

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 gewoog 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 werkgever 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 werkgever 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 werkgever 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 werkgever 'n werknemer ontslaan wat 'n rassistiese e-pos gesirkuleer het deur gebruik te maak van die werkgever se interne e-pos sisteem. Daar is bevind dat hierdie ontslag deur die werkgever geregverdig was, aangesien die werkgever '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 werkgever se e-pos sisteem, is dit duidelik dat dit in die werkgever se belang was om hierdie gedrag te voorkom en te straf indien dit wel voorkom, aangesien die werkgever 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).

nuwe *Onderskeppingswet* se bepalings inbreuk gemaak nie. Buiten hierdie geïmpliseerde beperkings, bestaan daar ook 'n aantal uitdruklike uitsonderings op die algemene onderskeppingsverbod. In die eerste plek, kan 'n gemagtigde persoon⁴⁸ die kommunikasies onderskep. 'n Werkgewer mag dus aansoek doen by die Hooggeregshof om 'n lasgewing en indien dit deur die regter toegestaan word, sal die polisie die ondersoek vir die werkgewer hanteer.⁴⁹ Die tweede uitsondering op die verbod handel oor die "party tot die kommunikasie" – wat beteken dat indien een van die partye tot die kommunikasie hierdie gesprek, telefoonoproep, of e-pos aan 'n derde bekend maak, sal die wet nie van toepassing wees nie. Ook mag die kommunikasie deur 'n derde onderskep of gemonitor word, indien een van die partye⁵⁰ tot die kommunikasie daartoe toestem.⁵¹ Die derde uitsondering word in artikel 6 van die nuwe *Onderskeppingswet* gevind en magtig enige persoon om onregstreekse kommunikasie in die loop van die uitvoer van hul

48 'n Gemagtigde persoon is ingevolge die Wet enige wetstoepassingsbeampte wat ingevolge artikel 26(1)(a)(i) 'n lasgewing kan uitvoer; of 'n wetstoepassingsbeampte of ander persoon wat ingevolge artikel 26(1)(a)(ii) kan help met die uitvoering van 'n lasgewing.

49 'n Regter sal dit egter nie maklik toestaan nie. Eers moet hy tevrede gestel word dat die applikant kommunikasie wil onderskep wat aanleiding tot 'n ernstige oortreding kan gee. 'n Ernstige oortreding in hierdie konteks, is 'n oortreding wat 'n tronkstraf van ten minste vyf jaar sonder die opsie van 'n boete tot gevolg kan hê, sowel as vorme van georganiseerde misdaad.

50 'n Party tot die kommunikasie word ingevolge die nuwe *Onderskeppingswet* gedefinieer en sluit in die versender of ontvanger of bedoelde ontvanger van 'n indirekte (of onregstreekse) kommunikasie, so wel as enige ander persoon, wat ten tyde van die "plaasvind" van die kommunikasie in die onmiddelike teenwoordigheid van die sender of ontvanger of onmiddelike ontvanger van daardie onregstreekse kommunikasie is. Kommunikasie vir doeleindes van die wet sluit egter sowel regstreekse as onregstreekse kommunikasie in. Regstreekse kommunikasie is ingevolge die Wet mondelingse kommunikasie tussen twee of meer persone wat indie onmiddelike teenwoordigheid van al die deelnemers plaasvind. Onregstreekse kommunikasie beteken die oordrag van inligting, insluitend 'n boodskap of deel van 'n boodskap, klank, data, teks, visuele beelde, tekens of radio frekwensies.

51 A 5 van die nuwe *Onderskeppingswet*.

besigheid te onderskep.⁵² Vir hierdie onderskeppings om regmatig te wees, moet dit vir twee spesifieke doelwitte gedoen word – wat weereens onderhewig is aan drie voorwaardes.⁵³ Die eerste doelwit is om die bestaan van sekere feite vas te stel, terwyl die tweede doelwit is om die sisteem te verseker of beveilig of wat onderneem word as 'n inherente deel van die sisteem. Die eerste voorwaarde is dat elke onderskepping deur die stelselbeheerder⁵⁴ gemagtig moet wees; die tweede is dat die betrokke sisteem voorsiening maak vir die hele of gedeeltelike gebruik in verband met die betrokke besigheid. Derdens moet die stelselbeheerder alle redelike pogings aanwend om 'n persoon wat die telekommunikasie-sisteem wil gebruik, voor die tyd in te lig dat kommunikasie deur hierdie sisteem, onderskep mag word, of dat die betrokke gebruiker daartoe toestem.

Dit wil voorkom of hierdie artikel dit dus tog moontlik maak vir werkgewers om 'n paar maatreëls in te stel om hul sisteme te monitor en beskerm teen misbruik, sonder om op die regte van die werknemers inbreuk te maak. Wat werkgewers egter moet doen indien hulle wel hul werknemers se internet-gebruik en e-pos wil monitor, is om elke werknemer se toestemming voor die tyd te kry.⁵⁵

52 Volgens Lumb en Kingdon 2004 *Accountancy SA* 15, kan 'n voorbeeld hiervan gesien word indien die Hoof Uitvoerende Beampte van 'n maatskappy die e-pos van 'n werknemer onderskep, omdat hy glo dat die werknemer die werkplek se e-pos sisteem gebruik om e-pos met groot aanhangsels te stuur en sodoende die sisteem oorlaai. Terwyl die nuwe *Onderskeppingswet* nie die onderskepping van werknemers se privaat kommunikasies magtig nie, kan daar geargumenteer word dat die werknemers se persoonlike gebruik van die kommunikasie-sisteem as besigheidsverwant geag kan word, indien werknemers slegs gemagtig is om die kommunikasie-sisteme vir besigheidsverwante redes te gebruik.

53 Grogan 2004 *Employment Law* 10-11. Die uiteensetting van die doelwitte en voorwaardes is op hierdie gedeelte in Grogan gebaseer.

54 Die "stelselbeheerder" is in hierdie konteks nie die persoon wie se taak dit is om te verseker dat die sisteem werkend bly nie, maar word gedefinieer as 'n natuurlike persoon in die geval van 'n privaat organisasie; enige vennoot in 'n vennootskap en die hoof uitvoerende beampte of enige persoon deur hom gemagtig in die geval van 'n regspersoon.

55 Van Niekerk 1994 *Contemporary Labour Law* 99. "Relevant defenses in claims for invasion of privacy include consent and necessity."

Hierdie toestemming moet vrywillig wees, maar Grogan⁵⁶ meen dat 'n werknemer wat weier om 'n werkgewer toegang te verleen tot sy e-pos, redelik vermoed kan word om iets te probeer wegsteek. Daar kan volgens hom selfs so ver gegaan word om te sê dat hierdie weiering van die werknemer in bepaalde omstandighede gronde vir 'n operasionele ontslag daar mag stel.⁵⁷ Dus sal werknemers uiteindelik moet kies tussen hul privaatheid en voldoening aan die werkgewer se werklike operasionele vereistes. Toestemming deur die werknemer is egter nie in alle gevalle 'n vereiste nie. Soms is dit voldoende indien die stelselbeheerder alle redelike pogings aangewend het om die werknemers voor die tyd te waarsku teen die moontlike onderskepping van hul kommunikasie. Ook dan hoef toestemming nie uitdruklik te wees nie – dit mag ook geïmpliseer wees. Dit sal die geval wees indien die werkgewer die werknemers inlig dat hul kommunikasies gemonitor of onderskep gaan word en hulle dan sonder beswaar aangaan om die betrokke sisteme te gebruik.

