



Uitgifte

Repertoriumnummer
Datum van uitspraak
12 mei 2014
Rolnummer
2013/AG/269
Artikel 792, 1 ^{ste} lid Ger.W op 14 mei 2014. Ongetekend afschrift aan partijen en aan advocaten.

Uitgereikt aan
op
€
JGR

Arbeidshof Gent

Afdeling Gent

tweede kamer

Arrest

COVER 01-00000009990-0001-0009-01-01-1



L. [REDACTED], wonende te [REDACTED]

appellante,-

vertegenwoordigd door mr. Lien Vande Weghe *loco* mr. Philippe Vande Weghe, advocaat te 9700 Oudenaarde, Einestraat 22,

tegen

P. [REDACTED] nv, met maatschappelijke zetel te [REDACTED], en met KBO-nummer [REDACTED]

geïntimeerde,

vertegenwoordigd door mr. Jana Kern *loco* mr. Ilse De Geyter, advocaat te 2000 Antwerpen, Nassaustraat 34A.

* * *

Gelet op de stukken van het dossier van de rechtspleging en inzonderheid op het eensluidend verklaarde afschrift van het op tegenspraak gewezen eindvonnis van de vierde kamer van de arbeidsrechtbank Gent d.d. 27 juni 2013 (A.R. nr. 12/1813/A), waarvan geen betekening wordt overgelegd.

Gelet op het verzoekschrift tot hoger beroep, op 20 augustus 2013 neergelegd ter griffie van het arbeidshof Gent, afdeling Gent.

1. De feiten

De appellante werd van 16 maart 2011 tot 13 september 2011 door de geïntimeerde tewerkgesteld met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

2. De procedure in eerste aanleg

Bij dagvaarding, op 25 juni 2012 betekend, stelde de geïntimeerde een vordering in tegen de appellante, strekkende tot veroordeling van deze laatste om aan haar te betalen,

- 1) 14.321,04 euro provisioneel als schadevergoeding;
 - 2) 300 euro provisioneel als ten onrechte betaald loon,
- beide bedragen vermeerderd met vergoedende intrest en met gerechtelijke intrest. Gevraagd werd de appellante in de gedingkosten te verwijzen. Gevraagd werd het vonnis voorlopig uitvoerbaar te verklaren ondanks elk verhaal en zonder borgstelling, en met uitsluiting van de mogelijkheid van kantonnement.



In haar conclusie, op 2 november 2012 ter griffie van de arbeidsrechtbank neergelegd, vroeg de appellante dat de vordering ontvankelijk doch ongegrond zou verklaard worden. Zij vroeg de verwijzing van de geïntimeerde in de kosten van het geding. Zij vroeg het vonnis voorlopig uitvoerbaar te verklaren ondanks elk verhaal en zonder borgstelling, en met uitsluiting van de mogelijkheid van kantonnement.

In haar conclusie, op 31 december 2012 ter griffie van de arbeidsrechtbank neergelegd, vroeg de geïntimeerde dat de appellante zou veroordeeld worden tot het betalen van een bedrag van 14.110,39 euro als schadevergoeding, vermeerderd met gerechtelijke intrest.

Bij eindvonnis, op 27 juni 2013 op tegenspraak gewezen door de vierde kamer van de arbeidsrechtbank Gent, werd de vordering toelaatbaar en gedeeltelijk gegrond verklaard. De appellante werd veroordeeld tot het betalen aan de geïntimeerde van 14.110,39 euro, "zijnde 13.665,18 euro in hoofdsom, 436,07 euro als wettelijke intrest van 13 september 2011 tot 25 juni 2012, 9,14 euro compensatoire intrest op BTW", alsook van één euro provisioneel als onverschuldigd betaald loon, beide bedragen vermeerderd met gerechtelijke intrest. De appellante werd veroordeeld tot het betalen van de kosten van het geding. Het vonnis werd voorlopig uitvoerbaar verklaard ondanks elk verhaal en zonder borgstelling, en met uitsluiting van de mogelijkheid van kantonnement.

