

Oriëntatie is een uitgave van Wolters Kluwer
Ragheno Business Park,
Motstraat 30,
B-2800 Mechelen
www.wolterskluwer.be

Redactiecomité

Sociaal recht – personeelsbeleid

Othmar Vanachter
Doctor in de rechten, hoogleraar
K.U. Leuven

Olivier Wouters
Advocaat Claeys & Engels

Joris Deconinck
Director Employee Relations Hewlett-Packard
EMEA

Rechtspraak binnen uw bereik

Baudouin Paternostre
Sociaal adviseur

prof. dr. Marc De Vos
Professor Universiteit Gent

Isabel Plets
Assistente Universiteit Gent, advocate Lydian

Coördinatie en eindredactie

Smet Annick
e-mail : annick.smet@wolterskluwer.be

Verantwoordelijke uitgever

Hans Suijkerbuijk
Ragheno Business Park,
Motstraat 30,
B-2800 Mechelen

Klantenservice

tel. 0800 94 571
fax 0800 17 529
e-mail: info@wolterskluwer.be

Prijs en abonnement

Oriëntatie is niet los te verkrijgen.
Een abonnement loopt over één jaar, te rekenen vanaf de dag van intekening, en wordt automatisch verlengd behoudens opzegging ten minste 30 kalenderdagen voor het verstrijken van de lopende contractuele periode.

Om te bestellen:
shop.wolterskluwer.be/orientatie

De auteurs, de redactie en de uitgever streven naar betrouwbaarheid van de gepubliceerde informatie, waarvoor ze echter niet aansprakelijk kan worden gesteld.

De teksten uit dit tijdschrift worden ook online gepubliceerd op **Jura** en **Jura Notariaat**.

© 2015 Wolters Kluwer Belgium NV
Behoudens de uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt worden, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande en schriftelijke toestemming van de uitgever.

ISSN
nr 0773-350x

Doctrine

Big Data... Big Deal? Toepassing en knelpunten in het arbeidsrecht **118**

Marga Caproni

Maarten Truyens

Rechtspraak 2014 in vogelvlucht **133**

Isabelle Van Hiel

Big Data... Big Deal? Toepassing en knelpunten in het arbeidsrecht

Marga Caproni

Advocate bij Loyens & Loeff

Maarten Truylens

Bedrijfsjurist en deeltijds onderzoeker informaticarecht aan de Universiteit Antwerpen

Het concept 'Big Data' verwijst naar de verzameling en diepgaande analyse van gigantische hoeveelheden informatie, met het oog op nieuwe inzichten en voorspellingen. Het sluit aan op reeds gekende technieken van statistische analyses, maar dient niettemin als een belangrijke vernieuwing te worden beschouwd omwille van het enorme schaalverschil, de nadruk op voorspellingen (in plaats van analyses postfactum), alsook de mogelijkheid om gedetailleerde profielen van individuele personen te verkrijgen. Vanuit juridisch oogpunt roept Big Data vele vragen op, met name op het vlak van de bescherming van de persoonsgegevens, het verbod op discriminatie en de bescherming van intellectuele eigendom. Na een overzicht van de technische en praktische aspecten van Big Data, bespreekt dit artikel de praktische en juridische knelpunten, in het bijzonder met betrekking tot de werkplek.

I. Inleiding

A. Algemeen

De Engelse uitdrukking 'Big Data' – soms ook *data science of predictive analytics* genoemd – is van oorsprong een technische definitie, die verwijst naar de grens vanaf waar een volume gegevens niet meer kan worden verwerkt, of slechts met veel omwegen.¹ Door verschillende technische doorbraken is die grens echter zodanig opgeschoven dat er vandaag geen sprake meer is van een echte technische beperking. *Big Data* wordt daarom veelal gedefinieerd aan de hand van de drie belangrijkste kenmerken van volume, variëteit en veranderingssnelheid in de gegevensbronnen.² Voor juridische doeleinden definiëren wij *Big Data* hier echter als de verzameling en analyse van zeer grote hoeveelheden gegevens, om nieuwe inzichten te verwerven en nauwkeurige voorspellingen te doen.³

Big Data sluit aan op de reeds lang gekende mechanismes die aan de grondslag liggen van statistische analyses en geautomatiseerde kennisvergarig ('*data mining*'). De technische doorbraken die de enorme schaal van *Big Data* mogelijk hebben gemaakt, zijn echter vrij recent en hebben zich binnen een tijdspanne van slechts enkele jaren voorgedaan.

Hoewel het gebruik van *Big Data* in Europese ondernemingen momenteel nog beperkt is, wordt het nu reeds als strategische bedrijfsdoelstelling gezien⁴, vanwege de kostenbesparingen, efficiëntieverbeteringen en marktinzichten die eruit kunnen resulteren. Zowat alle grote internetbedrijven maken er intensief gebruik van, ook al zijn we ons daar niet altijd bewust van. Gekende consumententoepassingen zijn o.m. de aangepaste zoekresultaten van Google, de persoonlijke aanbevelingen bij Amazon en eBay ("*klanten die dit product kochten, kochten ook...*") en de potentiële kennissen die door Facebook worden gesuggererd.

INHOUD

I.	Inleiding	118
A.	Algemeen	118
B.	Toepassing binnen HR	119
II.	Factoren die Big Data hebben mogelijk gemaakt	119
A.	Betere verwerkingscapaciteit	119
B.	Toename van digitale informatie	120
C.	Gebruik van nieuwe informatiebronnen	120
D.	Hergebruik van informatie	121
III.	Kritische beoordeling	121
A.	Big Data is een hype	121
B.	Correlatie, maar geen causaliteit	121
C.	Gebrek aan specialisten	122
IV.	Juridische knelpunten	123
A.	Privacybescherming	123
B.	Discriminatie	129
C.	Eigendom van de gegevens	131
V.	Besluit	132

1. S. KAISLER, F. ARMOUR, J.A. ESPINOSA en W. MONEY, *Big data: Issues and challenges moving forward*, HICSS 2013 Conference, 2013, <http://goo.gl/lcgaU1>, 995. In dezelfde zin: J. MANYIKA, M. CHUI, B. BROWN, J. BUGHIN, R. DOBBS, C. ROXBURGH en A.H. BYERS, "Big data: The next frontier for innovation, competition, and productivity", 2011, *McKinsey Global Institute*, beschikbaar op www.goo.gl/vtT7fg.

2. I.A.T. HASHEM, I. YAQOUB, N.B. ANUAR, S. MOKHTAR, A. GANI en S. ULLAH KHAN, "The rise of 'big data' on cloud computing: Review and open research issues", *Information Systems* 47, januari 2015, 100.

3. In dezelfde zin: ARTIKEL 29 WERKGROEP, *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, 2 april 2013, beschikbaar op www.goo.gl/kClxy, 39.

4. Volgens een recente studie onder 1 322 CEO's meent 80 % dat *data mining* op korte termijn strategisch belangrijk zal worden voor hun bedrijf: PwC, *18th Annual Global CEO Survey*, 2015, beschikbaar op www.goo.gl/xqfG3Q.

Ook Google Translate en Microsoft Translator (Bing) zijn *Big-Data*-toepassingen, die machinale vertalingen presenteren op basis van de statistische vergelijking van miljoenen manueel vertaalde teksten en miljarden andere teksten op het internet.

Big Data dringt stilaan echter door in alle sectoren. Binnen de financiële sector wordt er gebruik van gemaakt om kredietkaartfraude op te sporen, in de geneeskunde om de verspreiding van epidemieën in kaart te brengen, in de sport om betere spelers te selecteren⁵, in de landbouw om beter inzicht te krijgen in de groei van gewassen en in productieprocessen om onderdelen preventief te vervangen net voor ze stuk dreigen te gaan. De commerciële voorspellingen lopen erg uiteen, maar *Big Data* zou voor miljardenbesparingen en aanzienlijke efficiëntieverhogingen kunnen zorgen.⁶ Er wordt ook verwacht dat *Big Data* op termijn de rol van de vakspecialist allicht verkleint, tenminste in die domeinen waar informatie voldoende kan worden gekwantificeerd.⁷ Ook de rechtswetenschap zal hier op termijn niet van bespaard blijven⁸, getuige de op *Big Data* gebaseerde voorspellingen die in de juridische subdiscipline van de rechtsinformatica worden gedaan over de wijze waarop rechtbanken zullen oordelen over concrete geschillen.⁹ Uiteraard vertonen *Big-Data*-toepassingen nog kinderziektes, zoals iedereen die wel eens de persoonlijke aanbevelingen van een webwinkel bekijkt, zal hebben vastgesteld wanneer volstrekt waardeloze aanbevelingen worden gedaan. Toch wordt *Big Data* samen met sociale netwerken, mobiel computergebruik en *Cloud computing* (dit wil zeggen de trend om gestandaardiseerde en goedkope computercapaciteit extern in te huren) als een van de grote actuele veranderingen in de informaticasector beschouwd.¹⁰

B. Toepassing binnen HR

Binnen *HR* kan *Big Data* zijn nut bewijzen in elke fase van de arbeidsrelatie: de selectie van de geschikte kandidaat, de uitvoering van de arbeidsovereenkomst en het voorkomen van een ongewenst vertrek. Enkele voorbeelden:

- Voor de selectie van de juiste kandidaten maken ondernemingen al jaren gebruik van psychologische tests. De vraag blijft echter welke persoonlijkheidskenmerken deze tests moeten opsporen om de goede kandidaten aan te wijzen. De eigenschappen van de topperformers van het bedrijf zijn daar-

bij een sterke aanwijzing, maar de intuïtie kan bedriegen. Zo ging een Amerikaanse winkelketen ervan uit dat haar verkooppersoneel vooral vriendelijk en sociaal moest zijn. Een *Big-Data*-analyse toonde echter aan dat een probleemoplossend vermogen veel belangrijker was, dit wil zeggen de vaardigheid om problemen bij klanten op te sporen en ze te ‘verhelpen’ met de juiste koopwaar. Deze kwaliteit kreeg dan ook de focus in de nieuwe tests.¹¹

- Bij werknemers die veel reizen voor hun functie, kan er op zeker moment een vermoeidheid optreden die tot een burn-out kan leiden, of – indien de werknemer de signalen tijdig herkent – hem ertoe kan aanzetten een andere job te zoeken. Het punt waarop die vermoeidheid optreedt, blijkt echter voorspelbaar te zijn aan de hand van een aantal schijnbaar evidente factoren, zoals hoe vaak de werknemer reist, of hij in *business* dan wel *economy class* reist, alsook of hij 's morgens vroeg dan wel in het weekend dient te vertrekken. De reisgegevens blijken toe te laten om vermoeidheid te voorspellen en dus preventief te bestrijden, bv. door de bijzondere inspanning van de werknemer te erkennen of hem toe te laten zijn vluchten zo te plannen dat hij niet langer op zondagavond moet vertrekken (zelfs al is die vlucht goedkoper).¹²
- Inzake de steeds terugkerende vraag naar optimale verloning blijkt op basis van *Big-Data*-analyses dat diversificatie de boodschap is. Gemiddelde performers zullen niet bewegen, zelfs als ze tot 9 % onder de markt betaald worden, terwijl topperformers daarentegen tot 20 % meer moeten verdienen dan het gemiddelde op de markt, om ze aan het bedrijf te binden.¹³

II. Factoren die Big Data hebben mogelijk gemaakt

A. Betere verwerkingscapaciteit

Nu goedkope en praktisch ongelimiteerde opslagcapaciteit dankzij *Cloud computing* letterlijk nog maar een muisklik verwijderd is, is gegevensopslag dermate goedkoop geworden dat het voor ondernemingen vaak goedkoper is om al de binnenkomende gegevens integraal te bewaren, dan om de personeelskost te dragen om gegevens te selecteren voor verdere bewaring. Van-

5. Een van de voorlopers van *Big Data* (vaak geciteerd in de literatuur) was het ophefmakende boek van M. LEWIS, *Moneyball: The Art of Winning an Unfair Game*, 2003, verfilmd in 2011, waarin het relaas beschreven wordt van het gebruik van statistische voorspellingen om een zieldogende baseballclub met veel succes te doen winnen.

6. MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE, o.c., voorspelt o.m. € 250 miljard per jaar in de Europese publieke sector, \$ 100 miljard voor online dienstverleners, en 60 % verhoging nettowinst in de retail-industrie.

7. V. MAYER-SCHÖNBERGER en K. CUKIER, *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*, Boston, Eamon Dolan/Houghton Mifflin Harcourt, 5 maart 2013, hoofdstuk 1.

8. J. SHAW, *Understanding big data leads to insights, efficiencies, and saved lives*, Harvard Magazine, april 2014, beschikbaar op www.goo.gl/3iz8BO.

9. *Ibid.*

10. R. KEMP, "Legal aspects of managing Big Data", *Computer Law & Security Review* 30, 5 oktober 2014, 483.

11. Zie "The Big Data Opportunity for HR and Finance", *Harvard Business Review*, 2013, beschikbaar op www.goo.gl/mFzaQQ.

12. S. LAM, "Can Predictive Analytics Predict Business Travel Burnout?", *www.apqc.org*, 18 februari 2015, beschikbaar op www.goo.gl/HcTGK2.

13. B. MARR, "How Big Data and Analytics are changing people management forever", *Smart Data Collective*, 7 april 2015, beschikbaar op www.goo.gl/gPjCfG.

uit een *Big-Data*-perspectief is er aldus een technische assumptie ontstaan dat het beter is om informatie bij te houden dan om informatie weg te gooien, omdat elke informatie ooit nog wel eens nuttig zou kunnen blijken voor verdere analyse.¹⁴

De verbetering van de gegevensopslag gaat hand in hand met de evenzeer goedkopere en hogere verwerkingscapaciteit van computerprocessoren, dankzij recente softwaretechnieken om gegevens efficiënt over meerdere computerprocessoren te verdelen. Gecombineerd met de mogelijkheid om (honderd)duizenden computers op tijdelijke basis in te huren via *Cloud computing*, heeft dit op zeer korte tijd tot een exponentiële verhoging van de verwerkingscapaciteit geleid. Voorheen verdubbelde die capaciteit 'slechts' elke twee jaar.¹⁵

B. Toename van digitale informatie

De hoeveelheid digitale gegevens die periodiek wordt gegenereerd is sterk gestegen en zal in de voorzienbare toekomst nog verder blijven stijgen. Momenteel is er sprake van een verdubbeling elke twee jaar¹⁶ en zijn we op een niveau gekomen dat we op twee dagen tijd zoveel nieuwe digitale informatie produceren als er in zijn geheel beschikbaar was anno 2003.¹⁷ Deze toename wordt o.m. toegeschreven aan de algemene digitalisering en vermindering van papier, de blijvende toename van e-mailverkeer, de opkomst van de sociale netwerken, alsook de proliferatie van de smartphones met hun lage drempel om foto- en videomateriaal te produceren. Gecombineerd met andere apparaten die via vele sensoren data capteren, evolueren we via deze *dataficatie* naar het *Internet of Things*, waar miljarden kleine apparaten voortdurend metingen uitvoeren en hun meetresultaten uitwisselen via het internet.¹⁸

Nu reeds registreren sommige werkgevers de door GPS-toestellen bepaalde geografische locatie van hun werknemers. In de toekomst kan iemands positie ook in gebouwen via *wearable devices*, intelligente deurschakelaars, lichtinstallaties en bewegingssensoren in *real time* worden bepaald¹⁹; gecombineerd met de rijstijl en de rij- en rusttijden kunnen daarvoor transportondernemingen interessante observaties aan gekoppeld worden. De biometrische gegevens die door *smart watches* worden verzameld (hartslag, slaappatroon,

calorieverbruik en aantal stappen per dag) kunnen nuttig zijn voor een nog veel bredere waaier aan werkgevers, alsook hun verzekeraars. Met *smart glasses* kunnen doorheen de dag bovendien ook beelden en geluiden worden verzameld, terwijl de politie weldra met *bodycams* zal werken om interventies te kunnen registreren. Het wordt aldus almaar moeilijker om te midden van al deze traceringsmechanismen als individu niét getraceerd te worden.²⁰ Zo zijn we, ironisch genoeg, geëvolueerd van een situatie waarin het internet verhoogde anonimiteit bood ten opzichte van de *offline* wereld, naar een situatie waarin het traceren van gebruikers nooit zo gemakkelijk en alomtegenwoordig was.²¹

C. Gebruik van nieuwe informatiebronnen

De analyse van digitale informatie wordt traditioneel uitgevoerd aan de hand van zorgvuldig opgezette gestructureerde databanken, waarbij informaticaxperts de gegevens op voorhand opdelen in tabellen met afzonderlijke velden per informatie-soort. Voor personeelsgegevens worden dan bv. tabellen gebruikt waar afzonderlijke velden zoals de naam, het adres, de datum van indiensttreding, het loon etc. in zijn opgenomen. Het opzetten van dergelijke gestructureerde databanken kost enige voorbereiding, maar laat achteraf toe om de databank op relatief eenvoudige wijze te bevragen.

Gestructureerde databanken sluiten goed aan bij het traditionele uitgangspunt van statische analyses, met name dat de gegevens zo correct mogelijk dienen te zijn. De correctheid van de gegevens is inderdaad cruciaal wanneer er met relatief beperkte hoeveelheden gegevens wordt gewerkt, omdat elke afwijking tot scheefftrekkingen in de conclusies zou kunnen leiden. Dit zal in het bijzonder het geval zijn wanneer steekproeven (*samples*) worden gebruikt, waarbij uit een, via het toeval bepaalde, beperkte set van gegevens conclusies voor een veel grotere populatie van gegevens worden geëxtrapoleerd.

Kenmerkend voor *Big Data* is dat in de drang naar almaar meer informatie, ook ongestructureerde informatiebronnen worden aangeboord, zoals cijfers in rekenbladen, e-mails, tekst in allerhande rapporten, berichten op sociale netwerken, foto's en videomateriaal. Dergelijke informatie is echter aanzienlijk minder

14. S. KAISLER et al., *Big data: Issues and challenges moving forward*, HICSS 2013 Conference, 2013, www.goo.gl/lcgaU1, 1000.

15. Dit is de zogenaamde 'Wet van Moore', die sinds de jaren '60 onafgebroken gold in de informaticasector. Zie het baanbrekende artikel van G.E. MOORE, "Cramming more components onto integrated circuits", *Electronics* 1965, nr. 8.

16. D. PECK, "They're watching you at work", *The Atlantic* 20 november 2013, beschikbaar op www.goo.gl/ukE238.

17. M. KIRKPATRICK, "Google, Privacy and the New Explosion of Data", *Technomy* 4 augustus 2010, beschikbaar op www.goo.gl/Pde1Q8.

18. Voor een analyse vanuit de privacywetgeving, zie ARTIKEL 29 WERKGROEP, *Opinion 8/2014 on the on Recent Developments on the Internet of Things*, 16 september 2014, beschikbaar op www.goo.gl/H0j2DV.

19. Geolocalisatie wordt door de rechtspraak principieel aanvaard, voor zover de werknemer hiervan vooraf afdoende geïnformeerd werd en de controle niet disproportioneel is (o.m. Arbh. Gent 14 oktober 2011, *JTT* 2012, 190; Arbh. Brussel, 18 november 2004, *JTT* 2005, 145; Arbrb. Luik 16 mei 2007, *AR* 358.53).

20. Volgens een onderzoek van de Artikel 29 Werkgroep zou een gemiddelde website maar liefst 34 'cookies' plaatsen in de browser van de gebruiker: zie *Cookie sweep combined analysis*, 3 februari 2015, beschikbaar op www.goo.gl/n9Cd2j. Dergelijke cookies zijn kleine bestanden die op zich onschadelijk zijn (en vaak ook technisch noodzakelijk zijn, bv. om online winkelmandjes mogelijk te maken), maar wel toelaten om elke gebruiker te identificeren doorheen zijn gebruik van het internet, om aldus o.m. profilering mogelijk te maken.

21. Cf. de beroemde cartoon van 1993 "On the Internet, nobody knows you're a dog" die gepubliceerd werd in *The New Yorker* (zie www.goo.gl/DQCb). Tegenwoordig geldt eerder "it is not only possible for people to know that you're a dog, but also what breed you are, your favorite snacks, your lineage, and whether you've ever won any awards at a dog show.": zie K. DAVIS, *Ethics of Big Data: Balancing Risk and Innovation*, Sebastopol, O'Reilly Media, 1 oktober 2012, 17.

nauwkeurig dan de informatie die opgeslagen is in de zorgvuldig opgesplitste velden van gestructureerde databanken, o.m. vanwege de machinale interpretatie die dient plaats te vinden.²² Software bv. laten 'begrijpen' wat er in de uitgeschreven tekst van een intern rapport of e-mail wordt vermeld – laat staan in een expressief geformuleerde sms – is ook vandaag de dag nog erg complex en kan leiden tot onnauwkeurige interpretaties en foutieve koppelingen tussen een individu en de aan hem toegeschreven eigenschappen. In een *Big-Data*-context zou het keurslijf van de juistheid van de gegevens echter verlaten kunnen worden via de gigantische hoeveelheid data die wordt verzameld en met moderne hardware en software kan worden geanalyseerd. Dankzij de wet van de grote getallen worden dergelijke onjuistheden uitgefilterd, op voorwaarde dat er een voldoende grote hoeveelheid gegevens wordt gebruikt. Aldus moeten de onnauwkeurigheden die veroorzaakt worden door bv. de interpretatie van ongestructureerde databanken niet noodzakelijk problematisch zijn. Op geaggregeerd niveau, over vele individuen heen, kunnen *Big-Data*-analyses dan ook zeer correct zijn. Op individueel niveau blijft het risico van verkeerde analyses echter aanzienlijk.