Daar moet onthou word dat die omvang van 'n persoon se reg op privaatheid slegs strek tot daardie aspekte waarvan daar gesê kan word dat die persoon 'n "legitimate expectation of privacy" het; dus, indien 'n werknemer toegestem het tot, of selfs net bewus is van, die feit dat sy kommunikasie onderskep kan word, is dit duidelik dat hy dus nie 'n "legitimate expectation" op privaatheid het nie. Selfs indien daar 'n algemene toestemming tot die monitering vanaf die werknemers verkry is, mag die werkgewer steeds nie privaat kommunikasie na willekeur onderskep nie. Die toestemming van die

56 Grogan 2004 *Employment Law* 11.

57 Werknemers wat weier om tot monitering toe te stem, kan egter nie ontslaan word op grond van hul weiering nie. Slegs as die werknemer se weiering tot toestemming hom onbevoeg maak om die werk te verrig, soos wanneer die gebruik van die fasiliteit noodsaaklik is om die werk te verrig, sal die werkgewer moontlik kan bewys dat daar gronde vir 'n operasionele ontslag is. Selfs dan sal die werkgewer moet bewys dat daar geen ander redelike alternatief was nie.

stelselbeheerder moet steeds in elke afsonderlike geval verkry word. Daar word aangevoer dat die maklikste manier om werknemers in te lig van enige beperkings op hul reg op privaatheid, is om 'n kantoorbeleid te implementeer,⁵⁸ en dan spesifiek vir e-pos en internet, 'n "Electronic Communication Policy" of ECP, soos dit algemeen bekend staan. Dit sal beide werkgewer en werknemer op hoogte hou van hul onderskeie regte en verpligtinge, asook die wyse waarop daar met enige inbreukmaking daarvan gehandel moet word. Andersins kan daar ook voorsiening gemaak word vir 'n bepaling in die werknemer se dienskontrak, waar die werknemer toestem tot redelike monitering of onderskepping van sy kommunikasies. Dit sou dalk ook lonend vir die werkgewer wees om hierdie aspek by wyse van 'n kollektiewe ooreenkoms met die vakbond, waarvan die werknemer lid is, te reguleer.⁵⁹

Die vraag ontstaan nou of 'n werkgewer die inhoud van kommunikasie wat onderskep is, in 'n dissiplinêre verhoor teen die werknemer mag gebruik. Wanneer na beide die ou en nuwe *Onderskeppingswette* gekyk word, is daar nêrens 'n bepaling wat informasie wat op hierdie wyse verkry is (dus, in teenstelling met die bepalings van hierdie wette) ontoelaatbaar in kriminele of siviele verrigtinge maak nie. Die nuwe *Onderskeppingswet* bevat wel 'n bepaling wat te make het met inligting wat in ooreenstemming met die toepassing van die Wet verkry is. Dit bepaal naamlik dat inligting wat op hierdie wyse verkry is en wat te make het met 'n kriminele oortreding, toelaatbaar mag wees in kriminele of siviele verrigtinge, maar dat dit slegs in hierdie verrigtinge gebruik mag word met die

58 Lumb en Kingdon 2004 *Accountancy SA* 15. Die implementering van 'n kantoorbeleid en die werking daarvan word onder hfst 5.1 hieronder bespreek.

59 Die probleem wat egter hier kan ontstaan, is dat die reg op privaatheid 'n fundamentele reg is en as sodanig sou die werknemer moontlik kon argumenteer dat sy vakbond nie sonder sy uitdruklike toestemming, sy reg op privaatheid kon "uitkontrakteer" nie. Hierdie aspek sal verder onder Hfst 5.1 bespreek word.

geskrewe magtiging van die Nasionale Direkteur van Openbare Vervolgings, of sy genomineerde. Die *Protea*-saak⁶⁰ is onder die ou *Onderskeppingswet* beslis en die Hooggeregshof het hier bevind dat inligting wat op so 'n wyse verkry is, nie uitdruklik in terme van hierdie Wet verbied word om in sulke verrigtinge as bewysmateriaal te gebruik nie. Daar is ook aangevoer dat dit in sommige omstandighede inderdaad nodig sal wees om sodanige inligting toe te laat:

Privacy is not an absolute right under the Constitution. Nor can it be in practice. That the court should retain the discretion to admit evidence which is relevant is highly desirable provided any fundamental right involved is given its proper weight in a judicial manner.⁶¹

Vir doeleindes van die nuwe *Onderskeppingswet* kan daar aangeneem word dat die bevinding in *Protea* steeds geldig sal wees.⁶² Dit wil dus voorkom asof niks die werkgewer verhoed om die inhoud van onwettig onderskepte kommunikasies teen sy werknemers in dissiplinêre verrigtinge te gebruik nie, solank dit billik is om dit te doen.⁶³ 'n Oortreding van die bepalings van die nuwe *Onderskeppingswet* mag egter ingevolge artikel 49 lei tot 'n boete van tot R2 000 000 of tronkstraf van tot 10 jaar.⁶⁴

60 *Protea Technology Ltd v Wainer* 1997 9 BCLR 1225 (W) 1237. Alhoewel hierdie saak gehandel het oor 'n telefoongesprek wat onderskep is, word dit hier bespreek, aangesien dit die posisie wat die toelaatbaarheid van kommunikasies wat in teenstelling met die bepalings van die *Onderskeppingswet* verkry is, duidelik uiteensit.

61 *Protea Technology Ltd v Wainer* 1997 9 BCLR 1225 (W) 1242.

62 Grogan 2004 *Employment Law* 12.

63 Die werknemer mag steeds op sy fundamentele reg op privaatheid staatmaak en wanneer dissiplinêre stappe geneem word, moet dit ten alle tye billik wees. Die beperkings waarby 'n werknemer sy reg op privaatheid mag gebruik om die werkgewer se poging om hierdie inligting te openbaar, is nie baie seker nie. 'n Mens sou miskien weereens kan gaan kyk of daar 'n "legitimate expectation of privacy" was om te bepaal of die werknemer privaatheid in 'n sekere konteks kon verwag.

64 Ingevolge artikel 51 kan 'n regs persoon 'n boete van tot R5 miljoen opgelê word en die werknemer self 'n boete van R2 miljoen of 10 jaar tronkstraf.

4.2 *Meeluistering*

Die vraag ontstaan nou of 'n werkgewer die reg het om 'n werknemer se telefoongesprekke te monitor. In 'n poging om hierdie vraag te beantwoord, moet onthou word dat 'n werknemer se telefoongesprekke in twee kategorieë ingedeel kan word: privaatgesprekke en werksverwante telefoonoproepe. Gewoonlik sal die werknemer geen probleem daarmee hê dat die werksverwante telefoongesprek gemonitor word nie. Daar sou selfs 'n saak daarvoor uitgemaak kan word dat dit in sommige gevalle noodsaaklik is om die gesprekke te monitor. Dit is by privaatgesprekke en die onderskeiding van privaat en werkverwante-gesprekke waar die meeste probleme ondervind word. Die nuwe *Onderskeppingswet* is natuurlik ook van toepassing op telefoongesprekke en die bepalings hiervan moet dus ook ten alle tye in ag geneem word wanneer meeluistering van telefoongesprekke van die werknemer oorweeg word.⁶⁵

Dit is praktyk by 'n oorgrote meerderheid werkplekke dat 'n werknemer toegelaat word om privaat oproepe te maak wat niks met werk te make het nie. In *Protea*⁶⁶ is daar dan ook erkenning aan hierdie feit verleen en weereens benadruk dat die werknemer in so 'n geval 'n "legitimate expectation of privacy" sou hê. Die hof meen egter dat die werkgewer wel die reg het om van die werknemer te verwag om verslag te lewer oor die tyd wat hy so spandeer het, maar kan nie die werknemer verplig om die inhoud van die oproep aan

65 Daar gaan vir doeleindes van hierdie bespreking nie weer in besonderhede ingegaan word op die bepalings van die *Onderskeppingswet* nie. Daar kan volstaan word met die bespreking van die relevante bepalings onder hfst 4.1 wat op e-pos van toepassing is. Hierdie bepalings kan naamlik op dieselfde wyse op telefoongesprekke toegepas word.

