

Die regsposisie van tydelike werknemers in diens van tydelike diensverskaffingsagentskappe

A Botes
13020242

LLD voorgelê vir die *Doctor Legum* in Handel – en
Besigheidsreg aan die Potchefstroomkampus van die
Noordwes-Universiteit

Promotor: Prof AL Stander
Medepromotor: Prof PAK le Roux

September 2013

Dankbetuigings

Ek wil hiermee aan die onderstaande partye my innige dank uitspreek vir hulle onbaatsugtige ondersteuning (in welke vorm ookal) in die voltooiing van hierdie studie.

1. My gesin in die besonder en my familie in geheel vir die morele ondersteuning en gebede wat ek op 'n daaglikse basis ontvang het.
2. Die Noordwes-Universiteit vir die geleentheid om my doktorsgraad by hulle te verwerf, asook vir die finansiële ondersteuning wat ek oor die jare in die vorm van verskeie beurse van hulle af ontvang het.
3. Die DAAD NRF vir die ruim beurs wat in 2010 aan my toegeken is, welke beurs my in staat gestel het om ter wille van navorsing na verskeie bestemmings te reis.
4. 'n Baie spesiale dank aan my twee studieleiers, Prof. Leonie Stander en Prof Peter le Roux, wat my elke tree van hierdie studie gedra, gemotiveer, gelei en ondersteun het. Hierdie mylpaal sou verseker nie gehaal kon word sonder die matelose geduld en leiding wat elk van julle aan my gebied het nie. Woorde kan nie my dankbaarheid beskryf nie.
5. 'n Verdere spesiale dank aan die eksaminatore, wat bereid was om tyd op te offer om die proefskrif te lees en te evalueer. Die moeite wat u gedoen het word opreg waardeer.
6. Christine Bronkhorst, die beste regsbibliotekaresse in die wêreld. Jou gelyke moet nog gevind word. Dankie vir jou geduld en helpende hand.
7. Die biblioteekpersoneel van die NWU in die algemeen, wat altyd met 'n glimlag bereid was om te help.
8. Amanda Duvenhage, wat haar uitstekend van haar taak gekwyt het met die taalversorging van die proefskrif. Dankie vir jou fyn oog.
9. Vele dank aan die Oxford Universiteit, meer spesifiek die Bodleian Law Library, wat my toegelaat het om 'n maand tussen hulle rakke vir bronne rond te snuffel. Dankie vir die vriendelike diens van die biblioteekpersoneel.
10. 'n Spesiale dank aan Stefan Wynn-Jones en sy gesin, wat my met ope arms en soos 'n familielid ontvang het en my 'n dak oor my kop gebied

- het gedurende die tydperk wat ek in Oxford was. Die 5-ster behandeling wat ek by julle knus B&B geniet het, het die lang maand weg van die huis af en in die bittere koue draagliker gemaak. Vreeslik baie dankie.
11. Die Universiteit van Namibië (UNAM), meer spesifiek die biblioteek; waar ek toegelaat is om navorsing te doen. Dankie vir die biblioteekpersoneel, asook vir die personeel van die betrokke Regsfakulteit vir hulle hulpvaardigheid.
 12. Anita Stapelberg, wat altyd met geduld my navrae hanteer het. Dankie dat ek jou drumpel kon deurtrap.
 13. Nashua, vir die netjies druk- en bindwerk van die proefskrif vir doeleindes van eksaminering en finale bindwerk. Julle is raakvatters en staatmakers!
 14. 'n Groot dank in die algemeen vir elke vriend, vriendin, kollega, mentor en skouer wat vir my daar was wanneer die energie of die gemoed laag was. Om elkeen te noem is onmoontlik, weet egter dus dat julle nie vergeet is nie. Elke bietjie ondersteuning was waardeer.

'n Laaste groot dank aan elk!

“The failure of any nation to adopt humane conditions of labour is an obstacle in the way of other nations which desire to improve the conditions in their own countries”

Grondwet van die Internasionale Arbeidsorganisasie 2009

Die navorsing vir hierdie studie is afgehandel gedurende Maart 2013 en weerspieël die regsposisie van die onderskeie regstelsels tot en met gemelde datum.

