

Facebook en arbeidsrecht: *mysterium tremendum et fascinans*

Jeroen LORRÉ

Advocaat

Wetenschappelijk medewerker vakgroep sociaal recht Universiteit Gent

Twilliciteren, netwerven en social media managers. Het is een greep uit het nieuwe vocabularium dat ondernemingen binnensijpelt. De algemene pers bericht regelmatig over de invloed van social media op de werkvloer en vestigt daarmee de aandacht op eigentijdse knelpunten. Hoewel het arbeidsrecht is ontstaan en gegroeid langsheen het klassieke spanningsveld tussen arbeid en kapitaal, lijkt het erop dat de zogenaamde sociale netwerksites (hierna: SNS) een andere kijk kunnen bieden op bestaande rechtsregels. Deze bijdrage bespreekt de (mogelijke) invloed van deze maatschappelijke tendens op de drie stadia van de levenscyclus van een arbeidsovereenkomst: werving en selectie, uitvoering en schorsing van de arbeidsovereenkomst, en de beëindiging van de arbeidsrelatie. Tot slot volgen ook enkele bedenkingen vanuit procesrechtelijke en strafrechtelijke hoek.

I. Sociale netwerksites, een duiding

A. Evolutive parenthese

1. Anno 2011 hebben de nieuwe internettoepassingen een vaste plaats veroverd in het leven van de modale burger. Statistiek en cijfers rijzen als paddenstoelen uit de grond. Volgens de Europese Commissie gebruiken ongeveer 41,7 miljoen Europeanen regelmatig SNS. Hun aantal zou tegen 2012 zelfs stijgen tot 107,4 miljoen.¹ Gemiddeld spenderen deze Europese gebruikers drie uren per maand aan het surfen op deze webapplicaties.² Belgen hinken hier allerminst achterop: blijkens onderzoek van Eurostat zou de SNS Facebook maar liefst 3,5 miljoen Belgische leden tellen, wat één landgenoot op twee is.³

De term «sociale netwerksite» is eerder generiek. In het algemeen kunnen SNS worden 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».⁴ De bedoeling bestaat erin dat de gebruiker zich inschrijft, een profiel aanmaakt – waardoor er meteen een contractuele verhouding ontstaat met de aanbieder of beheerder van de website⁵ – en contact legt met andere gebruikers. Op die manier ontstaat een, zij het virtuele, sociale interactie binnen een online gemeenschap van gebruikers.⁶ De gebruiker beschikt in essentie over de mogelijkheid om zijn of haar profiel te stofferen met personalia, informatie over interesses en voorkeuren, tekstuele boodschappen (meningen, commentaren, weergave van gemoedsgesteldheid, terloopse uitspraken, situeren van evenementen, ...), fotografisch en audiovisueel materiaal, enzovoort, met het oog op het etaleren en delen van deze informatie met derden. In de marge bieden SNS ook andere vormen van verstrooiing aan hun ge-

¹ http://ec.europa.eu/information_society/activities/social_networking/index_en.htm (consultatie op 30 november 2010).

² [www.comscore.com/Press_Events/Press_Releases/2007/10/UK_Social_Networking/\(language\)/eng-US](http://www.comscore.com/Press_Events/Press_Releases/2007/10/UK_Social_Networking/(language)/eng-US) (consultatie op 30 november 2010).

³ Algemeen persbericht *De Standaard* van 13 juni 2010, met verwijzing naar statistisch onderzoek door Eurostat en de International Telecommunication Union.

⁴ E. DE PAUW, «Sociale controle in onlinegemeenschappen: een taak voor de overheid of volstaat zelfregulering?», *Orde van de dag* 2010, afl. 49, (5), 7.

⁵ Zie daarover: J. MOINY, «Facebook au regard des règles européennes concernant la protection des données», *Revue Européenne de Droit de la Consommation* 2010, (235), 245-247.

⁶ De voornaamste dienstverlenende ondernemingen zijn gekend onder hun commerciële benaming, zoals Facebook, Netlog en Twitter. Sommige hebben een eerder regionale strekking (Nederland: Hyves; Franstalig België en Frankrijk: Skyrock en Dailymotion; Finland: Sulake; Latijns-Amerika: Orkut; Azië: Friendster, ...) of spitsen zich toe op welbepaalde interessesferen en hobby's (sociale netwerken *sensu stricto*: Facebook; werkgerelateerd: LinkedIn en Ecademy; m.b.t. muziek: MySpace en LastFM; micro-blogging: Twitter, ...).

bruikers, zoals de mogelijkheid tot participatie aan *online* vormen van entertainment of het attent maken op bepaalde advertenties.

2. SNS zijn, net zoals enkele andere fenomenen (*wiki's*, *content sharing*, ...), uitingen van de zogeheten «*web 2.0*»-evolutie. Terwijl het internet in een eerste fase («*web 1.0*») niet meer was dan een loutere verzameling van statische webpagina's, waarvan (enkel) de ontwerper of beheerder van de site de inhoud bepaalde, doelt de *web 2.0*-gedachte resoluut op een dynamische interactie van de *gebruikers* van een website.⁷ Het is thans de gebruiker die het internet zelf vorm geeft via een actieve bijdrage.

Naast de opmars van steeds verder gaande ICT-gerelateerde mogelijkheden en het gebruiksvriendelijker worden van internet en applicaties, wordt de *web 2.0*-evolutie onmiskenbaar gevoed door een zeker democratiseringsproces. In 2008 had gemiddeld 60% van de Europese gezinnen thuis toegang tot het wereldwijde web, en dat cijfer is in de periode 2006-2008 met ongeveer 10% per jaar gestegen.⁸ Ongeveer de helft van de Europese huishoudens heeft toegang tot het internet via een breedbandverbinding.

B. Interferentie van SNS met arbeid en sociaalrechtelijke context

3. Dat SNS ondertussen ook hun weg naar de werkvloer hebben gevonden, behoeft weinig uitleg.⁹ De expansie van de tertiaire sector en de ingebruikname van nieuwe technologieën en communicatiemiddelen plaveiden de weg hiervoor. Uit een recente enquête van een Britse beveiligingsfabrikant blijkt overigens dat één werknemer op vijf zonder problemen op het werk wil kunnen *twitteren* of *facebooken*. Een ruime meerderheid van de ondervraagden – een 1600-tal *managers* uit Groot-Brittannië, Duitsland, de Verenigde Staten en Australië – acht het vrij rondsurfen op het internet, en het vertrouwen van hun werkgever dat ze hun tijd desondanks efficiënt benutten, belangrijker dan hun salaris.¹⁰

Schoorvoetend rapporteert de algemene binnen- en buitenlandse pers over conflicten in de professionele

sfeer, met als protagonist een SNS. Een mediatieke ouverture op dit thema was de zogeheten *Virgin Atlantic*-zaak einde 2008. Dertien leden van het boordpersoneel in dienst van de gelijknamige Britse luchtvaartmaatschappij werden ontslagen na het beledigen van passagiers via *Facebook*.¹¹ Zo ook kreeg een dienaar uit de Amerikaanse staat North Carolina prompt haar ontslag nadat ze zich op haar *Facebook*-pagina bekloeg over een karige fooi.¹² Net niet hetzelfde lot onderging een vrouwelijke leerkracht uit het Engelse Huddersfield, nadat ze op *Facebook* had gespot met een vierjarig kind dat tijdens de les in tranen was uitgebarsten.¹³ De reden van ontslag kan ook rechtstreekse kritiek op de werkgever zijn. Dat ondervonden een tweetal werknemers van een Amerikaans restaurant die een private *chat*groep op *MySpace* op poten hadden gezet, waarop ze hun ongenoegen over het werk de vrije loop lieten. De werkgever kreeg, via een andere werknemer, inzage in de *online* door de werknemers gevoerde discussies en gaf de initiatiefnemers onmiddellijk ontslag. De werknemers vochten het ontslag in rechte aan. Niet zonder succes, omdat de rechtbank het oordeel van de jury volgde en de werkgever veroordeelde tot betaling van een schadevergoeding.¹⁴ Tot slot: ook inzake socialezekerheidsuitkeringen maakten de media gewag van een belangwekkende zaak. Een Canadese dame zag zich geconfronteerd met de weinig fortuinlijke gevolgen van het plaatsen van aangenaam ogende (strand)vakantiefoto's op haar persoonlijke *Facebook*-pagina. De verzekeringsmaatschappij, waarvan ze tot dusver een maandelijkse ziekte-uitkering ontving wegens haar beweerde depressieve toestand, schrapte haar tussenkomst.¹⁵

4. Wij kunnen niet anders dan vaststellen dat SNS de voorbije twee à drie jaar de werkplek zijn binnengeslopen. Deze intrede verloopt, blijkens een weliswaar schaarse casuïstiek, niet altijd zonder slag of stoot en laat ondernemingen allerminst onberoerd.¹⁶ Ook over

⁷ E. MONTERO, «Les responsabilités liées au web 2.0», *Revue de Droit des Technologies de l'Information* 2008, (363), 365.

⁸ Bron: Eurostat. Zie: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Information_society_statistics_at_regional_level (consultatie op 30 november 2010).

⁹ Op 22 januari 2010 kopte *De Morgen* met «Facebook en Twitter niet meer uit bedrijf te krijgen».

¹⁰ Algemeen persbericht *Jobat*: «Social media day. Facebook op het werk belangrijker dan loon», <http://content.jobat.be/nl/artikels/facebook-op-werk-belangrijker-dan-loon> (consultatie 30 november 2010).

¹¹ Algemeen persbericht *The Independent* van 1 november 2008: «Virgin Atlantic sacks 13 staff for calling its flyers «chavs»».

¹² Algemeen persbericht *De Morgen* van 18 mei 2010: «Dienst ontslagen na Facebook-klacht over fooi».

