

# Aandachtspunten bij een intern onderzoek (deel 1)

**Jan HOFKENS**  
Advocaat Lydian

**Yves LENDERS**  
Advocaat Lydian

**Tim VAN LANDEGHEM**  
Advocaat Lydian

**Sarah WITVROUW**  
Advocaat Lydian

## INHOUD

1. Start van het onderzoek	295
1.1. Melding en opportuniteit van een intern onderzoek	295
1.2. Identificatie van de vermoedelijke inbreuk en de te onderzoeken feiten	295
1.3. Relevante termijnen	296
1.4. Samenstelling van het onderzoeksteam	296
1.5. Wat moet bewezen worden?	297
2. Verzamelen van bewijsmateriaal	299
2.1. Recht op privacy van de medewerker	299
2.2. Fouten bij het verzamelen van bewijsmateriaal: bewijs overboord?	300
2.3. Overzicht onderzoeksdaden	301

1. Ondernemingen worden meer en meer geconfronteerd met interne fraude: onregelmatigheden gepleegd door, minstens met betrokkenheid van, eigen werknemers of zelfstandige dienstverleners. Bij vermoedens van inbreuken moet de onderneming hier een gepast gevolg aan kunnen geven. Hier gaat een intern onderzoek aan vooraf dat de vermoedelijke inbreuk onderzoekt en uiteindelijk vaststelt of er sprake is van een inbreuk en door wie deze werd gepleegd.

In dit artikel geven wij een stapsgewijs overzicht voor een intern onderzoek. In eerste instantie nemen we de start van het onderzoek onder de loep (wie maakt deel uit van het onderzoeksteam, wat moet er bewezen worden, e.d.m.). Daarna overlopen we de verschillende onderzoeksmethodes (camerabewaking, controle van e-mailgebruik, e.d.m.) en de bewijswaarde van het onderzoek. Ten slotte gaan we dieper in op de *pitfalls* bij de afronding van het onderzoek (het recht op tegenspraak, optekenen van het onderzoeksrapport, e.d.m.).

In een eerste deel van dit artikel wordt er stilgestaan bij de opstart van het onderzoek en het verzamelen van bewijsmateriaal.

## 1. Start van het onderzoek

### 1.1. Melding en opportuniteit van een intern onderzoek

2. Een intern onderzoek wordt voorafgegaan door een melding van een vermoedelijke inbreuk. Deze kan via allerlei kanalen zoals via de HR-dienst, (interne of externe) preventiedienst, klokkenluiderskanaal worden gerapporteerd.

3. Afhankelijk van de complexiteit van de melding en de onderliggende vermoedelijke inbreuk, zal een onderneming een intern onderzoek moeten voeren naar de feiten en de zwaarwichtigheid van een inbreuk. Een duidelijk en betrouwbaar beeld van de feiten is immers noodzakelijk om de onderneming toe te laten actie te ondernemen, al dan niet sanctionerend.

### 1.2. Identificatie van de vermoedelijke inbreuk en de te onderzoeken feiten

4. De ontvanger van de melding zal in eerste instantie de melding ontleden en nagaan op welke feiten de vermoedelijke inbreuk betrekking heeft, wie betrokken is en waar een eventueel belangenconflict ligt met bepaalde personen die dienen te worden geweerd uit het onderzoek.

Dit is noodzakelijk om de te onderzoeken feiten op ordentelijke wijze af te bakenen om kwalitatief onderzoek te verrichten en de nodige gegevens te verzamelen in het licht van de vermoedelijke inbreuk.



## 1.3. Relevante termijnen

5. Bij de ontvangst van de melding en de het verder onderzoek, is het van groot belang om eventuele toepasselijke termijnen voor het nemen van acties op het netvlies te hebben.

6. Indien bij het onderzoek werknemers betrokken zijn, en de te onderzoeken feiten mogelijk kwalificeren als een dermate ernstige inbreuk dat een ontslag om dringende reden gerechtvaardigd is, dient rekening te worden gehouden met de wettelijke termijn van drie werkdagen om het ontslag om dringende redenen door te voeren.<sup>1</sup> Deze termijn begint te lopen vanaf het ogenblik waarop de tot ontslag bevoegde persoon of het bevoegde vennootschapsorgaan *voldoende* kennis heeft gekregen van de gepleegde inbreuk.<sup>2</sup> Rechtspraak en rechtsleer aanvaarden dat hieraan een onderzoek mag voorafgaan, doch de duurtijd van het onderzoek dient redelijkerwijze te worden beperkt.

Ook indien de feiten van minder ernstige aard zijn, maar de werkgever toch een formele waarschuwing of een andere in het arbeidsreglement voorziene tucht-sanctie wenst te geven aan een werknemer, dienen er bepaalde termijnen te worden gerespecteerd. Deze straffen dienen uiterlijk de eerste werkdag na vaststelling van de tekortkoming ter kennis te worden gebracht.<sup>3</sup> Ook deze termijn start op het ogenblik van de *voldoende kennisname* van de feiten, en kan dus voorafgegaan worden door een zorgvuldig en niet dilatoir onderzoek. Dit intern onderzoek dient met andere woorden te worden beperkt in tijd, en diligent gevoerd te worden.

7. Indien bij het onderzoek zelfstandige dienstverleners betrokken zijn, strekt de overeenkomst tot wet. Indien er contractuele termijnen werden overeengekomen voor de beëindiging van de samenwerking of voor het nemen van disciplinaire maatregelen, zullen deze gelden.

8. Bij handelsagenten kan de overeenkomst wel zonder opzegging of voor het verstrijken van de contractuele termijn in uitzonderlijke omstandigheden beëindigd worden mits een termijn van zeven werkdagen gerespecteerd wordt. Alleen indien de uitzonderlijke omstandigheden of de ernstige tekortkomingen ter kennis worden gegeven via gerechtsdeurwaardersexploot of via aangetekende brief binnen zeven werkdagen na de beëindiging, wordt de beëindiging als formeel geldig beschouwd.<sup>4</sup> De redelijke duur van het onderzoek zal uiteraard afhangen van de omvang en

complexiteit van de te onderzoeken feiten (bijvoorbeeld het aantal te ondervragen personen, de noodzaak van een technische analyse, de betrokkenheid van externe experts, het onderzoek over verschillende entiteiten of landen). Maar steeds moeten de onderzoekers erop toezien dat de duur van het onderzoek kan verantwoord worden in het licht van de gestelde onderzoeksdaaden, en dat het nodeloos rekken van het onderzoek zonder nuttige bijkomende onderzoeksdaaden, vermeden wordt. Zo niet, zal er later voor een rechtbank mogelijk discussie kunnen ontstaan over de rechtsgeldigheid, de bewijswaarde en in bepaalde gevallen het respect voor de vormvoorwaarden van een ontslag om dringende reden en een beëindiging van de samenwerking met een handelsagent wegens uitzonderlijke omstandigheden of ernstige tekortkomingen.

Het is daarom aan te bevelen in het onderzoeksrapport een gedetailleerde chronologie op te nemen van de gestelde onderzoeksdaaden, en toe te lichten waarom gedurende bepaalde periodes geen onderzoeksdaaden konden gesteld worden. Voor de volledigheid kan er nog toegevoegd worden dat na het onderzoek een persoonlijke confrontatie van de betrokkene met de onderzoeksresultaten toegelaten is alvorens sprake is van voldoende kennis van de feiten.<sup>5</sup>

## 1.4. Samenstelling van het onderzoeksteam

9. Met de termijnen voor het intern onderzoek en de te onderzoeken feiten in het achterhoofd, duidt de ontvanger van de melding een onderzoeker aan.

Deze onderzoeker stelt eventueel andere mensen aan voor bijstand tijdens het intern onderzoek en de te stellen onderzoeksdaaden. Evenwel, wordt de groep personen betrokken tijdens het onderzoek best beperkt in aantal. Het is namelijk van belang dat de informatie verspreid tijdens het onderzoek vertrouwelijk wordt behandeld. Bovendien moet hij erover waken dat niemand met een belangenconflict wordt betrokken in het onderzoek.

10. Daarnaast betreft de onderzoeker in dit stadium (nog) niet de perso(o)n(en) bevoegd om te beslissen over mogelijke latere sancties (tuchtstraf, ontslag om dringende reden, ...) in het onderzoek.

Het risico bestaat dan immers dat deze persoon lopende het onderzoek geacht wordt voldoende kennis te hebben verkregen omtrent de feiten, waardoor de termijnen om een sanctie op te leggen reeds zouden lopen (*supra*, nr. 5). Om dit te vermijden, en de

1. Art. 35 wet 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, *BS* 22 augustus 1978 (hierna **Arbeidsovereenkomstenwet**).

2. Cass. 11 januari 1993, *JTT* 1993, 58; Arbrb. Luik 4 september 1987, *Soc.Kron.* 1990, 94; C. ENGELS en Y. VAN DER SYPE, *Ontslag wegens dringende reden*, Mechelen, Kluwer, 2015, 23.

3. Art. 17 Wet tot instelling van de arbeidsreglementen, *BS* 5 mei 1965 (hierna **Arbeidsreglementenwet**).

4. Art. X.17 Wetboek van Economisch Recht (hierna **WER**).

5. Cass. 14 oktober 1996, *JTT* 1996, 500; C. ENGELS en Y. VAN DER SYPE, *Ontslag wegens dringende reden*, Mechelen, Kluwer, 2015, 27.



nodige ruimte en tijd voor te behouden voor het onderzoek, is het best de voor ontslag bevoegde partijen en andere perso(o)nen bevoegd om te beslissen over sancties buiten het onderzoeksteam te laten.

## 1.5. Wat moet bewezen worden?

**11.** Ieder intern onderzoek zal op een andere manier worden gevoerd afhankelijk van de te onderzoeken feiten en de mogelijke gevolgen van de vermoedelijke inbreuk.

### 1.5.1. Eventuele beëindiging van de samenwerking

**12.** Wanneer een onderneming het slachtoffer wordt van inbreuken kan zij in de eerste plaats overwegen om de samenwerking met de betrokkenen te verbreken en in het kader hiervan, voorafgaand een intern onderzoek voeren. Daarbij moet de onderneming niet alleen rekening houden met de (eventueel) toepasselijke dwingende termijnen om zo'n beslissing te nemen, maar ook met de vraag of de vastgestelde feiten voldoende zwaarwichtig zijn om überhaupt te verbreken. Deze analyse zal variëren al naargelang het sociaal statuut van de desbetreffende medewerker.

**13.** Indien de betrokkene een werknemer is en men wil geen opzeggingsvergoeding betalen noch een opzeggingstermijn in acht nemen, zal de onderneming moeten nagaan of er sprake is van een 'dringende reden' in de zin van artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet. Het bestaan van een dergelijke dringende reden (i.e. een rechtsfeit) kan bewezen worden met alle middelen van recht (bv. getuigenverklaringen, vermoedens, ...).<sup>6</sup>

Krachtens artikel 35 wordt onder 'dringende reden' verstaan "*de ernstige tekortkoming die elke professionele samenwerking tussen de werkgever en de werknemer onmiddellijk en definitief onmogelijk maakt*". Zoals ook in de rechtspraak en rechtsleer wordt bevestigd, is een foutieve tekortkoming *an sich* onvoldoende.<sup>7</sup> De tekortkoming moet voldoende ernstig zijn. Tot slot is voor een ontslag om dringende reden geen opzet vereist. Niettemin moet er wel sprake zijn van een bewuste fout "*die getuigt van een aan opzet grenzende nalatigheid of een totaal gebrek aan verantwoordelijkheidszin, zodanig dat elk verder vertrouwen onmogelijk wordt*".<sup>8</sup>

Indien er geen sprake is van een dringende reden, kan de onderneming alsnog de samenwerking beëindigen,

met het respecteren van een opzegtermijn of door betaling van een (opzeg)vergoeding.<sup>9</sup> Een dergelijk ontslag moet evenwel berusten op redenen die verband houden met de geschiktheid of het gedrag van de werknemer of die berusten op de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming, de instelling of de dienst en waartoe iedere andere redelijke werkgever ook zou hebben besloten. Zo niet riskeert de werkgever een bijkomende schadevergoeding, bovenop de reeds te respecteren opzegtermijn/-vergoeding, van 3 tot 17 weken loon.<sup>10</sup> Vanzelfsprekend dient een werkgever een ontslag van een werknemer ook op niet-discriminerende wijze te doen, met in achtname van eventueel voorgeschreven wettelijke/sectorale procedures op straffe van andere bijkomende schadevergoedingen.

**14.** Indien de betrokkene een zelfstandige dienstverlener is, zal de onderneming moeten nagaan of de vastgestelde feiten kwalificeren als een ernstige contractuele wanprestatie in hoofde van de betrokkene opdat de samenwerking beëindigd kan worden zonder betaling van enige vergoeding. Het begrip 'ernstige wanprestatie' kan mogelijk in de overeenkomst ook verder gespecificeerd worden (bv. vereiste van een strafrechtelijke veroordeling of doorverwijzing naar de correctionele rechtbank in geval van fraude).

### 1.5.2. Verhaal voor eventueel geleden schade

**15.** Indien de onderneming ook schade heeft geleden ingevolge inbreuken, kan zij deze verhalen op de mogelijke betrokkenen via een burgerlijke vordering tot schadeloosstelling (hetzij via de strafrechtbanken, hetzij via de burgerlijke rechtbanken). Zo'n vordering is te onderscheiden van de strafvordering die (in principe) enkel wordt ingesteld door het parket welke een strafrechtelijke veroordeling beoogt (en die in onderhavig artikel niet verder belicht wordt). Het niet-nastreven van een burgerlijke vordering voor de strafrechter verhindert de benadeelde niet om schadeloosstelling te vorderen voor de burgerlijke rechter.<sup>11</sup>

**16.** Als uitgangspunt van het Belgisch aansprakelijkheidsrecht geldt dat eenieder die schade berokkent aan een ander, gehouden is tot integrale schadeloosstelling.<sup>12</sup> Een medewerker die activa ontvreemdt van de onderneming zal principieel contractueel gehouden zijn om de daaruit voortvloeiende schade te vergoeden. In principe zijn desgevallend ook de contractuele of wettelijke aansprakelijkheidsbeperkingen in acht te nemen bij het nastreven van schadevergoeding.

6. Art. 12 Arbeidsovereenkomstenwet; Cass. 13 oktober 1986, *Arr.Cass.* 1986-87, nr. 81, 177.

7. I. VAN DEN POEL, A. VAN EECKHOUTTE, A. HEYNDRIKX et al., "Arbeidsrechtelijke wijzen van beëindiging. Ontslag wegens dringende reden", *TPR* 2014, afl. 1, 383.

8. *Arbh. Gent* 25 april 2005, *Soc.Kron.* 2007, afl. 1, 21; I. VAN DEN POEL, A. VAN EECKHOUTTE, A. HEYNDRIKX et al., "Arbeidsrechtelijke wijzen van beëindiging. Ontslag wegens dringende reden", *TPR* 2014, afl. 1, 384.

9. Art. 37-40 Arbeidsovereenkomstenwet.

10. Art. 8-9 cao nr. 109 van 12 februari 2014 gesloten in de Nationale Arbeidsraad, betreffende de motivering van het ontslag.

11. Cass. 4 februari 2022, *TBBR* 2023, afl. 6, 289.

12. Zie art. 5.237 BW voor contractuele aansprakelijkheid en art. 1382 oud BW voor buitencontractuele aansprakelijkheid.



Een onderneming kan evenwel ook een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering instellen ingeval de contractuele wanprestatie of ernstige tekortkoming eveneens een door de strafwet strafbaar gesteld misdrijf vormt.<sup>13</sup> In zo'n geval gelden voornoemde aansprakelijkheidsbeperkingen niet.

**17.** Een misdrijf veronderstelt dat voldaan is aan alle constitutieve bestanddelen die de wet voorschrijft, en omvat zowel een materieel element (de handeling of gebeurtenis zelf) als een moreel element (de verwijtbaarheid). Het is immers niet zo dat bijvoorbeeld een persoon die bedrijfsgoederen ontvreemdt automatisch ook het misdrijf van diefstal pleegt. Zo moet er bij misdrijven steeds ook een bepaald opzet (of onachtzaamheid) voorhanden zijn, én mag er geen sprake zijn van schulditsluitingsgronden (bv. dwang) of rechtvaardigingsgronden (bv. noodtoestand). Het enkele bewijs van de loutere ontvreemding van bedrijfsgoederen is dus in principe onvoldoende om met succes een burgerlijke vordering te baseren op een strafrechtelijk misdrijf. Het is dan ook van belang om bij een intern onderzoek het 'volledige plaatje' te kunnen blootleggen.

Indien men in burgerlijke zaken een op een misdrijf gebaseerde aansprakelijkheidsvordering instelt, moet de onderneming bewijzen dat (1) de bestanddelen van dit misdrijf bewezen zijn, (2) het aan de tegenpartij kan worden toegerekend, en (3) indien de tegenpartij een rechtvaardigingsgrond aanvoert, die grond niet bestaat (in zoverre er aan die aanvoering enige geloofwaardigheid kan worden gehecht).<sup>14</sup> Desgevallend gelden hiervoor de regels inzake het bewijs in strafzaken.<sup>15</sup> Het bewijs van de litigieuze feiten is in dat geval vrij en kan door alle middelen van recht geleverd worden, niettegenstaande dat de bewijslast voor de benadeelde hoger ligt (i.e. bewijs van het misdrijf én schuld).

Indien de feiten niet zouden kwalificeren als een misdrijf, kan de onderneming mogelijk nog steeds schadeloosstelling nastreven uit hoofde van een contractuele wanprestatie of tekortkoming.

**18.** Voor zelfstandige dienstverleners zal hun dienstverleningsovereenkomst mogelijk contractuele aansprakelijkheidsuitsluitingen of beperkingen bevatten. Desalniettemin zullen dergelijke exoneratiebedingen voor niet-geschreven gehouden worden indien zij de aansprakelijkheid uitsluiten (1) voor de eigen opzettelijke fout van de medewerker (of de persoon voor wie deze moet instaan) alsook (2) voor de fout die het

leven of de fysieke integriteit van een persoon aantast. In principe zal een onderneming dus niet gehinderd zijn door enig contractueel exoneratiebeding ingeval een werknemer zich schuldig maakt aan inbreuken (hetgeen steeds een opzettelijke component veronderstelt, hoewel niet wettelijk gedefinieerd).

Verder kunnen contractuele aansprakelijkheidsbeperkingen wel relevant zijn indien de betrokken medewerker zelf niet de spilfiguur was in de fraude, en zich enkel heeft laten gebruiken om de fraude te bewerkstelligen (en hem geen opzettelijke fout kan verweten worden). Dit veronderstelt dan wel dat hij niet mee schuldig is aan enig misdrijf (aangezien het contract desgevallend ter zijde geschoven kan worden).

**19.** Voor werknemers geldt er (in principe) een wettelijke aansprakelijkheidsbeperking. Zo bepaalt artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet dat wanneer de werknemer bij de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst schade berokkent aan de werkgever of derden, de werknemer enkel aansprakelijk is voor zijn bedrog, zware fout en lichte herhaalde fouten.<sup>16</sup>

Noteer daarbij volledigheidshalve dat de zware fout onder artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet te onderscheiden is van de ernstige tekortkoming onder artikel 35 van diezelfde wet en dus niet samenvalt met dit begrip.<sup>17</sup> De zware fout onder artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet veronderstelt immers nog bijkomend een onverschoonbare grofheid. Het is dus perfect denkbaar dat een werknemer rechtmatig ontslagen kan worden wegens een dringende reden, terwijl de onderneming diezelfde werknemer niet aansprakelijk kan stellen voor de veroorzaakte schade.

Voormelde beperkte aansprakelijkheid van de werknemer onder artikel 18 Arbeidsovereenkomstenwet geldt echter niet wanneer deze een misdrijf begaat. Indien de feiten dus zouden kwalificeren als een misdrijf (of opzet of zware fout), is de werknemer gehouden tot vergoeden van alle schade die daaruit voortvloeit.

**20.** Indien de onderneming haar geleden schade wilt verhalen op de betrokkene, moet zij naast het misdrijf of de fout ook het bewijs leveren van (1) haar schade (inclusief de begroting ervan), en (2) het oorzakelijk verband tussen het misdrijf/de fout enerzijds en de geleden schade anderzijds.

13. A. MONDY, "Samenloop van burgerrechtelijke aansprakelijkheidsregimes: een queeste voor billijkheid en rechtvaardigheid", *Jura Falc.* 2015-2016, nr. 4, 745.

14. Cass. 7 september 2018, *RW* 2018-2019, nr. 38, 1; Cass. 11 juni 2010, *Arr.Cass.* 2010, afl. 6-7-8, 1761.

15. Art. 876 Ger.W.; B. CATTOIR, *Nieuw burgerlijk bewijsrecht*, Kluwer, Mechelen, 2020, nr. 6, p. 5.

16. Zie ook H. VAN ROOY, "De beperkte aansprakelijkheid van de werknemer", *SOCWEG* 2022, afl. 18, 11.

17. Arbh. Brussel 22 november 2005, *JTT* 2006, afl. 947; I. VAN DEN POEL, A. VAN EECKHOUTTE, A. HEYNDRIKX et al., "Arbeidsrechtelijke wijzen van beëindiging. Ontslag wegens dringende reden", *TPR* 2014, afl. 1, 384.



Denk bijvoorbeeld voor wat betreft het bewijs van (de begroting van) schade (al naargelang de fraude) aan een verklaring van een bedrijfsrevisor omtrent de waarde van de onvreemde activa, bankafschriften, kopie van facturen met betaling voor fictieve prestaties, e.d.m.

Wat betreft het oorzakelijk verband is vereist dat de onderneming de desbetreffende schade niet zou geleden hebben, indien de fraude niet zou hebben plaatsgevonden.

