

BILLIKHEID VAN ONTSLAG WEENS TEGNOLOGIESE HERSTRUKTURERING IN SUID-AFRIKA

Skripsie voorgelê ter gedeeltelike voldoening aan die vereistes vir die graad LLM
(Arbeidsreg) aan die Noordwes-Universiteit (Potchefstroomkampus)

deur

Amoré Potgieter
13013386

Studieleier: Adv PH Myburgh

November 2011

INHOUDSOPGAWE

LYS VAN AFKORTINGS...	ii
1. Inleiding...	1
2. Artikel 23 van die Grondwet...	4
3. Die begrip operasionele vereistes...	8
3.1 <i>Inleiding</i> ...	8
3.2 <i>Substantiewe billikheid</i> ...	9
3.3 <i>Prosedurele billikheid</i> ...	21
3.4 <i>Ontslagte weens bevordering van winsgewendheid van onderneming</i> ...	23
3.5 <i>Ontslag weens operasionele vereistes tydens Artikel 197-oordrag</i> ...	34
4. Die Engelse reg...	38
5. Aanbevelings..	43
BIBLIOGRAFIE...	50

LYS VAN AFKORTINGS

AAH	Arbeidsappèlhof
AH	Arbeidshof
BLLR	Butterworths Labour Law Reports
HHA	Hoogste Hof van Appèl
IAO	Internasionale Arbeidsorganisasie
NH	Nywerheidshof
ILJ	<i>Industrial Law Journal</i>
LIFO	"Last in, first out"
SA Merc LJ	<i>South African Mercantile Law Journal</i>
WAV	<i>Wet op Arbeidsverhoudinge</i>

1. Inleiding

Ingevolge artikel 23 van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*¹ beskik elkeen oor die reg op billike arbeidspraktyke. Dit is ook die geval by die ontslag van werknemers. Alhoewel artikel 188 van die *Wet op Arbeidsverhoudinge*² voorsiening maak vir die ontslag van werknemers gegrond op die operasionele vereistes van die werkgewer³, moet hierdie ontslag steeds in proses en in substansie billik wees.

Ontslag is daarop gemik om werknemers te verminder omdat die werkgewer geen behoefte meer het aan 'n groot aantal werknemers nie.⁴ Ontslag vind in hierdie gevalle gewoonlik plaas wanneer die dienste van die werknemers nie meer vir die werkgewer van belang is nie en dit op die besparing van kostes gemik word.⁵ Daar bestaan talle redes waarom die werkgewer weens operasionele redes sy werknemers sal ontslaan: 'n afname in die vraag na produkte of dienste, die toevoeging van nuwe tegnologie wat produksie minder arbeidsintensief maak, herorganisering of die bekendstelling van meer produktiewe en kostedoeltreffende werkmetodes.⁶

In hierdie skripsie sal die volgende vraag in hierdie verband ondersoek en beantwoord word: In watter omstandighede sal ontslag weens tegnologiese herstrukturering as billik in terme van artikel 189 van die *Wet op Arbeidsverhoudinge* geag word? In besonderheid handel hierdie vraag oor die toetse wat deur die hof toegepas moet word om vas te stel of ontslag van werknemers, weens tegnologiese redes, substantief billik is.

¹ *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* van 1996 (Hierna die *Grondwet*).

² *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995 (Hierna WAV).

³ Artikel 213 van die WAV definieer operasionele vereistes as “ekonomiese, strukturele, tegnologiese of soortgelyke redes.”

⁴ Grogan *Workplace Law* 224.

⁵ Grogan *Workplace Law* 224.

⁶ Grogan *Workplace Law* 224.

Die WAV laat werkgewers toe om werknemers as gevolg van ekonomiese, tegnologiese, strukturele of soortgelyke redes te ontslaan. Omdat hierdie definisie so wyd is, het die Arbeidshof die standpunt ingeneem dat die ontslagte vir 'n *bona fide* rede moet wees, nie net as ontslagte bestem is om verliese te verminder nie, maar ook om winste te vermeerder.⁷ Hetsy die redes vir ontslag op die vermindering van huidige verliese of op die verhoging van huidige winste gemik is, moet die uiteindelijke ontslagte van die betrokke werknemers volgens 'n *bona fide* operasionele vereiste geskied. Die werkgewer moet dus gehoor gee aan die voorgeskrewe prosedurele en substantiewe billikheidsbeginsels alvorens enige werknemers *bona fide* ontslaan kan word.

Verskeie skrywers, waaronder Grogan⁸, tref onderskeid tussen gevalle waar die werkgewer weens operasionele vereistes werknemers ontslaan om die besigheid van ondergang te red, teenoor die gevalle waar die werkgewer werknemers ontslaan bloot om sy besigheid meer winsgewend te maak deur byvoorbeeld die implementering van nuwe tegnologie wat werknemers kan vervang. Die onderskeid word verder gevoer in gevalle waar werknemers ontslaan word vir doeleindes van bevordering van die doeltreffendheidsvereistes van sy besigheid as gevolg van die hoë mededingingsvlakke waarop besighede in die moderne wêreld met mekaar kompeteer. Dit blyk dat die howe 'n strenger toets in hierdie gevalle gebruik, maar die toets word nie behoorlik omskryf en binne die normale beginsels gefundeer nie.

Dit is duidelik dat daar 'n behoefte bestaan om die toetse vir die bepaling van die billikheid tydens 'n ontslag weens tegnologiese verandering duidelik te formuleer. Die probleem en die moeilike taak wat op die howe rus blyk onder andere uit die uiteenlopende uitsprake wat deur twee regters in die Arbeidsappèlhof in *Forecourt Express (Pty) Ltd v SATAWU*⁹ gelewer is.

⁷ Grogan *Workplace Law* 224.

⁸ Grogan *Workplace Law* 212.

⁹ *Forecourt Express (Pty) Ltd v SATAWU* 2007 2 BLLR (AAH) (Hierna *Forecourt Express*-saak). In hierdie saak het die werkgewer (Forecourt Express), wat nuwe voertuie vervoer

Dit is gevolglik noodsaaklik om wetgewing en regspraak te ontleed om vas te stel wat die billikheidsmaatstaf in die geval van ontslag vir tegnologiese herstrukturering is. Dit sal gedoen word met spesifieke verwysing na die vraag of daar operasionele vereistes bestaan soos bedoel in artikel 189 van die WAV. Uiteindelik sal daar tot die gevolgtrekking gekom word dat die billikheidsmaatstaf, in die geval van ontslag vir tegnologiese herstrukturering, geleë is in die vraag of die ontslag die laaste redelike opsie was met spesifieke verwysing na die alternatiewe tot ontslag wat oorweeg, en selfs geïmplementeer is; die kommersiële regverdiging van die ontslag; en die operasionele behoefte van die werkgewer om die betrokke werknemers te ontslaan.

het, 'n ander maatskappy (Fauna) oorgeneem as 'n "lopende saak". Forecourt Express het Volkswagen voertuie vervoer, terwyl Daimler Chrysler-voertuie deur Fauna vervoer is. Forecourt Express het dit duidelik gemaak dat daar sekere veranderings meegebring gaan word omdat die finansiële posisie van die maatskappy wat oorgeneem is "less than satisfactory during the recent past" was. Van die voorgestelde veranderinge was dat sekere voertuie aan subkontraheurs verkoop sou word en ander sou aan eienaarbestuurders verkoop word. Tydens 'n konsultasie met die vakbond het die werkgewer dit duidelik gestel dat hierdie veranderinge meegebring word vanweë die finansiële posisie van Fauna en met die doel om die werkverrigting van Forecourt meer winsgewend te maak. Die vakbond het egter voorgestel dat die werkgewer Fauna op dieselfde wyse bestuur waarop dit die voorafgaande ses maande bestuur is. Die kern van die voorstel van die vakbond was dat minder werknemers ontslaan sou word as die nuwe werkgewer Fauna op dieselfde wyse sou bestuur as wat dit die voorafgaande ses maande bestuur is. Die nuwe werkgewer sou dus 'n geleentheid aan Fauna en sy werknemers kon bied om aan die nuwe werkgewer te bewys dat hul werkverrigting wél winsgewend en suksesvol kan wees en dat dit uiteindelik nie nodig sou wees vir die herstrukturering van Fauna se werknemers ten einde winsgewendheid van die onderneming te verhoog nie.

2. Artikel 23 van die Grondwet

Die *Wet op Arbeidsverhoudinge*¹⁰ het op 11 November 1996 in werking getree. Hierdie wetgewing het ten doel om te verseker dat die wetgewing wat arbeidsverhoudinge reël met die Handves van Regte strook. In hierdie verband is daar veral aandag gevestig op billike arbeidspraktyke soos dit in artikel 27 van die Interim *Grondwet* vervat was.¹¹ Hierdie artikel is egter met artikel 23 vervang met die inwerkingtreding van die 1996 *Grondwet*.

Ingevolge artikel 23(1), beskik elke persoon oor 'n reg tot billike arbeidspraktyke, terwyl artikel 23(2) bepaal dat *elke werker*¹² oor die reg tot vryheid van assosiasie, organisatoriese regte, die reg om te staak en die reg om aan kollektiewe bedinging deel te neem, beskik. In hierdie verband moet daar egter vasgestel word wat die wetgewer werklik bedoel het met “elke persoon”.

Die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes*¹³ en die *Wet op Arbeidsverhoudinge*¹⁴ omskryf 'n werknemer, in die eerste plek, as enige persoon wat vir 'n ander persoon of vir die Staat werk en wat betaling daarvoor ontvang of wat geregtig is op betaling. Dit sluit egter 'n onafhanklike kontrakteur uit. 'n Werknemer word, in die tweede plek, verder ook omskryf as enige ander persoon wat op enige manier die werkgewer bystaan in die uitvoering van sy besigheid.

Vettori¹⁵ meen dat die wye terme wat in artikel 23(1) van die *Grondwet* gebruik word om die regte en begunstigdes van die reg op billike arbeidspraktyke te omskryf, tot 'n moontlike uitgebreide interpretasie van “werknemer” gelei het.

¹⁰ 66 van 1995.

¹¹ Currie en De Waal *Bill of Rights* 499.

¹² Eie beklemtoning.

¹³ 75 van 1997.

¹⁴ 66 van 1995.

¹⁵ MS Vettori “Alternative Means to Regulate the Employment Relationship in the Changing World of Work” 2005 313.

Volgens Vettori¹⁶ sal die aanvaarding van die uitgebreide interpretasie van “werknemer” die fondament neerlê vir die Konstitusionele Hof om beslissings te maak ten aansien van die ongrondwetlikheid van die uitsluiting van sekere werknemers van die toepassing van die Arbeidswetgewing.

Vettori¹⁷ het na Cheadle verwys wat beslis het dat die onderwerp van die gegewe sin in artikel 23(1), naamlik die verwysing na die term “elke persoon”, geïnterpreteer moet word met verwysing na die doel van die betrokke sin. Die doel van hierdie betrokke sin verwys na “arbeidspraktyke”.¹⁸ Omdat arbeidspraktyke vanuit die verhouding tussen werknemer, werkgever en hul verteenwoordigende organisasies ontstaan, moet die term “elke persoon” juis binne hierdie konteks verstaan word.¹⁹ Hierdie term moet slegs daardie persone insluit wat spesifiek in artikel 23 genoem word; met ander woorde, werknemer, werkgever, vakbonde en werkgewerorganisasies.²⁰ Hierdie artikel moet in sy geheel bestudeer en geïnterpreteer word ten einde die ware bedoeling van die wetgewer vas te stel.²¹

Vettori²² het ook daarna verwys dat Cheadle van mening is dat ’n minder eng betekenis gebruik moet word om “werknemer” te omskryf. Vettori²³ het ter ondersteuning van hierdie argument verwys na die talle atipiese werknemers wat

¹⁶ MS Vettori “Alternative Means to Regulate the Employment Relationship in the Changing World of Work” 2005 313.

¹⁷ MS Vettori “Alternative Means to Regulate the Employment Relationship in the Changing World of Work” 2005 313.

¹⁸ MS Vettori “Alternative Means to Regulate the Employment Relationship in the Changing World of Work” 2005 313.

¹⁹ MS Vettori “Alternative Means to Regulate the Employment Relationship in the Changing World of Work” 2005 313.

²⁰ MS Vettori “Alternative Means to Regulate the Employment Relationship in the Changing World of Work” 2005 313.

²¹ MS Vettori “Alternative Means to Regulate the Employment Relationship in the Changing World of Work” 2005 313.

²² MS Vettori “Alternative Means to Regulate the Employment Relationship in the Changing World of Work” 2005 314.

²³ MS Vettori “Alternative Means to Regulate the Employment Relationship in the Changing World of Work” 2005 314.

beskerming ingevolge hierdie wetgewing verlang. Vettori²⁴ het uiteindelik gemeen dat die kruks van die vraag of 'n persoon as 'n werknemer in terme van artikel 23 van die *Grondwet* kwalifiseer, daarin lê dat die verhouding tussen die werkgewer en die werknemer met die verhouding, soos omskryf in die dienskontrak, moet strook. Vettori²⁵ meen dat die element van afhanklikheid wat die werknemer teenoor die werkgewer vir die verskaffing van werk toon juis die deurslaggewende faktor is wat die verhouding tussen die partye strook met die beoogde verhouding ingevolge die gemeenregtelike dienskontrak.

In *Jansen v SATAWU*²⁶ het die Kommissaris na die beslissing, soos uiteengesit in *Discovery Health Ltd v CCMA*²⁷ en *Kylie v CCMA*²⁸ verwys, deurdat die Regters in hierdie sake aangevoer het dat die woord "elke persoon" letterlik geïnterpreteer moet word en dat die beskerming uitgebrei moet word om ander kontrakte, verhoudings en ooreenkomste tussen werknemers, werkgewers en hul onderskeie organisasies in te sluit.

Cheadle²⁹ meen dat ons eerder moet fokus op die begrip 'billike arbeidspraktyke' en nie soseer op die bedoeling van 'elke persoon' en 'werker' nie. Hy het in hierdie verband die volgende gesê:

Labour practices are the practices that arise from the relationship between workers, employers and their respective organisations. Accordingly, the right to fair labour practices ought not to be read as extending the class of persons beyond those classes envisaged by the sections as a whole.

Die IAO skryf voor dat billike arbeidspraktyke ten alle tye gehandhaaf moet word in die geval waar werknemers ontslaan word op grond van 'n werkgewer se

²⁴ MS Vettori "Alternative Means to Regulate the Employment Relationship in the Changing World of Work" 2005 314.

²⁵ MS Vettori "Alternative Means to Regulate the Employment Relationship in the Changing World of Work" 2005 314.

²⁶ *Jansen v SATAWU* 2009 JOL 23123 (KVBA).

²⁷ *Discovery Health Ltd v CCMA* 2008 JR 2877-06 (AH).

