

Arbeidsrecht

Sociale media en privacy in het arbeidsrecht

Frank HENDRICKX
hoofddocent Faculteit Rechtsgeleerdheid KU Leuven

Inleiding

1. Sociale media en, meer in het bijzonder, sociale netwerken zoals Facebook, LinkedIn, Twitter, of toepassingen zoals YouTube, zijn nog moeilijk uit onze huidige samenleving weg te denken. De *onlinewereld* van de communicatie, de netwerken en de publicatie van teksten en beelden speelt een steeds prominenter rol in tal van maatschappelijke verhoudingen. Ook in de arbeidsverhoudingen doet het fenomeen zich gelden. Zowel werknemers als werkgevers hebben het potentieel van sociale media ontdekt. Niet alleen werknemers of kandidaat-werknemers, maar ook heel wat werkgevers zijn aanwezig op sociale media, zoals Facebook of LinkedIn. ‘*Social recruiting*’ (persoonlijke netwerken van werknemers helpen werkgevers om mensen aan te werven) wordt genoemd als een belangrijke manier om personeel te rekruteren. Sollicitanten kunnen gemakkelijk gegoogeld worden. Soms gebruiken personeelsleden sociale media tijdens de werkuren of in de context van de onderneming, al dan niet voor professioneel of persoonlijk gebruik. Dit kan tot conflicten leiden met gevolgen voor het arbeidsrecht, de privacybescherming en zo meer. Ook wanneer werknemers tijdens hun vrije tijd chatten of berichten posten op sociale media, rijst de vraag wat de weerslag kan zijn op de arbeidsverhouding. Zo is er de kwestie of de werkgever al dan niet toezicht kan uitoefenen op het socialemediagebruik van zijn werknemers, of de werkgever maatregelen kan nemen indien het socialemediagebruik schade zou berokkenen aan (bijvoorbeeld het imago van) de onderneming, of een werkgever kandidaat-werknemers mag googelen, en zo meer.

De onderhavige bijdrage gaat in op de problematiek van sociale media in de context van het arbeidsrecht. De tekst is opgemaakt als achtergrond van de mondelinge uiteenzetting die werd gehouden op de VRG-Alumnidag van 8 maart 2013, georganiseerd aan de Rechtsfaculteit van de KU Leuven. Het bestek van deze bijdrage is dan ook beperkt. De benadering ervan is als volgt.

Met zijn weerslag op het arbeidsrecht heeft het fenomeen van sociale media tot op heden in de Belgische arbeidsgerechten voor een drietal direct relevante rechterlijke uitspraken gezorgd. Het betreft een arrest van het arbeidshof te Brussel van 4 maart 2010, een vonnis van de arbeidsrechtbank te Namen van 10 januari 2011, en een vonnis van de arbeidsrechtbank te Leuven van 17 november 2011. Op deze drie uitspraken wordt in deze bijdrage ingegaan. Het is in deze bijdrage echter vooral de bedoeling om conceptueel greep te krijgen op de rechtsontwikkeling en de uitspraken van de arbeidsgerechten te kaderen in de vraag hoe sociale media in het arbeidsrecht precies benaderd dienen te worden.

Omdat het gaat om een aantal relatief nieuwe fenomenen, lijkt het soms nog zoeken naar de juiste juridische invalshoeken. Vaak wordt in deze context gerefereerd naar het recht op privacy van de werknemer (of kandidaat-werknemer) en de desbetreffende juridische bepalingen. Dat perspectief is terecht, doch ook te beperkt. Sociale media dienen, in het kader van het arbeidsrecht, geëvalueerd te worden in een continuüm waarin zowel het grondrecht op

privacy als het grondrecht op vrije meningsuiting van de werknemer uiterste perspectieven vormen. In dat perspectief lijkt ook het onderscheid nuttig tussen de noties ‘communicatie’ en ‘publicatie’.

Dit kan als volgt schematisch worden voorgesteld:

Privacy	Meningsuiting
Communicatie	Publicatie

Het gebruik van sociale media zal in heel wat gevallen niet alleen gepercipiëerd maar ook begrepen dienen te worden in het licht van het grondrecht op privacy. Dat is zeker het geval in de mate het zou gaan om persoonlijke of vertrouwelijke netwerken die tot iemands persoonlijke levenssfeer behoren, zoals dit het geval kan zijn met sociale netwerken zoals bijvoorbeeld Facebook. Voor wat de juridische bescherming betreft, kan men in die gevallen ook nuttig gebruik maken van de noties *communicatie* en *vertrouwelijkheid*. Een en ander zal afhangen van de openheid van het sociaal netwerk, of de mate waarin het sociaal netwerk ook effectief afgeschermd is van het brede publiek, met andere woorden van technische instellingen van het sociaal medium, maar ook van intenties van de betrokkene of de impact op derden. In de mate er sprake is van een meer open, voor een ruime groep of voor iedereen toegankelijk netwerk, lijkt er minder plaats voor de begrippen privacy en communicatie, maar lijkt het eerder te gaan om *publicatie* van teksten of beelden. Men heeft dan immers de bedoeling om berichten de ruime wereld in te sturen. Met het oog op een juridische bescherming van die activiteiten, lijkt daarbij eerder het grondrecht op vrije meningsuiting aan de orde. Privacy/communicatie en meningsuiting/publicatie zijn uiteraard geen zwart-wit tegenstellingen, vandaar dat het gaat om een continuüm dat geleidelijkheid in de overgang van het ene naar het andere perspectief toelaat. De juridische perspectieven sluiten met andere woorden aan bij de discussie over het privaat dan wel het publiek karakter van informatie op sociale media.

Het continuüm dat privacy/communicatie doet overgaan naar meningsuiting/publicatie, blijft vaak onderbelicht, of blijkt slechts impliciet in het juridische debat aanwezig te zijn, ook voor wat de rechtspraak betreft. Het lijkt derhalve nuttig – en dat is ook de ambitie van deze bijdrage – om deze verschillende perspectieven te expliciteren, ook in de reeds gewezen rechtspraak. Met dit doel, maar ook met de beperkingen van deze bijdrage voor ogen, worden er in feite twee bewegingen gemaakt. In de eerste plaats wordt ervoor geopteerd om vanuit het grondrechtenperspectief te kijken naar het continuüm privacy en vrije meningsuiting. Het gaat tenslotte over grondrechtelijk verankerde begrippen en het lijkt niet alleen opportuun, maar ook onvermijdelijk, om de rechtsontwikkeling via grondrechtelijke uitgangspunten te begeleiden. Er wordt gefocust op de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, waarin een aantal nuttige principes vervat liggen voor de problematiek van sociale media. In de tweede plaats worden in verschillende onderverdelingen, de twee perspectieven van het continuüm toegepast, in samenhang met de relevante juridische bepalingen, en dit in de verschillende stadia van de arbeidsrelatie: de aanwerving, de gezagsverhouding en het ontslag.

1. Het continuüm: privacy versus meningsuiting

2. Zoals gesteld, situeert de problematiek van sociale media en arbeidsrecht zich op een continuüm waarin het recht op privacy en het recht op vrije meningsuiting uiterste perspectieven vormen. Dit levert een zekere juridische spanning op.

§1. *Als je wint, heb je vrienden...*

3. Met sociale media, zoals bijvoorbeeld Facebook, komt de relatie tussen communicatie (vertrouwelijkheid, privacy) en publicatie (openbaarheid, vrije meningsuiting) tot uiting. Vanaf hoeveel ‘vrienden’ is een Facebooknetwerk bijvoorbeeld niet meer besloten maar wel publiek? En kan hier wel gemakkelijk een grens getrokken worden? En is het begrip ‘vrienden’ in Facebook niet relatief?

Met de Nederlandse *Blokker-zaak*,¹ kan de spanning tussen privacy en vrije meningsuiting geduid worden. In deze zaak werd een werknemer ontslagen, omdat hij een bericht op Facebook had geplaatst met de tekst: *“blokker wat een hoerebedrijf spijt dak er ben gaan werken en die mensen ook d er werken vooral me teamleider wat een gore achter de ellebogen nijmegseple nep wout je ken aan die kkstroken van hem wel merken dat hij uit nijmegen ko en wout uis geweest de hoerestumperd ooit komt mijn dag en geloof me dan st ze te janken kkhomo,s”* (sic). Het argument van de werknemer dat Facebook tot het privédoel van de werknemer behoorde, was naar het oordeel van de rechter onjuist, daar de werknemer miskende, aldus de rechtbank, “dat het privé karakter van Facebook betrekkelijk is, zo ook het begrip “vrienden”.” In dit geval, aldus de rechtbank, “heeft één van de collega’s van de werknemer, die kennelijk tot de “vriendenkring” van [werknemer] behoort, Blokker van het bericht d.d. 2 februari 2012 op de hoogte gesteld. Zo hebben ook anderen van de uitlating van [werknemer] kennis kunnen nemen. [werknemer] miskent bovendien dat met het plaatsen van het bericht op Facebook er het risico van re-tweeten is, welk risico met zich meebrengt dat ook anderen dan de “vrienden” van [werknemer] kennis kunnen nemen van het bericht in kwestie”. De rechtbank stelde verder: “Met vrijheid van meningsuiting heeft dit bericht niets te maken. Die vrijheid wordt overigens begrensd door de beginselen van zorgvuldigheid die [werknemer] jegens Blokker in acht dient te nemen”.