## 2. Verzamelen van bewijsmateriaal

**21.** Rekening houdend met de doelstelling van het intern onderzoek en de te onderzoeken feiten, start de onderzoeker met het verzamelen van bewijsmateriaal. Hierbij zal de onderzoeker geconfronteerd worden met verschillende beperkingen.

Er zijn enkele grenzen waarop men stuit bij een intern onderzoek en waarvoor desgevallend een derde (bijvoorbeeld een gerechtsdeurwaarder) moet worden ingeschakeld. Afhankelijk van de aard van het te voeren onderzoek kan eventueel bewijsmateriaal, waar de onderneming geen toegang toe heeft, veilig worden gesteld via een procedure bij de beslagrechter. Dit verkleint de kans op vernietiging van eventueel relevant bewijsmateriaal.

Vervolgens dienen het onderzoek en de verzameling van bewijsmateriaal te beantwoorden aan de wettelijke voorwaarden (waaronder het recht op privacy). Indien niet kan dit de bewijswaarde van het onderzoek aantasten.

Hieronder worden enkele van deze beperkingen, dan wel voorwaarden, toegelicht.

### 2.1. Recht op privacy van de medewerker

#### 2.1.1. Rechtvaardiging van inbreuken op het recht op privacy

**22.** Bij het stellen van onderzoeksdaden tijdens een intern onderzoek beperkt de onderneming het recht op privacy van de verdachte.<sup>18</sup> Een dergelijke beperking kan enkel worden gerechtvaardigd op grond van de volgende beginselen<sup>19</sup>:

1) **legaliteitsbeginsel**: dit beginsel houdt in dat een inmenging in de privacy voortvloeit uit een toegankelijke materiële wet (in de ruime zin van het woord). Men denkt daarbij bijvoorbeeld aan een

arbeidsreglement (werknemers) of een policy (niet-werknemers).

Door de medewerkers voldoende te informeren over de mogelijke onderzoeksdaden, doelstellingen van het onderzoek en mogelijke sancties, leeft een onderzoeker ook het **transparantiebeginsel** na. Dit beginsel speelt een belangrijke rol bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van het verkregen bewijsmateriaal;

2) **finaliteitsbeginsel**: dit beginsel houdt in dat er een gerechtvaardigd belang wordt nagestreefd. De bescherming van rechten en vrijheden van anderen of goederen van de onderneming kunnen een dergelijk gerechtvaardigd belang vormen.

Het criterium van de “redelijke privacyverwachtingen” speelt hierin een rol. Een onderneming heeft enerzijds het recht om medewerkers te controleren, de veiligheid van derden te garanderen in de onderneming, e.d.m. De medewerker heeft anderzijds ook recht op transparantie en voorzienbaarheid van controles<sup>20</sup>;

3) **proportionaliteitsbeginsel**: dit beginsel houdt in dat de onderzoeksdaad die een inmenging vormt op de privacy van de medewerker, proportioneel is aan het doel. Enerzijds weegt de onderneming af of de onderzoeksdaad relevant is om het gerechtvaardigd belang te bewaken. Anderzijds ziet de onderneming erop toe dat de inmenging evenredig is met het gerechtvaardigd belang en niet buitensporig is. Concreet weegt de onderneming daarbij af of het gerechtvaardigd belang niet op een andere manier kan worden gewaarborgd dan via de beoogde onderzoeksdaad.

#### 2.1.2. Verwerking van persoonsgegevens

**23.** Bij het stellen van onderzoeksdaden worden (gewone) persoonsgegevens verwerkt. Om dit op rechtmatige wijze te doen, is een rechtsgrond vereist (**toelaatbaarheidsbeginsel**). In het kader van een intern onderzoek, zijn er twee relevante rechtsgronden:

1) **toestemming**: een vrije, specifieke, ondubbelzinnige en geïnformeerde toestemming van de betrokkene bij het begin van een intern onderzoek (bijvoorbeeld door ondertekening van een verklaring) en/of bij bepaalde onderzoeksdaden, kan een rechtsgrond vormen om persoonsgegevens te verwerken. Dit geldt zeker voor niet-werknemers.

De toestemming van werknemers daarentegen is geen algemeen aanvaarde rechtsgrond in het arbeidsrecht, te meer in het kader van een intern onderzoek als de werknemer betrokkene is. In dat

18. Art. 8 EVRM; art. 22 Gw.

19. Y. VAN DER SYPE, *Naar een geïntegreerde privacybescherming in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2017, 55-58 en 151.

20. Y. VAN DER SYPE, *Naar een geïntegreerde privacybescherming in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2017, 32-33.



geval kunnen er namelijk wel negatieve consequenties aan verbonden zijn indien hij geen toestemming geeft<sup>21</sup>;

- 2) **afweging van gerechtvaardigde belangen:** ter preventie van fraude en voor onderzoeksdoeleinden, wordt deze rechtsgrond ook in acht genomen. Het belang van de goede werking van de onderneming (naleven van interne richtlijnen, continuïteit van de dienstverlening, waarborgen van de veiligheid en het welzijn, e.d.m.) wordt afgewogen tegen de belangen van de betrokkene.<sup>22</sup> In het bijzonder kunnen werkgevers hun patronaal gezag en hun controlerecht afwegen tegen de belangen en “redelijke privacyverwachtingen” van werknemers, die zich ertoe verbonden hebben om arbeid te verrichten tegen loon en onder werkgeversgezag.<sup>23</sup>

Bij het invoeren van onderzoeksmethoden in de onderneming, is het noodzakelijk om als onderneming het privacybeleid en/of de gegevensbeschermingspolicy aan te passen om de medewerkers voldoende te informeren over de verwerking van de persoonsgegevens. Hou tijdens het onderzoek ook in het achterhoofd dat de betrokkene steeds toegang en/of inzage kan vragen over bepaalde informatie omtrent de verwerking van zijn/haar persoonsgegevens, meer bepaald over de verwerkingsdoeleinden, de ontvangers, betrokken categorieën van persoonsgegevens, e.d.m.<sup>24</sup> Meer en meer merkt men in de praktijk dat bij ontslagen en/of een beëindiging van de samenwerking de medewerker een beroep doet op dit recht op toegang en/of inzage. Vraag in dat geval steeds aan de medewerker om de vraag te preciseren zodat u gericht informatie (bv. uit het onderzoek) en al dan niet geanonimiseerd (om de rechten van andere partijen bij het onderzoek te vrijwaren) kan afgeven.<sup>25</sup>

**24.** Daarnaast moet in ieder concreet geval getoetst worden of een voorafgaande gegevensbeschermingseffectbeoordeling (*Data Protection Impact Assessment* of *DPIA*) noodzakelijk is. Wanneer de onderzoeksmethode een “waarschijnlijk hoog risico” vormt voor de rechten en vrijheden van de medewerker, dient de onderneming oorsprong, aard, karakter en ernst van het risico te evalueren. Een *DPIA* is verplicht in drie gevallen: (i) de verwerking staat op een lijst met verwerkingen, (ii) de lijst beantwoordt aan de criteria vastgelegd door de Werkgroep Artikel 29

en (iii) de verwerking heeft betrekking op persoonlijke aspecten (gevolgd door een beslissing over de betrokkene), er is een grootschalige verwerking van bijzondere categorieën van persoonsgegevens, er is een grootschalige en stelselmatige monitoring van openbaar toegankelijke ruimten. Afhankelijk van de uitkomst van de *DPIA*, zal de onderneming kunnen volstaan met het nemen van maatregelen om de risico's te beperken. Bij een effectief “hoog risico” dient de onderneming de toezichthoudende autoriteit te contacteren.<sup>26</sup>

De gestelde onderzoeksdaden worden in ieder geval bijgehouden in het algemeen register van verwerkingsactiviteiten binnen de onderneming. Dit is doorgevoerd via een spreadsheet (zoals een Excel-bestand), met een beschrijving van onder meer de categorie van persoonsgegevens, een opsomming van de verwerkingsdoeleinden en een beschrijving van de technische en organisatorische beveiligingsmaatregelen van de persoonsgegevens.<sup>27</sup>

### 2.1.3. Bijzondere voorschriften

**25.** Er zijn verschillende onderzoeksdaden die de onderneming zelf kan stellen, die evenwel vaak aan strikte wettelijke en/of jurisprudentiële voorwaarden onderworpen zijn. Hieronder (*infra*, nr. 28 e.v.) geven wij een overzicht van de meest voorkomende onderzoeksdaden.

Voor bepaalde van deze onderzoeksdaden is er een regelgevend kader uitgewerkt in een wet of een collectieve arbeidsovereenkomst. Voor andere onderzoeksdaden vallen we terug op de hierboven genoemde principes inzake het recht op privacy.

### 2.2. Fouten bij het verzamelen van bewijsmateriaal: bewijs overboord?

**26.** Indien de wettelijke voorwaarden die van toepassing zijn op een concrete onderzoeksdaad niet werden gerespecteerd tijdens het intern onderzoek, rijst de vraag in welke mate het bewijs mag worden gebruikt in rechte. Het bewijs zou immers als onwettig en dus onbruikbaar kunnen beschouwd worden.

Een voorbeeld is een ontslag om dringende redenen van een werknemer, steunend op bewijsmateriaal verzameld tijdens een controle van het e-mailaccount van

21. Art. 6.1.a) Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (hierna **Algemene Verordening Gegevensbescherming** of **AVG**); S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 42 en 45-46; J. DE VREESE en I. PLETS, “Een bloemlezing van de rechtspraak 2019”, *Or. 2020*, (334) 334-335.  
 22. Art. 6.1.f) AVG; A. DESMADRYL, J. DEVOS en I. VERHELST, “Vijf jaar GDPR: invloed op de arbeidsrelatie en het personeelsbeleid (deel 1)”, *Or. 2023*, (200) 214; S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 47; Y. VAN DER SYPE, *Naar een geïntegreerde privacybescherming in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2017, 116 en 121.  
 23. Y. VAN DER SYPE, *Naar een geïntegreerde privacybescherming in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2017, 118-120.  
 24. Art. 15 AVG.  
 25. S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 99-101.  
 26. Art. 35 AVG; S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 82-91; <https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/professioneel/avg/effectbeoordeling-geb> (geconsulteerd op 24 augustus 2023).  
 27. S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 77-79.



de werknemer. Uit deze controle blijkt dat de werknemer kwaadwillig confidentiële informatie heeft verspreid. Indien de onderneming geen IT-policy heeft ingevoerd en/of de informatieverplichtingen niet heeft nageleefd, heeft dit een negatieve invloed op de rechtmatigheid van het bewijsmateriaal.

Een ander voorbeeld betreft een onderneming waarbij permanente camerabewaking geïnstalleerd is voor toezicht op de machines. Naar aanleiding van een incident met de machines, worden de camerabeelden van één werkdag gecontroleerd. Toevallig neemt de onderneming hierbij waar dat een medewerker enkele producten in de fabriekshal heeft gestolen. De onderneming mag niet zomaar deze camerabeelden gebruiken en dient een strikt wettelijk kader te respecteren.

**27.** Rechtspraak van het Hof van Cassatie (de zogenaamde Antigoon-rechtspraak)<sup>28</sup> staat toe dat onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal wordt gebruikt, op voorwaarde dat:

- er geen op straffe van nietigheid voorgeschreven formaliteit werd overschreden.  
Een cassatiearrest van 14 juni 2021, uitgesproken in een burgerlijke zaak, liet de eerste voorwaarde (“op straffe van nietigheid voorgeschreven formaliteiten”) vallen. Onrechtmatig verkregen bewijs hoeft dus enkel geweerd te worden wanneer de betrouwbaarheid van het bewijs is aangetast of wanneer het recht op een eerlijk proces in het gedrang is gebracht;
- de betrouwbaarheid van het bewijs niet werd aangetast;
- de eerlijkheid van het proces niet in het gedrang werd gebracht.

Voor wat dit laatste criterium betreft, geeft recente cassatierechtspraak aan dat rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van de zaak op grond van de volgende criteria:

- de wijze waarop het bewijs werd verkregen;
- de omstandigheden waarin de onrechtmatigheid werd begaan;
- de ernst van de onregelmatigheid;
- de mate waarin het recht van de wederpartij werd geschonden;
- de bewijsnood van de partij die de onregelmatigheid beging;

- de houding van de wederpartij;
- de houding van de medewerker die een vermoeden van ernstig foutief gedrag wekt bij de onderneming.<sup>29</sup>

Indien de onderzoeker de voorwaarden inzake bewijsvergaring heeft geschonden, is het aangewezen om de omstandigheden in het onderzoeksrapport op te nemen. De hierboven aangehaalde criteria zijn immers feitelijk van nature, waarbij aldus een toelichting in het verslag zelf omtrent de omstandigheden nuttig zal zijn in de argumentatie voor een rechtbank.

Bij de bespreking van enkele onderzoeksdadens (*infra*, nr. 28 e.v.) geven we concrete voorbeelden over gevallen uit de rechtspraak waarin het bewijsmateriaal al dan niet werd aanvaard.

### 2.3. Overzicht onderzoeksdadens

**28.** Tijdens een intern onderzoek vergaart een onderzoeker divers bewijsmateriaal via meerdere onderzoeksdadens. Bewijs vergaard via één enkele onderzoeksmethode zal zelden tot nooit aanvaard worden als “voldoende” bewijs om een beslissing (in een tuchtprocedure, contractuele procedure of in een ontslagdossier) van een onderneming te rechtvaardigen. Een uitgebreid onderzoek (zoals een interview met de betrokkene, het opmaken van getuigenverslagen, het controleren van e-mailbestanden,) kan noodzakelijk zijn om het intern onderzoek te vervolledigen.

#### 2.3.1. Getuigenverklaringen

##### 2.3.1.1. Opportuniteitsbeslissing

**29.** Soms is er geen of zeer weinig concreet schriftelijk bewijs van de feiten die aan de betrokkene verweten worden. Indien de feiten hebben plaatsgevonden in aanwezigheid van derden (bijvoorbeeld collega’s of klanten), kan de onderzoeker de afweging maken om bij hen een schriftelijke getuigenverklaring op te vragen.

Dit is niet altijd een evidente afweging. Indien een medewerker zich bijvoorbeeld heeft misdragen en fraude heeft gepleegd in het bijzijn van of tegen een klant, is de onderneming vanuit commerciële overwegingen niet altijd geneigd om een getuigenverklaring van de klant te vragen. Bovendien kan de klant gebonden zijn door eigen interne policies welke het niet toestaan om een getuigenverklaring af te leggen.

28. Cass. 14 juni 2021, C.20.0418.N; Cass. 16 december 2021, C.18.0314.N; Cass. 10 maart 2008, *JLMB* 2009, 580; J. DE VREESE en I. PLETS, “Een bloemlezing van de rechtspraak 2021”, *Or.* 2022, (298) 298; J. HICK en H. FRANCO, “De toepassing van de Antigoonleer in het arbeidsrecht: eindelijk uitsluitel?”, *Or.* 2023, (18) 28-29.  
29. J. DE VREESE en I. PLETS, “Een bloemlezing van de rechtspraak 2021”, *Or.* 2022, (298) 299; J. HICK en H. FRANCO, “De toepassing van de Antigoonleer in het arbeidsrecht: eindelijk uitsluitel?”, *Or.* 2023, (18) 28 en 30; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 875, nr. 1510.



Daarnaast is het een gevoelige afweging om aan de collega's van de medewerker te vragen om een verklaring af te leggen. Sommige collega's kunnen namelijk een goede of net slechte band hebben met de betrokkene. Bepaalde rechtspraak<sup>30</sup> staat ook streng tegenover een verklaring van een andere werknemer en stelt de objectiviteit van een dergelijke getuige in vraag. Werknemers zijn namelijk de "zwakkere" partij die onder het gezag van de werkgever staan. Als uit alle omstandigheden blijkt dat de getuigenverklaring als het ware werd "opgedragen" door een werkgever, zal de rechter dit bewijsstuk weinig tot geen bewijswaarde toekennen. De meerderheid van de rechtspraak aanvaardt echter wel getuigenverklaringen van collega-werknemers, zeker als deze gedetailleerd werden opgesteld in eigen bewoordingen, niet onderling tegenstrijdig zijn en uit niets blijkt dat de werknemer er een belang bij heeft om iets anders dan de waarheid te verklaren.<sup>31</sup>

De opportuniteit van dit bewijsmiddel zal dus geval per geval moeten worden beoordeeld.

### 2.3.1.2. Vormvoorwaarden

**30.** Indien er toch een schriftelijke getuigenverklaring wordt afgenomen, moet deze voldoen aan de volgende voorwaarden voor gebruik in de rechtbank<sup>32</sup>:

- De verklaring moet volledig handgeschreven<sup>33</sup>, gedateerd en ondertekend zijn. Een kopie van de geldige ID-kaart (recto-verso) moet worden toegevoegd.
- De verklaring bevat een zo gedetailleerd mogelijk overzicht van de feiten.
- De verklaring bevat een uitdrukkelijke vermelding dat ze bestemd is voor de rechtbank en dat de getuige weet dat hij zich blootstelt aan straffen door het afleggen van een valse verklaring.
- De verklaring vermeldt de naam, geboortedatum en -plaats, woonplaats, graad van bloed- of aanverwantschap van de getuige (bijvoorbeeld als familielid), alsook een eventuele band van ondergeschiktheid (bijvoorbeeld als werknemer), een samenwerkingsverband (bijvoorbeeld als vennoot of zelfstandige dienstverlener) en een (eventueel) gemeenschappelijk belang met een van de procespartijen. Afhankelijk van de hoedanigheid van de getuige (als werknemer in ondergeschikt verband bijvoorbeeld), is de rechter vrij om hier meer of minder bewijswaarde aan te hechten.<sup>34</sup>

**31.** Indien niet alle vormvoorwaarden werden nageleefd, is de verklaring niet nietig, maar kan dit de geloofwaardigheid van de verklaring wel in het gedrang brengen. De rechter zal motiveren waarom de schriftelijke verklaring niet regelmatig is en wat de impact is op de bewijswaarde. Desgevallend kan de rechter ook vragen om de fout recht te zetten.<sup>35</sup>

### 2.3.1.3. Best practices

**32.** De volgende richtlijnen worden best in acht genomen bij het opstellen van een getuigenverklaring:

- 1) Bezorg een lijst met de wettelijk voorgeschreven vereisten waaraan de handgeschreven getuigenverklaring moet beantwoorden.
- 2) Onderzoek wie bereid is een verklaring af te leggen en vergeet geen kopie van de identiteitskaart (voor- en achterkant) op te vragen.
- 3) Zorg voor een geloofwaardige en correcte verklaring in de eigen bewoordingen van diegene die de verklaring aflegt. Vermijd voorgedrukte statements of generieke verklaringen die op identieke wijze door meerdere getuigen worden ondertekend.
- 4) Verzoek de getuigen om discreet te handelen na het afleggen van de getuigenverklaring.

### 2.3.2. Cameratoezicht

**33.** Soms kan een onderneming aan de hand van verschillende camerabeelden ontdekken dat een van zijn medewerkers (werknemers en zelfstandige dienstverleners), klanten, leveranciers, e.d.m. een misdrijf hebben begaan. Is het toegelaten dit bewijs te gebruiken in rechte?

#### 2.3.2.1. Definitie

**34.** Er dient een onderscheid te worden gemaakt tussen twee definities van camerabewaking, naargelang de plaats van de bewaking en de doelstelling van de bewaking:

- 1) **Camera's op de arbeidsplaats** (werknemers): elk bewakingssysteem, met een of meerdere camera's, dat ertoe strekt om bepaalde plaatsen of activiteiten op de arbeidsplaats te bewaken vanuit een punt dat zich geografisch op een afstand van die plaatsen of activiteiten bevindt, met of zonder het oog op bewaking van de beeldgegevens die het inzamelt en overbrengt. Deze bewaking wordt geïnstalleerd om de veiligheid en gezondheid te

30. Voorz. Kh. Brussel 12 maart 2008, *Jb.Hand.* 2008, 752, noot B. GILLIS.

31. Arbrb. Antwerpen 21 maart 2016, *RABG* 2017, 212, noot R. LIETAERT; Arbh. Brussel 11 januari 2021, *JLMB* 2021, 1344; Arbh. Brussel 2 maart 2021, *JTT* 2021, 493; Arbh. Brussel 15 maart 2010, *JTT* 2010, 232; ADVOCATENKANTOOR CLAEYS & ENGELS, *Praktijkboek ontslag*, Mechelen, Kluwer, 2023, 343, nr. 683.

32. Art. 961/2 Ger.W.; J. DE VREESE en J. WILLEMS, "Hoe uw knowhow veiligstellen?", *Or.* 2015, (267) 274; S. GILSON, F. LAMBINET en H. PREUMONT, "La preuve en droit du travail: évolutions et questions particulières", *Ors.* 2020, (4) 17.

33. Arbrb. Gent (afd. Kortrijk) 15 februari 2017, AR 16/128/A, onuitg.

34. T. TOREMANS, "Commentaar bij artikel 961/2 Ger.W.", *OGR* 2019, nrs. 44-52, 167-169.

35. T. TOREMANS, "Commentaar bij artikel 961/2 Ger.W.", *OGR* 2019, nrs. 66-69 en nrs. 75-76, 174-176 en 178.





waarborgen, de goederen van de onderneming te beschermen, het productieproces (personen<sup>36</sup> en machines<sup>37</sup>) en de arbeid te controleren.<sup>38</sup>

- 2) **Camera's op andere plaatsen** (niet-werknemers): elk vast, tijdelijk vast of mobiel observatiesysteem dat de bewaking en het toezicht van de plaatsen tot doel heeft en dat beelden verwerkt om misdrijven tegen personen/goederen te voorkomen, vast te stellen of op te sporen of overlast in de zin van art. 135 van de Nieuwe Gemeentewet te voorkomen, vast te stellen of op te sporen.<sup>39</sup>

### 2.3.2.2. *Filmen van werknemers: Wat is toegelaten?*

Strikte voorwaarden

**35.** Op de arbeidsplaats mogen werknemers gefilmd worden met respect voor de voorwaarden van de cao nr. 68, alsook het recht op privacy.