²⁸ *Kylie v CCMA & Others* 2008 C52-07 (AH).

²⁹ Currie en De Waal *Bill of Rights* 501.

operasionele vereistes. Daar is verder tydens Konvensie nommer 158³⁰ besluit dat die werkgewer die werknemers 'n geleentheid moet gee om aktief aan die konsultasieproses deel te neem in die geval waar die werkgewer ontslagte oorweeg weens ekonomiese, tegnologiese, strukturele of soortgelyke redes. Die proses word in artikel 189 geïnterpreteer as 'n sogenaamde "*joint consensus-seeking process*" wat daarop neerkom dat die werkgewer en die werknemers gesamentlik na oplossings moet soek soos voorgeskryf in artikel 189(2) wat die aangeleenthede lys waarvoor daar konsensus gesoek moet word. Tans is die werkgewer steeds geregtig om, indien die proses niks positief oplewer nie en die werkgewer behoorlik motiveer waarom voorstelle van die werkers nie aanvaarbaar is nie, die werkgewer kan voortgaan om die ontslag deur te voer.

³⁰

A 13 van IAO Konvensie 158: Beëindiging van Dienste.

3. Die begrip operasionele vereistes

3.1 Inleiding

Artikel 213 van die WAV omskryf operasionele vereistes as daardie vereistes wat op ekonomiese, tegnologiese, strukturele of soortgelyke behoeftes van die werkgewer gegrond is. Die omskrywing van operasionele vereistes ingevolge IAO Konvensie Nr. 158 is egter nie waterdig nie. Volgens Grogan³¹ omskryf hierdie Konvensie “tegnologiese redes” as die bekendstelling van nuwe masjinerie of tegnologiese innovasies wat werksverhoudings van die werknemers beïnvloed deurdat die lewering van sekere dienste nie meer nodig is nie of deurdat daar van die werknemers verlang word om die lewering van hul dienste aan te pas by die nuwe tegnologie. “Strukturele redes” sluit omstandighede in waar ’n onderneming byvoorbeeld met ander ondernemings saamsmelt; hierdie proses staan as herstrukturering bekend. “Ekonomiese redes” verwys na die ekonomiese toestand van die onderneming. In hierdie geval word daar veral verwys na eksterne faktore soos die ekonomiese markte wat ’n groot impak op die winsgewendheid van die onderneming het.

Grogan³² voer aan dat daar ’n verskil bestaan tussen ontslagte wat op die werkgewer se operasionele vereistes gebaseer is en ander vorme van ontslag, deurdat daar verskillende prosedures verlang word om die verskillende vorme van ontslagte te benader omdat verskillende gevolge daaruit sal vloei. Vir alle vorme van operasionele vereistes bly die voorgeskrewe prosedure dieselfde; dit is slegs die rede (die operasionele vereistes) binne die omvattende begrip wat van geval tot geval verskil. Artikel 188 van die WAV identifiseer ontslagte gebaseer op die werkgewer se operasionele vereistes as een van die toelaatbare vorme van ontslag op voorwaarde dat daar ’n billike rede daarvoor bestaan wat gelyk staan met ’n billike prosedure wat gevolg is ten einde die ontslag te bereik.

³¹ Grogan *Dismissal, Discrimination* 426.

³² Grogan *Dismissal, Discrimination* 430.

Grogan³³ meen dat daar dus 'n objektiewe verband moet wees tussen die ontslag en die ekonomiese, tegnologiese, strukturele of soortgelyke behoeftes van die werkgewer.

Tegnologiese redes verwys na die bekendstelling van nuwe tegnologie wat die diensverhouding beïnvloed, hetsy deurdat sekere bestaande poste oortollig raak of deurdat daar van sekere werknemers vereis word om aan te pas by die nuwe tegnologie of gevolglike herstrukturering in die werksplek. Strukturele redes verwys na bestaande poste wat oortollig raak as gevolg van die herstrukturering van die werkgewer se besigheid.

3.2 Substantiewe billikheid

Die vraag na substantiewe billikheid is tweeledig van aard, ten eerste of die ontslag werklik op ekonomiese, strukturele, tegnologiese of enige ander soortgelyke redes gebaseer was en ten tweede of die redes vir die ontslag billik was in die sin dat dit gepas was, sou dit opgeweeg word teen die werknemer se basiese reg op billike arbeidspraktyke.³⁴

Sou die vraag na substantiewe billikheid verder ontleed word, kan daar na artikel 3(a) van die WAV verwys word wat bepaal dat die Wet geïnterpreteer moet word om effek te gee aan sy primêre doelwitte.³⁵ Hierdie doelwitte sluit die volgende in: om eerstens effek te gee aan die fundamentele regte soos beslis deur artikel 23 van die *Grondwet* en om daardie regte dienooreenkomstig te reguleer; tweedens om effek te gee aan daardie verpligtinge wat die Republiek toegeval het deur lidmaatskap van die Internasionale Arbeidsorganisasie (hierna IAO). In hierdie verband kan daar na die IAO Aanbeveling 166³⁶ verwys word, wat die volgende bepaal:

³³ Grogan *Dismissal, Discrimination* 430.

³⁴ Du Toit "Business Restructuring" *ILJ* 2005 26 602.

³⁵ Du Toit "Business Restructuring" *ILJ* 2005 26 602.

³⁶ IAO Aanbeveling 166 van 1982.

All parties concerned should seek to avert or minimise as far as possible termination of employment for reasons of an economic, technological, structural or similar nature, without prejudice to the efficient operation of the undertaking, establishment or service, and to mitigate the adverse effects of any termination of employment for these reasons on the worker or workers concerned...³⁷ The measures which should be considered with a view to averting or minimising terminations of employment for reasons of an economic, technological, structural or similar nature might include, *inter alia*, restriction of hiring, spreading the workforce reduction over a certain period of time to permit natural reduction of the workforce, internal transfers, training and retraining, voluntary early retirement with appropriate income protection, restriction of overtime and reduction of normal hours of work.³⁸

Die bepalings van hierdie artikel is op alle werkgewers van toepassing, ongeag die grootte van die onderneming of die aantal werknemers wat hul in diens het.³⁹

Artikel 189(2) van die WAV vereis van 'n werkgewer, wat dit oorweeg om werknemers te ontslaan, om aan 'n "*joint consensus-seeking process*" deel te neem. Met die eerste oogopslag wil dit voorkom of hierdie artikel bloot net voorskryf dat die werkgewer met die betrokke werknemers moet konsulteer, waarna die ontslag van daardie werknemers kan plaasvind.⁴⁰ Die hof het egter klem daarop gelê dat hierdie konsultasies nie net betekenisvol moet wees nie, maar dat die werkgewer selfs in sekere gevalle die alternatiewe voorstelle tot ontslag moet implementeer alvorens hy die werknemers kan ontslaan.⁴¹ Dit sal egter inhou dat in gevalle waar die werkgewer wel die werknemers uiteindelik ontslaan het, redes aan die hof voorsien moet word waarom die alternatiewe tot ontslag nie suksesvol was nie.⁴² Die vraag of daar werklike operasionele vereistes bestaan, vorm deel van die konsultasieproses veral soverre die oorweging van alternatiewe ter sprake is.

³⁷ A 19(1).

³⁸ A 21.

³⁹ Grogan *Dismissal, Discrimination* 433.

⁴⁰ Grogan *Dismissal, Discrimination* 456.

⁴¹ Grogan *Dismissal, Discrimination* 456.

⁴² Grogan *Dismissal, Discrimination* 456.

Die Kode van Goeie Praktyk⁴³: Ontslag sluit by die substantiewe been van billikheid aan deurdat bepaal word dat daar soveel keer as wat dit nodig mag wees met die bestuur gekonsulteer moet word om alle moontlike opsies en oplossings vir die probleme wat die werksekuriteit van die werknemers in gedrang bring te ondersoek. Dus verseker hierdie proses hoofsaaklik dat die werkgever die situasie van alle kante af benader alvorens hy besluit om die werknemers uiteindelik te ontslaan.⁴⁴

Ingevolge artikel 189A(19)(b) van die WAV rus daar 'n verdere plig op die Arbeidshof om nie net te beslis of die ontslag wél op operasionele vereistes gebaseer was nie, maar verder ook of die ontslag in terme van rasonele gronde operasioneel regverdigbaar was. Hierdie vereiste verwys daarna dat die werkgever aan die hof moet bewys dat ontslag, onder die gegewe omstandighede, 'n redelike opsie was.⁴⁵ Die vereiste dat ontslag 'n redelike opsie was, voeg 'n duidelike objektiewe element toe tot die toets omtrent die billikheidsmaatstaf.⁴⁶ Sou die hof bevind dat ontslag vermy kon word deur die toepassing van 'n redelike alternatief daartoe, sal die betrokke ontslag as onbillik geag word.⁴⁷ In *CWIU v Algorax (Pty) Ltd*⁴⁸ het die Hof die volgende in hierdie verband beslis:

⁴³ Kode vir Goeie Praktyk ten aansien van Ontslagte gebaseer op Operasionele Vereistes Skedule 8 van die *Wet op Arbeidsverhoudinge*, 1995.

⁴⁴ Grogan *Dismissal, Discrimination* 444.

⁴⁵ Grogan *Dismissal, Discrimination* 440. In *NUMSA v Atlantis Diesel Engines (Pty) Ltd* 1993 14 ILJ 642 (AAH) (Hierna NUMSA-saak) het die hof die volgende beslissing in hierdie verband gemaak: "However, we respectfully differ from [the] suggestion that the decision to retrench could be fair simply because it is *bona fide* and made in a businesslike manner. That approach suggests that the court's function is merely to determine whether or not the decision had been correct. What is at stake here is not the correctness or otherwise of the decision to retrench, but the fairness thereof. Fairness in this context goes further than *bona fides* and the commercial justification of the decision to retrench. It is concerned, first and foremost, with the question whether termination of employment is the only reasonable option in the circumstances."

⁴⁶ Grogan *Dismissal, Discrimination* 438.

⁴⁷ Grogan *Dismissal, Discrimination* 438.

⁴⁸ *Chemical Workers' Industrial Union & Others v Algorax (Pty) Ltd* 2003 24 ILJ 1917 (AAH) (Hierna Algorax-saak).

[Section 189 implies] that the employer has no obligation, if at all possible, to avoid dismissals of employees for operational requirements altogether or to “minimize the number of dismissals”, if possible, and to consider other alternatives of addressing its problems without dismissing the employees and to disclose in writing what those alternatives are that it considered and to give reasons “for rejecting each of those alternatives”. It seems to me that the reason for the lawmaker to require all of these things from the employer was to place an obligation on the employer to only resort to dismissing employees for operational requirements as a measure of last resort. If that is correct, the court is entitled to intervene where it is clear that certain measures could have been taken to address the problems without dismissals for operational reasons or where it is clear that dismissal was not resorted to as a measure of last resort.⁴⁹

Die Hof het in 'n vroeër uitspraak in die *Afrox*-saak⁵⁰ die volgende beslis ten opsigte van ontslagte wat op operasionele vereistes gebaseer is:

... an employer must seek appropriate measures to avoid dismissals, minimize their number, change their timing and mitigate their adverse effect (s 189(2)(a)). These are all indications that dismissal should at least not be the first resort, even though the LRA does not expressly state that dismissal should only be used as a last resort when dismissing for operational reasons.

Die Hof het deur hierdie uitspraak die welbekende uitspraak van Froneman in *SACTWU v Discreto*⁵¹ bevestig:

The function of a court in scrutinizing the consultation process is not to second-guess the commercial or business efficacy of the employer's ultimate decision (an issue on which it is, generally, not qualified to pronounce upon), but to pass judgement on whether the ultimate decision arrived at was genuine and not merely a sham (the kind of issue which courts are called upon to do in different settings, every day). The manner in which the court adjudges the latter issue is to enquire whether the legal requirements for a proper consultation process have been followed and, if so, whether the ultimate decision arrived at by the employer is operationally and commercially justifiable on rational grounds, having regard to what emerged from the consultation process. It is important to note that when determining the rationality of the employer's ultimate decision on retrenchment, is not the court's function to decide whether it was the best decision under the circumstances, but only whether it was a rational

⁴⁹ Par 70.

⁵⁰ Par 41.

⁵¹ *SACTWU & Others v Discreto (A Division of Trump & Springbok Holdings)* 1998 19 ILJ 1451 (AAH) (Hierna *Discreto*-saak).

commercial or operational decision, properly taking into account what emerged during the consultation process.⁵²

Op appèl het die Hof klem gelê op die belangrikheid van behoorlike en tydige konsultasies, asook die behoefte daaraan om alternatiewe tot ontslag te oorweeg, die Hof het egter gekonsentreer op “the ultimate decision to retrench is one which falls squarely within the competence and responsibility of management.”⁵³ ⁵⁴ Vyf jaar later het die Arbeidsappèlhof in die *Algorax*-saak egter teruggeval op die uitspraak in die *NUMSA*-saak.⁵⁵ Regter Zondo het in hierdie verband as volg beslis:

When either the Labour Court or this court is seized with a dispute about the fairness of a dismissal, it has to determine the fairness of the dismissal objectively. The question whether the dismissal was fair or not must be answered by the court. The court must not defer to the employer for the purpose of answering that question. In other words it cannot say that the employer thinks it is fair, therefore, it is or should be fair... Furthermore, the court should not hesitate to deal with an issue which requires no special expertise, skills or knowledge that it does not have but simply requires common sense or logic.⁵⁶

Hierdie hof het verder ook die volgende beslis:

[Section 189 implies] that the employer has an obligation, if at all possible, to avoid dismissals of employees for operational requirements altogether or

⁵² Par 8. Later het die Hof in *SATAWU v Old Mutual Life Assurance Co SA Ltd* 2005 26 *ILJ* 000n (AH) hierdie beslissing bevestig deurdat Regter Murphy die volgende beslis het: “...the test involves a measure of deference to the managerial prerogative about whether the decision to retrench is a legitimate exercise of managerial authority for the purpose of attaining a commercially acceptable objective...The second leg of the enquiry is directed at the investigation of the proportionality or rationality of the process by which the commercial objectives are to be achieved. Thus, there should be a rational connection between the employer’s scheme and its commercial objective, and through the consideration of alternatives an attempt should be made to find the alternative which least harms the rights of the employees in order to be fair to them. The alternative eventually applied need not be the best means, or the least drastic alternative. Rather it should fall within the range of reasonable options available in the circumstances allowing for the employer’s margin of appreciation to the employer in the exercise of its managerial prerogative.”

⁵³ *Atlantis Diesel Engines (Pty) Ltd v NUMSA* 1994 15 *ILJ* 1274 (AH) (Hierna *Atlantis Diesel Engines*-saak).

⁵⁴ Du Toit “Business Restructuring” *ILJ* 2005 26 599.

