

Die beskerming van uitgekontrakteerde werknemers

**Skripsie voorgelê ter gedeeltelike nakoming van die
vereistes vir die graad Magister Legum in Arbeidsreg aan
die Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër
Onderwys**

deur

Nicolene Erasmus

Studieleier: Adv P Myburgh

Desember 2003

Inhoudsopgawe

1	Inleiding en agtergrond.....	1
2	Die gemenereg	2
3	Die posisie voor 1 Augustus 2002	2
3.1	Outomatiese oordrag van dienskontrakte?.....	2
3.2	Die doel van artikel 197.....	6
3.3	Ander probleme.....	10
4	Die posisie na 1 Augustus 2002.....	11
4.1	Uitkontraktering	14
4.1.1	Oordrag van 'n lopende saak?	14
4.1.2	Ontslag gegrond op bedryfsvereistes	16
4.1.3	Internasionale reg	18
4.2	Werknemer se reg om te weier om oor te gaan ...	27
5	Gevolgtrekking en aanbevelings.....	30

Bibliografie

Die beskerming van uitgekонтakteerde werknemers

1 Inleiding en agtergrond

Sedert die inwerkingtrede van die *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995 is daar aanvaar dat artikel 197 'n instrument ter beskerming van werknemers is deurdat hulle dienskontrakte in die geval van 'n oordrag van 'n besigheid¹ as lopende saak, outomaties vanaf die ou werkgewer na die nuwe werkgewer oorgedra word.² Natuurlik net totdat die Arbeidshof by monde van regter Mlambo³ beslis het dat 'n behoorlike interpretasie van artikel 197 nie noodwendig lei tot die gevolgtrekking dat dit voorsiening maak vir die outomatiese oordrag van dienskontrakte nie. Op appèl⁴ het twee van die drie regters saamgestem en beslis dat artikel 197 nie die outomatiese oordrag van dienskontrakte tot gevolg het nie en dat daar in ooreenstemming met die gemene reg 'n ooreenkoms tussen 'n werkgewer en die werknemer moet wees alvorens 'n dienskontrak tot stand kan kom.⁵ 'n Werkgewer word ook nie verhoed om sy personeel te verminder in ooreenstemming met artikel 189 voor die oordrag van die besigheid nie. Volgens die regters kan daar verder slegs sprake van 'n oordrag van werknemers wees indien 'n besigheid as 'n lopende saak oorgedra word – indien die werkgewers nie ooreengekom het dat die werknemers oorgedra word nie, was die besigheid nie 'n lopende saak vir doeleindes van die Wet nie.⁶ Die gewysigde artikel 197 het wat hierdie aspek betref, sekerheid gebring – daar is nou geen twyfel nie dat dienskontrakte outomaties oorgedra word. Die vraag is egter of artikel 197 só geïnterpreteer moet word dat

1 "Any part of a business, trade or undertaking."

2 Smit <http://www.Kas.org.za/Publications/SeminarReports/Constitution%20and%20Law%20ii/SMIT.pdf> 25 Sep.

3 *NEHAWU & Others v University of Cape Town & Others* [2000] 7 BLLR 803 (LC).

4 *NEHAWU & Others v University of Cape Town & Others* [2002] 4 BLLR 311(LAC).

5 Maw dat dienskontrakte in die geval van die oordrag van 'n besigheid as lopende saak slegs oorgaan indien die werkgewers so ooreenkom.

6 Sien McMullen se kritiek teen hierdie standpunt in voetnoot 41 hieronder.

(b) ...

(2) (a) If a business, trade or undertaking is transferred in the circumstances referred to in subsection (1)(a), unless otherwise agreed, all the rights and obligations between the old employer and each *employee* at the time of the transfer continue in force as if they were rights and obligations between the new employer and each *employee* and, anything done before the transfer by or in relation to the old employer will be considered to have been done by or in relation to the new employer.

Daar is algemeen aanvaar dat artikel 197 bedoel wat dit sê, naamlik dat dienskontrakte in die geval van die oordrag van 'n besigheid of gedeelte daarvan as lopende saak, outomaties vanaf die ou na die nuwe werkgewer oorgedra word:

... that whenever an employer agrees to transfer the whole or part of its business to another employer, the new employer must take the employees of the transferring employer into his service whether or not it wishes to do so. In other words, the employers have no choice in the matter; unless the employees of the transferring employer agree otherwise, a business cannot be sold, merged or otherwise transferred without the whole or affected part of the workforce of the transferred business. On this reading of section 197, the only way in which the new employer can avoid taking over the old employer's employees is to decline to accept the transfer of the business.⁹

Smit¹⁰ vind steun vir hierdie standpunt in onder andere die internasionale reg; die plasing van artikel 197 in Hoofstuk VIII van die Wet; en die doel van artikel 197. Met inagneming hiervan kan daar eintlik geen ander afleiding gemaak word nie as dat artikel 197 die outomatiese oordrag van kontrakte, asook alle regte en verpligtinge van die ou werkgewer in die geval van 'n oordrag van 'n besigheid as lopende saak tot gevolg het. Dit is ook hoe die KVBA,¹¹ Arbeidshof¹² en Arbeidsappèlhof¹³ die artikel aanvanklik geïnterpreteer het.

9 Grogan J "The New Law on Retrenchment – Practical Effects of the Amendments to Sections 189 and 197" Jun 2002 *Employment Law*.

10 Smit <http://www.Kas.org.za/Publications/SeminarReports/Constitution%20and%20Law%20ii/SMIT.pdf> 25 Sept.

11 Kommissie vir Versoening, Bemiddeling en Arbitrasie.

Dat hierdie werknemersvriendelike interpretasie van artikel 197 nie 'n uitgemaakte saak is nie, het geblyk toe 'n teenoorgestelde standpunt in *NEHAWU v University of Cape Town & Others [2000] 7 BLLR 803 (LC)* gehuldig is. Regter Mlambo het, deur die klem op die eerste gedeelte van subartikel (1) te plaas, tot die slotsom gekom dat artikel 197 eers relevant is wanneer dienskontrakte sonder die toestemming van die werknemers oorgedra word. Volgens die regter verbied artikel 197 die oordrag van dienskontrakte sonder die toestemming van die werknemers, behalwe waar 'n werkgewer sy besigheid of 'n deel daarvan as 'n lopende saak oordra. Maar selfs in die geval waar die besigheid of gedeelte daarvan as 'n lopende saak oorgedra word, beteken dit nie dat die dienskontrakte outomaties oorgedra word nie – dit is wel toelaatbaar dat dienskontrakte sonder die toestemming van die werknemers oorgedra kan word:

It follows that in my view section 197 does not compel the automatic transfer of contracts of employment in cases of transfers of a business or a part thereof. What the section does is to permit the transfer of a contract of employment without the consent of the employees concerned. In this sense I agree with Seady AJ's comments at paragraph 29 where she states: "In the absence of statutory provisions like section 197 an employer could face onerous procedural obligations, compensation orders and costly severance payments in situations where it seeks to transfer a business, including the services of its employees. A mere cession of employment contracts would not suffice. A combined cession and delegation is required. The common law requires that contracts of employment be terminated and fresh contracts be entered into with the new employer. The consent of the old employer, new employer and employee is required. Failing this, the old

-
- 12 In *Schutte & Others v Poweplus Performance (Pty) Ltd & Another [1999] 2 BLLR 169 (LC)* was die hof van mening dat artikel 197 die kontinuïteit van werknemers se diens wanneer die werkgewers wissel, ten doel het. In *NUMSA & Another v Success Panelbeaters & Service Centre CC t/a Score Panelbeaters & Service Centre [1999] 9 BLLR 970 (LC)* het die hof beslis dat die nuwe werkgewer 'n herindienstellingsbevel teen die ou werkgewer moet gehoorsaam.
 - 13 *Foodgro (a division of Leisurenet Ltd) v Keil [1999] 9 BLLR 875 (LAC)*; sien ook regter Zondo se minderheidsuitspraak in *NEHAWU v University of Cape Town & Others [2002] 4 BLLR 311 (LAC)* – "...I am satisfied that, when subsection (1)(a) and subsection (2)(a) of section 197 of the Act are read together, the new employer takes over the contracts of employment of the employees of the old employer without his agreement being required if the business is transferred to him by the old employer as a going concern."

employer would have to terminate the contracts of employment and in so doing act lawfully and fairly. Section 197 short-circuits this, although its relationship to the unfair dismissal provisions of the Act is not clearly articulated." These comments confirm my view that an employer is permitted to transfer a contract of employment without the consent of the employees concerned and, in turn, the new employer is compelled to maintain the same terms and conditions applicable to those employees where such transfer occurs. If the legislature meant to compel employers to transfer contracts of employment in all transfers of businesses, the provisions of the Act would and should have specified this such as is the case in section 197(2)(b). The plain meaning is that an employer is permitted to transfer an employment contract without the consent of the employees concerned only if the business is transferred as a going concern.

