

**BILLIKE BEËINDIGING VAN DIENS IN GEVAL VAN 'N ONGELDIGE
DIENSKONTRAK**

deur

Bianca Mostert

Ter voldoening aan die vereistes daargestel vir die Graad LLM (Arbeidsreg)

Studieleier: Adv. P.H. Myburgh

Desember 2010

INHOUDSOPGAWE

Lys van afkortings	1
1. Inleiding	2
2. Die regsposisie in Suid-Afrika met betrekking tot die billike beëindiging van die dienskontrak	3
2.1 Die gemeenregtelike posisie	3
2.1.1 Die ontwikkeling	3
2.1.2 Gemeenregtelike beginsels	3
2.1.3 Die huidige posisie	4
2.1.4 Toetse wat toegepas kan word	5
2.2 Statutêre bepalings	6
2.2.1 Die noodsaak van statutêre regulering	6
2.2.2 Die WAV	7
2.3 Invloed van die Grondwet	8
2.3.1 Interpretasie van artikel 23	8
2.3.2 Ontwikkeling van die Gemenereg	9
2.3.3 Fundamentele aard van die reg op billike arbeidspraktyke	11
2.3.4 Beperking ingevolge artikel 36	13
2.4 Die rol van internasionale standaarde	15
3. Onbillike ontslag	19
3.1 Definisie van 'n werknemer	20
3.2 Substantiewe en prosedurele billike ontslag	23
3.2.1 Substantiewe onbillike ontslag	23
3.2.2 Prosedurele onbillike ontslag	24
4. Remedies	26
4.1 Statutêre remedies	26

4.2 Deliktuele (gemeenregtelike) remedies	27
4.3 Kontraktuele remedies	30
4.4 Administratiefregtelike remedies	31
5. Resente regspraak	34
5.1 Discovery Health Limited v CCMA and Others	34
5.2 Kylie v CCMA and Others en die Kylie-appèlsaak	40
6. Problematiek rondom die uitsprake	43
7. Gevolgtrekking en aanbeveling	47
Bibliografie	53

Lys van afkortings

WAV -	Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995
ILO -	International Labour Organisation
KVBA -	Kommissie vir Versoening, Bemiddeling en Arbitrasie
WBDV-	Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997

1. Inleiding

Artikel 23 van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*¹ (hierna die Grondwet) bepaal dat alle persone die reg tot billike arbeidspraktyke het. As verwesenliking hiervan vereis artikel 185 van die *Wet op Arbeidsverhoudinge*² (hierna die WAV) dat enige diensbeëindiging op grond van 'n billike rede en ingevolge 'n billike proses moet geskied.³ Alvorens daar sprake kan wees van die bepalinge vervat in die WAV, moet daar 'n dienskontrak tussen die werknemer en die werkgewer van krag wees.⁴ Tog is dit soms die geval dat onwettige en daarom ongeldige dienskontrakte tot stand kom. Dit is die geval waar die werkgewer of werknemer nie aan bepaalde statutêre vereistes voldoen wanneer 'n aanstelling gemaak word nie. Voorbeelde hiervan is onder andere in die geval van onwettige immigrante wat sonder 'n werkspermit in diens geneem is of in diens gehou word. Dieselfde geld wanneer professionele persone, wat nie aan die minimumvereistes voldoen nie, in diens geneem word. Die vraag ontstaan of daar aan die vereistes van substantiewe en prosedurele billikheid voldoen moet word as daar nie 'n geldige dienskontrak is nie.

In 'n poging om hierdie vraag te beantwoord, word die aspekte rakende die bestaan van 'n dienskontrak eerstens bespreek; tweedens volg 'n ontleding van wat onbillike ontslag behels, en derdens word gekyk na die remedies tot die beskikking van die benadeelde werknemer in 'n geval waar onbillike ontslag plaasvind. Daarna sal die teorie in die lig van onlangse regspraak, wat hierdie vraagstuk behandel, bespreek word met daaropvolgende kritiek en 'n gevolgtrekking.

1 *Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

2 *Die Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

3 Artikel 188(1) saamgelees met Artikel 189 van die WAV.

4 Volgens Basson et al: "The existence of an employment relationship is the starting point of the application of labour law rules: if there is no employment relationship between the parties, the rules of labour law do not apply to that relationship." *Essential Labour Law* 19.

2. Die regsposisie in Suid-Afrika met betrekking tot die billike beëindiging van die dienskontrak

2.1 Die gemeenregtelike posisie

2.1.1 Die ontwikkeling

Die oorsprong van die Suid-Afrikaanse gemenerereg met betrekking tot dienskontrakte is afkomstig van die *locatio conductio*-beginsel⁵ van die Romeinse reg. In die Romeinse reg was daar drie soorte *Locatio conductio* naamlik: *Locatio conductio rei*,⁶ *Locatio conductio operis*⁷ en *Locatio conductio operarum*.⁸ Die dienskontrak het ontwikkel vanuit die *locatio conductio operarum*, wat ontstaan het uit die praktyk van die verhuring van jou dienste aan 'n persoon, byvoorbeeld om 'n portret van 'n persoon te skilder.⁹

2.1.2 Gemeenregtelike beginsels

Die algemene beginsels van die gemenerereg word toegepas indien daar 'n dispuut oor die geldigheid van die dienskontrak ontstaan. Artikel 77(3) van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* 1997 verleen konkurrente jurisdiksie aan die arbeidshof en die siviele hof. Dit is belangrik om in gedagte te hou dat die gemeenregtelike dienskontrak tot 'n groot mate deur wetgewing vervang is. Tog bly die gemenerereg die basis van die regsverhouding wat deur die werknemer en werkgever geskep word. Dit is sinneloos om die gemenerereg te bespreek sonder om die statutêre bepalings wat dit weerspreek of aanvul ook te bestudeer.

5 Huur en verhuur.

6 Die huur en verhuur van 'n spesifieke ding vir betaling.

7 Kontrak van 'n onafhanklike kontrakteur.

8 Die huur en verhuur van dienste in ruil vir betaling.

9 J Grogan *Workplace Law* 20.

Statutêre bepalings verhoed sekere individue om 'n party te wees by die sluiting van 'n dienskontrak, byvoorbeeld persone wat nie landsburgers is nie, asook landsburgers wat wil kontrakteer tot onregmatige gevolg.¹⁰ Statutêre bepalings beïnvloed ook die geldigheid van dienskontrakte en kan onmoontlikheid van prestasie tot gevolg hê. Die gemeenregtelike posisie sal in hoofstuk 2.3.2 volledig bespreek word.

2.1.3 Die huidige posisie

Spesifieke tribunale vir arbeidsgeskille is deur die WAV daargestel. Verskeie redes, soos die beperkte vergoeding en die bepalings rakende die tydigte verwysing van sake na die arbeidstribunale, maak die siviele howe meer toeganklik. Die beginsel wat meer onlangs as grondslag deur ons howe gevolg word, is die opweeg van die vooruitsigte op sukses in siviele litigasie. Die siviele howe, in teenstelling met die arbeidshowe, word nie verplig om binne die 12 of 24 maande beperkte vergoeding te betaal nie.¹¹ Alhoewel daar in *Boxer Superstores Mthatha v Mbenya*¹² beslis is dat 'n verhoorhof versigtig moet wees om geskille rakende die diensverhouding aan te hoor, gebeur dit steeds dat litigante hulle op die kontraktuele remedies binne die landdroshof of hooggeregshof beroep indien 'n kontrak onregmatig beëindig word. Die hof het in die *Boxer*-saak aanbeveel dat geskille na die arbeidshof verwys moet word, wat juis om daardie rede daargestel is. Die hof het nietemin in *Old Mutual Life Assurance CO SA Ltd v Gumbi*¹³ beslis dat 'n verhoor oor ontslag, wat deel vorm van die dienskontrak wat afdwingbaar is in 'n gewone siviele hof, deel vorm van die gemenereg.¹⁴

10 Law Society of South Africa – Legal Education and Development *Labour Dispute Resolution 8*.

11 Die spesifieke bepalings rakende remedies beskikbaar vir die werknemer vervat in artikel 193 en 194 word later in hoofstuk 4, onder die opskrif “remedies” bespreek.

12 2007 8 BLLR 693.

13 2007 8 BLLR 699.

14 Law Society Of South Africa – Legal Education and Development *Labour Dispute Resolution 8*.

2.1.4 Toetse wat toegepas kan word

Daar moet eers vasgestel word of 'n persoon as 'n werknemer gedefinieer kan word (soos bespreek in paragraaf 3.1), daarna is die oudste toets vir die bestaan van 'n dienskontrak om te toets of die dienslewering onderhewig is aan die toesig- en kontroletoeets.¹⁵ Die strengste formulering van die toets hou in dat die werkgewer beheer moet uitoefen oor die werk wat deur die werknemer gedoen word en behels ook hoe die beheer uitgeoefen moet word. Probleme rakende die term “beheer” is ondervind en dit het gelei tot die formulering van 'n organisasie- of integrasietoets waardeur bepaal kan word of die betrokke persoon binne die organisasie van die werkgewer val. Onderskeid kan gemaak word tussen 'n persoon wat werk in sy of haar onafhanklike kapasiteit, en 'n persoon wat sy dienste verhuur of dienste aan 'n ander persoon lewer as deel van 'n onderneming. Die derde toets is geformuleer in *Smit v Workmen's Compensation Commissioner*¹⁶ waar verskeie faktore gesamentlik oorweeg is om tot 'n gevolgtrekking aangaande die verhouding tussen die beweerde werknemer en werkgewer te kom, alhoewel sekere faktore meer tersaaklik is rakende die dienskontrak as ander.

Die drie bogenoemde toetse is problematies en deur die howe verwerp. Die element van beheer sal byvoorbeeld belangrik bly. Die verhouding as geheel moet getoets word en 'n raamwerk moet daarom gekoppel word aan die aspekte van die verhouding ten gunste van die siening vanuit die diens self, teenoor alle ander faktore wat die bestaan van 'n ander soort kontrak of verhouding uitbeeld.

¹⁵ J Grogan *Workplace Law* 10de uitg 2009 17.

¹⁶ 1979 1 SA 52 (A).

Faktore wat tersaaklik is om die aard van die verhouding vas te stel, is byvoorbeeld die bedoeling van die partye; of die beweerde werknemer geregtig is om dienste vir ander persone te verrig wat nie sy beweerde werkgewer is nie; om vas te stel of die beweerde werkgewer die nodige middele of toerusting aan die beweerde werknemer waarmee die beweerde werknemer werk gegee het; of die betaling is vir die tyd wat daar gewerk is, en of betaling geskied as die werk voltooi is; of daar 'n persoonlike verpligting aan die kant van die beweerde werknemer is om werk te doen en of hy of sy 'n ander persoon kan nomineer om die werk vir hom of haar te verrig; en of die benoemde persoon 'n lid van die werkgewer se pensioenfonds of 'n ander fonds is. Die grondslag wat gevestig word, is dat 'n werknemer sy of haar produktiewe kapasiteit tot die beskikking van die werkgewer stel. Daarteenoor moet 'n onafhanklike kontrakteur 'n produk of die eindresultaat van sy of haar produktiewe kapasiteit lewer.

2.2 Statutêre bepalings

2.2.1 Die noodsaak van statutêre regulering

Daar bestaan 'n ongelyke verhouding tussen werkgewer en werknemer, alhoewel markkragte en kompetisie in sekere omstandighede help om te verseker dat werknemers billike vergoeding ontvang vir dienste wat gelewer is. In die meeste gevalle blyk dit dat die werknemer die werk meer nodig het as die werkgewer wat die werknemer in diens het. Die ongelykheid van die voorkontrakonderhandeling van die verhouding tussen die werkgewer en werknemer lei daartoe dat werkgewers individue teen karige salarisse in diens neem. Om die balans te herstel het die Suid-Afrikaanse parlement twee metodes geïmplementeer. Die eerste is naamlik om minimum-lone in te stel asook om minimum diensvoorwaardes¹⁷ vir 'n spesifieke klas of groep

¹⁷ *Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997 asook Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996.*

werknemers en werkgewers, of oor die algemeen, van toepassing te maak. Die tweede is dat die konsep van kollektiewe bedinging benut moet word om die diensvoorwaardes van werknemers te verbeter.

Daar moet op grond van die feite van elke saak besluit word watter wette van toepassing is en of die werknemer die voorwaardes en bepalinge van die diens verstaan. Afhangende van die omstandighede sal dit gereël word deur enige statuut of wetgewing en sal daar bepaal word of die gemenerereg toegepas kan word. In sommige gevalle kan 'n kombinasie van beide toegepas word.

2.2.2 Die WAV

Die WAV is in 1995 gepromulgeer en die belangrikste bepalinge daarvan vir doeleindes van hierdie skripsie is, soos reeds genoem, artikel 185 saamgelees met artikel 188. In *Fedlife Assurance Ltd v Wolfaardt*¹⁸ het die hof beslis dat dit die doel van die WAV is om as hulpmiddel te dien vir die gemenerereg ten opsigte van die ontslag van werknemers. Die WAV vervang nie die siviele prosedures in siviele howe ten opsigte van die kontraktuele eise nie. As 'n werknemer soos Wolfaardt argumenteer dat die ontslag onregmatig eerder as onbillik was, kan die dispuut deur 'n siviele hof aangehoor word. In dié geval het die eisbedrag wat die werknemer ingestel het op grond van skade wat deur 'n onbillike ontslag gely is, die maksimum bedrag oorskry waarvoor die arbeidshof mag beslis rakende vergoeding vir die onbillike ontslag. Gevolglik kon die eiser hom tot die siviele hof wend.

18 2001 12 BLLR 1301 (A).

2.3 Invloed van die Grondwet

Die Grondwet is betreffende twee aspekte tersaaklik vir die statutêre definisie van wat 'n werknemer is: Eerstens ten opsigte van artikel 23(1) met betrekking tot billike arbeidspraktyke, in welke geval die vraag is hoe die definisie van die WAV geïnterpreteer moet word in die lig van die omvattender betekenis in die Grondwet wat na alle persone verwys. Die tweede aspek is die feit dat die Grondwet bepaal dat internasionale standaarde en internasionale wetgewing ook toepassing moet vind. Die eerste aspek word in hierdie paragraaf bespreek, die tweede word in paragraaf 2.4 bespreek.