⁵⁵ Du Toit “Business Restructuring” *ILJ* 2005 26 599.

⁵⁶ Par 69-70.

to “minimize the number of dismissals”, if possible, and to consider other alternatives of addressing its problems without dismissing the employees and to disclose in writing what those alternatives are that it considered and to give reasons “for rejecting each of those alternatives”. It seems to me that the reason for the lawmaker to require all of these things from the employer was to place an obligation on the employer to only resort to dismissing employees for operational requirements as a measure of last resort. If that is correct, the court is entitled to intervene where it is clear that certain measures could have been taken to address the problems without dismissals for operational reasons or where it is clear that dismissal was not resorted to as a measure of last resort.⁵⁷

In *Enterprise Foods (Pty) Ltd v Allen*⁵⁸ het Regter Davis die bogenoemde uittreksel van die *Algorax*-saak as volg geïnterpreteer:

The court must examine whether there is a fair reason to dismiss. If... there are two rational solutions, one of which preserves jobs, fairness as mandated by the Labour Relations Act... dictates that this is the solution that must be adopted by the employer.⁵⁹

In *General Food Industries Ltd v FAWU*⁶⁰ het Regter Nicholson die werkgewer se posisie soortgelyk uiteengesit:

After consultations have been exhausted the employer must decide whether to proceed with the retrenchment or not. The loss of jobs through retrenchment has such a deleterious impact on the life of workers and their families that it is imperative that - even though reasons to retrench employees may exist - they will only be accepted as valid if the employer can show that all viable alternative steps have been considered and taken to prevent the retrenchments or to limit these to a minimum.⁶¹

Vanuit die bogenoemde uitsprake word die noodsaaklikheid van die konsultasieproses en die gevolglike oorweging van moontlike alternatiewe tot ontslag weereens beklemtoon. Sou die werkgewer geen poging aanwend om

⁵⁷ Par 70.

⁵⁸ *Enterprise Foods (Pty) Ltd v Allen & Others* 2004 25 ILJ 1251 (AAH) (Hierna *Enterprise*-saak).

⁵⁹ Par 17.

⁶⁰ *General Food Industries Ltd v FAWU* 2004 25 ILJ 1260 (AAH) (Hierna *General Foods*-saak).

⁶¹ Par 55.

enige alternatiewe tot ontslag tydens die konsultasieproses te oorweeg nie, kan die uiteindelijke ontslag van die werknemers substantief onbillik wees.

Die probleem en die moeilike taak wat op die howe rus, blyk onder andere uit die uiteenlopende uitsprake wat deur twee regters in die Arbeidsappèlhof in *Forecourt Express (Pty) Ltd v SATAWU*⁶² gelewer is.

Die Arbeidshof het in hierdie saak beslis dat die ontslagte van die werknemers beide substantief en prosedureel onbillik was. Ten aansien van die substantiewe been vir die ontslag, het die Hof beslis dat die werkgewer versuim het om te bewys dat daar 'n werklike ekonomiese rede vir die ontslagte was. Die Hof was van mening dat die werkgewer bloot die werknemers van Fauna ontslaan het om die werksaamhede van die maatskappy meer vaartbelyn te maak ten einde sy plek in Forecourt se besigheidsmodel vol te staan. Verder het die Hof gemeen dat die ontslagte prosedureel onbillik was omdat die werkgewer nie gehoor gegee het aan artikel 189 van die WAV nie, deurdat die werknemers nie in kennis gestel is van die alternatiewe wat die werkgewer oorweeg het alvorens daar besluit is om hulle te ontslaan nie. Verder was die toegepaste seleksiekriteria nie objektief in die toepassing daarvan nie. Hierteen het die Arbeidsappèlhof erkenning verleen aan die feit dat 'n werkgewer oor die reg

62

Forecourt Express (Pty) Ltd v SATAWU 2007 2 BLLR (AAH) (Hierna *Forecourt Express*-saak). In hierdie saak het die werkgewer (Forecourt Express), wat nuwe voertuie vervoer het, 'n ander maatskappy (Fauna) oorgeneem as 'n "lopende saak". Forecourt Express het Volkswagen-voertuie vervoer, terwyl Daimler Chrysler-voertuie deur Fauna vervoer is. Forecourt Express het dit duidelik gemaak dat daar sekere veranderings meegebring gaan word omdat die finansiële posisie van die maatskappy wat oorgeneem is "less than satisfactory during the recent past" was. Van die voorgestelde veranderinge was dat sekere voertuie aan subkontraakteurs verkoop sou word en ander sou aan eienaarbestuurders verkoop word. Tydens 'n konsultasie met die vakbond het die werkgewer dit duidelik gestel dat hierdie veranderinge meegebring word vanweë die finansiële posisie van Fauna en met die doel om die werksverrigting van Forecourt meer winsgewend te maak. Die vakbond het egter voorgestel dat die werkgewer Fauna op dieselfde wyse bestuur waarop dit die voorafgaande ses maande bestuur is. Die kern van die voorstel van die vakbond was dat minder werknemers ontslaan sou word as die nuwe werkgewer Fauna op dieselfde wyse sou bestuur as wat dit die voorafgaande ses maande bestuur is. Die nuwe werkgewer sou dus 'n geleentheid aan Fauna en sy werknemers kon bied om aan die nuwe werkgewer te bewys dat hul werksverrigting wél winsgewend en suksesvol kan wees en dat dit uiteindelik nie nodig sou wees vir die herstrukturering van Fauna se werknemers ten einde winsgewendheid van die onderneming te verhoog nie.

beskik om te besluit hoe hy sy besigheid wil bestuur. Die enigste voorwaarde wat die Hof in hierdie verband gestel het is dat die werkgewer die dienskontrakte van sy werknemers moet eerbiedig. Die werkgewer moet dus toestemming van die werknemers verkry in die geval waar hy wens om die inhoud van hulle kontrakte te wysig.

Die hof het in hierdie saak spesifiek na Regter Froneman se uitspraak in *SA Chemical Workers' Union v Afrox Ltd*⁶³ verwys. Wanneer daar 'n keuse tot die werkgewer se beskikking ten aansien van verskillende opsies is, rus daar 'n verpligting op hom om daardie opsie te implementeer wat tot minder ontslagte sal lei.⁶⁴

Regter Mlambo⁶⁵ was van mening dat die werkgewer substantief onbillik opgetree het deurdat hy nie die beoogde ontslagte wou uitstel, soos versoek deur Fauna se vakbonde, nie. Regter Mlambo was van mening dat Forecourt onnodig die strukture en die werkswyse van Fauna omvergewerp het en dat dit nie voorgekom het of die betrokke ontslagte 'n sogenaamde "laaste uitweg" was nie.

Hierteenoor het Regter Zondo egter beslis dat die kernvraag na billikheid van die betrokke ontslag nie by die vraag lê of ontslag die laaste uitweg was nie.⁶⁶ Die Regter het na Art 188 van die WAV verwys wat vereis dat daar 'n billike rede moet bestaan ten einde werknemers te ontslaan en dat 'n billike prosedure

⁶³ *SA Chemical Workers' Union and Others v Afrox Ltd* 1999 20 ILJ 1718 (AAH) (Hierna die Afrox-saak).

⁶⁴ Par 1728: "Dismissal will not only be fair if used as a means of last resort. By making fairness of the dismissal a matter of proof (ss 188(1)(a) and 192(2)), the LRA has made the assessment of fairness dependent on the factors proved and canvassed in evidence in Court...If an employer wishes to show that it considered appropriate options other than dismissal it must present evidence to that effect and explain why it chose a particular course and not another".

⁶⁵ Wat die minderheidsuitspraak gelewer het.

⁶⁶ Hierdie beslissing is in lyn met vorige beslissings van die Arbeidsappélhof in *SACTWU & Others v Discreto* 1998 12 BLLR 1228 (AAH) en *Decisions Surveys International v Dlamini & Others* 1999 5 BLLR 413 (AAH) en staan teenoor die beslissing van die Arbeidshof wat beslis dat aflegging die 'enigste uitweg' moet wees.

toegepas moet word om die billikheid van die betrokke ontslag te verseker. Ten einde vas te stel of daar 'n billike rede vir die betrokke ontslag bestaan het, is dit volgens Regter Zondo⁶⁷ belangrik om eerstens vas te stel wat die rede vir die ontslag was en gevolglik of daardie betrokke rede billik was. In die betrokke saak het die appellant aangevoer dat die redes vir ontslag daarop gebaseer was dat Fauna nie op 'n winsgewende wyse bedryf is nie, en dat daar geen billike rede bestaan het waarom Forecourt hierdie onderneming op dieselfde basis as die vorige werkgewer vir ses maande na oornome van die onderneming moes bedryf nie. Regter Zondo het met hierdie opvatting saamgestem.⁶⁸ Regter Zondo⁶⁹ het uiteindelik die vraag beantwoord na wat die redes vir ontslag was:

The second and further respondents were not dismissed because Fauna had been making a loss before it sold its business to the appellant. They were also not dismissed because the appellant had made a financial loss in the nine months before its purchase of the Fauna operation. The second and further respondents were dismissed because the *appellant had decided to run the Fauna business in a certain way that was different from the way that the Fauna operation had been run before*⁷⁰.

Regter Zondo het voortgegaan om te beslis of die bogenoemde rede vir ontslag 'n billike rede was. In hierdie verband het die Regter die volgende beslis:⁷¹

In this case the reason why the appellant had no work for the second and further respondents was that its preferred way of running a car ferrying business necessarily entailed that it would not employ drivers, would not own or keep carriers and would not run a workshop. Its way of running that business entailed the use of labour brokers, subcontractors and certain specially designed carriers which were able, after delivering cars to their

⁶⁷

Par 4.

⁶⁸

Par 29: "It was never the respondents' case that the appellant acted wrongly or unfairly or unlawfully in insisting on running the Fauna operation in accordance with its preferred way of running a car ferrying business. This means, in my judgment, that the submission by Counsel for the respondents that the appellant should have proceeded to run the Fauna business for six months or so to understand it is unsustainable... To say that the appellant should have agreed to the union's proposal to postpone the retrenchment consultations for about six months was to suggest that during that period the appellant should have run the Fauna operation the way that Kruger had run it. There is no basis in law for such a suggestion."

⁶⁹

Par 36.

⁷⁰

Eie beklemtoning.

⁷¹

Par 39.

destinations e.g. dealers, to collapse and carry freight on their return trip. This way of running the appellant's business left the second and further respondents with no work. Incontestably the fact that an employer has no work itself to give to workers to perform is a fair reason to dismiss.

Die werkgewer, Forecourt, het wel aan die werknemers van Fauna die opsie gegee om onder 'n subkontraakteur of onder die arbeidsmakelaar te werk. Hierdie aanbod is egter van die hand gewys. Regter Zondo het egter geen simpatie teenoor die werknemers getoon nie; hy was van mening dat hulle die "author of their own misfortune" was.⁷² Die rede hiervoor is dat die werknemers 'n redelike alternatiewe pos van die hand gewys het en hulle ook self blootgestel het aan die risiko om hulle skeidingspakkette te verbeur.⁷³

In die Arbeidshof was Regter Zilwa van mening dat die werkgewer nie genoegsaam aandag aan moontlike alternatiewe tot ontslag gegee het nie en dat die werkgewer nie billike seleksiekriteria toegepas het nie. Gebaseer op hierdie argument, bevind Regter Zilwa dat die ontslag onbillik was. Regter Zondo het op appèl daarenteen in die guns van die werkgewer beslis en dit as volg gemotiveer:⁷⁴

There can be no doubt that as a general rule an employer has a right to choose the way in which he will run his business provided that, in so far as workers are concerned, he... consults with them or their representatives as contemplated by s189 of the Act if he contemplates dismissing them for operational requirements.

Regter Zondo het in hierdie verband verder na die beslissing in *NEHAWU & others v University of Pretoria*⁷⁵ verwys:

Sec 189 of the Act does envisage that the employer may come to the first consultation table with a proposal that can be said to be not only his preferred proposal but, indeed, one that he strongly views as the solution to the problem.

⁷² Par 42.

⁷³ Artikel 14(4) van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* 1997.

⁷⁴ Par 110.

⁷⁵ *NEHAWU & others v University of Pretoria* 2006 5 *BLLR* 437 (AAH) par 51.

Regter Zondo⁷⁶ het beslis dat hy daarvan oortuig was dat die appellant, Forecourt, met 'n sterk vooropgestelde idee in die konsultasieproses getree het rakende die wyse waarop hy die situasie rondom die werknemers van Fauna sou hanteer, maar dat die appellant oop was vir tot alternatiewe voorstelle tot ontslag. Die Regter⁷⁷ het verder ook beslis dat dit duidelik is, vanuit die verhoogde skeidingspakkette wat aan die werknemers uitbetaal is na ontslag, en omdat daar minder werknemers van Fauna ontslaan is as wat die appellant oorspronklik beoog het, dat die appellant aktief aan die konsultasieproses deelgeneem het. Die vakbonde was egter net geïnteresseer in die bespreking van twee probleme, naamlik skeidingspakkette en kennisgeld, die vakbonde het dus nie hul samewerking tydens die konsultasieproses getoon nie en daarom het die proses gefaal.⁷⁸

Regter Zilwa het in die Arbeidshof beslis dat die rede vir ontslag op Forecourt se behoefte aan groter winste gebaseer was. Die Regter het beslis dat die ontslag beide prosedureel en substantief onbillik was omrede Forecourt nie redes aan die werknemers voorsien het rakende die alternatiewe wat tot ontslag oorweeg is nie. Die Regter het beslis dat die ontslag substantief onbillik was omrede Forecourt nie Fauna vir 'n verdere ses maande na oornome van die onderneming op dieselfde wyse wou bestuur as wat dit aanvanklik bestuur is nie. Die Regter het dus gemeen dat Forecourt nie alternatiewe tot ontslag oorweeg het nie, en dat ontslag van die werknemers nie die laaste opsie was nie. Hierteen het Regter Zondo beslis dat die rede vir die ontslag gebaseer was op die behoefte van Forecourt om Fauna op 'n spesifieke wyse te bestuur en nie om winste te verhoog nie. Die Regter het beslis dat die ontslag prosedureel billik was omdat Forecourt aan die konsultasieproses deelgeneem het en dat dit onsuksesvolle vrugte afgewerp het weens die toedoen van die vakbond. Die Regter het verder ook beslis dat die ontslag substantief billik was omrede daar geen werk vir die

⁷⁶ Par 47.

⁷⁷ Par 47.

⁷⁸ Par 48.

werknemers van Fauna beskikbaar was nie nadat Forecourt die onderneming op 'n ander wyse begin bestuur het.

