

**Die substantiewe billikheid vir die ontslag van 'n
werknemer as gevolg van kommentaar op sosiale media**

**Navorsingsvoorstel ingedien ter gedeeltelike voldoening aan die vereistes van
die graad Magister Legum in Arbeidsreg aan die Noordwes-Universiteit
(Potchefstroomkampus)**

Deur

Stephan le Roux

BCom, LLB

20572638

Studieleier: Prof PH Myburgh

16 November 2012

INHOUDSOPGAWE

LYS VAN AFKORTINGS.....	iii
1 Inleiding en probleemstelling.....	1
1.1 Inleiding.....	1
2 Onderskepping van kommunikasie en die reg op privaatheid	4
2.1 Inleiding.....	4
2.2 Die reg op privaatheid binne die diensverhouding	5
2.3 Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstrekking van Kommunikasie – Verwante Inligting.....	10
2.3.1 Toelaatbare onderskeppings	12
2.4 Die reg op vryheid van uitdrukking	14
2.5 Die basis van vryheid van uitdrukking binne die grondwetlike raamwerk	15
2.5.1 Die omvang van die waarborg wat die reg op vryheid van uitdrukking skep	16
2.6 Samevatting	18
3 Beskermde openbarings en die regte en verpligtinge van werkgewers.....	20
3.1 Inleiding.....	20
3.2 Die regte van werkgewers.....	20
3.3 Beskermde openbarings	22
3.4 Sosiale media en internet monitering	24
3.5 Samevatting	25
4 Beledigende kommentaar as 'n vorm van wangedrag en die gepaste sanksie daarvoor	27
4.1 Inleiding.....	27
4.2 Algemene beginsels	28
4.3 Beledigende kommentaar as 'n vorm van wangedrag	29
4.3.1 Wangedrag wat buite die werksplek plaasvind	31

4.4	<i>Ontslag as gepaste sanksie</i>	32
4.5	<i>Samevatting</i>	37
5	Gevolgtrekking en aanbevelings	39
	Bibliografie	44

LYS VAN AFKORTINGS

AMR	American Medical Response of Connecticut
IAO	Internasionale Arbeidsorganisasie
NLRA	Wet op Nasionale Arbeidsverhoudinge
NLRB	Nasionale Arbeidsverhoudinge Raad

Hoofstuk 1

Inleiding en probleemstelling

1.1 Inleiding

Die toename in die gebruik van tegnologie in die werksplek het oor die afgelope jare verskeie voordele sowel as nadele vir werkgewers geskep. Al hoe meer ondernemings maak gebruik van die internet en veral sosiale netwerke om hul produkte en dienste aan die wêreld te adverteer en te bemark. In Suid-Afrika alleen is daar reeds meer as 5 miljoen mense wat Facebook gebruik.¹ Sosiale netwerke, soos Facebook, het die wyse waarop mense kommunikeer aansienlik verander. Alle gesprekke, idees en kommunikasie word elektronies uitgevoer en só kan die wêreld sien wat in iemand se lewe aangaan. Sosiale netwerkgebruikers stel hulself bloot aan die wêreld en sodoende is 'n persoon se lewenswyse nie meer privaat nie.

Sosiale media in die werksplek is nog relatief in die ontwikkelingsfase en word daar nog nie veel leiding verskaf deur die hoër oor hoe om sosiale media in die werksplek te hanteer nie. 'n Groot probleem wat gedurig kop uitsteek is werknemers wat kommentaar rakende hul werksomstandighede op sosiale netwerke lewer. Hierdie kommentaar is sigbaar vir sosiale netwerkgebruikers en kan wesenlike skade vir die werkgewer en sy personeel inhou.

Die *Wet op die Regulering van Onderskepping van Kommunikasies en Verstrekking van Kommunikasie-Verwante Inligting* 70 van 2002 verbied die verkryging van die inhoud van kommunikasie, op enige wyse, wat aan iemand anders as die ontvanger gestuur is. Indien 'n werknemer dus aan 'n ander persoon oor sy werk of werkgewer kommentaar lewer, sal die werkgewer teen die *Wet op die Regulering van Onderskepping van Kommunikasies en Verstrekking van Kommunikasie-Verwante Inligting* 70 van 2002 optree indien hy die inhoud van die kommentaar teenstrydig met die bepalings van die wet verkry en gebruik om die werknemer te ontslaan. 'n Werknemer het die reg op beskerming ingevolge hierdie wet. Artikel 14(d) van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996 bepaal ook dat daar nie op die privaatheid van 'n persoon se kommunikasie inbreuk gemaak kan word nie. Verder

1 Volgens www.checkfacebook.com op 29 Julie 2012 gebruik 5 111 580 Suid-Afrikaners die sosiale netwerk Facebook.

bepaal artikel 16 van die *Grondwet*² dat elke persoon die reg op vryheid van uitdrukking het. Die groot vraag is of dit substantief billik is om 'n werknemer te ontslaan vir die kommentaar wat hy aan ander persone oor sy werksomstandighede lewer. Hierdie kommentaar beïnvloed tog nie die werk wat die persoon verrig nie en as gevolg van ongelukkighede wat dié werknemer op sosiale netwerke openbaar word hy ontslaan.

Die Kommissie vir Versoening, Bemiddeling en Arbitrasie het in die *Sedick & another v Krisray (Pty) Ltd*³ saak verwys na die *Dummies Guide to Facebook* om hierdie sosiale netwerk beter te verstaan. Die fokus was om die belang van 'n werknemer se reg op privaatheid te bepaal in die lig daarvan dat die kommunikasie in die publieke domein plaasvind. Die Kommissaris het in *Sedick*⁴ tot die gevolgtrekking gekom dat Facebook gebruikers in staat gestel word om 'n persoonlike profiel te skep waar hulle sekere privaatheidverstellings kan toepas om hierdie profiel te reguleer. Gebruikers kommunikeer deur middel van boodskappe wat hulle op hulle eie of op 'n ander gebruiker se profiel plaas. Dit staan bekend as Facebook se muur. Die privaatheidverstellings van 'n gebruiker se profiel is nie van toepassing op sy aanlynvriende nie. Indien 'n gebruiker nie aanlyn bevriend is met 'n ander gebruiker nie moet hy eers 'n vriendskapsversoek aan daardie persoon stuur en slegs nadat dié versoek aanvaar is, kan daardie persoon op sy muur kommentaar lewer. Indien 'n gebruiker nie die nodige privaatheidverstellings in plek gestel het nie, kan enige persoon toegang tot hierdie gebruiker se profiel kry en enige opmerkings wat op sy muur geplaas word, is gevolglik aan almal sigbaar.

Die werkgewer kan egter ingevolge die gemenereg van die werknemer verwag om in die beste belang van die werkgewer op te tree en nie die goeie naam van die werkgewer aan te tas nie. Indien die werkgewer toelaat dat die gesondheid en veiligheid van die werknemers of die werkomgewing in gedrang gebring word of nie voldoen aan ander statutêre vereistes nie, mag die werknemer 'n beskermde openbaring ingevolge die *Wet op Beskermdes Bekendmakings* 26 van 2000 maak. Die vraag is of die werknemer hom kan beroep op laasgenoemde wet indien die werknemer op Facebook die kommentaar lewer.

2 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

3 *Sedick & another v Krisray (Pty) Ltd* 2011 8 BALR 879 (KVBA).

4 *Sedick & another v Krisray (Pty) Ltd* 2011 8 BALR 879 (KVBA).

Die toepassing en interpretasie van (a) die *Wet op die Regulering van Onderskepping van Kommunikasies en Verstrekking van Kommunikasie-Verwante Inligting* 70 van 2002; (b) die regte van die werkgewer en die maak van beskermde openbarings; (c) asook artikels 14(d) en 16 van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996 deur die hof sal deurgaans in hierdie situasie bespreek word en sal daar gepoog word om te bepaal onder watter omstandighede dit substantief billik is om 'n werknemer te ontslaan as gevolg van negatiewe of afbrekende kommentaar wat hy teenoor of van die werkgewer op sosiale netwerke maak.

Hoofstuk 2

Onderskepping van kommunikasie en die reg op privaatheid

2.1 Inleiding

Ingevolge artikel 2 van die *Grondwet*⁵ is dit die hoogste gesag in die Republiek van Suid-Afrika. Enige wetgewing wat teenstrydig is met die *Grondwet*⁶ word as nietig en ongeldig beskou.⁷ Die *Grondwet*⁸ bevat, *inter alia*, die reg op privaatheid⁹ sowel as die reg op vryheid van spraak,¹⁰ en kan daar op geen manier of wyse inbreuk gemaak word op hierdie fundamentele regte nie. Artikel 36(1) van die *Grondwet*¹¹ bepaal egter dat die regte wat in die Handves van Menseregte staan beperk kan word kragtens 'n algemeen geldende regsvoorskrif.¹² Hierdie beperking moet redelik en regverdigbaar wees in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid.¹³ Wanneer daar gekyk word na hierdie beperking, moet alle tersaaklike faktore in ag geneem word. Hierdie tersaaklike faktore is die aard van die reg,¹⁴ die belangrikheid van die doel van die beperking,¹⁵ die aard en omvang van die beperking,¹⁶ die verband tussen die beperking en die doel daarvan¹⁷ en 'n oorweging van 'n minder beperkende wyse om die doel te bereik.¹⁸

Die publieke domein verwys na kommunikasie wat handel oor inligting of voorwerpe wat uitgebuit kan word deur enige persoon sonder toestemming, omdat die inligting nie beskerm word deur nasionale of internasionale reg nie.¹⁹ Daar bestaan ook geen internasionale instrument wat hierdie kommunikasie beskerm nie.²⁰ Publieke domein

5 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

6 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

7 A 2 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

8 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

9 A 14 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

10 A 16 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

11 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

12 A 36(1) *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

13 A 36(1) *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

14 A 36(1)(a) *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

15 A 36(1)(b) *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

16 A 36(1)(c) *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

17 A 36(1)(d) *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

18 A 36(1)(e) *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

19 Anon 2011 <http://portal.unesco.org>.

20 Anon 2011 <http://portal.unesco.org>.

kommunikasie is vir die publiek toeganklik, en die gebruik daarvan maak geen inbreuk op enige reg of vertroulikheidsverpligting nie.²¹

Sosiale netwerke soos Facebook en Twitter vergemaklik nie net sosiale bande met ander persone nie, maar stel die individu bloot aan 'n kommunikasiemedium wat groot groepe mense kan bereik.²²

Ingevolge die *Grondwet*²³ het elke werknemer die reg op privaatheid en vryheid van uitdrukking en spraak, maar in watter mate kan hierdie regte beoefen word? Aan die ander kant kan daar gevra word in watter mate kan hierdie regte beperk kan word? Om hierdie vrae te beantwoord, moet daar eers ondersoek ingestel word na wat die reg op privaatheid binne die diensverhouding tussen werkgever en werknemer presies behels.

2.2 Die reg op privaatheid binne die diensverhouding

Elke persoon het die reg op privaatheid in beide hul privaat sowel as professionele lewe. Dit is egter moeilik om privaatheid in die konteks van die diensverhouding te definieer. Die hof het soos volg in die *Moonsamy* saak gestel:²⁴

The rights that a citizen is entitled to in his or her personal life cannot simply disappear in his or her professional life as a result of the employer's business necessity. At the same time the employer's business necessity might legitimately impact on the employee's personal rights in a manner not possible outside the workplace. Therefore there is a clear balancing of interests.

Die hof het in die *Moonsamy*²⁵ saak beslis dat die aanhoudende meeluistering van die werknemer se telefoonoproepe onregmatig inbreuk gemaak het op sy reg op privaatheid. Die hof het in *Protea Technology v Wainer*²⁶ beslis dat 'n persoon se reg op privaatheid strek tot situasies waardeur 'n regmatige verwagting vir privaatheid gekoester kan word.²⁷ Hierdie subjektiewe verwagting moet egter objektief en redelik beskou word deur die gemeenskap.²⁸ Kragtens die *Internasionale Arbeidsorganisasie*, (IAO), se *Kode vir Goeie Praktyk: Beskerming van Werknemers*

21 Anon 2011 <http://portal.unesco.org>.

22 Mischke *Contemporary Labour Law* 12.

23 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

24 *Moonsamy v The Mailhouse* 1999 20 ILJ 464 (KVBA) par 471G.

25 *Moonsamy v The Mailhouse* 1999 20 ILJ 464 (KVBA) par 471G.

26 *Protea Technology v Wainer* 1997 9 BCLR 1225 (W).

27 *Protea Technology v Wainer* 1997 9 BCLR 1225 (W).

28 Pistorius 2009 *Potchefstroomse Elektroniese Regstydskrif* 3.

se *Persoonlike Data*²⁹ staan die werkgever onder verpligting om geen privaatinligting aan enige persoon te openbaar sonder die toestemming van die werknemer nie. Artikel 14(d) van die *Grondwet*³⁰ verbied 'n werkgever om enige persoonlike inligting van 'n werknemer te onderskep, te monitor of op enige ander wyse te verkry tensy die omstandighede dit vereis.³¹

Vanuit die werkgever se standpunt kan daar geargumenteer word dat die werknemer se reg op privaatheid nie 'n absolute reg is nie.³² In *Protea Technology v Wainer*³³ het die Hoë Hof beslis dat die reg op privaatheid kragtens artikel 14 van die *Grondwet*³⁴ nie 'n absolute reg is nie en kan dus ook nie 'n absolute reg in praktyk wees nie.³⁵ Die werknemer se reg op privaatheid moet gebalanseer word met die werkgever se besigheidsbehoefte of operasionele vereistes. Die werkgever het ingevolge die gemenereg 'n verwagting dat die werknemer in die beste belang van die werkgever sal op tree en nie die goeie naam van die werkgever sal skend nie.

Die privaatheid van 'n werknemer in die werksplek kan verdeel word tussen die onderskepping van 'n werknemer se telefoonoproepe, en sy internet- en e-pos gebruik. Wanneer daar gekyk word na die onderskepping van elektroniese pos, verskil dit aansienlik van die onderskepping van gewone pos deurdat dit in 'n groter mate blootgestel word aan buitestanders.³⁶ Net soos e-pos, word kommentaar op sosiale netwerke aan 'n nog groter groep buitestanders blootgestel deurdat dit toeganklik is vir 'n magdom ander sosiale netwerk gebruikers. Die risiko wat hierdie kommentaar skep is dat skadelike inligting maklik verkrygbaar is en gekopieer kan word, en só die werkgever of sy personeel permanente skade kan aandoen.

