

Vonnisbespreking: Dogmatiese verkenning van die reg op privaatheid kry verdere erkenning in die regspraak *Greeff v Protection 4U h/a Protect International* 2012 6 SA 393 (GNP)

Johann Neethling

J. Neethling, Departement Privaatreg, Universiteit van die Vrystaat

Abstract

Dogmatic examination of the right to privacy obtains further recognition in case law

Before the 2003 Rugby World Cup the Springbok rugby team was assembled for a training camp which later became known as the infamous Kamp Staalraad. At the camp the players were subjected to food and sleep deprivation, exhausting physical exercises, freezing temperatures, extreme physical discomfort and humiliating activities. Several of these activities were recorded on DVD. After the camp still photos taken from the recordings were leaked to and published in the media. The security company responsible for the recordings wanted to sell the DVDs to the public, but several of the players sought an interdict to prevent this, alleging that the publication would infringe their rights to privacy, dignity and reputation. In turn the respondents answered that distribution of the DVD was in the public interest so that the negative public perceptions about the camp could be put into perspective. They also raised the defence of *volenti non fit iniuria*, claiming that the players were aware of the recordings and never objected to them. Rabie J granted the interdict, holding that the publication of the images complained of, particularly those where the players were shown naked, or clearly exhausted, humiliated and traumatized, would undoubtedly be *contra bonos mores* and thus wrongful, infringing their personality rights involved. There was no question of consent on the side of the players and the publication would also not be in the public interest.

The decision constitutes an important continuation of the development of the protection of privacy in our law. This applies to the definition of privacy, which entails that a person may in principle still have control over private facts that have previously been disclosed; that privacy can be infringed by intrusion into or the disclosure of private facts; that the wrongfulness of an infringement of privacy is determined by the *boni mores*; that the publication of private facts is wrongful in principle if it is in conflict with a confidential relationship or perpetrated by the media; that consent and the public interest in information may serve here as grounds of justification; that the public interest in information should be weighed up against the right to privacy with reference to the *boni mores* and various factors that may play a part; and that such a public interest may be lacking even with regard to public figures involved in a

newsworthy event because other factors may be decisive, such as the intensity of the infringement of privacy or the fact that publication would be in conflict with a confidential relationship.

Keywords: *Boni mores*; confidential relationship; consent; dignity; grounds of justification; interdict; newsworthy event; public figure; privacy; public interest in information; reputation; right to privacy; wrongfulness

Trefwoorde: *Boni mores*; interdik; nuuswaardige gebeurtenis; onregmatigheid; openbare figuur; openbare inligtingsbelang; privaatheid; reg op privaatheid; regverdigingsgronde; reputasie; toestemming; vertroulike verhouding; waardigheid

1. Inleiding

Dit is verblydend as die dogmatiese verkenning van 'n regsgebied in 'n doktrale proefskrif of meestersverhandeling tog as van waarde vir praktiese toepassing deur die houe beskou word en nie bloot op 'n biblioteekrak stof lê en vergaar nie. In die sewentigerjare van die vorige eeu was die erkenning en beskerming van die reg op privaatheid in ons reg nog grootliks onverkende terrein. Hierdie leemte het gedurende daardie tyd aandag geniet in die proefskrif van Neethling (1976) en die verhandeling van McQuoid-Mason (1977), wat in 'n groot mate op regsvergelykende navorsing aangewese was. Die resultate van hierdie studies is later grootliks in Neethling (1998) en Neethling e.a. (2005) opgeneem, terwyl McQuoid-Mason se werk in 1978 as 'n handboek gepubliseer is. Vandag lyk die prentjie totaal anders. Die reg op privaatheid word gemeenregtelik en grondwetlik as 'n selfstandige persoonlikheidsreg erken en beskerm,¹ en riglyne vir die toekomstige ontplooiing van hierdie reg is grootliks uitgestippel (sien bv. Neethling e.a. 2005, hfst. 8 – vgl. *Heroldt v Wills* 2013 2 SA 530 (GSJ) 547); Neethling en Potgieter 2010:366–9; Neethling 2010:781 e.v.). Teen hierdie agtergrond word die beslissing in *Greeff* onder die loep geneem.

2. Feite

Die feite van *Greeff* is kortliks die volgende. Voor die Wêreldrugbytoernooi in 2003 is die Springbokrugbyspan byeengeroep vir 'n oefenkamp wat later as die berugte Kamp Staalraad bekend sou word. Hulle kon slegs spesifieke items saamneem, onder andere 'n rugbytrui met 'n nommer waarop hulle mekaar voortaan moes aanspreek, en is in die nag in 'n bus gelaai en twee ure later by 'n onbekende bestemming afgelaai sonder enige mededeling van wat met hulle sou gebeur. Hulle is verskree, aangesê om hulle klere uit te trek en moes straoefeninge doen. Gedurende die kamp is die spelers vir dae lank onderwerp aan kos- en slaaponthouding en uiters strawwe fisiese oefeninge (soos pale en trekkerbande dra, ysters en ander swaar voorwerpe teen 'n bult uitsleep, en op hulle mae deur die veld kruip) en blootgestel aan uiterste koue en ongerief (soos om nakend in 'n yskoue plaasdam in die water te bly en rugbyballe op te pomp). Hulle is ook gedwing om aan vernederende aktiwiteite deel te neem, soos om in die nag nakend in 'n koue, donker gat wat met 'n seil bedek was in die grond deur te bring. Die aktiwiteite van die spelers is deurgaans met 'n videokamera afgeneem.

