



openbaar
ministerie

Auditoraat-generaal bij het arbeidshof te Gent

Opening gerechtelijk jaar
2013 – 2014
3 september 2013

9000 Gent, Savaanstraat 11 bus 202

www.openbaarministerie.be

INHOUDSTAFEL

1. **DE CAO NR. 81 EN DE PRIVACYBESCHERMING VAN DE WERKNEMER, een afdwingbare norm of een papieren tijger?** Rede uitgesproken door de heer Peter Waterschoot, advocaat-generaal bij het arbeidshof te Gent p. 3
2. **De rechtsbedeling in het rechtsgebied tijdens het jaar 2012**, verslag van mevrouw Anita Harrewyn, procureur-generaal bij het hof van beroep te Gent p. 35
3. **In memoriam** p. 47

De CAO NR. 81 EN DE PRIVACYBESCHERMING VAN DE WERKNEMER, een afdwingbare norm of een papieren tijger?¹

1. Op de plechtige openingszitting in 2008 sprak ik u over de toepassing van de cao nr. 81 “betreffende de bescherming van de privacy van de werknemer bij internet-en e-mailverkeer”. Vandaag het vervolg op mijn uiteenzetting van toen. De door mij toen voorzichtig betoogde stelling dat de werkgever toch wel het recht had om het internet-en e-mailverkeer van zijn werknemers te controleren en de informatie die uit die controles voortvloeide tegen die werknemers te gebruiken haalde toen wat persbelangstelling. Toen was dit een nieuw fenomeen. Vandaag zijn we vijf jaar verder en is de hele problematiek in een stroomversnelling gekomen. Er is nu ook een duidelijke trend. Vandaag kan ik vaststellen dat de werkgever inderdaad, en dit zonder al te veel te worden gehinderd door de bestaande wetgeving, controle kan uitvoeren op het mail- en internetverkeer van de werknemers en de resultaten ervan mag gebruiken tegen de werknemer. Er is echter een tegenstroom merkbaar.

De werkgever heeft het niet gemakkelijk. Het gebruik van internet en e-mail is immers zo alledaags geworden dat het gewoonweg onmogelijk is om een zelfs heel bescheiden onderneming op een behoorlijke wijze te laten functioneren zonder informatica. Misbruiken loeren voortdurend om de hoek.

2. Zo goed als elke werknemer die bediendewerk verricht, een term die ik eigenlijk sinds 8 juli van dit jaar niet meer mag gebruiken, heeft een *personal computer* ter beschikking en gebruikt deze intensief. Uit een krantenstukje in De Standaard van 6 augustus 2012 leer ik dat onderzoek van een bedrijf Mindjet aantoont dat de gemiddelde Belgische werknemer daarbij verdrinkt in een zee van informatie. Hij zoekt gemiddeld 26 minuten per werkdag op het web naar informatie. Het bedrijf spreekt van “*infobesitas*”. Uit een

¹ T. DEN BOON en D. GEERAERTS, Van Dale groot woordenboek van de Nederlandse taal, “iets dat er sterk en vreeswekkend uitziet maar het niet is”, deel s-z, Utrecht/Antwerpen, Van Dale lexicografie, 2005, veertiende herziene uitgave 3592

zeer interessant artikel van Frédéric ROBERT in *Orientations*² leren we dat in Frankrijk 59 minuten per dag worden verspild aan louter amusement tegenover maar 35 minuten aan ernstig zoekwerk. Uit hetzelfde artikel blijkt ook dat een studie van Smart Business Strategy aantoont dat vier op de tien bedrijven Facebook blokkeren, doch dat deze blokkade wordt omzeild door de eigen smartphone te gebruiken. Weer voer voor nieuwe arbeidsconflicten.

3. Daarnaast is er de toevloed van e-mails waarmee diezelfde werknemer bestookt wordt, gewenste en niet gewenste. Ieder van ons bekijkt elke morgen met verbazing wie hem heeft weten te vinden nadat hij enkele dagen voordien een of andere opzoeking deed, een opzoeking die natuurlijk door de ontvanger is geregistreerd en die hij thans gebruikt om de zoeker te herinneren aan zijn product of dienst en bijkomende of verwante producten aan te prijzen of voor te stellen. Meer dan 800 mails zou de gemiddelde werknemer aldus ontvangen op een jaar.

Uit een artikel van Sara COCKX³ in *Oriëntatie* leren we dat een recent onderzoek uit 2010 aantoont dat 70 procent van de werknemers privémails checkt tijdens de kantooruren. Er is volgens haar dan ook sprake van “*virtueel absentisme*”, een nieuw Nederlands woord warempel.

4. Vanzelfsprekend geschiedt dit surfen niet steeds met het doel waarvoor de werknemer is aangeworven. Laten we eerlijk zijn, ook wij kijken wel eens tijdens onze werkuren naar een nieuwssite als onze Belgische atleten moeten aantreden op de Olympische Spelen of wie die dag de winnaar was van de tourrit.

Sterker nog, een arrest van het arbeidshof te Brussel van 15 maart 2012⁴ zegt dat het surfen tijdens de werkuren door werknemers op de bedrijfscomputer, die ook voor privédoeleinden mag worden gebruikt, geen voordeel is in natura, onderworpen aan socialezekerheidsbijdragen.

² Fr. ROBERT, «Utilisation par le travailleur des nouvelles technologies mises à sa disposition ou la responsabilité de l'employeur face à celle du travailleur», *Ors* . 2013, 18.

³ S. COCKX, “Sociale media in de arbeidsrelatie: ‘vriend’ of vijand?”, *Or*. 2012, 12

⁴ Cass. 15 maart 2012, *JTT* 2012, 310.

Het fenomeen “privésurfen tijdens de werkuren” is dus gemeengoed geworden; zelfs de RSZ ziet er, hier dan tevergeefs, nieuwe bronnen van inkomsten in.

5. Net zoals in 2008 zal, als de sociale verhoudingen in het bedrijf goed zijn, het zakencijfer prima is en de productiviteit en de aandacht van de werknemers niet lijden onder dat “privésurfen” geen enkele werkgever moeilijk gaan doen, wat er ook in het arbeidsreglement staat over privégebruik van internet en e-mail. De werkgever zou in zijn eigen voet schieten als hij al te streng optrad.

Helemaal anders wordt het als er moet worden gesaneerd of ontslagen, of als de verhoudingen in het bedrijf te wensen overlaten, als het informaticasysteem lijdt onder al te veel privésurfen, of als een bepaalde werknemer niet langer gewenst is. Ook wanneer al te frivolous surfen tot buiten de muren van het bedrijf gevolgen heeft, treedt de werkgever in actie.

Het juridisch kader waarin de werkgever kan optreden schetste ik in mijn vorige rede uitvoerig en ik herhaal hier maar zeer kort het essentiële.

6. De collectieve arbeidsovereenkomst nr. 81 van 26 april 2002 “tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemers ten opzichte van de controle op de elektronische on-linecommunicatiegegevens”⁵ is toepasselijk. Deze cao werd juist afgesloten wegens de spanning tussen enerzijds de goede werking van het bedrijf en anderzijds het recht van de werknemers op privacy ook op de werkvloer en uiteraard ook het strafrechtelijk gesanctioneerd verbod tot kennisname van elektronische communicatie door derden. Deze cao, algemeen verbindend verklaard, heeft de waarde van een wet, ten minste wanneer, gelet op de hiërarchie der rechtsbronnen bepaald in artikel 51 van de wet van 5 december 1968⁶, dwingende wetsbepalingen deze niet tegenspreken.

Het niet naleven van de regels van de cao nr. 81 is overigens strafbaar.⁷

⁵ BS 29 juni 2002

⁶ Wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités, BS 5 januari 1969

⁷ art. 56, 1° Cao-wet van 5 december 1968, BS 15 januari 1968; K. VAN KILDONCK, “Privacy werknemers”, *NjW* 2010, 183 in fine.

Om de inmenging in het privéleven van de werknemers zoveel mogelijk te beperken bepaalt die cao dat in een eerste fase enkel globale gegevens mogen worden verzameld zonder dat de individuele werknemers kunnen worden geïdentificeerd.⁸

Voor zover de werkgever in het kader van deze eerste fase een onregelmatigheid heeft vastgesteld, mag hij in een tweede fase overgaan tot individualisering van de gegevens, waarbij enkel de gegevens die toereikend, ter zake dienend en niet overmatig zijn mogen worden gecontroleerd. Wanneer de werkgever de controle wenst uit te voeren om ongeoorloofde feiten te voorkomen, zijn economische belangen te beschermen of de veiligheid van het IT-netwerk te waarborgen, zal hij mogen overgaan tot een directe individualisering van de gegevens.

Wenst de werkgever dus de naleving van de in de onderneming geldende regels voor het gebruik van e-mail en internet te controleren, dan zal hij dus eerst een omslachtige procedure moeten volgen vooraleer tot individualisering over te gaan.

De werkgever moet de werknemers bovendien op een duidelijke wijze inlichten over het bestaan van een onregelmatigheid en het feit dat het e-mail- en internetgebruik geïndividualiseerd zal worden wanneer opnieuw een dergelijke onregelmatigheid zou worden vastgesteld. Wanneer een individuele werknemer na deze inlichting verantwoordelijk wordt geacht voor een nieuwe onregelmatigheid, moet hij de kans krijgen om zijn gebruik van e-mail en internet tijdens een persoonlijk gesprek te rechtvaardigen.

Een en ander kadert in de beginselen van finaliteit, proportionaliteit en transparantie bij de controle van het mail- en internetgebruik van de werknemers, die deze cao oplegt aan de werkgever.

7. Het is al direct duidelijk dat de sociale partners het de werkgever zeker niet gemakkelijk hebben gemaakt door een wel erg formalistische regeling uit te werken. Op

⁸ Enkele juridische bijdragen hierover: K. ROSIER en 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 K. ROSIER (ed.), *Le droit du travail à l'ère numérique – Les technologies de l'information et de la communication dans les relations de travail*, Anthemis, 2011, 310 ; S. COCKX, « Sociale media in de arbeidsrelatie : 'vriend' of vijand ? », *Or.* 2012, 12 e.v.

twee colloquia, een te Antwerpen op 8 mei 2012⁹ en een te Brussel op 23 september 2012¹⁰, feliciteerden de sprekers, respectievelijk meester Dieter DEJONGHE en meester Steve GILSON, de werkgever die erin slaagt om foutloos de procedures die opgelegd zijn in de cao nr. 81 tot een goed einde te brengen. Beiden waren het erover eens dat de procedure te log was en niet passend kon remediëren wanneer werknemers “buitenproportioneel” gingen surfen voor privégenoevens.

Beide sprekers hebben mijns inziens overschot van gelijk; door haar formalisme en omslachtigheid is de cao nr. 81 een lastig bruikbaar instrument dat de privacy van de werknemer buitenmatig bevoordeelt tegenover de rechtmatige belangen van de *bona fide* werkgever. Men had beter een soepel systeem ontwikkeld waarbij de rechtmatige belangen van beide partijen beter op elkaar werden afgestemd.

In de Juristenkrant van 5 december 2007 fulmineerde Dylan CASAER dat de privacybescherming van het mailverkeer op het werk te ver ging. Hij zegt letterlijk “Ik pleit er niet voor om ... de cao nr. 81 te negeren, wel doe ik een oproep aan de wetgever en de rechtspraak om het zoekgeraakte evenwicht tussen het recht op privacy en het recht om de activiteiten van de werknemer te controleren en daarvan het bewijs voor te leggen, te herstellen.

8. Het was dus te verwachten dat de rechtspraak die disproportionele bevoordeling van de werknemer niet lang zou ondersteunen. Aanvankelijk volgde men inderdaad de formalistische aanpak van de cao nr. 81, zo in een arrest van ons hof van 16 september 2005¹¹ waarbij bewijsmateriaal bekomen met schending van de privacy werd geweerd. Was de procedure niet gevolgd, dan werd het bewijs buiten het beraad gehouden.

Door de Antigoondocctrine in strafzaken, een creatie van de rechtspraak uit 2003, werd het mogelijk om onrechtmatig verkregen bewijs in strafzaken, mits bepaalde voorwaarden waren vervuld, toch te gebruiken.

⁹ Sociale media op de werkvloer, een juridische benadering van het gebruik tijdens en buiten de werkuren, Antwerpen 8 mei 2012, M&M Seminars, De Pinte.