Een werknemer mag op de werkvloer permanent<sup>40</sup> of tijdelijk<sup>41</sup> worden gefilmd met het oog op het waarborgen van de veiligheid en gezondheid, de bescherming van goederen van de onderneming en de controle op het productieproces en de arbeid. Het maken van camerabeelden is enkel mogelijk in het licht van de voornoemde doelstellingen voorzien in de cao (**legaliteits- en finaliteitsbeginsel**)<sup>42</sup> en op voorwaarde dat het (in bepaalde gevallen) **proportioneel beperkt** wordt **in tijd**. Buitensporig cameragebruik moet te allen tijde worden vermeden.<sup>43</sup> Enkel wanneer het maken van beelden noodzakelijk is om het gerechtvaardigd belang te bereiken, is dit toegestaan. Als een extra beveiligings- of alarmsysteem volstaat om bijvoorbeeld de goederen binnen de onderneming voldoende te beschermen, is permanente camerabewaking desgevallend overbodig. Deze toets dient iedere onderneming te maken.

Formaliteiten

**36.** Voor het invoeren van cameratoezicht dienen de werknemers en sociale overlegorganen<sup>44</sup> voorafgaandelijk te worden geïnformeerd (**transparantiebeginsel**).<sup>45</sup> Let op, indien de camerabewaking implicaties kan hebben voor de persoonlijke levenssfeer of indien de werknemers zelf gecontroleerd worden in het productieproces of in hun arbeid, is de rol van de sociale overlegorganen verregaander en dient er een onderzoek te gebeuren naar minder ingrijpende maatregelen op het privéleven van de werknemers.<sup>46</sup> Het camerasysteem moet bovendien regelmatig geëvalueerd worden door de ondernemingsraad of, bij ontstentenis daarvan, het comité voor preventie en bescherming op het werk.<sup>47</sup>

De opname van een bewakingscamera, zonder naleving van de voorafgaande informatieverplichting aan de werknemer, moet uit de debatten worden geweerd volgens bepaalde rechtspraak.<sup>48</sup> Zelfs indien er een confrontatiegesprek (met de politie) over de onrechtmatig verkregen beelden plaatsvond, waarbij de werknemer overging tot bekentenis van het stelen van geld uit de kassa, werd het bewijs in het verleden niet steeds aanvaard door de rechtbank. Het niet-naleven van de informatieverplichting werd beschouwd als een fout van de werkgever in de zin van artikel 1382 oud BW en *in casu* had de werknemer recht op een schadevergoeding wegens misbruik van ontslagrecht.<sup>49</sup> Neem daarom de informatie aan werknemers op in het arbeidsreglement of een policy en laat dit ondertekenen door een werknemer.

**37.** Verder dient het arbeidsreglement te worden gewijzigd met in achtname van de wettelijke procedure indien camerabewaking gericht is op het controleren van arbeid en/of toezicht op rechten en verplichtingen van toezichthoudend personeel.<sup>50</sup>

36. Voor evaluatie en verbetering van werkorganisatie (W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 878, nr. 1517).
37. Voor goede werking van de machines (W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 878, nr. 1517).
38. Cao nr. 68 van 16 juni 1998 betreffende de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemers ten opzichte van de camerabewaking op de arbeidsplaats (hierna **cao nr. 68**).
39. Wet 21 maart 2007 tot regeling van de plaatsing en het gebruik van bewakingscamera's (hierna **Camerawet**).
40. Voor een controle op de veiligheid en gezondheid, de bescherming van goederen van de onderneming en het productieproces (machines) mag de camerabewaking permanent of tijdelijk zijn (art. 6 cao nr. 68).
41. Voor een controle op het productieproces (personen) en arbeid van de werknemers mag de camerabewaking enkel tijdelijk zijn (art. 6 cao nr. 68).
42. Art. 4 cao nr. 68; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 878, nr. 1517.
43. Art. 7-8 cao nr. 68.
44. Namelijk de ondernemingsraad, of bij gebrek daaraan het comité voor preventie en bescherming op het werk, of bij gebrek daaraan de vakbondsafvaardiging.
45. Art. 9 cao nr. 68.
46. Art. 10 cao nr. 68; R. MATTHIJSSENS, *Bevoegdheden van de ondernemingsraad*, Kluwer, Mechelen, 2013, 165.
47. Art. 11 cao nr. 68; S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 211; R. MATTHIJSSENS, *Bevoegdheden van de ondernemingsraad*, Kluwer, Mechelen, 2013, 165.
48. Arbrb. Luik 6 maart 2007, *JLMB* 2008, 389; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 881, nr. 1521.
49. Arbrb. Luik 6 maart 2007, *JLMB* 2008, 389; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 881, nr. 1521.
50. Art. 6, 2° en 6, 5° Arbeidsreglementenwet; S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 211.



## Verborgen of geheime camera's

**38.** Hoewel er dus een strikte informatieverplichting rust op de werkgever, hangen sommige ondernemingen verborgen/geheime camera's op in de onderneming vanuit de idee dat werknemers geen feiten (meer) zullen plegen/herhalen in de wetenschap dat ze gefilmd worden. Als de werknemer zich realiseert dat er een camera geïnstalleerd is, zullen ze nooit binnen het zicht van de camera fraude plegen.

**39.** Volgens de Camerawet is elk heimelijk gebruik van bewakingscamera's (zonder toestemming van de gefilmde perso(o)n(en)) niet toegestaan.<sup>51</sup> De Algemene Verordening Gegevensbescherming voorziet dan ook geen uitzondering op de informatieverplichting bij camerabewaking.<sup>52</sup>

**40.** Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft bevestigd dat geheime camera's niet noodzakelijk in strijd zijn met het recht op een eerlijk proces en het privéleven van werknemers, bijvoorbeeld als er een redelijk vermoeden was van de diefstal (op basis van verklaringen van werknemers, managers, vakbondsvertegenwoordigers, e.d.m.), het cameratoezicht beperkt was in tijd, een beperkt aantal mensen toegang hadden tot de beelden en er een gevaar was voor financiële schade van de werkgever.<sup>53</sup>

**41.** Er wordt een volgend onderscheid gemaakt: "Verborgen" camera's zijn camera's waarvan de exacte locatie niet wordt bekendgemaakt maar de werknemers wel werden geïnformeerd. Indien alle finaliteiten proportionaliteitsprincipes van cao nr. 68 voldaan zijn, zal dit in principe aanvaard worden (zonder dat dit getoetst hoeft te worden aan de Antigooon-criteria).<sup>54</sup> "Geheime" camera's, waarvan de werknemers op geen enkele wijze worden geïnformeerd, zijn in principe niet toegestaan als bewijsmateriaal.

Bepaalde onrechtmatig verkregen camerabeelden kunnen aan de hand van de Antigooon-criteria alsnog in bepaalde gevallen worden aanvaard.<sup>55</sup> Bij wijze van voorbeeld, halen wij hieronder twee zaken aan:

1) Een werkgever in kwestie maakte camerabeelden zonder de werknemer voorafgaandelijk te verwittigen. Later wenst de werkgever deze beelden aan te wenden om loondiefstal (i.e. achterhouden van

gelden van klanten en het niet registreren van verkopen) aan te tonen. De rechtbank oordeelde dat dit onrechtmatig verkregen bewijs betrof, maar weerde de beelden niet uit de debatten omdat de betrouwbaarheid van het bewijs niet aangetast werd en de opstelling van de camera het recht op privacy niet schond. Er werd enkel fragmentarisch gefilmd (nl. gericht op de teller van de pomp en enkel wanneer een klant aan het pompstation kwam) om te registreren hoeveel brandstof verkocht werd op het einde van de dag.<sup>56</sup>

2) Een werkgever installeerde een verborgen camera in een kinderdagverblijf en verkondigde dat dit een digitale vochtigheidsmeter was. Dit bewijsmateriaal werd geweerd uit de debatten. Het Hof oordeelde dat de beelden gemanipuleerd waren (er waren opnames van drie dagen, maar deze werden gereduceerd tot een fragment). Het bewijsmateriaal was op disproportionele wijze verkregen (aangezien het niet duidelijk was over welk vermeend misdrijf het ging). Het feit dat de werkgever de kinderverzorgers voorloog en verklaarde dat het een digitale vochtigheidsmeter betrof, was regelrecht in strijd met de verplichting om de werknemers met eerbied en achting te behandelen. In deze zaak hebben de werknemers, toen ze ontdekt hadden dat de vochtigheidsmeter in werkelijkheid een camera was, gezamenlijk klacht neergelegd bij de sociale inspectie. De daaropvolgende dag werd één werknemer ontslagen om dringende reden wegens het bieden van steun aan een werknemer die zich wou indekken bij opname van bewijsmateriaal voor hardhandige handelingen bij peuters.<sup>57</sup>

### 2.3.2.3. Filmen van zelfstandige dienstverleners en andere niet-werknemers: Wat is toegelaten?

#### Camerawet

**42.** Wat als de onderneming niet enkel werknemers filmt maar ook leveranciers en/of klanten en/of zelfstandige dienstverleners. In dat geval zullen voor het plaatsen van camerabewaking op een voor het *publiek toegankelijke besloten plaats* (bijvoorbeeld een handelspand of bezoekersparking van een onderneming) of een *niet* voor het *publiek toegankelijke besloten plaats* (bijvoorbeeld kantoorruimtes, een magazijn waar

51. S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 206.

52. J. DE VREESE en I. PLETS, "Een bloemlezing van de rechtspraak 2018", *Or.* 2020, (9) 10; I. PLETS, "Geheime camera's op de werkvloer zijn in beginsel in strijd met het recht op privacy", *Or.* 2018, 123-124.

53. EHRM (grote k.) 17 oktober 2019, nr. 1874/13 en 8567/13, López Ribalda e.a./Spanje; J. DE VREESE en I. PLETS, "Een bloemlezing van de rechtspraak 2018", *Or.* 2020, (9) 10; J. DE VREESE en I. PLETS, "Een bloemlezing van de rechtspraak 2019", *Or.* 2020, (334) 335; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 880-881, nr. 1521.

54. S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 213-214.

55. EHRM (grote k.) 5 oktober 2010, nr. 420/07, Köpke/Duitsland; Cass. 27 februari 2001, *Soc.Kron.* 2001, 455; Cass. 2 maart 2005, *JLMB* 2005, 1086; S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 213.

56. Antwerpen 26 oktober 2005, *T.Straff.* 2006, 31, noot F. VERBRUGGEN; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 881-882, nr. 1521.

57. Arb. Brussel 2 oktober 2015, *JTT* 2016, 92; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 881, nr. 1521.



geen diensten worden aangeboden aan het publiek of een privéparking van een onderneming)<sup>58</sup> de principes van de Camerawet dienen te worden nageleefd.

In de voor het *publiek toegankelijke besloten plaatsen* is het toegestaan om camera's te plaatsen voor het verzamelen van bewijzen van overlast of van feiten die een misdrijf of schade aantonen, alsook om daders, getuigen en slachtoffers op te sporen. In *niet voor het publiek toegankelijke besloten plaatsen* mogen beelden ook om andere redenen worden opgenomen en bewaard.<sup>59</sup>

De principes van de cao nr. 68 dienen niet te worden nageleefd ten aanzien van zelfstandige dienstverleners en andere niet-werknemers. De werknemers zijn onderworpen aan de principes van cao nr. 68 en de zelfstandige dienstverleners aan de principes van de Camerawet. Indien eenzelfde onderneming zowel werknemers als zelfstandige dienstverleners filmt, primeert de Camerawet in de mate dat de cao nr. 68 een haat of tegenstrijdigheid bevat (bijvoorbeeld maximale bewaartermijn van de beelden is enkel voorzien in de Camerawet, niet in cao nr. 68).<sup>60</sup>

#### Formaliteiten

**43.** In de Camerawet voorziet men verschillende bijkomende formaliteiten, zoals het bijhouden van een specifiek intern register voor de camerabewakingsactiviteiten en een aangifte van de camerabewaking bij de politie.<sup>61</sup>

Enkel de verwerkingsverantwoordelijke, of personen onder zijn gezag, mogen de beelden bekijken in het kader van het onderzoek, met inachtneming van hun discretieplicht. De beelden mogen niet verspreid worden en/of gedeeld worden met "onbevoegden". Enkel indien de beelden aantonen dat er een misdrijf werd gepleegd, dienen de beelden ook te worden overgemaakt aan de politiediensten. De gefilmde persoon heeft ook toegang tot de beelden op gemotiveerd verzoek.<sup>62</sup>

De beelden dienen na één maand te worden verwijderd, tenzij een misdrijf, schade of overlast wordt bewezen of een dader, getuige of slachtoffer wordt geïdentificeerd.<sup>63</sup>

#### Informatieverplichting

**44.** Voor camerabewaking gericht op niet-werknemers is de toestemming in principe vereist, tenzij er

een pictogram wordt opgehangen conform de wettelijke voorschriften. Bij een pictogram kunnen de beelden worden gebruikt voor de in de Camerawet strikt omschreven doelstellingen (*supra*, nr. 42). Indien een onderneming ook voor andere doeleinden camerabeelden wenst te verwerven en gebruiken, stelt de onderneming best een policy op die zij als toestemming laat ondertekenen en leeft de onderneming alle principes inzake het recht op privacy na.<sup>64</sup>

#### 2.3.2.4. Best practices

**45.** De volgende richtlijnen worden best in acht genomen bij het maken en gebruiken van camerabeelden in de onderneming:

- 1) Bepaal de doelstellingen van het cameragebruik in lijn met cao nr. 68 (werknemers) en de Camerawet (niet-werknemers).
- 2) Leef de formaliteiten na voorzien in de Camerawet (niet-werknemers) of cao nr. 68 (werknemers) (bijvoorbeeld het bijhouden van een verwerkingsregister, de bewaartermijn, de informatieverplichting, de regels voor het sociaal overleg, het ophangen van een pictogram, de evaluatie van het bewakingsstelsel, e.d.m.).
- 3) Beperk het cameragebruik in tijd, afhankelijk van de gekozen doelstelling.
- 4) Geef enkel bevoegde personen toegang tot de gemaakte beelden.
- 5) Confronteer de medewerker met de beelden.
- 6) Motiveer de naleving van de wetgeving, het legaliteits-, finaliteits-, transparantie- en proportionaliteitsbeginsel in het onderzoeksrapport.

#### 2.3.3. E-monitoring

**46.** Een vaak voorkomende bron van fraudebewijs is de elektronische communicatie, die kan teruggevonden worden in het e-mailverkeer, internetgebruik, harde schijven, e.d.m. Het is echter niet evident om te bepalen wanneer en bij wie inloggegevens mogen worden gecontroleerd, het e-mail- en internetgebruik mag worden gemonitord, in welke mate de inhoud van e-mails mag worden gelezen, de bestanden in de computer mogen worden doorzocht, e.d.m.

58. S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 203.

59. Art. 6-7 Camerawet; S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 207.

60. <https://www.sociare.be/nl/kennisbank/camerabewaking-werkvloer> (geconsulteerd op 23 augustus 2023).

61. Art. 6-7 Camerawet; art. 2-6 KB 8 mei 2018 betreffende de aangiften van de plaatsing en het gebruik van bewakingscamera's en betreffende het register van de beeldverwerkingsactiviteiten van bewakingscamera's, BS 23 mei 2018.

62. Art. 9 Camerawet; S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 207-208.

63. Art. 6-7 Camerawet.

64. Camerabewaking op de werkvloer en daarbuiten | Sociare (geconsulteerd op 23 augustus 2023).



## 2.3.3.1. Elektronische communicatie: wat is strafbaar?

**47.** Er bestaat veel rechtsleer en rechtspraak die zich in het verleden heeft gebogen over de vraag naar de strafbaarheid bij e-monitoring binnen bedrijven. Er bestaan hieromtrent diverse wettelijke bepalingen die van toepassing kunnen zijn.

1. Artikel 314*bis* Strafwetboek bestraft het opzettelijk onderscheppen van communicatie waaraan men niet deelneemt zonder toestemming van alle betrokkenen.<sup>65</sup>

Deze strafbepaling is echter enkel van toepassing indien er sprake is van **opzet** en de kennisname gebeurt **op het moment van de overdracht van communicatie**.<sup>66</sup> In een bedrijfscontext zal dit niet vaak voorvallen. Meestal wordt pas achteraf (nadat de communicatie heeft plaatsgevonden) toevallig welbepaalde communicatie ontdekt, die relevant is voor een intern onderzoek of die aanleiding heeft gegeven tot een onderzoek.

2. Artikel 124, 1° Wet Elektronische Communicatie bestraft het opzettelijk kennisnemen van het bestaan van informatie van alle aard, verstuurd via elektronische weg en dat niet persoonlijk bestemd is voor de persoon in kwestie, zonder toestemming van alle betrokkenen.<sup>67</sup>

Deze bepaling lijkt op het eerste gezicht wel aanleiding te geven tot strafbaarstelling in het kader van e-monitoring binnen een onderzoek. Ook hier is er **opzet** vereist, maar wordt een onderneming ook strafbaar gesteld indien de e-mailbox **achteraf** wordt gemonitord (ná de overdracht). Enkel op voorwaarde van toestemming van alle partijen, is er geen inbreuk gepleegd op deze strafbaarstelling. De toestemming van werknemers is enerzijds geen algemeen aanvaarde rechtsgrond in het arbeidsrecht en is anderzijds niet in alle gevallen vereist voor een controle van onlinecommunicatie.<sup>68</sup>

Artikel 125 Wet Elektronische Communicatie staat toe om ook kennis te nemen van elektronische communicatie indien de **wet dit toelaat of oplegt**.<sup>69</sup> Verschillende rechtsleer<sup>70</sup>, rechtspraak<sup>71</sup>, alsook de Gegevensbeschermingsautoriteit<sup>72</sup> verwijzen voor deze wettelijke basis naar artikel 17 van de Arbeidsovereenkomstenwet. Met andere woorden, het gezag en instructierecht van een werkgever vormt een voldoende wettelijke basis om kennis te nemen van elektronische communicatie, mits de onderzoeken normale en deugdelijke proporties aanhouden en alle wettelijke bepalingen ter zake worden nageleefd.<sup>73</sup>

## 2.3.3.2. Monitoren van de mailbox van werknemers: Wat is toegelaten?

Strikte voorwaarden

**48.** De wettelijke basis voor de controle van elektronische communicatie is cao nr. 81 van 26 april 2022 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemers ten opzichte van de controle op de elektronische online communicatiegegevens (**legali-teitsbeginsel**).

**49.** Onder elektronische communicatie verstaat men de online communicatiegegevens die worden overgebracht of ontvangen in het kader van de dienstbetrekking.<sup>74</sup>

**50.** Iedere elektronische communicatie via een online platform (bijvoorbeeld e-mail of Teams) en surfgedrag op online websites mag worden gecontroleerd, zij het enkel om bepaalde limitatief opgesomde gerechtvaardigde belangen (**finaliteitsbeginsel**): (1) het voorkomen van ongeoorloofde feiten (bijvoorbeeld hacking en pornografie), (2) de bescherming van economische, handels- en financiële belangen van de onderneming (bijvoorbeeld afbrekende reclame, schending van het zakengeheim en concurrerende activiteiten), (3) de veiligheid en/of de goede technische werking van het IT-netwerk (bijvoorbeeld verspreiding van bestanden met malware) en (4) het naleven van interne policies (bijvoorbeeld websites voor niet-professionele doeleinden).<sup>75</sup>

65. Art. 314*bis* Strafwetboek (hierna **Sw.**).

66. S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 257.

67. Art. 124 wet 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (hierna **Wet Elektronische Communicatie**).

68. J. DE VREESE en I. PLETS, "Een bloemlezing van de rechtspraak 2019", *Or.* 2020, (334) 334-335.

69. Art. 125 Wet Elektronische Communicatie.

70. S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 257; J. DE VREESE en I. PLETS, "Een bloemlezing van de rechtspraak 2018", *Or.* 2020, 9-10.

71. EHRM 12 januari 2016, nr. 61496/08, Bărbulescu/Roemenië; EHRM 22 februari 2018, nr. 588/13, Libert/Frankrijk; Arbh. Bergen 25 november 2009, *RDTI* 2010, 81; Arbh. Gent 9 mei 2005, *Soc.Kron.* 2006, 158; S. HORVAT, "Werkgever mag internetgebruik werknemer controleren", *Juristenkrant* 2005, nr. 117.

72. Aanbeveling GBA nr. 08/2012 van 2 mei 2012, 18; GBA, "Elektronisch toezicht op internet en e-mail" (consultatie op 19 juli 2023; <https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/burger/thema-s/privacy-op-de-werkplek/toezicht-van-de-werkgever/elektronisch-toezicht-op-internet-en-e-mail>); R. SAELENS, "Privacycommissie versoepelt houding bij e-mailcontrole op de werkplaats", *Juristenkrant* 2012, nr. 256; J. DE VREESE en I. PLETS, "Een bloemlezing van de rechtspraak 2019", *Or.* 2020, (334) 335.

73. Art. 125 Wet Elektronische Communicatie; S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 257.

74. Art. 2 cao nr. 81 van 26 april 2002 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemers ten opzichte van de controle op de elektronische online-communicatiegegevens (hierna **cao nr. 81**).