2.3.1 Interpretasie van artikel 23

Ten spyte van die bewoording van artikel 23(1) van die Grondwet, naamlik dat almal die reg het op billike arbeidspraktyke, word daar geredeneer dat die woord “almal” letterlik geïnterpreteer word. Cheadle¹⁹ stel voor dat die strekking van die reg se geskiktheid en toepaslikheid bepaal moet word deur inherente kwalifikasies ingevolge artikel 23, naamlik dat die reg tot billike arbeidspraktyke uitgebrei word. Die praktyke kom voor in die verhouding tussen werkers, werkgewers en organisasies.²⁰

Die hof het die term “werker” buite 'n dienskontrak meer beperkend gedefinieer in *South African National Defence Union v Minister of Defence*.²¹ Die grondwetlikheid word in die saak bevraagteken met betrekking tot die verdedigingswetgewing wat 'n beperking plaas op mense wat in die militêre basis werk ten opsigte van lidmaatskap van 'n unie. Daar is deur die weermag geargumenteer dat lede van die militêre basis nie op grond van 'n gewone

19 Cheadle “Labour Relations” in Cheadle et al. *South African Constitutional Law: The Bill of Rights* 2002 365.

20 Cheadle “Labour Relations” in Cheadle et al. *South African Constitutional Law: The Bill of Rights* 2002 365.

21 1999 4 SA 469 (CC).

dienskontrak soos dit algemeen verstaan word in diens geneem is nie, en dat hulle dus nie werknemers is soos bepaal in artikel 23 van die Grondwet nie.

Gevolgtlik kan gemeen word dat die beskerming teen onbillike arbeidspraktyke soos bepaal in artikel 23(1) van die Grondwet nie van 'n dienskontrak afhanklik is nie.²² Billike arbeidspraktyke hou verband met arbeidsverhoudinge en nie noodwendig met 'n kontrak nie. Die howe moet derhalwe die bedoelinge en die omvang van die kontrak beskou en nie die bewoording van die kontrak as sodanig nie. Die beskerming word uitgebrei na ander kontrakte, ooreenkomste en verhoudings waar werk verrig word of dienste gelewer word.

2.3.2 Ontwikkeling van die gemenerereg

Die grondwetlike era het die debat oor die toepaslike interpretasie-middele wat gebruik moet word om die oogmerk van die wetgewer te bepaal, in hofsake probeer vasstel. Die impak van die *Handves van Menseregte* op die interpretasie van die immigrasie-wetgewing word algemeen deur ons howe soos volg beskou:

It is a wholesome rule of our law which requires a strict construction to be placed upon statutory provisions which interfere with elementary rights. And it should be applied not only in interpreting a doubtful phrase, but in ascertaining the intent of the law as a whole.²³

Artikel 39(2) van die Grondwet bepaal dat, wanneer die hof wetgewing interpreteer, dit die strekking, oogmerke en gees van die *Handves van Menseregte* moet bevorder. In *Old Mutual Life Assurance CO SA v Gumbi*²⁴ asook in *Boxer Superstores: Mthatha en Andere v Mbenya*²⁵ is aanvaar dat die gemenerereg in die lig van die Grondwet met betrekking tot dienskontrakte

22 Sien bladsy 18 in die skrywe vir bespreking.

23 *City of Cape Town v Real People Housing* 77/09 ZASCA 159 2009 par 9.

24 2007 8 BLLR 699 (SCA).

25 2007 8 BLLR 639 (SCA).

uitgebrei moet word. Dit behoort die reg op 'n verhoor voor ontslag wat in gewone howe afgedwing is in te sluit.²⁶ Kritiek wat oor die twee sake uitgespreek kan word, is dat die hof gemeenregtelike regsbeginsels onnodig met die bepalings van die WAV laat kompeteer het, terwyl die statutêre bepalings in werklikheid die gemeenregtelike reëls moet troef.²⁷ Artikel 8(3) van die Grondwet vereis ontwikkeling van die gemenerereg om effek aan die Grondwet te gee waar daar nie wetgewing is wat voorsiening maak vir die omstandighede nie.

In sommige omstandighede behels die ontwikkeling van die gemenerereg dat wetgewing op 'n sekere wyse gelees word.²⁸ Inbegrepe is dat duidelikheid aan 'n definisie gegee word, deur die definisie in sekere opsigte waar dit tekort skiet, aan te vul, asook die lees van wetgewende bepalings sodat dit strook met die Grondwet.²⁹ Daar is byvoorbeeld in *MEC, Departement of Roads and Transport, Eastern Cape and Another v Giyose*³⁰ bevind dat die gemenerereg met betrekking tot die dienskontrakte in die openbare sektor ontwikkel moet word om 'n reg teen onbillike verplasing van werknemer in te sluit,³¹ ten spyte daarvan dat dié grond nie pertinent in die WAV gelys word nie. Die benadering van aanvulling is ook gevolg in *Murray v Minister of Defence*³² wat

26 Cheadle 'Current Labour Law' 2008 bl1.

27 Cheadle 'Current Labour Law' 2008 bl 3.

28 Currie en De Waal 2007 *Bill of Rights Handbook* 66.

29 Currie en De Waal 2007 *Bill of Rights Handbook* 68.

30 2008 5 BLLR 472 (E).

31 The explanation for much of this lies in our history. Before the advent of constitutional democracy different aspects of employment law were governed by the common law contract of employment, employment legislation and administrative law respectively. The development of a fair and equitable law of employment occurred on different fronts. The right to fair labour practices never found expression, pre-Constitution, in the common law contract of employment. In private employment relationships it developed under the unfair labour practice jurisprudence of the erstwhile industrial court and was later given legislative clothing in terms of the *Labour Relations Act* of 1956. Fairness was introduced and developed in public employment relationships under the rules of natural justice in administrative law in cases such as *Administrator, Transvaal and others v Zenzile and others* 1991(1) SA 21 (A) in respect of pre-dismissal hearings, and *Hlongwa v Minister of Justice, Kwa-Zulu Government* (1992) 13 ILJ 338 (D) par 16.

32 2008 6 BLLR 513 (SCA).

handel oor 'n konstruktiewe ontslag.³³ In dié saak het die werknemer nie vir beskerming ingevolge die WAV gekwalifiseer nie.³⁴ Daar kan dus geargumenteer word dat die hof die gemenereg moes uitbrei en ontwikkel binne die konteks onderhewig aan artikel 8(3)(b) van die Grondwet.³⁵

Derhalwe ontstaan die vraag of die hof die gemenereg moet ontwikkel om beskerming te bied in gevalle waar onbillike ontslag plaasvind, ten spyte daarvan dat daar geen geldige dienskontrak onderliggend aan die verhouding bestaan nie. Daar moet dus vasgestel word of arbeidsregtelike wetgewing wat in die *Handves van Menseregte* vervat is, van toepassing is op persone wat onregmatig en/of onwettig in Suid-Afrika werk.

In *NUMSA & others v Bader Bop (Pty) Ltd & another*³⁶ het die hof die belang daarvan bepaal dat, wanneer 'n statuut vatbaar is om geïnterpreteer te word, dit nie 'n beperking plaas op die Handves van Regte nie. Die hof beslis dat:

There is not to say that where the legislature intends legislation to limit rights, and where that legislation does so clearly but justifiably, such an interpretation may not be preferred in order to give effect to the clear intention of the democratic parliament. If that were to be done, however, we would need to be persuaded by careful and thorough argument that such an interpretation was indeed the proper interpretation and that any limitation caused was justifiable as contemplated by Section 36 of the Constitution.

2.3.3 Fundamentele aard van die reg op billike arbeidspraktyke

Die reg op billike arbeidspraktyke is 'n fundamentele reg en as deel van die Handves van Regte geniet dit 'n hoër status as enige onderliggende wetgewende bepalings. Daar is nie 'n duidelike aanduiding dat dit ingevolge

33 Cheadle 'Current Labour Law' 2008 1.

34 Cheadle 'Current Labour Law' 2008 3.

35 Cheadle 'Current Labour Law' 2008 3.

36 2003 24 ILJ 308 (CC).

artikel 38(1) van die *Immigrasiewet*³⁷ die statuut se bedoeling was om beperkend te wees en om persone te benadeel wat ongemagtig in diens geneem is op onbillike voorwaardes nie. Die *Immigrasiewet* benadeel nie die persoon wat die werk verrig of toestem om werk te verrig nie. Die *Immigrasiewet* bepaal nie uitdruklik dat daar 'n kontrak moet wees om die omstandighede van 'n ongemagtigde persoon te bepaal nie en ook nie dat die kontrak afdwingbaar sal wees nie. Die korrekte benadering vereis dat 'n statutêre bepaling geïnterpreteer moet word om effek te gee aan die *Grondwet*, en dat dit nie die statuut moet beperk nie.³⁸

Regter Davis het in die *Kylie*-appèlsaak³⁹ beslis dat die *Wet op Seksuele Misdrywe* nie oor fundamentele regte handel nie maar dat die WAV wel tot 'n mate die regte vergestalt. Die WAV moet derhalwe uitgelê word om aan die *Grondwet* te voldoen. Verder het die hof ook reeds uiteenlopend beslis dat prostitute wat gearresteer word nie van hul reg op menswaardigheid ontnem mag word nie. Net omdat die kliënt hulle vergoed vir seksuele dade, gee dit nie die kliënt die reg om die sekswerkers se menswaardigheid te krenk en hul eer te skend nie.

Die dilemma is egter daarin geleë dat die Suid-Afrikaanse *Grondwet* gebaseer is op die *Rule of Law*, dus moet alle optrede geskied kragtens wetlike magtiging. Dit hou in dat beskerming van die reg nie uitgebrei kan word om

37 "Employment - (1) No person shall employ -

- (a) an illegal foreigner;
- (b) a foreigner whose status does not authorise him or her to be employed by such person; or
- (c) a foreigner on terms, conditions or in a capacity different from those contemplated in such foreigner's status".

38 Art 39 van die *Grondwet*.

39 *Kylie v Commission for Conciliation Mediation and Arbitration and Others* (CA10/08) [2010] ZALAC 8; 2010 (4) SA 383 (LAC) ; 2010 (10) BCLR 1029 (LAC) ; (2010) 31 ILJ 1600 (LAC) ; [2010] 7 BLLR 705 (LAC) (26 May 2010).

persone wat onwettige dienste verrig, in te sluit nie. Sodanige persone is geregtig op menswaardigheid en kan gearresteer word, maar die arbeidsregte is beperk tot wettige dienste wat gelewer word.

2.3.4 Beperking ingevolge artikel 36

Die *Handves van Menseregte* bepaal dat geen reg absoluut is nie en dat regte beperk mag word indien dit in ooreenstemming met artikel 36 van die Grondwet is. Die grondwetlike regte mag dus beperk word, byvoorbeeld dat net burgers van die land geregtig is op politieke regte en die reg om 'n keuse uit te oefen ten opsigte van professione en werk, en dat net gearresteerde en beskuldigde persone geregtig is op die regte vervat in artikel 35. Dit kan derhalwe, in hierdie konteks, beteken dat dit aanvaarbaar is dat onwettige persone se regte op gelykheid ingeperk mag word ingevolge hulle dienskontrakte indien die kontrakte nie as ongeldig beskou behoort te word nie.

Die vraag ontstaan hoe 'n balans tussen die regte van onwettige persone aan die een kant en die wetgewer aan die ander kant gehandhaaf moet word. Die *Immigrasiewet* en die WAV moet gevolglik teen mekaar opgeweeg word. In die mees onlangse en, volgens die skrywer, die belangrikste hofsaak, naamlik die *Kylie-appèlhofsaak*⁴⁰ is beslis dat artikel 23 die botoon voer. Dit beteken eenvoudig dat alle persone, hetsy gemagtig of ongemagtig, die reg op billike arbeidspraktyke het. Die rede hiervoor is dat daar in die hofsaak bevind is dat menswaardigheid nie tot sekere nasionaliteite beperk kan word nie. Billike arbeidspraktyke vorm deel van die hoofaspekte van 'n persoon se fundamentele regte, en daardie regte moet deurgans beskerm word. Die

40 *Kylie v Commission for Conciliation Mediation and Arbitration and Others* (CA10/08) [2010] ZALAC 8; 2010 (4) SA 383 (LAC); 2010 (10) BCLR 1029 (LAC) ; (2010) 31 ILJ 1600 (LAC); [2010] 7 BLLR 705 (LAC) (26 May 2010).

posisie wat derhalwe geskep is, naamlik dat gemagtigde werkers hulle werkgewers mag dagvaar op grond van die dienskontrak, terwyl ongemagtigde werknemers dit nie mag doen nie, is daarom as ongrondwetlik beskou. In die *Kylie*-appèlhofspraak is verder beslis dat daar geen beperking op artikel 23(1) is nie en onwettige werknemers kan daarom ook op billike arbeidspraktyke geregtig wees.

In *Khosa & others v Minister of Social Development & others*⁴¹ asook in *Mahlaule & others v Minister of Social Development & others*⁴² moes die hof bepaal of artikel 27 net op landsburgers van toepassing is. Die hof het beslis dat:⁴³

The constitutional reference to 'everyone' implies that all in need must have access to the social welfare scheme that the State has put in place. Where some who are in need are excluded, everyone does not have access to the scheme. The word 'everyone' is a term of general import and unrestricted meaning. It means what it conveys. Once the State puts in place a social welfare system, everyone has a right to have access to that system ... However, that does not mean that there can be no limitation imposed on those who may have access to the system. The Constitution contemplates that the rights in the Bill of Rights are subject to limitations contained or referred to in Section 36.

Met daardie benadering kom dit nie voor asof daar 'n grondige rede is waarom die toepassing van die reg op billike arbeidspraktyke beperk moet word as persone wettig in die land werk nie. Die feit dat werkgewers nie oor lisensies beskik om werknemers in diens te neem nie, kan meebring dat werknemers onbillik behandel word. Om arbeidsregte aan onwettige werkers te verleen, sal inhou dat 'n reg tot menswaardigheid⁴⁴ aan onwettige immigrante verleen word. In dié konteks het die hof beslis dat menswaardigheid nie aan

41 2004 (6) SA 505 (CC).

42 2004 (6) BCLR 569 (CC).

43 *Mahlaule & others v Minister of Social Development & others* 2004 (6) BCLR 569 (CC) par 111.

44 Artikel 10 Handves van Menseregte.

nasionaliteit gekoppel kan word nie. Dit is inherent vir almal beskore – sowel burgers as immigrante, want almal is mense – en om dié rede moet dit beskerm word, soos bevestig in die *Kylie*-appèlhofspraak.⁴⁵ Die vryheid om te mag werk al word dit nie vereis om te kan oorleef nie, is 'n belangrike aspek van menswaardigheid. Die indringing teen 'n persoon se arbeidsregte kan beskou word as 'n indringing teen sy of haar reg op menswaardigheid. Dit plaas meer klem op die interpretasie van die *Immigrasiewet*, wat toegang tot statutêre regte beskerm wat in die WAV vervat word.

