

**DIENSBEËINDIGING VAN 'n WERKNEMER WAT IN GEVANGENIS
AANGEHOU WORD**

deur

PJH Steyn
20143020

Skripsie voorgelê ter gedeeltelike voldoening aan die vereistes vir die
graad LLM aan die Potchefstroomkampus van die Noordwes-Universiteit

Studieleier: Adv Piet Myburgh
Hulpstudieleier: Mev G viljoen
November 2010

Opsomming

Welke prosedures moet gevolg word om 'n werknemer wat vir 'n misdryf in aanhouding is van diens, wat hy of sy gehad het voor inhegtenisname te ontslaan? Die billikheid van 'n ontslag van 'n werknemer moet aan twee vereistes gemeet word. In die eerste plek moet die werkgewer 'n substantief billike rede kan aanvoer vir die ontslag en tweedens moet elke ontslag volgens 'n bepaalde proses plaasvind. Die werkgewer kan volgens artikel 188 van die *Wet op Arbeidsverhoudinge*, 1995 slegs op drie gronde, naamlik , die wangedrag van die werknemer, ongeskiktheid van die werknemer of die operasionele vereistes van die werkgewer die diens van 'n werknemer beëindig. Hierdie spesifieke situasie het in die saak van *Num v CCMA* 2009 18 LC voorgekom en die hof met 'n paar vrae aangaande die prosedures wat gevolg moet word tydens ontslag gelaat. Hierdie saak het egter geen lig gewerp op al die betrokke aspekte van die probleemstelling nie. Die verskillende prosedures sal dus dan in die skripsie ondersoek word om te bepaal hoe sodanige ontslag moontlik sal wees.

Summary

Which procedures should an employer be following if he wants to discharge an employee, who is being held in prison for conduct not related to his job. The reasonability of the discharging action should meet two requirements. First it there must be a substantive reasonable reason for the discharge and secondly every discharge must be according to a specific process. According to article 188 of the *Labour Relations Act*, 1995 the employee could only be discharged on 3 grounds. These grounds are unsuitability, misconduct and the operational requirements of the employer. The specific situation represented itself in the case of *Num v CCMA* 2009 18 LC. There were no procedures set out for handling the situation in the case and left a loop hole in the Labour legislation. In this dissertation the research will be based on finding a solution to the problem the employer is facing regarding the discharge of employees in jail for conduct not related to their jobs.

Inhoudsopgawe

Lys van Afkortings	4
1. Inleiding	5
1.1 Probleemstelling	5
1.2 Navorsingsvraag	7
1.3 Formaat	7
2. Aard en Inhoud van die Suid Afrikaanse Arbeidspraktyke	7
2.1 Geskiedenis en ontwikkeling van Suid Afrikaanse arbeidspraktyke	7
2.2 Billikheid van arbeidspraktyke	8
2.3 Arbitrasie voor ontslag	8
2.4 Gemeenregtelike Diens	9
3. Arbeidsregtelike bepalings oor ontslag	14
3.1 Inleiding	14
3.2 Ontslag	14
3.2.1 Billikheid van ontslag	16
3.2.2 Wanneer sal ontslag outomaties onbillik wees	18
4 Kontraktuele bepalings in arbeidspraktyke	19
4.1 Inleiding	19
4.2 Kontrakbreuk in die algemeen	21
4.2.1 Repudiasie	22
4.2.2 Onmoontlikheid van prestasie	23
4.3 Voorwaardes	25
4.4 Gevolgtrekking.	26
5 Ontslag van die werknemer wat in gevangenis aangehou word	27
5.1 Inleiding	27
5.2 Eskom Limited v CCMA	28
5.3 Num v CCMA	30
5.4 Samancor Tubatse Ferrochrome v MEIBC	34
5.5 Gevolgtrekking	38
6. Gevolgtrekking	39
6.1 Probleemstelling en navorsingvraag	39
6.2 Aard en inhoud van die Suid Afrikaanse arbeidspraktyke	40

6.3	Arbeidsregtelike bepalings oor ontslag	41
6.4	Kontraktuele bepalings oor ontslag	42
6.5	Regspraak oor die werknemer wat in die gevangenis aangehou word	43
6.6	Voorstel	44
	Bibliografie	

Lys van Afkortings

AH	Arbeidshof
AAH	Arbeids Appèlhof
HHH	Hoogste Hof van Appel
IAO	Internasionale Arbeids Organisasie.
IH	Industriële Hof
ILJ	Industrial Law Journal/ Industriële Regs Joernaal
K	Konstitusionele Hof
KVBA	Kommissie vir Versoening, Bemiddeling en Arbitrasie.
Num	Nasionale Unie van Metaalwerkers.
SAJIR	Suid Afrikaanse Jaarboek van Internasionale Reg.
Stell RT	Stellenbosch Regstydskrif
TSAR	Tydskrif van die Suid Afrikaanse Reg
WAV	Wet op Arbeidsverhoudinge

1 Inleiding

1.1 Probleemstelling

Die billikheid van die ontslag van 'n werknemer moet aan twee maatstawwe gemeet word. In die eerste plek moet die werkgewer 'n substantief billike rede kan aanvoer vir die ontslag en tweedens moet elke ontslag volgens 'n bepaalde proses plaasvind. Artikel 188 van die *Wet op Arbeidsverhoudinge, 1995*¹ bepaal dat daar sekere prosedures deur die werkgewer gevolg moet word alvorens ontslag van 'n werknemer mag plaasvind.² Die volgende kan dien as 'n illustrasie van 'n tipiese dilemma waar die werkgewer die regte prosedure tydens ontslag sal moet volg. Indien 'n werknemer skuldig sou wees aan diefstal van goedere van die werkgewer en gearresteer of gevonnies word, is hy al klaar gestraf vir sy misdryf. Dit laat egter steeds die werkgewer met die probleem dat die werknemer nog vir hom werk en ontslaan moet word. Daar is egter gevalle waar die misdryf nie by die werksplek plaasvind nie en daardie werknemer ook gevangenisstraf opgelê word.

Indien die werkgewer nie die diens van die werknemer beëindig nie, kan die werknemer nadat hy op borg vrygelaat word of uit die gevangenis ontslaan word aandrang daarop om sy werk te hervat. Die werkgewer kan volgens artikel 188 slegs op drie gronde die diens van 'n werknemer beëindig, te wete , die wangedrag van die werknemer, ongeskiktheid van die werknemer of die operasionele vereistes van die werkgewer.³

1 Hierna die WAV. Hierdie wetgewing is in die lig van die *Grondwet van die Republiek van Suid Afrika*, 108 van 1996 en internasionale konvensies, wat geratifiseer is deur Suid Afrika, opgestel om die kwessies met betrekking tot arbeidsverhoudinge te reguleer.

2 In artikel 188 van die WAV word gestel dat die ontslag van 'n werknemer onbillik sou wees indien daardie werkgewer eerstens nie 'n billike rede vir ontslag bied nie. Met ander woorde 'n rede wat handel oor die gedrag van die werknemer of die bedryfsvereistes van die werkgewer. Laastens word in die artikel gestel dat daardie ontslag ingevolge 'n billike prosedure gedoen moet word.

3 A 188 van Die Wet op Arbeidsverhoudinge, 66 van 1995.

Aangesien daar dus nie 'n absolute oplossing in die arbeidswetgewing gevind kan word nie en die dienskontrak ook onder die beginsels van die kontraktereg toepassing vind, sal die bepalings van die kontraktereg ontleed moet word vir 'n moontlike oplossing.⁴ Onmoontlikwording van prestasie is byvoorbeeld een van die maniere waarby 'n party tot 'n kontrak sy verpligtinge met betrekking tot daardie kontrak kan beëindig. Die vraag ontstaan dus of die werkgewer (in die afwesigheid van enige van die drie gronde soos in artikel 188 van die WAV vermeld, maar op grond van 'n misdryf wat nie noodwendig verband hou met die werknemer se diens nie) hom kan beroep op die gemeenregtelike beginsel van onmoontlikwording van prestasie en sodoende die kontrak kan beëindig.

'n Belangrike saak wat met die probleem van die ontslag van 'n werknemer in aanhouding in die gevangenis is, handel, is die saak van *Num v CCMA*.⁵ Hier is die hof met 'n paar vrae aangaande die prosedures wat gevolg moet word tydens ontslag gelaat.

'n Werknemer van Eskom is in die bogenoemde saak gevangenisstraf van vyf jaar opgelê en om een of ander rede is die gevangenisstraf daarna na tien maande verminder. Die saak is na die Arbeidshof op hersiening van die *Kommissie vir Versoening Bemiddeling en Arbitrasie*⁶ se beslissing en dit het die Hof met die spesifieke vraag waarom die navorsing handel⁷, gekonfronteer. Omdat die Arbeidshof egter die saak terug wou verwys na die KVBA was daar nie veel oor die meriete van die saak gehandel nie. Die Hof het egter gemeld dat die tydperk van die gevangenisstraf wel 'n rol behoort te speel om te bepaal watter proses billik sou wees, maar nie daarop uitgebrei nie. Die vraag oor watter

4 Sien Van Eck S *Obiter* 2008 339. Sien veral voetnoot 5 waar hy verwys na die tekortkominge van die gemeenregtelike kontrak.

5 (2009) 8 *BLLR* 777 (AH).

6 Hierna die KVBA.

7 Welke prosedures moet gevolg word om 'n werknemer wat vir 'n misdryf in aanhouding is van diens, wat hy of sy gehad het voor inhegtenisname te ontslaan? Sien paragraaf 1.2 hierna.

maatstawwe aangaande die tydperk en prosedures wat redelik sal wees om ontslag te regverdig bly dus nog tot 'n groot mate onbeantwoord.

1.2 *Navorsingsvraag*

Welke prosedures moet gevolg word om 'n werknemer wat vir 'n misdryf in aanhouding is van diens, wat hy of sy gehad het voor inhegtenisname te ontslaan?

1.3 *Formaat*

Die verskillende opsies sal in hierdie skripsie ondersoek moet word, om sodoende 'n aanbeveling te kan maak aangaande die prosedures wat gevolg moet word om die werknemer in gevalle van aanhouding te kan ontslaan. Eerstens sal 'n bespreking van die regsbeginsels van toepassing op ontslag bespreek word.⁸ Daarna sal regspraak ontleed word met spesifieke verwysing na *Num v CCMA*.⁹ Laastens word 'n slot en gevolgtrekking gegee waarby aanbevelings vir die toekoms vervat sal word.¹⁰

2 Aard en Inhoud van die Suid Afrikaanse Arbeidspraktyke

2.1 *Geskiedenis en ontwikkeling van Suid Afrikaanse arbeidspraktyke*

Suid Afrikaanse arbeidsreg was vroeg al deur 'n stelsel van dualisme gekenmerk.¹¹ Die stelsel het meestal ingehou dat een stel reëls van toepassing was op wit mense en 'n ander stel op swart werknemers. Die dienskontrakte van wit werknemers is gebaseer op die *locatio conductio operarum* van Romeinsregtelike oorsprong, wat gekenmerk word deur die eienskap van vryheid om kontrakte te sluit en ook om dit vrylik te kan

8 Sien paragraaf 2 hierna.

9 Sien paragraaf 3 hierna.

10 Sien paragraaf 4 hierna.

11 Sien Calitz KB Tydskrif vir Regswetenskap 53.

beëindig.¹² Later aan was maatstawwe soos paswette, inboekstelsels sowel as die dopstelsel ingevoer om die arbeidstekortkominge uit die weg te ruim.¹³ Hierdie maatstawwe was spesifiek op swart persone van toepassing.

In die lig van Suid Afrika se apartheidsgeskiedenis en die diskriminerende optrede op grond van ras, het Suid Afrika in 1964 van die *Internasionale Arbeids Organisasie* (hierna die IAO) onttrek.¹⁴ Na aanleiding van die verslag van die *Feite Bevindings en Konsiliasie Kommissie* in 1992 en Suid Afrika se hertoelating tot die IAO, is daar deur die wetgewende liggaam van Suid Afrika vele wysigings aan die arbeidswetgewing aangebring, om aan die bepalinge van die *Grondwet van die Republiek van Suid Afrika*, 108 van 1996¹⁵ te voldoen.¹⁶

Artikel 23 van die finale Grondwet bepaal uitdruklik dat elkeen in Suid Afrika die reg op billike arbeidspraktyke het.¹⁷ Billikheid is as 'n maatstaf ingebring om die optrede met betrekking tot arbeidsaangeleenthede of praktyke, sowel as die toepassing daarvan te reguleer. Sodoende sal dit daartoe lei dat die vereistes vir ontslag van 'n werknemer eers billik moet wees alvorens dit deur die reg toegelaat sal word.

12 Sien Calitz KB Tydskrif vir Regswetenskap 53.

13 Sien Calitz KB Tydskrif vir Regswetenskap 54.

14 Sien Erasmus en Jordaan *Suid Afrikaanse Jaarboek van Internasionale Reg* 65-92 vir 'n oorsig oor die geskiedkundige gebeure wat daartoe gelei het dat Suid Afrika destyds van die IAO in 1964 onttrek het.

15 Hierna verwys as die Grondwet.

16 Sien Erasmus en Jordaan *Suid Afrikaanse Jaarboek van Internasionale Reg* 65-92 om te sien wat het aanleiding gegee tot Suid Afrika se hertoelating tot die IAO in Junie 1994. Sien verder ook die verslag van die Feite Bevindings en Konsiliasie Kommissie van 1992 vir die aanbevelende veranderinge aan die Suid Afrikaanse regering met betrekking tot die destydse arbeidswetgewing. Sien ook die verslag met aanbevelings van die *Wiehahn kommissie* wat 1979 in die lewe geroep is om die arbeidswetgewing te ondersoek.