Na afloop van die kamp het van hierdie beeldmateriaal of gedeeltes daarvan sonder kennis van die spelers uitgelek aan die media, wat op hul beurt van die materiaal in die vorm van stilfoto's in die openbaar gepubliseer het. Die publikasies het 'n geweldige bohaai veroorsaak en striemende kritiek ontlok. Die respondente voer aan dat die negatiewe reaksie oor die aard en inhoud van die opleiding wat hulle verskaf het, die spekulاسie oor die inhoud van die kamp en die foutiewe inligting wat oor die kamp versprei is, hulle genoop het om 'n DVD te vervaardig waarin hulle "die ware feite" aan die publiek bekend kon stel. Volgens hulle is dit in die openbare belang dat hul weergawe gestel word sodat die negatiewe wanpersepsies uit die weg geruim kon word. Die DVD sou teen ongeveer R300 per kopie aan die publiek te koop aangebied word. Vyf applikante, almal Spingbokrugbyspelers, het aansoek gedoen om die publikasie en verspreiding van die DVD's te verbied op grond daarvan dat die inhoud hul grondwetlike en gemeenregtelike regte op privaatheid en waardigheid skend, asook hul reputasie en aansien bedreig. (Die sesde applikant se aansoek, wat hier nie verder aandag geniet nie, is gebaseer op sy beweerde outeursreg op die beeldmateriaal wat op die kamp geneem is en in die vervaardiging van die gewraakte DVD gebruik is.)

3. Beslissing

3.1 Reg op privaatheid

3.1.1 Omskrywing

Ten aanvang wys regter Rabie (406B–C) daarop dat sowel die reg op waardigheid as die reg op privaatheid in die Grondwet (art. 10, 14) verskans word en dat inbreukmaking daarop in beginsel onregmatig is. Hy definieer privaatheid enersyds met verwysing na Neethling (1976:287), waarna met goedkeuring in *Jooste* 271 verwys is, en wel soos volg (sien ook *Tommie Meyer Films* 384; *Swanepoel* 553; Neethling e.a. 2005:29 e.v., 32): "Privaatheid is 'n individuele lewenstoestand van afsondering van openbaarheid. Hierdie lewenstoestand omsluit al daardie persoonlike feite wat die belanghebbende self bestem om van kennismaking deur buitestaanders uitgesluit te wees en ten opsigte waarvan hy 'n privaathoudingswil het."

Andersyds haal hy McQuoid-Mason (1999, hfst. 38.1) aan wat die reg op privaatheid omskryf as "the right to decide when and under what conditions private facts may be made public". Hierby aansluitend verwys regter Rabie (406E–G) na *Jooste* 271–2 (vgl. ook Neethling e.a. 2005:31 vn. 332), waar appèlregter Harms hom soos volg uitlaat:

A right to privacy encompasses the competence to determine the destiny of private facts (see Neethling's comment on the judgment of the Court a quo: (1994) 57 *THRHR* 703 at 706). The individual concerned is entitled to dictate the ambit of disclosure, for example to a circle of friends, a professional adviser or the public (cf *Jansen van Vuuren and Another NNO v Kruger* 1993 (4) SA 842 (A); Neethling *Persoonlikheidsreg* 3rd ed at 238–9). He may prescribe the purpose and method of the disclosure ... Similarly, I am of the view that a person is entitled to decide when and under what conditions private facts may be made public.

In hierdie verband moet vermeld word dat die feit dat private feite reeds in die openbaar bekend is, in beginsel nie die reghebbende se bevoegdheid aan bande lê om steeds beheer daaroor uit te oefen nie, soos om die verdere publikasie daarvan te verhinder. So 'n geval het in *NM v Smith (Freedom of Expression Institute as amicus curiae)* 2007 5 SA 250 (KH) voorgekom (sien Neethling 2008:36 e.v.). Hier het die eiseresse, drie MIV-positiewe vroue, vergoeding met die *actio iniuriarum* geëis van die verweerders (outeur, biograaf en uitgewer) weens die beweerde skending van onder andere hul reg op privaatheid op grond van die publikasie van 'n boek oor een van hulle waarin die eiseresse se name en MIV-status sonder hul toestemming openbaar is. Regter Madala maak dit duidelik dat die feit dat die eiseresse se name en MIV-status met hul instemming reeds voorheen openbaar gemaak is in 'n aansoek om 'n interdik en by verskeie kommissies van ondersoek, nie beteken dat hulle afstand gedoen het van hul begeerte om steeds te beskik en kontrole uit te oefen oor die verdere publikasie van hul MIV-status in die boek nie. Hul status bly dus 'n private feit. Die regter verduidelik (262–3; my kursivering):

Private and confidential medical information contains highly sensitive and personal information about individuals. ... *Individuals value the privacy of confidential medical information* because of the vast number of people who could have access to the information and the potential harmful effects that may result from disclosure ... The assumption that others are allowed access to private medical information once it has left the hands of authorised physicians and other personnel involved in the facilitation of medical care is fundamentally flawed. *It fails to take into account an individual's desire to control information about him or herself and to keep it confidential from others.*

Hierdie standpunt word by implikasie ook deur regter Rabie (415B–416D), met verwysing na *Prinsloo v RCP Media Ltd t/a Rapport* 2003 4 SA 456 (T) 468, gehuldig. Volgens die respondente was die beeldmateriaal wat die spelers wou keer, reeds in die sogenaamde openbare arena in die vorm van die voorheen gepubliseerde stilfoto's en daarom bekende feite. Die regter stem egter nie saam nie. Volgens hom beteken die feit dat die foto's een keer in die media verskyn het, glad nie dat verdere publikasies daarvan regmatig is (en dat die spelers daarom geen beheer meer daaroor het) nie. Bowendien, anders as in *NM v Smith*, waar die voorafgaande openbaarmaking van die private feite regmatig was, was die publikasie van die stilfoto's reeds onregmatig en sou die verdere publikasie daarvan om hierdie rede minstens ook *prima facie* onregmatig wees.