66 *Protea Technology Ltd v Wainer* 1997 9 BCLR 1225 (W) 1239.

hom bekend te maak nie.⁶⁷ Daar word direk daarna opgemerk dat die inhoud van gesprekke wat die werkgewer se sake direk of indirek raak, egter 'n ander saak is. Op hierdie gebied mag die werkgewer die werknemer verplig tot openbaring – daar word selfs aangevoer dat die maatskappy die eienaar van die werknemer se kennis is.⁶⁸

In *Moonsamy*⁶⁹ was die Kommissaris⁷⁰ van mening dat die werkgewer die reg het om van die werknemer te verwag om die aantal private oproepe bekend te maak (en moontlik die koste daarvan selfs van hom verhaal), maar dat dit is waar die reg op openbaring stop, tensy die werkgewer kan bewys (deur vooraf magtiging aan te vra vanaf die Arbeidshof) dat daar redes in besigheidskonteks is wat die openbaring van die inhoud van daardie gesprekke regverdig. Daar is ook in hierdie saak opgemerk dat daar slegs 'n “reasonable expectation of privacy” kan bestaan, indien die werknemer in die eerste plek 'n subjektiewe verwagting van privaatheid het en in die tweede plek die verwagting as redelik deur die gemeenskap geag word. Wat betref die aard van die privaatheid van die werknemer se telefoonoproep is daar tot die volgende gevolgtrekking gekom:

Office practices and procedures, and legitimate employer regulations, might reduce the employees' expectations of privacy in their offices, desks and filing cabinets. Given the great variety of work environments, the question of whether an employee has a reasonable expectation of privacy must be addressed on a case-by-case basis. The facts of the present matter go a little further than rummaging in an employee's desk or fining cabinet. This was a telephone interception with the express purpose of monitoring all of the employee's conversations. Whilst it may be argued that the telephone conversation took place on the employer's telephone (as regards ownership), on the employer's premises and was related to the

67 *Protea Technology Ltd v Wainer* 1997 9 BCLR 1225 (W) 1241: “If however, albeit in good faith, the employer crosses the divide between business and private conversation the employee will have his remedies.”

68 *Protea Technology Ltd v Wainer* 1997 9 BCLR 1225 (W) 1240.

69 *Moonsamy v The Mailhouse* 1999 20 ILJ 464 (CCMA) 4711-472A.

70 Melding van die “Kommissaris” verwys na die Kommissaris van die Kommissie vir Bemiddeling, Mediasie en Arbitrasie (CCMA).

business of the employer, telephone conversations by their very nature expect a higher degree of privacy than the employee's office or desk. It may be argued that if a telephone call relates to the employer's business, the employer is entitled to be privy to that conversation. I think that if the employer were allowed to make that initial decision regarding the nature of the call (i.e. personal versus business), the right to privacy would be meaningless.⁷¹

Dit is hieruit duidelik dat die aard van die kommunikasie, naamlik telefoongesprekke, in hierdie konteks ook baie belangrik is en in ag geneem moet word. Telefoongesprekke is by definisie baie privaat van aard en die onderskepping daarvan (selfs in die werkplek) is 'n ernstige oortreding, wat slegs in beperkte omstandighede geregverdig kan word.⁷² 'n Voorbeeld van 'n moontlike regverdiging sal wees die inherente vereistes van die besigheid of noodsaaklikheid.⁷³ Terselfde tyd het die Kommissaris weereens aanvaar dat die werknemer se reg op privaatheid nie absoluut is nie en gekwalifiseer moet word. Daar is egter in hierdie geval ook bevind dat die werkgewer by wyse van minder indringende metodes bewyse in die hande kon kry (en dit dan ook wel gedoen het). Wanneer daar bepaal moet word of die inbreukmaking redelik was of nie, is dit nie die aard van die bewysmateriaal wat gevind word nie, maar die metode wat gekies word om hierdie inligting te verkry, wat belangrik is. Die bewysmateriaal wat by wyse van die meeluistering verkry is, is dus ontoelaatbaar verklaar. 'n Voorbeeld van waar die bewyse wat deur middel van meeluistering verkry is, wel toegelaat is, kan gesien word in die *Sugreen*-saak.⁷⁴ Hier is, onder andere, bevind dat daar nie veel ander wyses was waarop die werkgewer hierdie inligting kon verkry as by wyse van meeluistering nie.

71 *Moonsamy v The Mailhouse* 1999 20 ILJ 464 (CCMA) 470A-E.

72 *Moonsamy v The Mailhouse* 1999 20 ILJ 464 (CCMA) 471I-472A.

73 A 6 van die nuwe *Onderskeppingswet*, soos reeds onder hfst 4.1 bespreek.

74 *Sugreen / Standard Bank of SA* 2002 7 BALR 769 (CCMA). In hierdie geval het die werkgewer 'n bandopname gehad van 'n gesprek tussen werknemers wat as bewysmateriaal aangebied is vir 'n beweerde afpersgeval. Hierdie bandopname is nie deur die werkgewer gemaak nie, maar deur een van die partye tot die gesprek – dus plaas dit die opname buite die omvang van die bepalings van die nuwe *Onderskeppingswet*.

4.3 Visentering

Artikel 24 van die *Strafproseswet*⁷⁵ ken aan 'n persoon wat wettiglik toesig het oor of in besit is van 'n perseel, die reg toe om die perseel of enige persoon daarop te deursoek in sekere omstandighede. Dit sou dus duidelik ook die werkgewer kan wees en beteken dat die werkgewer die werkplek of werknemers mag deursoek, onderhewig aan die relevante beperkings van hierdie artikel. Die doel van hierdie ondersoek moet eerstens redelik wees, deurdat daar 'n redelike vermoede is dat daar 'n voorwerp op die perseel of in besit van 'n persoon is wat in stryd is met 'n wet betreffende sterk drank, afhanklikheidsvormende medisyne, wapens en ammunisie of ontplofbare stowwe. Hierdie deursoeking mag dan ook slegs uitgevoer word indien daar nie 'n polisiebeampte geredelik beskikbaar is nie. Dit is dus duidelik dat die werkgewer nooit 'n onbeperkte reg op deursoeking het nie, maar dat hierdie reg slegs beskikbaar is insoverre dit in ooreenstemming met die bepalings en beperkings van die *Strafproseswet* is.⁷⁶ Werkgewers het ook slegs toegang tot hierdie reg insoverre dit betrekking het op 'n misdaad of indien daar redelikerwys vermoed word dat daar 'n misdaad gepleeg is of gepleeg gaan word. Verder bepaal artikel 29 van die *Strafproseswet* dat deursoeking van persone of persele op 'n welvoeglike en ordelike wyse moet geskied.

Dit is ook 'n bekende feit dat werknemers wat by 'n myn werk (veral byvoorbeeld in 'n diamantmyn) gereëld deursoek word. Aangesien diamante baie waardevol is, het die werkgewer 'n duidelike belang daarby dat hierdie stene nie gesteel word nie. Artikel 25A van die *Wet op Diamante*⁷⁷ maak voorsiening vir die produsent of lisensiehouer of 'n vervaardiger van sintetiese diamante, of sy

75 51 van 1977.

76 Van Niekerk 1994 *Contemporary Labour Law* 101.

77 56 van 1986.

verteenwoordiger se reg om te deursoek in sekere omstandighede.⁷⁸ Hierdie reg sluit in om enige persoon, hetsy in diens of nie, asook enige voertuig, vaartuig of lugvaartuig of enige ander voorwerp in die besit van so iemand of enige kledingstuk wat hy aan het, te deursoek of te laat deursoek.⁷⁹ Artikel 25A(2) bepaal dat hierdie deursoeking met inagneming van die vereistes van welvoeglikheid gedoen moet word.