Die aangeleentheid is nie daar gelaat nie, en is op appèl geneem. Regters van Dijkhorst en Comrie het in *NEHAWU v University of Cape Town & Others [2002] 4 BLLR 311 (LAC)* beslis dat alhoewel artikel 197 eers die gemenerereg bevestig, dit onmiddellik daarna 'n uitsondering maak in die geval van die oordrag van 'n besigheid as 'n lopende saak. En 'n lopende saak, meen die regters, impliseer 'n ooreenkoms tussen die werkgewers met betrekking tot watter gedeelte van die besigheid, werknemers ingesluit, oorgedra sal word. In die lig hiervan word daar nie ruimte gelaat vir die outomatiese oordrag van dienskontrakte van werknemers as hulle nie bedoel is om deel te wees van die besigheid nie. Omdat werknemers net so 'n deel van die besigheid is as die ander bates, is die koper en verkoper vry om te besluit wat in die lopende saak ingesluit word. Hierdie beslissing het verder bygedra tot die verwarring.

In sy omvattende minderheidsuitspraak het regter Zondo myns insiens tereg opgemerk dat hierdie standpunt die volgende leemte bevat:

The proposition that under subsection (2)(a) read with subsection (1)(a) the business transferor and the business transferee are free to agree to transfer or not to transfer the contracts of employment of employees to the new employer – and that such contracts do not transfer automatically has another weakness. The effect of that proposition is that, where a business is being transferred in solvent

circumstances, the employees lose their jobs unless the business transferor and the business transferee agree otherwise but, when a business is transferred in insolvent circumstances, the employees are guaranteed their jobs under the new employer despite any objection from the latter. I would have thought that logic and common sense dictated that, if the Act had to choose in which of the two situations the new employer should be given a right to say no to the employees coming over to him, it would have been in the situation where the business is being transferred in insolvent circumstances rather than in solvent circumstances. I can see no sense in a construction of section 197 that lays down a principle that, if a business is being transferred in solvent circumstances, the transferee has a veto to prevent the workforce from coming over with the business but has no right to say no to such a workforce coming over to him when the business is being transferred to him in insolvent circumstances. It is a construction of section 197 that would definitely discourage business people from rescuing failing businesses when they should be encouraged to do so.

Die Arbeidsappèlhof se uitspraak dat dienskontrakte slegs oorgedra word indien die werkgewers so ooreenkom, is deur die Grondwettike Hof¹⁴ omvergewerp. Wat die regspraak betref is daar nou minstens sekerheid dat werkgewers nie die werking van artikel 197 kan vermy bloot deur ooreen te kom dat die werknemers nie oorgedra word nie.

3.2 Die doel van artikel 197

Die verwarring wat artikel 197 veroorsaak het was grootliks te wyte aan die feit dat dit aangewend kon word om beide argumente, naamlik dié ten gunste van die verpligte oordrag van dienskontrakte, sowel as die daartéén te ondersteun. Aan die een kant is geargumenteer dat indien die Wetgewer bedoel het om werkgewers te verplig om dienskontrakte oor te dra, artikel 197 dit duidelik so sou bepaal het. Aan die ander kant is daar argumenteer dat indien die Wetgewer bedoel het dat die oordrag van dienskontrakte nie verpligtend is nie, dit nie nodig sou wees om

14 *National Education Health & Allied Workers Union v University of Cape Town & Others* (2003) 24 ILJ 95 (CC).

artikel 197 in die Wet in te voeg nie, omdat die gemenegereeds die aangeleentheid gereël het.

Om duidelikheid oor die aangeleentheid te kry, moes daar vasgestel word wat die doel van artikel 197 is. Indien dit werknemers moes beskerm teen die verlies van hulle werk, sou daar geen ander afleiding gemaak kon word nie as dat dienskontrakte in die geval van die oordrag van 'n lopende saak, outomaties oorgedra word.

Daar is algemeen aanvaar dat artikel 197 'n tweeledige doel het, naamlik om werknemers te beskerm deur hulle van hulle werk te verseker wanneer werkgewers hulle besighede verkoop, sowel as om werkgewers te verlig van die finansiële las, byvoorbeeld die betaal van skeidingspakkette, wat met sulke transaksies gepaardgaan.

In *NEHAWU v University of Cape Town & Others*¹⁵ het mnr Wallis namens NEHAWU die Arbeidsappèlhof probeer oortuig dat artikel 197 die belange van die werknemers vooropstel deur te verhoed dat hulle hulle werk verloor wanneer die werkgewer sy besigheid as 'n lopende saak oordra. Hierdie standpunt word ook gesteun deur onder andere die Arbeidsappèlhof in *Foodgro (A division of Leisurenet Ltd) v Keil (1999) 20 ILJ 2521 (LAC)*,¹⁶ en ander gesaghebbende skrywers.¹⁷ In *Schutte & Others v Powerplus Performance (Pty) Ltd & Another [1999] 2 BLLR 169 (LC)* het die hof opgemerk dat artikel 197 kontinuïteit met verwysing na 'n werknemer se diens verseker wanneer die werkgewers verander.

15 [2002] 4 BLLR 311 (LAC).

16 "... the purpose of section 197 was the protection of employees against loss of employment when their employer transferred his business as a going concern."

17 Smit <http://www.Kas.org.za/Publications/SeminarReports/Constitution%20and%20Law%20ii/SMIT.pdf> 25 Sept; Grogan *Workplace Law* 222 – "... a divided Labour Appeal Court incorrectly held that, on a literal interpretation of section 197, the contracts of employment of the old employer transferred to the new employer only if the two employers agreed to the transfers"; Blackie en Horwitz 1999 *ILJ* 1395.

Die Universiteit van Kaapstad¹⁸ daarenteen het geargumenteer dat dit nie die doel van artikel 197 is om werknemers te beskerm teen die verlies van hulle poste nie, maar teen die oordrag van hulle dienskontrakte sonder hulle toestemming. En verder dat:

... the purpose of section 197 is to facilitate the transfer of businesses that may be necessary in situations of restructuring by providing for the transfer of the employees' contracts of employment from the old employer to the new employer without their consent so as to avoid the need for the business transferee to negotiate new contracts of employment with the employees if he wishes to take them over on terms and conditions no less favourable to them than their present terms and conditions.

Die Arbeidsappèlhof het die universiteit gelyk gegee – die bedoeling van die wetgewer met betrekking tot die werknemers is slegs om hulle te beskerm teen die gevolge waar hulle dienskontrakte sonder toestemming oorgedra word wanneer die koper en verkoper ooreenkom dat die werknemers oorgeneem word.¹⁹

Dat hierdie beredenering nie sin maak nie, is deur regter Zondo in sy minderheidsuitspraak uitgewys. Die reg van werknemers dat hulle dienskontrakte nie sonder hulle toestemming na 'n nuwe werkgewer oorgedra kan word nie, is in die gemenerereg vervat, met die gevolg dat dit onnodig sou wees om hierdie reg ook deur wetgewing te beskerm.

Die Grondwetlike Hof²⁰ het die Arbeidsappèlhof se uitspraak omvergewerp en opnuut gekyk na die doel van, sowel as die wyse waarop artikel 197 geïnterpreteer moet word. Regter Ngcobo het die doel van die *Wet op Arbeidsverhoudinge* in die algemeen, en artikel 197

18 *NEHAWU & Others v University of Cape Town & Others* [2002] 4 BLLR 311(LAC).

19 "It follows that Mlambo J in the Labour Court was correct in his interpretation of the section that consensual transfer of contracts of employment is a prerequisite for its operation." *NEHAWU & Others v University of Cape Town & Others* [2002] 4 BLLR 311(LAC).

20 *National Education, Health & Allied Workers Union v University of Cape Town & Others* (2003) 24 ILJ 95 (CC).

in besonder as uitgangspunt gebruik. Die doel van die *Wet op Arbeidsverhoudinge* is:

[41] ... to advance economic development, social justice, labour peace and the democratization of the workplace'. This is to be achieved by fulfilling its primary objects which include giving effect to s 23 of the Constitution. It lays down the parameters of its interpretation by enjoining those responsible for its application to interpret it in compliance with the Constitution and South Africa's international obligations. The LRA must therefore be purposively construed in order to give effect to the Constitution. This is the approach that has been adopted by the LAC and the Labour Court in construing the LRA.

[42] Security of employment is a core value of the LRA and is dealt with in chapter VIII. The chapter is headed 'Unfair Dismissals'. The opening section, s 185, provides that '[e]very employee has the right not to be unfairly dismissed'. This right is essential to the constitutional right to fair labour practices. As pointed out above, it seeks to ensure the continuation of the relationship between the worker and the employer on terms that are fair to both. Section 185 is 'a foundation upon which the ensuing sections are erected'.

[43] It is against this background that s 197, which forms part of the chapter on unfair dismissals, must be understood and construed.

Op die vraag wat die doel van artikel 197 dan is, volg die regter die goue middeweg:

That an important purpose of s 197 is to protect the workers against the loss of employment in the event of a transfer of a business cannot be gainsaid. This conclusion is fortified not only by the effect of the section, but also by the very fact that the section was inserted in a chapter that deals with unfair dismissal. As pointed out earlier, at the core of this chapter is the right of the workers not to be dismissed unfairly.