As daar na vorige beslissings gekyk word, wil dit voorkom asof die hoër 'n werknemer se reg op privaatheid in die werksplek wat internetgebruik betref, in 'n mindere lig beskou as byvoorbeeld die onderskepping van 'n werknemer se

29 IAO Kode vir Goeie Praktyk: Beskerming van Werknemers se Persoonlike Data (Geneva 1997).

30 Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996.

31 Collier 2002 *Industrial Labour Journal* 1748.

32 Pistorius 2009 *Potchefstroomse Elektroniese Regstydskrif* 3.

33 *Protea Technology v Wainer* 1997 9 BCLR 1225 (W).

34 Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996.

35 *Protea Technology v Wainer* 1997 9 BCLR 1225 (W).

36 Olivier *Discipline, Ontslag en Menseregte* 60.

telefoonoproep.³⁷ Daar is benadruk dat die werkgewer nie van die werknemer vereis het om enigiets te openbaar nie, en die kommunikasie is vrywillig gemaak.³⁸ Die internet word beskou as publieke domein³⁹ en enige persoon kan daardie inligting bekom. Daar is vasgestel dat wanneer werknemers buite werksure kommentaar lewer op sosiale netwerke en hierdie kommentaar benadeel die diensverhouding tussen werkgewer en werknemer, kan werknemers nie op hul reg op privaatheid staatmaak nie.⁴⁰ Deur via die internet te kommunikeer word dit aanvaar dat die werknemer sy reg op privaatheid verbeur selfs al word hierdie handeling buite die werksplek uitgevoer. Sosiale netwerke val in dieselfde kategorie as die internet of intranet in die publieke domein, al verskil is dat hierdie netwerke oor privaatheidverstellings beskik. In die afwesigheid van hierdie verstellings word enige kommentaar wat op hierdie sosiale netwerke gelewer word, as oop vir die publiek en in die publieke domein beskou.⁴¹

'n Werknemer wat beledigende kommentaar op 'n sosiale netwerk geplaas het, kan nie in 'n latere stadium opper dat die beledigende kommentaar verwyder is en nou moet dié persoon vrygespreek word nie.⁴² Die nuutste regspraak rakende die ontslag van werknemers as gevolg van hul kommentaar op sosiale netwerke, is beslis in *Sedick & another v Krisray (Pty) Ltd*.⁴³

In hierdie saak is twee werknemers ontslaan nadat hulle die onderneming se naam sowel as dié van die werkgewer en die werkgewer se personeel, oneer aangedoen het in die publieke domein. Die ontslag van die twee werknemers was die direkte resultaat van sekere kommentaar wat dié werknemers op Facebook gemaak het. Op albei werknemers se Facebookprofile is daar gevind dat hulle geen van die privaatheidverstellings geïmplementeer het nie en dat alle kommentaar wat hulle op die netwerk geplaas het sigbaar was aan enige sosiale netwerk gebruiker. Albei van

37 Sien die ongerapporteerde saak *Bamford & others v Energizer SA Limited* 2001 12 BALR 1251 (P).

38 *Smyth v Pillsbury Co* 914 F Supp 97.

39 Publieke domein het twee betekenisse. Die eerste betekenis verwys na iets wat binne die publiek se kennis val of om iets aan die publiek beskikbaar te maak. Die tweede betekenis verwys na die versameling van werk wat nie aan kopieregte verbind is nie.

40 Truter 2011 <http://www.labourwise.co.za>.

41 *Sedick & another v Krisray (Pty) Ltd* 2011 8 BALR 879 (KVBA).

42 *Sedick & another v Krisray (Pty) Ltd* 2011 8 BALR 879 (KVBA).

43 *Sedick & another v Krisray (Pty) Ltd* 2011 8 BALR 879 (KVBA).

die werknemers het 'n groot aantal afbrekende en neerhalende stellings⁴⁴ rakende die onderneming en sy personeel gemaak. Hierdie stellings is veral gerig op familieleden wat seniorposisies in die onderneming beklee het asook op familieleden wat onlangs in die onderneming aangestel is.

Die werknemers het geargumenteer dat hul stellings nie die waardigheid van die onderneming of sy bestuur en personeel aangetas het nie aangesien daar geen direkte verwysings na enige van die persone was nie. Hulle het verder beweer dat die stellings as gevolg van emosionele omstandighede gemaak was en dat daar niks meer bedoel was as om grappe te maak nie. Die werkgewer het egter geargumenteer dat die doel met die stellings wat gemaak was duidelik was om wesenlike skade aan die werkgewer en die onderneming aan te rig. Aangesien een van die werknemers die operasionele bestuurder van die onderneming was, het haar kommentaar veroorsaak dat 'n swak beeld van die onderneming geskep is. Die saak is vererger nadat kollegas sowel as persone wat voorheen in diens was van die werkgewers, kommentaar gelewer het op die stellings. Omdat nie een van die werknemers die privaatheidverstellings op Facebook geïmplementeer het nie, kon enige sosiale netwerkgebruiker die werknemer se kommentaar lees en kan aanvaar word dat hulle die inligting aan die breë publiek wou bekendmaak.

Die voorsittende kommissaris het tot die gevolgtrekking gekom dat die werknemers se reg op privaatheid nie geskend is nie omdat hulle dié reg verbeur het deur nie die nodige stappe te neem om te verseker dat die privaatheidverstellings korrek toegepas is nie.⁴⁵ Die kommissaris het beslis dat:⁴⁶

In the absence of access to the pages being restricted, De Reuck and Sedick's pages remained wholly in the public domain. By extension, any person using the internet qualified as a party to the communications, including Ms Coetzee, and as a consequence, she was entitled to intercept, that is, to read, download and print, these communications in whole or in part. De Reuck and Sedick's postings were, to all intents and purposes, available to the public in the same way that blogs and public comments on news media sites, or letters published in newspapers are available. I find that as a consequence of their failure to make use of the privacy options, De Reuck and Sedick abandoned their right to privacy and the protections of Act 70 of 2002.

44 Van die kommentaar wat deur die werknemers gelewer is, sluit in "*2 dumb brats running a mickey mouse business*" en kommentaar teenoor die direkteur "*a very ugly man with a dark soul*."

45 *Sedick & another v Krisray (Pty) Ltd* 2011 8 BALR 879 (KVBA) par 52.

46 *Sedick & another v Krisray (Pty) Ltd* 2011 8 BALR 879 (KVBA).

In *Fredericks/Jo Barkett Fashions*⁴⁷ het die werknemer geargumenteer dat haar grondwetlike reg op privaatheid geskend is deurdat haar werkgever die kommentaar wat sy op haar Facebookprofiel geplaas het, onregmatig onderskep het. Die werkgever het tot die teendeel aangevoer dat die werknemer se profiel toeganklik was vir enige persoon en dat haar kommentaar op Facebook die onderneming en die ander werknemers benadeel het. Die kommissaris het bevind dat die ontslag van die werknemer wel prosedureel en substantief billik was omdat die werknemer haar reg op privaatheid verbeur het deur beledigende kommentaar oor haar werkgever op Facebook te lewer. In albei die *Sedick* saak sowel as die *Fredericks* saak, het die werknemers nie gebruik gemaak van die sosiale netwerk se sekuriteits- en privaatheidverstellings nie.

In 'n onlangse saak is 'n voormalige werknemer van die Gold Reef City Casino ontslaan selfs al het hy sy profiel se privaatheidverstellings gestel dat niemand wat nie met hom aanlyn bevriend is, sy profiel kan waarneem nie. In hierdie saak is die privaatheidverstellings van Facebook nie bespreek nie aangesien die werknemer meer as 700 aanlynvriende gehad het. Die kommissaris het bevind dat die werknemer nie sy reg op privaatheid kan opper nie aangesien die kommentaar beskikbaar was vir meer as 700 mense. Dus, al het die werknemer sy profiel se privaatheidverstellings korrek toegepas en kan persone wat nie met hom aanlyn bevriend is nie sy kommentaar lees nie, kan die beledigende kommentaar steeds skade aan die werkgever se naam aanrig indien die werknemer oor 'n groot aantal aanlynvriende beskik.⁴⁸

'n Werknemer se reg op privaatheid word dus aansienlik beperk sodra dié persoon op enige manier die diensverhouding benadeel, ongeag of die handeling gedurende of buite werksure plaasvind. Daar kan nie 'n vertrouensverhouding tussen die partye bestaan indien die kommentaar die werkgever se naam oneer aandoen nie.⁴⁹ Werknemers wat stellings of kommentaar op sosiale netwerke maak, weet dat hierdie stellings die werkgever negatief gaan beïnvloed en daarom word die

47 *Fredericks/Jo Barkett Fashions* 2012 1 BALR 28 (KVBA).

48 Maake 2012 <http://www.timeslive.co.za>.

49 *Smith v Partners in Sexual Health (non-profit)* 2011 32 ILJ 1470 (KVBA).

werknemer se reg op privaatheid verder beperk.⁵⁰ Enige elektroniese kommunikasie van die werknemer kan dus deur die werkgewer gemonitor en onderskep word, maar die vraag bly staan in watter mate strek hierdie reg tot monitering en onderskepping van persoonlike inligting deur die werkgewer. Die antwoord kan gevind word in die interpretasie van die *Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstrekking van Kommunikasie – Verwante Inligting*.⁵¹

2.3 Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstrekking van Kommunikasie – Verwante Inligting

Hierdie Wet plaas 'n verbod op die onderskepping van sekere kommunikasie en verseker dat persoonlike inligting korrek verkry word. Dié Wet beskerm nie die inligting as sulks nie, maar die wyse waarop dit bekom word.

Artikel 2 van die Wet omvat die hoofdoelwit en stel dat geen persoon kan:⁵²

... intentionally intercept or attempt to intercept, or authorise or procure any other person to intercept or attempt to intercept at any place in the Republic, any communication in the course of its occurrence or transmission.

Ingevolge artikel 1 van die Wet beteken kommunikasie regstreekse sowel as onregstreekse kommunikasie.⁵³ Onregstreekse kommunikasie is die oordrag van inligting, met inbegrip van 'n boodskap of enige deel van 'n boodskap, hetsy in die vorm van spraak, musiek of ander geluide; data; teks; visuele beelde, hetsy in beweging of nie; seine; of radiofrekwensiespektrum.⁵⁴ Die stuur of ontvang van inligting op 'n internetwebwerf of sosiale medianetwerke sal binne die definisie van hierdie onregstreekse kommunikasie val.⁵⁵ Dit is egter belangrik om te verstaan wat presies bedoel word met onderskepping.

50 Sien *Fredericks/Jo Barkett Fashions* 2012 1 BALR 28 (KVBA). Hierin het die hof beslis dat die werknemer geweet het haar handelinge sou die beeld van die onderneming negatief beïnvloed.

51 *Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstrekking van Kommunikasie – Verwante Inligting* 70 van 2002.

52 A 2 *Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstrekking van Kommunikasie – Verwante Inligting* 70 van 2002.

53 A 1 *Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstrekking van Kommunikasie – Verwante Inligting* 70 van 2002.

54 A 1 *Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstrekking van Kommunikasie – Verwante Inligting* 70 van 2002.

55 Pistorius 2009 *Potchefstroomse Elektroniese Regstydskrif* 7.

Onderskepping word volgens artikel 1 beskryf as:⁵⁶

the aural or other acquisition of the contents of any communication through the use of any means, including an interception device, so as to make some or all of the contents of a communication available to a person other than the sender or recipient or intended recipient of that communication, and includes the (a) monitoring of any such communication by means of a monitoring device; (b) viewing, examination or inspection of the contents of any indirect communication; and (c) diversion of any indirect communication from its intended destination to any other destination.

Die definisie van onderskepping sluit die verkryging van die inhoud van enige kommunikasie deur die monitering daarvan, die waarneming van die inhoud en die verplasing van onregstreekse kommunikasie vanaf die bestemming in.⁵⁷ Die definisie handel ook oor die verkryging van die inhoud van die kommunikasie en om 'n gedeelte of al die inhoud aan 'n persoon te verskaf wat nie deel vorm van die sender of ontvanger van die kommunikasie nie.⁵⁸

Die oortreding van hierdie Wet is ingevolge artikel 49 daarvan 'n kriminele oortreding en kan die oortreder gestraf word.⁵⁹ Kragtens artikel 49(1) van die Wet mag niemand, behoudens die bepalings van die wet, op enige plek in die Republiek, opsetlik enige kommunikasie in die loop van sy gebeurtenis of versending onderskep of poog om te onderskep, of enigiemand anders magtig of verkry om dit te onderskep of poog om te onderskep nie.⁶⁰ Uitsonderings op hierdie bepaling word gevind in artikels 3, 4 en 5. Onderskepping kragtens 'n onderskeppingslasgewing,⁶¹ deur 'n party by die kommunikasie;⁶² of ná vooraf skriftelike toestemming van 'n party by die kommunikasie word as uitsonderings toegelaat.⁶³

56 A 1 *Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstreking van Kommunikasie – Verwante Inligting* 70 van 2002.

57 Pistorius 2009 *Potchefstroomse Elektroniese Regsdykskrif* 8.

58 Pistorius 2009 *Potchefstroomse Elektroniese Regsdykskrif* 8.

59 A 51(1) stel dat 'n oortreding in terme van artikel 49 sal lei tot 'n boete wat nie twee miljoen rand of tronkstraf van nie langer as 10 jaar oorskry nie.

60 A 49(1) *Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstreking van Kommunikasie – Verwante Inligting* 70 van 2002.

61 A 3 *Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstreking van Kommunikasie – Verwante Inligting* 70 van 2002.

62 A 4 *Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstreking van Kommunikasie – Verwante Inligting* 70 van 2002.

63 A 5 *Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstreking van Kommunikasie – Verwante Inligting* 70 van 2002.