§2. *Belang van de grondrechtenbenadering*

4. Het recht op privacy en het recht op vrije meningsuiting zijn grondrechten. Het inkaderen van de problematiek van de sociale media en het arbeidsrecht in het grondrechtenraamwerk, impliceert dat men rekening houdt met de systematiek van de grondrechtenbescherming. Eerder is betoogd dat het grondrechtenperspectief van het recht op privacy van de werknemer impliceert dat toepassing wordt gemaakt van de drie beginselen waaraan beperkingen van de

¹ Rb Arnhem 19 maart 2012, *JAR* 2012, 97.

uitoefening van het recht op privacy moeten beantwoorden: legaliteit, finaliteit en proportionaliteit.²

Deze beginselen hebben in de rechtspraak inmiddels heel wat toepassingen gekregen. Ook het beginsel van de 'legaliteit', vaak verwoord als een transparantiebeginsel, wordt in de privacyrechtspraak erkend, ook in de relatie tussen werknemer en werkgever. Zo oordeelde de arbeidsrechtspraak reeds over het ontslag om dringende reden van een bedrijfsleider, die een professionele gsm ter beschikking had, maar deze ook voor privégebruik hanteerde, dat het ontslag om dringende reden niet gerechtvaardigd was, onder meer gelet op de afwezigheid van duidelijke richtlijnen ter zake.³ In een zaak betreffende een handelsvertegenwoordiger die een laptop ter beschikking had maar hiermede pornosites bezocht, werd de controle daarvan door de rechter als onwettig bestempeld aangezien deze niet gebaseerd was op duidelijke richtlijnen en instructies in de onderneming.⁴

§3. Grondrechtelijke bescherming van privacy en meningsuiting in de arbeidsrelatie

5. De rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) is relevant voor het gebruik van sociale media in de context van het arbeidsrecht. Niet zelden neemt een werkgever aanstoot aan berichten die personeelsleden op sociale media plaatsen en, zoals uit de arbeidsrechtspraak blijkt, gaat het vaak om commentaar of kritiek op de werkgever of collega's. De werkgever heeft mogelijk ook zorgen op het gebied van imago, vertrouwelijke informatie, aansprakelijkheden en dergelijke meer. Ook rijzen vragen in verband met controle op het gebruik van sociale media, al dan niet tijdens de werkuren. Bij het afwegen van rechten en rechtmatige belangen, is de grondrechtelijke erkenning, maar ook de begrenzing, van het recht op privacy en de vrije meningsuiting dan ook een relevante kwestie.

Met toepassing van artikel 8 EVRM heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) het recht op privacy herhaalde malen toegepast en geëvalueerd in de arbeidsrelatie. De brede invulling van het begrip privacy en het ruime toepassingsgebied heeft het Hof te Straatsburg in de zaak *Niemietz t. Duitsland*⁵ doen besluiten dat zelfs activiteiten van professionele aard onder de privacybescherming vallen. Volgens het arrest van het Hof in de zaak *Halford t. Verenigd Koninkrijk*⁶ – waar het om telecommunicatie op de werkvloer ging

² Cf. F. HENDRICKX, *Privacy en arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 1999, 358 p.

³ Arbh. Gent 22 oktober 2001, *JTT* 2002, 41.

⁴ Arbrb. Hasselt 21 oktober 2002, *Soc.Kron.* 2003, 197.

⁵ EHRM 16 december 1992, *Niemietz t. Duitsland*, Appl. Nr. 13710/88, §29: "there appears (...) to be no reason of principle why this understanding of the notion of 'private life' should be taken to exclude activities of a professional or business nature since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world."

⁶ EHRM 25 juni 1997, *Halford t. Verenigd Koninkrijk*, Appl. Nr. 20605/92: §44: "In the Court's view, it is clear from its case-law that telephone calls made from busi-

– sluit artikel 8 EVRM ‘het professionele leven als werknemer’ niet uit. In de zaak-*Copland* bevestigde het EHRM de principiële toepassing van het recht op privacy op telecommunicatie, zoals e-mails, van een werknemer.⁷

Ook voor wat het in artikel 10 EVRM neergelegde recht op vrije meningsuiting betreft, is de erkenning en de toepassing ervan in de arbeidsrelatie verworven. Zo ging het in de bekende zaak-*Fuentes Bobo*⁸ om een journalist die in een interview de Spaanse staatstelevisie zwaar op de korrel nam, waarop hij werd ontslagen. Het Hof oordeelde dat de disciplinaire ontslagmaatregel die op deze interviews volgde, een ongeoorloofde beperking uitmaakte van de vrijheid van meningsuiting.

In deze context is ook de zaak-*Heinisch* van belang.⁹ Mevrouw Heinisch werkte voor een geriatrische instelling. Zij klaagde haar werkgever aan omdat ze vond dat de personeelsleden overwerkt waren en men, door de onderbezetting van de staf, de ouderlingen niet de vereiste zorgen kon toedienen. De klachten werden ondersteund door een rapport van een officiële controle-instelling. Uiteindelijk diende mevrouw Heinisch via haar advocaat een strafklacht in omwille van de wantoestanden die ze wenste aan te klagen. Ze speelde ook, samen met haar vakbond, een rol in de verspreiding van een pamflet waarbij de werkgever beschuldigd werd van intimidatie. Bij de beoordeling van de zaak verwijst het Europees Hof voor de Rechten van de Mens naar eerdere rechtspraak waarin de vrije meningsuiting van ambtenaren werd erkend en waarin het beginsel vervat ligt dat artikel 10 EVRM geldt op de arbeidsplaats in het algemeen. Het Hof stelt verder dat artikel 10 EVRM ook van toepassing is wanneer de verhoudingen tussen de werkgever en de werknemer worden beheerst door het private recht (het arbeidsrecht).¹⁰

Deze rechtspraak ondersteunt de visie dat het gebruik van sociale media door werknemers, zowel in hun vrije tijd als tijdens de werktijd, de bescherming van het recht op privacy zal genieten, net zoals dit geldt voor de uitlatingen of beelden die een werknemer daarop plaatst in het licht van de vrije meningsuiting. Dat neemt niet weg dat de Europese rechtspraak ook beperkingen aan geeft.

ness premises as well as from the home may be covered by the notions of "private life" and "correspondence" within the meaning of Article 8 para. 1.”

⁷ EHRM 3 april 2007, *Copland t. Verenigd Koninkrijk*, Appl. Nr. 62617/00.

⁸ EHRM 29 februari 2000, *Fuentes Bobo t. Spanje*, Appl. nr. 39293/98.

⁹ EHRM 21 juli 2011, *Heinisch t. Duitsland*, Appl. Nr. 28274/08.

¹⁰ *Heinisch t. Duitsland*, §44: “The Court recalls (...) that in a number of cases involving freedom of expression of civil or public servants, it has held that Article 10 applied to the workplace in general (...). It has further found that Article 10 of the Convention also applies when the relations between employer and employee are governed, as in the case at hand, by private law and that the State has a positive obligation to protect the right to freedom of expression even in the sphere of relations between individuals (...).”

§4. Grondrechtelijke beperking van privacy en vrije meningsuiting in de arbeidsrelatie

6. In de optiek van de mogelijke beperkingen van de grondrechten op privacy en vrije meningsuiting, spelen uiteraard de beginselen finaliteit, proportionaliteit en legaliteit een rol. Maar in het privacydiscours speelt ook de notie ‘privacyverwachtingen’ een sturende functie, net zoals de loyauteitsverplichting dit doet in het kader van de beperking van de vrije meningsuiting.

De notie van de redelijke privacyverwachtingen lijkt bij het evalueren van het recht op privacy steeds vaker op de voorgrond te treden. Men kan de redelijke privacyverwachtingen omschrijven als “verwachtingen die iemand redelijkerwijze heeft omtrent de mate waarin een inmenging in zijn privéleven zal of mag geschieden”.¹¹ Het is voorspelbaar dat deze notie een rol gaat spelen in de discussie omtrent sociale media in het arbeidsrecht. Welke privacyverwachtingen gelden immers (nog) ten aanzien van berichten of beelden die men zelf op sociale netwerken plaatst?

In het verleden heeft de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens, in de zaak-*Brüggeman en Scheuten*,¹² reeds erkend dat de claim voor privacybescherming automatisch verminderd wordt in de mate dat men zijn privéleven in contact brengt met het publieke leven of in nauw verband brengt met andere beschermde belangen. Die benadering helpt een nuttige betekenis te geven aan het begrip (redelijke) privacyverwachting. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens houdt de notie privacyverwachting(en) geregeld op de horizon bij het afwegen van rechten en belangen, maar toont ook de noodzaak voor een genuanceerde toepassing ervan. Zo is het Hof van oordeel dat wanneer iemand zich op straat begeeft, het onvermijdelijk is dat hij zichtbaar is voor het brede publiek die zich daar ook bevindt (wat een invloed heeft op iemands redelijke privacyverwachtingen), wat evenwel niet wegneemt dat privacybezorgdheden kunnen rijzen indien (men in) dit publieke domein wordt gefilmd.¹³ Een publieke context heeft dus een invloed op iemands privacyafspraken, zonder dat de privacybescherming daarmee noodzakelijkerwijze helemaal verdwijnt.

Ook het Hof van Cassatie heeft de notie ‘redelijke privacyverwachting’ inmiddels in zijn rechtspraak gehanteerd. Zo stelde het Hof van Cassatie in een ar-

¹¹ F. HENDRICKX, *Privacy en arbeidsrecht*, die Keure, Brugge, 1999, 51.

¹² *Brüggeman en Scheuten t. Duitsland*, ECieRM, Appl. Nr. 6959/75, 12 juli 1977, §56: “the claim to respect for private life is automatically reduced to the extent that the individual himself brings his private life into contact with public life or into close connection with other protected interests”.