D. Hergebruik van informatie

In een *Big-Data*-context kan elke soort informatie – zelfs de meest triviale en banale – een tweede leven krijgen als onderdeel van een ongestructureerde databank. Als *HR* praktijkvoorbeeld kan verwezen worden naar de analyse die vaststelde dat de efficiëntie en performantie van een team bv. in grote mate afgeleid kan worden uit het aantal *face-to-face*-contacten, zoals vergaderingen, die er plaatsvinden (te veel is daarbij even problematisch als te weinig).²³

Het belang van het hergebruik geldt met name voor *metadata*, dit wil zeggen de secundaire contextuele informatie die de hoofdinformatie ondersteunt en er samen mee wordt bewaard, zoals het tijdstip waarop een bericht verstuurd werd, de ontvangers van het bericht, de geografische locatie van de verzender, alsook de software en apparatuur die gebruikt werden. Het belang van *metadata* mag niet onderschat worden, want *metadata* is de omringende "context" van de hoofdinformatie, die soms zelfs meer kan prijsgeven dan de hoofdinformatie zelf, in het bijzonder wanneer die hoofdinformatie moeilijk te interpreteren is door software.²⁴

Via het gebruik van ongestructureerde informatiebronnen, de integratie van allerhande meetresultaten en het hergebruik van andere informatie ontstaat er aldus een '*data fusion*' van eerste- en tweedehandsgegevens, nauwkeurige en onnauwkeurige gegevens, *metadata* en goedkope meetgegevens, duidelijke gegevens en machinaal geïnterpreteerde gegevens.²⁵ *Big Data* vormt daarmee een uiting van de stelling dat data de "nieuwe olie" is²⁶, en dat door data aangedreven zakenmodellen een grote toekomst wacht.

III. Kritische beoordeling

A. Big Data is een hype

Op het moment van publicatie van deze bijdrage (juni 2015) bevindt *Big Data* zich binnen de *hype cyclus* van informatietechnologieën in de zogenaamde "piekfase van overdreven verwachtingen".²⁷ De mogelijkheden van *Big Data* worden in deze positieve sfeer door sommigen zelfs als de derde informatierevolutie beschouwd²⁸, en de impact ervan wordt vergeleken met de overgang van een foto – één stilstaand beeld – naar filmmateriaal van vierentwintig of meer beelden per seconde.²⁹ De cyclus voorspelt echter dat na de piekfase bijna onvermijdelijk het dal van ontgoocheling zal volgen, waarna de technologie in een soort van plateau fase geraakt, om vervolgens op meer realistische wijze te worden ingezet.

Hoewel de maatschappelijke en juridische impact van *Big Data* o.i. aanzienlijk onderschat wordt, moeten feit en fictie nog van elkaar gescheiden worden. Voor de jurist lijkt de belangrijkste boodschap erin te bestaan om oog te hebben voor de bijzondere problemen die met *Big Data* geassocieerd zijn, maar er zich tegelijk voor te hoeden om deze problemen niet naar elke statistische analyse door te trekken. Door de hype omtrent *Big Data* krijgen immers ook beperkte gegevensverzamelingen die op eerder traditionele wijze werden verzameld onterecht het label '*Big Data*' opgeplakt.

B. Correlatie, maar geen causaliteit

Een fundamenteel principe van de statistiek stelt, dat er uit een loutere samenhang tussen gegevens (*correlatie*) niet noodzakelijk oorzaak-gevolgrelaties mogen

22. T.Z. ZARSKY, "The data mining balancing act" in S. GUTWIRTH, R. LEENES, P. DE HERT en Y. POULLET (eds.), *European data protection: in good health?*, Springer, 2012, 83, 87.

23. D. PECK, o.c.

24. B. SCHNEIER, *Data and Goliath: The Hidden Battles to Collect Your Data and Control Your World*, New York, Norton & Company, 2 maart 2015, hoofdstuk 2.

25. S. KAISLER et al., *Big data: Issues and challenges moving forward*, HICSS 2013 Conference, 2013, beschikbaar op www.goo.gl/lcgaU1, 999.

26. K. CUKIER, "Data, data everywhere", *The Economist* 25 februari 2010, beschikbaar op www.goo.gl/oumB. In dezelfde zin: C. KUNER, *European data protection law and online business*, Oxford University Press, 29 ("information has become the new raw material of the world economy").

27. Zie de algemene beschrijving en geactualiseerde versie van de informatica-analyst GARTNER op www.goo.gl/4Bxvp.

28. De eerste en tweede revolutie bestaan dan respectievelijk uit de uitvinding van de microprocessor en de uitvinding van het netwerk. Zie N.M. RICHARDS en J.H. KING, "Big Data Ethics", *Wake Forest Law Review* 49, 397.

29. V. MAYER-SCHÖNBERGER en K. CUKIER, *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*, Boston, Eamon Dolan/Houghton Mifflin Harcourt, 5 maart 2013, hoofdstuk 5.

worden getrokken (*causaliteit*).³⁰ Een traditioneel voorbeeld is de conclusie dat wanneer er meer ijsjes worden verkocht, het aantal verdrinkingen stijgt. Weliswaar is er een sterke samenhang tussen beide elementen, maar de stijging van de ene is duidelijk niet de oorzaak van de stijging van de andere. Als voorbeeld in *HR* kan verwezen worden naar een recent onderzoek van Amerikaanse *recruiters*, die vaststelden dat kandidaten die een online test invullen via een browser die niet standaard geïnstalleerd staat op de computer, tot 15 % langer zullen werken voor de onderneming en gemiddeld ook beter zullen presteren.³¹ Die positieve eigenschappen worden niet *veroorzaakt* door het gebruik van die alternatieve browser, maar allicht wel door een van de achterliggende eigenschappen (bv. dat het kritische geesten betreft die net dat stapje verder gaan), die echter niet als dusdanig kunnen afgeleid worden uit het onderzoek.

De menselijke natuur is er echter op gericht om causale verbanden te leggen³², alsook patronen te zien waar er zelfs geen correlatie bestaat. Bij *Big Data* ontstaat aldus het gevaar van ‘*data dredging*’, omdat in een voldoende grote ‘stofwolk’ aan data gegarandeerd wel ogenschijnlijk interessante verbanden kunnen worden gevonden. Omdat de gegevensvolumes zo ontzaglijk groot zijn dat ze zelfs niet bij benadering in aanmerking komen voor het menselijk bevattingsvermogen, zal het erg moeilijk zijn om te begrijpen waarom een welbepaalde, niet voor de hand liggende, combinatie van misschien wel honderd factoren door de software wordt aangegrepen om een bepaald verband te identificeren. Bij sommige soorten analyses kan de software de gebruikte factoren misschien zelfs in het geheel niet weergeven op een voor mensen verstaanbare wijze³³, waardoor dergelijke factoren niet kunnen geëlimineerd worden, en aldus bv. een risico van onbewuste discriminatie ontstaat. *Big-Data*-databanken zullen daarom vaak als een ondoordringelijke zwarte doos dienen te worden beschouwd.³⁴

Het gevaar bestaat dat onvoldoende gewaarschuwde eindgebruikers de gevonden verbanden al te gemakkelijk als causaal zouden aanzien, zeker in deze fase van de hypecyclus, waar softwareleveranciers ertoe zullen neigen om dergelijke mogelijkheden te promoten.³⁵ Voorstanders van *Big Data* wijzen er echter op dat zij al tevreden zijn met loutere correlatie³⁶: het

ontdekken van causale verbanden is voor hen een interessante bijkomstigheid, maar geen noodzakelijke vereiste voor veel bedrijfsmatige toepassingen, die (in tegenstelling tot wetenschappelijk onderzoek) niet op universele wetmatigheden zijn gericht.³⁷ Voor een supermarkt is het bv. inderdaad niet per se nodig om te weten *waarom* een ontbijtreet met aardbeimensmaak het meest verkochte artikel blijkt te zijn na de aankondiging van een orkaan: het belangrijkste is dat het stockbeheer op deze vondst wordt afgesteld.³⁸

Op de eindgebruiker rust in elk geval een zware verantwoordelijkheid om voorzichtig om te springen met gevonden resultaten, in het bijzonder wanneer die een rechtstreekse impact op werknemers hebben. Anderzijds kan de cijfermatige aanpak van *Big Data* een goed tegengewicht vormen voor menselijke vooroordelen, emoties en kortzichtigheid. Zo is een bedrijf als Google ertoe gekomen om, op basis van statistische analyses bij haar werknemers, ook bewust kandidaten zonder (hoger) diploma te rekruteren, omdat goede schoolresultaten toch niet zo'n goede barometer blijken als tot op vandaag wordt aangenomen.³⁹

C. Gebrek aan specialisten

Omwille van de informaticatechnische uitdagingen die gepaard gaan met gigantische gegevensvolumes en het gebruik van ongestructureerde informatiebronnen, neigen *Big-Data*-projecten ernaar voornamelijk informaticaxperts aan te trekken. De eigenlijke analyse en voorspellingen zouden echter bij voorkeur door statistici moeten worden verricht, gelet op de complexiteit en het gevaar van onoordeelkundig gebruik.⁴⁰ Aangezien er sowieso een permanent tekort aan informaticaxperts bestaat, lijkt de combinatie van informaticaxpertise én statistische ervaring voorlopig erg moeilijk.⁴¹

Indien de toepassingen in de *HR*-context doorzetten, zal ook van de *HR*-specialist een nieuw doorzicht gevraagd worden: hij of zij zal er immers over moeten waken om de gemaakte analyse juist te interpreteren en te implementeren binnen de vennootschap.

30. Voor een meer realistisch voorbeeld (voorspelling van een cholera-uitbraak die in werkelijkheid een overstroming is), zie J. SHAW, "Understanding big data leads to insights, efficiencies, and saved lives", *Harvard Magazine*, april 2014, beschikbaar op www.goo.gl/3iz8BO.

31. J. PINSKER, "People Who Use Firefox or Chrome Are Better Employees", *The Atlantic* 16 maart 2015, beschikbaar op www.goo.gl/ZlYy9t.

32. D. BATTEN, "Changing our brains: Systemic causality in complex human systems", *Proceedings of the 18th Conference on Behavior representation in modeling and simulation*, Sundance, UT, maart-april 2009, 9-14.

33. T.Z. ZARSKY, o.c.

34. V. MAYER-SCHÖNBERGER en K. KUKIER, *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*, Boston, Eamon Dolan/Houghton Mifflin Harcourt, 5 maart 2013, hoofdstuk 9.

35. P. VERMEREN en T. SPEELMAN, *Big Data in HR – een typisch geval van "Dust Bowl empiricism"?*, oktober 2014, beschikbaar op www.goo.gl/7K42fE, 2.

36. Voor een kritische analyse: zie T. HARFORD, "Big data: are we making a big mistake?", *Financial Times* 28 maart 2014, beschikbaar op www.goo.gl/ynlKzc.

37. C. ANDERSON, "The End of Theory: The Data Deluge Makes the Scientific Method Obsolete", *Wired* 23 augustus 2008, beschikbaar op www.goo.gl/ALqLpQ.

38. C.L. HAYS, "What Wal-Mart Knows About Customers' Habits", *The New York Times* 14 november 2004, beschikbaar op www.goo.gl/KDSiaK.

39. D. PECK, "They are watching you at work", www.theatlantic.com, december 2013.

40. P. VERMEREN en T. SPEELMAN, *Big Data in HR – een typisch geval van "Dust Bowl empiricism"?*, oktober 2014, 1, beschikbaar op www.goo.gl/7K42fE.

41. T. OLAVSRUD, "How to Close the *Big Data* Skills Gap by Training Your IT Staff", *CIO* 2 oktober 2013, beschikbaar op www.goo.gl/Nc1dnQ. In het Verenigd Koninkrijk zal de vraag naar *Big-Data*-specialisten bv. met 160 % stijgen tot 2020, terwijl het aantal werkrachten slechts met 6 % zal stijgen: SAS, Tech Partnership, *Big Data Analytics. Assessment of Demand for Labour and Skills 2013–2020*, 2014 – zoals geciteerd door Commission Staff Working Document, *A Digital Single Market Strategy for Europe – Analysis and Evidence*, 5 juni 2015, 72.

IV. Juridische knelpunten

De juridische knelpunten zijn voornamelijk op twee domeinen te situeren, nl. de moeilijkheid om de verouderde principes van de privacywetgeving toe te passen, en het gevaar van discriminerende handelingen op basis van de analyses die via *Big-Data*-databanken worden uitgevoerd. Ten slotte rijzen er ook op een derde domein verschillende juridische vragen, nl. op het vlak van de intellectuele eigendomsbescherming.

A. Privacybescherming

1. Relevante wetgeving

De wettelijke bescherming van privacy bestaat enerzijds uit de zeer algemene regels zoals vervat in artikel 22 van de Grondwet, artikel 8 EVRM en artikel 7 van het Handvest van de Grondrechten van de EU, en anderzijds uit regels die toegespitst zijn op de bescherming van persoonsgegevens, zoals de Wet Verwerking Persoonsgegevens (WVP, ter implementatie van richtlijn 95/46/EG) en artikel 8 van het Handvest. Inzake de controle van e-mail en internetverkeer op de werkplek worden deze principes verder uitgevoerd in cao nr. 81.⁴² Daarnaast bestaan er talrijke domeinspecifieke regels, bv. inzake medische gegevens, bewakingscamera's en sociale zekerheid.⁴³

Privacy en bescherming van persoonsgegevens zijn geen deelverzamelingen van elkaar, omdat niet elk privacyprobleem betrekking heeft op gegevensverwerking en niet elke gegevensverwerking een gevaar vormt voor iemands privacy. Beide domeinen overlappen elkaar echter aanzienlijk, zodat de mogelijkheid van *Big Data* om uit triviale publieke gegevens zeer delicate private gegevens af te leiden tegelijk een inbreuk kan vormen op de algemene privacyregels en de specifieke gegevensverwerkingsregels. Het contrast tussen de werkwijze van *Big Data* en de vereisten van de WVP is echter veel scherper dan het contrast met de meer algemene privacyregels, zodat deze bijdrage zich op de WVP (en de richtlijn) concentreert. Waar relevant wordt hieronder ook het voorstel van verordening van 2012 besproken, dat de richtlijn zal actualiseren en omzetten naar een verordening om de huidige fragmentatie op te lossen.⁴⁴ Er wordt verwacht dat dit voorstel eind 2015 zal worden aangenomen, met inwerkingtreding rond 2018.

Bij wijze van inleiding kan worden aangestipt dat de WVP van toepassing is op de *verwerking* van *persoons-*

gegevens van natuurlijke personen (de 'betrokkenen'). Gezien de brede wettelijke definitie van zowel het begrip 'verwerking' als het begrip 'persoonsgegevens'⁴⁵ en de nog veel ruimere interpretatie ervan in de rechtsleer en de richtlijnen van de privacy-autoriteiten⁴⁶, zal een aanzienlijk deel van de gegevens in een *Big-Data*-databank binnen het toepassingsgebied van de WVP vallen. Op deze ruime interpretatie komen we hieronder nog terug.

2. Finaliteitsprincipe en transparantie

Eén van de kernprincipes van de WVP is de *doelgebondenheid* van elke verwerking (art. 4, 2). Persoonsgegevens mogen enkel voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden worden verzameld, en mogen naderhand niet voor onverenigbare andere doeleinden worden verwerkt. Of doeleinden inderdaad onverenigbaar zijn, hangt af van verschillende factoren, zoals de mate van verschil tussen twee doeleinden, de privacy-verwachtingen van de betrokkenen, de aard van de gegevens, de impact op de betrokkenen etc.⁴⁷ De doeleinden moeten niet alleen gecommuniceerd worden aan de betrokkenen (art. 9), maar bepalen ook gedurende welke tijd persoonsgegevens mogen worden bewaard (art. 4, § 1, 5°) alsook welke hoeveelheid gegevens kunnen worden verzameld (art. 4, § 1, 3°).

Zoals hoger gesteld, staan de combinatie en het hergebruik van persoonsgegevens echter centraal bij *Big Data*. Dit hergebruik staat niet alleen haaks op het verbod op onverenigbare verdere verwerking, maar maakt het ook erg moeilijk om vooraf aan de betrokkenen te melden voor welke doeleinden hun persoonsgegevens worden verwerkt. In een *Big-Data*-context wéét de verantwoordelijke voor de verwerking vaak immers niet of – en waarvoor – hij bepaalde gegevens ooit nog zal gebruiken, maar bewaart hij ze niettemin, in de hoop dat ze ooit nog eens nuttig zouden kunnen zijn. Dit spanningsveld is uiteraard niet uniek voor *Big Data*. Ook in de context van traditionele databanken (hierna '*Small Data*' genoemd) bestaat achteraf immers vaak de verleiding om persoonsgegevens voor geheel andere analyses in te zetten. Aan zulk hergebruik wil het finaliteitsprincipe bewust een halt toeroepen, omwille van de impact die dergelijk hergebruik kan hebben op de betrokkenen (bv. wanneer camera's aanvankelijk geïnstalleerd werden om het productieproces te registreren, maar achteraf ook gebruikt worden om een diefstal door een werknemer te bewijzen).

42. Cao nr. 81 van 26 april 2002 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemers ten opzichte van de controle op de elektronische onlinecommunicatiegegevens.

43. Zie o.m. artikels 7, 9-12 en 14-16 van de wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt alsook de wet van 21 maart 2007 tot regeling van de plaatsing en het gebruik van bewakingscamera's, alsook de wet van 15 januari. Voor een omstandig overzicht: D. DE BOT, C. DE TERWAGNE en F. SCHRAM, *Privacy en persoonsgegevens codex*, Politeia Brussel, 2014.

44. Voorstel voor een verordening betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, 25 januari 2012, COM(2012) 11 final, beschikbaar op www.goo.gl/HIN2fk.

45. Art. 1, § 1 en 1, § 2 WVP.

46. ARTIKEL 29 WERK GROEP, *Advies 4/2007 over het begrip persoonsgegevens*, 13-21, beschikbaar op www.goo.gl/d6lp.

47. ARTIKEL 29 WERK GROEP, *Opinion 03/2013 on purpose limitation, o.c.* Zie in het bijzonder p. 46 voor een toepassing op *Big Data*.

Ook in een *Big-Data*-context lijken schromelijke afwendingen van doeleinde moeilijk te verantwoorden. De opportuniteitsbeoordeling wordt o.i. echter complexer wanneer in een *Big-Data*-context een variëteit aan informatiebronnen (zoals iemands gebruik van lichtschakelaars of gemiddelde zinlengte van e-mails) wordt hergebruikt die – in tegenstelling tot het voorbeeld van de camerabeelden – geen van allen op zich privacybedreigend zijn, maar slechts in combinatie met voldoende andere gegevens tot nieuwe inzichten kunnen leiden. Dat nieuwe inzicht zou bovendien ook heel nuttig kunnen zijn voor de betrokkenen, alleen is dit van tevoren niet te voorspellen. In een *Big-Data*-context zal de onverenigbaarheid o.i. dan ook minder scherp gesteld mogen worden, al blijft het fundamenteel wel van toepassing.⁴⁸

3. Rechtmatige grond voor verwerking

3.1. Niet-gevoelige gegevens

Artikel 5 WVP vereist dat de verantwoordelijke voor de verwerking zich op minstens een van de opgesomde gronden kan beroepen om persoonsgegevens legitiem te verwerken. In *HR* zijn vooreerst de noodzakelijkheid voor de uitvoering van de (arbeids)overeenkomst (art. 5.b) en de noodzakelijkheid om aan relevante wetgeving te voldoen (art. 5.c) relevant, bv. om persoonsgegevens aan de verzekeringsmaatschappij of het sociaal secretariaat over te maken.