LYS VAN AFKORTINGS

APS	- Africa Personnel Services
AWR	- Agency Workers Regulation
Cope	- Congress of the People
COSATU	- Congress of South African Trade Unions
DA	- Demokratiese Alliansie
EAA	- Employment Agencies Act 1973
EAT	- Employment Appeal Tribunal
EEA	- Employment Equity Act
ESA	- Employment Services Act
ESB	Employment Services Bill
ETUC	- European Trade Union Confederation
EU	- Europese Unie
IAO	- Internasionale Arbeidsorganisasie
KVBA	- Kommissie vir Versoening, Bemiddeling en Arbitrasie
LaRRI	- Labour Resource and Research Institute
MEIBC	- Metal & Engineering Industries Bargaining Council
MoL	- Ministry of Labour
NEDLAC	- National Economic Development and Labour Council
NLO	- Northern Labour Organisation
NPSWU	- National Public Service Workers Union
NUNW	- National Union of Namibian Workers
SLO	- Southern Labour Organisation
SWANLA	- South West Africa Native Labour Association
TES	- Temporary Employment Services
VK	- Verenigde Koninkryk
VN	- Verenigde Nasies
TAWD	- Temporary Agency Work Directive
WAV	- Wet op Arbeidsverhoudinge
WBDV	- Wet op Basiese Diensvoorwaardes
WBV	- Wet op Beroepsgesondheid en Veiligheid
WVBS	- Wet op Vergoeding vir Beroepsbeserings en Siektes

- WVO** - Wet op Vaardigheidsontwikkeling
- WWV** - Wet op Werkloosheidsversekering

SAMEVATTING

Die gebruik van tydelike diensverskaffingsagentskappe as metode ten einde buigsaamheid in die arbeidsmark te bevorder het by die gebrek aan behoorlike regulering tot vele komplikasies gelei. In die afwesigheid van onvoldoende wetgewing het die atipiese samestelling van die driehoekige diensverhouding, gebrekkige regte en minder voordelige diensvoorwaardes van die tydelike werknemers, meerdere gesagsfigure en hulle aanspreeklikheid in verskeie gevalle asook die impak daarvan op kollektiewe bedinging vir sodanige werknemers regsonsekerheid in die hand gewerk. Die agentskappe het metodes ontwikkel om arbeidswetgewing vry te spring en aanspreeklikheid te ontduik, hetsy by wyse van ontbindende bepalings in die dienskontrak of deur die tydelike werknemers as onafhanklike kontrakteurs te bestempel. Laasgenoemde sal tydelike werknemers effektief uit arbeidswetgewing en die gepaardgaande beskerming daarvan sluit.

Vakbonde is in reaksie op die genoemde problematiek teen die gebruik van gemelde agentskappe gekant, wat tot die eis vir die totale verbod op tydelike diensverskaffingsagentskappe gelei het. Dit het vir die Suid-Afrikaanse regering die vraag laat ontstaan of die betrokke agentskappe inderdaad verbied moet word en of dit eerder, as minder drastiese stap in 'n poging om die struikelblokke te negatiewer, by wyse van meer omvattende wetgewing gereguleer moet word. In die lig van die feit dat voorgestelde wysigings vir die Suid-Afrikaanse arbeidswetgewing per geleentheid in die Staatskoerant gepubliseer is (spesifiek met betrekking tot tydelike diensverskaffingsagentskappe), is dit geregverdig om af te lei dat die sosiale partye besluit het om eerder hierdie agentskappe te reguleer as om dit in geheel te verbied.

Die Internasionale Arbeidsorganisasie (IAO) het vanaf 'n vroeë stadium by wyse van konvensies en aanbevelings reëls en regulasies vir die bestuur van diensverskaffingsagentskappe in die algemeen neergelê. Die IAO het, met die bedoeling om aan die algemene arbeidsstandaarde daardeur

geïdentifiseer gevolg te gee, die *Private Employment Agencies Convention* in 1997 opgestel wat op internasionale vlak op alle tydelike diensverskaffingsagentskappe van toepassing gemaak kan word. In hierdie instrument word administratiewe reëls, die verpligtinge van die agentskappe en die kliënte asook regte van tydelike werknemers uiteengesit. Dit word deur die IAO aanbeveel dat alle lidlande daarvan die betrokke konvensie in hulle regstelsels moet toepas.

Tydlike diensverskaffingsagentskappe figureer ook in ander regstelsels. Spesifiek vir doeleindes van hierdie studie word na die Engelse reg (Verenigde Koninkryk (VK)) en die Namibiese reg verwys. Probleme soortgelyk aan dié in die Suid-Afrikaanse reg is hier geïdentifiseer, welke regstelsels uiteenlopende stappe geneem het om die probleme aan te spreek. Die Namibiese regering het in 2007 by wyse van wetgewing die bestuur en gebruik van hierdie agentskappe verbied. Die grondwetlikheid van die verbod is egter in die Namibiese Hooggeregshof getoets, waarna bevind is dat dit ongrondwetlik was omdat dit op 'n persoon se fundamentele reg om 'n beroep of professie van sy keuse te beoefen, inbreuk gemaak het. Sedertdien is die verbod teruggetrek en is nuwe wetgewing in die Namibiese reg gepromulgeer ten einde die agentskappe te reguleer.