17 In artikel 23 van *Die Grondwet van die Republiek van Suid Afrika*, 1996 is daar bepalinge wat ten doel het om arbeidsverhoudinge te reguleer. Hierdie bepalinge sluit die regte tot billike arbeidspraktyke, soos in sub-artikel 1 en sekere organisatoriese regte in.

2.2 Billikheid van arbeidspraktyke

Artikel 186 stel in sub-artikel 2(a) en (c) die volgende:

- (1) 'n "onbillike arbeidspraktyk" beteken enige onbillike handeling of versuim wat tussen 'n werkgewer of werknemer ontstaan met betrekking tot-¹⁸
- a) Die onbillike skorsing van die werknemer of enige ander onbillike dissiplinêre optrede wat teenoor die werknemer gebruik word, uitgesluit ontslag.
 - b) ...
 - c) Die versuim of weiering deur die werkgewer om 'n gewese werknemer in diens te herstel of weer in diens te neem ingevolge enige ooreenkoms.

In die lig van die bogenoemde het die probleem ontstaan dat sou 'n werknemer geskors word, dit nie die verpligting van die werkgewer wegneem om daardie werknemer steeds te betaal nie.¹⁹ Die gevaar bestaan dat daardie betrokke optrede ingevolge artikel 186(2)(b) van die WAV gesien kan word as dissiplinêre optrede wat nie op ontslag neerkom nie. Artikel 186(2)(c) is van belang deurdat daar 'n weiering gaan wees om 'n werknemer in diens te herstel of om daardie werknemer weer in diens te neem nadat hy sy tronkstraf uitgedien het.²⁰ Daar kan verskeie redes wees vir die weiering byvoorbeeld dat die werkgewer ooreenkomstig die operasionele vereistes van sy besigheid die pos moes vul met 'n ander werknemer en daardie werknemer nie net afgedank kan word nie.²¹

2.3 Arbitrasie voor ontslag

18 In *NAAWU (nou Numsa) v Borg-Warner SA (Pty) Ltd* 1994 15 ILJ 509 (A) par 29-31 waar die hof bevind het dat die begrip van "onbillike arbeidspraktyk" nie slegs op die verhouding tussen werknemers en werkgewers tydens die bestaan van 'n dienskontrak van toepassing is nie, maar ook verder as die kontrak kan strek.

19 Sien egter *Grogan Dismissal, Discrimination and unfair Labour Practices* 511 waar gestel word dat werknemers ontslaan kan word op grond van wangedrag, onbevoegdheid of swak werksverrigting sowel as die operasionele vereistes van die werkgewer. Sien ook *Larcombe v Natal Nylon Industries (Pty) Ltd Pietermaritzburg* 1986 7 ILJ 326 (IH); *Radebe v SA Quilt Manufacturers (Pty) Ltd* 1992 1 LCD 80 (IH) waar bevind is dat onaanpasbaarheid van 'n werknemer 'n geldige rede vir ontslag is deurdat dit val onder die operasionele vereistes van die werkgewer. Die belang lê daarin dat die ontslag van die werknemer nie ongegrond sal wees in omstandighede soos in teks aangedui nie.

20 Sien die bepalings van A 186(2)(c) van Wet 66 van 1995.

21 Sien egter voetnoot 35 oor die afwesigheid vir 'n lang periode.

In die verlede was daar nie die reg tot arbitrasie voor ontslag in die gemene reg vervat nie, nogsteeds net 'n geïmpliseerde reg.²² Die Grondwet het egter inwerking getree en die posisie het verander. Die Grondwet hou in dat elkeen in Suid Afrika die reg tot administratiewe aksie wat redelik, regmatig en prosedureel billik sal wees.²³ Die wetgewer het die betrokke bepaling ingevoeg in die WAV wat ten doel het dat die werknemer aangehoor kan word en 'n kans gestel word om sy saak te stel.²⁴

Die grondwetlike beginsel van regverdigheid soos in artikel 33 sowel as die vereistes van billikheid soos in artikel 23 van die Grondwet vervat is van toepassing in artikel 188A van die WAV.²⁵ In *Old Mutual Life Assurance Co SA Ltd v Gumbi*²⁶ het die werknemer die onbillike beëindiging van sy dienskontrak teengestaan en as argument geopper dat die dissiplinêre verhoor of arbitrasie in sy afwesigheid uitgevoer is.²⁷ Die geval is van belang deurdat die werkgewer in die geval waar die werknemer in die gevangenis in aanhouding is ook moet bepaal hoe die arbitrasie prosedure as 'n dissiplinêre ondersoek gaan verloop. Die hof het egter in hierdie geval gemeld dat die reg op arbitrasie voor ontslag

22 Sien die sake van *Mustapha v Receiver of Revenue* 1958 3 SA 343 (A) en *Gründling v Beyers* 1967 2 SA 131 (W) wat gehandel het oor die werknemer se reg tot 'n verhoor voor ontslag sou plaasvind. Die sake was voor die inwerktriede van die Grondwet en het op die gemene reg beginsels berus. Vir 'n bespreking van die gemeenregtelike dienskontrak sien Brassey ea "*the New Labour Law*" 1987 2-5. Sien ook artikel 188A van die WAV.

23 A33(1) van Die Grondwet van die Republiek van Suid Afrika, 108 van 1996.

24 Sien artikel 188A van Wet 66 van 1995 vir bepalings oor die verteenwoordiging van die partye, sowel as die vereistes wat gestel word. Sien ook *Transnet Ltd v Chirwa* 2006 27 ILJ 2294 (HHA) *par* 33 waar die hof die oorvleueling tussen die gemene reg die administratiewe reg en die arbeidsreg bespreek.

25 Artikel 188A van die WAV stel die prosedures wat die werkgewer kan volg om arbitrasie voor ontslag 'n moontlikheid te maak en dus te voldoen aan prosedurele billikheid.

26 [2007] 8 BLLR 699 (HHA). (Hierna die Gumbi saak).

27 Sien van Eck *Obiter* 2008 343. *Old Mutual Life Assurance Co SA Ltd v Gumbi supra* 701 *par* 5-6 stel dat deurdat Suid Afrika se wetgewing nou voorsiening maak vir arbitrasie voor ontslag ons voldoen aan artikel 7 van die *Konvensie op Diensbeëindiging*, 158 van 1982 soos uitgereik deur die IAO.

nie 'n absolute reg is nie, maar dat dit eintlik slegs 'n verpligting op die werkgewer plaas om die werknemer aan te hoor.²⁸

2.4 Gemeenregtelike Dienskontrak

Dis belangrik om te let in die lig van die gemenereg, word slegs paragraaf A van artikel 186(1) van die WAV erken, alhoewel dit nie die gemeenregtelike beginsels met betrekking tot die beëindiging van kontrakte weerspieël nie.²⁹ In hierdie verband kan kontrakte deur enige van die partye beëindig word deur kennisgewing deur een van die betrokke partye, of deurdat die kontrak na 'n sekere tyd self verstryk.³⁰ In die gemenereg kon 'n werknemer dus slegs eis indien daar ontslag sonder kennisgewing was.³¹ Die wetgewer het gegaan en sodoende in die betrokke artikel, bepalinge gaan invoeg wat nie deur die gemeenregtelike definisie van ontslag erken word nie.

'n Belangrike aspek van die gemeenregtelike dienskontrak is dat die beëindiging van die kontrak slegs deur die werkgewer kan geskied.³² Voorts moes die kontrak in die vorm van 'n *locatio conductio operarum*³³ gewees het anders kan daar ook nie ontslag geskied nie. Werkgewers

28 Sien van Eck *Obiter* 2008 343. Sien ook *Boxer Superstores Mthatha v Mbenya* [2007] 8 BLLR 693 (HHA) par 3 wat op die *Old Mutual Life Assurance Co SA Ltd v Gumbi* saak gevolg het .

29 Sien Grogan *Dismissal, Discrimination and unfair Labour Practices* 180.

30 Sien egter *Van Deventer & Venture SA (Pty) Ltd* 2007 28 ILJ 268 (KVBA) waar die regsbeginneel voorkom dat werknemers geregtig is op 'n regverdigde verhoor alvorens ontslag plaasvind. Sien ook Grogan *Dismissal, Discrimination and unfair Labour Practices* 181 waar verduidelik word oor wie ontslaan kan word.

31 Sien Grogan *Dismissal, Discrimination and unfair Labour Practices* 180. Sien verder ook *Harper v Morgan Guarantee Trust Co of New York, Johannesburg & Another* (2004) 25 ILJ 1024 (W) sien kopnota wat daarvoor handel dat die hof geweier het om 'n eis toe te staan op grond daarvan dat aangevoer was, dat die werkgewer bybedoelings gehad het toe die eiseres ontslaan is. Daarenteen was die eksepsie dat daar geen eisoorzaak geopenbaar was nie, toegestaan. Sien ook Grogan *Dismissal, Discrimination and unfair Labour Practices* 181.

32 Sien Grogan *Dismissal, Discrimination and unfair Labour Practices* 182. Sien ook *Council for Scientific & Industrial Research v Fijen* (1996) 17 ILJ 18 (A) wat handel oor wanneer daar te doen is met 'n werknemer wat bedank en wanneer sal dit gesien kan word as ontslag. Sien ook *United tobacco Co Ltd v Baudach* (1997) 18 ILJ 506 (AAH) wat daarop dui dat 'n ooreengekome ontslag nie ontslag sal beteken in terme van die WAV nie.

33 Sien *SA Broadcasting Corporation v McKenzie* [1999] 1 BLLR 1 (AAH) waar die hof die verskil tussen 'n dienskontrak en 'n kontrak van 'n kontrakteur uitgewys het.

word toegelaat om dienskontrakte te beëindig sonder kennisgewing as daar 'n wettiglike rede bestaan soos inbreukmaking op fundamentele terme van die betrokke kontrak of repudiasie van daardie kontrak.³⁴ Waar die werknemer nie in staat is om die dienste te verrig as gevolg daarvan dat hy in aanhouding is kan dit gesien word as 'n inbreukmaking op fundamentele terme van die dienskontrak.³⁵

Waar daar gemeenregtelike kontraktuele beginsels oorvleuel met die bepalinge van die arbeidsreg wil ek verwys na die gewysde van *Fedlife Assurance Ltd v Wolfaardt*³⁶ waar die onbillike ontslag bepalinge van die WAV oorvleuel het met die beginsels van die gemene reg. Hier was 'n kontrak vir 'n vasgestelde periode, beëindig voor die afloop van die daardie termyn. Die ontslaande werknemer het reguit na die Hooggeregshof gegaan om skadevergoeding te eis op grond van onregmatige kontrakbreuk. Die vraag hier voor die Hoogste Hof van Appel was dus of die WAV die gemeenregtelike regte van werknemers herroep het. Regter Nugent AJA het beslis dat dit nie die geval is nie en dat daar steeds gemeenregtelike remedies tot die beskikking van werknemers is.³⁷ Daar was egter beslis dat daardie tipe dispute aan die gespesialiseerde arbeidstribunale oorgelaat moet word.³⁸

34 Sien Grogan *Dismissal, Discrimination and unfair Labour Practices* 187. Sien ook *National Union of Leather Workers v Barnard NO & Another* (2001) 22 ILJ 2290 (AAH) par 23 waar die hof die bogenoemde beslis het. Voorts is die fundamentele terme die terme waarop die kontrak gebaseer is met ander woorde wat die partye ooreengekom het as prestasie en die regulasie daarvan.

35 Die basiese beginsels van 'n dienskontrak is 'n ooreenkoms waarin consensus bereik word dat die werknemer ingevolge die definisie van artikel 213 'n werknemer sal word en dus sekere dienste aan die werkgewer lewer. Daardie term is dus 'n fundamentele beginsel van die kontrak en indien hy nie in stat is om die werk te verrig nie, vind inbreukmaking van die fundamentele beginsel waartoe ooreengekom plaas. Sien ook *Liberty Life Association of Africa Ltd v Niselow* 1996 17 ILJ 673 (AAH) 590F-591D waar die hof die basiese terme van 'n ooreenkoms uiteengesit het wat bepaal wanneer daar 'n werkgewer-werknemer verhouding sal bestaan.

36 [2001] 12 BLLR 1301 (HHA) sien ook Van Eck S *The right to a pre-dismissal hearing in terms of the common law* 341.

37 [2001] 12 BLLR 1301 (HHA) *supra* 1305 par 14.

38 [2001] 12 BLLR 1301 (HHA) *supra* 1313 par 42-44

Daarna het die beslissing van *Denel v Vorster*³⁹ gevolg waar daar ook aangevoer is dat 'n kontrak onregmatig beëindig is deurdat daar nie aan die dissiplinêre prosedures, soos waarna verwys word in die dienskontrak, voldoen is nie. Hier is beslis dat aangesien die werkgewer nie presies aan die gedetailleerde bepalings voldoen het nie hy werklik kontrakbreuk gepleeg het.⁴⁰

Ses jaar later volg die volgende gewysde *Old Mutual Life Assurance Co SA Ltd v Gumbi*.⁴¹ Hier word aangevoer dat daar kontrakbreuk was omdat die werkgewer in die afwesigheid van die werknemer 'n dissiplinêre verhoor gehou het. Die hof het hier die opmerking gemaak dat die reg op 'n verhoor voor ontslag in ons gemeenregtelike dienskontrak vervat is.⁴² Die hof het ook gestel dat die gemeenregtelik dienskontrak so deur die Grondwet ontwikkel is dat dit ook nou die reg op 'n verhoor voor ontslag insluit.⁴³

Die gewysde is nouliks opgevolg deur *Boxer Superstores Mthatha v Mbenya*.⁴⁴ Die applikant het by die Hooggeregshof aansoek gedoen vir heraanstelling en dat sy terugbetalend herindiens geneem word, sowel as dat die voorverhoor onregmatig verklaar word. In die saak het regter Cameron JA uitgewys dat die gemeenregtelike remedies nie so gunstig mag wees as die remedies wat deur wetgewing daar gestel word nie.⁴⁵ Hier was gestel dat die gewone versigtig moet wees in die geval waar arbeidsverwante sake voor hul afspeel nie die gespesialiseerde arbeidstribunale se remediërende magte toe te eien as hul eie nie.⁴⁶

39 [2005] 4 *BLLR* 313 (HHA).