Een andere mogelijke verwerkingsgrond bestaat uit de vrije en geïnformeerde toestemming van de betrokkene (art. 5, a *juncto* art. 1, § 8). Deze grond lijkt misschien aantrekkelijk, maar stoot vaak op praktische problemen, bv. door de administratie die gepaard gaat met de (veiligheidshalve schriftelijk bekomen) toestemming, alsook de mogelijkheid dat projecten geblokkeerd raken wanneer sommige personeelsleden zouden weigeren of achteraf hun toestemming zouden intrekken. Bovenal wordt er in de doctrine en de adviezen van de privacy-autoriteiten op gewezen dat de toestemming binnen een arbeidsrelatie zelden echt ‘vrij’ kan zijn.⁴⁹

Verder is ook de vereiste dat de toestemming geïnformeerd moet zijn, allerminst evident. Van de fundamentele assumptie dat betrokkenen op basis van voldoende informatie een weloverwogen beslissing kunnen maken, schiet er in de praktijk nl. maar zelden iets over. Net zoals in een online context, wordt deze

wettelijke vereiste in de praktijk immers uitgevoerd via *privacy policies* waarvan op basis van allerhande onderzoeken alvast voor klantenrelaties geweten is dat ze bijna nooit gelezen worden.⁵⁰

Op de verantwoordelijke voor de verwerking rust bovendien de onfortuinlijke taak om binnen de *policies* voldoende duidelijk en transparant uit te leggen hoe en waarom persoonsgegevens verwerkt worden. Daarbij wordt hij echter geconfronteerd met de zogenaamde ‘transparantieparadox’, die stelt dat méér informatie in dit soort documenten vaak minder doeltreffend is dan minder informatie, maar anderzijds natuurlijk ook tot minder transparantie leidt.⁵¹ Gegevensverwerking is immers, zelfs in een *Small-Data*-context, zulk een complex en dynamisch gebeuren geworden, met danig veel betrokkenheid van derde partijen, dat er van een gemiddelde betrokkene niet kan verwacht worden dat hij werkelijk begrijpt waarvoor hij zijn toestemming geeft.⁵²

Omwille van zulke hindernissen valt het o.i. te betreuren dat het voorstel van verordening nog zwaarder inzet op de vereiste van de geïnformeerde toestemming.⁵³ In theorie lijkt de toestemmingsvereiste misschien wel een goede omzetting van het zelfbeschikingsrecht inzake persoonlijke gegevens, maar in de praktijk is het eerder een implementatieformaliteit voor juristen geworden.

In een *Big-Data*-context klinkt deze kritiek nog luider. De hoeveelheid gegevens die wordt verzameld, is per definitie veel uitgebreider, en zal bij betrokkenen veel gemakkelijker de vraag doen rijzen waarom zoveel secundaire of tertiaire informatie wordt verzameld. Wat het nut is van camerabeelden, zal voor elke werknemer immers wel duidelijk zijn, maar wat het nut is van de registratie van pakweg zijn muusbewegingen, is dat allerminst.⁵⁴ Daarbovenop komt nog de hoger beschreven onvoorspelbaarheid van de analyses en het mogelijke hergebruik van gegevens, die in een *Big-Data*-context immers vaak niet *a priori* gekend zullen zijn.

Het kan dan ook niet verbazen dat, ook in een *Small-Data*-context, de grond van de geïnformeerde toestemming vaak wordt verlaten ten voordele van de grond van het gerechtvaardigde afgewogen belang (art. 5, f), die geen administratieve overlast met zich meebrengt, en waar het werkgeversgezag de vrije wilsuiting niet ondermijnt. In arbeidsrelaties doen er zich inderdaad frequent situaties voor waar de verwerking van persoonsgegevens niet wettelijk vereist is, niet noodzake-

48. De Artikel 29 Werkgroep verzet zich expliciet tegen het buiten toepassing verklaren van het finaliteitsprincipe in een *Big-Data*-context omwille van de onwetendheid van de verantwoordelijke voor de verwerking: zie *Opinion 8/2014*, o.c., 16.

49. Privacycommissie, *Aanbeveling nr. 08-2012 van 2 mei 2012 betreffende de controle door de werkgever op het gebruik van elektronische communicatie-instrumenten op de werkvloer*, 15, beschikbaar op www.goo.gl/kzfv4s. Contra: H. GRAUX en J. DUMORTIER, *Privacywetgeving in de praktijk*, UGA, 2009, 177.

50. A.C. MADRIGAL, “Reading the Privacy Policies You Encounter in a Year Would Take 76 Work Days”, *The Atlantic* 1 maart 2012, beschikbaar op www.goo.gl/4CKFB.

51. S. BAROCAS en H. NISSENBAUM, “Big Data’s End Run around Anonymity and Consent”, *Privacy, Big Data and the Public Good*, Cambridge University Press, 2014.

52. B.W. SCHERMER, “The limits of privacy in automated profiling and data mining” in *Computer Law & Security Review* 27, 1 februari 2011, 49.

53. In dezelfde zin: F.H. CATE, “The Failure of Fair Information Practice Principles” in J.K. WINN (ed.), *Consumer Protection in the Age of the Information Economy*, Burlington/Ashgate, 2006, 360; I.S. RUBINSTEIN, “Big Data: The end of privacy or a new beginning?” in *International Data Privacy Law* 2013, 2, 2013, 74.

54. De Artikel 29 Werkgroep wijst ook op juridische vragen die rijzen wanneer verschillende actoren betrokken zijn bij de gegevensverwerking die door allerhande sensoren plaatsvindt, bv. wanneer de gegevens eerst naar een centraal platform worden doorgestuurd voordat ze bij de eigenaar van de sensor belanden. Dit kan o.m. aanleiding geven tot gedeelde aansprakelijkheid en een moeilijke aflijning van wie als ‘verantwoordelijke’ moet worden beschouwd voor de doeleinden van de WVP: zie ARTIKEL 29 WERKGROEP, *Opinion 8/2014*, o.c., 11.

lijk is voor de uitvoering van de arbeidsovereenkomst en waar het overdreven zou zijn om de individuele toestemming te bekomen.⁵⁵

Toch is het niet vanzelfsprekend om op deze grond beroep te doen, omdat er een afweging dient te gebeuren tussen de belangen van de werkgever en de fundamentele rechten en vrijheden van de individuele personeelsleden. Deze afweging hangt sterk af van de concrete omstandigheden, alsook van niet-objectieve overwegingen zoals de privacyverwachtingen van de betrokkenen. Dit creëert rechtsonzekerheid, al was het maar omdat er bijna geen richtsnoeren door de WVP, en slechts richtinggevende adviezen door de privacy-autoriteiten worden verstrekt.⁵⁶ Het gebruik van de grond van het afgewogen belang doet verder ook geen afbreuk aan de principiële vereiste om de betrokkenen afdoende te informeren over de gegevensverwerking die plaatsvindt (art. 9 en 10 WVP), zodat de transparantieparadox ook hier blijft gelden.

Het hoeft geen betoog dat deze rechtsonzekerheid nog verder toeneemt in een relatief nieuwe *Big-Data*-context. De situaties waarin op deze grond beroep kan worden gedaan, zullen in een *Big-Data*-context daarom nog verder verminderen, omdat de privacy-impact van *Big-Data*-analyses de balans van het afgewogen belang nog meer in de richting van het individu zal doen tillen. De publicaties van de Artikel 29 Werkgroep (het Europese privacyadviesorgaan dat o.m. bestaat uit vertegenwoordigers van de privacy-autoriteiten van alle lidstaten) laten daarover alvast weinig twijfel bestaan.⁵⁷ Veel hangt uiteraard af van de omstandigheden, want zoals hoger betoogd, mag niet uit het oog worden verloren dat de analyses ook zeer positieve gevolgen kunnen hebben voor de betrokkenen.

3.2. Gevoelige gegevens

De verwerking van enkele bijzondere categorieën van gegevens (meestal de ‘gevoelige’ gegevens genoemd) – zoals de gegevens betreffende iemands gezondheid, raciale of etnische afkomst, politieke opvattingen, godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuigingen of vakbondslidmaatschap – is in principe verboden, tenzij men zich op een van de strengere verwerkingsgronden van artikel 6, § 2 en 7, § 2 WVP kan beroepen, zoals de schriftelijke toestemming van de betrokkene of de verplichtingen opgelegd door het socialezekerheidsrecht of het arbeidsrecht (bv. registratie van syndicaal verlof en klein verlet omwille van een plechtige communie). De verwerking van gerechtelijke

gegevens kan zelfs niet met zulke schriftelijke toestemming plaatsvinden, tenzij voor het beheer van de eigen geschillen (art. 8, § 2, c).

Er bestaat sinds lang een discussie over de vraag in welke mate gegevens ook indirect of via associatie als gevoelig kunnen kwalificeren. Uit iemands naam kan bv. vaak de etnische herkomst worden afgeleid, net zoals het eten van halal of koosjer voedsel met aanzienlijke waarschijnlijkheid iemands godsdienstige overtuiging prijsgeeft. Zelfs een foto kan strikt genomen gevoelige gegevens bevatten, omdat uit de huidskleur doorgaans de raciale afkomst wel blijkt. De Artikel 29 Werkgroep neemt hier een pragmatisch standpunt in, nl. dat zulke gegevens slechts als gevoelig kwalificeren indien zij specifiek worden verzameld met als doel de raciale afkomst, etniciteit etc. te bepalen.⁵⁸

Het is echter allerminst duidelijk of de Werkgroep voor een typische *Big-Data*-context hetzelfde standpunt zou innemen, omdat de aanwending van gegevens vaak slechts naderhand gebeurt, zodat het *a priori* niet duidelijk is waarvoor verzamelde gegevens nog gebruikt zullen worden. Op basis van relatief onschuldige *metadata*, nl. enkele ‘likes’, kan Facebook bv. met aanzienlijke precisie iemands geslacht, seksuele geaardheid, politieke ideologie, maritale status en drugsgebruik voorspellen – een analysemogelijkheid die van tevoren niet vaststond.⁵⁹ Een ander voorbeeld dat vaak wordt aangehaald in de literatuur, is dat van de Amerikaanse retailer Target, die een boze vader over de vloer kreeg die zijn beklag deed over de reclame voor zwangerschapsartikelen die zijn dochter had toegekregen, maar nadien moest vaststellen dat zijn dochter inderdaad al enkele maanden zwanger bleek.⁶⁰ Het gevaar bestaat aldus dat uit triviale publieke gegevens, zoals iemands *likes* en aankoopgedrag van ongerelateerde items, belangrijke private informatie kan worden afgeleid.⁶¹

Het zou o.i. echter te ver leiden om een *Big-Data*-gegevensset te snel in zijn geheel als gevoelig te beschouwen, gezien de restricties die dit met zich zou meebrengen. Deze problematiek wijst hier aldus opnieuw op het contrast tussen de doelgebondenheid van de huidige wetgeving en de doelvariabiliteit van *Big-Data*-projecten.

3.3. Toepassing op HR

De voorbeelden van praktische toepassingen van *Big Data* komen voorlopig hoofdzakelijk uit de Verenigde Staten. Daarbij valt meteen op dat het gebruikte mate-

55. De Privacycommissie aanvaardt deze grond bv. om werkgevers toe te staan de foto's van werknemers te publiceren op het intranet (zie de veelgestelde vragen op de website van de Privacycommissie).

56. Voor een omvattend recent advies, zie ARTIKEL 29 WERKGROEP, *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under article 7 of Directive 95/46/EC*, 9 april 2014, beschikbaar op www.goo.gl/mrZNOF. Zie inzake direct marketing bv. het advies van de BELGISCHE PRIVACY COMMISSIE, *Aanbeveling betreffende direct marketing en bescherming van persoonsgegevens*, 30 januari 2013, 02/2013, beschikbaar op www.goo.gl/BNydnf.

57. ARTIKEL 29 WERKGROEP, *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests, o.c.*, 39; ARTIKEL 29 WERKGROEP, *Opinion 03/2013 on purpose limitation, o.c.*, Section III.2.5 en Annex 2.

58. ARTIKEL 29 WERKGROEP, *Advies 02/2012 over gezichtsherkenning bij online- en mobiele diensten*, 22 maart 2012, 4, beschikbaar op www.goo.gl/ZRgBcs.

59. J. HALLIDAY, “Facebook users unwittingly revealing intimate secrets, study finds”, *The Guardian* 11 maart 2013, beschikbaar op www.goo.gl/D28FqK.

60. T. HARTFORD, “Big data: are we making a big mistake?”, *Financial Times* 28 maart 2014, beschikbaar op www.goo.gl/ynKzc.

61. In dezelfde zin: ARTIKEL 29 WERKGROEP, *Opinion 03/2013 on purpose limitation, o.c.*, 47.

riaal zeer ruim en divers is. De vrijheid die de Amerikaanse data-analisten genieten om informatie te verzamelen voor *Big-Data*-doeleinden, zou in België weleens een stuk beperkter kunnen zijn vanwege de strenge eisen van de WVP en de beperkingen opgelegd door het arbeidsrecht. O.i. hoeft dat echter niet het geval te zijn.

Een eerste belangrijke gegevensbron die vaak wordt aangehaald in dergelijke onderzoeken, zijn de (semi-)publieke gegevens die online te vinden zijn over werknemers. Een onderzoek aan de University of Illinois heeft bv. aangewezen dat een analyse van tien minuten in het Facebookprofiel van een kandidaat een grotere voorspelkracht heeft dan het invullen van een zelfevaluatietest.⁶² Ook met wie de kandidaat gelinkt is op LinkedIn en wat daar gepost is, zegt veel over de kandidaat, meer dan hij mogelijk bewust wilde prijsgeven.

Het arbeidsrecht bevat geen expliciete bepalingen over de vraag of een werkgever de publiek beschikbare informatie op sociale netwerken mag gebruiken. Artikel 11 van cao nr. 38 (betreffende de werving en selectie van werknemers) vereist in het algemeen dat de persoonlijke levenssfeer van de sollicitant bij de selectieprocedure geëerbiedigd wordt, zodat vragen over het privéleven slechts verantwoord zijn indien zij relevant zijn wegens de aard en de uitoefeningsvoorwaarden van de functie. De cao werd echter gesloten in 1983 en laatst aangepast in 2008, toen de sociale media nog maar net in opkomst waren, zodat het gebruik van sociale media er niet specifiek in is geregeld.

De relevantie van gegevens op de professionele netwerksite LinkedIn kan o.i. moeilijk betwist worden. Voor een sociaal netwerk zoals Facebook lijkt dat standpunt enerzijds minder evident, omwille van het hybride privé/professioneel karakter ervan. Anderzijds kan worden aangestipt dat het toepassingsgebied van artikel 11 beperkt is tot de *vragen* van een werkgever die door een kandidaat moet worden beantwoord, dus informatie die hij aan de werkgever moet verschaffen en waartoe de werkgever anders geen toegang zou hebben.

Ook de WVP lijkt zich niet al te expliciet te verzetten tegen het gebruik van de op een sociaal netwerk publieke beschikbare informatie betreffende een kandidaat. Artikel 6, § 2, e WVP laat immers als verwerkingsgrond toe dat gevoelige gegevens worden verza-

meld die *duidelijk* openbaar zijn gemaakt door de betrokkene zelf. Het typische *offline* voorbeeld daarvan is dat iemand zijn seksuele geaardheid in een kranteninterview zou becommentariëren, maar bij uitbreiding kunnen o.i. ook berichten op sociale netwerken binnen het toepassingsgebied van artikel 6, § 2, e vallen, althans indien die berichten niet geheel of gedeeltelijk afgeschermd zijn door de privacy-instellingen van het sociale netwerk. Een gelijkaardige grond bestaat niet voor niet-gevoelige gegevens, hetgeen ofwel een vergetelheid in de richtlijn betreft (die overigens niet rechtgezet wordt door het voorstel van verordening), ofwel een aanduiding van de mogelijkheid voor een werkgever om zich op de verwerkingsgrond van het afgewogen belang te steunen.⁶³ Ook de CNIL, de Franse privacy-autoriteit, oordeelde reeds in 2010 dat niets een rekruteerder verhindert om via sociale media informatie te zoeken over de persoon die hij overweegt aan te nemen.⁶⁴

Een tweede belangrijke gegevensbron die vaak wordt aangehaald in (Amerikaanse) *HR*-analyses, zijn de e-mails die een werknemer verstuurt. Deze e-mails kunnen vanuit *Big-Data*-perspectief na tekstuele interpretatie, *sentiment analysis* en statistische vergelijking met e-mails van andere werknemers een schat aan ongestructureerde informatie prijsgeven, o.m. over iemands communicatievaardigheden en intelligentie, maar bv. ook over zijn *stress levels*. De vraag rijst of dergelijke informatie bv. mag worden gebruikt in de collectieve welzijnsanalyse van de onderneming.

Op het eerste gezicht lijkt cao nr. 81 (betreffende de controle op elektronische communicatie)⁶⁵ daartoe weinig ruimte te laten. Controle van e-mails is immers maar toegelaten wanneer het een van de vier erkende doelstellingen nastreeft, nl. de preventie van schadelijke feiten, de bescherming van de belangen van de onderneming, de beveiliging van het bedrijfsnetwerk en de naleving van de *policies*. Geen enkele van deze doelstellingen lijkt hier echter geschikt, zodat men geneigd zou zijn te besluiten dat de *stresslevelanalyse* van e-mails onverenigbaar is met de cao.

Toch is dit o.i. niet het geval. Meer fundamenteel stelt zich immers de vraag of cao nr. 81 überhaupt van toepassing is, omdat zijn toepassingsgebied de *controle* van elektronische communicatie betreft. Aangezien het begrip ‘controle’ niet gedefinieerd wordt, moet het geïnterpreteerd worden in zijn gebruikelijke betekenis, nl. het uitoefenen van toezicht en het opsporen

62. D. KLUEMPER, P. ROSEN en K. MOSSHOLDER, “Social Networking Websites, Personality Ratings, and the Organizational Context: More Than Meets the Eye?”, *Journal of Applied Social Psychology* mei 2012, 1143-1172.

63. De Artikel 29 Werkgroep verzet zich overigens wél expliciet tegen de vele ‘persoonszoekmachines’ die zonder enige voorafgaande toestemming profielen van willekeurige individuen vergaren en publiekelijk aanbieden, en daarvoor als enige mogelijke verwerkingsgrond het afgewogen belang zouden kunnen invoeren (zie *Advies 1/2008 over gegevensbescherming en zoekmachines*, 4 april 2008, beschikbaar op www.goo.gl/y12BGk). Volgens de Werkgroep is er in die gevallen – in tegenstelling tot de meer algemene zoekmachines zoals Google en Bing – immers geen goede balans tussen enerzijds het belang van de uitbater en het (maatschappelijke) nut van algemene zoekmachines en anderzijds de impact op de betrokkenen. Zie in dit verband ook HvJ 13 mei 2014, *Google Spain*, C-131/12.

64. M. VERDUSSEN en P. JOASSART (eds.), *La vie privée au travail*, Limal, Anthemis, 2011, 84 (163).

65. Cao nr. 81 van 26 april 2002 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemers ten opzichte van de controle op de elektronische onlinecommunicatiegegevens.

van ongewenst gedrag. Een *Big-Data-stresslevelanalyse* op basis van door werknemers verstuurd e-mails is er niet op gericht om werknemers te sanctioneren, maar wel om hun werkomstandigheden te optimaliseren, en een dergelijke analyse werd allicht niet geïmplementeerd door de sociale partners. Vanuit het standpunt van de WVP kan allicht opnieuw beroep worden gedaan op de verwerkingsgrond van het afgewogen belang.

Eén en ander toont niettemin aan dat het allicht tijd is voor een update van cao nr. 81, want ook andere moderne problemen (zoals de *Bring-Your-Own-Device*-mogelijkheid om privé-laptops en privé-smartphones te gebruiken) worden er niet door geregeld.

4. Gegevenskwaliteit

Artikel 4.3 WVP vereist dat enkel relevante persoonsgegevens worden verwerkt, nl. gegevens die “toereikend, ter zake dienend en niet overmatig” zijn. De WVP vereist aldus dat, in functie van de gekozen doeleinden, een juist evenwicht wordt gevonden tussen de hoeveelheid gegevens die worden verzameld en de gegevens die effectief worden verwerkt. Hoewel er daarbij in de WVP en de huidige richtlijn niet uitdrukkelijk sprake is van een verplichting om de gegevensverzameling te minimaliseren, wordt dit wel met zoveel woorden opgelegd door artikel 5, c van het voorstel van verordening. Dergelijke balans, laat staan minimalisatieverplichting, is uiteraard moeilijk verenigbaar met de betrachting van veel *Big-Data*-projecten om zo volumineus mogelijke gegevens te gebruiken, waarvan de relevantie vaak pas achteraf kan komen vast te staan.

Artikel 4.3 WVP vereist verder ook dat persoonsgegevens die onnauwkeurig of onvolledig zouden zijn, worden aangepast of verwijderd. Zoals hoger beschreven, staan met name bij ongestructureerde databanken de relaties tussen de gegevens niet noodzakelijk vast en worden zij vaak uitgedrukt in termen van een waarschijnlijkheid. De vraag rijst hoe en in welke mate, dergelijke aanpassingen of verwijderingen kunnen worden doorgevoerd, indien het voor veel individuele gegevens, in isolatie beschouwd, niet zeker is dat zij betrekking hebben op een bepaalde natuurlijke persoon, en zulke relatie maar met meer zekerheid komt vast te staan via de combinatie van andere gegevens in de databank.