In die VK is van meet af gespesialiseerde wetgewing opgestel ten einde vir tydelike diensverskaffingsagentskappe en die tydelike werknemers se regte voorsiening te maak. Die wetgewing is gereeld opgedateer of met nuwe instrumente aangevul in 'n poging om so ver moontlik aan alle betrokke partye se behoeftes te voldoen. Die VK, as lidland van die Europese Unie (EU), wat ook direkte vir doeleindes van die regulering van diensverskaffings-agentskappe die lig laat sien het, het wetgewing gepromulgeer ten einde aan die beginsels in sodanige direkte effek te gee. Bepaalde leerstukke en die skep van 'n derde kategorie "werker" is deur die VK toegepas in 'n poging om moontlike leemtes in die reg met betrekking tot tydelike diensverskaffingsagentskappe en die regte van tydelike werknemers te vul.

Die doel met hierdie studie is om 'n ondersoek na alle noemenswaardige komplikasies van tydelike diensverskaffingsagentskappe te doen ten einde uit te wys welke impak dit op die regte van die tydelike werknemers daaraan verbonde het. Dit sal aangetoon word tot watter mate die Suid-Afrikaanse regsposisie aan die arbeidsstandaarde van die IAO voldoen al dan nie. 'n Vergelykende studie word beoog, deur eerstens in besonderhede vas te stel hoe soortgelyke komplikasies in die VK en die Namibiese reg hanteer is en tweedens aan te toon welke aspekte binne hierdie regstelsels navolgenswaardig is. Laastens sal die potensiële effektiwiteit van die voorgestelde wysigings aan die Suid-Afrikaanse arbeidswetgewing ontleed word, waartydens aanbevelings vir die onopgeloste struikelblokke voorsien sal word. Die aanbevelings is hoofsaaklik daarop gemik om voldoende regte vir tydelike werknemers en regsekerheid by tydelike diensverskaffings-agentskappe te bewerkstellig.

Sleutelwoorde:

Tydlike diensverskaffingsagentskappe – tydelike werknemers – driehoekige diensverhouding – buigsaamheid – werksekuriteit – onafhanklike kontrakteur – artikel 198 WAV – Internasionale Arbeidsorganisasie – atipiese diensverhoudinge – Kode vir Goeie Praktyk – arbeidsmakelaars – ware werkgewer – werknemerstatus – ontbindende bepalings – outomatiese beëindiging – vermoede van werknemer – gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid – billike arbeidspraktyke – verbod op

ABSTRACT

The use of temporary employment services as a means to achieve flexibility in die labour market led to various complications due to a lack of proper regulation. The atypical formation of the triangular employment relationship, limited rights and less favourable employment conditions of the temporary employees, multiple authority figures and their liabilities under various circumstances and the impact thereof on such employees' collective bargaining rights caused legal uncertainty in the absence of sufficient legislation to govern it. Temporary employment agencies developed certain methods in order to evade the restrictive labour legislation and employer duties imposed on them, namely by making use of automatic termination clauses (resolutive conditions) and by categorising the temporary employee as an independent contractor. Last mentioned would effectively exclude the temporary employee from labour legislation and the protection it provides.

In reaction to abovementioned problems, trade unions have been objecting to the use of temporary employment agencies and went as far as demanding the total ban thereof. This raised the question in the South African Government whether said agencies should indeed be banned. The other option is a less restrictive approach and entails the attempt to regulate these agencies by amending the current labour legislation in order to accommodate temporary employment services. In light of the fact that various proposals to amend the current South African labour legislation (especially with regard to temporary employment services) have been published in the Government Gazette, it can be deduced that the social partners ultimately chose to regulate temporary employment agencies rather than ban them altogether.

From an early stage the International Labour Organisation (ILO) provided rules and regulations for the management of employment agencies in general by way of conventions and recommendations. In 1997, in order to give effect to the labour standards identified by it, the ILO brought the

Private Employment Agencies Convention into existence. This document could be applied to all temporary employment agencies on an international level. This document provides for administrative regulations, the duties of the agency and the client as well as the rights of the temporary employees concerned. The ILO recommends that all of its member states incorporate the principles contained within this document in their own legislation.

Temporary employment services are also used in other legal systems. For purposes of this study, the English law (United Kingdom (UK)) and the Namibian law will be scrutinised. Similar issues to those recognised in the South African law have been identified in these countries. However, each has approached said problems in different ways. The Namibian Government banned the conducting and provision of these services by way of legislation in 2007. The constitutionality of the ban has however been questioned by the Supreme Court of Namibia, after which it had been found to infringe upon the fundamental freedom to carry on any business, trade or occupation. The ban was struck down as unconstitutional. The Namibian Government has since promulgated new legislation in which it removed the ban and replaced it with numerous amendments providing for the regulation of temporary employment services.

Since 1973 the UK has been promulgating various instruments for the thorough regulation of temporary employment agencies. These instruments provide for the management of temporary employment agencies and the rights of the employees involved. The relevant legislative instruments have been updated regularly with the purpose of ensuring that the needs of all the parties concerned are met. The UK, as a member state of the European Union (EU), (which has also been providing for the regulation of temporary employment services in various directives), promulgated legislation specifically with the aim to give effect to the principles in the mentioned directives. By way of doctrines and the creation of a third category “worker” the UK has been attempting to prevent any loopholes in their legal system with regard to temporary employment services and the rights of the employees involved.

