

WYSIGING VAN ONTSLAGSANKSIES DEUR DIE KVBA

Skripsie ingedien ter gedeeltelike voldoening aan die vereistes vir die graad *Magister Legum* by
die Noordwes-Universiteit, Potchefstroomkampus

deur

A Vergeer
12988006

Studieleier: Adv. PH Myburgh
Potchefstroom
November 2008

Dankbetuigings

Die skripsie sou nie moontlik gewees het sonder al die liefde en ondersteuning wat ek die jaar ontvang het nie. Ek bedank graag Adv. Piet Myburgh vir sy toegewyde aandag en begeleiding wat hy gebied het gedurende die navorsing. So ook wil ek 'n spesiale dankie sê vir my man, Pieter Vergeer, vir sy geduld en liefde deur die jaar asook aan my familie en vriende vir hulle insigte en bydraes.

Anell Vergeer
November 2008

INHOUDSOPGAWE

1	INLEIDING	1
2	DIE STATUTÊRE VEREISTES WAARAAN 'N WERKGEWER MOET VOLDOEN TEN OPSIGTE VAN AFDANKING	2
2.1	REG OP BILLIKE ARBEIDSPRAKTYKE	2
2.2	GEMENEREG	4
2.3	'BILLIKHEID' AS RIGLYN	8
2.4	MAATSTAWWE TOEGEPAS DEUR DIE HOWE	12
3	BEVINDINGS EN AANBEVELINGS.....	27
4	BIBLIOGRAFIE.....	32
4.1	BRONNE	32
4.2	REGSPRAAK	34
4.3	WETGEWING.....	37
4.4	KODES	37
4.5	INTERNASIONALE KONFENSIES.....	37

Lys van afkortings

AAT	Arbeidsappèltribunaal
BCEA	Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997
Grondwet	Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996
IAO	Internasionale Arbeidsorganisasie
ILJ	Industrial Law Journal
KVBA	Kommissie vir Versoening, Bemiddeling en Arbitrasie
TSAR	Tydskrif van die Suid-Afrikaanse Reg
WAV	Arbeidsverhoudinge Wet 66 van 1995

1 Inleiding

Die *Wet op Arbeidsverhoudinge*¹ het ten doel om die grondwetlike reg van billike arbeidspraktyke 'n werklikheid te maak. In hierdie veld is daar 'n aantal tribunale gestig om die billikheid van aksies vas te stel.

Die Kommissie vir Versoening, Bemiddeling en Arbitrasie² is gestig na aanleiding van artikel 112 van die WAV. Die KVBA is 'n onafhanklike statutêre liggaam met regspersoonlikheid. Werknemers kan hulle na die KVBA wend indien hulle voel dat hulle blootgestel was aan 'n onbillike arbeidspraktyk of onbillik afgedank is.

In die geval van afdanking spesifiek kan die KVBA die algemene reg van die werkgever inperk om die gepaste sanksie vir 'n oortreding te bepaal. Om te bepaal wanneer hierdie reg van die werkgever ingeperk kan word, het die Engelse reg die beginsel van 'n "redelike werkgever" gebruik. Hierdie maatstaf het daarop berus dat 'n sanksie omgekeer kan word indien 'n "redelike werkgever" nie so 'n sanksie sou toegepas het nie.

Daar is egter in die onlangse uitspraak van *Sidumo v Rustenburg Platinum Mines*³ bevind dat die wysiging van sanksies 'n meer objektiewe maatstaf benodig, aangesien die "redelike werkgever"-maatstaf net afhang van die mening van die werkgever en die uitspraak die gevaar loop om arbitrêr te raak. Die hof het tydens die uitspraak 'n nuwe maatstaf ontwikkel waarvolgens die ontslag onafhanklik beskou moet word om die billikheid daarvan te bepaal. In *Sidumo* het die hof dus die maatstaf ontwikkel wat 'n "billike ontslag" sou daarstel teenoor die "redelike werkgever".

Die vraag ontstaan dus of een van hierdie maatstawwe terselfdertyd die werknemer kan beskerm sonder om oormatig met die werkgever se reg in te meng.

Om hierdie vraag te beantwoord sal daar eers gekyk word na die regte van die werknemer in terme van artikel 185 van die WAV en die impak wat die gemenereg steeds op die diensverhouding het. Die werkgever en werknemer se teenstrydige regte sal dan opgeweeg word met billikheid wat as

1 *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995 (hierna die WAV).

2 Hierna verwys as die KVBA.

3 *Sidumo v Rustenburg Platinum Mines* 2008 2 SA 24 (CC).

riglyn gebruik sal word. Die twee maatstawwe wat die howe in regspraak toepas, sal dan bestudeer word om te bepaal of die toekenning van die kommissaris albei se teenstellende regte beskerm. Op grond hiervan sal 'n afleiding gemaak kan word oor die effektiwiteit van die onderskeie maatstawwe. Aanbevelings sal gemaak word oor watter maatstaf in die Suid-Afrikaanse reg toegepas behoort te word.

2 Die statutêre vereistes waaraan 'n werkgewer moet voldoen ten opsigte van afdanking

2.1 Reg op billike arbeidspraktyke

Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika⁴ verleen aan elke persoon die reg op billike arbeidspraktyke.⁵ Onbillike arbeidspraktyke impliseer enige onbillike doen of late tussen 'n werkgewer en 'n werknemer.⁶ Dit sluit alle onbillike handelinge in, soos onbillike skorsing van werknemers, enige onbillike dissiplinêre aksies, weiering om 'n werknemer weer aan te stel, ensovoorts.

Hierdie definisie is egter van beperkte hulp, aangesien dit nie moontlik is om 'n omvattende begrip soos "onbillike arbeidspraktyk" akkuraat te definieer nie.⁷ Die begrip moet eerder binne die konteks van artikel 23 van die Grondwet geïnterpreteer word, aangesien die begrip slegs in bepaalde omstandighede van toepassing sal wees. Die begrip "onbillike arbeidspraktyk" sal eerstens van toepassing wees in aangeleenthede wat van gemeenskaplike belang vir die werkgewer en die werknemer is. Die billikheid van die arbeidspraktyk moet hierna deur middel van die doel en die oogmerk van die WAV vasgestel word.⁸ Die WAV het ten doel om ekonomiese ontwikkeling te verseker, sosiale geregtigheid te laat geskied, arbeidsvrede te handhaaf, die werkplek effektief te demokratiseer en uiting te gee aan artikel 23 van die Grondwet.⁹

4 Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 (hierna verwys as die Grondwet).

5 A 23(1) van die Grondwet.

6 A 186(2) van die WAV; *Chirwa v Transnet Ltd & others* 2008 29 ILJ 73 (CC).

7 *National Education Health and Allied Workers Union v University of Cape Town* 2003 3 SA 1 (CC); "The concept of fair labour practice is incapable of precise definition ... the concept of fair labour practice must be given content by the legislature and thereafter left to gather meaning, in the first instance, from the specialist tribunals."

8 A 1 van die WAV.

9 A 1 van die WAV; Currie en De Waal *Bill of Rights* 504.

Die WAV poog om die doelstelling te bereik deur 'n neutrale posisie tussen die werkgever en die werknemer te handhaaf sonder om een van die partye te bevoordeel ten koste van die ander.¹⁰ Daarom sal die interpretasie van die begrip "billike arbeidspraktyk" altyd gepaard gaan met die opweeg van die belange met inagneming van die openbare belang.

Ten einde die reg tot billike arbeidspraktyk te beskerm het die wetgewer die WAV geïmplementeer.¹¹ Die WAV bevat 'n aantal bepalings wat werknemers beskerm teen onbillike arbeidspraktyke. Van die bepalings sluit artikel 185 van die WAV in wat werknemers beskerm teen onbillike ontslag en verseker dat hulle nie aan onbillike arbeidspraktyke onderwerp word nie. Dit verseker dus dat 'n werknemer nie op 'n onbillike wyse ontslaan mag word nie.¹²

Hierdie reg word verder deur artikel 188 beskerm wat bepaal dat 'n werknemer slegs ontslaan mag word vir 'n geldige rede wat verband hou met sy gedrag, geskiktheid of bekwaamheid en die operasionele vereistes van die werkgever.¹³

In 'n poging om uiting te gee aan 'n werknemer se reg tot billike arbeidspraktyke maak die huidige WAV voorsiening vir 'n onafhanklike tribunaal wat geskille besleg en wat onder andere die billikheid van 'n ontslag of ander sanksies bepaal.¹⁴ Hierdie tribunaal staan bekend as die KVBA. Daar word van die kommissaris verwag om geskille billik en vinnig te beslis sonder om in onnodige regsformaliteite te verval, en daarna 'n gepaste toekenning te maak.¹⁵ Wanneer daar geskille aangaande ontslag bestaan, moet die kommissaris besluit of die werkgever 'n billike rede vir die ontslagsanksie gehad het en of 'n billike proses gevolg is.¹⁶

Dit is dus duidelik dat die wet die bewyslas op die werkgever plaas om te bewys dat die ontslag billik was. So ook vereis die *Kode vir goeie praktyk: Ontslag* dat, wanneer 'n persoon die billikheid van 'n sanksie van ontslag oorweeg, al die relevante faktore in ag geneem moet word, soos byvoorbeeld of die sanksie gepas is.¹⁷

10 Currie en De Waal *Bill of Rights* 504.

11 Grogan 2000 *Employment Law* 11.

12 Modise en Van Rooi *Business Day* 9.

13 Modise en Van Rooi *Business Day* 9.

14 Grogan 2007 *Employment Law* 3-4.

15 A 138(1) van die WAV.

16 Grogan 2007 *Employment Law* 3-4; A 188(1)(a)(i).

17 Modise en Van Rooi *Business Day* 9; Grogan 2007 *Employment Law* 4.

Daar bestaan egter slegs enkele gevalle waar 'n sanksie van ontslag billik kan wees. Die *Kode vir goeie praktyk: Ontslag*¹⁸ bepaal dat 'n sanksie van ontslag slegs in sekere gevalle gepas sal wees vir 'n eerste oortreding.¹⁹ Dus, om ontslaan te word vir 'n eerste oortreding, soos in die geval van Sidumo, moet die oortreding van so 'n ernstige graad wees dat dit die voortsetting van die diensverhouding onmoontlik maak.²⁰ 'n Voorbeeld van ernstige wangedrag sluit growwe oneerlikheid, opsetlike saakbeskadiging, fisiese aanranding en growwe minagting van die werkgewer in.