In beide die uitsprake gebruik die regters dus 'n gedeelte van die voorgeskrewe proses in plaas daarvan om die substantiewe billikheid van die ontslag te bepaal. Daar word dus gekonsentreer op die prosedurele billikheid en nie op die substantiewe billikheid van die ontslagte nie. Substantiewe billikheid handel oor die inhoud van die konsultasieproses;⁷⁹ dus, die rede wat vir die ontslag van die werknemers aangevoer word. Tydens die betrokke konsultasieproses is daar slegs gekonsentreer op die skeidingspakkette en betaling vir die kennistydperke wat die werknemers sou toeval by ontslag en nie op die werklike redes vir ontslag en billike alternatiewe tot ontslag nie. Dit blyk egter nie duidelik te wees of daar wel 'n bevordering van operasionele vereistes ten aansien van die substantiewe billikheid van ontslag was nie. In die *Afrox*-saak het Regter Froneman meer aandag aan die substantiewe redes vir die ontslag gegee, daar is egter steeds net enkele faktor in hierdie verband gelys.⁸⁰

Dismissal will [not] only be fair if used as a means of last resort... if an employer wishes to show that it considered appropriate options other than dismissal, it must present evidence to that effect and explain why it chose a particular course and not another.

Die inhoud van hierdie beslissing is baie belangrik deurdat dit die werkgewer se reg om sy besigheid na sy goeiddunke te bestuur en te bedryf beklemtoon word. Dit bevestig ook die feit dat die werkgewer sy besigheid kan herstruktureer ten einde 'n wins te wil maak of om die huidige winste te verhoog. Dit handel verder met die bewyslas op die werkgewer en die tipe getuienis wat die werkgewer moet aanbied om te bewys dat die ontslag substantief billik was.⁸¹ Die bewyslas verg van die werkgewer om aan te toon dat die ontslag op werklike en nie sogenaamde veronderstelde operasionele vereistes plaasgevind het.⁸² Die

⁷⁹ Grogan *Dismissal, Discrimination* 456

⁸⁰ Par 1728.

⁸¹ *SA Chemical Workers' Union and Others v Afrox Ltd* 1999 20 ILJ 44 (AAH).

⁸² Par 37.

voorafgaande denkproses wat die motivering vir die ontslag is, moet ten volle voor die regter geplaas word.⁸³ Die vraag is dus of die regter hier 'n toets daarstel of bloot aandui wat die werkgewer moes oorweeg het.

3.3 Prosedurele billikheid

In *Johnson & Johnson (Pty) Ltd v Chemical Workers' Industrial Union*⁸⁴ het die Arbeidshof beslis dat die verpligtinge wat op die werkgewers geplaas word deur artikel 189 van die WAV primêr van 'n prosedurele aard is. Die Hof het die volgende in hierdie verband gesê:

The ultimate purpose of section 189 is thus to achieve a *joint consensus-seeking process*. In this manner the legislature implicitly recognises the employer's right to dismiss for operational reasons, but then only if a fair process aimed at achieving consensus has failed. This is also apparent from section 189(7) which provides that the employer must select the employees to be dismissed on criteria either agreed to, or if this is not possible, on criteria that are fair and objective.⁸⁵

In hierdie verband is dit duidelik dat dit noodsaaklik is vir die werkgewer om met sy werknemers te konsulteer alvorens daar uiteindelik besluit word om die werknemers te ontslaan al dan nie. Die konsultasieproses sluit aan by substantiewe billikheid deurdat die betrokke partye 'n "*joint consensus-seeking process*" najaag.

Die essensie van prosedurele billikheid is geleë in die verpligting wat artikel 189 van die WAV op die werkgewer plaas om met die betrokke werknemers te konsulteer aangaande 'n dreigende ontslag. In *Metal Allied Workers v Hart*⁸⁶ het die Hof "konsultasie" as volg omskryf:

⁸³ Par 43.

⁸⁴ *Johnson & Johnson (Pty) Ltd v Chemical Workers' Industrial Union* 1999 20 ILJ 89 (AAH) (Hierna die *Johnson* -saak).

⁸⁵ Para 27.

⁸⁶ *Metal Allied Workers v Hart* 1985 6 ILJ 478 (NH) (Hierna die *Hart*-saak).

To consult means to take counsel or seek information or advice from someone and does not imply any kind of agreement, whereas to bargain means to haggle or wrangle so as to arrive at some agreement on terms of give and take. The term negotiate is akin to bargaining and means to confer with a view to compromise or agreement.

Artikel 189(3) van die WAV skryf voor dat 'n werkgever wat die ontslag van sy werknemers oorweeg, 'n geskrewe uitnodiging aan die betrokke partye moet rig om hulle uit te nooi om aan 'n sogenoemde "*joint consensus-seeking process*" deel te neem en om alle relevante inligting, rakende die dreigende ontslag, aan mekaar te openbaar. Hierdie kennis moet aan die werknemers en betrokke partye genoegsame tyd gee om deeglik vir die betrokke konsultasie voor te berei.⁸⁷ Hierdie konsultasieproses moet plaasvind sodra die werkgever dit oorweeg om een of meer werknemers vir operasionele vereistes te ontslaan.⁸⁸ Dus moes die besluit om werknemers te ontslaan nog nie geneem wees ten tye wat hierdie proses begin nie.⁸⁹ In *Mohamedy's v CCAWUSA*⁹⁰ is hierdie beginsel aangespreek:

An employer is not entitled to take the final decision to retrench without prior consultation with its employees or their trade union. There are several reasons for this: one of them is that the employees should be given an opportunity to persuade the employer that the retrenchment is unnecessary; that alternative measures are available to the employer, such as reduction in wages of short time.

Die versuim van die partye om oor toepaslike stappe te konsulteer om ontslag te vermy, om die aantal werknemers wat beoog word om ontslaan te word te verminder en om die tydsberekening van die ontslagte verander, sal daarop neerkom dat die ontslag van daardie werknemers ten minste prosedureel onbillik is.⁹¹

⁸⁷ Grogan *Dismissal, Discrimination* 452.

⁸⁸ Grogan *Dismissal, Discrimination* 449.

⁸⁹ Grogan *Dismissal, Discrimination* 450.

⁹⁰ *Mohamedy's v CCAWUSA* 1992 13 ILJ 1174 (AAH).

⁹¹ Grogan *Dismissal, Discrimination* 456.

3.4 Ontslagte om die winsgewendheid van onderneming te verhoog

Wanneer die werkgever dit werklik oorweeg om werknemers weens sy operasionele vereistes te ontslaan, verskuif die fokus vanaf 'n dispuut rakende belange na 'n dispuut rakende regte.⁹² Die enigste regverdigingsgronde vir die betrokke ontslag sal vanuit die werklike besigheidsbehoefte van die werkgever bewys moet word.⁹³

Daar word in die Suid-Afrikaanse reg onderskeid getref tussen dispute rakende regte en dispute rakende belange (ekonomiese belange).⁹⁴ 'n Dispuut rakende regte hou verband met 'n regsgeldige eis in terme van 'n kontrak, 'n kollektiewe ooreenkoms, 'n statuut of selfs ingevolge die gemenereg.⁹⁵ Dit is 'n reeds bestaande reg. Aan die ander kant, het 'n dispuut rakende 'n belang te make met 'n eis deur 'n party vir iets nuuts; met ander woorde, iets wat nog nie as 'n geldige reg geag kan word nie.⁹⁶

Thompson⁹⁷ is van mening dat die debat rakende operasionele vereistes veel eerder 'n ekonomiese debat as 'n debat rakende die reg is. Hy meen dat hierdie debat in die konsultasieproses moet begin en verkieslik tydens hierdie proses ook 'n uiteindelijke uitkoms moet bereik.⁹⁸ Sou hierdie proses egter 'n dooiepunt

⁹² Thompson "Bargaining, Business Restructuring and the Operational Requirements Dismissal" *ILJ* 1999 20 756.

⁹³ Thompson "Bargaining, Business Restructuring and the Operational Requirements Dismissal" *ILJ* 1999 20 756.

⁹⁴ Thompson "Bargaining, Business Restructuring and the Operational Requirements Dismissal" *ILJ* 1999 20 757.

⁹⁵ Thompson "Bargaining, Business Restructuring and the Operational Requirements Dismissal" *ILJ* 1999 20 757.

⁹⁶ Thompson "Bargaining, Business Restructuring and the Operational Requirements Dismissal" *ILJ* 1999 20 757.

⁹⁷ Thompson "Bargaining, Business Restructuring and the Operational Requirements Dismissal" *ILJ* 1999 20 760.

⁹⁸ Thompson "Bargaining, Business Restructuring and the Operational Requirements Dismissal" *ILJ* 1999 20 760.

bereik, kan die werkgewer homself op die reg beroep om sekere werknemers te ontslaan uit hoofde van sy operasionele vereistes.⁹⁹

Die herstrukturering van 'n onderneming word hoofsaaklik op die ekonomiese markte gebaseer. Die hoofdoel voor oë is om op die mededingende posisie van die onderneming te verbeter of om gelde te spaar.¹⁰⁰ Sou die ontslag van werknemers uiteindelik op die spel kom, word hulle verbied om hul magte uit te oefen (stakings en uitsluitings) om die ontslagte teen te staan; sou die ontslagte teengestaan word, moet dit aangehoor word en moet daar 'n uitspraak ingevolge daarvan gelewer word; die werkgewer sal ook aan die Arbeidshof moet bewys dat die operasionele vereistes van die onderneming die herstrukturering en gevolglike ontslag van werknemers regverdig.¹⁰¹

Thompson¹⁰² meen dat die enigste geregverdigde ontslagte, gebaseer op die herstrukturering van die onderneming, daardie ontslagte is wat aan die eksterne markte gekoppel is. Die WAV verbied egter dat die werkgewer sy werknemers ontslaan bloot om sy winste te verhoog; daar moet 'n daadwerklike operasionele behoefte aan die ontslagte gekoppel wees.¹⁰³

Die WAV verwag nie van die Howe om vas te stel of die voorgeskrewe herstruktureringsplanne suksesvol gaan wees nie, maar eerder om te beslis of daar werklik 'n billike rede vir die ontslag bestaan wat op die operasionele vereistes van die werkgewer gebaseer is.¹⁰⁴ In hierdie verband het Thompson¹⁰⁵

⁹⁹ Thompson "Bargaining, Business Restructuring and the Operational Requirements Dismissal" *ILJ* 1999 20 760.

¹⁰⁰ Thompson "Bargaining, Business Restructuring and the Operational Requirements Dismissal" *ILJ* 1999 20 761.

¹⁰¹ Thompson "Bargaining, Business Restructuring and the Operational Requirements Dismissal" *ILJ* 1999 20 762.

¹⁰² Thompson "Bargaining, Business Restructuring and the Operational Requirements Dismissal" *ILJ* 1999 20 766.

¹⁰³ Thompson "Bargaining, Business Restructuring and the Operational Requirements Dismissal" *ILJ* 1999 20 767.

¹⁰⁴ Thompson "Bargaining, Business Restructuring and the Operational Requirements Dismissal" *ILJ* 1999 20 770.

na die toets wat in die *NUMSA*-saak¹⁰⁶ neergelê is, verwys wat, volgens hom, half-korrek en half-verkeerd was:

What is at stake is not the correctness or otherwise of the decision to retrench but the fairness thereof. Fairness in this context goes further than *bona fides* and the commercial justification for the decision to retrench. It is concerned, first and foremost, with the question whether the termination of employment is the only reasonable option in the circumstances.

Thompson¹⁰⁷ is van mening dat die toets na die billikheid van 'n besluit wél verder gaan as bloot net die *bona fides* en die kommersiële regverdiging daarvan. Thompson¹⁰⁸ meen dat 'n besluit wat op 'n redelike besigheidsontleding gebaseer is, en wat tydens die konsultasieproses voorgelê is, nie as onredelik of onbillik beskou kan word as die voordele en nadele daarvan teen mekaar opgeweeg word nie. Hierteen het Thompson egter na die uitspraak in *Hendry v Adcock Ingram*¹⁰⁹ verwys:

If the employer can show that a good profit is to be made in accordance with a sound economic rationale and it follows a fair process to retrench an employee as a result thereof it is entitled to retrench. When judging and evaluating an employer's decision to retrench an employee this court must be cautious not to interfere in the legitimate business decisions taken by employers who are entitled to make a profit and who, in doing so, are entitled to restructure their business.

Daar moet verder egter ook na *Media 24 Workers' Association of SA v Independent Newspapers (Pty) Ltd*¹¹⁰ in hierdie opsig verwys word. In hierdie saak het die Respondent-uitgewer (die werkgewer) 'n nuwe redakteurstruktuur beding as gevolg van 'n verlies in opbrengste. Hierdie nuwe struktuur is tydens 'n

¹⁰⁵ Thompson "Bargaining, Business Restructuring and the Operational Requirements Dismissal" *ILJ* 1999 20 770.

¹⁰⁶ *NUMSA v Atlantis Diesel Engines (Pty) Ltd* 1993 14 *ILJ* 642 (AAH).

¹⁰⁷ Thompson "Bargaining, Business Restructuring and the Operational Requirements Dismissal" *ILJ* 1999 20 770.

¹⁰⁸ Thompson "Bargaining, Business Restructuring and the Operational Requirements Dismissal" *ILJ* 1999 20 770.

¹⁰⁹ *Hendry v Adcock Ingram* 1998 19 *ILJ* 92 (AH).

¹¹⁰ *Media Workers' Association of SA v Independent Newspapers (Pty) Ltd* 2002 23 *ILJ* 918 (AH).

konsultasieproses met die betrokke vakbonde ontwerp.¹¹¹ Die unies was egter nie gretig om hierdie nuwe struktuur te aanvaar nie; hulle was van mening dat die beoogde veranderinge deur die werkgewer eensydige verandering in die werknemers se diensvoorwaardes sou meebring. Die vakbonde het gemeen dat dit 'n situasie aan die lig sou bring wat 'n verpligting op die werkgewer sou plaas om met die betrokke werknemers en vakbonde te konsulteer en aan die kollektiewe bedingingsproses deel te neem.¹¹²

Die vakbonde het hul argument daarop gebaseer dat die werkgewer nie aan die toepassing van artikel 189 van die WAV gehoor gegee het nie, deurdat die werkgewer die vakbonde vermy het en gevolglik nie aktief aan die kollektiewe bedingingsproses deelgeneem het nie - die werkgewer het met individuele werknemers gekonsulteer.¹¹³ Hierteenoor het die werkgewer geargumenteer dat die dispuut op 'n dispuut rakende regte neerkom. Die werkgewer het voortgegaan om die besigheid volgens sy operasionele vereistes te herstruktureer wat gevolglik veranderinge in die werknemers se diensvoorwaardes meegebring het.¹¹⁴

Die Hof het in hierdie saak beslis dat die ontslag van die werknemers nie outomaties onbillik was nie omdat dit nie oor sake van gemeenskaplike belang gehandel het nie. Die Hof het bevind dat hierdie spesifieke sinsnede duidelik omskryf is in *SA Democratic Teachers' Union v Minister of Education*¹¹⁵. Die hof het in hierdie saak "sake van gemeenskaplike belang" as volg omskryf:

... to mean proposals for the creation of new rights or the diminution of existing rights. This definition conceived some matters of mutual interest also to fall within the ambit of s 189.¹¹⁶

¹¹¹ Par 2.