2.3.1 Toelaatbare onderskeppings

Ingevolge artikel 4(1) van die Wet kan 'n party wat deel vorm van die kommunikasie, die verwante kommunikasie onderskep. Enige persoon wat 'n party is tot die kommunikasie, behalwe 'n wetstoepassingsbeampte, kan enige kommunikasie onderskep. Die persoon wat die kommunikasie wil onderskep kan egter nie die kommunikasie onderskep vir doeleindes van die pleging van 'n misdryf nie.⁶⁴ 'n Ander belangrike uitsondering is artikel 5(1) van die Wet. Hierdie artikel bepaal dat enige persoon enige kommunikasie kan onderskep indien een van die partye vooraf skriftelik toestemming tot die sodanige onderskepping verleen het.⁶⁵ Hierdie persoon mag nie 'n wetstoepassingsbeampte wees nie en die persoon kan nie die kommunikasie onderskep met die doel om 'n misdryf te pleeg nie.⁶⁶

Wanneer daar gekyk word na die interpretasie van artikel 5(1), hoef toestemming slegs verleen te word deur een van die partye tot die kommunikasie.⁶⁷ Dit sluit die sender, die ontvanger of enige ander party in.⁶⁸ Wanneer daar 'n groot hoeveelheid partye betrokke is tydens die kommunikasievoering, hoef slegs een party skriftelik toestemming te verleen dat die kommunikasie wel onderskep kan word.

In *Smith v Partners in Sexual Health*⁶⁹ het die hof beslis dat in die geval van 'n werknemer se e-pos daar geselekteerde ontvangers is, en word e-posboodskappe spesifiek vir hierdie persone bedoel. In die geval van boodskappe of kommentaar wat op sosiale netwerke soos Facebook en Twitter gemaak word, het die hof gestel dat.⁷⁰

The contents of an e-mail account cannot be compared to comments posted on an Internet 'blog' to which access is not restricted in any way, or to comments posted on an Internet-based social networking site, such as Facebook, where privacy cannot be reasonably expected by any user as the site structure allows viewing (interception) of 'conversations' by persons not party to those communications.

64 A 4(1) *Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstreking van Kommunikasie – Verwante Inligting* 70 van 2002.

65 A 5(1) *Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstreking van Kommunikasie – Verwante Inligting* 70 van 2002.

66 A 5(1) *Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstreking van Kommunikasie – Verwante Inligting* 70 van 2002.

67 Beech 2005 *Industrial Law Journal* 656.

68 Beech 2005 *Industrial Law Journal* 656.

69 *Smith v Partners in Sexual Health (non-profit)* 2011 32 ILJ 1470 (KVBA).

70 *Smith v Partners in Sexual Health (non-profit)* 2011 32 ILJ 1470 (KVBA) par 51.

Kommentaar wat op sosiale netwerke soos Facebook gelewer word, beteken egter blootstelling aan 'n groter verskeidenheid persone wat nie deel vorm van die kommunikasie tussen die sender en die ontvanger nie. Dít veroorsaak dat daar meer partye tot die kommunikasie betrokke raak. Die privaatheid van die werknemer word dus in die publieke domein geopenbaar deurdat dit sigbaar is vir enige persoon wat aanlynvriende is met die werknemer. Óf, indien die werknemer nie sy profiel se privaatheidverstellings toepas nie, kan enige persoon op die sosiale netwerk deel wees van die kommunikasie.

'n Ander uitsondering word gevind in artikel 6(1) van die Wet. Hierdie artikel handel oor die onderskepping van onregstreekse kommunikasie in verband met die dryf van besigheid. Artikel 6(1) stel dat:⁷¹

Enigiemand kan, in die loop van die dryf van enige besigheid, enige onregstreekse kommunikasie onderskep (a) deur middel waarvan 'n transaksie aangegaan word in die loop van daardie besigheid; of (b) wat andersins op daardie besigheid betrekking het; of (c) wat andersins plaasvind in die loop van die dryf van daardie besigheid, in die loop van sy versending oor 'n telekommunikasiestelsel.

Hierdie onderskepping in terme van artikel 6(1) kan slegs uitgevoer word as daar gehoor gegee word aan artikel 6(2) van die Wet. Hierdie artikel bepaal dat die onderskepping slegs deur die uitdruklike of stilswyende toestemming van die stelselbeheerder⁷² kan geskied.⁷³ Die stelselbeheerder moet vooraf redelike pogings aanwend om enige persone wat die telekommunikasiestelsel wil gebruik, in kennis te stel dat hul kommunikasie onderskep kan word, of indien sodanige onregstreekse kommunikasie onderskep word, dit moet geskied met die uitdruklike of stilswyende toestemming van die persoon wat daardie telekommunikasiestelsel gaan gebruik.⁷⁴

Artikel 6 bemaagtig enige persoon in die loop van die dryf van enige besigheid, om 'n ander persoon se kommunikasie te onderskep solank hierdie onderskepping voldoen aan die bepalings van artikel 6. In gevalle waar die werkgever die werknemer voorsien van 'n telekommunikasiestelsel waarmee ongunstige stellings op sosiale

71 A 6(1) *Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstreking van Kommunikasie – Verwante Inligting* 70 van 2002.

72 'n Stelselbeheerder word gedefinieer in artikel 1.

73 A 6(2)(a) *Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstreking van Kommunikasie – Verwante Inligting* 70 van 2002.

74 A 6(2)(d) *Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstreking van Kommunikasie – Verwante Inligting* 70 van 2002.

netwerke geplaas word, mag die werkgever die kommunikasie onderskep aangesien die telekommunikasiestelsel die eiendom van die besigheid of onderneming is.⁷⁵ Maar, selfs wanneer 'n werknemer sy privaateiendom gebruik om ongunstige stellings op sosiale netwerke te maak, kan die werkgever die onregstreekse kommunikasie onderskep indien dit skade aan sy onderneming kan aanrig, of indien die werkgever oor 'n beleid beskik wat bepaal dat werknemers geen beledigende kommentaar op sosiale netwerke rakende hul werksplek of werksomstandighede mag lewer nie.

Kragtens artikel 1(2)(b) van die Wet is dit ook nie nodig dat die kommunikasie onderskep moet word terwyl dit in die proses is om oor die internet of intranet gestuur te word nie. Artikel 1(2)(b) bepaal dat die toepassing van die Wet:⁷⁶

...sluit die tyd waartydens 'n onregstreekse kommunikasie deur middel van 'n telekommunikasiestelsel versend word enige tyd in waartydens die telekommunikasiestelsel deur middel waarvan sodanige onregstreekse kommunikasie versend word of is, gebruik word om dit op 'n manier te bewaar wat die bedoelde ontvanger in staat stel om dit in te samel of andersins toegang daartoe te verkry.

As daar na hierdie definisie gekyk word, kan onregstreekse kommunikasie onderskep word al is dit reeds op die internet of intranet geplaas, soos byvoorbeeld op sosiale netwerke soos Facebook of Twitter. Die reg op vryheid van uitdrukking is 'n verdere aspek waarna gekyk moet word indien daar vasgestel moet word of 'n werknemer ontslaan kan word vir die opmerkings wat hy op sosiale netwerke maak.

2.4 Die reg op vryheid van uitdrukking

Die reg op vryheid van uitdrukking is 'n universele begrip en 'n kernwaarde van 'n demokratiese samelewing. Kragtens artikel 16 van die *Grondwet*⁷⁷ het elkeen die reg op vryheid van uitdrukking, en meer spesifiek die vryheid om inligting of idees te ontvang of oor te dra.⁷⁸ Hierdie reg skep 'n indruk dat 'n persoon, of altans 'n werknemer, enige idee rakende sy werksomstandighede op sosiale netwerke kan plaas. Soos wat vroeër bespreek is, het die werkgever 'n gemeenregtelike reg om

75 Pistorius 2009 *Potchefstroomse Elektroniese Regstydskrif* 12.

76 A 1(2)(b) *Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstrekking van Kommunikasie – Verwante Inligting* 70 van 2002.

77 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

78 A 16(1)(b) *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

nie beledig te word nie, en dat sy werknemers in sy beste belang sal optree. 'n Opweging van regte vind plaas tussen die werkgever en die werknemer se regte. Die *Grondwet*⁷⁹ vorm die basis van hierdie opweging en die konteks waarbinne dit geskep is, moet in ag geneem word.

2.5 Die basis van vryheid van uitdrukking binne die grondwetlike raamwerk

In *South African National Defence Union v Minister of Defence and Another*⁸⁰ het die hof die belangrikheid van die reg op vryheid van uitdrukking beklemtoon. Die *Grondwet*⁸¹ maak spesifiek daarvoor voorsiening dat individue hul opinies, idees en persoonlikhede kan uitdruk al is hierdie uitdrukking kontroversieel.⁸² Die hof het gestel dat:⁸³

Freedom of expression lies at the heart of a democracy. It is valuable for many reasons, including its instrumental function as a guarantor of democracy, its implicit recognition and protection of the moral agency of individuals in our society and its facilitation of the search for truth by individuals and society generally. The Constitution recognises that individuals in our society need to be able to hear, form and express opinions and views freely on a wide range of matters.

Die manier waarop die reg op vryheid van uitdrukking geïnterpreteer word, is grotendeels afhanklik van die manier waarop die reg in die betrokke grondwetlike stelsel inpas.⁸⁴ Wanneer daar gekyk word na menswaardigheid as 'n grondwetlike reg, speel die reg van uitdrukking 'n groot rol om 'n individu te ontwikkel in 'n menslike wese.⁸⁵ Die vryheid daaraan gebonde om 'n persoon te kan uitdruk, bevorder die moontlikheid van ontwikkeling van menswaardigheid.⁸⁶ Maar, soos enige grondwetlike reg geld die reg op vryheid van uitdrukking nie absoluut nie. Die vraag wat nou beantwoord moet word is in watter mate die reg op vryheid van uitdrukking beperk kan word.

79 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

80 *South African National Defence Union v Minister of Defence and Another* 1999 6 BCLR 615 (KH).

81 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

82 *South African National Defence Union v Minister of Defence and Another* 1999 6 BCLR 615 (KH).

83 *South African National Defence Union v Minister of Defence and Another* 1999 6 BCLR 615 (KH) par 9.

84 Cheadle, Davis en Haysom *South African Constitutional Law: The Bill of Rights* 11-5.

85 Cheadle, Davis en Haysom *South African Constitutional Law: The Bill of Rights* 11-5.

86 Cheadle, Davis en Haysom *South African Constitutional Law: The Bill of Rights* 11-5.

2.5.1 Die omvang van die waarborg wat die reg op vryheid van uitdrukking skep

Die vraag wat ontstaan, is of die reg op vryheid van uitdrukking nie net vertikaal toegepas kan word nie, maar horisontaal ook.⁸⁷ In *Mandela v Falati*⁸⁸ het die hof beslis dat die grondwetlike reg van vryheid van uitdrukking wel horisontaal toegepas kan word. Die Konstitusionele Hof het in *Du Plessis and Others v De Klerk and Another*⁸⁹ in 'n meerderheidsuitspraak beslis dat die reg op vryheid van uitdrukking ingevolge die interim *Grondwet*⁹⁰ nie horisontale toepassing vind nie. Die Konstitusionele Hof het beslis dat:⁹¹

A claim for defamation, for instance, raises a tension between the right to freedom of expression and the right to dignity. The common law compromise has been to limit both rights to an extent, allowing damages to be recovered for what is regarded as unlawful expression but allowing dignity to be infringed in circumstances considered to be privileged. Section 33(1) could hardly be applied to such a situation.

Die Hof het beslis dat alhoewel die interim Handves van Menseregte nie direk toegepas kan word in laster gevalle nie, word dit wel indirek toegepas in laster dispute ingevolge artikel 35(3) van die interim *Grondwet*.⁹² Die hof het in *Gardener v Whitaker*⁹³ tot skikking gekom. Die hof het beslis dat:⁹⁴

...the deepest norms' of the Constitution should determine whether the alleged breach of a fundamental right in private litigation involves explicit constitutional adjudication, or whether it could safely be left to the rules of the common law to evolve, implicitly, in harmony with the values of the Constitution.

Die hof het tot die gevolgtrekking gekom dat die *Grondwet*⁹⁵ tussen privaat partye toegepas kan word in die geval van 'n lastereis, en dat die gemeenregtelike reëls ten opsigte van lastering gewysig kan word in die lig van die *Grondwet*.⁹⁶ Daar kan vasgestel word dat die reg op vryheid van uitdrukking wel horisontaal toegepas kan word.

87 Cheadle, Davis en Haysom *South African Constitutional Law: The Bill of Rights* 11-6(2).

88 *Mandela v Falati* 1994 4 BCLR 1 (W).

89 *Du Plessis and Others v De Klerk and Another* 1996 5 BCLR 658 (KH).

90 A 15 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 200 van 1993.

91 *Du Plessis and Others v De Klerk and Another* 1996 5 BCLR 658 (KH) par 55.

92 A 15 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 200 van 1993.

93 *Gardener v Whitaker* 1994 5 BCLR 19 (E).

94 *Gardener v Whitaker* 1994 5 BCLR 19 (E).

95 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

96 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

In *National Media Ltd and Others v Bogoshi*⁹⁷ het die hof 'n toets saamgestel om te bepaal of sekere opmerkings in die pers as lasterlik beskou kan word. Die toets wat hier gebruik is, is die redelikheid van die opmerkings binne die gegewe omstandighede. Hierdie toets van redelikheid is ook toegepas in *Dutch Reformed Church Vergesig v Sookunan*.⁹⁸ Die hof het daarop aangedring dat menslike interaksie gegrond word op kommunikasie, en dat dit een van die hoof elemente is van menslike ontwikkeling.⁹⁹ Vryheid van uitdrukking vorm 'n essensiële grondslag vir 'n demokratiese samelewing en die ontwikkeling van elke man en vrou.¹⁰⁰ Die hof het in 'n situasie soos hierdie, waar twee regte teenoor mekaar opgeweeg moet word, gestel dat:¹⁰¹

...where the expression of another right (that of religious practice) is also involved, where there appear to be not only religious but also racial and class undertones, then the court must be mindful that freedom of expression is 'valuable for many reasons' which include 'its facilitation of the search for truth by individuals and society generally' the 'Constitution recognises that individuals in our society need to be able to hear, form and express opinions and views freely on a wide range of matters'.

Daar word egter beperkings geplaas op uitdrukkings en die hof moet beslis wat redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gegrond op menswaardigheid, gelykheid en vryheid.¹⁰² In die Suid-Afrikaanse reg geniet die reg op vryheid van uitdrukking nie oppergesag teenoor die reg op menswaardigheid nie.¹⁰³ Die grense van die reg op vryheid van uitdrukking moet in elke situasie getoets word. Die hof moet die betrokke kwessies, die konteks waarin die uitdrukking gemaak is, die taal wat gebruik is en wie die betrokke uitdrukking gelewer het, in ag neem.¹⁰⁴

Net soos die reg op privaatheid, kan die reg op vryheid van uitdrukking ook beperk word. Die reg op vryheid van uitdrukking vorm 'n integrale deel van 'n persoon se ontwikkeling in 'n menslike wese, en sal 'n demokratiese samelewing nie geskep kan word as hierdie reg onderdruk word nie. Maar soos enige reg in die Handves van

97 *National Media Ltd and Others v Bogoshi* 1999 1 BCLR 1 (HHA).