Dit is dus duidelik dat die werknemer se reg op privaatheid in hierdie omstandighede beperk word om uiting te gee aan die werkgewer se reg of belang om nie besteel te word nie. Wat egter belangrik is, is dat hierdie deursoeking op die regte wyse hanteer moet word en baie streng gereguleer moet word. Pogings moet aangewend word om die versteuring van hierdie reg op die kleinste skaal moontlik te laat geskied en die vereistes van welvoeglikheid moet ten alle tye in ag geneem word. Daar moet byvoorbeeld voorsiening daarvoor gemaak word dat vroulike werkers deur 'n vrou ondersoek word en manlike werkers deur 'n man. Verder kan daar in sekere omstandighede byvoorbeeld eerder van metaalverklikkers gebruik gemaak word as om die werknemers hul klere te laat uittrek.

5 Verwete teen die inbreukmaking op privaatheid

Toestemming en noodsaaklikheid is die twee hoofverwete teen die inbreukmaking op die werknemer se reg op privaatheid.⁸⁰ Toestemming kan verkry word vanaf die werknemer persoonlik, dit moet vrywillig gegee word en kan uitdruklik of by implikasie gegee word.⁸¹ Sodra die werknemer se toestemming verkry is, val alle

78 Van Niekerk 1994 *Contemporary Labour Law* 101.

79 A 25A(1)(a)-(b) van die *Wet op Diamante* 56 van 1986.

80 Alhoewel hierdie verwete vanuit die gemenerereg ontwikkel het, is dit duidelik dat verskeie vorme en voorbeelde van hierdie verwete steeds deur howe as geldig erken word.

81 Van Niekerk 1994 *Contemporary Labour Law* 99.

kwessies wat verband hou met die reg op privaatheid en die voldoening van die nuwe *Onderskeppingswet* weg.⁸² Maniere waarop werkgewers hul werknemers se toestemming kan verkry, is deur 'n bepaling in die werknemer se dienskontrak of deur 'n kantoorbeleid wat die onderskeie regte en verpligtinge en hul omvang duidelik uiteensit. Noodsaaklikheid is die tweede verweer en die omstandighede van elke spesifieke saak sal in ag geneem word om te bepaal of dit inderdaad noodsaaklik was om op die werknemer se privaatheid inbreuk te maak.

Verder het die Internasionale Arbeidsorganisasie (ILO) in 1996 'n praktykskode aangeneem ten einde werknemers se persoonlike inligting te beskerm. Aangesien Suid-Afrika 'n lidstaat van die ILO is,⁸³ behoort hierdie beginsels ook binne die Suid-Afrikaanse indiensnemingskonteks oorweeg te word. Hierdie beginsels laat inbreukmaking op die werknemer se reg op privaatheid toe, maar daar word sekere beperkings en kwalifikasies gestel:

- Indien die werkgewer inligting van die werknemer wil verkry, moet dit vir 'n regmatige en billike besigheidsoogmerk wees;
- Hierdie inligting moet direk van die werknemer verkry word of, met die toestemming van die werknemer, van 'n eksterne bron;
- Hierdie inligting moet slegs gebruik word vir die doel waarvoor dit verkry is en mag nie sonder die werknemer se toestemming openbaar gemaak word nie;
- Die werknemer moet ingelig word omtrent die aard van die inligting wat benodig word, die wyse waarop dit verkry gaan word, asook die doel waarvoor dit benodig word;

82 Mischke 2003 *Contemporary Labour Law* 80.

83 A 39 van die *Grondwet* bepaal verder ook dat die volkereg in ag geneem moet word by die uitleg van die Handves van Regte, terwyl die *WAV* in aa 3(b) en (c) bepaal dat interpretasie van die wet moet geskied in ooreenstemming met die bepalings van die *Grondwet*, sowel as met die openbare internasionale verpligtinge van die Republiek.

- Die werkgewer moet slegs die noodsaaklikste inligting verkry en dan ook gebruik maak van die mins beperkende metode om die oogmerk van die moointering te bereik.⁸⁴

‘n Werkgewer moet dus voortdurend hierdie beginsels in ag neem, selfs wanneer hy staat maak op een van die verwerre tot sy beskikking, wanneer hy sy werknemer wil monitor. Dit wil egter oor die algemeen lyk of die Suid-Afrikaanse reg hierdie beginsels voldoende reflekteer, veral wanneer die bepalings van die nuwe *Onderskeppingswet* in ag geneem word.

5.1 Toestemming

Artikel 5 van die nuwe *Onderskeppingswet* bepaal dat enige persoon (dus ook die werkgewer) ‘n ander se kommunikasies mag onderskep indien een van die partye tot die kommunikasie daartoe toestem. Hierdie moet ‘n geskrewe vorm van toestemming wees.⁸⁵ Die werknemer se dienskontrak⁸⁶ kan vanuit die staanspoor uitdruklik stipuleer dat die werknemer sekere inbreukmakings op sy privaatheid gaan ervaar. Daar moet egter uitdruklik gestipuleer word watter inbreukmakings of inperkings daar verwag kan word, asook die omvang van die inbreukmakings. Inbreukmakings kan dus bestaan uit meeluistering van telefoongesprekke, onderskepping van e-pos, monitering van internetgebruik, fotografering by wyse van ‘n video-kamera (wat in sodanige gevalle ook meeluistering kan insluit indien die video-kamera klank opneem), verskaffing van persoonlike inligting asook mediese ondersoeke en laastens visentering van die persoon of eiendom van die werknemer. Wat betref die omvang, kan die bepaling byvoorbeeld stipuleer tot watter mate hierdie

84 Workplace Privacy HYPERLINK <http://www.epic.org/privacy/workplace/default.html> 3 Okt; Bezuidenhout *Elektroniese Monitering* 35.

85 Fletcher 2003 *Professional Marketing Review* 15.

86 Davey 2004 *HR future* 31,

inbreukmakings verwag kan word, met ander woorde of daar byvoorbeeld slegs meeluistering van besigheidsoproepe gaan wees en of dit privaatoproepe sou insluit. Die oomblik wanneer die werknemer hierdie dienskontrak aanvaar en onderteken, doen hy in effek vrywillig afstand van sy reg op privaatheid, in soverre die kontrak dit bepaal. Daar is nog nie uitsluiting verkry oor die vraag of 'n persoon kontraktueel kan afstand doen van sy fundamentele regte (soos die ondertekening van 'n dienskontrak wat in effek bepaal dat die werknemer afstand doen op sy reg op privaatheid) nie. Daar kan egter aangevoer word dat 'n persoon die keuse het om 'n fundamentele reg uit te oefen of nie. Solank die werknemer dus *vrywillig* afstand doen van hierdie reg, behoort daar nie 'n probleem met so 'n bepaling te wees nie.

'n Bepaling in 'n dienskontrak waarby 'n werknemer toestem tot 'n beperking van sy privaatheid in die werkplek, sal 'n vorm van uitdruklike toestemming daarstel, terwyl 'n voorbeeld van geïmpliseerde toestemming gesien kan word wanneer 'n werknemer vrywillig met sy werk begin terwyl hy bewus is daarvan dat hy deur 'n video-kamera afgeneem word.⁸⁷ Indien 'n werknemer weier om toe te stem tot monitering of onderskepping van sy kommunikasies, sal die gepaste oplossing wees om hom toegang tot hierdie sisteme te weier.⁸⁸ Dit behoort in meeste gevalle nie 'n verandering in sy diensvoorwaardes tot gevolg te hê nie, alhoewel so 'n stap moontlik ongerief vir beide partye kan veroorsaak. 'n Werkgewer moet egter daarteen waak om 'n werknemer sondermeer te ontslaan of nie aan te stel nie, op grond van die uitsluitlike rede dat die werknemer nie wil toestem tot monitering of onderskepping nie. In so 'n geval kan die werknemer aanvoer dat hy gedwing word om afstand te doen van

87 Van Niekerk 1994 *Contemporary Labour Law* 99.

88 Mischke 2003 *Contemporary Labour Law* 80.

'n fundamentele reg en dat daar teen hom gediskrimineer word omdat hy nie wil toegee nie. Dit sou dus vir die werkgewer die veiliger opsie wees om die werknemer toegang tot die geaffekteerde kommunikasie-sisteme te weier. Indien die werknemer ten spyte hiervan steeds voortgaan om hierdie sisteme te gebruik, doen hy dit op eie risiko en kan nie kla indien sy kommunikasies onderskep word nie. Daar bestaan natuurlik altyd die moontlikheid dat die werknemer ontslaan kan word vir operasionele vereistes indien daar bewys kan word dat die verkryging van onderskeppingstoestemming deel van die besigheid se operasionele vereistes uitmaak⁸⁹ – iets wat egter nie altyd so maklik is om te bewys nie.