2.2 *Gemenereg*

Die beëindiging van 'n dienskontrak het beide kontraktuele en statutêre implikasies.²¹ Nie net moet daar ten tye van ontslag aan die toepaslike kontraktuele en gemeenregtelike vereistes voldoen word nie, maar ook aan die WAV en die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes*,²² wat vereis dat die ontslag billik moet wees,²³ die nodige kennis gegee moet word²⁴ en dat daar sekere betalings²⁵ aan die werknemer gemaak moet word.²⁶

In terme van die gemenereg mag 'n kontrak summier beëindig word indien 'n werknemer of 'n werkgewer 'n wesentlike bepaling van die dienskontrak verbreek het en die handeling op kontrakbreuk neerkom.²⁷ In so 'n geval sal die onskuldige party daarop geregtig wees om die ooreenkoms summier te beëindig sonder om die nodige kennis te gee asook om die skuldige party te dagvaar vir enige verlies wat hy gely het weens die kontrakbreuk.²⁸

In sake aangaande die ontslag van 'n werknemer weens wangedrag word dit as algemene praktyk aanvaar dat 'n werknemer summier ontslaan mag word. Indien die wangedrag ontslag regverdig,

18 Bylae 8 tot die WAV, 1995.

19 Modise en Van Rooi *Business Day* 9.

20 Modise en Van Rooi *Business Day* 9; Grogan 2007 *Employment Law* 4.

21 Du Toit et al. *Labour Relations* 542.

22 Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997; hierna verwys as die BCEA.

23 A 185 van die WAV.

24 A 37 van die BCEA.

25 A 40 en A 41 van die BCEA.

26 Du Toit et al. *Labour Relations* 542.

27 Grogan *Workplace Law* 81.

28 Grogan *Workplace Law* 81.

maar nie van 'n ernstige aard was nie, sal daar van die werkgever verwag word om ten minste die nodige kennis aan die werknemer te gee of die kennisgeld te betaal.²⁹

In *Ngongoma v Minister of Education & Culture*³⁰ het die hof verskeie gronde geïdentifiseer wat summiere ontslag regverdig. Ingevolge die gemenereg sal so 'n ontslag slegs geregverdig wees indien die hof oortuig is dat die werknemer een van die uitdruklike of geïmpliseerde terme of wesenlike verpligtinge van die dienskontrak verbreek het en dat so 'n verbreking ernstig was.

Wanneer die saak na arbitrasie verwys word, moet die kommissaris eerstens vasstel of die werknemer skuldig was aan die beweerde kontrakbreuk.³¹ Die bewyslas rus dan op die werkgever om te bewys dat daar 'n geldige grond vir die ontslag was. Dit is egter nie die plig van die kommissaris om te bepaal wat die gepaste sanksie vir die oortreding is nie, maar eerder om die billikheid daarvan te bepaal.

Wanneer dit kom by die bepaling van 'n gepaste sanksie vir 'n oortreding, lê die diskresie grootliks by die werkgever.³² In *Computicket v Marcus*³³ het die hof hierdie reg bevestig toe hulle soos volg opgemerk het:

It is at least arguably true that the employer is indeed entitled to determine the standard of conduct that it demands from its employees. An employer can, for instance, if it sees the necessity for doing so, prescribe a set of rules that might be more exacting and be visited by harsher consequences than might be applicable in another workplace.

Die aard van die werkplek bepaal dus tot 'n groot mate hoe streng die reëls toegepas word. 'n Werkgever sal byvoorbeeld strenger reëls neerlê ten opsigte van seksuele teistering in skole as in 'n gewone werksopset waar slegs volwassenes werksaam is.

29 Grogan *Workplace Law* 82.

30 *Ngongoma v Minister of Education & Culture & others* 1992 13 ILJ 329 (D); "Under the common law, an employee may be dismissed summarily only ... and if it is only misconduct of such a nature that it constitutes a breach of contract of employment so material that it goes to the root of the contract which amounts to such misconduct."

31 Grogan *Workplace Law* 82.

32 Grogan 2007 *Employment Law* 3-4, *Country Fair Foods (Pty) Ltd v CCMA & others* 1999 2 BLLR 1117 (LAC); *Engen Petroleum Ltd v CCMA & others* 2007 8 BLLR 707 (LAC).

33 *Computicket v Marcus NO & others* 1999 2 BLLR 131 (LC)

Hierdie diskresie moet egter billik uitgeoefen word. Tot onlangs was die hof se siening dat 'n hof nie ligtelik moet inmeng met 'n sanksie wat die werkgever opgelê het nie, tensy die sanksie onbillik was.³⁴ Dus, wanneer dit kom by die aanhoor van onbillike ontslag, moet die kommissaris op 'n onpartydige wyse vasstel of die werkgever bewys het dat hy die werknemer op grond van 'n billike rede ontslaan het.³⁵ Terselfdertyd moet kommissarisse ook poog om die ongelyke magsdeling tussen die werkgever en die werknemer te herstel soos die WAV dit vereis.³⁶ In ontslaggeskille speel die kommissaris bloot 'n toesighoudende rol ten opsigte van die billikheid van die sanksie.³⁷ Die kommissaris se sentrale en enigste werk is om te bepaal of die ontslag vir 'n billike rede opgelê is en of 'n billike prosedure gevolg is.

In *Nampak Corrugated Wadeville v Khoza*³⁸ het die hof bevestig dat die sanksie wat die werkgever opgelê het, voorkeur sal geniet bo 'n kommissaris se idee van wat billik sou wees in die betrokke geval:

A court should therefore, not lightly interfere with the sanction imposed by the employer unless the employer acted unfairly. The question is not whether the court would have imposed the sanction imposed by the employer, but whether in the circumstances of the case the sanction was reasonable.

In die meerderheidsuitspraak van *Sidumo & another v Rustenburg Platinum Mines*³⁹ het regter Navsa opgemerk dat kommissarisse moet aanvaar dat redelike werkgewers kan verskil ten opsigte van 'n billike sanksie vir 'n bepaalde oortreding. Indien die werkgever se sanksie binne die perke van billikheid val, moet die kommissaris nie die sanksie vervang met dié van sy eie nie.⁴⁰

Die Konstitusionele Hof het verder opgemerk dat, alhoewel die werkgever oor die keuse van 'n gepaste sanksie beskik, dit die rol van die kommissaris is om die billikheid daarvan te bepaal.⁴¹

Alhoewel kommissarisse oor die bevoegdheid beskik om die billikheid van 'n sanksie te bepaal, is dit belangrik dat die aangeleentheid met omsigtigheid benader word.

34 Grogan 2007 *Employment Law* 3-4; *Engen Petroleum Ltd v CCMA & others* 2007 8 BLLR 707 (LAC).

35 A 188(1)(a)(i) van die WAV; Grogan 2007 *Workplace Law* 4.

36 Grogan 2007 *Employment Law* 5.

37 Grogan *Dismissal, Discrimination* 280.

38 *Nampak Corrugated Wadeville v Khoza* 1999 2 BLLR 108 (LAC).

39 *Sidumo & another v Rustenburg Platinum Mines Ltd & others* 2008 2 SA 24 (CC).

40 Grogan 2007 *Workplace Law* 5.

41 Modise en Van Rooi *Business Day* 9.

Given the finality of the awards and the limited power of the Labour Court to interfere with the awards, commissioners must approach their functions with caution. They must bear in mind that their awards are final – there is no appeal against their awards. In particular, commissioners must exercise greater caution when they consider the fairness of the sanction imposed by the employer. They should not interfere with the sanction merely because they do not like it. There must be a measure of deference to the sanction imposed by the employer subject to the requirement that the sanction imposed by the employer must be fair. The rationale for this is that it is primarily the function of the employer to decide upon the proper sanction.⁴²

Dit is duidelik dat kommissarisse nie sonder rede moet inmeng met die *bona fide* besluit van die werkgewer om 'n werknemer te ontslaan nie. Daar bestaan egter uitsonderings op die reël waar dit noodsaaklik sal wees dat 'n kommissaris van die KVBA inmeng met 'n besluit wat deur die werkgewer geneem is. In *Country Fair Foods v CCMA*⁴³ het die Arbeidsappèlhof bevind dat die inmenging van 'n kommissaris regverdigbaar sal wees indien die besluit om te ontslaan onredelik en onbillik was.

Die hof het verder opgemerk dat 'n kommissaris se besluit nie gebaseer moet wees op al die getuienis wat die werkgewer in ag geneem het nie, maar eerder op al die getuienis wat tydens die arbitrasieverrigtinge voor die kommissaris gebring is.⁴⁴ Die verrigtinge neem die vorm van 'n *de novo*-hofsak aan.⁴⁵ Tydens 'n *de novo*-hofsak sal dokumente nie as getuienis gebruik kan word om die ontslag te regverdig indien dit nie in die voor-ontslagondersoek gebruik is nie.⁴⁶

Daarteenoor was daar in *French and Computerware Corporation Southern Africa*⁴⁷ bevind dat die substantiewe billikheid van die ontslag met behulp van al die relevante getuienis bepaal moet word.⁴⁸ Dit beteken dat die kommissaris selfs ander getuienis kan aanhoor wat nie tydens die interne dissiplinêre prosedure gelewer is nie.⁴⁹ Die arbitrasieproses is dus 'n nuwe verhoor waar daar aan albei partye die geleentheid gebied word om hul getuienis aan te vul om hul saak te bewys.

42 *Rustenburg Platinum Mines (Rustenburg Section) v CCMA & others* 2006 11 BLLR 10 (SCA).

43 *Country Fair Foods (Pty) Ltd v CCMA & others* 1999 11 BLLR 1117 (LAC).

44 Grogan 2007 *Employment Law* 5.

45 Grogan 2007 *Employment Law* 5.

46 Myburgh 2007 *Law of Evidence* 31.

47 *French and Computerware Corporation Southern Africa* 2003 24 ILJ 2011 (CCMA).

48 Hierdie uitspraak is bevestig in *Williams and Volkswagen of SA (Pty) Ltd* 2002 23 ILJ 1500 (CCMA).

49 Myburgh 2007 *Law of Evidence* 32.

Die soort getuienis wat die hof tydens hierdie verrigtinge aanvaar, sluit alle materiaal in wat aan die KVBA beskikbaar gestel word in die vorm van dokumente, visuele en klankopnames, en mondelinge getuienis.⁵⁰

Werkgewers sal egter nie toegelaat word om ander getuienis te lewer om te bewys dat die werknemer oneerlik of bedrieglik opgetree het indien dit nie in die interne dissiplinêre prosedure geopper is nie.⁵¹ Die kommissaris moet dus fokus op die primêre kwessie wat ter sprake is.

2.3 'Billikheid' as riglyn

Die WAV beskerm werknemers teen substantiewe en prosedureel onbillike ontslagte deur artikel 185 wat bevestig dat almal die reg het om nie onbillik ontslaan te word nie, aangesien dit deel uitmaak van onregverdige arbeidspraktyke (artikel 23(1) van die Grondwet) en artikel 188 wat bepaal wanneer 'n ontslag onbillik sal wees. Dit is dus duidelik dat die beginsel van billikheid 'n sentrale rol speel in die wetgewing, maar die toepassing van die beginsel hang in 'n groot mate van die kommissaris af.

