

DIE WERKNEMER SE REG OP PRIVAATHEID IN DIE WERKPLEK

Navorsingsverslag voorgelê ter gedeeltelike voldoening aan die vereistes vir die graad *Magister Legum* in Arbeidsreg aan die Fakulteit Regte van die Noordwes-Universiteit (Potchefstroomkampus)

deur
Marlene Steyn
12277452

Studieleier: Adv. P H Myburgh

Potchefstroom
November 2005

Abstract

The employee's right to privacy in the workplace

The right to privacy is a fundamental right guaranteed by section 14 of the *Constitution of the Republic of South Africa*, 1996. The question that needs to be answered is whether an employee has a right to privacy in the workplace and, if indeed so, to what extent.

If it is established that an employee does indeed have a right to privacy in the workplace, it will be no surprise that the employer might want to limit this right in order to protect his business interests, confidential information, and stock. It should be quite obvious that there is a potential conflict of interest between the rights and interests of the employer and employee. The purpose of this mini-dissertation is to find some guidelines to regulate this aspect and to look at the ways in which the right to privacy can be legitimately limited.

No right is absolute. Section 36 of the *Constitution* provides that a fundamental right can be limited in certain circumstances. Furthermore, in accordance with the common law, an employee must have a "legitimate expectation of privacy" before it can be said that this right has been violated. This means that a person must have a subjective expectation of privacy that the community regards as objectively reasonable. Specific cases of violation will be investigated: in particular e-mail monitoring, phone tapping and searches. Legislation that regulates monitoring in particular is the *Regulation of Interception of Communications and Provision of Communications-related Information Act 70 of 2002*. This act puts a general ban on monitoring of a third party's communications, save for some exceptions.

As will be seen, relevant defenses in claims for invasion of privacy will include consent and necessity. An employee may consent to the monitoring of his communications by the employer. This consent can be given expressly or by implication. Some of the ways in which the employer can obtain this consent, is by a provision in the contract of employment, a clear policy in this regard, or by giving express notice. Once again the test that needs to be applied is that of "legitimate expectation". On the other hand, necessity might warrant the monitoring of an employee's communications. If monitoring was indeed necessary, is a question that will depend on the facts of each relevant case.

The position in South African law will be compared to that of the English law. These two systems regulate the right to privacy in the workplace in much the same way. It does seem that there is a tendency beginning in English law to move away from the "contracting out" of fundamental rights, like the right of privacy. This is done in order to protect the interests of the employee, who does not have the same bargaining power as the employer, who most of the time has more leverage on his side. This is certainly a legitimate concern, but if this position can be applied in our law, is an open question. In my opinion there should be no objections to an employee's own decision to limit his right to privacy in his workplace.

Inhoudsopgawe

1	Inleiding	5
2	Die reg op privaatheid	6
2.1	<i>Die gemeenregtelike reg op privaatheid</i>	7
2.2	<i>Die fundamentele reg op privaatheid</i>	8
3	Beperking van die reg op privaatheid	11
4	Spesifieke gevalle van inbreukmaking op privaatheid	15
4.1	<i>Internet en e-pos monitering</i>	15
4.2	<i>Meeluistering</i>	24
4.3	<i>Visentering</i>	27
5	Verwere teen die inbreukmaking op privaatheid	28
5.1	<i>Toestemming</i>	30
5.2	<i>Noodsaaklikheid</i>	36
6	Vergelyking met die Engelse reg	37
7	Gevolgtrekking	42
	Bibliografie	45

1 Inleiding

Die reg op privaatheid is 'n fundamentele reg wat deur artikel 14 van die 1996-Grondwet¹ aan elke individu gewaarborg word. Daar kan gevolglik aangevoer word dat hierdie reg ook tot die beskikking van die werknemer in die werkplek is en dat die werkgewer dus verbied word om enige privaat gesprek, telefoniese, e-pos of ander vorme van elektroniese kommunikasie van die werknemer te onderskep, monitor of tap. Geen fundamentele reg is egter absoluut nie.² In sekere omstandighede kan 'n fundamentele reg dus regmatiglik beperk word.