40 Hierdie word egter uitgewys as 'n situasie waar verskillende benaderings deur verskillende howe ontwikkel word deurdat daar in *Highveld District Council v KVBA* [2002] 12 *BLLR* 1158 (AAH) wat handel daarvoor dat daar ander prosedures as daardie in die kontrak neergelê gevolg mag word solank dit net steeds billik bly.

41 [2007] 8 *BLLR* 699 (HHA) sien ook Van Eck S *The right to a pre-dismissal hearing in terms of the common law* 343.

42 [2007] 8 *BLLR* 699 (HHA) *supra* 701 *par* 5.

43 *Boxer Superstores Mthatha v Mbenya* [2007] 8 *BLLR* 696 (HHA) *par* 6.

44 [2007] 8 *BLLR* 693 (HHA) sien ook Van Eck S *The right to a pre-dismissal hearing in terms of the common law* 343.

45 Sien in hierdie geval artikel 193 en 194 van Wet 66 van 1995.

46 [2007] 8 *BLLR* 693 (HHA) *supra* 696 *par* 9.

Dit is dus duidelik dat in die geval waar daar arbeidsregtelike kwessies oorvleuel met die gemeenregtelike kontrak, die houe versigtig is om remedies aan die partye te verskaf en verkies dat die aspekte deur die arbeidshoue en arbeidswetgewing aangehoor en beslis word (afhange van of die saak binne die eksklusiewe jurisdiksie van die Arbeidshof val).

3 Arbeidsregtelike bepalings oor ontslag

3.1. Inleiding

In die lig van die bepalings van die Grondwet is die WAV in die lewe geroep. In artikel 1 van die WAV word die doel van die Wet as volg gestel:

- (1) Die doel van hierdie Wet is om ekonomiese ontwikkeling, maatskaplike geregtigheid, arbeidsvrede en demokratisering van die werksplek te bevorder deur bereiking van die hoofdoel van die wet nl.
 - (a) Om uitvoering te gee aan die fundamentele regte verleen by artikel 27 van die Grondwet⁴⁷ en dit te reguleer.

Voorts word daar gesien dat daar verwag word dat die interpretasie van die Wet aan die vereistes van die Grondwet voldoen en uitvoering gee aan die volkeregtelike bepalings van die Republiek.⁴⁸

'n Belangrike gedeelte van die arbeidsreg is om werknemers in diens te neem en die ontslag van die werknemers te reël. In die wet word 'n hele hoofstuk toegewy aan bepalings met betrekking tot ontslag.

Die werkgewer van die werknemer wat in gevangenis aangehou word sal 'n werknemer wil aanstel om die werk te verrig wat die werknemer wat afwesig is as gevolg van sy aanhouding nie kan verrig nie. Daar is

⁴⁷ *Die Grondwet van die Republiek van Suid Afrika*, 200 van 1993.

⁴⁸ Artikel 3 van Wet 66 van 1995.

egter prosedures wat gevolg moet ander sal daar nie ontslag plaasvind nie en die werkgewer kan verliese lei.

3.2 **Ontslag**

In Artikel 185 van die WAV bepaal dat elke werknemer die reg het om nie aan onbillike arbeidspraktyke blootgestel te word of om onbillik ontslaan te word nie.⁴⁹ Die ontslag van die werknemer wat in die gevangenis aangehou word, moet ook dan nie gesien kan word as 'n onbillike arbeidspraktyk te wees nie.

Artikel 186 stel die volgende:

(2) "Ontslag" beteken dat-

- a) 'n dienskontrak met of sonder kennisgewing aan die werknemer deur die werkgewer beëindig is.⁵⁰
- b) 'n werknemer redelikerwys van die werkgewer verwag het om 'n vastetermyndienskontrak op soortgelyke of dieselfde voorwaardes te hernu en dat die kontrak ingevolge minder gunstige voorwaardes hernu is, of glad nie hernu is nie.
- c) 'n werkgewer geweier het om 'n werknemer toe te laat om sy werk te hervat nadat sy-
 - i) Ooreenkomstig 'n wet, kollektiewe ooreenkoms of selfs haar dienskontrak kraamverlof gevat het.
- d) 'n werkgewer 'n aantal werknemers weens dieselfde of soortgelyke redes ontslaan het en aangebied het om sommige van daardie werknemers weer aan te stel maar weier om die ander in diens te stel.⁵¹
- e) ...
- f) ...

49 A 185 van Wet 66 van 1995. Sien voorts ook *FAWU v Rainbow Chicken Farms* (2000) 21 ILJ 615 (AH) wat relevant is aangesien billikheid as maatstaf dien om te bepaal of ontslag onbillik is al dan nie. Hier was 'n aantal Moslems aangestel om hoenders ingevolge die halaal prosedures te slag. Hul kon egter slegs op publieke vakansie dae afkry en nie Moslem vakansiedae nie. Hul het nie opgedaag op 'n Moslem vakansiedag nie en was ontslaan. Hul het aangevoer dat daar onregverdig teen hul gediskrimineer is en dat die ontslag dus outomaties onbillik was. Die hof het egter aanvaar dat die rede vir die ontslag wangedrag was, maar dat ontslag 'n te ernstige sanksie daarteen was.

50 In *National Union of Leather Workers v Barnard NO & Another* (2001) 22 ILJ 2290 (AAH) par 28 het die hof gestel dat die vrywillige likwidering van 'n maatskappy ook ontslag soos onder artikel 186(1)(a) bedoel, vorm, deurdat dit direk daartoe sal lei dat die kontrakte beëindig sal word sonder kennisgewing.

51 A186(1)(a)-(e) van Wet 66 van 1995. Sien ook *Mashava v Cuzen & Woods Attorneys* (2000) 21 ILJ 402 (AH) by 407 par I waar die Hof sekere aspekte met betrekking tot die *onus* van die ontslag aanspreek. Daar word ook verder verwys na *Maund v Penwith District Council* [1948] ICR 143 tot by 149 wat 'n Engelse saak is.

Indien die werkgewer die werknemer wat in die gevangenis aangehou word wil ontslaan sal daar eerstens aan die betrokke bepaling voldoen moet word, alvorens daardie werknemer werklik ontslaan sal wees. Voorts is dit belangrik dat die werkgewer by die geval waar daar kriminele optrede buite die werksplek was moet bewys dat hy 'n regmatige belang in daardie optrede van die werknemer het om dissiplinêre optrede teen daardie werknemer in te stel.⁵² Voorts kan kriminele optrede buite die werkstyd slegs ly tot dissiplinêre optrede indien daar 'n verband tussen die werkgewer se besigheid en daardie misdryf deur die werknemer gepleeg bestaan.⁵³

3.2.1 Billikheid van ontslag

Soos alreeds vermeld is sal ontslag slegs in drie gevalle billik wees. Die werkgewer kan volgens artikel 188 slegs op drie gronde die diens van 'n werknemer beëindig, te wete die wangedrag van die werknemer, ongeschiktheid van die werknemer of die operasionele vereistes van die werkgewer.⁵⁴

Solank as wat die werkgewer dus kan bewys dat daardie ontslag gegrand is op 'n rede wat billik is en verband hou met die werknemer se geskiktheid of gedrag, of dat dit gegrand is op die werkgewer se bedryfsvereistes sal daardie ontslag al gedeeltelik billik wees. Daarna moet daarna nog eers 'n billike prosedure gevolg word alvorens daar volkome billike ontslag plaas sal vind.⁵⁵

Die faktore wat byvoorbeeld in ag geneem moet word voor ontslag billik sal wees, is eerstens of daar aan prosedurele geregtigheid voldoen word, met ander woorde was daar 'n ondersoek gewees of 'n dissiplinêre

52 Sien Grogan *Dismissal, Discrimination and unfair Labour Practices* 380.

53 Sien Grogan *Dismissal, Discrimination and unfair Labour Practices* 382. Sien ook in hierdie verband die goeie praktykscode item 7(a).

54 Sien voetnoot 3.

55 Sien Artikel 188(1) van Wet 66 van 1995.

verhoor gehou alvorens ontslag plaasgevind het.⁵⁶ Die opvolgende faktor wat in ag geneem moet word is substantiewe geregtigheid, wat inhou dat daar 'n regmatige rede as basis vir ontslag moet wees.⁵⁷

Soos wat alreeds vermeld is bestaan daar die probleem dat daar onderskei moet word tussen onbevoegdheid en wangedrag.⁵⁸ Die meeste werkgewers het 'n basiese reël, dat werknemers wat sonder kennisgewing of toestemming vir 'n gegewe hoeveelheid werksdae afwesig is, geag word om hul werk te verlaat het met die doel om nie weer terug te keer en daarom ontslaan sal word.⁵⁹

Dus indien die werknemer weer by die werk sou opdaag sal daardie werknemer aangekla word van afwesigheid sonder toestemming en sal daar 'n ondersoek of dissiplinêre verhoor geskied. Hier word daar dus terugverwys na die voorverhoor ingevolge artikel 188 van die WAV alvorens daardie ontslag billik sal wees.

Artikel 187(2) van die WAV bepaal verder dat ontslag op grond van ouderdom billik sal wees, indien die werknemer 'n ooreengekome of die gewone tyd van aftrede, vir persone in daardie beroep bereik het nie.⁶⁰ Hierdie bepaling kan gebruik word om ontslag te bewerkstellig sou die aangehoude werknemer oor die betrokke ouderdom wees. Daar word ook verder bepaal dat 'n werknemer billik ontslaan kan word as daardie ontslag op grond van 'n inherente vereiste van die betrokke werk is.⁶¹ As die inherente vereiste gegrond is op prestasie faktore maandeliks en daardie werknemer dit nie sou kon bereik, deurdat hy in aanhouding is of nie in staat is daartoe, sou die betrokke bepaling bydra om ontslag te bewerkstellig.

56 Van Zyl W 8 Julie 2010 <http://www.labournet.co.za>.

57 Sien vorige voetnoot. Sluit aan by voetnoot 55.

58 Peart S *Firing employees who's been in jail* 40

59 Peart S *Firing employees who's been in jail* 40.

60 Sien A187(2)(b) wat bepaal dat die artikel geld ondanks die bepalings van sub-artikel (1)(f) van Wet 66 van 1995.

61 Sien A187(2)(a) van Wet 66 van 1995.

Die bedryfsvereistes van die betrokke werkgewer is belangrik in die geval van die aangehoude werknemer deurdat sekere vereistes in bepaalde werksomgewings van toepassing sal wees.⁶² Om as 'n voorbeeld te wys dat bedryfsvereistes van belang is, gebruik ek die volgende voorbeeld: 'n persoon sonder 'n wettige bestuurslisensie sal nie as 'n ambulansbestuurder aangestel word nie. So sal leke nie oor die algemeen in posisies geplaas word sonder die nodige opleiding nie. Die punt wat ek dus hier wil bewerkstellig is dat die vereistes van die werkgewer se besigheid sal in die ondersoek of 'n ontslag billik sal wees, in ag geneem moet word. So in teenstelling met die gevalle van outomatiese onbillike ontslag, is daar die uitsondering dat daar gevalle bestaan waar die rede vir ontslag, met daardie werkgewer se bedryfsvereistes verband kan hou en sodoende word ontslag dus regmatig.⁶³ Sub artikel 2 van artikel 188 stel dat enige persoon by oorweging of daardie betrokke ontslag billik is, die praktykskode⁶⁴ wat ingevolge die Wet uitgereik is moet volg.⁶⁵ Dus is daar vele bepalings van die arbeidswetgewing wat oorweging moet geniet tydens die ontslag van die werknemer wat in gevangenis aangehou word en nie in staat is om sy verpligtinge ooreenkomstig sy dienskontrak uit te oefen nie.

3.2.2 *Wanneer sal ontslag outomaties onbillik wees.*

Ingevolge die bepalings van hoofstuk 8⁶⁶ van die WAV, sal daar gevalle wees waar die ontslag van 'n werknemer outomaties kwalifiseer as onbillik en daardie werknemer sodoende deur wetgewing 'n remedie verkry teen sy werkgewer. Wat egter duidelik sigbaar moet wees is dat

62 Sien Cohen T 2006 *Stell RT 96* waar gestel word dat die geval of die werkgewer 'n dissiplinêre verhoor moet hou al dan nie, alvorens ontslag van 'n werknemer geskied afhangend is van die relevante omstandighede en die praktiese uitvoerbaarheid daarvan. Sien ook *SABC v CCMA 2001 22 ILJ 487 (AH) 492* in hierdie verband.

