2010, nr.218, 182

De werkgever werd door zijn secretaresse en een klant op de hoogte gebracht dat een werknemer concurrerende activiteiten verricht tijdens zijn werkuren. De werkgever gaat op nader onderzoek uit en voert een controle uit van het e-mail verkeer van de werknemer; hieruit blijken de concurrerende activiteiten. De werkgever gaat over tot een ontslag om dringende redenen. De werknemer vecht dit ontslag aan omdat de verzamelde e-mails in strijd zijn met CAO nr. 81 aangezien er geen voorafgaande aankondiging is gebeurd van de controle.

De rechtbank heeft de Antigoonprincipes uitdrukkelijk toegepast. De rechtbank oordeelde dat CAO nr. 81 niet op straffe van nietigheid is voorgeschreven, er geen aantasting is van de betrouwbaarheid van het bewijs en het recht op een eerlijk proces niet in het gedrang komt. Het verzamelde bewijs van de werkgever werd aldus geldig bevonden en de dringende redenen werden gegrond bevonden.³⁶⁰

Dit arrest toont een duidelijke toepassing van de Antigoonprincipes door een arbeidsgerecht.

Arbeidshof Antwerpen 2 september 2008

Een werkgever had tijdens een internetcontrole ontdekt dat een werknemer tijdens zijn arbeidstijd vele uren op het internet had besteed voor persoonlijke doeleinden. Zo had de werknemer op een termijn van 2 dagen, tientallen privé e-mails verstuurd en MSN 'gesprekken' gevoerd. De werkgever ging over tot een ontslag om dringende redenen. De controle uitgevoerd door de werkgever werd niet in strijd geacht met CAO nr. 81. De controle is volgens het arbeidshof regelmatig gebeurd en er kon dan ook geen sprake zijn van onrechtmatig verkregen bewijs. In beginsel is er geen toepassing van de Antigoonprincipes vereist. Het arbeidshof maakt wel de kanttekening dat, zelfs indien er sprake zou zijn van een onregelmatigheid, er met het bewijs toch rekening zou moeten worden gehouden, verwijzend naar het cassatiearrest van 10 maart 2008.³⁶¹

Dit arrest bewijst, mijns inziens, het belang van de Antigoonrechtspraak in het arbeidsrecht. Zelfs als er geen vereiste is om de Antigoonprincipes toe te passen, haalt het arbeidshof desalniettemin, in de marge, het arrest van 10 maart 2008 aan.

Arbeidshof Gent 28 juni 2010

Het arbeidshof heeft in deze zaak de Antigoonprincipes uitdrukkelijk toegepast. Een werkgever had, na het opmerken van hinder op het bedrijfsnetwerk, het surfgedrag van een werknemer gecontroleerd door de historiek van de bezochte websites af te drukken. Deze historiek werd afgeprint door de werkgever en gebruikt tijdens een ontslagbespreking.

De werknemer haalde aan dat dit in strijd is met zijn recht op de persoonlijke levenssfeer.

Het arbeidshof was van oordeel dat de controle van de werkgever niets afdoet aan de betrouwbaarheid van het bewijs. Er is ook geen miskennis van een op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereiste. Het gebruik van het bewijs was voorts ook niet in strijd met het recht op een eerlijk proces. Het hof erkende dat de werkgever de voorlichtingsfase had miskend

³⁶⁰ Arbrb. Gent (2^{de} k.) 1 september 2008, A.R. 175054/06 (juridat.be)

³⁶¹ Arbh. Antwerpen 2 september 2008, A.R. 2070230, onuitg.; V., KILDONCK, "Onrechtmatig verkregen bewijs op het werk", *NJW* 10 maart 2010, nr.218, 183p; I., VERHELST, N., THOELLEN, "Over privacy, controle en (on)rechtmatig verkregen bewijs", *Or.* 8 oktober 2008, 207

(art. 16 CAO nr. 81), waardoor het bewijs een onrechtmatig karakter meekreeg. Desalniettemin aanvaardde het arbeidshof het bewijs en werd het niet uit de debatten geweerd.³⁶²

Naast de vermelde vonnissen en arresten zijn ook de arbeidshoven van Bergen en Luik een voorstander van de toepassing van de Antigoonprincipes.³⁶³

Bovenstaande vonnissen en arresten van de arbeidsgerechten tonen, naar mijn oordeel, aan dat de Antigoonleer zijn weg heeft gevonden naar het arbeidsrecht. Rechters houden meer rekening als er op een onrechtmatige wijze verkregen bewijs naar voren wordt geschoven door de werkgever. Zo zal bewijs verkregen met miskenning van het recht op privacy aan de Antigoonprincipes worden getoetst en zal het bewijs niet meer snel uit de debatten geweerd worden. Dit was ooit anders, denk aan de situatie vóór het arrest van het Hof van Cassatie van 10 maart 2008, waar onrechtmatig verkregen bewijs uit de debatten werd geweerd. Dit wil echter niet zeggen dat het recht op privacy nu een lege doos is. Wanneer er bewijs wordt aangehaald die een ernstige schending inhoudt van het privacyrecht van de werknemer, dan is het de rechter toegelaten om dit bewijs uit te sluiten wegens strijdigheid met het recht op eerlijk proces. De rechter moet een afweging maken tussen enerzijds de zwaarte van de begane inbreuk en anderzijds het recht op privacy van de werknemer.

3.4.3 Arrest 7 februari 2013 arbeidshof te Brussel: Staat Antigoon op de helling in het arbeidsrecht?

Het arbeidshof te Brussel heeft in een arrest van 7 februari 2013³⁶⁴ een opvallend oordeel geveld. Het arbeidshof is namelijk de Antigoondoctrine niet gevolgd. De feiten waren als volgt: een collega heeft tijdens het ziekteverlof van een werknemer zijn professionele mailbox nagekeken om na te gaan of er geen dringende e-mails waren binnengekomen. De collega zag echter ook een deel privé e-mailberichten en kwam tot de ontdekking dat de afwezige werknemer, naast zijn huidige job, ook dezelfde professionele activiteiten verricht voor een andere werkgever. De werkgever werd hiervan op de hoogte gesteld en wilde de werknemer ontslaan om dringende redenen.

De afwezige werknemer behoorde echter tot categorie van beschermdde werknemers en de werkgever had aldus de toestemming van de arbeidsrechtbank nodig.