Nog treffender is het contrast tussen de kwaliteitsvereisten van artikel 4.3 WVP en de onnauwkeurigheid die veel *Big-Data*-informatiebronnen kenmerkt, in het bijzonder op het niveau van een individuele persoon. Hoewel bij *Big-Data*-projecten een belangrijk deel van

de tijd wordt besteed aan de opkuis van de inkomende gegevens⁶⁶, zullen er in de gigantische hoop gegevens onvermijdelijk fouten en onnauwkeurigheden optreden. Deze onnauwkeurigheden en fouten vlakken zich weliswaar uit op geaggregeerd niveau, mits het volume aan gegevens voldoende groot is. De WVP trekt echter van het traditionele *Small-Data*-standpunt, met name dat ook op individueel niveau de juistheid van de gegevens moet worden nagestreefd. Beide uitgangspunten lijken ons niet geheel onverzoenbaar, maar wij pleiten eens te meer voor een voorzichtige omgang met de conclusies van *Big-Data*-analyses: hoe slordiger de informatiebronnen zijn, hoe minder de informatiebronnen op individueel niveau gebruikt mogen worden.

5. Verwijdering of anonimisering

De WVP vereist dat persoonsgegevens niet langer in identificeerbare vorm worden bewaard dan noodzakelijk is voor de doeleinden waarvoor de gegevens verzameld werden.⁶⁷ Van zodra die doeleinden bereikt zijn, dienen persoonsgegevens verwijderd of geanonimiseerd te worden. Gegevens die effectief anoniem zijn, dit wil zeggen niet meer via redelijke middelen aan natuurlijke personen kunnen gekoppeld worden⁶⁸, kwalificeren niet langer als ‘persoonsgegevens’ en vallen daarom volledig buiten het toepassingsgebied van de WVP.

In een *Small-Data*-context vergt het wel wat aandacht en tijd van de informatici, maar is het doorgaans duidelijk hoe aan de anonimiseringsvereisten kan worden voldaan. Bij gestructureerde databanken zijn de relaties tussen de verschillende tabellen immers expliciet vastgelegd, zodat men met relatief weinig moeite al de gegevens kan identificeren (en verwijderen) die aan een bepaalde persoon gekoppeld zijn. Een alternatief bestaat erin om in de databank voldoende relaties door te snijden, zodat de gegevens misschien nog wel aanwezig zijn, maar niet meer herleid kunnen worden tot een welbepaalde persoon – dus anoniem zijn geworden.

In een *Big-Data*-context liggen zulke handelingen echter niet voor de hand. Vooreerst kan er opnieuw op gewezen worden dat het bij ongestructureerde gegevens niet altijd duidelijk is welke gegevens aan welke persoon gekoppeld zijn, en is er vaak eerder sprake van een waarschijnlijkheidsgraad, die afhankelijk is van de kwaliteit van de informatiebronnen en de precisie van de gebruikte software en analysemethodes. Daarnaast is ook de anonimisering van gegevens technisch allerminst evident. Met verwijzing naar enkele pijnlijke publieke uitschuivers⁶⁹ wijzen statistici er immers op dat, mits het volume aan gegevens vol-

66. A. JACOBS, “Pathologies of Big Data”, *Communications of the ACM*, 2009, 52 (8), 36-44.

67. Art. 4, § 1, 5° WVP.

68. Zie overweging 26 van richtlijn 95/46/EG.

69. In 2006 publiceerde internettoegangsleverancier AOL een databank met 20 miljoen zoektermen, afkomstig van 650 000 door AOL geanonimiseerde gebruikers. Omwille van het grote volume aan informatie, bleek het in samenhang met andere publieke bronnen echter vrij gemakkelijk om de echte naam en adres van verschillende gebruikers te achterhalen (zie www.google.com/b/BLA50V). In 2007 publiceerde videodistributeur Netflix een – eveneens anoniem geachte – database die

doende groot is, anonimiteit eigenlijk onmogelijk is onder de huidige interpretatie van de wetgeving.⁷⁰ Die vereist immers niet dat personen met naam en adres kunnen worden geïdentificeerd: zelfs gegevens die indirect betrekking hebben op een persoon die enkel onder een pseudoniem bekend is, kwalificeren onder de huidige interpretatie als ‘persoonsgegevens’. De bijzonder zware en technische vereisten die door de Artikel 29 Werkgroep worden opgelegd aan anonimisering, spreken dan ook boekdelen.⁷¹ Het gevolg is dat het begrip ‘persoonsgegeven’ – dat al in de *Small-Data*-context zeer breed was, wegens de ruime definitie en interpretatie ervan – zodanig wordt uitgerekt dat het onderscheid met anonieme gegevens uitgehouden wordt en van weinig nut is.⁷² Omdat het concept ‘persoonsgegeven’ ook in zoveel andere Belgische en Europese regelingen wordt gebruikt, ontstaat er o.i. een legistiek gevaar van een nodeloos brede toepassing van nochtans erg veeleisende wetgeving. Het belang van het onderscheid laat zich echter ook zeer goed in de praktijk voelen, omdat veel informaticasystemen en gegevensverzamelingsmethodes gebouwd zijn rond een verondersteld vrij gebruik van geanonimiseerde gegevens dat niet gehinderd is door wettelijke beperkingen.

Een derde spanningsveld wordt veroorzaakt door de vereiste van de *noodzakelijkheid* om gegevens bij te houden voor de verwezenlijking van de doeleinden. Een loutere *nuttigheid* om gegevens nog langer te bewaren is daardoor niet voldoende. In een *Big-Data*-context dient dit criterium o.i. met meer flexibiliteit te worden toegepast dan in een *Small-Data*-context, omwille van de onvoorspelbaarheid van de analyses. Ook in een *Big-Data*-context dient er echter wel ergens een rem te zitten op de hoeveelheid gegevens die wordt verzameld: nu reeds bestaat er bij sommigen een ongezonde drang naar gegevensverzameling, in de overtuiging dat – mits voldoende gegevens aanwezig zijn – elk fenomeen wel kan worden uitgelegd.⁷³

Maar zoals hoger vermeld, contrasteert de noodzakelijkheidsvereiste met de verzameldrang van *Big Data*, waarbij het *a priori* immers nooit duidelijk is voor welke doeleinden gegevens in de toekomst nog eens nuttig kunnen zijn.

6. Profilering

De WVP bevat als dusdanig geen specifieke regels betreffende profilering van natuurlijke personen, dit wil zeggen het gedetailleerde verzamelen en koppelen van allerhande kenmerken aan natuurlijke personen. Artikel 12*bis* regelt echter wel de *gevolgen* die aan sommige vormen van profilering kunnen worden gekoppeld, door te verbieden⁷⁴ dat beslissingen waaraan rechtsgevolgen verbonden zijn, of die een persoon in aanmerkelijke mate treffen, louter op grond van een geautomatiseerde gegevensverwerking⁷⁵ genomen worden. Het verbod verhindert echter geenszins dat een volautomatische beslissing zou worden voorbereid of ondersteund door softwareberekeningen, zolang er aanvullend maar een menselijke tussenkomst is.

Opmerkelijk is dat de WVP een verbod oplegt, terwijl de Europese richtlijn enkel het recht verleent om zich te verzetten tegen geautomatiseerde beslissingen. Eén van de speerpunten van de nieuwe verordening is echter de bescherming tegen al te verregaande profilering, zodat het niet verbaast dat de verordening ook meer in de richting van een verbod gaat. Volgens het voorstel van verordening mogen de geïmplementeerde volautomatische beslissingen immers enkel genomen worden in het kader van een contractuele relatie, na toestemming van de betrokkene, of op basis van nationale regelgeving. In geen enkele omstandigheid laat het voorstel van verordening echter toe dat volautomatische beslissingen louter op basis van gevoelige gegevens zouden worden genomen.

Er rijzen veel vragen rond het ‘in aanmerkelijke mate’ treffen van een persoon, en de algemene lacune aan WVP-rechtspraak verhelpt hieraan niet. Naast enkele duidelijke gevallen – zoals het automatisch laten selecteren van de werknemers die in aanmerking komen voor collectief ontslag – zijn er immers ook veel minder duidelijke gevallen. Wat bv. te doen met het automatisch laten bepalen van de hoogte van iemands opslag of promotie? *HR* blijft echter bij uitstek mensenwerk, en wij verwachten dan ook niet dat een personeelsdienst ooit beroep zou doen op volautomatische beslissingen. *Big Data* kan helpen om beslissingen voor te bereiden, maar kan ze nooit vervangen.

ongeveer honderd miljoen filmbegroeningen van 480 000 gebruikers bevatte. Opnieuw bleek het via de combinatie met andere publieke bronnen echter mogelijk om diverse gebruikers te deanonimiseren (zie www.goo.gl/PbKO). In het geval van Netflix werd er bovendien een *class action suit* ingespannen op basis van specifieke Amerikaanse wetgeving die de privacy bij videohuur waarborgt.

70. In 2013 kon een onderzoekster bv. 97 % van de meer dan elf duizend personen identificeren die tussen 1930 en 1940 deelnamen aan de seksuele enquêtes van Alfred Kinsey, terwijl hij aanzienlijke voorzorgen had genomen om de anonimiteit van elke deelnemer te waarborgen. Zie A. TANNER, “Anonymous sex survey takers get identified in data drive”, *Forbes* 11 oktober 2013, beschikbaar op www.onforbes/18Uxl3w. Zie, meer in het algemeen, P. OHM, “Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization”, *UCLA Law Review* 57 2010; J. YAKOWITZ, “Tragedy of the data commons”, *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 25, 1, 2011.
71. ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Opinion on Anonymisation Techniques*, 05/2014, 10 april 2014, beschikbaar op www.goo.gl/0FQC8c. Zie ook de richtlijnen van de Engelse privacy-autoriteit: ICO, “Anonymisation: managing data protection risk code of practice”, november 2012, beschikbaar op www.goo.gl/9Z5cmw.
72. I.S. RUBINSTEIN, “Big Data: The end of privacy or a new beginning?”, *International Data Privacy Law* 2013, 2 2013, 78. Zie ook S. MASCETTI, A. MONREALE, A. RICCI en A. GERINO, “Anonymity: A comparison between the legal and computer science perspectives” in S. GUTWIRTH, R. LEENES, P. DE HERT en Y. Poullet (eds.), *European data protection: coming of age*, Springer, 2013, 86-115.
73. S. KAISLER et al., IEEE, *Big data: Issues and challenges moving forward*, HICSS 2013 Conference 2013, 998, beschikbaar op www.goo.gl/lcgaU1.
74. Overigens heeft de betrokkene ook het recht om, in het kader van de transparantieplichtingen, inzage te krijgen in de door de softwareberekeningen gevolgde logica. Rekening houdend met het hogerbeschreven ‘zwarte doos’-gehalte van sommige *Big-Data*-berekeningen, kan dit aanzienlijke moeilijkheden opleveren.
75. De WVP spreekt van “aspecten betreffende zijn persoonlijkheid”, hetgeen de indruk wekt beperkt te zijn tot iemands karakteriële eigenschappen. De Engelse vertaling in de richtlijn (‘personal aspects’) en de voorbeelden in de richtlijn (‘beroepsprestatie, kredietwaardigheid, betrouwbaarheid en gedrag’) wijzen echter op een breder toepassingsgebied.

7. Beveiliging van gegevens

Artikel 16, § 4 WVP verplicht de verantwoordelijke om de gepaste technische en organisatorische maatregelen te treffen die nodig zijn om persoonsgegevens te beschermen tegen o.m. verlies, ongewilde manipulaties en ongeoorloofde toegang. Er worden daartoe door de WVP geen concrete technische standaarden opgelegd⁷⁶: de genomen maatregelen moeten een ‘passend’ niveau van beveiliging bieden dat rekening houdt met enerzijds de stand van de techniek ter zake en de kosten voor het toepassen van de maatregelen en anderzijds de aard van de te beveiligen gegevens en de potentiële risico's.

Omwille van de schaal van de databank, alsook de concentratie en combinatie van gegevens, zullen de veiligheidsrisico's bij *Big-Data*-databanken doorgaans aanzienlijk hoger zijn dan bij *Small Data*. De overgang van *Small Data* naar *Big Data* kan vanuit veiligheidsstandpunt vergeleken worden met de overgang van een papieren naar een elektronische omgeving: de gevolgen van een verlies van enkele medische dossiers op papier is immers van een andere grootteorde dan het verlies van een USB-geheugenstick met daarop honderdduizend medische dossiers. De meeste ondernemingen missen echter een systematische aanpak rond gegevenstoegang, en de schaal van *Big-Data*-databanken maakt dit probleem nog veel groter.⁷⁷

De effectieve risico's zullen uiteraard variëren in functie van de feitelijke omstandigheden. Een *Big-Data*-databank die voornamelijk uit ruwe gegevens bestaat waaruit de relevante correlaties nog moeten worden afgeleid, zal bv. minder beveiligingsrisico scheppen dan een databank waar de correlaties reeds expliciet in opgenomen zijn. Zo ook zal de aard van de gegevens mede bepalend zijn: de massale opslag van zeer delicate gegevens houdt uiteraard andere risico's in dan de opslag van eerder banale gegevens. Toch zijn de risico's minder goed in te schatten dan in een *Small-Data*-context, want zoals hoger beschreven, zouden ook banale gegevens weleens tot uiterst delicate uitkomsten kunnen leiden.

8. Recht op informatie, correctie en verzet

De WVP geeft elke betrokkene niet alleen het recht om kennis te krijgen van het al dan niet bestaan van verwerkingen van zijn gegevens (art. 10, § 1, a), maar ook om desgevallend geïnformeerd te worden over de gegevens die effectief verwerkt worden (art. 10, § 1, b). In tegenstelling tot wat soms wordt voorgehouden, impliceert dit niet dat de betrokkene het recht heeft om een integrale kopie van zijn gegevens te verkrij-

gen⁷⁸, maar volstaat het om een overzicht te geven ‘in begrijpelijke vorm’ (bv. een mondelinge samenvatting). Aangezien ongestructureerde databanken vaak geen heldere één-op-éénrelatie kennen tussen een natuurlijke persoon en de gegevens die op hem betrekking hebben, kunnen er moeilijkheden rijzen in de – in de praktijk overigens eerder uitzonderlijke – gevallen waarin het recht wordt uitgeoefend. Hetzelfde geldt voor het recht om foutieve informatie te corrigeren (art. 12 WVP).

Potentieel nog moeilijker is het recht dat artikel 10, § 1, b aan elke betrokkene geeft om informatie te krijgen over de oorsprong van de hem betreffende persoonsgegevens. In een *Big-Data*-opzet zullen er immers vele bronnen gecombineerd worden, die misschien zelf ook gedeeltelijk bestaan uit combinaties van nog andere bronnen. De vermenging die optreedt kan het erg moeilijk maken om de effectieve oorsprong op te sporen.

B. Discriminatie

Een Amerikaans bedrijf legt er zich op toe om kandidaten te screenen voor callcenters. Omwille van hun omvang en het feit dat alle werknemers sterk vergelijkbaar werk verrichten, kunnen callcenters veel baat hebben bij *Big-Data*-analyses. Aan de hand van een aantal uiteenlopende criteria, die ze o.m. uit publiek beschikbare informatie putten, wijst het bedrijf quasi-feilloos de beste kandidaten aan. Bepaalde criteria hanteren zij echter bewust niet, zoals de afstand tot het callcenter. Die afstand zou immers een indirecte discriminatie op grond van afkomst kunnen vormen, zo stelt het bedrijf: afhankelijk van de wijk kan de etnische afkomst in bepaalde regio's in de VS immers sterk verschillen.⁷⁹

In België is dit voorbeeld weinig pertinent, maar het toont wel meteen een belangrijk risico van het gebruik van geautomatiseerde gegevensverwerking aan: wie veel informatie verwerkt, zal waarschijnlijk ook delicate gegevens verwerken. Wanneer men aan die informatie consequenties gaat verbinden, riskeert men zich op het terrein van de (indirecte) discriminatie te begeven. Eens een onderneming zich via softwarehulpmiddelen aan allerlei *HR*-voorspellingen waagt op basis van o.m. discriminerende criteria, bestaat bovendien het gevaar dat dergelijke discriminatie zich gaandeweg al maar meer permanent manifesteert, want veel softwarehulpmiddelen hebben een trainingsfase en/of leren tijdens het gebruik bij over de wijze waarop de onderneming een databank wil toegepast zien.⁸⁰

De Discriminatiewet van 10 mei 2007 verbiedt elke

76. Al is er daartoe wel een beperkte aanzet door de Privacycommissie, zie de *Richtsnoren met betrekking tot de informatiebeveiliging van persoonsgegevens* van juni 2012 (beschikbaar op www.goo.gl/RDo504), alsook de *Aanbeveling uit eigen beweging betreffende de na te leven veiligheidsmaatregelen ter voorkoming van gegevenslekken*, nr. 01/2013 van 21 januari 2013 (beschikbaar op www.goo.gl/zJUZXR).

77. N. KSHETRI, “Big data’s impact on privacy, security and consumer welfare” in *Telecommunications Policy* 2014, 38, 2014, 1135.

78. Vgl. echter met het recht van ‘dataportabiliteit’ dat in de ontwerpverordening is opgenomen, waar zulk recht op integrale kopie (binnen bepaalde grenzen) wel is opgenomen.

79. D. PECK, o.c.

80. B.W. SCHERMER, o.c., 47.

directe of indirecte discriminatie op grond van leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, syndicale overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, een fysieke of genetische eigenschap of sociale afkomst.⁸¹ Wat de arbeidsbetrekking betreft, is deze wet vooreerst van toepassing op de voorwaarden voor toegang tot arbeid, o.m. in de bepaling en de toepassing van de selectiecriteria en de selectiekanalen die worden gehanteerd in het wervingsproces. Uit de *Big-Data*-literatuur kan hier het voorbeeld worden genomen dat de kans dat een kandidaat een goede werknemer wordt, aanzienlijk blijkt toe te nemen wanneer men zijn lidmaatschap van verenigingen in rekening brengt (het optimale aantal blijkt tussen één en vier verenigingen te liggen).⁸² Een kandidaat kan zeer actief zijn op het forum van seniorennet.be, of de Facebookpagina van de Arabisch-Europese Liga of Femma *geliked* hebben. Een (al dan niet geoorloofd) onderscheid op grond van leeftijd, politieke overtuiging, geloof of levensbeschouwing is daarmee niet ver weg.

Daarnaast is de Discriminatiewet van toepassing op de bepalingen en de praktijken met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden en beloning, o.m. de regelingen met betrekking tot het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun arbeid.

De Welzijnswet⁸³ verplicht werkgevers om een risicoanalyse uit te voeren van de psychosociale risico's op de werkvloer. Op basis van de resultaten van deze analyse moet de werkgever de nodige preventiemaatregelen nemen. Sinds de wetwijziging van 28 februari 2014⁸⁴ omvatten psychosociale risico's ook expliciet het risico van stress op de werkvloer en *burn-out*. Een aantal signalen van een sluimerende *burn-out* kan via *Big Data* eenvoudig gedetecteerd worden (o.m. door software die de taal en de toon van e-mails analyseert⁸⁵). De werkgever die op basis van deze detectie individuele maatregelen neemt, maakt echter onmiskenbaar een verschil in behandeling op grond van huidige of toekomstige gezondheidstoestand en dreigt al snel teruggefloten te worden wanneer hij dit verschil niet kan rechtvaardigen.

De Welzijnswet en het KB Gezondheidstoezicht⁸⁶ laten op dit punt overigens weinig ruimte voor de werkgever, eens de vereiste collectieve preventiemaatregelen genomen zijn. Een werkgever die vaststelt dat zijn werknemer op een *burn-out* afstevent, kan hem adviseren zich bij de arbeidsgeneesheer te melden voor een spontane raadpleging, maar de werknemer kan daar niet toe verplicht worden.⁸⁷ Het terugplaatsen van de

werknemer naar zijn vroegere functie of het tijdelijk verminderen van zijn uren zijn uiteraard evenmin mogelijk zonder het akkoord van de werknemer, zelfs wanneer deze maatregelen manifest de gezondheid van de werknemer ten goede zouden komen.