63 Sien A188(1)(a) van Wet 66 van 1995.

64 Vervat in bylae 8 van Wet 66 van 1995.

65 A188(2) van Wet 66 van 1995.

66 Artikels 185 tot 197B word hierin vervat en handel oor onbillike ontslag sowel as onbillike arbeidspraktyke.

elke ondersoek na die rede vir die betrokke ontslag, objektief moet wees en daar verskeie faktore sal wees wat in ag geneem moet word.⁶⁷

Daar bestaan die bepaling ingevolge artikel 192 van die WAV, dat die werknemer die las dra om te bewys dat daar ontslag bestaan, terwyl die bewyslas op die werkgewer berus om te bewys dat daardie ontslag billik was.⁶⁸ Die bogenoemde is van toepassing deurdat die betrokke optrede wat deur die wetgewer van die werkgewer vereis word, gaan bepaal of die werknemer, in die geval van aanhouding vir 'n misdaad wat nie verband hou met die laasgenoemde se diens nie, regverdig en dus nie onbillik ontslaan sal wees nie.⁶⁹

Die ontslag van die werknemer wat in die gevangenis is moet aan sekere faktore voldoen voordat dit regtens die werkgewer- werknemer-verhouding ophef.⁷⁰ Indien daar onbillike ontslag plaasgevind word kan daar regstappe teen die werkgewer ingestel word, daar is egter gevalle waar die ontslag outomaties onbillik sal wees. Onder artikel 187 van die WAV sal die bepaling gevind word oor outomatiese onbillikheid van ontslag wat as volg geformuleer is:

Ontslag van 'n werknemer is outomaties onbillik indien die werkgewer tydens die ontslag in stryd met artikel 5 optree.⁷¹

Sien ook die bepaling wat handel oor wanneer die ontslag geag word 'n onbillike arbeidspraktyk te wees.⁷² Indien die optrede van die werkgewer onder die bepaling van artikel 186(2) van die WAV val sal daardie ontslag geag kan word as onbillik te wees.

67 *SACWU v Afrox Ltd* (1999) 20 ILJ 1718 (AAH) par 1726E.

68 A192 van Wet 66 van 1995. Die artikel stel die vereistes indien die saak voor 'n arbeidstribunaal of hof sou dien.

69 Sien *Marcus v Minister of Correctional Services & Others* (2005) 26 ILJ 75 (SE) waar die Hooggeregshof 'n opskorting van 'n werknemer op hersiening teen gestaan, deurdat die werkgewer nie kon bewys dat die werknemer aan ernstige wangedrag skuldig was nie en dus was daardie opskorting onbillik.

70 Sien hoofstuk 3.2.1 in hierdie verband

71 A187(1) van Wet 66 van 1995. Artikel 5 van Wet 66 van 1995 handel oor die beskerming van werknemers teen sekere optrede van die werkgewer soos in die bepaling bepaal en brei daardie beskerming dan verder uit na werksoekers ook.

72 Sien die bespreking in par 2.2.

4 Kontraktuele bepalinge in arbeidspraktyke.

4.1. Inleiding

Aangesien die arbeidsverhouding tussen die werknemer en werkgewer berus op 'n ooreenkoms waarby die partye ooreenkom dat die werknemer sekere arbeid sal verrig in ruil daarvoor dat die werkgewer aan hom vergoeding gee, oorvleuel die arbeidsreg gedeeltelik met die kontrakte reg. Normaalweg sal 'n persoon nie kan geag word om 'n werknemer te wees nie. Slegs indien daardie persoon die mag tot die delegasie van die totale omvang van sy verpligtinge, wat uit sy dienskontrak voortspruit, het en dit so uitoefen.⁷³ Die hof het egter onlangs beslis dat daardie diens wat gelewer word van persoonlike aard moet wees.⁷⁴

Soos alreeds vermeld is die dienskontrak een om dienste te lewer of anders gestel *locatio conductio operarum*.⁷⁵ Die kontraktereg het ook dan verskeie aspekte eie aan die veld van die kontraktereg self. Daar is dus basiese kontraktuele konsepte wat ondersoek moet word om te bepaal of daar uit die oogpunt van die kontrak, aan die werkgewer 'n basis gebied word om uit sy kontraktuele verpligtinge verlos te word, in die geval waar die werknemer nie sal kan presteer nie as gevolg van sy aanhouding in die gevangenis. Dus waar daar inbreuk gemaak word op die fundamentele terme van die kontrak.⁷⁶

Die eerste is waar die werknemer nie vir sy skof sou opdaag nie kan daardie optrede gesien word as repudiasie van die dienskontrak.⁷⁷ In so

73 Sien Freedland M.R. "employment" 1022 sowel as *Braddell v Baker* (1911) 104 LT 673, 676 sowel as *Hill v Beckett* 1915 1 KB 578 gevolg deur *Pauley v Kenaldo Ltd* [1953] 1 WLR 187, 191; *Hitchcock v Post Office* [1980] ICR 100, 109 AC.

74 Soos toegepas in *Staffordshire Sentinel Newspapers Ltd v Potter* [2004] IRLR 752 EAT.

75 Sien ook voetnoot 29.

76 Sien voetnoot 32.

77 Sien Cohen T 2006 *Stell RT* 95 waar gestel word dat die opsetlike afwesigheid van die werknemer 'n inbreukmaking op die fundamentele bepalinge van die kontrak is en gesien kan word as repudiasie deur die werknemer.

geval sou die werkgewer dus met twee opsies gelaat word naamlik om daardie repudiasie te aanvaar of die werknemer tot die bepalings van die kontrak te hou.⁷⁸ Hier is daar egter nie sprake van 'n repudiasie sodanig nie, deurdat die omstandighede vir die repudiasie buite die beheer van die werknemer sou wees.⁷⁹ Daar sal dus eerder na die onmoontlikheid van prestasie gaan kyk moet word.

Daar is drie gevalle wat aanleiding gee daartoe dat 'n party tot 'n kontrak van sy verpligtinge daarin gevolge onthef sal word. Die eerste grond wat lei tot die opheffing van 'n kontrak is waar 'n party sy verpligtinge repudieer.⁸⁰ Tweedens is waar onmoontlikheid veroorsaak word deur die party se eie optrede en laastens die gedeeltelike of totale gebrek om ingevolge die kontrak te presteer.⁸¹

'n Verdere opsie wat in kontrakreg 'n groot rol speel en in die geval waar die werknemer in die gevangenis aangehou word 'n rol sal speel is voorwaardes. Voorwaardes bepaal sekere uitsluitings op onsekere gebeurtenisse wat mag plaasvind en kan bepalings vat wat die terugtrede van een van die partye uit die kontrak in die geval kwalifiseer indien daar so ooreengekom word. 'n Voorwaarde is slegs 'n maatstaf om voor die gebeurtenis plaasvind 'n uitsluiting tot daardie situasie te bied en sal van geen nut wees indien dit na die kontrakbreuk ingevoeg word nie. Kontrakbreuk het die effek dat die bepalings van die kontrak ophef.

78 Sien *SABC v CCMA* 2001 22 ILJ 487 (LC) waar die Hof die moes beslis of die werknemer se mislukking om by die werk op te daag teen 'n vasgestelde datum, beëindiging van die dienskontrak eerder as ontslag, daar gestel het. Die Hof het bevind dat daar tydens repudiasie duidelik gesien kan word in die lig van die gemene reg, dat die werknemer bedank en nie ontslaan word nie. Sien *SABC v CCMA* 2001 22 ILJ 487 (LC) 492 vir die Hof se verduideliking.

79 Sien die bespreking in 4.2.1 hierna.

80 Sien die bespreking in par 4.2.1 hierna.

81 McKendrick E.G, "*performance and discharge*" 1553. Sien ook die bespreking wat volg in par 4.2.2.

4.2 Kontrakbreuk in die algemeen

In die geval waar die een party tot die kontrak skuldig sal wees aan kontrakbreuk, kan die ander party homself ag as verlos te wees van sy verpligting om sy eie onuitgevoerde verpligtinge, of sy verpligting om prestasie van die ander party te aanvaar, uit te voer, indien prestasie aangebied sou word.⁸² Daar is egter 'n ander algemene reël wat geld naamlik:

“elke kontrakbreuk gee aanleiding tot 'n grond waarop 'n aksie gebaseer kan word, maar nie elke kontrakbreuk verlos 'n party van sy aanspreeklikheid nie.”⁸³

Terwyl die onskuldige party gesien word as om die kontrak op te hef en die kontrak geag word beëindig te wees as gevolg van daardie kontrakbreuk wat plaasgevind het, moet dit duidelik uitgewys word dat daardie kontrak nie *ab initio* opgehef⁸⁴ word nie en sal daardie kontrak ook nie uitgewis word deur die kontrakbreuk⁸⁵ nie.

Die spesifieke vorme van kontrakbreuk wat ondersoek moet word in die geval van die werknemer wat in die gevangenis aangehou word is onder andere repudiasie. In die arbeidsreg kom afwesigheid neer op repudiëring van die dienskontrak mits daar aan sekere vereistes voldoen word. 'n Verdere vorm is onmoontlikheid van prestasie deurdat die werknemer in die tronk aangehou word en nie sy verpligtinge kan uitvoer nie.

82 Sien *Hussain v Mehman* [1992] 2 EGLR 87; *Progressive House Pty Ltd v Tabali Pty Ltd* (1985) 157 CLR 17; *Highway Properties Ltd v Kelly, Douglas & Co* (1971) 17 DLR (3d) 710.

83 McKendrick E.G, “performance and discharge” 1537.

84 Sien *Heyman v Darwins Ltd* [1982] AC 356, 373, 399; *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] AC 827, 844.

85 *Harbutt's “plasticine” Ltd v Wayne Tank and Pump Co Ltd* [1970] 1 QB 447 wat verwerp is deur *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] AC 827.

4.2.1 Repudiasie

Die tradisionele siening van repudiëring wat volg uit die Engelse reg, bepaal dat repudiëring neerkom op 'n aanbod deur 'n kontrakterende party om die kontrak te kanselleer.⁸⁶ Repudiasie van die kontrak het tot gevolg dat die onskuldige party tot daardie repudiasie die keuse het, om die kontrak in stand te hou of die keuse om daardie kontrak te beëindig. In die geval waar die werknemer in die gevangenis aangehou word sal hy nie daardie kontrak kan in stand hou nie en die werkgewer sal dus 'n werknemer wil aanstel wat daardie posisie kan vul. Die eerste vereiste sal natuurlik wees dat die repudiasie aanvaar sal moet word.⁸⁷ Die bogenoemde word bewerkstellig deur die repudieerder in kennis te stel van die besluit dat die ooreenkoms beëindig sal word.⁸⁸ Dis egter duidelik dat in die lig van die algemene kontraktuele bepalinge repudiëring berus op wilsooreenstemming en deur wilsooreenstemming beëindig word.⁸⁹

Soos hieruit afgelei word is repudiëring dus onregmatig.⁹⁰ Die standpunt is egter tans, dat repudiëring is op sigself kontrakbreuk, omdat die gewraakte gedrag neerkom op onregmatigheid en dus nie deur aanbod en aanname tot kontrakbreuk verhef sal word nie.⁹¹

86 Sien *Denmark Productions Ltd v Boscobel Productions Ltd* [1968] 3 All ER 513 asook van der Merwe *et al Kontraktereg: Algemene Beginsels* 382.

87 Sien *Heyman v Darwins Ltd* [1982] AC 356, 361 asook McKendrick, "performance and discharge" 1537 sien ook van der Merwe *et al Kontraktereg: Algemene Beginsels* 382.

88 Sien *Heyman v Darwins Ltd* [1982] AC 356, 361; *The Mihalis Angelos* [1971] 1 QB 164, 204.

89 Sien *Myers v Abramson* 1952 (3) SA 121 (C), wat gekritiseer is in die gewysde van *Stewart Wrightson (Pty) Ltd v Thorpe* 1977 (2) SA 943 (A). Sien ook van der Merwe *et al Kontraktereg: Algemene Beginsels* 383.

90 Sien Nienaber *Enkele beskouings oor kontrakbreuk in anticipando* en Nienaber *PM Kontrakbreuk in retrospek* waarin gevolg die onregmatigheid daarin geleë is dat daar 'n skending van die ander kontraktant se vorderingsregte ingevolge daardie ooreenkoms voorkom. Sien ook die bespreking in ook van der Merwe *et al Kontraktereg: Algemene Beginsels* 383.

91 Sien *Datacolor International (Pty) Ltd v Intramarket (Pty) Ltd* 2001 (2) SA 284 (HHA) asook ook van der Merwe *S et al Kontraktereg: Algemene Beginsels* 385.

Uit die bogenoemde is dit duidelik dat die omstandighede waarin die werknemer verkeer veroorsaak dat hy die kontrak repudieer. Daardie repudiasie is egter nie op grond van wilsooreenstemming bereik nie, maar as gevolg van die situasie dat hy nie kan presteer nie.

4.2.2 Onmoontlikheid van prestasie

Die onmoontlikwording van die prestasie soos wat in die kontrak bepaal word, kom voor in gedrag na die sluiting van daardie kontrak waardeur die skuldenaar, in hierdie geval die werknemer, dit vir homself onmoontlik maak om te presteer.⁹² Aangesien hierdie tipe van kontrakbreuk, kontrakbreuk in *anticipando* is, kan dit voor, op of na prestasie bepaal is, maar voor daadwerklike prestasie plaas.⁹³ Dit beteken dus dat waar die dienskontrak een is om vir 'n bepaalde tyd 'n sekere diens aan die werkgewer te lewer, daardie prestasie nie volledig gelewer sal wees nie totdat die afloop van die tydperk soos in die kontrak bepaal word. Daardie kontrakbreuk vind dus enige tyd plaas tussen die sluiting van die kontrak en die afloop van die vasgestelde termyn. Dus sal die gevangenis aanhouding van die werknemer 'n geval van kontrakbreuk in *anticipando* wees deurdat sy prestasie onmoontlik word.

Waar dit onmoontlik is vir 'n party om te presteer as gevolg van omstandighede wat daardie party veroorsaak het, kan die ander party homself ag as dat sy verpligtinge in terme van die kontrak opgehef is.⁹⁴ Dit is glad nie nodig dat die onmoontlikheid om te presteer veroorsaak hoef te wees deur opsetlike optrede nie. 'n Party word geag sy vermoë om in terme van die kontrak te presteer te beperk, nie slegs wanneer hy opsetlik uit sy pad gaan om nie te presteer nie maar ook wanneer sy eie

92 Sien van der Merwe *et al Kontraktereg: Algemene Beginsels* 389.

93 Sien van der Merwe *et al Kontraktereg: Algemene Beginsels* 390 asook *Commercial Union Assurance Co of SA Ltd v Golden Era Printers & Stationers (Pty) Ltd* [1997] 3 All SA 165 (B) waar daar beslis is dat daar voortydig kontrakbreuk kan plaasvind.