Alhoewel die wetgewer poog om die beïnvloeding van kommissarisse en regters se subjektiewe gevoelens tydens arbeidsgeskille te voorkom, kon dit nooit heeltemal bereik word nie.⁵² Dit is ook duidelik dat geen wetgewer 'n presiese maatstaf kon formuleer om te bepaal wanneer dit gepas sou wees om 'n werknemer wat homself skuldig gemaak het aan wangedrag, te ontslaan nie en of die werknemer 'n mindere sanksie opgelê moes word, of dalk geen sanksie toegepas moes wees nie.⁵³

Die KVBA is 'n instelling wat die billikheid van sanksies ondersoek wat die werkgewer oplê. Alhoewel dit nie 'n verlenging van die staat se mag is nie,⁵⁴ is dit 'n administratiewe orgaan wat oor bepaalde bevoegdhede beskik.⁵⁵ Die belangrikste bevoegdheid wat die KVBA uitoefen, behels die vel van 'n sogenaamde waardeoordeel waarop toekennings gebaseer word. Daar word dus in

50 Myburgh 2007 *Law of Evidence* 32.

51 *Mandaweni v JD Group t/a Bradlows* 1998 19 ILJ 1628 (LC).

52 Grogan 1999 *Employment Law* 3.

53 Grogan 1999 *Employment Law* 3.

54 Grogan 1999 *Employment Law* 15.

55 *Carephone (Pty) Ltd v Marcus NO & others* 1998 11 BLLR 1093 (LAC).

effek van 'n kommissaris verwag om die billikheid van ontslag te bepaal, onbillike behandeling in die werkplek te identifiseer en so aan. 'n Kommissaris mag egter nie 'n sanksie wysig wat deur die werkgewer opgelê is nie, tensy die sanksie onbillik was.⁵⁶ Om hierdie rede is dit noodsaaklik om die billikheid van 'n sanksie te bepaal ten einde te kan vasstel in watter mate 'n kommissaris van die KVBA kan inmeng met 'n sanksie wat die werkgewer tydens 'n interne dissiplinêre prosedure opgelê het.

Om hierdie doel te bereik is daar verskeie metodes ontwikkel waarvan 'n kommissaris van die KVBA gebruik kan maak om die billikheid van 'n sanksie te bepaal. Die eerste metode is die *Kode vir goeie praktyk: Ontslag*.⁵⁷ Die Kode het ten doel om "enige persoon" by te staan wat moet bepaal of 'n sanksie van ontslag billik is, al dan nie, met inagneming van die rede daarvoor. Die begrip "enige persoon" sluit alle werkgewers sowel as kommissarisse in wat in terme van die WAV of die Wet op Arbitrasie⁵⁸ aangestel is.⁵⁹

Wanneer 'n kommissaris die billikheid van 'n ontslag bepaal, moet hy die Kode in ag neem. In terme van hierdie Kode sal 'n ontslagsanksie nie vanpas wees vir 'n eerste oortreding nie, tensy die wangedrag van so 'n ernstige aard was dat dit die voortsetting van die diensooreenkoms onmoontlik gemaak het.⁶⁰

Daar sal ook van die kommissaris verwag word om al die relevante faktore in ag te neem voordat hy bepaal of die sanksie billik was of nie. Daar sal eerstens vasgestel moet word of die werknemer aan die oortreding skuldig is, waarna daar vasgestel sal word of die reël of standaard wat oortree is, billik was, of daar redelikerwys van die werknemer verwag kon word om van die reël te geweet het, en of die reël of standaard konstant toegepas is.⁶¹

In *Nampak Corrugated Wadeville v Khoza*⁶² het die hof bepaalde opmerkings gemaak toe die hof oorweeg het of die respondent weens growwe nalatigheid ontslaan moes word. Die feite het soos

56 *Nampak Corrugated Wadeville v Khoza* 1999 2 BLLR 108 (LAC).

57 Skedule 8 van die WAV.

58 Wet op Arbitrasie, Wet Nr. 42 van 1965.

59 Grogan 1999 *Employment Law* 3.

60 Modise en Van Rooi *Business Day* 9.

61 Grogan 1999 *Employment Law* 3.

62 *Nampak Corrugated Wadeville v Khoza* 1999 2 BLLR 108 (LAC).

volg gelui: Meneer Khoza het vergeet om sy toerusting af te skakel nadat hy daarmee gewerk het wat tot gevolg gehad het dat die onderneming R12 000 skade gely het. Meneer Khoza is toe weens die ernstige graad van sy nalatigheid ontslaan. Die Arbeidsappèlhof, soos dit toe was, was van mening dat die sanksie onbillik was, aangesien mnr Khoza bloot nalatig was. Op appèl het Regter Ngcobo die billikheid van die ontslag bevestig en aangevoer dat die optrede onverantwoordelik en roekeloos was.⁶³

Dit is dus duidelik dat daar onderskeid getref moet word tussen die begrippe "nalatigheid" en "growwe nalatigheid". "Nalatigheid" dui in die algemeen op die verwytbare gesindheid of gedrag van iemand wat onregmatig gehandel het deurdat hy nie aan die vereiste standaard voldoen het nie.⁶⁴ "Growwe nalatigheid" kan op sy beurt gedefinieer word as optrede wat in so 'n mate bedrieglik en roekeloos was dat die persoon persoonlik aanspreeklik gehou kan word. In die Nampak-saak was die hof oortuig dat die beskuldigde hom skuldig gemaak het aan growwe nalatigheid.

Regter Ngcobo het by twee geleenthede vanuit die Engelse hofsaak *British Leyland UK Ltd v Swift*⁶⁵ aangehaal. In die woorde van Lord Denning:

There is a band of reasonableness within which one employer may reasonably take the one view; another quite reasonably take a different view. One would quite reasonably dismiss the man. The other would quite reasonably keep him on. Both views may be quite reasonable. If it was quite reasonable to dismiss him, then the dismissal must be upheld as fair, even though some other employers may not have dismissed him.

Alhoewel die Nampak-saak ingevolge die vorige WAV beslis is, bly dit steeds relevant aangesien die ontslagbeginsels van die vorige wet steeds van toepassing is op die nuwe WAV.⁶⁶ Die punt wat Lord Denning wou maak, is dat dit nie moontlik is om op 'n akkurate wyse te kan vasstel of die besluit van 'n gepaste straf redelik of onredelik sal wees nie.⁶⁷ Dieselfde kan gesê word in gevalle waar die kommissaris moet vasstel of die sanksie billik was wat deur die werkgewer opgelê is.

63 Grogan 1999 *Employment Law* 4.

64 Neetling, Potgieter en Visser *Deliktereg* 140.

65 *British Leyland UK Ltd v Swift* 1981 IRLR 91.

66 Grogan 1999 *Employment Law* 4.

67 Grogan 1999 *Employment Law* 4.

Hierdie beslissings is nie altyd so logies nie.⁶⁸ Die soort beslissing waarmee ons hier te doen het, is 'n waardeoordeel wat nie as reg of verkeerd bestempel kan word nie.⁶⁹ Daarom kan die waardeoordeel slegs as meer regverdig beskou word indien meer mense dieselfde beskouing deel.⁷⁰ Dit is duidelik dat die benadering nie die billikheid van die sanksie op 'n akkurate wyse kan verskaf nie. Om hierdie rede is alternatiewe metodes bestudeer.

Die volgende metode wat oorweeg is om die billikheid van 'n sanksie vir ontslag te bepaal, was om die oortreding teen die dissiplinêre standaarde op te weeg wat die werkplek stel.⁷¹ Dit is dus moontlik om te sê dat 'n besluit om 'n werknemer te ontslaan in so 'n mate onbillik was dat dit op fundamentele regte inbreuk gemaak het.⁷² Dit sal optrede insluit waar persone wat dieselfde oortreding begaan het, verskillend behandel word of wanneer werknemers swaarder sanksies opgelê word as waarvoor daar in die dissiplinêre kode voorsiening gemaak is.⁷³ In die afwesigheid van sulke duidelike tekens van onbillikheid sal daar van die metode van Lord Denning gebruik gemaak moet word.

In die *Country Fair Foods*-saak⁷⁴ is 'n verdere maatstaf ontwikkel om die billikheid van 'n sanksie vas te stel. Die maatstaf was die naaste wat die Arbeidsappèlhof nog gekom het om 'n maatstaf te ontwikkel om die vraagstuk op te los.⁷⁵ Ingevolge die maatstaf sal 'n sanksie as onbillik beskou kan word indien dit so oormatig is dat dit 'n persoon se sin van billikheid skok of indien geen redelike werkgever die werknemer in dieselfde omstandighede sou ontslaan nie. Die hof het die maatstaf soos volg beskryf:

If dismissal is so excessive as to shock one's sense of fairness or if no reasonable employer would have dismissed the employee, the SCA says the dismissal is unfair and can be interfered with but, if not, it should not be interfered with.⁷⁶

68 Grogan *Dismissal, Discrimination* 277.

69 Du Toit et al. *Labour Relations* 399.

70 Grogan 1999 *Employment Law* 4.

71 Grogan *Dismissal, Discrimination* 277.

72 Du Toit et al. *Labour Relations* 400.

73 Grogan 1999 *Employment Law* 4.

74 *Country Fair Foods (Pty) Ltd v CCMA & others* 1999 11 BLLR 1117 (LAC).

75 Grogan *Dismissal, Discrimination* 278.

76 *Country Fair Foods (Pty) Ltd v CCMA & others* 1999 11 BLLR 1117 (LAC).

Die maatstaf is egter nie sonder probleme nie aangesien nie alle persone geskok sal wees deur die sanksie wat opgelê is nie, en ander sal. Die maatstaf is al vele kere gekritiseer. In dieselfde beslissing het 'n ander regter die maatstaf bevraagteken. Hy was van mening dat:

A result which the court of appeal considers to be incorrect may nevertheless be justifiable. It is not justifiable if it is dramatically wrong. Where the result is, for one reason or another, perverse, one would naturally say, "I cannot allow this to happen." There is no real difficulty with cases of that kind. But where the result diverges from the result one would like to have seen, interference is not justified ... If you look at the sentence and you say to yourself, "This sentence is so excessive (or so lenient) that I cannot in all good conscience allow it to stand", it is open to interference. If you think merely that you would not have imposed the same sentence, it is not. Unless the sentence makes you whistle it must stand.⁷⁷

Dit is dus duidelik dat die bepaling van die billikheid van 'n sanksie 'n moeilike proses is wat nooit heeltemal objektief kan plaasvind nie. Om hierdie rede het die hof bepaalde maatstawwe ontwikkel om die bepaling van billikheid te vergemaklik.