De eerste rechter was inzonderheid van oordeel:

- dat de geïntimeerde de terugbetaling vroeg van de kosten die de appellante met de bedrijfs-gsm had gemaakt voor private verbindingen naar 090-nummers, meer bepaald naar "astrolijnen";
- dat de geïntimeerde erkende dat zij slechts om de 6 maanden de telefoonfacturen controleerde;
- dat deze facturen waarvan de eerste van 29 april 2011 dateerde, meerdere honderden pagina's besloegen;
- dat het zgn. misbruik dan ook niet noodzakelijk onmiddellijk bleek;
- dat de appellante niet kon volhouden dat zij geen idee had van het excessief oplopen van de telefoonrekening;
- dat zij ook nadat haar begin juli om opheldering was gevraagd, ongestoord was doorgegaan met bellen;
- dat zij had moeten beseffen dat aan de oproepen een prijskaartje hing;
- dat de appellante zich niet op artikel 8.1 van het EVRM kon beroepen om aan de geïntimeerde het uitoefenen van controle te ontzeggen;
- dat de controle door de geïntimeerde doelmatig en proportioneel was;
- dat de appellante overigens kennis van die controle had;
- dat de geïntimeerde de inhoud van de gesprekken niet had gecontroleerd;
- dat zij enkel de kosten van de oproepen naar 090-nummers terugvorderde;
- dat dit onderdeel van de vordering gegrond was;
- dat er tijdens de gewone arbeidsuren gesprekken werden gevoerd;
- dat, bij gebrek aan becijfering, niet meer dan één euro provisioneel kon worden toegekend als ten onrechte betaald loon.



3. De procedure in hoger beroep

In haar akte van hoger beroep vordert de appellante dat het hoger beroep ontvankelijk en gegrond zou verklaard worden, dat het bestreden vonnis zou worden teniet gedaan, en dat het arbeidshof, opnieuw wijzende, de oorspronkelijke vordering ongegrond zou verklaren. Gevraagd wordt de geïntimeerde in de kosten van de procedure in eerste aanleg en in hoger beroep te verwijzen.

Bij conclusie, ter griffie neergelegd op 26 februari 2014, vordert de geïntimeerde dat het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond zou verklaard worden en dat het bestreden vonnis zou bevestigd worden. Zij vraagt de veroordeling van de appellante tot de betaling van de kosten van de beide aanleggen.

De partijen worden in de uiteenzetting van hun middelen en conclusies gehoord op de openbare terechtzitting van 14 april 2014.

4. De grieven van het hoger beroep

De appellante houdt inzonderheid voor:

- dat zij geen instructies met betrekking tot het telefoongebruik had gekregen en dat de geïntimeerde hierover tot juli 2011 geen opmerkingen had gemaakt;
- dat zij zelf geen kennis had van het factuurbedrag en de details van het verbruik niet kende;
- dat een werkgever die vaststelde dat de kosten van het bellen hoger waren dan gewoonlijk, zulks moest controleren;
- dat de appellante er van uit mocht gaan dat er ter zake geen probleem rees;
- dat minstens een deel van de schuld bij de geïntimeerde lag;
- dat de gsm voor private doeleinden mocht gebruikt worden en dat dit een onderdeel was van het loon;
- dat precies uit het feit dat de appellante na 4 juli 2011 was doorgegaan met het bellen naar 090-nummers, bleek dat zij zich van geen kwaad bewust was;
- dat er geen kwade trouw in het spel was;
- dat de controle gebeurde zonder instemming van de appellante;
- dat deze controle onvermijdelijk deels op de inhoud van de gesprekken betrekking had;
- dat zij geen fout heeft begaan en zodoende geen schadevergoeding verschuldigd kan zijn.

5. Bespreking

5.1. De ontvankelijkheid van het hoger beroep

Het hoger beroep werd tijdig en regelmatig naar de vorm ingesteld. Het is ontvankelijk.



5.2. De gegrondheid van het hoger beroep

5.2.1. De regelmatigheid van het bewijs van de tekortkoming van de appellante

5.2.1.1. De appellante houdt voor dat de geïntimeerde bij het bekomen van het bewijs van de tekortkoming waarop zij zich beroept, een inbreuk heeft gepleegd op haar recht op privacy. Zij blijft ter zake wel heel algemeen en verwijst in hoger beroep zelfs niet meer naar het EVRM (voor de eerste rechter vermeldde zij trouwens de bepaling van het EVRM niet waarop zij zich beriep) of naar de criteria die moeten worden gehanteerd om na te gaan of een beperking van dit grondrecht gerechtvaardigd is. Zij heeft duidelijk een groot vertrouwen in de rechter maar het had van meer ernst getuigd wanneer zij haar stelling coherent had uitgewerkt.