¹³ *EHRM* 25 september 2001, *PG and JH v UK*, Appl. Nr. 44787/98, §57: “A person who walks down the street will, inevitably, be visible to any member of the public who is also present. Monitoring by technological means of the same public scene (for example, a security guard viewing through closed-circuit television) is of a similar character. Private-life considerations may arise, however, once any systematic or permanent record comes into existence of such material from the public domain”. Bevestigd in *Peck v UK*, *EHRM* 28 januari 2003, Appl. Nr. 44647/98, §58 en *Perry v UK*, *EHRM* 17 juli 2003, APpl. Nr. 63737/00, §37.

rest van 9 september 2008, dat niettegenstaande de verdragsrechtelijke bescherming van privécommunicaties, het louter opnemen van een dergelijk gesprek waaraan men zelf deelneemt, niet ongeoorloofd is ook al geschiedt dit zonder medeweten van de andere deelnemers. Het Hof stelt dat bij de beoordeling of het gebruik geoorloofd is, de rechter ook het criterium van de redelijke privacyverwachting in zijn oordeel moet betrekken. Dit criterium heeft onder meer betrekking op de inhoud en de omstandigheden waaronder het gesprek plaatsvond.”¹⁴

Langs de zijde van de vrije meningsuiting van de werknemer blijkt in de rechtspraak van het EHRM de loyauteitsverplichting een belangrijke beperkingsgrond. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aanvaardt uitdrukkelijk dat werknemers een verplichting tot loyaliteit hebben ten aanzien van hun werkgever. In de zaak-*Heinisch* (zie hoger) erkent het Hof dat dit zowel geldt voor ambtenaren als voor werknemers en erkent het de reputatie en de commerciële belangen van de werkgever als gerechtvaardigde belangen waartegen de vrije meningsuiting van de werknemer moet worden afgewogen.¹⁵

In de zaak *Pay t. Verenigd Koninkrijk*¹⁶ wordt een gelijkaardige beperking expliciteerd, ditmaal in het licht van de beperking van het recht op privacy. Het betrof een probatieambtenaar in het Verenigd Koninkrijk die in deze functie verantwoordelijk was voor zedendelinquenten, maar in zijn vrije tijd uitbater was van een SM-club die tevens diensten aanbood op het internet, waarop webblinks figureerden met foto's waarop de betrokkene zelf in actie te zien was. De ambtenaar werd ontslagen omwille van de onverenigbaarheid met zijn functie van deze *off duty*-activiteiten. Het Hof voor de Rechten van de Mens kon de beslissing tot ontslag volgen en hechtte onder meer belang aan het vertrouwen dat zowel de zedendelinquenten, de slachtoffers als het brede publiek moesten kunnen stellen in de probatiedienst. Het Hof wees in zijn overwegingen ook op het feit dat een werknemer ten aanzien van zijn werkgever tot een verplichting tot loyaliteit, terughoudendheid en discretie gehouden is.¹⁷

¹⁴ Cass. 9 september 2008, AR P.08.0276.N.

¹⁵ EHRM 21 July 2011, *Heinisch t. Duitsland*, Appl. No. 28274/08.: “While such duty of loyalty may be more pronounced in the event of civil servants and employees in the public sector as compared to employees in private-law employment relationships, the Court finds that it doubtlessly also constitutes a feature of the latter category of employment. (...) the principles and criteria established in the Court’s case law with a view to weighing an employee’s right to freedom of expression by signalling illegal conduct or wrongdoing on the part of his or her employer against the latter’s right to protection of its reputation and commercial interests also apply in the case at hand.”

¹⁶ *Pay v UK*, EHRM 16 september 2008, Appl. nr. 32792/05.

¹⁷ (...) the Court is mindful that an employee owes to his employer a duty of loyalty, reserve and discretion (*Guja v. Moldova* [GC], no. 14277/04, §70, ECHR 2008). The applicant’s job involved, inter alia, working closely with convicted sex offenders (...), it was important that he maintained the respect of the offenders placed under his supervision and also the confidence of the public in general and victims of sex crime in particular. *Pay v. United Kingdom*, Beslissing over ontvankelijkheid, 16 september 2008.

Voor wat de grenzen van de vrije meningsuiting betreft, is tevens de zaak-*Sanchez*¹⁸ relevant, waarin vakbondsleden werden ontslagen omwille van het publiceren in een nieuwsbrief van kritische artikelen en een cartoon die een karikatuur afbeeldde van de HR-manager samen met een aantal personeelsleden die hun beurt afwachtten om de HR-manager seksueel te bevredigen. De bedoeling was om kritiek te uiten op het feit dat de medewerkers in een rechtszaak getuigenis hadden afgelegd ten voordele hun werkgever. Het EHRM schonk in zijn overwegingen aandacht aan het feit dat de betrokkenen zich met een “schriftelijk medium” (in plaats van een mondelinge en spontane gedachteswisseling) hadden geuit, aan hetwelk zij vervolgens een algemene verspreiding gaven in de onderneming. Zodoende was het een overdachte actie, aldus het Hof, waarbij de betrokkenen de gevolgen ervan op de reputatie van anderen konden inschatten.¹⁹ Het Hof oordeelde dat er een tolerantiegrens was overschreven en besloot niet tot een schending van artikel 10 EVRM.

De rechtspraak leert dat een persoon niet om het even wat op het internet kan uiten, plaatsen of publiceren, zonder rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van hun werkgever.

II. Sociale media en aanwerving

7. Het aanwervingsrecht voorziet niet in uitdrukkelijke bepalingen over sociale media. Nochtans gelden er een aantal spelregels in situaties waarbij werkgevers via internet, of via sociale media in het bijzonder, op zoek zouden gaan naar informatie over (kandidaat-)werknemers. Vooral de toepasselijkheid van de Privacywet blijkt een aantal belangrijke gevolgen te hebben voor de bescherming van de betrokken (kandidaat-)werknemer.

§1. CAO nr. 38 inzake werving en selectie

8. Voor wat CAO nr. 38 van 6 december 1983 inzake werving en selectie betreft, kan verwezen worden naar artikel 11 van deze cao betreffende de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de kandidaat-werknemer: “De persoonlijke levenssfeer van de sollicitant zal bij de selectieprocedure worden geëerbiedigd. Zulks impliceert dat vragen over het privéleven slechts verantwoord zijn indien zij relevant zijn wegens de aard en de uitoefeningsvoorwaarden van de functie.” Het ‘relevantiebeginsel’ dat hierbij gegeven wordt zal ook gelden in het kader van het gebruik van **sociale media** bij activiteiten van werving en selectie.

§2. Privacywet

9. Onvermijdelijk brengt de kennisname van en de controle op sociale media, vanuit het oogpunt van het werkgeverstoezicht (een huidige of een toekomstige werkgever), het vraagstuk van de bescherming van persoonsgegevens met

¹⁸ *Palomo Sanchez e.a. t. Spanje*, EHRM, 12 september 2011, Appl. Nrs. 28955/06, 28957/06, 28959/06 and 28964/06.

¹⁹ Cf. §46.

zich mee. De kern van dit leerstuk wordt gevormd door de Wet van 8 december 1992, ook Privacywet genoemd. In uitvoering van deze wet zelf, werden zoals bekend een aantal uitvoeringsbesluiten genomen.

Het raadplegen, of controleren, van sociale media zal in heel wat gevallen de toepassing van de Privacywet met zich meebrengen, met als consequentie dat men met de garanties van deze wet rekening zal moeten houden. Er is weliswaar de zogenaamde '*household exemption*', die ervoor zorgt dat de Privacywet niet van toepassing is.²⁰ De meeste sociale media zullen ook effectief voor persoonlijke doeleinden aangewend worden en buiten de Privacywet vallen. Maar ook dat heeft zijn limieten.²¹ Wanneer bijvoorbeeld toekomstige werkgevers kandidaten screenen via sociale media of sociale netwerken, ligt het voor de hand dat er geen '*household exemption*' geldt.

A. Toepassingsgebied

10. Voor wat sociale media betreft en de gegevens die er circuleren, is de notie persoonsgegevens relevant. De Privacywet is namelijk van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens. De wet bepaalt dat voor de toepassing van deze wet onder "persoonsgegevens" wordt verstaan: iedere informatie betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon. Als identificeerbaar wordt beschouwd een persoon die direct of indirect kan worden geïdentificeerd, met name aan de hand van een identificatienummer of van één of meer specifieke elementen die kenmerkend zijn voor zijn of haar fysieke, fysiologische, psychische, economische, culturele of sociale identiteit. Het begrip "gegeven" dient ruim te worden geïnterpreteerd. Het kan gaan om teksten, medische of psychologische verslagen, foto's, geluidsopnames, vingerafdrukken, enz. Dit was reeds zo onder de originele versie van de wet.²² Het is duidelijk dat gegevens die op sociale media te vinden zijn of er worden uitgewisseld, in het toepassingsgebied komen van de Privacywet. Het is duidelijk dat naast tekst, ook foto's of beelden persoonsgegevens kunnen uitmaken. Aan de hand van een beeld of afbeelding van een persoon, wordt deze identificeerbaar. De identificeerbaarheid hangt weliswaar af van een aantal factoren, zoals onder meer de kwaliteit of de aard van de beelden (voorbeeld filmen vanop zeer grote afstanden).²³

²⁰ Artikel 3, §2 van de Privacywet sluit de verwerking van persoonsgegevens (vb. raadplegen van een Facebookpagina) door een natuurlijk persoon met uitsluitend *persoonlijke of huishoudelijke doeleinden* uit.