2.4 Die rol van internasionale standaarde

Die belang van internasionale standaarde is daarin geleë dat dit 'n substantiewe element bevat en dat dit 'n instrument is wat deur artikel 232 en artikel 233 van die Grondwet as interpretasie-instrument gebruik moet word. Artikel 232 bepaal dat gemeenregtelike internasionale reg in die Republiek van Suid-Afrika geld, tensy dit blyk dat dit nie in ooreenstemming met die Grondwet of 'n parlements wet is nie. Artikel 233 bepaal dat wanneer enige wette geïnterpreteer word, enige hof redelike interpretasie moet laat geskied wat konsekwent is ten opsigte van internasionale regte. Verder verplig die interpretasieklausules in die WAV en die *Wet op Gelyke Indiensneming*⁴⁶ die gebruikers van die wette om die internasionale standaarde toe te pas en na internasionale reg te verwys indien van toepassing.

45 *Kylie v Commission for Conciliation Mediation and Arbitration and Others* (CA10/08) [2010]ZALAC 8; 2010 (4) SA 383 (LAC) ; 2010 (10) BCLR 1029 (LAC) ; (2010) 31 ILJ 1600 (LAC) ; [2010] 7 BLLR 705 (LAC) (26 May 2010).

46 55 van 1998.

Hierdie beginsels is reeds in regspraak binne die arbeidsregtelike konteks toegepas. In *SANDU v Minister of Defence*⁴⁷ het die Konstitusionele Hof byvoorbeeld beslis dat:

Section 39 of the Constitution provides that, when a Court is interpreting chapter 2 of the Constitution, it must consider international law. In my view, the conventions and recommendations of the International Labour Organisation (the ILO), one of the oldest existing international organisations, are important resources for considering the meaning and scope of 'worker' as used in S 23 of the Constitution.

In *Numsa & others v Baber Bop (Pty) Ltd & another*⁴⁸ het die Konstitusionele Hof ten gunste van die regte van 'n minderheidsvakbond beslis ter ondersteuning van hulle eis dat die werkgewer die vakbonde as verteenwoordiger van die werknemers moet erken. Die hof verwys na artikel 39(1) en beslis dat:

As has already been acknowledged by the Court, in interpreting S 23 of the Constitution an important source of international law will be the conventions and recommendations of the ILO.

Die Hof het na die ILO verwys en het die belang van die ILO se standaarde ten opsigte van die ontwikkeling wat plaasgevind het deur die toepassing van die ILO se Komitee en die Komitee wat verband hou met oorsig oor vryheid van assosiasie, uitgespel.

Globalisering het beslis 'n impak op internasionale arbeidsmigrasie gehad. Die toename in internasionale arbeidsmigrasie vind plaas weens die feit dat mense migreer as gevolg van ontvlugting van armoede, werkloosheid, en ekonomiese en politieke omstandighede in hul lande van herkoms. Die ILO het bevind dat onwettige immigrasie oor die hele wêreld 'n groot bron van

47 2007 (1) SA 402 (SCA).

48 2003 3 SA 513 (CC).

kommer is met sowat 30 miljoen onwettige immigrante wêreldwyd. Internasionale instrumente is geskep om die probleem te ondersoek en om oplossings te vind tussen die regte van 'n staat om hul arbeidsmarkte te beskerm, en om beskerming te verleen aan die fundamentele regte van persone wat die keuse uitoefen om in ander lande werksaam te wees. Die ILO het bevind dat die stremming tussen die interne en eksterne magte aanleiding gee tot verdere onbillikhede, asook rassisme en xenofobia, waardeur immigrante tot 'n groter mate slagoffers word as in die lande waarvandaan hulle migreer het.

Die ILO en ander instrumente wil 'n balans handhaaf tussen die werknemer en die werkgewer se belange. Die Internasionale Konvensie van die regte van alle ongemagtigde werkers en lede van hul families wat in 1990 aanvaar is, word uitgebrei om immigrantewerkers wat onwettig in 'n land is te beskerm. Die Konvensie se doel is om migrasie te reguleer, te harmoniseer en die belange van alle partye te beskerm asook om die fundamentele regte van die migrante te beskerm, aangesien hulle 'n kwesbare en beïnvloedbare groep is. Alhoewel die konvensie deur baie state bekragtig is, is Suid-Afrika nie een daarvan nie.

Die ILO konvensie 143 van 1975 is gerig op konvensie 97 van 1949 wat 'n algemene verpligting op alle lidstate plaas met betrekking tot die basiese menseregte van alle migrante. Die konvensie behandel ook probleme wat gepaardgaan met ongeoorloofde of bedekte migrasie en bepaal dat sanksies teen persone gerig moet word wat onwettige migrasie aanhits, byvoorbeeld waar hulle onwettig in diens geneem word. Die beskerming van die fundamentele regte van immigrante, wat hulle wat onwettig in diens geneem is insluit, is 'n primêre doel van die Internasionale Konvensie, en konvensie 143 en die WAV moet so geïnterpreteer word dat dit die oogmerk nastreef.

Om die internasionale standaard in nasionale regspraak te herken, kan hofbeslissings beskou word wat suggereer dat die ontstaan van 'n dienskontrak nie bloot op die basis geformuleer kan word dat 'n persoon wat werk, ingevolge die WAV as 'n werknemer beskou moet word nie.

In *Rumbles v Kwa-BatMarketing*⁴⁹ het die hof die siening gevolg dat 'n kontraktuele verhouding nie kan bepaal of 'n persoon as 'n werknemer geklassifiseer kan word nie. Die hof moet die aard van die diensverhouding tussen die partye in ag neem. In *White v Pan Palladium SA (Pty) Ltd*⁵⁰ het die hof beslis dat, volgens die definisie van 'n werknemer in artikel 213 van die WAV, die term van 'n dienskontrak nie ingevolge die gemenerereg afdwingbaar is nie. Die hof meen dat:

Someone who works for another, assists that other in his business and receives remuneration may, under the statutory definition, qualify as an employee even if the parties *inter se* have not yet agreed on all the relevant terms of the agreement by which they wish to regulate their contractual relationship.⁵¹

Met die inagneming van artikel 23(1) van die Grondwet moet die doel, aard en die insluiting van die tersaaklike gedeeltes van internasionale standaard en meer onlangse interpretasies van die definisie van 'n werknemer soos vervat in artikel 213 van die WAV, in die dienskontrak vergestalt wees. Daaruit spruit voort dat 'n persoon wat werk verrig op 'n ander basis as 'n dienskontrak wat ingevolge die gemenerereg afdwingbaar is, as 'n werknemer sal kwalifiseer soos vervat in die definisie. Omrede 'n dienskontrak 'n persoon nie outomaties as 'n werknemer laat kwalifiseer nie, is die feit dat Lanzetta (die werknemer) se kontrak ongeldig was omdat Discovery Health hom aangestel het sonder om

49 2003 24 ILJ 1587(LC).

50 2006 27 ILJ 2721 (LC).

51 Art 391 (b-c).

aan die bepalings van artikel 38(1) van die *Immigrasiewet* te voldoen, nie 'n outomatiese diskwalifisering van sy status nie.⁵²

Die vraag wat die kommissaris moes beantwoord, was nie noodwendig of die dienskontrak ongeldig was en of daar 'n diensverhouding tussen die partye was nie. Hy moes eerder die vraag beantwoord of Lanzetta vir Discovery Health gewerk het en of hy geregtig was op vergoeding vir sy werk. Vanuit die KVBA se beslissing kan die gevolgtrekking gemaak word dat Lanzetta 'n werknemer van Discovery Health was en dat Discovery Health in die geval die werkgever was.

3. Onbillike ontslag

Na die bespreking van die aspekte rakende die dienskontrak, volg 'n kortlikse bespreking van die begrip “onbillike ontslag” ten opsigte van die Suid-Afrikaanse benadering hieronder. Werkers, wat ingevolge die WAV se definisie as werknemers kwalifiseer, is geregtig op beskerming teen onbillike ontslag en onbillike arbeidspraktyke, soos in hoofstuk VIII van die WAV uiteengesit word. Dit is derhalwe van kardinale belang dat die definisie van 'n werknemer ondersoek word, en dat vasgestel word op grond waarvan iemand as 'n werknemer kwalifiseer. Die rede hiervoor is dat, indien 'n persoon op grond van die statutêre vereistes daargestel nie as 'n werknemer kwalifiseer nie, maar steeds 'n dienskontrak gesluit het, die kontrak nie geldig sal wees nie.⁵³ Die howe het reeds beslissings gemaak wat aangedui het dat 'n persoon in 'n onwettige dienskontrak nie 'n werknemer kan wees nie.⁵⁴

52 *Discovery Health Limited v CCMA and Others* 2008 7 BLLR 633 (LC).

53 Dit het betrekking op onafhanklike kontrakteurs.

54 Regter Davis het anders beslis in die *Kylie*-arbeidsappèlhof uitspraak – Regter Zondo en die ander het saamgestem. Die hof het beslis dat Kylie wel werknemer is en dat die KVBA jurisdiksie het om oor die saak te beslis.

3.1 Definisie van 'n werknemer⁵⁵

Die definisie van 'n werknemer word in artikel 213 gestel:

- (a) Any person, excluding an independent contractor, who works for another person or for the State and who receives or is entitled to receive, any remuneration; and
- (b) any other person who in any manner assists in carrying on or conducting the business of an employer and 'employee' and 'employment' have meanings corresponding to that of employee.

Die hoewe het, ondanks die omvattende formulering van die definisie van 'n werknemer, 'n onafhanklike kontrakteur uitgesluit. Die Kode van Goeie Praktyk het 'n dokument getiteld *The Code of Good Practice: Who is an employee*⁵⁶ gepubliseer om in dié verband⁵⁷ as riglyn te dien. Die vraag wat op die oomblik van belang is, is of die persoon wat aan die definisie voldoen, maar nie 'n geldige dienskontrak met die werkgewer gesluit het nie, steeds as 'n werknemer beskou moet word.

In *Lende v Goldberg*⁵⁸ handel die saak oor 'n huiswerker wie se dienskontrak beëindig is omdat sy nie 'n werkspermit gehad het nie. Die werknemer het die werkgewer vir haar salaris en/of die betaling van kennisgeld gedagvaar. Haar

55 Regter Davis het anders beslis in die *Kylie*-arbeidsappèlhof uitspraak – Regter Zondo en die ander het saamgestem. Die hof het beslis dat Kylie wel 'n werknemer is en dat die KVBA jurisdiksie het om oor die saak te beslis.

56 GN 1774 GG 29445 van 1 Desember 2006.

57 "The code commences by setting out various guidelines, the main intention being to promote clarity and certainty as to who is an employee for the purposes of the *Labour Relations Act* and other labour legislation. Another purpose of the code is to ensure that a proper distinction is maintained between the employment relationship which is regulated by labour legislation, and independent contracting. The preceding paragraph spells out quite clearly that an employment relationship and an independent contractor are as far apart as the sun is from the earth. A further purpose is to ensure that employees - who are in an unequal bargaining position in relation to the employer – are protected through labour law and are not deprived of those protections by contracting arrangements. This indicates strongly that the legislature is aware that there are unscrupulous employers out there, who hide the true nature of the employment relationship in the disguise of a cleverly worded contract - thus depriving the employee of his legal right to fair treatment. The code further any acknowledges that there does exist a variety of employment relationships in the labour market, including disguised employment, ambiguous employment relationships, non-standard employment, and triangular employment relationships." *The Code of Good Practice: Who is an employee.*

58 2006 ILJ 1343.

eis is van die hand gewys op grond daarvan dat die dienskontrak ongeldig was. Tydens die appèl het die Appèlhof die ander hof se benadering bekragtig. Die arbeidsappèlhof het egter in die *Kylie*-uitspraak⁵⁹ beslis dat die regte van 'n werknemer sonder 'n wettige kontrak wel afgedwing kan word. Let daarop dat die hof deurgaans in die verlede die beslissings bekragtig het waar dit gestel is dat die hof nie die kontrak moet beskou nie, maar die gewig, oftewel “substance” van die verhouding tussen die partye.

In *Wyeth SA (Pty) Ltd v Manqele and others*⁶⁰ het die twee partye 'n skriftelike dienskontrak aangegaan. Voordat die eiser sy pligte kon nakom, is hy ingelig dat hy nie langer daar werksaam was nie. Die hof beslis dat 'n persoon wat 'n dienskontrak gesluit het, maar nog nie begin het om enige werk te verrig nie, ingevolge die WAV as 'n werknemer geag moet word.

Dit blyk uit die bogenoemde dat 'n persoon in 'n diensverhouding is ten spyte van die bestaan van 'n geldige dienskontrak al dan nie. Die arbeidsappèlhof het bevind dat 'n hof by die bepaling daarvan of 'n persoon vir regsdoeleindes 'n werknemer is nie bloot op dit wat die partye die verhouding noem, moet ag slaan nie, maar aan die wesenlikheid van die verhouding tussen die partye aandag moet skenk. Die inhoud eerder as die vorm van die verhouding moet beskou word. Die arbeidshof het verder beslis dat 'n werknemer wat 'n arbeidsverhouding met 'n werkgewer aangegaan het, ten spyte van die nie-sluiting van 'n kontrak tussen hulle, vir doeleindes van arbeidswetgewing 'n werknemer is, soos in die *Kylie*-uitspraak. Die definisie van 'n werknemer kan dus *de facto* werknemers insluit wat nie 'n geldige kontrak met hul werkgewers het nie. In die Republiek van Suid-Afrika is daar baie ongemagtigde

59 *Kylie v Commission for Conciliation Mediation and Arbitration and Others* (CA10/08) [2010] ZALAC 8; 2010 (4) SA 383 (LAC) ; 2010 (10) BCLR 1029 (LAC) ; (2010) 31 ILJ 1600 (LAC) ; [2010] 7 BLLR 705 (LAC) (26 May 2010).

60 2002 6 BLLR 523 (LAC).

persone.⁶¹ Daar is sekere scenario's waarvolgens ongemagtigde persone nie op grond van onbillike ontslag ingevolge die WAV beskerming geniet nie,⁶² maar die *Kylie*- uitspraak het dit heeltemal verander. Appèlregter Davis het in die *Kylie*-uitspraak gehandhaaf dat dit byvoorbeeld minderjariges insluit wat nie deur hul ouers bygestaan word nie, asook immigrante sonder werkspermitte. Die oogmerk van die wetgewer is dat kontrakte wat met ongemagtigde persone gesluit is, ongeldig is en geag word asof dit nooit plaasgevind het nie.

61 More and more people are being employed in jobs which actually reduce the efficiency of those basic industries whose production supports everyone else. Clive, T. "The changing nature of employment" 2003 ILJ 1793-1815.