De arbeidsrechtbank was van oordeel dat een ontslag om dringende redenen niet gerechtvaardigd was. In hoger beroep oordeelde het arbeidshof dat er een schending van het recht op privacy van de werknemer heeft plaatsgevonden alsook een schending van het telecommunicatiegeheim. De werkgever had namelijk geen toestemming gekregen van de werknemer om zijn mailbox in te kijken. Hieruit volgt dat het bewijs dat de werkgever aanhaalt om over te kunnen gaan tot een ontslag om dringende redenen, onrechtmatig is. Op grond van het Cassatie arrest van 10 maart 2008, kan het arbeidshof beslissen om het onrechtmatige bewijs niet uit de debatten te weren. Het

³⁶² Arbh. Gent 28 juni 2010, A.R. 2009/AR/50 (juridat.be)

³⁶³ LORRE, J., *Sociale Media en werkgeverscontrole*, Mechelen, Kluwer, 2012, 160; Arbh. Bergen 8 december 2010, *Soc. Kron.* 2011, 399: "La Cour de céans estime que les enseignements issus de cet arrêt du 10 mars 2008 trouvent à s'appliquer dans le cadre d'un litige relatif à la rupture de relations contractuelles entre un travailleur et son employeur. Il n'y a en effet pas lieu de considérer que ces enseignements seraient limités au contentieux de la sécurité sociale." ; Arbh. Luik 20 september 2010, *JTT* 2011, 90 : het arbeidshof laat een bewijs toe dat is verkregen met een miskenning van de regels van CAO nr. 81.

³⁶⁴ Arbh. 7 februari 2013, R.G. 2012/AB/1115 (juridat.be)

arbeidshof heeft echter anders geoordeeld. Het arbeidshof is van oordeel dat de Antigoondoctrine niet van toepassing kan zijn op een arbeidsrechtelijk geschil die de verbreking van de contractuele relatie tussen werknemer en werkgever als voorwerp heeft. Het arbeidshof is van mening dat de Antigoonprincipes zijn ontwikkeld in het strafrecht en dan ook betrekking hebben op strafrechtelijke geschillen.³⁶⁵ Het arbeidshof weigert aldus de Antigooncriteria toe te passen.

De vraag die zich mijns inziens stelt, of de andere arbeidsgerechten het arbeidshof van Brussel zullen volgen en de Antigoondoctrine uit het arbeidsrecht weren. Het arbeidshof van Brussel is van mening dat de Antigooncriteria niet van toepassing zijn op de voorgelegde zaak omdat het geen geschil met een strafrechtelijk karakter betrof (in tegenstelling tot het geschil van 10 maart 2008). Het merendeel van de arbeidsgerechten (zie onderdeel 3.4.2) hebben de Antigoondoctrine in het arbeidsrecht echter wel aanvaard. De toekomst zal moeten uitwijzen hoe de arbeidsgerechten zullen reageren op deze uitspraak. Naar mijn oordeel zal de Antigoondoctrine zijn toepassing blijven vinden in het arbeidsrecht. Er zal gewacht moeten worden op een uitspraak van het Hof van Cassatie om een einde te maken aan de onzekerheid die het arrest van het arbeidshof van 7 februari 2013 met zich heeft meegebracht.

³⁶⁵ Arbh. 7 februari 2013, R.G. 2012/AB/1115 (juridat.be): "*La Cour est d'avis que les critères énoncés par la Cour de cassation dans son arrêt du 10 mars 2008 sont conçus pour le droit pénal. Les termes employés se réfèrent très clairement à la recherche d'une infraction.*"

4 CONCLUSIE

In deze masterthesis is getracht een antwoord te geven op de vraag welke rol sociale media spelen in de arbeidsverhoudingen in het licht van de Belgische rechtspraak. Het antwoord kan zeer kort en bondig worden gegeven namelijk dat sociale media een grote rol spelen in de arbeidsverhoudingen.

Sociale media zijn een recent gegeven. Hun impact op het dagelijkse leven van mensen is in de voorbije jaren gegroeid. Niet alleen op het privéleven maar ook in arbeidsrelaties hebben sociale media hun stempel gedrukt. De opzet van deze masterthesis bestaat er in om de rol van sociale media in de arbeidsverhoudingen weer te geven. Een amalgaan aan wetgeving en rechtspraak vormen de basis.

Vooraleer over te gaan tot een weergave van het juridisch kader was het noodzakelijk om de verschillende netwerksites toe te lichten. Twitter, LinkedIn, Facebook zijn enkele van de bestaande sociale netwerksites. Gezien het grote aanbod aan sociale netwerksites, is er voor gekozen om de focus te leggen op Facebook.

In de problematiek die sociale media kunnen veroorzaken in de arbeidsverhoudingen staan twee grondrechten centraal: het recht op vrije meningsuiting en het recht op privacy.

Het recht op privacy wordt in België beschermd door art. 22 Gw. In Nederland is het recht op privacy vastgelegd in art. 10 Nederlandse Grondwet. Zowel België als Nederland voorzien niet in een 'algemene wet op privacy'. Het recht op privacy wordt in verscheidene wetten geregeld. Binnen het kader van deze thesis zijn de Wet Verwerking Persoonsgegevens (België) en de Wet Bescherming Persoonsgegevens (Nederland) van belang. Met betrekking tot het privacyrecht mag ook zeker het belang van redelijke privacyverwachtingen niet uit het oog verloren worden. Wanneer een persoon een openbaar Facebookprofiel aanmaakt, dan mag hij er redelijkerwijze van uitgaan dat andere personen hiervan kennis kunnen nemen. Om zich vervolgens dan te beroepen op zijn recht op privacy, is naar mijn oordeel contradictoire.

Naast het recht op privacy hebben individuen ook een recht op vrije meningsuiting. Bij de vergelijking tussen België en Nederland valt op dat Nederland in de Grondwet impliciet heeft voorzien in een artikel dat bescherming kan bieden aan meningen geuit op sociale media (art. 7, lid 3 Gw. Nederland). De Belgische Grondwet voorziet in art. 19 Gw. dat er een recht is op vrije meningsuiting, er wordt in dit artikel echter geen onderscheid gemaakt tussen de verschillende middelen waarlangs een mening kan worden geuit.