¹⁰ St. GILSON, Fr. LAMBINET, K. ROSIER, *Le droit au respect de la vie privée du travailleur*, Anthemis, Limal, 2012

¹¹ Arbh. Gent, 16 september 2005, *Soc. Kron.* 2006, 150; arbh. Antwerpen, 15 november 2005, *Soc. Kron.* 2006, 153, arbh. Antwerpen, 15 december 2004, *Soc. Kron.* 2006, 146; arbh. Antwerpen, 6 januari 2003, *RW* 2003-2004, p. 300-303: hier ging het over cao 68 op de camerabewaking waar het hof stukken weerde wegens schending ervan.

Men twijfelde aanvankelijk nog of dit ook in het sociaal recht van toepassing was. Frank HENDRICKX¹², Herman BUYSENS en Kim CLINKEMALIE¹³ stelden in 2007 nog dat die Antigoondoctrine niet in het sociaal recht kon worden toegepast.

Het cassatiearrest van chocolaterie Manon van 2 maart 2005¹⁴ was echter duidelijk van toepassing in een sociaalrechtelijke aangelegenheid. Bij chocolaterie Manon gebruikte een werkgever beelden, opgenomen in de pralinewinkel, om een diefstal van een werknemer te bewijzen in een geschil over een dringende reden. De beelden waren opgenomen zonder dat de strikte regels op de camerabewaking, bepaald in de cao nr. 68, waren gerespecteerd.

U voelt de bui al hangen, ook de cao nr. 81 zou wel eens hetzelfde lot beschoren kunnen zijn mocht vandaag een partij een cassatievoorziening instellen tegen het toelaten van een bewijsmiddel, bekomen met schending van die cao.

Om uiteindelijk alle twijfel weg te nemen is er nog het cassatiearrest van 10 maart 2008¹⁵ dat de Antigoonleer expliciet gebruikt in een geschil tussen een werkloze en de RVA. De casuïstiek was eenvoudig: de werkloze voerde aan dat de directeur stukken uit een strafdossier had gebruikt, stukken die waren opgesteld in een strafrechtelijk onderzoek bevolen door de arbeidsauditeur, en dit terwijl deze laatste niet de toelating had gegeven aan de directeur om kennis te nemen van die stukken en ze te kopiëren.

Er was inderdaad nog een aarzeling te merken bij het Hof van Cassatie in een arrest van 1 oktober 2009¹⁶ over de illegale kennisname van een e-mail die als geldig bewijs werd uitgesloten, waarbij echter de cao nr. 81 niet van toepassing was omdat de e-mail niet werd bekomen van een werknemer, doch vandaag moet er niet meer aan getwijfeld worden dat de Antigoonleer ook toepasselijk is in het sociaal recht.

¹² F. HENDRICKX, "Privacy op het werk en bewijs van onrechtmatig gedrag. (Spookt) Antigoon in het Arbeidsrecht", *TSR 2006*, 671.

¹³ H. BUYSENS, K. CLINKEMALIE, "Knelpunten inzake bewijs van de dringende reden", *Or.* 2007, 235.

¹⁴ Cass. 2 maart 2005, www.cass.be

¹⁵ Cass. 10 maart 2008, AR 5070073N, www.cass.be

¹⁶ Cass. 1 oktober 2009, C.2008.0064.N. Hier gaat het om een e-mail. Arrest samengevat te vinden op LIBERCAS januari 2010 op http://www.cmro-cmoj.be/pdf/libercas_janu_2010.pdf of op de website van het Hof: www.cass.be. Het ging hierbij om de toepassing van artikel 124, 1° en 4°, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie

9. Tijd dus voor een korte bespreking en situering van deze cassatiearresten.

De arresten Antigoon¹⁷, chocolaterie Manon¹⁸ en het arrest van 10 maart 2008 stellen dat onwettig bekomen bewijsmateriaal, zowel in strafzaken (Antigoon-Manon) als in burgerlijke zaken (arrest van 8 maart 2008), dus bewijsmateriaal bekomen door schending van de wet, wel degelijk mag worden aangewend voor de rechter als een geldig bewijsmiddel wanneer drie voorwaarden zijn vervuld, namelijk

Ten eerste wanneer het bewijs in handen kwam van hij die dit wenst te gebruiken als bewijsmateriaal, zonder dat een norm voorgeschreven op straffe van nietigheid werd geschonden.

Ten tweede wanneer de begane onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs niet aantast.

Ten derde wanneer het gebruik van het bewijs het recht op een eerlijk proces niet heeft geschonden.

10. De theorie Antigoon-Manon en de toepassing ervan in het sociaal recht wordt niet op gejuich onthaald. Ik verwees hierboven al naar Frank HENDRICKX, Herman BUYSENS en Kim CLINKEMALIE maar ook in Franstalig België, en vooral daar, was er veel kritiek.

Zo spreekt Karen ROSIER¹⁹ in fine van haar artikel «Quand Antigone ouvre la boîte de Pandore»: *“Buiten ieder compromis om van de sociale partners om een evenwicht te bereiken tussen het recht op toezicht en de bescherming van het privéleven, is er hier sprake, op een geniepige manier, van de belangrijkste aantasting van de bescherming van het privéleven op de werkplaats sedert lange tijd.”*

B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT²⁰ gebruiken een al even kleurrijke slogan:

« Licéité de la preuve en matière civile: un clone pour Antigoon ».

¹⁷ Cass. 14 oktober 2003, P.03.0762.N op www.cass.be met conclusie van advocaat-generaal De Swaef

¹⁸ Cass. 2 maart 2005, *JT* 2005, 211 met conclusies van advocaat-generaal D. Vandermeersch.

¹⁹ K. ROSIER, “La preuve irrégulière: quand Antigone ouvre la boîte de Pandore”, *Soc. Kron.* 2010, 289.

²⁰ B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, “Licéité de la preuve en matière civile: un clone pour Antigoon”, *JT* 2012, 165.

K. VAN KILDONCK²¹ en K. CRAUWELS²² zijn evenmin enthousiast maar wijzen er wel op dat er een maatschappelijke nood was om een correctie aan te brengen op de verregaande bescherming van de privacy, ook in het arbeidsrecht, maar waarschuwen voor de uitholling van het recht op privacy als men de Antigoonrechtspraak te onbesuisd toepast.

11. Er is echter ook de impliciete goedkeuring van de Antigoon- en Manon-rechtspraak door het Hof te Straatsburg in het arrest Lee Davies van 28 oktober 2009.²³ Dit arrest zegt eenvoudigweg het volgende: wanneer het vergaarde bewijsmateriaal van hoge kwaliteit is en geen aanleiding geeft tot twijfel, zal de behoefte aan steunbewijs afnemen. In het geval van de heer Davies zijn de omstandigheden waarin het betwiste bewijsmateriaal werd verzameld niet van die aard om aan zijn betrouwbaarheid of juistheid te twijfelen.

12. Maar wat men ook over Antigoon mag denken, de theorie van de “redelijke privacyverwachtingen”²⁴ gaat nog veel verder en veegt zelfs die drie voorwaarden van de tafel en degradeert de cao nr. 81 helemaal tot een papieren tijger.

Dit begrip “redelijke privacyverwachtingen” is overgewaaid uit de Europese rechtspraak. Het gaat hier op de eerste plaats over het afluisteren van telefoongesprekken maar de beginselen kunnen zeker ook in de geschillen die ons hier interesseren worden toegepast.

²¹ K. VAN KILDONCK, “Privacy werknemers”, *NjW* 2010, 180 e.v.

²² K. CRAUWELS, “Onrechtmatig verkregen bewijs... Of wat er van overblijft? De invloed van de Antigoonrechtspraak op het onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken” in M. FAURE en W. RAUWS, *Recente ontwikkelingen in het arbeids-, economisch, straf- en familierecht*, Antwerpen Intersentia, 2009, 169-185; F. RAEPSAET - in een uitstekend gedocumenteerde bijdrage - meent dan weer dat de privacybescherming enkel moet gelden daar waar het privéleven van de persoon in zijn familiale context wordt aangetast en niet geldt op de werkvloer. Toch wijst zij er ook op dat de concrete omstandigheden waarin het bewijs werd vergaard determinerend zijn: F. RAEPSAET, “Les attentes raisonnables en matière de vie privée”, *JIT* 2011, 145.

²³ <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Case-Law/Decisions+and+judgments/HUDOC+database/>

²⁴ F. RAEPSAET, “Les attentes raisonnables en matière de vie privée”, *JIT* 2011, 145

J. VANTHOURNHOUT²⁵ verwoordde dit al in 2002. Wie zich inmengt in iemands privacy, moet hem zodanig informeren dat hij weet waaraan zich te verwachten.²⁶ Het af luisteren van telefoongesprekken werd als een inbreuk op de privacy beschouwd, omdat de betrokken werknemster niet geïnformeerd was over het feit dat dit kon gebeuren. Het Hof oordeelde dat de werknemster redelijkerwijze kon verwachten dat haar gesprekken niet afgeluisterd zouden worden. Zij had gerechtvaardigde privacyverwachtingen (*reasonable expectations of privacy*). Het criterium is dus: “Waaraan kan de werknemer zich redelijkerwijze verwachten, rekening houdend met de geldende regels waarover hij duidelijk geïnformeerd is”.

Overigens, het idee van de redelijke privacyverwachtingen werd uitdrukkelijk in de Wet Verwerking Persoonsgegevens overgenomen.²⁷

Het cassatiearrest van 9 september 2008²⁸ past dit beginsel voor het eerst toe en stelt dat elk gebruik van de opname, buiten het geval van het gebruik voor zichzelf en anders dan bedoeld in art. 314bis, §2 Strafwetboek een inbreuk kan zijn op artikel 8 EVRM. Het staat aan de rechter dit te beoordelen op grond van de feitelijke gegevens van de zaak. Bij de beoordeling of het gebruik geoorloofd is, moet de rechter ook het criterium van de redelijke privacyverwachting in zijn oordeel betrekken. Dit criterium heeft onder meer betrekking op de inhoud en de omstandigheden waaronder het gesprek plaatsvond.

In het advies van advocaat-generaal Timperman wordt omschreven wat daarmee wordt bedoeld.

Uiteindelijk zal het gebruik van de geregistreerde communicatie bepalend zijn om uit te maken of er al dan niet een schending is van artikel 8 EVRM. Elk gebruik van de opname, buiten het geval van het loutere gebruik voor zichzelf en anders dan bedoeld in artikel 314bis, §2, alinea 2 Strafwetboek (hij die wetens, de inhoud van privécommunicatie of -telecommunicatie die onwettig afgeluisterd of opgenomen is of waarvan onwettig kennis genomen is, onder zich houdt, aan een andere persoon onthult

²⁵ J. VANTHOURNHOUT, “Privacy, informatica en arbeidsverhouding: de catenaccio voorbij?”, *TSR* 2002, 479.

²⁶ Hof Mensenrechten, arrest Halford/Verenigd Koninkrijk van 25 juni 1997, *Rep. Eur. Court H.R.* 1997, III, 1004.

²⁷ Artikel 4, § 1, 2^o Wet Verwerking Persoonsgegevens.

²⁸ Zie www.cass.be zoeken op datum 9 september 2008, advies advocaat-generaal Timperman is bijgevoegd.

of verspreidt, of wetens enig gebruik maakt van een op die manier verkregen inlichting) kan een schending van artikel 8 EVRM opleveren: a priori staat dit echter niet vast.

Het staat aan de rechter die in een concreet geval moet oordelen dit uit te maken aan de hand van de gegevens en feitelijkheden eigen aan de zaak. Daarbij moet uitgegaan worden van het criterium van de legitieme of redelijke privacyverwachting, namelijk de graad van privacy die de andere deelnemer aan de conversatie mag verhoppen. Dit criterium zal verschillende toetsstenen impliceren: de concrete invulling ervan zal moeten worden gerelateerd, enerzijds aan omstandigheden extern aan de conversatie (plaats, tijdstip, technisch middel waarmee de conversatie gevoerd wordt) en anderzijds aan omstandigheden eigen aan de inhoud van de communicatie (reden waarom ze gevoerd wordt, de context waarbinnen dit gebeurt, het onderwerp ervan en de graad van intimiteit).