62 Die eerste voorbeeld is 'n vrou wat wettig in Suid-Afrika was, wat vir vyf jaar sonder 'n werkspermit as 'n sjef gewerk het. Sy is deur haar werkgewer ingelig dat sy haar werkspermit moes uitneem. Die kwessie was ten opsigte van die nodige dokumentasie nog aan die gang, maar sy is ingelig dat haar dienste nie meer benodig is nie en sy het opgepak en teruggekeer huis toe.

In die tweede voorbeeld was mnr L in besit van 'n werkspermit om as 'n akademikus by die Universiteit te werk. Die vervaldatum van die werkspermit het nader gekom. Hy het aansoek gedoen om die hernuwing van die permit. Die hernuwing is nie toegestaan nie omdat die Universiteit geweier het om inligting aan die Departement van Buitelandse Sake te verskaf. Gevolglik het die oorspronklike permit verval en het die universiteit mnr L ingelig en sy dienste dadelik beëindig; hy moes dadelik die kampus verlaat.

Die derde voorbeeld handel oor 'n studiepermit wat aan me G gegun is. Sy was van plan om na die voltooiing van haar studie werk te soek. Voor sy haar graad kon voltooi, het haar werkgewer 'n uitstekende aanbod aan haar belowe. Die werkgewer het belowe om haar vir die eerste drie maande by te staan totdat sy 'n werkspermit het. Sy wou die aanbod aanvaar. Sy was arm en wou nie die geleentheid laat verbygaan nie. Die werkgewer het egter nie sy belofte nagekom nie en het haar nie betaal nie en ook nie gepoog om die werkspermit te bekom nie. Sy was so desperaat dat sy die diensverhouding met die werkgewer beëindig het.

Die vierde voorbeeld handel oor mnr R wat 'n pos aangebied is by 'n werkgewer wat vir hom 'n werkspermit sou bekom wat nodig was vir sy hele gesin om in Suid-Afrika te kon kom woon. Die permitte is aan mnr R gegee toe hy in die land gearriveer het. Nadat hy 'n paar jaar vir die werkgewer gewerk het, het mnr R agtergekom dat die permitte nie geldig was nie. Die werkgewer het mnr R ingelig dat hy nie meer sy dienste benodig nie en dat hy moes terugkeer na sy land van herkoms.

Die vyfde voorbeeld handel oor me F wat onwettig in Suid-Afrika was. Sy kon nie Engels praat nie en kon ook nie lees of skryf nie. Sy kon nie die fooie bekostig wat gepaardgaan met die aansoeke vir die nodige permitte nie. Sy is in diens geneem as 'n huiswerker. Daar is van haar verwag om 24 uur per dag beskikbaar te wees. Nadat sy beswaar daarteen gemaak het, is sy onmiddellik uit diens ontslaan en moes sy dadelik die werkgewer se huis ontruim.

Die sesde voorbeeld handel oor mnr X, wat deel was van 'n groep mense wat as vlugteling na Suid-Afrika gekom het. Die groep het probeer om vir permitte aansoek te doen, maar was onsuksesvol al het hulle buite die kantore geslaap en vroeg in die oggende daar aangemeld. Mnr X het desperaat geraak en om vir homself te kon sorg het hy 'n karwag geword. Na 'n week het die werkgewer sy diens beëindig omdat mnr X nie vlot kon Engels praat met die kliënte nie.

3.2 Substantiewe en prosedurele billike ontslag

Vir ontslag om billik te wees moet die ontslag substantief asook prosedureel billik wees. Bogenoemde word ingesluit by substantiewe billikheid en die werknemer se reg tot 'n regverdigde regsgeldige en billike ontslag.

3.2.1 Substantiewe billike ontslag

Gronde vir ontslag wat as substantief billik⁶³ beskou word, word in artikel 188 van die WAV omskryf. Dit sluit gronde in wat gebaseer is op die gedrag, bekwaamheid of geskiktheid van die werknemer of die operasionele vereistes van die werkgewer.

Geen ontslag kan geldig wees as dit nie verband hou met die werknemer se gedrag of bekwaamheid, of die bedryfsvereistes van die werkgewer nie.⁶⁴ Gedrag word as wangedrag beskou indien 'n werknemer homself skuldig maak aan gedrag waarvoor hy verantwoordelik gehou kan word en wat die werknemer kon verhoed het. Bekwaamheid verwys na die werknemer se vermoë om sy take na wense uit te voer.⁶⁵ Wat binne hierdie konteks in ag geneem moet word, is die positiewe plig wat op die werknemer rus om in die beste belang van sy werkgewer op te tree.⁶⁶ Voorbeelde van 'n vertrouensbreuk in die opsig sal wees wanneer die werknemer byvoorbeeld in geheime onderhandelinge met 'n ander maatskappy betrokke raak en inligting aangaande sy huidige werkgewer openbaar.⁶⁷ Dit is ook in die lig van die positiewe plig wat sogenaamde "restraint-of-trade"-ooreenkomste geregverdig word. Bedryfsvereistes verwys na ekonomiese, tegnologiese en strukturele

63 Met substantiewe billikheid word bedoel dat daar 'n geldige en billike rede bestaan vir die gewraakte handeling of versuim. Basson et al *Essential Labour Law* 115.

64 J Grogan *Workplace Law* 166.

65 J Grogan *Workplace Law* 166.

66 J Grogan *Workplace Law* 50.

67 J Grogan *Workplace Law* 51.

faktore of enige soortgelyke behoeftes van die werkgewer.⁶⁸ Indien daar gronde vir ontslag bestaan moet die redes wat aangevoer word, steeds regverdig en regseldig wees. Genoegsame rede word volgens elke geval beoordeel.

3.2.2 *Prosedurele billike ontslag*

Die gepaste prosedure wat gevolg moet word voor die afdanking van 'n werknemer en die billikheid van die optrede van die werkgewer sal die belangrikste oorwegings wees wanneer bepaal moet word of die ontslag billik sal wees.⁶⁹ Die korrekte prosedure moet stiptelik nagevolg word om te verseker dat die werknemer 'n billike verhoor kry.

Die persoon wat die kontrak wil beëindig, word ingevolge die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes*⁷⁰ (hierna WBDV) verplig om bo en behalwe reeds genoemde gronde aan 'n verdere vereiste naamlik 'n kennisperiode te voldoen. Dit beteken dat die persoon wat die kontrak wil beëindig, 'n minimum tydperk van kennis aan die ander party moet gee.⁷¹ Die kennisgewingstydperk hang af van die tydperk wat die werknemer by die werkgewer in diens was. 'n Persoon wat minder as ses maande in 'n werkgewer se diens was, moet ten minste een week kennis van sy of haar werkgewer kry by die beëindiging van die dienskontrak. Vir werknemers wat langer as ses maande, maar korter as een jaar in diens was, moet 'n kennisgewingstydperk van twee weke gegee word.⁷² Werknemers wat langer as een jaar in diens was, moet ten minste vier weke kennis van diensbeëindiging kry.⁷³ Die WBDV maak 'n uitsondering ten opsigte van plaaswerkers en huiswerkers deurdat sodanige werknemers wat

68 J Grogan *Workplace Law* 166.

69 Ingevolge artikel 188 moet die ontslag geskied ingevolge 'n billike prosedure.

70 75 van 1997.

71 Art 38.

72 Art 37.

73 Art 37.

langer as 'n tydperk van vier weke in diens was, ten minste een maand kennis van diensbeëindiging moet kry.⁷⁴ Dit gebeur soms dat werkgewers bogenoemde kennisgewingstydperke streng nakom, maar nie bewus is van die bepalings in die WAV waarin die prosedure en redes vir afdanking uiteengesit word nie. Die plig van die werkgewer eindig dus nie by die gee van voldoende kennis nie, en net so ook nie die plig van die werknemer nie. Daar moet 'n billike rede vir die beëindiging van die dienskontrak wees en die korrekte prosedure moet gevolg word voordat 'n werknemer billik ontslaan is.

Prosedurele billikheid handel oor die feit dat die werknemer 'n reg het om aangehoor te word.⁷⁵ Verder moet die werknemer genoegsame tyd gegun word om voor te berei vir die verhoor, asook genoegsame kennis van die verrigtinge. Die werknemer het die reg om sy saak te stel. Die werknemer het ook die reg tot verteenwoordiging en die reg om getuienis aan die voorsittende beampte voor te lê. Die geleentheid moet aan die werknemer gegun word om sy of haar kant van die saak aan die werkgewer te stel. Afdanking behoort die laaste uitweg te wees wanneer 'n werknemer getug word. Die werkgewer moet ook ander sanksies oorweeg wat 'n mindere straf as ontslag sal wees. Die vorige dissiplinêre rekords van die werknemer en die bedryfsbehoefte van die werkgewer moet vanselfsprekend ook in ag geneem word. Die tersaaklikheid van die bogenoemde vereistes wat gestel word om die diens van 'n persoon te beëindig, gee aanleiding tot die leemte wat bestaan naamlik of die werkgewer aan die vereistes moet voldoen as die dienskontrak ongeldig is. Die leemte gee op sy beurt aanleiding daartoe dat werkgewers nie aan die vereistes voldoen nie, en die werknemer gevolglik in 'n kwesbare posisie geplaas word en verdere stappe onduidelik is, en dat onbillike ontslag van immigrante op 'n daaglikse basis plaasvind.

74 Art 37.

75 Die *Audi alterem partem*-reël.

4. Remedies

Die remedies wat die werknemer toekom in 'n geval waar hy of sy onbillik ontslaan is, is van kardinale belang aangesien dit illustreer watter regte dit is waarvan die weerlose onwettige werknemer ontnem word as daar bloot bevind word dat hy of sy nie as werknemer kwalifiseer nie. Die WAV verskaf in artikel 193 drie remedies aan die werknemer wat onbillik ontslaan is of aan onbillike arbeidspraktyke onderworpe gestel is. Dit sluit statutêre remedies, deliktuele remedies en kontraktuele remedies. Dié remedies, sowel as administratiefregtelike remedies word vervolgens bespreek.

4.1 Statutêre remedies

Statutêre remedies behels die volgende: Eerstens dat die werknemer ingevolge artikel 193 weer in diens geneem kan word. Tweedens behels dit dat die partye in die posisies geplaas word waarin hulle was voordat die kontrak beëindig is.⁷⁶ Derdens kan vergoeding aan die werknemer toegestaan word.⁷⁷

Hierdie remedies is nietemin tot 'n mate ontoereikend in die lig van die huidige vraagstuk, aangesien daar nie 'n wettige kontrak bestaan het wat die posisies van die partye gereguleer het nie. Weens die aard van die verhouding wat tussen werknemer en werkgever bestaan, kan persone nie soos in die geval van ander siviele aangeleenthede bloot gedwing word om op 'n sekere wyse op te tree nie. As plaasvervanger vir her-indiensname kan daar derhalwe vergoeding aan die werknemer toegestaan word.⁷⁸ Dit sal in vier gevalle gebeur: indien die werknemer nie weer in diens geneem wil word nie; indien die werknemer reeds 'n ander werk bekom het; indien volgehoue indiensname

76 Basson et al *Essential Labour Law* 352.

77 Art 193(2).

78 Basson et al *Essential Labour Law* 353.

onuithoudbaar is; of indien die ontslag alleen weens prosedurele redes onbillik was.⁷⁹

4.2 Deliktuele (gemeenregtelike) remedies

‘n Eenvoudige oplossing vir die vraagstuk sou wees dat, indien remedies ingevolge wetgewing soos die WAV nie die werknemers toekom nie, hulle bloot kan terugval op hul gemeenregtelike remedies deur deliktuele eise in te stel. Daar is drie beslissings waarin gepoog is om die gemeenregtelike eise uit te brei ten einde hierdie soort eise te fasiliteer.

In die eerste geval, *Dendy v University of the Witwatersrand en Andere*,⁸⁰ is die gemeenregtelike eise weens die skending van die menswaardigheid van die eiser ingevolge artikel 10 van die Grondwet,⁸¹ van die hand gewys, aangesien daar geen voldoende skuldoorsaak gevind kon word nie. Die hof erken dat vernedering wel plaasgevind het, maar dat dit nie tot sodanige mate was om ‘n deliktuele *causa* en daarom ‘n gemeenregtelike remedie daar te stel nie. Die bevinding is daarop gegrond dat die hof van mening was dat ‘n redelike persoon in die posisie van die werknemer nie beledig en verneder sou gevoel het nie, maar eerder dat die besluit wat in die omstandighede deur die Universiteit geneem was, intern op hersiening geneem moes word.

79 Art 193(2) (a-d).

80 2007 28 ILJ 2215 (SCA). Die eiser was ‘n professor aan die Fakulteit Regte van die Universiteit van die Witwatersrand. Hy het ‘n dagvaarding teen die Universiteit uitgereik waarin hy algemene skade ter waarde van R7 600 000,00 eis vir die krenking van sy menswaardigheid en sy reputasie. Daar is vyf eise ingestel, elk gebaseer op ‘n ander eisoorzaak. Eis A is gebaseer op die vermoedelike krenking van die eiser se menswaardigheid omdat die regte prosedure nie gevolg is met betrekking tot die aanstelling van die voorsitter van die Regsfakulteit van die Universiteit nie. Eis B is op grond daarvan dat die Universiteit of sy werknemers nie aan die eiser redes verskaf het waarom hy ‘n onsuksesvolle kandidaat was vir die aanstelling as voorsitter van die Regsfakulteit nie. Eis C het betrekking op die publikasie van ‘n e-pos deur die tweede verweerder. Eis D is gegrond op die publikasie van ‘n brief deur die tweede verweerder. Eis E is ook gebaseer op die publikasie van ‘n brief. Die aansoek om appèl is teen die twee eise teen die Universiteit.

81 Bepaal dat elkeen die reg het tot menswaardigheid.

Die hof het die applikant se argument in *S v Thebus*⁸² dat die gemenerereg ingevolge artikel 39(2)⁸³ van die Grondwet ontwikkel moet word, verwerp, omdat so 'n ontwikkeling nie die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Menseregte sou bevorder nie.⁸⁴ In die laasgenoemde hofsaak is die volgende beslis:⁸⁵

That courts are enjoined to develop the common law, if this is necessary, is beyond dispute. That power derives from Sections 8(3) and 173 of the Constitution. Section 39(2) of the Constitution makes it plain that, when a court embarks upon a course of developing the common law, it is obliged to promote the spirit, purport and objects of the Bills of Rights.

In die lig van onnodige uitbreiding van die gemenerereg moet verwys word na die *Pharmaceutical Manufacturers*⁸⁶ en die *Carmichele*-sake,⁸⁷ waar soos volg beslis is:

This ensures that the common law will evolve, within the framework of the Constitution, consistently with the basic norms of the legal order that it establishes.⁸⁸ The Constitutional Court has already cautioned against overzealous judicial reform. Thus, if the common law is to be developed, it must occur not only in a way that meets the Section 39(2) objectives, but also in a way most appropriate for the development of the common law within its own paradigm.