75. Art. 5 en 13 cao nr. 81; D. DEJONGHE, "Werkgeverscontrole op e-mail- en internetgebruik: C.A.O. nr. 81 schetst de krijtlijnen", *Or.* 2002, (225) 226-227; S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 258; N. ROLAND, "La CCT n° 81 et le contrôle des données de communication électroniques en réseau: que reste-t-il de nos 20 ans", *Ors.* 2022, (2) 5, nr. 12; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 892-893, nr. 1534.



Deze doelstellingen moeten strikt voor ogen worden gehouden en bieden een ruim speelveld om onderzoek te verrichten in de mailbox van werknemers. Desalniettemin kan een werkgever niet eender welke reden aanhalen om een dergelijke controle uit te voeren. Een rechter van het hof van beroep te Gent in kort geding oordeelde dat een werkgever die in het bijzijn van de gerechtsdeurwaarder enkele e-mails van de werknemer had uitgeprint en in een verzegelde kift had bewaard, de regels van cao nr. 81 had geschonden. De werkgever voerde deze controle uit louter op basis van ‘geruchten’ dat de werknemer zich bezighield met persoonlijke en concurrerende activiteiten. Er was geen duidelijke finaliteit van het onderzoek, noch was de werknemer verwittigd van de controle. De stukken werden geweerd uit de debatten.<sup>76</sup>

**51.** Belangrijk is dat de onderzoeker steeds afweegt of er geen alternatieve (minder ingrijpende) controles mogelijk zijn en ieder onderzoek afbakt aan de hand van gerichte trefwoorden en vanuit de nagestreefde doelstelling (**proportionaliteitsbeginsel**). Enkel elektronische communicatiegegevens die noodzakelijk zijn voor de controle, mogen worden verzameld.<sup>77</sup> Bij wijze van voorbeeld: een controle van onlineberichten tijdens de vakantie en buiten de normale arbeidsuren, is niet proportioneel.<sup>78</sup> Om dit ook post factum (bij een eventuele latere discussie voor de rechtbank) te kunnen duiden, wordt best iedere onderzoeksdaad gedetailleerd omschreven in het onderzoeksrapport.

Hoe verloopt een controle?

**52.** In lijn met het proportionaliteitsbeginsel mag een controle door een werkgever in een **eerste controlefase** enkel op een **globale**, niet-individuele manier, gebeuren.<sup>79</sup> Concreet kunnen bijvoorbeeld op het internet globale gegevens over de aansluitingsduur per werkpost en het aantal uitgaande e-mails per werkpost worden onderzocht.

Pas in een **tweede fase**, bij vaststelling van onregelmatigheden, kan men verder individualiseren welke

websites werden bezocht en welke werknemers welbepaalde e-mails hebben verstuurd (zonder de inhoud te controleren, *infra* nr. 59).<sup>80</sup> Enkel de communicatiegegevens worden geïndividualiseerd en niet de inhoud ervan, tenzij alle partijen en vooral de werknemer akkoord<sup>81</sup> gaan.<sup>82</sup>

Bij het vaststellen van feitelijkheden in het licht van de eerste drie doelstellingen, mag de betrokken werknemer **direct geïndividualiseerd** worden.<sup>83</sup> Als bijvoorbeeld uit een lijst van geraadpleegde websites van een bepaalde werkpost blijkt dat er op één werkdag vijf keer gesurft werd naar een pornografische website, mag men direct de identiteit van deze werknemer opsporen.

Wanneer daarentegen een inbreuk is gepleegd op een van de interne bedrijfsregels, de vierde doelstelling, mag er slechts **indirect geïndividualiseerd** worden. De werknemer(s) dienen dan eerst te worden geïnformeerd over de vastgestelde inbreuken (= alarmprocedure). Pas bij een volgende identieke of gelijkaardige inbreuk, mag de werkgever direct vaststellen wie de policy niet heeft nageleefd.<sup>84</sup> Let dus zeer goed op met de omschrijving van de vastgestelde inbreuk, aangezien enkel identieke of gelijkaardige inbreuken later zullen toelaten om te individualiseren. De werknemer, wiens arbeidsovereenkomst niet geschorst is, wordt ook uitgenodigd door de werkgever voor een gesprek, vooraleer een beslissing of evaluatie wordt genomen.<sup>85</sup>

Beroepsmatige of private elektronische communicatie?

**53.** Deze individualisering heeft enkel betrekking op de elektronische communicatiegegevens van **private aard**, en niet van beroepsmatige aard.<sup>86</sup> Communicatie van beroepsmatige aard zou bijgevolg, zonder individualisering, mogen worden geraadpleegd.

Desalniettemin is er behoorlijk wat rechtspraak die de communicatie als “gemengd” bestempelt, waardoor de vereiste procedure inzake cao nr. 81 toch dient

76. R. SAELENS en P. DE HERT, “Gents hof hekelt geheime e-mailcontrole op de werkplaats”, *Juristenkrant* 2012, nr. 3.

77. Art. 6 cao nr. 81; D. DEJONGHE, “Werkgeverscontrole op e-mail- en internetgebruik: C.A.O. nr. 81 schetst de krijtlijnen”, *Or.* 2002, (225) 227; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 894, nr. 1535.

78. Arbh. Antwerpen (afd. Hasselt) 15 november 2005, *Soc.Kron.* 2006, 153; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 894, nr. 1535.

79. GBA, “Elektronisch toezicht op internet en e-mail” (consultatie op 19 juli 2023; <https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/burger/thema/s-privacy-op-de-werkplek/toezicht-van-de-werkgever/elektronisch-toezicht-op-internet-en-e-mail>).

80. Comm. bij art. 6 cao nr. 81; D. DEJONGHE, “Werkgeverscontrole op e-mail- en internetgebruik: C.A.O. nr. 81 schetst de krijtlijnen”, *Or.* 2002, (225) 227-228.

81. Let evenwel op het feit dat de toestemming van werknemers geen algemeen aanvaarde rechtsgrond is in het Belgisch arbeidsrecht (*supra*, nr. 23).

82. N. ROLAND, “La CCT n° 81 et le contrôle des données de communication électroniques en réseau: que reste-t-il de nos 20 ans”, *Ors.* 2022, (2) 3, nr. 5; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 897, nr. 1541.

83. Art. 15 cao nr. 81; D. DEJONGHE, “Werkgeverscontrole op e-mail- en internetgebruik: C.A.O. nr. 81 schetst de krijtlijnen”, *Or.* 2002, (225) 231; S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 262; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 899, nr. 1546.

84. Art. 16 cao nr. 81; D. DEJONGHE, “Werkgeverscontrole op e-mail- en internetgebruik: C.A.O. nr. 81 schetst de krijtlijnen”, *Or.* 2002, (225) 231-232; N. ROLAND, “La CCT n° 81 et le contrôle des données de communication électroniques en réseau: que reste-t-il de nos 20 ans”, *Ors.* 2022, (2) 7, nr. 24; S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 262-263; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 899, nr. 1547.

85. Art. 17 cao nr. 81; D. DEJONGHE, “Werkgeverscontrole op e-mail- en internetgebruik: C.A.O. nr. 81 schetst de krijtlijnen”, *Or.* 2002, (225) 232; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 900, nr. 1548.

86. D. DEJONGHE, “Controle van inhoud van e-mails: is de C.A.O. nr. 81 een maat voor niets? Commentaar op het arrest d.d. 15 december 2004 van het Arbeidshof Antwerpen”, *Soc.Kron.* 2006, (131) 131; D. DEJONGHE, “Werkgeverscontrole op e-mail- en internetgebruik: C.A.O. nr. 81 schetst de krijtlijnen”, *Or.* 2002, (225) 232; *contra* R. SAELENS en P. DE HERT, “Gents hof hekelt geheime e-mailcontrole op de werkplaats”, *Juristenkrant* 2012, nr. 3.



te worden gevolgd.<sup>87</sup> Een werknemer mag namelijk (in mindere mate) “redelijke privacyverwachtingen” hebben, zelfs wanneer hij bepaalde tools enkel voor professionele doeleinden gebruikt.<sup>88</sup>

In een zaak voor het arbeidshof te Brussel werd er nader ingegaan op het begrip “redelijke privacyverwachtingen”. Een werknemer meldde zich ziek en stelde aan de werkgever voor dat hij de ingeplande afspraken zou opvolgen of annuleren. De werkgever doorzocht daarop de mailbox en stelde vast dat de werknemer vertrouwelijk informatie doorspeelde. De betreffende e-mailberichten waren van persoonlijke aard (gericht aan een familielid of vriend/kennis). Het Hof oordeelde dat de werknemer “redelijke privacyverwachtingen” mocht hebben, meer bepaald dat de werkgever geen kennis zou nemen van de berichten, ook al was de computer eigendom van de werkgever. Relevant is dat in deze zaak geen ander bewijs (dan de e-mailberichten) voorhanden was, en het Hof van oordeel was dat de acties om een familielid/vriend aan een job te helpen eerder onhandig waren dan een daad van oneerlijke concurrentie.<sup>89</sup>

## Formaliteiten

**54.** Een monitoring van de elektronische communicatie is enkel en alleen mogelijk mits het controlebeleid is uitgewerkt binnen de onderneming in het arbeidsreglement of een IT-policy (*transparantiebeginsel*), met respect voor de regels van sociaal overleg (= collectieve informatie) en (individuele) informatie aan de werknemers.<sup>90</sup>

De collectieve informatie dient, voorafgaand aan de installatie van het controlesysteem<sup>91</sup>, te worden gegeven aan de ondernemingsraad, of bij ontstentenis hiervan, het comité voor preventie en bescherming op het werk, of bij ontstentenis hiervan de vakbondsafvaardiging, of bij ontstentenis hiervan de werknemers. De collectieve informatie heeft betrekking op het volgende: (i) het controlebeleid en de prerogatieven van de werkgever en het toezichthoudend personeel, (ii) de nageleefde doelstellingen, (iii) het feit of persoonsgegevens al dan niet worden bewaard, de plaats en de duur van bewaring en (iv) het al dan niet permanente karakter van de controle.<sup>92</sup>

De individuele informatie aan werknemers dient uiterlijk op het ogenblik van de installatie van het controlesysteem te worden gegeven.<sup>93</sup> Deze individuele informatie heeft betrekking op het volgende: (i) het controlebeleid en de prerogatieven van de werkgever en het toezichthoudend personeel, (ii) de nageleefde doelstellingen, (iii) het feit of persoonsgegevens al dan niet worden bewaard, de plaats en de duur van bewaring, (iv) het al dan niet permanente karakter van de controle, (v) het gebruik van de instrumenten die de werknemer voor de uitvoering van zijn werk ter beschikking worden gesteld, inclusief de beperkingen van het gebruik in het kader van hun functie, (vi) rechten en plichten van de werknemers en eventuele verboden inzake het gebruik van elektronische onlinecommunicatiemiddelen van de onderneming en (vii) de in het arbeidsreglement bepaalde straffen wanneer de regels niet in acht worden genomen.<sup>94</sup>

**55.** Het monitoringsysteem moet bovendien vaak geëvalueerd worden door de ondernemingsraad of bij ontstentenis daarvan, het comité voor preventie en bescherming op het werk of bij ontstentenis daarvan, de vakbondsafvaardiging.<sup>95</sup>

**56.** Het arbeidsreglement dient in ieder geval melding te maken van de lijst van de straffen bij niet naleving van de regels inzake het gebruik van computer, e-mails, e.d.m. met inachtneming van de wettelijke procedure daartoe.<sup>96</sup>

### 2.3.3.3. Monitoren van de mailbox van zelfstandige dienstverleners: Wat is toegelaten?

**57.** Zelfstandige dienstverleners werken soms met ter beschikking gestelde laptops of met een e-mail-account van de onderneming.<sup>97</sup> De vraag rijst of ook zij gemonitord kunnen worden.

**58.** Zoals reeds bevestigd door de rechtsleer, kan artikel 17 van de Arbeidsovereenkomstenwet (het gezag van de werkgever) geen grondslag bieden voor een kennisname van eventuele elektronische communicatie van de zelfstandige dienstverleners. Zij vallen namelijk niet onder het hiërarchisch toezicht van de werkgever. Op grond van artikel 124 van de Telecommunicatiewet biedt enkel en alleen de **toestemming** van de

87. N. ROLAND, “La CCT n° 81 et le contrôle des données de communication électroniques en réseau: que reste-t-il de nos 20 ans”, *Ors.* 2022, (2) 4-5, nr. 9.

88. EHRM 12 januari 2016, nr. 61496/08, Bărbulescu/Roemenië.

89. Arbh. Brussel 9 september 2016, *JTT* 2017, 14; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 875, nr. 1512.

90. Art. 7-10 cao nr. 81; R. MATTHIJSSENS, *Bevoegdheden van de ondernemingsraad*, Mechelen, Kluwer, 2013, 171; S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 260-262.

91. Art. 3 cao nr. 9 van 9 maart 1972 houdende ordening van de in de nationale arbeidsraad gesloten nationale akkoorden en collectieve arbeidsovereenkomsten betreffende de ondernemingsraden gewijzigd door de collectieve arbeidsovereenkomsten nr. 15 van 25 juli 1974, nr. 34 van 27 februari 1981, nr. 37 van 27 november 1981, nr. 9bis van 29 oktober 1991, nr. 9ter van 27 februari 2008 en nr. 9quater van 27 juni 2012 (hierna **cao nr. 9**); D. DEJONGHE, “Werkgeverscontrole op e-mail- en internetgebruik: C.A.O. nr. 81 schetst de krijtlijnen”, *Or.* 2002, (225) 229.

92. Art. 9, § 1, cao nr. 81.

93. D. DEJONGHE, “Werkgeverscontrole op e-mail- en internetgebruik: C.A.O. nr. 81 schetst de krijtlijnen”, *Or.* 2002, (225) 230.

94. Art. 9, § 1 en § 2, cao nr. 81.

95. Art. 10 cao nr. 81; R. MATTHIJSSENS, *Bevoegdheden van de ondernemingsraad*, Mechelen, Kluwer, 2013, 171.

96. Art. 11-13 Arbeidsreglementenwet; Art. 9, § 2 cao nr. 81; commentaar bij art. 8 cao nr. 81.

97. Hoewel dit best steeds vermeden wordt om een (eventueel) risico op schijnzelfstandigheid te beperken.



zelfstandige dienstverleners nog een uitweg om de elektronische communicatie te mogen raadplegen.

Uiteraard zal op het “verdacht” moment, waarop de onderneming een vermoeden heeft van onregelmatigheden, de zelfstandige dienstverlener niet geneigd zijn om in te stemmen met een toezicht op de elektronische communicatie. Daarom is het aangeraden om in de dienstverleningsovereenkomst (bij de aanvang van de contractuele relatie) hieromtrent een clausule op te nemen of een policy te laten ondertekenen door de zelfstandige dienstverlener.<sup>98</sup>

#### 2.3.3.4. Enkele concrete vraagstukken

Mag de onderneming private e-mails van medewerkers inhoudelijk controleren?

**59.** Cao nr. 81 vormt geen (wettelijke) basis voor de controle van de inhoud van een e-mail van werknemers.<sup>99</sup> Cao nr. 81 vormt enkel een wettelijk kader voor globale controles (bijvoorbeeld hoeveel e-mails worden er op een welbepaalde werkpost x verstuurd), en bij vaststelling van onregelmatigheden, bij geïndividualiseerde controles (bijvoorbeeld welke werknemer heeft 50 e-mails verstuurd naar een concurrent).

Met andere woorden, het recht op privacy van de medewerker zal het criterium zijn om de inhoud van e-mails te controleren.

**60.** Zelfstandige dienstverleners kunnen hun toestemming geven om de e-mails inhoudelijk te controleren (bijvoorbeeld in een policy of in de dienstverleningsovereenkomst).

Werknemers daarentegen kunnen niet zomaar instemmen met een inhoudelijke controle van de e-mails. De toestemming van de werknemers wordt moeilijk aanvaard als rechtvaardigingsgrond voor een controle van de inhoud van een e-mail (*supra*, nr. 47).

**61.** Als de onderneming de inhoud van een e-mail wenst te verifiëren en voor te leggen voor een rechtbank, zal zij dit meer algemeen moeten afwegen tegen het recht op privacy van de medewerker.<sup>100</sup> Aangezien in het bijzonder voor de werknemer de toestemming geen zekere rechtsgrond is, noch cao nr. 81 soelaas biedt, zal het des te belangrijker zijn om in het onderzoeksrapport te motiveren dat het finaliteits-, transparantie- en proportionaliteitsbeginsel werd nageleefd.

Volgens de volgende voorbeelden in de rechtspraak, werd het wel toegelaten om de inhoud van e-mails bij te brengen, al dan niet via de Antigoontoets:

- Een controle van alle e-mails en bestanden (pamflet en C4) op een professionele computer zonder de werknemer te informeren, is niet transparant en niet proportioneel. Er werden namelijk ook sarcastische e-mails aan collega's onderschept, die niets te maken hadden met de economische financiële en commerciële belangen van de onderneming. Hoewel het recht op privacy miskend was, werd het bewijs wel toegelaten op basis van de Antigooncriteriën. *In casu* was de werknemer op vakantie. De verantwoordelijke doorzocht de mailbox om na te kijken of bepaalde e-mails in een project naar de betreffende werknemer waren verzonden, en ontdekte per ongeluk dat er ook e-mails waren die het bestaan van een concurrerende activiteit deden vermoeden.<sup>101</sup>
- Een consultatie van de inhoud van e-mails uit de mailbox van werknemer aan een derde, waaruit bleek dat offertes, facturen, informatie over lopende contracten, vertrouwelijke financiële gegevens, e.d.m. werden overgemaakt aan een concurrent (echtgenoot van de werknemer), zonder toestemming van de werknemer, is strijdig met art. 8 EVRM, art. 2 Gw. en art. 124 Telecommunicatiewet omdat er geen toestemming werd gegeven. Een eenzijdige nota met betrekking tot de controle op het gebruik van e-mail en technologie is een eenzijdige instructie die niet getuigt van enig akkoord van de werknemer. Op basis van de Antigoontoets, wordt het onrechtmatig verkregen bewijs toch toegestaan. De berichten werden enkel verzameld, en niet bekomen via “slinkse manoeuvres” (“betrouwbaarheid”) en de werknemer had het recht zich te verdedigen over de documenten (“eerlijk proces”). Bovendien was de inbreuk van een zeer ernstige aard.<sup>102</sup>
- E-mails die werden geraadpleegd zonder akkoord van de werknemer of voorafgaande mededeling van de toepasselijke regels en zonder dat er sprake was van een toevallige ontdekking van e-mails, worden geweerd uit de debatten. Het arbeidshof van Brussel aanvaardt het argument van de toevallige ontdekking niet indien de e-mailberichten gelet op hun onderwerp en de bestemmingen duidelijk niet professionele e-mails betroffen, niet beschouwd konden worden als urgent (aangezien

98. S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 269.

99. Aanbeveling GBA nr. 08/2012 van 2 mei 2012, 23; N. ROLAND, “La CCT n° 81 et le contrôle des données de communication électroniques en réseau: que reste-t-il de nos 20 ans”, *Ors.* 2022, (2) 3, nr. 5; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 897, nr. 1541.

100. Arbh. Brussel 22 november 2005, *JTT* 2006, 218; Arbrb. Brussel 2 mei 2000, *Juristenkrant* 200, nr. 20; N. ROLAND, “La CCT n° 81 et le contrôle des données de communication électroniques en réseau: que reste-t-il de nos 20 ans”, *Ors.* 2022, (2) 4, nr. 5.

101. Arbh. Bergen 8 december 2010, *Soc.Kron.* 2011, 399, noot O. RIJCKAERT (er werd wel schade toegekend omdat werkgever een fout had begaan o.g.v. art. 1382 oud BW).

102. Arbh. Brussel 8 februari 2019, *JTT* 2019, 321; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 889, nr. 1530; J. DE VREESE en I. PLETS, “Een bloemlezing van de rechtspraak 2019”, *Or.* 2020, (334) 335.



ze in de folder van verzonden e-mails zaten) en uit de feiten bleek dat de werkgever nog andere private e-mails had gelezen.<sup>103</sup>

- In deze zaak werden niet e-mails maar inhoudelijke sms-berichten tussen collega's, waarin de werkgever gekleineerd werd en de collega's aangespoord om valse medische attesten te overhandigen, bijgebracht. Een van de collega's (met name de echtgenote van de bestuurder) heeft deze e-mail doorgestuurd naar de werkgever.<sup>104</sup> In dit geval heeft de werkgever niet zelf (op onrechtmatige wijze) de communicatie verkregen. De werkgever is in dergelijke soort gevallen een rechtmatige ontvanger van een e-mail (die niet gebonden is door enig beroepsgeheim, maar hoogstens een algemene discretieplicht) en is vrij om de inhoud ervan bekend te maken aan een andere persoon.<sup>105</sup>

Neem dus in de policy voor de medewerkers richtlijnen op die bepalen dat er in het onderwerp van de email "privé" moet worden opgenomen indien dit privécommunicatie betreft<sup>106</sup> of leg gescheiden email-accounts op voor privé- en beroepsmatige doeleinden.<sup>107</sup> Hiermee vermijdt een onderneming zoveel als mogelijk discussies bij een interne controle.

Eventueel kan overwogen worden om een neutrale vertrouwenspersoon (bijvoorbeeld een aangestelde voor de gegevensbescherming) in te schakelen voor de controle van de inhoud van de e-mails.<sup>108</sup>

Mag de onderneming een telefoongesprek met medewerkers opnemen en telefoongegevens opragen?

**62.** Het is wettelijk verboden om heimelijk een "live" telefoongesprek op te nemen waaraan men niet deelneemt, tenzij met **toestemming** van alle deelnemers aan de communicatie. Een gesprek waaraan iemand binnen de onderneming of de onderzoeker zelf deelneemt mag wel opgenomen worden, tenzij de deelnemer aangeeft het gesprek vertrouwelijk te willen houden.<sup>109</sup> Dit geldt voor alle medewerkers, inclusief werknemers.