What lies at the heart of disputes on transfers of businesses is a clash between, on the one hand, the employer's interest in the profitability, efficiency or survival of the business, or if need be its effective disposal of it, and the worker's interest in job security and the right to freely choose an employer on the other hand.

Section 197 strikes at the heart of this tension and relieves the employers and the workers of some of the consequences that the common law visited on them. Its purpose is to protect the employment of the workers and to facilitate the sale of businesses as going concerns by enabling the new employer to take over the workers as well as other assets in certain circumstances. The section aims at minimizing the tension and the resultant labour disputes that often arise from the sales of businesses and impact negatively on economic development and labour peace. In this sense, s 197 has a dual purpose, it facilitates the commercial transactions while at the same time protecting the workers against unfair job losses.

Die Arbeidsappèlhof het dus gefouteer deur nie behoorlik rekening te hou met die beskerming van werknemers se poste nie. Om 'n ooreenkoms tussen die koper en verkoper om die werknemers oor te neem as 'n voorwaarde vir die toepassing van artikel 197 te stel, het die potensiaal om die werknemers die beskerming teen werkverlies te ontnem, en hulle aan die genade van die werkgewers oor te laat.

Om te bepaal of 'n besigheid 'n lopende saak is, moet daar na die substansie, en nie die vorm nie, gekyk word. Dit wat oorgedra word,

must be a business in operation so that the business remains the same but in different hands.

Die blote feit dat die koper en verkoper ooreenkom dat die werknemers nie oorgeneem word nie, kan nie lei tot die gevolgtrekking dat 'n besigheid nie 'n lopende saak is nie.

3.3 Ander probleme

Behalwe die onsekerheid rondom die vraag of die oordrag van dienskontrakte in die geval van 'n oordrag van 'n besigheid as lopende saak slegs *toelaatbaar*, of *verpligtend* is, het artikel 197 ten opsigte van ander aspekte ook verwarring veroorsaak. Dit was byvoorbeeld nie duidelik hoe die frase "whole or any part of a business, trade or

undertaking”, of die begrip “going concern” geïnterpreteer moes word nie.²¹ Die bevestiging van die gemeenregtelike posisie in subartikel (1) het ook die vraag laat ontstaan of werknemers die reg het om te weier dat hulle dienskontrakte oorgedra word. En wat sou die gevolge wees indien 'n werknemer weier dat sy dienskontrak oorgedra word?

Na die uitspraak van die Grondwetlike Hof²² en die wysiging van die *Wet op Arbeidsverhoudinge* is daar nou geen twyfel meer nie dat dienskontrakte outomaties oorgedra word. Of die uitkontraktering van dienste as 'n lopende saak beskou kan word, en wat die gevolge vir werknemers is wat weier om na die nuwe werkgewer oor te gaan, is nog onseker, en word hieronder verder bespreek.

4 Die posisie na 1 Augustus 2002

Die onsekerheid wat deur die bewoording van artikel 197 veroorsaak is, moes uit die weg geruim word. Die voorgestelde wysigings²³ het vir die volgende aspekte voorsiening gemaak:

- a. dat dit duidelik gestel moet word dat die artikel op alle lopende sake van toepassing is;
- b. dat die nuwe werkgewer nuwe diensvoorwaardes met die vakbonde of werknemers kan beding, of diensvoorwaardes aanbied wat in die geheel gesien net so gunstig is – mits daar in laasgenoemde geval nie 'n kollektiewe ooreenkoms is nie;
- c. vir duidelikheid oor die verpligtinge van die ou en nuwe werkgewer met verwysing na kollektiewe ooreenkomste, pensioen- en voorsieningsfondsbydraes, uitstaande eise en omstandighede waaronder 'n skeidingspakket betaalbaar is;

21 *Labour Relations Amendment Bill*, 2000 Explanatory Memorandum.

22 *National Education, Health & Allied Workers Union v University of Cape Town & Others* (2003) 24 ILJ 95 (CC).

23 Briefing notes: Labour law amendments August 2001 http://www.workinfo.com/free/Sub_for_legres/Data/1raamend.htm 7 Sep.

- d. dat die ou werkgewer 'n verpligting opgelê word om redelike stappe te neem ten einde te verseker dat die nuwe werkgewer in staat is om die opgeloopte voordele van die werknemers oor te neem.

In ooreenstemming met hierdie voorstelle het die gewysigde artikel 197 met betrekking tot sekere van die vroeëre kwelpunte duidelikheid gebring. Daar bestaan nou sekerheid dat, behalwe waar daar anders ooreengekom word in terme van subartikel (6), die nuwe werkgewer outomaties in die plek van die ou werkgewer geplaas word met verwysing na alle dienskontrakte wat bestaan het onmiddellik voor die datum van oordrag. Die nuwe werkgewer is verplig om die werknemers oor te neem, of hy wil of nie:

(2) If a transfer of a business takes place, unless otherwise agreed in terms of subsection (6)—

(a) the new employer is automatically substituted in the place of the old employer in respect of all contracts of employment in existence immediately before the date of transfer;

(b) all the rights and obligations between the old employer and an employee at the time of the transfer continue in force as if they had been rights and obligations between the new employer and the employee;

(c) anything done before the transfer by or in relation to the old employer, including the dismissal of an employee or the commission of an unfair labour practice or act of unfair discrimination, is considered to have been done by or in relation to the new employer; and

(d) the transfer does not interrupt an employee's continuity of employment, and an employee's contract of employment continues with the new employer as if with the old employer.

Alle onsekerheid met verwysing na die frase "unless otherwise agreed" is ook uit die weg geruim. Dit blyk nou duidelik uit die bewoording van die Wet dat dit verwys na 'n ooreenkoms tussen die werkgewer en die werknemers (of hulle verteenwoordigers), en nie na 'n ooreenkoms tussen die werkgewers nie:

(6) (a) An agreement contemplated in subsection (2) must be in writing and concluded between—

- (i) either the old employer, the new employer, or the old and new employers acting jointly, on the one hand; and
- (ii) the appropriate person or body referred to in section 189 (1), on the other.

Ten spyte van die aansienlik meer omvattende bepalings as sy voorganger, word probleme met die interpretasie en toepassing van artikel 197 steeds voorsien. Die begrippe "whole or a part of any business, trade, undertaking or service", "transfer" en "going concern" word steeds nie duidelik omskryf nie:

- (1) In this section and in section 197A—
 - (a) "business" includes the whole or a part of any business, trade, undertaking or service; and
 - (b) "transfer" means the transfer of a business by one employer ("the old employer") to another employer ("the new employer") as a going concern.

Dat die insluiting van die woord "service" 'n aanduiding kan wees van die Wetgewer se bedoeling om ook voorsiening te maak vir uitkontrakteringsgevalle, kan nie ontken word nie. Die voorwaarde is egter dat met verwysing na die betrokke diens, daar 'n oordrag moet plaasvind.

Verdere probleme wat voorsien word is eerstens die interpretasie van die woorde "immediately before" in die volgende frase:

the new employer is automatically substituted in the place of the old employer in respect of all contracts of employment in existence immediately before the date of transfer.

Die tweede probleem is die vraag na wat 'n ontslag op grond van bedryfsvereistes binne die konteks van artikel 197 is? Die eerste probleem val buite die bestek van hierdie studie en die tweede vraag word verder binne uitkontrakteringsverband hanteer. Beide probleme word egter meer volledig deur Bosch²⁴ bespreek.

24 2002 ILJ 641.

4.1 Uitkontraktering

Alhoewel artikel 197 duideliker as sy voorganger die gevolge uiteensit in gevalle waar die artikel toepassing vind, dui dit nie duidelik aan *wanneer* die artikel toepassing vind nie. Dit is byvoorbeeld onseker of uitkontraktering as die proses

whereby organisations transfer responsibility for the supply of goods or services from an internal department to an external supplier²⁵

die oordrag van 'n besigheid as lopende saak vir doeleindes van die artikel is of nie. Of die Arbeidshowe die definisie van 'n besigheid as "the whole or a part of any business, trade, undertaking or service" sal interpreteer as 'n aanduiding van die wetgewer se bedoeling om artikel 197 ook op uitkontrakteringsgevalle van toepassing te maak, sal nog gesien moet word. Vir Bosch²⁶ is die definisie in artikel 197 van 'n besigheid 'n aanduiding van die Wetgewer se bedoeling om die artikel juis op uitkontrakteringsgevalle van toepassing te maak. Daar word aan die hand gedoen dat Bosch se standpunt nie ongekwalfiseerd aanvaar kan word nie. Die vraag is steeds of die uitkontrakteringshandeling neerkom op die oordrag van 'n besigheid/diens (of gedeelte daarvan) as 'n lopende saak. In hierdie verband moet daar eers vasgestel word wat die begrippe "lopende saak" en "oordrag" behels.