Die werknemer se reg op privaatheid is soms in konflik met die werkgewer se reg om sy besigheidsbelange, vertroulike inligting en voorrade te beskerm. Ten einde sy besigheidsbelange te beskerm, sal 'n werkgewer dus graag in sekere omstandighede die kommunikasie van die werknemer wil onderskep of monitor. 'n Werknemer wat ongelisensieerde sagteware van die internet aflaai en versprei (vanaf die werkgewer se rekenaar by die werkplek), is duidelik 'n voorbeeld van 'n situasie waar die werkgewer 'n belang daarby het om die werknemer se e-pos en internetgebruik te monitor. Die rede hiervoor is dat hy moontlik middelik aanspreeklik gehou kan word vir die dade van die werknemer. Dieselfde situasie kan ontstaan wanneer 'n werknemer sy mede-werknemer seksueel teister deur gebruik te maak van die werkplek se rekenaar netwerk. 'n Werkgewer kan verder ook 'n belang daarby hê om op hoogte te bly van sy werknemers se werkverrigting en produktiwiteit. Die vraag ontstaan nou: het die werkgewer die reg om die werknemer se kommunikasies te onderskep of monitor? Dit gebeur soms dat

1 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996. Hierna sal daar slegs in die teks na die *Grondwet* verwys word.

2 Fundamentele regte kan onder andere deur die beperkingsbepaling van a 36 van die *Grondwet* beperk word, indien daar aan die nodige vereistes ingevolge hierdie bepaling voldoen word.

werknemers hul aan diefstal van die werkgewer se voorrade skuldig maak. Het 'n werkgewer die reg om deur middel van video-monitoring hierdie gevalle te probeer voorkom? Wat van visentering? Indien die werknemer se reg op privaatheid dan wel beperk mag word, tot watter mate mag dit beperk word? Die vraag na die bestaansreg, asook die omvang van die reg op privaatheid van die werknemer gaan hier oorweeg en opgeweeg word teenoor die reg van die werkgewer om sy werkomgewing te monitor. Daar gaan verder 'n ondersoek ingestel word na die wyse en omvang waarin die reg op privaatheid regmatiglik beperk mag word. Daar gaan kortliks na spesifieke gevalle van inbreukmaking, soos visentering, meeluistering, afneming, sowel as internet en e-pos monitoring, gekyk word. Daar gaan verder gepoog word om 'n antwoord te vind op die vraag of 'n werknemer uit vrye wil mag afstand doen van sy reg op privaatheid³ en tot watter mate, indien wel.

Die posisie in die Suid-Afrikaanse reg sal vir doeleindes van hierdie ondersoek kortliks met die posisie in die Engelse reg vergelyk word, aangesien daar sekere riglyne en voorstelle gevind kan word om hierdie konflikterende belange te versoen. Die doel van hierdie ondersoek is egter nie om 'n volledige regsvergelykende studie aan te pak nie en daar sal slegs kortlikse vergelykings getref word.

2 Die reg op privaatheid

Die reg op privaatheid is 'n reg wat reeds lank voor die inwerkingtreding van die 1993-*Grondwet*⁴ deur die gemenerereg erken was. Vandag reguleer die 1996-*Grondwet* hoofsaaklik die bepalings

3 Daar kan in so 'n geval gepraat word van "uitkontraktering," waar die werknemer kontraktueel instem om nie sy fundamentele reg op privaatheid uit te oefen nie.

4 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1993. Hierna sal daar spesifiek na die "1993-*Grondwet*" verwys word om dit sodoende van die 1996-*Grondwet* te onderskei.

en beperkings van die reg op privaatheid. Daar sal egter eers kortliks na die gemeenregtelike posisie gekyk word, om sodoende die ontwikkeling en toepassing van die grondwetlike reg op privaatheid te bepaal. Daarna sal aandag aan die reg op privaatheid ingevolge die 1996-Grondwet geskenk word.

2.1 Die gemeenregtelike reg op privaatheid

Ingevolge die gemenerereg is die reg op privaatheid erken as 'n persoonlikheidsreg, wat die howe as deel van 'n persoon se *dignitas* beskou het.⁵ Die inbreukmaking op 'n persoon se privaatheid stel 'n *iniuria*⁶ daar. Die onregmatigheid van 'n feitelike inbreukmaking op 'n persoon se privaatheid, word beoordeel in die lig van die *boni mores*⁷ wat op daardie tyd en plek van toepassing is, sowel as die algemene opvatting van geregtigheid in die gemeenskap, soos dit deur die hof waargeneem word.⁸ Die werknemer sou dus ingevolge die gemenerereg 'n deliktuele eis soos die *actio iniuriarum* kon instel, indien hy sou kon bewys dat die werkgewer op 'n onregmatige wyse inbreuk op sy privaatheid gemaak het en dat hierdie inbreukmaking teen die *boni mores* is. Met die *actio iniuriarum* kan genoegdoening geëis word.