¹³ Algemeen persbericht *De Morgen* van 4 maart 2010. Na protest door de ouders van het kind aan het adres van de school, keek de leerkracht aan tegen een disciplinaire schorsing.

¹⁴ United States District Court (New Jersey) 25th September 2009, *Pietrylo and Marino t/ Hillstone Restaurant Group*, civil case n^o 06-5754 (FSH), consulteerbaar op www.employmentlegalblawg.com/2010/01/facebook-myspace-and-twitter-o.html (consultatie op 30 november 2010).

¹⁵ Algemeen persbericht *De Morgen* van 23 november 2009, met als titel: «Vrouw verliest uitkering door bikini foto's op Facebook».

¹⁶ Zie ook X., «Sociale netwerksites: troef of gevaar», *P&O* 2010, nr. 5, p. 26.

onze landsgrenzen heen zien werkgevers en werknemers zich met dezelfde problematiek geconfronteerd. Zo diende de Duitse Bondsregering recentelijk een wetsvoorstel in voor een nieuwe *Datenschutzgesetz*, een wet die werkgevers voortaan zou verbieden om persoonlijke data van sollicitanten en werknemers te plukken van *online* privéprofielen. De katalysator voor dit regelgevend initiatief waren enkele schandalen rond doorgedreven e-controle op werknemers van en door enkele grote Duitse bedrijven.¹⁷ De *Bundestag* hakt naar alle verwachting in het eerste kwartaal van 2011 de knoop door. In België valt op dit specifiek punt *de lege ferenda* niet onmiddellijk iets te verwachten, al maken de gevaren van sociale netwerksites wel het voorwerp uit van parlementair debat.¹⁸

De vraag rijst hoe het Belgische arbeidsrecht, in zijn actuele stand, met dit fenomeen kan omgaan.

II. Werving en selectie: de precontractuele fase

5. Alvorens partijen overgaan tot het sluiten en uitvoeren van een arbeidsovereenkomst, moeten zij eerst in contact treden. Het treffen van vraag en aanbod – de arbeidsmarkt – is sinds oudsher het terrein van individuele sollicitaties, alsook van publieke en private arbeidsbemiddeling. Sociale media als bijkomend platform voor werving en selectie krijgen stilaan bekendheid,¹⁹ al toont recent statistisch onderzoek van een *online* jobsite dat het in de praktijk niet zo een vaart hoeft te lopen.²⁰ Slechts 46,6% van de bevraagde bedrijven maakt gebruik van sociale media, met als voornaamste drijfveer (79%) personeelwerving. Volgens diezelfde studie mag het rendement van dit kanaal niet worden overschat: slechts de helft van de bevraagde bedrijven die sociale media als rekruteringskanaal aanwenden, geeft aan op die manier effectief werknemers te hebben gevonden.

6. Het gebruik van sociale media in de precontractuele fase geeft aanleiding tot juridische reflectie. Een eerste punt komt neer op de bescherming van de zwakkere partij, namelijk de sollicitant. Uit universitair

onderzoek blijkt dat het merendeel van de selectieverantwoordelijken, ter voorbereiding van een eerste sollicitatiegesprek, *online* bijkomende informatie over de kandidaat zoekt. Daarbij maken zij vooral gebruik van de websites *LinkedIn* (66,7%) en *Facebook* (44,2%), waar bijvoorbeeld ook de profielfoto en toegankelijke privaat getinte informatie in het vizier komen.²¹ Het wereldkundig maken van een vacature maakt deel uit van «*werving*»; het raadplegen en afspeuren van profielen in sociale media is een stap in het selectieproces en valt onder de juridische definitie van «*selectie*».²² Deze vaststelling activeert meteen een verbod voor de selecterende instantie om sollicitanten op een discriminerende wijze te behandelen: een onderscheid op grond van persoonlijke elementen is niet toegestaan, tenzij deze verband houden met de functie of de aard van de onderneming of indien de wet dit toelaat of vereist.²³ De werkgever mag in beginsel geen onderscheid maken op grond van de criteria leeftijd, geslacht, burgerlijke stand, ziekteverleden, ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming, politieke of levensovertuiging en lidmaatschap van een vakbond of een andere organisatie, seksuele geaardheid en handicap. Informatie over deze eigenschappen, door de sollicitant persoonlijk en publiek kenbaar gemaakt via sociale media en naderhand gerecepteerd door een werkgever, mag niet leiden tot een ongelijke selectie. Gebeurt dit toch, dan stellen de werkgever, zijn lasthebbers of aangestelden zich bloot aan strafvervolg²⁴ of een administratieve geldboete.²⁵ Twee jaar na de inwerkingtreding van het Sociaal Strafwetboek (uiterlijk 1 juli 2013) zal dit misdrijf worden bestraft met een sanctie van niveau 1, meer bepaald (enkel) een

²¹ Bericht op HR Square: «Informatie op LinkedIn en Facebook beïnvloedt oordeel van selectieverantwoordelijken», www.hr-square.be/nieuws/5619/informatie-op-linkedin-en-facebook-beïnvloedt-oordeel-van-selectieverantwoordelijken (consultatie op 30 november 2010), met verwijzing naar onderzoek gevoerd door de Hogeschool-Universiteit Brussel.

²² Art. 2 van CAO nr. 38 van 6 december 1983 betreffende de werving en selectie van werknemers, algemeen verbindend verklaard (art. 1 tot 6 evenals art. 19) door KB van 11 juli 1984, *BS* 28 juli 1984 (hierna CAO nr. 38): «het geheel van de onderscheiden stappen door of namens de werkgever gedaan, met het oog op indienstneming van personeel».

²³ Art. 2bis van CAO nr. 38, zoals gewijzigd door CAO nr. 38ter van 17 juli 1998 en CAO nr. 38quater van 14 juli 1999.

²⁴ Schending van algemeen verbindend verklaarde cao's wordt thans strafrechtelijk beteugeld door art. 56, eerste lid, 1^o, van de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités, *BS* 15 januari 1969.

²⁵ Bij sepot van het strafdossier kan de Federale Overheidsdienst Werk, Arbeid en Sociaal Overleg een administratieve geldboete opleggen op grond van art. 1, 32^o, a), van de wet van 30 juni 1971 betreffende de administratieve geldboeten toepasselijk in geval van inbreuk op sommige sociale wetten, *BS* 13 juli 1971.

¹⁷ Algemeen persbericht *Die Zeit* van 30 oktober 2010: «Gesetzentwurf schützt Arbeitgeber, nicht Arbeitnehmer».

¹⁸ Zie voorstel van resolutie 25 maart 2010 over het recht op verwijdering van digitale gegevens, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 2509/001.

¹⁹ Algemeen persbericht *De Morgen* 27 van november 2008: «Rekruteren doe je tegenwoordig op Facebook».

²⁰ Stepstone, *Rapport sociale media 2010*, www.stepstone.be/OverStepStone/loader.cfm?csModule=security/getfile&pageid=17099 (consultatie op 30 november 2010). De enquête richtte zich op 3116 werkzoekenden en 837 bedrijven in acht verschillende landen.

administratieve geldboete van 10 tot 100 euro per kandidaat-werknemer, vermeerderd met de opdecimen.²⁶ Deels overlappend en even relevant zijn de bepalingen van de Antidiscriminatiewet²⁷ en de Antiracismewet.²⁸ Beide normen spitsen zich ook toe op de voorwaarden voor toegang tot arbeid, en kennen een eigen civiel en penaal sanctieregime. De in de praktijk minder gekende CAO nr. 95 sluit hier de rangen.²⁹

Het non-discriminatieleerstuk biedt ook een invalshoek voor nieuwe misschien als storend ervaren fenomenen, zoals het verengen van rekruteringskanalen tot (enkel) sociale media. Het is niet ondenkbaar dat een werkgever beslist om een openstaande vacature uitsluitend aan te bieden via een SNS. Op die manier bereikt het aanbod enkel intimi van de onderneming (relaties van de werkgever) of worden externe geïnteresseerden verplicht zich lid te maken van het desbetreffende netwerk om nuttig te kunnen solliciteren. Zo een handelwijze kan aanleiding geven tot indirecte discriminatie. C. Bayart wijst er bijvoorbeeld op dat het gebruik van (uitsluitend) een welbepaald selectiekanal indirect discriminerend kan zijn indien de relatiekring van de werkgever is samengesteld uit personen van één bepaalde raciale groep.³⁰ Hoewel, zoals hierboven geaduid, de meerderheid van de bevolking toegang heeft tot een breedbandverbinding en vertrouwd is met het gebruik van internet en toepassingen, zal toch een behoorlijk segment van de werkzoekenden geen toegang of ervaring hebben met SNS. Het expliciet uitsluiten van eerder «klassieke» wervings- en selectiekanalen ten voordele van SNS lijkt een ogenschijnlijk neutrale maatstaf of handelwijze, maar kan zo toch bepaalde personen benadelen op grond van bijvoorbeeld (beschermde) criteria vermogen en sociale afkomst. Ook dit is een indirecte discriminatie, die volgens de Antidiscriminatiewet betrekking kan heb-

ben op de bepaling en de toepassing van selectiekanalen, alsook werkaanbiedingen en advertenties, ongeacht de wijze waarop deze worden verspreid.³¹ Een dergelijk indirect onderscheid is verboden, tenzij het wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.³² Hierbij kunnen we bijvoorbeeld denken aan de werving van IT-specialisten die voor de inhoud van de job net met SNS overweg moeten kunnen.