Dit laatste beginsel kan worden getransponeerd naar vooral het e-mailverkeer maar ook het internetgebruik. Net als de kennisname van telefoongesprekken is ook de kennisname van mail- en internetverkeer verboden. Rekening houdend met die redelijke privacyverwachting is het aan de rechter om het bewijs te aanvaarden of niet.

F. RAEPSAET²⁹, die over dit arrest een bijdrage schreef, meent dat de privacybescherming enkel moet gelden daar waar het privéleven van de persoon in zijn familiale context wordt aangetast en niet geldt op de werkvloer. Toch wijst zij er ook op dat de concrete omstandigheden waarin het bewijs werd vergaard, determinerend zijn.

Deze theorie is voor ons hof wel ter sprake gekomen doch partijen kwamen tot een vergelijk zodat uw hof dit argument niet diende te beantwoorden. Voor de arbeidsrechtbank te Gent³⁰ echter wel en de rechtbank volgde deze theorie in de volgende bewoordingen: “In casu kon de werknemer met voldoende zekerheid weten dat zijn gedrag strijdig was met de meest essentiële vereisten van goede trouw en loyauteit. Hij wist dat hij elke normale gedragslijn overschreed. Kan de werkgever worden verweten de controle niet vooraf te hebben aangekondigd op de wijze voorgeschreven door de cao

²⁹ F.RAEPSAET, “Les attentes raisonnables en matière de vie privée”, *JTT* 2011, 145

³⁰ Arbrb. Gent, 1 september 2008, *TGR* 2009, 6

nr. 81, dan kan de werknemer van zijn zijde niet aanvoeren verrast te zijn dat zijn werkgever de meldingen van concurrerende activiteiten nakijkt. Er zijn geen redelijke privacyverwachtingen geschonden”. Dit vonnis komt verder nog even ter sprake.

13. Ik eindig met een verwijzing naar een uitvoerige aanbeveling van de Commissie voor de Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer van 2 mei 2012³¹. Dit advies zelf geeft een uitstekende *round-up* van de stand van zaken in de wetgeving en in de recente rechtspraak.³² Waar de privacycommissie aanvankelijk pleitte voor een strikte toepassing van de cao nr. 81 - dat kon van haar ook worden verwacht - gaat dit advies wel voorzichtig in een andere richting. Gezegd wordt dat de werkgever, wanneer het nodig is voor de werking van zijn bedrijf, de inhoud van de professionele mails van zijn werknemer kan inzien. Ook privécommunicatie zou daar kunnen onder vallen doch dan wel met toepassing van de cao nr. 81. In dat advies wordt het gebruik van gescheiden e-mailaccounts, een professionele account en een privéaccount, aanbevolen.

14. Dit is op vandaag de stand van zaken in de wetgeving en de rechtspraak van de hoogste instanties; tijd om eens te grasduinen in de arresten van uw hof van de laatste jaren en eens te kijken hoe uw hof de afgelopen periode met dit alles is omgegaan.

Het gaat uiteraard bijna steeds om betwistingen over de geldigheid van een dringende reden, waarbij de werkgever het ongeoorloofd internet- of e-mailverkeer van zijn werknemer als dringende reden opwerpt.

Voorafgaand merk ik op dat in geen enkel geval door de werkgever het bewijs geleverd werd conform de eisen gesteld in de cao nr. 81.

Sommigen hebben wel een poging gedaan, maar deze doorstond de toets met de cao nr. 81 niet. In enkele arresten speelt de cao nr. 81 maar een beperkte rol, maar ik haal die arresten toch aan omdat ze een heel goed beeld geven van de manier waarop uw hof in dit soort geschillen tot een gefundeerd oordeel komt. Dit kan leerzaam zijn om het evenwicht tussen privé- en professioneel internetgebruik te kunnen beoordelen.

³¹http://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/aanbeveling_08_2012.pdf

³²R. SAELENS, “Privacycommissie versoepelt houding bij e-mailcontrole op de werkplaats”, *Juristenkrant*, 24 oktober 2012, nr. 256

15. Een eerste richtinggevend arrest van 28 juni 2010³³ heeft een voor de hand liggend scenario. Bij het opzetten van een belangrijke update voor een vestiging in Turkije bleek de netwerkinfrastructuur van de werkgever verzadigd te zijn en abnormaal traag te werken. Bij het zoeken naar de oorzaak hiervan bleek het internetverkeer van de werknemer in kwestie, die op dat ogenblik filmpjes aan het downloaden was, de netwerktrafiek zodanig te belasten dat men hem diende af te sluiten van het internet om de normale gang van zaken voort te kunnen zetten. Naar aanleiding van dit feit werd de geschiedenis van zijn internetverkeer opgevraagd en hieruit bleek dat de werknemer van november 2006 tot april 2007 op verschillende dagen en gedurende verschillende uren surfte naar de meest diverse en frivole websites die niets te maken hadden met het werk.

Een ontslag om dringende reden volgde. De werknemer constateerde dat de werkgever de procedure van de cao nr. 81 niet had gevolgd en vorderde de wering van de stukken, bekomen door de volgens hem onwettige internetcontrole.

Uw hof oordeelde als volgt. Werkgevers hebben het recht om na te gaan of hun personeelsleden tijdens de werkuren effectief aan het werk zijn en of ze hun pc, laptop of smartphone niet misbruiken om voor privéredenen op het internet te surfen of te mailen. Maar hun controle- en sanctiemogelijkheden zijn beperkt. Artikel 14 van de cao nr. 81 bepaalt echter dat controle op de elektronische on-linecommunicatiegegevens slechts wordt toegestaan voor zover voldaan wordt aan het finaliteitsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel en het transparantiebeginsel. Dit wordt dan uitvoerig belicht in het arrest. Het hof stelt vast dat zeker aan het transparantiebeginsel niet is voldaan.

De werkgever heeft de voorlichtingsfase niet toegepast alvorens de historiek van het surfgedrag op te vragen, zodat het overzicht van het surfgedrag onrechtmatig werd verkregen.

Men zou dan ook verwachten dat die stukken zouden worden geweerd, maar in *cauda venenum*, plots duikt de Antigoonleer op.

³³ Arbh. Gent, afd. Brugge, 28 juni 2010, 2^e kamer, 2009/50, *onuitg.*

Het hof verwijst daarbij naar het advies van het openbaar ministerie dat stelde dat het Hof van Cassatie de Antigoondocctrine toepasselijk acht op alle burgerlijke geschillen, gelet op het ontbreken van enig voorbehoud.

Er zijn in dat geschil geen op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvoorwaarden overtreden.

Het feit dat de werkgever het surfgedrag van de werknemer heeft opgezocht en geprint, in strijd met het recht op de persoonlijke levenssfeer, doet niets af aan de betrouwbaarheid van het bewijs en er bestaat ook geen enkele reden om aan te nemen dat het gebruik van het bewijs in strijd zou zijn met het recht op een eerlijk proces.

Bijgevolg bestaat er geen aanleiding om de bewuste stukken uit de debatten te weren.

16. Een arrest van 26 mei 2010³⁴ maakt in zijn redengeving zowel gebruik van de cao nr. 81 als van de Antigoonleer. Het verhaal luidt als volgt. Een notarisbediende wordt ontslagen om dringende redenen wegens onaanvaardbaar privésurfgedrag. Een hele lijst van sites, gaande van veldrijden tot ornithologie, werden aan die dame gelinkt. Wat er ook van aan was, het notariskantoor had geen enkele verplichting, opgelegd door de cao nr. 81, nageleefd.

Uw hof oordeelde gevat, daarbij verwijzende naar de Antigoonleer, dat de rechter het onrechtmatig verkregen bewijs vrij beoordeelt, rekening houdend met de omstandigheden waarin die bewijsgaring geschiedde.

De volgende elementen deden het hof ertoe besluiten dat het bewijs in dat geschil op onrechtmatige wijze was verkregen.

- De controle was eenzijdig geschied, dus zonder enige tegenspraak.
- De bediende in kwestie betwistte het haar verweten surfgedrag.
- Er bestond geen sluitend verband tussen het vergaarde bewijsmateriaal. Hier wordt vooral bedoeld dat er geen lijn te trekken was in de sites die als niet werkgerelateerd waren aangeduid.
- Er lag geen bewijs voor dat de bediende ondermaats presteerde.
- Het bewijsmateriaal was onvoldoende betrouwbaar.
- De werkgever had het bewijsmateriaal onrechtmatig bekomen.

Met dat laatste wordt impliciet toch verwezen naar de verplichtingen van de cao nr. 81.

³⁴ Arbh. Gent, afd. Gent, 26 mei 2010, 3^e kamer, AR. 128/2009, *onuitg.*

17. In een arrest van 9 januari 2008³⁵ wordt wat betreft de controle van de data buiten de aanwezigheid van de werknemer en zonder tegenspraak door uw hof wel een minder strenge houding aangenomen dan in het vorige arrest.

Het gaat niet echt om controle van surfgedrag maar wel om een fenomeen dat er vrij goed op lijkt. Het ging om de volgende zaak: een werknemer had zijn personal computer gebruikt als bandopnemer en zo, “*in het geniep*”, zoals de opzeggingsbrief dat beschrijft, gesprekken afgeluisterd van collega’s tijdens zijn afwezigheid. De werkgever had dit gedrag als een dringende reden bestempeld en ontslag betekend.

De werknemer had de wering van die opgenomen gesprekken gevorderd, niet op basis van de cao nr. 81, wat volgens mij³⁶ had gekund want het betrof een controle van de harde schijf van zijn computer, doch onder andere ook op basis van de schending van de privacy als grondrecht.

Het hof maakt daarbij een toetsing aan het legaliteitsbeginsel, het finaliteitsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel, criteria die ook gebruikt worden in de cao nr. 81.

Het hof stelt wel vooraf dat het uiteraard aangewezen is om verder onderzoek te laten plaatsvinden in aanwezigheid en met toestemming van de betrokken werknemer. Dit is ook in het belang van de werkgever met het oog op het vermijden van verdere betwistingen.

Toch is de controle legaal. Er is immers een duidelijke wettekst die controle toelaat, namelijk artikel 17 Arbeidsovereenkomstenwet. De werkgever heeft, aldus het hof, ook de plicht om maatregelen te nemen ter vrijwaring van het recht op privacy van de andere werknemers. Die laatste vaststelling is dan meteen ook de bevestiging dat ook aan het finaliteitsbeginsel was voldaan.

Ten slotte was ook het beginsel van relevantie en proportionaliteit gerespecteerd.

Er was aan de werknemer gevraagd waar hij bepaalde informatie verkregen had, doch daar kwam geen antwoord op. Bijgevolg diende een ander middel te worden aangewend

³⁵ Arbh. Gent, afd. Gent, 9 januari 2008, 7^e kamer, AR 37/2007, , *onuitg.*

³⁶ Het arbeidshof te Brussel meent dat de controle van de harde schijf van een werknemer niet onder de toepassing van de cao nr. 81 valt: arbh. Brussel 14 oktober 2011, *Or.* 2012, 114

en is er niet bij voorbaat sprake van een overdreven inmenging in de privacy. Bovendien werd zowel ten aanzien van de werknemer als in het kader van de gerechtelijke procedure enkel het feit van de registratie van diverse gesprekken op de harde schijf van de computer aangehaald. Alle andere privéinformatie bleef geheim. Ten slotte heeft de werkgever die de bewijslast draagt, er zich toe beperkt om zich te beroepen op de erkenning van de opnames door de werknemer, zonder dat andere verslagen of rapporten over de aangetroffen bestanden werden voorgelegd.

De dringende reden werd als bewezen en voldoende ernstig gekwalificeerd. Inderdaad, aldus het hof, dergelijke afluisterpraktijken maken een schending uit van het recht op privacy van de personen betrokken bij deze gesprekken. Het feit dat het gaat om gesprekken op kantoor doet hieraan niets af, daar ook een professionele communicatie onder de bescherming van het recht op privacy valt.

18. In een zaak van het arbeidshof te Gent³⁷ waarin nooit een eindarrest werd geveld omdat partijen een akkoord bereikten, kwamen twee interessante aspecten aan bod van de toepassing van de cao nr. 81.