2.4 Maatstawwe toegepas deur die hof

Die toets wat gebruik word om billikheid vas te stel, is soortgelyk aan die maatstaf wat deur die hof in appèlverrigtinge gebruik word.⁷⁸ As algemene reël mag 'n hof nie inmeng met 'n administratiewe beslissing bloot omdat hulle van mening is dat die beslissing onverstandig is nie. Die hof mag slegs inmeng indien die besluit in so 'n mate onbillik is dat dit inmenging regverdig.⁷⁹

Daar is egter twee denkrigtings geïdentifiseer wat gebruik kan word wanneer kommissarisse die billikheid van 'n sanksie moet bepaal.⁸⁰ Die eerste denkrigting staan bekend as die "redelike werkgewer"-maatstaf. Die tweede denkrigting is die "eie opinie"-maatstaf.⁸¹

Die "redelike werkgewer"-maatstaf is in die Engelse reg as algemeen aanvaar wanneer die billikheid van ontslag vasgestel moes word in terme van wat nou bekend is as artikel 98(4) van die *Employment Rights Act*.⁸² Die artikel bepaal soos volg:

77 *Country Fair Foods (Pty) Ltd v CCMA & others* 1999 11 BLLR 1117 (LAC).

78 Grogan *Workplace Law* 3.

79 Grogan 2007 *Employment Law* 4.

80 *Engen Petroleum Ltd v CCMA & others* 2007 8 BLLR 707 (LAC), Grogan 2007 *Employment Law* 4.

81 Grogan 2007 *Employment Law* 4.

82 Freer 1998 ILJ 335-347; *Employment Rights Act, 1996*.

The determination of the question whether the dismissal was fair or unfair, having regard to the reason shown by the employer:

- (a) depends on whether in the circumstances (including the size and administrative resources of the employer's undertaking) the employer acted reasonably or unreasonably in treating it as a sufficient reason for dismissing the employee, and
- (b) shall be determined in accordance with equity and substantial merits of the case.⁸³

Die "redelike werkgewer"-maatstaf is deur die Arbeidsappèltribunaal in die uitspraak van *Iceland Frozen Foods v Jones*⁸⁴ geformuleer. Die hof het beslis dat, wanneer die billikheid van ontslag vasgestel word, die hof vyf riglyne in ag moet neem. Eerstens moet die hof die wetgewing as beginpunt gebruik om die billikheid van die sanksie vas te stel. Tweedens moet die hof nie net fokus op die billikheid van die sanksie nie, maar ook bepaal of die werkgewer se optrede billik was. Derdens moet die hof nie die werkgewer se sanksie probeer vervang met sy eie idee van wat billik sou wees nie. Vierdens moet die hof erken dat daar 'n aantal sanksies is wat in die betrokke geval billik sou kon wees. Vyfdens sal daar van die hof verwag word om vas te stel of die sanksie binne die moontlike billike sanksies val en indien nie, sal die ontslag onbillik wees.

Die ontwikkeling van die "redelike werkgewer"-maatstaf het gepaard gegaan met die hof se onwilligheid om in te meng met 'n sanksie wat die werkgewer opgelê het.⁸⁵ In een van die vroegste sake, *Grundy (Teddington) Ltd v Willis*,⁸⁶ het die Arbeidsappèltribunaal⁸⁷ beslis dat dit nie die Nywerheidstribunaal se plig is om vas te stel watter sanksie hulle sou oplê indien hulle in beheer was nie, maar dat hulle slegs die billikheid van die ontslag moet oorweeg. Die hof was van mening dat die billikheid van die ontslag afgehang het van die billikheid van die werkgewer se optrede.

Later is daar in *Ferodo Ltd v Barnes*⁸⁸ beslis dat, indien die werkgewer kan bewys dat hy die werknemer op grond van 'n billike rede ontslaan het, die ontslag billik sou wees.

Daarteenoor het die hof in *Bessenden v Corness*⁸⁹ beslis dat 'n Nywerheidstribunaal so 'n saak eerder in die lig van billikheid in die algemeen moet beskou soos 'n hof dit sou oorweeg, en dan 'n toekenning moet maak op grond van gelykheid asook die meriete van die saak.

83 Myburgh en Van Niekerk 2000 ILJ 2146.

84 *Iceland Frozen Foods v Jones* 1982 ICR 17 EAT.

85 Freer 1998 ILJ 335-347.

86 *Grundy (Teddington) Ltd v Willis* 1976 ICR 323 EAT.

87 Arbeidsappèltribunaal; hierna die AAT.

88 *Ferodo Ltd v Barnes* 1976 IRLR 302.

In *Vickers Ltd v Smith*⁹⁰ is die begrip van billikheid verder ontwikkel. Hier het die tribunaal tot die gevolgtrekking gekom dat daar nie net vasgestel moet word dat die bestuur se sanksie verkeerd was nie, maar dat dit nodig is om selfs verder as dit te gaan:

To ask themselves the question whether it was so wrong that no sensible or reasonable management could have arrived at the decision at which the management arrived in deciding who should have been selected for redundancy.

'n Jaar ná die Vickers-beslissing het die AAT 'n alternatiewe benadering gevolg in die saak van *Wells v Derwent Plastics*.⁹¹ Die benadering was soortgelyk aan dit wat in die Bessenden-saak⁹² gebruik is. Ingevolge die benadering moet die wetgewing as bindend geag word tensy die reël te make het met die gemenereg. In terme van hierdie benadering mag regters en kommissarisse in geen omstandighede 'n reël byvoeg of wegvat van wat in die wet weergegee word nie.

If what the statute says is intelligible and unambiguous it is for the judges to apply it, not refine it or add to it frills of their own. It needs no interpretation ... It is only when the statute is unintelligible or ambiguous that the judges can, and must, intervene in order that people whom it affects or is likely to affect can know where they stand.

Die AAT het egter erken dat, alhoewel die reg dikwels eenvoudig is om te verstaan, dit nie altyd maklik is om toe te pas nie.⁹³ Daar kan 'n oneindige aantal verskillende omstandighede bestaan wat ten tye van die ontslag geheers het.⁹⁴ Om hierdie rede mag dit soms vir tribunale moeilik wees om 'n toekenning te maak. Derhalwe formuleer howe en tribunale riglyne wat die daarstel van 'n gepaste toekenning vergemaklik.

In *Jowett v Earl of Bradford*⁹⁵ het die hof die voorafgaande uitsprake gekritiseer. Die tribunaal was van mening dat die riglyne wat in Vickers geformuleer is, nie as regsbeginsels beskou kan word nie. Die tribunaal was verder van mening dat, indien die riglyne blindelings gevolg word, dit 'n foutiewe toepassing van die reg sou wees waarop daar geappelleer kan word.⁹⁶ Die tribunaal was

89 *Bessenden v Corness* 1977 ICR 821 CA.

90 *Vickers Ltd v Smith* 1977 IRLR 11 EAT.

91 *Wells v Derwent Plastics* 1978 ICR 424 EAT.

92 Freer 1998 ILJ 335-347.

93 Freer 1998 ILJ 337.

94 Freer 1998 ILJ 337.

95 *Jowett v Earl of Bradford* 1978 ICR 431 EAT.

96 Freer 1998 ILJ 337.

ook van mening dat die Bessenden-beslissing 'n verkeerde interpretasie gevolg het ten opsigte van die interpretasie van die wetgewing en die betekenis van die statutêre bepalings van die wet. Die tribunaal ag dié benadering as duister en beweer dat dit nie as presedent nagevolg moet word nie.⁹⁷

Ongeag die bogenoemde bewerings sal die toepassing van die riglyne wat deur Vickers geformuleer is, nie neerkom op 'n foutiewe interpretasie van die reg nie.⁹⁸ Tog kan die riglyne 'n vals skyn bied van dit wat in die wet bepaal word. Dit sal slegs die geval wees indien die riglyne toegepas word sonder om die wet in ag te neem.⁹⁹ Dit is bevestig in *Watling & Co Ltd v Richardson*¹⁰⁰ waar die tribunaal gewaarsku het dat, indien die riglyne alleenlik toegepas word sonder om die relevante wetgewing in ag te neem, dit tot gevolg kan hê dat die billikheid bloot op grond van 'n voorgevoel bepaal word¹⁰¹.

The fairness or unfairness of the dismissal is to be judged not by a hunch of the particular industrial tribunal, which may be whimsical or eccentric, but by objective standard of the way in which a reasonable employer in these circumstances in that line of business could have behaved. It has to be recognised that there are circumstances where more than one course of action may be reasonable.

In *British Leyland v Swift*¹⁰² het die Appèlhof vir die eerste keer die algemene maatstaf van billikheid korrek oorweeg:

The correct test is: Was it reasonable for the employer to dismiss him? If no reasonable employer would have dismissed him, then the dismissal was unfair. But if a reasonable employer might reasonably have dismissed him then the dismissal was fair.

In die 1980's het die Nywerheidshof die Engelse "redelike werkgewer"-maatstaf in die Suid-Afrikaanse reg opgeneem en toegepas.¹⁰³ Die maatstaf is gebruik om vas te stel of die werknemer hom wangedra het en of 'n gepaste sanksie daarvoor opgelê is.

Die benadering het egter nie onveranderd gebly met die draai van die dekade nie. Onderskeid is getref tussen die beginsels van billikheid. Die maatstaf het ook 'n beperking geplaas op die bevoegdheid van die Nywerheidshof om oor beweerde onbillike arbeidspraktyk te beslis.¹⁰⁴

97 *Jowett v Earl of Bradford* 1978 ICR 431 EAT.

98 Freer 1998 ILJ 338.

99 Freer 1998 ILJ 338.

100 *Watling & Co Ltd v Richardson* 1978 ICR 1049 EAT.

101 Elias 1981 ILJ 205.

102 *British Leyland v Swift* 1981 IRLR 91 CA.

103 Myburgh en Van Niekerk 2000 ILJ 2145.

Een van die eerste sake wat die maatstaf oorweeg het, was *Tubecon (Pty) Ltd v National Union of Mine Workers of South Africa*.¹⁰⁵ Alhoewel die toekenning deur 'n privaas arbiter gelewer was, het die kommissaris die volgende merkwaardige opmerkings aangaande die "redelike werkgewer"-maatstaf gemaak:

In my view the reasonable employer approach is not what is required by the standard IMSSA terms of reference which require me to determine whether the discipline meted out by the company was fair. For the discipline to be fair the rule or norm which is breached must be a fair one; it must in fact have been breached and the sanction applied must be a fair one. Unless one's terms of reference specifically state otherwise there does not seem to be any justification in equity why a sanction should be looked at exclusively through the eyes of an employer. The correct approach it seems to me is to consider whether the sanction is fair having regard to existing industrial relations common law and norms. Now applying this to the present case it was common cause that the rules were fair. I therefore have to determine whether the grievants have been proved on the evidence presented to me to have been guilty of the offences charged and whether dismissal was the appropriate sanction.