De Discriminatiewet is ook van toepassing op de bepalingen en de praktijken inzake de beëindiging van de arbeidsbetrekking. Volgens *Big-Data*-analyses kan de productiviteit van werknemers met een uitvoerende functie o.m. gemeten worden aan de hand van de wijze waarop zij hun computer gebruiken: hoe vaak switchen ze tussen applicaties, hoe lang wordt elke applicatie gebruikt etc. Het valt echter niet uit te sluiten dat deze wijze van gebruik samenhangt met de leeftijd van de werknemer (de *digital native* vs. de *digital immigrant*). Als de productiviteit dan vervolgens het criterium wordt om werknemers te selecteren voor een collectief ontslag, dan is het label van indirecte discriminatie op basis van leeftijd niet veraf. Daaraan staat niet alleen de Discriminatiewet in de weg, maar ook de explicietere verplichting om de leeftijdspiramide van de onderneming te respecteren bij de selectie in het kader van een collectief ontslag (verplichting die bij het verschijnen van deze bijdrage echter nog steeds op een uitvoeringsbesluit wacht).⁸⁸ Ten opzichte van meer traditionele databanken verbreedt *Big Data* het gevaar op discriminatie enerzijds, vanwege de veel grotere schaal van de gegevens die worden verwerkt. Anderzijds laat een oordeelkundig gebruik van *Big Data* mogelijkwijze toe om een veel fijnmaziger oordeel te vellen over elke werknemer. Terwijl de vorige generatie aan softwarehulpmiddelen een opdeling in grove groepen zou voorstellen op basis van slechts enkele criteria, kan *Big Data* een veel verfijndere opdeling voorstellen op basis van een veelvoud aan criteria. Het risico dat een onderneming (misschien zelfs onwetend) één discriminerende factor zou gebruiken, neemt dus misschien wel toe ten opzichte van traditionele databanken, maar de impact van die ene discriminerende factor zal typisch ook wel kleiner zijn. De Belgische rechtspraak is echter eerder terughoudend in het toekennen van (indirecte) discriminatieclaims, zodat men mag aannemen dat deze houding gehandhaafd zal blijven wanneer het (indirect) discriminerend element slechts een van meerdere beoordelingscriteria vormt.

In elk geval kan opnieuw naar de waarschuwing worden verwezen dat *Big Data* een beslissing mag helpen voorbereiden, maar dat de *HR*-professional de taak heeft dit voorbereidend werk te begrijpen en er de mogelijke risico's, o.m. op discriminatie, uit te filteren.

81. Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

82. D. PECK, o.c.

83. Wet betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk.

84. Wet van 28 februari 2014 tot aanvulling van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk wat de preventie van psychosociale risico's op het werk betreft, waaronder inzonderheid geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk.

85. Voor de verzoekenbaarheid met cao nr. 81 verwijzen wij naar afdeling 3.3 hierboven.

86. B van 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemers.

87. Voor werknemers met een veiligheidsfunctie, een functie met verhoogde waakzaamheid, een activiteit met welbepaald risico of een activiteit verbonden aan voedingswaren uitoefenen, geldt daarentegen een verscherpt en verplicht gezondheidstoezicht.

88. Ingevoerd door de Wet Diverse Bepalingen (I) van 29 maart 2012 – De Commissie Brugpensioen vraagt wel reeds een leeftijdsdynamiek in haar onderzoek tot verlaging van de leeftijd SWT.

C. Eigendom van de gegevens

Naast de privacywetgeving en de antidiscriminatie-wetgeving, is ook het intellectuele eigendomsrecht een aandachtspunt bij *Big Data*. De vraag rijst immers wie zich eigenaar mag noemen van de gegevens in een databank en welke rechten anderen hieruit mogen putten. Hierbij dient een onderscheid te worden gemaakt tussen het auteursrecht en het databankrecht.

1. Auteursrecht

Het auteursrecht⁸⁹ beschermt de individuele items (rapporten, e-mails, foto's, video's etc.) van een databank, zodat de voorafgaande toestemming van de auteur moet worden bekomen voordat een item in een databank mag worden opgenomen. Dit geldt evenzeer wanneer de databank enkel binnen de onderneming wordt gebruikt.

De enige voorwaarde voor bescherming is dat een item 'origineel' is in de auteursrechtelijke zin. Hoewel de toepassing ervan op traditionele artistieke werken (schilderijen, romans, gedichten etc.) stilaan uitgekristalliseerd is, is de situatie veel minder duidelijk voor bedrijfsmatige rapporten, e-mails, korte berichten op sociale netwerken etc. De drempel voor auteursrechtelijke bescherming is laag – artistieke intenties of esthetische waarde zijn zeker niet noodzakelijk – maar een eigen 'persoonlijke toets' blijft in principe noodzakelijk. Het gevolg is dat voor sommige items in een *Big-Data*-databank de originaliteit wel zal gehaald worden (bv. creatief geschreven rapporten, e-mails of *tweets*), voor andere allicht niet (bv. technische beschrijvingen), en voor andere zeer zeker niet (bv. rekenbladen met cijfers). De beoordeling vergt echter subjectieve appreciatie en juridische voorkennis, en kan daardoor niet machinaal gebeuren.

Behalve in enkele specifieke gevallen (zoals het ontwikkelen van software), zal de werknemer de auteur zijn van werken die hij in de arbeidsrelatie creëert. Werkgevers die de overdracht van het auteursrecht niet contractueel bedingen, zullen bij de aanleg van een databank in principe de individuele toestemming moeten bekomen voordat items in de databank mogen worden opgenomen. In een *Small-Data*-context, met gestructureerde databanken waarvan de individuele items eerder zelden origineel zijn, is het belang van dergelijke overdrachtsclausules beperkt tot categorieën van werknemers van wie verwacht mag worden dat ze 'originele' werken zouden produceren. In een *Big-Data*-context, waarin ongestructureerde databanken wel allerhande items kunnen bevatten die mogelijk 'origineel' zijn, zal het belang van dergelijke clausules veel ruimer worden. Het kan daarom

raadzaam zijn om de bestaande clausules te herevalueren.

De strenge werking van het auteursrecht en zijn vele exclusieve rechten voor de auteur staan momenteel echter zwaar ter discussie, en met name de toepassing ervan op *data-mining*-activiteiten zal allicht worden versoepeld.⁹⁰ Meer fundamenteel kan bv. de vraag gesteld worden of het auteursrecht, als persoonlijkheidsrecht, zich überhaupt wel mag verzetten tegen het gebruik van een werk als een van de miljoenen 'ruwe bouwstenen' voor machinale analytische doeleinden, waarbij de (fragmenten van de) individuele items geen onderdeel zullen zijn van het eindresultaat.⁹¹

Om die reden zal het voor auteurs ook niet eenvoudig zijn om de onrechtmatige opname van hun werk in een *Big-Data*-databank te bewijzen. Bij traditioneel auteursrecht zal het onrechtmatige gebruik immers veelal extern zichtbaar zijn, bv. omdat kenmerkende tekstfragmenten werden overgenomen. Ook de enorme omvang en de dynamische aard van *Big-Data*-databanken zal dergelijk bewijs verder bemoeilijken.

2. Bescherming van databanken

De originaliteitsdrempel sluit bepaalde soorten gegevens – met name calculaties en metingen – uit van elke auteursrechtelijke bescherming. Om de investeringen te beschermen die gemoeid gaan met de aanleg van databanken, heeft de Europese wetgever in 1996 een aanvullend recht gecreëerd, het zogenaamde *sui-generis*-databankrecht, dat beschermt tegen substantiële overname en hergebruik van de items van de databank.⁹² Belangrijk is echter dat een individueel item uit de databank niét beschermd wordt door dit recht, al kan een item misschien wél beschermd worden door het auteursrecht.

De belangrijkste voorwaarde voor bescherming is dat er aanzienlijke investeringen gemoeid zijn met de verzameling en instandhouding van de individuele items. De investeringen die gepaard gaan met de creatie van een individueel item worden daarbij overigens niet in rekening gebracht. Hierdoor zullen ook veel databanken worden uitgesloten die als '*spin-off*' van een hoofdactiviteit tot stand komen, omdat er geen of weinig kosten gemaakt worden die specifiek met de verzameling of instandhouding te maken hebben. Louter vanuit het perspectief van het *sui-generis*-recht zal er daarom allicht geen toestemming vereist zijn om allerhande *HR*-metingen van een andere onderneming over te nemen. Publieke websites zoals sociale netwerken kunnen soms echter ook als beschermde *sui-generis*-databank kwalificeren, zodat toestemming nodig is om substantiële delen ervan over te nemen, al zullen veel sociale netwerken uitgesloten zijn van bescher-

89. Zie Boek XI, Titel 5 van het Wetboek Economisch Recht (voorheen de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten).

90. EUROPESE COMMISSIE, *A Digital Single Market Strategy for Europe*, 6 mei 2015, COM(2015) 192 final, 15, beschikbaar op www.goo.gl/vTmDVb.

91. M. TRUYENS en P. VAN EECKE, "Legal aspects of text mining", *Computer Law & Security Review*, 2014, 153-170.

92. Zie richtlijn 96/9/EG van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken. De Belgische implementatie is opgenomen in Boek XI, Titel 7 van het Wetboek Economisch Recht.

ming omdat de eigenaars ervan niet gevestigd zijn in de Europese Unie.

Deze wettelijke standaardregeling neemt uiteraard niet weg dat veel databanken commercieel worden aangeboden onder door de eigenaar van de databank (grotendeels) vrij te kiezen licentievoorwaarden, zoals strenge verbodsbepalingen over de doorgifte aan derden, beperkte toegangsvoorwaarden, en limieten op de hoeveelheid gegevens die kan worden gedownload. Op basis van het verbintennisrecht zijn deze aanvullende beperkingen afdwingbaar tegenover de licentienemer. Er mag verwacht worden dat er in de nabije toekomst ook voor HR-doeleinden grote databanken zullen worden aangeboden die aan zulke beperkingen zullen onderworpen worden.

V. Besluit

Big Data stelt hoge eisen aan software, hardware en menselijke specialisten, maar belooft om inzichten te bieden die tot voor kort besloten lagen in een onontginbare berg aan gegevens. De mogelijkheid om via een verfijnde combinatie van factoren betere beslissingen te nemen, alsook om voorspellingen over individuen te doen met een verrassende mate van nauwkeurigheid, zal ook veel werkgevers als muziek in de oren klinken. *Big Data* doet tegelijk echter ook veel privacyvragen rijzen, o.m. door de mogelijkheid om op basis van louter triviale publieke gegevens delicate gegevens over het privéleven te ontdekken. *Big Data* kan bovendien leiden tot informatieasymmetrie⁹³ en (indirecte) discriminatie van werknemers.

De Europese wetgever is zich al een hele tijd bewust van de uitdagingen die de ongebreidelde (online) gegevensinzameling en profilering met zich meebrengen, en hoopt veel op te kunnen lossen met een actualisering van de privacywetgeving. Het is echter jammer dat het voorstel van verordening – o.i. ten onrechte⁹⁴ – veronderstelt dat ook zeer ingrijpende evoluties zoals *Big Data* kunnen gereguleerd worden via enkele incrementele verbeteringen, zoals de verhoging van de transparantie en de vereiste om in nog meer situaties een (beter onderbouwde) toestem-

ming van elk individu te verkrijgen.⁹⁵

Vanuit een *Small-Data*-perspectief zijn zulke incrementele verbeteringen zeker verdedigbaar. Het is immers verbazend hoe goed de aloude gegevensverwerkingsprincipes van de jaren '80 – mits wat extensieve interpretatie – hebben standgehouden in een nochtans zeer snel evoluerende informaticasector. Bovendien lijkt het oude model in een *Small-Data*-context nog altijd goed aan te sluiten bij de privacyverwachtingen van de gemiddelde burger.

Big-Data-gegevensverwerking roept echter vele vragen op waarop het oude model geen goede antwoorden biedt. Tenzij indien het voorstel van verordening nog zwaar zou worden aangepast, dreigen we aldus in een situatie te belanden waarbij nieuwe wetgeving, na jaren onderhandelen en lobbyen, al ernstig achterhaald is door de feitelijke evoluties. Juristen dreigen hierdoor veel tijd te zullen verliezen om *Big-Data*-projecten in het keurslijf van de nieuwe verordening te forceren. Afgaande op de wijze waarop juristen met de vereisten van de huidige richtlijn omgaan, bestaat het risico dat er zeer veel energie aan formaliteiten en oppervlakkige *compliance* zal worden besteed.

Hier wacht de privacy-autoriteiten een belangrijke taak. Zoals de interpretatie van de huidige richtlijn heeft geïllustreerd, bieden de aloude principes wel veel ruimte tot interpretatie, om zo het keurslijf wat harder of zachter aan te spannen in functie van de evoluties in de sector. Ook positief is dat het voorstel van verordening het uitvaardigen van bindende technische standaarden mogelijk maakt, waarin mogelijk een pragmatische balans kan worden gevonden. De praktijkjurist mag bovendien niet vergeten dat, in het huidige enthousiasme omtrent *Big Data*, veel databanken onterecht als 'Big' zullen worden gelabeld. Gegevensanalyses betreffende slechts enkele duizenden werknemers zijn dat echter manifest niet, en kunnen o.i. vrij goed worden geregeld door het voorstel van verordening.

NASCHRIFT

Dit artikel kwam mee tot stand op basis van onderzoek uitgevoerd in het kader van IWT-SBO project nr. 110067.

93. Zie hierover ARTIKEL 29 WERK GROEP, *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, o.c., 46.

94. In dezelfde zin: zie I.S. RUBINSTEIN, "Big Data: The end of privacy or a new beginning?", *International Data Privacy Law* 2013, 2, 2013, 76.

95. Volledig bijgetreden door de ARTIKEL 29 WERK GROEP (zie het standpunt van 16 september 2014 "on the impact of the development of big data on the protection of individuals with regard to the processing of their personal data in the EU", beschikbaar op www.goo.gl/nolp7c). Het voorstel bevat overigens wel degelijk enkele meer verregaande nieuwigheden (zoals het recht op dataportabiliteit en het recht op vergeten), maar die zijn o.i. in een *Big-Data*-context slechts van secundair belang, en bieden alleszins geen antwoord op de kernvragen die wij hierboven stelden.

Rechtspraak 2014 in vogelvlucht

Isabelle Van Hiel

Assistente arbeidsrecht, vakgroep criminologie, strafrecht en sociaal recht

Naar jaarlijkse traditie volgt hieronder een overzicht van de meest markante Belgische en Europese rechtspraak van het afgelopen jaar.

INHOUD

I.	Arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers	133
II.	Opzegging	134
	A. Opzegging met vrijstelling van prestaties	134
	B. Opzegging voor begin van uitvoering arbeidsovereenkomst met proefbeding	135
	C. Mogelijkheid van concurrentie bij concurrentiebeding	135
	D. Afstand van recht	135
III.	Willekeurig ontslag	136
	A. Onderscheid arbeiders/bedienden	136
	B. Motieven vermeld in C4	136
IV.	Vermindering van arbeidsprestaties	137
	A. Berekening beschermingsvergoeding bij ontslag tijdens deeltijds ouderschapsverlof	137
	B. Berekening opzeggingsvergoeding bij vrijwillige deeltijdse werkhervatting	137
V.	Discriminatie	137
	A. Zwaarlijvigheid als handicap	137
	B. Moederschap en ouderschap	138
	C. Geslachtsverandering	139
VI.	Personeelsafgevaardigden	139
	A. Ingang termijn voor aanhangig maken geschil bij arbeidsrechtbank	139
	B. Beschermingsvergoeding bij gerechtelijke ontbinding	139
VII.	Arbeidstijd	140
	A. Kwalificatie wachtdiensten als arbeidstijd	140
	B. Financiële vergoeding voor niet-opname jaarlijkse vakantie	140
	C. Dagcontracten bij uitzendarbeid	140
VIII.	Loon	141
	A. Loon voor niet-gewerkte uren	141
	B. Promotionele kortingsbonnen	141
	C. Loon waarop socialezekerheidsbijdragen verschuldigd	141
	D. Opleggen van minimumlonen in openbare aanbestedingen	142
IX.	Collectief arbeidsrecht	142
	A. Cao's voor (schijn)zelfstandigen	142
	B. Overgang van onderneming en nawerking	143
	C. Uitsluiting gesubsidieerde werknemers van vertegenwoordiging	143
	D. Recht van militairen om vakbonden op te richten	143
	E. Stakingsrecht	144

I. Arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers

Zowel het Hof van Cassatie als het Grondwettelijk Hof werden in 2014 geconfronteerd met geschillen over de arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers. De voordelen van de Arbeidsovereenkomst voor Handelsvertegenwoordigers worden immers alleen toegekend aan handelsvertegenwoordigers die het beroep op bestendige en hoofdzakelijke wijze uitoefenen. Het is de werknemer die zich wil beroepen op de bijzondere voorschriften van de Arbeidsovereenkomstenwet voor Handelsvertegenwoordigers, die moet bewijzen dat de handelsvertegenwoordiging het voornaamste voorwerp van zijn arbeidsovereenkomst heeft uitgemaakt. De vraag die aan het Hof van Cassatie werd voorgelegd is of hij het in artikel 4, tweede lid van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalde vermoeden daarvoor kan invoeren. Het arbeidshof te Antwerpen had in de lijn van de meerderheidsrechtspraak¹ geoordeeld dat artikel 4 enkel betrekking had op het bestaan van de voor een arbeidsovereenkomst kenmerkende gezagsverhouding en dus niet nuttig kon worden ingeroepen. Het arrest werd in cassatie bevestigd. Het Hof² stelde dat de bepalingen van titel IV van de arbeidsovereenkomstenwet, alsmede uit de wetgeschiedenis volgt dat artikel 4, tweede lid, met het oog op het voorkomen van misbruiken, een vermoeden instelt dat de tussenpersoon die voor een opdrachtgever een activiteit van handelsvertegenwoordiging uitoefent, niet als zelfstandige maar als werknemer is tewerkgesteld. Het vermoeden slaat derhalve alleen op het bestaan van de voor een arbeidsovereenkomst kenmerkende gezagsverhouding, zodat hij derhalve zelf moet bewijzen dat zijn overeenkomst de handelsvertegenwoordiging als voornaamste voorwerp heeft.

Dat de werknemers die occasioneel cliënteel opsporen en bezoeken, niet kunnen genieten van de voordelen van de arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers en vooral van de toekenning van een uitwinningsvergoeding bij ontslag, leidde ook tot een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof.³ Het Hof achtte het onderscheid verantwoord. Volgens het Hof berust het in het geding zijnde verschil in behandeling op een objectief criterium, namelijk het feit of de werknemer die het beroep van handelsvertegen-

1. Arbh. Antwerpen 13 februari 2004, *JTT* 2004, 361; Arbh. Brussel 23 oktober 2009, *JTT* 2010, afl. 1057, 36; Arbh. Brussel 3 september 2010, *JTT* 2010, afl. 1089, 77.
2. Cass. 5 mei 2014, S.12.0036.N, *JTT* 2014, afl. 1194, 316, www.juridat.be.
3. GwH 10 juli 2014, nr. 101/2014, *JLMB* 2014, afl. 35, 1652, noot F. KEFER, www.const-court.be.

woordiger uitoefent zijn klanten al dan niet bezoekt en het feit dat hij dat beroep al dan niet op bestendige wijze uitoefent. In zoverre de wetgever de handelsvertegenwoordigers wil beschermen tegen een tendens die beoogt hen aan de arbeidswetgeving te onttrekken, streeft hij een wettig doel na. Het verschil in behandeling is pertinent ten opzichte van dat doel, vermits de tendens zich enkel voordeed t.a.v. de handelsvertegenwoordigers en niet t.a.v. andere beroepen en vermits die andere beroepen reeds de bescherming van andere wetgeving genoten. Het was ook niet onevenredig t.a.v. het nagestreefde doel. De werknemer die niet op bestendige wijze het beroep van handelsvertegenwoordiger uitoefent, maar die af en toe klanten bezoekt, kan immers wel aanspraak maken op het commissieloon van artikel 90, evenals de opzeggingstermijnen of vergoedingen die worden voorzien in hoofdstuk IV van de arbeidsovereenkomstenwet.

II. Opzegging

A. Opzegging met vrijstelling van prestaties

2014 en begin 2015 brachten veel rechtspraak over de gevolgen van een vrijstelling van arbeidsprestaties gedurende de opzeggingstermijn. Reeds lang wordt aanvaard dat de uitvoering van de arbeidsovereenkomst tijdens de opzeggingstermijn in onderling akkoord kan worden geschorst. De arbeidsovereenkomst wordt dan beëindigd bij het einde van de opzeggingstermijn⁴ waardoor de verjaringstermijn op dat ogenblik begint te lopen en niet op het ogenblik van de vrijstelling van prestaties.⁵ Anders is het wanneer de schorsing niet in onderlinge overeenstemming gebeurt. Het niet verschaffen van werk maakt in dat geval een eenzijdige wijziging van een essentiële arbeidsvoorwaarde uit. Sommige rechtspraak leidde daaruit af dat de arbeidsovereenkomst onmiddellijk wordt beëindigd waardoor de verjaringstermijn ook onmiddellijk begint te lopen.⁶ Het Hof van Cassatie⁷ schepte begin 2015 duidelijkheid. Volgens het Hof eindigt de arbeidsovereenkomst in geval van vrijstelling van prestaties niet op het ogenblik van vrijstelling van prestaties, zodat de verjaringstermijn op dat ogenblik begint te lopen, zoals het arbeidshof van Brussel had beslist. Hoewel de vrijstelling van prestaties waarover eenzijdig wordt beslist door de werkgever een eenzijdige wijziging van een essentiële arbeidsvoorwaarde kan uitmaken die beschouwd kan worden als een ontslag, hoeft de beëindiging van de arbeidsovereenkomst niet noodzakelijk plaats te vinden op het ogenblik van de wijzi-

ging. De gevolgen voor de arbeidsovereenkomst zijn immers afhankelijk van de houding van de werknemer. Deze heeft verschillende opties. Hij kan de werkgever laten weten dat hij de arbeidsovereenkomst als beëindigd beschouwd, in welk geval de arbeidsovereenkomst op dat ogenblik eindigt. Hij kan ook de arbeidsovereenkomst voorlopig verderzetten onder de nieuwe voorwaarden en de werkgever aanmanen de overeengekomen arbeidsvoorwaarden te herstellen binnen een bepaalde termijn, op straffe van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. In die hypothese vindt de beëindiging plaats bij afloop van de termijn. Tenslotte kan hij ook afzien van het inroepen van de verbreking van de overeenkomst en dan blijft deze bestaan tot ze op een andere manier eindigt.