¹¹² Par 5.

¹¹³ Par 6.

¹¹⁴ Par 9.

¹¹⁵ *SA Democratic Teachers' Union v Minister of Education & Others* 2001 22 ILJ 2325 (AH).

¹¹⁶ Par 919.

Die Hof het beslis dat die eerste stap in hierdie saak was om die redes vas te stel vir die veranderinge in die diensvoorwaardes van die werknemers en die moontlike ontslagte wat die werknemers in die gesig gestaar het.¹¹⁷ Die Hof was oortuig en tevrede dat die betrokke redes vir die verandering in diensvoorwaardes en moontlike ontslagte van die werknemers neergekom het op die herstrukturingsbehoefte van die werkgewer op grond van sy operasionele vereistes.¹¹⁸

Die Hof het bevind dat die implementering van artikel 189 van die WAV gereeld veranderinge in die diensvoorwaardes van werknemers meegebring het.¹¹⁹ Hierdie veranderinge is slegs regverdigbaar as dit toepassing vind in die *bona fide* ontslagproses van die werkgewer en as dit as 'n alternatief tot ontslagte toegepas word.¹²⁰ Die Hof het in hierdie saak beslis dat artikel 189 van die WAV wel van toepassing was al het die werkgewer nie die ontslag van sy werknemers oorweeg nie.¹²¹

Die vakbonde het verkeerdelik hierdie dispuut as 'n dispuut rakende 'n saak van gemeenskaplike belang ingevolge artikel 187(1)(c) van die WAV beskou.¹²² Die redes hiervoor was duidelik vir die Hof: die vakbonde het op hierdie gronde gesteun omrede hul slegs geregtig is op 'n konsultasieproses ingevolge artikel 189 van die WAV.¹²³ Sou daar 'n dispuut ontstaan, moes dit deur middel van arbitrasie opgelos word.¹²⁴ Verder het die vakbonde oor geen magte beskik om hul behoeftes en belange af te dwing deur onder artikel 189 van die WAV te staak nie.¹²⁵

¹¹⁷ Par 14.
¹¹⁸ Par 15.
¹¹⁹ Par 16.
¹²⁰ Par 16.
¹²¹ Par 16.
¹²² Par 17.
¹²³ Par 18.
¹²⁴ Par 18.
¹²⁵ Par 18.

Die vakbonde het verder ook geargumenteer dat die werkgewer nie gehoor gegee het aan die beginsels van kollektiewe bedinging nie, deurdad die werkgewer met individuele werknemers gekonsulteer het en nie met die vakbonde nie.¹²⁶ Die Hof het egter beslis dat die werkgewer wel geregtig is om met werknemers op 'n individuele basis te konsulteer in die geval waar die werknemers se vakbonde weier of versuim om aan die konsultasieproses deel te neem.¹²⁷ Die Hof het uiteindelik beslis dat die vakbonde nie bewys het dat die werkgewer daardie regte van die werknemers, soos beskerm deur artikel 5 van die WAV, oortree het nie. Die saak is met kostes van die hand gewys.

Thompson¹²⁸ meen dat 'n werkgewer nie 'n werknemer kan ontslaan ten einde hom te oorreed om 'n spesifieke verpligting, rakende 'n saak van gemeenskaplike belang, te aanvaar nie.¹²⁹

Hy meen verder dat die werkgewer wel die werknemer kan ontslaan om billike redes gebaseer op operasionele vereistes. Volgens Thompson¹³⁰ kan die herstrukturering van 'n besigheid ook van die sogenaamde "sake van gemeenskaplike belang" deel uitmaak. Die proses wat Thompson¹³¹ in hierdie omstandighede voorskryf, is die konsultasieproses en die bekendmaking van inligting deur die betrokke partye aan mekaar.

In *Van Rensburg v Austen Safe Co*¹³² het die Applikant dienste aan die Respondent-werkgewer as 'n verkoops- en bemarkingsdirekteur gelewer. Die besigheid van die werkgewer was hoofsaaklik om kluisse te produseer. Die besigheid van die werkgewer was nie meer winsgewend nie en die werkgewer

¹²⁶ Par 22.

¹²⁷ Par 24.

¹²⁸ Thompson "Bargaining, Business Restructuring and the Operational Requirements Dismissal" *ILJ* 1999 20 755.

¹²⁹ A 187(1)(c) van die WAV verwys na 'n "*matter of mutual interest*".

¹³⁰ Thompson "Bargaining, Business Restructuring and the Operational Requirements Dismissal" *ILJ* 1999 20 755.

¹³¹ Thompson "Bargaining, Business Restructuring and the Operational Requirements Dismissal" *ILJ* 1999 20 755.

¹³² *Van Rensburg v Austen Safe Co* 1998 19 *ILJ* 158 (AH).

het maniere ondersoek om die winsgewendheid van sy besigheid te verhoog. Gevolglik het die werkgewer besluit om sy onderneming te herstruktureer waardeur die Respondent, tydens die konsultasieproses, 'n aanbod aan die Applikant gemaak het ingevolge waarvan die Applikant nie verder as die verkoops- en bemarkingsbestuurder nie, maar as 'n algemene bestuurder in diens sou staan. Die Applikant het hierdie aanbod aanvaar. Vier dae later het die Respondent die aanbod teruggetrek wat tot gevolg gehad het dat die Applikant se pos oortollig was. Die Applikant is onmiddellik daarna ontslaan.

Op verhoor by die Arbeidshof het die Regter beslis dat, hoewel die werknemer geregtig is op billike arbeidspraktyke, 'n werknemer nie oor die reg beskik om onbepaald in diens van 'n werkgewer te staan nie. Die werkgewer is geregtig om die aktiwiteite van sy besigheid te herstruktureer soos hy goeddink. Sou die behoefte ontstaan om 'n werknemer tydens hierdie proses te ontslaan is die werkgewer geregtig om daardie werknemer te ontslaan op voorwaarde dat die werkgewer gehoor gee aan die voorskrifte van 'n billike prosedure. Die howe moet versigtig wees om nie in te meng met die regmatige besigheidsbesluite van die werkgewer nie; 'n werkgewer is daarop geregtig om winste en selfs ook groter winste te maak.

Die Hof het uiteindelik besluit dat die werknemer se weiering om die alternatiewe posisie wat die werkgewer aan hom gebied het te aanvaar, ingehou het dat die werkgewer daarop geregtig was om die aanbod van die tafel te verwyder en die werknemer uiteindelik te ontslaan. Die Hof het beslis dat die werknemer nie onbillik ontslaan is nie.

'n Onlangse voorbeeld van waar beleggers druk op die werkgewers plaas om die winsgewendheid van die besigheid te verhoog, wat tot die uiteindelige ontslag van werknemers ly, is die besigheidsoorname van Cadbury's in Brittanje deur die

Amerikaanse groep Kraft in 2010.¹³³ Tydens hierdie oornam is 'n fabriek in Somerdale toegemaak en sommige van die werknemers is na die Cadbury's fabriek oorgeplaas waar hulle heeldag eentonige take in die produksielyn van Bournville-sjokolades verrig het. Carol Greene, 'n 60-jarige vrou wat by die Cadbury's fabriek vanaf die ouderdom van 16 jaar werk, sê dat al meer druk op die werknemers geplaas word om vinniger produkte te lewer omdat die beleggers se strewe na groter winste dit vereis. Volgens Greene is alle sjokolade aanvanklik met die hand gemaak en toegedraai en die werksomstandighede was jare gelede veel rustiger. Victor Fulford het die volgende in hierdie verband gesê:

It's been a busy year. We just hope the sales are alright, but we never know. There's more pressure on us now to get more eggs out. They want everything to get faster and faster. They've got six robots now where we used to have six people, and they have one person running it.

Volgens Emily Dugan kan Kraft nie sekerheid aan die werknemers voorsien dat hulle na Maart 2012 steeds in diens van die maatskappy sal wees nie. Hieruit is dit duidelik dat daar, net soos in hierdie geval, talle gevalle bestaan waarin die beleggers druk op maatskappye plaas om hul winsgrense te verhoog ten koste van die werknemers se werksekerheid. Hierdie winsgrense word verhoog deur die implementering van nuwe tegnologie om die produksie van sekere goedere te bespoedig en sodoende groter winste te maak; uiteindelik betaal die werknemers die duurste prys.

Twine¹³⁴ meen dat daardie tegnologie wat in die werksplek geïmplementeer word dikwels die take verrig wat eentonig, gevaarlik en morsig is. Die tegnologie verrig dus daardie take wat werknemers nie wil verrig nie. Volgens Twine¹³⁵ verleen tegnologie 'n mededingende faktor aan die handelsbedryf wat talle lande, soos

¹³³ <http://www.independent.co.uk/life-style/food-and-drink/news/the-eggs-roll-by-but-life-at-bournville-has-a-darker-side-2269018.html> (gebruik op 29 Junie 2011).

¹³⁴ Twine "Technology takes on Labour" *Intelligence* 1996 9 17.

¹³⁵ Twine "Technology takes on Labour" *Intelligence* 1996 9 18.

Suid-Afrika, moet nastreef ten einde 'n universele mededinger te word. Twine¹³⁶ meen dat die vrees om verandering te ondergaan die grootste vyand van die implementering van nuwe tegnologie in die werksplek is. Hy meen dat die mens 'n natuurlike vrees het dat hy sy gemaklike sal moet inboet, sou nuwe tegnologie in die werksplek geïmplementeer word.¹³⁷ Twine het uiteindelik in hierdie verband die volgende te sê gehad:

Technology will, therefore, be perceived as a threat by the ignorant, the untrained and the under-utilised. They need to be shown how technology will allow them to do more, rather than less, and be shown the potential benefits and rewards that accrue with the positive implementation of technology.¹³⁸

Wanneer daar na gevalle verwys word waar die werkgewer bloot werknemers ontslaan om sy besigheid meer winsgewend te maak, deur byvoorbeeld die implementering van nuwe tegnologie wat werknemers kan vervang, kan daar na Regter Zondo se uitspraak in *NUMSA v Fry's Metals (Pty) Ltd*¹³⁹ verwys word:

That argument has no statutory basis in our law. This is so because all that the Act refers to, and recognizes, in this regard is an employer's right to dismiss for a reason based on its operational requirements without making any distinction between operational requirements in the context of a business the survival of which is under threat and a business which is making profit and wants to make more profit.¹⁴⁰

In hierdie saak het die Respondent 'n groep konsultante aangestel om die produktiwiteit en produksiemetodes van sy onderneming te ontleed. Die verslag wat deur hierdie konsultante opgestel is, is aan die vakbonde en aan die vakbondvertegenwoordigers voorgelê. Sekere voorstelle is tydens hierdie konsultasieproses gemaak, wat ingesluit het dat die werknemers nou in twee daaglikse skofte verdeel sou word en dat die bestaande voertuigtoelaag weggeneem word. Die werkgewer het aanvanklik beoog dat die betrokke partye

¹³⁶ Twine "Technology takes on Labour" *Intelligence* 1996 9 18.

¹³⁷ Twine "Technology takes on Labour" *Intelligence* 1996 9 18

¹³⁸ Twine "Technology takes on Labour" *Intelligence* 1996 9 18

¹³⁹ *NUMSA & Others v Fry's Metals (Pty) Ltd* 2005 26 *ILJ* 689 (HHA).

¹⁴⁰ Par 32-33.

oor hierdie bepalings onderhandel en dat dit deel sou vorm van 'n kollektiewe ooreenkoms. Die beoogde ooreenkoms is egter nooit gesluit nie. Die werkgewer het uiteindelik besluit dat daardie werknemers wat nie instem tot die betrokke voorstelle nie, ontslag in die gesig sou staar. Die werkgewer het voortgegaan en die nodige kennisgewings van beëindiging van dienste uitgereik.

Die vakbonde het die Arbeidshof genader met 'n aansoek om 'n interdik teen die werkgewer wat die werknemers wou ontslaan weens hul weiering om gehoor te gee aan die werkgewer se behoeftes rakende die implementering van 'n tweeskofstelsel en die terugtrekking van die vervoertoelaag. Die werkgewer het egter die argument van die vakbond teengestaan deur aan te voer dat die beoogde ontslagte op sy operasionele vereistes gebaseer is. Die Arbeidshof het in die guns van die vakbond beslis. Op appèl het die Arbeidsappèlhof egter die beslissing van die Arbeidshof ter syde gestel. Die Arbeidsappèlhof het beslis dat die beoogde ontslagte wel op die operasionele vereistes van die werkgewer gegrond was. Regter Zondo het die volgende in hierdie saak gesê:¹⁴¹

There is a distinction between a dismissal for a reason based on operational requirements and a dismissal the purpose of which is to compel an employee or employees to accept a demand in respect of a matter of mutual interest between employer and employee. The distinction relates to whether the dismissal is effected in order to compel the employees to agree to the employer's demand which would result in the dismissal being withdrawn and the employees being retained if they accept the demand or whether it is effected finally so that, in a case such as this one, the employer may replace the employees permanently with employees who are prepared to work under the terms and conditions to meet the employer's requirements.

Alhoewel die hof in hierdie saak gemeen het dat die werkgewer in die posisie was om werknemers te ontslaan in die geval waar hulle die winsgewendheid van die onderneming wil verbeter, moet daar steeds aan die vereistes van billike ontslag voldoen word. Dus moet daar steeds 'n *nexus* tussen die ontslag en die

¹⁴¹

Par 31.

werkgewer se operasionele vereistes bestaan om uiteindelik die billikheidstoets te slaag.¹⁴²

In *National Construction Building & Allied Workers' Union v Natural Stone Processors (Pty) Ltd*¹⁴³ het die Regter die volgende beslis rakende ontslagte wat op die winsmotief van die werkgewer gegrond is:¹⁴⁴

Dismissal has been described as the economic equivalent of the death sentence. In addition, retrenchment is in its nature dismissal which is not precipitated by any culpability on the part of the employee. It is for these reasons that the legislature has seen it fit to attach stringent and peremptory requirements to be strictly followed if a retrenchment exercise is to pass muster. This is not to take away the management prerogative to restructure its business enterprise. That prerogative remains intact even in the present non-typical circumstances where the retrenchment exercise seems to have been fuelled by the arrival of happy times for the company as opposed to the usual case where the enterprise itself resorts to retrenchment to protect its own survival. It is possible however that an employer in the happy position of the respondent should be adjudged by a relatively stricter standard in relation, for example, to its failure to consider seemingly achievable in-service training of its long serving employees in circumstances where, on the probabilities, it could easily have afforded to do so. Needless to say such a standard should not be so stringent as to stray outside the already elaborate requirements set out in section 189 of the Act.