The aim of this study is to investigate all the important complications experienced with temporary employment agencies in order to indicate the impact the atypical circumstances have on the rights of the temporary employees. The degree to which, if at all, the South African law complies with the preferred labour standards identified by the ILO will be pointed out. A comparative study will be conducted, first by ascertaining in detail how the comparable issues in the UK and Namibian law are dealt with, and second by identifying which aspects in these legal systems could be of value to the South African law. Finally the potential effectiveness of the proposed amendments to the South African labour legislation will be analysed, during which recommendations for the unresolved issues will be provided. The recommendations are mainly aimed at achieving sufficient rights and legal certainty for the temporary employees associated with temporary employment agencies.

Key words:

Temporary employment agencies – temporary employees – triangular employment relationship – flexibility – job security – independent contractor – section 198 LRA – International Labour Organisation – atypical employment relationships – Code of Good Practice – labour brokers – true employer – employee status – resolutive condition – automatic termination – presumption of employee – joint and several liability – fair labour practices – ban on

INHOUDSOPGAWE

Dankbetuigings.....	i
Aanhaling.....	iii
Afsluitingsdatum.....	iv
Lys van afkortings.....	v
Samevatting.....	vii
Sleutelwoorde.....	ix
Abstract.....	x
Key words.....	xii
Inhoudsopgawe.....	xiii

HOOFSTUK 1 : INLEIDING..... 1

1.1	Agtergrond.....	2
1.2	Algemene redes vir die aanwending van tydelike diensverskaffingsagentskappe.....	4
1.3	Problematiek.....	5
1.4	Struktuur van die studie.....	8
1.4.1	Internasionale Arbeidsorganisasie.....	8
1.4.2	Engelse reg (Verenigde Koninkryk).....	12
1.4.3	Namibiese reg.....	15
1.4.4	Suid-Afrikaanse reg.....	18
1.4.5	Gevolgtrekking.....	22

HOOFSTUK 2 : INTERNASIONALE ARBEIDSBELEID EN

	-STANDAARD.....	24
2.1	Inleiding.....	25
2.2	Die Internasionale Arbeidsorganisasie (IAO).....	28
2.2.1	Internasionale arbeidsregte.....	32
2.2.2	Implementering van internasionale standaarde.....	40
2.2.2.1	Metode van “afdwinging”.....	41
2.2.2.2	Suid-Afrika.....	46

2.2.2.3	Engeland (EU/VK).....	49
2.2.2.4	Namibië.....	51
2.2.2.5	Implementering.....	54
2.3	Internasionale arbeidsbeleid en -standaard met betrekking tot atipiese diensverskaffing en tydelike werknemers.....	54
2.3.1	IAO oor “tydelike diensverskaffingsagentskappe”.....	56
2.3.2	IAO oor “atipiese driehoekige diensverhoudinge”.....	60
2.3.3	Regte van tydelike werknemers.....	64
2.4	Gevolgtrekking.....	67

HOOFSTUK 3 : DIENSBESIGHEDE IN DIE ENGELSE REG

	(VERENIGDE KONINKRYK).....	70
3.1	Inleiding.....	72
3.2	Oorsig en kontekstualisering.....	74
3.2.1	Aard van diensbesighede in die VK.....	74
3.2.2	Oorsprong en toename.....	75
3.2.3	Doelwitte van diensbesighede.....	76
3.2.3.1	“Demand”.....	77
3.2.3.2	“Supply”.....	80
3.2.3.2.1	Onvrywillige betrokkenheid by diensbesighede.....	80
3.2.3.2.2	Vrywillige betrokkenheid by diensbesighede.....	81
3.2.4	Implikasies van diensbesighede.....	82
3.3	Gebrekkige werksekuriteit en minder voordelige lone.....	83
3.3.1	Gebrekkige werksekuriteit.....	83
3.3.2	Minder voordelige lone.....	86
3.4	Regte van agentskapwerknemers.....	88
3.4.1	Beperkte aantal regte van agentskapwerknemers.....	88
3.4.2	Redes vir gebrekkige regte.....	92
3.5	Status van agentskapwerknemers in die VK.....	93
3.5.1	“Afhanklike werknemer”, “self-employed” en “werker”.....	93
3.5.1.1	“Afhanklike werknemer”.....	93
3.5.1.2	“Self-employed”.....	96
3.5.1.3	“Werker”.....	99