In het kernonderdeel van deze masterthesis wordt een duidelijk antwoord gegeven op de vraag welke rol sociale media spelen in de arbeidsverhoudingen. Sociale media spelen een rol tijdens de werving- en selectieprocedure, de uitvoering van de arbeidsovereenkomst en het einde van de arbeidsovereenkomst.

Tijdens de werving- en selectieprocedure kunnen sommige potentiële werkgevers hun nieuwsgierigheid moeilijk bedwingen en wordt er op de Facebookpagina van de kandidaat-werknemer naar informatie gezocht. De potentiële werkgever moet echter rekening houden met verschillende wetgeving. CAO nr. 38 betreffende de werving en selectie van werknemers

beschermt ondermeer de persoonlijke levenssfeer van de kandidaat-werknemer. Het merkwaardige aan CAO nr. 38 is dat niet alle bepalingen van de CAO algemeen verbindend zijn verklaard. Zo is art. 11 CAO nr. 38 niet algemeen verbindend verklaard, het betreft een obligatoire bepaling. Echter de arbeidsrechtbank te Antwerpen heeft in een vonnis van 30 juni 2004 geoordeeld dat de miskennis van obligatoire bepalingen een fout uitmaakt en kan aanleiding geven tot schadeloosstelling. Mijns inziens is dit een terechte redenering. Ook al zijn het obligatoire bepalingen, er gaat enig gezag van uit.

Naast CAO nr. 38 zal de werkgever ook rekening moeten houden met de Privacywet. Een punt van discussie is de vraag of de werkgever in de precontractuele fase rekening moet houden met de Privacywet wanneer hij gebruik maakt van sociale media om de persoonsgegevens van de kandidaat-werknemer louter te raadplegen of te verzamelen. In de rechtsleer zijn hier verschillende visies over. HENDRICKX is van mening dat het louter raadplegen of verzamelen van gegevens onder de notie verwerking valt zoals omschreven in de Privacywet. Dit is mijns inziens de juiste redenering. Dit betekent niet dat wanneer een werkgever de Facebook pagina van een kandidaat-werknemer raadpleegt, dit automatisch een inbreuk uitmaakt op diens privéleven. Het houdt wel in dat de werkgever bij de raadpleging rekening zal moeten houden met de Privacywet. Tenslotte zijn er de antidiscriminatie wetten waar de werkgever rekening mee moet houden. Het arrest Feryn van het Europees Hof van Justitie heeft duidelijk aangetoond dat discriminatie tijdens de aanwerving verboden is. Het is mijns inziens een goede zaak dat het Europees Hof van Justitie een duidelijk standpunt heeft ingenomen tegen discriminatie tijdens de werving- en selectieprocedure.

Hoven en rechtbanken zijn nog niet geconfronteerd met kandidaat-werknemers die zich gediscrimineerd voelen door de potentiële werkgever omdat hij op basis van de informatie verkregen via sociale media, hem op grond van zijn nationaliteit en/of etnische origine, geen kans geeft op een job . Noch zijn de hoven en rechtbanken in aanraking gekomen met kandidaat-werknemers die vinden dat de potentiële werkgever een inbreuk pleegt op hun privéleven door informatie te verzamelen op sociale media over de sollicitant. Hoven en rechtbanken zijn wel reeds geconfronteerd met zaken waar een verkeerde e-mail per abuis naar de kandidaat-werknemer werd gestuurd en waaruit een duidelijke discriminatie blijkt. Hoven en rechtbanken treden streng op tegen discriminatie tijdens de werving- en selectieprocedure. Deze zaken kunnen naar mijn oordeel doorgetrokken worden naar sociale media. Het toont aan dat het verkeerd gebruik van de huidige technologische middelen grote gevolgen met zich mee kan brengen. De werkgever moet een grote voorzichtigheid aan de dag leggen. De gevolgen voor de onderneming kunnen immers aanzienlijk zijn.

Ook in Nederland worden kandidaat-werknemers geconfronteerd met discriminatie tijdens de werving- en selectieprocedure. De werkgever zal in Nederland rekening moeten houden met de Wet Bescherming Persoonsgegevens en de Algemene Wet Gelijke Behandeling. Net zoals in België worden de hoven en rechtbanken in Nederland geconfronteerd met dezelfde problematiek aangaande discriminatie. Ook in Nederland treden de hoven en rechtbanken streng op, wat naar mijn oordeel een goede zaak is.

Het is vastgesteld dat een werkgever op basis van zijn gezagsrecht regels mag opleggen met betrekking tot het gebruik van internet en sociale media op de werkvloer. Ten gevolge van zijn

gezagsrecht beschikt de werkgever eveneens over een controlerecht. Werkgevers hebben het recht om na te gaan of er sprake is van 'virtueel absenteïsme'. Bij een controle zal de werkgever rekening moeten houden met CAO nr. 81.

CAO nr. 81 tracht het controlerecht van de werkgever en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemer met elkaar te verzoenen. Mijns inziens is CAO nr. 81 hierin geslaagd. De verbintenissen van de partijen worden namelijk duidelijk afgebakend in de CAO. Het controlerecht van de werkgever is niet absoluut. Zo zal de werkgever toestemming moeten krijgen om de privételecommunicatie van de werknemer te lezen. Art. 124 WEC bepaalt het strafbaar stellen van het opzettelijk kennisnemen van privécommunicatiegegevens. In het kader van art. 124 WEC stelt zich de vraag of een werknemer die informatie op zijn Facebookprofiel toegankelijk maakt voor iedereen nog kan genieten van de bescherming van art. 124 WEC. In de rechtsleer wordt hierop geen eenduidig antwoord gegeven. Naar mijn oordeel is een werknemer zelf verantwoordelijk voor het instellen van zijn privacysettings. Wanneer een werknemer zijn privacysettings instelt op een wijze dat alleen zijn Facebookvrienden de meldingen kunnen zien, dan is het ook de bedoeling van de werknemer dat enkel zijn 'vrienden' kennis kunnen nemen van deze meldingen. Een persoon bepaalt zelf wie hij al dan niet aanvaardt als 'vriend' op Facebook. Als een persoon 500 Facebookvrienden heeft, dan is dit in mijn ogen een 'eindig aantal' en kan er beroep gedaan worden op de bescherming van art. 124 WEC.

Gezien de grote invloed en doorwerking van sociale media in de arbeidsverhoudingen, is een richtlijn omtrent gebruik van sociale media op en buiten de werkvloer onontbeerlijk. Het opstellen van richtlijnen met betrekking tot het gebruik van sociale media is uiterst belangrijk. Naar mijn oordeel kunnen deze richtlijnen het best verwerkt worden in het arbeidsreglement.