4.1.1 Oordrag van 'n lopende saak?

Vir regter Van Dijkhorst wat die meerderheidsuitspraak in die *NEHAWU*-beslissing²⁷ geskryf het, is die antwoord op die vraag na wat 'n lopende saak is, afhanklik van die feite van elke saak. Die regter dui egter foutiewelik aan dat die feit dat sommige (of al die) werknemers se

25 Ballantine <http://www.cses.co.uk/CBIMAG7.html> 11 Okt.

26 2003 ILJ 48.

27 *NEHAWU & Others v University of Cape Town & Others* [2002] 4 BLLR 311 (LAC).

dienskontrakte nie oorgeneem word nie, 'n aanduiding is dat die besigheid nie as 'n lopende saak oorgedra word nie:

A business is a going concern only if its assets, movable and immovable, tangible and intangible, are utilised in the production of profit (or, in the case of an undertaking, the attainment of its goals). In every business its employees are a vital component and in labour intensive industries the major asset. To say that there can be a sale of a business as a going concern without all or most of the employees going over is to equate a bleached skeleton with a vibrant horse. A going concern is "one in actual operation" (cf *General Motors SA (Pty) Ltd v Besta Auto Component Manufacturing and Another* 1982 (2) SA 653 (SE) at 657C–G). The Concise Oxford Dictionary defines it as a "business already in operation". That can not be the case where there is no workforce.

Soos reeds hierbo aangetoon kan die ooreenkoms tussen die werkgewers om die werknemers oor te dra aldan nie, nie die bepalende faktor of toets vir 'n lopende saak wees nie. Elke transaksie sal individueel beoordeel moet word met inagneming van al die faktore – en dit lyk asof die feit dat die werknemers nie oorgedra word nie, moontlik een van hierdie faktore kan wees.²⁸ Volgens Grogan²⁹ is die toets om te bepaal of 'n besigheid 'n lopende saak is, eerder die vraag of die nuwe werkgewer voortgaan met dieselfde of soortgelyke aktiwiteite as die ou werkgewer.

Daar word aan die hand gedoen dat die begrip "oordrag" met verwysing na algemene besigheidspraktyke gelykgestel kan word aan "verkoop". In die lig hiervan, en met inagneming van die feite van elke saak, sal sommige uitkontrakteringsgevalle binne die bepalings van artikel 197 val, en ander gevalle nie. Die volgende ter illustrasie: besigheid A wat vars beesvleis by abbatoirs gaan oplaai, dit na die besigheidperseel vervoer en dit daar verwerk en berg, besluit om die vervoergedeelte van

28 *National Education, Health & Allied Workers Union v University of Cape Town & Others* (2003) 24 ILJ 95 (CC) 119.

29 Grogan J "Going Concerns: when is a Transfer Automatic?" Feb 2003 *Employment Law*.

die besigheid uit te kontrakteer. Die vervoerafdeling bestaan uit vyf vragmotors en tien werknemers. Indien die vragmotors oorgedra word ten einde die kontrakteur in staat stel om die diens te verrig, is daar myns insiens 'n oordrag soos bedoel in artikel 197 omdat 'n bepaalde objek oorgedra word. Indien die kontrakteur egter sy eie vragmotors het en net die diens gaan lewer, is dit myns insiens nie 'n oordrag soos bedoel in artikel 197 nie – daar is immers niks wat oorgedra word nie. Die kontrakteur word slegs die geleentheid gebied om die diens te verrig. In die eersgenoemde geval is die kontrakteur verplig om die werknemers oor te neem, in die tweede geval nie. Die ou werkgever sou dus in laasgenoemde geval geregtig wees om die werknemers op grond van sy bedryfsvereistes in ooreenstemming met artikel 189 te ontslaan.

4.1.2 Ontslag gegrond op bedryfsvereistes

Bedryfsvereistes is daardie vereistes gegrond op die ekonomiese, tegnologiese, strukturele of soortgelyke behoeftes van die werkgever. Ekonomiese vereistes het te doen met die finansiële behoeftes van die besigheid; tegnologiese vereistes met die inwerkingstelling van nuwe tegnologie wat oorbodige poste tot gevolg kan hê; en strukturele vereistes is ter sprake wanneer poste oorbodig raak as gevolg van die herstrukturering van die besigheid.

Om enige moontlike probleme voortspruitend uit die ou artikel 197 te voorkom, het praktisyns hulle kliënte normaalweg geadviseer om werknemers voor die oordrag van 'n besigheid op grond van bedryfsvereistes te ontslaan.³⁰ Aangesien 'n ontslag wat in verband met artikel 197 staan as 'n outomaties onbillike ontslag onder artikel 187 ingevoeg is, sal 'n werkgever nou baie duidelik moet aantoon dat werknemers vir werklike bedryfsvereistes ontslaan is, en nie onder die

30 Blackie en Horwitz 1999 *ILJ* 1390.

vaandel van bedryfsvereistes ontslaan is net om die toepassing van artikel 197 te vermy nie.

Die ou werkgewer sal werknemers nie meer kan ontslaan op grond van die feit dat die nuwe werkgewer die werknemers nie wil hê nie, of op grond van die werklike bedryfsvereistes van die nuwe werkgewer nie. Die werknemers sal slegs op grond van die werklike bedryfsvereistes van die ou werkgewer ontslaan kan word. Op die oog af lyk dit asof die ontslag van al die werknemers voor 'n artikel 197-oordrag 'n sterk aanduiding kan wees dat die ontslag outomaties onbillik is. In die lig van die standpunt hierbo³¹ gehuldig, naamlik dat die nuwe werkgewer, indien hy nie die werknemers oorneem nie, ook nie die besigheid kan oorneem nie, lyk dit egter bykans onmoontlik dat 'n ou werkgewer die howe sal kan oortuig dat werklike bedryfsvereistes die rede was vir die ontslag van al die werknemers voor die oordrag.

Waar die nuwe werkgewer na 'n oordrag te veel werknemers het, staan dit hom steeds vry om op grond van sy (werklike) bedryfsvereistes sommige van die werknemers te ontslaan. Die nuwe groep werknemers vorm egter saam met die ou groep werknemers 'n enkele groep werknemers ten opsigte waarvan die proses soos voorgeskryf in artikel 189 gevolg moet word.

In uitkontrakteringsverband is daar reeds hierbo aangedui ek van mening is dat waar 'n ou werkgewer slegs die lewering van 'n diens uitkontrakteer, daar geen oordrag plaasvind nie. Die werknemers kan dan op grond van die werkgewer se bedryfsvereistes ontslaan word – natuurlik in ooreenstemming met die bepalings van artikel 189. Indien die kontrakteur enige bates van die ou werkgewer oorneem ten einde die diens te verrig, sal hy geen keuse hê nie as om die werknemers ook oor te neem. Indien slegs 'n gedeelte van die besigheid oorgedra word, ontstaan die vraag of al die werknemers oorgeneem moet word. Met

31 Bladsy 3 hierbo.

verwysing na die voorbeeld hierbo die volgende: in plaas daarvan om al vyf die vragmotors oor te neem, kom die ou en nuwe werkgewer ooreen dat slegs drie van die vragmotors oorgedra word. Indien elke vragmotor sy eie bestuurder gehad het, is dit maklik – die vragmotors met hulle bestuurders word oorgeneem. Maar indien die tien werknemers geroteer het, is dit nie moontlik om 'n bestuurder aan 'n bepaalde vragmotor te koppel nie. In hierdie verband word voorgestel dat daar na die gesamentlike bedryfsvereistes van die werkgewers gekyk word om te bepaal watter werknemers oorgedra moet word en watter nie.

4.1.3 Internasionale reg

Die vraag of werknemers in die geval van uitkontraktering die beskerming van artikel 197 behoort te geniet, is nog nie deur die Suid-Afrikaanse Arbeidshowe beantwoord nie. 'n Aanduiding van watter standpunt die howe waarskynlik sal inneem, kan verkry word deur te kyk hoe hierdie probleem op internasionale vlak aangespreek word. In hierdie verband word daar na Aanwysing 77/187 van die Europese Gemeenskap, sowel as die 1981 TUPE-regulasies van die Verenigde Koninkryk gekyk.

Die Europese Gemeenskap is 'n internasionale owerheid waaraan wetgewende bevoegdheid verleen is. Die Europese Gemeenskapsreg word gevind in verdrae, regulasies en aanwysings. Die aanwysing wat vir hierdie studie van belang is, is die *Acquired Rights Directive* wat in 1977 in werking getree het ten einde te verseker dat die regte van werknemers beskerm word wanneer die werkgewer verander as gevolg van die oordrag van 'n "undertaking, business or part of a business." Hierdie Aanwysing is in 1998 gewysig deur Aanwysing 98/50/EC en in 2001 deur Aanwysing 2001/23/EC. Artikel 1 bepaal soos volg:

1(a) This Directive shall apply to any transfer of an undertaking, business, or part of an undertaking or business to another employer as a result of a legal transfer or merger.