Ten eerste stelde de vraag zich of de cao nr. 81 wel kon worden toegepast op de situatie waarbij de bedrijfscomputer van de werknemer door een extern bedrijf wordt hersteld na een panne en dat bedrijf bij het uitvoeren van de herstelling op sporen van onaanvaardbaar surfgedrag stootte. In casu beweerde de werkgever dat internetadressen van kinderpornosites aangetroffen waren naar aanleiding van een herstelling door een extern bedrijf. De werkgever, die daarin de aanleiding tot een ontslag om dringende reden zag, wierp op dat de cao nr. 81 niet kon worden toegepast wanneer de controle geschiedde door een “externe specialist”.

De eerste rechter had hieromtrent gezegd dat dit laatste niet zo was.

Hoe dan ook bevat de cao nr. 81 een leemte wat betreft het aspect van ontdekking door een derde die niet de werkgever is, doch die louter toevallig in het kader van een opdracht van deze werkgever, inbreuken begaan door de werknemer vaststelt.

³⁷ Arbh. Gent, afd. Gent, 28 september 2011, 3^e kamer, 2009/AG/212, arrest van doorhaling, *onuitg.*

Tweede probleem: de werknemer wierp, en dit als eerste voor ons hof, de theorie van de redelijke privacyverwachtingen op, waar hij stelde dat een werknemer niet kan worden verrast in zijn privacyverwachtingen als zijn computer wordt hersteld en men de oorzaken zoekt van de opgetreden problemen. De werknemer weet, minstens moet hij weten, dat er steeds sporen overblijven van zijn surfgedrag, in casu bij de favorieten maar ook bij tijdelijke files die elke computer opslaat los van elk controlesysteem. Daarbij werd verwezen naar een vonnis van de arbeidsrechtbank Gent van 1 september 2008. In dat vonnis wordt bij mijn weten voor het eerst gebruikgemaakt van de theorie van de redelijke privacyverwachtingen.

Welnu, in die zaak (daar betrof het afwerpen van clientèle) kon de werknemer volgens de arbeidsrechtbank met voldoende zekerheid weten dat zijn gedrag strijdig was met de meest essentiële vereisten van goede trouw en loyauteit. Hij wist dat hij elke normale gedragslijn overschreed. In dat geval kan het de werkgever niet worden verweten de controle niet vooraf te hebben aangekondigd op de wijze voorgeschreven door de cao nr. 81. De werknemer van zijn kant kan in dat geval niet aanvoeren verrast te zijn dat zijn werkgever de meldingen van concurrerende activiteiten ging controleren. Er zijn geen redelijke privacyverwachtingen geschonden, aldus dat vonnis.³⁸

19. Nog een bijzonderheid in verband met het privéinternetgebruik op het werk betrof een arrest van 12 oktober 2011³⁹. Bij een ontslag om dringende redenen werd aan de werknemer verweten de bedrijfscomputer stiekem als internetradio te hebben gebruikt waardoor hij niet ernstig kon werken en er veel *downloadcapaciteit* voor het bedrijf verloren ging. Dat laatste was vastgesteld door een extern bedrijf. Daarnaast werd vastgesteld dat de werknemer op een bepaalde dag slechts één uur arbeid had verricht. Hij zou die dag 75 websites die geen uitstaans hebben met het werk hebben bezocht. Benadrukt werd dat het arbeidsreglement het privégebruik van internet en e-mail verbood.

Het hof stelt dat het past, gelet op de gevolgen van een ontslag wegens misbruik van informaticatechnologie, dat een voorafgaand onderzoek ook plaatsvindt opdat de

³⁸ Arbrb. Gent 1 september 2008, www.juridat.be

³⁹ Arbh. Gent, afd. Gent, 12 oktober 2011, 7^e kamer, 2010/AG/185, *onuitg.*

beslissing met kennis van zaken wordt genomen. Daarbij komt nog dat de werkgever, die controleert of de regels voor het gebruik van onlinetechnologie in de onderneming zijn nageleefd, krachtens artikel 17 van de cao nr. 81, deze persoon uitnodigt om hem in zijn verweer te horen alvorens enige beslissing te nemen die de betrokkene kan raken. Dit is hier niet gebeurd.

Wat verder wordt dit nogmaals benadrukt in de volgende termen: “Dit zou indruisen tegen het opzet van de wetgever die, ter vrijwaring van de rechten van verdediging van de betrokkene, een voorafgaand verhoor bepaalt over de ingeroepen inbreuken op het gebruik van onlinetechnologie, minstens oplegt om op korte termijn te informeren over de feiten die ten laste worden gelegd.” Er wordt ook verwezen naar artikel 35 Arbeidsovereenkomstenwet.

Het hof oordeelt hier dus onomwonden dat de rechten van verdediging van de werknemer zijn geschonden als een dergelijk voorafgaand verhoor niet heeft plaatsgehad. Deze vaststelling sluit aan bij de Antigoonleer, waar het bewijs dat werd bekomen met schending van het recht op een eerlijk proces niet kan worden aangewend en bij de cao nr. 81 alwaar een voorafgaand verhoor verplicht is.

Wat nu het verwijt van het beluisteren van de radio betreft, met alle negatieve gevolgen van dien voor de capaciteit van de computer en de kosten van opsporing van dit probleem. Daar stelt het hof dat de werknemer zich van dat probleem niet bewust kon zijn zodat dit hem niet kan worden aangewreven.

Na studie van het dossier stelt het hof vast dat gebleken is dat de werknemer tijdens de werkuren tweemaal op het internet de website van de Jupiler League had bezocht, en gedurende 3 dagen in mei 2008 tijdens de werkuren de website van de VDAB had bezocht, zonder dat het duidelijk is hoelang en zonder dat er werd aangetoond dat er ook effectief gesolliciteerd werd via deze informatieve site.

Deze houding is wel foutief doch niet in die mate dat een ontslag om dringende redenen hiervoor verantwoord is.

Ik merk hier op dat de werknemer geen gebruik had gemaakt van de cao nr. 81 om zijn verweer te voeren. Hij verweerde zich immers door zelf informatie over zijn surfgedrag

bekend te maken om te kunnen argumenteren dat hij niet onredelijk of buitensporig was te werk gegaan. Het hof diende zich dus niet uit te spreken over het al dan niet wettige karakter van de gegevens over het internetgebruik van de werknemer.

Uit dit arrest kan men toch opmaken dat uw hof een gematigd gebruik van het internet voor privédoelen niet a priori als een reden aanziet om de arbeidsovereenkomst om dringende reden te verbreken.

20. In een volgend arrest van 19 september 2012⁴⁰ liggen de kaarten echter helemaal anders. Daar hebben we te maken met een ontslag om dringende reden waarbij een werknemer in zijn internet- en e-mailverkeer privé en werk zeker niet gescheiden hield. Beperkt persoonlijk gebruik van de informatica was wel toegelaten in een *ondernemingspolicy* en daar probeerde de werknemer maximaal munt uit te slaan.

Een eerste feit betrof het plaatsen van lesvoorbereidingen van de vriendin van de werknemer op het net en dit met het oog op het afdrukken ervan en het plaatsen en doorsturen van zijn eigen *curriculum vitae*.

Deze feiten werden door de werkgever als misbruik van arbeidstijd gekwalificeerd doch uw hof meent dat dit sterk overdreven is.

”Bij gebrek aan bewijs dat deze occasionele feiten de grenzen van het toegelaten persoonlijk gebruik van ondernemingsinformatica zouden te buiten gaan, kunnen de ingeroepen fouten dan ook niet worden weerhouden”, aldus het hof letterlijk, daarbij verwijzend naar die *ondernemingspolicy*.

Daarmee was de kous echter niet af voor de werknemer. Immers, de werknemer werd ook ten laste gelegd om herhaaldelijk niet werkgerelateerd te hebben gesurft tijdens de werkuren in de periode van 9 oktober 2006 tot en met 3 november 2006, en dit ondanks een voorafgaande verwittiging. Voor de eerste rechter was dit feit alleen al voldoende om de dringende reden te aanvaarden.

⁴⁰ Arbh. Gent, afd. Brugge, 19 september 2012, 3^e kamer, 2011/AR/233, *onuitg.*

Niet zo voor uw hof. Het ging hierbij bijzonder grondig te werk. Immers, bij tussenarrest werd aan de werkgever gevraagd om een lijst voor te leggen van die niet-werkgerelateerde websites en een *print* van telkens een voorbeeld van de nog bestaande websites. De werkgever ging daar op in.

De werknemer verweerde zich dan op twee vlakken. Vooreerst stelde hij dat het volgens de interne ondernemingspolicy toegestaan was om te surfen. Het hof onderzoekt die *policy* en daaruit blijkt dat persoonlijk gebruik van informatica slechts uitzonderlijk toegestaan is op voorwaarde dat dit gebruik occasioneel is, dat het buiten de werkuren geschiedt en dat het geen hinderpaal vormt voor de goede uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Het hof kan dan alleen maar vaststellen dat het surfen tijdens de werkuren, zoals hier, niet binnen de perken viel waaronder persoonlijk gebruik mogelijk was.

Het tweede en klassieke argument van de werknemer: de bescherming van zijn privacy. Dit argument werd echter niet erg grondig uitgewerkt en nadat in het schriftelijk advies van ons ambt gewezen was op bestaande nationale en Europese wetgeving en rechtspraak en de mogelijke toepassing van de cao nr. 81 en de invloed van de Antigoonleer op die cao repliceerde de werknemer hierop dat hij uiteindelijk geen bezwaar meer maakte en de stukken mochten worden gebruikt.

Het derde argument van de werknemer, namelijk het feit dat niet aangetoond is dat hij tijdens de arbeidsuren de gewraakte sites bezocht en dat hij bovendien vrij zijn uurrooster kon bepalen.

Daarop onderzoekt het hof een dag surfgedrag van de werknemer. Naast dertien bezoeken aan nieuwssites op diverse tijdstippen stelt het hof ook vast dat er websites werden bezocht met informatie over auto's, websites voor het aanmaken van visitekaartjes, digitale wenskaarten, met info over feestzaalverhuur, immobilia in het buitenland, zoekertjes en banken.

Een gelijkaardig patroon tekent zich af in de hele periode waarbij ook nog video's en filmpjes naast websites over honden en banken terug te vinden zijn. De bezoeken vonden plaats op alle mogelijke momenten van de werkdag, zonder vast patroon, zodat het hof kon beslissen dat er niet kan van uitgegaan worden dat dit voor een werknemer met een voltijds dienstrooster geen arbeidstijd betrof.

Ten slotte verwijst het hof met nadruk naar de voorafgaande verwittiging. De vraag om de computer voortaan enkel voor beroepsdoeleinden te gebruiken was wel zeer algemeen gesteld doch was voldoende duidelijk. De werknemer werd daardoor gewaarschuwd dat aan de *internetpolicy* veel belang werd gehecht. Hij wist of diende dan ook te weten dat dit niet enkel gold voor het verbod van installatie van software of programma's voor privégebruik, maar ook voor de afspraak over gebruik van internet voor professionele doeleinden.

De dringende reden werd dan ook aanvaard.

21. In dit geschil is de werknemer dus in het ongelijk gesteld door het grondig onderzoek van het hof; in een ander geschil, een arrest van 17 oktober 2012⁴¹, wordt hij er juist door gered.

De feiten zijn eenvoudig. Een werknemer, hoger kaderlid, wordt ontslagen met volgend motief: “We hebben uw mailbox gecontroleerd en hebben vastgesteld dat u voor februari dagelijks meerdere uren misbruik hebt gemaakt van het internet op websites die volgens ons niets te maken hebben met het werk.”

In het arbeidsreglement was gesteld dat het gebruik van bedrijfsinformatica voor privédoeleinden verboden was.

De eerste rechter had het ontslag dan ook gegrond verklaard, verwijzende naar die bepaling.

Ook hier gaat het hof weer grondig te werk. Vooreerst stelde het in zijn tussenarrest⁴² al het volgende vast.

De werkgever had het transparantiebeginsel geschonden doordat hij niet de in de cao nr. 81 vastgestelde procedure heeft gevolgd bij de geïndividualiseerde controle van het internetgebruik van de werknemer. Het arbeidsreglement omvat onvoldoende informatie. Ook artikel 9 en artikel 5, §2 van de cao nr. 81, die betrekking hebben op de voorafgaande informatie van de werknemer zijn door de werkgever niet gerespecteerd.