5 Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* 381 – 383; *Bernstein v Bester* 1996 2 SA 751 (KH) [68] 789 A-B.

6 Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* 17 beskryf 'n *iniuria* as die onregmatige opsetlike krenking of minagting van 'n persoon se *corpus, fama of dignitas*.

7 *Boni mores* is die regsopvatting van die gemeenskap. Hierdie toets is 'n objektiewe redelikeidsmaatstaf. Daar vind ook dan 'n belange-afweging in hierdie proses plaas. Sien Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* 40-53 in hierdie verband.

8 De Waal, Currie en Erasmus *Bill of Rights* 268. In *Bernstein v Bester* 1996 2 SA 751 (KH) [69] 789 D-E, is sommige van die gemeenregtelike voorbeelde van inbreukmaking op privaatheid soos volg gelys: betreding van 'n privaat woning; die lees van private dokumente, die afluistering van private gesprekke; die bekendmaking van private feite wat verkry is deur die verbreking van 'n konfidensialiteitsverhouding.

In *Bernstein v Bester NO*⁹ het die hof die onderskeid gemaak tussen die toepassing van die gemeenregtelike reg op privaatheid en die fundamentele reg op privaatheid en gewaarsku dat gemeenregtelike beginsels nie gebruik moet word om fundamentele regte en hul beperking te interpreter nie. Die bepaling of daar 'n inbreukmaking op die gemeenregtelike reg op privaatheid plaasgevind het, is 'n enkele navraag of ondersoek. Daar moet naamlik slegs bepaal word of die inbreukmaking onregmatig was en indien daar bevind word dat daar 'n regverdigingsgrond was, sal die inbreukmaking nie onregmatig wees nie. By fundamentele regte onder die *Grondwet* aan die ander kant, word 'n twee-fase analise geïmplementeer ten einde te bevind of daar 'n inbreukmaking op die fundamentele reg van privaatheid was.¹⁰

2.2 Die fundamentele reg op privaatheid

Met die inwerkingtreding van eers die 1993- en toe die 1996-*Grondwet*, het die reg op privaatheid 'n fundamentele reg geword. Artikel 14 van die 1996-*Grondwet* bepaal:

- Elkeen het die reg op privaatheid, waarby inbegrepe is die reg dat
- (a) hul persoon of woning nie deursoek word nie;
 - (b) hul eiendom nie deursoek word nie;
 - (c) daar nie op hul besittings beslag gelê word nie;
 - (d) daar nie op die privaatheid van hul kommunikasies inbreuk gemaak word nie.

Dit is duidelik dat artikel 14 uit twee dele bestaan: die eerste waarborg 'n algemene reg op privaatheid en die tweede deel bied beskerming teen spesifieke inbreukmaking van privaatheid, naamlik visentering, beslagleggings en inbreukmaking op die privaatheid van kommunikasies. Interessant is die feit dat hierdie artikel 'n vorm van 'n negatiewe reg uitmaak, veral wanneer daar na die bewoording van die artikel gekyk word. Daar word naamlik 'n verbod op sekere

9 1996 2 SA 751 (KH) [71] 790 D-E.

10 Hierdie twee-fase analise sal in hfst 2.2 bespreek word.

handelinge geplaas. Daar rus ook nie uit die bewoording van hierdie artikel 'n uitdruklike plig op die staat om hierdie reg te bevorder nie, maar eerder 'n plig om nie met hierdie reg in te meng nie. Verder bepaal artikel 8(1) van die *Grondwet* dat die Handves van Regte (waarvan artikel 14 deel is) van toepassing is op die totale reg en die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag, sowel as alle staatsorgane bind. Hieruit is dit dus duidelik dat die reg op privaatheid vertikaal van toepassing is. Artikel 8(2) bind weer 'n natuurlike of regspersoon, wat beteken dat die reg op privaatheid ook horisontaal van toepassing is. Gevolglik kan die partye betrokke in die indiensnemingsverhouding ook hieronder tuisgebring word.