98 *Dutch Reformed Church Vergesig v Sookunan* 2012 JDR 0823 (GSJ).

99 *Dutch Reformed Church Vergesig v Sookunan* 2012 JDR 0823 (GSJ) par 19.

100 *South African National Defence Union v Minister of Defence and Another* 1999 6 BCLR 615 (KH).

101 *Dutch Reformed Church Vergesig v Sookunan* 2012 JDR 0823 (GSJ) par 20.

102 *Dutch Reformed Church Vergesig v Sookunan* 2012 JDR 0823 (GSJ) par 21.

103 *S v Mamabolo (E TV and Others Intervening)* 2001 3 SA 409 (KH).

104 *Dutch Reformed Church Vergesig v Sookunan* 2012 JDR 0823 (GSJ) par 23.

Menseregte moet die reg op vryheid van uitdrukking opgeweeg word teenoor die reg op menswaardigheid, vryheid en gelykheid. As 'n werknemer sy reg op vryheid van uitdrukking uitoefen en dit inbreuk maak op dié van 'n ander persoon, hetsy 'n kollega of die werkgever, kan die reg op vryheid van uitdrukking nie absoluut geld nie. Die redelikheid en regverdigbaarheid van die opmerking sal in die betrokke omstandighede in ag geneem moet word om te kan bepaal of 'n werknemer sy reg op vryheid van uitdrukking kan uitoefen deur die opmerkings wat hy op sosiale netwerke plaas, al dan nie. Indien die kommentaar wat 'n werknemer op 'n sosiale netwerk lewer inbreuk maak op 'n ander persoon se reg op menswaardigheid, is dit nie net onbillik en onregverdigbaar nie, maar tree dit ook teenstrydig met die doel van *Grondwet*¹⁰⁵ op.

2.6 Samevatting

Wanneer daar gekyk word na die *Sedick*¹⁰⁶ saak en na privaatheid in die diensverhouding, kan daar vasgestel word dat die reg op privaatheid kragtens artikel 14 van die *Grondwet*¹⁰⁷ nie 'n absolute reg is nie. Net soos wat enige reg in die *Grondwet*¹⁰⁸ beperk kan word kan enige reg in die praktyk ook beperk word.

Die internet is 'n platvorm wat grotendeels deel van die publieke domein uitmaak. Dit beteken dat daar geen beheermaatreëls rakende inligting wat op sosiale netwerke soos Facebook of Twitter verskaf word, toegepas word nie. Daar is egter privaatheidverstellings wat toegepas kan word op Facebook wat persone, wie nie deel vorm van die gebruiker of werknemer se aanlynvriende nie, verhoed om enige kommentaar wat die werknemer openbaar, waar te neem. In die geval van *Sedick* het die werknemers nie hierdie privaatheidverstellings geïmplementeer nie.

Indien die privaatheidverstellings van die sosiale netwerk nie toegepas word nie, is die kommentaar wat gelewer word oop vir die publiek en kan enige persoon die kommentaar uitdruk en vertoon. Wanneer daar dus nie beperkings gestel word op die werknemer se privaatheid binne 'n sosiale netwerk soos Facebook nie, kan 'n werknemer nie sy reg op privaatheid opper nie. Indien 'n werknemer egter hierdie

105 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

106 *Sedick & another v Krisray (Pty) Ltd* 2011 8 BALR 879 (KVBA).

107 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

108 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

verstellings implementeer, is sy reg op privaatheid steeds nie 'n absolute reg nie. Al die omringende omstandighede sal in ag geneem moet word.

Enige elektroniese kommunikasie van die werknemer kan dus deur die werkgever gemonitor en onderskep word, maar die vraag bly staan in watter mate strek hierdie monitering en onderskepping van persoonlike inligting deur die werkgever. Hierdie onderskepping kan slegs plaasvind indien die werkgever kragtens die *Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstrekking van Kommunikasie – Verwante Inligting*¹⁰⁹ optree.

Die werkgever kan ingevolge artikel 2 van die Wet nie die werknemer se kommunikasie onderskep of monitor nie, maar indien artikels 4, 5 of 6 van die wet van toepassing is, gemagtig dit wel die werkgever om die werknemer se kommunikasie te onderskep.

Die reg op vryheid van uitdrukking is 'n universele begrip en 'n kernwaarde van 'n demokratiese samelewing. Kragtens artikel 16 van die *Grondwet*¹¹⁰ het elkeen die reg op vryheid van uitdrukking, en meer spesifiek die vryheid om inligting of idees te ontvang of oor te dra.¹¹¹ Daar word deur die hof 'n toets van redelikheid gebruik om vas te stel wanneer die uitdrukking wat 'n persoon in die gegewe omstandighede opper, wel binne die gegewens van die reg op vryheid van assosiasie uitgevoer kan word. Maar net soos wat enige reg nie absoluut geld nie, word die reg op vryheid van uitdrukking ook ingevolge artikel 36(1) van die *Grondwet*¹¹² beperk. Die reg op privaatheid, asook die reg op vryheid van uitdrukking, word beskou as 'n fundamentele reg vir enige persoon, maar steeds 'n reg wat nie absoluut geld nie.

109 *Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstrekking van Kommunikasie – Verwante Inligting* 70 van 2002.

110 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

111 A 16(1)(b) *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

112 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

Hoofstuk 3

Beskermde openbarings en die regte en verpligtinge van werkgewers

3.1 Inleiding

Die diensverhouding tussen 'n werkgewer en 'n werknemer word gebou op 'n vertrouensverhouding wat tussen die partye ontstaan. Kragtens die gemenereg en arbeidswetgewing, besit werkgewers en werknemers spesifieke regte in die diensverhouding. Dit is uiters belangrik om hierdie regte te balanseer om te verseker dat gelykheid in die verhouding bestaan. Elke reg wat aan 'n party verleen word, skep dus 'n verpligting vir die ander. Dit is egter belangrik om te fokus op die regte van die werkgewer in die geval waar 'n werknemer sekere opmerkings rakende sy werkgewer op sosiale netwerke plaas.

3.2 Die regte van werkgewers

Die werkgewer kan, *inter alia*, van sy werknemers verwag om hul dienste beskikbaar te stel op die ooreengekome tye en dae.¹¹³ Werkgewers kan verder verwag dat werknemers hulle outoriteit sal respekteer en billike instruksies van die werkgewer sal uitvoer.¹¹⁴ Werknemers moet goeie gedrag in die werksplek handhaaf en hulle moet voldoen aan die onderneming se beleid en prosedures, en binne die dissiplinêre kode van die onderneming optree.¹¹⁵ Werknemers moet in goeie trou optree, lojaal wees teenoor hul werkgewers, en hulle moet in die beste belang van die werkgewer optree.¹¹⁶ Werkgewers kan verwag dat werknemers die werksplek se reëls, die onderneming se beleid asook die prosedures en werkstandaarde sal eerbiedig.¹¹⁷ Werknemers moet ook die voorgeskrewe prosedures en produksiemetodes toepas, en die verwagte kwaliteit tydens die produksieproses uitvoer.¹¹⁸ Die werkgewer kan ook van die werknemer verwag dat enige oneerlike of onregmatige handeling in die werksplek, asook enige oortredings van die

113 Claassen Datum Onbekend <http://www.labourguide.co.za>.

114 Claassen Datum Onbekend <http://www.labourguide.co.za>.

115 Claassen Datum Onbekend <http://www.labourguide.co.za>.

116 Claassen Datum Onbekend <http://www.labourguide.co.za>.

117 Claassen Datum Onbekend <http://www.labourguide.co.za>.

118 Claassen Datum Onbekend <http://www.labourguide.co.za>.

onderneming se beleid of prosedures deur werknemers aan hom of haar gerapporteer sal word.¹¹⁹

Die laasgenoemde vereiste kan verskeie probleme veroorsaak in die werksplek. Indien 'n werknemer onregmatighede waarneem in die werksplek en dit aan die werkgever openbaar, kan dit onenigheid in die werksplek tot gevolg hê. Die persoonlike veiligheid van die werknemer kan ook in gedrang wees en 'n werknemer kan nie werklik blameer word as hy of sy nie kollegas se onregmatige daade rapporteer nie.

In teenstelling hiermee kan die werknemer as 'n medepligtige beskou word indien enige onregmatige handeling deur kollegas nie aan die werkgever gerapporteer word nie.¹²⁰ Daar rus 'n gemeenregtelike plig op 'n werknemer om in die beste belang van die werkgever op te tree en wanneer onregmatighede in die werksplek nie gerapporteer word nie, tree werknemers teenstrydig met hierdie verpligting op.¹²¹ In die era van sosiale media kan afbrekende opmerkings deur 'n werknemer teenoor sy werkgever wesenlike skade inhou en die onderneming se naam permanente skade aandoen. Indien 'n werknemer opmerkings op sosiale netwerke plaas, rus daar 'n gemeenregtelike verpligting op medewerknemers om dit onder die aandag van die werkgever te bring sodat die korrekte prosedure gevolg kan word om hierdie skadelike handeling stop te sit.

In die geval waar 'n werknemer versuim om die onregmatighede van sy of haar kollega aan die werkgever te openbaar kan 'n werkgever hierdie werknemers ontslaan op grond daarvan dat hulle teenstrydig met hul gemeenregtelike verpligting optree. In *Chauke & others v Lee Service Centre CC t/a Leeson Motors*¹²² het die Arbeidsappèlhof beslis dat waar 'n werkgever deurlopend skade ly as gevolg van die onregmatige handeling van 'n werknemer, kan werknemers wat in dieselfde departement werk ontslaan word op grond daarvan dat hulle oor inligting moes

119 Claassen Datum Onbekend <http://www.labourguide.co.za>.

120 Claassen Datum Onbekend <http://www.labourguide.co.za>.

121 Claassen Datum Onbekend <http://www.labourguide.co.za>.

122 *Chauke & others v Lee Service Centre CC t/a Leeson Motors* 1998 19 ILJ 1441 (AAH).

beskik het rakende wie verantwoordelik was vir die skade wat ingetree het. Dit vorm deel van die verbreking van vertroue en verpligtinge teenoor die werkgewer.¹²³

Hierdie beslissing het tot gevolg dat 'n werknemer onder verpligting is om behulpsaam te wees teenoor 'n werkgewer om die skuldige op te spoor. 'n Werknemer word ook verplig om enige inligting rakende onregmatigheid in die werksplek aan die werkgewer te openbaar. Indien 'n werknemer versuim om hierdie inligting te openbaar, kan dit opsigself as wangedrag beskou word omdat die diensverhouding tussen die werkgewer en werknemer op vertroue gebou word en, selfs ingevolge die gemenereg, optrede wat teenstrydig is hiermee, gronde is vir ontslag.¹²⁴ Indien 'n werknemer oor inligting beskik wat noodsaaklik is vir die werkgewer om sy reputasie te red, moet hierdie werknemer 'n beskermde openbaring aan die werkgewer lewer.

3.3 Beskermdede openbarings

Kragtens artikel 78(1)(c) van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes*¹²⁵ het 'n werknemer die reg om sy of haar werksomstandighede met 'n kollega of sy of haar werkgewer te bespreek.¹²⁶ Sodra 'n werknemer bedreig voel deur die optrede van 'n kollega kan hy 'n beskermde openbaring maak aan sy werkgewer. Die *Wet op Beskermdede Bekendmakings*¹²⁷ beskerm werknemers teen ontslag of enige benadelende optrede indien hierdie persoon enige inligting aan spesifieke persone openbaar rakende, *inter alia*, die pleging van enige kriminele oortreding, onbillike diskriminasie en optredes wat nadelig is vir gesondheid, veiligheid of die omgewing.¹²⁸

Die doel van die *Wet op Beskermdede Bekendmakings*¹²⁹ kan verdeel word in drie dele. Die oogmerke van hierdie wet is:¹³⁰

123 Hierdie is moeilik om in verhouding te bring met afbrekende kommentaar rakende 'n werkgewer wat 'n werknemer op sosiale netwerke plaas. Maar dit skep die indruk dat indien 'n werknemer bewus is daarvan dat 'n kollega afbrekende kommentaar op sosiale netwerke plaas en dit wesenlike skade vir die onderneming en sy personeel inhou, daar 'n onus op die werknemer rus om hierdie optrede te rapporteer. Dit kan beskryf word as 'n spesiale soort wangedrag.

124 Claassen Datum Onbekend <http://www.labourguide.co.za>.

125 *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* 75 van 1997.

126 A 78(1)(c) *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* 75 van 1997.

127 *Wet op Beskermdede Bekendmakings* 26 van 2000.

128 Grogan *Employment Rights* 145.

129 *Wet op Beskermdede Bekendmakings* 26 van 2000.

a) om 'n werknemer, hetsy in die privaat of openbare sektor, te beskerm teen onderwerping aan 'n beroepsnadeel omrede hy of sy 'n beskermde bekendmaking gedoen het; b) om voorsiening te maak vir sekere remedies in verband met 'n beroepsnadeel wat gelyk is as gevolg van 'n beskermde bekendmaking wat gedoen is; en c) om voorsiening te maak vir prosedures ingevolge waarvan 'n werknemer, op 'n verantwoordelike wyse, inligting aangaande onbehoorlikhede deur sy of haar werkgever bekend kan maak.