⁴¹ Arbh. Gent, afd. Brugge, 17 oktober 2012, 3^e kamer, 2011/AR/17, *onuitg.*

⁴² Arbh. Gent, afd. Brugge, 16 november 2011, 3^e kamer, 2011/AR/17, *onuitg.*

Ook de voorafgaande voorlichtingsfase bij de controle op het internetgebruik, die verplicht is volgens de cao nr. 81, is niet gevolgd. Dat het proportionaliteitsbeginsel zou in acht genomen zijn door de werkgever doet hieraan geen afbreuk.

Op de vraag van de werknemer om de stukken, bekomen met miskenning van de cao, uit de debatten te weren, kan niet worden ingegaan volgens het tussenarrest. Deze sanctie is immers niet vastgelegd in die cao.

De sanctie die is bepaald betekent enkel dat de werkgever niet straffeloos de privacy van de werknemer mag schenden. Er is geen rechtsgrond om het zo bekomen bewijsmateriaal te weren.

Uw hof stelde vast dat de werknemer zich immers beperkte tot het vaststellen van de schending van de cao nr. 81 doch niet argumenteerde over de vraag over de bewijswaarde van het aangevoerde bewijsmateriaal en het recht op een eerlijk proces. Er wordt geattendeerd op het bestaan van de Antigoonleer.

Het hof nodigt partijen dan uit hierover standpunt in te nemen.

In het eindarrest wordt het volgende geoordeeld.

Vooreerst wordt gesteld dat de procedure van de cao nr. 81 niet werd nageleefd doch dat deze procedure niet op straffe van nietigheid werd voorgeschreven.

Bijgevolg is het de vraag of de betrouwbaarheid van het bewijs als gevolg van de miskenning van de cao nr. 81 is aangetast en of het recht op een eerlijk proces hierdoor in het gedrang kwam.

Hier stelt het hof vast dat de werknemer argumenteert dat de werkwijze van de werkgever in strijd is met de goede trouw, dat hij in spreekwoordelijke zin werd "gezocht", zonder dat er klachten aan de basis lagen van het ontslag en zonder dat er ernstige tekortkomingen voorhanden waren. De wijze waarop de controle werd gedaan, wordt om die reden buiten verhouding geacht tot de door de werkgever begane fouten.

Op basis van die redenering kunnen de stukken in verband met het gehekelde surfgedrag niet worden geweerd.

De Antigoonleer wordt dus klaargehouden door het hof, maar het hoeft er geen gebruik van te maken. Zo kan het dus ook.

Vervolgens wordt een zeer nauwkeurige analyse van het surfgedrag uitgevoerd en daarbij wordt wel het beginsel van proportionaliteit, afkomstig uit de cao nr. 81 door het hof minutieus getoetst. Dit beginsel wordt dan aangewend om na te gaan of de dringende reden, die nu inderdaad als bewezen voorkomt, wel voldoende zwaarwichtig is, zeg maar of de sanctie, het ontslag dus, wel voldoende in verhouding staat tot de fouten die de werknemer maakte.

Om dat te kunnen beoordelen was bij hetzelfde tussenarrest aan de werkgever gevraagd een nauwkeurige lijst op te stellen van het privésurfgedrag in de maand februari met een gedetailleerd overzicht van de bezochte sites, de aard van die sites en de tijdstippen waarop deze werden bezocht.

Gezegd wordt dat uit de analyse die wordt voorgelegd blijkt dat de duur van het surfen naar niet werkgerelateerde sites nagenoeg 14 uren over 18 werkdagen bedraagt, d.i. gemiddeld minder dan één uur per dag. Bovendien stelt de werknemer terecht dat hij als kaderlid volgens een variabel uurrooster werd tewerkgesteld. Bovendien logde hij soms al om 7 uur 's morgens in. Enige nuancering is dus op haar plaats.

Ook de aard van de bezochte sites dient kritisch te worden beoordeeld. Waar het gaat om het consulteren van nieuwssites kan namelijk niet bij voorbaat worden gesteld dat dit louter privédoeleinden betreft of steeds als foutief aan te merken is. Het kan de werknemer niet ten kwade worden gedeut dat hij binnen zijn functie als kaderlid interesse betoont en zich op de hoogte houdt van de actualiteit.

Bovendien is het niet aangetoond dat de werknemer gedurende het opgegeven aantal uren actief surfte op het internet naar niet-werkgerelateerde websites. Bijgevolg kan het hem ook niet ten laste worden gelegd dat hij gedurende deze uren niet aan het werk was.

Waarschijnlijk doelt het hof hier op het fenomeen dat een website wel “openstaat” maar de werknemer die niet aan het lezen is doch deze gewoon laat openstaan om wanneer het hem schikt verder te lezen. Het hof leidt dit af uit de voorgelegde lijsten waaruit blijkt dat er meer dan eens tijdsblokken van meerdere, soms tientallen minuten verstrijken, zonder

dat er enige wijziging van het html-adres werd geregistreerd, terwijl dit tijdsverloop niettemin als actief surfgedrag in rekening is gebracht door de werkgever.

Dat wordt heel gedetailleerd verder in het arrest uitgewerkt. Conclusie is dat aldus 4 uren en 22 minuten surfen voor privédoeleinden werden aangerekend, zonder dat werd aangetoond dat gedurende de voormelde tijdsblokken ook actief werd gesurft.

Het hof brengt het surfgedrag terug tot 9 uren en 36 minuten over 18 werkdagen. Dat levert nog 32 minuten per dag op.

In zijn algemene conclusie stelt uw hof dan dat de werknemer een fout heeft begaan door op het werk te surfen voor privédoeleinden.

Het gebruik van internet voor privédoeleinden is overeenkomstig artikel 29 van het arbeidsreglement verboden. Bovendien kan worden aangenomen dat hij als kaderlid een voorbeeldfunctie uitoefende en dat hij zich als dusdanig naar het reglement moest schikken. Uit de bovenvermelde vaststellingen blijkt dat het gebruik van internet voor privédoeleinden door de werknemer, in zoverre het door de werkgever werd bewezen, niet overmatig noch buitensporig was.

Bovendien werd ook niet aangetoond dat de houding van de werknemer aanleiding gaf tot klachten, dat dit in het zicht van collega's plaatsvond of neerkwam op een provocatie, zoals de werkgever beweert. Dit is, gelet op de relatief korte bezoeken, gespreid over de dag en mogelijks ingelast in een rustpauze, ook niet vanzelfsprekend te noemen.

Daarnaast toont de werkgever ook niet aan dat de houding van de werknemer negatieve gevolgen had op de uitvoering van de hem opgedragen taken.

Dus, ondanks de toepassing van de Antigoonleer, is dit voor de werknemer in dit geval geen nadeel. Juist doordat alle gegevens mogen worden aangewend en onderzocht, ontspringt hij de dans.

22. In twee andere zaken wordt de cao nr. 81 gewoon opzijgeschoven door zonder meer toepassing te maken van de Antigoonleer. Een tussenarrest van 11 januari 2012⁴³ beoordeelt een ontslag om dringende redenen waarbij een werknemer verweten wordt op

⁴³ Arbh. Gent, afd. Gent, 11 januari 2012, 2010/AG/387, *onuitg.*

de computer van het werk allerlei privéaangelegenheden te hebben geregeld, als daar zijn, de uitnodigingen voor feestjes, de boekhouding van de plaatselijke KWB en filmpjes, muziek heeft bekeken en beluisterd en dit allemaal tijdens de werkuren.

Het openbaar ministerie had de wering van de vaststellingen geadviseerd omdat geen enkele verplichting, opgelegd door de cao nr. 81, door de werkgever was gerespecteerd. Er bestond zelfs geen *bedrijfspolicy*, laat staan een vermelding in het arbeidsreglement of enige andere vermelding dat privégebruik van de pc verboden was.

Uw hof ging daar niet op in, steunende op de Antigoonleer. Het hof stelt echter dat het feit dat die stukken mogen worden gebruikt nog niet betekent dat hun bewijswaarde niet in vraag mag worden gesteld. Aangezien de werknemer betwist dat hij die privéaangelegenheden tijdens de werkuren en op de computer van het werk maakte, wordt een deskundige aangesteld om dit te onderzoeken. Het is inderdaad goed mogelijk dat de werknemer die werkjes thuis deed en deze via zijn bedrijfscomputer kon bekijken op het werk, bijvoorbeeld tijdens de pauzes of werkonderbrekingen. In deze zaak werd nog geen eendarrest uitgesproken.

23. Een laatste zaak⁴⁴ in dit overzicht betreft een geschil over een dringende reden waarbij aan de werknemer werd verweten vertrouwelijke boekhoudkundige gegevens van de onderneming te hebben doorgemailed naar een privaat e-mailadres. Dit geschiedde volgens de werkgever “ter voorbereiding van zijn ontslag en het verweer daartegen”. Volgens de werknemer was dit bewijs geleverd met miskenning van de cao nr. 81.

Vooreerst merkt het hof op dat de print van de e-mail naar het persoonlijke mailadres weliswaar is geschied in strijd met de bepalingen van de cao nr. 81, doch dat dit genuanceerd dient te worden. In casu heeft de werkgever niet systematisch de mailbox doorzocht, doch dit gebeurde naar aanleiding van vaststellingen door de zaakvoerder nadat hij had vastgesteld dat vertrouwelijke boekhoudkundige gegevens waren doorgemailed. De eerste rechter had op basis van de cao nr. 81 dit bewijs afgewezen en het ontslag niet gegrond verklaard.

⁴⁴ Arbh.Gent, afd. Brugge, 16 november 2012, 8^e kamer, 2012/AR/12, *onuitg.*

Ons hof oordeelde anders. Het recht op privacy is niet absoluut. Er moet rekening worden gehouden met de elementen van de zaak in haar geheel genomen, hierbij inbegrepen de wijze waarop het bewijs verkregen werd en de omstandigheden waarin de onrechtmatigheid werd begaan. Dit is natuurlijk een aanloop naar het toepassen van de Antigoonleer, wat dan ook geschiedt. De dringende reden wordt aanvaard.

24. Ik sluit daarmee het hoofdstuk Gentse arbeidsrechtspraak af en kijk naar twee dissidente uitspraken. Ik deelde u al mee dat de Antigoonleer door het arbeidshof te Brussel bij arrest van 7 februari 2013⁴⁵ wordt verworpen. Ook het hof van beroep te Gent past de cao nr. 81 onverkort toe.

Het geschil voor het arbeidshof Brussel betrof een klassiek geschil waarbij de werknemer achter de rug van zijn werkgever, door gebruik te maken van diens informaticasysteem, parallelle activiteiten ontplooidde voor eigen rekening. Alle bezwarende stukken tegen hem werden bekomen met miskenning van de cao nr. 81.

De Antigoonleer wordt er niet op toegepast. Het hof houdt vast aan de toepassing van de cao nr. 81.

Het hof zegt letterlijk “dat de criteria, uitgesproken door het Hof van Cassatie in het arrest van 10 maart 2008 - een van de hierboven besproken arresten die de Antigoonleer toepassen in sociaalrechtelijke aangelegenheden - ontworpen zijn voor het strafrecht. De gebruikte termen verwijzen zeer duidelijk naar de opsporing van een inbreuk.”

Het Hof van Cassatie heeft zeker niet gewild, aldus het arrest, dat een werkgever ongestraft afbreuk kan doen aan rechten en vrijheden die even fundamenteel zijn als de rechten en vrijheden die gewaarborgd zijn door onder andere het EVRM en het BUPO-Verdrag evenals aan de cao nr. 81, enkel en alleen om een dringende reden te kunnen vaststellen ten laste van een werknemer, en die zelfs niet beschouwd worden als een strafrechtelijke inbreuk, te meer omdat de werkgever geen “overheid is belast met de opsporing, het onderzoek en de vervolging van inbreuken”.

⁴⁵ Arbh. Brussel, 7 februari 2013, AR 2012/AB/1115, *onuitg.* Dit arrest haalde persbelangstelling in *Le Soir* van 19 februari 2013.

Hier hebben de grieven betrekking op fouten in de zin van de wet op de arbeidsovereenkomsten of extracontractuele fouten in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, maar geenszins strafrechtelijke inbreuken, noch inbreuken begaan inzake sociale zekerheid die sancties van strafrechtelijke aard tot gevolg kunnen hebben.⁴⁶

Op basis van deze vaststelling verwerpt het hof alle bewijselementen tegen de werknemer verzameld door de werkgever met miskennis van de cao nr. 81. Er kan zelfs geen gebruik gemaakt worden van getuigenverhoren om elementen, bekomen door onrechtmatig verkregen bewijs, aan te tonen.