**63.** Het is evenwel betwist of de toestemming van een medewerker een legale grondslag kan vormen voor het opnemen van een telefoongesprek waaraan men niet deelnam. Bovendien is een deel van de rechtsleer ook verdeeld over de vraag of het werkgeversgezag (art. 17 Arbeidsovereenkomstenwet) een voldoende legale grondslag vormt om telefoongesprekken met werknemers op te nemen.<sup>110</sup>

**64.** Het is mogelijk om een *realtime* opgenomen gesprek later te gebruiken op voorwaarde dat dit niet met een bedrieglijk opzet of een oogmerk om te schaden gebeurt. Het gebruik van de opname in een onderzoeksrapport, zal in principe mogelijk zijn mits ook de "redelijke privacyverwachtingen" van de medewerker gerespecteerd worden. Meer bepaald moet de medewerker voldoende geïnformeerd zijn over de opname, in welke omstandigheden het gesprek werd gevoerd, e.d.m.<sup>111</sup> In het kader van een professioneel gesprek over de beëindiging van de arbeidsrelatie, mag een werknemer bijvoorbeeld verwachten dat het gesprek wordt opgenomen (zelfs al werd hij hiervan niet op de hoogte gesteld).<sup>112</sup>

**65.** Indien er toch een inbreuk werd gepleegd op het recht op privacy, kan alsnog de Antigootoets het verkregen bewijsmateriaal toelaatbaar maken. Een door een werknemer opgenomen privételefoongesprek met de afgevaardigd bestuurder (zonder zijn/haar medeweten) na verbreking van het contract over het betalen van overuren, kan door middel van de Antigootoets worden gebruikt (ondanks de schending van het recht op privacy). Evenwel diende in dit geval het bewijs te worden geweerd aangezien er een inbreuk werd gepleegd op het recht op een eerlijk proces. Het telefonisch onderhoud was bedoeld om te discussiëren over de eindafrekening (en niet om daarover te beslissen). De afgevaardigd bestuurder was niet de gewoonlijke gesprekspartner van de werknemer over de overuren en dus beschikte deze niet over alle noodzakelijke informatie. Het werd zelfs voor mogelijk gehouden door de rechtbank dat de werknemer dit opzettelijk had gedaan om bepaalde uitspraken uit te lokken.<sup>113</sup>

103. Arbh. Brussel 7 februari 2013, *JT* 2013, noot MOUGENOT; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 889, nr. 1530.

104. Arbh. Luik (afd. Neufchâteau) 24 april 2019, *Soc.Kron.* 2020, 356 (het ging in deze zaak zelfs niet om een controle door de werkgever).

105. Arbrb. Luik (afd. Luik) 16 januari 2020, *RDJP* 2020, 222.

106. D. DEJONGHE, "Werkgeverscontrole op e-mail- en internetgebruik: C.A.O. nr. 81 schetst de krijtlijnen", *Or.* 2002, (225) 233.

107. R. SAELENS, "Privacycommissie versoepelt houding bij e-mailcontrole op de werkplaats", *Juristenkrant* 2012, nr. 256.

108. Aanbeveling GBA nr. 08/2012 van 2 mei 2012, 29.

109. Art. 314bis Sw.; S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 275; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 868-869, nr. 1498.

110. Desgevallend kan een opname wel toegelaten worden als bewijs voor commerciële doeleinden of in een callcenter na voorafgaande kennisgeving (S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 277).

111. Art. 8 EVRM; EHRM 3 april 2007, nr. 62617/00, Copland/VK; EHRM 25 juni 1997, nr. 20605/92, Halford/VK; S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 275 en 280.

112. Cass. 9 september 2008; Cass. 17 november 2015, *RABG* 2016, 518, noot V. VEREECKE; Arbrb. Antwerpen 20 juni 2017, *Limb.Rechtsl.* 2018, afl. 4, 333 (samenvatting op jura geconsulteerd, <https://jura.kluwer.be/secure/documentview.aspx?id=rn300112986&scrollid=rn300112986&NavSearchId=6411998> (het bewijsmateriaal werd uiteindelijk niet aanvaard wegens uitlokking); W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 869, nr. 1498.

113. Arbrb. Luik (afd. Luik) 6 november 2020, *JLMB* 2021, 676.





**66.** De Antigooncriteria vormen echter geen (verzekerde) vrijgeleide om ieder opgenomen telefoongesprek te gebruiken als bewijs in rechte. Oude opgenomen gesprekken door een werknemer (zonder medeweten van de werkgever), overgemaakt vier jaar na de inleiding van de zaak voor de rechtbank en vijf jaar na de verbreking van het contract zijn onbetrouwbaar en vormen een schending van het recht op een eerlijk proces. Het is onmogelijk om na te gaan of de opnames volledig zijn en/of in overeenstemming zijn met wat er werd gezegd. De gesprekspartner kan dit onmogelijk weten.<sup>114</sup>

**67.** In de praktijk is het ook nuttig om niet enkel een gesprek op te nemen, maar om een lijst op te stellen van alle telefoonoproepen. Dit kan eveneens bijdragen aan het bewijsmateriaal binnen een intern onderzoek. Het achteraf opvragen van geregistreerde oproepen bij een operator, is volgens een deel van de (oudere) rechtspraak mogelijk op voorwaarde dat de werkgever de geabonneerde is. Een dergelijk overzicht kan bijvoorbeeld aantonen dat een gsm door een medewerker voor privédoeleinden werd gebruikt hoewel dit volgens een bedrijfspolicy niet toegestaan is. Bepaalde rechtsleer haalt echter aan dat dit niet wettig is, tenzij de toestemming van de betrokkene werd verkregen.<sup>115</sup>

**68.** De controle van een ter beschikking gestelde telefoon, wegens misbruik van het toestel voor privédoeleinden, werd beschouwd als onrechtmatig verkregen bewijs. De werkgever werd opgeschrikt door een factuur van Belgacom waaruit bleek dat er verschillende telefoongesprekken met een betalend nummer werden gevoerd en stelde vast dat er verschillende persoonlijke telefoongesprekken hadden plaatsgevonden, alsook meerdere internetsites werden geraadpleegd (voor niet-professionele doeleinden). Het Hof oordeelde dat het bewijs niet op transparante en proportionele wijze was bekomen doordat de werknemer niet voorafgaand werd geïnformeerd. Daarenboven, oordeelde het Hof, is het bewijs niet betrouwbaar. Ook andere werknemers binnen de onderneming hadden mogelijk het betalend telefoonnummer gebruikt

en dus kon niet met zekerheid worden vastgesteld dat enkel de werknemer in kwestie alle 204-oproepen zelf had gedaan.<sup>116</sup>

Mag de onderneming elektronisch opgeslagen bestanden op de computer van de medewerker raadplegen?

**69.** Informatie in de bestanden van de computer (die geen opgeslagen e-mails betreffen) wordt niet beschouwd als elektronische “communicatie”. De cao nr. 81 (werknemers) is dus niet van toepassing. Dit neemt niet weg dat deze bestanden wel onderworpen zijn aan het recht op privacy<sup>117</sup> en het criterium van de “redelijke privacyverwachtingen” zal de toetssteen zijn voor alle medewerkers<sup>118</sup> zowel voor werknemers als voor zelfstandige dienstverleners.

Bij de beoordeling van deze privacyverwachtingen, worden in de rechtspraak en rechtsleer diverse elementen in overweging genomen.

Indien de computer eigendom is van de onderneming, zal gemakkelijker aanvaard worden dat de bestanden worden onderzocht. De principes van artikel 17 (recht op toezicht) en 20 (materialen ter beschikking stellen) van de Arbeidsovereenkomstenwet spelen hierin een ondersteunende rol ten aanzien van werknemers.<sup>119</sup> Voor de zelfstandige dienstverlener zal zijn toestemming (bijvoorbeeld door ondertekening van een policy) een grondslag vormen voor het doorzoeken van de bedrijfscomputer.

De kernboodschap is om in een policy voor alle medewerkers duidelijke richtlijnen voorop te stellen over het gebruik van een professionele computer voor privédoeleinden.<sup>120</sup> Als de bestanden niet worden geklasseerd als privébestanden, en/of niet beschermd worden door een wachtwoord op de werkcomputer, geldt er veel minder tot geen privacybescherming.<sup>121</sup> Zeker als de werknemer bij inlevering van zijn laptop en gsm na het ontslag, persoonlijke documentatie niet verwijderd, wordt de privacy niet geschonden als de werkgever hiervan kennis krijgt.<sup>122</sup>

114. Arbh. Luik (afd. Luik) 18 maart 2021, *JTT* 2021, 266; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 876, nr. 1512.

115. W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 869, nr. 1498.

116. Arbh. Bergen 10 juni 2015, *JTT* 2016, 77; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 875, nr. 1512.

117. Arbh. Brussel 3 mei 2006, *JTT* 2006, 262; Arbh. Bergen 8 december 2010, *Soc.Kron.* 2011, 399, noot O. RIJCKAERT; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 871 en 885, nr. 1503 en 1526.

118. N. ROLAND, “La CCT n° 81 et le contrôle des données de communication électroniques en réseau: que reste-t-il de nos 20 ans”, *Ors.* 2022, (2) 4, nr. 6; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 871-872, nr. 1503.

119. Arbh. Brussel 14 oktober 2011, *JTT* 2012, 171; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 886, nr. 1527.

120. Arbh. Brussel 3 mei 2006, *JTT* 2006, 262; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 886, nr. 1526.

121. Arbh. Luik 17 november 2015, *JLMB* 2016, 1164; Arbh. Gent 27 juni 2016, *TPP* 2017, 21, noot P. GRYFFROY.

122. Arbh. Antwerpen (afd. Hasselt) 15 november 2016, *RW* 2017-18, 184; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 872, nr. 1503.



Mag de onderneming opzoekingen verrichten in open bronnen (internet, facebook, e.d.m.)?

**70.** Een onderzoeker mag tijdens het intern onderzoek ook opzoekingen doen over de betrokkene in online bronnen (Facebook, Twitter, Instagram, internetwebsites, KBO-uitreksel, e.d.m.).

Wat een medewerker in zijn vrije tijd, buiten een dienstbetrekking, openbaar maakt op een LinkedIn- of Facebookpagina, is vrij te consulteren door anderen. De medewerker kiest er in dat geval zelf voor om in een zekere mate afstand te doen van zijn recht op privacy.<sup>123</sup> Hoe meer publiciteit de medewerker geeft aan zijn online profiel/uitlatingen, hoe meer hij kan verwachten dat anderen (incl. de onderneming) hiervan kunnen kennisnemen en hoe minder hij zich kan beroepen op het criterium van de “redelijke privacyverwachtingen”. In een zaak voor de geschillenkamer van de Gegevensbeschermingsautoriteit werd een sociale pagina van een ambtenaar (met een arbeidsovereenkomst) gescreend. Uiteindelijk kreeg de ambtenaar in kwestie een tuchtstraf omdat er negatieve publieke uitspraken over moslims, vreemdelingen en vluchtelingen teruggevonden waren daterend van vóór zijn aanwerving. Het gebruik van de uitspraken op sociale media werd toegestaan en was verwerkt op basis van de wettelijke grondslag “uitvoering van de (arbeids)overeenkomst”.<sup>124</sup>

Tijdens het intern onderzoek, zal de onderzoeker het recht op privacy van de betrokkene beoordelen aan de hand van het “publiek” karakter van zijn/haar vermeldingen op websites of sociale media.

Indien een medewerker bijvoorbeeld publiekelijk een eigen activiteit uitoefent en de onderzoeker erachter komt dat hij een vennootschap heeft opgericht die openlijk terug te vinden is in de KBO, alsook een website waaruit blijkt dat de betrokkene (bijvoorbeeld

tijdens de normale contractueel overeengekomen uren) frauduleuze activiteiten verricht, kan de onderneming deze informatie “gerechtvaardigd” controleren. Aangezien de medewerker zelf veel publiciteit geeft aan de nieuwe activiteit kan hij zich niet beroepen op het recht op privacy.

### 2.3.3.5. Best practices

**71.** De volgende richtlijnen worden best in acht genomen bij een controle van elektronische communicatie:

- 1) Bepaal de doelstellingen vooraleer over te gaan tot een controle van het e-mail- en internetgebruik in lijn met cao nr. 81 (werknemers) en het recht op privacy (alle medewerkers).
- 2) Leef de formaliteiten na voorzien in de cao nr. 81 (werknemers) en voortvloeiend uit het recht op privacy (alle medewerkers) (individuele en collectieve informatieverplichting, procedure inzake individualisering van cao nr. 81, e.d.m.).
- 3) Neem in de policy of het arbeidsreglement richtlijnen op over het privégebruik van professionele communicatiemiddelen, het klasseren van “privé” e-mails en bestanden, het gebruik van de disclaimer “privé” in een onderwerp van e-mails en leg desgevallend gescheiden e-mailaccounts op voor privé- en beroepsmatige doeleinden;
- 4) Motiveer de naleving van de wetgeving, het legaliteits-, finaliteits- transparantie- en proportionaliteitsbeginsel in het onderzoeksrapport.

**72.** In deel 2 van dit artikel kan u meer lezen over andere onderzoeksmaatregelen, de afronding van het onderzoek (met een goed opgesteld onderzoeksrapport), de beoordeling van de bewijswaarde en zoveel meer.

123. S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 226.

124. Geschillenkamer nr. 06/2021 28 januari 2021, [www.gegevensbeschermingsautoriteit.be](http://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be); A. DESMADRYL, J. DEVOS en I. VERHELST, “Vijf jaar GDPR: invloed op de arbeidsrelatie en het personeelsbeleid (deel 1)”, *Or. 2023*, (200) 214.



# Aandachtspunten bij een intern onderzoek (deel 2)

**Jan HOFKENS**  
Advocaat Lydian

**Yves LENDERS**  
Advocaat Lydian

**Tim VAN LANDEGHEM**  
Advocaat Lydian

**Sarah WITVROUW**  
Advocaat Lydian

In deel 2 van dit artikel behandelen we verder verschillende onderzoeksmaatregelen die een onderneming kan treffen in het kader van een intern onderzoek. Vervolgens gaan wij in op de afronding van het onderzoek, hoe een gedetailleerd verslag op te maken, wat het recht op tegenspraak inhoudt en wie de bewijslast draagt. Wij sluiten ons artikel af met het vraagstuk van de bewijswaarde van een eenzijdig onderzoeksrapport.

2017.<sup>1</sup> Deze wet omvat de verplichtingen met betrekking tot de bewakingsondernemingen, de bewakers, de bewakingsactiviteiten, e.d.m.

Bepaalde (voornamelijk) grotere ondernemingen kunnen overwegen om bewakingsagenten in te schakelen voor een uitgangscntrole.

### 2.3.4.1. Controleren van medewerkers: wat is toegelaten?

Strikte voorwaarden

**74.** Specifiek voor het controleren van de goederen van werknemers op het voorkomen of vaststellen van de ontvreemding van goederen in de onderneming, geldt de cao nr. 89. De cao nr. 89 staat enkel toe dat de uitgangscntroles ten aanzien van werknemers worden uitgevoerd om eventuele diefstallen van bedrijfsgoederen door werknemers te voorkomen of vast te stellen in het kader van het veiligheidstoezicht (*finaliteits- en legaliteitsbeginsel*). Iedere andere reden voor een uitgangscntrole is dus niet wettelijk toegestaan.<sup>2</sup> De cntroles moeten daarenboven op een *proportionele* wijze worden uitgeoefend. Indien er andere middelen zijn om diefstal te voorkomen, die minder ingrijpend zouden zijn voor het privéleven van de werknemers, verdient dit de voorkeur.<sup>3</sup>

**75.** Daarbij zijn *ofwel* systematische cntroles via technische of elektronische detectiemiddelen mogelijk (mits de minister van Binnenlandse Zaken hiervoor een tijdelijke en hernieuwbare toestemming geeft bij een aanvraag door de bewakingsagenten en

## INHOUD

3.	Afronding onderzoek	319
3.1.	Gedetailleerd verslag	319
3.2.	Recht op tegenspraak	320
3.3.	Bewijswaarde	320
3.4.	Toepasselijke bewijslastregeling	320
3.5.	Wie draagt de bewijslast (en het bewijsrisico)?	321
4.	De bewijswaarde van een eenzijdig onderzoeksrapport opgesteld door de onderzoekers	321
4.1.	Begripsomschrijving	321
4.2.	Vergelijking met een gerechtelijk expertiseverslag	322
4.3.	Bewijswaarde: het eenzijdig expertiseverslag als (mogelijk) feitelijk vermoeden	322
4.4.	Relevante elementen bij de beoordeling van de bewijswaarde van het eenzijdig onderzoeksrapport	323
4.5.	Bekendmaking resultaten en acties na het onderzoek	325
5.	Conclusie	326

## 2.3.4. Uitgangscntrole en cntrole bezittingen

**73.** Toegangs- en uitgangscntroles zijn in het algemeen geregeld in de Bewakingswet van 2 oktober

1. Wet 2 oktober 2017 tot regeling van de private en de bijzondere veiligheid, BS 31 oktober 2017 (hierna **Wet 2 oktober 2017**).  
 2. Art. 107 wet 2 oktober 2017; art. 4 cao nr. 89 van 30 januari 2007 betreffende de diefstalpreventie en de uitgangscntroles van werknemers bij het verlaten van de onderneming of de werkplaats (hierna **cao nr. 89**); S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 308; N. VANGHELuwe en N. THOLEN, "Nieuwe regels voor uitgangscntroles op het werk", *Or. 2007*, (155) 156 en 158.  
 3. Art. 5 cao nr. 89; N. VANGHELuwe en N. THOLEN, "Nieuwe regels voor uitgangscntroles op het werk", *Or. 2007*, (155) 158.



de toestemming van de ondernemingsraad<sup>4</sup> wordt bekomen<sup>5</sup>), *ofwel* steekproefsgewijze of door materiële vermoedens ingegeven controles door erkende bewakingsagenten.<sup>6</sup> In de context van een intern onderzoek binnen de onderneming zal met name deze tweede categorie van uitgangscntroles voorkomen.

**76.** De goederen van de werknemer mogen **steekproefsgewijs** (bijvoorbeeld alle werknemers of enkele afdelingen, als de collectieve toestemming blijkt uit een verslag van het sociaal overlegorgaan of de opname in het arbeidsreglement<sup>7</sup>) of bij **redelijke vermoedens van diefstal** (met de individuele toestemming van de werknemer)<sup>8</sup> gecontroleerd worden.<sup>9</sup> Enkel de goederen die vrijwillig worden overhandigd door de werknemer, die de werknemer bij zich draagt en/of die zich in een door de werknemer gebruikte wagen bevinden, mogen worden gecontroleerd. De werknemer mag dus niet gefouilleerd worden.<sup>10</sup> Alle vaststellingen worden schriftelijk meegedeeld.<sup>11</sup> De werknemers moeten ten laatste op het moment van het betreden van de ondernemingslokalen in kennis worden gesteld van de mogelijke uitgangscntrole.<sup>12</sup>

**77.** Niet-werknemers vallen niet onder het toepassingsgebied van de cao nr. 89. Steekproefgetrouwe uitgangscntroles en andere controles op basis van concrete materiële aanwijzingen van diefstal zijn bijgevolg mogelijk mits hun toestemming wordt bekomen<sup>13</sup> en er geen disproportionele inbreuk wordt gepleegd op de privacy van de niet-werknemer.

**78.** Indien de medewerkers hun instemming voor een gerichte controle niet wensen te geven of niet meewerken aan de controle, kunnen de politiediensten worden gecontacteerd. Ook indien uit de controle blijkt dat er een misdrijf werd gepleegd, is het aangeraden de politiediensten te contacteren.

## Controle bezittingen

**79.** Andere onderzoeksdaden dan strikte “uitgangs”-controles zoals hiervoor bedoeld, bijvoorbeeld de controle in een persoonlijke locker van de medewerker op de werkvloer, zijn enkel mogelijk mits het recht op privacy van de medewerker wordt gerespecteerd.<sup>14</sup>

**80.** Dit betekent met name dat de onderzoeker er op moet toezien dat hiervoor een gerechtvaardigde doelstelling aanwezig is (zoals bescherming van werknemers of goederen van de onderneming).<sup>15</sup> Ook dient de onderneming vooraf een duidelijk beleid uit te werken en in te voeren (bij voorkeur in het arbeidsreglement wat werknemers betreft en meer in het algemeen in een policy voor niet-werknemers), zodat de betrokkenen op transparante wijze geïnformeerd zijn over de mogelijkheid van controles op lockers en hiervoor (minstens impliciet maar duidelijk en onbetwistbaar) toestemming hebben gegeven.<sup>16</sup>

**81.** De controle moet tenslotte ook proportioneel zijn.<sup>17</sup> Het is de onderzoeker niet toegestaan om onverhoeds dergelijke controles uit te voeren. Iedere controle zal moeten worden ingegeven vanuit een vermoedelijke inbreuk, bijvoorbeeld dat de medewerker drugs op de werkvloer brengt of eigendom van de onderneming vervreemdt. In de praktijk kan een dergelijk vermoeden groeien uit verdacht gedrag vanwege de medewerker of (anonieme) tips van collega's of derden.