In Nederland worden Social Media Policies gebruikt om een duidelijke richtlijn te verschaffen aan de werknemer met betrekking tot het gebruik van sociale media. Wat opvalt is dat de Nederlandse hoven en rechtbanken duidelijk rekening houden met het feit of er al dan niet een gedragscode aanwezig is.

Bij misbruik door de werknemer van sociale media kan de werkgever overgaan tot het treffen van sancties; gaande van tuchtsancties tot een ontslag om dringende redenen. Belangrijk is CAO nr. 109 die een motivering van het ontslag oplegt. Naar mijn oordeel is het jammer dat de werknemer zelf de werkgever moet verzoeken voor een motivering van het ontslag.

In de rechtspraak kan vastgesteld worden dat de hoven en rechtbanken geen eenduidige lijn volgen met betrekking tot het ontslag om dringende redenen door misbruik van sociale media. Rechters nemen verschillende omstandigheden in aanmerking. Zo kan het sociaal klimaat in de onderneming een rol spelen bij de beoordeling van het ontslag. Ook de functie van de werknemer in de onderneming is van belang.

Mijns inziens is het moeilijk om een eenduidige lijn te volgen aangezien elke zaak zijn eigen feiten en omstandigheden heeft. Art. 124 WEC is in de verschillende rechtspraak aan bod gekomen. Rechters zijn het echter niet eens over de draagwijdte van art. 124 WEC en dit zorgt naar mijn oordeel voor een niet consequente rechtspraak.

In de Nederlandse rechtspraak hechten rechters veel aandacht aan voorafgaande waarschuwingen die de (ontslagen) werknemer heeft gekregen, dit in tegenstelling tot de Belgische rechtspraak.

Werknemers die van mening zijn dat hun ontslag omwille van misbruik van sociale media onterecht is, beroepen zich op een schending van hun recht op privacy door de werkgever. Wanneer blijkt dat er een inbreuk op de privacy is gebeurd, wordt het aangehaalde bewijs van de werkgever in beginsel uit de debatten geweerd. Het betreft namelijk een onrechtmatig verkregen bewijs. De Antigoondoctrine heeft voor een kentering gezorgd, zeker na het arrest van het Hof van Cassatie van 10 maart 2008. De Antigoondoctrine kan nu ook toegepast worden in burgerlijke zaken. Arbeidsgerechten aanvaarden de Antigoondoctrine en werkgever zien hun aangehaald bewijs zelden uit de debatten geweerd. Dit wil naar mijn oordeel echter niet zeggen dat het recht op privacy uitgehold wordt. Rechters moeten namelijk, in het belang van een eerlijk proces, de afweging maken tussen enerzijds de zwaarte van de begane inbreuk en anderzijds het recht op privacy van de werknemer.

Het arbeidshof te Brussel heeft met een arrest van 7 februari 2013 de Antigoondoctrine in vraag gesteld. Het arbeidshof was van mening dat de Antigoondoctrine niet thuis hoorde in het arbeidsrecht. Volgens het arbeidshof zijn de Antigoonprincipes ontwikkeld in het strafrecht en hebben dan ook betrekking op strafrechtelijke geschillen. Het is wachten op een uitspraak van het Hof van Cassatie om einde te maken aan deze onzekerheid...

Concluderen kan gesteld worden dat sociale media in arbeidsverhoudingen een steeds grotere rol spelen. Derhalve is het belangrijk dat er een juridisch kader wordt geboden aan werkgevers en werknemers met betrekking tot een juist gebruik van sociale media. In de rechtspraak valt duidelijk af te leiden dat het nog een vrij nieuwe materie betreft, als het gaat over misbruik van sociale media op of buiten de werkvloer en de zware gevolgen waartoe dit kan leiden, bijvoorbeeld ontslag om dringende redenen.

5 BIBLIOGRAFIE

Wetgeving

Verdrag 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, *BS* 19 augustus 1955, 5029

Verdrag 10 december 1966 inzake Burgerrechten en Politieke Rechten, *BS* 6 mei 1983, 8815

10 december 1948 Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, *BS* 31 maart 1949, 02488

Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van die gegevens, *Pb.L.* 23 november 1995, afl. 281

Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *Pb.L.* 19 juli 2000, afl. 180

Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *Pb.L.* 2 december 2000, afl. 303

Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie, *Pb. L.* 31 juli 2002, afl. 201

De gecoördineerde Belgische Grondwet van 17 februari 1994, *BS* 17 februari 1994, 4054

Strafwetboek 8 juni 1867, *BS* 9 juni 1867, 3133

Wet 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, *BS* 22 augustus 1978, 9277

Wet 5 december 1968 betreffende de collectieve overeenkomsten en de paritaire comités, *BS* 15 september 1969, 267

Wet 8 april 1965 tot het instellen van arbeidsreglementen, *BS* 5 mei 1965, 5064

Wet 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, *BS* 18 maart 1993, 5801

Wet 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, *BS* 20 juni 2005, 28070

Wet 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *BS* 30 mei 2007, 29016

Wet 10 mei 2007 tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *BS* 30 mei 2007, 29046

KB 11 juli 1984 waarbij de artikelen 1 tot 6 evenals artikel 19 van de op 6 december 1983 in de Nationale Arbeidsraad gesloten collectieve arbeidsovereenkomst nr. 38 betreffende de werving en selectie van werknemers algemeen verbindend wordt verklaard, *BS* 28 juli 1984, 10.735

KB 8 oktober 1998 waarbij algemeen verbindend wordt verklaard de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 38ter van 17 juli 1998, gesloten in de Nationale Arbeidsraad, tot wijziging van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 38 van 6 december 1983 betreffende de werving en selectie van werknemers, gewijzigd door de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 38bis van 29 oktober 1991, *BS* 27 oktober 1998, 35.321

KB 31 augustus 1999 waarbij algemeen verbindend wordt verklaard de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 38quater van 14 juli 1999, gesloten in de Nationale Arbeidsraad, tot wijziging van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 38 van 6 december 1983 betreffende de werving en selectie van werknemers, gewijzigd door de collectieve arbeidsovereenkomsten nr. 38bis van 29 oktober 1991 en nr. 38ter van 17 juli 1998, *BS* 21 september 1999, 35.007