Alhoewel die Arbeidsappèlhof amper 'n dekade later, in 'n poging om die gronde van hersiening te definieer in terme van die Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995, die "redelike werkgewer"-maatstaf in verskeie sake verwerp het, was daar sake waarin die maatstaf as bindende gesag aanvaar is.¹⁰⁶

Een so 'n saak was *Computicket v Marcus NO & others*.¹⁰⁷ In die saak het die kommissaris bevind dat die werknemer wel skuldig was aan wangedrag, maar dat die sanksie wat die werkgewer daarvoor opgelê het, onbillik was. Die kommissaris se toekenning is hierna hersien. Regter Brassey was van mening dat die kommissaris in dié geval nie moes ingemeng het met 'n sanksie wat die werkgewer opgelê het nie. Hy het soos volg opgemerk:

In approaching this question I must ask myself whether a reasonable person sitting in the position of the first respondent might have come to the conclusion that he did. In my view I consider that he could have come to such a conclusion as a reasonable person. The question of sanction is one on which reasonable people can readily differ.

104 Myburgh en Van Niekerk 2000 ILJ 2145.

105 *Tubecon (Pty) Ltd v National Union of Mine Workers of South Africa* 1991 12 ILJ 437 (ARB).

106 Myburgh en Van Niekerk 2000 ILJ 2145.

107 *Computicket v Marcus NO & others* 1999 20 ILJ 342 (LC).

Die saak was dus gemoeid met die houding wat kommissaris moet inneem wanneer hulle 'n sanksie van 'n werkgewer oorweeg, asook die regte waaroor hulle beskik om in te meng met so 'n besluit.

Dieselfde kwessies is in die saak van *Nampak Corrugated Wadeville v Khoza*¹⁰⁸ aangeraak. Die saak het te make gehad met die billikheid van die ontslag van mnr. Khoza weens growwe nalatigheid.

Die feite was dat mnr. Khoza 15 jaar lank 'n werknemer van Nampak Corrugated Wadeville was. Hy is as 'n baie ervare ketelstoker beskryf. Op die aand van 12 Mei 1996 was hy verantwoordelik vir die stoomketel. Nadat die personeel gemoeid met die elektriese sy van die besigheid verskeie probleme met die ketel gevind het, is mnr. Khoza beveel om 'n ander ketel aan te steek. Mnr. Khoza het egter nie die kole van die eerste ketel verwyder nie wat daartoe gelei het dat die ketel deurgebrand het. Weens mnr. Khoza se nalatigheid het die onderneming R12 392,94 skade gely. Mnr. Khoza is tydens die interne dissiplinêre prosedure skuldig bevind aan growwe nalatigheid en gevolglik ontslaan.

Die hof het bevestig dat die bevoegdheid om 'n gepaste sanksie op te lê grootliks by die werkgewer berus. Tog is dit belangrik dat hierdie bevoegdheid billik uitgeoefen word. Daar word dus van die howe verwag om nie ligtelik in te meng met 'n werkgewer se sanksie nie, tensy die werkgewer onbillik opgetree het toe hy die sanksie opgelê het. Die vraag is dus nie of die hof 'n ander sanksie sou oplê indien hulle die werkgewer was nie, maar eerder of die sanksie in die lig van die omstandighede billik was.

Regter Ngcobo het veral klem gelê op die Engelse uitspraak van Lord Denning in *British Leyland UK Ltd v Swift*.¹⁰⁹ In dié saak het Lord Denning opgemerk dat daar 'n aantal moontlike sanksies kan bestaan wat in die omstandighede billik kon wees.¹¹⁰ 'n Kommissaris moet dus slegs vasstel of die sanksie wat die werkgewer opgelê het binne die moontlike billike sanksies val. Indien die sanksie 'n billike sanksie is, mag 'n kommissaris nie daarmee inmeng nie.¹¹¹ Die hof het gevolglik

108 *Nampak Corrugated Wadeville v Khoza* 1999 2 BLLR 108 (LAC).

109 *British Leyland v Swift* 1981 IRLR 91 CA.

110 Grogan 1999 *Employment Law* 4.

111 Smit 2000 *TSAR* 338.

hom die vraag afgevra of dit redelik was dat die werkgewer mnr. Khoza ontslaan het. Indien geen "redelike werkgewer" hom sou ontslaan het nie, sou die ontslag onbillik wees.¹¹²

Die hof het bevind dat 'n "redelike werkgewer" mnr. Khoza wel in die omstandighede sou ontslaan en dat die werkgewer gevolglik nie onbillik opgetree het nie.

'n Verdere saak waar die "redelike werkgewer"-maatstaf as gesag aanvaar is, is dié van *Country Fair Foods (Pty) Ltd v CCMA*.¹¹³ Die hof het in die saak baie naby gekom om 'n gepaste maatstaf te formuleer om die billikheid van ontslag te bepaal.¹¹⁴

Die applikant in die saak was Country Fair Foods, 'n hoenderbesigheid waar die derde respondent en mev. Smit werksaam was. Mevrouw Smit en die derde respondent was in 'n romantiese verhouding betrokke. Nadat mev. Smit die romantiese verhouding beëindig het, het die derde respondent met haar probeer praat waarna sy na die dameskleedkamers gevlug het. Die derde respondent het haar in die kleedkamer ingevolg en haar gedwing om op sy skoot te sit. Mevrouw Smit het hom gevloek waarna hy haar twee maal met 'n besemstok geslaan het. Die derde respondent is tydens die interne dissiplinêre prosedure weens sy optrede aan aanranding skuldig bevind waarna hy ontslaan is.

Die derde respondent het die saak na verpligte arbitrasie in terme van die WAV verwys. Die kommissaris was tevrede dat die klag van aanranding teen die derde respondent bewys is, maar was van mening dat die sanksie te streng was. Die Arbeidshof het die toekenning van die kommissaris bekragtig en het die aansoek om hersiening van die hand gewys.

Die werkgewer het na die Arbeidsappèlhof geappelleer om vas te stel of die ontslag van die derde respondent billik was. In die uitspraak was daar verdeeldheid onder die regters ten opsigte van hoe die Arbeidsappèlhof die kwessie omtrent die billikheid van 'n sanksie van 'n werkgewer moet benader, aangesien die kommissaris dit goed geag het om die sanksie te versag.

112 Paragraaf 34.

113 *Country Fair Foods (Pty) Ltd v CCMA* 1999 20 ILJ 1701 (LAC).

114 *Grogan Dismissal, Discrimination* 278.

Vanuit die meerderheidsuitspraak blyk dit dat regters Kroon en Ngcobo gefokus het op die sanksie wat die werkgever opgelê het. Die regters volg die benadering dat die werkgever oor die primêre bevoegdheid beskik om 'n standaard daar te stel waaraan sy werknemers moet voldoen. Die werkgever is ook geregtig om sekere sanksies in plek te stel in die geval van nienakoming van werkplekreëls.

Volgens regter Kroon sal die inmenging van 'n kommissaris slegs geregverdig wees indien die werkgever se besluit onredelik of onbillik is. Met eerste oogopslag blyk dit asof dit slegs die bevoegdheid van 'n kommissaris in 'n beperkte mate inperk.¹¹⁵ Tog bly dit binne die kommissaris se bevoegdheid om te bepaal of die werkgever sy dissiplinêre bevoegdhede billik uitgeoefen het.

Regter Ngcobo, aan die ander kant, het verwys na die saak van *Nampak Corrugated Wadeville v Khoza*:

The determination of an appropriate sanction is a matter which is largely within the discretion of the employer. However, this discretion must be exercised fairly. A court should not, therefore, lightly interfere with the sanction imposed by the employer unless the employer acted unfairly in imposing the sanction. The question is not whether the court would have imposed the sanction imposed by the employer, but whether in the circumstances of the case the sanction was reasonable.¹¹⁶

Regter Ngcobo het egter gewaarsku dat, indien kommissarisse hul eie sanksie en diskresie in die plek van die werkgever stel, dit tot gevolg kan hê dat die funksie van die werkgever oorgeneem word wat in effek sal beteken dat werknemers elke saak na die KVBA sal verwys.¹¹⁷ Dit sal nie billik teenoor die werkgevers wees nie. Hy was egter van mening dat inmenging slegs geregverdig sou wees indien die sanksie so uitermatig was dat dit die persoon wat die billikheid oorweeg het, se sin van billikheid skok.¹¹⁸

Die minderheidsuitspraak het egter 'n ander benadering gevolg. Regter Conradie het as deel van die minderheidsuitspraak saamgestem dat 'n kommissaris slegs met 'n sanksie kan inmeng indien dit sy sin van billikheid skok. Volgens Conradie moet daar eerder op die besluit van die

115 Grogan 2000 *Employment Law* 6.

116 *Nampak Corrugated Wadeville v Khoza* 1999 2 BLLR 108 (LAC).

117 Grogan 2000 *Employment Law* 6.

118 Grogan 2000 *Employment Law* 6.

kommissaris gefokus word in plaas daarvan om op die werkgewer se besluit te fokus.¹¹⁹ In die saak het die werkgewer besluit om die werknemer te ontslaan. Dit het nie die meerderheid geskok nie, aangesien dit 'n redelike sanksie is om op te lê vir aanranding in die werkplek. Die kommissaris het egter besluit dat skorsing in die geval meer billik sal wees. Die kommissaris se gedrag het die meerderheid geskok maar nie vir Conradie nie. Dit was kortliks die rede vir die verdeelde uitspraak.

Daar is selfs dieper kwessies aangeraak in *Toyota South Africa Motors v Radebe & others*.¹²⁰ Die feite was soortgelyk aan dié van *Country Fair*. Meneer Douglas Radebe, die eerste respondent, was 15 jaar lank 'n werknemer van die applikant toe hy ontslaan is weens oneerlikheid. Hy is in diens geneem as 'n toesighouer of 'n assistentbestuurder, soos die applikant na hom verwys het. Meneer Radebe het voor die voorval 'n skoon dissiplinêre rekord gehad en het, as een van sy voordele, toegang tot 'n huurmotor ontvang.

Nadat mnr. Radebe by verskeie geleenthede in botsings met 'n maatskappyvoertuig betrokke was, het die onderneming hom 'n bepaalde tydperk van die voordeel ontnem. Nadat die tydperk verstryk het, was mnr. Radebe in nog 'n ongeluk betrokke. Meneer Radebe het die motor in 'n parkeerarea gelaat met die sleutel daarin. Hy het toe aan die polisie en die onderneming voorgegee dat die motor gekaap is. Die klugspul is later ontdek en mnr. Radebe is tydens die interne dissiplinêre prosedure ontslaan.