(b) Subject to paragraph (a) ... there is a transfer within the meaning of this Directive where there is a transfer of an economic entity which retains its identity, meaning and organized grouping of resources which has the objective of pursuing an economic activity, whether or not that activity is central or ancillary.

Die Europese Geregshof, die "final authority"³² met betrekking tot die interpretasie van die Europese Gemeenskapsreg, het 'n oordrag gedefinieer as:

a change in the natural or legal person responsible for carrying out the business, who by virtue of this acquires the obligations of an employer vis-à-vis employees of the undertaking, regardless of whether or not ownership is transferred.³³

Die toets vir 'n oordrag soos toegepas deur die Europese Geregshof is of die koper 'n bestaande onderneming, wat in staat is om voort te gaan met sy aktiwiteite of soortgelyke aktiwiteite, oorneem.³⁴ Faktore wat in ag geneem kan word, is onder andere:

- Die aard van die onderneming;
- Of roerende en onroerende goedere oorgedra word;
- Die waarde van die bates ten tyde van die oordrag;
- Of die meerderheid van die werknemers oorgedra word of nie;
- Of kliente oorgedra word;
- Die mate waartoe die aktiwiteite voor die oordrag ooreenstem met die aktiwiteite daarna;
- Vir watter tydperk (indien enige) die aktiwiteite opgeskort is.³⁵

32 Background Note: European Community (EC) <http://dosfan.lib.uic.edu/ERC/bgnotes/fgos/ec9301.html> 6 Des.

33 Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 2 December 1999. *Allen and Others v Amalgamated Construction Co Ltd* http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=698J0234 8 Des.

34 Memorandum on acquired rights of workers in case of transfers of undertakings: Guidelines on the application of Council Directive 77/187/EEC of 14 February 1977 based on the Case Law of the Court of Justice of the European Communities <http://www.itcilo.it/english/actrav/telearn/global/ilo/seura/eutrans.htm> 8 Sep.

35 Memorandum <http://www.itcilo.it/english/actrav/telearn/global/ilo/seura/eutrans.htm> 8 Sep.

Ten spyte van die definisies sowel as die faktore wat in ag geneem kan word is daar nie sekerheid in die Europese Gemeenskap of die uitkontraktering van dienste binne die trefwydte van die Aanwysing val nie. La Pergola, die advokaat-generaal se opinie is dat 'n werkgewer se besluit om sy fasiliteite na 'n ander liggaam oor te dra, in kompeterende omstandighede³⁶ geneem word, en dat daar met hierdie aspek rekening gehou moet word:

I fail to see how there can be any justification for the transferee of the service being required to keep on such staff of the organisation as provided services of that kind in the past, if it has been excluded or, in any event, whose tender, submitted on that occasion, has been unsuccessful.³⁷

Daar word normaalweg van die uitkontraktering van dienste gepraat – daar moet egter in die eerste plek onderskei tussen die uitkontraktering van dienste alleen, en die uitkontraktering van dienste wat gepaardgaan met die oordrag van bates. In die tweede plek moet daar onderskei word tussen primêre en sekondêre uitkontraktering, waar eersgenoemde geval ontstaan wanneer die kliënt (ou werkgewer) die diens vir die eerste keer uitkontraakteer, en laasgenoemde geval voorkom wanneer die kliënt (ou werkgewer) die kontrak aan 'n tweede of daaropvolgende kontrakteur(s) toeken.

Dat primêre uitkontraktering van 'n diens alleen deur die Europese Geregshof as 'n oordrag beskou word is geïllustreer in die geval van

36 Sien ook Driver 2000 *ILJ* 15. "As painful as it may be, I question whether the borderless global economy with its relentless destruction of trade barriers, to which South Africa has committed itself, allows for high overhead costs as a result of overstaffing. Is it not true that the dictates of the modern global economy are that those who can produce goods cheapest, having access to the markets of others, will make it impossible for more expensive enterprises to compete and drive those more expensive enterprises out of that business? In order to survive in that kind of economy, a business must be allowed to run as cost effectively as possible, and if that means shedding jobs, then it would seem that the modern economy dictates that the unemployed should find employment for themselves in other sectors..."

37 In Cavalier 2002 <http://www.industriallawsociety.org.uk/papers/cavalier.htm> 13 Okt.

Christel Schmidt,³⁸ wat aanvanklik die skoonmaakdienste van 'n Duitse Bank behartig het. By die uitkontraktering van die skoonmaakdienste is me Schmidt 'n groter salaris aangebied, maar sy het geweier om die kontrakteur se ander diensvoorwaardes te aanvaar. Sy is toe ontslaan. Die Europese Geregshof het beslis dat die Aanwysing toepassing vind, selfs al was daar nie 'n oordrag van bates nie. In die lig van hierdie beslissing kan daar aanvaar word dat primêre uitkontraktering wat met die oordrag van bates gepaardgaan, eweneens 'n oordrag vir doeleindes van die Aanwysing sal wees.

Wat sekondêre uitkontraktering betref, het die Europese Geregshof aangedui dat die afwesigheid van die oordrag van bates 'n aanduiding kan wees dat die Aanwysing nie van toepassing is nie. Hierdie stelling kan geïllustreer word aan die hand van *Oy Liikenne AB v Liskojärvi and Juntunen*³⁹ waar 33 van die 45 busbestuurders in diens van die vorige kontrakteur, deur die nuwe kontrakteur in diens geneem is. Omdat die diensvoorwaardes van die nuwe kontrakteur minder gunstig was, het twee van die busbestuurders die saak verder gevoer en geargumenteer dat aangesien daar 'n oordrag van 'n onderneming was, hulle geregtig was op dieselfde terme en voorwaardes wat hulle voorheen gehad het. Die Europese Geregshof het bevind dat die Aanwysing nie toepassing vind nie, omdat die busbestuurders nie sonder die busse 'n diens kan lewer nie. Met ander woorde, in 'n bate-afhanklike sektor kan daar nie gesê word dat 'n ekonomiese entiteit sy identiteit behou as daar nie 'n oordrag van 'n aansienlike deel van die bates ook was nie, selfs waar die nuwe werkgewer die grootste deel van die werknemers van die ou werkgewer oorgeneem het.

Hierdie beslissing is in ooreenstemming met die beslissing van die Europese Geregshof *In Süzen v Zehnacker Gebäudereinigung GmbH*

38 *Schmidt v Spar-und-Leihkasse der fruheren Amter Bordesholm Kiel und Cronshagen* [1994] IRLR 302 (ECJ) in Bosch 2001 ILJ 845.

39 [2001] IRLR 171 in McMullen <http://www.cigroup.org.uk/gfx/TUPEarticle.pdf> 11 Okt.

Krankenhausservice [1997] ECR C13/95⁴⁰ waar daar ook beslis is dat waar die kontrak vir lewering van dienste toegeken is aan 'n nuwe kontrakteur in die plek van die vorige kontrakteur (sekondêre uitkontraktering) sonder 'n oordrag van roerende of onroerende goedere, of 'n groot deel van die werksmag, die Aanwysing nie toepassing vind nie. Die probleem met die *Süzen*-saak is dat dit lei tot 'n sirkelredenasië. By die uitkontraktering van werksintensiewe dienste, soos in die geval van skoonmaakdienste waar geen bates oorgedra word nie sal die vraag of 'n oordrag plaasgevind het, daarvan afhang of 'n groot deel van die werksmag oorgeneem word. Die Arbeidsappèltribunaal het opgemerk dat:

... if the taking on or not of the workforce controls the application or otherwise of the Regulations, then the question at issue is circular. The issue as to whether employees should have been taken on cannot be determined by asking whether they were taken on.⁴¹

Sodra dit 'n voldonge feit is dat 'n oordrag binne die trefwydte van die Aanwysing val, is die Europese howe bereid om agteroor te buig om die werknemer te beskerm. Hoe ver die beskerming van die werknemer gevoer word, word geïllustreer aan die hand van die opmerking van die hof in *Daddy's Dance Hall*,⁴² naamlik dat 'n werknemer nie afstand kan doen van sy regte in terme van die Aanwysing nie. Sy regte kan ook nie beperk word nie, nie met sy toestemming nie en selfs ook nie in 'n geval waar hy in die geheel gesien nie slegter daaraan toe is nadat enige nadele as gevolg van sy afstanddoening opgeweeg word teen ander voordele nie.

40 Bespreek in die twee-en-twintigste verslag van die Select Committee on European Communities www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199798/ldselect/ldselect/098/ec2204.htm 11 Okt; asook in Ramage <http://www.lawoffice.demon.co.uk/art%20St-Helens-1.htm> 8 Sep.

41 Cavalier 2002 <http://www.industriallawsociety.org.uk/papers/cavalier.htm> 13 Okt. "Should it be right that my right to transfer as an employee depends on whether I do transfer" - McMullen <http://www.cigroup.org.uk/gfx/TUPEarticle.pdf> 11 Okt.