KB 13 februari 2001 ter uitvoering van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, *B.S.* 13 maart 2001, 07839

KB 12 juni 2002 waarbij algemeen verbindend wordt verklaard de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 81 van 26 april 2002, gesloten in de Nationale Arbeidsraad, tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemers ten opzichte van de controle op de elektronische onlinecommunicatiegegevens, *BS* 29 juni 2002

KB 13 april 2005 waarbij algemeen verbindend wordt verklaard de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 38quinquies van 21 december 2004, gesloten in de Nationale Arbeidsraad, tot wijziging van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 38 van 6 december 1983 betreffende de werving en selectie van werknemers, *BS* 11 mei 2005, 22.120

KB 11 januari 2009 waarbij algemeen verbindend wordt verklaard de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 38sexies van 10 oktober 2008 gesloten in de Nationale Arbeidsraad, tot wijziging van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 38 van 6 december 1983 betreffende de werving en selectie van werknemers, *BS* 4 februari 2009, 7.734

Collectieve arbeidsovereenkomst nr. 38 van 6 december 1983 betreffende de werving en selectie van werknemers, gewijzigd door de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 38bis van 29 oktober 1991, nr. 38ter van 17 juli 1998, nr. 38quater van 14 juli 1999, nr. 38quinquies van 21 december 2004 en nr. 38sexies van 10 oktober 2008, *BS* 28 juli 1984, 27 oktober 1998, 21 september 1999, 11 mei 2005, 4 februari 2009

Collectieve arbeidsovereenkomst nr. 95 van 10 oktober 2008 betreffende de gelijke behandeling gedurende alle fasen van de arbeidsrelatie, *BS* 4 februari 2009

Collectieve arbeidsovereenkomst nr. 81 van 26 april 2002, gesloten in de Nationale Arbeidsraad, tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemers ten opzichte van de controle op de elektronische on-linecommunicatiegegevens, *BS* 29 juni 2002, 29490

Collectieve arbeidsovereenkomst nr. 109 van 12 februari 2014, gesloten in de Nationale Arbeidsraad, betreffende de motivering van het ontslag, *BS* 20 maart 2014

Nederlandse wetgeving

Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden van 24 augustus 1815, *stb.* 4 september 2008, 348

Burgerlijk Wetboek Boek 7, *stb.* 1991, 600

Strafwetboek 3 maart 1881, *stb.* 1881, 35

Wet 6 juli 2000, houdende regels inzake de bescherming van persoonsgegevens, *stb.* 20 juli 2000, 302

Wet van 28 januari 1971, houdende nieuwe regelen omtrent de medezeggenschap van de werknemers in de onderneming door middel van ondernemingsraden, *stb.* 1971, 54

Wet van 2 maart 1994, houdende algemene regels ter bescherming tegen discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat, *stb.* 1994, 230

Besluit 5 oktober 1945, houdende vaststelling van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, *stb.* 5 oktober 1945, 214

Rechtspraak

Hvj 10 juli 2008, *Feryn*, C-54/07

HvJ 16 februari 2012, *Belgische vereniging van auteurs, componisten en uitgevers (SABAM) v. Netlog*, C-360/10

EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88, *Niemietz/Duitsland*

EHRM 12 juli 1997, nr. 6959/75, *Brüggeman en Scheuten/Duitsland*

EHRM 25 juni 1997, nr. 20605/92, *Halford/Verenigd Koninkrijk*

EHRM 29 februari 2000, nr. 39293/98, Fuentes Bobo/ Spanje

EHRM 3 april 2007, nr. 62617/00, Copland/Verenigd Koninkrijk

Cass. 12 maart 1923, *Pas* 1923, I, 323

Cass. 27 mei 1971, *Arr. Cass.* 1971, 959

Cass. 10 september 1971, *Arr. Cass* 1972, 31

Cass. 11 december 1979, *Pas.* 1980, I, 452-456

Cass. 18 april 1985, *Arr. Cass.* 1984-1985, 1102

Cass. 9 maart 1987, *Arr. Cass.* 1987, 899

Cass. 2 mei 1990, *Pas.* 1990, I, 1600

Cass. 14 oktober 2003, P.03.0762.N (juridat.be)

Cass. 23 maart 2004, P.04.0012.N (juridat.be)

Cass. 9 juni 2004, P.04.0603.F (juridat.be)

Cass. 2 maart 2005, P.04.1644.F (juridat.be)

Cass. 11 april 2005, S.04.0113.N (juridat.be)

Cass. 12 oktober 2005, P.05.0119.N (juridat.be)

Cass. 2 juni 2006, AR C.03.0211.F (juridat.be)

Cass. 26 juni 2006, S.05.0004/F (juridat.be)

Cass. 10 maart 2008, S.07.0073.N (juridat.be)

Cass. 9 september 2008, AR P. 08.0276.N (juridat.be)

Cass. 9 september 2008, AR P. 08.0276.N, concl. M. Timperman (juridat.be)

Cass. 1 oktober 2009, C.08.0064.N (juridat.be)

Cass. 6 maart 2012, AR P.11.1374.N (juridat.be)

Cass. 6 maart 2012, AR P.11.0855.N (juridat.be)

Arbh. Gent 4 april 2001, *JTT* 2002, 49

Arbh. Antwerpen 1 oktober 2003, A.R. 2020381 (juridat.be)

Arbh. Brussel 10 februari 2004, *Soc. Kron.* 2006, 141

Arbh. Brussel 22 november 2005, *Soc. Kron.* 2005, 208

Arbh. Luik 20 maart 2006, R.G. 33.137/05 (juridat.be)

Arbh. Brussel 28 augustus 2009, A.R. KG 292 (juridat.be)

Arbh. Gent 28 juni 2010, A.R. 2009/AR/50 (juridat.be)

Arbh. Antwerpen 2 september 2008, A.R. 2070230, onuitg.
Arbh. Brussel, 4 maart 2010, *Soc. Kron.* 2011, 396

Arbh. Luik 20 september 2010, *JTT* 2011, 90

Arbh. Bergen 8 december 2010, *Soc. Kron.* 2011, 399

Arbh. 7 februari 2013, R.G. 2012/AB/1115 (juridat.be)

Arbh. Brussel (5^{de} k.) 3 september 2013, *RW* 2014, 1586-1590

Arbrb. Mechelen (3^{de} k.) 22 oktober 2002, A.R. 78232 (juridat.be)

Arbrb. 30 juni 2004, A.R. 346.256 (juridat.be)

Arbrb. Gent 26 maart 2007, A.R. 176.893 (juridat.be)

Arbrb. Gent (2^{de} k.) 1 september 2008, A.R. 175054/06 (juridat.be)

Arbrb. Namen (2^{de} k.) 10 januari 2011, *Jtt* 2011, 462-463

Arbrb. Leuven (1^e k.), 17 november 2011, *RDTI* 2012, nr. 46, 79-89

Corr. Leuven 4 december 2007, *T.Strafr.* 2008, 223

RvS 12 maart 2007, *RW* 2007-08, 1323-1326p, noot J., NEUTS, J., PEETERS, "Wiens brood men eet...? Over het uiten van kritiek in een arbeidsverhouding."