94 Sien *British and Beningtons Ltd v North Western Cachar Tea Co* [1923] AC 48, 72.

optrede of omstandighede veroorsaak dat hy gedeeltelik of algeheel nie kan presteer nie.⁹⁵

So wat sal gebeur in die geval van die onmoontlikheid van prestasie? In die lig van algemeen geldende kontraktuele beginsels, sal 'n kontrak indien objektief gesien, nie meer uitvoerbaar word nie en dus outomaties beëindig.⁹⁶ Die leerstuk van onmoontlikheid van prestasie is volgens Grogan nog nooit in die Suid Afrikaanse howe in enige onbillike ontslag saak geopper nie.⁹⁷ Daardie beginsel word volgens hom verskillend toegepas op werknemers en werkgewers. By werknemers waar dit tydelik is deur byvoorbeeld siekte van die werknemer, word die kontrak opgeskort vir die duur van sy onbevoegdheid.⁹⁸ Waar dit vir 'n lang periode is soos tronkstraf wat uitgedien word, word die kontrak beëindig sodra die permanentheid van die onmoontlikheid vasgestel word.⁹⁹

Dit is duidelik dat hierin gevolge die prestasie wel sal onmoontlik wees deurdat die werknemer in gevangenis gehou word. Die dienskontrak moet dus anders benader word as die algemene kontrak. Die onmoontlikheid bestaan maar dieselfde remedies sal nie beskikbaar wees vir die partye nie.

95 Sien *Universal Cargo Carriers Corp v Citati* [1957] 2 BQ 401, 440.

96 Grogan *Dismissal, Discrimination and unfair Labour Practices* 204 waar verduidelik word, dat 'n kontrak indien permanent, sowel as objektief onmoontlik word om uit te voer en aan geen van die partye se skuld te wyte is nie, sal beëindig.

97 Sien Grogan *Dismissal, Discrimination and unfair Labour Practices* 204.

98 Sien Grogan *Dismissal, Discrimination and unfair Labour Practices* 204

99 Sien Grogan *Dismissal, Discrimination and unfair Labour Practices* 204 waar gestel word indien die werknemer te voorskyn sou kom na 'n lang afwesigheid, soos byvoorbeeld waar hy siek was en dan 'n aksie vir onbillike ontslag sou bring, daardie saak op twee maniere hanteer kan word. Die eerste is dat aanvaar kan word dat die kontrak verstryk het toe die tyd van afwesigheid begin onredelik raak het. Die tweede is waar daar aanvaar kan word dat die werkgewer 'n nuwe werknemer aangestel het deur die ou werknemer se repudiasie te aanvaar.

4.3 Voorwaardes

Die rede vir die bespreking van voorwaardes in kontrakte volg daaruit dat dit die kontrakterende partye vrystaan om ooreenkomste te sluit so lank as dit grondwetlik is. Die bogenoemde is die gebruiklike manier waarop voorsiening gemaak word vir onsekere toekomstige gebeurtenisse.¹⁰⁰ Kortliks is 'n voorwaarde dus 'n beding in 'n kontrak so kwalifiseer dat die werking en gevolge sal afhang van die plaasvind al dan nie van 'n onsekere toekomstige gebeurtenis.¹⁰¹

In die geval is die onsekere gebeurtenis die tronkstraf wat deur die werknemer uitgedien moet word. Daar is geen bepaling wat bepaal dat die verhoor voor ontslag soos voorgestel in artikel 188A van die WAV mondelings moet wees nie. Die voorwaarde wat dan voorgestel word is een wat bepaal dat indien die werknemer gevangenisstraf opgelê sou word, die voor ontslag verhoor deur middel van pleitstukke gedoen word.

Daar kan wel in die geval van pleitstukke geen kruisondervraging plaasvind nie, maar daar word wel aan die *audi alterum partem* reël voldoen. In België word daar byvoorbeeld geen kruisondervraging toegelaat nie. In Japan word daar slegs in die geval van strafregtelike verrigtinge in uiterste omstandighede kruisondervraging toe gelaat.

4.4 Gevolgtrekking

Die dienskontrak was voor die inwerkingtrede van die Grondwet gebaseer op die gemenereg. Die werkgewer kon in die geval van kontrakbreuk op die gemeenregtelike remedies berus het. In die gemene reg sou die gevangenisstraf van die werknemer neer gekom het op repudiëring van sy kontrak. Die kontrakbreuk kom slegs voor by

100 Sien van der Merwe *et al* *Kontraktereg: Algemene Beginsels* 307.

101 Sien *First National Bank of SA Ltd v Lynn* NO 1996 (2) SA 339 (A) 335E-g; *Jurgens Eiendomsagente v Share* 1990 (4) SA 664 (A). Sien egter *Parsons Transport (Pty) Ltd v Global Insurance Co Ltd* 2006 (1) SA 488 (HHA) 492E-F waar die hof beslis het dat dit nie noodwendig dui op 'n bedoeling om 'n voorwaarde te skeep nie.

afwesigheid sonder toestemming of indien daar nie deur die werknemer kennis gegee word van waar hy homself bevind nie.

Waar die afwesigheid van die werknemer egter is vanweë omstandighede wat buite sy beheer is kom dit neer op onmoontlikwording van prestasie. Hierdie onmoontlikwording is ook kontrakbreuk en onthef ook die werkgever van sy verpligtinge ingevolge die dienskontrak. Die gewone remedies uit die kontrakreg kan egter nie in alle gevalle in die arbeidsreg aan die partye gegee word nie.¹⁰²

Na die inwerkingtrede het die WAV egter die gemeenregtelike posisie gewysig.¹⁰³ Daar moet voldoen word aan die bepalings van die WAV, wat stel dat daar prosedures bestaan wat gevolg moet word, alvorens die ontslag billik sal wees. Dus word die werkgever eers van die verpligtinge uit die dienskontrak onthef as daar voldoen word aan die bepalings van die WAV.

'n Wyse om die dienskontrak te beskerm teen die geval waar die werknemer in die gevangenis aangehou word sowel as om die bepalings van die WAV met betrekking tot die arbitrasie voor ontslag te reguleer is deur die invoeging van 'n voorwaarde. Die voorwaarde sal geldig wees solank daar aan die bepalings van Grondwet voldoen word en nie inbreuk gemaak word op die bepalings van die WAV nie.

5. Ontslag van die werknemer wat in gevangenis aangehou word

5.1 Inleiding

Soos daar alreeds in vorige hoofstukke vermeld is, is daar sekere vereistes voor die ontslag van 'n werknemer kan plaasvind. Die ontslag

¹⁰² Sien die bespreking in 2.4.

¹⁰³ Sien die bespreking in 2.4 met betrekking tot die gemeenregtelike dienskontrak sien spesifiek ook voetnoot 43.

moet billik wees en voldoen aan die bepalings van die WAV. Verder is die gemeenregtelike kontrak ook so uitgebrei dat daar arbitrasie vervat is as vereiste voor ontslag. Die realiteit is egter dat daar 'n nuwe probleem geskep was met die werknemer wat in die gevangenis aangehou was en die betrokke wetgewing tot dusver geen uitsluiting gebied het nie.

Hier is daar drie sake waarvan kennis geneem moet word en wat hierna bespreek sal word. Die eerste is *Eskom limited v CCMA*¹⁰⁴ en die tweede is die gewysde van *Num v CCMA*¹⁰⁵ en laastens *Samancor Tubatse Ferrochrome v MEIBC*¹⁰⁶.

Die werkgever kan egter nie regtig 'n werknemer met 'n dissiplinêre verhoor vir sy optrede buite werksure aanhoor nie, tensy daar inbreuk gemaak waar op die bepalings van die dienskontrak.¹⁰⁷ Die hof sal in sulke gevalle moet bepaal of daar genoegsame verband tussen werknemer se wangedrag en die werkgever se belange is alvorens daardie hof sodanige optrede sal goedkeur.¹⁰⁸

5.2 Eskom limited v CCMA

In hierdie saak het die werkgever wat Eskom was eers na 'n tydsverloop van twee weke bewus geraak van die feit dat die werknemer in die gevangenis aangehou word.¹⁰⁹ Aangesien hy sonder kennisgewing of toestemming afwesig was is die werknemer ontslaan en iemand anders

104 Ongerapporteerde saak JR 2025/06 deur Francis J op 1 Julie 2008 beslis.

105 [2009] 8 BLLR 777 (AH).

106 JA 57/08 beslis op 12 Maart 2010 (AAH).

107 Sien Grogan *Dismissal, Discrimination and unfair Labour Practices* 380 asook 277-282 wat handel oor ontslag as sanksie.

108 Sien Grogan *Dismissal, Discrimination and unfair Labour Practices* 380 sowel as *Num & Others v East Rand Gold & Uranium Co Ltd* (1986) 7 ILJ 739 (IH) waar die hof bevind het dat 'n werknemer wat van diens af was en 'n medewerknemer op die bus oppad huis toe aangerand het, steeds onder die langarm van die maatskappy se dissiplinêre verrigtinge was en dus regmatig verhoor en ontslaan kon word. Sien ook die bespreking in par 3.1.

109 Sien *Eskom Limited v CCMA* JR 2025/06 par 3. Sien ook Peart S *Firing employees who's been in jail* 40.

in sy posisie aangestel.¹¹⁰ Die regspraak dus is wanneer sal die werknemer vir afwesigheid ontslaan kan word?

In die saak was die werknemer se borgtog geweier en aanhouding het vir 'n verdere vyftien maande geskied alvorens die werknemer uit die gevangenis ontslaan is in Junie 2005.¹¹¹ Eskom het die werknemer die kans gegee om 'n verduideliking voor te lê vir die rede vir sy langdurige afwesigheid en sodoende het hul aan die aspek van prosedurele geregtigheid voldoen. Die werknemer het aangevoer dat hy nie in staat was om binne die voorgeskrewe tydperk van sewe dae, of enige redelike tyd kennis te gee van die rede van sy afwesigheid nie.¹¹² Nietemin is daar steeds bevind dat die ontslag plaasgevind het en van krag is.

Hierna is die dispuut egter na die KVBA verwys waar daar *inter alia* deur die kommissaris bevind is dat dit onbillik was om te verwag dat Eskom die posisie vir vyftien maande moes oophou vir die werknemer, al was aanhouding 'n geldige verskoning vir die afwesigheid van die werknemer en met inagnome dat borgtog geweier is.¹¹³

Die kommissaris het egter bevind dat Eskom wel bewus was van die feit dat die werknemer in die gevangenis aangehou is en daarom 'n ander werknemer vir 'n vasgestelde tydperk kon aanstel.¹¹⁴ Dit is voorts noemenswaardig om te meld dat die kommissaris in die beslissing bevind het dat Eskom se optrede geag was as 'n onvoldoende en oormatige sanksie.¹¹⁵ Die kommissaris het beslis dat daar verder heraanstelling sonder terugbetaling plaas moet vind as gevolg van die hoeveelheid tyd wat verloop het van die afwesigheid tot en met die

110 *Supra par 3*. Sien ook Peart S *Firing employees who's been in jail* 40.

111 *Supra par 3*.

112 *Supra par 3*.

113 *Supra par 5* sowel as par 13. Sien ook Peart S *Firing employees who's been in jail* 40.

114 *Supra par 6*. Sien ook Peart S *Firing employees who's been in jail* 41.

115 *Supra par 13*.

aanhoor van die dispuut asook die ontslag uit die gevangenis van die werknemer.¹¹⁶

Die heraanstelling is in sommige gevalle soos in die bogemelde saak, 'n drastiese stap. Om sonder terug betaling die heraanstelling te kwalifiseer terwyl in ag geneem moet word hoeveel tyd verloop het van die afwesigheid van die werknemer, tot die aanhoor van die dispuut. Indien die werkgewer dus iemand in daardie pos aangestel het om die werk te verrig moet hy daardie werknemers nog steeds aanhou. Die optrede kom neer op onmoontlikheid van prestasie en daar kan nie verwag word dat 'n kontrak wat as beëindig is weer van krag moet word nie.¹¹⁷

Hierna is die saak deur die werkgewer wel op hersiening geneem waar Francis J die volgende bevind het:

Aangesien [die werknemer] vrygespreek is van die strafregtelike misdryf na sy arrestasie, is dit nie duidelik aan watter tipe misdryf hy skuldig bevind is in die arbeidsregtelike veld nie, aangesien hy nie die oorsaak was vir die rede waarom hy afwesig was nie. Dit was 'n faktor buite sy beheer en dit kan daarom nie gesien word dat hy afwesig was sonder toestemming nie. Hy was nie die skepper van sy eie ongeluk nie.¹¹⁸

Francis J het voorts bevind dat die kommissaris wat die dispuut aangehoor het glad nie skuldig is aan 'n hersienbare onreëlmatigheid nie.¹¹⁹ Op grond hiervan is Eskom se aansoek tot hersiening met koste van die hand gewys.¹²⁰

Dit volg dan hieruit dat sou die werknemer kan bewys dat die rede vir sy afwesigheid nie as gevolg van omstandighede buite sy beheer, soos aanhouding in gevangenis, is nie, daar slegs een grond sal wees waarop die werknemer ontslaan sal kan word. Hierdie grond sal wees indien hy

116 *Supra par 15.*

117 Sien die bespreking in hoofstuk 4.

118 *Supra par 25.* Sien ook *Trident Steel (Pty) Ltd v CCMA (2005) 26 ILJ 1519 (AH)*. Revelas J op bladsy 1522 van die gegewe beslissing wat stel watter alternatiewe tot die beskikking van die werkgewer bestaan. Dit is gelyk van toepassing op Eskom.