42 *Foreningen AF Arbejdsledere I Danmark v Daddy's Dance Hall A/S* (1988) ECR 739, [1988] IRLR 315) bespreek in Ramage <http://www.lawoffice.demon.co.uk/art%20St-Helens-1.htm> 8 Sep.

Artikel 3 van die *Transfer of Undertakings (Protection of Employment)*, 1981, (hierna TUPE-regulasies) wat in die Verenigde Koninkryk gepromulgeer is om effek te gee aan Aanwysing 77/187 bepaal soos volg:

(1) Subject to the provisions of these Regulations, these Regulations apply to a transfer from one person to another of an undertaking situated immediately before the transfer in the United Kingdom or part of one which is so situated.

(2) Subject as aforesaid, these Regulations so apply whether the transfer is effected by sale or by some other disposition or by operation of law.

(3)

(4) It is hereby declared that a transfer of an undertaking or part of one

(a) may be effected by a series of two or more transactions; and

(b) may take place whether or not any property is transferred to the transferee by the transferor.

In teenstelling met die Aanwysing, maak die TUPE-regulasies spesifiek voorsiening vir primêre en sekondêre uitkontraktering deur te bepaal dat 'n oordrag ter sprake kan wees waar daar 'n reeks van twee of meer transaksies is, en selfs in 'n geval waar daar geen bates oorgedra word nie. Die uitkontraktering van dienste alleen, wat myns insiens nie 'n oordrag vir doeleindes van artikel 197 kan wees nie, word hier spesifiek binne die trefwydte van die TUPE-regulasies gebring.

Ten spyte van hierdie (myns insiens duidelike) bepalings, word die standpunt gehuldig dat die *Sûzen*-beslissing in plaas van duidelikheid, groter onsekerheid gebring het. Die rede waarom die *Sûzen*-beslissing in ag geneem moet word, is vanweë die feit dat die Aanwysing die harmonisering van die reg ("laws") ten doel het. In hierdie verband moet die reg van die Verenigde Koninkryk geïnterpreteer word teen die agtergrond van Europese howe asook die howe van ander Europese Gemeenskapslande.

Die benadering van die Europese Geregshof en die howe van die Verenigde Koninkryk was met verwysing na uitkontraktering reeds

uiteenlopend – die *Sūzen*-beslissing het verdere verwydering gebring. Die TUPE-regulasies kon in die lig van hierdie uitspraak só geïnterpreteer word dat in gevalle waar bates nie oorgedra word nie, die oordrag aldan nie van die werknemers die bepalende faktor kon wees om 'n oordrag binne die trefwydte van die TUPE-regulasies te bring. In 'n poging om die situasie te red is daar voorgestel dat die sogenaamde motiefoets gebruik word. Indien 'n kontrakteur die arbeidsmag nie wil oorneem nie juis om die bepalings van die TUPE-regulasies te vermy, sal dit steeds toepassing vind. Andrews & Bailey⁴³ is egter met reg skepties oor die motiefoets – dit is bloot nie altyd prakties uitvoerbaar om die motief vas te stel nie.

Dit lyk asof die Engelse howe toenemend van mening is dat daar wel 'n TUPE-oordrag kan wees in gevalle waar daar 'n verandering van kontrakteur is, selfs al was daar nie 'n oordrag van bates nie, en selfs al is die werknemers nie deur die nuwe werkgever oorgeneem nie. In die lig van artikel 3(4)(a) en (b) van die TUPE-regulasies is ek van mening dat hierdie uitgangspunt die korrekte een is. Die probleem bly egter steeds die harmonieuse toepassing van die TUPE-regulasies in die lig van die Europese howe se toepassing van die Aanwysing.

Met betrekking tot die onsekerheid rondom die toepassing aldan nie van die Aanwysing, het Rubenstein⁴⁴ opgemerk:

When does a transfer amount to a TUPE transfer? It has been many years since this was a question of looking at the facts, looking at the Regulations and applying the statute to the facts. Whether or not TUPE applies is now almost entirely a question of case law. That is by no means a unique situation in the world of employment law. But what I think is unique in the case of TUPE is that the answer depends on which case law you are applying. This is especially so in respect of the contracting-out of services

43 TUPE and outsourcing: a legal perspective www.noa.co.uk/newssfagagb.htm+Directive+outsourcing+transfer&hl=en&lr=lang_en&ie=UTF-8 8 Sep.

44 Rubenstein 2002 <http://www.industriallawsociety.org.uk/papers/rubenstein.htm> 13 Okt.

Die Select Committee on European Communities⁴⁵ het in hulle twee-entwintigste verslag aangedui dat die toepassingsgebied van die Aanwysing steeds die belangrikste probleem is wat opgelos moet word. Twee voorstelle is gemaak – die eerste was daarop gemik om die oordrag van slegs 'n aktiwiteit van 'n onderneming, veral as daar nie roerende of onroerende bates oorgedra word nie, van die toepassingsgebied van die Aanwysing uit te sluit. Aangesien hierdie voorstel soveel negatiewe kritiek ontlok het, is dit teruggetrek. Kennis is geneem van professore Davies en Hepple van die Employment Law Association (Verenigde Koninkryk) se beswaar dat daar geen poging aangewend word om die "transfer of an undertaking" te definieer nie. Hulle het die 1996 voorstel van die Komitee, naamlik dat die Aanwysing 'n "non-exhaustive list"⁴⁶ of matters to be considered in determining the applicability " verskaf, ondersteun. ⁴⁷

In die lig van die onsekerheid in die internasionale reg, sowel as die stilswye van artikel 197 met verwysing na uitkontraktering, lyk dit asof daar, soos in die geval van die vraag na die outomatiese oordrag van dienkontrakte of nie, weer eens na die doel van die *Wet op Arbeidsverhoudinge* gekyk moet word.⁴⁸ Omdat artikel 197 'n "worker protection provision" is, kan daar geargumenteer word dat selfs in die gevalle van sekondêre uitkontraktering, werknemers die beskerming van artikel 197 behoort te geniet. Wat primêre uitkontraktering betref, is daar by Bosch weinig twyfel dat dit binne die trefwydte van artikel 197 val. Die probleem met hierdie standpunt is dat dit nie voorsiening maak vir

45 <http://www.parliament.the-stationeryoffice.co.uk/pa/ld199798/ldselect/ldeucom/098/ec2204.htm> 11 Okt.

46 "There should be no presumption that the Directive either does or does not apply if any one or more of those particular factors is present or absent. The Directive should also say that no matter is decisive."

47 Die Britse regering het op 14 Februarie 2003 aangekondig dat 'n verdere rondte openbare konsultasies oor verskeie aspekte van die voorgestelde TUPE wysigings gedurende die eerste helfte van 2003 in die vorm van "draft revised Regulations" sou plaasvind. Dit sal egter nou eers teen die einde van die jaar plaasvind, met die gevolg dat die gewysigde teks nie voor dan beskikbaar sal wees nie.

48 Bosch 2001 *ILJ* 844-845.

die onderskeid tussen die uitkontraktering van dienste alleen, en dienste wat met die oordrag van bates gepaardgaan nie.

Regter Mlambo⁴⁹ wat 'n ander standpunt huldig, verduidelik die verskil tussen uitkontraktering en die oordrag van 'n lopende saak soos volg:

... the sale of a business, legal transfer thereof to another employer or merger is markedly different to outsourcing. Outsourcing involves the putting out to tender of certain services for a fee. The contractor performs the outsourced services and in return is paid a fee for its troubles by the employer. Where outsourcing occurs the employer pays the contractor a fee to render the services outsourced as opposed to paying salaries or wages to a group of employees to render the outsourced service. An outsourcing transaction is usually for a fixed period of time at the end of which it again goes to tender and the existing contractor could lose the contract to another contractor.

Ander verskille tussen uitkontraktering en die oordrag van 'n lopende saak is volgens die regter die feit dat by uitkontraktering die kliënt steeds 'n mate van kontrole oor die standaard van die diens wat gelewer word, het. Verder is daar nie dieselfde mate van permanensie in die geval van uitkontraktering as wat daar by die oordrag van 'n lopende saak is nie. In die lig hiervan kom die regter tot die slotsom dat uitkontraktering nie 'n lopende saak vir doeleindes van artikel 197 is nie. Probleme wat die regter voorsien, is dat in die geval van tweede generasiekontrakte (of sekondêre uitkontraktering) die onsuksesvolle kontrakteur nie die suksesvolle kontrakteur kan verplig om die werknemers oor te neem nie. Net so kan die uitkontrakterende party ook nie die suksesvolle kontrakteur verplig om die werknemers van die onsuksesvolle

49 *NEHAWU & Others v University of Cape Town & Others* [2000] 7 BLLR 803 (LC)
"In my view the sale of a business, legal transfer thereof to another employer or merger is markedly different to outsourcing. Outsourcing involves the putting out to tender of certain services for a fee. The contractor performs the outsourced services and in return is paid a fee for its troubles by the employer. Where outsourcing occurs the employer pays the contractor a fee to render the services outsourced as opposed to paying salaries or wages to a group of employees to render the outsourced service. An outsourcing transaction is usually for a fixed period of time at the end of which it again goes to tender and the existing contractor could lose the contract to another contractor."

kontraakteur oor te neem nie. Bosch meen dat die antwoord eenvoudig is – nie die uitkontraakterende party of die onsuksesvolle kontraakteur het nodig om die werknemers op die suksesvolle kontraakteur af te dwing nie: die regswerking van artikel 197 sal daarvoor verantwoordelik wees.