Die omvang van 'n persoon se reg op privaatheid sluit slegs daardie aspekte in waarvan daar gesê kan word dat die persoon 'n sogenaamde "legitimate expectation of privacy" het.¹¹ Dit beteken dat die persoon 'n subjektiewe verwagting op privaatheid moet hê wat die gemeenskap as objektief redelik sal ag.¹² Dit wil dus voorkom of die reg op privaatheid 'n inherente beperking¹³ het, buiten die beperking wat ingevolge artikel 36 van die *Grondwet* kan geld. Dit sal onder andere beteken dat 'n persoon nie kan kla oor 'n inbreukmaking op sy reg op privaatheid indien hy uitdruklik of by implikasie daartoe toegestem het dat daar op sy privaatheid inbreuk gemaak mag word nie. Indien 'n mens dit op die werksituasie sou toepas, sou dit beteken dat 'n werknemer nie kan kla van 'n inbreukmaking op sy privaatheid indien hy toegestem het dat sy werkstelefoon getap, sy internet en e-pos gemonitor of hy deur middel van 'n video-kamera afgeneem word nie. Ook kan die logiese afleiding gemaak word dat 'n werkplek nie 'n omgewing is wat hom

11 De Waal, Currie en Erasmus *Bill of Rights* 269; *Protea Technology Ltd v Wainer* 1997 9 BCLR 1225 (W) 1239.

12 Johnson 2000 *De Rebus* 54.

13 Bezuidenhout *Elektroniese Monitoring* 4.

aan 'n groot mate van privaatheid ontleen nie – iets waarvan meeste werknemers deeglik bewus is.¹⁴ Verder moet daar in gedagte gehou word dat elke persoon sy fundamentele reg mag uitoefen slegs tot die mate waartoe dit nie inbreuk maak op 'n ander persoon se fundamentele regte nie.

'n Persoon wat beweer dat daar op sy grondwetlike reg op privaatheid inbreuk gemaak is, kan 'n grondwetlike eis instel en genoegdoening eis of selfs 'n interdik teen die inbreukmaker verkry. Daar word aangeneem dat 'n werknemer dus ook oor hierdie reg beskik teen sy werkgever, indien hy onder meer kan bewys dat die werkgever op 'n onregmatige wyse inbreuk gemaak het op sy reg op privaatheid, waarvan hy 'n "legitimate expectation" gehad het en dat die inbreukmaking van die werkgever nie regverdigbaar is deur die beperkingsbepaling van die *Grondwet*¹⁵ nie. Daar word verder ook voorsien dat 'n werkgever se onregmatige inbreukmaking op 'n werknemer se reg op privaatheid 'n onbillike arbeidspraktyk daar kan stel.¹⁶ Artikel 185(b) van die *Wet op Arbeidsverhoudinge (WAV)*¹⁷ bevat 'n bepaling wat voorsiening daarvoor maak dat elkeen die reg op billike arbeidspraktyke het.¹⁸ Dispute oor onbillike arbeidspraktyke in terme van artikel 186(2) van die *WAV*, soos gewysig, is onderhewig aan arbitrasie. Aangesien die *Grondwet* ook in artikel 23(1) die reg op billike arbeidspraktyke waarborg, kan die

14 Sien verder in hierdie verband ook die bespreking in De Waal, Currie en Erasmus *Bill of Rights* 270 van die saak van *Mistry v Interim Medical and Dental Council of South Africa* 1998 4 1127 (KH) [27], waar daar ondermeer bevind is dat 'n openbare onderneming soos 'n maatskappy ook te wagte moet wees dat daar groter inperkings op sy reg op privaatheid sal wees, veral wat staatsinmenging betref.

15 A 36 van die 1996-*Grondwet*.

16 Van Niekerk 1994 *Contemporary Labour Law* 97, 101-102.

17 66 van 1995. Daar sal voortaan na die *WAV* verwys word.

18 A 185 en 186 van die *WAV*, soos gewysig deur die *Wysigingswet op Arbeidsverhoudinge* 12 van 2002, reguleer oor die algemeen onbillike arbeidspraktyke.

werknemer se reg op privaatheid ook op hierdie wyse 'n fundamentele reg uitmaak.

Soos reeds genoem,¹⁹ verskil die toepassing van die gemeenregtelike reg op privaatheid van die fundamentele reg, in die opsig dat daar 'n twee-fase analise²⁰ gedoen moet word by die bepaling of daar inbreuk gemaak is op die grondwetlike reg op privaatheid. Ten eerste moet die omvang van die reg bepaal word ten einde te bepaal of die optrede van die verweerder op hierdie reg inbreuk gemaak het. Indien daar dan wel 'n inbreukmaking plaasgevind het, moet daar in die tweede fase bepaal word of die inbreukmaking regverdigbaar is onder die beperkingsbepaling van die *Grondwet*. Daar gaan vervolgens gekyk word na omstandighede waaronder die reg op privaatheid regmatiglik beperk kan word.