119 *Supra par 26.*

120 *Supra par 31.*

nie die nodige kennis gee van waar hy homself bevind, soos wat die verpligting sal wees, nie.

Ingevolge die saak sal gevangenis aanhouding, nie as optrede van wangedrag geag kan word nie en wel as 'n verdediging tot 'n aanklag van afwesigheid sonder rede of toestemming dien. Dus was hier gehandel met die afwesigheid maar nie die aspek van die tydsduur wat daardie werknemer afwesig was nie. Daar word ook nie gekyk na die werknemer se onbevoegdheid om te presteer nie al was hy in die gevangenis aangehou.

5.3 NUM v CCMA¹²¹

Die volgende geval is weereens waar die werknemer vir 'n tydperk afwesig was omdat hy in die gevangenis aangehou is. In hierdie saak wat na die arbeidshof verwys was, het die applikante die bevinding van arbitrasie verwys na hersiening, deurdat die kommissaris wat die saak aangehoor het, bevind het dat daar geen ontslag plaas gevind het nie.¹²² Sy mening was dat die kontrak outomaties beëindig het as gevolg van die onmoontlikheid van prestasie van die werknemer.¹²³ Die vraag was of die kontrak outomaties beëindig het as gevolg van die onmoontlikheid van die prestasie van die werknemer en of daar ontslag plaas gevind het. Verder moes daar ook bepaal word of die onbevoegdheid om te presteer tydelik of permanent was.

Die feite is dat die werknemer in 2002 gearresteer is vir 'n moord wat nie met sy werksbedrywighede verband hou nie.¹²⁴ Na borgtog toegestaan is, het die werknemer en werkgewers (die derde respondente) 'n

121 [2009] 8 BLLR 777 (AH).

122 Sien die kopnota van *Num v CCMA* [2009] 8 BLLR 777 (AH).

123 *Supra* par 1.

124 Vir volledige verwysing na die feite sien *Num v CCMA* [2009] 8 BLLR 777 (AH) par 3.

vergadering gehad waarin die werknemer bewus gemaak is oor wat die gevolge sal wees as hy gevangenisstraf opgelê sal word.¹²⁵

Die hof het hom egter skuldig bevind aan strafbare manslag en die werknemer is gevonnissen tot 'n tydperk van 5 jaar tronkstraf.¹²⁶ Die werknemer het op 22 Januarie 2003 sy vonnis begin uitdien, die periode het egter daarna verander van 5 jaar tronkstraf na 10 maande toe.¹²⁷ Die werkgever het hom skriftelik in kennis gestel dat sy situasie daartoe gelei het, dat dit as repudiasie van die dienskontrak gesien kan word en dat dit nie meer vir die werkgevers 'n aanvaarbare situasie is nie.

Die saak was as 'n onbillike ontslag dispuut na die KVBA verwys wat 25 Mei 2004 gehou is.¹²⁸ Daar was 'n ooreenkoms dat slegs die geskrewe bewyse voor die kommissaris sal dien as bewyslewering en geen mondelinge bewyslewering sal plaasvind nie.¹²⁹

Dit is egter belangrik om te let dat uit die opname wat deur die kommissaris tydens die dispuut opgeneem is, is dit duidelik dat daar heeltyd korrespondensie was tussen die werkgever en die werknemer.¹³⁰ Daar was na borgtog toegestaan was, 'n vergadering gehou waarin die werknemer in kennis gestel is van die gevolge van gevangenisstraf.¹³¹

So is daar ook aan die werknemer op 3 Februarie 2003 'n brief gegee wat gestel het dat as gevolg van die duur van sy gevangenisstraf hy nie in staat sal wees om uitvoering te gee aan die bepalings van sy dienskontrak nie en sy diens word dus beëindig. Voorts toe sy gevangenisstraf termyn verander het na 10 maande toe was daar steeds aan hom 'n geskrewe brief gelewer wat stel dat hy steeds nie met 'n

125 *Supra par 3.*

126 *Supra par 4.*

127 *Supra par 4.*

128 *Supra par 5.*

129 *Supra par 5.*

130 *Supra par 7.*

131 *Supra par 7.*

verminderde gevangenisstraf termyn in staat sal wees om sy dienste soos in die dienskontrak bepaal uit te oefen nie en sy dienste steeds beëindig is by die werkgewer. Die gegewe redes was elke keer gegrond daarop dat hy nie in staat was om te presteer in terme van sy dienskontrak nie.¹³² Voorts was daar aangevoer dat in terme van redelikheid, was die werknemer in kennis gestel wat die gevolge van gevangenisstraf sal wees en poste wat krities is vir die maatskappy se werksaamhede kan nie net ooggelaat word vir onbepaalde tydperke nie, deurdat dit 'n ongewenste effek op produksie sal hê.¹³³

Die kommissaris se bevinding was dat die werkgewer soos alreeds vermeld het in die geskrewe gedeeltes aan die werknemer gelewer, berus het op die werknemer se repudiasie van die dienskontrak.¹³⁴ Hierop het die kommissaris bevind dat geen ontslag plaasgevind het nie, deurdat daar onmoontlikheid van prestasie was deur die werknemer.¹³⁵ Volgens die kommissaris was die werknemer dus die skepper van sy ongeluk in die situasie en was die saak van die hand gewys.

As daar egter in die saak gaan kyk word na die gronde vir hersiening is dit volgens die hof duidelik dat daar ontslag plaasgevind het, wat onder die definisie soos in artikel 186(1)(a) van die WAV val.¹³⁶ Hier was bevind dat die kommissaris uit haar bevoegdhede opgetree het en daardie saak dus sodanig vatbaar was vir hersiening.

Die saak was egter twee en 'n half jaar later eers op hersiening verwys deurdat die rede hiervoor was, dat die werknemer nie geld vir regshulp gehad het nie. Sowel as die feit dat die unie na verkryging van 'n regsopinie die saak laat vaar het.¹³⁷

132 *Supra par 7.*

133 *Supra par 7.*

134 *Supra par 7.*

135 *Supra par 10.*

136 Sien artikel 186(1)(a) van Wet 66 van 1995.

137 *Supra par 13.*

In die hersieningsprosedure was daar egter verwys dat daar 'n aantal sake was wat gehandel het oor die probleem waarmee die kommissaris gehandel het.¹³⁸ Daar is ook verwys dat die sake die kommissaris sou help om tot 'n bevinding te kom en dat die kommissaris se bevinding teenstellend was.¹³⁹ Volgens die kommissaris as die onbevoegdheid, wat aanleiding gee tot die onmoontlikwording van die prestasie in terme van die dienskontrak tydelik was, dan moes daardie pos oopgehou gewees het totdat die werknemer weer bevoeg was.¹⁴⁰ So as daar vasgestel word dat daardie onbevoegdheid vir 'n lang periode is soos as gevolg van 'n lang gevangenisstraf termyn, word daardie kontrak outomaties beëindig op daardie tydstip wat die permanentheid van die onbevoegdheid vasgestel word. Die kommissaris het geen bevinding gemaak of daardie onbevoegdheid of onmoontlikheid om te presteer permanent of selfs vir 'n baie lang periode is nie.¹⁴¹ Nogeens het die kommissaris in die lig van die bogenoemde bevind dat daar geen ontslag plaasgevind het nie.

Hier was die hof se bevinding dat die saak terug verwys word na arbitrasie deur 'n ander kommissaris. Die hof het ook bevind dat die kommissarisse self moet bepaal of die onbevoegdheid of onmoontlikheid om te presteer tydelik of permanent is deur van regspraak gebruik te maak.¹⁴²

Uit die bogenoemde volg dit dus slegs in terme van die arbitrasie nadat 'n geskil oor onbillike ontslag verwys is, dat daar vasgestel moet word of

138 Sien *Trident Steel (Pty) Ltd v CCMA & others* (2005) 26 ILJ 1519 (LC); *Lebowa Platinum Mines Ltd v CCMA & others* [2002] 5 BLLR 429 (AH); sowel as die volgende twee ongerapporteerde sake *Samancor Limited v Metal & Engineering Industry Bargaining Council & others* JR 1061/07 [gerapporteer as [2008] JOL 22273 (AH) – Ed] en *Eskom Limited v CCMA & others saak nommer* JR 2025/06 [gerapporteer as [2008] JOL 22274 (LC) – Ed] waarvan al twee die laasgenoemde op 1 Julie 2008 beslis is.

139 *Supra par 22.*

140 Die onbevoegdheid lê daarin dat die werknemer nie in sy fisiese aanwesigheid by die werksplek kan wees en die arbeid verrig nie. Sy basiese vryheid om ingevolge kontrak te presteer word belemmer.

141 *Supra par 22.*

142 *Supra par 22.*

die onmoontlikheid om te presteer tydelik of permanent is, om te bepaal of daar ontslag was en of die kontrak outomaties beëindig het.¹⁴³

Dit laat egter steeds die probleem dat sou 'n werkgewer steeds redelike prosedures uitvoer om die werknemer in kennis te stel wat die gevolge is, daardie werkgewer in staat sal wees om te kan vasstel wat 'n redelike tydperk is vir permanentheid van die onbevoegdheid om te presteer. Dit volg daaruit dat sekere beroepe wel onder 'n vaardigheidsvlak gekategoriseer word en vereis dus dat daar 'n ander vaardige werknemer in daardie posisie aangestel moet word, om ekonomiese verliese sowel as verliese in produksie of bedreiging vir die veiligheid van ander werknemers te voorkom. Dit bring ons egter na die nuutste regspraak op die gebied wat as volg is.

5.4 *Samancor Tubatse Ferrochrome v MEIBC*

Die beginsels wat hier deur die hof ondersoek was, was die strekking van die onbevoegdheid van die werknemer wat in die gevangenis aangehou word. In die bogenoemde saak was daar ontslag van die bogenoemde werknemer wat vir 'n periode van een-honderd en vyftig dae, terwyl daar ondersoek ingestel is na sy betrokkenheid by die gewapende roof.¹⁴⁴ Die werknemer was egter ontslaan deur 'n brief wat by die polisie stasie, waar hy aangehou is, afgelewer is.¹⁴⁵ Vier maande hierna het daar eers 'n post- ontslag verhoor geskied.¹⁴⁶

Die strafregtelike verrigtinge was nog steeds aan die gang teen die werknemer en hy was ontslaan op grond daarvan dat daar nie redelikerwys van die maatskappy sou verwag kon word, dat hul die werknemer se pos onbepaald oop sal laat nie.¹⁴⁷ 'n Verdere rede vir die

143 Sien voetnoot 134.

144 Sien die redakteur se opsomming in *Samancor Tubatse Ferrochrome v MEIBC* [2010] 8 BLLR 824 (AAH) 824.

145 *Supra par 3.*

146 *Supra par 4.*

147 *Supra par 6.*

ontslag was dat dit nie die eerste maal was wat die werknemer gearresteer is nie, maar dat hy alreeds voorheen gearresteer is.¹⁴⁸

Daar was geappelleer teen die Arbeidshof se uitspraak om 'n aansoek tot hersiening te weier. Die gronde wat aangevoer was, was dat daardie ontslag nie aan prosedurele of substantiewe geregtigheid voldoen het nie.¹⁴⁹

Uit Regter Davis JA van die Arbeidsappèlhof se bevinding volg dit toe dat die appellant wat die maatskappy was, uit die verrigtinge bewys het, dat daar nie tydelike reëlings in so mate getref kon word, as om die posisie van die werknemer vir daardie tydperk van sy aanhouding oop te hou nie.¹⁵⁰ Die posisie wat die werknemer beklee het was in die opsig van die organisasie waarin hy gewerk het, 'n taamlike belangrike posisie. Soos alreeds gemeld was die 'n tweede keer wat die werknemer al gearresteer is binne 'n ses maande tydperk en sodanig dan afwesig was van sy werksplek.¹⁵¹ Daarom was die ontslag voorgehou en het die saak op arbitrasie gegaan.

Die arbiter wat die saak aangehoor het, het bevind dat die ontslag prosedureel onregverdig was deurdat die afwesigheid van die werknemer nie binne sy beheer was nie, asook dat daardie ontslag prosedureel onregverdig was in die lig van artikel 188A, op grond daarvan dat daar nie 'n verhoor voor sy ontslag plaasgevind het nie.¹⁵² So was die bevinding ook dan deur die Arbeidshof bevind.

Die hof het die brief wat die ontslag daar gestel het ondersoek aangesien dit as basis gedien het vir die saak teen die werknemer.¹⁵³ Dit

148 *Supra par 6.*

149 *Supra par 1* van regter Davis JA se opsomming.

150 *Supra par 6.*

151 Sien voetnoot 132.

152 *Supra par 7.* Sien *Old Mutual Life Assurance Co SA Ltd v Gumbi* [2007] 8 *BLLR* 699 (HHA) waar die werknemer aangevoer het dat die verhoor voor ontslag in sy afwesigheid uitgevoer is. Sien ook die bepalings van artikel 188A van Wet 66 van 1995.

153 *Supra par 9.*

blyk dan uit die brief dat die werknemer op grond van operasionele onbevoegdheid ontslaan is. Hierop was dit duidelik dat sowel die arbiter sowel as die Arbeidshof klem op die strekking van die term onbevoegdheid gelê het.¹⁵⁴ Ingevolge die term sal onbevoegdheid slegs wees as gevolg van siekte, beserings of slegte werksprestasie wat deur die werknemer gelewer word.¹⁵⁵ Dus is dit duidelik dat die werkgewers se siening van onbevoegdheid verby die strekking van die hof sowel as die arbitrêr se definisie van die term onbevoegdheid gestrek het en dit dan as basis vir hul bevinding teen die werkgewers gelei het.¹⁵⁶

Regter Davis JA in sy bevinding ontleed dan ook Brassey se kommentaar oor die WAV wat as volg stel:

“Incapacity may be permanent or temporary and may have either a partial or a complete impact on the employee’s ability to perform the job. The Code of Good Conduct: Dismissal conceives of incapacity as ill-health or injury but it can take other forms. Imprisonment and military call-up, for instance, incapacitate the employee in pursuance of a closed shop is for incapacity; so is one that results from a legal prohibition on employment.”¹⁵⁷

Die regter stel dat hy saam met die bogenoemde stem en dit volgens hom die regte siening is. Dus strek die term van onbevoegdheid verder as die strekking wat daar tydens arbitrasie sowel as deur die arbeidshof bevind is.