'n Kantoorbeleid is 'n verdere metode om 'n werknemer se uitdruklike of geïmpliseerde toestemming te kry.⁹⁰ Hierdie kantoorbeleid moet duidelik die regte en verpligtinge van die werkgewer, sowel as die werknemers uiteensit. In hierdie beleid kan die werkgewer dan ook spesifiek beperkings op die werknemers se reg op privaatheid motiveer en duidelik stipuleer. Aangesien die werknemer dan bewus is van die inhoud van die kantoorbeleid, sal hy nie sommer in 'n aksie teen die werkgewer kan slaag nie. Dissiplinêre optrede teen enige werknemer wat hierdie beleid oortree, sal ook geregverdig wees.⁹¹ 'n Voorbeeld hiervan kan gesien word in *Cronje / Toyota Manufacturing*,⁹² waar daar dan ook bevind is dat die ontslag van 'n werknemer wat rassisties diskriminerende e-pos gesirkuleer het by die werkplek, geregverdig was aangesien die werkgewer 'n reël teen

89 Mischke 2003 *Contemporary Labour Law* 80. Daar sal byvoorbeeld gekyk moet word na die werknemer se posisie in die organisasie, of alternatiewe soos die verbanning van die werknemer vanaf die geaffekteerde kommunikasie-sisteme nie 'n beter opsie sal wees nie en of die gebruik van die geaffekteerde kommunikasie-sisteme deur die werknemer werklik verband hou met die werkgewer se operasionele vereistes.

90 Johnson 2000 *De Rebus* 55.

91 Johnson 2000 *De Rebus* 55.

92 *Cronje / Toyota Manufacturing* 2001 3 BALR 213 (CCMA).

aanstootlike e-pos gehad het en die werknemer bewus was daarvan. *Bamford*⁹³ is 'n soortgelyke saak, waar werknemers ontslaan is nadat hulle rassistiese, seksistiese en pornografiese materiaal gesirkuleer het deur gebruik te maak van die werkgewer se rekenaars en e-pos fasiliteite. Die werknemers beweer toe dat daar op hul reg op privaatheid inbreuk gemaak is en dat daar verder geen duidelike reël in plek was wat die sirkulering van sodanige materiaal verbied nie. Wat die inbreukmaking van hul reg op privaatheid betref, het die arbiter bevind dat die materiaal wat gesirkuleer was, nie persoonlik van aard was nie, aangesien dit deur anonieme derde partye geskep is en oor die internet beskikbaar is vir elkeen wat dit sou wou aflaai. Daar is dus nie vir doeleindes van hierdie saak op die privaat kommunikasie van die werknemer inbreuk gemaak nie. Die arbiter was ook van mening dat hierdie materiaal nie werklik privaat kon wees nie, aangesien dit op die werkgewer se e-pos fasiliteite gestoor was. Wat egter belangrik is, is die feit dat daar inderdaad duidelike voorskrifte deur die maatskappy uitgevaardig was betreffende die gebruik van die e-pos fasiliteit. Alhoewel hierdie voorskrifte nie uitdruklik met pornografiese of rassistiese materiaal gehandel het nie, het dit geen twyfel gelaat dat die sirkulasie van sodanige materiaal verbode was nie. Dus het die werkgewer inderdaad 'n beleid in plek gehad wat sy e-pos fasiliteit betref en die feit dat hierdie werkgewers dit oortree het, het dissiplinêre optrede teen hulle en hul uiteindelijke ontslag geregverdig.

Die voordeel daaraan verbonde om so 'n beleid in die werkplek te implementer, is dat daar groter sekerheid vir beide die werkgewer en werknemer sal wees wat betref die beperkings van sekere regte en die uiteensetting van hul verpligtinge – wat dit makliker sal maak om

93 *Bamford & Others / Energizer (SA) Limited* 2001 12 BALR 1251 (P)

binne die grense van hierdie beleid op te tree en disiplinêr op te tree teen daardie persone wat buite die grense van die beleid tree.

By die gebruik van e-pos en internet, is die beste oplossing dus om 'n ECP⁹⁴ in plek te stel. Alhoewel die inhoud van hierdie beleid mag varieer volgens die besigheid se individuele behoeftes, behoort daar vir die volgende bepalinge voorsiening gemaak word:

- Reëls met betrekking tot onweloweglikheid, vloektaal, godslasterlike-, en lasterlike taal;
- Die inlig van werknemers van die werkgewer se potensiële aanspreeklikheid vir hul elektroniese kommunikasies;
- Reëls met betrekking tot die terughouding van rekords, sowel as watter inligting bymekaargemaak en gestoor word;
- Redelike riglyne wat betref die omvang van die monitering; en
- Reëls met betrekking tot die gebruik van Internet en e-pos fasiliteite by die werkplek.⁹⁵

Daar bestaan dan ook altyd die moontlikheid dat die werkgewer by wyse van 'n kollektiewe ooreenkoms met die werknemer se vakbond moontlike monitering, asook die omvang daarvan, kan reguleer. Die probleem hiermee is dat die reg op privaatheid 'n fundamentele reg is – wat die vraag kan laat ontstaan of die vakbond wel namens die werknemer van hierdie reg mag afstand doen. 'n Mens sou egter kon argumenteer dat die vakbond die werknemer se verteenwoordiger is in sodanige aspekte en dat die werknemer wat ontevrede is met so 'n ooreenkoms, dit met sy vakbond kan opneem. Na my mening moet 'n werkgewer wat 'n werknemer wil monitor, altyd sorg dra dat hy die grootste mate van beskerming geniet, deur toestemming tot monitering te verkry vanaf die individuele

94 Electronic Communication Policy. Daar sal voortaan slegs na 'n ECP verwys word.

95 Johnson 2000 *De Rebus* 55.

werknemer self, en ook sorg te dra dat die betrokke vakbond kennis dra van die beoogde monitering. Indien daar dan ook 'n duidelike kantoorbeleid is, versterk dit die saak van die werkgewer soveel te meer.