3 Beperking van die reg op privaatheid

Geen reg is absoluut nie. Soos reeds gesien,²¹ kan 'n persoon slegs 'n bepaalde fundamentele reg uitoefen wanneer hy in die uitoefening daarvan nie inbreuk maak op die fundamentele reg van 'n ander persoon nie.²² Dit stel dus 'n inherente beperking van die reg daar. 'n Verdere inherente beperking kan gesien word deur die "legitimate expectation"-vereiste, soos reeds bespreek. Wanneer daar na artikel 7(3)²³ van die 1996-*Grondwet* gekyk word, is dit duidelik dat die reg op privaatheid ook regmatiglik op "eksterne" wyse beperk kan word deur artikel 36 van die 1996-*Grondwet* as maatstaf te gebruik. Aangesien fundamentele regte deur die *Grondwet* gewaarborg en beskerm word, is dit tog net logies dat dit ook die *Grondwet* is wat

19 Hfst 2.1 hierbo.

20 Soos geformuleer in *S v Zuma* 1995 4 BCLR (KH) 414.

21 Hfst. 2.2 hierbo.

22 Blanpain en Van Gestel *Use and Monitoring* 6-7.

23 "Die regte in die Handves van Regte is onderworpe aan die beperkings in artikel 36 of elders in die Handves vervat of genoem."

bepaal of en hoe die regte beperk kan word. Artikel 36(1) bepaal soos volg:

Die regte in die Handves van Regte kan slegs kragtens 'n algemeen geldende regsvoorskrif beperk word in die mate waarin die beperking redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid, met inagneming van alle tersaaklike faktore, met inbegrip van-

- (a) die aard van die reg;
- (b) die belangrikheid van die doel van die beperking;
- (c) die aard en omvang van die beperking;
- (d) die verband tussen die beperking en die doel daarvan; en
- (e) 'n minder beperkende wyse om die doel te bereik.

Dit is dus duidelik dat enige fundamentele reg wat in die Handves van Regte verskans word, deur artikel 36(1) beperk kan word en dan ook deur van die kriteria in (a) – (b) gebruik te maak. Dit is dalk meer korrek om te sê dat hierdie bepaling reëls daarstel vir die beperking van regte.²⁴ Artikel 36(2) bepaal dat geen ander regsvoorskrif, behalwe soos in subartikel (1) of enige ander bepaling van die *Grondwet* enige reg wat in die Handves van Regte verskans is, mag beperk nie.

Dit mag ook soms gebeur dat twee regte of belange met mekaar bots of kompeteer. 'n Tipiese voorbeeld hiervan is dat die werknemer se reg op privaatheid bots met die werkgever se reg om sy werksomgewing te monitor of sy besigheidsbelange te beskerm.²⁵ Dit sou miskien maklik wees indien 'n mens hierdie twee regte of belange teen mekaar kon opweeg om te bepaal watter een gaan seëvier. Dit behoort egter vanuit die staanspoor duidelik te wees dat dit nie so 'n maklike taak is nie, aangesien hierdie twee regte of

24 Rautenbach 2001 *TSAR* 618.

25 Die werkgever mag ook 'n belang daarin hê om te verseker dat werknemers mekaar nie op seksuele of rasverwante gronde teister, deur gebruik te maak van byvoorbeeld die werkplek se e-pos of telefoon nie, aangesien die werkgever in sommige omstandighede verantwoordelik gehou kan word vir die werknemer se optrede. Sien veral Johnson 2000 *De Rebus* 54 se bespreking van hierdie posisie. Verder kan die reg op privaatheid ook met die belang op effektiewe regsafdwinging, openbare belang of kompeterende regte, soos vryheid van spraak inmeng.

belange nie identies is nie en dus nie altyd met dieselfde maat geweg of op dieselfde wyse beperk kan word nie.²⁶ Woolman²⁷ is van mening dat daar eintlik nie van balansering of opweging gepraat moet word nie, aangesien 'n mens nie twee ongelyksoortige waardes of regte teen mekaar kan opweeg of balanseer nie:

What is important to recognize is that this is *not*, as the *Makwanyane* Court seems to suggest, a balancing question. It is a threshold question. If the objective of the limitation cannot justify the infringement of a fundamental right, then the limitation inquiry end. There need be no comparison of the competing interests at play. The party seeking to uphold the limitation loses.²⁸