3.5.2	Uiteindelijke status van agentskapwerknemers.....	100
3.6	Status van werkgewer.....	101
3.6.1	Toetse vir werkgewerstatus.....	102
3.6.2	“Joint-employer”-status.....	103
3.6.2.1	Definiëring en struikelblokke.....	104
3.6.2.2	Regsposisie met betrekking tot verdeelde verpligtinge....	105
3.7	Atipiese driehoekige diensverhouding.....	106
3.7.1	Kontekstualisering.....	107
3.7.2	Leerstuk van “wedersydse verpligting”.....	108
3.8	Vakbonde vs diensbesighede.....	109
3.9	Regulering van agentskapdiensverskaffing.....	112
3.9.1	Employment Agencies Act 1973.....	115
3.9.2	Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations 1976/2003.....	117
3.9.3	Conduct of Employment Agencies and Employment Business (Amendment) Regulations 2007.....	120
3.9.4	Temporary Agency Work Directive 2008.....	122
3.9.5	Agency Workers Regulations 2010.....	125
3.10	Gevolgtrekking.....	128

HOOFSTUK 4 : HUURARBEID-AGENTSKAPPE IN DIE

	NAMIBIESE REG.....	130
4.1	Inleiding.....	131
4.2	Oorsprong van die Namibiese reg.....	132
4.3	Huurarbeid: Voor die 2007-verbod.....	133
4.3.1	Agtergrond.....	133
4.3.2	Oorsprong van huurarbeid.....	134
4.3.3	Toename van huurarbeid.....	139
4.3.4	Implikasies van huurarbeid in Namibië.....	142
4.3.4.1	Vroeëre gebrekkige beskerming.....	142
4.3.4.2	Tydelike werknemers se werknemerstatus.....	147
4.3.4.3	Atipiese diensverhouding en die implikasies daarvan op werkgewerstatus.....	149

4.3.4.4	Vakbonde en huurarbeid.....	151
4.4	Huurarbeid: Die 2007-verbod en sy grondwetlikheid.....	154
4.5	Die vervanging van artikel 128 van die 2007-wet.....	161
4.6	Gevolgtrekking.....	166

**HOOFSTUK 5 : SUID-AFRIKAANSE REG: INLEIDING EN DIE
GEMEENREGTELIKE DRIEHOEKIGE DIENS-
VERHOUDING..... 170**

5.1	Inleiding.....	171
5.2	Agtergrond.....	173
5.2.1	Voordele.....	174
5.2.2	Nadele.....	177
5.2.3	Vakbonde se antagonisme.....	180
5.3	Die driehoekige diensverhouding ingevolge gemenerereg.....	186
5.3.1	Drie verhoudinge en die gemenerereg.....	189
5.3.1.1	Gemeenregtelike toetse deur die howe toegepas.....	190
5.3.1.2	Agentskap-kliënt-verhouding.....	194
5.3.1.2.1	Die kommersiële kontrak.....	194
5.3.1.2.2	Buigsaamheid as resultaat.....	195
5.3.1.3	Agentskap-werknemer-verhouding.....	199
5.3.1.4	Werknemer-kliënt-verhouding.....	203
5.3.2	Vraag na “diensverhouding” en “wergewer”.....	208
5.4	Gevolgtrekking.....	213

**HOOFSTUK 6 : SUID-AFRIKAANSE REG: DIE DRIEHOEKIGE
DIENSVERHOUDING INGEVOLGE DIE
STATUTÊRE REG..... 214**

6.1	Inleiding.....	216
6.2	Wergewer ingevolge die Wet op Arbeidsverhoudinge.....	218
6.2.1	Aanspreeklikheid ingevolge die Wet op Arbeidsverhoudinge.....	220
6.2.1.1	Aanspreeklikheid vir onbillike ontslag.....	221

6.2.1.1.1	Outomatiese beëindiging van 'n werknemer se dienskontrak.....	223
6.2.1.1.2	Klassifikasie van 'n werknemer as onafhanklike kontrakteur.....	232
6.2.1.1.2.1	Definisie van 'n werknemer.....	237
6.2.1.1.2.2	Toepaslikheid van die definisie van 'n werknemer op die posisie van tydelike werknemers.....	238
6.2.1.1.2.3	Vasstelling van werknemerstatus.....	240
6.2.1.2	Aanspreeklikheid vir onbillike arbeidspraktyke.....	244
6.2.1.3	Verkryging van organisatoriese regte en kollektiewe bedinging.....	244
6.3	Werkgewer ingevolge die Wet op Basiese Diensvoorwaardes.....	250
6.4	Werkgewer ingevolge die Wet op Beroepsgesondheid en -veiligheid.....	252
6.5	Werkgewer ingevolge die Wet op Vergoeding vir Beroepsbeserings en -siektes.....	253
6.6	Nuwe voorgestelde wetgewing.....	255
6.7	Proses en vordering.....	256
6.8	Relevante voorgestelde wetgewing.....	257
6.8.1	Wet op Arbeidsverhoudinge.....	257
6.8.1.1	Vakbonde en organisatoriese regte.....	257
6.8.1.2	Identiteit van werkgewer en verpligtinge van gesagsfigure.....	259
6.8.1.3	Beskerming van tydelike werknemers.....	261
6.8.2	Wet op Basiese Diensvoorwaardes.....	263
6.8.3	Employment Equity Act.....	263
6.8.4	Employment Services Bill.....	264
6.9	Gevolgtrekking.....	265
	HOOFSTUK 7 : GEVOLGTREKKING.....	267
7.1	Inleiding.....	268
7.2	Geskikte diensvoorwaardes en lone vir die tydelike	