Bij het hanteren van dit abstracte denkkader mag men natuurlijk niet blind zijn voor de actuele realiteit. Een studie van de VDAB toont aan dat er wel degelijk een praktische diversificatie is op het vlak van het type werknemer en de rekruteringskanalen. Zo worden professionele en sociale netwerksites het vaakst gebruikt voor het rekruteren van stafleden. Voor het werven van arbeiders zijn SNS minder populaire kanalen, omdat men voor deze laatste categorie de rekrutering liever laagdrempelig houdt.³³

7. Art. 11 van CAO nr. 38 poneert het beginsel van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de sollicitant. Oorspronkelijk doelde dit artikel op het vermijden van persoonlijke (en vaak professioneel irrelevante) vragen tijdens een sollicitatiegesprek of selectieproef. In de huidige tijdsgeest zou het een nieuwe invulling kunnen krijgen, door sommige verregaande pogingen tot informatievergaring te viseren. Het onder impliciete druk ingaan op een virtueel «vriendschapsverzoek» van een potentiële werkgever, valt moeilijk te accepteren.³⁴ De beweegreden van de werkgever zal hoogstwaarschijnlijk gelegen zijn in nieuwsgierigheid naar de personalia van de betrokken werknemer in spe en het uitkammen van diens privaat profiel. Bovendien moeten alle inlichtingen betreffende de sollicitant vertrouwelijk worden behandeld.³⁵ Nochtans zijn deze tekstuele geboden en verboden op zichzelf weinig zaligmakend: het betreft obligatoire bepalingen die enkel de contractsluitende partijen bij de CAO verbinden. Miskennis van art. 11 van CAO nr. 38 zal dus niet resulteren in straf- of administratieve sancties, maar kan wel leiden tot een schending van de onderliggende norm van goede trouw. De benadeelde sollicitant kan zich in die zin beroepen op het leerstuk van de on-

²⁶ Art. 189 *juncto* art. 101, 102 en 103 Sw. en art. 109, 20^o, a) en c), en art. 111, eerste lid, 2^o, van de wet van 6 juni 2010 tot invoering van het Sociaal Strafwetboek, BS 1 juli 2010. Art. 110 van diezelfde wet bevat evenwel een overgangsregeling.

²⁷ Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, BS 30 mei 2007.

²⁸ Wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenofobie ingegeven daden, BS 8 augustus 1981.

²⁹ CAO nr. 95 van 10 oktober 2008 betreffende de gelijke behandeling gedurende alle fasen van de arbeidsrelatie, algemeen verbindend verklaard door KB van 11 januari 2009, BS 4 februari 2009.

³⁰ C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie. Arbeidsverhoudingen na de Discriminatiewet. Arbeidsverhoudingen na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn*, Gent, Larcier, 2004, 426; C. BAYART, «Discriminatie in de arbeidsverhoudingen. De Ras- en Kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen» in D. CUYPERS (red.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht. Gelijkheid zonder grenzen?*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (1), 34.

³¹ Art. 4, 9^o, en art. 5, § 2, 1^o, Antidiscriminatiewet.

³² Art. 9 en 14 Antidiscriminatiewet.

³³ VDAB studiedienst, «Rekrutering in revolutie?», *VDAB ontcijfert*, nummer 20, mei 2010, <http://publicaties.vlaanderen.be/docfolder/18623/VDAB%20Ontcijfert%20nr.%2020.pdf> (consultatie op 30 november 2010).

³⁴ SNS die enkel het *online* plaatsen van professionele gegevens en het *curriculum vitae* beogen, uiteraard buiten beschouwing gelaten.

³⁵ Art. 12 van CAO nr. 38.

rechtmatige daad om een schadevergoeding te verkrijgen.³⁶ Het hoeft geen verbazing te wekken dat CAO nr. 38 als rechtsbron sinds haar ontstaan het voorwerp uitmaakt van zowel inhoudelijke als formele algemene kritiek.³⁷

8. Sinds kort kan de werkzoekende *homo interneticus* via een korte kernachtige boodschap van maximum honderdveertig tekens reageren op een vacature, kortweg *twilliciteren*.³⁸ De spits werd in maart 2010 afgebeten door een Nederlands centraal «IT detachingsbedrijf». ³⁹ Ook het centraliseren, groeperen en bundelen van «twacatures» kent momenteel ingang, vooral in Nederland en het Verenigd Koninkrijk.⁴⁰ Via deze weg krijgen geïnteresseerden, na het aanmaken van een *account* bij de website *Twitter*, tweemaal per dag een jobaanbod waarop zij prompt kunnen reageren. Het is de eigenaar/beheerder van dit webdomein die de jobaanbiedingen verzamelt en doorspeelt, rekening houdende met de desiderata van de werkgevers en de interesses van «twilliciteerders».

In het Vlaamse landsgedeelte valt het uitoefenen van sommige van de hierboven geschetste *online* activiteiten onder het begrip «*private arbeidsbemiddeling*». De definitie dekt namelijk een ruim palet aan handelingen, zowel gericht op het bijstaan van werknemers bij het zoeken van een nieuwe tewerkstelling of werkgevers bij het zoeken van werknemers, als het in dienst nemen van werknemers om hen ter beschikking te stellen met het oog op het uitvoeren van bij of krachtens de wet toegelaten tijdelijke arbeid.⁴¹ Is dit effectief het geval, dan heeft de intermediaire instantie een erkenning nodig van het Vlaamse Gewest,⁴² tenzij

deze arbeidsbemiddeling kosteloos is,⁴³ en/of niet het rechtstreeks met elkaar in contact te brengen van werkgever en sollicitant met het oog op een onmiddellijke totstandkoming van een arbeidsovereenkomst ambieert.⁴⁴ Enkel wanneer de activiteiten zich beperken tot het bekendmaken van werkaanbiedingen via geschreven, auditieve of visuele media geldt een *vrijstelling* van de verplichting tot voorafgaande erkenning.⁴⁵ In dat geval dient het bureau wel de tekst waarin de rechten van de werkzoekende en de werkgever worden uiteengezet *in extenso* kenbaar te maken via het betrokken medium, ofwel uitdrukkelijk de locatie te vermelden waar deze tekst via eenvoudige aanvraag gratis consulteerbaar is.⁴⁶ De erkenningsregeling zal echter op korte termijn worden verlaten, omdat nieuw wetgevend initiatief deze verplichting laat varen onder druk van de Europese Dienstenrichtlijn.⁴⁷ Wat wel overeind blijft, is de definitie van *private arbeidsbemiddeling*, die zelfs nog een stuk ruimer wordt. Zo worden voortaan ook e-bemiddelingsactiviteiten onder dit begrip gebracht,⁴⁸ wat uiteraard relevant is voor het gebruik van SNS als intermediair platform.

Het bedrijven van arbeidsbemiddeling (*sensu lato*) via SNS is ook hier onderhevig aan een aantal discriminatieverboden.⁴⁹ De werkzoekende ontleent bijkomend een aantal rechten aan het zogenaamde «handvest van de werkzoekende». Relevant voor arbeidsbemiddeling via SNS is dat geen persoonlijke gegevens mogen worden ingewonnen en opgeslagen die niet noodzakelijk zijn voor de opdracht. De persoonlijke gegevens worden bewaard en gecodeerd op een wijze die de werkzoekende kan begrijpen en die hem geen enkel kenmerk toedichten met een mogelijk discriminerend effect tot gevolg.⁵⁰ In ieder geval is het bureau ertoe gehouden de persoonlijke levenssfeer van

³⁶ Y. STOX, *Discriminatie en identiteit. Identiteitsgebonden werkgevers in het Belgisch en Europees arbeidsrecht*, Gent, Larcier, 2010, 109.

³⁷ T. DE BOCK en I. VANDERREKEN, «Enkele (nieuwe) grenzen aan het wervings- en selectieproces», *Or.* 2003, (233), 234, met verwijzing naar W. VAN EECKHOUTTE, «De goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht: een aanzet tot herbronning en reïntegratie», *TPR* 1990, (971), 990; H. SCHUYVENS, «C.A.O. nr. 38 betreffende de werving en de selectie van werknemers: een stap in de richting van een volwaardig aanwervingsrecht», *Soc.Kron.* 1984, (61), 65-67.

³⁸ Neologisme; contaminatie van «solliciteren» en het Engelse werkwoord «to twitter», een vorm van SNS waarbij een gebruiker korte boodschappen uitstuurt en deelt met andere gebruikers.

³⁹ www.twilliciteer.nl (consultatie op 30 november 2010).

⁴⁰ www.twitjobs.nl, respectievelijk <http://twitjobs.co.uk> (consultatie op 30 november 2010). Het gaat uitsluitend om vacatures in de sfeer van ICT en online marketing.

⁴¹ Art. 2, 1^o, Decr.VI. 13 april 1999 met betrekking tot de *private arbeidsbemiddeling* in het Vlaamse Gewest, *BS* 5 juni 1999 (hierna: Decr.VI. 13 april 1999). Arbeidsbemiddeling omvat in principe ook aankondigingen en mededelingen van vacante betrekkingen via specifieke websites (zie: R. BLANPAIN, *Arbeidsmarktrecht*, Brugge, die Keure, 2008, 14).

⁴² Art. 6, § 1, Decr.VI. 13 april 1999.

⁴³ Art. 3, § 2, Decr.VI. 13 april 1999.

⁴⁴ Cass. 17 januari 2002, *RW* 2003-04, 534. De feiten die ter beoordeling voorlagen aan de bodemrechter vielen onder de wetgeving van kracht vóór het Decr.VI. 13 april 1999, die evenwel een identieke terminologie hanteerde.

⁴⁵ Art. 6, § 2, Decr.VI. 13 april 1999 en art. 2, § 2 B.VI.Reg. 8 juni 2000 tot uitvoering van het decreet van 13 april 1999 betreffende de *private arbeidsbemiddeling* in het Vlaamse Gewest, *BS* 11 november 2000 (hierna B.VI.Reg. 8 juni 2000).

⁴⁶ Art. 2, § 3, B.VI.Reg. 8 juni 2000.

⁴⁷ Zie ontwerp van decreet betreffende de *private arbeidsbemiddeling*, *Parl.St.* VI.Parl. 2009-10, nr. 641/1.