Daar kan dus 'n probleem ondervind word wanneer twee regte of belange met mekaar kompeteer, om te bepaal watter reg of belang moet seëvier. Die beperkingsbepaling sal dan steeds ingespan moet word wanneer een van hierdie regte regmatiglik beperk moet word. 'n Mens sou dus elkeen van hierdie regte kon probeer beperk deur van die beperkingsbepaling gebruik te maak. In praktyk sal die party wat 'n sekere reg wil beperk, dit moet doen deur die beperkingsbepaling te gebruik en indien die inbreukmaking op hierdie reg nie deur die beperkingsbepaling geregverdig kan word nie, eindig die ondersoek en die party wat die beperking wou regverdig, verloor dan die saak. Woolman²⁹ meen verder dat wanneer twee regte of belange met mekaar kompeteer, hierdie regte nooit gebalanseer kan word nie; inderwaarheid word 'n keuse uitgeoefen. Afhangend van die resultaat wat bereik wil word, moet daar dus op die ou end 'n keuse uitgeoefen word tussen hierdie twee kompeterende regte of belange. 'n Voorbeeld van waar die reg op

26 *Protea Technology Ltd v Wainer* 1997 9 BCLR 1225 (W) 1243: "The process of balancing interests can seldom be mathematically quantified."

27 Woolman 1997 *SA Journal on Human Rights* 103, 113-119.

28 Woolman 1997 *SA Journal on Human Rights* 109.

29 Woolman 1997 *SA Journal on Human Rights* 119.

privaatheid beperk kan word vir 'n hoër belang, kan gesien word in regter Sachs se uitspraak in die *National Coalition*-saak:³⁰

...there is no reason why the concept of privacy should be extended to give blanket libertarian permission for people to do anything they like provided that what they do is sexual and done in private... in democratic societies sex involving violence, deception, voyeurism, intrusion or harassment is punishable (if not always punished), or else actionable, wherever it takes place... The privacy interest is overcome because of the perceived harm.

In die *Protea*-saak is daar byvoorbeeld ook deur die hof toegegee dat die werkgewer 'n fundamentele reg het om sy vrye ekonomiese aktiwiteite te beskerm.³¹ 'n Mens sou nou maklik kon sê dat die werkgewer se belang nou opgeweeg moet word teenoor die werknemer se reg op privaathed. Inderwaarheid sal slegs die beperking van die reg op privaathed aan 'n ondersoek blootgestel word. Die werkgewer se reg kan moontlik een van die faktore wees wat in ag geneem word in hierdie proses, maar dit is duidelik nie 'n primêre afweging van twee regte teenoor mekaar waar die een sonder enige ander oorwegings bloot sal moet wyk voor die ander een nie. Hierdie saak is 'n goeie voorbeeld in die arbeidskonteks van waar die werknemer se reg op privaathed regmatiglik beperk was en die gevolg was dat die werkgewer se reg om sy vrye ekonomiese aktiwiteite te beskerm geseëvier het, al was die reg op privaathed nie primêr beperk deur die werknemer se reg nie. Aan die ander kant, kan daar weer aangevoer word dat daar 'n keuse uitgeoefen was tussen die reg op privaathed en die werkgewer se reg om sy vrye ekonomiese aktiwiteite te beskerm en dat die werkgewer se reg as belangriker geag was. Hierdie keuse sal egter

30 *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* 1999 1 SA 6 (KH) [116]. Die beperkingsbepaling sal egter steeds toegepas moet word voordat die reg op privaathed beperk kan word.

31 *Protea Technology Ltd v Wainer* 1997 9 BCLR 1225 (W) 1240. Daar word in dieselfde asem aangevoer: "As soon as the employee abandons the private sphere of his conversation for that of the affairs of his employer he loses the benefit of privacy."

blykbaar nooit geldig kan wees indien die beperkingsbepaling nie toegepas word nie.

4 Spesifieke gevalle van inbreukmaking op privaatheid

Daar gaan vervolgens na 'n aantal spesifieke voorbeelde gekyk word waar die werknemer se reg op privaatheid met die werkgever se reg om sy werkomgewing te monitor, kan bots. Daar is vele voorbeelde en situasies, maar vir doeleindes van hierdie ondersoek, gaan dit afgebaken word tot internet en e-pos monitoring (wat die terrein is wat hom moontlik die mees algemeen aan hierdie botsings kan ontleen); meeluistering; asook visentering van die persoon en besittings van die werknemer.