In *Insurance & Banking Staff Association v SA Mutual Life Assurance Safe Co*¹⁴⁵ het die werkgewer sy werknemers ontslaan op grond van beweerde operasionele vereistes. Die Respondent het aangevoer dat die afdeling waarin die Applikante werkzaam was nie voldoende presteer het ten aansien van dienslewering nie en dat die Respondent die hele struktuur van die bank wou verander.

Die Applikante het geweier om deel te neem aan die konsultasieproses. Hierdie proses was noodsaaklik omdat die Respondent die Applikante deur hierdie

¹⁴² Du Toit "Business Restructuring" *ILJ* 2005 26 606.

¹⁴³ *National Construction Building & Allied Workers' Union v Natural Stone Processors (Pty) Ltd* 2000 21 *ILJ* 1405 (AH).

¹⁴⁴ Par 17.

¹⁴⁵ *Insurance & Banking Staff Association v SA Mutual Life Assurance Safe Co* 2000 21 *ILJ* 386 (AH).

proses in nuwe posisies binne die nuut gestruktureerde afdeling wou plaas. Gevolglik is die Applikante twee maande kennis gegee van die beëindiging van hulle dienste.

Die Hof het die volgende in hierdie saak te sê gehad:¹⁴⁶

... in cases such as the present one, it is the substantive and not the procedural fairness that has to be the ultimate arbiter. Where an employer contemplates restructuring that would have the effect in the form of changes to working conditions, the employer generally believes that the business survival is dependent on a change to work conditions or practices and procedures. Here there is no immediate attendant need to retrench. However, a consequence of such an action would be that the employees and their representatives will vigorously oppose such changes to the working conditions. The change process must, therefore, begin with negotiation or consultation. The imperative to dismiss will only arise if consultation fails, and not before. If consultation does fail, and if the employer can show factors outside its control warrant a particular change, a case for operational requirements dismissal can be made... the LRA simply does not allow the employer to dismiss individuals for operational reasons in order to 'boost' the employer's financial position; the employer must show something qualitatively more, i.e. the operational necessity.

Vanuit hierdie aanhaling is dit duidelik dat die werkgewer die ontslag van sy werknemers kan oorweeg in die geval waar die konsultasieproses misluk. In die geval waar die werkgewer uiteindelik besluit om sy werknemers te ontslaan, moet die betrokke ontslag gebaseer word op die werklike operasionele behoeftes van die werkgewer.

Die Hof het uiteindelik beslis dat die Respondent gepoog het om 'n klassieke vorm van ontslag te vermom as herstrukturering van die organisasie op grond van swak dienslewering binne die betrokke afdeling. Die uiteindelige besluit van die Respondent om die Applikante te ontslaan was nie op 'n kommersiële of op 'n operasionele basis regverdigbaar nie. Verder het die proses van ontslag nie by die konsultasieproses begin nie. Die Hof het dus beslis dat die redes vir die ontslag nie billik was nie. Die Hof het egter beslis dat die prosedure wat die

¹⁴⁶

Par 398.

Respondent gevolg het wél billik was in die sin dat die Applikante geweier het om deel te neem aan die konsultasieproses. Omdat die Applikante nie weer in diens gestel wou word nie, het die Hof beslis dat die Respondent aan hul twaalf maande se vergoeding moes betaal.

3.5 Ontslag weens operasionele vereistes tydens Artikel 197-oordrag

Rakende situasies waar die werkgewer werknemers op grond van operasionele vereistes ontslaan, in die geval waar 'n besigheid in terme van artikel 197 van die WAV oorgeneem word, meen Bosch¹⁴⁷ dat dit makliker sal wees om die vraag, na wat op operasionele vereistes in hierdie gevalle sou neerkom, te beantwoord as dit vanuit die perspektiewe van die ou werkgewer ontleed word. Bosch¹⁴⁸ het na die uitspraak in *Western Cape Workers' Association v Halgang Properties CC*¹⁴⁹ verwys waar die Hof bepaal het dat die ou werkgewer nie werknemers kan ontslaan weens redes gebaseer op die beoogde operasionele vereistes van die nuwe werkgewer voordat 'n artikel 197-oordrag nie plaasgevind het nie. Bosch¹⁵⁰ het gemeen dat daar wel geargumenteer kan word dat die ontslagte gebaseer kan word op operasionele vereistes in die gevalle waar ontslag van die werknemers 'n voorvereiste vir die oordrag van die besigheid is, of in die geval waar die ou werkgewer 'n beter prys vir sy besigheid wil beding. Volgens Bosch moet daar na die Engelse reg in hierdie verband verwys word. Regulasie 5 van die *English Transfer of Undertakings Regulations*¹⁵¹ bepaal:

- (2) ... on the completion of a relevant transfer-
- (a) all the transferor's rights, powers, duties and liabilities under or in connection with [an employment] contract shall be transferred by virtue of this Regulation to the transferee; and

¹⁴⁷ Bosch "Operational Requirements Dismissals and Section 197 of the Labour Relations Act: Problems and Possibilities" *ILJ* 2002 23 647.

¹⁴⁸ Bosch "Operational Requirements Dismissals and Section 197 of the Labour Relations Act: Problems and Possibilities" *ILJ* 2002 23 647.

¹⁴⁹ *Western Cape Workers' Association v Halgang Properties CC* 2001 22 *ILJ* 1421 (AH).

¹⁵⁰ Bosch "Operational Requirements Dismissals and Section 197 of the Labour Relations Act: Problems and Possibilities" *ILJ* 2002 23 648.

¹⁵¹ Van 1981.

- (b) anything done before the transfer is completed by or in relation to the transferor in respect of that contract or a person employed in that undertaking or part shall be deemed to have been done by or in relation to the transferee.
- (3) Any reference in paragraph (1) or (2) above to a person employed in an undertaking or part of one transferred by a relevant transfer is a reference to a person so employed immediately before transfer...

Bosch¹⁵² het verder ook na Regulasie 8 verwys wat die volgende bepaal:

- (1) Where, either before or after a relevant transfer, any employee of the transferor or transferee is dismissed, that employee shall be treated for the purposes of [legislation relating to unfair dismissal] as unfairly dismissed if the transfer or reason connected with it is the reason or principle reason for his dismissal.
- (2) Where an economic, technical or organisational reason entailing changes in the workforce of either the transferor or the transferee before or after a relevant transfer is the reason or principle reason for dismissing an employee-
 - (a) paragraph (1) above shall not apply to his dismissal; but
 - (b) ... the dismissal shall... be regarded as having been for a substantial reason of a kind such as to justify the dismissal of an employee holding the position which the employee held.

Verder bepaal artikel 4 van die *European Council Acquired Rights Directive*¹⁵³ dat:

- (1) The transfer of an undertaking, business or part of a business shall not in itself constitute grounds for dismissal by the transferor or the transferee. The provision shall not stand in the way of dismissals that may take place for economic, technical or organisational reasons entailing changes in the workforce.

Volgens Bosch¹⁵⁴ is die ooreenkomste tussen die Suid-Afrikaanse reg en die Engelse reg in hierdie opsig duidelik. Bosch¹⁵⁵ meen dat ons in Suid-Afrika moet handel soos die arbiters in Engeland ten aansien van die bepaling of die

¹⁵² Bosch "Operational Requirements Dismissals and Section 197 of the Labour Relations Act: Problems and Possibilities" *ILJ* 2002 23 648.

¹⁵³ Van 1977.

¹⁵⁴ Bosch "Operational Requirements Dismissals and Section 197 of the Labour Relations Act: Problems and Possibilities" *ILJ* 2002 23 648.

¹⁵⁵ Bosch "Operational Requirements Dismissals and Section 197 of the Labour Relations Act: Problems and Possibilities" *ILJ* 2002 23 649.

werknemers weens operasionele vereistes tydens die oordrag van 'n besigheid ontslaan kan word. Die arbiters in Engeland maak gebruik van Regulasie 8(2) om vas te stel wat die werklike operasionele vereistes van die werkgever is.¹⁵⁶

Bosch¹⁵⁷ is van mening dat die Suid-Afrikaanse howe tradisioneel huiwerig is om te diep ondersoek na die werkgever se operasionele vereistes in te stel omdat die howe nie die kommersiële of besigheidsdoeltreffendheid van die werkgever se besluit wil bevraagteken nie. 'n Besluit om werknemers te ontslaan vir operasionele vereistes word oor die algemeen as substantief billik geag op voorwaarde dat die ontslag operasioneel en kommersieel regverdigbaar is, in verhouding met die rasonale gronde wat aan die lig gekom het tydens die konsultasieproses.¹⁵⁸ Die Arbeidsappèlhof is van mening dat ontslagte wat op die operasionele vereistes van die werkgever gebaseer is, beoordeel moet word teen die billikheidstandaarde wat effek gee aan die werknemer se reg om slegs ontslaan te word vir 'n billike rede en in die belang van sy dienslewering.¹⁵⁹ Hierdie regte van die werknemer moet egter opgeweeg word teen die behoefte van die werkgever om besluite te neem rakende die beste belange van sy besigheid.¹⁶⁰ Bosch¹⁶¹ meen dat die howe die omvang van die betekenis van operasionele vereistes binne die konteks van artikel 197 van die WAV moet beperk, juis omdat die howe huiwerig is om die besluit van die werkgever te bevraagteken in gevalle wat te make het met die winsgewendheid en belange van die werkgever se besigheid. Bosch¹⁶² meen dat dit belangrik is om daarna te verwys dat aanspreeklikheid die nuwe werkgever toeval in die geval waar die ou

¹⁵⁶

Ibid.

¹⁵⁷

Bosch "Operational Requirements Dismissals and Section 197 of the Labour Relations Act: Problems and Possibilities" *ILJ* 2002 23 642.

¹⁵⁸

Bosch "Operational Requirements Dismissals and Section 197 of the *Labour Relations Act: Problems and Possibilities*" *ILJ* 2002 23 643.

¹⁵⁹

Bosch "Operational Requirements Dismissals and Section 197 of the *Labour Relations Act: Problems and Possibilities*" *ILJ* 2002 23 643.

¹⁶⁰

Bosch "Operational Requirements Dismissals and Section 197 of the *Labour Relations Act: Problems and Possibilities*" *ILJ* 2002 23 643.

¹⁶¹

Bosch "Operational Requirements Dismissals and Section 197 of the *Labour Relations Act: Problems and Possibilities*" *ILJ* 2002 23 643.

¹⁶²

Bosch "Operational Requirements Dismissals and Section 197 of the *Labour Relations Act: Problems and Possibilities*" *ILJ* 2002 23 643.

werkgewer sy werknemers op 'n onbillike wyse ontslaan het. Die nuwe werkgewer kan aanspreeklik gehou word vir die betaling van vergoeding aan hierdie werknemers of herindiensname van die betrokke werknemers.¹⁶³ Dit is daarom van die uiterste belang vir die nuwe werkgewer om te verseker dat ontslagte wat deur die ou werkgewer uitgevoer is op 'n billike wyse plaasgevind het ten einde enige aanspreeklikheid te vermy.¹⁶⁴ Ten einde te verseker dat die doel van artikel 197 nagestreef word, moet die houe die aard van die redes vir ontslag binne konteks deeglik ondersoek¹⁶⁵

4. Die Engelse reg

Met verwysing na die Engelse reg sal daar spesifiek gekonsentreer word op die substantiewe billikheid van ontslagte van werknemers. Die term “retrenchment” vorm nie deel van die Engelse reg nie; daar word eerder na “dismissal” of “redundancy” verwys.¹⁶⁶ In die Engelse reg word daar voorsiening gemaak vir drie kategorieë van “redundancy”: oordrag van besigheid, verandering of verskuiwing van die plek van besigheid en surplus werknemers in vergelyking met die werkgewer se besigheidsvereistes.¹⁶⁷ *Prima facie* is “redundancy” 'n billike rede vir ontslag in die Engelse reg.¹⁶⁸ In *Ireland Frozen Foods v Jones*¹⁶⁹ het die Hof die volgende opmerking in hierdie verband gemaak:

¹⁶³ Bosch “Operational Requirements Dismissals and Section 197 of the *Labour Relations Act: Problems and Possibilities*” *ILJ* 2002 23 643.

¹⁶⁴ Bosch “Operational Requirements Dismissals and Section 197 of the *Labour Relations Act: Problems and Possibilities*” *ILJ* 2002 23 643.

¹⁶⁵ Bosch “Operational Requirements Dismissals and Section 197 of the *Labour Relations Act: Problems and Possibilities*” *ILJ* 2002 23 657.

¹⁶⁶ Breitenbach “Aspects of the South African Law on Retrenchment in the Light of English Labour Standards” *ILJ* 1990 11 1204.

¹⁶⁷ Breitenbach “Aspects of the South African Law on Retrenchment in the Light of English Labour Standards” *ILJ* 1990 11 1204.

¹⁶⁸ Breitenbach “Aspects of the South African Law on Retrenchment in the Light of English Labour Standards” *ILJ* 1990 11 1204.

¹⁶⁹ *Ireland Frozen Foods v Jones* 1982 *IRLR* 439.

... the decision to dismiss the employee fell within the band of reasonable responses which a reasonable employer might have adopted.¹⁷⁰

In *Williams v Compair Maxam*¹⁷¹ het Regter Browne-Wilkinson die posisie as volg uiteengesit:

There is a generally accepted view in industrial relations that, in cases where the employees are represented by an independent union recognised by the employer, reasonable employers will seek to act in accordance with the following principles:¹⁷²

1. The employer will seek to give as much warning as possible of impending redundancies so as to enable the union and the employees who may be affected to take early steps to inform themselves of the relevant facts, consider possible alternative solutions and, if necessary, find alternative employment in the undertaking elsewhere.
2. The employer will consult the union as to the best means by which the desired management result can be achieved fairly and with as little hardship to the employees as possible. In particular, the employer will seek to agree with the union the criteria to be applied in selecting the employees to be made redundant. When a selection has been made in accordance with those criteria.
3. Whether or not an agreement as to the criteria has been agreed with the union, the employer will seek to establish criteria for selection which as far as possible do not depend solely on the opinion of the person making the selection but can be objectively checked against such things as attendance record, efficiency at the job, experience or length of service.
4. The employer will seek to ensure that the selection is made fairly in accordance with these criteria and will consider any representations which the union may make as to such selection.
5. The employer will seek to see whether instead of dismissing an employee he could offer him alternative employment.