Rechtspraak Nederland

HR 24 januari 1967, *NJ* 1967, 270

HR 23 mei 1961, *NJ* 1961, 427

HR 14 juni 1991, *NJ* 1992, 173

Ktr. Apeldoorn 6 september 2000, *JAR* 2000, 212

Ktr. Utrecht 20 november 2000, *JAR* 2001, 7

Ktr. Utrecht 13 juli 2000, *JAR* 2000, 199

Rb. Arnhem 19 maart 2012, *LJN* BV9483 (uitspraken.rechtspraken.nl)

Rb. Arnhem 11 april 2012, *LJN* BW2006 (uitspraak.rechtspraak.nl)

Rechtbank Gelderland 27 augustus 2014, nr. 05/800112-14

College voor de rechten van de mens 15 september 2014, 2014-111

College voor de rechten van de mens 3 mei 2014, 2014-80

Boeken

BEULENS, V., STROOBANTS, P., DEHUNNE, B., *Is 'facebooken' een werkwoord? Een praktische juridische analyse van sociale media op de werkvloer*, Mechelen, Kluwer, 2012, 69

BLANPAIN, R., *De collectieve arbeidsovereenkomst*, Brugge, De Keure, 2011, 123

BUELENS, V., STROOBANTS, P., *Handboek ontslag*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2007, 337

BIBLE, J.D., MCWHIRTER, D.A., *Privacy in the workplace. A guide for Human Resource Managers*, Westport, USA, Quorum Books, 1990, 306

BUNGENER, A.F., *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief*, s.l., Kluwer, 2008, 417

DE VRIES, H.H., "Privacybescherming op de werkplek", in BERKVENS, J.M.A., PRINS, J.E.J. (eds.), *Privacyregulering in theorie en praktijk*, s.l., Kluwer, 2007, 185-203

- DOP, J., KROON, M.M. (eds.), *Handboek ontslagrecht*, Apeldoorn-Antwerpen, Maklu, 2012, 256
- C., ENGELS, *Ontslag wegens dringende reden*, Mechelen, Kluwer, 2006, 248
- FEYEN, S., MARTENS, J., "Sociale media en de (kandidaat-)werknemer" in VALCKE, P., VALGAEREN, P.J., en LIEVENS, E. (eds.), *Sociale media: actuele juridische aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 157-198
- GRAUW, H., "Privacybescherming op sociale netwerken: heeft u nog een privéleven?" in VALCKE, P., VALGAEREN, P.J., en LIEVENS, E. (eds.), *Sociale media: actuele juridische aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 1-28
- HENDRICKX, F., *Privacy en arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1999, 358
- HENDRICKX, F., "Sociale media en privacy in het arbeidsrecht", in VRG-ALUMNI (ed.), *Recht in beweging-20^{ste} VRG-Alumnidag*, Antwerpen, Maklu, 2013, 21-44
- HOFKENS, J., DEMEESTER, S., *Discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen*, Mechelen, Kluwer, 2003, 192
- HOOGHIEMSTRA, T.F.M., *Tekst en toelichting Wet bescherming persoonsgegevens*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2007, 1-508
- HUMBLET, P., PLETS, I., VANTHOURNOUT, J., *Privacy van de werknemers*, Mechelen, Kluwer, 2004, 86
- LECLERCQ, J.F., DE ROY, D., NEVEN, J.F., DEMEZ, G., PLASSCHAERT, E., VAN WASSENHOVE, S., CARLIER, E., ALBERT, G., WANTIEZ, C., *Vie privée du travailleur et prérogatives patronales*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 2005, 239
- LORRE, J., *Sociale Media en werkgeverscontrole*, Mechelen, Kluwer, 2012, 163
- NEVENS, K., *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, Die Keure, 2011, 730
- PEIFFER, A., MATTHIJS, A., VERLINDEN, E., *Privacy in de arbeidsrelatie. Gids voor het voeren van een privacybeleid*, Gent, Story Publishers, 162
- ROERDINK, H., THOLE, E., "Privacy en persoonsgegevens" in THOLE, E., VAN DER JAGT, F.,

ROERDINK, H. (eds.), *50 vragen over privacy*, Deventer, Kluwer, 2010, 13-73

ROSIER, K., GILSON, S., "La vie privée du travailleur face aux nouvelles technologies de communication et à l'influence des réseaux sociaux. L'employeur est-il l'ami du travailleur sur Facebook?" in X., *Le droit du travail à l'ère du numérique. Les technologies de l'information et de la communication dans les relations de travail*, Limal, Anthemis, 2011, 391-444

ROUSSEAU, J., PLETS, I., "Een praktische leidraad voor socialemediarichtlijnen" in VALCKE, P., VALGAEREN, P.J., en LIEVENS, E. (eds.), *Sociale media: actuele juridische aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 119-156

SIMON, M., EECKMAN, E., *Ontslag om dringende redenen*, Mechelen, Kluwer, 2005, 79

STRUBBE, T., "Is er plaats voor sociale media op de werkvloer?" in B. Demeulenaere (ed.), *Internet & @ recht*, Brussel, Larcier, 2013, 45-64

STOX, Y., *Discriminatie en identiteit. Identiteitsgebonden werkgevers in het Belgisch en Europees arbeidsrecht*, Brussel, Larcier, 2010, 133

TERSTEGGE, J.H.J., *Goed werken in netwerken. Regels voor controle van e-mail en internetgebruik van werknemers*, Den Haag, College Bescherming Persoonsgegevens, 2002, 54