Lagere rechtspraak boog zich ook over de gevolgen van een vrijstelling van prestaties in samenhang met een absolute of relatieve nietigheid van de opzegging. In een eerste zaak was tussen werkgever en werknemer een vrijstelling van prestaties gedurende de opzeggingstermijn overeengekomen. De werkgever had echter nagelaten de opzeggingsbrief via aangetekend schrijven of deurwaardersexploot ter kennis te brengen aan de werknemer. Volgens artikel 37, § 1, vierde lid van de Arbeidsovereenkomstenwet gebeurde de kennisgeving van de opzegging dus onregelmatig en was de opzegging absoluut nietig. Toch oordeelt het arbeidshof van Brussel⁸ dat ook in deze situatie de overeenkomst tot vrijstelling van prestaties niet de onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst inhoudt. De afstand van het recht om onmiddellijk ontslag in te roepen, houdt immers geen afstand in van het recht om de absolute nietigheid van het ontslag in te roepen⁹, terwijl de uitvoering van de arbeidsovereenkomst tijdens de opzeggingstermijn door de vrijstelling van prestaties slechts gedeeltelijk wordt geschorst. In een andere zaak stelde de werkgever de werknemer eenzijdig vrij van prestaties, maar werd de opzeggingstermijn niet vermeld in de opzeggingsbrief. Het arbeidshof van Brussel¹⁰ meende in dit geval dat de relatieve nietigheid van de opzegging de geldigheid van het ontslag niet aantast, zodat de arbeidsovereenkomst onmiddellijk was beëindigd, ongeacht de vrijstelling van prestaties. Wanneer de opzegging nietig is, bevat het ontslag immers geen geldige tijdsbepaling, zodat de arbeidsovereenkomst in beginsel onmiddellijk is beëindigd.¹¹

4. Arbh. Brussel 3 februari 1981, *JTT* 1981, 145.

5. Arbh. Antwerpen 20 november 1984, *Soc.Kron.* 1985, 155.

6. W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium 2013-14*, Mechelen, Kluwer, 2013, 2351 e.v.

7. Cass. 19 januari 2015, AR S.12.0140.F/1, www.juridat.be.

8. Arbh. Brussel 3 februari 2015, AR 2013/AB/1222, www.juridat.be.

9. Cass. 30 mei 2005, *JTT* 2005, 378; Cass. 25 april 2005, *JTT* 2005, 381; Cass. 11 april 2005, *JTT* 2005, 382 en Cass. 28 januari 2008, *JTT* 2008, 239.

10. Arbh. Brussel 1 april 2014, AR nr. 2012/AB/1192, www.juridat.be.

11. Cass. 25 april 2005, *NJW* 2005, 1026, noot G. DE MAESENEIRE en T. BECKERS.

B. Opzegging voor begin van uitvoering arbeidsovereenkomst met proefbeding

Het artikel 81, § 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet werd ondertussen afgeschaft door de invoering van het eenheidsstatuut, maar onlangs maakte het Hof van Cassatie een einde aan een jarenlange discussie over de toepassing ervan. Krachtens dit artikel, kon de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd zonder dringende reden niet eenzijdig worden beëindigd dan met inachtneming van een opzeggingstermijn van zeven dagen. Wanneer dergelijke opzegging tijdens de eerste maand werd gegeven, had de beëindiging ten vroegste uitwerking op de laatste dag van deze maand. Niets verhinderde dat de arbeidsovereenkomst werd opgezegd voor elk begin van uitvoering. Welke opzeggingstermijn in dat geval in acht moest worden genomen, was echter minder duidelijk. Sommigen pasten artikel 81 van de Arbeidsovereenkomstenwet toe op deze situatie¹², terwijl anderen stelden dat artikel 82 moest worden gevolgd.¹³ De rechtspraak¹⁴ die artikel 81 toepaste, beriep zich vaak op het cassatiearrest van 2000.¹⁵ Andere rechtspraak¹⁶ achtte dit arrest niet relevant, vermits het alleen betrekking had op de opzeg door een werknemer tijdens de proeftijd, van een arbeidsovereenkomst waarvan de uitvoering geschorst was door ziekte. Deze rechtspraak greep terug naar het cassatiearrest van 26 september 1994¹⁷ dat de mogelijkheid tot opzegging van een arbeidsovereenkomst, waarvan de uitvoering nog niet is aangevangen, erkende. Het arbeidshof van Brussel wiens arrest aanleiding gaf tot cassatie, behoorde tot de tweede strekking. Die werd nu in cassatie bevestigd. Volgens het Hof¹⁸ beletten de bepalingen van artikel 81 van de Arbeidsovereenkomstenwet niet dat vóór het begin van de uitvoering van de proeftermijn een opzegging wordt gegeven met een opzeggingstermijn die in de regel in acht genomen moet worden overeenkomstig artikel 82 van de Arbeidsovereenkomstenwet. Zij laten evenwel niet toe de arbeidsovereenkomst vóór het begin van de uitvoering van de proeftermijn te beëindigen met inachtneming van de in artikel 81 bepaalde verkorte opzeggingstermijn.

C. Mogelijkheid van concurrentie bij concurrentiebeding

Artikel 65, § 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet omschrijft het concurrentiebeding als het beding waarbij de werknemer de verbintenis aangaat bij zijn vertrek uit de onderneming geen soortgelijke activiteiten uit te oefenen, hetzij door zelf een onderneming uit te baten, hetzij door in dienst te treden bij een concurrerende werkgever waardoor hij de mogelijkheid heeft de onderneming die hij heeft verlaten, nadeel te berokkenen door de kennis die eigen is aan die onderneming en die hij op industrieel of op handelsgebied in die onderneming heeft verworven, voor zichzelf of ten voordele van een concurrerende onderneming aan te wenden. Het arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, leidde uit deze bepaling af dat het concurrentiebeding geen uitwerking kan hebben als de gewezen werknemer bij een niet-concurrerende firma is gaan werken, alwaar hij de opgedane kennis niet kon aanwenden en dus niet de mogelijkheid had zijn vroegere werkgever te benadelen. Eerder had het arbeidshof van Brussel¹⁹ in dezelfde lijn gemeend dat het aan de rechter toekomt om na te gaan of de gewezen werknemer de mogelijkheid heeft om de kennis, eigen aan de onderneming, die hij op industrieel of op handelsgebied heeft verworven, te gebruiken op een wijze dat hij de gewezen werkgever nadeel berokkent. Deze zienswijze werd echter niet gedeeld door het Hof van Cassatie²⁰ dat oordeelde dat het volstaat dat de werknemer op het ogenblik van het beëindigen van de arbeidsovereenkomst de mogelijkheid heeft zijn gewezen werkgever te benadelen door die kennis aan te wenden voor zichzelf of ten voordele van een concurrerende onderneming. Het is derhalve niet vereist dat hij deze kennis op zijn nieuwe arbeidsplaats ook effectief kan aanwenden.

D. Afstand van recht

Een werknemer kan niet stilzwijgend afstand doen van de bescherming van artikel 9, eerste en tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet, door herhaaldelijk te werken zonder schriftelijke arbeidsovereenkomst. Het Hof van Cassatie verwierp een cassatieberoep tegen het arrest van het arbeidshof te Brussel dat de afstand van recht had geweigerd. Artikel 9, eerste lid van de

12. L. DEAR en S. GILSON, "Le droit de démission. Quelques questions controversées" in *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail – Hommage à Pierre Blondiau*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, 139; G. HELIN, "Verbreking vóór het begin van uitvoering", *Or.* 1980, 53-56; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium 2013-14*, Mechelen, Kluwer, 2013, 736.
13. F. HENDRICKX, "Opzegging van de arbeidsovereenkomst voor bedienden vóór uitvoering", *Or.* 1995, 137; I. PLETS, "Beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voor het begin van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst en tijdens de opzeggingstermijn", *TSR* 1998, 565; S. ROGER, "Verbreking van een arbeidsovereenkomst vóór uitvoering en proefbeding: welke wetsbepaling regelt de opzegging?", *JTT* 2013, afl. 1167, 382; M. VRANKEN, "Opzegging van de arbeidsovereenkomst vóór het begin van uitvoering", *Or.* 1985, 143.
14. Arbh. Brussel 20 januari 1993, *JTT* 1993, 348; Arbh. Antwerpen 17 februari 1998, *JTT* 1999, 157; Arbh. Gent (afd. Brugge) 15 maart 2006, *Soc.Kron.* 2009, afl. 5, 250; Arbh. Brussel 10 maart 2010, *JTT* 2010, afl. 1068, 218; Arbrb. Mechelen 25 maart 1986, *JTT* 1987, 259; Arbrb. Brussel 31 januari 1994, *Soc.Kron.* 1995, 234, noot; Arbrb. Kortrijk 25 maart 1997, *TWVR* 1998, 174.
15. Cass. 11 december 2000, *RW* 2001-02, 308.
16. Arbh. Gent 12 juni 2013, *JTT* 2013, afl. 1167, 381, zie ook Arbh. Brussel 12 december 1989, *Soc.Kron.* 1990, 263.
17. Cass. 26 september 1994, *JTT* 1994, 472.
18. Cass. 27 januari 2014, AR S.12.0108.N, *JTT* 2014, afl. 1191, 271, *Soc.Kron.* 2014, afl. 3, 155, www.juridat.be.
19. Arbh. Brussel 4 april 2009, *JTT* 2009, afl. 1048, 381.
20. Cass. 5 mei 2014, S.12.0058.N, *JTT* 2014, afl. 1198, 396, noot, www.juridat.be.

Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat de arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd of voor een duidelijk omschreven werk voor iedere werknemer afzonderlijk schriftelijk wordt vastgesteld, uiterlijk op het tijdstip waarop de werknemer in dienst treedt. Volgens het Hof gaat het om een dwingende bepaling die bescherming biedt ten voordele van de werknemer waaraan hij niet mag verzaken zolang de bestaansredenen ervan aanhoudt. Het arrest dat besliste dat de werknemer slechts na de beëindiging van de contractuele relatie afstand had mogen doen van de wettelijke bescherming en dat het feit dat hij tijdens zijn tewerkstelling zonder protesteren blijkt te hebben aanvaard om herhaaldelijk te werken zonder schriftelijke arbeidsovereenkomst, niet beschouwd kan worden als een impliciete afstand om zich te beroepen op artikel 9, eerste en tweede lid.²¹

III. Willekeurig ontslag

A. Onderscheid arbeiders/bedienden

Na in 2011 het voor arbeiders ongunstige verschil in opzeggingstermijnen en carenzdag ongrondwettig te hebben verklaard, was het dit jaar de beurt aan de voor arbeiders gunstige regeling inzake willekeurig ontslag. Weinig verrassend werd ook deze door het Grondwettelijk Hof²² ongrondwettig geacht. Anders beslissen was immers weinig coherent geweest en bovendien heeft de kwestie sinds de inwerkingtreding van cao nr. 109 aan praktisch belang verloren, zodat het antwoord alleen nog relevant is voor oude geschillen. Al kunnen toch enkele bedenkingen worden gemaakt bij het gemak waarmee het Grondwettelijk Hof de ongrondwettigheid vaststelde in het licht van de feitelijke context van de vraag: het ging immers niet om een bediende die de toepassing van artikel 63 van de arbeidsovereenkomst vorderde, maar om een werkgever die zich tegen de toepassing ervan verzette. Waarschijnlijk wilde het Grondwettelijk Hof ook op dat punt het gelijkheidsbeginsel handhaven. Conclusie was in elk geval dat artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet in het licht van de eerdere rechtspraak van het Hof niet bestaanbaar is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre het op de werkgever die een arbeider ontslaat de bewijslast legt van het niet-willekeurige karakter van dat ontslag en die de werkgever verplicht tot de betaling van een vergoeding die overeenstemt met het loon van zes maanden in geval van willekeurig ontslag, terwijl zulks niet het geval is wanneer een werkgever een werknemer ontslaat die het statuut van bediende heeft. Dit geldt ook wanneer de werknemer een opzeggingstermijn geniet die afwijkt van artikel 59 van de in het geding zijnde

wet en aanleunt bij de opzeggingstermijn die aan de bediende wordt toegekend. Het Hof herhaalt hierbij dat de wil om een geleidelijke harmonisatie van het statuut van arbeider en dat van bediende te bereiken, thans niet langer verantwoordt dat een dergelijk criterium van onderscheid wordt gehandhaafd, met name wat betreft de beperking van de aanvaardbare motieven van ontslag, de omkering van de bewijslast en de forfaitaire vaststelling van de aanvullende ontslagvergoeding die verschuldigd is in geval van willekeurig ontslag. Niettemin zou de niet-gemoduleerde vaststelling van ongrondwettigheid aanzienlijke rechtsonzekerheid teweegbrengen ten nadele van de arbeiders, terwijl die konden worden ontslagen met inachtneming van de opzeggingstermijnen bepaald in artikel 59 van de in het geding zijnde wet. Hoewel de prejudiciële vragen bevestigend dienen te worden beantwoord, worden de gevolgen van de in het geding zijnde bepaling derhalve gehandhaafd tot 1 april 2014. Of de handhaving ook geldt t.a.v. arbeiders ontslagen voor 1 april 2014 met hogere dan de in artikel 59 voorziene opzeggingstermijnen, zoals in de zaak die aanleiding gaf tot het geschil, is niet zonneklaar. Hoewel hun opzeggingstermijnen strikt gezien niet worden bepaald op grond van artikel 59, lijkt ook t.a.v. deze arbeiders de overweging van arrest nr. 84/2001 van 21 juni 2001 stand te houden dat het willekeurig ontslag hun weliswaar iets betere, maar nog steeds aan die van de bedienden inferieure opzeggingstermijnen moet compenseren.

B. Motieven vermeld in C4

In de lijn van de lagere rechtspraak in verband met de private sector²³ oordeelde het Hof van Cassatie²⁴ dat ook publieke overheden bij betwisting niet gebonden zijn door de reden tot ontslag opgegeven in het werkloosheidsformulier. Uit artikel 2 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen dat voorschrijft dat de bestuurshandelingen bedoeld in artikel 1 moeten worden gemotiveerd, kan immers niet worden afgeleid dat, ook al was het ontslag van een contractuele arbeider door dat bestuur gemotiveerd, dat bestuur bij betwisting het bewijs niet kan leveren van het niet-willekeurig karakter van het ontslag, niettegenstaande eventuele onregelmatigheden ervan op die grond.

21. Vgl. Afstand van minimumloon in B. DE WOLF en I. VAN HIEL, "Rechtspraak 2012 in een notendop", *Or.* 2013, afl. 6, 159.

22. GwH 18 december 2014, nr. 187/2014, www.const-court.be.

23. W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium 2013-14*, Mechelen, Kluwer, 2013, 2483 en aldaar geciteerde rechtspraak.

24. Cass. 12 mei 2014, AR S.13.0092. F, *JTT* 2014, afl. 1194, 314, noot, www.juridat.be.

IV. Vermindering van arbeidsprestaties

A. Berekening beschermingsvergoeding bij ontslag tijdens deeltijds ouderschapsverlof

In het arrest *Meerts*²⁵ besliste het Hof van Justitie al dat de ontslagvergoeding bij vermindering van arbeidsprestaties in het kader van ouderschapsverlof berekenen op grond van het verminderde loon een schending van clause 2, punten 4 tot en met 7, van de raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof uitmaakt. Vorig jaar sprak het Hof zich ook uit over de berekening van de forfaitaire vergoeding van zes maanden loon die de werkgever verschuldigd is bij ontslag tijdens ouderschapsverlof zonder dringende of voldoende reden. Deze wordt overeenkomstig artikel 101 van de sociale herstelwet ook berekend op basis van loon voor verminderde arbeidsprestaties waardoor de bescherming van de werknemer in ouderschapsverlof wordt uitgehold. Volgens het Hof kan de Belgische regeling worden gekwalificeerd als een “nodige maatregel om de werknemers tegen ontslag wegens het aanvragen of opnemen van ouderschapsverlof te beschermen” in de zin van clause 2, punt 4, van de raamovereenkomst. In de lijn van *Meerts* stelt het Hof vast dat een dergelijke beschermingsmaatregel haar nuttige werking grotendeels zou verliezen indien de forfaitaire beschermingsvergoeding waarop een voor onbepaalde duur aangeworven voltijdse werknemer recht heeft bij onwettig ontslag tijdens een deeltijds ouderschapsverlof, wordt bepaald op basis van het verminderde loon dat tijdens zijn deeltijds ouderschapsverlof is betaald. Het gevaar bestaat immers dat deze forfaitaire vergoeding onvoldoende afschrikende werking heeft om te kunnen verhinderen dat werknemers tijdens hun deeltijds ouderschapsverlof worden ontslagen, wat zou leiden tot een geringere werkzekerheid voor werknemers die ervoor hebben geopteerd deeltijds ouderschapsverlof op te nemen en hun ervan voor weerhouden ouderschapsverlof op te nemen. Zo zou de beschermingsregeling die is ingevoerd bij clause 2, punt 4, van de raamovereenkomst gedeeltelijk worden uitgehold, wat ook zou ingaan tegen de doelstelling van de raamovereenkomst, voor zover deze de mogelijkheid wil bieden om de uitoefening van een beroepsactiviteit en het gezinsleven beter te combineren. Bijgevolg moet wanneer een voor onbepaalde duur aangeworven voltijdse werknemer tijdens zijn deeltijds ouderschapsverlof onwettig is ontslagen, de forfaitaire beschermingsvergoeding worden bepaald op basis van het loon van deze werknemer voor voltijdse arbeidsprestaties.

B. Berekening opzeggingsvergoeding bij vrijwillige deeltijdse werkhervatting

Nadat het Grondwettelijk Hof zich in 2009 al eens had moeten uitspreken over de berekening van de opzeggingsvergoeding bij deeltijdse werkhervatting na arbeidsongeschiktheid, diende het Hof²⁶ dat in 2014 opnieuw te doen. Verschil met het arrest nr. 89/2009²⁷ was dat de deeltijdse werkhervatting in dit geval vrijwillig was, op verzoek van de werknemer en zonder tussenkomst van de adviserend geneesheer van zijn ziekenfonds. Er was ook geen arbeidsovereenkomst opgemaakt die voldeed aan de bij artikel 11*bis* van de Arbeidsovereenkomstenwet gestelde vereisten en de arbeidsduurvermindering vond plaats buiten het wettelijke kader van de sociale herstelwet. De situatie kon derhalve worden onderscheiden van de situatie die aanleiding gaf tot het arrest nr. 89/2009. In dat arrest had het Hof geoordeeld dat artikel 39, § 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schond, indien het in die zin werd geïnterpreteerd dat de arbeidsongeschikte werknemer die met toestemming van de adviserend geneesheer van zijn ziekenfonds het werk gedeeltelijk hervat, slechts recht had op een opzeggingsvergoeding, berekend op basis van het verminderde loon. Redenering was dat de werknemer niet zelf had gekozen voor de deeltijdse tewerkstelling, maar daartoe werd gedwongen door zijn gezondheidstoestand. Wanneer de werknemer echter zijn prestaties op vrijwillige basis beperkt, meent het Hof dat het niet zonder redelijke verantwoording is de opzeggingsvergoeding te berekenen op basis van het verminderde loon.

V. Discriminatie

A. Zwaarlijvigheid als handicap

In 2013 verruimde het Hof van Justitie²⁸ het begrip “handicap” van de richtlijn 2000/78 door te erkennen dat een chronische, niet-aangeboren ziekte een handicap kan uitmaken. Het oogt dan ook niet verwonderlijk dat in 2014 het Hof²⁹ opnieuw werd geconfronteerd met een prejudiciële vraag over de interpretatie van dit begrip, met name of zwaarlijvigheid een handicap kan uitmaken. Vooreerst stelde het Hof dat het Unierecht met betrekking tot arbeid en beroep geen algemeen beginsel van non-discriminatie op grond van zwaarlijvigheid als dusdanig bevat en dat de werkingsfeer van richtlijn 2000/78 niet naar analogie kan worden uitgebreid tot andere discriminaties dan die gebaseerd op de in artikel 1 van deze richtlijn limita-

25. HvJ 27 februari 2014, nr. C-588/12, Lyreco Belgium NV/SOPHIE ROGIERS.

26. GwH 16 oktober 2014, nr. 152/2014, RABG 2015, afl. 3, 151, noot D. VAN STRIJTHEM, M. VAN INGELGEM en N. PELICAEN, www.const-court.be.