... not all these factors are present in every case since circumstances may prevent one or more of them being given effect to... The basic approach is that, in the unfortunate circumstances that necessarily attend redundancies, as much as is reasonably possible should be done to mitigate the impact on the work force and satisfy [the tribunal] that the selection has been made fairly and not on the basis of personal whim.¹⁷³

¹⁷⁰ Par 442.

¹⁷¹ *Williams v Compair Maxam* 1982 IRLR 83.

¹⁷² Par 70.

¹⁷³ Par 87.

Dit is slegs riglyne en nie reëls nie; daar word slegs 'n aanduiding gegee van die verskillende faktore wat in ag geneem moet word tydens die beslissing van die billikheid van ontslag.¹⁷⁴ Sou 'n werkgewer nie aan een van die bogenoemde faktore voldoen het nie, is dit nie *prima facie* bewyse dat die ontslag onbillik was nie.¹⁷⁵ Die Engelse reg stem in hierdie verband tot 'n groot mate ooreen met die Suid-Afrikaanse reg deurdat daar in beide lande van die werkgewer verwag word om met die betrokke partye of hul unies te konsulteer rakende die werkgewer se posisie en die behoefte van die werkgewer om moontlik sekere werknemers te ontslaan. By bekendmaking hiervan word daar van die partye verlang om alle alternatiewe tot ontslag te oorweeg.

In *Meyi v Ovcon (Pty) Ltd*¹⁷⁶ het die vraag na vore getree of dit steeds nodig sal wees vir die werkgewer om met die werknemers te konsulteer as ontslag, as gevolg van operasionele vereistes, die enigste opsie is. In hierdie saak het die Hof van die werknemers verlang om te bewys dat die uitkoms van die saak sou verskil het as behoorlike riglyne vir ontslagte op hul situasie toegepas is. Die werknemers kon egter nie die nodige bewyse lewer nie, en die Hof het beslis dat hul ontslag billik was. In hierdie gevalle word daar na die sogenaamde '*no difference*'-benadering verwys.¹⁷⁷

Die '*no difference*'-benadering handel oor die vraag of die werkgewer op 'n ander uitkoms sou beslis het as hy die korrekte prosedure gevolg het om die werknemers te ontslaan. As daar geen verskil in die uitkoms sou gewees het as die werkgewer gehoor gegee het aan prosedurele billikheid nie, het ons te make met die '*no difference*'-benadering.

¹⁷⁴ Breitenbach "Aspects of the South African Law on Retrenchment in the Light of English Labour Standards" *ILJ* 1990 11 1206.

¹⁷⁵ Breitenbach "Aspects of the South African Law on Retrenchment in the Light of English Labour Standards" *ILJ* 1990 11 1206.

¹⁷⁶ *Meyi & others v Ovcon (Pty) Ltd* 1988 9 *ILJ* 672 (NH) (Hierna die *Meyi*-saak).

¹⁷⁷ Grogan *Dismissal, Discrimination* 482.

Die benadering wat in die *Meyi*-saak gevolg is, het in die Engelse tribunale ontstaan. Daar is beslis is dat die werkgewer moes bewys het dat hy redelik opgetree het nie teenstaande 'n prosedurele defek, deur bewyse te lewer dat dit op 'n oorwig van waarskynlikhede redelik sou gewees het om die werknemers te ontslaan, sou hy die toepaslike prosedurele stappe geneem het.¹⁷⁸

Hierdie benadering is egter later deur die Engelse hofe verwerp. Dit is belangrik om daarna te verwys dat die nuwe Acas Code of Practice on Disciplinary and Grievance Procedures op 6 April 2009 ingestel is. Volgens Guy Guinan¹⁷⁹ sal die sogenaamde 'Polkey'-beginsel hierdeur herleef word. Die term 'Polkey' verwys na die saak *Polkey v AE Dayton Services Ltd 1998*. In hierdie saak was die eiser, Polkey, 'n vragmotorbestuurder. Die werkgewer het besluit om sy onderneming te herstruktureer deur verkoopsmanne aan te stel om die vragmotors te bestuur en verkope van hul produkte te hanteer. Polkey was egter 'n ongeskikte kandidaat as moontlike verkoopsman en is gevolglik ontslaan. Geen konsultasies het egter die ontslag voorafgegaan nie. 'n Eis op grond van onbillike ontslag is ingestel teen die werkgewer deurdat hy versuim het om met die werknemer te konsulteer alvorens hy hom ontslaan het. Die werkgewer het die eis teengestaan deur te argumenteer dat die konsultasieproses vertragend sou wees omdat die werknemer in elk geval ontslaan sou word al het behoorlike konsultering plaasgevind. Die werkgewer het dus in hierdie geval gesteun op die sogenaamde 'no difference'-beginsel. Op verhoor het die House of Lords beslis dat prosedurele billikheid 'n integrale deel vorm van die statutêre toets om billikheid van ontslag vas te stel. Hierdie beslissing het 'n einde gebring aan die sogenaamde 'no difference'-beginsel. Met die Polkey-uitspraak is daar uiteindelik beslis dat hierdie 'no difference'-beginsel geen plek in die Engelse Reg het nie behalwe in gevalle waar dit in totaliteit onnodig sou wees om die ontbrekende prosedure uit te voer ten einde tot dieselfde uitkoms te kom.

¹⁷⁸ Grogan *Dismissal, Discrimination* 482.

¹⁷⁹ Guinan G 2009 <http://www.personneltoday.com>.

Daar is egter verder ook geen plek in ons reg wat vereis dat ontslag beide prosedureel en substantief billik moet wees vir hierdie beginsel nie, omdat dit indruis teen die openbare beleid ten aansien van die riglyne vir ontslag en teen die doel van die prosedurele riglyne.¹⁸⁰ In hierdie verband kan daar verwys word na *Food and General Workers' Union and Others v Irvin and Johnson Ltd*¹⁸¹. In hierdie saak het die Respondent met die meerderheidsvakbond, FAWU, gekonsulteer ten aansien van moontlike ontslagte.

Hierdie konsultasies het oor 'n tydperk van vier dae plaasgevind. Op die derde dag van konsultasies het die Respondent 'n brief ontvang van die eerste Applikant waarin daar beweer is dat hierdie Applikant namens die ander applikante optree en wens om namens sy lede aan die konsultasieproses deel te neem. Die Respondent het op hierdie brief gereageer deur aan die eerste Applikant uit te wys dat FAWU die meerderheidsvakbond was en dat daar reeds met FAWU gekonsulteer is. Die Applikant het ook uitgewys dat daar verder met FAWU gekonsulteer sal word en dat hul geen rekord daarvan gehad het dat die Respondente twee tot ses lede van die eerste Applikant was nie. Verder het die Respondent die eerste Applikant daarvan verwittig dat die tweede Applikant ingestem het tot verteenwoordiging deur FAWU en dat hy tevrede was met die uitkoms soos onderhandel deur die partye.

Daar is uiteindelik besluit dat die eerste Applikant genoegsame tyd gehad het om die Respondent op 'n vroeër geleentheid te nader ten aansien van die konsultasies en nie twee weke nadat die proses reeds begin het nie. Verder is beslis dat konsultasies met die meerderheidsvakbond genoegsaam was omrede die tweede Applikant, as die verteenwoordiger van die lede van daardie vakbond werkzaam by die betrokke onderneming, daartoe ingestem het.

¹⁸⁰ Grogan *Dismissal, Discrimination* 483.

¹⁸¹ *Food and General Workers' Union, R Nkosi, K Nofemele, Y Nkozwana, E Totana and E Mtulu v Irvin and Johnson Ltd* 159 1998 (AH).

Wat ons dus uit die Engelse Reg kan leer, is dat die '*no difference*'-benadering geen toepassing in ons reg kan vind nie. 'n Werkgewer kan nie vooraf bepaal wat die uitkoms van die konsultasieproses gaan wees nie. Die werkgewer is verplig om aan die konsultasieproses deel te neem weens prosedurele en substantiewe billikheidsdoeleindes.

5. Aanbevelings

Ingevolge artikel 23 van die *Grondwet* het elkeen die reg op billike arbeidspraktyke. Dit is ook die geval by die ontslag van werknemers. Alhoewel artikel 188 van die WAV voorsiening maak vir die ontslag¹⁸² van werknemers, gegrond op die operasionele vereistes van die werkgewer¹⁸³, moet hierdie ontslag steeds billik wees in proses en in substansie.¹⁸⁴

Die toets vir billikheid van ontslagte is objektief van aard deurdat die werkgewer moet bewys dat alle redelike alternatiewe om ontslag te vermy oorweeg, en selfs geïmplementeer is, alvorens die werkgewer uiteindelik sekere werknemers kan ontslaan. Daarom maak die WAV voorsiening vir die konsultasieproses wat enige ontslagte weens operasionele vereistes moet voorafgaan. Manamela¹⁸⁵ meen dat hierdie proses hoofsaaklik formeel, oftewel prosedureel, van aard is, maar dat die doel agter die proses egter substantief van aard is. Die doel van artikel 189 van die WAV is om te verseker dat die uiteindelige besluit om werknemers te ontslaan in terme van die werkgewer se operasionele vereistes regverdigbaar is.¹⁸⁶

In die betrokke studie is ons gekonfronteer met situasies waar die werkgewer sy werknemers weens tegnologiese herstrukturering ontslaan met die uiteindelige doel om sy besigheid se winsgrense te verhoog en uiteindelik meer mededingend te wees. In hierdie gevalle moet die howe egter 'n strenger toets toepas om vas te stel of die redes vir ontslag werklik billik was. Die basiese

¹⁸² Ontslag is daarop gemik om werknemers te verminder omdat die werkgewer geen nut meer vir 'n groot aantal werknemers het nie. Ontslag vind in hierdie gevalle gewoonlik plaas wanneer die dienste van die werknemers nie meer vir die werkgewer van belang is nie en dit op die besparing van kostes gemik word.

¹⁸³ A 213 van die WAV definieer operasionele vereistes as “ekonomiese, strukturele, tegnologiese en ander redes”.

¹⁸⁴ Grogan meen in hierdie verband dat die billikheidsbeginsels gevind word in die *bona fide* redes vir ontslag.

¹⁸⁵ Manamela “The duty on the employer to consult” *SA Merc LJ* 2000 12 162.

¹⁸⁶ Manamela “The duty on the employer to consult” *SA Merc LJ* 2000 12 162.

beginsels rakende die toets om billikheid van ontslag bly in hierdie verband egter van toepassing.

Vanuit die *Forecourt Express*-saak is dit duidelik dat daar 'n behoefte is om die toets na billikheid van ontslagte, gebaseer op tegnologiese herstrukturering, te formuleer. Volgens Regter Zondo moet die hof vasstel wat die werklike rede vir ontslag is, en of die gegewe redes vir ontslag werklik billik was. Hierteen het Regter Zilwa beslis dat die ontslag van die werknemers substantief onbillik was omdat geen alternatiewe tot ontslag oorweeg is nie en dat ontslag nie die laaste redelike opsie was nie.¹⁸⁷ Zondo¹⁸⁸ het hierteen die volgende beslis:

There can be no doubt that as a general rule an employer has a right to choose the way in which he will run his business provided that, in so far as workers are concerned, he... consults with them or their representatives as contemplated by s189 of the Act if he contemplates dismissing them for operational requirements.

Hierby sluit die beslissing in die *Van Rensburg*-saak aan deurdat die Hof in hierdie saak ook beslis het dat die hof versigtig moet wees om nie in te meng met die regmatige besigheidbesluite van 'n werkgewer nie; 'n werkgewer is geregtig om winste en selfs groter winste te maak. In dieselfde jaar het die Hof in die *Discreto*-saak die volgende beslis:¹⁸⁹

It is important to note that when determining the rationality of the employer's ultimate decision on retrenchment, it is not the court's function to decide whether it was the best decision under the circumstances, but only whether it was a rational commercial or operational decision, properly taking into account what emerged during the consultation process.

Wanneer 'n hof die billikheid van die betrokke ontslagte oorweeg, moet daar nie net beslis word dat die ontslag onbillik was op grond daarvan dat die werkgewer

¹⁸⁷ Die uitspraak in die *Numsa*-saak sluit hierby aan, asook die uitspraak in die *Algorax*-saak, deurdat daar beslis is dat billikheid van ontslagte verder gaan as *bona fides* en kommersiële regverdiging; die ontslag moet die laaste en enigste redelike opsie wees.

¹⁸⁸ Par 110.

¹⁸⁹ *SACTWU & Others v Discreto (A Division of Trump & Springbok Holdings)* 1998 19 ILJ 1451 (AAH) (Hierna *Discreto*-saak).

nie alternatiewe tot ontslag oorweeg het alvorens hy uiteindelik besluit het om die werknemers te ontslaan nie. Die toets vir die substantiewe billikheid van ontslagte weens operasionele vereistes bly daarin gefundeer dat die ontslagte operasioneel rasioneel, oftewel regverdigbaar, moes wees. Hierdie beginsel is ook in *Mamabolo v Manchu Consulting CC*¹⁹⁰ toegepas, waar beslis is dat die hof nie net kan intree omdat hy van mening is dat daar 'n alternatiewe opsie toegepas kon word buiten om die werknemers te ontslaan nie.

Billikheid van ontslag weens tegnologiese herstrukturering loop hand aan hand met ontslag weens enige ander operasionele vereistes van die werkgewer. Dit is egter noodsaaklik dat klem daarop gelê word dat hierdie ontslagte substantief en prosedureel billik van aard moet wees. Die werkgewer moet dus bewyse kan lewer dat alle prosedures ingevolge artikel 189 van die WAV gevolg is en dat die redes vir die uiteindelige ontslag billik is en werklik gegrond is op die operasionele vereistes van die werkgewer, en dat daar geen ander opsie buiten ontslag tot die werkgewer se beskikking was nie. Daar moet dus 'n objektiewe verband wees tussen die redes vir ontslag en die behoeftes van die werkgewer wat aanleiding tot die ontslag gegee het.

Die billikheidsmaatstaf is dus geleë in die vraag of die ontslagte van werknemers weens die operasionele vereistes van die werkgewer, in terme van rasionele gronde, rasioneel regverdigbaar is. In *Insurance en Banking Staff Association v SA Mutual Life Assurance Safe Co*¹⁹¹ het die Hof spesifiek die volgende in hierdie verband bepaal:

The LRA simply does not allow the employer to dismiss individuals for operational reasons in order to 'boost' the employer's financial position; the employer must show something qualitatively more, i.e. the operational necessity.

¹⁹⁰ *Mamabolo and Others v Manchu Consulting CC* 1999 20 ILJ 1826 (AH).

¹⁹¹ *Insurance en Banking Staff Association v SA Mutual Life Assurance Safe Co* 2000 21 ILJ 386 (AH).