De eerste rechter heeft verwezen naar artikel 8.1 EVRM en het arbeidshof is het daarmee eens (artikel 22 Gw., dat een gelijkaardige inhoud heeft als artikel 8 EVRM, dient hier geen bijzondere aandacht te krijgen, al is het maar omdat de bepaling van het EVRM een ruimere bescherming biedt en evident de voorkeur moet krijgen op intern recht (zie P. DE HERT, "Artikel 8. Recht op privacy", in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, (705) 710, nr. 1)).

De geïntimeerde houdt impliciet voor dat artikel 8.1 EVRM een directe horizontale werking heeft en de appellante is het daar kennelijk mee eens (zie hieromtrent A. VAN BEVER, "Het EVRM en de disciplinaire macht van de werkgever", in I. SAMOY, V. SAGAERT en E. TERRY (eds.), *Invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (251) 261-266, nrs. 16-22).

Artikel 8.1 EVRM luidt als volgt: "een ieder heeft recht op eerbiediging van zijn privé-leven (...)".

Alvorens kan worden nagegaan of er *in casu* een door artikel 8.2 EVRM toegelaten "inmenging" door de werkgever in het genot door de werknemer van zijn recht op privacy is geweest, moet worden nagegaan of de appellante zich redelijkerwijze wel mocht verwachten aan een bescherming van haar privacy (zie Cass. 9 september 2008, *Soc.Kron.* 2010, 547, concl. M. TIMPERMAN; Arbh. Brussel 3 september 2013, *JTT* 2013, 497; F. RAEPSAET, "Les attentes raisonnables en matière de vie privée", *JTT* 2011, 145-158; A. VAN BEVER, "Het EVRM en de disciplinaire macht van de werkgever", in I. SAMOY, V. SAGAERT en E. TERRY (eds.), *Invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (251) 294-296, nrs. 58-59). Het arbeidshof oordeelt dat dit *niet* het geval is.

5.2.1.2. De gsm, eigendom van de geïntimeerde, die deze laatste aan de appellante ter beschikking had gesteld (of dit het karakter had van een bewaargeving of een bruikleen, maakt niets uit), maakte deel uit van het arbeidsgereedschap waarvan – bij afwezigheid van overeenkomst ter zake – de wijze van gebruik door de geïntimeerde alléén kan worden bepaald, al was het maar op grond van de gezagsverhouding die de arbeidsovereenkomst kenmerkt. De werknemer dient het arbeidsgereedschap, binnen de opgelegde beperkingen, te gebruiken op een wijze die in overeenstemming is met de goede trouw. Enkel de geïntimeerde kon aldus bepalen of en in welke mate het



arbeidsgereedschap, inzonderheid de gsm, ook voor private doeleinden mocht worden gebruikt, en in welke mate de appellante een vergoeding voor het private gebruik mocht verschuldigd zijn.

Het is evident dat, ongeacht de vraag of het telefoonverkeer deels een privaat karakter heeft, de geïntimeerde, als eigenaar van het toestel en het gsm-nummer en als houder van het abonnement (*in casu* bij Proximus), periodiek de rekening van het gebruik dient te betalen. Het is ook evident dat deze periodieke afrekening gepaard gaat (minstens gepaard kan gaan) met een overzicht van de opgeroepen nummers en de duur van de gesprekken. Men kan zich niet indenken dat een ernstig bedrijf de omvang van zijn - in vele gevallen (zeer) omvangrijke - telefoonfactuur *niet* zou willen (of mogen) controleren.

Welnu, de appellante kon redelijkerwijze niet anders verwachten dan dat haar werkgever van Proximus alle details van het gebruik van de gsm zou bekomen, minstens zou kunnen bekomen, en uit de aldus bekomen gegevens de verhouding tussen bedrijfsgebruik en privaat gebruik zou kunnen distilleren en nagaan in hoeverre het private gebruik binnen de limieten bleef, dan wel wees op misbruik van recht door haar werknemer. De appellante kan zich ter zake niet op een redelijke privacyverwachting beroepen.