⁴⁸ Verslag namens de commissie voor economie, economisch overheidsinstrumentarium, innovatie, wetenschapsbeleid, werk en sociale economie, *Parl.St.* VI.Parl. 2009-10, nr. 641/5, p. 5.

⁴⁹ Zie art. 5 Decr.VI. 8 mei 2002 houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt, *BS* 26 juli 2002.

⁵⁰ Art. 5, § 1, 3^o, Decr.VI. 30 april 2004 houdende het handvest van de werkzoekende, *BS* 13 juli 2004 (hierna: Decr.VI. 30 april 2004).

de werknemers te eerbiedigen overeenkomstig de vigerende privacywetgeving,⁵¹ zelfs indien de diensten kosteloos zijn.

III. Uitvoering en schorsing van de arbeidsovereenkomst

9. Ook wanneer partijen de precontractuele fase succesvol hebben doorlopen, kunnen SNS zich verder in de arbeidsrelatie doen gelden. Bij het grote publiek kenden SNS aanvankelijk toepassingen die zich eerder in de privésfeer situeerden. Doordat SNS makkelijk toegankelijk zijn via het internet, zijn zij nagenoeg automatisch aanwezig op de werkvloer. Aan de verleiding om tijdens de werkuren even het geliefkoosde SNS te exploreren en te participeren aan de aangeboden vormen van entertainment en escapisme, lijkt moeilijk te weerstaan. Zo zou 46% van de Facebook- en Netlog-gebruikers actief zijn op één van beide sites binnen de arbeidstijd.⁵² Dit leidt vaak tot enige ergernis van werkgevers, die aanvoeren hun werknemers niet te betalen om arbeidstijd te spenderen aan het consulteren van SNS voor vrijetijdsdoeleinden. Bovendien brengt het gebruik van SNS bepaalde risico's mee, zoals het «besmetten» van pc's met computervirussen of schadelijke software.

Nochtans ligt een groot stuk van de verantwoordelijkheid hier bij de werkgever, die bepaalde rechten en plichten heeft bij het honoreren van de arbeidsovereenkomst. Op grond van de Arbeidsovereenkomstenwet⁵³ heeft de werkgever het recht om eenzijdig richtlijnen en verplichtingen op te leggen met betrekking tot het gebruik van informatica in de onderneming.⁵⁴ Eens dat de werkgever ervoor opteert om de nodige hardware, software, internetverbinding en -browser ter beschikking van zijn werknemer(s) te stellen,⁵⁵ wordt hij ook geacht dit gebruik ervan te normeren. De werkgever, als bezitter van de materiële arbeidsmiddelen, beschikt daarbij over een ruime beleidsvrijheid: zo kan hij het

preventieve pad bewandelen door bijvoorbeeld de toegang tot bepaalde websites te blokkeren. Dit gebeurt vrij frequent: in 2010 blokkeerde 43% van de werkgevers de toegang tot Facebook en 39% de toegang tot Twitter.⁵⁶

Minder verregaande instructies of maatregelen zijn denkbaar. Zo kan de werkgever aandacht besteden aan de inrichting van het kantoor en de opstelling van beeldschermen en bureaus, zonder echt de toegang tot het internet partieel af te sluiten. Op die manier vertrouwt de werkgever enigszins op «het gezonde verstand» van zijn werknemers en kan hij bijvoorbeeld «facebookpauzes» toestaan.⁵⁷ Door een dergelijke zachte aanpak verschuift de problematiek wel in de richting van de controle van het internetgebruik (zie *infra*).

Gelet op de primauteit van het schriftelijke bewijs van verbintenissen, doet de werkgever er goed aan de door hem uitgestippelde krijtlijnen ook formeel te verankeren. Verschillende geschreven rechtsbronnen zijn denkbaar: (een bijlage bij) de individuele arbeidsovereenkomst, het arbeidsreglement, een geschreven dienstorder of nota, een aangeplakt of via een intern elektronisch netwerk of e-post verspreid reglement, ongeacht de titulatuur van het *instrumentum* (*policy*, gedragscode, protocol, (ondernemings)reglement, ...).

Een gebrek aan adequate normering laat veronderstellen dat de werkgever een beperkt (privé)gebruik van SNS op de werkvloer *de facto* gedooft.⁵⁸ In diezelfde lijn oordeelt sommige rechtspraak dat het door een werknemer ontvangen en verzenden van e-mailberichten met een privé karakter, via de door de werkgever ter beschikking gestelde computer, niet noodzakelijk een fout uitmaakt.⁵⁹ Maar het gedurende verschillende weken iedere dag uitwisselen van privé-mailberichten, kan, gelet op de intensiteit ervan en de daaruit volgende verstrooidheid en gebrek aan concentratie, een gebruikelijke lichte fout uitmaken in de zin van art. 18, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet.⁶⁰

⁵¹ Thans art. 5, 8^o, Decr.VI. 13 april 1999 en art. 5 Decr.VI. 30 april 2004; wat betreft toekomstig recht, zie: art. 5, 9^o, van het ontwerp van decreet betreffende de private arbeidsbemiddeling, *Parl.St.* VI.Parl. 2009-10, nr. 641/1, p. 91.

⁵² Algemeen persbericht *De Morgen* van 13 december 2008: «Facebook & Netlog populair tijdens de werkuren», met verwijzing naar een bevraging van *Vacature* en *Koppen* einde 2008 aan bijna 1800 werknemers en meer dan 250 HR-verantwoordelijken.

⁵³ Wet 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, *BS* 22 augustus 1978 (hierna: *Arbeidsovereenkomstenwet*).

⁵⁴ *Arbh.* Gent 4 april 2001, *JTT* 2002, 49.

⁵⁵ Bemerkt dat de werkgever de wettelijke plicht heeft om «de voor de uitvoering van het werk nodige hulp, hulpmiddelen en materialen ter beschikking te stellen» (art. 20, 1^o *in fine*, *Arbeidsovereenkomstenwet*).

⁵⁶ X., «Steeds meer bedrijven leggen internetgebruik aan banden», *P&O* 2010, nr. 5, 41; algemeen persbericht *De Morgen* van 22 maart 2009: «Vier op tien werkgevers verbiedt Facebook».

⁵⁷ De idee ontstond bij de Italiaanse stad Napels, die haar personeel toestaat om een uur per dag, opgedeeld in zes pauzes van telkens tien minuten, naar SNS te surfen (algemeen persbericht *De Morgen* van 18 november 2008: «Italiaanse bedrijven tegen Facebook tijdens werkuren»); B. AERTS, «Juristen en sociale netwerksites: enkel voor privégebruik», *Juristenkrant* 2009, nr. 189, (1), p. 2.

⁵⁸ Onrechtstreeks: A. PFEIFFER, «Controle van e-mailverkeer en internetgebruik» in K. STAPPERS (red.), *Privacy in de arbeidsrelatie. Gids voor het voeren van een privacybeleid*, Gent, Story Publishers, 2008, (49), 59, die argumenteert dat een beperkt privégebruik van e-mail op de werkplaats in principe mogelijk moet zijn, maar dat dit dan wel uitdrukkelijk moet worden geregeld.

⁵⁹ *Arbh.* Antwerpen 1 oktober 2003, *JTT* 2004, 510.

10. Er is evenwel meer. De rode draad doorheen het verhaal vormen ongetwijfeld een aantal grondrechten, waarvan het recht op bescherming van het privé-, familie- en gezinsleven en correspondentie – in de omgangstaal kortweg «*privacy*» – het felst besproken is. Dit grondrecht treffen we aan in internationale verdragen⁶¹ en in de Belgische Grondwet.⁶² Het vindt ook toepassing in de arbeidscontext. Vrij algemeen aanvaardt men dat dit fundamenteel recht niet enkel speelt in verticale verhoudingen (burger t.o.v. overheid), maar eveneens doorwerkt in horizontale rechtsbetrekkingen (bv. werkgever t.o.v. werknemer).⁶³ Ook tijdens de uitvoering van de arbeidsrelatie kan de werknemer, zij het binnen strikte marges, zich beroepen op het recht «om met rust gelaten te worden».

Het arbeidsrecht is vanuit historisch perspectief steeds een compromis geweest tussen conflicterende belangen. Ook in dit leerstuk kunnen we spreken van een kruispunt van elkaar ontmoetende en botsende rechten.

Een eerste type incident bevindt zich op het vlak van controle van de werknemer. De werkgever heeft, als partij bij de arbeidsovereenkomst, inderdaad de juridische mogelijkheid om gezag uit te oefenen.⁶⁴ Een essentiële component van het werkgeversgezag is het recht om controle uit te oefenen, en eventueel (tucht)sancties op te leggen. De werkgever kan dus nagaan of de werknemer de nodige vlijt aan de dag legt en de ondernemingsmiddelen op verantwoorde wijze gebruikt. Dit gezag strekt zich ook uit tot het naleven van afspraken over SNS in de onderneming. CAO nr. 81⁶⁵ anticipeert op deze «clash» tussen het controlerecht van de werkgever en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de werknemer,

en poogt beide te verzoenen. Dat deze CAO het controleren van *inloggen* op, consulteren en gebruik maken van SNS op de werkplaats en tijdens de arbeidsuren op het oog heeft, staat buiten kijf. Het toepassingsgebied *ratione materiae* van deze norm overvleugelt het overbrengen of ontvangen van elektronische *online* communicatiegegevens *sensu lato*, ongeacht de drager. De sociale gesprekspartners doelen daarbij op het vaststellen van een kader dat ruim genoeg is om alle *online* technologieën te omvatten, rekening houdend met de toenemende verwevenheid en de snelle ontwikkeling van deze technologieën.⁶⁶ SNS doelen net op sociale interactie – uitwisselen, versturen en ontvangen van gegevens – via elektronische *online* communicatie.