Die wet maak verder voorsiening van prosedures vir werknemers om sekere bekendmakings wat ter goeder trou aan sekere verantwoordelike persone en instansies gelewer word, ten opsigte van die staat, staatsorgane of werkgewers in die privaatsektor.¹³¹ Geen bepaling in die dienskontrak of enige ander ooreenkoms wat tussen die partye bestaan, kan poog om enige bepaling in die *Wet op Beskermde Bekendmakings*¹³² uit te sluit of enige werknemer verhoed of ontmoedig om 'n beskermde bekendmaking te maak nie.¹³³

Die beskrywing van 'n bekendmaking omvat die openbaarmaking van strafregtelike misdrywe wat gepleeg is of word of waarskynlik gepleeg sal word; dat 'n persoon versuim het, versuim of waarskynlik sal versuim om aan 'n regmatige verpligting waaraan dié persoon onderworpe is gehoor te gee; en dat geregtigheid nie geskied het of waarskynlik nie sal geskied nie.¹³⁴ Dit omvat ook dat die gesondheid of veiligheid van 'n individu in gevaar gestel is of waarskynlik in gevaar gestel sal word en dat die omgewing beskadig is of waarskynlik beskadig sal word.¹³⁵

Kragtens artikel 6 van die *Wet op Beskermde Bekendmakings*¹³⁶ sal 'n bekendmaking wat in goeie trou aan 'n werkgever gedoen word en wat wesenlik in ooreenstemming is met 'n prosedure wat voorgeskryf is, of wat deur werkgever gemagtig is vir doeleindes van die aanmelding van die betrokke onbehoorlikheid, 'n beskermde bekendmaking wees.¹³⁷ Goeie trou in hierdie konteks beteken dat die werknemer op 'n verantwoordelike en eerlike wyse sonder enige duistere motiewe, 'n bekendmaking wil maak.¹³⁸ Waar 'n bekendmaking in goeie trou aan die werkgever gedoen word en die prosedure nie gevolg word soos wat hierbo beoog is nie, sal dit

130 A 2(1) *Wet op Beskermde Bekendmakings* 26 van 2000.

131 Olivier *Dissipline, Ontslag en Menseregte* 299-300.

132 *Wet op Beskermde Bekendmakings* 26 van 2000.

133 GK R702 in SK 34572 van 31 Augustus 2011.

134 Olivier *Dissipline, Ontslag en Menseregte* 301.

135 Olivier *Dissipline, Ontslag en Menseregte* 302.

136 *Wet op Beskermde Bekendmakings* 26 van 2000.

137 A 6(1)(a) *Wet op Beskermde Bekendmakings* 26 van 2000.

138 GK R702 in SK 34572 van 31 Augustus 2011.

nog steeds 'n beskermde bekendmaking kragtens die wet wees.¹³⁹ Die bekendmaking word verder slegs beskerm as die werknemer rede het om te glo dat die betrokke inligting een of meer onregte¹⁴⁰ sal uitwys.¹⁴¹

3.4 Sosiale media en internet monitering

Sedert die ontstaan van sosiale netwerke is een van die grootste probleme om hierdie media te monitor en aan te pas by die alledaagse verandering en verbetering in tegnologie. Wanneer daar gekyk word na die monitering van internetgebruik in die werksplek, word die presedent geskep dat werknemers nie veel privaatheid geniet as hulle enige vorm van nadelige kommentaar vir die publieke domein openbaar nie. 'n Werknemer kan letterlik binne minute die reputasie van 'n werkgever vernietig. Al het 'n werknemer nie die opsetlike bedoeling om die werkgever enige skade aan te rig nie, kan dit wel die uitwerking wees. Dit is heel ironies dat 'n werknemer wat opsetlik wesenlike skade vir die werkgever wil aanrig en dit deur middel van 'n telefoonoproep uitvoer, se reg op privaatheid 'n beter kans het om beskerm te word as dié van 'n werknemer wat dieselfde woorde op sosiale netwerke uiter.¹⁴²

'n Vraag wat ontstaan is of werkgevers verplig moet word om hul werknemers se internetgebruik te monitor? Indien werknemers wel nie gemonitor word nie, wie moet aanspreeklikheid neem in die geval van diskriminasie, teistering en verskeie ander probleme?

Hierdie vraag is gevra in *Doe v XYZ Corporation*.¹⁴³ In hierdie saak was die werkgever bewus daarvan dat die werknemer na pornografiese materiaal op sy rekenaar gekyk het. Die werkgever was egter nie bewus daarvan dat hierdie materiaal kinderpornografie van die werknemer se stiefdogter was nie. Die hof het

139 A 6(1)(b) *Wet op Beskermde Bekendmakings* 26 van 2000.

140 Hierdie onregte word omvat in a 1 van die wet en bestaan uit die volgende: a) dat 'n misdaad gepleeg is, gepleeg word of waarskynlik gepleeg gaan word; b) dat 'n persoon versuim het, besig is om te versuim of waarskynlik gaan versuim om aan 'n regsplig, waaraan daardie persoon onderhewig is, te voldoen; c) dat 'n onreg in die regspleging plaasgevind het, plaasvind of waarskynlik gaan plaasvind; d) dat die gesondheid of veiligheid van 'n individu in gevaar gestel is, in gevaar gestel word of waarskynlik in gevaar gestel gaan word; e) dat die omgewing beskadig is, beskadig word of waarskynlik beskadig gaan word; f) onbillike diskriminasie soos beoog in die "*Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act*, 2000 (Act No. 4 of 2000)"; of g) dat enige aangeleentheid bedoel in paragrawe (a) tot (f) opsetlik verberg is, verberg word of waarskynlik verberg gaan word.

141 A 1 *Wet op Beskermde Bekendmakings* 26 van 2000.

142 Collier 2002 *Industrial Labour Journal* 1754.

143 *Doe v XYZ Corporation* 382 N.J. Super. 122, 887 A.2d 1156 (App. Div. 2005).

beslis dat daar 'n onus op die werkgewer rus om hierdie soort internetgebruik te monitor en dat die stiefdogter 'n eis teen XYZ kon instel as gevolg van die werkgewer se versuim om die werknemer te monitor.¹⁴⁴ Beslissings deur die Verenigde State en New Jersey hooggeregshof sowel as New Jersey se federale hof, het veroorsaak dat werkgewers se regte ten opsigte van die monitering van werknemers se persoonlike kommunikasie op die werkgewer se rekenaar, nie beperk is nie.¹⁴⁵ Die hof het tot die gevolgtrekking gekom dat werkgewers slegs werknemers se persoonlike kommunikasie kan monitor wanneer werknemers hulself binne hul werksure besig hou met gebeure wat nie verband hou met hul werk nie. Werkgewers het 'n belang waar werknemers besig is met onregmatighede in die werksplek.¹⁴⁶

Werkgewers moet van die begin af duidelik in die dienskontrak stel wat daar van die werknemers verwag word wat die gebruik van sosiale media betref, asook wat die gevolge sal wees indien die werknemer sosiale media misbruik. Werkgewers sal 'n sosiale mediabeleid in plek moet stel en hierdie beleid aan alle werknemers beskikbaar stel. 'n Manier om werknemers se sosiale media gebruik te monitor, is om enige elektroniese kommunikasie wat op maatskappyeiendom uitgevoer word, te onderskep en te hersien. Werknemers sal ook goed ingelig moet word oor wat hulle in hul privaatheid op sosiale netwerke mag en nie mag sê rakende hul werk en die persone saam met wie hulle werk.

3.5 Samevatting

Die werkgewer kan van sy werknemers verwag om hul dienste beskikbaar te stel op die ooreengekome tye en dae. Werkgewers kan verder verwag dat werknemers hul outoriteit sal respekteer en billike instruksies van die werkgewer sal uitvoer. Elke reg wat aan 'n party verleen word, skep dus 'n verpligting vir die ander. Die werknemer staan onder verskeie ander verpligtinge, maar een van die belangrikste verpligtinge is dat enige oneerlike of onregmatige handeling in die werksplek asook enige oortredings van die onderneming se beleid of prosedures, deur werknemers aan die werkgewer gerapporteer sal word. Die werknemer word as 'n medepligtige beskou indien enige onregmatige handeling deur sy kollegas nie aan die werkgewer gerapporteer word nie. Wanneer 'n werknemer versuim om die onregmatighede van

144 Kierkut en Cerra 2010 *New Jersey Labor and Employment Law Quarterly* 4.

145 Kierkut en Cerra 2010 *New Jersey Labor and Employment Law Quarterly* 4.

146 Kierkut en Cerra 2010 *New Jersey Labor and Employment Law Quarterly* 5.

sy kollegas te openbaar, kan hierdie werknemers ontslaan word op grond daarvan dat hulle teenstrydig met hul gemeenregtelike verpligting optree. Indien 'n werknemer oor inligting beskik wat noodsaaklik is vir die werkgever om sy reputasie te red, moet hierdie werknemer 'n beskermde openbaring aan die werkgever lewer.

'n Beskermde bekendmaking handel oor die bekendmaking van strafregtelike misdrywe wat gepleeg is of word of waarskynlik gepleeg sal word; dat 'n persoon versuim het, versuim of waarskynlik sal versuim om aan 'n regmatige verpligting waaraan dié persoon onderworpe is, gehoor te gee; en dat geregtigheid nie geskied het of waarskynlik nie sal geskied nie. Dit omvat ook dat die gesondheid of veiligheid van 'n individu in gevaar gestel is of word, waarskynlik in gevaar gestel sal word en dat die omgewing beskadig is of waarskynlik beskadig sal word.

'n Manier om werknemers se sosiale mediagebruik te monitor is om enige elektroniese kommunikasie wat op maatskappyeiendom uitgevoer word, te onderskep en te hersien. Werknemers moet goed ingelig word oor wat hulle in hul privaatheid op sosiale netwerke mag en nie mag sê rakende hul werk en die persone saam met wie hulle werk, asook hoe daar teenoor hulle opgetree gaan word indien hulle hulself skuldig daaraan maak om beledigende opmerkings teenoor hul werkgever op sosiale netwerke te plaas. Die werkgever moet dan besluit wat die gepaste sanksie vir die werknemer se optrede sal wees.

Hoofstuk 4

Beledigende kommentaar as 'n vorm van wangedrag en die gepaste sanksie daarvoor

4.1 Inleiding

Wanneer daar gekyk word na die betekenis van ontslag, vind dit plaas sodra die dienskontrak tussen die werkgewer en die werknemer beëindig word. Hierdie beëindiging word uitgevoer deur een of ander vorm van kommunikasie deur die werkgewer aan die werknemer.¹⁴⁷

Vir 'n werkgewer om 'n werknemer te ontslaan, moet die korrekte prosedure gevolg word. Tesame hiermee moet daar 'n geldige rede wees vir die ontslag van die werknemer. 'n Werkgewer kan 'n werknemer ontslaan op grond van drie redes. As gevolg van wangedrag, wanneer die werknemer onbevoeg is om sy werk te verrig, of wanneer 'n werkgewer sy werknemers moet ontslaan as gevolg van bedryfsvereistes.

Indien daar nie prosedureel en substantief billik opgetree is deur die werkgewer tydens die ontslag van die werknemer nie, sal die werknemer se ontslag onbillik wees. Die wangedrag van 'n werknemer kan verdeel word in verskeie onderafdelings. Een van hierdie onderafdelings is naamskending. Wanneer 'n werknemer beledigende kommentaar rakende sy werkgewer of werksomstandighede op sosiale netwerke soos Facebook aanbring kan dit nie net skade vir die werkgewer aanrig nie, maar vir die personeel ook. Sodra 'n nuwe statusinskrywing op Facebook gemaak word, is dit onmiddellik sigbaar vir die werknemer se aanlynvriende en het dié persoon se aanlynvriende die opsie om kommentaar te lewer hierop. Indien 'n sosiale netwerkgebruiker nie die nodige privaatheidverstellings toepas nie, kan gebruikers wat nie eens aanlynvriende is met die werknemer nie, sy kommentaar lees. Die persoon se aanlynvriende kan ook kollegas of selfs kliënte van die werkgewer wees. Sodra 'n werknemer nadelige of beledigende kommentaar op Facebook plaas, kan dit gesien word deur 'n magdom ander mense.

Die vraag wat hier ontstaan, is of 'n werknemer wel ontslaan kan word indien hy kommentaar rakende sy werksomstandighede of sy werkgewer op sosiale netwerke

147 Grogan *Workplace Law* 144.

plaas. Onderzoek moet ingestel word na die lewering van kommentaar oor 'n werkgewer op sosiale netwerke en of dit wel binne die definisie van ontslag, ingevolge in artikel 186 van die *Wet op Arbeidsverhoudinge*,¹⁴⁸ val. Dit is ook belangrik om vas te stel of kommentaar rakende 'n werknemer se werksomstandighede wel as rede vir ontslag voorgehou kan word. Indien 'n werknemer wel sy werkgewer beledig het, moet daar vasgestel word onder watter omstandighede sal ontslag die korrekte sanksie wees. Omdat hierdie kwessies nog redelik nuut is sal, daar veral na internasionale uitsprake rakende hierdie kwessies verwys word om vas te stel of die ontslag van 'n werknemer as gevolg van kommentaar wat hy op sosiale netwerke lewer wel ontslag regverdig. In hierdie studie sal daar nie gefokus word op prosedurele billikheid nie, maar eerder op die substantiewe billikheid om 'n werknemer te ontslaan as gevolg van kommentaar wat hy op sosiale netwerke lewer.

4.2 Algemene beginsels

Kragtens artikel 186(1)(a) beteken ontslag dat 'n werkgewer 'n dienskontrak tussen hom en 'n werknemer met of sonder 'n kennisgewing beëindig het.¹⁴⁹ Vir 'n werkgewer om 'n werknemer te ontslaan, moet daar substantief billik deur die werkgewer opgetree word. Die rede vir ontslag hou verband met die grond(e) wat aanleiding gegee het daartoe.¹⁵⁰ Om te bepaal of die ontslag van 'n werknemer substantief billik is, word daar gewoonlik gekyk waarom die werknemer ontslaan is en die geskiktheid van die rede vir ontslag.¹⁵¹ Indien die rede vir ontslag in artikel 187 van die *Wet op Arbeidsverhoudinge*,¹⁵² gevind word, word die ontslag as outomaties onbillik beskou.¹⁵³ Die billikheid van die ontslag word bepaal deur die erns van die werknemer se wangedrag, en die werkgewer se reaksie daarop.¹⁵⁴ Wanneer 'n werknemer reeds ontslaan is, rus die bewyslas op die werkgewer dat die

148 *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

149 A 186(1)(a) *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

150 Grogan *Dismissal* 79.

151 Grogan *Dismissal* 79.

152 *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

153 Grogan *Dismissal* 79.

154 Grogan *Dismissal* 79.

rede vir ontslag billik was.¹⁵⁵ Billikheid beteken in die bogenoemde konteks dat die beslissing om die werknemer te ontslaan, verdedigbaar is.¹⁵⁶

Wanneer daar na die billikheid van ontslag as gevolg van wangedrag gekyk word, moet daar bewys kan word dat die werknemer homself werklik wangedra het, dat die werknemer bewus was dat sy handeling neergekom het op wangedrag, en dat die werkgewer dieselfde optrede van vorige werknemers as wangedrag hanteer het.¹⁵⁷

Indien die werkgewer kan bewys dat daar nie van hom verwag kon word om met die dienskontrak voort te gaan nie, kan die ontslag as substantief billik beskou word.¹⁵⁸ Die vertrouensverhouding tussen die werkgewer en die werknemer moes in so 'n erge graad verbokkel het dat daar geen ander keuse was as om die werknemer te ontslaan nie. Ontslag word as die laaste opsie beskou en die werkgewer moet kan aantoon dat geen alternatiewe sanksie die gepaste uitwerking sou inhou nie.