Die tweede geval was *Derkens v Webb en Andere*.⁸⁹ Die applikant is uit sy pos ontslaan omdat die derde respondent ('n privaatspeurder) die applikant daarvan beskuldig het dat hy gesteel het. Die eerste twee respondente was

82 *S v Thebus* 2003 6 SA 505 (CC).

83 *S v Thebus* 2003 6 SA 505 (CC) at par 25.

83 Uitlegklousule.

84 *S v Thebus* 2003 6 SA 505 (CC) by par 25.

85 *S v Thebus* 2003 6 SA 505 (CC) by par 25.

86 *Pharmaceutical Manufacturers Association of SA: In re Ex parte President of the Republic of South Africa* 2000 2 SA 674 (CC) par 49.

87 *Carmichele v Minister of Safety and Security* 2001 4 SA 938 (CC) by par 55. (Sien ook *City of Tshwane Metropolitan Municipality v RPM Bricks (Pty) Ltd* 2007 28 (SCA) par 20)

88 *Pharmaceutical Manufacturers Association of SA: In re Ex parte President of the Republic of South Africa* 2000 2 SA 674 (CC) par 49.

89 2008 29 ILJ 21065 (W).

betrokke by die ondersoek van die insident. Na die ontslag het die appellant 'n eis ingestel vir skade gegrond op *iniuria*. Die aksie is van die hand gewys en het tot appèl oorgegaan. Die vraag wat ontstaan het, was of die insident werklik plaasgevind het. Die hof het bevind dat die appèl nie gehandhaaf moet word nie, aangesien 'n voldoende *causa* nie uitgemaak is nie.

In die derde geval, *Marais v Member of the Executive Council, Department of Education, Eastern Cape Province*⁹⁰ was die applikant 'n onderwyser in diens van die Departement van Onderwys. Die aanvaarding van die pos was onderhewig aan die heraanstelling van die werknemer ten opsigte van die *ELRC* Resolusie.⁹¹ Die applikant is in 'n laer pos waarvoor hy nie aansoek gedoen het nie, aangestel. Die respondent het hom gedreig dat indien hy nie die pos aanvaar nie, hy ontslaan sou word. Die heraanstellingsversoek is ter syde gestel. Die geskil is na die arbeidshof en daarna die hooggeregshof verwys. Die werknemer het as gevolg van die respondent se optrede aan stres begin ly en moes sielkundige berading vir die trauma ontvang. Die hooggeregshof het bevind dat die werknemer nie sy saak op 'n oorwig van waarskynlikhede bewys het nie. Tydens die appèl het die hof bevind dat die heraanstelling van die werknemer in minder gunstige omstandighede en die gepaardgaande dreigemente wel op *iniuria* neerkom. Die respondent het artikel 6 van die bedingingsraadresolusie verbreek as gevolg van die manier waarop hy opgetree het. Die appèl was suksesvol.

Die hof stel dit dat, alhoewel gemeenregtelike uitbreiding moontlik is, hulle huiwerig indien nie onwillig is om dit in hierdie omstandighede te doen nie, en dit alleen in gevalle sal geskied waar waarlike onreg teenoor die werknemer gepleeg is ten einde 'n *causa* te openbaar. Die wend na deliktuele remedies

90 2008 29 ILJ 1697 (E).

91 Resolusie 6 van 1999.

bied derhalwe nie waarlik 'n oplossing nie, aangesien die vereistes wat gestel word voordat daar sprake van toepassing kan wees, sodanig is dat dit in werklikheid weerlose werknemers steeds sonder 'n remedie laat.

4.3 Kontraktuele remedies

In Suid-Afrika moet daar kortliks ook na die gemeenregtelike beginsels van die kontraktereg verwys word,⁹² aangesien die dienskontrak immers 'n vorm van 'n kontrak is. In *Dwane-Alpman v Premier, Eastern Cape*⁹³ voldoen die werkgewer nie aan die vereistes wat vir die billike beëindiging van diens gestel word nie, omrede hy nie voor die beëindiging van diens 'n verhoor aan die werknemer toegestaan het nie.⁹⁴ Die korrekte prosedure is nie gevolg nie en dit is daarom prosedureel onbillik.⁹⁵ Die werknemer rig 'n aansoek aan die hof om weer in diens geneem te word, al het die werkgewer die dienskontrak beëindig.⁹⁶ Die hof het in die guns van die werknemer beslis en die herindiensneming beveel. Die bepaling van die WAV geld steeds ten spyte daarvan dat 'n sekere prosedure nie in die kontrak gestipuleer is nie. Gevolglik kan die afleiding gemaak word dat die kontraktuele beginsels hoogstens met die WAV-bepalings saamgelees moet word indien dit nie as onderworpe daaraan beskou word nie.

92 Cheadle 'Current Labour Law' 2008 1.

93 2008 29 ILJ 541 (E). Die werknemer is aangestel as 'n regsadviseur. Die werknemer se diens word beëindig op grond van die verbreking van 'n diensooreenkoms. Die diensooreenkoms is gebaseer op die werkprestasie wat deur die werknemer verrig word. Die werkgewer het nie aan die werknemer die opsie van mediasie of arbitrasie gebied nie. Ingevolge artikel 8(1)(h) van skedule 8 van die WAV kan 'n werkgewer besluit om 'n werknemer te ontslaan wanneer daar voor die beëindiging van die diens heraanbiedinge gemaak is.

94 Cheadle 'Current Labour Law' 2008 4.

95 "Accordingly, the applicant's dismissal was, at least prima facie, procedurally unfair. In the light of the history of the matter, as set out earlier, the dismissal was also, at least prima facie, substantially unfair. At least prima facie therefore the applicant has a right to reinstatement." par 31.

96 "Further in respect of the aspect of relief in the form of reinstatement it may for the sake of completeness be mentioned that it has not been suggested by the Premier that a bar to such relief exists by virtue of a breakdown in the employer-employee relationship" Par 32.

4.4 Administratiefregtelike remedies

Dit is nie nodig om die administratiewe beginsels in 'n afsonderlike afdeling te bespreek om die verskillende moontlikhede wat bestaan, ten einde verskillende hanteringsvorme, wat tussen normale werknemers en publieke werknemers gebruik word, te onderskei nie.

In *Chirwa v Transnet Ltd*⁹⁷ word die administratiewe grondslae uiteengesit. Die dispuut handel oor 'n werknemer in die openbare sektor wat die werkgewer se optrede as onwettig en onregverdig wil laat bestempel alhoewel die hof nie tot die argument toegestem het nie. Chirwa is uit Transnet se diens ontslaan nadat daar dissiplinêre stappe teen haar geneem is. Nadat sy ontslaan is, het sy die dispuut na die Kommissie vir Versoening, Bemiddeling en Arbitrasie (hierna die KVBA) geneem. Haar argument was dat sy onbillik ontslaan is. Die KVBA kon nie die dispuut binne 30 dae oplos nie en het 'n sertifikaat uitgereik. Die KVBA het voorgestel dat Chirwa die prosedure soos uiteengesit in artikel 191 van die WAV moet volg. Maar Chirwa het die hooggeregshof genader sodat sy weer in haar vorige pos aangestel kon word.

Chirwa het daarna die Konstitusionele Hof genader. In die saak word verwys na *Fredericks & others v MEC for Education & Training, Eastern Cape & others*.⁹⁸

In die *Fredericks*-saak⁹⁹ het die eisers in die saak nie op grond van hul reg op billike arbeidspraktyke¹⁰⁰ of enige bepalings in die WAV gesteun nie, in teenstelling met Chirwa, wat vir haar eis op die onbillike ontslagbepalings van

97 2008 2 BLLR 97 (CC).

98 2002 2 SA 693 (CC); 2002 2 BCLR 113 (CC); 2002 23 ILJ 81 (CC); 2001 JOL 9225 (CC).

99 Against the background of the position that the Constitutional Court had adopted previously in *Fredericks v MEC for Education & Training, Eastern Cape* 2002 2 BLLR 119 (CC).

100 Artikel 23(1) van die Grondwet.

die WAV gesteun het. Die regter het aanvaar dat die bepalings van artikel 157 van die WAV nie eksklusiewe jurisdiksie daarstel vir arbeidshoue waar 'n geskil oor die verhouding tussen 'n werkgewer en 'n werknemer na vore kom nie. Chirwa se eis was dat die dissiplinêre navrae wat gedoen is nie regverdig plaasgevind het nie en dat artikel 191 van die WAV dus van toepassing moet wees:

Ms Chirwa's claim is that the disciplinary enquiry held to determine her poor work performance was not conducted fairly and therefore her dismissal following such enquiry was not effected in accordance with a fair procedure. This is a dispute envisaged by Section 191 of the *LRA*, which provides a procedure for its resolution: including conciliation, arbitration and review by the Labour Court. The dispute concerning dismissal for poor work performance, which is covered by the *LRA* and for which specific dispute resolution procedures have been created, is a matter that must, under the *LRA*, be determined exclusively by the Labour Court.¹⁰¹

Dit kom derhalwe voor asof die WAV alle werknemers insluit, ongeag of hulle in privaat of openbare sektore werk, behalwe in die geval van werknemers wat spesifiek uitgesluit word.¹⁰²

The powers given to the Labour Court under s 158(1)(h) to review the executive or administrative acts of the State as an employer give effect to the intention to bring public sector employees under one comprehensive framework of law governing all employees.

Die hof het bevind dat artikel 23 van die Grondwet van toepassing is op arbeids- en diensverhoudings. Daar word nie meer in die Grondwet tussen openbare en privaat werknemers onderskei nie.¹⁰³ Die hof bevind¹⁰⁴ verder dat alle werkers gelyk behandel moet word:¹⁰⁵

Chirwa v Transnet Limited and Others (CCT 78/06) 2007 ZACC 23; 2008 (4) SA 367 (CC); 2008 (3) BCLR 251 (CC) ; [2008] 2 BLLR 97 (CC) ; 2008 29 ILJ 73 (CC).

102 *Chirwa v Transnet Limited and Others* CCT 78/06) 2007 ZACC 23; 2008 (4) SA 367 (CC); 2008 (3) BCLR 251 (CC) ; [2008] 2 BLLR 97 (CC) ; 2008 29 ILJ 73 (CC).

103 In my judgement labour and employment relations are dealt with comprehensively in S 23 of the Constitution. S 33 of the Constitution does not deal with labour and employment relations. There is no longer a distinction between private and public sector employees under our Constitution.

Die teenoorgestelde benadering is in *Nakin v MEC, Department of Education, Eastern Cape Province en Andere*¹⁰⁶ gevolg. Die applikant het sy pos as 'n skoolhoof verloor want hy is verplaas, maar nie na 'n pos met dieselfde posvlak as wat hy beklee het nie. Die status, geld en voordele was minder as waaraan hy gewoond was. Die Departement van Onderwys het die voorstel goedgekeur dat die applikant weer in die vorige pos as skoolhoof aangestel moes word. Dit het nooit gerealiseer nie. Volgens die applikant is daar nie genoegsame effek aan die voorstel gegee nie.

Die applikant se saak was op onregverdig administratiewe optrede gebaseer en die applikant wou nie ingevolge arbeidswetgewing vergoed word nie. Met betrekking tot jurisdiksie sal die hooggeregshof, en nie die arbeidshof nie, jurisdiksie hê. Die hof het beslis dat die Departement van Onderwys se versuim wel administratiewe optrede daarstel. Die rede daarvoor is dat administratiewe beginsels van toepassing is waar uitdrukking van onderliggende konstitusionele waardes duidelik uit die optrede blyk. Die dispuut het ontstaan of die Departement van Onderwys die voorstel genoegsaam oorweeg het. Die dispuut kon nie op grond van die stukke opgelos word nie, daarom moes mondelinge getuienis aangehoor word.

Hoewel die Grondwetlike Hof die bogenoegde bevinding gemaak het, is die deur nie naastenby gesluit vir werknemers in die openbare dienssektor om 'n

104 The starting point under our Constitution is that all workers should be treated equally and any deviation from this principle should be justified. There is no reason in principle why public sector employees who fall within the ambit of the *LRA* should be treated differently from private sector employees and be given more rights than private sector employees. Therefore, I am unable to agree with the view that a public sector employee, who challenges the manner in which a disciplinary hearing that resulted in his or her dismissal, has two causes of action, one flowing from the *LRA* and another flowing from the Constitution and *LRA*.

105 *Wet op Bevordering van Administratiewe Geregtigheid* 3 van 2000. (hierna WBAG)

106 2008 2 BLLR 489 (CK).

kontraktuele eis gebaseer op kontrakbreuk vanweë 'n gebrek aan billike ontslagprosedures voort te sit nie. Onlangs het Van Niekerk, J, 'n kommissaris van die arbeidshof, in *Mogothle v Premier van die Noordwes-provinsie*,¹⁰⁷ bevestig dat 'n openbare amptenaar nie daarop geregtig is om staat te maak op die bepalings van die *Wet op Bevordering van Administratiewe Geregtigheid*¹⁰⁸ om 'n onregverdigde skorsing ter syde te stel nie. Maar so 'n werknemer moet steeds as 'n werknemer beskou word en moet sy regte ingevolge die normale arbeidsregtelike bepalings uitoefen.

5. Resente regspraak

Die belangrikste hofsake wat tans oor die definisie handel, is twee sake wat hierna in diepte bespreek sal word, naamlik *Discovery Health Limited v CCMA and Others*¹⁰⁹ en *Kylie v CCMA and Others*,¹¹⁰ asook die *Kylie*-appèlsaak.¹¹¹

5.1 *Discovery Health Limited v CCMA and Others*

In hierdie saak het die applikant¹¹² die derde respondent¹¹³ (hierna die respondent) op 1 Mei 2005 by 'n oproepsentrum in diens geneem. Die respondent is 'n Argentynse burger. Dit blyk dat die respondent wettig in Suid-Afrika gewoon het. Die respondent het voorgegee dat hy oor 'n geldige werkspermit beskik het, wat in werklikheid nie die geval was nie. Toe die applikant dit uitvind, is die respondent dadelik ontslaan. Die respondent neem

107 *Mogothle v Premier of the North-West Province and Another* (J 2622/08) [2009] ZALC 1 (5 January 2009).

108 Wet 2 van 2000.

109 *Discovery Health Limited v CCMA and Others* 2008 7 BLLR 633 (LC).

110 2008 9 BLLR 870 (LC). Hierna die *Kylie*-saak.

111 *Kylie v Commission for Conciliation Mediation and Arbitration and Others* (CA10/08) [2010] ZALAC 8; 2010 (4) SA 383 (LAC) ; 2010 (10) BCLR 1029 (LAC) ; (2010) 31 ILJ 1600 (LAC) ; [2010] 7 BLLR 705 (LAC) (26 May 2010).