VAN DER JAGT, F., "Bijzondere persoonsgegevens" in THOLE, E., VAN DER JAGT, F., ROERDINK, H. (eds.), *50 vragen over privacy*, Deventer, Kluwer, 2010, 75-96

VAN EECKHOUTTE, W., *Handboek Belgisch Arbeidsrecht. Editie 2008*, Mechelen, Kluwer, 2008, 591

VAN EECKHOUTTE, W., *Sociaal Compendium arbeidsrecht 2014-2015*, Mechelen, Kluwer, 2014, 3011

VAN GENDEREN, D.M., *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2008, 426

VAN GENDEREN, D.M., *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2010, 442

VAN OLMEN, C., BALTAZAR, S., "Médias Sociaux et droit social: pièges et opportunités. Quel usage peut faire l'employeur des données et propos diffusés par les salariés via les média sociaux, du recrutement à la fin du contrat? " in X., *Le droit des affaires en évolution. Tendensen in het bedrijfsrecht.*, Brussel, Bruylant, 2012, 273

VAN WASSENHOVE, S., DE LEERSNYDER, M., CHUFFART, G., MULLEZ, D., *Nieuwe technologieën en hun invloed op het arbeidsrecht*, Heule, UGA, 2003, 199

VAN ZANTEN-BARIS, A., *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, s.l., Kluwer, 2009, 275

VERBIEST, T., WÉRY, E., *Le droit de l'internet et de la société de l'information*, Brussel, Larcier, 2001, 648

Tijdschriften

BUYSSENS, H., CLINCKEMALIE, K., "Knelpunten inzake het bewijs van dringende redenen", *Or.* 9 november 2007, 235-248

CASAER, D., "Kritiek op werkgever via Facebook verantwoordt ontslag om dringende reden.", *Juristenkrant* november 2013, 6

CASAER, D., DE BIE, B., "Controlerecht werkgever versus privacy werknemer bij fraude: een praktische benadering." *Or.* 2003, afl. 1, 1-14

COCKX, S., "Sociale media in de arbeidsrelatie: 'vriend' of vijand?", *Or.* 2012, 12-27

DE BAERDEMAEKER, R., KOKOT, M., "Arbeidscontract en rechten van de mens", *Or.* 6 juni-juli 2008, 161-171

DE CORTE, R., "Privé-emails geen dringende ontslagreden", *Juristenkrant* 19 december 2000, nr. 20, 2

DE PAUW, E., "Sociale controle in onlinegemeenschappen: een taak voor de overheid of volstaat zelfregulering?", *Orde dag* maart 2010, afl. 49, 5-14

HENDRICKX, F., "Privacy op het werk en bewijs van onrechtmatig gedrag: (spookt) Antigoon in het arbeidsrecht?", *TSR* 2006, 661-704

KILDONCK, V., "Onrechtmatig verkregen bewijs op het werk", *NJW* 10 maart 2010, nr.218, 180-183

LEMMENS, K., "Misbruiken van de meningsvrijheid via internet: is het recht Web 2.0-compatibel? Pleidooi voor een technologie neutrale bescherming van de uitingsvrijheid", *Orde dag* maart 2010, afl. 49, 15-22

LORRE, J., "Facebook en arbeidsrecht: mysterium tremendum et fascinans.", *RW* 7 mei 2011, nr. 36, 1498-1510

OVERSTEYNS, B., "Het recht op eerbiediging van het privéleven", *RW* 1988-89, nr. 15, 491

PREUMONT, C., "Les médias sociaux à l'épreuve du droit du travail.", *JTT* 2011, 353-360

- STEYAERT, J., "Tuchtrecht en gezagsuitoefening in de onderneming", *TPR* 1987, 477-501
- VERHELST, I., "De beëindiging van de arbeidsovereenkomst naar Nederlands recht", *Or.* 6-7 juni-juli 2002, 153-159
- VERHELST, I., THOELEN, N., "Over privacy, controle en (on)rechtmatig verkregen bewijs", *Or.* 8 oktober 2008, 201
- VERHOOF, D., "Weblogs en websites zijn voortaan ook 'drukkers'", *Juristenkrant* 2012, 4-5
- WATERSCHOOT, P., "de CAO nr. 81 en de privacybescherming van de werknemer, een afdwingbare norm of een papieren tijger?" *RW* 7 juni 2014, nr. 40, 1563-1575
- WAUTERS, E., "Vind ik leuk-knop: vrije meningsuiting?", *Juristenkrant* september 2012, 20
- WAUTERS, E., "Beledigingen op Facebook", *Juristenkrant* mei 2013, 16
- WOLFF, D.J.B., HUMBLET, P.E.M.S., "Gelijke behandeling van werknemers in België en Nederland", *Sociaal Recht* 23 oktober 2008, 275-282
- EDOSOMWAN, S., PRAKASAN, S.K., KOUAME, D., WATSON, J., SEYMOUR, T., "The History of Social Media and its Impact on Business", *The Journal of Applied Management and Entrepreneurship* 2011, Vol. 16, No.3, 13, <http://www.minot.com/tom/SocialMedia-JAME.pdf>
- Websites
- A., ENGELFRIET, "Persoonsgegevens op Internet", 2013, <http://www.iusmentis.com/maatschappij/privacy/persoonsgegevens/>
- BOYD, D.M., ELLISON, N.B., "Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship", *Journal of Computer-Mediated Communication* 2007, <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1083-6101.2007.00393.x/full/>
- DE PRETER, W., "Vier op de tien werkgevers blokkeren de toegang tot sociale media", <http://blogs.tijd.be/mzine/2012/02/vier-op-tien-belgische-werkgevers-blokkeren-toegang-tot-sociale-media.html>
- DR. CURTIS, A., "The brief history of social media", <http://www2.uncp.edu/home/acurtis/NewMedia/SocialMedia/SocialMediaHistory.html>

HENDRICKX, F., "Privacy en arbeidsrecht", *jura falconis* 1998-1999, jg. 35, nr.4, 619-642p
<https://www.law.kuleuven.be/jura/art/35n4/hendrix.htm>

OVERKLEEF-VERBURG, G., "art. 10 eerbiediging en bescherming persoonlijke levenssfeer", 2014,
<http://www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet/artikel.html?categorie=5>

OVERKLEEF-VERBURG, G., "De Grondwet, een systematisch en artikelsgewijs commentaar", A.K. Koekoek 2000, 10p, <http://www.overkleeft-verborg.nl/PDFs/Het%20grondrecht%20op%20eerbiediging%20van%20de%20persoonlijke%20levenssfeer.pdf>