Daar was bevind dat die vraag of die prosedure wat gevolg is tydens ontslag, substantief billik is al dan nie, van die feite en omstandighede van elke saak sal afhang. Daar moet gelet word dat daar van die werkgewer verwag word om te bepaal wat die redes is vir daardie onbevoegdheid, die tydsduur van die onbevoegdheid en natuurlik of

154 *Supra* regter Davis JA se uitspraak in *par* 9.

155 *Supra par* 9. Sien ook *Num v CCMA* [2009] 8 *BLLR* 777 (AH) wat bespreek is in 5.3 hierbo.

156 Let egter dat die jurisprudensie in die gebied anders daarna uitsien. Sien *Jabari Telkom SA (Pty) Ltd* (2006) 27 *ILJ* 1854 (AH) sowel as Du Toit *Labour Relations Law* 402.

157 *Supra par* 10. Sien Brassey M *ea Employment and Labour Law* paragrawe A8–76.

daardie onbevoegdheid tydelik of permanent sou wees en laastens is daar enige alternatiewe behalwe ontslag.¹⁵⁸

Dit is duidelik dat 'n werkgewer nie in die lig van enige billike optrede wat ook al verwag kan word, sal weet hoe lank 'n strafregtelike ondersoek sal duur nie. Voorts is die posisie wat die werknemer beklee het een wat 'n spesifieke vaardigheidsvlak vereis en was dit van kommersiële belang vir die maatskappy om iemand in daardie posisie te kry en dus 'n besluit te neem oor die werknemer wat op daardie stadium die posisie geul het.¹⁵⁹

Dit blyk uit die hof se bevinding dus in die betrokke geval, dat die onsekerheid oor die tydsduur van die afwesigheid van die werknemer vanaf die werksplek, in sy toepassing en verduideliking van die strekking van die term onbevoegdheid, dus val onder die term onbevoegdheid en daarom kan die werknemer dus ontslaan word.¹⁶⁰

As daar egter gaan kyk word of daar aan substantiewe en prosedurele billikheid voldoen word, sal daar uit die feite van die saak volg dat die aflewering van 'n geskrewe brief nie voldoende geleentheid aan die werknemer gee om sy saak te stel nie.¹⁶¹ Die verhoor na die vrylating van die werknemer was niks meer as 'n *ex post facto* implementering van die vorige beslissing nie, soos deur regter Davis JA gestel.¹⁶²

Die hof het dus beslis dat die ontslag van die werknemer was substantief billik, maar dit was nie prosedureel billik nie. Die rede is hiervoor is dat daar nie aan artikel 188 voldoen is nie en daar ontslag plaasgevind het

158 Sien *Samancor Tubatse Ferrochrome v MEIBC* [2010] 8 *BLLR* 824 (AAH) 827 regter Davis JA se uitspraak in paragraaf 11.

159 Sien *Samancor Tubatse Ferrochrome v MEIBC* [2010] 8 *BLLR* 824 (AAH) 827 regter Davis JA se uitspraak in paragraaf 12.

160 Sien die Australiëse uitspraak in *Young Metropolitan Ambulance Service* (1997) *IRCA* 81 waar die hof 'n soortgelyke benadering gevolg het as in die saak van *Samancor Tubatse Ferrochrome v MEIBC* [2010] 8 *BLLR* 824 (AAH) 827 par 14.

161 Sien *Samancor Tubatse Ferrochrome v MEIBC* [2010] 8 *BLLR* 824 (AAH) 828 par 16.

162 Sien *Samancor Tubatse Ferrochrome v MEIBC* [2010] 8 *BLLR* 824 (AAH) 828 par 17.

voordat daar 'n dissiplinêre verhoor was.¹⁶³ Dit het daartoe gelei dat die hof ingevolge artikel 194 van die WAV skadevergoeding aan die werknemer toegestaan het.¹⁶⁴ Hierdie bedrag skadevergoeding was gelykstaande aan ses maande se salaris.¹⁶⁵

Hierdie saak volg na die *NUM* beslissing en dui daarop dat onbevoegdheid verder strek as siekte, besering en swak werksprestasie.¹⁶⁶ Wat egter steeds van belang is, is dat die bogenoemde saak steeds nie die kwessie van die arbitrasie soos in artikel 188A van die WAV gemeld word, aanspreek nie.¹⁶⁷ Die hof het wel bevind dat ontslag plaasgevind het en substantief billik was. Die prosedure was egter bevind om prosedureel onbillik te wees en skadevergoeding was toegeken aan die werknemer.

Dus kan daardie verhoor steeds nie na ontslag plaasvind sonder dat die werknemer 'n kans gegun word om sy saak te stel nie. Met gevolg dat daar moontlik na elke sodanige verhoor 'n skadevergoedingseis aan die werknemer toegestaan sal word op grond van prosedurele onbillikheid.

Wat egter verder in die saak vir die werkgewer gunstig was, was die mate van vaardigheid wat vir daardie posisie, wat die werknemer beklee het, vereis was.¹⁶⁸ Die situasie sal dus meer ingewikkeld raak na mate die posisie wat deur daardie werknemer beklee word, deur enige iemand beklee kan word.

163 *Supra par 16.*

164 Sien Artikel 194 van Wet 66 van 1995 vir die bepalings van toepassing op skadevergoeding.

165 *Supra par 18.*

166 Sien voetnoot 143.

167 Arbitrasie kan ingevolge 'n ooreenkoms ook geskied, dit is dus nie 'n vereiste nie.

168 Sien *Samancor Tubatse Ferrochrome v MEIBC* [2010] 8 *BLLR* 824 (AAH) 828 *par 17*

5.5 *Gevolgtrekking*

Die werkgewer sal nooit die werknemer dissiplinêr kan verhoor vir misdrywe wat gepleeg is buite sy werksure en geen verband met daardie werkgewer se besigheid hou nie. Daar sal steeds teen daardie werknemer strafregtelike verrigtinge kan plaasvind en daardie werkgewer sal nie redelikerwys kan bepaal hoe lank dit sal duur nie. Ontslag sal dan in sulke omstandighede oorweeg word deurdat die produksie van die besigheid nie kan stil staan vir een werknemer se onthalwe nie. Daar was drie sake in die verband aangehoor.

Die eerste saak was die van *Eskom Limited v CCMA*.¹⁶⁹ Die hof het die regsbeginsels van toepassing op die afwesigheid van die werknemer ondersoek. Hier was bevind dat indien die werknemer afwesig sou wees sonder dat hy kennis gegee het waar hy homself bevind, of sonder toestemming afwesig is, daardie werknemer ontslaan sal kan word. Dit was egter duidelik dat gevangenisstraf nie as optrede van wangedrag gesien sal word nie, maar as 'n verdediging sal dien tot 'n aanklag van afwesigheid sonder rede of toestemming.

In die saak van *NUM v CCMA*¹⁷⁰ was die vraag of die kontrak outomaties beëindig het as gevolg van die onmoontlikheid van die werknemer om te presteer en of die werknemer ontslaan is. Daar was gefokus op die vasstelling of die onmoontlikheid om te presteer tydelik of permanent was, alvorens bepaal kan word of die kontrak outomaties beëindig het en of daar ontslag plaasgevind het. Die vraag word in hierdie saak steeds nie onbeantwoord gelaat oor wat 'n redelike tydperk sal wees en daar kan aangeneem word dat dit op die gegewe feite van elke saak sal afhang.

¹⁶⁹ Sien die bespreking in par 4.2.

¹⁷⁰ Sien die bespreking in par 4.3.

Die opvolgende saak was die van *Samancor Tubatse Ferrochrome v MEIBC*.¹⁷¹ Hier was daar deur die kommissaris wat die saak aangehoor het bevind dat die ontslag prosedureel onbillik was, deurdat die afwesigheid van die werknemer nie binne sy beheer was nie. Voorts was daardie ontslag ook prosedureel onbillik in die lig van artikel 188 van die WAV deurdat daar nie arbitrasie voor die verhoor plaas gevind het nie. Dit blyk uit die beslissing dat onbevoegdheid verder strek as net siekte besering en swak werksprestasie. Die prosedurele billikheidsaspek nie aan voldoen te wees nie deurdat die arbitrasie of voor verhoor voor ontslag moet plaasvind.

6. Gevolgtrekking

6.1 Probleemstelling en navorsingsvraag

Met die inwerkingtrede van die Grondwet en spesifiek in die lig van artikel 23 gesien, was die beginsel van billikheid met betrekking tot arbeidspraktyke as maatstaf in die lewe geroep. Hierdie artikel het as grondslag gedien vir die WAV en die bepalings daarbinne.

Soos gesien in die bepalings met betrekking tot ontslag is daar verskeie vereistes voordat iemand ontslaan kan word. Daar is byvoorbeeld slegs drie gronde waarvoor die werkgever die werknemer kan ontslaan. Die drie gronde is wangedrag van die werknemer, ongeskiktheid van die werknemer en laastens die operasionele vereistes van die werkgever.¹⁷² Voorts is gesien dat daardie billikheid van die betrokke ontslag aan twee maatstawwe moet voldoen, eerstens moet daar 'n substantief billike rede vir die ontslag van die werknemer wees en tweedens moet daardie ontslag volgens 'n bepaalde proses plaasvind.

Dis die laasgenoemde wat die probleem skep deurdat die proses wat gevolg moet word deur die wetgewer belas is met die vereiste dat daar

¹⁷¹ Sien die bespreking in par 4.4.

¹⁷² Sien par 1.3.

voor ontslag 'n verhoor moet plaasvind en sodoende aan die werknemer 'n kans gegun word om homself te verdedig.¹⁷³ Die probleem hier is dat indien die werknemer in gevangenis aangehou word hierdie situasie bemoeilik word.

Die navorsingsvraag was dus welke prosedures moet gevolg word om 'n werknemer wat vir 'n misdryf in aanhouding is van diens, wat hy of sy gehad het voor inhegtenisname te ontslaan.

6.2 Aard en inhoud van die Suid Afrikaanse arbeidspraktyke

Die Suid Afrikaanse reg was vroeg al deur 'n stelsel van dualistiese reëls uitgeken.¹⁷⁴ Suid Afrika was geforseer om as lid van die IAO te onttrek as gevolg van sy apartheidsbeleid.¹⁷⁵ Suid Afrika het egter weer in die negentiger jare sy lidmaatskap weer verkry. Hierna het demokrasie gevolg en was die Grondwet in die lewe geroep wat die reg tot billike arbeidspraktyke bevat in artikel 23.¹⁷⁶

Daarna was die WAV in die lewe geroep wat in artikel 186 handel oor die billikheid van arbeidspraktyke. Optrede wat dan aan hierdie bepalings voldoen word as onbillike arbeidspraktyke gekenmerk en gee aan die werknemer remedies teenoor die werkgewer. Die bepalings was ondersoek deurdadig dat die werkgewer die werknemer wat in die gevangenis aangehou word billik moet ontslaan.

Daar is verder uitgewys dat die geïmpliseerde reg op arbitrasie voor ontslag nie in die gemenerereg vervat was nie.¹⁷⁷ Die inwerkingtrede van die Grondwet se artikel 33 wat verband hou met administratiewe optrede het hierdie posisie verander.¹⁷⁸ In die saak van *Old Mutual Life*

173 Sien die bespreking oor artikel 188A van die *Wet op Arbeidsverhoudinge*, 66 van 1995 soos bespreek in *par 2.3*

174 Sien die bespreking in *par 2.1*

175 Sien voetnoot 14.

176 Sien voetnoot 17.

177 Sien die bespreking in *par 2.3*.

178 Sien voetnoot 22.

*Assurance Co SA Ltd v Gumbi*¹⁷⁹ het die hof beslis dat die reg op arbitrasie voor ontslag nie 'n absolute reg is nie, maar dat dit eintlik slegs 'n verpligting op die werkgever plaas om die werknemer aan te hoor.¹⁸⁰

Die posisie wat die gemenerereg weerspieël is dat slegs par A van artikel 186(1) van die WAV erken word.¹⁸¹ Alhoewel die bepalings nie die gemeenregtelike posisie met betrekking tot die beëindiging van kontrakte weerspieël nie. Beëindiging kan slegs deur die werkgever geskied ingevolge die gemene reg. In *Fedlife Assurance Ltd v Wolfaardt*¹⁸² waar die onbillike ontslag bepalings van die WAV oorvleuel het met die beginsels van die gemene reg, het die hof bevind dat die gemeenregtelike regte van werknemers nie deur die WAV herroep is nie.

6.3 Arbeidsregtelike bepalings oor ontslag

Die rede hoekom daardie ontslag billik moet wees, is dat indien dit nie is nie sal dit gevolg hê dat daardie werknemer skadevergoeding kan eis sowel as om heraangestel te word. Die bogenoemde is die tweede maatstaf waaraan billikheid van ontslag gemeet word naamlik dat daar 'n goeie rede vir die ontslag deur die werkgever gegee moet word. In die werkgever se verdediging kan die volgende dus oorweeg word wanneer hy 'n ontslag wil bewerkstellig. Die eerste is die inherente vereistes van die betrokke werk wat die werknemer doen. Tweedens kan ouderdom van die werknemer ook 'n rol speel. Die bedryfsvereistes van die werkgever kan ook by die billikheid van ontslag 'n rol speel deurdat sekere tipes praktyke 'n mate van vaardigheid vereis en indien daardie persoon nie sy werk kan verrig nie dit produksie verlies ens tot gevolg sal hê en dit dus in die beste belang van die werkgever sal wees om iemand aan te stel wat daardie werk kan verrig. Indien die werknemer

179 Sien voetnoot 26.

180 Sien voetnoot 28.

181 Sien die bespreking in par 2.4.

182 [2001] 12 *BLLR* 1301 (HHA) sien ook Van Eck S *The right to a pre-dismissal hearing in terms of the common law* 341.

egter nie onder een van hierdie vereistes geplaas kan word nie sal daardie ontslag onbillik wees.