Vir Bosch is dit egter nie hierdie faktore wat bepalend is by die besluit of 'n oordrag binne die trefwydte van artikel 197 val nie. Wat van belang is, is artikel 23(1) van die *Grondwet* wat voorsiening maak vir die reg op billike arbeidspraktyke – in die lig hiervan behoort alle werknemers wat deur die oordrag van 'n besigheid geraak word, beskerm te word waar artikel 197 ruimte laat vir so 'n interpretasie.⁵⁰ Ek is van mening dat dit belangrik is om die kwalifikasie te beklemtoon: “indien artikel 197 ruimte laat vir so 'n interpretasie.” Artikel 197 ontnem sekere werknemers die beskerming van die artikel deur die beskerming te beperk tot daardie groep werknemers waarvan die werkgewer se besigheid as 'n lopende saak oorgedra word.

4.2 *Werknemer se reg om te weier om oor te gaan*

Die ou artikel 197 het die gemeenregtelike posisie, naamlik dat 'n dienskontrak nie van die ou na die nuwe werkgewer oorgedra kon word sonder die werknemer se toestemming nie, bevestig. Die subartikels het egter 'n uitsondering gemaak in die geval van die oordrag van 'n lopende saak, en so die ou werkgewer in die posisie geplaas om die dienskontrakte na die nuwe werkgewer oor te dra sonder die toestemming van die werknemers. Die vraag is egter wat die gevolge vir die werknemer sou wees wat nie wou toestem tot die oordrag van sy dienskontrak nie.

50 Met verwysing na die uitspraak in *Hugo v Shandelier Hotel Group CC (in liquidation) & others* (2000) 21 ILJ 1884 CCMA.

In *Young v Lifegrow Assurance*⁵¹ is die vraag oorweeg of die onwillige werknemer geregtig sou wees op enige voordele as gevolg van die personeelvermindering. Die feit dat daar 'n nuwe aanbod aan die werknemer gemaak is (sy diensvoorwaardes sou dieselfde bly) is gesien as redelik, met die gevolg dat daar bevind is dat die werknemer nie geregtig was op enige personeelverminderingsvoordele nie.

Die Europese Geregshof het met betrekking tot hierdie aangeleentheid in *Katsikas v Konstantinides*⁵² bevind dat 'n werknemer geregtig is om beswaar te maak teen die oordrag van sy/haar dienskontrak. In *University of Oxford v Humphreys and Associated Examining Board*⁵³ het die hof bevind dat 'n werknemer die reg verbeur om vir sy onbillike ontslag (vanweë personeelvermindering) te eis indien die rede vir sy weiering bloot die feit is dat hy/sy nie vir die nuwe werkgewer wil werk nie. Indien die nadelige verandering van diensvoorwaardes die rede vir die weiering is, kan die uitoefening van die reg om te weier om oor te gaan as konstruktiewe ontslag beskou word. In *Temco Service Industries SA v Imzilyen*⁵⁴ het die Europese Geregshof onder andere beslis dat artikel 3(1)⁵⁵ van die Aanwysing nie beteken dat die diensverhouding tussen die werknemer en die ou werkgewer nie kan voortgaan indien die werknemer beswaar maak dat sy dienskontrak oorgedra word nie.

Die posisie in die Verenigde Koninkryk word duideliker gereël in artikel 5 van die TUPE-regulasies:

51 (1987) 8 ILJ (IC).

52 [1993] IRLR 179 (ECJ) in Smit <http://www.Kas.org.za/Publications/Seminar/Reports/Constitution%20and%20Law%20ii/SMIT.pdf> 25 Sep.

53 [2000] IRLR 183 (Court of Appeal) in Tether 2000 <http://www.industriallawsociety.org.uk/papers/tether.htm> en ook in Thompsons Labour and European Law Review <http://www.thompsons.law.co.uk/text/10630004.htm> 13 Okt.

54 Judgment of the Court (Sixth Chamber) 24 January 2002 <http://www.asi.is/upload/files/C%2051%20-%2000%20Temco.pdf> 13 Okt.

55 "The transferor's rights and obligations arising from a contract of employment or from an employment relationship existing on the date of a transfer shall, by reason of such transfer, be transferred to the transferee. Member States may provide that, after the date of transfer, the transferor and the transferee shall be jointly and severally liable in respect of obligations which arose before the date of transfer from a contract of employment or an employment relationship existing on the date of the transfer."

(4a) Paragraphs (1) and (2) above shall not operate to transfer his contract of employment and the rights, powers, duties and liabilities under or in connection with it if the employee informs the transferor or the transferee that he objects to becoming employed by the transferee.

(4b) Where an employee so objects the transfer of the undertaking or part in which he is employed shall operate so as to terminate his contract of employment with the transferor but he shall not be treated, for any purpose, as having been dismissed by the transferor.

'n Werknemer wat dus kies om nie sy diens onder die nuwe werkgever voort te sit nie, se kontrak word vanweë regsverwerking deur die oordrag beëindig, maar sonder dat die beëindiging as 'n ontslag gesien word. 'n Werknemer kan egter steeds weier om onder die nuwe werkgever te werk indien die diensvoorwaardes na die oordrag minder gunstig is.⁵⁶

Bosch⁵⁷ doen aan die hand dat die ou artikel 197 op sekere transaksies van toepassing was, ongeag of die partye dit so wou hê of nie. Gevolglik kon werknemers nie die toepassing van die artikel frustreer deur te weier om oor te gaan nie, veral aangesien die artikel uitdruklik bepaal het dat hulle toestemming nie nodig is nie. Indien die werknemers nie vir die nuwe werkgever wou werk nie, het hulle nie 'n ander keuse gehad as om te bedank en hulle skeidingspakket te verbeur nie.

Wat die gewysigde artikel 197 betref, kan die dienskontrakte van die werknemers sonder hulle toestemming na die nuwe werkgever oorgedra kan word. Die invoeging van die woorde "unless otherwise agreed" bied die ou werkgever nou die geleentheid om die werknemers die keuse te bied om oor te gaan of nie. Daar word aan die hand

56 Hierdie is in ooreenstemming met die TUPE-regulasies wat die volgende reël: "(5) [Paragraphs (1) and (4a) above are] without prejudice to any right of an employee arising apart from these Regulations to terminate his contract of employment without notice if a substantial change is made in his working conditions to his detriment; but no such right shall arise by reason only that, under that paragraph, the identity of his employer changes unless the employee shows that, in all the circumstances, the change is a significant change and is to his detriment."

57 2001 *ILJ* 853-855.

gedoen dat werknemers wat kies om nie oor te gaan nie, steeds in die diens van die ou werkgever bly, wat daardie werknemers dan op grond van sy bedryfsvereistes kan ontslaan – met betaling natuurlik van 'n skeidingspakket. Die alternatief tot hierdie voorstel is dat die werknemer wat kies om nie oor te gaan nie, moet bedank. Dit lyk ooglopend onbillik dat 'n werknemer wat die wetlik toegelate keuse uitoefen om nie oor te gaan nie, gepenaliseer word deur te moet bedank en so sy skeidingspakket verbeur.

5 Gevolgtrekking en aanbevelings

In teenstelling met die onduidelike voorgewysigde artikel 197, wat só geïnterpreteer kon word dat die oordrag van dienskontrakte opsioneel is, laat die gewysigde artikel 197 geen twyfel nie dat dienskontrakte in die geval van die oordrag van 'n lopende saak, outomaties oorgedra word.

Wat die werknemers se posisie in gevalle van uitkontraktering is, is egter nog onseker. Hulle bevind hulle normaalweg in 'n onbenydenswaardige posisie – hulle poste is oorbodig vanweë die feit dat hulle werkgever die diens wat hulle lewer, uitkontraakteer. Die werk bestaan steeds, maar hulle toekoms is in die hande van die kontrakteur wat kan besluit of hy/sy hulle in diens wil neem of nie, en wat die diensvoorwaardes is. Die vraag is of artikel 197 so wyd geïnterpreteer moet word dat werknemers in uitkontrakteringsgevalle dieselfde beskerming moet geniet as die werknemers van 'n besigheid wat as 'n lopende saak oorgedra word. Ten einde aanbevelings in hierdie verband te kan maak, is daar na die hantering van die probleem in Europa en die Verenigde Koninkryk gekyk.