## Formaliteiten

**82.** Zowel de werknemers (in het arbeidsreglement<sup>18</sup>) als de sociale overlegorganen<sup>19</sup> (voorafgaandelijk aan de invoering) moeten worden geïnformeerd over uitgangscntroles.<sup>20</sup> Zelfstandige dienstverleners, die ook bij de uitgang gecontroleerd kunnen worden, ondertekenen een policy waaruit hun toestemming blijkt. Om een goed opgebouwd intern verslag te staven en

4. Of bij ontstentenis hiervan de vakbondsafvaardiging, of bij ontstentenis hiervan de werknemers.  
 5. In deze aanvraag moet gemotiveerd worden dat er geen andere minder ingrijpende maatregelen de beoogde doelstelling konden bereiken (N. VANGHELuwe en N. THOELen, “Nieuwe regels voor uitgangscntroles op het werk”, *Or.* 2007, (155) 157).  
 6. Art. 6 cao nr. 89; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 904, nr. 1557; N. VANGHELuwe en N. THOELen, “Nieuwe regels voor uitgangscntroles op het werk”, *Or.* 2007, (155) 158.  
 7. Of bij gebrek aan sociaal overlegorgaan, door opname in het arbeidsreglement of in een ondernemingscao (art. 6 cao nr. 89; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 904, nr. 1557); N. VANGHELuwe en N. THOELen, “Nieuwe regels voor uitgangscntroles op het werk”, *Or.* 2007, (155) 160-161.  
 8. Art. 8 cao nr. 89; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 906, nr. 1561; N. VANGHELuwe en N. THOELen, “Nieuwe regels voor uitgangscntroles op het werk”, *Or.* 2007, (155) 156-157 en 160.  
 9. S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 309.  
 10. Art. 107, 2° wet 2 oktober 2017; art. 6 cao nr. 89; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 905, nr. 1559; N. VANGHELuwe en N. THOELen, “Nieuwe regels voor uitgangscntroles op het werk”, *Or.* 2007, (155) 157 en 159.  
 11. Art. 10 cao nr. 89; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 907, nr. 1562; N. VANGHELuwe en N. THOELen, “Nieuwe regels voor uitgangscntroles op het werk”, *Or.* 2007, (155) 161.  
 12. Art. 107, 4° wet 2 oktober 2017; N. VANGHELuwe en N. THOELen, “Nieuwe regels voor uitgangscntroles op het werk”, *Or.* 2007, (155) 156.  
 13. Art. 170, 4° wet 2 oktober 2017; N. VANGHELuwe en N. THOELen, “Nieuwe regels voor uitgangscntroles op het werk”, *Or.* 2007, (155) 157.  
 14. W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 871, nr. 1502.  
 15. N. VANGHELuwe en N. THOELen, “Nieuwe regels voor uitgangscntroles op het werk”, *Or.* 2007, (155) 162-163.  
 16. Zie evenwel *supra* nr. 23 over de twijfelachtige rechtsgrondslag van de toestemming in een arbeidsrechtelijke sfeer.  
 17. N. VANGHELuwe en N. THOELen, “Nieuwe regels voor uitgangscntroles op het werk”, *Or.* 2007, (155) 164.  
 18. Er geldt een vereenvoudigde procedure voor de opname van deze informatieverplichting in het arbeidsreglement (art. 14, 2°, t Arbeidsreglementenwet).  
 19. De ondernemingsraad, of bij ontstentenis hiervan het comité voor preventie en bescherming op het werk, of bij ontstentenis hiervan de vakbondsafvaardiging, of bij ontstentenis hiervan de werknemers.  
 20. Art. 7 cao nr. 89; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 905-906, nr. 1560.



met respect voor het recht van verdediging is het aanbevolen een schriftelijke vaststelling op te stellen na de controle en deze te bezorgen aan de zelfstandige dienstverlener.

**83.** Ook andere dan uitgangcontroles worden best opgenomen in een policy (arbeidsreglement voor werknemers of via contractuele afspraken met niet-werknemers).

### 2.3.4.2. Best practices

**84.** De volgende richtlijnen worden best in acht genomen bij uitgangcontroles:

- Bepaal en onderzoek het belang van de onderneming om een uitgangscategorie in te voeren.
- Leef de formaliteiten na voorzien in cao nr. 89 (werknemers) en voorvloeiend uit het recht op privacy (niet-werknemers) (informatieverplichting, regels voor sociaal overleg, evaluatie controlesysteem, e.d.m.).
- Respecteer de privacy van de medewerker (bijvoorbeeld door de duurtijd van de controle in tijd te beperken, de medewerker af te zonderen voor controle buiten het zicht van derden, (indien toepasselijk) individuele toestemming te bekomen, e.d.m.).
- Deel alle vaststellingen schriftelijk mee aan de betrokkene.
- Vermeld in het onderzoeksrapport hoe de controle werd doorgevoerd, waarbij wordt toegelicht op welke wijze de finaliteit-, proportionaliteit- en transparantiebeginselen werden gewaarborgd.

### 2.3.5. Track-and-trace-systeem

**85.** Soms wenst een onderneming de tijdsbesteding van haar medewerker (werknemer of zelfstandige dienstverlener) na te gaan wanneer deze prestaties verricht buiten de onderneming. Dit kan door een track-and-trace-systeem te installeren in een bedrijfsvoertuig. Is dit toegestaan?

#### 2.3.5.1. Controleren van medewerkers: wat is toegelaten?

Strikte voorwaarden

**86.** Het invoeren van een track-and-trace-systeem binnen de onderneming is niet onderworpen aan enige specifieke wetgeving/reglementering. Bijgevolg gelden de algemene principes van de privacywetgeving.

**87.** Er dient in de eerste plaats een gerechtvaardigde doelstelling aanwezig te zijn (*finaliteitsbeginsel*). Hierbij kan gedacht worden aan het optimaliseren van een opleveringsproces binnen een onderneming, alsook het koppelen van (positieve) gevolgen aan een snellere oplevering, alsook, een bevestiging van vermoedens van misbruik (bijvoorbeeld op de arbeidstijd) of het waarborgen van veiligheid van de medewerker.<sup>21</sup> In een (oud) advies van de Commissie voor de Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer werden deze doelstellingen als legitiem aanvaard.<sup>22</sup>

**88.** Om de persoonsgegevens van de medewerkers via het track-and-trace-systeem te verwerken, zal de toestemming (niet-werknemers) of het gerechtvaardigd belang van de werkgever (werknemers) een mogelijke grondslag kunnen bieden (*toelaatbaarheidsbeginsel*).<sup>23</sup>

**89.** Daarnaast zal het gebruik van het track-and-trace-systeem *proportioneel* moeten gebeuren. De onderneming moeten kunnen motiveren dat er geen alternatieve privacyvriendelijkere mogelijkheid is om hetzelfde resultaat te bekomen. Indien track-and-trace-systemen de enige opties zijn voor de onderneming, dient de onderneming gerichte controles<sup>24</sup> uit te voeren en ervoor te zorgen dat er enkel getrackt wordt tijdens de arbeidsuren of contractueel overeengekomen uren en niet daarbuiten of tijdens het weekend (denk aan bedrijfswagens die voor privédoelinden mogen worden gebruikt).<sup>25</sup> Enkel de locatie van de professionele verplaatsingen kan worden geregistreerd binnen de gewerkte tijd.<sup>26</sup>

Zo aanvaardt de rechtspraak wel dat er een track-and-trace-systeem wordt gebruikt door een taxibedrijf met als doel zo snel mogelijk een taxi te sturen naar klanten (dispatching)<sup>27</sup>, maar is er wel een inbreuk op de

21. S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 288.

22. Advies Commissie voor de Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer nr. 12/2005 van 7 september 2005, 4.

23. S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 288.

24. Advies Commissie voor de Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer nr. 12/2005 van 7 september 2005, 5; T. MESSIAEN, Navigatiesystemen en privacy, *NJW* 2007, (338) 340.

25. Tenzij de doelstelling van het track-and-trace-systeem diefstalpreventie is (S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 289; T. MESSIAEN, "Navigatiesystemen en privacy", *NJW* 2007, (338) 342, nr. 21).

26. Geschillenkamer nr. 15/2023 21 februari 2023, <https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/publications/beslissing-ten-gronde-nr.-15-2023.pdf>; Arrbh. Antwerpen (afd. Mechelen) 13 februari 2015, *Soc.Kron.* 2015, 18; Arbh. Gent 14 november 2011, *Soc.Kron.* 2015, 17; T. MESSIAEN, "Navigatiesystemen en privacy", *NJW* 2007, (338) 341.

27. Arbh. Brussel 18 november 2004, *JTT* 2005, 145; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 908, nr. 1565.



privacy indien een dergelijk systeem zonder toestemming of medeweten van een werknemer in de eigen wagen van de werknemer wordt geïnstalleerd.<sup>28</sup>

Een andere zaak voor het Arbeidshof betrof een handelsvertegenwoordiger die halftijds werkte voor de concurrentie en bij wie een forse daling in het omzetcijfer werd vastgesteld na controle van het *track-and-trace*-systeem in de bedrijfswagen. Het bewijsmateriaal was wettig verkregen omdat de werknemer wel geïnformeerd was over het track-and-trace-systeem en hiermee zijn akkoord gaf. Er stond namelijk een clausule in de aangepaste car policy en het arbeidsreglement was correct gewijzigd. Bovendien kon de werknemer het systeem in de bedrijfswagen uitschakelen.<sup>29</sup>

## Formaliteiten

**90.** Omdat een track-and-trace-systeem een belangrijke invloed heeft op de arbeidsorganisatie en -voorwaarden van werknemers (alsook in sommige gevallen zal beschouwd worden als de invoering van nieuwe technologie<sup>30</sup>), zal de ondernemingsraad moeten worden geïnformeerd en om advies worden gevraagd. Bij afwezigheid van een ondernemingsraad, dient de vakbondsafvaardiging te worden ingelicht.<sup>31</sup>

**91.** Een onderneming zal de medewerkers moeten informeren<sup>32</sup> over het installeren van een dergelijk tracking systeem in de bedrijfswagen, alsook van de toepasselijke regels over wie onderworpen wordt aan de controle, hoelang de tracking duurt, welke vermoedens (van inbreuken) aanleiding kunnen geven tot controle, welke procedure gevolgd wordt na ontbrekking van een inbreuk tijdens een controle (**transparantiebeginsel**). Dit dient te worden voorzien in het arbeidsreglement omdat dit een methode is voor het controleren van arbeid en/of het bepalen van het loon en/of een invloed kan hebben op de rechten en verplichtingen van toezichthoudend personeel (werknemers).<sup>33</sup> Meer in het algemeen kan deze informatie over het tracking-systeem ook worden opgenomen in een policy over het gebruik van de bedrijfswagen (alle medewerkers).

In de rechtspraak oordeelde men dat één zin opgenomen in het arbeidsreglement namelijk, “alle voertuigen zijn beveiligd met een GPS-tracking-systeem”,

niet geldt als voldoende informatie aan de werknemer. Er werd eveneens geoordeeld dat indien er in het arbeidsreglement niets over het track-and-trace-systeem wordt opgenomen, de werknemer ook buiten de arbeidsuren gecontroleerd kon worden via het systeem of het systeem niet kon worden uitgeschakeld, het proportionaliteitsbeginsel werd miskend.<sup>34</sup>

## 2.3.5.2. Best practices

**92.** De volgende richtlijnen worden best in acht genomen bij track-and-trace-systemen:

- Bepaal de doelstellingen voor de installatie van het track-and-trace-systeem, met respect voor het recht op privacy.
- Leef de formaliteiten na voortvloeiend uit het recht op privacy (regels voor sociaal overleg (werknemers), informatie (medewerkers), e.d.m.).
- Zorg ervoor dat het track-and-trace-systeem onder bepaalde omstandigheden en voor welbepaalde uren kan worden uitgeschakeld.
- Motiveer de naleving van het finaliteits-, toelaatbaarheids-, transparantie- en proportionaliteitsbeginsel in het onderzoeksrapport.

## 2.3.6. Interview betrokkene

**93.** Na afloop van alle onderzoeksdaden confronteert de onderzoeker de betrokkene met de resultaten van het onderzoek op dat moment en de concrete vaststellingen hieromtrent. Dit geeft de betrokkene de gelegenheid om zichzelf te verdedigen. De betrokkene is niet verplicht om in te gaan op een uitnodiging van het verhoor. Indien dit het geval is, vermeldt de onderzoeker dit in het onderzoeksrapport en leidt daaruit af dat de betrokkene niet bereid is mee te werken aan het onderzoek. In enkele gevallen kan het aangegeven zijn om het verhoor niet af te nemen en een zeker verrassingseffect te bewaren door de betrokkene ineens te confronteren met de resultaten van het intern onderzoek (*infra*, nr. 101).

**94.** Er is geen strikt kader uitgewerkt voor het afnemen van een verhoor in het kader van een bedrijfs-onderzoek. Er is tijdens de Ministerraad van 14 juli 2023 een voorontwerp van wet goedgekeurd om de huidige wet van 19 juli 1991 inzake privédetectives te wijzigen. Bij gebrek aan toegang tot de wettekst op het moment van de redactie van dit artikel, kunnen wij niet inschatten of deze wet richtlijnen geeft over

28. Arbh. Gent (afd. Gent) 2 maart 2016, *TGR* 2016, 312; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 908, nr. 1565.

29. Arbh. Bergen 14 november 2017, *JTT* 2018, 266; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 908-909, nr. 1565.

30. Cao nr. 39 van 13 december 1983 betreffende de voorlichting en het overleg inzake de sociale gevolgen van de invoering van nieuwe technologieën.

31. S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 290; S. RENETTE en D. DE BOT, “Het aanwenden van een geolocalisatiesysteem in het kader van de arbeidsovereenkomst”, *Or.* 2005, (205) 214-215.

32. Arbh. Gent (afd. Gent) 2 maart 2016, *TGR* 2016, 312 (de rechter benadrukte zelfs dat de instemming van de werknemer vereist is); S. DE SMEDT en M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2019, 289.

33. Art. 6, §1, 2° en 5° Arbeidsreglementenwet; Arbrb. Antwerpen (afd. Mechelen) 13 februari 2015, *Soc.Kron.* 2015, 18; S. RENETTE en D. DE BOT, “Het aanwenden van een geolocalisatiesysteem in het kader van de arbeidsovereenkomst”, *Or.* 2005, (205) 214.

34. Arbh. Gent 14 november 2011, *Soc.Kron.* 2015, 17; Arbrb. Antwerpen (afd. Mechelen) 13 februari 2015, *Soc.Kron.* 2015, 18; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notitie. 2022-2023*, Mechelen, Kluwer, 2022, 908, nr. 1565.



het voeren van een interview door privédetectives.<sup>35</sup> Dit kan namelijk als inspiratiebron dienen voor een intern onderzoek, gevoerd door de onderneming.

**95.** Bij gebrek aan een specifiek wettelijk kader, vallen we terug op de algemene krijtlijnen van een strafrechtelijk verhoor. De belangrijkste regel is dat er geen (onevenredige) dwang wordt uitgeoefend over de verhoorde medewerker in kwestie. Dit doet namelijk afbreuk aan de bewijskracht van het afgenomen verhoor. De bijstand van een advocaat en/of vakbondsafgevaardigde van de verhoorde persoon of de mogelijkheid tot raadpleging achteraf is in dit opzicht dan ook een groot pluspunt en in bepaalde omstandigheden verplicht.

Bij een strafrechtelijk verhoor hebben de benadeelde, het slachtoffer, de aangever of de getuige recht op bijstand van een advocaat. Ze moeten hiervoor wel zelf het initiatief nemen. Ook verdachten die niet van hun vrijheid zijn beroofd en die worden verhoord voor misdrijven waarvoor geen vrijheidsstraf kan worden opgelegd, nemen zelf contact op met een advocaat indien zij bijstand wensen. Bij verdachten die niet van hun vrijheid zijn beroofd en worden verhoord voor misdrijven waarvoor wél een vrijheidsstraf kan worden opgelegd, dient in een schriftelijke verklaring vóór het eerste verhoor te zijn opgenomen dat zij recht hebben op bijstand van een advocaat en hiervoor zelf de nodige maatregelen moeten nemen. Verdachten die van hun vrijheid zijn beroofd hebben zonder onnodig uitstel recht om een advocaat naar keuze of een toegewezen advocaat om te consulteren.<sup>36</sup>

Bij een niet-strafrechtelijk verhoor, gelden geen strikte regels. De werknemer heeft recht op bijstand van een vakbondsafgevaardigde als hij zelf een individuele klacht indient, doch niet als hij betrokkene is in een intern onderzoek. Dan wordt dit vrij bepaald door de onderneming.<sup>37</sup> Sommige sectoren voorzien ook in een verplichte bijstand van een lid van de vakbondsafvaardiging in het kader van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Dit dient ook in acht te worden genomen.

**96.** Naast de verplichte mededeling van de feiten waarvan de persoon in kwestie verdacht wordt, dient hij van de volgende zaken voorafgaand aan het verhoor en in een schriftelijke uitnodiging te worden geïnformeerd<sup>38</sup>: zijn hoedanigheid als verdachte,

desgevallend zijn recht op bijstand van een advocaat/vakbondsafgevaardigde/vertrouwenspersoon, zijn recht om te zwijgen, het recht om vrij te gaan en staan waar hij wil, het feit dat hij geen verplichting heeft tot zelf-incriminatie, dat verklaringen als bewijs kunnen worden gebruikt, het recht om alle vragen en antwoorden in gebruikte bewoordingen te noteren, het recht om bijkomende opsporingshandelingen en verhoren van andere personen voor te stellen, het recht om gebruik te maken van documenten in zijn/haar bezit (zonder uitstel van verhoor) en het recht om te vragen dat deze bij het proces-verbaal van het verhoor worden gevoegd.

**97.** Omdat bovenstaande zaken eerder formalistische benaderingen zijn, en een intern onderzoek niet hetzelfde is als een strafrechtelijk verhoor, raden wij de volgende praktische aanpak aan:

- 1) Nodig de betrokkene uit via e-mail/brief voor een onderhoud.
- 2) Geef de betrokkene bijstand via een vertrouwenspersoon of vakbondsafgevaardigde.
- 3) Neem in het gespreksverslag de volgende elementen op:
  - tijdstip van het verhoor;
  - identiteit van de aanwezigen (Let op: zorg ervoor dat er geen ontslagbevoegde partijen aanwezig zijn bij het verhoor, zie ook *supra*, nr. 9);
  - korte samenvatting van de feiten/vaststellingen en het doel van het gesprek (bijvoorbeeld verzamelen van feitelijke informatie voor het onderzoek).
- 4) Stel het gespreksverslag op in de juiste taal in overeenstemming met de regels inzake het taalgebruik voor de sociale betrekkingen tussen werkgevers en werknemers. Als de exploitatiezetel<sup>39</sup> van de onderneming zich bevindt in het Nederlands/Frans/Duits taalgebied, dient het verslag respectievelijk in het Nederlands/Frans/Duits te worden opgesteld. Als de exploitatiezetel van de onderneming zich bevindt in het administratief arrondissement Brussel-Hoofdstad/Brussels Hoofdstedelijk Gewest, dient het verslag in het Nederlands of het Frans te worden opgesteld naar gelang de taal die door de werknemer gesproken wordt.<sup>40</sup> Afhankelijk van het taalgebied waarin de exploitatiezetel zich bevindt, zal de niet-naleving van deze regels inzake taalgebruik andere gevolgen hebben.<sup>41</sup>
- 5) Een opname van het verhoor is toegestaan op basis van artikel 314*bis* Sw. Het wordt best opgenomen in het gespreksverslag.

35. Herziening van de wetgeving inzake van het beroep van privédetective | News.belgium (geraadpleegd op 5 augustus 2023).

36. M. BOCKSTAELE, "Verhoren", *OSS* 2019, afl. 92, (1) 25-39.

37. C. MAIRY, E. PLASSCHAERT, E. JAMAELS, *De Vakbondsafvaardiging*, Mechelen, Kluwer, 2023, 33 en 35-36.

38. Art. 47*bis*, §1 en 2 Wetboek van Strafvorderingen 17 november 1808 – eerste boek, *BS* 27 november 1808 (hierna *Sv.*).

39. Een exploitatiezetel is de plaats waar de werknemer contact heeft met de werkgever, instructies ontvangt, rapporteert, e.d.m. (K. AERTS en K. COENEN, "Taalgebruik in arbeidszaken: cherry picking of lost in translation", *Or.* 2021, (2) 4).

40. K. AERTS en K. COENEN, "Taalgebruik in arbeidszaken: cherry picking of lost in translation", *Or.* 2021, (2) 2-3.

41. Een inbreuk op de Taalwet Bestuurszaken heeft als gevolg dat het document (opgesteld in de verkeerde taal) alsnog vervangen wordt door het document in de juiste taal met retroactieve werking. Een inbreuk op het Nederlands en Frans taaldecreet daarentegen heeft tot gevolg dat de nietige documenten weliswaar nog vertaald worden maar deze vertaling heeft enkel uitwerking voor de toekomst. Anderstalige documenten zijn in andere woorden maar tegenstelbaar vanaf het ogenblik dat ze in het Nederlands/Frans zijn opgesteld (zie ook voor meer informatie: K. AERTS en K. COENEN, "Taalgebruik in arbeidszaken: cherry picking of lost in translation", *Or.* 2021, (2) 5-6).



- 6) Maak het verslag over via e-mail aan de betrokkene met verzoek tot aanvullingen, correcties en vraag de goedkeuring (via ondertekening van het verslag). Neem in het verslag uitdrukkelijk op dat de betrokkene bevestigt de nodige tijd te hebben gehad om dit verslag grondig door te nemen en desgevallend een advocaat te contacteren.
- 7) Zet een concrete deadline op het geven van eventuele opmerkingen zodat het onderzoek kan worden afgesloten.

Of de medewerker in kwestie nu werkzaam is als werknemer of zelfstandige dienstverlener, dezelfde *best practices* zijn van toepassing.