Over de uitwerking van CAO nr. 81 is behoorlijk wat literatuur⁶⁷ verschenen, zodat het binnen het bestek van huidige bijdrage volstaat enkele hoofdlijnen in herinnering te brengen. Een controle is enkel mogelijk in het licht van enkele welomlijnde doeleinden (finaliteitsbeginsel). Het proportionaliteitsbeginsel verbiedt vervolgens de werkgever om figuurlijk «met het kanon op de mug te vuren» en staat enkel een zo gering mogelijke inmenging in de persoonlijke levenssfeer van de werknemer toe.⁶⁸ In eerste instantie betekent dit dat de werkgever enkel globaal, anoniem en steekproefgewijs mag controleren. Het is toegestaan dat de werkgever bijvoorbeeld een lijst van websites (SNS) aanmaakt of bijhoudt, die tijdens een bepaalde periode of interval werden geraadpleegd. Deze websites mogen in deze fase evenwel niet worden gelinkt aan een geïdentificeerde werknemer. Pas wanneer er een vermoeden van misbruik is – zoals het al dan niet excessieve surfen naar SNS tijdens de werkuren, in weerwil van het in de onderneming geldende verbod – is een individualisering mogelijk. Wanneer de bedoeling van de controle bestaat in de naleving van de regels voor het gebruik van *online* technologieën, mag de werkgever eerst enkel overgaan tot een *indirecte* individualisering, dus met inachtneming van een voor-

⁶⁰ Arbrb. Brussel 2 mei 2000, *Computerr.* 2001, 26.

⁶¹ Zoals daar zijn art. 8 EVRM, art. 6, eerste lid, EU-Verdrag *juncto* art. 7 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie van 7 december 2000, art. 17 BULO.

⁶² Art. 22 en 29 GW.

⁶³ Cass. 10 mei 1985, *RW* 1985-86, 1848; P. DE HERT, «Recht op privacy» in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (red.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, (705), 715-716; F. HENDRICKX, *Privacy en arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 1999, 18-36; P. HUMBLET, «Grondrechten in de onderneming: (g)een contradictio in terminis?» in M. RIGAUX en W. VAN ECKHOUTTE, *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 5, Gent, Mys&Breesch, 1997, (349), 354.

⁶⁴ Art. 2, 3, 4, 5 en 17, 2^o, Arbeidsovereenkomstenwet: «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».

⁶⁵ CAO 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, algemeen verbindend verklaard door KB van 12 juni 2002, *BS* 29 juni 2002.

⁶⁶ Art. 2 en bijhorende commentaar van CAO nr. 81.

⁶⁷ Zie bv. A. PFEIFFER, o.c., in *Privacy in de arbeidsrelatie. Gids voor het voeren van een privacybeleid*, 49-64; P. WATERSCHOOT, «Bespreking van enkele arresten van het Arbeidshof te Gent in verband met het gebruik en misbruik van e-mail en internet op de werkplaats en het controlerecht van de werkgever daarop», *RW* 2008-09, 730-744; F. HENDRICKX, *Elektronisch toezicht op het werk: internet en camera's*, Mechelen, Kluwer, 2005, 137-147; D. DEJONGHE, «Werkgeverscontrole op e-mail- en internetgebruik: C.A.O. nr. 81 schetst de krijtlijnen», *Or.* 2002, 225-235; P. DE HERT, «C.A.O. nr. 81 en advies nr. 10/2000 over controle van internet en e-mail. Sociale actoren herlezen strafwetten en grondrechten», *RW* 2002-03, 1281-1294.

⁶⁸ Art. 6 van CAO nr. 81.

lichtingsfase.⁶⁹ Een en ander staat of valt met het respecteren van het derde en laatste principe, het transparantiebeginsel. De werknemers moeten namelijk vooraf behoorlijk geïnformeerd worden over het feit dat controle mogelijk is en over de modaliteiten daarvan.⁷⁰

11. De privacykwestie profileert zich nog in een andere gedaante: het thema bescherming persoonsgegevens. Net zoals dat het geval is in de precontractuele fase, leggen sommige werkgevers ongetwijfeld een meer dan gezonde interesse aan de dag voor persoonlijke informatie van hun personeelsleden. Dergelijke gegevens kunnen voor de werkgeverszijde «handig» zijn voor bijvoorbeeld een evaluatiegesprek, een voorname tot promotie of demotie, ontslagonderhandelingen of het inkleden van beweerd fouten of een in te roepen dringende reden.

Van zodra een werkgever op die manier informatie verzamelt over zijn werknemers en (geheel of gedeeltelijk geautomatiseerd, of niet-geautomatiseerd) in een bestand opslaat, vindt de Wet Verwerking Persoonsgegevens toepassing.⁷¹ Cruciaal is dat het gaat om een bestand, namelijk een gestructureerd geheel dat volgens bepaalde criteria toegankelijk is, ongeacht of dit geheel gecentraliseerd of gedecentraliseerd, functioneel of geografisch verspreid is. Dit is een feitenkwestie: in de regel zullen individuele dossiers niet onder de wet vallen, tenzij ze gestructureerd zijn en als zodanig worden bewaard met het oog op een systematische raadpleging ervan.⁷² Een enkele losse *screening* van een werknemer via SNS zal dus niet onder de Wet Verwerking Persoonsgegevens vallen, in de mate dat de verkregen gegevens niet op een gestructureerde wijze, volgens bepaalde criteria, worden verzameld, vastgelegd, geordend, bewaard, enzovoort.

Ter garantie van een rechtmatige verwerking formuleert de wet een aantal (strafrechtelijk beteugelde) kwalitatieve voorwaarden, opnieuw gefundeerd op het finaliteits-, het evenredigheids- en het transparantiebeginsel.⁷³ Deze voorschriften zijn zonder twijfel van toepassing op werkgevers die persoonlijke gegevens van werknemers filteren van het internet en op gestructureerde wijze in een bestand (gaande van

een classificatiesysteem van fysieke personeelsdossiers tot elektronische mappen of *files*) opslaan.

Daarnaast verbieden de wettelijke bepalingen de verwerking van persoonsgegevens waaruit de raciale of etnische afkomst, de politieke opvattingen, de godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging of het lidmaatschap van een vakvereniging, het seksuele leven of de gezondheid blijkt.⁷⁴ Nochtans vervalt dit verbod wanneer de verwerking betrekking heeft op gegevens die *duidelijk* door de betrokkene openbaar zijn gemaakt.⁷⁵ Dit criterium maakt het mogelijk om een onderscheid te maken tussen de persoonsgegevens die publiek consulteerbaar zijn op een SNS of via een *online* zoekmachine, en de eigen persoonsgegevens die iemand expliciet bestemt en reserveert voor een select publiek, vaak door hem of haar gedefinieerde (groepen) andere gebruikers van de bewuste SNS. De maatstaf hiervoor is gelegen in het (zgn. «*clickwrap*» of «*browsewrap*») contract tussen de gebruiker en de eigenaar/beheerder van de SNS. Hierin bepalen partijen welke informatie in welke mate een publiek karakter krijgt, al zal het vaak de SNS zelf zijn die haar «*privacy settings*» opdringt, onduidelijk formuleert of eenzijdig wijzigt.⁷⁶ In elk geval kunnen persoonsgegevens die de werknemer duidelijk ten behoeve van het ruime publiek afficheert op zijn SNS-profiel (of deze letterlijk mede bestemt voor zijn werkgever of diens lasthebbers en/of aangestelden, bijvoorbeeld door de werkgever of hiërarchisch meerderen toe te voegen als «vriend» en als zodanig toe te staan persoonsgegevens te consulteren) door de werkgever worden verwerkt. De SNS is in dat geval een openbaar toegankelijk en virtueel prikbord, waaruit informatie kan worden geëxtraheerd. Het heeft met andere woorden hetzelfde effect als het posten van gegevens op een statische website, een openbare blog, een forum, enzovoort. In dat geval wordt het privéleven van de werknemer niet geschonden.⁷⁷

12. De intrede van SNS in arbeidsrelaties hoeft nochtans niet altijd met conflicten gepaard te gaan. Ook een positieve benadering is in sommige situaties

⁶⁹ Art. 16 van CAO nr. 81.

⁷⁰ Art. 7 tot 10 van CAO nr. 81.

⁷¹ Art. 1, § 1 en § 3, en art. 3, § 1, van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, BS 18 maart 1993 (hierna: Wet Bescherming Persoonsgegevens).

⁷² F. HENDRICKX, *Elektronisch toezicht op het werk: internet en camera's*, 44-45, met verwijzing naar Cass. 16 mei 1997, RW 1997-98, 850.

⁷³ Zie art. 4 en 5 Wet Verwerking Persoonsgegevens.

⁷⁴ Art. 6, § 1, respectievelijk art. 7, § 1, Wet Verwerking Persoonsgegevens.

⁷⁵ Art. 6, § 2, e), respectievelijk art. 7, § 2, h), Wet Verwerking Persoonsgegevens.

⁷⁶ Zie over deze kritiek: J. MOINY, «Contracter dans les réseaux sociaux: un geste inadéquat pour contracter sa vie privée – Quelques réflexions en droits belge et américain», *Rev.dr.Ulg* 2010, 133-224; J. MOINY, o.c., *Revue Européenne de Droit de la Consommation* 2010, 245-247; G. FUSTER en S. GUTWIRTH, «Privacy 2.0?», *Revue de Droit des Technologies de l'Information* 2010, (351), 355; R. VAN DEN HOVEN VAN GENDEREN, «Sociale netwerken, vloek of zegen? Algemene voorwaarden tot het gebruik van persoonlijke informatie», *Computerr.* 2010 (97), 99.

mogelijk. Via een evolutieve interpretatie van het begrip «arbeidsgereedschap» kunnen SNS ook worden verheven tot werkinstrumenten voor bepaalde werknemers. De werkgever heeft immers de plicht om «de voor de uitvoering van het werk nodige hulp, hulpmiddelen en materialen ter beschikking te stellen».⁷⁷ Hoewel dit denkspoor in België thans nauwelijks toepassing vindt,⁷⁹ wenden sommige bedrijven SNS aan als communicatief platform, zowel intern als ten opzichte van hun cliëntèle.⁸⁰ Voor welbepaalde functies is het hanteren van SNS als *tool* best denkbaar, met name voor stafleden, werknemers die externe contacten verzorgen, *marketeers*, publicitaire verantwoordelijken en vertegenwoordigende (verkoop)functies.