²¹ Opinion 5/2009 on online social networking, 01189/09/EN.WP163, Adopted on 12 June 2009, 13p.

²² Cf. de besprekingen in de Senaatscommissie, *Parl.St.* Senaat, B.Z. 1991-1992, 445/2, 57; F. ROBBEN, "De gevolgen van de wet verwerking persoonsgegevens voor de sector van de gezondheidszorg", *Vl.T.Gez.* 1994, 252; F. ROBBEN, "Toepassingsgebied en begripsdefinities" in *Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, Welke commissie voor welke persoonlijke levenssfeer*, Gedrukt op de persen van het *Belgisch Staatsblad*, 11.

²³ Advies nr. 14/95 van 7 juni 1995, Toepasselijkheid van de Wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens op beeldopnamen, en de gevolgen ervan.

Opdat de Privacywet van toepassing zou zijn, moet het gaan om een verwerking van persoonsgegevens. Artikel 1, §2 WVP stelt dat onder "verwerking" wordt verstaan elke bewerking of elk geheel van bewerkingen met betrekking tot persoonsgegevens, al dan niet uitgevoerd met behulp van geautomatiseerde procédés, zoals het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiden of op enigerlei andere wijze ter beschikking stellen, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van persoonsgegevens.

Het is van belang op te merken dat het raadplegen of verzamelen van gegevens reeds onder de notie verwerking valt. Dit is een belangrijke nieuwigheid die werd ingevoerd door de Europese Richtlijn inzake persoonsgegevensbescherming van 1995. In de oorspronkelijke versie van de Wet van 8 december 1992 werd de notie verwerking immers anders gedefinieerd.²⁴ Onder het huidige regime kan elke afzonderlijke bewerking tevens een verwerking uitmaken in de zin van de wet. Zo is het, anders dan onder de allereerste versie van de wet, niet meer noodzakelijk dat de (persoons)gegevens bewaard worden opdat er sprake zou zijn van een verwerking.

De Privacywet is weliswaar niet op elke verwerking van persoonsgegevens van toepassing, maar toch op heel wat soorten verwerkingen. De Privacywet is, ingevolge artikel 3, §1 van deze wet, met name van toepassing op: 1) elke geheel of gedeeltelijk *geautomatiseerde verwerking* van persoonsgegevens, alsmede 2) op elke *niet-geautomatiseerde verwerking* van persoonsgegevens die in een bestand zijn opgenomen of die bestemd zijn om daarin te worden opgenomen. Onder het nummer 2) wordt de notie bestand dus belangrijk. Onder "bestand", aldus art. 1, §3 van de Privacywet, wordt verstaan: elk gestructureerd geheel van persoonsgegevens die volgens bepaalde criteria toegankelijk zijn, ongeacht of dit geheel gecentraliseerd dan wel gedecentraliseerd is of verspreid op een functioneel of geografisch bepaalde wijze. Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 16 mei 1997 gesteld dat er slechts sprake is van een bestand in de zin van de Privacywet, als door de logisch gestructureerde wijze waarop een geheel van persoonsgegevens wordt samengesteld en bewaard, een systematische raadpleging ervan mogelijk is.²⁵

Deze bepaling in verband met het toepassingsgebied betekent dat een individuele, en dus unieke, geautomatiseerde verwerking (vb. raadpleging, verzameling, ...) binnen het toepassingsgebied van de Privacywet valt. De Commissie voor de Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer heeft reeds aangeduid dat dit onder meer van belang is om de enige of kortstondige ingebruikname

²⁴ Onder het oude regime werd een verwerking gedefinieerd als een "geheel van bewerkingen" (cf. artikel 1, §3 van de oorspronkelijke versie van de Wet van 8 december 1992. Een verwerking werd toen beschouwd als een geheel van specifieke en mogelijk ook verschillende bewerkingen, zodat een reeks van bewerkingen als één verwerking werd beschouwd indien ze als een samenhangend geheel met één generiek doel worden uitgevoerd.

²⁵ Cass. 16 mei 1997, *RW* 1997-98, 850.

van een systeem van cameratoezicht onder de Privacywet te brengen.²⁶ Evenzo kan de loutere kennisname van een telefonisch gesprek met behulp van elektronische middelen een verwerking uitmaken in de zin van de wet, zonder dat een effectieve bewaring van de gegevens geschiedt.²⁷ In dezelfde zin kan gesteld worden dat het louter raadplegen of verzamelen van persoonsgegevens op sociale media onder het toepassingsgebied van de Privacywet valt, indien dit geautomatiseerd geschiedt (wat vaak het geval zal zijn aangezien men een computer, tablet of ander geautomatiseerd toestel gebruikt om de gegevens te raadplegen), of indien de persoonsgegevens in een bestand (zullen) worden opgenomen.

B. Principes en garanties

11. De toepasselijkheid van de Privacywet brengt uiteraard met zich mee dat de principes en garanties van deze wet gerespecteerd moeten worden. Deze betreffen evenwel niet noodzakelijk dat werkgevers bijvoorbeeld informatie verzamelen over (kandidaat-)werknemers via internet of via sociale media gelet op de gerechtvaardigde belangen die dat dient.

Er gelden wel een aantal beperkingen, die *mutatis mutandis* ook gelden eens de werknemer is aangeworven. Ingevolge artikel 4, §1 WVP dienen persoonsgegevens: 1° eerlijk en rechtmatig te worden verwerkt; 2° voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden te worden verkregen en niet verder te worden verwerkt op een wijze die, rekening houdend met alle relevante factoren, met name met de redelijke verwachtingen van de betrokkene en met de toepasselijke wettelijke en reglementaire bepalingen, onverenigbaar is met die doeleinden; 3° toereikend, terzake dienend en niet overmatig te zijn, uitgaande van de doeleinden waarvoor zij worden verkregen of waarvoor zij verder worden verwerkt; 4° nauwkeurig te zijn en, zo nodig, te worden bijgewerkt; alle redelijke maatregelen dienen te worden getroffen om de gegevens die, uitgaande van de doeleinden waarvoor zij worden verkregen of waarvoor zij verder worden verwerkt, onnauwkeurig of onvolledig zijn, uit te wissen of te verbeteren; 5° in een vorm die het mogelijk maakt de betrokkenen te identificeren, niet langer te worden bewaard dan voor de verwezenlijking van de doeleinden waarvoor zij worden verkregen of verder worden verwerkt, noodzakelijk is.

Voorts wordt in art. 6 (cf. 7) van de Privacywet voorzien in een bijzonder bescherming van gevoelige gegevens en gezondheidsgegevens. De verwerking van persoonsgegevens waaruit de raciale of etnische afkomst, de politieke opvattingen, de godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging of het lidmaatschap van een vakvereniging blijken, alsook de verwerking van persoonsgegevens die het seksuele leven betreffen, is in beginsel verboden. Men zou echter kunnen stellen dat in een aantal gevallen dergelijke gegevens die op sociale media beschikbaar zijn gemaakt, toch mogen verwerkt worden op basis

²⁶ Advies nr. 34/99 van 13 december 1999, Advies uit eigen beweging betreffende de verwerkingen van beelden, in het bijzonder verricht door middel van systemen van video-toezicht.

²⁷ F. HENDRICKX, *Privacy en arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 1999, 186.

van enkele uitzonderingen. Zo is het verbod om de gevoelige persoonsgegevens te verwerken, niet van toepassing in een van de volgende gevallen: wanneer de verwerking noodzakelijk is met het oog op de uitvoering van de specifieke verplichtingen en rechten van de verantwoordelijke voor de verwerking met betrekking tot het arbeidsrecht; wanneer de verwerking betrekking heeft op gegevens die duidelijk door de betrokkene openbaar zijn gemaakt.²⁸ In dit laatste geval zal de discussie aan de orde zijn in welke mate het sociaal medium een besloten dan wel een openbaar karakter heeft.

C. Informatie aan de betrokkene

12. Een van de aspecten van de bescherming van persoonsgegevens is de transparantie ten aanzien van de betrokkene. Het recht op privacy impliceert namelijk een recht op controle, door het betrokken individu, op hem betreffende informatie. De Privacywet voorziet dan ook in een verplichting tot kennisgeving door de verantwoordelijke voor de verwerking (bijvoorbeeld een huidige of toekomstige werkgever die gegevens van een werknemer of kandidaat-werknemer verwerkt) aan de betrokkene. Hiervoor dient men te verwijzen naar artikel 9 van de Privacywet, waarin een verplichting tot het verschaffen van informatie is neergelegd, onder meer over de identiteit van degene die persoonsgegevens verwerkt en de doeleinden van de verwerking.

De wet onderscheidt twee situaties. In de eerste plaats wordt het geval geïsoleerd waarbij persoonsgegevens betreffende de betrokkene bij hemzelf worden verkregen. Dit is bijvoorbeeld het geval, zo stelt men, indien de betrokkene zelf gegevens openbaar maakt,²⁹ of indien een werkgever bij de betrokkene zelf persoonsgegevens bekomt. In de tweede plaats wordt de situatie beoogd waarbij persoonsgegevens niet bij de betrokkene zelf zijn verkregen. Dit is bijvoorbeeld het geval indien men deze persoonsgegevens van een derde ontvangt.