27. GwH 28 mei 2009, nr. 89/2009, JTT 2009, afl. 1040, 252, www.const-court.be.

28. HvJ 11 april 2013, C-335/11 en C-337/11, Ring/Skouboe Werge, geciteerd in B. DE WOLF en I. VAN HIEL, “Tijd voor een terugblik op de rechtspraak van 2014!”, *Or.* 2014, afl. 8, 231.

29. HvJ 18 december 2014, nr. C-354/13, Fag og Arbejde (FOA)/Kommunernes Landsforening (KL).

tief opgesomde gronden.³⁰ Evenwel kan zwaarlijvigheid een handicap in de zin van de richtlijn vormen. Het Hof verwees hierbij naar haar vroegere beslissing in *HK Danmark*³¹ om het begrip ‘handicap’ in de zin van richtlijn 2000/78 op te vatten als een beperking die met name het gevolg is van langdurige lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels de betrokkene kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen. Het is hierbij niet vereist dat het uitoefenen van een beroepsactiviteit onmogelijk is, het volstaat dat het uitoefenen van een beroepsactiviteit wordt belemmerd. Bovendien hangt het begrip ‘handicap’ in de zin van richtlijn 2000/78 niet af van de vraag in welke mate de betrokkene eventueel heeft bijgedragen tot het ontstaan van zijn handicap en veronderstelt het niet de noodzaak aan passende maatregelen, zodat het gebrek aan redelijke aanpassingen niet de afwezigheid van een handicap bewijst. Het Hof besluit dat, hoewel zwaarlijvigheid van nature niet noodzakelijk tot gevolg heeft dat er sprake is van een beperking en dus als zodanig geen ‘handicap’ vormt in de zin van richtlijn 2000/78, ze het wel kan worden. Dat zal het geval zijn indien zij, gezien de omstandigheden, leidt tot een beperking die met name het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels deze persoon kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen, en die beperking langdurig is. Het Hof geeft daarbij het voorbeeld van een werknemer wiens zwaarlijvigheid hem belet volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen als gevolg van een verminderde mobiliteit of van het feit dat zich bij deze persoon ziekteverschijnselen voordoen die hem beletten zijn werk te verrichten of hem belemmeren bij de uitoefening van zijn beroepsactiviteit. Of dat in de zaak die aanleiding gaf tot de prejudiciële vraag het geval was, wordt overgelaten aan de nationale rechter.

B. Moederschap en ouderschap

In twee arresten van 18 maart 2014³² besliste het Hof van Justitie dat de wensmoeder die dankzij een draagmoederschapsovereenkomst een kind heeft gekregen, geen recht heeft op zwangerschaps- en bevallingsverlof. Artikel 8 van de richtlijn 92/85 vereist immers dat de werkneemster zwanger is geweest en van het kind is bevallen. De weigering van een werkgever om zwangerschaps- en bevallingsverlof of adoptieverlof toe te kennen aan een wensmoeder die een kind heeft gekregen via een draagmoederschapsovereenkomst, maakt

ook geen discriminatie op grond van geslacht uit in de zin van artikel 14 e.a. van de richtlijn 2006/5, omdat de wensmoeder niet ongunstiger wordt behandeld dan de wensvader. Wat de toekenning van een aan adoptieverlof gelijkwaardig betaald verlof betreft, stelt het Hof dat krachtens artikel 16 van richtlijn 2006/54 de lidstaten het recht behouden om een afzonderlijk recht op vaderschapsverlof en/of adoptieverlof te erkennen. De richtlijn laat derhalve aan de lidstaten de keuze om adoptieverlof toe te kennen. De voorwaarden voor toepassing van dit verlof vallen, met uitzondering van regels inzake ontslag en terugkeer naar de werkplek, buiten de werkingssfeer van de richtlijn. Volgens het Hof was er ook geen sprake van discriminatie op grond van handicap in zin van richtlijn 2000/78, uitgelegd tegen de achtergrond van het VN-Verdrag. Hoewel er sprake is van een langdurige beperking die met name het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen, belet volgens het Hof deze beperking op zich een wensmoeder in beginsel niet om toegang te hebben tot arbeid, te werken of carrière te maken, zodat ze ook op dit vlak niet wordt gediscrimineerd.

Ook werd aan het Hof van Justitie³³ gevraagd of een vrouw die ophoudt met werken of het zoeken van werk wegens de fysieke ongemakken die zij ondervindt in een gevorderd stadium van haar zwangerschap en in de periode onmiddellijk na de bevalling, haar status van ‘werknemer’ in de zin van die artikelen verliest. Artikel 7, lid 3, van deze richtlijn preciseert dat een burger van de Unie die niet langer werknemer of zelfstandige is, voor de toepassing van lid 1, sub a zijn status van werknemer of zelfstandige niettemin behoudt in specifieke gevallen, namelijk wanneer hij als gevolg van ziekte of ongeval tijdelijk arbeidsongeschikt is, wanneer hij zich, in bepaalde omstandigheden, in onvrijwillige werkloosheid bevindt, of wanneer hij, onder bepaalde voorwaarden, met een beroepsopleiding start. Het geval van een vrouw die in een bijzondere situatie verkeert vanwege de fysieke ongemakken die zij ondervindt in een gevorderd stadium van haar zwangerschap en in de periode onmiddellijk na de bevalling, wordt echter niet uitdrukkelijk geregeld. Het feit dat deze vrouw gedurende enkele maanden niet daadwerkelijk aan de arbeidsmarkt van het gastland heeft deelgenomen, betekent echter in beginsel niet dat zij gedurende die periode niet langer tot die markt behoort, mits zij binnen een redelijke termijn na de bevalling haar werk weer opvat of ander werk vindt.

30. HvJ 11 juli 2006, C-13/05, *Chacón Navas/Eurest Colectividades* en HvJ 17 juli 2008, C-303/06, *Coleman/Attridge Law en Steve Law*.

31. HvJ 26 september 2013, C-476/11, *HK Danmark/Experian* en HvJ 22 mei 2014, C-356/12, *Glatzel/Freistaat Bayern*.

32. HvJ 18 maart 2014, nr. C-167/12, *C.D.T.S.T.* en HvJ 18 maart 2014, nr. C-363/12, *Z/A Government department, The Board of management of a community school*; zie ook I. VAN HIEL, ‘Moederschap vereist zwangerschap en bevalling’, *Juristenkrant* 2014, afl. 288, 4.

33. HvJ 19 juni 2014, nr. C-507/12, *Jessy Saint Prix/Secretary of State for Work and Pensions*.

C. Geslachtsverandering

Het arbeidshof van Brussel³⁴ veroordeelde een werkgever omwille van het discriminatoir ontslag van een transseksuele werknemer. Tijdens zijn arbeidsgeschiedenis was de werknemer van geslacht veranderd. De werkgever die de geslachtsverandering opmerkte enkele dagen voor zijn terugkeer, ontsloeg de werknemer op zijn eerste werkdag met betaling van een opzeggingsvergoeding. Volgens het Hof volstond het feit dat de werkgever niet de bedoeling had de werknemer te ontslaan totdat hij de geslachtsverandering had vastgesteld, om het bewijs te leveren van discriminatie. In de lijn van het arrest P. van het Hof van Justitie³⁵ en in toepassing van artikel 4 § 2 van de Genderwet oordeelde het Hof dat een persoon ontslaan omwille van haar geslacht of de verandering van haar geslacht een wettelijk verboden discriminatie uitmaakt. Het Hof stelde bovendien dat de vergoeding wegens schending van de Genderwet mag worden gecumuleerd met de vergoeding voor willekeurig ontslag, omdat beiden een verschillend doel nastreven en een onderscheiden schade vergoeden.³⁶

VI. Personeelsafgevaardigden

A. Ingang termijn voor aanhangig maken geschil bij arbeidsrechtbank

Het Grondwettelijk Hof³⁷ werd gevat met een vraag over de grondwettigheid van artikel 6 van de Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden. Het artikel laat voor de personeelsafgevaardigden het aanvangspunt van de termijn van drie werkdagen die erin wordt vastgesteld, lopen vanaf de dag waarop de voorzitter van de arbeidsrechtbank de in artikel 5, § 3, van de Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden bedoelde beslissing heeft genomen. De termijn vangt derhalve niet aan op een vaste datum en verschilt van deze die moet in acht genomen worden bij kandidaat-personeelsafgevaardigden. Het Grondwettelijk Hof hecht veel belang aan de gevolgen van de in artikel 6 vastgestelde termijn. De in het in het geding zijnde artikel 6 vastgestelde termijn is voorgeschreven op straffe van verval.³⁸ De overschrijding ervan brengt aldus de niet-ontvankelijkheid met zich mee van de rechtsvordering die is ingesteld door de werkgever die bij zijn wens zou blijven om de betrokken werknemer

na afloop van de verzoeningsprocedure te ontslaan om dringende redenen. Rekening houdend met de aard van de procedure, met de korte termijn en met de gevolgen die aan de niet-naleving ervan zijn verbonden, beperkt het feit dat die termijn ingaat op een ogenblik waarop de geadresseerde mogelijk nog geen kennis kan hebben van de inhoud van de beslissing, of zelfs kan zijn verstreken vooraleer die geadresseerde de kennisgeving ervan ontvangt, op onevenredige wijze de rechtszekerheid en het recht van de werkgever op toegang tot een rechter. Die kan immers enkel op het ogenblik waarop die beschikking hem bij gerechtsbrief ter kennis wordt gebracht, namelijk uiterlijk de derde werkdag die volgt op de uitspraak ervan, zoals artikel 5, § 3, laatste lid van de wet voorschrijft, met zekerheid kennisnemen van de datum waarop de beschikking van de voorzitter van de rechtbank wordt gewezen en van de inhoud ervan, aldus het Hof.

B. Beschermingsvergoeding bij gerechtelijke ontbinding

In de rechtsleer bestaat onenigheid over de vraag of de gerechtelijke ontbinding op vordering van de werknemer moet worden gelijkgesteld met een ontslag in de zin van artikel 2, § 1, lid 2, 2° van de Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden, nl. de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werknemer wegens feiten die een reden uitmaken die ten laste van de werkgever kan worden gelegd. Opgeworpen kan immers dat de gerechtelijke ontbinding geen beëindiging door de werkgever *c.q.* door de werknemer, maar een beëindiging die tot stand komt door de uitspraak van de rechtbank.³⁹ In een arrest van eind 2013 oordeelde het arbeidshof van Antwerpen⁴⁰ evenwel anders. Volgens het arbeidshof moet de gerechtelijke ontbinding op grond van een ernstige contractuele wanprestatie van de werkgever beschouwd worden als een beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werknemer wegens feiten die een reden uitmaken die ten laste van de werkgever gelegd kan worden zoals bedoeld in artikel 2, § 1, 2° van de Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden. Het arbeidshof besloot dat de werknemer dan ook aanspraak kon maken op de beschermingsvergoeding voorzien in artikel 16 van diezelfde wet.

34. Arbh. Brussel (6e k.) 17 februari 2014, nr. 2011/AB/1054, 2011/AB/1059, *JIT* 2014, afl. 1192, 285, *Soc.Kron.* 2014 (samenvatting), afl. 7, 373, noot J. JACQMAIN.

35. HvJ 30 april 1996, C-13/94, P/S en Cornwall County Council.

36. Vgl. Cass. 20 februari 2012, AR S.100048.F, www.juridat.be.

37. GwH 10 juli 2014, nr. 105/2014, www.const-court.be, *JLMB* 2014, afl. 31, 1471.

38. Cass. 27 februari 1995, *Arr.Cass.* 1995, nr. 114.

39. D. VOTQUENNE en C. WANTIEZ, *Beschermde werknemers: 10 jaar toepassing van de wet van 19 maart 1991*, Brussel, Larcier, 2001, nr. 11; S. REMOUCHAMPS, "La protection dans le temps. Protection et élections sociales: regards croisés" in H. DECKERS en L. DEAR (eds.), *La protection des représentants du personnel*, Limal, Anthemis, 2011, 117; L. ELIAERTS en I. VAN HIEL, *Beschermde werknemers*, Brussel, Larcier, 2013, 82 en 97; anders V. VANNES, "De openbare orde en de wet van 19 maart 1991" in B. ADRIAENS e.a., *De bescherming van de personeelsvertegenwoordigers in de onderneming*, Brussel, VBO, 95, nr. 25; B. MERGITS en I. VAN PUYVELDE, *De bescherming van de (kandidaat-) personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraden en comités voor preventie en bescherming op het werk*, Antwerpen, Standard Uitgeverij, 1999, 54.

40. Arbh. Antwerpen 18 december 2013, AR 2012/AA/902, *NB Arbeidsrecht* 2014, afl. 4.

VII. Arbeidstijd

A. Kwalificatie wachtdiensten als arbeidstijd

In 2011 oordeelde het Hof van Cassatie⁴¹ dat het loon voor passieve wachtdiensten, tijdens dewelke de werknemer de mogelijke oproepen van de werkgever moet beantwoorden zonder dat hij zich daarbij op een welbepaalde plaats hoeft te bevinden of zijn gebruikelijke arbeidstaken hoeft uit te voeren, niet gelijkwaardig dient te zijn aan dat van de uren werkelijke arbeid. Het arrest gaf echter alleen een antwoord op de vraag of het normaal loon verschuldigd is voor inactieve wachturen buiten de arbeidsplaats en liet in het midden of inactieve wachturen buiten de arbeidsplaats al dan niet arbeidstijd uitmaken.⁴² Bepaalde lagere rechtspraak⁴³ meende, op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie⁴⁴ en tegen oudere cassatierechtpraak⁴⁵ in, dat inactieve wachturen geen arbeidstijd uitmaakten. In een opmerkelijk arrest sluit het Hof van Cassatie⁴⁶ zich aan bij deze rechtspraak, waaronder ook het gecasseerde arrest van het arbeidshof te Brussel. Het Hof geeft hierbij een nieuwe invulling aan artikel 19, tweede lid van de Arbeidswet dat onder arbeidsduur de tijd verstaat gedurende welke het personeel ter beschikking is van de werkgever. Periodes van wachtdienst waarbij de werknemer permanent bereikbaar moet zijn om een gebeurlijke oproep van de werkgever te kunnen beantwoorden, maar waarbij de fysieke aanwezigheid op de arbeidsplaats niet vereist is, zijn volgens het Hof geen arbeidstijd in de zin van artikel 19 van de arbeidswet. De omstandigheid dat de bewegingsvrijheid van de werknemer tijdens de wachtdienst beperkt is omdat hij binnen een bepaalde straal van de arbeidsplaats moet verblijven om die binnen een bepaalde tijd te kunnen bereiken, doet daaraan niet af. Het Hof brengt haar rechtspraak derhalve in lijn met de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Met S. DE GROOF zou daar kunnen worden tegen ingebracht dat de definitie van arbeidstijd in de Arbeidswet ruimer is dan deze van de richtlijn: waar de eerste uitgaat van beschikbaarheid, steunt de tweede op aanwezigheid.⁴⁷ Dit verschil bracht het arbeidshof van Gent⁴⁸ ertoe niet-actieve wachtdiensten toch als arbeidstijd te kwalificeren, zij het met de mogelijkheid om daarvoor in een lagere verloning te voorzien.

B. Financiële vergoeding voor niet-opname jaarlijkse vakantie

Na enkele baanbrekende arresten de voorbije jaren, bracht 2014 weinig vermeldenswaardigs op dit vlak. Een uitzondering vormde een arrest waarin het Hof van Justitie⁴⁹ zich boog over de vraag of nabestaanden aanspraak kunnen maken op een financiële vergoeding voor de niet-opgenomen vakantiedagen van de overledene. In *Schultz-Hoff*⁵⁰ was eerder geoordeeld dat de werknemer op grond van artikel 7, tweede lid van de richtlijn 2003/88, wanneer de arbeidsverhouding is geëindigd en het daadwerkelijk opnemen van jaarlijkse vakantie met behoud van loon derhalve niet langer mogelijk is, recht heeft op een financiële vergoeding. Volgens het Hof moest deze verplichting zich uitstrekken tot de betaling van een vergoeding aan de nabestaanden van de werknemer. Indien de verplichting tot betaling van het loon voor jaarlijkse vakantie ophield te bestaan bij beëindiging van de arbeidsverhouding door het overlijden van de werknemer, zou dit immers tot gevolg hebben dat een toevallige omstandigheid, waarover noch de werknemer noch de werkgever controle heeft, leidt tot het totale verlies met terugwerkende kracht van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon zelf, zoals neergelegd in artikel 7 van richtlijn 2003/88. Het recht op vergoeding mocht bovendien niet afhankelijk gemaakt worden van een voorafgaande aanvraag.

C. Dagcontracten bij uitzendarbeid

Het Hof van Cassatie⁵¹ beantwoordde de vraag of een uitzendarbeider tewerkgesteld met dagcontracten moet worden beschouwd als een deeltijdse of voltijdse werknemer voor de arbeidsongevallenwet. Het arbeidshof te Gent had de uitzendarbeider beschouwd als een voltijdse werknemer, een interpretatie die door het Hof werd gevolgd. Volgens het Hof volgt uit artikel 9, 1° en 10 van het KB van 10 juni 2001 tot eenvormige definiëring van begrippen met betrekking tot arbeidstijdgegevens ten behoeve van de sociale zekerheid, evenals artikel 19, eerste lid, van de Arbeidswet dat voor de toepassing van de Arbeidsongevallenwet een werknemer als voltijdse werknemer moet worden beschouwd indien hij op de dag van het ongeval verbonden is door een dagcontract, waarbij de contractuele arbeidsduur is bepaald op acht uren.

41. Cass. 6 juni 2011, S.10.0070.F, *JLMB* 2012, afl. 3, 136, noot F. KEFER, *JTT* 2011, afl. 1107, 373, noot K. NEVENS, *RABG* 2011, afl. 15, 1058, noot M. DEMEDTS, *RW* 2011-12, afl. 39, 1714, noot S. BEUTELS, *Soc.Kron.* 2012, afl. 1, 6, www.juridat.be.

42. B. DE WOLF en I. VAN HIEL, "Wat u moet onthouden van 2011?", *Or.* 2012, afl. 5, 119.

43. Arbh. Luik (afd. Namen) 3 december 2007, *Soc.Kron.* 2009, 36; Arbh. Luik 23 juni 2008, *JTT* 2008, 385.

44. HvJ 9 september 2003, nr. C-151/02, Jaeger; HvJ 26 juni 2001, nr. C-173/99, BECTU en HvJ 3 oktober 2000, nr. C-303/98, Simap.

45. Cass. 30 januari 1984, AR 4105.

46. Cass. 10 maart 2014, S.13.0029.N, *NJW* 2014, afl. 305, 546, noot S. DE GROOF; *RABG* 2014, afl. 13, 863, noot M. DEMEDTS, www.juridat.be.

47. S. DE GROOF, "Definitie 'arbeidsduur'" (noot onder Cass. 10 maart 2014), *NJW* 2014, afl. 305, 547.

48. Arbh. Gent 23 november 2011, AR 2010/AG/256, NB 2012/5, onuitg., geciteerd in B. DE WOLF en I. VAN HIEL, "Rechtspraak 2012 in een notendop", *Or.* 2013, afl. 6, 158.

49. HvJ 12 juni 2014, nr. C-118/13, Gülay Bollacke/K + K Klaas & Kock B.V. & Co. KG.

50. HvJ 20 januari 2009, C-350/06 en C-520/06, Gerhard Schultz-Hoff/Deutsche Rentenversicherung Bund en Stringer e.a./Her Majesty's Revenue and Customs.

51. Cass. 10 maart 2014, S.12.0094. N, *JTT* 2014, afl. 1189, 239, www.juridat.be.

VIII. Loon

A. Loon voor niet-gewerkte uren

Voor het arbeidshof van Brussel⁵² vorderde een werknemer de betaling van loon voor de uren die contractueel overeengekomen waren, maar waarop hij door zijn werkgever niet was tewerkgesteld. In de lijn van de rechtsleer⁵³ oordeelde het Hof dat, op grond van het arbeidsrechtelijk loonbegrip geen loon kan worden toegekend voor niet-gewerkte uren. Vermits loon de tegenprestatie is voor arbeid die ter uitvoering van een arbeidsovereenkomst is verricht, ontstaat het recht op loon door het verrichten van arbeid.⁵⁴ Gevolg is dat, behoudens wettelijke of contractuele regeling, de werknemer geen aanspraak heeft op loon gedurende de periode waarin hij, zelfs door toedoen van de werkgever geen arbeid verricht.⁵⁵ De werknemer die minder tewerkgesteld is dan overeengekomen, kan alleen een schadevergoeding wegens contractuele tekortkoming vorderen.⁵⁶ Daar de werknemer dit niet had gedaan, kon hij derhalve geen aanspraak op vergoeding maken.