Die kommissaris het tydens arbitrasie bevind dat Radebe hom skuldig gemaak het aan growwe wangedrag, maar dat ontslag nie in hierdie geval billik was nie. Die werkgewer het 'n hersieningsaansoek na die Arbeidshof verwys om die toekenning van die kommissaris tersyde te stel. Regter Revelas het 'n streng benadering gevolg en het direk gefokus op die kommissaris se optrede.¹²¹ Sy het toegegee dat daar dikwels gevind word dat ontslag die enigste gepaste sanksie in die geval van oneerlikheid is. Sy het hierna bygevoeg:

However, these principles do not dictate that mitigating circumstances such as taken into account by the third respondent should not influence the result or sanction which should be imposed. In other words, dismissal is not a knee-jerk response to all cases of dishonesty, without exception. This is exactly what the third

119 Grogan 2000 *Employment Law* 6.

120 *Toyota South Africa Motors v Radebe & others* 2000 3 BLLR 243 (LAC).

121 Grogan 1999 *Employment Law Journal* 8.

respondent illustrated in this matter. He took into account mitigating circumstances, presented on the evidence before him, and he found that a sanction other than dismissal should be applicable in this matter.¹²²

Die aansoek om tersydestelling op hersiening is dus van die hand gewys. Op appèl na die Arbeidsappèlhof beslis die hof dat in so 'n geval gefokus moet word op die beredenering van die kommissaris.¹²³ Die hof het verder te make gehad het met die feit dat twee redelike persone tot verskillende gevolgtrekkings gekom het. Die hof het beklemtoon dat daar nie ingemeng moet word met 'n sanksie van 'n werkgever nie, tensy daar 'n opmerklike verskil tussen die sanksie was wat die hof sou opgelê het en die sanksie wat die kommissaris opgelê het.¹²⁴

Die hof het bevind dat hy verplig is om die kommissaris se weergawe van wat billik is, te aanvaar bo dié van die werkgever.¹²⁵ Die sanksie wat die kommissaris tydens arbitrasie opgelê het, het ook binne die perke van billike sanksies geval, soos daar in Nampak-saak vereis is. Dit beteken gevolglik dat kommissarisse, in terme van die WAV, oor die bevoegdheid beskik om hul eie weergawes van billikheid te ontwikkel om die billikheid van die werkgever se sanksies te bepaal. Die hof het dus die "redelike werkgever"-maatstaf in hierdie saak afgeskaf.¹²⁶

'n Verdere beslissing waar die hof bevind het dat die "redelike werkgever"-maatstaf nie meer as maatstaf gebruik moet word om die billikheid van 'n ontslag te bepaal nie, maar dat die ontslag eerder onafhanklik beskou moes word, was dié van *Engen Petroleum v CCMA*.¹²⁷ Alhoewel die saak ná die Rustenburg-saak aangehoor is, moet dit voor dié saak bepreek word, aangesien die finale uitspraak in die Rustenburg-saak eers in 2008 gelewer is.

Die hof het in hierdie saak sy skok uitgespreek dat die "redelike werkgever"-maatstaf steeds deur verskeie howe toegepas word. Volgens regter Zondo was hy onder die indruk dat die maatstaf al in die 1980's in onbruik verval het.

122 *Toyota South African Motors v Radebe & others* 1998 10 BLLR 1082; Grogan 1999 *Employment Law Journal* 8.

123 Grogan 1999 *Employment Law Journal* 8.

124 Grogan *Dismissal, Discrimination* 278.

125 Grogan 1999 *Employment Law Journal* 8.

126 Smit 2000 *TSAR* 338.

127 *Engen Petroleum Ltd v CCMA & others* 2007 8 BLLR 707 (LAC).

Regter Zondo het in die Engen-saak gepoog om die "redelike werkgever"-maatstaf vir eens en vir altyd te begrawe.¹²⁸ Volgens regter Zondo verbied die huidige Wet op Arbeidsverhoudinge die "redelike werkgever"-maatstaf selfs duideliker as die vorige wet. In terme van die WAV word daar van KVBA se kommissaris verwag om die geskille voor hulle op 'n vinnige en billike wyse te beslis.¹²⁹ Hulle beskik ook oor die reg om enige gepaste toekenning te maak.¹³⁰

In ontslagaangeleenthede spesifiek, moet die kommissaris besluit of die werkgever bewys het dat die rede waarom hy die werknemer ontslaan het 'n billike rede was.¹³¹ Die wet plaas ook die bewyslas op die werkgever om te bewys dat die ontslag billik was.

So vereis die *Kode van goeie praktyk: Ontslag*¹³² dat enige persoon wat die billikheid van 'n ontslag moet bepaal, sekere oorwegings in ag moet neem soos of die sanksie van ontslag gepas is of nie.¹³³

Volgens regter Zondo is dit duidelik dat die "redelike werkgever"-maatstaf nie aan die vereistes van die wet voldoen nie. Hy is van mening dat, indien die huidige WAV wou gehad het dat die "redelike werkgever"-maatstaf gebruik moes word, sou die wet so bepaal het.¹³⁴ Maar indien die wet wel so bepaal het, sou dit strydig wees met die Internasionale Arbeidsorganisasie¹³⁵ se Konvensie 158 van 1982. Hierdie konvensie vereis dat kommissaris moet vasstel of die rede van die ontslag 'n billike rede was.¹³⁶ Ingevolge artikel 3 van die WAV moet die WAV so geïnterpreteer word dat dit voldoen aan die internasionale reg van die Republiek.¹³⁷

Regter Zondo was van mening dat die "redelike werkgever"-maatstaf voorkeur gee aan die werkgever wat tot gevolg kan hê dat werknemers hul vertroue in die onpartydigheid van die KVBA

128 Grogan 2007 *Employment Law* 4.

129 A 138(1) van die WAV.

130 A 138(9) van die WAV.

131 Grogan 2007 *Employment Law* 4; *Engen Petroleum Ltd v CCMA & others* 2007 8 BLLR 707 (LAC); en A 188(1)(a)(i) van die WAV.

132 Bylaag 8 tot die WAV, 1995.

133 Grogan 2007 *Employment Law* 4.

134 Grogan 2007 *Employment Law* 4.

135 Internasionale Arbeidsorganisasie se Konvensie 158 van 1982; hierna die IAO.

136 Grogan 2007 *Employment Law* 4.

137 A 3 van die WAV.

verloor en hulle dan eerder tot stakings sal wend.¹³⁸ Om dié rede verleen regter Zondo voorkeur aan die "eie opinie"-maatstaf.

In *Rustenburg Platinum Mines (Rustenburg Section) v CCMA & others*¹³⁹ het die debat omtrent die gepaste maatstaf vir billikheid van 'n werkgewer se sanksie voortgeduur. Die saak het hoofsaaklik gehandel oor die ontslag van 'n veiligheidswag, mnr. Sidumo. Rustenburg Platinum was bekommerd oor die lae opbrengs van hul fasiliteite waar die kosbare metale van die laerkonsentrasiemetale geskei word. Die onderneming het diefstal van die kosbare metale deur die werknemers as 'n moontlike rede hiervoor geïdentifiseer. Die onderneming het gevolglik strenger deursoekingsprosedures in plek gestel.

Meneer Sidumo is as 'n sekuriteitswag aangestel wat al die werknemers met 'n metaalverklikker moes deursoek wanneer hulle die perseel verlaat het. Daar is ook opdrag aan hom gegee om 'n register te hou van die handtekeninge van al die werknemers wat deur hom deursoek is. Nadat die lae opbrengs steeds nie verbeter het nie, het die myn sekuriteitskameras op die perseel geïnstalleer. Toe hulle later die video van die kamera nagaan, het hulle mnr. Sidumo betrap waar hy van die werknemers nie behoorlik deursoek het nie en waar hy agt werknemers glad nie deursoek het nie.

Sidumo is skuldig bevind op 'n aanklag van nalatigheid en dat hy nie die onderneming se prosedures nagekom het nie. Tydens die interne dissiplinêre prosedure moes daar vasgestel word of mnr. Sidumo se late die voortsetting van die indiensnemingsverhouding onmoontlik gemaak het. Die dissiplinêre komitee was van mening dat dit wel die geval was en Sidumo is as gevolg hiervan ontslaan.

Na afhandeling van die interne appèl is die saak na die KVBA verwys vir arbitrasie. Die kommissaris moes beslis of die ontslag billik was en of die ontslag by wyse van 'n billike proses plaasgevind het. Die kommissaris het bevind dat die sanksie van ontslag in hierdie geval te streng was, aangesien mnr. Sidumo eerstens al 14 jaar lank vir die myn gewerk en hy tweedens geen dissiplinêre rekord gehad het nie. Die kommissaris was ook van mening dat, alhoewel nalatigheid

138 Grogan 2007 *Employment Law* 4.

139 *Rustenburg Platinum Mines (Rustenburg Section) v CCMA & others* 2006 27 ILJ 2076 (SCA).

'n ernstige oortreding was, dit nie die voortsetting van die diensooreenkoms onmoontlik gemaak het nie. Om die rede het die kommissaris die myn verplig om mnr. Sidumo weer aan te stel. Op hersiening het die Arbeidshof ook geen rede gesien om met die toekenning van die kommissaris in te meng nie.¹⁴⁰

Die myn het hom na die Arbeidsappèlhof gewend wat wel krities was oor die kommissaris se bevindinge, veral dat die myn geen verlies as gevolg van die aksie gely het nie; die onduidelike beskrywing van Sidumo se optrede as 'n *mistake of unintentional*, wat kan verwys na nalatigheid wat nie in aanmerking geneem is nie; en dat die oortreding nie tot die wese van die dienskontrak ingedring het nie.

Die hof ter sprake het verder opgemerk dat die oneerlikheid van Sidumo nooit bevraagteken is nie en daarom moes daar nie 'n uitspraak op die gronde gemaak word nie. Die hof het bevind dat, indien hierdie drie redes die enigste redes vir die heraanstelling van Sidumo was, dit onregverdigbaar sou wees.¹⁴¹

In hierdie geval is die uitspraak egter ook beïnvloed deur die *Kode vir goeie praktyk: Ontslag* wat verhinder dat 'n persoon vir die eerste oortreding ontslaan word sonder spesifieke verswarende omstandighede, en dus het die hof versuim om die bevinding om te keer.¹⁴²

Die hof ter sprake het verder bevind dat die kommissaris se gevolgtrekking dat die sanksie te streng was, irrasioneel was aangesien hy voorkeur gegee het aan twee minder belangrike versagtende faktore, naamlik die duur van mnr. Sidumo se diens en sy skoon dissiplinêre rekord.¹⁴³ Die hof was van mening dat die verswarende faktore in die geval oorweldigend was, maar dat hierdie grond nie in die aanvanklike pleitstukke van die myn vervat is nie en daarom nie in aanmerking geneem kan word nie.¹⁴⁴

Die Hoogste Hof van Appèl het ook die maatstaf wat die kommissaris toegepas het om die billikheid van die sanksie te bepaal, as verkeerd bestempel aangesien die korrekte maatstaf een is

140 *Rustenburg Platinum Mines (Rustenburg Section) v CCMA & others* 2006 27 ILJ 2076 (SCA).