Het onderscheid is van belang. Worden de persoonsgegevens bij de betrokkene zelf bekomen, dan dient deze te worden in kennis gesteld uiterlijk op het moment dat de gegevens worden verkregen. In het andere geval dient de kennisgeving te gebeuren op het moment van de registratie van de gegevens of wanneer mededeling van de gegevens aan een derde wordt overwogen. Men kan dus denken aan situaties waarbij op sociale media aanwezige informatie (teksten, foto's, ...) door (toekomstige) werkgevers wordt geraadpleegd of verzameld. De vraag of werkgevers deze informatie mogen raadplegen zonder medeweten van de betrokkene, hangt dus af van de situatie en interpretatie (bij de betrokkene verzameld of niet), maar de Privacywet impliceert dat een toekomstige werkgever niet zonder meer een kandidaat-werknemer zijn persoonsgegevens via diens sociale media kan raadplegen en verder verwerken. De handhaving van een dergelijke verplichting – wat als een kandidaat-werknemer niet op de hoogte is – blijft uiteraard minder evident.

²⁸ Cf. art. 6, §2 en art. 7, §2 Privacywet.

²⁹ *Parl.St.* Kamer 1997-98, nr. 1566/1, 44.

§3. Antidiscriminatiewetgeving

13. Zonder hier, gelet op het beperkte bestek van deze bijdrage, diep op de antidiscriminatiewetgeving te kunnen ingaan, is een vermelding niettemin op zijn plaats. Zoals bekend vormt het Belgisch (federale) arbeidsdiscriminatierecht een drieluik (en eigenlijk een vierluik) van wetten van 10 mei 2007³⁰ die zelfstandig, dan wel als aanpassing van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, verschillende discriminatiegronden beschermen. Daarnaast dient nog de reeds genoemde CAO nr. 38 van 6 december 1983 betreffende de werving en selectie van werknemers (*cf.* art. 2*bis*) te worden aangestipt, alsook CAO nr. 95 van 10 oktober 2008 betreffende de gelijke behandeling gedurende alle fasen van de arbeidsrelatie.

Zo is er bescherming tegen vormen van discriminatie op grond van: geslacht, burgerlijke staat, zogenaamd ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming, ethnische oorsprong, leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, syndicale overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, een fysieke of genetische eigenschap of sociale afkomst.

In het kader van wervings- en selectieactiviteiten, ook al komen ze via sociale netwerken of sociale media tot stand, dient men uiteraard met deze wettelijke bepalingen rekening te houden.

III. Sociale media en de gezagsverhouding

14. Van zodra iemand verbonden is door een arbeidsovereenkomst, speelt uiteraard het gezagsrecht van de werkgever een belangrijke rol. De arbeidsovereenkomst is namelijk de overeenkomst waarbij een werknemer zich verbindt om tegen loon, onder gezag van een werkgever, arbeid te verrichten.³¹ Het gaat om een juridische ondergeschiktheid.

§1. Algemeen

15. De arbeidsovereenkomstenwet specificiert deze ondergeschiktheid onder meer in artikel 17, 2° van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 op grond waarvan de werknemer verplicht is 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.

Het recht van de werkgever om bevelen en instructies uit te vaardigen omtrent het gebruik van ICT in de onderneming, en het gebruik daarvan te controleren, wordt niet alleen op grond van de Arbeidsovereenkomstenwet erkend, maar wordt tevens bevestigd in CAO nr. 81 (waarover verder meer). Artikel 1 van CAO nr. 81 maakt duidelijk dat deze geen betrekking heeft op “de regels voor de toegang tot en/of het gebruik van de elektronische on-linecommunicatie”.

³⁰ BS 30 mei 2007.

³¹ *Cf.* art. 2 en 3 AOW.

tiemiddelen van de onderneming, welke regels het prerogatief van de werkgever zijn”.

Een aantal andere relevante bepalingen betreffen deze die betrekking hebben op de wederzijdse eerbied en achting die werkgever en werknemer jegens elkaar verschuldigd zijn (artikel 16 Arbeidsovereenkomstenwet), de verplichting om zich te onthouden van oneerlijke concurrentie en de geheimen van de onderneming te respecteren (artikel 17 Arbeidsovereenkomstenwet), of ze betreffen in het algemeen de goede trouw die de partijen bij de arbeidsovereenkomst in acht moeten nemen op grond van artikel 1134, derde lid van het Burgerlijk Wetboek.

Deze vaak vrij open geformuleerde normen zijn nuttig, maar niet steeds sluitend, om een antwoord te bieden op de vraag of de werkgever toegang kan krijgen tot de sociale media (bijvoorbeeld de Facebookpagina's) van zijn personeelsleden. Een relevant theoretisch onderscheid kan daarbij gemaakt worden tussen 'on duty' en 'off duty' activiteiten van de werknemer. In het licht van het recht op privacy heeft de werkgever in beginsel geen uitstaans met datgene wat de werknemer met zijn vrije tijd aanvangt. Dat betekent nog niet dat Facebookpagina's, Twitterberichten, YouTube filmpjes en dergelijke meer, die een personeelslid in zijn vrije tijd ontwikkelt en de wereld instuurt, in beginsel buiten het bereik van de arbeidsrelatie zouden vallen. Precies omwille van de loyauteitsverplichting van de werknemer, dient hij ook in zijn vrije tijd – 'off duty' – rekening te houden met de belangen van zijn werkgever. Zo mag de werkgever verwachten dat een werknemer geen vertrouwelijke bedrijfsinformatie op sociale media plaatst, dan wel andere informatie die de werkgever schade zou berokkenen. In het arbeidsrecht wordt immers aanvaard dat activiteiten of gedragingen uit het privéleven van de werknemer een negatieve weerslag kunnen hebben op de arbeidsrelatie.³²

De vraag is echter hoever het gezagsrecht van de werkgever reikt. Dat een werknemer verplicht zou zijn om zijn werkgever toegang te verschaffen tot zijn persoonlijk sociaal netwerk, bijvoorbeeld door hem 'vriend' te maken in zijn Facebooknetwerk, lijkt een stap te ver. Ook het opleggen van een verplichting aan personeelsleden om melding te maken van zaken die collega's op hun sociale media posten, is allerm minst evident in het licht van de principiële bescherming van de privacy. Met een dergelijke meldingsplicht komt men weliswaar weer bij de loyauteitsverplichting van de werknemer, maar dient men juridisch toch een principiële terughoudendheid aan de dag te leggen, omwille van de privacybescherming en ook het recht op vrije meningsuiting. Men kan een parallel leggen met de problematiek van het klokkenluiden of het melden van in de onderneming bestaande wantoestanden. Deze problematiek impliceert bijzondere omstandigheden, waarover de Privacycommissie reeds

³² Zie hiervoor onder meer de rechtspraak inzake het ontslag wegens dringende reden of de rechtspraak inzake willekeurig ontslag of rechtsmisbruik bij ontslag. In het kader van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet, aanvaardt het Hof van Cassatie dat de motieven voor een ontslag zich niet moet situeren in het strikte kader van de contractuele relatie (Cass. 22 oktober 2012, AR S.12.0054.F, Zie *NB Arbeidsrecht*, nr. 2012/9).

een aantal aanbevelingen formuleerde.³³ De Privacycommissie is weliswaar principieel niet tegen een meldingsplicht, maar onderwerpt een dergelijke meldingsplicht wel aan strikte afwegingen en voorwaarden. De Privacycommissie acht een klik-cultuur onwenselijk: “Voor het personeel is het van belang dat de sfeer binnen de organisatie niet degenereert. Het vermijden van spanningen door een ‘klik’-cultuur en een correcte behandeling van de melder en van de beklagde moeten daar onder andere toe bijdragen.”³⁴

§2. CAO nr. 81

16. In het kader van het gebruik van sociale media door de werknemer en de controle hierop door de werkgever, wordt vaak verwezen naar 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.³⁵ Zoals bekend, kwam deze cao er naar aanleiding van de toenemende problematiek in verband met het internet- en e-mailgebruik op het werk, en de toenemende onvrede van velen over het bestaande wettelijk kader.

De vraag rijst in welke mate men rekening dient te houden met de bepalingen van CAO nr. 81 in het licht van een controle door de werkgever van sociale media. Hierbij moet stilgestaan worden bij het toepassingsgebied van CAO nr. 81. Dit toepassingsgebied is niet onbeperkt.

A. Toepassing op sociale media?

17. Op het eerste gezicht hebben de sociale partners de bedoeling gehad om een ruim toepassingsgebied van de CAO nr. 81 te omschrijven, zo blijkt uit de benadering van artikel 2 van deze cao. Artikel 2 van CAO nr. 81 bepaalt dat voor de toepassing van deze collectieve arbeidsovereenkomst onder elektronische on-linecommunicatiegegevens wordt verstaan: “de elektronische on-linecommunicatiegegevens s.l. ongeacht de drager via welke een en ander door een werknemer wordt overgebracht of ontvangen in het kader van de dienstbetrekking”. De commentaar bij dit artikel vermeldt dat de sociale partners een kader wilden vaststellen “dat ruim genoeg is om alle on-linetechnologieën te omvatten, rekening houdend met de toenemende verwevenheid en de snelle ontwikkeling van deze technologieën en de drager die wordt gebruikt”. Op basis van deze commentaar kan men voor een ruim toepassingsgebied argumenteren. Anderzijds stuiten de constitutieve elementen van de begripsbepaling op beperkingen. Zo moet het gaan om communicatiegegevens. Hierbij kan men

³³ Aanbeveling nr. 01/2006 van 29 november 2006 betreffende de verenigbaarheid van meldsystemen (klokkenluidersystemen) met de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, 9 p.

³⁴ Idem, 2.