Ingevolge die gemenerereg word 'n werknemer verplig om die werkgewer se naam en besigheid te bevorder, en nie om ten koste van die werkgewer 'n wins te genereer nie.¹⁵⁹ Daar rus verder 'n verpligting op die werknemer om die goeie naam en reputasie van die werkgewer te beskerm en te bevorder,¹⁶⁰ en tree 'n werknemer teen hierdie verpligting op indien hy sy werkgewer of personeel in die publiek kritiseer.¹⁶¹ Die regte grieweprosedures moet gevolg word indien 'n werknemer enige probleme ondervind, en sosiale netwerke soos Facebook en Twitter vorm nie deel van hierdie prosedures nie.¹⁶² Om te bepaal of ontslag 'n gepaste sanksie sal wees vir beledigende kommentaar wat op sosiale netwerke gelewer word, moet daar eers vasgestel word of kommentaar of opmerkings deur werknemers op sosiale netwerke neerkom op wangedrag vir doeleindes van die diensverhouding.

4.3 Beledigende kommentaar as 'n vorm van wangedrag

Wangedrag kan beskryf word as enige handeling deur die werknemer wat die voortsetting van die diensverhouding tussen die werkgewer en die werknemer

155 A 192(2) *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

156 Grogan *Dismissal* 81.

157 Grogan *Dismissal* 81.

158 Grogan *Dismissal* 82.

159 Anon 2011 *Beaumont Service Vol 13* 121.

160 Hierdie verpligting ontstaan ook uit die gemenerereg en word as algemene praktyk beskou.

161 Grogan *Dismissal* 195.

162 Anon 2011 *Beaumont Service Vol 13* 121.

onuithoudbaar en onuitvoerbaar maak.¹⁶³ Wangedrag kan veroorsaak dat die vertrouensverhouding tussen die werkgewer en die werknemer in so 'n mate verbreek dat daar geen ander keuse vir die werkgewer is as om die werknemer te ontslaan nie. Ingevolge die gemenereg kan beledigende kommentaar as 'n vorm van wangedrag beskou word.¹⁶⁴ 'n Werknemer se reg op privaatheid beskerm hom nie wanneer beledigende kommentaar oop en bloot op sosiale netwerke geplaas word, of wanneer hierdie werknemer die werkgewer se hulpmiddels gebruik om hierdie beledigende kommentaar te maak nie.¹⁶⁵

Wanneer daar gekyk word na wat dit presies behels om 'n werkgewer op sosiale netwerke te beledig, val dit binne die breë spektrum van wangedrag deurdat die werknemer die werkgewer se naam oneer aandoen. 'n Objektiewe toets word gedoen om te bepaal of 'n werknemer sy werkgewer se naam oneer aangedoen het.¹⁶⁶ In *Media Workers Association on behalf of Mvemve and Kathorus Community Radio*¹⁶⁷ het die kommissaris beslis dat die werknemer sy werkgewer se naam oneer aangedoen het deur te sê hy is 'n krimineel.¹⁶⁸ Die werknemer het hierdie aantyging op Facebook gemaak.¹⁶⁹ Hierdie vorm van wangedrag behels dat die werknemer op een of ander manier die werkgewer se naam oneer aandoen, met die gevolg dat die werkgewer skade, finansieel of andersins, gelyk het of in die toekoms gaan ly.

'n Algemene reël in die werksplek is dat 'n werknemer nie elektroniese hulpmiddels in so 'n mate moet gebruik dat dit die reputasie van die werkgewer, kliënte of verskaffers gaan ondermyn nie.¹⁷⁰ Al bestaan daar nie 'n spesifieke reël nie, kan opmerkings of kommentaar wat op sosiale netwerke gelewer word in die raamwerk van wangedrag val. Dít geskied deur gebruik te maak van gemeenregtelike beginsels.¹⁷¹ Neerhalende, onbeskofte en beledigende opmerkings sal in die algemeen reeds neerkom op wangedrag, en om dieselfde opmerkings op sosiale

163 Grogan *Workplace Law* 52.

164 Grogan *Workplace Law* 53.

165 Sien Hoofstuk 2.

166 *Timothy v Nampak Corrugated Containers (pty) Ltd* 2010 31 ILJ 1844 (AAH).

167 *Media Workers Association on behalf of Mvemve and Kathorus Community Radio* 2010 31 ILJ 2217 (KVBA).

168 *Media Workers Association on behalf of Mvemve and Kathorus Community Radio* 2010 31 ILJ 2217 (KVBA).

169 Sien ook *Sedick & another v Krisray (Pty) Ltd* 2011 8 BALR 879 (KVBA) en *Fredericks/Jo Barkett Fashions* 2012 1 BALR 28 (KVBA).

170 Anon 2012 *Beaumont Service Vol 14* 59.

171 Anon 2012 *Beaumont Service Vol 14* 60.

netwerke te plaas, sal dieselfde tot gevolg hê. Opmerkings wat op sosiale netwerke gemaak word, gaan verder as 'n uitbarsting by die werk wat deur 'n groep mense waargeneem word. Sosiale netwerke soos Facebook val binne die publieke domein en kan veel groter skade aanrig. Werknemers weet dat dít wat hulle van hul werksomgewing of werkgever op sosiale netwerke plaas verkeerd is, en enige werknemer wat beledigende kommentaar of opmerkings op sosiale netwerke plaas is skuldig aan wangedrag.

4.3.1 Wangedrag wat buite die werksplek plaasvind

Indien 'n werknemer gebruik maak van die werkgever se elektroniese hulpmiddels om beledigende opmerkings rakende sy werksomstandighede of werkgever op sosiale netwerke te plaas, word dit as wangedrag beskou en kan die werknemer as gevolg daarvan ontslaan word. Die probleem wat egter met hierdie opmerkings gepaard gaan, is dat dit buite werksure plaasvind en dat dit glad nie verband hou met die werknemer se werksverpligtinge nie.

In *Dolo v Commission for Conciliation, Mediation & Arbitration & others*¹⁷² het die werknemer deelgeneem aan bedrog wat buite werksure en glad nie binne die konteks van die werknemer se werk as sulks plaasgevind het nie. Die werknemer was, *inter alia*, daarvan aangekla dat sy die onderneming se naam oneer aangedoen het deur haar optrede. Kragtens die *Goeie Praktykskode: Ontslag* bepaal item 7(a) dat:¹⁷³

Enigiemand wat bepaal of 'n ontslag weens wangedrag onbillik is, moet in ag neem of die werknemer 'n reël of norm wat optrede in of met betrekking tot die werksplek reël, oortree het, al dan nie.

Die Arbeidshof moes beslis of die werknemer se optrede enige reël van die werksplek oortree het, en of haar handeling en/of wangedrag wat buite die werksplek plaasgevind het, binne die regulasies van die *Wet op Arbeidsverhoudinge*¹⁷⁴ val. Hier het die Arbeidshof na die beginsels verwys wat in die *Hoechst (Pty) Ltd v*

172 *Dolo v Commission for Conciliation, Mediation & Arbitration & others* 2011 32 ILJ 905 (AH).

173 Item 7(a) Bylae 8 *Goeie Praktykskode: Ontslag*.

174 *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

*Chemical Workers Industrial Union & another*¹⁷⁵ toegelig is. In hierdie saak het die hof beslis:¹⁷⁶

Where misconduct does not fall within the express terms of a disciplinary code, the misconduct may still be of such a nature that the employer may nonetheless be entitled to discipline the employee. Likewise the fact that the misconduct complained of occurred away from the work-place would not necessarily preclude the employer from disciplining the employee in respect thereof.... In our view the competence of an employer to discipline an employee for misconduct not covered in a disciplinary code depends on a multi-faceted factual enquiry. This enquiry would include but would not be limited to the nature of the misconduct, the nature of the work performed by the employee, the employer's size, the nature and size of the employer's work-force, the position which the employer occupies in the market place and its profile therein, the nature of the work or services performed by the employer, the relationship between the employee and the victim, the impact of the misconduct on the work-force as a whole, as well as on the relationship between employer and employee and the capacity of the employee to perform his job. At the end of the enquiry what would have to be determined is if the employee's misconduct "had the effect of destroying, or of seriously damaging, the relationship of employer and employee between the parties".

Waar die wangedrag van die werknemer nie uitdruklik binne die terme van die dissiplinêre kode staan nie, kan die wangedrag van so aard wees dat die werkgever nog steeds die werknemer kan dissiplineer.¹⁷⁷ Die feit dat die wangedrag buite die werksplek plaasgevind het, sal nie noodwendig die werkgever verhinder om die werknemer te dissiplineer nie.¹⁷⁸

Dus, al maak 'n werknemer beledigende opmerkings rakende sy werkgever of werksomstandighede buite die werksplek en besit die onderneming nie 'n sanksie teen hierdie vorm van wangedrag nie, kan die werkgever steeds dissiplinêr teenoor die werknemer optree. Daar moet egter eers bepaal word wat die gepaste sanksie is indien 'n werknemer beledigende kommentaar rakende sy werkgever op sosiale netwerke plaas.

4.4 Ontslag as gepaste sanksie

Ingevolge die *Goeie Praktykskode*: *Ontslag* is dit nie gepas om 'n werknemer te ontslaan vir 'n eerste oortreding nie, - behalwe wanneer die wangedrag van so 'n

175 *Hoechst (Pty) Ltd v Chemical Workers Industrial Union & another* 1993 14 ILJ 1449 (AAH).

176 *Hoechst (Pty) Ltd v Chemical Workers Industrial Union & another* 1993 14 ILJ 1449 (AAH).

177 *Hoechst (Pty) Ltd v Chemical Workers Industrial Union & another* 1993 14 ILJ 1449 (AAH).

178 *Hoechst (Pty) Ltd v Chemical Workers Industrial Union & another* 1993 14 ILJ 1449 (AAH).

aard is dat dit die voortgesette diensverhouding onuithoudbaar maak.¹⁷⁹ Die ontslag sal verder onbillik wees indien dit nie aan die vereistes van artikel 188¹⁸⁰ van die *Wet op Arbeidsverhoudinge*¹⁸¹ voldoen nie.¹⁸² Wanneer die werkgever moet besluit of ontslag as sanksie opgelê moet word, al dan nie - moet daar na die erns van die wangedrag gekyk word, die persoonlike omstandighede van die werknemer,¹⁸³ die aard van die werk en die omstandighede rondom die oortreding self.¹⁸⁴ Die werkgever behoort ontslag konsekwent as 'n sanksie toe te pas sodat dit ooreenstem met die wyse waarop dit in die verlede op dieselfde en op ander werknemers toegepas is.¹⁸⁵ Daar moet ook konsekwent opgetree word ten opsigte van twee of meer werknemers wat aan die betrokke wangedrag deelneem.¹⁸⁶

In *Sedick & another v Krisray (Pty) Ltd*¹⁸⁷ het die voorsittende kommissaris bevind dat die wangedrag van die werknemer vererger is deurdat die werknemer 'n senior amp in die onderneming beklee het. Die Kommissaris het beslis dat die versuim van die werknemers om gebruik te maak van die privaatheidverstellings wat op Facebook beskikbaar is, het die werknemers hul reg op privaatheid verbeur. Die kommissaris het tot die gevolgtrekking gekom dat:¹⁸⁸

... what was written where the comments were posted; to whom they were directed, to whom they were available and last but by no means least, by whom they were said - I find that the comments served to bring the management into disrepute with persons both within and outside the employment and that the potential for damage to that reputation A amongst customers, suppliers and competitors was real.

Die ontslag van die werknemers was dus substantief billik. Die kommissaris het na item 7 van Bylae 8 *Goeie Praktykskode: Ontslag* gaan kyk om te bepaal of die

179 Item 3(4) Bylae 8 *Goeie Praktykskode: Ontslag*.

180 Kragtens A 188(1)(a) word bepaal dat 'n ontslag wat nie outomaties onbillik is nie, is onbillik indien die werkgever in gebreke bly om te bewys dat die rede vir ontslag 'n billike rede is (i) wat verband hou met die werknemer se gedrag, geskiktheid of bekwaamheid; of (ii) wat gegrond is op die werkgever se bedryfsvereistes. A 188(2) bepaal verder dat iemand wat oorweeg of die rede vir ontslag billik is en of die ontslag ooreenkomstig 'n billike prosedure gedoen is, moet enige tersaaklike goeie praktykskode wat ingevolge hierdie Wet uitgereik is, in aanmerking neem.

181 *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

182 Item 3(4) Bylae 8 *Goeie Praktykskode: Ontslag*.

183 Hier moet die duur van die diens, vorige dissiplinêre rekords en persoonlike omstandighede in ag geneem word.

184 Item 3(5) Bylae 8 *Goeie Praktykskode: Ontslag*.

185 Item 3(6) Bylae 8 *Goeie Praktykskode: Ontslag*.

186 Item 3(6) Bylae 8 *Goeie Praktykskode: Ontslag*.

187 *Sedick & another v Krisray (Pty) Ltd* 2011 8 BALR 879 (KVBA).

188 *Sedick & another v Krisray (Pty) Ltd* 2011 8 BALR 879 (KVBA).

ontslag van die werknemer wel substantief billik was.¹⁸⁹ Wanneer daar bepaal moet word of 'n werknemer wel substantief en prosedureel billik ontslaan is, moet dit gemeet word aan die bepalinge van die Bylae. Die Bylae bepaal:¹⁹⁰

Enigiemand wat bepaal of 'n ontslag weens wangedrag onbillik is, moet in ag neem of die werknemer 'n reël of norm wat optrede in of met betrekking tot die werkplek reël, oortree het, al dan nie; en indien 'n reël of norm oortree is, of die reël 'n geldige of redelike reël of norm was, al dan nie; die werknemer van die reël of norm bewus was, en of daar redelikerwys van die werknemer verwag kon word om daarvan bewus te wees, al dan nie; die reël of norm konsekwent deur die werkgever toegepas is, al dan nie; en ontslag 'n gepaste sanksie vir die oortreding van die reël of norm was, al dan nie.