141 *Rustenburg Platinum Mines (Rustenburg Section) v CCMA & others* 2006 27 ILJ 2076 (SCA).

142 Grogan 2007 *Employment Law Journal* 3.

143 Par. 34.

144 Par. 16,17.

waar die kommissaris hom daarvan moet weerhou om in te meng met 'n werkgewer se sanksie indien dit 'n sanksie is wat 'n redelike werkgewer sou opleë.¹⁴⁵ Regter Navsa het bevind dat dit genoeg is dat 'n werkgewer bewys dat die sanksie billik is, eerder as om te bewys dat die sanksie die enigste billike sanksie is. Regter Navsa het verder op die korrekte maatstaf uitgebrei:

If the employer's decision falls within a "band of reasonableness" a commissioner should not substitute his or her own standards of fairness.¹⁴⁶

Regter Ngcobo het die maatstaf bevestig en sy skok uitgespreek dat die Arbeidsappèlhof in die saak so ver kon afwyk van die korrekte maatstaf wat toegepas moet word.¹⁴⁷ In plaas daarvan om die primêre bevoegdheid van die werkgewer te erken om 'n gepaste sanksie op te lê, het die Arbeidsappèlhof in die saak die bevoegdheid verkeerdelik aan die kommissaris verleen.¹⁴⁸

Myburgh en Van Niekerk¹⁴⁹ het beklemtoon dat die korrekte uitgangspunt is om vas te stel of die sanksie gepas is. Dit impliseer dat daar 'n aantal gepaste sanksies kan wees wat in hierdie geval billik kan wees.

Regter Ngcobo het die maatstaf heroorweeg wat toegepas moet word om die billikheid van 'n ontslag te bepaal. Hy het verwys na die *Kode vir Goeie Praktyk: Ontslag*¹⁵⁰ in terme waarvan daar van kommissarisse verwag word om hulle daarvan te weerhou om in te meng met 'n werkgewer se beslissing. Hy was van mening dat dit nie die kommissaris se werk is om vas te stel wat 'n gepaste sanksie sal wees nie, maar eerder of die werkgewer se sanksie billik was.¹⁵¹

Regter Ngcobo was oortuig dat dit nie die wetgewer se bedoeling was om onbeperkte bevoegdhede aan die kommissaris te verleen nie.¹⁵² Om hierdie rede blyk dit asof die inmenging van 'n kommissaris met 'n redelike sanksie 'n grond vir hersiening op sigself sal daarstel.¹⁵³ Die "redelike werkgewer"-maatstaf is dus in die saak ook as gesag aanvaar.

145 Grogan 2007 *Employment Law Journal* 4.

146 Par. 42.

147 Grogan 2007 *Employment Law Journal* 3.

148 Par. 43.

149 Myburgh en Van Niekerk 2000 *ILJ* 2145.

150 Bylaag 8 tot die WAV, 1995.

151 Grogan 2007 *Employment Law Journal* 7.

152 Grogan *Dismissal, Discrimination* 280.

153 Grogan *Dismissal, Discrimination* 280.

Sidumu was egter nie tevrede met hierdie uitspraak nie en het die saak na die Konstitusionele Hof verwys.¹⁵⁴ Die uitspraak is in 2008 gelewer (*Sidumo & another v Rustenburg Platinum Mines*).¹⁵⁵

Regter Navsa het die volgende opmerking gemaak ten opsigte van die gepaste maatstaf wat gebruik moet word om die billikheid van ontslag te bepaal:

There is nothing in the constitutional and statutory scheme that suggests that, in determining the fairness of a dismissal, a commissioner must approach the matter from the perspective of the employer. All the indications are to the contrary. A plain reading of all the relevant provisions compels the conclusion that the commissioner is to determine the dismissal dispute as an impartial adjudicator. Article 8 of the International Labour Organisation Convention on Termination of Employment 158 of 1982 (ILO Convention) requires the same. Any suggestion by the Supreme Court of Appeal that the deferential approach is rooted in the prescripts of the LRA cannot be sustained.¹⁵⁶

Die hof het verder klem gelê op die feit dat die kompeterende belange van die werkgever en die werknemer in balans gehou moet word, aangesien die Grondwet en die WAV albei ten doel het om die ongelyke magsverdeling tussen die werkgever en die werknemer te herstel.¹⁵⁷ Die hof was daarom oortuig dat, indien die "redelike werkgever"-maatstaf toegepas sou word, dit teen die grondwetlike reg van billike arbeidspraktyke sal indruis, aangesien daar nêrens in die Grondwet of die WAV voorkeur verleen word aan die werkgever nie. Die hof was dus van mening dat die benadering wat die Hoogste Hof van Appèl gevolg het, naamlik om die redelike werkgever maatstaf, partydig was en daarom nie gevolg moes word nie.

Regter Sachs het egter bygevoeg tot die wyse waarop kommissaris teenoor 'n sanksie moet optree wat 'n werkgever opgelê het:

The commissioner must be impartial and basically fair and reasonable in the conduct of his or her work ... I would add that, formal trappings aside, it is difficult to see how a reasonable commissioner can act unfairly, or a fair commissioner can function unreasonably.

Die hof het ook 'n aantal opmerkings gemaak aangaande die korrekte maatstaf wat gebruik moet word om die billikheid van 'n sanksie te bepaal. Die hof was van mening dat die korrekte maatstaf

154 Okoli 2007 *Employment Law* 7.

155 *Sidumo & another v Rustenburg Platinum Mines Ltd & others* 2007 28 ILJ 2405 (CC).

156 Par. 61.

157 Par. 66.

een is waar die kommissaris die billikheid van die ontslag onafhanklik bepaal met in agneming van die omstandighede in die geheel.¹⁵⁸

Die hof het ter uitbreiding hiervan 'n aantal faktore gelys wat in ag geneem moet word wanneer die billikheid van ontslag oorweeg word.¹⁵⁹ Daar moet, onder andere, gekyk word na die erns van die reël wat oortree is; die rede waarom die werkgever die werknemer ontslaan het; die rede waarom die werknemer die ontslag as onbillik ag; en die skade wat aangerig is weens die werknemer se oortreding. So ook moet die moontlikheid van addisionele opleiding oorweeg word; die effek wat die ontslag op die werknemer kan hê; asook die diensrekord van die werknemer wat ontslaan is.¹⁶⁰

Regter Navsa het sekere opmerkings gemaak aangaande die wyse waarop kommissarisse sanksies moet hanteer wat deur 'n werkgever daargestel is. Regter Navsa was van mening dat:

Ultimately, the commissioner's sense of fairness must prevail and not the employer's view.

Regter Navsa het ook bevind dat, wanneer kommissarisse die billikheid van 'n sanksie oorweeg, hulle die sanksie met 'n mate van weerhouding moet benader.¹⁶¹

Aangesien die hof mnr. Sidumo onskuldig bevind het op oneerlike optrede, kon hul gevolglik geen rede vind waarom die kommissaris se toekenning ter syde gestel moes word nie. Die hof het verder bevind dat daar slegs van 'n kommissaris verwag sal word om met in agneming van die omstandighede te bepaal of die optrede van die werkgever billik was. Om hierdie rede het die hof die "redelike besluitnemer"-maatstaf as die korrekte maatstaf aanvaar om die billikheid van 'n sanksie te bepaal.¹⁶²

3 Bevindings en aanbevelings

158 Par. 78.

159 Olivier, M. & Smit, N. 2008. *Annual law update: labour law and aspects of social security law*. Johannesburg: Universiteit van Johannesburg. p 63.

160 Olivier, M. & Smit, N. 2008. *Annual law update: labour law and aspects of social security law*. Johannesburg: Universiteit van Johannesburg. p 63.

161 Okoli 2007 *Employment Law* 7.

162 Par. 79.

Dit blyk duidelik vanuit die studie dat die bepaling van die billikheid van 'n sanksie noodsaaklik is om die mate te bepaal waarin die kommissaris van die KVBA kan inmeng met 'n sanksie wat die werkgewer tydens 'n interne dissiplinêre verhoor opgelê het.

Ten einde die bepaling van die billikheid van 'n sanksie te vergemaklik, is daar 'n aantal maatstawwe en riglyne geformuleer. Die maatstawwe en riglyne kan die vorm aanneem van 'n reeks faktore wat in ag geneem moet word ter bepaling van die billikheid van die ontslag en die effek wat die sanksie op jou gewete gehad het of daar kan vasgestel word of die ontslag in so 'n mate onbillik was dat dit op die werknemer se fundamentele regte inbreuk gemaak het.

Die howe het 'n aantal spesifieke maatstawwe geformuleer om hulle by te staan met die bepaling van die billikheid van 'n sanksie. Na bestudering van die bogenoemde regspraak is dit duidelik dat die howe vier moontlike benaderinge volg om die billikheid van 'n sanksie te bepaal.

Die eerste benadering waarvan die hof gebruik maak, is die "redelike werkgewer"-maatstaf waarvolgens 'n kommissaris slegs met 'n sanksie mag inmeng indien geen redelike werkgewer die werknemer in dieselfde omstandighede sou ontslaan nie.

Die tweede benadering wat gevolg kan word, is dat die kommissaris van die KVBA hom daarvan weerhou om in te meng met 'n besluit van die werkgewer, tensy dit onbillik is, aangesien dit die werkgewer se primêre funksie is om 'n dissiplinêre standaard in sy werkplek daar te stel.

Die derde benadering staan bekend as die "eie opinie"-maatstaf. By hierdie benadering kan 'n kommissaris die besluit wat die werkgewer geneem het, as irrelevant beskou. In hierdie geval moet die kommissaris sy eie idee van billikheid toepas. Daar word dus eerder gefokus of die kommissaris sy pligte behoorlik uitgeoefen het, al dan nie.

Die vierde benadering waarvan die howe gebruik maak, is om vas te stel of die redes vir die ontslag en of die omstandighede waarbinne dit plaasgevind het, billik was. Die kommissaris moet hom in hierdie geval onderwerp aan die werkgewer se besluit met in agneming van die algemene norme en waardes van die gemeenskap. 'n Kommissaris sal tydens dié benadering slegs mag inmeng indien hy oortuig is dat die ontslag onbillik was.