³⁵ Cf. KB 12 juni 2002 waarbij algemeen verbindend wordt verklaard de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 81 van 26 april 2002, gesloten in de Nationale Arbeidsraad, tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemers ten opzichte van de controle op de elektronische on-linecommunicatiegegevens (BS 29 juni 2002).

evenwel aanstippen dat de sociale partners aannemen dat het louter internetgebruik (surfen) ook communicatie is. Het blijkt ook zeer duidelijk dat niet alleen e-mail, maar ook internetgebruik gevat wordt door CAO nr. 81. Kortom, het gebruik van sociale media wordt in beginsel niet uitgesloten uit het toepassingsgebied van CAO nr. 81.

Toch is het zo dat heel wat – wellicht de meeste – situaties van het gebruik van sociale media door werknemers zal plaatshebben in de vrije tijd van de werknemer en vaak thuis, of toch buiten de context van de arbeidsplaats. Het betreft dan als het ware de *online*-vrijtijdsbesteding van de werknemer, of de zogenaamde *off duty*-activiteiten. De toepasselijkheid van CAO nr. 81 op die situatie is niet evident.

In dit verband is het relevant te wijzen op de commentaar van de sociale partners dat het in de cao zowel gaat om interne als externe communicatie.³⁶ Dit pleit voor een ruim toepassingsgebied. Ook moge daarbij duidelijk zijn dat CAO nr. 81 de bedoeling heeft om niet alleen het professioneel gebruik maar ook het privégebruik of het persoonlijk gebruik van de werknemer te regelen.

Nochtans lijkt CAO nr. 81 niet van toepassing te zijn op het louter persoonlijk gebruik van sociale media door een werknemer buiten elke context van de onderneming. Zo is CAO nr. 81 in de eerste plaats beperkt door de grondrechten, zoals het recht op privacy, welk recht sterker zal worden gegarandeerd in de private (niet-professionele) sfeer, zoals in de vrijtijdsbesteding van de werknemer. In de tweede plaats is CAO nr. 81 begrensd door de doelstellingen en het voorwerp ervan, met name het regelen van controle “op het werkinstrument en op het gebruik dat de werknemer ervan maakt in het kader van de uitvoering van zijn contractuele verplichtingen”.³⁷ De CAO regelt naar eigen zeggen “de waarborging van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemer wanneer op zijn werkplek elektronische communicatiegegevens worden verzameld om ze te controleren en te verwerken”.³⁸ Er wordt verder verwezen naar “on-linecommunicatiegegevens op de werkplek”.³⁹ Voor meer discussie vatbaar, maar tevens begrenzend, is de verwijzing in de cao naar “het kader van de dienstbetrekking”.⁴⁰

Men lijkt hieruit te moeten afleiden dat communicatie die niet is overgebracht of ontvangen in het kader van de dienstbetrekking, zoals de zuivere *online*-vrijtijdsbesteding van de werknemer, buiten het toepassingsgebied van CAO nr. 81 blijft.

Dit betekent uiteraard niet dat elke persoonlijke communicatie buiten de toepassings sfeer van CAO nr. 81 valt. Zo is de nodige nuance op zijn plaats. De cao lijkt immers wel bedoeld te zijn om onder meer controle mogelijk te maken op overdreven privégebruik van het internet of e-mail, of het schadelijk

³⁶ Commentaar bij artikel 2.

³⁷ Art. 3 CAO nr. 81.

³⁸ Verslag, CAO nr. 81, 5.

³⁹ Overwegingen 11-12 CAO 81.

⁴⁰ Overwegingen 11-12 CAO 81.

gebruik ervan (porno, geweld, vertrouwelijke informatie).⁴¹ De commentaar bij artikel 4 stelt overigens uitdrukkelijk dat de werkgever de mogelijkheid heeft om controle te verrichten op *persoonlijke* elektronische on-linecommunicatiegegevens, voor een of meer doeleinden die door de CAO als gerechtvaardigd worden erkend.⁴² De zinsnede “in het kader van de dienstbetrekking” lijkt dus ruimer dan “in het kader van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst”. Maar de gezagsuitoefening van de werkgever is uiteraard begrensd.

Anderzijds zal CAO nr. 81 van toepassing zijn indien de band met de dienstbetrekking wel degelijk is aangetoond, waarbij elementen een rol kunnen spelen zoals het (al dan niet persoonlijk) gebruik van ICT in de onderneming, het (al dan niet persoonlijk) gebruik ervan tijdens de arbeidstijd, en zo meer. De vraag in welke mate, voor de vaststelling van de band met de dienstbetrekking, het al dan niet relevant is of het ICT-materiaal aan de werkgever toebehoort (vb. laptop ter beschikking), is voor discussie vatbaar, zeker wanneer het zou gaan om (toegelaten) vrijetijdsbesteding door de werknemer.

Verder betekent de eventuele niet-toepasselijkheid van CAO nr. 81 uiteraard niet dat er geen privacybescherming meer zou gelden voor het socialemedia-gebruik van de werknemer. Integendeel, zowel het grondrecht op privacy als andere wettelijke bepalingen (zoals de Privacywet of het wettelijk beschermd telecommunicatiegeheim) zullen nog een rol kunnen spelen.

B. Waarborgen en de inhoud van privécommunicatie

18. In het licht van de afgrenzing van de werkingssfeer van CAO nr. 81, zoals hierboven reeds aan de orde werd gesteld, dient kort stilgestaan te worden bij de discussie over de vraag of CAO nr. 81 zou toelaten om kennis te nemen van de inhoud van communicatie (vb. internetgebruik of e-mail berichten). Daaraan wordt wel eens getwijfeld, hoewel uit de bewoordingen en de systematiek van CAO nr. 81 blijkt dat kennisname van de inhoud van telecommunicatie tevens tot de mogelijkheden behoort. Soms gaat deze conclusie wel eens in de nuance verloren. Volgens Aanbeveling nr. 8/2012 van de Privacycommissie van 2 mei 2012, zijn “gegevens die tot stand komen in uitvoering van de arbeidsovereenkomst in uitvoering van de arbeidsovereenkomst op zich relevant voor de werkgever, ook ten aanzien van hun inhoud. Enkel toegang tot de inhoud van een zakelijk elektronisch bericht kan ervoor zorgen dat de werkgever zijn doel realiseert”.⁴³ De Privacycommissie is terughoudender ten aanzien van persoonlijke communicatie: “persoonlijke communicatiegegevens zijn daarentegen in normale omstandigheden overmatig en mogen dus niet ter kennis komen van de werkgever”.⁴⁴ De Privacycommissie wijst in dit verband op een “striktter toegangsregime” en beveelt aan dat, op het vlak van de inhoud

⁴¹ Cf. Artikel 5 CAO nr. 81.

⁴² Commentaar bij artikel 4: “De werkgever heeft de mogelijkheid controle te verrichten op persoonlijke elektronische on-linecommunicatiegegevens, voor een of meer doeleinden die door deze overeenkomst als gerechtvaardigd worden erkend.”

⁴³ Aanbeveling 08/2012 van 2 mei 2012, overweging 99, p. 28.

⁴⁴ *Idem.*

van persoonlijke elektronische communicatie, best wordt gewerkt met een intermediaire vertrouwenspersoon.⁴⁵ Met inachtneming van het proportionaliteitsbeginsel, blijkt uit CAO nr. 81, en meer bepaald de artikelen 11 en 15, dat voor niet-professioneel gebruik de individualisering niettemin rechtstreeks mogelijk is in geval van misbruiken of ongeoorloofd gebruik zoals vermeld in artikel 5, §1, 1°, 2° en 3° van de CAO (zoals: voorkomen van ongeoorloofde of lasterlijke feiten, bescherming van de economische belangen van de onderneming, vrijwaren van de veiligheid van het netwerk). Het arbeidshof te Luik bevestigde onder meer dat de werkgever, in een aantal omstandigheden (*in casu* in geval van de vrees voor virusverspreidingen) het recht heeft om zich toegang te verschaffen tot e-mails.⁴⁶

Uiteraard dient hierbij gewezen te worden op de spelregels van CAO nr. 81. Artikel 4 van CAO nr. 81 bepaalt met name dat controle op de elektronische on-linecommunicatiegegevens slechts wordt toegestaan voor zover voldaan wordt aan het finaliteitsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel en het transparantiebeginsel, zoals gewaarborgd in de CAO. Artikel 6 legt de voorwaarden vast waarbinnen een controle proportioneel kan geschieden: in principe mag de controle op de elektronische on-linecommunicatiegegevens geen inmenging in de persoonlijke levenssfeer van de werknemer tot gevolg hebben. Als de controle toch een inmenging in de persoonlijke levenssfeer van de werknemer tot gevolg heeft, moet deze inmenging tot een minimum beperkt worden. In de commentaar bij dit artikel staat te lezen dat dit impliceert dat met het oog op een controle alleen de elektronische on-linecommunicatiegegevens mogen worden verzameld die *noodzakelijk* zijn voor de controle, d.w.z. de gegevens die gezien het gerechtvaardigde doel van de controle, een zo gering mogelijke inmenging in de persoonlijke levenssfeer van de werknemer tot gevolg hebben. Daarbij specificeert de commentaar dat het meer bepaald gaat (in het kader van de toepassing van dit artikel) om het verzamelen van *globale gegevens* van de onderneming. Individualisering is hier dus in beginsel niet aan de orde. De sociale partners lichten toe dat het hier in de praktijk bijvoorbeeld gaat om: wat de controle op internetsites betreft, het verzamelen van de gegevens over de duur van de aansluiting per werkpost en niet de individualisering van de bezochte sites; wat de controle op het gebruik van de elektronische post betreft, het verzamelen van gegevens over het aantal per werkpost uitgaande berichten en het volume ervan en niet de identificatie van de werknemer die ze verstuurt.