werknemer.....	269
7.3 Die diensverhouding en die werkgewer.....	272
7.4 Status van die tydelike werknemer.....	280
7.5 Handhawing van werksekuriteit.....	284
7.6 Organisasoriese regte en kollektiewe bedinging.....	287
7.7 Toepaslikheid van die voorgestelde wetgewing.....	289
7.7.1 Registrasie van agentskappe.....	289
7.7.2 Organisasoriese regte en kollektiewe bedinging.....	290
7.7.3 Die agentskap as werkgewer.....	291
7.7.4 Die kliënt as werkgewer.....	296
7.7.5 Aspekte nie deur wetgewing aangespreek nie.....	302
7.8 Slot.....	304
BIBLIOGRAFIE.....	306

HOOFSTUK 1

INLEIDING

1.1	Agtergrond.....	2
1.2	Algemene redes vir die aanwending van tydelike diensverskaffingsagentskappe.....	4
1.3	Problematiek.....	5
1.4	Struktuur van die studie.....	8
1.4.1	Internasionale Arbeidsorganisasie.....	8
1.4.2	Engelse reg (Verenigde Koninkryk).....	12
1.4.3	Namibiese reg.....	15
1.4.4	Suid-Afrikaanse reg.....	18
1.4.5	Gevolgtrekking.....	22

1.1 Agtergrond

Die besigheidswêreld is 'n hoogs kompeterende omgewing. Werkgewers poog om heel voor in die handelsresies te bly deur nie hulle besighede rigied te bestuur nie, deur so ver moontlik geld te bespaar en helaas beperkende wetgewing te vermy. Slegs een van die stappe wat werkgewers volg om hierdie doelwitte te bereik, is deur van atipiese werknemers gebruik te maak. Daar kom verskeie vorme van atipiese werknemers voor,¹ maar vir die doeleindes van hierdie navorsing gaan slegs gefokus word op die regsposisie van tydelike diensverskaffingsagentskappe en die tydelike werknemers wat daarby betrokke is.²

Tydlike diensverskaffingsagentskappe is industriële liggame aan wie persone hulle dienste beskikbaar kan stel, waarna die agentskap (wat in die meeste regstelsels as die werkgever beskou word) die persone aan bepaalde kliënte voorsien om tydelik werk vir daardie kliënt te verrig.³ Uit hoofde van die feit dat die agentskap meestal as die werkgever geïdentifiseer word, sal die meerderheid van die werkgewerverpligtinge, asook die grootste deel van die risiko wat daaruit voortspruit, op die agentskap oorgaan. 'n Kliënt sal slegs die derde party wees wat die arbeid van die tydelike werknemer kan geniet. Dit behoort reeds hier genoem te word dat, alhoewel sodanige dienslewering op die oog af tydelik is, sodanige **tydelike** dienslewering oor 'n tydperk van jare kan strek.

Daar is vervolgens drie partye by tydelike diensverskaffingsagentskappe betrokke: die agentskap, die kliënt wat 'n werknemer vanaf die agentskap

-
- 1 Mhone 1998 19 *ILJ* 207,208; Olivier 1998 *ILJ* 675-677. Deeltydse werk, huiswerk, toevallige werk, vaste termyn kontrakte en tydelike werknemers van tydelike diensverskaffingsagentskappe is vorme van atipiese werknemers.
 - 2 Deur die begrip "tydelike werknemers" te gebruik, word nie veronderstel dat sodanige werknemers slegs tydelik werk nie, aangesien sodanige werknemers jare lank by 'n spesifieke kliënt geplaas kan word. Die woord "tydelik" sal in hierdie konteks gebruik word om die werknemers van agentskappe van die permanente, "standaard" werknemers van die kliënt te onderskei.
 - 3 Theron 2005 *ILJ* 618, 619; Theron 2003 *ILJ* 1253; ILO *Private Employment Agencies* 2.

wil leen en die tydelike werknemer. Die agentskap kan as 'n tussenganger beskou word in die sin dat hy die werknemer bloot aan die kliënt voorsien, maar verder geen beheer oor sodanige werknemer uitoefen nie. Die kliënt betaal slegs 'n fooi aan die agentskap vir die gebruik van die werknemer, terwyl die agentskap vanuit gemelde fooi die tydelike werknemer se salaris betaal.⁴ Bogenoemde word as 'n driehoekige diensverhouding geklassifiseer.