3.1.2 Onregmatigheid; vertroulike verhouding

Soos regter Rabie, ook met verwysing na *Jooste*, aandui, is 'n persoon se privaathoudingswil 'n belangrike komponent van sy privaatheid – ontbreek sodanige wil, dan ontbreek 'n beskermenswaardige belang in privaatheid (sien Neethling e.a. 2005:31 vn. 332; Neethling en Potgieter 2010:367 vn. 280). Hierop laat regter Rabie volg (407A–E):

Volgens prof Neethling *Persoonlikheidsreg* 4 uitg te 269 en verder, word onderskei tussen 'n privaateidsskending deur 'n indringingshandeling en 'n privaateidsskending deur 'n openbaarmakingshandeling. Vir doeleindes van hierdie saak is ek slegs van voorneme om na laasgenoemde te verwys. 'n Onregmatige openbaarmakingshandeling bestaan, onder andere, daarin dat 'n buitestaander, in stryd met die wil en bestemming van die reghebbende, derdes

laat kennis maak met private persoonlike feite, wat, alhoewel dit aan die buitestaander self bekend is, steeds privaat is. So 'n openbaarmakingshandeling kan bestaan in die kennismededeling van private feite in stryd met 'n vertroulike verhouding (oftewel wat slegs vir bepaalde persone bestem is), en die kennismededeling van private feite aan 'n onbeperkte aantal persone (sogenaamde "massapublikasie" – op cit 274). Die grondslag waarom die massapublikasie van private feite prima facie onregmatig is, is omdat private feite wat bestem was om net vir bepaalde persone toeganklik te wees, juis deur 'n element van vertroulikheid gekenmerk word. So 'n beskouing word beskou as in ooreenstemming te wees met die algemene regsgevoel van die gemeenskap. Dit is dus duidelik dat die feit dat, byvoorbeeld, foto's van 'n persoon geneem word met sy toestemming, nie noodwendig daarop neerkom dat grenslose publikasie daarvan regmatig sal wees nie. Toestemming van die betrokke is steeds nodig en toestemming om private feite op film vas te lê, of om dit aan slegs sekere persone, of 'n beperkte getal onbekende persone, te publiseer, impliseer nie toestemming aan ander of aan 'n onbeperkte aantal persone nie ... Of toestemming bestaan is 'n feitevraag wat afhang van die omstandighede van die betrokke geval.

Daar kan geen twyfel bestaan nie dat daar *in casu* 'n vertroulike verhouding tussen die respondente en die spelers tot stand gekom het. As algemene beginsel hier geld dat hoe noodsaakliker dit vir die betrokke is om private feite aan 'n buitestaander te openbaar, hoe noodsaakliker is dit om eersgenoemde te beskerm teen die verdere openbaarmaking van daardie feite deur die buitestaander (sien Neethling e.a. 2005:228). Weens die gedwonge aard van die deelname aan Kamp Staalraad – die spelers is byvoorbeeld meegedeel dat hulle getoets gaan word om te sien "wie dit maak" en dat diegene wat "dit maak", na die Wêreldbekertoernooi sou gaan, en diegene wat "dit nie maak" nie, nie sou gaan nie; insgelyks is hulle ingelig dat indien hulle nie die kamp voltooi nie, hulle nie aan die toernooi sou deelneem nie (396G–H, 397H) – was dit vir die spelers noodsaaklik om deel te neem en hulle bloot te stel indien hulle vir die toernooi oorweeg wou word. Regter Rabie (412I–413A) beklemtoon ook dat die spelers aanvanklik geen keuse gehad het as om aan die oefenkamp deel te neem nie, en dat dit trouens deel van hulle amptelike pligte was. Die spelers moet dus noodwendig private feite aangaande hulleself aan die respondente openbaar het. Dit het die grondslag vir 'n vertroulike verhouding daargestel en bygevolg 'n regsplig tot geheimhouding op die respondente geplaas.

Afgesien hiervan bestaan daar ook 'n beskermenswaardige vertroulike verhouding waar daar 'n geheimhoudingsooreenkoms tussen die betrokke en die buitestaander tot stand gekom het. In sodanige geval sal 'n openbaarmaking van private feite aangaande die reghebbende in stryd met die ooreenkoms, afgesien van kontrakbreuk, ook sy reg op privaatheid skend (sien Neethling e.a. 2005:228). Dit kom voor of daar in *Greeff* minstens sodanige stilswyende ooreenkoms tussen die spelers en die respondente was. Dit was naamlik te alle tye gemene saak tussen die partye dat die kamp 'n privaatgeleentheid sou wees in die sin dat dit wat op die kamp sou gebeur, nie aan die publiek openbaar sou word nie. Dieselfde het gegeld vir die videomateriaal wat slegs aan die spelers wat betrokke was, die afrigter en sy hulpafrigters gewys sou word tydens die Wêreldbekertoernooi ten einde as motivering vir die spelers te dien.