## 3. Afronding onderzoek

### 3.1. Gedetailleerd verslag

**98.** Bij de afronding van het onderzoek, stelt de onderzoeker een uitgebreid en gedetailleerd verslag op. De relevante bijlagen die de bevindingen ondersteunen worden toegevoegd.

**99.** Teneinde de bewijswaarde van het onderzoeksrapport te maximaliseren, is het van belang om een weloverwogen structuur te hanteren. Een rechter die het onderzoeksrapport voorgelegd krijgt, moet het kunnen begrijpen als een coherent geheel, zonder verwijzingen naar andere documenten. Het Belgische Instituut of Fraud Auditors (*IFA*) heeft daartoe een nuttige Forensic Audit Standard (versie 17 januari 2023) ontworpen, waarbij tevens de volgende structuur wordt aangereikt voor het onderzoeksrapport:

- 1) de achtergrond, reden en doelen van het onderzoek;
- 2) het voorwerp en de scope van het onderzoek;
- 3) in zoverre relevant de beperkingen van het onderzoek (bv. “geen onderzoek gedaan naar feiten A, B, C wegens reden X”);
- 4) de beschikbare informatie;
- 5) een tijdslijn van de acties en onderzoeksmethoden die gebruikt werden; en
- 6) de feitelijke bevindingen.

**100.** Ten overvloede wordt daarbij nogmaals benadrukt dat het onderzoeksrapport feitelijk en onpartijdig moet zijn, waarbij de onderzoeker geen conclusies mag trekken aangaande juridische of strafrechtelijke kwalificaties van de feiten. De onderzoeker beperkt zich tot de feiten, gebaseerd op de verschillend onderzoeksresultaten.

Het doel is immers om dit verslag te bezorgen aan de persoon binnen de onderneming die zal beslissen over de gevolgen van het intern onderzoek. Eventuele

ontwerp-verslagen worden daarom nooit op voorhand overgemaakt aan deze persoon, in het licht van de eventueel te respecteren termijnen voor het nemen van een beslissing (*supra*, nr. 5).

**101.** In lijn met en aansluitend op de aanbevelingen onder de Forensic Audit Standard van het IFA kunnen de volgende (niet-limitatieve) richtlijnen in acht genomen worden bij de opmaak van een onderzoeksrapport:

- De opdracht van het intern onderzoek wordt zorgvuldig omschreven door aan te geven welke “beschuldigingen”, “vermoedens” of knipperlichten nader onderzocht zullen worden. Er wordt expliciet bevestigd dat het een onderzoek naar de feiten betreft.
- De opdracht van het intern onderzoek wordt zorgvuldig omschreven door aan te geven welke “beschuldigingen”, “vermoedens” of knipperlichten nader onderzocht zullen worden. Er wordt expliciet bevestigd dat het een onderzoek naar de feiten betreft.
- Er wordt expliciet aangeduid in het onderzoeksrapport wie de opdracht geeft voor het onderzoek. Dit kan de onderneming zijn, maar evenzeer een moedervereniging of aandeelhouder. Ook vermeldt het onderzoeksrapport wie er toegang toe krijgt en aan wie het gericht is.
- Men geeft aan in welke mate bepaalde informatie ontbreekt om bepaalde beschuldigingen (verder) te bevestigen of te ontcrachten.
- Het onderzoek beperkt zich tot de feiten en blijft weg van juridische conclusies (zo niet ontstaat de perceptie dat het onderzoek is gevoerd om te bewijzen “tegen” een bepaald persoon). Tevens omschrijft men de geloofwaardigheid van verklaringen.
- Al naargelang de omstandigheden (bv. verrassingseffect, wettelijke (driedagen-)termijnen) kan het aanbevolen zijn om de betrokkene te confronteren met de bevindingen van het onderzoek en diens standpunt te vragen. Desgevallend wordt dit standpunt meegenomen in het onderzoeksrapport en beoordeeld op zijn geloofwaardigheid.
- In de mate dat bewijs op onrechtmatige wijze wordt verkregen (door miskenning van bepaalde *polices* of procedures), wordt dit expliciet vermeld in het onderzoeksrapport. Tevens wordt gemotiveerd waarom men niettemin dit bewijs meeneemt in het onderzoeksrapport en hoe de betrouwbaarheid ervan niet in het gedrang is gekomen.
- Aan het onderzoeksrapport wordt er een inventaris gehecht met alle geraadpleegde (en gedateerde) documenten.
- Het onderzoeksrapport bevat géén typo’s of andere materiële fouten. Dit zou anders niet alleen onprofessioneel zijn, maar kan tevens de geloofwaardigheid van het onderzoeksrapport aantasten.





- De betrokkene (vermoedelijke aansprakelijke partij) wordt in het onderzoeksrapport neutraal benoemd zonder dat uit de benoeming enige vooringenomenheid of partijdigheid zou kunnen blijken (bv. “de heer X” of “de betrokkene” in plaats van “de fraudeur”).

## 3.2. Recht op tegenspraak

**102.** Nadat alle onderzoeksdaeden gesteld zijn (incl. het afnemen van een eventueel interview met de betrokkene) en het onderzoeksverslag finaal is, wordt de betrokkene best uitgenodigd kennis te nemen van het verslag zodat hij tegenspraak kan geven. Indien dit in één keer tijdens het interview met de betrokkene heeft plaatsgevonden, is het niet nodig om dit opnieuw te doen bij de afronding van het onderzoek.

De onderneming laat een schriftelijk spoor na van deze communicatie van het eindverslag aan de betrokkene, waarna er een korte redelijke deadline wordt vooropgesteld om opmerkingen te geven.

In bepaalde gevallen wordt niet het volledige verslag maar slechts een deel van het verslag overgemaakt. Dit hangt af van de inhoud van het verzamelde bewijsmateriaal. Indien bijvoorbeeld getuigenverklaringen werden opgenomen in het onderzoeksrapport, en de getuigen zelfs bij anonimisering hiervan, duidelijk geïdentificeerd kunnen worden, worden deze verklaringen best nog niet opgenomen in het licht van de vertrouwelijkheid van het onderzoek.

## 3.3. Bewijswaarde

**103.** Opdat de rechter zou kunnen komen tot een overtuiging die elke redelijke twijfel uitsluit, moet de onderneming steunen op een of meerdere bewijselementen (bv. getuigenverklaringen, geschriften, etc.). Daarbij beoordeelt de rechter (in principe) telkens soeverein de bewijswaarde van zulke bewijsmiddelen. De bewijswaarde wordt onder artikel 8.1, 14° BW gedefinieerd als de mate waarin een bewijselement de rechter overtuigt. Het is de overtuigingskracht van een bewijselement.<sup>42</sup>

Desalniettemin moet de rechter rekening houden met het type bewijsmiddel dat door de aanvoerende partij wordt voorgedragen. Zo hebben bepaalde bewijsmiddelen een wettelijke bewijswaarde (i.e. de authentieke akte en de onderhandse akte), gelden er wettelijke

weerlegbare en onweerlegbare vermoedens en heeft ook de buitengerechtelijke bekentenis een bijzondere bewijswaarde.

**104.** Onder het oude recht (vóór 1 november 2020) werd de bewijsstandaard niet bij wet geregeld. Het Hof van Cassatie vereiste in de regel steeds een “zeker bewijs”.<sup>43</sup> Dit werd verder ingevuld in de rechtsleer als een “redelijke mate van zekerheid”, omdat het niet zou gaan om een wetenschappelijke of absolute zekerheid. Onder het nieuw burgerlijk bewijsrecht (ingevogd via het nieuwe Boek 8 BW) schrijft de wetgever thans voor dat het bewijs geleverd moet worden “*met een redelijke mate van zekerheid*”.<sup>44</sup> In de parlementaire voorbereiding wordt verder gepreciseerd dat het dus niet om een 100 % zekerheid gaat, maar om een “*overtuiging die elke redelijke twijfel uitsluit*”.<sup>45</sup>

**105.** Bovendien aanvaardt de wetgever thans dat bewijs geleverd wordt met waarschijnlijkheid ingeval (1) van een negatief feit, of (2) van een positief feit waarvan het wegens de aard zelf van het te bewijzen feit niet mogelijk of niet redelijk is om een zeker bewijs te verlangen.<sup>46</sup>

Onder de strafrechtelijke bewijsregels geldt als centraal principe het vermoeden van onschuld.<sup>47</sup> Het is dus aan het Openbaar Ministerie of de benadeelde om dit vermoeden te doorbreken. In strafzaken wordt de bewijsstandaard wettelijk vastgelegd in artikel 326 Wetboek van Strafvordering waarbij men voorschrijft dat de beschuldigde “*boven elke redelijke twijfel*” schuldig moet zijn aan de hem ten laste gelegde feiten.

## 3.4. Toepasselijke bewijslastregeling

**107.** Onder Belgisch recht bestaat er zowel een strafrechtelijke bewijslastregeling als een civielrechtelijke bewijslastregeling. Indien men een burgerlijke vordering (tot schadeloosstelling) voor de rechter brengt op basis van een burgerlijke fout, spelen de civielrechtelijke bewijslastregels.

Specifiek voor het arbeidsrecht (bewijs van fraude door werknemers) geldt het principe van vrij bewijs en is er geen hiërarchie in bewijsmiddelen.<sup>48</sup> Ook het bewijs door en tegen ondernemingen (i.e. zelfstandige dienstverleners) is in principe vrij, behoudens bijzondere gevallen. Men kan dus de ingeroepen feiten in principe steeds bewijzen met alle middelen van recht.

42. B. ALLEMEERSCH et al. “Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht (2000-2013)”, *TPR* 2015, 609, nr. 6-7.

43. Cass. 3 maart 1978, *Pas.* 1978, I, 759.

44. Art. 8.4 BW. In de parlementaire voorbereiding van Boek 5 (Doc 54.3349/001) wordt ter illustratie verwezen naar de rechtspraak bij verzekering tegen diefstal waarbij men aanvaardt dat het zekere bewijs van een diefstal onmogelijk te leveren is.

45. Parlementaire voorbereiding, *Parl.St.* Kamer 2018-2019, 3349/001, 16.

46. Art. 8.5 BW.

47. Art. 6, § 2 EVRM; art. 14.2 BUPO-Verdrag; Cass. 4 februari 2022, *TBBR* 2023, afl. 6, 289.

48. Y. VAN DER SYPE, *Naar een geïntegreerde privacybescherming in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2017, 143.



Indien men een burgerlijke vordering steunt op een overtreding van de strafwet (lees: een misdrijf) zal de strafrechtelijke bewijslastregeling van toepassing zijn.

### 3.5. Wie draagt de bewijslast (en het bewijsrisico)?

**109.** Naar Belgisch civiel recht moet diegene die beweert houder te zijn van een subjectief recht (bijvoorbeeld het recht om de arbeidsovereenkomst te verbreken om een gegronde reden, het recht op schadevergoeding, ...) ten aanzien van een ander dit ook bewijzen (tenzij dit niet betwist wordt door die ander). Voormeld principe ligt verankerd in artikel 8.4 van het nieuw Burgerlijk Wetboek (zoals ingevoerd via Boek 8 sedert 1 november 2020).

Eenzelfde principe geldt in strafzaken wanneer een persoon door een misdrijf benadeeld werd en zich tot de burgerlijke rechter wendt om van de dader schadeloosstelling te bekomen. In dat geval is het niet het Openbaar Ministerie dat het bestaan van het misdrijf zal bewijzen, maar wel de benadeelde die de rol van het Openbaar Ministerie overneemt.

Onder de strafrechtelijke bewijslastregel geldt niettemin dat de benadeelde naast het misdrijf (i.e. de fout) ook de schuld moet bewijzen van de verweerder, of moet aantonen dat de door verweerder aangevoerde rechtvaardigingsgrond onbestaande is (in zoverre die bewering van de verweerder enige geloofwaardigheid heeft).<sup>49</sup>

**110.** Niettegenstaande dat de bewijslast op één partij rust, geldt er in burgerlijke zaken een algemene plicht tot loyale medewerking aan de bewijsvoering.<sup>50</sup> Deze verplichting spruit voort uit het algemeen beginsel van procesloyauteit. Dit betreft zowel het aanleveren van bewijsmateriaal, alsook het faciliteren en efficiënt laten verlopen van de bewijsvoering.<sup>51</sup> Zo wordt ook aanvaard dat op basis van de bewijsmedewerkingsplicht partijen zich ervan moeten onthouden om bewijsmateriaal weg te maken of te vernietigen.<sup>52</sup> Tevens zou een partij die de bewijslast niet draagt, concrete bewijselementen naar voren moeten brengen indien die rechtstreeks verband houden met de feiten waarop de eisende partij haar vordering baseert.

Indien een partij tekortschiet in haar medewerkingsplicht kan de rechter hier diverse sancties aan koppelen (bv. dwangsom, boete, schadevergoeding, strafrechtelijke veroordeling in geval van een bedrieglijke

vernietiging of verberging van een stuk, e.d.m.). Luidens de parlementaire voorbereiding van Boek 8 zou de rechter ook kunnen besluiten tot een omkering van de bewijslast (i) indien bepaald bewijs door de tegenpartij is verdwenen, of (ii) in geval van een foutieve weigering van een van de partijen om mee te werken aan de bewijsvoering. Tevens zou de rechter uit de weigering tot bewijsmedewerking ook een feitelijk vermoeden kunnen afleiden.

**111.** In strafzaken geldt er echter geen bewijsmedewerkingsplicht. Onder artikel 6 EVRM interpreteert men het zwijgrecht van verdachten en beklaagden tevens als het recht om niet mee te werken aan zijn eigen veroordeling.<sup>53</sup>

**112.** Tot slot houdt de bewijslast tevens verband met een bewijsrisico, namelijk het risico om in rechte afgewezen te worden indien men erin slaagt om de vordering te bewijzen. Zo stelt artikel 8.4 BW dat in geval van twijfel hij die de door hem beweerdere rechts-handelingen of feiten moet bewijzen, in het ongelijk gesteld wordt (tenzij de wet anders bepaalt). Verder in dit artikel wordt dieper ingegaan op de bewijsstandaard.

## 4. De bewijswaarde van een eenzijdig onderzoeksrapport opgesteld door de onderzoekers

### 4.1. Begripsomschrijving

**113.** Voor de doeleinden van onderhavig artikel wordt verstaan onder een eenzijdig onderzoeksrapport “*het rapport dat door een fraude-expert/deskundige wordt opgesteld en diens vaststellingen en bevindingen bevat naar aanleiding van een voorafgaand intern onderzoek bij de opdrachtgever*”.

Het eenzijdig onderzoeksrapport in het kader van te bewijzen inbreuken wordt steeds voorafgegaan door een intern feitenonderzoek waarbij er tevens een zeer grote nadruk gelegd zal worden op het veiligstellen en verzamelen van data. Een dergelijk onderzoek is een eenzijdig deskundigenonderzoek waarbij de gedupeerde onderneming op eigen initiatief een deskundige (i.e. onderzoeker) belast met het opstellen van een verslag over bepaalde feiten en onregelmatigheden binnen de onderneming en/of in relatie met derden. De betrokken deskundige kan zowel een interne

49. Cass. 7 oktober 1966, *Arr.Cass.* 1967, 176-178; Cass. 5 juni 1980-81, 567-568; P. TRAEST, *Het bewijs in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 1992, nr. 443, 237.

50. Art. 8.4, derde lid BW; Cass. 26 mei 1995, *Arr.Cass.* 1995, 517; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 421, nr. 113; B. VAN DEN BERGH, “De medewerkingsplicht aan de bewijsvoering” in *Gerechtigd deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken in APR*, Mechelen, Kluwer, 2019, nr. 343, 203.

51. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 443, nr. 140; B. VAN DEN BERGH, “De medewerkingsplicht aan de bewijsvoering” in *Gerechtigd deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken in APR*, Mechelen, Kluwer, 2019, nr. 343, 203.

52. W. VANDENBUSSCHE, “Art. 8.4 BW” in X., *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, afl. 128, 115 (4 oktober 2021).

53. Cass. 11 maart 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, nr. 362; Cass. 1 september 2021, *T.Straf.* 2022, 75; B. DE SMET, *Eed in strafzaken in APR*, Mechelen, Kluwer, 2023, nr. 272, 137.



inspectiedienst zijn als een externe gespecialiseerde onderzoeker (al dan niet vergunde privé-detectives<sup>54</sup>).

Volledigheidshalve wordt benadrukt dat het eenzijdig onderzoeksrapport per definitie feitelijk moet zijn. De onderzoekers moeten de feiten onderzoeken, en hun bevindingen over die feiten optekenen in een onderzoeksrapport. De uiteindelijke bevindingen, oordelen en assumpties van de onderzoekers moeten steeds ondersteund worden met betrouwbaar en verifieerbaar bewijs. Overeenkomstig de aanbevelingen van het IFA is het niet de bedoeling dat onderzoekers zelf reeds bepaalde (strafrechtelijke) kwalificaties zouden toekennen aan de feiten.<sup>55</sup>

## 4.2. Vergelijking met een gerechtelijk expertiseverslag

**115.** In het aansprakelijkheidsrecht is het schering en inslag dat partijen een beroep doen op de competenties van een deskundige om zich te buigen over de technische aansprakelijkheid en schade in geval van schadegevallen. Ook in andere rechtstakken wordt er vaak een gerechtsdeskundige aangesteld teneinde een technische kwestie te analyseren en beoordelen, bijvoorbeeld een bedrijfsrevisor in geval van vennootschapsrechtelijke geschillen of een verkeersdeskundige bij verkeersongevallen.

Zo'n expertise kan zowel minnelijk als gerechtelijk verlopen. Bij een gerechtelijke expertise zal de deskundige worden aangeduid door een rechter op verzoek van een van de partijen met als doel om een advies te geven over een bepaald (technisch) twistpunt tussen partijen. Een dergelijke expertise geschiedt tegensprekelijk en geniet in de praktijk een bijzondere bewijswaarde. In het overgrote deel van de gevallen zal de rechter immers het technisch advies van de gerechtsdeskundige volgen.

**116.** Een eenzijdig gevoerd intern onderzoek is duidelijk te onderscheiden van voormelde gerechtelijke expertise en is in principe – minstens bij aanvang – niet tegensprekelijk. De bewijswaarde van een eenzijdig deskundigenverslag is dan ook minder. Desalniettemin kan ook een eenzijdig deskundigenverslag *an sich* voldoende zijn om de rechter voldoende zekerheid te verschaffen omtrent bepaalde feiten (*infra*, nr. 116). In dat verband toont de rechtspraak aan dat onderzoekers er goed aan doen om bij de opmaak van hun onderzoeksrapporten (en de onderliggende

interne onderzoeken) ook bepaalde principes van het gerechtelijk deskundigenonderzoek in acht te nemen.

Hierboven werd al opgemerkt dat een eenzijdig onderzoeksrapport hoofdzakelijk toegespitst is op het verzamelen en analyseren van data. De techniciteit van het onderzoek bevindt zich voornamelijk op het vlak van de dataverzameling en toegepaste methodiek, en in mindere mate op de eigen analyse van de onderzoeker (die weliswaar fraudetheorieën kan poneren maar zich daartoe moet baseren op de voorliggende data en bewijs).

## 4.3. Bewijswaarde: het eenzijdig expertiseverslag als (mogelijk) feitelijk vermoeden

**117.** Hierboven werd al toegelicht dat de rechter feiten als bewezen mag aanvaarden ingeval het bewijs ervan geleverd wordt met een redelijke mate van zekerheid. Voor wat betreft het bewijs van inbreuken (i.e. een strafrechtelijk misdrijf of contractuele fout) mag de rechter daarbij rekening houden met alle (feitelijke) vermoedens en andere bewijselementen die in rechte worden voorgedragen. Het bewijs is immers vrij, zowel in strafzaken als omtrent het bestaan van feiten en de uitvoering van overeenkomsten.

**118.** De Belgische rechtspraak en rechtsleer erkennen enerzijds dat een eenzijdig expertiseverslag in principe niet tegenstelbaar is aan derden die bij dat onderzoek niet werden betrokken (bv. frauderende medewerkers), maar stelt anderzijds wel dat de gegevens opgenomen in een dergelijk verslag wel “*de waarde van [feitelijke] vermoedens*” kunnen hebben.<sup>56</sup> Feitelijke vermoedens zijn vermoedens die niet bij wet zijn ingesteld en die de rechter afleidt uit een bekend feit om te besluiten tot een onbekend feit.<sup>57</sup>

**119.** Vroeger werd in artikel 1353 oud BW gesteld dat (feitelijke) vermoedens “*worden overgelaten aan het oordeel en aan het beleid van de rechter, die geen andere dan gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens zal aannemen [...]*”. (eigen nadruk)

In de rechtspraak werd echter al meermaals geoordeeld dat één enkel vermoeden kan volstaan voor het bewijs van welbepaalde feiten of handelingen.<sup>58</sup> Onder het nieuwe bewijsrecht geldt thans sedert 1 november 2020 overeenkomstig artikel 8.29 van Boek 8 van het BW dat “*de bewijswaarde [van feitelijke vermoedens] wordt*

54. Onderzoeksdaden *extra muros* (bv. schaduwen van betrokkene buiten de onderneming) mogen enkel verricht worden door vergunde privé-detectives. Merk wel op dat vergunde privé-detectives wettelijk verplicht zijn om feiten die misdaden of wanbedrijven opleveren (en waarvan kennisgenomen wordt bij het vervullen van de opdracht) mee te delen aan de procureur des Konings van het rechtsgebied waar die feiten zijn gepleegd (zie art. 16 wet 19 juli 1991 tot regeling van het beroep van privé-detective).

55. Zie [https://www.ifabelgium.be/images/downloads/IFA\\_-\\_Forensic\\_Audit\\_Standard\\_-\\_17\\_January\\_2023.pdf](https://www.ifabelgium.be/images/downloads/IFA_-_Forensic_Audit_Standard_-_17_January_2023.pdf) (p.15).