Die kommissaris het hier beslis dat die werknemer die verkeerde grieweprosedure gebruik het deur haar gevoel rakende haar werkgever op Facebook te plaas.¹⁹¹ Die werkgever het daarin geslaag om te bewys dat die ontslag substantief billik was.¹⁹²

In *SACCAWU obo Haliwell/ Extrabold t/a Holiday Inn Sandton*¹⁹³ is 'n werknemer ontslaan nadat sy afbrekende opmerkings rakende haar werkgever op Facebook geplaas het. Die werknemer is die keuse gegun om verplaas te word na 'n ander afdeling in die onderneming voordat sy ontslaan is. Sy het egter geweier om verplaas te word en is ontslaan op grond van wangedrag. Die voorsittende kommissaris het al die omringende omstandighede in ag geneem en beslis dat die ontslag wel substantief billik was.¹⁹⁴ Daar was geen getuienis teenwoordig wat kon staaf dat die werkgever haar met opset wou te na kom nie. Al wat bewys is, is dat die diensverhouding in so 'n mate verbokkel het dat dit nie verder voortgesit kon word nie.¹⁹⁵ Die werkgever het dus billik opgetree toe hy die werknemer ontslaan het. In die geval waar 'n werknemer opmerkings op sosiale netwerke plaas, kan hy nie daarvoor ontslaan word nie. Dít was die geval in *Mahoro / Indube Staffing Solutions*.¹⁹⁶ In hierdie saak het die werknemer, sekere opmerkings op Facebook geplaas. Die werkgever het die grief teen 'n werknemer gefasiliteer oor dié uitlatings, maar die werknemer het geweier om die grief by te woon aangesien dit

189 *Fredericks / Jo Barkett Fashions* 2011 JOL 27923 (KVBA).

190 Item 7 Bylae 8 Goeie Praktykskode: Ontslag.

191 *Fredericks / Jo Barkett Fashions* 2011 JOL 27923 (KVBA) par 6.3.

192 *Fredericks / Jo Barkett Fashions* 2011 JOL 27923 (KVBA) par 6.4.

193 *SACCAWU obo Haliwell/ Extrabold t/a Holiday Inn Sandton* 2012 3 BALR 286 (KVBA).

194 *SACCAWU obo Haliwell/ Extrabold t/a Holiday Inn Sandton* 2012 3 BALR 286 (KVBA) par 5.3.

195 *SACCAWU obo Haliwell/ Extrabold t/a Holiday Inn Sandton* 2012 3 BALR 286 (KVBA) par 5.2.

196 *Mahoro / Indube Staffing Solutions* 2012 4 BALR 395 (KVBA).

geen verband hou met haar werk nie. Omdat die Facebookopmerkings geen werksverband met die werkgewer gehad het nie, kon die werknemer nie op grond daarvan ontslaan word nie. Die werknemer is wel later op grond van wangedrag ontslaan - omdat sy nie die grief bygewoon het nie. Die voorsittende kommissaris het beslis dat 'n werknemer onder geen verpligting is om 'n grief by te woon as die oorsaak van die grief geen werksverband hou nie. 'n Werknemer kan ook nie ontslaan word vir opmerkings wat hy op sosiale netwerke plaas as hierdie opmerkings nie verbind kan word met dié persoon se werksverrigtinge nie. Dit is slegs van toepassing indien die opmerkings nie met die werknemer se werk verbind kan word nie. Waar die werknemer egter weier om 'n regmatige instruksie uit te voer, kan dié werknemer ontrslaan word as gevolg van ongehoorsaamheid. Maar die werknemer kan wel weier om 'n instruksie uit te voer waar die instruksie onwettig of onbillik is.¹⁹⁷ Die kommissaris het dus in die werknemer se guns beslis en tot die gevolgtrekking gekom dat die ontslag substantief onbillik was en dat dié weiering van die werknemer om die grief by te woon nie neergekom het op ongehoorsaamheid nie.¹⁹⁸

Hierdie gevalle van ontslag kom egter nie net in Suid-Afrika voor nie, maar wêreldwyd. In *Damien O'Keefe v Williams Muir's Pty Ltd t/a Troy Williams The Good Guys*¹⁹⁹ het die werknemer aggressiewe en dreigende opmerkings teenoor sy werkgewer en die Operasionele Bestuurder op sy Facebook profiel geplaas. Die opmerkings is op die werknemer se persoonlike rekenaar gemaak buite werksure. Die werknemer is ontslaan op grond van ernstige wangedrag en het 'n saak van onbillike ontslag by *Fair Work Australia* aanhangig gemaak. Alhoewel die werknemer al die nodige privaatheidverstellings toegepas het, kon van sy kollegas steeds die opmerkings lees en die Operasionele Bestuurder is in kennis gestel van die beledigende opmerkings. *Fair Work Australia* het beslis dat die aggressiewe en dreigende opmerkings onvanpas is en dat die opmerkings voldoende rede was om die werknemer te ontslaan.²⁰⁰

197 *Mahoro / Indube Staffing Solutions* 2012 4 BALR 395 (KVBA) par 30.

198 *Mahoro / Indube Staffing Solutions* 2012 4 BALR 395 (KVBA) par 38.

199 *Damien O'Keefe v Williams Muir's Pty Ltd t/a Troy Williams The Good Guys* 2011 FWA 5311.

200 Anon 2012 <http://www.moorelegal.com.au>.

Nog 'n saak wat voor *Fair Work Australia* geplaas was, is *Sally-Anne Fitzgerald v Dianna Smith t/a Escape Hair Design*.²⁰¹ Hierin het *Fair Work Australia* 'n eis van onbillike ontslag gehandhaaf nadat 'n werknemer ontslaan is, omdat sy die volgende opmerking op Facebook gemaak het.²⁰²

Xmas 'bonus' along side a job warning, followed by no holiday pay!!! Whoooo! The Hairdressing Industry rocks man!!! AWESOME!!!

Die werknemer is as gevolg van hierdie opmerking ontslaan. *Fair Work Australia* het binne beginsel opgemerk dat gedrag op sosiale netwerke buite werksure in só 'n mate 'n impak kan hê op die diensverhouding dat dit 'n vorm van kontrakbreuk tot gevolg kan hê. In hierdie geval het *Fair Work Australia* egter beslis dat die ontslag te ernstige sanksie was as die omstandighede van die saak in ag geneem word. Die opmerking het nie die werkgever se naam enige oneer aangedoen nie en geen skade is veroorsaak daardeur nie. Die ontslag was daarom onbillik.

'n Saak in Kanada het ook gelei tot 'n gunstige beslissing vir die werkgever. In *Lougheed Imports Ltd. (c.o.b. West Coast Mazda) (Re)*,²⁰³ het die *British Columbia Labour Relations Board*, hierna genoem die raad, die ontslag van twee werknemers bekrachtig nadat hulle afbrekende kommentaar rakende hul werkgever op Facebook geplaas het.²⁰⁴ Die raad beslis die werknemers kan oor geen redelike verwagting van privaatheid beskik nie aangesien die opmerkings rakende hul werkgever wesenlike skade aan die werkgever se naam sowel as sy besigheid aangerig het.²⁰⁵ Die raad het bepaal dat die twee werknemers saam meer as 400 Facebook vriende het en dat die opmerkings wat hulle op die sosiale netwerk geplaas het, alle vorme van hul reg op privaatheid verbeur het.²⁰⁶ Die ontslag van die twee werknemers was substantief billik gewees.

In die eerste saak van sy soort, het die Nasionale Raad op Arbeidsverhoudinge, (NLRB), 'n klag gelê teen die *American Medical Response of Connecticut*, (AMR), vir die onbillike ontslag van 'n AMR- werknemer as gevolg van negatiewe kommentaar

201 *Sally-Anne Fitzgerald v Dianna Smith t/a Escape Hair Design* 2010 FWA 7358.

202 *Sally-Anne Fitzgerald v Dianna Smith t/a Escape Hair Design* 2010 FWA 7358.

203 *Lougheed Imports Ltd. (c.o.b. West Coast Mazda) (Re)*, [2010] B.C.L.R.B.D. No. 190.

204 *Lougheed Imports Ltd. (c.o.b. West Coast Mazda) (Re)*, [2010] B.C.L.R.B.D. No. 190.

205 Hung Datum Onbekend <http://www.gowlings.com>.

206 Hung Datum Onbekend <http://www.gowlings.com>.

wat die werknemer oor haar toesighouer op Facebook geplaas het.²⁰⁷ Die NLRB het beweer die werkgewer wou wraak neem deur die werknemer te ontslaan vir die kommentaar op Facebook. Die NLRB het verder aangevoer dat die werkgewer se sosiale mediabeleid werknemers se reg om deel te neem aan doelgerigte aktiwiteite vir wedersydse hulp en beskerming binne artikel 7 van die *Wet op Nasionale Arbeidsverhoudinge*,²⁰⁸ (NLRA), skend. Die NLRB het hivolgens beweer dat die sosiale mediabeleid inbreuk maak op die werknemer se regte ingevolge artikel 7 van die NLRA.²⁰⁹ Die saak is in 'n privaatooreenkoms geskik, met die uitkoms dat AMR hulle sosiale mediabeleid moet verander om werknemers se regte ingevolge artikel 7 te beskerm.²¹⁰ Hierdie saak het daartoe gelei dat 'n streng waarskuwing aan beide werkgewers en werknemers gestuur word.²¹¹ Indien 'n werkgewer 'n sosiale mediabeleid in die werksplek handhaaf, moet daar seker gemaak word dat hierdie beleid geen werknemer se grondwetlike regte skend nie.²¹² In die Verenigde State word daar baie klem gelê op die beskerming van artikel 7 regte en dat daar geensins daarop inbreuk gemaak kan word nie.²¹³ As besighede in Suid-Afrika soortgelyke sosiale mediabeleide wil handhaaf, moet alle grondwetlike regte in ag geneem word, om te verseker dat geen inbreukmaking op werknemers se grondwetlike regte plaasvind nie.

4.5 Samevatting

Ontslag vind plaas sodra die dienskontrak tussen 'n werkgewer en 'n werknemer beëindig word deur middel van een of ander vorm van kommunikasie deur die werkgewer. Vir 'n werkgewer om 'n werknemer te ontslaan, moet daar substantief billik deur die werkgewer opgetree word. Billikheid beteken dat die beslissing om die werknemer te ontslaan, verdedigbaar is en dat die werkgewer grondige redes kan aanvoer waarom die diensverhouding beëindig moet word. Die werknemer staan

207 *NLRB v American Medical Response of Connecticut, Inc*, No 34-CA-12576.

208 A 7 van die *National Labor Relations Act*, of NLRA, bepaal: Employees shall have the right to self-organization, to form, join, or assist labor organizations, to bargain collectively through representatives of their own choosing, and to engage in other concerted activities for the purpose of collective bargaining or other mutual aid or protection, and shall also have the right to refrain from any or all such activities except to the extent that such right may be affected by an agreement requiring membership in a labor organization as a condition of employment as authorized in section 8(a)(3) section 158(a)(3) of this title.

209 O'Brien 2011 *Suffolk Universit Lawy Review* 32.

210 *NLRB v American Medical Response of Connecticut, Inc*, No 34-CA-12576.

211 O'Brien 2011 *Suffolk Universit Lawy Review* 65.

212 O'Brien 2011 *Suffolk Universit Lawy Review* 66.

213 O'Brien 2011 *Suffolk Universit Lawy Review* 66.

onder 'n verpligting om die goeie naam en reputasie van die werkgewer te beskerm en te bevorder, en indien hy sy werkgewer of kollegas in die publiek oneer aandoen, verontagsaam hy hierdie verpligting.

Wanneer 'n werknemer beledigende opmerkings teenoor sy werkgewer of werksomstandighede buite die werksplek op sosiale netwerke lewer, kan die werkgewer steeds dissiplinêr teenoor die werknemer optree. Hierdie afbrekende opmerkings kan beskou word as 'n vorm van wangedrag en daar kan streng teenoor hierdie werknemer opgetree word.

Ontslag word as gepaste sanksie in verskeie sake beskou wanneer 'n werknemer beledigende kommentaar teenoor sy werkgewer op sosiale netwerke lewer, maar daar moet steeds binne die raamwerk van *Goeie Praktykskode: Ontslag* gehandel word om te verseker dat ontslag wel die gepaste sanksie is. Elke saak moet op meriete beoordeel word en ontslag is slegs aanvaarbaar in uiters ernstige gevalle. Ontslag kan wel as sanksie toegedien word in omstandighede waar 'n werknemer beledigende kommentaar rakende sy werkgewer op sosiale netwerke geplaas het.

Hoofstuk 5

Gevolgtrekking en aanbevelings

Die reg op privaatheid beskerm nie net die reg op fisiese privaatheid nie, maar ook die privaatheid van persoonlike data. Hierdie reg op privaatheid van 'n persoon se persoonlike data is veral belangrik in die diensverhouding tussen werknemer en werkgever aangesien 'n werknemer se privaatheid nie net in sy persoonlike hoedanigheid geld nie, maar ook in die diensverhouding. Artikel 14(d) van die *Grondwet*²¹⁴ verbied 'n werkgever om enige vorm van kommunikasie, hetsy telefoonoproepe of privaat kommunikasie, te monitor of te onderskep tensy 'n werkgever geregtig is om die werknemer se privaatheid te ondermyn.

Alhoewel die reg op privaatheid 'n belangrike element van menswaardigheid vorm, moet dit in die konteks van die betrokke omstandighede geïnterpreteer word. Kragtens artikel 36(1) van die *Grondwet*²¹⁵ kan enige reg in die Handves van Menseregte beperk word ingevolge 'n algemeen geldende regsvoorskrif.²¹⁶ Dit kan daarom gestel word dat die reg wat 'n persoon op sy privaatheid geniet, nie as 'n absolute reg beskou kan word nie. Hierdie beperking moet redelik en regverdigbaar wees in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid. Die openbare belang speel 'n bepalende rol daarin om vas te stel of 'n persoon en meer spesifiek 'n werknemer se reg op privaatheid wel beperk kan word, al dan nie. Tesame met die reg op privaatheid gaan die reg op vryheid van uitdrukking.