Indien 'n werknemer toegestem het tot 'n vorm van inbreukmaking op sy reg op privaatheid, of selfs net bewus is daarvan dat hy gemonitor, afgeneem, sy e-pos onderskep of sy telefoongesprekke meegeluister word, kan daar nie redelikerwys gesê word dat hy 'n "reasonable expectation of privacy" het nie. Hierdie "reasonable expectation"-toets bestaan uit twee bene: 'n subjektiewe verwagting op privaatheid en 'n objektiewe redelikheid.⁹⁶ Wat die subjektiewe aspek betref, word daar aangevoer dat, tensy hy anders ingelig word, 'n werknemer sal verwag dat sy telefoonoproepe en e-pos privaat is. Indien hierdie werknemer egter sy toestemming gegee het of andersins bewus is daarvan dat sy kommunikasies in die werkplek gemonitor word, kan daar nie aangevoer word dat hy subjektief 'n verwagting op privaatheid gehad het nie. Wat die objektiewe aspek betref, ontstaan die vraag dan nou ook of 'n verwagting van privaatheid wat byvoorbeeld e-pos betref, redelik is. Alhoewel hierdie moontlik 'n moeiliker vraag is om te beantwoord, wil dit vanuit 'n tegnologiese perspektief voorkom of e-pos nooit ten volle privaat is, soos wat die geval met telefoongesprekke is nie.⁹⁷ Objektief gesproke wil dit dus voorkom of dit meer redelik sou wees om te verwag dat 'n telefoongesprek privaat is as wat die geval met e-pos kommunikasie is. Ten spyte hiervan, sal 'n werknemer se toestemming 'n deurslaggewende faktor wees in alle gevalle waar die "reasonable expectation of privacy"-toets toegepas word.

96 Mischke 2003 *Contemporary Labour Law* 74.

97 Mischke 2003 *Contemporary Labour Law* 75.

5.2 **Noodsaaklikheid**

Dit sal soms noodsaaklik wees om 'n werknemer se reg op privaatheid te beperk ten einde ander belange of regte te beskerm. Dit wil dus voorkom asof 'n werknemer se reg op privaatheid in sekere uitsonderlike gevalle selfs beperk kan word sonder sy toestemming. Of dit inderdaad noodsaaklik is om die werknemer se reg te beperk, is iets wat van die spesifieke omstandighede van die spesifieke saak gaan afhang. 'n Voorbeeld van waar dit vir die werkgewer noodsaaklik sal wees om ook die werknemer se reg op privaatheid te beperk, is waar 'n video-kamera in 'n winkel geïnstalleer word met die doel om winkeldiefstal te voorkom. Dit is duidelik dat die werknemer ook in so 'n geval blootgestel word aan 'n beperking van sy privaatheid, maar dat die werkgewer 'n beskermwaardige belang het wat hierdie beperking noodsaak.⁹⁸ Verdere voorbeelde is waar werknemers gemonitor word in omstandighede wat geregverdig word deur die vereistes van die besigheid of waar die werkgewer aanspreeklik gehou kan word vir die optrede van die werknemer. Soos reeds gesien, magtig artikel 6 van die nuwe *Onderskeppingswet* enige persoon om onregstreekse kommunikasie in die loop van die uitvoer van hul besigheid te onderskep. Ook visentering van werknemers by 'n myn kan onder die noodsaaklikheid-verweer tuisgebring word – alhoewel dit deur wetgewing gereguleer word. In die meeste gevalle sal dit aan 'n hof oorgelaat word om te beslis of die omstandighede en die reg of belang wat deur die beperking beskerm moes word, inderdaad die beperking geregverdig het. Dit is daarom aan te beveel dat 'n werkgewer dus eerder ook in sodanige omstandighede moet poog om die werknemer se toestemming voor die tyd te verkry.

98 Van Niekerk 1994 *Contemporary Labour Law* 99.

Wat die "legitimate expectation"-toets betref, sal dit in die geval van noodsaaklikheid alleen (dus sonder dat die werknemer se toestemming vooraf verkry is), moeiliker wees om hierdie toets te bevredig – veral wat die subjektiewe aspek betref. Indien die werkgewer nie uitdruklik toegestem het of bewus is daarvan dat sy kommunikasies gemonitor word nie, kan daar moontlik aangevoer word dat hy inderdaad 'n subjektiewe verwagting op privaatheid gehad het – afhangend van die omstandighede en aard van die besigheid natuurlik. Indien die aard van die besigheid byvoorbeeld monitering vereis, kan daar 'n saak daarvoor uitgemaak word dat die redelike werknemer moes aangeneem het dat sy kommunikasies nie privaat sou wees nie. Dit sluit dan ook aan by die objektiewe aspek, waaraan miskien makliker voldoen kan word. Dit sou byvoorbeeld objektief redelik wees om te verwag dat 'n winkeleienaar kameras in sy winkel sal installeer om diefstal te probeer bekamp. Dit is egter duidelik dat dit by die noodsaaklikheidsverweer moeiliker kan wees om die "legitimate expectation"-toets te bevredig: weereens nog 'n rede waarom dit die werkgewer in 'n beter posisie sou plaas om die werknemer se toestemming voor die tyd te verkry.

6 Vergelyking met die Engelse reg

Artikel 8(1) van die *European Convention on Human Rights* maak voorsiening daarvoor dat elkeen die reg op die respektering van sy privaat en familielewes, sy huis en korrespondensie het. Hierdie reg word beperk deur artikel 8(2), wat bepaal dat inmenging slegs in ooreenstemming met die reg mag plaasvind en dat hierdie inmenging nodig moet wees in 'n demokratiese gemeenskap.⁹⁹ Dit is duidelik dat hierdie artikel vergelykbaar met artikel 14 van die Suid-Afrikaanse *Grondwet* is. Hierdie artikel vind toepassing op verskeie

99 *Bernstein v Bester* 1996 2 SA 751 (KH) [72] 790 F-G; Craig en Oliver 1998 *ILJ* 49; Ford 2002 *ILJ* 135.

wyses in die Engelse reg, maar dit is duidelik dat die reg op privaatheid ook daar as 'n beskermwaardige belang geag word.

Die onderwerp van privaatheid in die werkplek het al 'n geruime tydjie terug onder die soeklig in die Engelse reg gekom. In 1972 het die *Younger Committee*¹⁰⁰ sekere kwessies verbandhoudend tot privaatheid in die werkplek ondersoek, waaronder indringende vraelyste, leuenverklidders en persoonlikheidstoetse. Die Komitee het tot die gevolgtrekking gekom dat hierdie kwessies wat die grootste gedeelte daarvan betref, in die konteks van "good relations between employer and employee" behandel moet word. Verder het die Komitee homself daarvan weerhou om 'n algemene reg op privaatheid voor te stel, aangesien daar baie onsekerheid bestaan oor die konsep van privaatheid en dit dus moeilik definieerbaar gemaak het.¹⁰¹ 'n Mens kry amper die indruk dat daar op daardie stadium ook nie baie aandag aan die reg op privaatheid geskenk was nie, moontlik omdat dit toe nog nie nodig was nie. Intussen het die ontwikkeling van gesofistikeerde tegnologie wat indringing op privaatheid moontlik gemaak het, werkplek privaatheid 'n kontroversiële kwessie gemaak.¹⁰² *Halford v The United Kingdom*¹⁰³ is 'n toonaangewende saak op hierdie gebied. In hierdie saak het die eiser, 'n polisie offisier, 'n eis teen haar werkgewer ingestel vir die skending van haar privaatheid in die werkplek, deurdat haar telefoongesprekke, sonder haar medewete, deur die werkgewer gemonitor was. Daarby het die werkgewer haar vooraf verseker dat sy hierdie telefoon kon gebruik vir doeleindes van haar saak van seksuele diskriminasie waarin sy op daardie stadium teen die werkgewer betrokke was. Alhoewel daar op daardie stadium geen

100 *Report of the Committee on Privacy* (Chairman: The Rt Hon Kenneth Younger), soos in Craig en Oliver 1998 *ILJ* 49.