Op die manier lijken SNS aangepast aan het instituut telewerk. Dit omvat namelijk elke vorm van organisatie en/of uitvoering van werk waarin, gebruikmakend van informatietechnologie, werkzaamheden op regelmatige basis en niet incidenteel buiten de bedrijfslocatie worden uitgevoerd, hoewel ze normaliter ook op die bedrijfslocatie kunnen worden uitgeoefend.⁸¹ Zo is het mogelijk dat een werkgever en een telewerker een SNS gebruiken als platform waarmee zij in verbinding blijven, een gesofisticeerd e-mailsysteem als het ware. Indien de werkgever en de telewerker samen communiceren via SNS, moeten zij op dat punt wel via een schriftelijke overeenkomst, uiterlijk op het ogenblik dat het telewerk aanvangt, enkele regels in acht nemen. CAO nr. 85 verplicht hen namelijk te stipuleren op welke ogenblikken of periodes, en via welke middelen (SNS), de telewerker bereikbaar moet zijn.⁸² Optioneel is het voorzien in informatie nopens de regeling van rapportage.⁸³ Op de schouders van de werkgever rust in elk geval de plicht om te zorgen voor dataprotectie. Zo moet hij maatregelen nemen, in het bijzonder ten aanzien van de software, om de bescherming van ge-

gevens die door de telewerker voor professionele doeleinden worden gebruikt en verwerkt, te waarborgen.⁸⁴ Tot slot moet de werkgever de telewerker informeren over de wetgeving en de in de onderneming geldende regels inzake bescherming van gegevens.⁸⁵ Dit zou hier ook kunnen gaan om directieven over de *privacy settings* van de gebruikte SNS.

IV. Tuchtrect en beëindiging van de arbeidsrelatie

13. Minder aangenaam wordt het wanneer werkgever of werknemer op bedenkelijke wijze gebruik of misbruik maken van SNS. In de schijnwerpers staan bijvoorbeeld gevallen waarin werknemers via een SNS een bepaalde opinie of frivool foto- of videomateriaal blootgeven, wat resulteert in sancties⁸⁶ of ontslag. In het ultieme geval zullen partijen overgaan tot een ontslag om dringende reden, indien de ene partij aan de andere feiten verwijt die de verdere professionele samenwerking onmiddellijk en definitief onmogelijk maken.⁸⁷ Noodzakelijke voorwaarde is steeds dat er een identiteit is tussen de natuurlijke persoon en zijn/haar virtuele *alter ego*.⁸⁸

Op dit vlak is het wachten op concrete casuïstiek, al maken sommige rechterlijke uitspraken het mogelijk om *mutatis mutandis* voorspellingen te doen, voornamelijk op het vlak van de (on)geldigheid van een ingeroepen dringende reden. Strikt gezien zijn SNS geen determinerende factor en zullen zij geen revolutie in het materiële tucht- en ontslagrecht teweegbrengen. SNS reiken enkel een nieuw kanaal aan waarlangs sociale interactie en rechtsfeiten verlopen, naast de klassieke platformen zoals mondelinge discussies op de werkvloer, via telefoon of e-mail, enzovoort. In wezen verschilt het niet van het figuurlijke privégesprek tussen collega's aan het koffiezetapparaat, met dien verstande dat het hier gaat om het geschreven woord en digitale gegevens, waardoor er een accentverschuiving plaatsvindt in de richting van de bewijsvoering.

Net zoals het eerder geschetste conflict tussen het (grond)recht op privacy en het controlerecht van de werkgever, kunnen ook andere normen botsen. Zo

⁷⁷ In dezelfde zin: D. DEMUYNCK, «Sociale netwerksites en arbeidsrecht: nieuwe technologie, nieuwe uitdagingen», *Computerr.* 2010, (129), 129 en 132. Zie ook: D. VOORHOOF, «Facebook en de Raad voor Journalistiek. Foto's van slachtoffers in de media», *NJW* 2011, (38), 42-43, m.b.t. het standpunt van de Raad voor de Journalistiek, het recht op afbeelding en het portretrecht.

⁷⁸ Art. 20, 1^o, eerste lid, Arbeidsovereenkomstenwet.

⁷⁹ In de praktijk wordt de stap van e-mail naar sociale media nauwelijks gezet: zie bericht *Jobat* 3 juli 2010 («Facebook en twitter verbieden op kantoor, een verloren strijd?»), <http://content.jobat.be/nl/artikels/facebook-en-twitter-verbieden-op-kantoor-een-verloren-strijd> (consultatie op 30 november 2010).

⁸⁰ Zie bv. algemeen persbericht *De Standaard* van 29 april 2010: «Tweets en blogs verdringen reclamespots».

⁸¹ Art. 2, eerste lid, van CAO nr. 85 van 9 november 2005 betreffende het telewerk, algemeen verbindend verklaard door KB van 13 juni 2006, *BS* 5 september 2006.

⁸² Art. 6, § 2, 2^o, van CAO nr. 85.

⁸³ Art. 7, derde lid, 4^o, van CAO nr. 85.

⁸⁴ Art. 14, eerste lid, van CAO nr. 85.

⁸⁵ Art. 14, tweede en derde lid, van CAO nr. 85. De CAO maakt daarbij een koppeling met de hierboven besproken CAO nr. 81.

⁸⁶ In zoverre dat een en ander is bepaald in het arbeidsreglement van de werkgever (art. 6, § 1, 6^o, en art. 16 tot 19 van de wet van 8 april 1965 tot instelling van de arbeidsreglementen, *BS* 5 mei 1965).

⁸⁷ Art. 35 Arbeidsovereenkomstenwet.

⁸⁸ Gevallen van zogenaamde *identity theft* zijn reëel, al valt dit begrip niet onder één noemer of strafrechtelijke bepaling (*Vr. en Antw.* Kamer 2008-09, 3 december 2008, 3-4, *Vr.* nr. 8646 DE RAMMELAERE).

vallen sommige fundamentele liberale vrijheden – het recht op vrije meningsuiting en de drukpersvrijheid⁸⁹ – niet altijd te rijmen met het arbeidsovereenkomstenrecht. Partijen zijn elkaar eerbied en achting verschuldigd; gedurende de uitvoering van de overeenkomst moeten zij de welvoegelijkheid en de goede zeden in acht nemen en in acht doen nemen, aldus art. 16 van de Arbeidsovereenkomstenwet. Doorgaans aanvaarden arbeidsgerechten het spuien van ongebreidelde kritiek en het uiten van verregaande en grove beledigingen tegenover de werkgever,⁹⁰ collega's en hiërarchisch meerderen⁹¹ als valabele dringende reden. Nochtans moet telkens een afweging worden gemaakt en is een contextgebonden beoordeling belangrijk. Een ontslag om dringende reden zal sneller worden aanvaard wanneer uit objectieve feitelijke gegevens blijkt dat een vertrouwensband onmogelijk is geworden; bovendien wordt de werkgever geacht toch een zekere mate van kritiek te tolereren.⁹² Zo bijvoorbeeld oordeelde het Arbeidshof te Brussel dat openlijke kritiek jegens collega's in een democratische en transparante samenleving «niet ongezond» is en dat een open brief van een werknemer *in casu* geen dringende reden uitmaakte.⁹³ Maar onbeleefde uitlatingen aan het adres van derden, zoals cliëntèle,⁹⁴ leveranciers, investeerders, handelspartners of zakenrelaties van de werkgever, kunnen wel een dringende reden uitmaken. Het feit dat dit gedrag eigenlijk te situeren is in het privéleven (bv. plaatsen van bezwarende berichten, foto- of videomateriaal op een SNS) van de werknemer, belet niet dat dit een weerslag heeft op de arbeidsrelatie.⁹⁵

Een andere voor de hand liggende probleemsituatie zal nauw aanleunen bij het bewijs van arbeids(on)geschiktheid. Denken we maar aan een werknemer die

zich ziek meldt, en simultaan via een SNS-profiel berichten van blakende gezondheid de wereld instuurt. Op dit punt is allicht iets meer omzichtigheid geboden, aangezien de wetgeving hier een procedure tot controle van arbeids(on)geschiktheid kent.⁹⁶ De werkgever zal dus eerst zijn toevlucht tot deze bepalingen moeten nemen.

14. Bij het uitoefenen van het tucht- en ontslagrecht moet de werkgever rekening houden met een aantal extra voorschriften, voortvloeiend uit de privacywetgeving. Samengevat komen deze erop neer dat een werkgever, die van plan is een tuchtsanctie te nemen of ontslag te geven, eigenlijk verplicht is de werknemer minstens eerst te horen en hem de kans moet bieden op nuttige wijze zijn standpunt naar voren te brengen.⁹⁷ Miskening van deze verplichting zou eventueel kunnen resulteren in een recht op schadevergoeding, gebaseerd op art. 15bis van de Wet Verwerking Persoonsgegevens, tenzij de werkgever bewijst dat de schade hem niet kan worden toegerekend. Een alternatief is dat de werknemer zich beroept op de figuur van het misbruik van ontslagrecht, zo aan de jurisprudentiële voorwaarden is voldaan.⁹⁸

Een soortgelijke procedurele stap moet worden nageleefd wanneer na controle en indirecte individualisering (*supra*; bij vermoeden van misbruik van de beginselen inzake gebruik van *online* technologieën, zoals een SNS-*policy*) blijkt dat de onregelmatigheden aan een geïdentificeerde werknemer toe te schrijven zijn. In dat geval moet de werkgever de werknemer uitnodigen voor een gesprek dat plaatsvindt vóór iedere beslissing of evaluatie die de werknemer kan raken, tenzij de arbeidsovereenkomst geschorst is.⁹⁹

V. Enkele processuele, bewijsrechtelijke en strafrechtelijke kanttekeningen

15. *Scripta manent, verba volant*. Het eigene aan SNS is dat zowat alles schriftelijke sporen nalaat en gepaard gaat met een behoorlijke snelheid en traceerbaarheid van gegevens. De vraag rijst bijvoorbeeld of een papieren afdruk (*outprint*) van een *Facebook*-pagina als stavingsstuk in een geding kan worden gebruikt en zo ja, wat de bewijswaarde ervan is.