3.1.3 Regverdigingsgronde

Regter Rabie (407D–E, hier bo aangehaal) se standpunt oor toestemming verdien ook instemming (sien ook 412C–415B). Die gemeenregtelike vereistes vir regsgeldige toestemming is kortliks 'n wilsbevoegde persoon wat vrywillig, met volle kennis en begrip van die nadeel, subjektief en *secundum bonos mores* daartoe toestem (sien Neethling en Potgieter 2010:133–6; *Hattingh v Roux* 2011 5 SA 135 (WCC) 141; *Plumridge v Road Accident Fund* 2012-05-08 saaknr. 2656/2009 (OKP) parr. 43–4). Publikasie van private feite sal dus nie op grond van *volenti non fit iniuria* regmatig wees as die betrokke nie (subjektief) toestemming tot daardie spesifieke publikasie verleen het nie (412E). Hierdie beginsel word ook deur Strauss e.a. (1987:310) onderstreep:

Toestemming tot publikasie in een vorm is nie noodwendig toestemming tot publikasie in 'n ander vorm nie. So is toestemming tot publikasie van 'n foto as sosiale nuus nie sonder meer toestemming tot publikasie as 'n advertensie nie. Toestemming tot 'n besondere vorm van publikasie kan ook stilswyend geskied. Wanneer mense bv op 'n skemerpartytjie maar te gretig vir 'n persfotograaf poseer, stem hul klaarblyklik toe tot publikasie van die foto as sosiale nuus – maar beslis nie tot publikasie daarvan in 'n kerklike blad om 'n artikel oor drankmisbruik of ydele vermaak te illustreer nie.

In casu was daar hoegenaamd nooit sprake van toestemming tot die massapublikasie van die beeldmateriaal nie (415A). Hierbenewens blyk ook duidelik uit die feite dat die deelname van die spelers aan die aktiwiteite van Kamp Staaldraad en die verfilming daarvan nouliks as vrywillig bestempel sou kon word. Van 'n regsgeldige toestemming tot massapublikasie was daar dus geen sprake nie.

Die regter (407F–G) vervolg dat afgesien van toestemming, die *prima facie*-onregmatigheid van veral die massapublikasie van private feite deur die openbare inligtingsbelang as regverdigingsgrond opgehef kan word. Dit kom veral ter sprake waar publisiteit verleen word aan openbare figure of persone wat by nuuswaardige gebeure betrokke is. Die *boni mores* ag die publikasie van foto's oor openbare persone se openbare lewe normaalweg nie as onregmatig nie, terwyl die publikasie van foto's oor sodanige persone se private lewe steeds *prima facie* onregmatig is. Of die publikasie van 'n foto van 'n persoon wat by 'n nuuswaardige gebeurtenis betrokke is, regmatig is, sal daarvan afhang of die publiek 'n belang in sy gestaltebeeld (foto) het (sien ook 407H–I; vgl. *Tshabalala-Msimang v Makhanya* 2008 6 SA 102 (W) 118; *Jooste v National Media Ltd* 1994 2 SA 643 (K) 645–6; *La Grange v Schoeman* 1980 1 SA 885 (OK) 892–3). 'n Wye verskeidenheid faktore kan 'n rol speel by die vraag of die publiek sodanige belang het, dan wel of die publikasie daarvan onregmatig sou wees. In hierdie verband lys regter Rabie (408A–D), in navolging van Neethling (1993:707), die volgende faktore:

- (a) die feit dat die eiser 'n openbare figuur is
- (b) die feit dat die eiser by 'n nuuswaardige gebeurtenis betrokke is
- (c) die omvang of intensiteit van die krenkingshandeling

- (d) die feit dat die reghebbende sy privaatheid aan die risiko van skending blootstel
- (e) die motief, gesindheid of bedoeling waarmee die publikasie geskied
- (f) die belangrikheid van die eiser en sy status in die samelewing
- (g) die tydsverloop tussen die plaasvind van 'n nuuswaardige gebeurtenis en die publikasie daarvan
- (h) die graad van identifiseerbaarheid van die persoon wie se privaatheid openbaargemaak word
- (i) die feit dat die publikasie van die private feite in stryd met 'n hofbevel of statutêre voorskrif is
- (j) die feit dat die private feite deur 'n onregmatige indringingshandeling bekom is.

(Sien ook Neethling e.a. 2005:246–9; vgl. Burchell 1998:423.)