Twee kontrakte ontstaan binne die driehoekige diensverhouding. Die eerste behels die dienskontrak tussen die agentskap en die tydelike werknemer waarin die werknemer onderneem om sy dienste aan die kliënt beskikbaar te stel en die agentskap onderneem om die werknemer daarvoor te vergoed. Die tweede kontrak kom voor in die vorm van 'n kommersiële kontrak tussen die agentskap en die kliënt ingevolge waarvan die agentskap onderneem om die werknemer aan die kliënt te voorsien en die kliënt beloof om die vereiste fooi te betaal.⁵ Soos later sal blyk, is daar 'n derde, ongedefinieerde verhouding, dié tussen die werknemer en die kliënt wat nie op 'n aparte kontrak geskoei is nie.

Hier vind 'n duidelike afwyking van die standaard-diensverhouding plaas, deurdat daar drie persone in plaas van die gewone twee betrokke is en die feit dat die persoon wat die dienste van die tydelike werknemer ontvang, nie die party is wat die werknemer vir genoemde dienste vergoed nie. Alhoewel die tydelike werknemers dienste aan die kliënt lewer, is hulle nie op sy loonlys nie.⁶ Op die oog af blyk dit dan ook dat hier twee gesagsfigure bestaan: die kliënt wat die tydelike werknemer beheer en die

4 Theron 2005 *ILJ* 642; Van Eck 2012 *Int'l J of Comp Lab L & Indus Rel* 30; Benjamin *To Regulate or to Ban* 190, 191; Storrie *Contingent Employment in Europe* 232, 233; Casey *Temporary Employment* 4, 79; Hardy *Labour Law* 97; Davidov 2004 *British J of Indus Rel* 728; Valticos 1973 *Int'l Lab Rev* 43; Jauch <http://www.alrn.org> 2; LaRRI *Labour Hire in Namibia* 7.

5 Le Roux 2009 *Contemporary Labour Law* 22; Bosch 2008 *ILJ* 814; LaRRI *Playing the Globalisation Game* 85; Bell *Employment Law* 22; De Ruyter *Temporary Agency Work* 37.

6 Harvey 2011 *SALJ* 106; Houseman 2001 *Indus Lab Rel Rev* 151; Friedman en Brandwine *Temporary Manpower* 91.

agentskap met wie die werknemer 'n dienskontrak het en wat die werknemer ingevolge daardie dienskontrak vergoed.⁷

1.2 Algemene redes vir die aanwending van tydelike diensverskaffingsagentskappe

Die gebruikmaking van tydelike diensverskaffingsagentskappe is 'n beweging wat globaal toegepas word. Die redes vir die gebruik van sodanige agentskappe is weliswaar in al die regstelsels meestal dieselfde. Die belangrikste redes wat aangevoer word, behels die behoefte aan buigzaamheid in die werkplek,⁸ koste-effektiwiteit,⁹ die verrigting van 'n spesifieke taak en die tydelike vul van 'n permanente werknemer se pos gedurende die tydperk wat laasgenoemde om welke rede ook al afwesig is.¹⁰

By wyse van hoër vlakke van buigzaamheid in die werkplek, is werkgewers daartoe in staat om hulle besighede by die fluktuasie in produksiebehoeftes en die veranderende ekonomie aan te pas. Die gedurige wisselende vraag na produkte of dienste het vervolgens ook werkgewers se inkomste laat fluktueer. Dit het soms moeilik begin word om deurlopend vir die lone van die permanente werknemers te voorsien.¹¹ Derhalwe is dit, in besighede wat byvoorbeeld seisoenale dienste verrig, tot werkgewers se voordeel om hulle personeelbasis vrylik aan te pas soos wat die omstandighede dit

7 Lawrence en Moodley 2011 *Without Prejudice* 67.

8 Van Eck 2012 *Int'l J of Comp Lab L & Indus Rel* 29, 30.

9 Kliënte betaal aan die agentskap slegs 'n uurlikse of weeklikse fooi. Die fooi is kleiner as wat die permanente personeel se salarisse is, diensengevolge is die die kliënt se uitgawes ook minder. Verder spaar die kliënt opleidingskoste aangesien hy eenvoudig 'n werknemer wat reeds oor die nodige vaardighede beskik, aanvra. Sien in hierdie verband Gericke 2010 *Obiter* 96; Fourie 2008 *PER* 118; Houseman 2001 *Indus Lab Rel Rev* 155; Davidov 2004 *British J of Indus Rel* 728; Valticos 1973 *Int'l Lab Rev* 43. Sien ook Klerck 2003 *South African Journal of Labour Relations* 70 en Klerck 2008 *Employee Relations* 363.

10 LaRRI *Playing the Globalisation Game* 82; Palmer 2009 <http://www.polity.org.za> 1; Syrett *Employing Job Sharers* 78; Böheim en Zweimüller *Employment of Temporary Agency Workers* 5.