Die twee hoofbenaderings wat deur die hof gevolg word, is die "redelike werkgewer"-maatstaf en die "eie-opinie"-maatstaf. Laasgenoemde is as 't ware 'n "redelike kommissaris"-maatstaf, volgens die aanhaling van regter Sachs in die Sidumo-uitspraak¹⁶³

Alhoewel albei hierdie benaderings in verskeie uitsprake as gesag aanvaar is, is daar steeds huiwering onder die regters ten opsigte van watter maatstaf die korrekte een is. Nie een van hierdie maatstawwe is egter deur die hof foutloos bevind nie.

Alhoewel die "redelike werkgewer"-maatstaf dikwels deur die hof gebruik word om die billikheid van sanksies te bepaal, word daar verskeie probleme daarmee ondervind. Die grootste probleem wat met hierdie maatstaf ondervind word, is dat die maatstaf nie genoegsaam objektief is nie.

In die Engen-saak het regter Zondo die opmerking gemaak dat dié maatstaf inherent ten gunste van die werkgewer is. Die maatstaf, in effek, verwag van kommissarisse om nie net die billikheid van die sanksie te onderwerp aan die algemene mening van redelike werkgewers nie, maar aan die mening van een redelike werkgewer, al sou die meerderheid werkgewers nie met die besluit saamstem nie. Dit het tot gevolg dat die maatstaf nie net as ondemokraties beskou kan word nie, maar dat dit selfs in 'n mate onregverdig is teenoor werkgewers in die algemeen.

Nog 'n probleem wat met die maatstaf ondervind word, is dat daar geen meetbare standarde gestel word waaraan die moontlike redelike sanksies moet voldoen nie. Die maatstaf bepaal slegs dat die voorsittende kommissaris moet bepaal of die sanksie binne die moontlike redelike sanksies val, wat in effek die interpretasie van die gewone konvensionele arbeidspraktyke vereis. Die kriterium is dus vaag en kan verdere onbillikheid tot gevolg hê.

Probleme word ook ondervind met die rol wat die werkgewer se motief en bedoeling sal speel ter bepaling van die billikheid van ontslag.

163 The commissioner must be impartial and basically fair and reasonable in the conduct of his or her work ... I would add that, formal trappings aside, it is difficult to see how a reasonable commissioner can act unfairly, or a fair commissioner can function unreasonably.

'n Verdere probleem wat ondervind word, is dat dit nie duidelik blyk vanuit regspraak of dié maatstaf slegs toegepas moet word op die finale besluit van die werkgewer nie en of die subjektiewe mening van die werkgewer ook in ag geneem moet word.

Dit is om hierdie redes duidelik dat die "redelike werkgewer"-maatstaf onvoldoende is om deur die howe as die korrekte en bindende maatstaf aanvaar te word.

Daar bestaan ook 'n aantal redes waarom die "eie opinie"- of "redelike kommissaris"-maatstaf nie as bindende maatstaf aanvaar moet word nie. Die grootste probleem met hierdie maatstaf word ondervind ten opsigte van die objektiwiteit waarmee dit benader word.

Alhoewel daar van kommissarisse verwag word om die billikheid van die ontslag op 'n objektiewe wyse te bepaal, is daar geen manier waarop die kommissaris die aangeleentheid totaal en al objektief kan beskou nie. Kommissarisse beskik van nature oor bepaalde oortuigings en menings wat beslis 'n effek, selfs indirek, sal hê op die toekenning wat hy/sy sal maak.

Dus, indien daar nie 'n objektiewe verwysingsraamwerk in plek is wat die kommissaris in ag kan neem wanneer hy/sy die billikheid van 'n sanksie bepaal nie, loop die arbitrasieproses die gevaar om geheel en al arbitrêr te raak. Daar moet derhalwe 'n standaard gestel word wat kommissarisse as 'n grondslag kan gebruik om die billikheid van 'n sanksie te bepaal.

'n Verdere probleem wat met die "redelike kommissaris"-maatstaf ondervind word, is dat daar van die kommissaris verwag word om 'n besluit te neem bloot op grond van dit wat hy/sy gehoor het. Die kommissaris is meestal 'n leek ten opsigte van die aard van die besigheid en sal self nie met sekerheid kan bepaal wat die beste vir die onderneming sal wees nie. In hierdie opsig kan daar geredeneer word dat die werkgewer juis die persoon is wat 'n besluit kan maak in die belang van die besigheid en dus in die belang van die res van die werknemers.

Dit is duidelik dat 'n alternatiewe maatstaf ontwikkel moet word om die billikheid van die ontslag vanuit 'n objektiewe perspektief te beskou. Om dit te bereik blyk dit vanuit die studie dat die korrekte maatstaf een van weerhouding is. Kommissarisse moet dus eerder die omstandighede in geheel te beskou en op grond daarvan bepaal of die optrede van die werkgewer billik was.

Ter aanbeveling moet die hof 'n nuwe maatstaf ontwikkel wat 'n kombinasie is van die destydse gemeenregtelike maatstaf en die maatstaf wat in die Sidumo uitspraak toegepas was. In terme van so 'n maatstaf moet die kommissaris die omstandighede van die ontslag in geheel beskou om te bepaal of die diensverhouding onherroeplik verbreek is. Die ontslag van die werknemer sal slegs billik wees indien die diensverhouding onherroeplik verbreek was. Indien die diensverhouding nie onherroeplik verbreek was nie, sal dit beteken dat die ontslag onbillik was. In so 'n geval sal die kommissaris oor die bevoegdheid beskik om in so 'n mate met die sanksie in te meng soos hy dit billik ag.

4 Bibliografie

4.1 Bronne

C

Currie en De Waal *The Bill of Rights Handbook*

Currie I en De Waal J *The Bill of Rights Handbook* 5^{de} uitg (Juta Kaapstad 2005)

D

Du Toit et al *Labour Relations Law*

Du Toit D et al *Labour Relations Law: A Comprehensive Guide* 5^{de} uitg (Butterworths Durban 2006)

E

Elias 1981 *ILJ*

Elias P "Fairness in Unfair Dismissal: Trends and Tensions" 1981 *ILJ* 201-217

F

Freer 1998 *ILJ*

Freer A "The Range of Reasonable Responses Test-From Guidelines to Statute" 1998 *ILJ* 335-347

G

Grogan *Dismissal, Discrimination*

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

Grogan *Workplace Law*

Grogan J *Workplace Law* 8^{ste} uitg (Juta Kaapstad 2005)

Grogan 2000 *Employment Law Journal*

Grogan J "Death of the reasonable employer: The seismology of review" 2000 *Employment Law Journal* 4-11

Grogan 2007 *Employment Law Journal*

Grogan J "Locking Horns: Whose idea of fairness counts?" 2007 *Employment Law Journal* 3-15

Grogan 1999 *Employment Law Journal*

Grogan J "More reasonable than others: The test for the fairness of dismissals" 1999 *Employment Law Journal* 3-5

Grogan 1999 *Employment Law Journal*

Grogan J "Blowing the whistle: The test for evaluating CCMA awards" 1999 *Employment Law Journal* 14-20

Grogan 2007 *Employment Law Journal*

Grogan J "Two edged sword: The CC's ruling in Rustplats" 2007 *Employment Law Journal* 4-8

Grogan 2000 *Employment Law Journal*

Grogan J "Who is the fairest? Fitting punishments" 2000 *Employment Law Journal* 4-10

M

Myburgh (lesing gelewer te Potchefstroom op 15 Oktober 2007)

Myburgh PH *Law of Evidence* (Lesing gelewer te Potchefstroom op 15 Oktober 2007)

Myburgh en Van Heerden 2000 *ILJ*

Myburgh J en Van Niekerk A "Dismissal as a penalty for misconduct: The Reasonable Employer and other approaches" 2000 *ILJ* 2145-2160

N

Neetling, Potgieter en Visser *Deliktereg*

Neetling J, Potgieter JM en Visser PJ *Deliktereg* 4^{de} uitg (Butterworths Durban 2002)

O

Okoli 2007 *De Rebus*

Okoli I "Unfair Dismissal-a balancing act?" 2007 *De Rebus* 7-8

Olivier en Smit *Annual Law Update*

Olivier M en Smit N *Annual Law Update: Labour Law and Aspects of Social Security Law* 2008 University of Johannesburg 63

S

Smit 2000 *TSAR*

Smit N "Selected Individual Labour Law and jurisdictional matters" 2000 *TSAR* 328-812

4.2 Regspraak

B

Bassenden v Corness 1977 ICR 821 CA

British Leyland UK Ltd v Swift 1981 IRLR 91

C

Carephone (Pty) Ltd v Marcus NO and Others 1998 11 BLLR 1093 (LAC)

Chirwa v Transnet Ltd & Others 2008 29 ILJ 73 (CC)

Computicket v Marcus NO & others 1999 2 BLLR 131 (LC)

Country Fair Foods (Pty) Ltd v CCMA & Others 1999 2 BLLR 1117 (LAC)

E

Engen Petroleum Ltd v CCMA & others 2007 8 BLLR 707 (LAC)

F

Ferodo Ltd v Barnes 1976 IRLR 302

French & Computerware Corporation Southern Africa 2003 24 ILJ 2011 (CCMA)

G

Grundy (Teddington) Ltd v Willis 1976 ICR 323 EAT

I

Iceland Frozen Foods v Jones 1982 ICR 17 EAT

J

Jowett v Earl of Bradford 1978 ICR 431 EAT

N

Nampak Corrugated Wadeville v Khoza 1999 BLLR 108 (LAC)

Nasional Education Health and Allied Workers Union v University of Cape Town 2003 3 SA 1 (CC)

Ngongoma v Minister of Education, Culture & Others 1992 13 ILJ 329 (D)

M

Mandaweni v JD Group t/a Bradlows 1998 19 ILJ 1628 (LC)

R

Rustenburg Platinum Mines (Rustenburg Section) v CCMA & Others 2006 11 BLLR 1021 (SCA)

S

Sidumo v Rustenburg Platinum Mines 2008 2 SA 24 (CC)

T

Toyota South Africa Motors v Radebe & others 2000 3 BLLR 243 (LAC)

Tubecon (Pty) Ltd v Nasional Union of Mine Workers of South Africa 1991 12 ILJ 437 (ARB)

V

Vickers Ltd v Smith 1977 IRLR 11 EAT

W

Watling & Co Ltd v Richardson 1978 ICR 1049 EAT

Wells v Derwent Plastics 1978 ICR 424 EAT

Williams and Volkswagen of SA (Pty) Ltd 2002 23 ILJ 1500 (CCMA)

4.3 Wetgewing

Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995

Arbitrasie Wet 42 van 1965

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996

Employment Rights Act, 1996

Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997

4.4 Kodes

Die Kode vir Goeie Praktyk: Ontslag

4.5 Internasionale Konfensies

IAO Konfensie 158 van 1982