Die beoordeling van die vraag of 'n openbaarmakingshandeling van private feite onregmatig is, kom volgens regter Rabie (408D–E) neer op 'n opweeg van botsende belange. Hierdie opwegingsproses word onder andere gedoen met verwysing na die omringende omstandighede van die betrokke geval, die faktore in die pas aangehaalde gedeelte genoem, en die hof se siening van die algemene regsgevoel of *boni mores* van die gemeenskap. In *Financial Mail* 462–3 (sien bv. ook *Heroldt v Wills* 543, 544, 547; *Motor Industry Fund Administrators (Pty) Ltd v Janit* 1994 3 SA 56 (W) 60; *Jooste* 270; *MEC for Health, Mpumalanga v M-Net* 2002 6 SA 714 (T) 722) verklaar hoofregter Corbett insgelyks:

[I]n demarcating the boundary between lawfulness and unlawfulness in this field [infringement of personal privacy], the Court must have regard to the particular facts of the case and judge them in the light of contemporary *boni mores* and the general sense of justice of the community as perceived by the Court ... Often ... a decision on the issue of unlawfulness will involve a consideration and a weighing of competing interests ... [I]n a case of publication in the press of private facts about a person, the person's interest in preventing the public disclosure of such facts must be weighed against the interest of the public, if any, to be informed about such facts. In this weighing-up process there are usually a number of factors to be taken into account (see [Neethling] *Persoonlikheidsreg* [2de uitgawe](*op cit* at 243 *et seq*)).

Baie belangrik is dat regter Rabie (408F–G) uitwys dat 'n geval soos die onderhawige duidelik aantoon dat selfs waar 'n openbare figuur by 'n nuuswaardige gebeurtenis betrokke is, dit nie sonder meer daarop neerkom dat publikasie van private feite regmatig sal wees nie. Ander faktore, soos die aard en omvang van die betrokke private feite wat openbaar gemaak staan te word, die feit dat die reghebbende sy privaatheid aan geen of nie aan enige noemenswaardige risiko van skending blootgestel het nie of dit inderdaad verbied het, en die omvang of intensiteit van die krenkingshandeling kan eweneens 'n belangrike rol speel. In laasgenoemde verband is die algemene riglyn dat hoe hewiger privaatheid gekrenk

word, hoe moeiliker is dit om die krenking te regverdig, of soos regter Madala dit in *NM v Smith* 270 stel, the “greater the violation of the privacy, the greater the need to protect the applicants”. Om hierdie rede sal die publikasie van private feite oor ’n persoon in ’n sosiale konteks makliker geregverdig kan word as die publikasie van vertroulike private feite, soos sy of haar MIV-status, of soos in *Greeff* die naakte lywe van die spelers (sien Neethling e.a. 2005:248 vn. 242; vgl. ook 221–2). In *Prinsloo* 476 is regter Van der Westhuizen selfs van mening dat die publikasie van foto’s van seksuele aktiwiteite tussen volwassenes in die privaatheid van hul eie woning slegs deur “a public interest of an extremely important and serious nature” geregverdig kan word.

Nog ’n faktor wat *in casu* sterk aanduidend van die onregmatigheid van die publikasie kan wees, maar wat regter Rabie nie noem nie, is die feit dat die gewraakte massapublikasie ’n verbreking van die vertroulike verhouding tussen die reghebbende en die dader sou daarstel (sien *Financial Mail* 463–5; Neethling e.a. 2005:248; sien ook *NM v Smith* 263–4 oor die vertroulikheid van mediese data). Daar word aan die hand gedoen dat die regsposisie wat geld ten aansien van die publikasie van private feite wat deur ’n onregmatige indringingshandeling bekom is (sien Neethling e.a. 2005:248), *mutatis mutandis* ook op die publikasie van private feite in stryd met ’n vertroulike verhouding van toepassing moet wees. Dit is naamlik dat publikasie slegs in hoogs uitsonderlike omstandighede op grond van “overriding considerations (grounds) of public interest” geregverdig behoort te wees. Hierdie standpunt blyk reeds uit *NM v Smith* 263–4, waar die hof dit met betrekking tot vertroulike mediese inligting duidelik maak dat openbaarmaking daarvan slegs op grond van “a pressing social need” of “a compelling public interest” regmatig sou wees. Dit sal nietemin ’n *rara avis* wees, omdat “the public interest in favour of publication would have to be very cogent indeed” (sien *Financial Mail* 363, 365; sien bv. ook *Janit* 61; *M-Net* 721; Neethling e.a. 2005:248 vn. 245).

3.2 Regte op waardigheid en goeie naam

Regter Rabie (408G–409G) beskryf ’n persoon se waardigheid tereg as sy subjektiewe eergevoel of sy selfrespek en -trots. Hierdie persoonlikheidsgoed word gekrenk deur ’n persoon te beledig of te verneder, hetsy deur woorde of deur gedrag. Die vraag na die onregmatigheid van ’n skending van waardigheid word beantwoord met verwysing na die *boni mores* of algemene regsgevoel van die gemeenskap soos geïnterpreteer deur die hof (sien ook Neethling e.a. 2005:27–8, 194–7). Dit geld ook waar iemand onderwerp word aan vernederende of beledigende optrede indien beeldmateriaal van hom gepubliseer word. Hy vervolg (408I) dat die “reg op waardigheid basies alle persoonlikheidsregte uitgesonder die reg op fisiese integriteit en op die goeie naam [omsluit]”. Hiermee kan egter nie saamgestem word nie, aangesien die regter klaarblyklik waardigheid en *dignitas* in gemeenregtelike sin verwar. Die reg op waardigheid is ’n enkele selfstandige persoonlikheidsgoed terwyl die *dignitas* ’n versamelnaam is vir alle persoonlikheidsregte – dus ook die reg op waardigheid – behalwe die regte op die *corpus* en die *fama*. Hiervan moet die reg op menswaardigheid in grondwetlike sin onderskei word. Hierdie reg is in sy wese die erkenning van die intrinsieke waarde van die mens in ons samelewing. As sodanig is menswaardigheid dus ’n omvattende begrip wat menswees in al sy fasette omvat en daarom onderliggend aan die totale menslike persoonlikheid is, sowel wat die fisies-psigiese sye as geestelik-sedelike aspekte daarvan betref. So gesien, is menswaardigheid veel wyer as *dignitas*, aangesien laasgenoemde begrip die fisies-psigiese integriteit en die goeie naam uitsluit (sien Neethling 2006:85 e.v.; Neethling en Potgieter 2010:19 vn. 147).