112 Discovery Health.

113 Meneer Lanzetta.

die geskil op grond van onbillike ontslag na die KVBA en beide partye kom ooreen dat die kommissaris moet besluit of die KVBA jurisdiksie het.

Die applikant het geargumenteer dat die respondent nie as 'n werknemer ingevolge die WAV kwalifiseer nie en derhalwe kon die eis volgens sy oordeel nie na die KVBA verwys word nie. Die applikant het verder geargumenteer dat die definisie van 'n werknemer ingevolge artikel 213 van die WAV 'n voorgenome onderliggende dienskontrak veronderstel. Ten opsigte van die omstandighede was die kontrak nietig omdat dit nie in ooreenstemming met die *Immigrasiewet* was nie. Indien die respondent nie 'n werknemer was nie, sou hy geen eis kon instel nie en sou die KVBA geen jurisdiksie in die saak hê nie.

Die kommissaris het die applikant se argument van die hand gewys op grond daarvan dat, alhoewel daar geen dienskontrak was nie, daar wel 'n diensverhouding tot stand gekom het en dat die KVBA daarom jurisdiksie het om die dispuut aan te hoor. Die kommissaris stem saam met Bosch¹¹⁴ dat die bestaan van 'n diensverhouding 'n goeie wyse is om aan ongemagtigde werkers deur middel van die WAV beskerming te verleen. Die kommissaris se bevinding het nie die wesenlike kwessie, naamlik of daar 'n afdwingbare kontrak tussen die applikant en respondent ontstaan het, aangeroei nie. Die kommissaris het na regspraak oor die ongeldigheid van die kontrak verwys, maar het nie daaroor uitspraak gegee nie. Die kommissaris het later besluit dat die diensverhouding nie van 'n kontrak afhanklik is nie.

114 C Bosch "Can unauthorized workers be regarded as employees for the purposes of the Labour Relations Act?" 2006 27 ILJ 1342

Die eerste vraag voor die arbeidshof was of die dienskontrak tussen die applikant en respondent ongeldig was omdat die respondent nie die nodige toestemming ingevolge die *Immigrasiewet* gehad het om in Suid-Afrika te kon werk nie. Op grond van die argumente waarom die kontrak ongeldig was, soos deur die applikant aangevoer, kon dit meebring dat die respondent nie 'n werknemer ingevolge artikel 213 was nie. Daar moes derhalwe 'n geldige dienskontrak tussen die applikant en die respondent bestaan. Die hof het tot die gevolgtrekking gekom dat, hoewel die respondent nie toestemming gehad het om ingevolge die *Immigrasiewet* in Suid-Afrika te werk nie, dit nie beteken het dat die dienskontrak onafdwingbaar en ongeldig geraak het nie.

Die hof se besluit is eerstens gegrond op die tersaaklike bepalings ingevolge die *Immigrasiewet*, naamlik artikels 38(1)¹¹⁵ en 49(3).¹¹⁶ Die *Immigrasiewet* sal die respondent nie krimineel aanspreeklik hou omdat hy sonder die nodige magtiging in Suid-Afrika gewerk het nie. Dit is die werkgewer wat krimineel aanspreeklik gehou word. Tweedens bepaal die *Immigrasiewet* nie uitdruklik dat 'n kontrak wat sonder 'n geldige werkspermit gesluit word, ongeldig is nie. Dersens hou die afwesigheid van uitdruklike statutêre bepalings en die grondwetlike reg, naamlik die reg tot billike arbeidspraktyke, in dat die bedoeling of oogmerk van die wetgewer nie in die *Immigrasiewet* geles kan word nie.

115 Artikel 38(1) bepaal:

“No person shall employ

a) an illegal foreigner

b) a foreigner whose status does not authorise him or her to be employed by such person or;

c) a foreigner on terms, conditions or in a capacity different from those contemplated in such foreigner's status”.

116 Artikel 49(3) bepaal:

“Anyone who knowingly employs an illegal foreigner or foreigner in violation of this Act shall be guilty of an offence and liable on conviction to a fine or to imprisonment not exceeding one year, provided that such person's second conviction of such an offence shall be punishable by imprisonment not exceeding two years or a fine, and the third or subsequent convictions of such offences by imprisonment not exceeding three years without the option of a fine.”

Die hof wys daarop dat, met die inagneming van artikel 38(1) van die *Immigrasiewet*, daar nie 'n beperking geplaas sal word op die reg op billike arbeidspraktyk nie, maar dat dit wel 'n risiko daarstel vir kriminele sanksies indien 'n werkgever 'n ongemagtigde persoon sonder 'n geldige dienskontrak in diens neem.¹¹⁷

There is a sound policy reason for adopting a construction of S 38(1) that does not limit the right to fair labour practices. If S 38(1) were to render a contract of employment concluded with a foreign national who does not possess a work permit void, it is not difficult to imagine the inequitable consequences that might flow from a provision to that effect. An unscrupulous employer, prepared to risk criminal sanction under S 38, might employ a foreign national and at the end of the payment period, simply refuse to pay her the remuneration due, on the basis of the invalidity of the contract.

Die hof gaan voort en verduidelik dat die werknemer dan sonder 'n kontraktuele remedie gelaat word.¹¹⁸

In these circumstances, the employee would be deprived of a remedy in contract, and if Discovery Health's contention is correct, she would be without a remedy in terms of labour legislation.

Die hof verduidelik voorts dat die werkgever van die werknemer kan vereis om werk te doen wat teenstrydig is met die bepalings van die WBDV en die werknemer van alle statutêre regte kan ontnem.¹¹⁹

The same employer might take advantage of an employee by requiring work to be performed in breach of the BCEA for example, by requiring the employee to work hours in excess of the statutory maximum and by denying her the required time off and rights to annual leave, sick leave and family responsibility leave.

117 Cheadle 'Current Labour Law' 2008 bl 7. *Discovery Health Limited v CCMA and Others* 2008 7 BLLR 633 (LC) Par 30.

118 Cheadle 'Current Labour Law' 2008 bl 7.

119 Cheadle 'Current Labour Law' 2008 2008 bl 7.

Die hof beslis dat dit duidelik is dat dit die wetgewer se oogmerk was om die kontrak ongeldig te laat verklaar in 'n geval waar 'n werkgewer teenstrydig met artikel 38(1) optree:¹²⁰

It does not require much imagination to construct other examples of the abuse that might easily follow a conclusion to the effect that the legislature intended that contract be invalid where the employer party acted in breach of s 38(1) of the Act.¹²¹ This is particularly so when persons without the required authorisation accept work in circumstances where their life choices may be limited and where they are powerless (on account of their unauthorised engagement) to initiate any right of recourse against those who engage them.

Die hof beslis dat die oogmerk van artikel 23(1) van die Grondwet in hierdie omstandighede deur middel van arbeidswette bevorder moet word:¹²²

Far from defeating the purposes of the Immigration Act, to sanction a claim of contractual invalidity in these circumstances would defeat the primary purpose of S23 (1) of the Constitution which is to give effect, through the medium of labour legislation, to the right to fair labour practices.

Die hof verduidelik dat, deur die toepassing van sanksies teen die werkgewer wat 'n onregmatige persoon sonder 'n werkspermit in diens neem, en by die afwesigheid van 'n dienskontrak in die omstandighede van die feite voor die hof, die onderliggende kontrak afdwingbaar sal wees:¹²³

In my judgment therefore, by criminalising only the conduct of an employer who employs a foreign national without a valid permit and by failing to proscribe explicitly a contract of employment concluded in these circumstances, the legislature did not intend to render invalid the underlying contract. For this reason, the contract concluded between Discovery Health and Lanzetta on 1 May 2005 was valid, and remained so until its termination by Discovery Health on 5 January 2006. Lanzetta was therefore an 'employee' as defined in the *LRA*, and the KVBA had jurisdiction to determine the unfair dismissal dispute referred to it.

120 *Discovery Health Limited v CCMA and Others* 2008 7 BLLR 633 (LC) par 30.

121 Cheadle 'Current Labour Law' 2008 2008 bl 7.

122 *Discovery Health Limited v CCMA and Others* 2008 7 BLLR 633 (LC) par 31.

123 *Discovery Health Limited v CCMA and Others* 2008 7 BLLR 633 (LC) Par 32.
Cheadle *Current Labour Law* 2008 bl 7.

Die hof kom tot die gevolgtrekking dat die KVBA jurisdiksie het oor die dispuut, al beskik die ongemagtigde persoon nie oor 'n werkspermit nie.¹²⁴

There will no doubt be those who contend that my conclusion necessarily entails both that the KVBA condones illegality when it assumes jurisdiction in a dispute referred to that body by a foreign national not in possession of a valid work permit, and that to assume jurisdiction would give legal sanction to a position that the legislature has specifically sought to prevent. The answer to this proposition, as Bosch and Christie suggest is that assuming jurisdiction may well expose any illegality that exists and thereby deter it.

Die hof beslis verder dat, indien die werkgewers daarvan bewus was dat ongemagtigde persone wat sonder werkspermitte dienste lewer, ingevolge die WAV en WBDV beskerm word, 'n werkgewer nie teenstrydig met artikel 38(1) sal optree nie.¹²⁵

If employers were aware that foreign nationals who do not have work permits had rights of recourse to the LRA and the BCA (and thereby to CCMA and to this Court) they would be less likely to breach s 38(1) of the Immigration Act by entering into contracts in these circumstances.

Die hof hoef nie in sy bevinding die kommissaris se argument oor die bestaan van die diensverhouding te beantwoord nie. Die KVBA het derhalwe inderdaad jurisdiksie in die saak.

'n Verwante vraag ontstaan, naamlik of die definisie van 'n werknemer net so ver strek om persone in te sluit wat ingevolge die gemenerereg van die dienskontrak werk verrig. Die hof het beslis dat die definisie van 'n werknemer nie noodwendig 'n geldige dienskontrak impliseer nie.

Indien die definisie van 'n dienskontrak deur akademië bestudeer word, bepaal sommige dat die kontraktereg as hoeksteen beskou moet word. Die

124 Christie en Bosch "Are sex workers Employee" 2007 28 ILJ 804

125 *Discovery Health Limited v CCMA and Others* 2008 7 BLLR 633 (LC)par 33.

hof volg die benadering dat die definisie in ooreenstemming met die Grondwet geïnterpreteer moet word. Dit beteken dat die definisie binne die konteks van artikel 23 geïnterpreteer moet word as dit oor die reg op billike arbeidspraktyke handel. Internasionale reg moet ook in gedagte gehou word wanneer Suid-Afrikaanse wetgewing geïnterpreteer word, wat die ILO,¹²⁶ konvensie 87 insluit. Die hof beslis dat:¹²⁷

Taking into account the provisions of S 23(1) of the Constitution, the purpose, nature and extent of relevant international standards and the more recent interpretations of the definition of 'employee' by this Court, I do not consider that the definition of 'employee' in S 213 of the LRA is necessarily rooted in a contract of employment. It follows that a person who renders work on a basis other than that recognised as employment by the common law may be an 'employee' for the purposes of the definition. Because a contract of employment is not the sole ticket for admission into the golden circle reserved for 'employees', the fact that Lanzetta's contract was contractually invalid only because Discovery Health had employed him in breach of S 38(1) of the Immigration Act did not automatically disqualify him from that status.

Die hof onderskei ook tussen werk wat onwettig is en werk wat na bewering op 'n onwettige manier uitgevoer word.

5.2 *Kylie v CCMA*¹²⁸ and *Others* en die *Kylie-appèlsaak*¹²⁹

In die *Kylie*-saak¹³⁰ was die applikant 'n prostituut wat in 'n masseersalon gewerk het deur seksuele dienste teen vergoeding te lewer.¹³¹ Haar argument was dat sy onbillik ontslaan is en dat die dispuut deur die KVBA aangehoor moes word. Die kommissaris het bevind dat die KVBA nie jurisdiksie het om die saak aan te hoor nie aangesien die applikant nie ingevolge die WAV 'n werknemer was nie. Die arbeidsappèlhof het beslis dat die KVBA wel jurisdiksie het om die geskil aan te hoor.

126 International Labour Organisation.

127 *Discovery Health Limited v CCMA and Others* 2008 7 BLLR 633 (LC) Par 49.

128 J Grogan *Labour Law sibergramme* 11/2010, 7 Julie 2010, 2.

129 J Grogan *Labour Law sibergramme* 11/2010, 7 Julie 2010, 2.

130 *Kylie v CCMA and Others* 2008 9 BLLR 870 (LC).

131 J Grogan *Labour Law sibergramme* 11/2010, 7 Julie 2010, 2.

Die toekenning is deur die werkgewer vir hersiening geneem, maar die hof het die aansoek van die hand gewys. (Die arbeidsappèlhof het ook die beslissing verwerp.) Die redes wat die hof van eerste instansie aangevoer het, is dat 'n fundamentele beginsel van ons reg in Suid-Afrika bepaal dat hoewe nie onwettige aktiwiteite moet sanksioneer of aanmoedig nie. Die beginsel manifesteer dit selfs *inter alia*, in die gemeenregtelike beginsels, dat hoewe nie onwettige kontrakte kan afdwing nie. Die beginsel word ook in die Grondwet gereflekteer en is een van die fundamentele waardes waarop 'n demokratiese samelewing gebaseer is. Die hoewe is nie bereid om 'n kontrak af te dwing waar daar direk of indirek na die wettiging van prostitusie verwys word nie. Die hoewe is ook nie bereid om kontrakte af te dwing waar die optrede deur 'n statuut verbied word nie en dus moet so 'n kontrak onafdwingbaar wees.

Georganiseerde prostitusie word deur die *Wet op Seksuele Misdrywe*¹³² verbied en is 'n misdryf. 'n Analise van die bepalings van die *Wet op Seksuele Misdrywe* illustreer dat dit die oogmerk van die wetgewende liggaam was om enige kontrak wat enigsins bepalings bevat wat ingevolge die Wet as verbode beskou word, tot niet te verklaar. Hierteenoor verleen artikel 23 van die Grondwet beskerming aan die reg op billike arbeidspraktyke en moet dit nie geïnterpreteer word om persone wat onwettige werk verrig nie te beskerm nie. Volgens wetgewing is georganiseerde prostitusie 'n misdryf en word prostitute nie binne die beskermende raamwerk van die bepaling gebring nie.

Die reg om 'n eis vir onbillike ontslag in te stel, sal dus in die georganiseerde prostitusie onafdwingbaar wees. Die wetgewer het dit duidelik gemaak dat 'n prostituut nie ingevolge die WAV as werknemer beskou moet word nie. Die KVBA moet derhalwe nie statutêre bepalings, soos dié aangaande billike

132 23 van 1957(hierna *Wet op Seksuele Misdrywe*).

ontslag ingevolge die WAV, op so 'n persoon toepas nie. Dit skryf ook nie voor dat prostitute nie geregtig is op beskerming onder andere deur arbeidsregtelike, beroepsgesondheids- of bestaansbeveiligingstatute nie.