101 Ford 2002 *ILJ* 136.

102 Craig en Oliver 1998 *ILJ* 49.

103 1997 IRLR 471 (ECHR).

algemene reg op privaatheid in die Verenigde Koninkryk bestaan het nie,¹⁰⁴ het hierdie saak by wyse van die toepassing van artikel 8 van die *European Convention* die reg op privaatheid van toepassing gemaak in die publieke werkplek.¹⁰⁵ Die Europese Hof het bevind dat 'n werknemer inderdaad 'n "reasonable expectation of privacy" in die werkplek het, wat telefoongesprekke betref.¹⁰⁶ Dit kan in hierdie saak ondersteun word deur die feit dat sy in die eerste plek nie gewaarsku is dat haar telefoongesprekke onderskep gaan word nie en in die tweede plek die uitdruklike versekering gegee is dat sy die telefoon vir doeleindes van haar saak mag gebruik het. Verder was die doel van die onderskepping primêr om bewyse teen haar te verkry vir die seksuele diskriminasie-saak.¹⁰⁷ Of 'n werknemer 'n "reasonable expectation of privacy" het, sal van die feite van die saak afhang en in hierdie geval het die feite daarop gedui dat sy inderdaad so 'n verwagting gehad het en dat daar gevolglik inbreuk op haar reg op privaatheid gemaak is.¹⁰⁸ Wat die aspek van 'n "reasonable expectation of privacy" betref, is die Suid-Afrikaanse reg dus duidelik in lyn met die Engelse reg. Iets wat egter opmerklik is, is dat die Suid-Afrikaanse reg in sekere aspekte miskien beter ontwikkel is. Dit kan veral gesien word in die motivering van die "reasonable expectation of privacy"-toets. Waar die Engelse gesag

104 Dit blyk dan ook steeds die posisie te wees.

105 Die *Human Rights Act* van 1998 het intussen in werking getree, wat die reg op privaatheid direk in die Engelse reg inbring.

106 *Halford v The United Kingdom* 1997 IRLR 471 (ECHR) [45]. Hierdie verwagting bestaan volgens die hof selfs al was hierdie oproepe gemaak vanaf die werkgewer se perseel, in werktyd en deur gebruik te maak van die werkgewer se eie interne telekommunikasie-sisteem.

107 Hierdie is van die faktore wat die hof gebruik het om tot die gevolgtrekking te kom dat die werknemer in hierdie geval 'n redelike verwagting van privaatheid gehad het. Craig en Oliver 1998 *ILJ* 51 kritiseer egter die hof se vaagheid oor die belangrikheid wat hierdie faktore in 'n so 'n saak kan speel en meen dat daar nie veel leiding gebied word aan werkgewers oor hoe hulle moet optree om inbreukmaking op artikel 8 te voorkom nie. Verder het hierdie saak gehandel oor inbreukmaking van die reg op privaatheid deur 'n publieke liggaam as werkgewer. Of werknemers in die privaat sektor ook op hierdie reg gaan kan staatmaak, is 'n ope vraag.

108 *Halford* is £10,000 toegestaan onder a 50 van die *European Convention*.

bloot aanvoer dat 'n werknemer so 'n redelike verwagting moet hê om te kan slaag en redelik vaag is oor die faktore wat in ag geneem moet word, bestaan die Suid-Afrikaanse toets vir "reasonable expectation of privacy" uit twee duidelike bene, naamlik 'n subjektiewe en objektiewe been, wat albei bevredig moet word.¹⁰⁹ Dit wil voorkom asof die Engelse reg egter, nes die Suid-Afrikaanse howe, die bestaan van 'n "reasonable expectation of privacy" op 'n "case-by-case basis" gaan bepaal.

Ingevolge Engelse reg is daar natuurlik ook omstandighede waaronder monitering in die werkplek toelaatbaar is, veral wanneer dit besigheidsverwant is of wanneer die kwaliteit van 'n werknemer se werk gemonitor word.¹¹⁰ Wat toestemming of die inlig van die werknemer daarvan dat sy kommunikasies gemonitor gaan word betref, is dit ingevolge die *Halford*-saak maklik om tot die gevolgtrekking te kom dat 'n werknemer se reg op privaatheid beperk mag word indien die werkgever die werknemer inlig of hul toestemming daartoe verkry. Craig en Oliver¹¹¹ is egter van mening dat die reg op privaatheid sekere substantiewe beperkings op die optrede en beleide van die werkgever plaas, wat nie sondermeer vermy kan word deur vooraf waarskuwing of toestemming nie. Oliver¹¹² neem dit selfs verder en is van mening dat die reg op privaatheid nie "uitgekontrakteer" behoort te word nie:

Privacy can be seen as a fundamental right which should not be susceptible to waiver by agreement in the employment contract. It is a value imposed on the employment relationship externally, safeguarding important individual and societal interests that should not be threatened by

109 Soos reeds bespreek in hfst 5.

110 Craig en Oliver 1998 *ILJ* 55.

111 Craig en Oliver 1998 *ILJ* 56. "While this reasoning might be a simple way of dispensing with the case, it nevertheless implies that an employee's expectation of privacy is dependent on how much privacy the employer is willing to tolerate in the workplace. Yet, what is at stake is a *fundamental* human right, which should not be subject to exclusion or limitation at the whims of the employer"

112 Oliver 2002 *ILJ* 330.

an employer's superior bargaining power. Although the relationship between employer and employee in the UK has traditionally been seen as a matter of freedom of contract, it has increasingly been recognized that the demands of industrial justice require some external legal constraints to be imposed on the negotiated employment contract in order to address the inherent inequality of bargaining power between employer and employee, to which collective bargaining has failed to provide a complete solution.

Die probleem wat met uitkontraktering van fundamentele regte ondervind word, is dat dit die doel van wetgewing wat hierdie regte beskerm, verydel. Verder word 'n werknemer in baie omstandighede by implikasie gedwing om dan van sy reg op privaatheid afstand te doen indien die dienskontrak so vereis, aangesien die werkgever hom in 'n ekonomies sterker posisie as die werknemer bevind en gevolglik ook in 'n sterker onderhandelingsposisie is. Indien die potensiële werknemer dan ook nie hierdie diensvoorwaardes wil aanvaar nie, word hy gedwing om sonder werk te wees of aansoek te doen by 'n ander maatskappy (sonder sodanige diensvoorwaardes) wat hom moontlik nie dieselfde finansiële voordele kan bied nie. Hierdie is 'n baie geldige kritiekpunt en dit wil voorkom asof die Engelse reg in die toekoms moontlik in sekere gevalle "uitkontraktering" van die reg op privaatheid in die werkplek, sal wil probeer voorkom en selfs verbied. Inderdaad verseker die *Human Rights Act* 1998 sekere fundamentele regte aan alle burgers wat nie deur ooreenkoms uitgesluit behoort te word nie.¹¹³ Dit sou moontlik ook 'n positiewe stap wees om dit in die Suid-Afrikaanse konteks toe te pas, aangesien daar nog nie duidelike uitsluiting oor "uitkontraktering" van die fundamentele reg op privaatheid is nie. Die posisie is tans dat 'n werknemer wel ingevolge sy dienskontrak mag toestem om afstand te doen van sy privaatheid. 'n Mens sou egter dieselfde oorwegings in ag moet neem as wat Oliver in die Engelse reg in ag neem.¹¹⁴ Die vraag moet gevra word of die werknemer werklik vrywillig afstand doen van hierdie reg en of hy nie

113 Oliver 2002 *ILJ* 334.

114 Oliver 2002 *ILJ* 334. Soos reeds bespreek.

inderwaarheid deur die werkgever se sterker posisie gedwing word tot afstanddoening nie. Wat egter duidelik is, is dat die doel van 'n verbod tot afstanddoening moet wees om die werknemer teen die werkgever se verhewe onderhandelingsmag te beskerm. Indien die potensiële werknemer dus werklik vrywillig afstand wil doen van sy reg op privaatheid, sonder die vrees dat hy andersins nie in diens geneem gaan word nie, behoort niks hom te keer om hierdie stap te neem nie.

7 Gevolgtrekking

Dit is dus duidelik dat die werknemer se reg op privaatheid in sekere gevalle sal moet beperk word (en selfs in sekere omstandighede sal moet wyk) voor die werkgever se regte en belange, maar dat hier ook 'n baie delikate afwegingsproses moet geskied. Enige beperking van die fundamentele reg op privaatheid sal moet voldoen aan die vereistes van die beperkingsbepaling van die *Grondwet*. Die doel van hierdie beperking moet besigheidsverwant en werklik noodsaaklik wees.