6.4 Kontraktuele bepalings in arbeidspraktyke

Voorts is die dienskontrak ook onderhewig aan die beginsels van die kontraktereg. Die basiese beginsels van die gemeenregtelike kontrak, is dus egter gewysig deur WAV soos gesien in *Fedlife Insurance v Wolfaardt*. Al sou die optrede waar die werknemer in die gevangenis sit gesien kan word as repudiasie of onmoontlikwording van prestasie sal die gewone remedies om terug te trek uit die kontrak en van jou verpligtinge verlos te word nie van toepassing wees nie.

Die beginsel tot 'n reg op 'n verhoor is deur die WAV ook in die gemeenregtelike dienskontrak vervat soos bevestig was in *Old Mutual Life Assurance Co SA Ltd v Gumbi*.¹⁸³ In *Boxer Superstores Mthatha v Mbenya* het regter Cameron JA uitgewys dat die gemeenregtelike remedies nie so gunstig mag wees as remedies wat deur wetgewing daar gestel is nie.¹⁸⁴

'n Verwikkeling wat in die geval waar 'n werknemer in die gevangenis aangehou sou word 'n deurslaggewende rol kan speel is die van die beginsel van voorwaardes wat in kontrakte vervat word. Die rede hiervoor is dat daar geen bepaling is dat die voor ontslag verhoor mondelings moet wees nie. Dus as daar 'n voorwaarde in die kontrak geplaas sou kon word, tot die effek dat indien die werknemer in die gevangenis aangehou word, daardie verhoor deur middel van pleitstukke kan plaasvind, die probleem met betrekking tot die ontslag van die werknemer in die gevangenis opgelos kan word. Dit laat egter

183 [2007] 8 BLLR 699 (SCA) sien ook Van Eck S *The right to a pre-dismissal hearing in terms of the common law Obiter* 2008 343.

184 [2007] 8 BLLR 693 (SCA) sien ook Van Eck S *The right to a pre-dismissal hearing in terms of the common law Obiter* 2008 343 sowel as artikel 193 en 194 van Wet 66 van 1995.

nie kruis ondervraging toe nie, maar in lande soos Japan en België word kruisondervraging nie toegelaat nie.

6.5 Regspraak oor die werknemer wat in die gevangenis aangehou word.

Die eerste saak was die van *Eskom Limited v CCMA*.¹⁸⁵ Die hof het die regsbeginsels van toepassing op die afwesigheid van die werknemer ondersoek. Hier was bevind dat indien die werknemer afwesig sou wees sonder dat hy kennis gegee het waar hy homself bevind, of sonder toestemming afwesig is, daardie werknemer ontslaan sal kan word. Dit was egter duidelik dat gevangenisstraf nie as optrede van wangedrag gesien sal word nie, maar as 'n verdediging sal dien tot 'n aanklag van afwesigheid sonder rede of toestemming.

In die saak van *Num v CCMA*¹⁸⁶ was die vraag of die kontrak outomaties beëindig het as gevolg van die onmoontlikheid van die werknemer om te presteer en of die werknemer ontslaan is. Daar was gefokus op die vasstelling of die onmoontlikheid om te presteer tydelik of permanent was, alvorens bepaal kan word of die kontrak outomaties beëindig het en of daar ontslag plaasgevind het. Die vraag word in hierdie saak steeds nie onbeantwoord gelaat oor wat 'n redelike tydperk sal wees en daar kan aangeneem word dat dit op die gegewe feite van elke saak sal afhang.

Die opvolgende saak was die van *Samancor Tubatse Ferrochrome v MEIBC*.¹⁸⁷ Hier was daar deur die kommissaris wat die saak aangehoor het bevind dat die ontslag prosedureel onbillik was, deurdat die afwesigheid van die werknemer nie binne sy beheer was nie. Voorts was daardie ontslag ook prosedureel onbillik in die lig van artikel 188 van die WAV deurdat daar nie arbitrasie voor die verhoor plaas gevind het nie.

185 Sien die bespreking in par 4.2.

186 Sien die bespreking in par 4.3.

187 Sien die bespreking in par 4.4.

Dit blyk uit die beslissing dat onbevoegdheid verder strek as net siekte besering en swak werksprestasie. Die prosedurele billikheidsaspek nie aan voldoen te wees nie deurdat die arbitrasie of voor verhoor voor ontslag moet plaasvind.

6.6 Voorstel

Die voorstel wat dus na aanleiding van die navorsing volg is om voorwaardes te inkorporeer om die arbitrasie prosedures en verloop te reguleer. Die proses is soortgelyk aan kollektiewe bedinging en kan voorts in kollektiewe ooreenkomste ook vervat word.

Dit volg uit die ontleding van wetgewing dat die prosedures wat gevolg moet word sal afhang van onbevoegdheid en of daardie onbevoegdheid tydelik of permanent sal wees. Om aan daardie aspek te voldoen sal die voorwaarde in die dienskontrak bydra dat die prosedure billik sal wees. Verder sal daar substantief billik opgetree word indien die werkgewer 'n goeie rede vir die ontslag kan gee. As al twee hierdie aspekte geag kan word as billik te wees kan die ontslag bewerkstellig word. Hierdie prosedure word beskou as uitkontraktering uit die WAV uit.

Bibliografie

Artikels

Cohen T 2006 *Stell RT*

Cohen T, "Termination of Employment Contracts by Operation of Law-bypassing the unfair dismissal provisions of the Labour relations Act" 2006 Stellenbosch Regstydskrif 96.

Erasmus G en Jordaan B *Suid Afrikaanse Jaarboek van Internasionale Reg*

Erasmus G, Jordaan B "South Africa and the ILO: towards a new relationship" 1993/1994 *Suid Afrikaanse Jaarboek van Internasionale Reg* 65-92.

Nienaber PM *Enkele beskouings oor kontrakbreuk in anticipando*

Nienaber PM "Enkele beskouings oor kontrakbreuk in anticipando" 1963 *Tydskrif vir Suid Afrikaanse Reg* 19.

Nienaber PM *Kontrakbreuk in retrospek*

Nienaber PM "Kontrakbreuk in retrospek" 1989 *Tydskrif vir Suid Afrikaanse Reg* 1.

Peart S *Firing employees who's been in jail.*

Peart S Desember 2008 "Firing employees who's been in jail" in Gleason Publikasies (reds) *Without prejudice* (Jetblue Uitgewers Pty Ltd 2008).

Van Eck S *Obiter* 2008

Van Eck S "The right to a pre-dismissal hearing in terms of the common law" 2008 *Obiter* 339.

Internetbronne

http://www.ilo.org/global/about_the_ILO/media_and_public_information.

Van Zyl W 8 Julie 2010 *Fairness and the Imprisoned Employee* <http://www.labournet.co.za> (20 Oktober 2010).

Internasionale instrumente

Konvensie op Diensbeëindiging, 158 van 1982.

Literatuur

Brassey M ea *Employment and Labour Law*

Brassey M ea *Employment and Labour Law - Vol 3: Commentary on the Labour Relations Act* (Juta Kaapstad 1999)

Brassey M ea *The new Labour Law*

Brassey M ea *The new Labour Law: Strikes, dismissals and the unfair labour practice in South African law* (Juta Kaapstad 1987)

Du Toit ea *Labour Relations Law*

Du toit D ea *Labour Relations Law: a Comprehensive Guide* 5de uitg (Lexis Nexis Suid Afrika 2006).

Freedland M.R *employment*

Freedland M.R “*employment*” in Sweet & Maxwell (reds) *Chitty on Contracts* vol 2 30ste uitg (Thomson Reuters Limited 2008)

Grogan *Dismissal, Discrimination and unfair Labour Practices*

Grogan J *Dismissal, Discrimination and unfair Labour Practices* (2de uitg) (Juta Kaapstad 2008).

Hoexter *Administrative law*

Hoexter C *Administrative law in South Africa* (1ste uitg) (Juta Kaapstad 2007).

McKendrick E.G, *performance and discharge*

McKendrick E.G, “*performance and discharge*” in Sweet & Maxwell (reds) *Chitty on Contracts* vol 1 30ste uitg (Thomson Reuters Limited 2008)

van der Merwe S ea *Kontraktereg: Algemene Beginsels*

van der Merwe S ea *Kontraktereg: Algemene Beginsels* 3de uitgawe (Juta 2007).

Regspraak

Boxer Superstores Mthatha v Mbenya [2007] 8 BLLR 693 (HHA).

Braddell v Baker (1911) 104 LT.

British and Beningtons Ltd v North Western Cachar Tea Co [1923] AC.

Commercial Union Assurance Co of SA Ltd v Golden Era Printers & Stationers (Pty) Ltd [1997] 3 All SA 165 (B).

Council for Scientific & Industrial Research v Fijen (1996) 17 ILJ 18 (A).

Datacolor International (Pty) Ltd v Intramarket (Pty) Ltd 2001 (2) SA 284 (HHA).

Denel v Vorster [2005] 4 BLLR 313 (HHA).

Denmark Productions Ltd v Boscobel Productions Ltd [1968] 3 All ER.

Eskom limited v CCMA [2008] JOL 22274 (LC) – Ed].

FAWU v Rainbow Chicken Farms (2000) 21 ILJ 615 (AH).

Fedlife Insurance v Wolfaardt [2001] 12 BLLR 1301 (HHA).

First National Bank of SA Ltd v Lynn NO 1996 (2) SA 339 (A).

Gründling v Beyers (1967) 2 SA 131 (W).

Harbutt's "plasticine" Ltd v Wayne Tank and Pump Co Ltd [1970] 1 QB.

Harper v Morgan Guarantee Trust Co of New York, Johannesburg & Another (2004) 25 ILJ 1024 (W).

Heyman v Darwins Ltd [1982] AC. *Hill v Beckett* 1915 1 KB.

Highveld District Council v KVBA [2002] 12 BLLR 1158 (AAH).

Highway Properties Ltd v Kelly, Douglas & Co (1971) 17 DLR (3d).

Hitchcock v Post Office [1980] ICR 100, 109 AC.

Hussain v Mehlman [1992] 2 EGLR.

Jabari Telkom SA (Pty) Ltd (2006) 27 ILJ 1854 (AH).

Jurgens Eiendomsagente v Share 1990 (4) SA 664 (A).

Key Delta v Marriner [1998] 6 BLLR 647 (E).

Larcombe v Natal Nylon Industries (Pty) Ltd Pietermaritzburg 1986) 7 ILJ 326 (IH).

Lebowa Platinum Mines Ltd v CCMA & others [2002] 5 BLLR 429 (AH).

Marcus v Minister of Correctional Services & Others (2005) 26 ILJ 75 (SE).

Mashava v Cuzen & Woods Attorneys (2000) 21 ILJ 402 (AH).

Maund v Penwith District Council [1948] ICR 143 (Engelse saak).

Mustapha v Receiver of Revenue (1958) 3 SA 343 (A).

Myers v Abramson 1952 (3) SA 121 (C).

National Union of Leather Workers v Barnard NO & Another (2001) 22 ILJ 2290 (AAH).

Num v CCMA (2009) 8 BLLR 777 (AH).

Num & Others v East Rand Gold & Uranium Co Ltd (1986) 7 ILJ 739 (IH).

Numsa v Borg-Warner SA (Pty) Ltd (1994) 15 ILJ 509 (A).

Old Mutual Life Assurance Co SA Ltd v Gumbi [2007] 8 BLLR 699 (HHA).

Parsons Transport (Pty) Ltd v Global Insurance Co Ltd 2006 (1) SA 488 (HHA).

Pauley v Kenaldo Ltd [1953] 1 WLR.

Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd [1980] AC.

Progressive House Pty Ltd v Tabali Pty Ltd (1985) 157 CLR.

Radebe v SA Quilt Manufacturers (Pty) Ltd (1992) 1 LCD 80 (IH).

SA Broadcasting Corporation v Mckenzie (1999) 1 BLLR 1 (AAH).

SABC v CCMA 2001 22 ILJ 487 (AH).

SACWU v Afrox Ltd (1999) 20 ILJ 1718 (AAH).

Samancor Limited v Metal & Engineering Industry Bargaining Council & others [2008] JOL 22273 (AH) – Ed].

Samancor Tubatse Ferrochrome v MEIBC [2010] 8 BLLR 824 (AAH).

Staffordshire Sentinel Newspapers Ltd v Potter [2004] IRLR 752 EAT.

Stewart Wrightson (Pty) Ltd v Thorpe 1977 (2) SA 943 (A).

Transnet Ltd v Chriwa (2006) 27 ILJ 2294 (HHA)

Trident Steel (Pty) Ltd v CCMA (2005) 26 ILJ 1519 (AH).

United tobacco Co Ltd v Baudach (1997) 18 ILJ 506 (AAH).

Universal Cargo Carriers Corp v Citati [1957] 2 BQ.

Van Deventer & Venture SA (Pty) Ltd 28 ILJ 268 (KVBA).

Young Metropolitan Ambulance Service (1997) IRCA.

Wetgewing

Die Grondwet van die Republiek van Suid Afrika, 200 van 1993.

Die Grondwet van die Republiek van Suid Afrika, 108 van 1996.

Die Wet op Arbeidsverhoudinge, 66 van 1995