Dit is van belang om te let op die verskillende benaderings wat deur die hof in die twee sake, naamlik die *Discovery Health*-saak¹³³ en die *Kylie*-saak¹³⁴ gevolg is. In albei die sake het ons te make met 'n groep mense wat uitgebuit word soos deur die hof beslis:

There is no question that sex workers are a vulnerable group and subject to exploitation but so are those illegally employed as foreign workers and child workers. It is a consequence of illegality that they are exploited. The difference is that the prohibition in respect of foreign workers and child workers is a prohibition aimed at who does the job rather than the job itself. This means that illegally employed foreign workers and child workers compete with workers in legal employment for jobs.

Indien daar nie aan hierdie groepe beskerming gebied word nie, sal ongemagtigde persone eerder aangestel word as hulle wat wettiglik 'n werk mag verrig:¹³⁵

The withdrawal of labour rights in these instances will create an incentive to employ illegal workers in place of legal ones. The ability to pay less than the established rates of pay in respect of foreign and child workers doing the same work as those in legal employment without the risk of having to be held to the established rate of pay undermines the established rate, threatens the employment and pay security of those in legal employment and encourages the employment of illegal workers – the very thing that the Immigration Act and the prohibitions on the employment of children seek to prevent.

133 *Discovery Health Limited v CCMA and Others* 2008 7 BLLR 633 (LC).

134 *Kylie v Commission for Conciliation Mediation and Arbitration and Others* (CA10/08) [2010]ZALAC 8; 2010 (4) SA 383 (LAC) ; 2010 (10) BCLR 1029 (LAC) ; (2010) 31 ILJ 1600 (LAC) ; [2010] 7 BLLR 705 (LAC) (26 May 2010).

135 *Discovery Health Limited v CCMA and Others* 2008 7 BLLR 633 (LC)Par 70.

Die benadering wat die hof volg is ook van belang met betrekking tot die voldoening aan die definisie van 'n werknemer wat die bestaan van 'n geldige dienskontrak veronderstel. Die beslissing bepaal dat dit moontlik die geval kan wees dat 'n nie-kontraktuele diensverhouding binne die definisie val. Die hof neem later 'n teenoorgestelde standpunt in. Die hof beslis, tot paragraaf 90 van die uitspraak, dat dit duidelik is dat die definisie van 'n ontslag ingevolge artikel 186(1) WAV moet plaasvind, of dat die voortbestaan van 'n geldige dienskontrak 'n noodsaaklike voorwaarde is vir die statutêre reg tot billike ontslag.

6. Problematiek rakende die uitsprake

As aanvaar word dat ongemagtigde werkers ingevolge die WAV as werknemers geklassifiseer kan word, sal dit problematies wees om hul eise op 'n onbillike ontslag te grond. Die eerste probleem is gesetel in die definisie van ontslag en die tweede in die remedies wat aanbeveel word indien die ongemagtigde werker wel onbillik ontslaan sou word.

Ten opsigte van die eerste probleem word net in een komponent van die definisie van 'n onbillike ontslag melding gemaak van die beëindiging van 'n dienskontrak.¹³⁶ Dit blyk dat, hoewel 'n werker as 'n werknemer geklassifiseer kan word sonder dat hy of sy 'n geldige dienskontrak gesluit het, hy of sy nie 'n eis op grond van onbillike ontslag ingevolge die WAV kan instel nie. 'n Moontlike oplossing is dat 'n omvattende interpretasie van die WAV, in ooreenstemming met die Grondwet, gedoen moet word sonder dat bekragtiging van artikel 186 nodig is. Artikel 186(1)(a) van die WAV of Artikel 23 van die Grondwet kan gelees word asof dit die beëindiging van 'n dienskontrak insluit, of die kontrak geldig is of nie.

136 Artikel 186 van WAV.

Alhoewel so 'n standpunt die woord “kontrak” in die definisie sal ignoreer, maak dit die bogenoemde argument moeilik aanvaarbaar. 'n Ander opsie is dat die wetgewer die bewoording van die definisie van ontslag kan wysig om die beëindiging van die diensverhouding net so, of op bepaalde gronde in te sluit. Dit blyk asof daar wegbeweeg word van die term “kontrak” soos dit tradisioneel verstaan word, maar dat die siening uitgebrei word na werknemers. Sodanige wysiging sal vir die wetgewer ideaal wees om die bepalinge van die WAV en die *Immigrasiewet* met mekaar te vereenselwig.

Die vraag ontstaan of die toepaslike wysigings van wetgewing inhou dat die definisie van ontslag onjuis is en dat daardeur beperkings op ongemagtigde persone geplaas word. Die opsie om die term “beëindiging van diens” in die bepalinge van die WAV in te lees ten einde die definisie ingevolge artikel 186 uit te brei om aan ongemagtigde persone se regte effek te gee, is vir die houe beskikbaar. Dit sal soos volg lees:

An employer has terminated a contract of employment or employment relationship with or without notice.

Beginsels wat reeds in regspraak oor die begrip “inlees” neergelê is kom na vore. Daar rus 'n plig op die grondwetlike regter om, waar nie in die teks voorsiening gemaak word vir die ware bedoeling van die wetgewer nie, sekere grammatikale woorde in te lees sodat die werklike betekenis duidelik na vore kom. Die Konstitusionele Hof beslis ten opsigte van “inlees” dat:¹³⁷

Before resorting to the above-mentioned remedy a court must ensure that after reading-in the provision will be consistent with the Constitution and that the result achieved will interfere with the laws of the legislature as little as possible. The court must also be able to define with sufficient precision how the statute ought to

¹³⁷ *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer Port Elizabeth Prison and Others* BCLR 1995 (4) SA 631.

be extended so as to comply with the Constitution and should as far as possible remain within the bounds of the legislative scheme. Reading-in will not be justified if it would result in an unsupportable budgetary intrusion. Where reading-in, by expanding the protected group sustains a policy that is constitutionally encouraged it is preferable to removing that protection completely (i.e. by striking down the relevant provision).

“Inlees” word deur die Grondwet vereis en sal nie met die toepassing van die WAV inmeng nie. Die hof sal bevoeg wees om te bepaal hoe omvattend die definisie van ’n ontslag uitgebrei sal moet word en of ’n diensverhouding ingesluit kan word en die inlees sal gevolglik geen addisionele koste vir die WAV se geskilbeslegtingsforums inhou nie. Die uitbreiding van die definisie sal die regte van ongemagtigde persone teen onbillike ontslag beskerm.

Ten opsigte van die probleem aangaande die toepaslike remedies, is aanvaar dat ’n ongemagtigde persoon wat ingevolge die WAV as ’n werknemer gedefinieer word, ontslaan kan word. Die vraag ontstaan watter remedies tot die beskikking van die werknemer is wat onbillik ontslaan is. Artikel 193 bepaal dat ’n werker wat onbillik ontslaan is, heraangestel mag word of vergoed mag word. Dit skep vir die werkgewer probleme om ’n ongemagtigde persoon weer in diens te neem of aan te stel omdat die ongemagtigde werker nie aan die vereistes ingevolge die *Immigrasiewet* voldoen nie. Regter Cheadle het in die arbeidshofsaak¹³⁸ gesê dat, sou dit toegelaat word dat sekswerkers ’n unie vorm, dit die bedoeling van die wetgewer sal ondermyn. Daarteenoor het regter Davis in die *Kylie*-appèlhofsaak¹³⁹ gesê dat nie al die remedies onder die wet vir die werknemers beskikbaar moet wees nie. Verder het hy ook gestipuleer dat hoewel die werknemers ’n unie kan vorm of daarby kan aansluit, hulle nie aan kollektiewe bedinge asook enige onwettige of ongemagtigde aktiwiteite mag deelneem nie. ’n Kommissaris kan derhalwe nie

138 *Discovery Health Limited v CCMA and Others* 2008 7 BLLR 633 (LC)

139 *Kylie v Commission for Conciliation Mediation and Arbitration and Others* (CA10/08) [2010] ZALAC 8; 2010 (4) SA 383 (LAC) ; 2010 (10) BCLR 1029 (LAC) ; (2010) 31 ILJ 1600 (LAC) ; [2010] 7 BLLR 705 (LAC) (26 May 2010).

'n werkgewer verplig om 'n werknemer weer in sodanige omstandighede in diens te neem nie. Indien so 'n bevel gemaak word, is dit teen die bedoeling van die wetgewer. Die kommissaris of regter van die hof het die bevoegdheid om 'n bevel te maak wat strydig is met die wet. Die bedoeling van die kommissaris moet duidelik wees en die bedoeling moet nie teenstrydig met die Grondwet wees nie. Ingevolge artikel 193(2) kan 'n besluitnemer weier om heraanstel of weer in diens geneem te word indien die omstandighede rakende die ontslag van so 'n aard is dat dit die diensverhouding onuitstaanbaar sal maak indien dit voortgaan. Die bepaling word in ag geneem waar die verhouding sodanig verbrokkel het dat die diensverhouding by albei betrokke partye ontbreek en hulle daarom nie die diens verder sal kan voortsit nie. Die bepaling skryf nie voor wie die diensverhouding moet voortsit nie, daarom kan geargumenteer word dat 'n bevel wat heraanstelling of herindiensneming van 'n ongemagtigde persoon vereis, 'n ondraaglike situasie sal skep vir een of albei partye. Die algemene remedie wat toegestaan moet word, is vergoeding vir ongemagtigde persone wat in die bepaalde omstandighede onbillik ontslaan is.

Vergoeding is in teenstelling met die aard van 'n arbitrasiebevel, wat veronderstel is om finaal en bindend te wees betreffende die beslegting van 'n geskil. Dis ook problematies omdat die partye nie dadelik implementering kan verwag rakende die probleem wat ontstaan met betrekking tot die aansoek om 'n werkspermit nie. Dit blyk wel dat die werker op vergoeding vir onbillike ontslag geregtig is indien herindiensneming of heraanstelling nie moontlik is nie. Wanneer 'n bevel gewysig moet word, moet 'n nuwe bevel eerder gemaak word deur 'n nuwe kommissaris. Die enigste opsie is dat die bevel nietig verklaar word – wat moontlik toegestaan sal word op grond daarvan dat 'n algemene fout begaan is met betrekking tot die partye van die kontrak of dat die werkspermit wel goedgekeur sal word. Dit kom voor asof, terwyl herindiensneming of heraanstelling die primêre remedies vir onbillike ontslag

is dit, waar moontlik, toegestaan moet word, maar dit is problematies met betrekking tot ongemagtigde werkers. Daar is 'n verpligting op kommissarisse of die KVBA om die bevel onder die aandag van die Departement van Buitelandse Sake te bring sodat daar, waar nodig, teen ongemagtigde persone opgetree kan word. Aan die ander kant is dit die Departement se verantwoordelikheid om ongemagtigde persone op te spoor en te vervolg. Die KVBA moet bloot regte afdwing op grond van die billikheid van die ontslag en 'n toepaslike beslissing gee.

7. Gevolgtrekking en aanbeveling

Om die vraagstuk hierbo uiteengesit te beantwoord, word die volgende gevolgtrekking gemaak. Die blote voldoening aan die definisie van 'n werknemer, al dan nie, of die status van daardie werknemer, kan op geen stadium veroorsaak dat 'n werknemer se posisie ingevolge 'n diensverhouding ingeperk kan word nie. Dit is die basis waarop Bosch se artikel getiteld *Can unauthorised workers be regarded as employees for the purposes of the Labour Relations Act?*¹⁴⁰ en die artikel getiteld *Are sex workers Employees?*¹⁴¹ (geskryf deur Bosch en Christie) 'n argument probeer vasstel ten einde aan die term “ongeoorloofde/ongemagtigde werknemers” betekenis te gee. Die doel hiermee is dat werknemers ingevolge die WAV en WBDV beskerming kan verkry ten spyte daarvan dat hulle nie aan 'n teoretiese definisie voldoen nie. In die *Kylie*-appèlhofsak¹⁴² is juis hierdie beskerming aan die werknemer verleen.

140 Bosch 'Can unauthorized workers be regarded as employees for the purposes of the Labour Relations Act?' 2006 27 ILJ 1342.

141 Christie en Bosch "Are sex workers Employee" 2007 28 ILJ 804.

142 *Kylie v Commission for Conciliation Mediation and Arbitration and Others* (CA10/08) [2010] ZALAC 8; 2010 (4) SA 383 (LAC) ; 2010 (10) BCLR 1029 (LAC) ; (2010) 31 ILJ 1600 (LAC) ; [2010] 7 BLLR 705 (LAC) (26 May 2010).

Die konsep van 'n diensverhouding is wel 'n nuttige meganisme om te bepaal of die persoon 'n regmatige werknemer is al dan nie. Die definisie van 'n werknemer ingevolge artikel 213 van die WAV moet indringend beskou word. Hierdie artikel moet geïnterpreteer word en saamgelees word met die vermoedens van diens wat deur artikel 200A van die WAV vasgestel word. Verdere wetgewing asook dokumente wat in ag geneem moet word is artikel 83A van die WBDV¹⁴³ en die 2006 NEDLAC-kode van goeie praktyk.¹⁴⁴ Die onderskeid is derhalwe tussen artikel 213 en die vermoedens vervat in artikel 200A. In die meeste gevalle behoort die vermoedens en bepalings 'n antwoord te kan verskaf, veral wanneer die dilemma oor die aard van die verskillende soorte dienste ter sprake is, en byvoorbeeld waar onderskeid tussen indiensneming en onafhanklike kontrakteurs getref moet word. In dié geval is die dilemma wat ter sprake is die volgende: Indien daar enige ongeldigheid in die dienskontrak gevind kan word of die dienste wat gelewer word as onwettig beskou word, kan sodanige persoon as 'n werknemer ingevolge die dienskontrak asook die statutêre definisie beskou word?

Die gevolgtrekking wat gemaak kan word, word in die bespreking van die *Discovery Health*-saak¹⁴⁵ gevind. In die betrokke saak moes die kommissaris die inhoud as geheel beskou het in plaas daarvan om pertinent na die struktuur van die dienskontrak te verwys en jurisdiksie op grond van die ongeldigheid van die dienskontrak bepaal. Die ongeldigheidsargument is die mees effektiewe wyse om die basis van die statutêre definisie van 'n werknemer uit te brei tot meer as net gekoppel aan die bestaan van 'n dienskontrak. Gevolglik kan kontraktuele remedies nie ingestel word in gevalle waar die dienskontrak ongeldig is nie, alhoewel die werknemer 'n reg tot sekere remedies ingevolge artikel 23 van die Grondwet het.