De appellante kan zich zeker niet beroepen op de inhoud van de e-mail van 12 augustus 2011 (haar stuk 11), waarin de geïntimeerde (d.w.z. de heer De Koning, wiens functie onduidelijk is) verwees naar de mondelinge (doch schriftelijk te bevestigen) toestemming van de appellante om de gsm-facturen te bekijken, nu uit de bijlage blijkt dat één en ander betrekking had op de eigen gsm van de appellante, waarvan de facturen evident niet zonder haar toestemming door de geïntimeerde konden worden bekeken...

De geïntimeerde had het volste recht om, wanneer zij in het bezit was gekomen van de voornoemde gegevens, hieruit, mits evident aan de bewijsvoering te voldoen, af te leiden dat de appellante de grenzen te buiten was gegaan van wat oorbaar was.

Bij afwezigheid van redelijke privacyverwachting is er geen reden om na te gaan of de geïntimeerde de privacy van de appellante op een ontoelaatbare wijze heeft geschonden en, indien het antwoord op deze vraag bevestigend is, of het onrechtmatig bekomen bewijs toch in rechte mag aangevoerd worden.

5.2.2. De "gekwalficeerde" fout van de appellante

5.2.2.1. Artikel 18, eerste en tweede lid van de Arbeidsovereenkomstenwet luidt als volgt:

"Ingeval de werknemer bij de uitvoering van zijn overeenkomst de werkgever (...) schade berokkent, is hij enkel aansprakelijk voor zijn bedrog en zijn zware schuld.

Voor lichte schuld is hij enkel aansprakelijk als die bij hem eerder gewoonlijk dan toevallig voorkomt".

De geïntimeerde baseert haar vordering op een "gekwalficeerde" fout en maakt inzonderheid melding van een "grove fout".



De eerste rechter sprak zich niet uit over de aard van de fout – hij verwijst zelfs niet naar artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet – doch zijn beschikking kan enkel verantwoord worden wanneer hij impliciet het bestaan van een “gekwalficeerde” fout aanneemt.

Het arbeidshof oordeelt dat er *in casu* meer dan voldoende bewijs is van bedrog, (minstens) van “zwarte schuld”, te weten een weliswaar onopzettelijke doch niettemin grove onverschoonbare fout.

5.2.2.2. Het is correct dat er binnen het bedrijf geen expliciete afspraken omtrent het gebruik voor private doeleinden van de bedrijfs-gsm waren gemaakt, noch collectief, noch individueel. Dat betekent natuurlijk niet dat dit gebruik niet aan beperkingen onderhevig was. De limieten van het gebruik konden geenszins eenzijdig door de appellante worden bepaald.

Er weze herhaald dat de appellante ertoe gehouden was te goeder trouw te werk te gaan en geen misbruik te maken van het feit dat zij kon beschikken over een gsm van het bedrijf, die zij ook voor private doeleinden mocht gebruiken. Dat dit gebruik beperkt was, blijkt enkel al uit het feit dat op de loonfiches slechts een voordeel van 5 euro per maand is vermeld (een niet gering verschil met de kosten van het privégebruik van de appellante – zie verder).

De appellante wist (of diende, zoals elk redelijk wezen, te weten) dat aan de oproepen naar zgn. astrolijnen een serieus prijskaartje verbonden was. De door haar voor deze oproepen gemaakte kosten beliepen bijna 90 euro per kalenderdag, wat hallucinant is. De appellante kan toch niet voorhouden dat niet bij elke publiciteit voor dergelijke “hulplijnen” vermeld is welke de kosten (inzonderheid per tijdseenheid) zijn. Zij kan toch ook niet onwetend zijn van het feit dat diegenen die achter deze astrolijnen schuil gaan en (ge)(mis)bruik maken van de lichtgelovigheid van hun klanten, dit niet uit menslievendheid doen (ware dit het geval, dan zouden zij ten andere een andere bezigheid zoeken) doch uit winstbejag? En bijgevolg dat de prijs van een “gewoon” gsm-abonnement onmogelijk de kosten van de oproepen naar astrolijnen kan bevatten?

De bewering van de appellante dat de door haar gemaakte kosten een compensatie zouden geweest zijn of hebben moeten zijn voor haar onplezierige arbeidsomstandigheden, is allicht als grap bedoeld. Het één heeft met het ander geen uitstaans.