Die Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstrekking van Kommunikasie-gerelateerde Inligting beperk die onderskepping, meeluistering en monitering van kommunikasies in meeste gevalle en sal ook spesifiek vir die werkplek geld. Die bepalinge van hierdie wet moet dus ten alle tye in ag geneem word.

Ten einde verwarring en dispute (en selfs duur litigasie) in hierdie verband te voorkom, word dit aanbeveel dat die werkgever moet poog om die uitdruklike of geïmpliseerde toestemming van sy werknemers te verkry wanneer hy op enige wyse inbreuk wil maak op hul privaatheid. Daar bestaan natuurlik omstandighede wat dit sal noodsaak om op werknemers se privaatheid inbreuk te maak, maar

selfs dan word dit aanbeveel dat die werkgewer hul toestemming vooraf verkry. Selfs al gee die werknemer nie uitdruklik toestemming nie, maar is inderdaad bewus daarvan dat sy e-pos onderskep, sy telefoongesprekke gemonitor of hy deur 'n video-kamera afgeneem word, sal dit voldoende wees indien hy voortgaan om hierdie middels van kommunikasie te gebruik of voortgaan met sy werk sonder enige besware. Die belangrikste aspek is dat die werknemer *bewus* moet wees van enige vorme van monitering, onderskepping of meeluistering. Dit wil voorkom asof die Engelse reg in die rigting ontwikkel waar die reg op privaatheid nie uitgekonnekteer mag word nie. Hierdie posisie kan moontlik ook in die Suid-Afrikaanse reg geïnkorporeer word, met die doel om die werknemer teen die werkgewer se sterker bedingingsposisie te beskerm. Na my mening behoort daar egter steeds voorsiening gemaak word daarvoor dat 'n werknemer kan afstand doen van hierdie reg indien hy dit werklik vrywillig wil doen.

Die belangrike toets soos dit uit 'n aantal hofsake na vore kom, is of die werknemer 'n "legitimate expectation of privacy" het. Hierdie toets omvat 'n subjektiewe verwagting-element, tesame met 'n objektiewe redelikheid-element aan die ander kant. Indien 'n werknemer toestem of selfs net bewus is van enige onderskepping, meeluistering, afneming of monitering, is dit tog vanselfsprekend dat so 'n "legitimate expectation" nie teenwoordig is nie. Daar kan in bepaalde omstandighede selfs miskien geredeneer word dat wanneer die werknemer die werkplek betree, hy kan verwag dat sy reg op privaatheid groter beperkings sal beleef as wanneer hy hom by sy huis bevind; dit beteken egter steeds nie dat hierdie beperkings onredelik of sonder sy meewete mag wees nie. Miskien som hierdie aanhaling uit Bernstein hierdie posisie ten beste op:

The truism that no right is to be considered absolute implies that from the outset of interpretation each right is always already limited by every other right accruing to another citizen. In the context of privacy this would mean that it is only the inner sanctum of a person, such as his/her family life, sexual preference and home environment, which is shielded from erosion by conflicting rights of the community... Privacy is acknowledged in the truly personal realm, but as a person moves into communal relations and activities such as business and social interaction, the scope of personal space shrinks accordingly.¹¹⁵

Dit behoort duidelik te wees dat daar vele voordele daaraan verbonde is vir die werkgewer om sy werknemers in bepaalde omstandighede te monitor. Die nadeel is ongelukkig dat hierdie handeling die vertrouensverhouding tussen die werknemer en werkgewer skade kan berokken en werknemers ongemotiveerd en gevolglik onproduktief kan maak. Die werkgewer moet dus deeglik besin oor die nodigheid, en indien dan wel, die omvang van die beoogde monitering ten einde moraal steeds hoog te hou in die werkplek.

115 *Bernstein v Bester* 1996 2 SA 751 (KH) 788C-789A.

Bibliografie

Boeke

B

Blanpain en Van Gestel *Use and Monitoring*

Blanpain R en Van Gestel M *Use and Monitoring of E-Mail, Intranet and Internet Facilities at Work* (Kluwer Law International 2004)

D

De Waal, Currie en Erasmus *Bill of Rights*

De Waal J, Currie I en Erasmus G *The Bill of Rights Handbook* 4de uitg (Juta 2001)

N

Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg*

Neethling J, Potgieter JM en Visser PJ *Deliktereg* 4de uitg (Butterworths Durban 2002)

Tydskrifartikels

Craig JDR en Oliver HD "The Right to Privacy in the Public Workplace: Should the Private Sector be Concerned?" 1998 (27) *ILJ* 49-59

Dancaster L "Internet Abuse: A Survey of South African Companies" 2001 (22) *ILJ* 862-868

Davey J " Sex, lies and videotape – Interception and monitoring of employee communications" Jan 2004 *HR Future* 30-31.

Fletcher T "May I read your e-mail? Please..." Jul 2003 *Professional management review* 15

Ford M "Two Conceptions of Worker Privacy" 2002 (31) *ILJ* 135-155

Grogan J "Workplace privacy: controlling communications abuse" Apr 2004
20(2) *Employment Law Journal* 9 –13/24

Johnson J "E-spy vs the right to privacy: Workplace monitoring and
technology surveillance" Nov. 2000 *De Rebus* 54-55

Lumb G en Kingdon E "Are e-mails private?" Jan 2004 *Accountancy SA* 15.

Mischke C "Workplace privacy, e-mail interception and the law: Does new
legislation limit employers' rights to read e-mail?" Maart 2003 12 (8)
Contemporary Labour Law 71-80

Oliver H "Email and Internet Monitoring in the Workplace: Information
Privacy and Contracting-Out" 2002 31(4) *ILJ* 321-353.

Rautenbach IM "The limitation of rights in terms of provisions of the bill of
rights other than the general limitation clause: a few examples" 2001 (4)
TSAR 617 – 641.

Van Niekerk A "The right to privacy in employment" Mei 1994 3(10)
Contemporary Labour Law 97-106

Woolman S "Out of order? Out of balance? The limitation clause of the final
Constitution" 1997 13(1) *SA Journal on Human Rights* 102-134

Skripsies

Bezuidenhout A *Elektroniese monitering in die indiensnemingskonteks*
(LLM Skripsie Noordwes Universiteit 2004)

Internet

Workplace Privacy [Op die internet gevind]

HYPERLINK <http://www.epic.org/privacy/workplace/default.html> [Datum van gebruik 3 Okt 2005]

Wetgewing

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1993

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996

Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995.

Wet op Diamante 56 van 1986

Wet op die Verbod op Onderskepping en Meeluistering 127 van 1992

Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstrekking van Kommunikasie-verwante Inligting 70 van 2002.

Wet op Elektroniese Kommunikasie en Transaksies 25 van 2002

Strafproseswet 51 van 1977

Hofsake

Bamford & Others / Energizer (SA) Limited 2001 12 BALR 1251 (P)

Bernstein v Bester NO 1996 2 SA 751 (KH)

Cronje / Toyota Manufacturing 2001 3 BALR 213 (CCMA)

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

Halford v The United Kingdom 1997 IRLR 471 (ECHR)

Mistry v Interim Medical and Dental Council of South Africa 1998 4 1127
(KH)

Moonsamy v The Mailhouse 1999 20 ILJ 464 (CCMA).

National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice 1999 1
SA 6 (KH)

Protea Technology Ltd & another v Wainer & others 1997 9 BCLR 1225
(W).

Smuts v Backup Storage Facilities 2003 3 BALR 219 (CCMA)

Sugreen / Standard Bank of SA 2002 7 BALR 769 (CCMA).

S v Zuma 1995 4 BCLR (KH)