Oor die beweerde inbreukmaking op 'n persoon se goeie naam en reputasie is die hof (409G–H) kort en kragtig. Hier word verwys na die status en aansien wat die persoon in die gemeenskap geniet, en inbreukmaking daarop vind plaas waar optrede neig om die reghebbende se aansien in die oë van regdenkende persone te laat daal (sien oor laster in die algemeen Neethling e.a.2005, hfst. 5).

3.3 Inbreukmaking op die regte op privaatheid, waardigheid en goeie naam

In hierdie verband verwys die hof (411D–412C) vooraf na die tonele op die gewraakte DVD wat na bewering inbreuk op die spelers se persoonlikheidsregte sou gemaak het. Geriefshalwe word hulle vierledig saamgegroepeer.

Eerstens is daar die naaktonele waar die spelers moes ontklee en ten volle vertoon word, sommige ook van voor af; wat die spelers se poedelnaakte aktiwiteite in die plaasdam, ook waar hulle vlotte in- en uitdra, van alle kante vertoon; waar hulle as straoefeninge handopstote doen terwyl hulle heeltemal kaal en hul bewegende agterstewes prominent vertoon word; en waar hulle nakend een aand in die gat in die grond deurbring, ingepak soos sardiens, terwyl 'n lig heen en weer van bo af oor hulle skyn en die privaatdele van sommige spelers duidelik sigbaar is.

Tweedens is daar die tonele waar die spelers duidelik fisiek en geestelik totaal uitgeput is. Voorbeelde is die tonele in die plaasdam waarin die spelers ure lank kaal moes staan en van die spelers se gesigte skok en selfs angs, vernedering en weersin weerspieël; waar die spelers beteuterd, totaal afgemat, vuil, verwese, verskrik, verleë, verneder en selfs verbysterd voorkom, soos waar rou eiers oor hul koppe gebreek en in hul hare gevryf word, of waar sommige spelers in die gat die indruk skep dat hulle die spreekwoordelike breekpunt bereik het en duidelik getraumatiseerd is.

Derdens is daar die tonele oor die boksgevegte tussen die spelers wat wys hoe hulle genadeloos na mekaar slaan en hoe sommige selfs platgeslaan word.

Vierdens is daar die tonele waar die spelers gedwing word om die volkslied te sing en wat wys hoe sommige spelers, totaal uitgeput en verwese, die volkslied prewel.

Vervolgens laat regter Rabie (416D–419D) hom daaroor uit of die publikasie van vermelde tonele die spelers se persoonlikheidsregte sou skend. Eerstens bestaan daar volgens hom geen twyfel nie dat die publikasie van die naaktonele, wat dikwels selfs ook die spelers se geslagsdele wys, in die afwesigheid van 'n regverdigingsgrond 'n onregmatige inbreukmaking op hul reg op privaatheid sou daarstel. Hy verklaar (416F–G): “Na my mening sal die gemeenskap se algemene regsgevoel en sin van geregtigheid die publikasie en verspreiding van sodanige materiaal onder geen omstandighede gedoog nie.” Daar was geen sprake van *volenti non fit iniuria* nie, en selfs al was die spelers openbare figure wat by 'n nuuswaardige gebeurtenis betrokke was, sou die publikasie van die gewraakte DVD veral weens die intensiteit van die privaatheidskending (die massapublikasie van uiters intieme private feite soos naakte lywe en geslagsdele), tesame met die feit dat die publikasie in stryd met die vertroulike verhouding tussen die respondente en die spelers sou wees, slegs deur 'n openbare inligtingsbelang van 'n dwingende aard geregverdig kon word (sien hier bo par. 3.1.3), en dit was *in casu* beslis nie die geval nie.

Wat die ander drie kategorieë tonele betref: afgesien daarvan dat hulle op die keper beskou ook die spelers se reg op privaatheid skend, is regter Rabie oortuig dat hulle ook die spelers se waardigheid, goeie naam en aansien aantas. Anders as wat die respondente te kenne gee, is daar volgens hom geen vergelyking tussen die tonele op die DVD en die tonele wat tydens 'n rugbywedstryd afspeel nie. Hy stel dit soos volg (418C–E):

Dit is egter heeltemal anders [as tydens 'n rugbywedstryd] om daardie selfde speler vuil, verwese en beteuterd en met 'n angsvervulde uitdrukking op sy gesig te sien. Dit is anders om so 'n speler te sien waar hy verneder word deurdat 'n rou eier in sy hare ingevryf word en die verleentheid op sy gesig sigbaar is. Dit is anders om so 'n speler te sien waar hy deur 'n ander van sy voete af geslaan word. Dit is anders om so 'n speler te sien met 'n totale verslae uitdrukking op sy gesig of in 'n staat van totale uitputting. Om hom dan boonop in hierdie toestand die volkslied te sien prewel, wek nie 'n gevoel van trots of bewondering nie maar eerder 'n gevoel van jammerte teenoor die betrokke speler. Om bejammer te word, veral in degraderende omstandighede, is die teenoorgestelde beeld en reputasie as dit waaraan Springbokrugbyspelers normaalweg gekenmerk word.