Volgens Regter Froneman in die *Afrox*-saak moet ontslag weens operasionele vereistes die werkgewer se laaste beskikbare opsie wees. Dit hou dus gevolglik in dat daar vooraf met die werknemers gekonsulteer moet word om alle moontlike alternatiewe tot ontslag weens operasionele vereistes te oorweeg. In hierdie opsig moet daar weereens na die sogenaamde “*joint consensus-seeking process*” verwys word soos dit na vore gekom het in die *Johnson*-saak. Regter Froneman¹⁹² het hierdie sinsnede as ’n verpligting beskryf wat op die werkgewer geplaas word om te verseker dat ’n werknemer nie onbillik ontslaan word nie. Die vereistes wat die Regter verder gestel het vir die voorkoming van onbillike ontslagte is:

- Die werkgewer moet die konsultasieproses begin wanneer hy dit oorweeg om werknemers te ontslaan weens operasionele vereistes (artikel 189(1));
- Alle relevante inligting moet aan die betrokke konsulerende partye openbaar word (artikel 189(3));
- Die werkgewer moet die ander partye ’n geleentheid gee om alternatiewe tot ontslag tydens die konsultasieproses na vore te bring (artikel 189(5));
- Die werkgewer moet die gegewe alternatiewe tot ontslag oorweeg en, sou die werkgewer nie met die alternatiewe ooreenstem nie, moet hy skriftelike redes daarvoor aan die belanghebbende partye voorsien (artikel 189(6)).

Artikel 189A(19)(b) bepaal dat die ontslag in terme van rasionele gronde regverdigbaar moet wees. Hierdie bepaling voeg ’n objektiewe element tot die toets by om die billikheidsmaatstaf vas te stel. In die *Algorax*-saak het die Hof beslis dat alle alternatiewe tot ontslag tydens die konsultasieproses oorweeg moet word; daar moet verder skriftelike kennis aan die werknemers gegee word ten aansien van die opsies wat wel oorweeg is en die redes waarom ander opsies afgekeur is. Hierdie bepaling plaas gevolglik ’n verpligting op die

¹⁹² Van Zyl Rudd *The Business of Restructuring* 193.

werkgewer om die werknemers slegs as 'n laaste opsie weens operasionele vereistes te ontslaan.

Die beginsel wat Regter Nel in *NUMSA v De Beers Group Services*¹⁹³ neergelê het is van groot waarde. Die Regter het beslis dat artikel 189 en artikel 189A van die WAV saamgelees moet word en dat die oorkoepelende faktor, oftewel vereiste, is dat 'n probleemoplossing en skikking bereik moet word. Artikel 189A(19) van die WAV bepaal dat die Arbeidshof ontslag as substantief billik moet beskou as:

- Die ontslag effek moes gee aan 'n vereiste van die werkgewer wat op daardie werkgewer se ekonomiese, tegnologiese, strukturele of soortgelyke behoeftes gebaseer is;
- Die ontslag, ingevolge rasoniese gronde, operasioneel regverdigbaar was;
- 'n Daadwerklike poging aangewend is om alternatiewe tot ontslag te oorweeg;
- Die seleksiekriteria billik was.

Hierby sluit Regter Froneman se uitspraak in die *Afrox*-saak aan deurdat die Regter beslis het dat ontslag weens operasionele vereistes nie net as billik geag sal word as die werkgewer kan bewys dat ontslag sy laaste opsie was nie; die werkgewer sal ook moet bewys en verduidelik watter alternatiewe tot ontslag oorweeg is en waarom hy juis besluit het om die werknemers te ontslaan en nie eerder 'n ander opsie buiten ontslag nie. Hierdie alternatiewe kan byvoorbeeld die volgende insluit: opleiding¹⁹⁴ ten opsigte van beheer uitoefening oor die nuwe tegnologie, herstrukturering van die werksposisies van die werknemers of

¹⁹³ *NUMSA v De Beers Group Services and Another* J737/09 (AH).

¹⁹⁴ Ingevolge *General Food Industries Ltd v FAWU* 2004 7 BLLR 667 (AAH) par 554 is daar beslis: 'An essential consideration when faced with retrenchment in a restructuring exercise is whether there is work available which the affected employee can perform. If there is, then fairness would require the employer to offer such a position to the affected employee. In a case where a position is available but the employee lacks skills to perform in that position, the employer is obliged to consider any additional training that may assist the employee in achieving the level of performance required... Similarly, if the new position requires a higher performance level and the employee lacks the skills thereof, training as a means to avoid retrenchment has to be an option to consider.'

opleiding ten opsigte waarvan die werknemers saam met die nuwe tegnologie dienste verrig in die sin daarvan dat hul dienslewering tot 'n enkele taak ingekort of beperk word.

Die *nexus* tussen die redes vir ontslag en die operasionele behoeftes van die werkgewer moet billik wees. Die werkgewer moet dus bewyse lewer vir die redes vir ontslag, vir die bestaan van operasionele vereistes, dat hy wél aan die prosedurele vereistes in terme van artikel 189 van die WAV voldoen het en dat die feite waarop die ontslag gebaseer is gevolglik substantief billik is.

Daar bestaan verskillende redes, binne die konteks van tegnologiese herstrukturering, vir die ontslag van werknemers. Redes kan insluit om die onderneming van die werkgewer van finansiële agteruitgang te red, om winsgewendheid van die werkgewer se besigheid te verhoog en om die doeltreffendheidsvereistes van die onderneming te bevorder. As gevolg van hierdie operasionele behoeftes van die werkgewer is die vraag na billikheid van ontslagte, oftewel die objektiewe toets, nie alleen gesien voldoende nie. Die billikheidstoets moet toegepas word met spesifieke verwysing na die vraag of die ontslagte gebaseer op die operasionele behoeftes van die werkgewer was en of die ontslag in terme van rasonale gronde regverdigbaar was.

Hierby sluit die beslissing in *NUMSA v Fry's Metals (Pty) Ltd*¹⁹⁵ aan waar die Regter beslis het dat die WAV bloot verwysing gee aan die operasionele vereistes van die werkgewer. Volgens die Regter is daar geen spesifieke verwysing of aanduiding gemaak of hierdie vereistes verwys na gevalle waar 'n onderneming finansiële uitbranding in die oë staar en gevalle waar 'n onderneming bloot sy winste wil verhoog nie.

¹⁹⁵ *NUMSA v Fry's Metals (Pty) Ltd* 2005 26 ILJ 689 (HHA).

Bosch¹⁹⁶ meen dat die Suid-Afrikaanse howe tradisioneel huiwerig is om te diep ondersoek in te stel na die werkgewer se operasionele vereistes omdat die howe nie die kommersiële of besigheidsdoeltreffendheid van die werkgewer se besluit wil bevraagteken nie. 'n Besluit om werknemers te ontslaan weens operasionele vereistes word oor die algemeen as substantief billik geag op voorwaarde dat die ontslag operasioneel en kommersieel regverdigbaar is, in verhouding met die rasonale gronde wat tydens die konsultasieproses aan die lig gekom het.¹⁹⁷ Die Arbeidsappèlhof is van mening dat ontslagte wat op die operasionele vereistes van die werkgewer gebaseer is, beoordeel moet word teen die billikheidsstandaarde wat effek gee aan die werknemer se reg om slegs ontslaan te word vir 'n billike rede en in die belang van sy dienslewering.¹⁹⁸ Hierdie regte van die werknemer moet egter opgeweeg word teen die behoefte van die werkgewer om besluite te neem rakende die beste belange van sy besigheid.¹⁹⁹

Uiteindelik kan daar tot die gevolgtrekking gekom word dat die billikheidsmaatstaf, in die geval van ontslag weens tegnologiese herstrukturering, geleë is in die vraag of die ontslag die laaste redelike opsie was, met spesifieke verwysing na die alternatiewe tot ontslag wat oorweeg en selfs geïmplementeer is, die kommersiële regverdiging van die ontslag en die operasionele behoefte van die werkgewer om die betrokke werknemers te ontslaan.

¹⁹⁶ Bosch "Operational Requirements Dismissals and Section 197 of the Labour Relations Act: Problems and Possibilities" *ILJ* 2002 23 642.

¹⁹⁷ Bosch "Operational Requirements Dismissals and Section 197 of the *Labour Relations Act: Problems and Possibilities*" *ILJ* 2002 23 643.

¹⁹⁸ Bosch "Operational Requirements Dismissals and Section 197 of the *Labour Relations Act: Problems and Possibilities*" *ILJ* 2002 23 643.

¹⁹⁹ Bosch "Operational Requirements Dismissals and Section 197 of the *Labour Relations Act: Problems and Possibilities*" *ILJ* 2002 23 643.

BIBLIOGRAFIE

1. Literatuur

Boeke

Currie en De Waal *Bill of Rights*

Currie I en De Waal J *The Bill of Rights Handbook* 5^{de} uitg (Juta Kaapstad 2006)

Du Toit et al. *Labour Relations Law*

Du Toit D, Bosch D, Woolfrey D, Godfrey S, Rossouw J, Christie S, Cooper C, Giles G met Bosch C *Labour Relations Law: A Comprehensive Guide* 5^{de} uitg (Butterworths Durban 2006)

Grogan *Dismissal*

Grogan J *Dismissal, Discrimination and Unfair Labour Practices* 2^{de} uitg (Juta Kaapstad 2007)

Grogan *Workplace Law*

Grogan J *Workplace Law* 9^{de} uitg (Juta Kaapstad 2007)

Van Zyl Rudd *The Business of Restructuring*

Van Zyl Rudd *The Business of Restructuring* 1^{ste} uitg (Van Zyl Rudd & Associates Port Elizabeth 2008)

Skripsies en Verhandeling

Jacobs WMJ "Commercial Opportunities and Threats as Presented by Selected Provisions In South African Labour Legislation" 2004

MS Vettori "Alternative Means to Regulate the Employment Relationship in the Changing World of Work" 2005

Tydskrifte

Bosch "Operational Requirements Dismissals and Section 197 of the *Labour Relations Act*: Problems and Possibilities" *ILJ* 2002 23

Breitenbach "Aspects of the South African Law on Retrenchment in the Light of English Labour Standards" *ILJ* 1990 11

Cheadle et al. "Restructuring and Retrenchment" *Current Labour Law* 2007

Cheadle et al. "Restructuring and Retrenchment" *Current Labour Law* 2009

Du Toit D "Business Restructuring" *ILJ* 2005 26

Hirschowitz R "Technology, people and work in banking and manufacturing" *RSA* 2000 9(2) 26-28

Manamela TE "The duty on the employer to consult" *SA Merc LJ* 2000 12

Thompson "Bargaining, Business Restructuring and the Operational Requirements Dismissal" *ILJ* 1999 20

Twine "Technology takes on Labour" *Intelligence* 1996 9

2. Regspraak

Atlantis Diesel Engines (Pty) Ltd v NUMSA 1994 15 *ILJ* 1274 (A)

Buthlezi v Municipal Demarcation Board 2004 25 *ILJ* 2317 (AAH)

Chemical Workers' Industrial Union & Others v Algorax (Pty) Ltd 2003 24 *ILJ* 1917 (AAH)

CWIU and Others v Latex Surgical Products (Pty) Ltd 2006 27 *ILJ* 292 (AAH)

CWIU & others v Sopellog CC 1994 15 *ILJ* 90 (AAH)

Discovery Health Ltd v CCMA 2008 JR 2877-06 (AH)

Enterprise Foods (Pty) Ltd v Allen & Others 2004 25 *ILJ* 1251 (AAH)

Fedlife Assurance Ltd v Wolfaardt 2001 22 *ILJ* (HHA)

Food and General Workers' Union, R Nkosi, K Nofemele, Y Nkozwana, E Totana and E Mtulu v Irvin and Johnson Ltd 159 1998 (AH)

Forecourt Express (Pty) Ltd v SATAWU 2007 2 *BLLR* (AAH)

General Food Industries Ltd v FAWU 2004 25 *ILJ* 1260 (AAH)

Hendry v Adcock Ingram 1998 19 ILJ Par 92 (AH)

Insurance & Banking Staff Association v SA Mutual Life Assurance Safe Co 2000 21 ILJ 386 (AH)

Ireland Frozen Foods v Jones 1982 IRLR 439

Jansen v SATAWU 2009 JOL 23123 (KVBA)

Johnson & Johnson (Pty) Ltd v Chemical Workers' Industrial Union 1999 20 ILJ 89 (AAH)

Kylie v CCMA & Others 2008 C52-07 (AH)

Mamabolo and Others v Manchu Consulting CC 1999 20 ILJ 1826 (AH)

Media Workers' Association of SA v Independent Newspapers (Pty) Ltd 2002 23 ILJ 918 (AH)

Metal & Allied Workers' Union v Hart 1985 6 ILJ 478 (NH)

Meyi & others v Ovcon (Pty) Ltd 1988 9 ILJ 672 (NH)

Mohamedy's v CCAWUSA 1992 13 ILJ 1174 (AAH)

National Construction Building & Allied Workers' Union & Others v Natural Stone Processors (Pty) Ltd 2000 21 ILJ 1405 (AH).

NEHAWU & others v University of Pretoria 2006 5 BLLR 437 (AAH)

NUMSA v Atlantis Diesel Engines (Pty) Ltd 1993 14 ILJ 642 (AAH)

NUMSA v De Beers Group Services and Another J737/09 24 Junie 2009 (AH)

NUMSA & Others v Fry's Metals (Pty) Ltd 2005 26 ILJ 689 (HHA)

NUMSA obo members v Timken SA (Pty) Ltd 2009 6 BLLR 548 (AH)

SA Chemical Workers' Union v Afrox Ltd 1999 20 ILJ 1718 (AAH)

SACWU & others v Afrox Ltd 1999 20 ILJ 1718 (AAH)

SACTWU & Others v Discreto (A Division of Trump & Springbok Holdings) 1998 19 ILJ 1451 (AAH)

SA Democratic Teachers' Union v Minister of Education & Others 2001 22 ILJ 2325 (AH)

SATAWU v Old Mutual Life Assurance Co SA Ltd 2005 26 ILJ 000n (AH)

Tiger Food Brands Ltd t/a Albany Bakeries v Levy NO & Others 2007 28 ILJ 1827 (AH)

Van Rensburg v Austen Safe Co 1998 19 ILJ 158 (AH)

Western Cape Workers' Association v Halgang Properties CC 2001 22 ILJ 1421 (AH)

3. Wetgewing

English Transfer of Undertakings Regulations van 1981

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1996

Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995

Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997

Kode vir Goeie Praktyk ten aansien van Ontslagte gebaseer op Operasionele Vereistes Skedule 8 van die *Wet op Arbeidsverhoudinge*, 1995.

4. Internasionale instrumente

European Council Acquired Rights Directive van 1977

IAO Aanbeveling 166 van 1982

IAO Konvensie 158: Vernietiging van Dienste

5. Internetbronne

Guinan G 2009 *Return of the Polkey Principle* <http://www.personneltoday.com>
[datum van gebruik: 7 Sept 2010]