143 *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* 75 van 1997.

144 Clive T "The changing nature of employment" 2003 ILJ 1793-1815.

The Code of Good Practice: Who is an employee GN 1774 GG 29445 van 1 Desember 2006.

145 *Discovery Health Limited v CCMA and Others* 2008 7 BLLR 633 (LC).

Die kommissaris se bevinding dat Discovery Health vir Lanzetta ontslaan het word deur die appèlhof se beslissing in die *Kylie*-saak¹⁴⁶ ondersteun. Die definisie van 'n ontslag soos uiteengesit in artikel 186 van die WAV sluit in dat die beëindiging van 'n dienskontrak deur 'n werknemer, met of sonder kennisgewing, juridiese probleme kan skep vir persone wat betrokke is in diensverhoudings en wie se eise op onbillike ontslag neerkom. In die bogenoemde saak is dit nietemin 'n algemene afleiding dat Lanzetta 'n dienskontrak met Discovery Health gehad het en dat Discovery Health dit beëindig het.

Die gevolgtrekking wat met betrekking tot die kommissaris se bevinding gemaak kan word, is dat die KVBA jurisdiksie het om die dispuut tussen die partye te arbitreer en dat Lanzetta se ontslag binne die strekking van artikel 186 van die WAV val. Die KVBA mag steeds beslis oor die vraag of die ontslag billik was. Alle stellings wat deur Discovery Health gemaak is met betrekking tot die status van wanvoorstelling soos deur Lanzetta gemaak, het 'n invloed op sy status en is van toepassing ten opsigte van die hofaansoek.

Daar moet verder 'n duidelike onderskeid getref word tussen werk wat onwettig is en werk wat gedoen is waarvan beweer kan word dat dit teenstrydig met 'n wet is. 'n Voorbeeld hiervan is in *Kylie v Van Zyl t/a Brigettes*¹⁴⁷ te vind, waar die KVBA-kommissaris bevind het dat die KVBA nie jurisdiksie het nie omdat die applikant ingevolge die *Wet op Seksuele Misdrywe*¹⁴⁸ teenstrydig opgetree het. Die beslissing is op hersiening geneem

146 *Kylie v Commission for Conciliation Mediation and Arbitration and Others* (CA10/08) [2010] ZALAC 8; 2010 (4) SA 383 (LAC) ; 2010 (10) BCLR 1029 (LAC) ; (2010) 31 ILJ 1600 (LAC) ; [2010] 7 BLLR 705 (LAC) (26 May 2010).

147 2007 28 ILJ 470 (KVBA).

148 *Wet op Seksuele Misdrywe* 23 van 1957.

en regter Cheadle het die aansoek van die hand gewys. Op appèl het die arbeidsappèlhof die beslissing van die kommissaris hersien en beslis dat die KVBA jurisdiksie het en die geleentheid mag aanhoor.

Na aanleiding van die bogenoemde sake kan die posisie soos volg uiteengesit word: die dienskontrak wat tussen Discovery Health en Lanzetta ontstaan het, was nie ongeldig nie, ten spyte van die feit dat Lanzetta nie 'n geldige werkspermit gehad het om vir Discovery Health te werk nie. Die kontrak op sigself was nie nietig nie, maar die werkgever het hom aan 'n oortreding skuldig gemaak deur die werknemer in diens te hou terwyl die werknemer nie 'n geldige permit gehad het nie. Die werknemer se optrede om in diens te wees het nie enige oortreding daargestel nie. Lanzetta was derhalwe 'n werknemer soos verwoord in artikel 213 van die WAV en is daarom geregtig om die dispuut na die KVBA te verwys op grond van onbillike ontslag. Die aangewese weg vir Discovery om in 'n soortgelyke situasie te volg, sal wees om die werknemer op grond van operasionele vereistes te ontslaan, onderhewig daaraan dat die korrekte prosedure gevolg word.

Al is die kontrak wat tussen Discovery Health en Lanzetta ontstaan het, ongeldig omdat Discovery Health hom nie ingevolge artikel 38(1) van die *Immigrasiewet* in diens kon neem nie, was Lanzetta steeds ingevolge artikel 213 van die WAV 'n werknemer van Discovery. Die WAV se definisie van "werknemer" is nie afhanklik van 'n geldige en afdwingbare dienskontrak nie.

Die kommissaris het die korrekte uitkoms beslis en daar kan nie gemeen word dat die uitspraak nie billik en redelik was nie. Met bogenoemde in ag geneem, is daar ooreenkomste met en 'n sterk argument dat effek gegee moet word aan die *Immigrasiewet*. Indien dit reg geïnterpreteer word, is die

dienskontrakte gevolglik ongeldig. Die gevolge moet ook in ag geneem word: as 'n dienskontrak ingevolge die WAV afdwingbaar is, sal ongemagtigde werkers deur middel van goedkoop meganismes van die KVBA ondersteun moet word om hulle regte te kan beskerm. Die enigste manier hoe dit sal gebeur, is indien die Konstitusionele Hof die gemenerereg uitbrei om vir hierdie gevalle voorsiening te maak. Dit lei tot teenstrydigheid in die reg om sekere persone uit te sluit van die reg tot billike arbeidspraktyke-wetgewing. Die wetgewing is juis ingestel om effek aan die WAV te gee. Die vereiste dat die hooggeregshof genader moet word, is in teenstelling met die reg op toegang tot howe, tribunale en forums. Dit is egter nie moontlik dat onwettige werkers in 'n finansiële posisie sal wees om toegang tot howe te hê nie.

Die appèlhof het in die *Kylie*-saak¹⁴⁹ aan onwettige werkers die geleentheid tot toegang tot die KVBA gebied, en die skrywer stem daarmee saam want sodanige toegang vir onwettige werkers sal tot gevolg hê dat minder werkgewers die arbeidsregte van onwettige immigrante sal ignoreer, selfs al werk hulle teenstrydig met die *Immigrasiewet*. Dit sal dien as 'n afskrikmiddel om in die eerste plek onwettige immigrante aan te stel. Maar dit sal ook ernstige gevolge kan meebring. Dit impliseer dat ander kategorieë van onwettige werkers ook die beskerming van die WAV geniet, wat 'n finansiële las op werkgewers kan plaas en tot toenemende spanning op die verhouding tussen Suid-Afrikaanse en buitelandse werkers kan lei. 'n Voorbeeld hiervan is onlangse xenofobiese geweld as gevolg van die nasionaliteit van sekere groepe werkers. Dit is belangrik om bewus te wees van die feit dat die werkgewer strafregtelik aanspreeklik is vir werkers wat doelbewus aangestel word op grond van hul onwettige status. Dit is met hierdie kwessie in gedagte dat die appèlhof nie in elke geval beskerming aan onwettige werkers

149 *Kylie v Commission for Conciliation Mediation and Arbitration and Others* (CA10/08) [2010] ZALAC 8; 2010 (4) SA 383 (LAC); 2010 (10) BCLR 1029 (LAC) ; (2010) 31 ILJ 1600 (LAC) ; [2010] 7 BLLR 705 (LAC) (26 May 2010).

toegestaan het nie maar beslis het dat waar onwettige aktiwiteite betrokke is elke saak volgens die spesifieke meriete en omstandighede beslis moet word.

Om arbeidsregte aan werknemers te verleen, hou in dat hulle nie die werkgever se onderdrukkende gedrag hoef te verduur nie en sodoende word hulle menswaardigheid dus nie gekrenk nie. Alhoewel onwettige werknemers toegang tot die arbeidsreg verkry het en daar toepaslike prosedures ingestel is, sal dit hulle nie verhoed om steeds op 'n onwettige manier vir werk aansoek te doen en die prosedures te verontagsaam nie. Om die KVBA te nader om arbeidsregte aan onwettige werkers te verleen en dit af te dwing, hou die risiko in dat die aandag van die wetgewer gevestig sal word om onwettige immigrante as ongewenste persone te beskou en sal die onwettige immigrant gedeporteer word. Suid-Afrikaanse howe is ongewillig om eise wat direk op fundamentele regte gebaseer is, toe te staan en af te dwing onderwyl die regte omvattend deur wetgewing gereguleer word. Dit sal tot die onwettige werknemer se voordeel wees as die WAV geïnterpreteer word om toegang tot arbeidsregte te verleen.

Die huidige regsposisie skep verwarring en regsonsekerheid, aangesien daar nie spesifieke bepalinge bestaan om die ongelykheid reg te stel nie. Die feit dat ongemagtigde persone uitgebuit word, is nie net in die arbeidsreg 'n probleem nie, want die situasie dra ook by tot misdrywe wat deur die ongemagtigde persone in ons land gepleeg word. Volgens my moet die belange van die samelewing en die ongemagtigde persoon teen mekaar opgeweeg word. Dit is nodig sodat die wetgewer kan besef dat daar 'n leemte in wetgewing ontstaan het wat gevul moet word. Die beslissing van die *Discovery Health*-saak is derhalwe 'n klein treetjie in die regte rigting maar die *Kylie*-appèlhofsaak is op hierdie stadium en tydstip die toonaangewende regspraak aangaande die onderwerp.

8. Bibliografie

Boeke

C

Currie en De Waal *Bill of Rights Handbook* 5th uitg (Juta & Company Ltd 2007)

D

Du Toit *Labour Relations Law A Comprehensive Guide* 5^{de} uitg (Lexis Nexis, Durban 2008)

G

Grogan J *Labour Law sibergramme* 11/2010, 7 Julie 2010, 2.

L

Law Society of South Africa - Legal Education and Development *Labour Dispute Resolution Study guide* 2009

Regspraak

B

Boxer Superstores: Mthatha en Andere v Mbenya 2007 8 BLLR 639 (SCA)

C

Carmichele v Minister of Safety and Security 2001 4 SA 938 (CC)

City of Cape Town v Real People Housing 77/09 ZASCA 159 2009

City of Tshwane Metropolitan Municipality v RPM Bricks (Pty) Ltd 2007 28 (SCA)

Chirwa v Transnet Limited and Others (CCT 78/06) 2007 ZACC 23; 2008 (4) SA 367 (CC); 2008 (3) BCLR 251 (CC) ; 2008 2 BLLR 97 (CC) ; 2008 29 ILJ 73 (CC)

Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer Port Elizabeth Prison and Others BCLR 1995 (4) SA 631

D

Dendy v University of the Witwatersrand en Andere 2007 28 ILJ 2215 (SCA)

Derkens v Webb en Andere 2008 29 ILJ 21065 (W)

Discovery Health Limited v CCMA and Others 2008 7 BLLR 633 (LC)

Dwane-Alpman v Premier, Eastern Cape 2008 29 ILJ 541 (E)

F

Fedlife Assurance Ltd v Wolfaardt 2001 12 BLLR 1301 (A)

Fox v Burchell t/a Frontier Safaris 2008 1 BALR 23 (CCMA).

Fredericks & others v MEC for Education & Training, Eastern Cape & others 2002 23 ILJ 81 (CC)

G

Gogo v University of KwaZulu-Natal and Others 2007 28 ILJ 2688 (D)

H

Hanyane/Urban Protection Services 2005 10 BALR 1086 (CCMA)

K

Khosa & others v Minister of Social Development & others 2004 (6) SA 505 (CC)

Kylie v CCMA and Others 2008 9 BLLR 870 (LC)

Kylie v Commission for Conciliation Mediation and Arbitration and Others (CA10/08)
[2010] ZALAC 8; 2010 (4) SA 383 (LAC); 2010 (10) BCLR 1029 (LAC) ; (2010) 31 ILJ
1600 (LAC) ; [2010] 7 BLLR 705 (LAC) (26 May 2010)

Kylie v Van Zyl t/a Brigettes 2007 28 ILJ 470 (CCMA)

L

Lende v Goldberg 2006 ILJ 1343

Lumka and Another v Premier: Eastern Cape Province 2008 29 ILJ 783 (CCMA)

M

Mahlaule & others v Minister of Social Development & others 2004 (6) BCLR 569 (CC)

Marais v Member of the Executive Council, Department of Education, Eastern Cape Province 2008 29 ILJ 1697 (E)

MEC, Departement of Roads and Transport, Eastern Cape and Another v Giyose 2008 5 BLLR 472 (E)

Murray v Minister of Defence 2008 6 BLLR 513 (SCA)

N

Nakin v MEC, Department of Education, Eastern Cape Province en Andere 2008 2 BLLR 489 (CK)

National Metal Workers of South Africa v Borg Warner SA (Pty) Ltd 1994 15 ILJ 509
NUMSA & others v Bader Bop (Pty) Ltd & another 2003 24 ILJ 308 (CC)

O

Old Mutual Life Assurance CO SA v Gumbi 2007 8 BLLR 699 (SCA)

P

Pharmaceutical Manufacturers Association of SA: In re Ex parte President of the Republic of South Africa 2000 2 SA 674 (CC)

R

Rumbles v Kwa-BatMarketing 2003 24 ILJ 1587(LC)

S

S v Thebus 2003 6 SA 505 (CC)

SANDU v Minister of Defence 2007 (1) SA 402 (SCA)

Smit v Workmen's Compensation Commissioner 1979 1 SA 52 (A)

South African National Defence Union v Minister of Defence 1999 4 SA 469 (CC)

Swart v University of the North 2007 11 BLLR 1088 (LC)

W

White v Pan Palladium SA (Pty) Ltd 2006 27 ILJ 2721 (LC)

Wyeth SA (Pty)Ltd v Manqele and others 2002 6 BLLR 523 (LAC)

Wetgewing

G

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996

I

Immigrasiewet 13 van 2002.

P

Promotion of Administrative Justice Wet 3 van 2000

S

Sexual Offences Act 23 van 1957

W

Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995

Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997

Wet op Bevordering van Administratiewe Geregtigheid 3 van 2000

Joernale, tydskrifartikels en internasionale

B

Bosch 'Can unauthorized workers be regarded as employees for the purposes of the Labour Relations Act?' 2006 27 ILJ 1342

C

Cheadle 'Current Labour Law' 2007 18th Annual Seminar on Labour Law presented by Lexis Nexis Publishers November 2007

Cheadle 'Labour Relations' in Cheadle et al South African Constitutional Law: The Bill of Rights 2002

Christie en Bosch "Are sex workers Employee" 2007 28 ILJ 804

Clive T "The changing nature of employment" 2003 ILJ 1793-1815.

The Code of Good Practice: Who is an employee GN 1774 GG 29445 van 1 Desember 2006

E

ELRC Resolusie 6 van 1999

I

ILO konvensie 143 van 1975

ILO konvensie 97 van 1949

Webadresse

Jackson 2009 www.labourprotect.co.za