Hierdie reg vorm, net soos die reg op privaatheid, 'n belangrike deel van menswaardigheid en is die reg op vryheid van uitdrukking 'n kernwaarde van 'n demokratiese samelewing. Elke persoon het dus die reg om dit waarin hy glo, openlik te kan uitdruk. Maar soos enige ander reg in die Handves van Menseregte, geld hierdie reg nie absoluut nie. Waar die reg op vryheid van uitdrukking inbreuk maak op 'n ander persoon se reg op gelykheid, vryheid en menswaardigheid, moet dié persoon se uitdrukking gemeet word aan die redelikheid van die opmerkings binne die gegewe omstandighede. Wanneer 'n werknemer beledigende opmerkings

214 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

215 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

216 A 36(1) *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

op sosiale netwerke gemaak het teenoor sy werkgever en die opmerkings nie beskou kan word as redelik binne die omstandighede nie, kan die werknemer nie sy reg op vryheid van uitdrukking opper nie.

Net soos wat die werknemer oor sekere regte in die diensverhouding beskik, beskik die werkgever oor die gemeenregtelike reg dat werknemers in die beste belang van en nie nadelig teenoor die werkgever moet optree nie. Die werknemer staan ook onder 'n verpligting om nie die goeie naam van die werkgever aan te tas nie. 'n Belange opweging ontstaan dus tussen werkgever en werknemer.

Sosiale netwerke het elektroniese kommunikasie na 'n nuwe vlak geneem en sodoende die wyse waarop werkgevers hul ondernemings bedryf, aansienlik beïnvloed. 'n Probleem wat sosiale netwerke in die werksplek geskep het, is dat al hoe meer werknemers hul ongelukkighede rakende hul werksomstandighede op hierdie netwerke uitlig. Werknemers gebruik sosiale netwerke as 'n griewe-prosedure eerder as om die grief na die werkgever te neem. Wanneer 'n werknemer beledigende opmerkings op sosiale netwerke plaas, tree dit teenstrydig op met die verpligting dat 'n werknemer in die beste belang van die werkgever moet optree. Waar hierdie opmerkings wesenlike skade vir die werkgever en sy personeel aanrig, kan die werknemer se optrede as wangedrag beskou word.

Enige vorm van kommunikasie wat op die internet gelewer word deur middel van sosiale netwerke of ander kommunikasiemiddels, word beskou om in die publieke domein te wees. Sodra 'n werknemer beledigende kommentaar op 'n sosiale netwerk lewer, kan hy nie meer steun op sy reg op vryheid van uitdrukking nie, maar kan sy kommunikasie onderskep word en verbeur hy sy reg op privaatheid. Die *Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstreking van Kommunikasie – Verwante Inligting*²¹⁷ maak spesifiek daarvoor voorsiening dat enige persoon wat 'n party is van die kommunikasie, behalwe 'n wetstoepassingsbeampte, enige kommunikasie kan onderskep,²¹⁸ en dat enigiemand in die loop van die dryf van sy besigheid enige onregstreekse kommunikasie kan onderskep.²¹⁹ Kommentaar wat

217 *Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstreking van Kommunikasie – Verwante Inligting* 70 van 2002.

218 A 4(1) *Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstreking van Kommunikasie – Verwante Inligting* 70 van 2002.

219 A 6(1) *Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstreking van Kommunikasie – Verwante Inligting* 70 van 2002.

op sosiale netwerke soos Facebook gelewer word, is sigbaar aan 'n groter verskeidenheid persone wat die potensiële skade kan vergroot. Die *Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstrekking van Kommunikasie – Verwante Inligting*²²⁰ kan deur die werkgever gebruik word om enige kommunikasie van die werknemer te onderskep indien die werknemer kommentaar gelewer het rakende sy werkgever in die publieke domein, naamlik op sosiale netwerke.

In gevalle waar die werkgever die werknemer van 'n telekommunikasiestelsel voorsien wat gebruik kan word om beledigende opmerkings op sosiale netwerke te plaas, kan die werkgever die kommunikasie onderskep omdat die telekommunikasiestelsel die eiendom van die besigheid of onderneming is. Maar, selfs in die geval waar 'n werknemer sy privaat eiendom gebruik om beledigende opmerkings op sosiale netwerke te maak, kan die werkgever die onregstreekse kommunikasie onderskep indien dit skade aan sy onderneming rig of indien die werkgever oor 'n beleid beskik wat bepaal dat werknemers geen beledigende kommentaar op sosiale netwerke rakende hul werksomstandighede mag lewer nie.

'n Werknemer word ook verplig om enige inligting rakende onregmatigheid in die werksplek aan die werkgever te openbaar. Indien 'n werknemer versuim om hierdie inligting te openbaar, kan dit opsigself as wangedrag beskou word omdat die diensverhouding tussen die werkgever en werknemer op vertroue gebou word en, selfs ingevolge die gemenereg, is optrede wat teenstrydig is hiermee, gronde vir ontslag. 'n Werknemer is verplig om enige inligting waaroor hy beskik wat noodsaaklik is vir die werkgever om sy reputasie te red, aan die werkgever te openbaar.

Neerhalende, onbeskofte en beledigende opmerkings teenoor 'n werkgever in die algemeen sal reeds neerkom op wangedrag, en om dieselfde opmerkings op sosiale netwerke te gebruik sal dieselfde tot gevolg hê. Binne die breë konteks van wangedrag kan beledigende kommentaar op sosiale netwerke rakende 'n werkgever dus wel beskou word as wangedrag. Indien 'n werknemer beledigende kommentaar rakende sy werkgever op sosiale netwerke lewer, tas hy nie net die goeie naam van

220 *Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstrekking van Kommunikasie – Verwante Inligting* 70 van 2002.

die werkgewer aan nie, maar maak die voortsetting van die diensverhouding tussen die werkgewer en die werknemer onuithoudbaar en onuitvoerbaar. Afhangende van die erns van die kommentaar, kan die opmerkings en die konteks waarbinne dit gelewer is bepaal wat die gepaste sanksie vir die werknemer sal wees.

In die meeste gevalle word beledigende kommentaar rakende 'n werkgewer op sosiale netwerke nie in die dissiplinêre kodes van maatskappye omvat nie, maar die wangedrag kan van so aard wees dat die werkgewer nog steeds die werknemer kan dissiplineer. Die feit dat die wangedrag buite die werksplek plaasgevind het, sal nie noodwendig die werkgewer verhinder om die werknemer te dissiplineer nie. Wanneer die werkgewer moet besluit of ontslag as sanksie opgelê moet word, al dan nie, moet daar na die erns van die wangedrag gekyk word, die persoonlike omstandighede van die werknemer, die aard van die werk en die omstandighede rondom die oortreding self. Soos in *Sedick & another v Krisray (Pty) Ltd*,²²¹ kan die senioriteit van die werknemer ook 'n bepalende faktor wees om te bepaal of 'n werknemer ontslaan moet word, al dan nie.

In verskeie sake is ontslag as die gepaste sanksie beskou waar 'n werknemer beledigende kommentaar rakende sy werkgewer op sosiale netwerke lewer, maar daar moet steeds binne die raamwerk wat in die *Goeie Praktykskode: Ontslag* geskep word, gehandel word om te verseker dat ontslag as die gepaste sanksie dien. Elke saak moet op meriete beoordeel word en ontslag is slegs aanvaarbaar in uitsonderlike gevalle. Maar, ontslag kan wel toegepas word as sanksie in omstandighede waar 'n werknemer beledigende kommentaar rakende sy werkgewer op sosiale netwerke geplaas het.

Werkgewers sal 'n sosiale mediabeleid in plek moet stel en hierdie beleid beskikbaar stel aan alle werknemers. 'n Manier om werknemers se sosiale mediagebruik te monitor, is om enige elektroniese kommunikasie wat op maatskappyeiendom uitgevoer word, te onderskep en te hersien. Werknemers sal ook goed ingelig moet word oor wat hulle in hul privaatheid op sosiale netwerke mag en nie mag sê rakende hul werk en die persone saam met wie hulle werk.

221 *Sedick & another v Krisray (Pty) Ltd* 2011 8 BALR 879 (KVBA).

Daar sal altyd gevalle wees waar werknemers nie volgens hierdie beleide sal optree nie, of waar kommentaar op sosiale netwerke buite konteks gelees word. Maar, die beste oplossing sal wees om enige opmerkings rakende 'n werknemer se werksomstandighede deur middel van die maatskappy se grieweprosedure op te los en nie deur middel van sosiale media nie. As 'n persoon nie wil hê hy moet ontslaan word vir dit wat hy of sy op sosiale media openbaar nie, moet dié persoon eerder geen opmerking op sosiale netwerke lewer nie.

Bibliografie

Literatuur

Anon 2011 *Beaumont Service*

Anon "Facebook Postings – Can This Evidence Be Used in Disciplinary Enquiries?" 2011 *Beaumont Service Vol 13* 119-123

Anon 2012 *Beaumont Service*

Anon "Can Facebook Postings about the Employer by an Employee Warrant Dismissal?" 2012 *Beaumont Service Vol 14* 59-60

Beech 2005 *Industrial Law Journal*

Beech W "Right of Employer to Monitor Employees' Electronic Mail, Telephone Calls, Internet Usage and other Recordings" 2005 *Industrial Law Journal* 650-660

Cheadle, Davis en Haysom *South African Constitutional Law: The Bill of Rights*

Cheadle MH, Davis DM en Haysom NRL *South African Constitutional Law: The Bill of Rights* 2de uitg (Butterworths Durban 2004)

Collier 2002 *Industrial Law Journal*

Collier D "Workplace Privacy in the Cyber Age" 2002 *Industrial Law Journal* 1744-1760

Grogan *Dismissal*

Grogan *Dismissal* (Juta Kaapstad 2011)

Grogan *Employment Rights*

Grogan J *Employment Rights* (Juta Kaapstad 2010)

Grogan *Workplace Law*

Grogan J *Workplace Law* 10de uitg (Juta Kaapstad 2010)

Kierkut en Cerra 2010 *New Jersey Labor and Employment Law Quarterly*

Kierkut G en Cerra SM "Monitoring Electronic Communications and Social Media Usage in the workplace: What are the Limits?" 2010 *New Jersey Labor and Employment Law Quarterly* 4-6

Mischke 2011 *Contemporary Labour Law*

Mischke C "Social networks, privacy and dismissal" 2011 *Contemporary Labour Law* 11-17

Olivier *Dissipline, Ontslag en Menseregte*

Olivier *Dissipline, Ontslag en Menseregte* 3de uitg (Laboras Pretoria, 2006)

O'Brien 2011 *Suffolk University Law Review*

O'Brien CN "The First Facebook Firing Case Under Section 7 of the National Labor Relations Act: Exploring the Limits of Labor Law Protection for Concerted Communication on Social Media" 2011 *Suffolk University Law Review* 29-66

Pistorius 2009 *Potchefstroomse Elektroniese Regstydskrif*

Pistorius T "Monitoring, Interception and Big Boss in the Workplace: Is the Devil in the Details?" 2009 *Potchefstroomse Elektroniese Regstydskrif* 3-21

Regspraak

Bamford & others v Energizer SA Limited 2001 12 BALR 1251 (P)

Chauke & others v Lee Service Centre CC t/a Leeson Motors 1998 19 ILJ 1441 (AAH)

Damien O'Keefe v Williams Muir's Pty Ltd t/a Troy Williams The Good Guys 2011 FWA 5311

Doe v XYZ Corporation 382 N.J. Super. 122, 887 A.2d 1156 (App. Div. 2005)

Dolo v Commission for Conciliation, Mediation & Arbitration & others 2011 32 ILJ 905 (AH)

Du Plessis and Others v De Klerk and Another 1996 5 BCLR 658 (KH)

Dutch Reformed Church Vergesig v Sookunan 2012 JDR 0823 (GSJ)

Fredericks/Jo Barkett Fashions 2012 1 BALR 28 (KVBA)

Gardener v Whitaker 1994 5 BCLR 19 (E)

Lougheed Imports Ltd. (c.o.b. West Coast Mazda) (Re), [2010] B.C.L.R.B.D. No. 190

Mahoro / Indube Staffing Solutions 2012 4 BALR 395 (KVBA)

Mandela v Falati 1994 4 BCLR 1 (W)

Media Workers Association on behalf of Mvemve and Kathorus Community Radio 2010 31 ILJ 2217 (KVBA)

Moonsamy v The Mailhouse 1999 20 ILJ 464 (KVBA)

NLRB v American Medical Response of Connecticut, Inc, No 34-CA-12576

Protea Technology v Wainer 1997 9 BCLR 1225 (W)

S v Mamabolo (E TV and Others Intervening) 2001 3 SA 409 (KH)

SACCAWU obo Haliwell/ Extrabold t/a Holiday Inn Sandton 2012 3 BALR 286 (KVBA)

Sally-Anne Fitzgerald v Dianna Smith t/a Escape Hair Design 2010 FWA 7358

Sedick & another v Krisray (Pty) Ltd 2011 8 BALR 879 (KVBA)

Smith v Partners in Sexual Health (non-profit) 2011 32 ILJ 1470 (KVBA)

Smyth v Pillsbury Co 914 F Supp 97

South African National Defence Union v Minister of Defence and Another 1999 6 BCLR 615 (KH)

Timothy v Nampak Corrugated Containers (pty) Ltd 2010 31 ILJ 1844 (AAH)

Wetgewing

GK R702 in SK 34572 van 31 Augustus 2011

Goeie Praktykskode: Ontslag

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993

ILO Kode vir Goeie Praktyk: Beskerming van Werknemers se Persoonlike Data (Geneva 1997)

Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995

Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997

Wet op Beskernde Bekendmakings 26 van 2000

Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstrekking van Kommunikasie – Verwante Inligting 70 van 2002

Internetbronne

Anoniem 2011 *Public Domain Information* <http://portal.unesco.org> [datum van gebruik 4 November 2012]

Anoniem 2012 *Text Message Traps and Social Media Mishaps* <http://www.moorelegal.com.au> [datum van gebruik 16 September 2012]

Claassen A Datum Onbekend *Employee & Employer Rights* <http://www.labourguide.co.za> [datum van gebruik 9 Oktober 2012]

Hung R Datum Onbekend *Facebook and Workplace Privacy: New Developments and Implications for Businesses* <http://www.gowlings.com> [datum van gebruik 18 September 2012]

Maake M *Think Before you Post about Work* <http://www.timeslive.co.za> [datum van gebruik 20 Julie 2012]

Truter J *Thrashing your Boss on Facebook* <http://www.labourwise.co.za> [datum van gebruik 4 Julie 2012]