Het hof van beroep te Gent in een hoger beroep kort geding kiest ook duidelijk voor het respect voor de cao nr. 81, in zijn arrest van 16 juni 2011.⁴⁷

Samengevat kwam het erop neer dat een werkgever was overgegaan tot een controle van het e-mailverkeer van de werknemer in het bijzijn van een gerechtsdeurwaarder en dat daarbij een aantal e-mailberichten werden geprint die in een «verzegelde» kaft werden ondergebracht.

Het hof zegt dat, zelfs indien de arbeidsovereenkomst en het arbeidsreglement niet-professioneel e-mailverkeer in beginsel verbieden, dit niet wegneemt dat een onderzoek van het e-mailverkeer dient te beantwoorden aan de regels van de Privacywet en de cao nr. 81. Het finaliteitsbeginsel in artikel 5, §2 van de cao nr. 81 brengt mee dat de werkgever duidelijk en expliciet de doelstelling van de controle van het e-mailverkeer moet omschrijven, wat dient te gebeuren uiterlijk op het ogenblik dat de controle wordt uitgevoerd. De onbepaaldheid van het doeleinde waarmee in dit geval de e-mailcontrole is gebeurd, verantwoordt niet het besluit dat de verwerking van persoonsgegevens is gebeurd voor een welbepaald, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigd doeleinde in de zin van de Privacywet.

⁴⁶ B. PATERNOSTRE, “Un élément de preuve obtenu irrégulièrement peut-il être admis pour fonder un motif grave?”, *Ors.* 2013, nr. 4, 25

⁴⁷ Gent, 16 juni 2011, *RW* 2012-13, 1221, noot R. SAELENS: “Kan de Wet Verwerking Persoonsgegevens de Antigoonleer buiten spel zetten?”

25. Tot slot enkele bedenkingen.

Dat de cao nr. 81 niet wordt toegepast, noch door de werkgevers noch door de arbeidsgerechten, op het arbeidshof te Brussel en het hof van beroep te Gent na, is het minste dat men kan constateren.

Nochtans betreft het hier een cao die algemeen verbindend werd verklaard. Dat is toch een wetgevende akte die bij inbreuk erop zelfs aanleiding kan geven tot strafrechtelijke veroordeling⁴⁸. Dat ontlokte bij een deelnemer aan een studiedag te Antwerpen⁴⁹ de bedenking dat hij, wanneer hij als werkgever misdrijven pleegde, daarvoor wel kon worden gestraft doch ook de positieve gevolgen van dit misdrijf kon genieten doordat hij geen hoge verbrekingsvergoeding diende te betalen aan een ontslagen werknemer. Misdadaad loonde, aldus die deelnemer. Terecht natuurlijk.

Bovendien kan de ontslagen werknemer, louter wegens het schenden van zijn privacy, dus los van het arbeidsrechtelijk geschil, een vordering instellen op basis van artikel 1382 BW. Het niet naleven van de cao is duidelijk een burgerrechtelijke fout en het ontslag van de werknemer betekent zeker schade voor hem. Dat er een causaal verband is, is al evenzeer duidelijk. Of de volledige schade moet worden vergoed, is natuurlijk weer iets anders, want in veel gevallen zal de schadelijder niet vrijuit gaan en ook eigen fouten kunnen aangerekend krijgen. Overigens belet niets de ontslagen werknemer om, zelfs als hij zijn verbrekingsvergoeding niet bekommt, toch een schadevergoeding te bekomen louter wegens het schenden van zijn privacy.

Dit zijn duidelijk ongewenste neveneffecten van de nochtans goedbedoelde wetgeving.

26. Arbeidsrecht is beschermend recht voor de werknemer, de cao nr. 81 valt hier duidelijk ook onder. De slinger is echter zodanig doorgeslagen in de richting van die

⁴⁸ Artikel 56 van de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités, *BS* 15 januari 1969, vanaf 1 juli 2013 opgeheven door artikel 109, 20°, a) van de wet van 6 juni 2010 tot invoering van het sociaal strafwetboek, *BS* 1 juli 2010. Vanaf die datum is ingevolge artikel 110 van het sociaal strafwetboek een inbreuk strafbaar met een sanctie van niveau 1. Zie. F. BLOMME en T. MESSIAEN, *Handboek Sociaal Strafrecht, het nieuw sociaal strafwetboek*, Story Publishers, Gent 2010, 489 e.v.

⁴⁹ Studieavond "Sociale media op de werkvloer. Een juridische benadering van het gebruik tijdens en buiten de werkuren", M&D Seminars, Antwerpen, 8 mei 2012

bescherming dat elk evenwicht tussen de belangen van de werknemer en die van de werkgever, die het best zo goed mogelijk in evenwicht zijn, zoek is. De kritiek van Dylan CASAER die ik hierboven aanhaalde is correct. De overdreven bescherming van de privacy van de werknemer, die voor de meeste werkgevers moeilijk uit te voeren was, leidde tot het toedekken van flagrante misbruiken door een werknemer die te kwader trouw was. De rechtspraak heeft daar bijna nooit in willen meespelen. De Antigoonleer, die inderdaad oorspronkelijk thuishoort in het strafrecht, kwam hen daarbij ter hulp. Het overzicht van de arresten toont dit goed aan.

27. Wat mij bij die arresten toch opvalt, is het volgende. Uw hof past de Antigoonleer zo goed als stelselmatig toe. Doch eens het onrechtmatig verkregen bewijs als bruikbaar bewijselement is aanvaard, en de klip van cassatie dus gerond is, wordt het bewijsmateriaal zeer kritisch onderzocht. Opvallend daarbij is dat het hof vooral de proportionaliteit gaat toetsen. Het kan dat natuurlijk perfect doordat de Arbeidsovereenkomstenwet de arbeidsrechter de vrijheid laat om de zwaarwichtigheid van de inbreuk die leidde tot het ontslag ten volle te beoordelen. Uw hof kan, en deed dat ook, nl. ook lichte inbreuken of inbreuken die niet in verhouding stonden tot de zware gevolgen van die inbreuk, het verlies van het werk met name, op hun zwaarwichtigheid toetsen. Daarbij is het duidelijk dat de inbreuken van de werknemer op de plicht tot “het zorgvuldig, eerlijk en nauwkeurig uitvoeren van de arbeidsovereenkomst”, zoals artikel 17 Arbeidsovereenkomstenwet stelt, ernstig moeten zijn. Uiteindelijk zullen dan niet de talloze formaliteiten die de cao nr. 81 invoert en die niet toegepast worden, maar wel het beginsel van proportionaliteit overblijven als beoordelingselement.

28. De conclusie is hier dan ook dat men beter die overbodige vormelijkheden in de cao bij een gebeurlijke herwerking afslankt tot de eenvoudige plicht van de werkgever om het toegelaten gebruik van e-mail en internet in het arbeidsreglement of via een ander informatiekanaal zo goed mogelijk te definiëren waarbij men die werkgever dan ook de nodige vrijheid laat. Meer hoeft er niet te gebeuren. Deze oplossing is duidelijk voor iedereen. De werknemer weet, moet weten dat hij een deel van zijn privacy opgeeft op de werkvloer en kent de limieten binnen dewelke hij de informatica voor eigen plezier mag

gebruiken. De werkgever van zijn kant weet dan ook binnen welke grenzen hij corrigerend kan optreden en/of een ontslag om dringende redenen mag definiëren.

29. Een volgende bedenking: er is niet alleen de cao nr. 81, er zijn nog andere cao's die betrekking hebben op de bescherming van de privacy van werknemers.⁵⁰ Wat hier gezegd is over de cao nr. 81 kan net zo goed worden getransponeerd naar die cao's. Ook deze zijn nu verworden tot papieren tijgers. Toch wel een zorgelijke evolutie.

30. Over de Antigoonleer wil ik alleen het volgende kwijt. Men kan van de cao nr. 81 zeggen dat zij veel te formalistisch is, geheel terecht, maar de Antigoonleer heeft dan wel het nadeel dat hij erg vaag is en gemakkelijk als *passe-partout* kan worden gebruikt.

Immers, hoe kan men eigenlijk uitmaken of een onrechtmatig verkregen bewijs het recht op een eerlijk proces niet schendt. Mij komt het niet als evident voor dat als een partij een bewijselement heeft bekomen met miskennis van een wetgevende akte men dan maar kan stellen dat dit toch "eerlijk" is, dus "in overeenstemming met de goede trouw" zoals een van de definities van dat woord in Van Dale luidt. In de hierboven aangehaalde arresten kan men in een aantal gevallen toch niet spreken van goede trouw in de bewijsgaring.

31. Ook de andere criteria uit de Antigoonleer blinken niet uit in duidelijkheid.

De visie van het arbeidshof te Brussel, waarbij de Antigoonleer teruggeplaatst wordt waar hij thuishoort, het strafrecht dus, is een verdedigbare stelling. Het surfen en mailen tijdens de werkuren is inderdaad geen misdrijf. Door zo te redeneren wordt de cao nr. 81

⁵⁰ De collectieve arbeidsovereenkomst nr. 68 van 16 juni 1998 betreffende bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemers ten opzichte van de camerabewaking op de arbeidsplaats omschrijft wat onder camerabewaking op de arbeidsplaats moet verstaan worden, onder welke voorwaarden camerabewaking toegelaten is en welke voorschriften dienen nageleefd te worden. De collectieve arbeidsovereenkomst nr. 89 van 30 januari 2007 betreffende de diefstalpreventie en de uitgangscontroles van de werknemers bij het verlaten van de onderneming of de werkplaats wil het artikel 6quater van de wet van 10 april 1990 tot regeling van de private en bijzondere veiligheid verduidelijken en concretiseren in zijn toepasselijkheid op werknemers.

De collectieve arbeidsovereenkomst nr. 38 van 6 december 1983 werkte een regeling uit tot vaststelling van de rechten en verplichtingen van werkgevers en sollicitanten tijdens de wervings- en selectieprocedure; het betreft onder andere de eerbiediging van het privé-leven, de vertrouwelijke behandeling van de gegevens, de plichten van de sollicitant, de duur van de procedure en het verbod van publicitaire werkaanbiedingen.

in ere hersteld en behoudt zij inderdaad het gezag dat een cao inderdaad hoort te hebben in het arbeidsrecht, dat van dwingende norm.

Toch valt het te betwijfelen of de cassatierechtspraak nog zal wijzigen. Persoonlijk geloof ik dit niet. De goedbedoelde poging van het Brusselse arbeidshof en van het hof van beroep te Gent zal mijns inziens de Antigoonleer niet op een zijspoor zetten, zeker nu er een aanzet is om de Antigooncriteria om te zetten in wetgeving.⁵¹ Het wetsvoorstel LANDUYT⁵² “tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering wat betreft de nietigheden” is een letterlijke weergave van de Antigooncriteria.

32. Ter verdediging van het arbeidshof te Brussel en het hof van beroep te Gent wil ik toch ook nog wijzen op het feit dat men in de Europese context, waar het idee van de privacybescherming op de werkvloer vandaan komt, gehecht blijft aan de privacybescherming en denkt aan verdere versterking ervan. Meer bepaald twee recente adviezen van de Europese toezichthouder voor gegevensbescherming, een van 9 januari 2009 en een van 18 maart 2010⁵³ roepen de Europese commissie op om verder de privacybescherming van de Europese burger te blijven versterken. Deze adviezen betreffen wel niet de situatie op de werkvloer maar toch wordt er sterk op aangedrongen om de privacy te versterken, onder meer door in geval van schending ervan als remedie het invoeren van aansprakelijkheidsvorderingen aan te bevelen. Op Europees niveau staat men duidelijk veel minder tolerant tegenover privacyschendingen, die controle van de werkgever op internet en e-mailgebruik van werknemers toch zijn.