Een controle dient dus in de eerste plaats op een globale wijze te geschieden, zonder identificatie van de individuele werknemer die achter een concreet gegeven zit. Men kan echter wel verder doorstoten naar een (directe of indirecte) individualisering van de gegevens, hetzij op grond van de specifieke procedure die in de cao wordt uiteengezet, hetzij op grond van een eerlijke toepassing van het proportionaliteitsbeginsel.

⁴⁵ *Idem*, overweging 101-102, p. 28-29.

⁴⁶ Arbh. Luik 20 maart 2006, *RRD* 2006, afl. 118, 89.

§3. *Telecommunicatiegeheim*

19. Het Belgisch strafrecht kent een principieel verbod van kennisname van telecommunicatie. Dit verbod is neergelegd in de Wet betreffende de elektronische communicatie (WEC) van 13 juni 2005. Artikel 124 van deze wet bepaalt dat, “indien men daartoe geen toestemming heeft gekregen van alle andere, direct of indirect betrokken personen”, niemand mag: 1° met opzet kennis nemen van het bestaan van informatie van alle aard die via elektronische weg is verstuurd en die niet persoonlijk voor hem bestemd is; 2° met opzet de personen identificeren die bij de verzending van de informatie en de inhoud ervan betrokken zijn; 3° met opzet kennis nemen van gegevens inzake elektronische communicatie en met betrekking tot een andere persoon; 4° de informatie, identificatie of gegevens die met of zonder opzet werden verkregen, wijzigen, schrappen, kenbaar maken, opslaan of er enig gebruik van maken.

Men dient te wijzen op andere relevante strafrechtelijke bepalingen, meer bepaald deze die zijn neergelegd in artikel 314*bis* van het Strafwetboek. Hierin wordt bepaald dat wordt gestraft, hij die 1° ofwel, opzettelijk, met behulp van enig toestel privécommunicatie of -telecommunicatie, waaraan hij niet deelneemt, tijdens de overbrenging ervan, af luistert of doet af luisteren, er kennis van neemt of doet van nemen, opneemt of doet opnemen, zonder de toestemming van alle deelnemers aan die communicatie of telecommunicatie; 2° ofwel, met het opzet een van de hierboven omschreven misdrijven te plegen, enig toestel opstelt of doet opstellen. Wordt eveneens gestraft hij, die wetens, de inhoud van privécommunicatie of -telecommunicatie die onwettig afgeluistert of opgenomen is of waarvan onwettig kennis genomen is, onder zich houdt, aan een andere persoon onthult of verspreidt, of wetens enig gebruik maakt van een op die manier verkregen inlichting. Tevens wordt gestraft hij die, met bedrieglijk opzet of met het oogmerk te schaden, gebruik maakt van een wettig gemaakte opname van privécommunicatie of -telecommunicatie.

Het al dan niet (direct of indirect) betrokken zijn bij de elektronische communicatie, is relevant voor de strafbaarstelling en blijft een discussiepunt. De Privacycommissie “is van oordeel dat er slechts interactie is met artikel 124 WEC in zoverre men aanneemt dat de werkgever nooit een medebestemming is van de elektronische communicatie van een werknemer”.⁴⁷ Ook de problematiek van de toestemming van de werknemer blijft een twistpunt. In dit verband stelt de Privacycommissie: “als een werkgever data verwerkt in het kader van controle op het gebruik van de patronale communicatiemiddelen is de toestemming van de werknemer dus niet de juiste rechtvaardigingsgrond”.⁴⁸ De Privacycommissie is evenwel van oordeel dat artikel 17 van de Arbeidsovereenkomstenwet een wettelijke uitzondering kan vormen ten aanzien van het strafrechtelijk verbod van kennisnemen van elektronische communicatie.⁴⁹

⁴⁷ Aanbev. nr. 08/2012, 2 mei 2012 betreffende de controle door de werkgever op het gebruik van elektronische communicatie-instrumenten op de werkvloer, p. 12, nr. 43.

⁴⁸ Idem, p. 15, nr. 53.

⁴⁹ Idem, p. 18, nr. 65.

Het strafrechtelijk beschermd (tele-)communicatiegeheim kan, gelet op het bestek van deze bijdrage, niet uitgebreid worden besproken. Wel dient men stil te staan bij de vraag in welke mate de strafbepalingen van toepassing zijn op controle van sociale media. Het toepassingsgebied van de strafbepalingen is beperkt. Zo is de rechtspraak van oordeel dat de strafbepalingen niet van toepassing zijn van zodra (communicatie)gegevens zijn opgeslagen⁵⁰ of indien het persoonlijke bestanden en/of documenten betreft die de werknemer opmaakt en bewaart op de computer hem ter beschikking gesteld door de werkgever.⁵¹ Toch dient men voorzichtig te blijven in het licht van het verbod van misbruik van (zelfs wettig) verkregen telecommunicatiegegevens (cf. art. 314bis, §2 Sw). Ook over het privékarakter van telecommunicatie kan discussie ontstaan, bijvoorbeeld wanneer foto's worden verstuurd die uiteindelijk een bredere bekendheid krijgen bij de collega's.⁵²

§4. *Privacywet*

20. Ook tijdens het bestaan van de arbeidsovereenkomst zal, onder meer in het licht van de controle door de werkgever van sociale media van werknemers, met de Privacywet rekening gehouden moeten worden. Voor wat de discussie betreft in verband met het toepassingsgebied van de Privacywet en de informatieverplichtingen die in deze wet neergelegd zijn, kan verwezen worden naar hetgeen hoger uiteengezet is in verband met de aanwervingsfase.

In het kader van de problematiek van de gezagsuitoefening en sociale media, lijkt het evenwel nuttig om te wijzen op de bepalingen die betrekking hebben op 'geautomatiseerde besluitvorming', in het bijzonder artikel 12bis van de Privacywet. Een besluit waaraan voor een persoon rechtsgevolgen verbonden zijn of dat hem in aanmerkelijke mate treft, mag in beginsel *niet louter* worden genomen op grond van een geautomatiseerde gegevensverwerking die bestemd is om bepaalde aspecten van zijn persoonlijkheid, zoals beroepsprestatie, kredietwaardigheid, betrouwbaarheid of gedrag, enz. te evalueren. Men kan uiteraard discussiëren over de toepasselijkheid op sociale media van deze bepaling, die volgens de voorbereidende werken vooral geautomatiseerde beslissingssystemen genereert waarmee scores of andere resultaten worden gegenereerd met een rechtstreekse weerslag op de betrokkene.⁵³ Maar sociale media bestaan enkel uit elektronische of geautomatiseerde gegevens, zodat het screenen of ranken van personen op trefwoorden of zoektermen (vb. via Google), en dus het 'profilen' van personen, relatief eenvoudig wordt.

Het principieel verbod tot 'geautomatiseerde besluitvorming' geldt weliswaar niet indien het besluit wordt genomen in het kader van een overeenkomst of zijn grondslag vindt in een bepaling voorgeschreven door of krachtens een wet, decreet of ordonnantie. Een werkgever zou dus in de context van de arbeidsrelatie een contractuele of wettelijke grondslag (vb. de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978) kunnen vinden. Nochtans vraagt de Privacywet in dat ge-

⁵⁰ Arbh. Brussel (4e k.) 28 november 2006, nr. 47.404, *Soc.Kron.* 2009, afl. 1, 32.

⁵¹ Arbh. Gent (afd. Gent) (3e k.) 23 juni 2010, *TGR-TWVR* 2011, afl. 2, 110.

⁵² Cf. Arbrb. Brussel 22 juni 2002, *Computerr.* 2001, 311.

⁵³ *Parl.St.*, Kamer 1997-98, nr. 1566/1, 52.

val toch nog bijkomende garanties, zoals het voorschrift dat de betrokkene minstens de mogelijkheid moet geboden worden om op nuttige wijze zijn standpunt naar voor te brengen.

IV. Sociale media en ontslag

21. Het hoeft geen verwondering te wekken dat in heel wat gevallen de werkgever disciplinaire maatregelen of ontslagmaatregelen overweegt of ook effectief neemt, wanneer het gebruik van sociale media door een werknemer een negatieve weerslag heeft op de arbeidsrelatie. De uitspraken van de arbeidsrechten waarin reeds een oordeel werd gevormd over sociale media in het arbeidsrecht, betreffen dan ook ontslagsituaties.

In deze bijdrage werd van bij de aanvang aangegeven dat het continuüm dat privacy/communicatie doet overgaan naar meningsuiting/publicatie, vaak onderbelicht blijft, of slechts impliciet is in het juridische debat of in de rechtspraak. Wanneer men inzoomt op de drie bekende uitspraken van de arbeidsrechten over sociale media, blijken deze perspectieven alleszins nuttig en met wisselende graad van explicitering toch aanwezig te zijn.