Eigenlijk aanzag de appellante de gsm als een eigen hebbeding, dat occasioneel ook voor het werk kon gebruikt worden, veeleer dan als een werkinstrument dat occasioneel ook privé kon worden gebruikt. Een ruwe benadering van de cijfers die voorkomen op de facturen van Proximus brengt inderdaad aan het licht dat in de periode tot 24 mei 2009 zowat de helft van de oproepen van de appellante naar astrolijnen ging. Dit ging in crescendo want in de periode tot 30 juli 2009 was dit al met 80 % en 90% van de oproepen het geval! In augustus 2009 werd een climax bereikt: amper een tiental van de meer dan 450 oproepen had géén betrekking op een 090-nummer. De duur van de oproepen geeft een even ontluisterend beeld: in juli 2009 hadden slechts een 150 belminuten van de 2.210 (!) géén betrekking op een astrolijn, in augustus slechts een 30 van de 2.285....

De kwade trouw van de appellante blijkt overduidelijk uit het feit dat zij, nadat zij door de geïntimeerde begin juli 2011 was gewezen op de onverklaarbaar hoge kosten, geenszins haar gedrag heeft bijgestuurd, wel integendeel, nu uit de cijfers blijkt dat zij nog een tandje heeft bijgestoken. Na een nieuwe interpellatie begin augustus 2011 werden zelfs alle remmen losgelaten.



Het mag waar zijn dat de geïntimeerde vrij laks is geweest bij de controle van haar facturen (zij het dat de eerste Incriminerende factuur toch maar op 3 mei 2011 bij de geïntimeerde is aangekomen) alsook weinig daadkrachtig is geweest in haar optreden na de gedane vaststellingen (meer dan één andere werkgever zou de appellante overigens al in juli meteen aan de deur hebben gezet), doch dit is natuurlijk geenszins een excuus voor het misbruik dat de appellante *in casu* heeft gemaakt, dat aan loondiefstal grenst. Overigens moet aangenomen worden dat een vroegere vaststelling en een vroegere ingebrekestelling tot niets zouden hebben geleid, nu uit de feiten blijkt dat de appellante vrolijk verder zou zijn gegaan met haar telefonade.

De appellante is ertoe gehouden de door de geïntimeerde geleden schade te vergoeden.

5.2.2.3. Het blijkt dat de appellante bij wijze van schadevergoeding enkel de kosten van de oproepen naar 090-lijnen terugvordert.

De eerste rechter heeft deze vordering terecht gegrond verklaard.

Het hoger beroep is ongegrond.

5.2.3. Het onrechtmatig ontvangen loon

De appellante voert geen grieven aan tegen de beslissing van de eerste rechter waarbij werd geoordeeld dat zij een deel van haar loon ten onrechte had ontvangen. De geïntimeerde van haar kant verzet zich niet tegen de veroordeling tot het betalen van slechts één euro provisioneel.

Het hoger beroep is ongegrond.

HET ARBEIDSHOF,

Gelet op de voornoemde gronden,

Gelet op de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken en inzonderheid op artikel 24,

Recht doende op tegenspraak,

Alle andere en strijdige conclusies verwerpende,

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond.

Bevestigt het op tegenspraak gewezen eindvonnis van de vierde kamer van de arbeidsrechtbank te Gent d.d. 27 juni 2013 (A.R. nr. 12/1813/A), in al zijn onderdelen.

PAGE 01-00000009990-0008-0009-01-01-4



Veroordeelt de appellante overeenkomstig artikel 1017, eerste lid Ger. W. tot het betalen van de kosten van de procedure in hoger beroep.

Bepaalt de nog te vereffenen gerechtskosten als volgt:

- aan de zijde van de appellante:
 - rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg: 1.210 euro;
 - rechtsplegingsvergoeding hoger beroep: 1.210 euro;
- aan de zijde van de geïntimeerde:
 - rechtsplegingsvergoeding hoger beroep: 1.210 euro.

Aldus gewezen door het arbeidshof Gent, afdeling Gent, tweede kamer, samengesteld uit kamervoorzitter Jan Herman, voorzitter, Els Rutten, raadsheer in sociale zaken, benoemd als werkgever, Eric Vertenten, raadsheer in sociale zaken, benoemd als werknemer-bediende, en in openbare terechtzitting van maandag twaalf mei tweeduizend veertien uitgesproken door de voorzitter, met bijstand van Johan Vermeren, griffier.

J. Vermeren - E. Vertenten - E. Rutten - J. Herman

PAGE 01-00000007990-0009-0009-01-01-4