33. Toch nog een woordje over de leer van de redelijke privacyverwachtingen. Als men deze leer toepast, dan is er van privacybescherming op de werkvloer, en dus van de cao nr. 81 helemaal geen sprake meer. Het volstaat dan immers dat de werkgever het volgende stelt: “U bevond zich op de werkplaats en surfte tijdens de werkuren dus u kan

⁵¹ Hoewel Frank Schuermans in de Juristenkrant nr. 269 van 8 mei 2013 betoogt dat de Antigoondoctrine in de feiten op sterven na dood lijkt te zijn. Dit heeft echter betrekking op een vierde Antigooncriterium, nl. het bewijs niet mag verkregen zijn met schending van de regels van rechterlijke organisatie; Cass. 24 april 2013, P121919 F, www.cass.be. Dit criterium heeft in deze context echter geen belang.

⁵² Wetsvoorstel (R. Landuyt) tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering wat betreft de nietigheden, *Parl.St.* Kamer 2010, nr. 53 0041/001 en nr. 53 001/003.

⁵³ Advies van de Europese toezichthouder voor gegevens bescherming inzake het vergroten van het vertrouwen in de informatiemaatschappij door de bevordering van gegevensbescherming en privacy *Publ. E.n.* C 280/1 16 oktober 2010.

en mocht verwachten dat uw surfgedrag werd gevolgd”. Immers, elk redelijk wezen dient zoiets te beseffen en ernaar te handelen. Dat is natuurlijk volkomen correct. Van privacybescherming is er dan helemaal geen sprake meer. Afwachten of deze theorie verder opgang maakt.

34. Merkwaardig is ook enerzijds de zeer strenge aanpak wat betreft het af luisteren van telefoongesprekken met nietigheidssanctie, dikwijls van het hele strafdossier, en anderzijds de toegeeflijkheid ten aanzien van e-mails, uiteindelijk toch ook uitgeschreven boodschappen die via dezelfde weg worden overgebracht als telefoongesprekken.

35. Ik sluit af met vijf conclusies.

Conclusie een: eigenlijk is er van een behoorlijke bescherming van het privéleven van de werknemer, nochtans een belangrijk item in de Europese rechtspraak en de supranationale normen, geen sprake meer in ons arbeidsrecht. De toestand is te verward, de regels te formalistisch, de rechtspraak te uiteenlopend.

Conclusie twee: de werkgever kan wel worden gestraft wegens illegaal vergaren van bewijs tegen zijn werknemer maar hij mag de vruchten van zijn illegaal handelen wel gebruiken in rechte. Weliswaar is er een strenge controle van ons hof op die bewijsstukken.

Conclusie drie: de cao nr. 81 is een papieren tijger, net als de andere cao's die betrekking hebben op de privacybescherming in het arbeidsrecht. De enige remedie is een nieuwe cao die dan misschien wel een soepel en eenvoudig controlemechanisme kan uitwerken, en dit op straffe van nietigheid. De vraag is echter of de sociale partners een dergelijke nietigheidssanctie kunnen vastleggen. Dat laatste vergt dan wel stevige politieke onderhandelingen waarbij de sociale partners natuurlijk hun zegje zullen moeten doen.

Conclusie vier: in schril contrast met de evolutie van de rechtspraak in ons land en het gemak waarmee de cao nr. 81 opzij wordt geschoven staan de standpunten van de Europese beleidsmakers.

Conclusie vijf: finaal ben ik het helemaal eens met Sara Cockx⁵⁴ wanneer zij schrijft dat het belang van een goed opgestelde e-mail- en internetpolicy toch niet mag onderschat worden, ondanks de Antigoonleer en de leer van de redelijke privacyverwachtingen. In de door haar onderzochte rechtspraak stelt zij vast dat de arbeidsgerechten bij het beoordelen van een dringende reden vaak rekening houden met de richtlijnen en instructies die de werknemer voorafgaandelijk heeft ontvangen over het gebruik van e-mail en internet op het werk.

Indien de werknemer beschikt over duidelijke instructies betreffende het gebruik van internet tijdens de werkuren, dan valt het te verwachten dat het zeer kritische onderzoek van de onwettig verkregen bewijsmiddelen achterwege blijft, wat toch een niet te onderschatten voordeel kan zijn. Een pleidooi dus voor de correcte toepassing van de cao nr. 81, hoe formalistisch ook. Als legalist hoort men zo te denken.

36. Nog deze uitsmijter. Veel ellende kan worden vermeden door het installeren van softwarepakketten die alle vertier en plezier op bedrijfscomputers onmogelijk maken. Onze werkgever, de Federale Overheidsdienst Justitie, heeft het goede voorbeeld gegeven door recent nog sites met al te veel amusementswaarde ontoegankelijk te maken voor zijn personeel. Geen porno, geen *dating*, geen spelletjes, geen bankieren, geen gokken meer. Als er geen melk in het bakje zit, komt de kat ook niet in verleiding.

⁵⁴Sara COCKX, “Sociale media in de arbeidsrelatie: ‘vriend’ of vijand?”, *Or.* 2012, 12

DE RECHTSBEDELING IN HET RECHTSGEBIED TIJDENS HET JAAR 2012

I. ARBEIDSHOF

In 2012 werden voor de beide afdelingen samen 720 nieuwe zaken ingeschreven, dat is een stijging met 6 zaken tegenover 2011. In de afdeling Gent was er een stijging van 38 zaken, in de afdeling Brugge was er een vermindering van 32 zaken.

Het aantal inschrijvingen in de sector van de arbeidsovereenkomsten (artikel 578 Ger. W.) vertoont in de afdeling Brugge een daling, zowel voor de arbeiderscontracten ($22-36 = -14$) als voor de bediendecontracten ($69-72 = -3$).

In de afdeling Gent zijn het aantal arbeidscontracten gelijk gebleven namelijk 36, de bediendecontracten zijn met 1 eenheid verminderd ($79-80 = -1$).

In 2012 werden 137 zaken betreffende de collectieve schuldenregeling ingeschreven voor de 2 afdelingen. Dit is een daling van 7 zaken ten opzichte van het jaar 2011.

Inzake arbeidsongevallen en beroepsziekten waren er 61 zaken, dat is een daling van 9 zaken (een stijging van 6 zaken voor de afdeling Brugge en 15 minder voor de afdeling Gent).

Als we kijken naar de uitkeringen van de sociale zekerheid werknemers (artikel 580, 2° Ger. W.) stellen we een merkbare stijging vast met 29 eenheden ($136+29 = 165$ of + 21,32%) van de geschillen betreffende de rechten van de sociaal verzekerde.

In de geschillen met betrekking tot de bijdragen was er een stijging van amper 1 zaak, in de afdeling Gent zijn de zaken met 5 vermeerderd, in de afdeling Brugge was er een daling van 4 zaken.

Voor wat betreft de geschillen inzake de rechten en plichten van zelfstandigen (artikel 581 Ger. W.) was er een stijging met 4 eenheden ($16+4 = 20$).

Het aantal hogere beroepen in de materies tegemoetkoming aan gehandicapten en sociale reclassering (artikel 582, 1^o-2^o Ger. W.) vertoont een vermeerdering met 11 eenheden, een totaal van 27 zaken voor de afdeling Brugge en Gent.

In 2012 werden 759 zaken afgehandeld, tegenover 735 in 2011.

Uw hof verleende namelijk 696 eindarresten en er werden 63 zaken weggelaten van de algemene rol krachtens artikel 730, § 3 Ger.W.

Er werden ook 146 onderzoeks- of tussenarresten geveld.

Het openbaar ministerie heeft in 2012 102 zittingen bijgewoond en is tussengekomen in 336 zaken. Er werden namelijk 164 mondelinge en 172 schriftelijke adviezen uitgebracht. In strafzaken was het openbaar ministerie aanwezig op 20 zittingen.

Ten slotte bleven er op 1 januari 2013 nog 890 zaken te beslechten en dat zijn er 39 minder dan het jaar ervoor.

II. STRAFZAKEN AUDITORAAT-GENERAAL

Uit de bijgevoegde tabel blijkt dat het aantal hogere beroepen, na een oorspronkelijke toename in 2007 en 2008, vanaf 2009 gestabiliseerd is.

In totaal werden 70 nieuwe zaken ingeschreven in 2012.

Er werden in de loop van 2012 in totaal 47 eindarresten + 1 eindarrest burgerlijke belangen uitgesproken.

De derde kamer van het hof van beroep heeft voor de behandeling van de sociale strafzaken twee vaste zittingen per maand namelijk de eerste en de derde donderdag van de maand.

In 2012 werd eenmalig drie zittingen gehouden namelijk in de maand april.

In 2012 waren er in totaal 17 zittingen.

Het aantal nog te behandelen zaken steeg van 47 op 31 december 2011 naar 80 op 31 december 2012.

De kamer van inbeschuldigingstelling behandelde 5 zaken.

STRAFZAKEN AUDITORAAT-GENERAAL

	2009	2010	2011	2012
-zaken hoger beroep	65	61	63	70
-voorstellen hoger beroep met als beslissing geen hoger beroep	4	4	2	-
-ambtelijke opdrachten-aangiften E.G.	0	0	0	1
-genadeverzoek van Aa.	3	4	2	3
-gewichtige en kiese gebeurtenissen/mededeling aan P.G.	2	2	2	5
-kennisgeving artikel 136bis Sv. (hangende onderzoeken)	3	3	1	
-vraag om standpunt P.G.	1	0	2	0
-inzage en afschrift/mededeling P.V.'s.	7	7	7	11
-vordering voor K.I.	2	2	1	5

III ARBEIDSRECHTBANKEN

In 2012 werden 3.296 zaken ingeleid betreffende de collectieve schuldenregeling (artikel 578, 14° Ger. W.) wat een vermindering betekent met 443 zaken in vergelijking met vorig jaar (-11,85%).

Wat de andere materies betreft werden 13.215 nieuwe zaken aanhangig gemaakt. Dit is een daling met 193 zaken (-1,44%) tegenover 2011.

Het aantal inschrijvingen inzake arbeidsovereenkomsten is gestegen met 26 eenheden tot 1.448 eenheden, er is een afname van het aantal bediendecontracten (-12 zaken), terwijl er een stijging is van de arbeiderscontracten (+38 zaken).

Het aantal inschrijvingen inzake arbeidsongevallen en beroepsziekten (artikel 579 Ger. W.) is verminderd met 12 eenheden (637-649= -12 of -1,8%).

We stellen een vermeerdering vast in de geschillen betreffende de rechten van de sociaal verzekerde (art. 580 Ger. W.), nl. een stijging met 157 zaken (3.471-3.314= 157 of +4,74%).

Daarentegen is het aantal zaken in de sector bijdragen (artikel 580, 1° Ger. W.) gedaald met 474 eenheden (6.670-7.144= -474 of -6,63%) in vergelijking met 2011.

In 2012 is er een stijging van 12 zaken (+10,81%) in de sector bijdragen zelfstandigen (artikel 581,1° Ger.W.). Er waren in 2012 nog 123 inschrijvingen betreffende deze materie.

In 2012 is het aantal inschrijvingen in de sector tegemoetkomingen aan gehandicapten en sociale reclassering (artikel 582,1°-2° Ger. W.) met 29 eenheden gedaald (568-597= -29 of -4,86%).

Wat nu het aantal afgehandelde zaken betreft.

CSR-zaken niet inbegrepen werden er in 2012 13.414 zaken afgehandeld (door middel van een eindvonnis, een doorhaling of een weglating) tegenover 13.441 in 2011.

Daar bovenop komen echter 22.673 beschikkingen of vonnissen uitgesproken in 2012 inzake collectieve schuldenregeling. Dit betekent een stijging met 351 eenheden of +1,57%.

Het Openbaar Ministerie heeft 2.160 schriftelijke adviezen uitgebracht en 2.927 mondelinge. (*)

Op 1 januari 2013 bleven er nog 35.373 zaken te behandelen voor wat betreft de “klassieke” materies.

Inzake collectieve schuldenregeling kan een dergelijke eindafrekening niet gebeuren aangezien in één zaak meerdere beslissingen kunnen getroffen worden.

Het specifieke aan deze materie is dat een zaak meestal slechts na vele jaren als afgehandeld kan worden beschouwd.

(*) Zie bijlage p. 43-44-45

IV. STRAFZAKEN ARBEIDSAUDITORATEN (**)

In 2012 werden er in de arbeidsauditoraten 4.430 nieuwe zaken geopend, een vermindering met 105 zaken (- 2,37%).

Er waren 112 dagvaardingen in politiezaken en 1.381 in correctionele zaken. Dit geeft een totaal van 1.493 tegenover 1.322 in 2011.