Gevolgtrek besluit die hof (419C–D) dat volgens die algemene regsgevoel die publikasie van die DVD die betrokke persoonlikheidsregte sonder regverdiging sal aantas en staan die interdik toe.

4. Die interdik en onregmatigheid

In verband met die interdik moet laastens kortliks gelet word op die onlangse formulering van een variasie van die algemene toets vir onregmatigheid in ons reg, naamlik dat onregmatigheid basies te make het met “the reasonableness of imposing liability on the defendant” (sien *Crown Chickens (Pty) Ltd t/a Rocklands Poultry v Rieck* 2007 2 SA 118 (HHA) 122; sien vir 'n kritiese bespreking van dié toets Neethling en Potgieter 2010:83–6). In *Le Roux v Dey* 2011 3 SA 274 (KH) 315 het ons hoogste hof die toets by monde van waarnemende regter Brand die eerste keer bekragtig en soos volg omskryf:

In the more recent past our courts have come to recognise, however, that in the context of the law of delict: (a) the criterion of wrongfulness ultimately depends on a judicial determination of whether – assuming all the other elements of delictual liability to be present – it would be reasonable to impose liability on a defendant for the damages flowing from specific conduct; and (b) that the judicial determination of that reasonableness would in turn depend on considerations of public and legal policy in accordance with constitutional norms. Incidentally, to avoid confusion it should be borne in mind that, what is meant by reasonableness in the context of wrongfulness has nothing to do with the reasonableness of the defendant's conduct, but it concerns the reasonableness of imposing liability on the defendant for the harm resulting from that conduct.

Uit dié *dictum* blyk klinkklaar dat hierdie variasie hoegenaamd nie voorsiening maak vir die bepaling van onregmatigheid by die interdik nie. Die toets gaan naamlik om die redelikheid daarvan om die dader aanspreeklik te stel vir vergoeding waar skuld, gewoonlik nalatigheid,

voorveronderstel word, en hiervoor is net remedies soos die Aquiliese aksie, die *actio iniuriarum* en die aksie weens pyn en lyding geskik. Hierteenoor het die interdik 'n voorkomingsfunksie wat daarop gerig is om te verhinder dat onregmatig gehandel word, en nie om begane onregmatigheid te vergeld nie. Daarom word skuld nie as 'n vereiste vir die verlening van die interdik gestel nie (sien Neethling en Potgieter 2010:268–9). So gesien, sou dit onmoontlik gewees het om bedoelde variasie van die onregmatigheidstoets in *Greeff* toe te pas en het die hof tereg die tradisionele toets van die *boni mores* of die algemene regsgevoel van die gemeenskap vir hierdie doel ingespan (sien hieroor Neethling en Potgieter 2010:38 e.v.). Dieselfde het uiteraard ook in die onlangse beslissing van regter Willis in *Heroldt v Wills* 543–7 gebeur, waar 'n interdik weens privaateidskending op Facebook toegestaan is. Interessantheidshalwe kan vermeld word dat die kriterium van “the legal convictions of the community” selfs met betrekking tot die Aquiliese aksie onlangs deur regter Nkabinde in *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) par. 53 beskryf is as “[t]his open-ended general criterion [that] has since evolved into the general criterion for establishing wrongfulness in all cases” (sien ook *Paixão v Road Accident Fund* 2012 6 SA 377 (HHA) 381, 385 oor die toepassing van die *boni mores*-maatstaf by die aksie van afhanklikes). Dit ontlok die vraag of bedoelde variasie van die onregmatigheidstoets dan hoegenaamd nodig is om deliktuele onregmatigheid te bepaal (sien weer Neethling en Potgieter 2010:83–6).

Voorts voer appèlregter Brand aan dat redelikheid in die konteks van onregmatigheid niks met die redelikheid van die verweerder se gedrag te make het nie. Hierdie stelling is duidelik ondeurdag, in stryd met groot gevestigde gedeeltes van ons deliktereg, en sal nog tot groot verwarring lei indien dit konsekwent toegepas word. Ter illustrasie kan na die posisie by regverdigingsgronde verwys word. Dit behoeft geen betoog nie dat sodanige redelikheid al dan nie feitlik deurgaans 'n rol speel by die bepaling of die verweerder binne die grense of perke van 'n regverdigingsgrond – dus die vraag na onregmatigheid – opgetree het. Dit geld byvoorbeeld vir noodweer, noodtoestand, provokasie, statutêre bevoegdheid, amptelike bevoegdheid, tugbevoegdheid, misbruik van reg, en die regverdigingsgronde by laster (soos relatiewe privilegie, mediaprivilegie wat juis oor die *redelike* publikasie van lasterlike onwaarhede handel, en billike kommentaar) (sien Neethling en Potgieter 2007:128). Dit is ondenkbaar dat al hierdie reëls by die vraag na onregmatigheid soos mis voor die oggendson moet verdwyn, soos regter Brand dit oënskynlik wil hê. Daarom was daar in *Greeff* (asook in *Heroldt v Wills*) tereg geen poging om die redelikheid van die verweerder se optrede volgens die *boni mores*-maatstaf (sien Neethling en Potgieter 2010:38–9) uit die ondersoek na onregmatigheid te weer nie. In *Heroldt v Wills* 547 verklaar regter Willis trouens:

Corbett CJ said in *Financial Mail (Pty) Ltd and Others v Sage Holdings Limited and Another* that every case should be decided in the light of the *boni mores* of society. “*Boni mores*” means literally “good customs/conventions” but in this context it may more accurately be translated as “society’s sense of justice and fair play”. Ms Engelbrecht, counsel for the applicant, strongly relied on the chapter on privacy in Johann Neethling’s *The Law of Personality*. In that work he refers to a short article of his, written many years before, in which he supports the standard that, in matters relating to privacy, persons must act reasonably (“op 'n redelike wyse”). [In vn. 98 verklaar regter Willis ook: “Neethling, in his *The Law of Personality* (at 246), also endorses what Corbett CJ said in *Financial Mail* ... (supra at 462F–463) about the *boni mores* test.”]

5. Slotsom

Die beslissing in *Greeff* oor die reg op privaatheid verdien volle instemming en stel 'n belangrike voortsetting van die ontwikkeling van privaateidsbeskerming in ons reg daar. Dit geld die omskrywing van privaatheid as persoonlikheidsgoed; dat hierdie omskrywing inhou dat die reghebbende in beginsel steeds oor reeds bekende private feite kan beskik; dat privaatheid deur die indringing in en die openbaarmaking van private feite geskend kan word; dat die onregmatigheid van 'n privaateidskending aan die hand van die *boni mores* of die algemene regsgevoel van die gemeenskap bepaal word; dat die openbaarmaking van private feite in beginsel onregmatig is indien dit in stryd met 'n vertroulike verhouding is of deur die media geskied; dat toestemming en die openbare inligtingsbelang hier as regverdigingsgronde kan dien; dat die openbare inligtingsbelang teen die reg op privaatheid opgeweeg moet word aan die hand van die *boni mores* en verskeie faktore wat 'n rol kan speel; en dat sodanige belang kan ontbreek selfs ten aansien van openbare figure wat by 'n nuuswaardige gebeurtenis betrokke is omdat ander faktore die deurslag gee, soos die intensiteit van die privaateidskending of die feit dat publikasie in stryd met 'n vertroulike verhouding sou wees.

Bibliografie

Apathy, P. e.a. (reds.). 2010. *Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag*. Wene: Jan Stamek.

Burchell, J.M. 1998. *Personality rights and freedom of expression. The modern actio iniuriarum*. Kenwyn: Juta.

Chaskalson, M. e.a. (reds.). 1999. *Constitutional law of South Africa*. 2de uitgawe. Kenwyn: Juta.

McQuoid-Mason, D.J. 1977. The law of privacy in South Africa. Ongepubliseerde LLM-verhandeling, Universiteit van Natal.

—. 1978. *The law of privacy in South Africa*. Kaapstad: Juta.

—. 1999. Privacy. In Chaskalson e.a. (reds.) 1999.

Nagel, C.J. (red.). 2006. *Gedenkbundel vir J.M.T. Labuschagne*. Durban: LexisNexis.

Neethling, J. 1976. Die reg op privaatheid. Ongepubliseerde LLD-proefskrif, Universiteit van Suid-Afrika.

—. 1993. Die reg op privaatheid: regspersone, onregmatigheid en die openbare inligtingsbelang. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 56(4):704–8.

—. 1998. *Persoonlikheidsreg*. 4de uitgawe. Durban: Butterworths.

—. 2006. Die betekenis en beskerming van die eer, *dignitas* en menswaardigheid in gemeenregtelike en grondwetlike sin. In Nagel (red.) 2006.

—. 2008. The right to privacy, HIV/AIDS and media defendants. *South African Law Journal*, 125(1):36–46.

—. 2010. The right to privacy under South African law. In Apathy e.a. (reds.) 2010.

Neethling, J. en J.M. Potgieter. 2010. *Neethling-Potgieter-Visser deliktereg*. 6de uitgawe. Durban: LexisNexis.

—. 2007. Wrongfulness and negligence in the law of delict: a Babylonian confusion? *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 70(1):120–30.

Neethling, J., J.M. Potgieter en P.J. Visser. 2005. *Neethling's law of personality*. 2de uitgawe. Durban: LexisNexis.

Strauss, S.A., H.B. Klopper, M.J. Strydom en J.C. van der Walt. 1987. *Mediareg*. 4de uitgawe. Van Schaik: Pretoria.

Eindnotas

¹ Sien bv. *National Media Ltd v Jooste* 1996 3 SA 262 (A) 271–2; *Jansen van Vuuren v Kruger* 1993 4 SA 842 (A) 849; *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms.) Bpk.* 1977 4 SA 376 (T) 381–6; *Swanepoel v Minister van Veiligheid en Sekuriteit* 1999 4 SA 549 (T) 553; *Financial Mail (Pty) Ltd v Sage Holdings Ltd* 1993 2 SA 451 (A) 462–3; *Kumalo v Cycle Lab (Pty) Ltd* 2011-06-17 saaknr. 31871/2008 (GSJ); sien ook die Grondwet art. 14; *Bernstein v Bester* 1996 2 SA 751 (KH) 788–9, 795; *Investigating Directorate: Serious Economic Offences v Hyundai Motor Distributors (Pty) Ltd; In re Hyundai Motor Distributors (Pty) Ltd v Smit* 2001 1 SA 545 (KH) 557.