4.1 Internet en e-pos monitoring

Take a dash of vagueness, add a generous helping of computer-related inexperience, a pinch of callousness and season with a total lack of legislation and legal precedent. Yes, technology surveillance in the workplace would appear to have all the right ingredients for yet another game of 'pin the tail on the donkey' in South African law.³²

In die moderne era, kan 'n mens nie meer 'n werkplek sonder die gebruik van internet en e-pos fasiliteite voorstel nie. Dit is egter ook een van die areas in die werkplek wat aanleiding tot vele probleme³³ vir die werkgever gee indien werknemers dit verkeerdelik gebruik of misbruik - veral dan wanneer werknemers hierdie fasiliteite vir privaat gebruik inspan. Dan neem dit werkgevers se werktyd op, rekenaarspasia word opgeneem, netwerke oorlaai, rekenaarsisteme blootgestel aan rekenaarvirsusse en die werkgever kan selfs in

32 Johnson 2000 *De Rebus* 55.

33 Internet fasiliteite word gereëld deur werknemers in Suid-Afrika misbruik. Volgens Dancaster 2001 *ILJ* 865, ondervind 68,63% van maatskappye volgens statistiek probleme met werknemers wat hul werktyd op die internet spandeer; 69,93% dat hul werknemers seksueel teisterende e-pos boodskappe, grappe of beelde versend, ontvang of aflaai vanaf die internet; 64,71% ondervind probleme met degradering van hul netwerke weens die misbruik van die internet terwyl 15,69% probleme ondervind met werknemers wat kopieregte skend of inligting in die naam van die maatskappy plaas wat ander maatskappye of persone belaster.

sommige gevalle verantwoordelik gehou word (by wyse van die leerstuk van middelike aanspreeklikheid) vir die werknemer se diskriminerende e-pos boodskappe en selfs die onregmatige aflaai van sagteware of onwettige vorme van pornografie.³⁴

Indien hierdie probleme in ag geneem word, is dit geen wonder dat die werkgewer as verskaffer en eienaar van die rekenaarnetwerk, graag sy werknemers se internet en e-pos gebruik sou wou monitor of onderskep, en selfs disiplinêre stappe teen enige oortreders sou wou neem nie.³⁵ Die werkgewer sal selfs in bepaalde omstandighede die werknemer wil monitor ten einde te bepaal of die werknemer sy pligte na wense uitvoer of produktief genoeg is. Die vraag ontstaan egter nou of die werkgewer nie dan onregmatiglik op die werknemer se reg op privaatheid inbreuk maak en hom dus blootstel aan 'n siviele eis deur die werknemer nie.

Die *Wet op die Verbod op Onderskepping en Meeluistering* 127 van 1992³⁶ het voorheen (onder andere) hierdie posisie gereguleer, maar is intussen in vervang deur die *Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstrekking van Kommunikasie-verwante Inligting* 70 van 2002.³⁷ Hierdie wet is nie

34 Mischke 2003 *Contemporary Labour Law* 72; Blanpain en Van Gestel *Use and Monitoring* 11-12.

35 In *Cronje / Toyota Manufacturing* 2001 3 BALR 213 (CCMA) het die werkgewer 'n werknemer ontslaan wat 'n rassistiese e-pos gesirkuleer het deur gebruik te maak van die werkgewer se interne e-pos sisteem. Daar is bevind dat hierdie ontslag deur die werkgewer geregverdig was, aangesien die werkgewer 'n reël teen aanstootlike e-pos gehad het en dat die werknemer bewus was daarvan. Aangesien die werknemer in hierdie geval gebruik gemaak het van die werkgewer se e-pos sisteem, is dit duidelik dat dit in die werkgewer se belang was om hierdie gedrag te voorkom en te straf indien dit wel voorkom, aangesien die werkgewer andersins verantwoordelik gehou kan word vir die optrede van die werknemer. Sien ook *Dauth / Brown and Weir's Cash & Carry* 2002 8 BALR 837 (CCMA) vir 'n soortgelyke geval met 'n soortgelyke bevinding.

36 Daar sal voortaan in die teks van die "ou *Onderskeppingswet*" gepraat word wanneer daar na hierdie wet verwys word.

37 Daar sal voortaan in die teks na die "nuwe *Onderskeppingswet*" verwys word, wanneer daar van hierdie wet gepraat word.

spesifiek op werkgewers gerig nie, maar sal wel 'n invloed hê op die werkgewer se regulering van sy werknemers wanneer dit by hul internet-, e-pos verbruik en telefoongesprekke kom. Die meeste van die hofsake wat voortaan bespreek gaan word, is onder die ou *Onderskeppingswet* beslis, maar dit wil tog voorkom asof die nuwe *Onderskeppingswet* in die meeste gevalle nie die uitsprake sal omkeer of verander nie. Artikel 2 van die nuwe *Onderskeppingswet* bepaal:

Behoudens hierdie Wet mag niemand, op enige plek in die Republiek, opsetlik enige kommunikasie in die loop van sy gebeurtenis of versending onderskep of poog te onderskep, of enigiemand anders magtig of verkry om dit te onderskep of poog te onderskep nie.