⁸⁹ Respectievelijk art. 19 en art. 25 GW.; art. 10 EVRM.

⁹⁰ Zie bv. Arbh. Brussel 17 oktober 2000, *RW* 2001-02, 127 over herhaaldelijk seksistisch en grof taalgebruik jegens vrouwelijk personeel door een hiërarchisch meerdere; Arbh. Brussel 21 maart 2001, *Med.V.B.O.* 2001, nr. 9, 114 en www.juridat.be over een werknemer die zijn werkgever uitmaakte voor «konkelaar».

⁹¹ Arbh. Brussel 5 december 1994, *Soc.Kron.* 1997, 131.

⁹² J. NEUTS en J. PEETERS, «Wiens brood men eet...? Over het uiten van kritiek in een arbeidsverhouding» (noot onder RvS 12 maart 2007), *RW* 2007-08, (1323), 1325-1326. Zie voor een beknopte weergave van enkele gevallen: C. ENGELS, *Ontslag wegens dringende reden*, Mechelen, Kluwer, 2006, 122-125 en 160-161; Arbh. Luik 15 februari 2001, *Or.* (katern) 2001 (weergave B. PATERNOSTRE), nr. 5, p. 3.

⁹³ Arbh. Brussel 9 maart 2007, *Juristenkrant* 2007 (weergave P. HUMBLET), nr. 147, p. 20.

⁹⁴ Zie bv. Arbh. Brussel 7 november 2000, *Med.V.B.O.* 2001, nr. 3, 76, www.juridat.be.

⁹⁵ Cass. 9 maart 1984, *JTT* 1987, 128; Arbh. Bergen 24 maart 1988, *Soc.Kron.* 1989, 47; Arbh. Brussel 24 december 1986, *TSR* 1988, 160; Arbrb. Turnhout 11 oktober 2004, *RABG* 2005, 132, noot B. LIETAERT; Arbrb. Brussel 4 november 1991, *RW* 1991-92, 784.

⁹⁶ Art. 31, § 3 e.v., Arbeidsovereenkomstenwet.

⁹⁷ Art. 12bis, tweede lid, Wet Verwerking Persoonsgegevens.

⁹⁸ Zie: Cass. 10 september 1971, *RW* 1971-72, 321; Cass. 18 februari 2008, *JTT* 2008, 117.

⁹⁹ Art. 17 van CAO nr. 81.

Gepubliceerde uitspraken van Belgische rechtscolleges zijn thans (nog) niet breed gezaaid, al komt de rechtspraak wel op gang. In Frankrijk achtte het college van lekenrechters in arbeidszaken van Boulogne-Billancourt het ontslag van twee medewerkers van een ingenieursbedrijf terecht, nadat zij op hun Facebook-pagina de onderneming hadden bekritiseerd. Het rechtscollege achtte de feiten bewezen, omdat de opmerkingen zichtbaar waren voor «vrienden» en «vrienden van vrienden», en dus niet meer tot de privésfeer behoorden.¹⁰⁰ Ook in België ligt het hantieren van een zekere «souplesse» door hoven en rechtbanken in de lijn der verwachtingen. In arbeidsrechtelijke materies zijn vooralsnog geen beslissingen bekend; wel in onderwijs- en familierechtelijke geschillen. Zo aanvaardde de Raad voor betwistingen inzake studievoortgangsbepalingen de tussen twee studenten op Facebook gevoerde conversatie als een valabel bewijselement – samengebracht met andere omstandigheden zoals duidelijk verbaal contact en zoekgedrag van twee studenten tijdens het examen – om te besluiten tot examenfraude.¹⁰¹ Belangrijk in beide zaken was dat de informatie van de SNS slechts één element in de bewijsvoering was en dus niet op zichzelf staand was. Naar luid van publieke berichtgeving aanvaardde een burgerlijke rechtbank onlangs de afdruk van foto's, gepost op een SNS, als bewijs van de vermogenstoestand, ter staving van een vordering tot betaling van onderhoudsgeld.¹⁰²

Als stelregel geldt allicht dat wat eigenhandig ten behoeve van het publiek («iedereen») wordt *gepost* inderdaad als bewijs kan worden gebruikt. Zoals hierboven betoogd, valt een dergelijk bekendgemaakte informatie niet onder de bescherming van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en fungeert ze derhalve als een virtuele aanplakking of berichtgeving. Rechtspraak en rechtsleer beschouwen (*outprints* van) internetpagina's en e-mailberichten als feitelijke vermoedens: gevolgtrekkingen die de wet of de rechter afleidt uit een bekend feit om te besluiten tot een onbekend feit.¹⁰³ Nochtans zal deze vuistregel niet altijd even makkelijk toepasbaar zijn. Via hun *privacy*

¹⁰⁰ Conseil des prud'hommes de Boulogne-Billancourt 19 november 2010 (nr. 09/00316 en nr. 09/00343), aangehaald in J. RAY, «Little Brothers are watching you», *Semaine sociale Lamy* 2010, nr. 1470, p. 10-12.

¹⁰¹ Raad voor betwistingen inzake studievoortgangsbepalingen 13 augustus 2009 (nr. 2009/046 en nr. 2009/059), www.ond.vlaanderen.be/hogeronderwijs/raad/uitspraken2009/default.htm. Kort na het afleggen van het examen wisselden beide studenten via hun SNS boodschappen uit zoals «als da geen samenwerking was opt examen» (*sic*).

¹⁰² Algemeen persbericht *De Standaard* van 17 november 2010: «Vrouw verliest rechtszaak door Facebookfoto's».

settings bepalen gebruikers van SNS in de regel zelf wat voor wie zichtbaar is. Soms is het moeilijk te duiden voor wie welke gegevens nu precies zijn bestemd.

Vermeldenswaard in dat verband is dat ook fiscale inspecteurs effectief informatie verzamelen via Facebook. Volgens de minister van Financiën vormen inlichtingen verkregen via sociale netwerksites op zichzelf geen bewijs ten opzichte van de belastingplichtigen; dergelijke inlichtingen kunnen hooguit aan de grondslag van het onderzoek liggen.¹⁰⁴ Of de Belgische sociaalrechtelijke inspectiediensten er eenzelfde handelwijze en/of interne directieven op na houden, is niet bekend.

16. Deze vraagstellingen sluiten nauw aan bij het leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs. Dit begrip duidt op onder andere bewijsmateriaal verkregen door het plegen van een misdrijf, een schending van de wet of van algemene rechtsbeginselen, of een schending van de persoonlijke levenssfeer.¹⁰⁵ Het lot van deze bewijsstukken in zowel het strafrechtelijk als het burgerlijk procesrecht heeft een opmerkelijke evolutie ondergaan in de rechtspraak.¹⁰⁶ Samengevat aanvaardt de strafrechtspraak – waar het bewijs «vrij» is – sinds 2003 een dergelijk bewijs, behalve in een drietal gevallen. Onrechtmatig verkregen bewijs moet worden geweerd wanneer (1) de naleving van bepaalde vormvoorschriften op straffe van nietigheid is voorgeschreven; (2) de begane onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast en (3) het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces.¹⁰⁷ Men kan opperen dat ons hoogste rechtscollege in zijn arrest van 10 maart 2008¹⁰⁸ deze «Antigoonleer» heeft doorgetrokken naar de bewijsvoering in het gerechtelijk privaatrecht,¹⁰⁹ al waar-

¹⁰³ Art. 1349 en 1353 BW; H. BUYSENS, «Ontslag om dringende reden» in M. RIGAUX en W. RAUWS (red.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 8. Actualia van het ontslagrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (181), 218; H. DEKEYSER en H. GRAUX, «Bewijs en internet» in *Praktijkboek recht en internet*, Brugge, Vanden Broele, 2009, (1), 50.

¹⁰⁴ X., «Controleurs op Facebook: minister ziet geen probleem», *Fisc.Act.* 2009, nr. 39, p. 11, met verwijzing naar *Vr. en Antw.* Kamer 2008-09, 5 maart 2009, 119 (Vr. nr. 335 HAGEN-GOYVAERTS).

¹⁰⁵ K. VAN KILDONCK, «Privacy werknemers. Onrechtmatig verkregen bewijs op het werk», *NJW* 2010, (180), 180-181.

¹⁰⁶ Zie, zonder een exhaustieve opsomming te ambiëren: K. VAN KILDONCK, *ibid.*; K. WAGNER, «Actualia burgerlijk bewijsrecht», *P&B* 2009, 153-172; F. KÉFER, «Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité de la preuve» (noot onder Cass. 10 maart 2008), *RCJB* 2009 333-352; I. VERHELST en N. THOELLEN, «Over privacy, controle en (on)rechtmatig verkregen bewijs», *Or.* 2008, 197-208; F. HENDRICKX, «Privacy op het werk en bewijs van onrechtmatig gedrag: (spookt) Antigoon in het arbeidsrecht?», *TSR* 2006, 659-704.

¹⁰⁷ Zie: Cass. 14 oktober 2003 («Antigoon»), *NJW* 2003, 1367; Cass. 2 maart 2005 («Le Chocolatier Manon»), *Soc.Kron.* 2006, 10.