§1. Arbh. Brussel 4 maart 2010

22. In deze zaak ging het om een ontslag om dringende reden van een medewerker van Carrefour Belgium, die de functie bekleedde van receptionist in de winkel GB Europe in Sint-Pieters-Woluwe en er syndicaal afgevaardigde was, alsook personeelsafgevaardigde in het comité voor preventie en bescherming op het werk. De reden van het ontslag was gelegen in het feit dat de betrokkene beheerder was van een Facebookdiscussiegroep ‘GB Europe’ op het internet. Op het forum had de betrokkene zich negatief en kritisch uitgelaten over zijn werkgever en in het bijzonder over de directrice van de winkel. Tevens werd op het forum een activiteit aangekondigd onder de benaming ‘zwarte september’. In eerste aanleg, had de arbeidsrechtbank de feiten als foutief bestempeld, maar niet aanvaard als een dringende reden. Het arbeidshof bevestigt de uitspraak van de arbeidsrechtbank.

In het arrest houdt het arbeidshof rekening met een aantal elementen die eigen zijn aan de zaak, maar in het licht van de benadering van de socialemediaproblematiek interessant zijn. De vraag is immers of het betreffende Facebookgebruik een kwestie van privacybescherming betreft dan wel de bescherming van de vrije meningsuiting. Deze vraagstelling wordt niet expliciet aan de orde gesteld in het arrest zelf, maar in de bewoordingen van het arbeidshof – “*la publication des messages*” – komt de spanning tussen privacy en meningsuiting wel treffend tot uiting. Het arbeidshof lijkt ook op beide aspecten in te spelen. Zo haalt het arbeidshof aan dat het discussieforum publiek toegankelijk was, maar nuanceert tegelijkertijd door te stellen dat de betrokkene zich daarvan niet bewust was, dat er *de facto* niet echt publiciteit was, noch een wil tot publiciteit, en er evenmin een (extern) publiek was (alleen collega’s). Het besloten karakter van het Facebookforum wordt echter niet uitdrukkelijk aan privacybescherming gelinkt, maar dient in het arrest vooral om de impact van de

feiten te relativieren en het oogmerk op te schade af te wijzen. De overwegingen van het arrest verschuiven vervolgens naar de problematiek van de loyaliteit van de werknemer. Dit past in beginsel in een discours vanuit de vrije meningsuiting van de werknemer. In dit verband stelt het Hof dat de berichten van de betrokkene “weinig delicaat en respectloos” zijn alsook “agressief tegenover bepaalde collega’s”. Het Hof nuanceert opnieuw door te stellen dat de uitlatingen evenwel “de uitdrukking van een grondige malaise” in de onderneming zijn, waarvan de betrokkene reeds kennis gaf via interne communicatie in de onderneming, zodat “zijn loyaliteit ten aanzien van Carrefour Belgium geen twijfel lijdt in de ogen van het Hof”.⁵⁴

§2. Arbrb. Namen 10 januari 2011

23. In deze zaak gaat het om een ontslag om dringende reden van een werknemster die als keukenhulp in dienst was in een verzorgings- en bejaardentehuis. Het ontslag was ingegeven omwille van een aantal uitlatingen op Facebook over een collega van de onderhoudsdienst. Ze had in haar uitlatingen deze collega onder meer bestempeld als “*sale conne d’Albanaise*”. Anders dan in de situatie van het arbeidshof te Brussel (zie hierboven), betreft het dus geen rechtstreekse commentaar op de werkgever of een leidinggevende.

De discussie voor de arbeidsrechtbank wordt expliciet gevoerd rond het recht op privacy, onder meer in het licht van de Wet van 13 juni 2005 (telecommunicatie) en de Privacywet van 8 december 1992. De arbeidsrechtbank stelt evenwel dat het *in casu* niet gaat om privécommunicatie. De rechtbank wijst erop dat het gaat om berichten op een open website die vrij toegankelijk was voor personeelsleden van de instelling. De rechtbank stelt dat de berichten niet de privésfeer betreffen, maar de conflictueuze relaties op het werk.

Bij de beoordeling van de dringende reden lijkt het impliciet toch weer te gaan om de vrije meningsuiting, of toch het recht om uiting te geven aan zaken die in de organisatie verkeerd lopen. De arbeidsrechtbank vindt de uitlatingen van de betrokken werknemster weliswaar ontoelaatbaar, maar is tevens van oordeel dat ze in hun context moeten worden geplaatst en onder meer in het licht van de gespannen en conflictueuze arbeidsrelaties moeten worden gezien. Hierbij refereert de arbeidsrechtbank uitdrukkelijk naar het personeelsbeleid van de directrice van de instelling en het “*climat déplorable affectant le fonctionnement de la maison*”. De arbeidsrechtbank oordeelt dat de werknemster een terechtwijzing verdient, maar acht een ontslag om dringende reden niet proportioneel.

§3. Arbrb. Leuven 17 november 2011

24. Deze zaak betrof een werknemer die in dienst was als business development manager bij een Vlaams beursgenoteerd technologiebedrijf. Met zijn functie behoorde de betrokken werknemer tot het hoger kader en had hij veel-

⁵⁴ «sa loyauté à l’égard de Carrefour Belgium ne fait aucune doute aux yeux de la cour».

vuldig contacten met klanten en partners van de onderneming. Op zeker ogenblik ontdekte de werkgever dat de betrokken manager op de sociale netwerksite Facebook een aantal commentaren had geplaatst bij de tegenvallende halfjaarlijkse resultaten van de onderneming, enkele uren nadat deze bekend waren gemaakt. Bij verder onderzoek, stelde men vast dat de betrokken manager reeds gedurende verschillende maanden stelselmatig de gang van zaken bij de onderneming op niet gunstige wijze becommentarieerde op het publieke gedeelte van zijn Facebookpagina. Door zich uit te geven als commercieel verantwoordelijke voor Azië (wat bij niet was) hadden zijn uitspraken een grotere draagwijdte en bijkomend gewicht. De werkgever besliste om de arbeidsovereenkomst met de betrokken manager te beëindigen wegens dringende reden.

In dit vonnis komt het perspectief tussen privacy en meningsuiting vrij goed tot uiting. De arbeidsrechtbank ging in op het argument van de mogelijke schending van de privacy van de werknemer, maar blijkt dit al snel het af te wijzen. De rechtbank wees erop dat elke Facebookgebruiker die inlogde op het profiel van de werknemer via diens publiek prikbord kennis kon nemen van de commentaren die hij over zijn werkgever ventileerde. “De rechtbank stelt dan ook vast dat in die omstandigheden er geen enkele schending van de privacy is gebeurd.” Interessant is wat de arbeidsrechtbank vervolgens, meer algemeen, toevoegt aan zijn overwegingen. “Overigens is ook het systeem van via vrienden van vrienden te kunnen inloggen volkomen lek en oncontroleerbaar voor de facebookhouder en gelden dezelfde beperkingen inzake privacy, nl. dat deze totaal niet beschermd is in dat geval.”

In het vonnis lijkt wel degelijk de invalshoek van de vrije meningsuiting – en de grenzen daarvan in het licht van de loyaleiteitsverplichting – aanwezig, hoewel dit eerder impliciet is. Zo stelt de arbeidsrechtbank: “Het is duidelijk dat indien een werknemer een sociale website gebruikt en zich daarbij kenbaar maakt als een personeelslid van zijn werkgever, deze werknemer de regels over het gebruik van e-mail en internet moet respecteren, en hij het is die over de privacy van derden moet waken en dus het beginsel in acht moet nemen dat hij zich dient te onthouden van handelingen en uitlatingen die deloyaal of schadelijk zijn voor de onderneming”. En nog: “Of dit commentaar nu terecht of niet terecht was, is niet de vraag, wel de gepastheid van het publiek maken ervan.”

Slotbeschouwing

25. In deze bijdrage werd op zoek gegaan naar een nuttig juridisch perspectief om de problematiek van sociale media in het arbeidsrecht te bekijken, rekening houdend met het feit dat het recht hierover nog in ontwikkeling is. Er is in deze bijdrage gesteld dat sociale media, in het kader van het arbeidsrecht, juridisch nuttig benaderd kunnen worden aan de hand van een continuüm waarin zowel het grondrecht op privacy als het grondrecht op vrije meningsuiting van de werknemer uiterste perspectieven vormen. In dat perspectief lijkt ook het onderscheid nuttig tussen de noties ‘communicatie’ en ‘publicatie’. Het continuüm dat privacy/communicatie doet overgaan naar meningsuiting/publicatie, blijft vaak onderbelicht, maar is toch min of meer in het juridische debat aan-

wezig. Waar men zich op het juridisch continuüm bevindt, lijkt een kwestie van afweging en geen zwart-wit toepassing. Zo zal de vraag hoe privaat of hoe publiek een boodschap op sociale media is, afhangen van de openheid van het sociaal netwerk (wat zijn ‘vrienden’ of vanaf hoeveel ‘vrienden’ is iets nog privaat?), of de mate waarin het sociaal netwerk ook effectief afgeschermd is van het brede publiek, met andere woorden van technische instellingen van het sociaal medium, maar ook van intenties van de betrokkene of de impact op derden. In dit verband lijkt ook de notie ‘redelijke privacyverwachtingen’ een plaats te hebben, die op basis van de context van concrete situaties sturing kan geven aan de vraag in welke mate een werknemer recht heeft op vertrouwelijkheid of afscherming van zijn sociale media ten aanzien van de werkgever of ten aanzien van derden. Maar zelfs indien een sterke mate van openbaarheid aanwezig is, rijst in de context van sociale media nog de vraag wat de redelijke loyauteitsverwachtingen zijn van een werkgever ten aanzien van zijn personeelsleden. Werknemers hebben een verplichting tot loyauteit ten aanzien van hun werkgever, maar die blijft relatief aan de arbeidsrelatie en mag geen al te grote afbreuk doen aan de vrijheid die een werknemer heeft in het kader van zijn vrijetijdsbesteding.