56. Cass. 11 december 1997, *Bull.* 1997, 1422; Cass. 22 december 1983, *Arr.Cass.* 1983-84, 473; Luik 14 september 2021, *RGAR* 2022, nr. 15920; Gent 21 mei 2010, *P&B* 2011, 115; Rb. Nijvel 16 februari 1996, *RGAR* 1997, nr. 12805; T. LYSSENS, L. NAUDTS, *Deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken*, Mechelen, Kluwer, 2018, nr. 46, 30; D. MOUGENOT, “Le rapport d’expertise unilatéral”, *P&B* 2011, afl. 3, 116.

57. Y. VAN DER SYPE, *Naar een geïntegreerde privacybescherming in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2017, 145.

58. Cass. 30 januari 1962, *Pas.* 1962, I, 630; Cass. 12 september 1961, *Pas* 1962, I, 61.



*overgelaten aan het oordeel van de rechter, die ze enkel zal aannemen indien zij op één of meer ernstige en precieze aanwijzingen berusten. Voor zover het vermoeden op meerdere aanwijzingen steunt, moeten ze met elkaar overeenstemmend zijn.”*

**120.** Ook in strafzaken (ter bewijs van een misdrijf) is de rechter vrij om op onaantastbare wijze in feite de bewijswaarde te bepalen van de gegevens van het dossier en waarover partijen (nadien) tegenspraak hebben kunnen voeren, voor zover de strafwet geen bijzonder bewijsmiddel voorschrijft.<sup>59</sup> Nog onder het oude bewijsrecht stelde het Hof van Cassatie reeds dat de feitelijke vermoedens in strafzaken niet hoeven te beantwoorden aan de vereisten van artikel 1353 oud BW.<sup>60</sup>

**121.** Gelet op het voorgaande kan een regelmatig voorgelegd eenzijdig onderzoeksrapport dus (als feitelijk vermoeden of geheel van overtuigingsgegevens) voldoende bewijsmiddel zijn om een fout of misdrijf naar aanleiding van interne inbreuk in rechte te bewijzen. Of de rechter voldoende overtuigd geraakt en het eenzijdig onderzoeksrapport weerhoudt als een voldoende bewijsmiddel, hangt steeds af van een *in-concreto*-beoordeling van zowel het rapport als het onderliggende interne onderzoek.<sup>61</sup>

Hieronder wordt een uiteenzetting gegeven over de relevante elementen uit de rechtspraak bij de beoordeling van de bewijswaarde die de rechter al dan niet zal hechten aan eenzijdige onderzoeksrapporten.

#### 4.4. Relevante elementen bij de beoordeling van de bewijswaarde van het eenzijdig onderzoeksrapport

**122.** In de rechtspraak en rechtsleer<sup>62</sup> wordt voor de bewijswaarde van eenzijdige expertiseverslagen en deskundigenonderzoeken hoofdzakelijk gekeken naar (i) de eerlijkheid, competenties en onafhankelijkheid van de expert/deskundige, (ii) de omstandigheden van het onderzoek, (iii) het verslag dat (niet) als een coherent en overtuigend geheel overkomt, en (iv) de mogelijkheid voor de betrokkene om gehoord te worden omtrent de eenzijdige bevindingen.

**123.** Vooreerst kan de bewijswaarde van een eenzijdig onderzoeksrapport dus beïnvloed worden door de hoedanigheid, ervaring, competenties en ethiek van

de onderzoeker die het onderzoek en het eenzijdig onderzoeksrapport heeft opgesteld.

Wanneer de onderzoeker bijvoorbeeld veelvuldig wordt aangesteld door rechtbanken (of onderzoeksrechtters) als gerechtsdeskundige wegens zijn competenties, zullen ook diens eenzijdige onderzoeksrapporten vaak met een bepaald gezag bekleed zijn.<sup>63</sup> Men kan immers verwachten dat dergelijke deskundigen niet snel twijfelachtige theses zullen ondersteunen en zulke ‘partij’-opdrachten met de nodige omzichtigheid zullen aanvaarden en uitvoeren.<sup>64</sup> Een eerdere strafrechtelijke veroordeling van de betrokken onderzoeker (bijvoorbeeld valsheid in geschrifte) zal de bewijswaarde van diens onderzoeksrapport mogelijk negatief beïnvloeden (al hoeft er geen oorzakelijk verband te bestaan tussen zo’n strafrechtelijke veroordeling en diens bevindingen bij het onderzoek).

Ook de relatie met de opdrachtgever kan relevant zijn. De onderzoeker wordt steeds eenzijdig belast met een onderzoek door de opdrachtgever zodat er van een strikte onafhankelijkheid sowieso geen sprake zal zijn. Onderzoekers die (quasi-)exclusief werkzaam zijn voor één opdrachtgever zullen er dan ook extra nauwlettend op toezien dat zij voldoende onafhankelijkheid aan de dag brengen en een objectief feitenonderzoek bewerkstelligen om elke schijn van partijdigheid tegen te gaan.

In een niet gepubliceerd arrest van 15 februari 2021 oordeelde het hof van beroep te Antwerpen (in navolging van de eerste rechter) nog dat het verslag van een onderzoeker (verbonden aan de forensische audit-afdeling van een Big Four-kantoor) niet ongeloofwaardig wordt louter doordat datzelfde Big Four-kantoor (andere groepsentiteit) ten tijde van de feiten ook commissaris was.<sup>65</sup> Het Hof hechtte veel belang aan de objectiviteit van het gevoerde onderzoek, waarbij de feitelikheden die in het verslag werden opgenomen afdoende gestaafd werden met stukken en niet louter gesteund waren op veronderstellingen en verklaringen.

In een arrest van 5 november 2001 oordeelde het hof van beroep te Bergen nog dat een technisch raadgever (accountant) van een curator niet kan beschouwd worden als een onafhankelijk en onpartijdig deskundige wanneer deze belast wordt met een onderzoek naar de boekhouding en het opstellen van een

59. Cass. 28 mei 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 1319; Luik 24 november 2017, *RGAR* 2018, 15477 (waarbij een psychologisch eenzijdig rapport werd weerhouden als bewijs van schade ingevolge het misdrijf van aantasting van de eerbaarheid); P. TRAESE, *Het bewijs in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 1992, nr. 792, 406.

60. Cass. 28 mei 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 1320.

61. Pol. Mechelen 19 september 2012, *VAV* 2013, 75; L. SCHUERMANS, A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, Ph. ERNST, *“L’acte illicite – Dommage et indemnisation – Chronique de jurisprudence (1983-1992)”*, *TPR* 1994, 1389, nr. 119.

62. Bergen 14 september 2021, *RGAR* 2022, nr. 15920; Gent 21 mei 2010, *P&B* 2011, 115; D. MOUGENOT, “Le rapport d’expertise unilatéral”, *P&B* 2011, afl. 3, 116-118.

63. Zie bv. Pol. Mechelen 19 september 2012, *VAV* 2013, 75 (waarbij de rechtbank zich aansloot bij de eenzijdige schadebegroting van een expert na de vaststelling dat het verslag werd opgemaakt “door een gebruikelijke expert in verzekeringszaken” en de schadeberekening “op een vrij gedetailleerde wijze werd opgesteld”).

64. T. LYSSENS, L. NAUDTS, *Deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken*, Mechelen, Kluwer, 2018, nr. 46, 30; D. MOUGENOT, “Le rapport d’expertise unilatéral”, *P&B* 2011, afl. 3, 117.

65. Antwerpen 15 februari 2021, 2020/AR/246 (niet gepubl.).



verslag omtrent de eventuele aansprakelijkheid van de oprichters en de gedelegeerd bestuurder.<sup>66</sup> Op die basis werd er geen bewijswaarde toegekend aan het technisch verslag. Het Hof nam daarbij opvallend ook de bijzondere hoedanigheid van de curator in overweging (welke veelvuldig dergelijke expertiseopdrachten zou kunnen toekennen).<sup>67</sup> Tevens vreesde het Hof dat het onderzoek enkel *à charge* gericht zou zijn tegen de bestuurders en in het voordeel van de opdrachtgevende curator.<sup>68</sup>

Voormeld arrest is naar onze mening te strikt en te eng. Het verdient aanbeveling dat men de bewijswaarde niet alleen beoordeelt op basis van de identiteit van de deskundige, maar eveneens op de omstandigheden van het onderzoek en de geloofwaardigheid van de bevindingen zoals opgetekend in het uiteindelijke verslag. Het feit dat de desbetreffende onderzoeker in de toekomst mogelijk nieuwe opdrachten zou kunnen bekomen kan ertoe leiden dat men nóg kritischer het onderzoeksrapport en onderliggende onderzoek moet bekijken. Het mag er echter niet toe leiden dat het onderzoek en de bevindingen van generlei waarde worden geacht louter wegens de aanstelling door één partij. Dit staat ook haaks op de hieronder aangehaalde rechtspraak die de rechters verbiedt om een eenzijdig expertiseverslag als bewijs niet in aanmerking te nemen louter wegens het eenzijdig karakter.

**124.** Meer nog dan de persoon van de deskundige zullen de omstandigheden van het gevoerde onderzoek de bewijswaarde van het daarop gesteunde eenzijdig onderzoeksrapport bepalen. Zo wordt een eenzijdig deskundigenverslag als een voldoende bewijsmiddel aanvaard indien *“de expertise met de nodige ernst en nauwkeurigheid werd doorgevoerd en voldoende waarborgen van objectiviteit biedt”*.<sup>69</sup>

Hoe zorgvuldig is men omgegaan met het verzamelen van bewijs? Werden de toepasselijke (privacy)regels nageleefd bij de bewijsgaring? Heeft men bepaalde manipulaties uitgevoerd? Werden alle relevante elementen voldoende onderzocht opdat de onderzoeker tot een geloofwaardige analyse kan komen? Een juiste methodiek voor het correcte verloop van een onderzoek is absoluut een *must have* voor onderzoekers. Tot slot is het ook noodzakelijk dat de onderzoeker bij aanvang correct ingelicht wordt door de opdrachtgever, opdat er geen foutieve conclusies zouden worden getrokken.

**125.** Ook de structuur van het onderzoeksrapport, de coherentie en de overtuigingskracht van het onderzoeksrapport (o.a. de manier waarop de resultaten en bevindingen van het onderzoek worden opgetekend) beïnvloeden de bewijswaarde.<sup>70</sup> Als de onderzoeker in het verslag bijvoorbeeld telkens spreekt over “de fraudeur” zal het onderzoeksrapport allicht niet bijster objectief zijn. Ook de coherentie van het onderzoeksrapport als geheel (bv. weergegeven van overzicht van geconsulteerde data, de toegepaste onderzoeksmethode, het doel van het onderzoek, e.d.m.) zal een grote rol spelen omdat de rechter op basis daarvan zich ook een oordeel kan vormen omtrent de vermoedelijke zorgvuldigheid en professionalisme van het onderliggende onderzoek.

**126.** Uit de rechtspraak blijkt tot slot ook dat er een grote waarde wordt gehecht aan de opportuniteit voor de betrokkene (i.e. de persoon die verdacht wordt van bepaalde feiten) om verweer te voeren ten aanzien van de bevindingen tegen hem van het intern onderzoek.

Zo oordeelde de rechtbank van eerste aanleg te Luik, afdeling Luik dat de eenzijdige raming van schade aan een voertuig slechts als vermoeden kan gelden en *an sich* geen voldoende mate van zekerheid kan verschaffen aan de rechter omtrent bepaalde feiten, aangezien de betrokkene nooit werd uitgenodigd om zich te verweren noch om zijn standpunt uiteen te zetten.<sup>71</sup>

De rechtbank van eerste aanleg te Tongeren merkte op in een vonnis van 13 december 2001 dat de eenzijdige vaststellingen en analyse van een deskundige onvoldoende bewijswaarde genieten omdat (1) er geen enkele poging was ondernomen om het onderzoek aan de betrokken partij voor te leggen en hem uit te nodigen voor tegensprekelijk onderzoek, én (2) uit niets blijkt dat de eenzijdige en vrijblijvende beweringen waarachtiger zouden zijn dan de verklaring van de andere partij.<sup>72</sup>

In positieve zin oordeelde het hof van beroep te Antwerpen in een arrest van 15 februari 2021 dat het verslag van de onderzoeker objectief en niet louter eenzijdig was, omdat de betrokkene *“de mogelijkheid heeft gekregen om hierop te antwoorden”*.<sup>73</sup>

**127.** Nochtans is het niet zo dat een gebrek aan tegensprekelijk karakter (van het hele onderzoek) automatisch uitsluit dat een eenzijdig expertiseverslag *an*

66. Bergen 5 november 2001, *TBH* 2002, 709.

67. *“Que l'expert-comptable, qui a donc pour client le curateur, a intérêt à ce que ce dernier soit satisfait de ses services en vue d'obtenir le cas échéant de nouvelles missions dans d'autres mandats de justice.”*

68. *“Que l'on peut dès lors objectivement craindre que le rapport d'un tel conseil technique soit orienté essentiellement “à charge” des fondateurs et administrateurs, adversaires du curateur de faillite, en vue de permettre à ce dernier d'intenter utilement un procès contre eux.”*

69. Zie bv. Pol. Mechelen 19 september 2012, *VAV* 2013, 75; T. LYSSENS, L. NAUDTS, *Deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken*, Mechelen, Kluwer, 2018, nr. 49, 31.

70. Bergen 14 september 2021, *RGAR* 2022, nr. 15920; Gent 21 mei 2010, *P&B* 2011, 115; D. MOUGENOT, “Le rapport d'expertise unilatéral”, *P&B* 2011, afl. 3, 117.

71. Rb. Luik (afd. Luik) 15 januari 2019, *VAV-CRA* 2020/2, 34-35.

72. Rb. Tongeren 13 december 2001, *TBH* 2003, 693.

73. Antwerpen 15 februari 2021, 2020/AR/246 (niet gepubl.).



sich de rechter voldoende mate van zekerheid zou kunnen verschaffen omtrent bepaalde feiten. Zo oordeelde de rechtbank van Nijvel nog op 16 februari 1996 (in graad van beroep) dat het vonnis dat een proces-verbaal van deskundigenonderzoek (regelmatig voorgebracht) als bewijs verwijderd met als enig motief dat een dergelijk deskundigenonderzoek niet tegensprekelijk is, onvoldoende gemotiveerd is en artikel 149 van de Grondwet schendt (inzake de motiveringsplicht).<sup>74</sup>

In een arrest van 14 september 2021 oordeelde het hof van beroep te Bergen in eenzelfde zin door te aanvaarden dat het eenzijdig karakter van een onderzoek, gelast op verzoek van één partij, niet verhindert dat de rechter de bewijswaarde ervan soeverein beoordeelt, in zoverre het bewijs door vermoedens is toegelaten.<sup>75</sup>

Onzes inziens is die rechtspraak volkomen terecht. In principe zal de betrokkene immers steeds de mogelijkheid hebben (minstens in een verzetsprocedure) om zijn verweer ten aanzien van een eenzijdig expertiseverslag voor de rechter uiteen te zetten, al dan niet via geschreven conclusies. Men zou dan ook het kind met het badwater weggoien indien men een expertiseverslag niet als bewijs aanvaardt enkel en alleen wegens het eenzijdig karakter.

**128.** De rechter beoordeelt soeverein de bewijswaarde van het onderzoek. Daarbij zal de rechter logischerwijze nagaan of het bewijsmateriaal rechtmatig (i.e. met inachtneming van alle wettelijke voorwaarden) werd verkregen. Indien het bewijsmateriaal onrechtmatig werd verkregen, kan de rechter aan de hand van de Antigootoets (*supra*, nr. 26) alsnog het bewijsmateriaal toelaatbaar achten.

Bovendien zal een rechter daarnaast ook oordelen of het verzamelde bewijsmateriaal voldoende is om een oordeel te vellen. Hoe meer elementen kunnen worden aangetoond aan de hand van verschillende soorten objectieve bewijsstukken, hoe beter. Een IT-attest, dat aantoonde dat de werknemer pornografische websites heeft bezocht, zal niet zomaar door de rechter naast zich neer kunnen worden gelegd. Dit neemt niet weg dat de rechter wel kan oordelen dat een eenzijdig attest dat niet in aanwezigheid van getuigen of een gerechtsdeurwaarder werd opgesteld mogelijk gemanipuleerd kan zijn indien het computersysteem dit (in theorie) toelaat.<sup>76</sup>

De rechter zal in principe meer de voorkeur hebben voor objectief vastgestelde feiten, in plaats van

subjectieve(re) bewijzen zoals bijvoorbeeld getuigenverklaringen. Deze laatste verklaringen worden vaak opgesteld op vraag van een van de procespartijen. De rechter zal deze verklaringen en de geloofwaardigheid ervan beoordelen. Het is evenwel steeds aangeraden om deze verklaringen te onderbouwen met andere objectieve elementen.<sup>77</sup> Indien niet alle vormvoorwaarden bij een schriftelijke getuigenverklaring werden nageleefd, is de verklaring niet nietig, maar kan de geloofwaardigheid van de verklaring wel in gedrang worden gebracht. De rechter zal motiveren waarom de schriftelijke verklaring niet regelmatig is en wat de impact is op de bewijswaarde. Desgevallend kan de rechter ook vragen aan de derden om de fout recht te zetten.<sup>78</sup>

## 4.5. Bekendmaking resultaten en acties na het onderzoek

**129.** Na afloop van het onderzoek kunnen er verschillende acties worden ondernomen. Dit kan beperkt blijven tot disciplinaire maatregelen (zoals het geven van een vermaning) of de beëindiging van de samenwerking binnen eventueel na te leven termijnen, tot het neerleggen van een strafklacht.

Tijdens het onderzoek zal op een gegeven moment beoordeeld moeten worden of er “voldoende bewijs” voorhanden is om een bepaalde sanctie op te leggen die later voor een rechtbank kan worden verantwoord of om de samenwerking te beëindigen (zonder dat er bijkomende schadevergoedingen kunnen worden geclaimd door de medewerker). Dat is namelijk het moment waarop het onderzoek wordt afgesloten en er een onderzoeksrapport wordt opgesteld. Zoals meermaals aan bod is gekomen in dit artikel, dienen in bepaalde gevallen (zoals een ontslag om dringende reden) welbepaalde termijnen te worden nageleefd. De driedagentermijn om over te gaan tot een ontslag om dringende reden van een werknemer begint meer bepaald te lopen zodra de voor ontslag bevoegde partij voldoende kennis heeft over het onderzoek (*supra*, nr. 6). Specifiek voor het arbeidsrecht, zal de werkgever die overgaat tot een ontslag om dringende reden moeten kunnen aantonen aan de hand van het onderzoek dat hij op het moment van het ontslag *voldoende* kennis<sup>79</sup> had van de zeer ernstige fout(en) gepleegd door de werknemer.

**130.** Het is dus aangeraden om bij bekendmaking van de resultaten van het onderzoek, een duidelijk schriftelijk spoor (via e-mail bijvoorbeeld) achter te laten in interne documentatie (i.e. wanneer werd het

74. Rb. Nijvel 16 februari 1996, *RGAR* 1997, nr. 12805.

75. Bergen 14 september 2021, *RGAR* 2022, nr. 15920.

76. Arbh. Brussel 7 maart 2003, *Ors.* 2003, 3; C. ENGELS en Y. VAN DER SYPE, *Ontslag wegens dringende reden*, Mechelen, Kluwer, 2015, 252.

77. C. ENGELS en Y. VAN DER SYPE, *Ontslag wegens dringende reden*, Mechelen, Kluwer, 2015, 252; S. GILSON, F. LAMBINET en H. PREUMONT, “La preuve en droit du travail: évolutions et questions particulières”, *Ors.* 2020, (4) 18-19 en 22.

78. T. TOREMANS, “Commentaar bij artikel 961/2 Ger.W.”, *OGR* 2019, 174-176 en 178, nrs. 66-69 en nrs. 75-76.

79. Cass. 11 januari 1993, *JTT* 1993, 58; Arbrb. Luik 4 september 1987, *Soc.Kron.* 1990, 94; C. ENGELS en Y. VAN DER SYPE, *Ontslag wegens dringende reden*, Mechelen, Kluwer, 2015, 23.



onderzoeksrapport gecommuniceerd aan de personen binnen de onderneming die bevoegd zijn voor het opleggen van een sanctie), zodat er bij eventuele latere discussies kan worden aangetoond op welk moment de bevoegde partij werd geïnformeerd over de uitkomst van het onderzoek en wanneer de termijnen voor het nemen van acties begonnen te lopen.

**131.** In het bijzonder bij de beëindiging van de samenwerking kan de onderneming overwegen een dading te sluiten met de betrokkene, waarin alle partijen afstand doen van hun rechten, om te vermijden dat er een gerechtelijke procedure wordt opgestart in een latere fase. Zeker indien uit het intern onderzoek blijkt dat de inbreuk niet sterk onderbouwd kan worden, kan dit voor de onderneming voordelig zijn. Specifiek voor het sluiten van een dading met een werknemer, geven we graag mee dat er geen enkele vorm van

dwang mag worden uitgeoefend over de werknemer. Een dading zal dus steeds pas ná het einde van de arbeidsovereenkomst kunnen worden ondertekend. Aangezien dit buiten het voorwerp van het artikel valt, gaan we hier niet verder op in.

## 5. Conclusie

**132.** Zoals is gebleken uit het artikel, zijn er heel wat aandachtspunten die een onderneming in acht dient te nemen bij het voeren van een intern onderzoek.

Een stapsgewijze aanpak, doordachte onderzoeks-daden en een goed opgesteld onderzoeksrapport zijn belangrijke elementen voor een goed onderbouwd dossier.