¹⁰⁸ Cass. 10 maart 2008, *NJW* 2010, 195.

schuwen sommige auteurs voor de noodzaak tot nuancering van deze uitspraak.¹¹⁰

17. Concrete situaties van onrechtmatige bewijsvergaring hoeven helemaal niet exotisch te zijn. Een iets te nieuwsgierige werkgever gaat zijn boekje te buiten door zich onrechtmatig toegang te verschaffen tot de private SNS-account van een werknemer of sollicitant, of door andere werknemers onder druk aan te zetten een kijkje te nemen in het profiel van hun collega(s). Dergelijk antipathieke gedragingen maken op basis van de huidige telecommunicatiewetgeving zonder meer misdrijven uit, in zoverre er met opzet wordt gehandeld. Verboden is namelijk het doelbewust kennismaken van het bestaan van informatie van alle aard die via de elektronische weg is verstuurd en die niet persoonlijk is bestemd, respectievelijk het identificeren van personen die bij de verzending van de informatie en de inhoud betrokken zijn, of het kennismaken van gegevens inzake elektronische communicatie met betrekking tot een ander persoon.¹¹¹ Ook het onrechtstreeks (met behulp van een account van een derde persoon of van een fictieve identiteit, dus op indirecte wijze) kennismaken van (het bestaan van) gegevens van een private SNS-pagina, valt wellicht onder dit strafrechtelijk betoogd verbod.¹¹² Wie daarnaast enig gebruik maakt van de (zelfs zonder opzet verkregen) informatie, identificatie of gegevens, stelt zich evenzeer bloot aan strafvervolging.¹¹³ Dit omvat dus ook situaties waarin een werkgever, die via een SNS-profiel van een van zijn medewerkers (die op zijn beurt eventueel wel de rechtmatige adressant of receptor kan zijn van de informatie, verspreid vanuit het SNS-profiel van de geïdentificeerde werknemer) informatie stockeert of aanwendt in het raam van zijn tucht- of ontslagmacht. Niet onbelangrijk is dat in eerste instantie het met opzet kennismaken van het bestaan van informatie volstaat; het hoeft dus niet per se om de inhoud ervan te gaan. Voorts is ook het gebruikmaken van de inhoud van de informatie (al dan niet opzettelijk verkregen) straf-

baar.¹¹⁴ De artikelen 124 en 125 van de wet van 13 juni 2005 reiken wel een aantal rechtvaardigingsgronden aan, op grond waarvan de hierboven beschreven handelingen hun strafrechtelijk karakter verliezen. Zo is er bijvoorbeeld geen probleem wanneer men toestemming krijgt van *alle* (in)direct betrokken personen. Dit zal zelden het geval zijn, zeker wanneer de werkgever bijvoorbeeld bezwarend schriftelijk, fotografisch of audiovisueel materiaal van de werknemer poogt te sprokkelen. Ook wanneer de wet het stellen van de bedoelde handelingen toelaat, is er geen sprake van een misdrijf. Men kan zich echter afvragen of het wettelijke controlerecht van de werkgever een dergelijke verregaande actie verantwoordt; in ieder geval getuigt het niet echt van goed werkgeverschap of goede trouw.

In diezelfde lijn viseert het algemeen strafrecht het opzettelijk en met behulp van enig toestel (doen) kennismaken en opnemen van een telecommunicatie tijdens de overbrenging ervan, zonder toestemming van alle deelnemers.¹¹⁵ Ook het wetens onder zich houden, onthullen, verspreiden of gebruikmaken van onwettig opgenomen privételecommunicatie kan niet door de beugel. Het vereiste dat de kennisname moet gebeuren tijdens de *overbrenging* van de telecommunicatie, beperkt evenwel het materiële bestanddeel van het misdrijf en dus de actieradius van de wetbepaling.¹¹⁶ Het begrip «overbrenging» is relatief eng, maar omvat bijvoorbeeld wel een e-mailbericht dat vanaf het versturen ervan is opgeslagen in de mailbox op de server en nog niet is opgevraagd door de bestemming.¹¹⁷ Naar analogie kan men betogen dat een tekstueel bericht of bestand, verstuurd of «gepost» door een persoon vanaf zijn SNS-profiel en uitsluitend bestemd voor een welomlijnde persoon of groep of categorie van personen («vrienden»), zich nog steeds in «overbrenging» bevindt, zolang het nog niet daadwerkelijk is ontvangen of geconsulteerd door alle bestemmingen ervan. De wetgever kwalificeert communicatie immers als «privé» wanneer ze niet is bestemd om door iedereen te worden ontvangen.¹¹⁸ Dit zal *ipso facto* betekenen dat in de meeste gevallen art. 314bis Sw. wordt geschonden, van zodra de werkgever zonder toestemming van de participanten

¹⁰⁹ Zie voor een toepassing hiervan: Arbrb. Oudenaarde 3 februari 2009, *Soc.Kron.* 2010, 396.

¹¹⁰ Zie: K. VAN KILDONCK, *o.c.*, *NJW* 2010, 181; K. CRAUWELS, «Onrechtmatig verkregen bewijs... Of wat ervan overblijft? De invloed van de Antigoonrechtspraak op het onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken» in M. FAURE en W. RAUWS (red.), *Recente ontwikkelingen in het arbeids-, economisch, straf- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, (169), 180-185.

¹¹¹ Art. 124, 1^o, 2^o en 3^o, en art. 145, § 1, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische telecommunicatie, BS 20 juni 2005.

¹¹² Het *hacken* van een SNS-profiel is daarentegen zonder meer strafbaar op grond van art. 550bis Sw.

¹¹³ Art. 124, 4^o, en art. 145, § 1, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie.

¹¹⁴ A. PFEIFFER, *o.c.*, in *Privacy in de arbeidsrelatie. Gids voor het voeren van een privacybeleid*, 26, die terecht opmerkt dat in art. 124, 4^o, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie wordt gesproken over «informatie» en dus niet over «het bestaan van informatie», zoals in het eerste lid van datzelfde artikel.

¹¹⁵ Art. 314bis Sw.

¹¹⁶ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 106-107.

¹¹⁷ Zie bv. Corr. Leuven 4 december 2007, *T.Strafr.* 2008, 223, noot L. CEULEMANS; P. DE HERT, *o.c.*, *RW* 2002-03, 1284, voetnoot 28.

aan de privételecommunicatie als derde kennis neemt of doet nemen (bv. bij wijze van instructie of delegatie aan een andere werknemer) van de inhoud. Aan hoe meer personen de private SNS-telecommunicatie van de werknemer is gericht, hoe groter de kans dus op een misdrijf in de zin van art. 314*bis* Sw.

De conclusie is dan ook dat, op basis van de huidige wettelijke bepalingen, er een kloof gaapt tussen de strafrechtelijke en de burgerrechtelijke benadering. De discrepantie is voornamelijk te situeren op het vlak van het gebruik van informatie, verkregen van een SNS-profiel en bestemd voor een persoon of voor een selecte groep van personen waartoe men niet behoort. Hoewel de *daad van bewijsvergaring* in theorie strafvervolging kan meebrengen, kan het daaruit voortvloeiend onrechtmatig verkregen bewijs eventueel toch in een civiel geding worden aangewend en dus als sokkel dienen voor de uitoefening van het tuchtrecht en de ontslagmacht.

VI. Besluit

18. Hoewel de opkomst van SNS in de arbeidscontext tot nadenken stemt, mogen we dit fenomeen niet overroepen. Het gaat voornamelijk om oude wijn in nieuwe zakken: een nieuwe manier om een bestaand telecommunicatiemiddel – het internet, waarvan de embryonale vorm dateert van de jaren 1960 – te benutten en toe te passen. In die zin zijn SNS geenszins als revolutionair te bestempelen en kunnen zij amper worden vergeleken met de verschuiving van brief over

telefoon en telefax naar e-mail en sms-berichtgeving. Dit betekent niet dat de opmars van SNS zich niet laat gevoelen in het dagelijkse sociale leven, ook in arbeidsrelaties. Op verschillende fronten ziet de vigerende wetgeving zich geconfronteerd met deze nieuwe e-toepassing, en rijst de vraag hoe hiermee moet worden omgegaan. In een aantal gevallen blijkt het recht niet aangepast om een antwoord te bieden op deze moderne vormen van virtuele interactie. Zo poogt het arbeidsrecht een gestructureerde oplossing aan te reiken voor een uit de negentiende eeuw ontsproten maatschappelijk conflict, waarbij in de eenentwintigste eeuw ook andere evoluties, normen en belangen in de kijker komen. Soms zal het recht zelfs een obstructie vormen. Andere problemen kunnen dan weer worden aangepakt via een evolutieve benadering van bestaande rechtsregels. Of een aanpassing of aanvulling van de wetgeving werkelijk een noodzaak is, zal blijken uit het wijzigende juridisch bewustzijn. Het zal afwachten worden om te zien of de wetgever al dan niet tegemoetkomt aan de verzuchtingen van de zogeheten *f-generatie*. In dat opzicht past het te verwijzen naar een citaat uit 1967 van de Canadese communicatiewetenschapper Marshall McLuhan:¹¹⁹ «When faced with a totally new situation, we tend always to attach ourselves to the objects, to the flavor of the most recent past. We look at the present through a rear view mirror. We march backwards into the future». Of nog: hoe het recht soms moeite heeft om in een veranderende omgeving bij te blijven.

¹¹⁸ Ontwerp van wet ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het beluisteren, kennisnemen en opnemen van privé-communicatie en -telecommunicatie, *Parl.St.* Senaat 1992-93, nr. 843/1, p. 7.

¹¹⁹ M. McLuhan en Q. Fiore, *The Media is the Message. An Inventory of Effects*, Londen, Penguin books, 1967, 160 p.