POORT, F. "De oorsprong, kracht en toekomst van Twitter", 2013,
<http://www.nutech.nl/internet/3620805/oorsprong-kracht-en-toekomst-van-twitter.html>
THAGON, A., "CAO nr. 109: het recht op schadevergoeding in geval van kennelijk onredelijk ontslag", http://www.lexalert.net/nl/content/cao-nr-109-het-recht-op-schadevergoeding-geval-van-kennelijk-onredelijk-ontslag#.VJ0_Pl4Aw
The Reference, "Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer", 2014,
<http://www.privacycommission.be/nl>

Y., VAN DEN BRANDE, "Privacy",
http://www.partnersinip.eu/index.php?option=com_content&view=article&id=75:privacy&catid=34&Itemid=61

VERMEULEN, B.P., "Commentaar op artikel 7 van de grondwet" in Hirsch Ballin, E.M.H. en LEENKNEGT, G. (eds.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, 2014,
<http://www.nederlandrechtsstaat.nl/module/nlrs/script/viewer.asp?soort=commentaar&artikel=7#>

X., "CAO nr. 109 regelt ontslagmotivering in private sector",
<http://www.kluwereasyweb.be/documents/voorbeeld-artikels/20140402-ontslagmotivering-motivationlicenciemment-begrundungkundigungen.xml?lang=en>

X., "collectieve arbeidsovereenkomsten",
<http://www.werk.belgie.be/defaulttab.aspx?id=513#AutoAncher2>

X., "Controle van personeel", <https://cbpweb.nl/nl/onderwerpen/werk-uitkering/controle-van-personeel>

X., "Sociale media geschiedenis, hoe het is begonnen.", <http://socialmediablog.nl/social-media-geschiedenis/>

X., "Bijzondere opzegverboden", <http://www.ontslagdossier.nl/index.php/ontslagwijze/opzegging-arbeidsovereenkomst/bijzondere-opzegverboden#>

X., "Manager dreigt op Twitter stakers te ontslaan", http://www.standaard.be/cnt/dmf20120126_227

X., "ontbinding door de rechter", <http://www.ontslagdossier.nl/index.php/ontslagwijze/ontbinding-arbeidsovereenkomst-door-de-rechter>

X., "De organisatie", http://www.uwv.nl/OverUWV/wat_is_uwv/organisatie/index.aspx

X., "De geschiedenis van bekende sociale media", 2012, <http://pc-en-internet.infonu.nl/communicatie/104061-de-geschiedenis-van-bekende-social-media.html>

X., "rechtsorde-België", 2005, http://ec.europa.eu/civiljustice/legal_order/legal_order_bel_nl.htm

X., "De Privacywet", 2014, <http://www.privacycommission.be/nl/de-privacywet>

X., "De grenzen van sociale media binnen de arbeidsrelatie", <http://www.akd.nl/nl/kennis/publicaties/de-grenzen-van-social-media-binnen-de-arbeidsrelatie>

X., "Foute tweets leiden steeds vaker tot ontslag", <http://www.jobat.be/nl/artikels/foute-tweets-leiden-steeds-vaker-tot-ontslag/>

X., "Tabel van de in de nationale arbeidsraad gesloten collectieve arbeidsovereenkomsten", <http://www.cnt-nar.be/CAO-COORD/Tabel-cao-NL.pdf>

X., "Sollicitatiecode", 2013, <http://www.nvp-plaza.nl/documents/doc/sollicitatiecode/nvp-sollicitatiecode.pdf>

YEUNG, K., "LinkedIn is 10 years old today: Here's the story of how it changed the way we work", 2013, <http://thenextweb.com/insider/2013/05/05/linkedin-10-years-social-network/>

Overige bronnen

Aanbeveling Privacycommissie 08/2012 van 2 mei 2012, 53p

Rapport Cybersurveillance Privacycommissie, 26p

Verslag aan de Koning bij de Collectieve arbeidsovereenkomst nr. 81 van 26 april 2002, gesloten in de Nationale Arbeidsraad, tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemers ten opzichte van de controle op de elektronische on-linecommunicatiegegevens, BS 29 juni 2002, 29490

Registratiekamer 24 juni 1999, 99/0141.01

Registratiekamer 27 december 1999, 99/0927.02

Parl. St. Senaat, B.Z. 1991-1992, 445/2

Kamerstukken II 1997-1998, 2892, nr. 3, 1-200 (MvT)

Kamerstukken II 1993-1994, 23438, nr. 3, 1-55 (MvT)

Auteursrechtelijke overeenkomst

Ik/wij verlenen het wereldwijde auteursrecht voor de ingediende eindverhandeling:

In hoeverre speelt sociale media een rol in de arbeidsrelatie tussen werknemer en werkgever in het licht van de Belgische rechtspraak?

Richting: **master in de rechten-rechtsbedeling**

Jaar: **2015**

in alle mogelijke mediaformaten, - bestaande en in de toekomst te ontwikkelen - , aan de Universiteit Hasselt.

Niet tegenstaand deze toekenning van het auteursrecht aan de Universiteit Hasselt behoud ik als auteur het recht om de eindverhandeling, - in zijn geheel of gedeeltelijk -, vrij te reproduceren, (her)publiceren of distribueren zonder de toelating te moeten verkrijgen van de Universiteit Hasselt.

Ik bevestig dat de eindverhandeling mijn origineel werk is, en dat ik het recht heb om de rechten te verlenen die in deze overeenkomst worden beschreven. Ik verklaar tevens dat de eindverhandeling, naar mijn weten, het auteursrecht van anderen niet overtreedt.

Ik verklaar tevens dat ik voor het materiaal in de eindverhandeling dat beschermd wordt door het auteursrecht, de nodige toelatingen heb verkregen zodat ik deze ook aan de Universiteit Hasselt kan overdragen en dat dit duidelijk in de tekst en inhoud van de eindverhandeling werd genotificeerd.

Universiteit Hasselt zal mij als auteur(s) van de eindverhandeling identificeren en zal geen wijzigingen aanbrengen aan de eindverhandeling, uitgezonderd deze toegelaten door deze overeenkomst.

Voor akkoord,

Monteiro Boiça De Sousa, Nadia

Datum: **6/01/2015**