B. Promotionele kortingsbonnen

Aan het Hof van Cassatie⁵⁷ werd gevraagd in welke mate promotionele kortingsbonnen meetellen voor de bepaling van het jaarloon. Zoals het arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, waartegen cassatie werd ingesteld, stelt het Hof dat het jaarloon dat in acht genomen moet worden voor het bepalen van de opzeggings-termijn van artikel 82, § 2 en § 3 van de arbeidsovereenkomstenwet, naast het lopend loon ook de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst behelst. Onder voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst dienen te worden begrepen de bijzondere voordelen waarop de werknemer naast het lopend loon gerechtigd is als tegenprestatie voor de door hem ter uitvoering van de arbeidsovereenkomst verrichte arbeid. Promotionele kortingsbonnen, die door de werkgever aan de werknemer worden toegekend als tegenprestatie voor door deze laatste verrichte prestaties en die onder bepaalde voorwaarden geldig zijn bij eventuele toekomstige aankopen van goederen door de werknemer, bieden deze laatste een kans op een voordeel. In welke mate die kans op een voordeel concreet becijferbaar is als loon, dient door de rechter in feite te worden beoordeeld.

C. Loon waarop socialezekerheidsbijdragen verschuldigd

Twee cassatiearresten behandelen de vraag of de toekenning van een bepaalde vergoeding moet worden beschouwd als loon waarop socialezekerheidsbijdragen verschuldigd zijn. In het eerste geval ging het om een vergoeding betaald aan uitvoerend kunstenaars voor de overdracht van vermogensrechten. In een arrest van 15 september 2014⁵⁸, verbreekt het Hof een arrest van het arbeidshof van Gent dat de vergoeding niet als loon had beschouwd. Eerder had ook de arbeidsrechtbank van Leuven⁵⁹, in een geschil omtrent de berekening van de opzeggingsvergoeding, beslist dat de vergoeding voor overdracht van auteursrechten haar oorsprong niet vindt in de arbeidsovereenkomst en dus geen loon uitmaakt. Het Hof volgt deze zienswijze echter niet. Het stelt dat de vergoeding voor overdracht van vermogensrechten moet worden beschouwd als een tegenprestatie voor de overdracht van rechten met betrekking tot een in uitvoering van de arbeidsovereenkomst geleverde prestatie. Die vergoeding is bijgevolg, in de regel, een voordeel waarop de werknemer ingevolge zijn dienstbetrekking recht heeft ten laste van zijn werkgever en maakt aldus deel uit van het loon op basis waarvan, krachtens artikel 14 RSZ-wet en artikel 23 van de Algemene Beginselenwet Sociale Zekerheid, de socialezekerheidsbijdragen berekend worden. Deze artikelen verwijzen naar artikel 2 van de Loonbeschermingswet dat onder 'loon' het loon in geld en de in geld waardeerbare voordelen verstaat waarop de werknemer ingevolge zijn dienstbetrekking recht heeft ten laste van de werkgever.

Het tweede cassatiearrest⁶⁰ betrof de vraag of socialezekerheidsbijdragen verschuldigd zijn op een beperkte vergoeding betaald aan vrijwilligers, door een vzw met commerciële activiteiten. Het cassatieberoep was gericht tegen een arrest van het arbeidshof te Brussel na verwijzing door het cassatiearrest van 18 oktober 2010.⁶¹ Het arbeidshof had de toekenning van aankoopbonnen aan vrijwilligers/leden van een 'niet-zuivere' vzw niet als aan socialezekerheidsbijdragen onderworpen loon beschouwd, terwijl dit overeenkomstig artikel 17 *quinquies* van het uitvoeringsbesluit bij de RSZ-wet evenwel een vereiste is om aan de toepassing van de RSZ-wet te worden onttrokken. Volgens het Hof was het winstgevend doel van verweerster in rechte geen voldoende element om te oordelen dat het om een tewerkstelling in het kader van een arbeidsovereenkomst zou gaan en moest de

52. Arbh. Brussel (5^{de} k.) 17 februari 2014, *JTT* 2014, afl. 1191, 275.

53. J. MOERMAN, "Loon: de tegenprestatie van werkelijk verrichte arbeid?", *Or.* 2011, afl. 8, 237-242.

54. Vgl. Cass. 11 september 1995, *JTT* 1995, 433; Cass. 18 september 2000, *JTT* 2000, 499.

55. Vgl. Cass. 24 december 1979, *RW* 1980-81, 410; Cass. 16 maart 1992, *RW* 1992-93 (verkort), 401; Cass. 26 april 1993, *RW* 1993-94, 507.

56. Vgl. Arbh. Hasselt 12 juli 1995, *Soc.Kron.* 1997, 454.

57. Cass. 24 februari 2014, S.11.0078.N, *JTT* 2014, afl. 1192, 277, www.juridat.be.

58. Cass. 15 september 2014, AR S.12.006.N, *JTT* 2015, afl. 1205, 6, www.juridat.be.

59. Arbrb. Leuven 24 oktober 2013, AR 13/4772, *NB Arbeidsrecht* 2014, afl. 1.

60. Cass. 10 maart 2014, S.12.0103.N, *JTT* 2014, afl. 1188, 220; *NJW* 2014, afl. 305, 547, noot P. PECINOVSKY, www.juridat.be.

61. Cass. 18 oktober 2010, S.10.0023.N, *JTT* 2011, afl. 1086, 22, *RABG* 2011, afl. 15, 1019, noot K. NEVENS, *Soc.Kron.* 2013, afl. 1, 48, noot, zie ook B. DE WOLF en I. VAN HIEL, "Tien lessen uit de rechtspraak van 2010", *Or.* 2011, afl. 5, 130, www.juridat.be.

beweegeten in hoofde van de vrijwilliger om met verweerster samen te werken het uitgangspunt zijn om te bepalen of er sprake was van arbeid in de zin van de Arbeidsovereenkomstenwet. Het Hof van Cassatie maakte duidelijk dat de omvang van de vergoeding noch de intentie van de betrokkene enige invloed hebben op de kwalificatie van een tewerkstelling als arbeid. Krachtens de artikelen 2 en 3 van de Arbeidsovereenkomstenwet is de arbeidsovereenkomst de overeenkomst waarbij een werknemer zich verbindt tegen loon, onder het gezag van de werkgever, arbeid te verrichten. Als arbeid in de zin van de Arbeidsovereenkomstenwet dient te worden aangezien, de arbeid die een werknemer die zich daartoe bij overeenkomst heeft verbonden, tegen loon en onder het gezag van een werkgever verricht, onverschillig of het overeengekomen loon beperkt is en onverschillig of die arbeid wordt verricht als vrijetijdsbesteding, zonder het oogmerk een inkomen te verwerven.

D. Opleggen van minimumlonen in openbare aanbestedingen

Het Hof van Justitie⁶² bevestigde haar eerder in *Rüffert*⁶³ ingenomen standpunt met betrekking tot het opnemen van sociale clausules in openbare aanbestedingen. Verschil was hier dat de inschrijver die zich tegen de toepassing van de Duitse minimumlonen verzette, niet de intentie had om de overheidsopdracht uit te voeren door werknemers van zijn onderaannemer, een in Polen gevestigde 100 %-dochteronderneming, op Duits grondgebied ter beschikking te stellen, maar ze volledig in het thuisland tewerk te stellen. Gevolg was dat richtlijn 96/71 die aan de orde was in *Rüffert*, niet van toepassing was. De overheidsopdracht viel wel onder de werkingssfeer van richtlijn 2004/18 die in artikel 26 sociale clausules toestaat, evenwel mits zij “verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht”. Het Hof herhaalt dat een minimumloon dat op grond van een nationale wettelijke regeling wordt opgelegd aan de onderaannemers van een inschrijver die in een andere lidstaat dan die van de aanbestedende dienst zijn gevestigd, waar de minimumlonen lager zijn, een bijkomende economische last vormt die de levering van hun diensten in de ontvangende lidstaat kan verhinderen, belemmeren of minder aantrekkelijk maken, zodat het gaat om een beperking in de zin van artikel 56 VWEU. Hoewel een dergelijke nationale maatregel in beginsel gerechtvaardigd kan zijn door het doel de werknemers te beschermen, door te verzekeren dat de werknemers een passend loon ontvangen, om ‘sociale dumping’ te vermijden en tegelijkertijd te voorkomen dat concurrerende ondernemingen die hun werknemers een passend loon betalen, zouden worden afgestraft, wordt deze regeling *in casu* om

puur economische redenen als onevenredig beschouwd. Volgens het Hof gaat ze namelijk verder dan wat nodig is ter bereiking van het doel om de werknemers te beschermen. Ze schrijft in een dergelijke situatie immers een vast minimumloon voor dat overeenstemt met het loon dat vereist is om de werknemers van de lidstaat van de aanbestedende dienst een passend loon te verzekeren, gelet op de kosten van levensonderhoud in die lidstaat, maar staat niet in verhouding tot de kosten van levensonderhoud in de lidstaat waarin de prestaties ter uitvoering van de betrokken overheidsopdracht zullen worden verricht en de in die lidstaat gevestigde onderaannemers dus de mogelijkheid ontnaemt om een concurrentievoordeel te halen uit de bestaande loonverschillen. Ook brengen de werknemers de stabiliteit van het Duitse socialezekerheidsstelsel niet in gevaar, vermits ze er geen toegang toe hebben.

IX. Collectief arbeidsrecht

A. Cao's voor (schijn)zelfstandigen

Naar Nederlands cao-recht kunnen vakbonden cao's sluiten zowel voor werknemers als voor zelfstandigen. In deze context werd het Hof van Justitie⁶⁴ gevraagd of het recht van de Unie aldus moet worden uitgelegd dat de bepaling in een collectieve arbeidsovereenkomst die minimumtarieven vastlegt voor zelfstandigen – leden van een van de aangesloten werknemersorganisaties – die voor een werkgever op basis van een overeenkomst van opdracht hetzelfde werk verrichten als werknemers in loondienst van die werkgever, buiten de werkingssfeer van artikel 101, lid 1 VWEU valt. Hoewel het Hof moest erkennen dat de aan de orde zijnde overeenkomst een zuiver interne situatie betrof zonder invloed op de tussenstaatse handel en artikel 101 VWEU bijgevolg niet van toepassing was, achtte het zich toch bevoegd om de gestelde vragen te beantwoorden. Het Hof oordeelde dat het recht van de Unie aldus moet worden uitgelegd dat de bepaling in een collectieve arbeidsovereenkomst zoals die in het hoofdgeding, die minimumtarieven vastlegt voor zelfstandigen – leden van een van de aangesloten werknemersorganisaties – die voor een werkgever op basis van een overeenkomst van opdracht hetzelfde werk verrichten als werknemers in loondienst van die werkgever, slechts buiten de werkingssfeer van artikel 101, lid 1 VWEU valt indien die dienstverleners ‘schijnzelfstandigen’ zijn, dat wil zeggen dienstverleners die zich in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van die werknemers. Het is aan de verwijzende rechterlijke instantie om te verifiëren of dit het geval is.

62. HvJ 18 september 2014, nr. C-549/13, Bundesdruckerei GmbH/Stadt Dortmund, *JTT* 2015, afl. 1206, 17, noot M. MORSA.

63. HvJ 3 april 2008, C-346/06, *Rüffert*; *Juristenkrant* 2008, afl. 169, 3, weergave F. DORSSEMONT.

64. HvJ 4 december 2014, nr. C-413/13, FNV Kunsten Informatie en Media/Staat der Nederlanden; zie ook V. PERTRY en S. GOOVAERTS, “Cao's voor zelfstandigen moeten mededingingsrecht respecteren”, *Juristenkrant* 2015, afl. 305, 16.

B. Overgang van onderneming en nawerking

De overnemer moet de in de cao bepaalde arbeidsvoorwaarden blijven respecteren na de overgang, ook al is de cao opgezegd voor de overgang. Dat volgt uit een beslissing van het Hof van Justitie van de EU.⁶⁵ Kern van de discussie was de vraag of nawerkende cao-bepalingen “in een cao vastgestelde arbeidsvoorwaarden” uitmaken die de verkrijger krachtens artikel 3, lid 3, van de richtlijn 2001/23 “in dezelfde mate” moet handhaven als de vervreemder en dit “tot op het tijdstip waarop de cao wordt beëindigd of afloopt, of waarop een andere cao in werking treedt of wordt toegepast”. Volgens het Hof werd artikel 3, lid 3, bewust niet geformuleerd als een verplichting tot het behoud van de cao, om rekening te houden met de diversiteit aan cao-regelingen binnen de unie. Wel verplicht het de in de cao bepaalde arbeidsvoorwaarden te handhaven, ongeacht hun oorsprong en de techniek die wordt gebruikt om die arbeidsvoorwaarden van toepassing te maken op de betrokkenen. In dit verband is het voldoende dat de voorwaarden in een cao zijn vastgelegd en de vervreemder en de overgegangene werknemers daadwerkelijk binden. Dat de nawerking van de cao het gevolg is van een wettelijke bepaling maakt niet dat ze buiten de werkingssfeer van artikel 3, lid 3 valt. Nawerking beoogt in het belang van de werknemers een plotselinge breuk te vermijden van het rechtskader dat wordt gevormd door de cao die de arbeidsbetrekking beheerst. Zou ze buiten de werkingssfeer van artikel 3, lid 3 vallen, dan zou de overdrager de werking van artikel 3, lid 3 kunnen uitschakelen door de cao te beëindigen voor de overgang en daardoor het effect veroorzaken dat het artikel niet wil voorkomen. Het Hof toetst nog of deze interpretatie het evenwicht tussen de belangen van de werknemers en die van de verkrijger niet in gedrang brengt⁶⁶, maar wijst dit af omdat de nawerking *in casu* beperkt bleef tot de reeds in dienst zijnde werknemers en de mogelijkheid blijft om een nieuwe cao of individuele arbeidsovereenkomsten te sluiten.

C. Uitsluiting gesubsidieerde werknemers van vertegenwoordiging

In een Franse zaak oordeelde het Hof van Justitie⁶⁷ dat artikel 3, lid 1, van richtlijn 2002/14 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale bepaling als artikel L. 1111-3 van de *code du travail* die, in het kader van de vaststelling van de minimumaantallen werknemers die wettelijk zijn vereist voor de oprichting van personeelsvertegenwoordigende organen, gesubsidieerde werknemers van de berekening

van het personeelsbestand uitsluit. Aangezien richtlijn 2002/14 bepaalt welke personen bij deze berekening in aanmerking moeten worden genomen, is het de lidstaten niet toegestaan een bepaalde categorie van personen die oorspronkelijk voor deze berekening in aanmerking kwam daarvan uit te sluiten. Hoewel de richtlijn de lidstaten niet voorschrijft op welke wijze zij de werknemers die binnen de werkingssfeer ervan vallen bij de berekening van de minimumaantallen werknemers moeten meetellen, schrijft zij immers wel voor dat zij deze werknemers moeten meetellen.⁶⁸ Hoewel de bepaling aan alle voorwaarden voor rechtstreekse werking voldoet, kan ze volgens vaste rechtspraak niet als zodanig worden toegepast in gedingen tussen uitsluitend particulieren.⁶⁹ Hetzelfde geldt voor artikel 27 van het handvest, met als opschrift “Het recht op informatie en raadpleging van de werknemers binnen de onderneming”, dat bepaalt dat de werknemers, in de gevallen en onder de voorwaarden waarin het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken voorzien, de zekerheid moeten hebben dat zij op verschillende niveaus worden geïnformeerd en geraadpleegd. Volgens het Hof blijkt uit de bewoordingen van artikel 27 van het handvest immers duidelijk dat dit artikel pas zijn volle werking verkrijgt nadat het nader is bepaald in Unierechtelijke en nationaalrechtelijke voorschriften, zodat de niet met richtlijn 2002/14 overeenstemmende nationale bepaling buiten toepassing moet worden gelaten. De partij die is benadeeld doordat het nationale recht niet met het recht van de Unie strookt, kan zich echter beroepen op *Francovich* om in voorkomend geval vergoeding van de geleden schade te verkrijgen.

D. Recht van militairen om vakbonden op te richten

In twee arresten⁷⁰ diende het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te beslissen over de vrijheid van vakvereniging van militairen. Hoewel het Hof al geconfronteerd werd met geschillen in verband met de oprichting van vakbonden bij politiediensten, was het de eerste keer dat het zich moest uitspreken over de specifieke situatie van het leger. Volgens het Hof sluit de vrijheid van vakvereniging van artikel 11 van het EVRM geen enkel beroep uit van haar toepassingsgebied. Hoewel het artikel “wettelijke beperkingen” toelaat, moeten deze strikt worden geïnterpreteerd en beperkt worden tot de uitvoering van het recht en mogen ze derhalve geen afbreuk doen aan de essentie ervan. Bovendien moet worden aangetoond dat ze voorgeschreven zijn bij wet, een wettig doel nastreven en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving.

65. HvJ 11 september 2014, nr. C-328/13, Österreichischer Gewerkschaftsbund/Wirtschaftskammer Österreich – Fachverband Autobus-, Luftfahrt- und Schifffahrtsunternehmen; zie ook I. VAN HIEL, “Cao blijft nawerken bij overname”, *Juristenkrant* 2014, afl. 297, 4.

66. Vgl. HvJ 18 juli 2013, C-426/11, Alemo-Herron e.a./Parkwood Leisure.

67. HvJ 15 januari 2014, nr. C-176/12, Association de médiation sociale/Union locale des syndicats CGT, Hichem Laboubi, Union départementale CGT des Bouches-du-Rhône en Confédération générale du travail (CGT).

68. HvJ 18 januari 2007, C-385/05, Confédération générale du travail/Premier ministre et Ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement.

69. HvJ 19 januari 2010, C-555/07, Küçükdeveci/Swedex.

70. EHRM, appl. nr. 10609/10, Matelly/France en EHRM, appl. nr. 32191/09, ADEFROMIL/France.

Hoewel het Hof de specifieke aard van het leger erkende, kon dat laatste element volgens het Hof niet worden aangetoond. Een puur verbod om vakbonden op te richten en erbij aan te sluiten kon derhalve niet worden opgelegd en ook het recht om in rechte op te treden moest worden gewaarborgd. Opvallend is dat het arrest geen onderscheid maakt tussen politiediensten en leger, iets wat in het verleden in de *case law* van het Europees Comité voor Sociale Rechten wel gebeurde.⁷¹

E. Stakingsrecht

De vakbonden boekten vorig jaar opnieuw een overwinning in hun strijd tegen het gebruik van eenzijdige verzoekschriften tegen stakingsposten. Het Hof van Cassatie⁷² bevestigde een arrest van het hof van beroep van Antwerpen⁷³ dat geoordeeld had dat een procedure in verband met het plaatsen van stakingsposten niet bij eenzijdig verzoekschrift mocht worden ingesteld en verder zonder tegenspraak mocht worden behandeld. Het Hof stelde dat het hof van beroep haar beslissing dat er geen volstrekte noodzakelijkheid aanwezig was naar recht had verantwoord door te beslissen

dat de gevraagde maatregelen ook na een normaal tegensprekelijk debat nog nuttig, na dagvaarding met verkorting van termijn van verschijning hadden kunnen worden opgelegd; dat enkele zeker door de eisen gekende deelnemers konden worden gedagvaard, zodat de kortgedingrechter tegensprekelijk en dus beter ingelicht kon oordelen over de in het kader van een sociaal conflict ten opzichte van 'eenieder' gevraagde maatregelen; en dat een 'verrassingseffect' in dit geschil, gelet op de aard van de gevraagde maatregelen niet nodig was.

Daarnaast velde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ook twee arresten in verband met het stakingsrecht. In een eerste zaak⁷⁴ stonden de beperkingen opgelegd aan stakingen door het Britse recht centraal. Vaak veroordeeld door de controleorganen van de IAO en het ESH, maakten deze beperkingen in verband met het organiseren van een 'ballot' en solidariteitsstakingen toch verrassend geen schending van artikel 11 van het EVRM uit. Een onvoorwaardelijk stakingsverbod opgelegd aan de Oekraïense werknemers tewerkgesteld in de sector van het personenvervoer, achtte het Hof echter niet verantwoord.⁷⁵

71. ECSR, nr. 101/2013, European Council of Police Trade Unions (CESP)/France.

72. Cass. 8 december 2014, AR C.12.0468.N/1, *NJW* 2014, afl. 317, 161, noot P. PECINOVSKY, www.juridat.be.

73. Antwerpen 29 juni 2012, 2012/AR/1867 en 2012/EV/40, Crown.

74. EHRM 8 april 2014, nr. 31045/10, RMT/UK.

75. EHRM 2 oktober 2014, nr. 48408/12, Veniamin Tymoshenko e.a/Oekraïne.