Die Europese benadering is dat twee belangrike faktore in ag geneem moet word: die oordrag van werknemers, en die oordrag van bates. In gevalle waar dienste uitkontraakteer word, is die werknemers die deurslaggewende faktor – indien hulle nie oorgedra word nie, sal die

Aanwysing nie toepassing vind nie. Dit was ook die houding van die Arbeidsappèlhof in NEHAWU, 'n standpunt wat tereg gekritiseer is. In die geval van bate-afhanklike ondernemings sal die feit dat bates nie oorgedra word nie, die onderneming buite die trefwydte van die toepaslike bepalings plaas, omdat dit dan nie 'n lopende saak is nie.

Die Britse benadering verskil van die Europese benadering deurdat die TUPE-regulasies voorsiening maak vir die beskerming van werknemers waar daar twee of meer opeenvolgende transaksies is, en ook in gevalle waar daar geen bates oorgedra word nie. In die lig van die beslissings van die Europese Geregshof is die probleem in die geval van die uitkontraktering van dienste egter steeds onopgelos, met die gevolg dat daar van die howe verwag word om vas te stel wat die motief vir die weiering om werknemers oor te neem, is.

Soos aangetoon is daar diegene wat argumenteer dat die belangrikste en deurslaggewende faktor vir die toepassing of nie van artikel 197, die grondwetlike reg op billike arbeidspraktyke is. In hierdie verband sal die Britse benadering om werknemers ook in gevalle van uitkontraktering te beskerm, navolgenswaardig wees. Daar is egter 'n groeiende weerstand teen hierdie siening omdat dit uitkontraktering beperk – nie net vanweë die hoë koste daaraan verbonde nie, maar ook omdat die kwaliteit van dienslewering in die slag bly waar 'n nuwe werkgewer noodgedwonge opgesaai sit met 'n groep werknemers wat waarskynlik juis die rede was waarom die ou werkgewer die diens in die eerste plek uitgekonnekteer het. 'n Verdere implikasie is dat kontrakteurs ook ontmoedig word om in personeelopleiding te belê, omdat elke nuwe kontrak die moontlikheid inhou dat van die nuwe werkgewer se werknemers op grond van sy bedryfsvereistes (saam met van die ou werkgewer se werknemers) ontslaan sal moet word. Die Europese benadering daarenteen is om ekonomiese en praktyksredes meer aanvaarbaar, alhoewel die beredenering, naamlik dat 'n ooreenkoms tussen die werkgewers om die werknemers nie oor te neem nie die toepassing van die Aanwysing kan uitsluit, tereg gekritiseer word.

In die afwesigheid van duidelike riglyne word voorgestel dat die probleem soos volg aangespreek word: omdat artikel 197 die beskerming van werknemers in die geval van die oordrag van lopende sake tot ten doel het, moet daar eerstens vasgestel word of uitkontraktering die oordrag van 'n lopende saak is. In hierdie verband moet daar onderskei word tussen die uitkontraktering van dienste alleen, en die uitkontraktering van dienste wat met die oordrag van bates gepaardgaan, of van bates afhanklik is. In laasgenoemde geval behoort die feit dat bates nie oorgedra word nie, 'n aanduiding te wees dat dit nie 'n lopende saak is wat oorgedra word nie, omdat dit nie voldoen aan die definisie van 'n lopende saak nie. Sodra dit vasstaan dat die spesifieke "uitkontrakteringstransaksie" nie die oordrag van 'n lopende saak is nie, is artikel 23(1) van die *Grondwet*, die doel van die *Wet Arbeidsverhoudinge* en die doel van artikel 197 irrelevant.

Wat die uitkontraktering van dienste alleen betref, word daar aan die hand gedoen dat daar doorgewoon geen oordrag plaasvind nie – nie van 'n lopende of enige ander saak nie. Die uitkontrakterende party bied aan kontrakteurs slegs die geleentheid om 'n bepaalde diens te lewer – dat die lewering van 'n diens alleen as 'n oordrag kan kwalifiseer, is moeilik te begrype. Net soos wat werkgewers nie die werking van artikel 197 kan vermy deur ooreen te kom dat die werknemers nie oorgedra word nie, sal die ooreenkoms om wel sommige of alle werknemers oor te neem, nie beteken dat die transaksie daarom 'n oordrag vir doeleindes van artikel 197 is nie.

Dat bogenoemde onderskeid ruimte laat vir vindingryke "skemas" om die bepalings van artikel 197 vry te spring, is nie te betwyfel nie. Niks verhoed egter die howe om die "sluier te lig" om die ware aard van die onderneming vas te stel nie.

Bibliografie

Blackie en Horwitz "Transfer of Contracts of Employment as a Result of Mergers and Acquisitions: a Study of section 197 of the Labour Relations Act 66 of 1995" 1999 *ILJ* 1387-1409

Bosch "Transfers of Contracts of Employment in the Outsourcing Context" 2001 *ILJ* 840 -855

Driver G "Commercial Perspective on Section 197 of the Labour Relations Act" 2000 *ILJ* 9-15

Grogan J "Going Concerns: Unilateral transfers of Service Contracts" Jun 1999 *Employment Law* (LexisNexis Butterworths Electronic Library)

Grogan J "Going Concerns: When is transfer automatic?" Feb 2003 *Employment Law* (LexisNexis Butterworths Electronic Library)

Grogan J "The New Law on Retrenchment – Practical Effects of the Amendments to sections 189 and 197" Jun 2002 *Employment Law* (LexisNexis Butterworths Electronic Library)

Grogan J *Workplace Law 7e* uitg (Juta Lansdowne 2003)

Labour Relations Amendment Bill, 2000 - Explanatory Memorandum

Hofsake

Foodgro (a division of Leisurenet Ltd) v Keil [1999] 9 BLLR 875 (LAC)

Hugo v Shandelier Hotel Group CC (in liquidation) & others (2000) 21 ILJ 1884 CCMA

National Education, Health & Allied Workers Union v University of Cape Town & Others (2003) 24 ILJ 95 (CC)

NEHAWU & Others v University of Cape Town & Others [2000] 7 BLLR 803 (LC)

NEHAWU & Others v University of Cape Town & Others [2002] 4 BLLR 311(LAC)

NUMSA & Another v Success Panelbeaters & Service Centre CC t/a Score Panelbeaters & Service Centre

Schutte & Others v Poweplus Performance (Pty) Ltd & Another [1999] 2 BLLR 169 (LC)

Internet

Andrews G en Bailey G TUPE and Outsourcing: a Legal Perspective
www.noa.co.uk/newssfagagb.htm 8 Sep 2003

Background Note: European Community (EC)
<http://dosfan.lib.uic.edu/ERC/bgnotes/igos/ec9301.html> 6 Des 2003

Ballantine B Limits on Outsourcing reduce European competitiveness
<http://www.cses.co.uk/CBIMAG7.html> 11 Okt 2003

Briefing notes: Labour law amendments August 2001
http://www.workinfo.com/free/Sub_for_legres/Data/1raamend.htm 7 Sep 2003

Cavalier S 2002 Selling Workers down the river? The Amended Acquired Rights Directive
<http://www.industriallawsociety.org.uk/papers/cavalier.htm> 13 Okt 2003

Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 2 December 1999. *Allen and Others v Amalgamated Construction Co Ltd*
<http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sgadoc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=698J0234> 8 Des 2003

Judgment of the Court (Sixth Chamber) 24 January 2002 *Temco Industries SA v Samir Imzilyen and Others* <http://www.asi.is/upload/files/C%2051%20-%2000%20Temco.pdf> 13 Okt 2003

McMullen J M Article for C & I Website: TUPE update for in-house lawyers <http://www.cigroup.org.uk/gfx/TUPEarticle.pdf> 11 Okt 2003

Memorandum on acquired rights of workers in case of transfers of undertakings: Guidelines on the application of Council Directive 77/187/EEC of 14 February 1977 based on the Case Law of the Court of Justice of the European Communities
<http://www.itcilo.it/english/actrav/telearn/global/ilo/seura/eutrans.htm> 8 Sep 2003

Ramage R 1996 Transfer of Undertakings and Variations of Employment Contracts <http://www.lawoffice.demon.co.uk/art%20St-Helens-1.htm> 8 Sep 2003

Rubenstein M 2002 Key Cases for 2002
<http://www.industriallawsociety.org.uk/papers/rubenstein.htm> 13 Okt 2003

Select Committee on European Communities www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199798/ldselect/ldeucom/098/ec2204.htm
11 Oct 2003

Smit N Does One Have a Right to Choose One's Own Employer/Employee in Light of the Labour Relations Act 55 of 1995 and the Constitution of 1996?

<http://www.Kas.org.za/Publications/SeminarReports/Constitution%20and%20Law%20ii/SMIT.pdf> 25 Sep 2003

Tether M 2000 TUPE: Same Questions, new answers?

<http://www.industriallawsociety.org.uk/papers/tether.htm> 13 Okt 2003

Thompson's Labour and European Law Review 2000 Recent Cases on the Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981: TUPE loopy <http://www.thompsons.law.co.uk/text/10630004.htm>
13 Okt 2003

Wette / Aanwysings

Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses

Council Directive 77/187/EEC of 14 February 1977 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses

Council Directive 98/50/EC of 29 June 1998 amending Directive 77/187/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses

Die Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996

Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981