In het sociaal strafrecht werden er 39 vonnissen geveld door de politierechtbanken en 479 door de correctionele rechtbanken.

De arbeidsauditoraten stuurden 1.903 zaken door naar de administratie voor administratieve geldboeten tegenover 1.481 in 2011, een vermeerdering van 422 zaken (+ 28,49 %).

Er werden ook 144 zaken afgehandeld bij minnelijke schikking.

(**) Zie bijlage p. 46

V. MENSENHANDEL, MENSENSMOKKEL en ILLEGALE TEWERKSTELLING (***)

Een belangrijk deel van de sociaalrechtelijke strafzaken blijft ook in 2012 betrekking hebben op de illegale tewerkstelling van vreemdelingen, af en toe gecombineerd met mensenhandel of mensensmokkel.

Inzonderheid in het kader van de bestrijding van de mensenhandel werd ook in 2012 door een referentiemagistraat van het auditoraat-generaal deelgenomen aan de werkzaamheden en vergaderingen van het expertisenetwerk Mensenhandel-Mensensmokkel, en van het coördinatieteam van dat expertisenetwerk.

Sinds december 2008 neemt een referentiemagistraat van het auditoraat-generaal ook deel aan de werkzaamheden en vergaderingen van het nieuw opgerichte expertisenetwerk Sociaal Strafrecht.

De mensenhandel, mensensmokkel en illegale tewerkstelling worden bovendien uitgebreid besproken op de jaarlijkse vergadering van de arbeidsauditeurs en referentiemagistraten mensenhandel/mensensmokkel van het ressort in de loop van de maand juni.

Daarbij wordt gebruik gemaakt van de elektronische fiche die sinds 2003 in het ressort werd ingevoerd.

Deze fiche, waarop de arbeidsauditoraten alle strafdossiers met betrekking tot illegale tewerkstelling, mensenhandel en mensensmokkel inbrengen, is sinds jaren een bijzonder instrument geworden in het beleid inzake de bestrijding van vooral de illegale tewerkstelling, de mensenhandel en de mensensmokkel.

De elektronische fiche stelt de arbeidsauditeurs niet alleen in staat om hun beleid te optimaliseren en het op elkaar af te stemmen, maar ook dat van de arrondissementscellen, waarin ze als voorzitters een belangrijke inbreng hebben.

(***) Zie bijlage (afzonderlijk document)

BIJLAGEN

- (*) STATISTIEK BURGERLIJKE ZAKEN AUDITORATEN 2010-2011-2012
(zie p. 43-44-45)
- (**) STATISTIEK STRAFZAKEN AUDITORATEN 2010-2011-2012
(zie p. 46)
- (***) STATISTIEKEN ILLEGALE TEWERKSTELLING 1-1-2003 tot 31-12-2012
(zie afzonderlijk document)

BIJLAGE * : DRIEJAARLIJKSE STATISTIEK BURGERLIJKE ZAKEN ARBEIDSRECHTBANKEN

AUDITORAAT GENT	2010				2011				2012			
	Inschrijvingen algemene rol	medegedeeld aan het OM	Advies van het OM		Inschrijvingen algemene rol	medegedeeld aan het OM	Advies van het OM		Inschrijvingen algemene rol	medegedeeld aan het OM	Advies van het OM	
			schriftelijk	mondeling			schriftelijk	mondeling			schriftelijk	mondeling
BURGERLIJKE ZAKEN												
1. Art. 578 Ger. W.	338	0	4	0	368	2	0	0	342	4	1	1
2. Art. 578,14° Ger. W.	940	0	0	0	926	0	0	0	815	0	0	0
3. Art. 579 Ger. W.	159	0	0	0	138	0	0	0	138	0	0	0
4. Art. 580 Ger. W.	2.387	795	544	200	2.424	862	590	173	2.440	904	629	312
5. Art. 581 Ger. W.	174	19	25	8	45	22	17	3	53	30	20	8
6. Art. 582 Ger. W. (1° en 2°)	162	162	52	95	124	125	56	117	104	104	141	55
7. Art. 582 Ger. W. (3° - 6°)	0	0	0	1	9	9	0	0	22	22	10	6
8. Art. 583 Ger. W.	13	13	3	6	6	6	3	6	10	10	1	4
TOTAAL	4.173	989	628	310	4.040	1.026	666	299	3.924	1.074	802	386

AUDITORAAT DENDERMONDE	2010				2011				2012			
	Inschrijvingen algemene rol	medegedeeld aan het OM	Advies van het OM		Inschrijvingen algemene rol	medegedeeld aan het OM	Advies van het OM		Inschrijvingen algemene rol	medegedeeld aan het OM	Advies van het OM	
			schriftelijk	mondeling			schriftelijk	mondeling			schriftelijk	mondeling
BURGERLIJKE ZAKEN												
1. Art. 578 Ger. W.	358	0	0	0	335	2	1	1	380	0	1	2
2. Art. 578,14° Ger. W.	1.072	0	0	0	986	0	0	0	817	1	0	0
3. Art. 579 Ger. W.	180	0	0	0	195	0	0	0	190	0	0	0
4. Art. 580 Ger. W.	2.324	885	197	962	2.230	859	290	1.001	2.141	866	249	1.061
5. Art. 581 Ger. W.	119	28	1	38	46	15	1	44	22	7	0	36
6. Art. 582 Ger. W. (1° en 2°)	158	158	1	188	137	137	1	243	127	121	1	238
7. Art. 582 Ger. W. (3° - 6°)	0	0	0	0	0	0	0	0	10	11	0	5
8. Art. 583 Ger. W.	2	2	0	2	1	1	1	1	9	7	0	3
TOTAAL	4.213	1.073	199	1.190	3.930	1.014	294	1.290	3.696	1.013	251	1.345

AUDITORAAT OUDENAARDE BURGERLIJKE ZAKEN	2010				2011				2012			
	Inschrijvingen algemene rol	medegedeeld aan het OM	Advies van het OM		Inschrijvingen algemene rol	medegedeeld aan het OM	Advies van het OM		Inschrijvingen algemene rol	medegedeeld aan het OM	Advies van het OM	
			schriftelijk	mondeling			schriftelijk	mondeling			schriftelijk	mondeling
1. Art. 578 Ger. W.	88	0	1	2	95	0	3	1	87	0	1	2
2. Art. 578,14° Ger. W.	269	0	0	0	236	0	0	0	239	0	0	0
3. Art. 579 Ger. W.	66	0	0	0	74	0	1	0	55	0	0	0
4. Art. 580 Ger. W.	711	222	254	29	717	228	244	37	710	228	231	38
5. Art. 581 Ger. W.	70	13	9	5	11	3	13	5	18	3	8	4
6. Art. 582 Ger. W. (1° en 2°)	38	38	35	42	37	37	36	26	34	37	19	40
7. Art. 582 Ger. W. (3° - 6°)	0	0	0	0	0	0	0	0	2	0	0	0
8. Art. 583 Ger. W.	3	3	0	0	0	0	2	0	5	0	1	0
TOTAAL	1.245	276	299	78	1.170	268	299	69	1.150	268	260	84

AUDITORAAT BRUGGE	2010				2011				2012			
	Inschrijvingen algemene rol	medegedeeld aan het OM	Advies van het OM		Inschrijvingen algemene rol	medegedeeld aan het OM	Advies van het OM		Inschrijvingen algemene rol	medegedeeld aan het OM	Advies van het OM	
			schriftelijk	mondeling			schriftelijk	mondeling			schriftelijk	mondeling
BURGERLIJKE ZAKEN												
1. Art. 578 Ger. W.	306	4	1	2	286	290	3	0	258	0	0	0
2. Art. 578,14° Ger. W.	846	0	0	0	760	0	0	0	695	0	0	0
3. Art. 579 Ger. W.	116	0	0	0	107	0	0	0	129	0	0	0
4. Art. 580 Ger. W.	2.469	596	497	233	2.521	612	454	244	2.297	2.298	427	213
5. Art. 581 Ger. W.	97	35	44	10	52	38	35	13	67	67	32	10
6. Art. 582 Ger. W. (1° en 2°)	155	155	225	55	138	138	209	41	157	157	204	20
7. Art. 582 Ger. W. (3° - 6°)	0	0	0	0	0	0	0	0	7	0	0	0
8. Art. 583 Ger. W.	3	3	4	0	2	2	2	0	13	13	1	2
TOTAAL	3.992	793	771	300	3.866	1.080	703	298	3.623	2.535	664	245

AUDITORAAT KORTRIJK - IEPER - VEURNE	2010				2011				2012			
	Inschrijvingen algemene rol	medegedeeld aan het OM	Advies van het OM		Inschrijvingen algemene rol	medegedeeld aan het OM	Advies van het OM		Inschrijvingen algemene rol	medegedeeld aan het OM	Advies van het OM	
			schriftelijk	mondeling			schriftelijk	mondeling			schriftelijk	mondeling
BURGERLIJKE ZAKEN												
1. Art. 578 Ger. W.	370	2	2	0	346	3	4	1	412	0	1	1
2. Art. 578,14° Ger. W.	951	1	0	0	831	0	0	0	730	0	0	0
3. Art. 579 Ger. W.	151	0	0	1	135	0	0	0	127	0	0	1
4. Art. 580 Ger. W.	2.574	741	127	742	2.566	768	146	745	2.553	891	137	673
5. Art. 581 Ger. W.	128	33	16	56	48	22	13	23	76	25	8	9
6. Art. 582 Ger. W. (1° en 2°)	174	159	33	220	161	161	46	273	147	142	33	181
7. Art. 582 Ger. W. (3° - 6°)	0	0	0	22	1	1	0	0	14	14	4	1
8. Art. 583 Ger. W.	8	9	1	7	4	4	6	0	16	3	0	1
TOTAAL	4.356	945	179	1.048	4.092	959	215	1.042	4.076	1.075	183	867

ALGEMEEN TOTAAL	17.979	4.076	2.076	2.926	17.098	4.347	2.177	2.998	16.469	5.965	2.160	2.927
------------------------	---------------	--------------	--------------	--------------	---------------	--------------	--------------	--------------	---------------	--------------	--------------	--------------

BIJLAGE ** : DRIEJAARLIJKSE STATISTIEK STRAFZAKEN AUDITORAAT

	JAAR	GENT	DENDERMONDE	OUDENAARDE	BRUGGE	KORTRIJK - IEPER - VEURNE	TOTAAL
Aantal notities	2010	1.242	1.216	383	1.418	995	5.254
	2011	995	1.186	232	1.204	918	4.535
	2012	1.138	970	229	1.152	941	4.430
Aantal vonnissen (correctionele rechtbank)	2010	102	278	19	131	65	595
	2011	108	184	4	128	65	489
	2012	96	238	3	100	42	479
Aantal vonnissen (politierechtbank)	2010	13	15	0	26	2	56
	2011	6	16	0	21	6	49
	2012	11	3	0	23	2	39
Aantal zaken afgedaan door het parket buiten de rechter (V.S.B.G.)	2010	33	61	5	46	89	234
	2011	36	56	5	48	55	200
	2012	27	49	2	24	42	144
Aantal geseponeerde zaken met kennisgeving aan dienst administratieve geldboeten	2010	286	252	151	282	430	1.401
	2011	272	230	138	389	452	1.481
	2012	414	535	109	422	423	1.903

IN MEMORIAM

- **Antoine SICHIE**N, (rechter in sociale zaken, als zelfstandige, bij de arbeidsrechtbank te Dendermonde.)

Overleden op 18 september 2012 – 59 jaar

- **Jean-François WECKHUYSEN**, (gewezen eerstaanwezend administratief hoofdagent bij het arbeidshof te Gent)

Overleden op 13 november 2012 – 81 jaar

- **Marcel MACHIELS**, (gewezen raadsheer in sociale zaken, als zelfstandige, bij het arbeidshof te Gent)

Overleden op 23 november 2012 – 93 jaar

- **Rene GEERTS**, (gewezen raadsheer in sociale zaken, als werknemer-bediende, bij het arbeidshof te Gent)

Overleden op 23 januari 2013 – 66 jaar

- **Paul DE KEERSMAECKER**, (gewezen griffier bij de arbeidsrechtbank te Dendermonde)

Overleden op 17 maart 2013 – 77 jaar