Artikel 86 van die *Wet op Elektroniese Kommunikasie en Transaksies*³⁸ bepaal verder dat 'n persoon wat enige data onderskep sonder die magtiging of toestemming om dit te doen en met die bedoeling om dit te onderskep, hom skuldig maak aan 'n kriminele oortreding. Hierdie artikel is onderhewig aan die *Onderskeppingswet* se bepalings,³⁹ wat beteken dat die werkgewer 'n kriminele oortreding sal begaan indien hy enige data van die werknemer onderskep sonder die werknemer se toestemming, tensy hierdie optrede voldoen aan die nuwe *Onderskeppingswet*.⁴⁰

Die nuwe *Onderskeppingswet* plaas dus 'n algemene verbod op die onderskepping van sekere vorme van kommunikasies, soos persoonlike gesprekke, fakse, e-pos, telefoonoproepe en briewe. Dit wil voorkom asof video-monitering nie noodwendig onder hierdie wet

38 25 van 2002

39 Hierdie artikel is onderhewig gestel aan die bepalings van die ou *Onderskeppingswet*, maar aangesien dit nou deur die nuwe *Onderskeppingswet* vervang is, kan daar vir doeleindes van hierdie artikel aangeneem word dat dit nou onderhewig gestel word aan die bepalings van die nuwe *Onderskeppingswet*.

40 Mischke 2003 *Contemporary Labour Law* 76.

se bepalings gaan val nie, tensy die kamera klank optel.⁴¹ Op dieselfde wyse sal 'n werknemer se gebruik van die internet ook nie onder hierdie wet se bepalings val nie, tensy hy byvoorbeeld 'n boodskap op 'n webtuiste laat. Indien die ou en nuwe *Onderskeppingswette* met mekaar vergelyk word, is dit duidelik dat nuwe *Onderskeppingswet* se verbod op inbreukmaking van kommunikasie wyer strek as die een wat gegeld het onder die ou *Onderskeppingswet*. Volgens die ou *Onderskeppingswet* word slegs die onderskepping sonder die versender se medewete en meeluistering deur middel van 'n meeluisterapparaat met die doel om konfidensiële inligting in te samel, verbied.⁴²

Daar is egter beperkings op die nuwe wet se algemene verbod op inbreuk van kommunikasie.⁴³ Eerstens moet die onderskepping⁴⁴ met opset wees; dus sal 'n onderskepping wat per ongeluk⁴⁵ gedoen word, nie deur die wet gedek word nie. Tweedens moet die onderskepping deur 'n persoon gedoen word wat nie 'n party tot die gesprek of kommunikasie is nie.⁴⁶ Indien die persoon aan wie die kommunikasie (byvoorbeeld e-pos) gerig is, dit byvoorbeeld aan die werkgewer as derde party⁴⁷ bekend maak, word daar nie op die

41 Lumb en Kingdon 2004 *Accountancy SA* 15.

42 A 2(1)(a) en (b) van die ou *Onderskeppingswet*.

43 Grogan 2004 *Employment Law* 9-10. Die hele bespreking van die beperking van die algemene verbod is op hierdie artikel gebaseer.

44 Onderskepping of "interception" ingevolge die nuwe *Onderskeppingswet* beteken die verkryging van die inhoud van enige kommunikasie deur die gebruikmaking van, onder andere, meeluisterapparaat om die inhoud van die hele of dele van die kommunikasie beskikbaar te maak aan 'n persoon anders as die versender of die ontvanger van daardie kommunikasie. Dit sluit in die monitering van die kommunikasie by wyse van 'n moniteringstoestel, die sien, ondersoek of inspeksie van die inhoud van enige indirekte vorm van kommunikasie en die verandering van enige indirekte vorme van kommunikasie vanaf die bedoelde bestemming na enige ander bestemming.

45 Soos die geval was in *Smuts v Backup Storage Facilities* 2003 3 BALR 219 (CCMA).

46 A 4 van die nuwe *Onderskeppingswet* maak voorsiening daarvoor dat 'n party tot die kommunikasie dit mag onderskep, tensy dit gedoen word vir doeleindes van die pleging van 'n misdaad.

47 Sien *Dauth / Brown and Weir's Cash & Carry* 2002 8 BALR 837 (CCMA).