11 Benjamin 2004 25 *ILJ* 789; Fenwick *et al Labour Law* 18; Davies *Perspectives on Labour Law* 80; Klerck 2005 *South African Review of Sociology* 269; Klerck 2009 *JCAS* 88.

vereis. Gemelde buigsaamheid beteken ook dat werkgewers, as die kliënt tot die driehoekige diensverhouding, die tydelike werknemers makliker as permanente werknemers kan laat gaan.¹² Hierdie is 'n kontroversiële onderwerp wat in dié betrokke studie aangeraak sal word.

1.3 Problematiek

In die Suid-Afrikaanse regstelsel spesifiek, maar ook in verskeie ander regstelsels, was dit duidelik dat die atipiese aard van hierdie werknemers se dienslewering dit soms moeilik en selfs onmoontlik gemaak het om die bestaande arbeidsregte op hulle van toepassing te maak, wat hulle vervolgens in 'n weerlose posisie geplaas het. Arbeidswetgewing het aanvanklik hoofsaaklik vir die standaard-diensverhouding voorsiening gemaak, maar die toenemende gewildheid van tydelike diensverskaffingsagentskappe en die vreemde samestelling van die driehoekige diensverhouding het die besef laat ontstaan dat wetgewing so moet ontwikkel ten einde vir die behoorlike en billike regulering van die driehoekige diensverhouding, asook vir die beskerming van die werknemers wat daarby betrokke is, voorsiening te maak.¹³

Die gebruik van tydelike diensverskaffingsagentskappe is wel grootliks vir werkgewers voordelig, maar in die afwesigheid van wetgewing om dit behoorlik te reguleer, soos tans die geval in die Suid-Afrikaanse reg, hou dit verskeie belangrike implikasies vir die tydelike werknemers in.¹⁴ Tydelike werknemers ontvang kleiner salarisse as permanente werknemers wat dieselfde werk verrig.¹⁵ 'n Ondersoek na die redes hiervoor sal gedoen word. Daar sal ook aangetoon word hoe die misbruik van tydelike werknemers in hierdie konteks beëindig kan word.

12 Theron 2005 *ILJ* 626.

13 Mills 2004 *ILJ* 1204; Van Eck 2012 *Int'l J of Comp Lab L & Indus Rel* 31; SOCPOL *Changing nature of Work* 137; Vettori *Employment Contract* 16, 157-158; Theron 2003 *ILJ* 1249.

14 Olivier 1998 *ILJ* 673.

15 Benjamin 2008 *ILJ* 1585; Benjamin 2010 *ILJ* 851; Klerck *Fractured Solidarities* 186; Jauch *Confronting Outsourcing Head-on* 3; Burgess en Connell *International Aspects* 8.

Weens die driehoekige diensverhouding, soos hierbo genoem, is twee gesagsfigure identifiseerbaar, naamlik die agentskap en die kliënt. Dit blyk onseker te wees waar die ware diensverhouding rus – indien een weliswaar bestaan – en sodoende ook wie dan die ware werkgewer is.¹⁶ Alhoewel die werkgewer in die meeste regstelsels pertinent deur die statutêre reg uitgewys word, stem dit nie noodwendig met die realiteite van die verhoudings ooreen nie. Die vraag wié die werkgewer in die ware sin van die woord is en vervolgens ook wáár die werklike diensverhouding rus, moet beantwoord word. Ter wille van regsekerheid behoort die statutêre posisie die gemeenregtelike posisie onder hierdie omstandighede te weerspieël, anders mag die teenstrydighede administratiewe struikelblokke veroorsaak. Laasgenoemde aspek behoort derhalwe ook getoets te word. Bogenoemde is belangrik om te ontleed aangesien dit 'n direkte impak op die afdwing van die tydelike werknemers se regte sal hê.

'n Verdere implikasie van tydelike diensverskaffingsagentskappe behels die vraag na die tydelike werknemer se status. Die onderskeid wat tussen tydelike werknemers en permanente werknemers getref word, ondermyn tydelike werknemers se aanspraak op regte. Dit is so aangesien die standpunt gehuldig word dat hulle weens die atipiese aard van die diensverhouding nie volwaardige werknemers is nie en derhalwe ook nie op die regte van 'n tipiese werknemer geregtig is nie.¹⁷ Argumente kan ook aangevoer word dat tydelike werknemers wel op die volle spektrum arbeidsregte geregtig is, maar dat die afdwing daarvan onder die omstandighede bemoeilik word.¹⁸ Ten einde aanspreeklikhede ingevolge arbeidswetgewing te ontgom, gaan sommige partye tot die driehoekige diensverhouding selfs so ver as om hierdie werknemers as onafhanklike kontrakteurs te bestempel.¹⁹ Sodoende word laasgenoemde van die trefwydte van arbeidswetgewing uitgesluit.

16 Mills 2004 *ILJ* 1208; Countouris *Changing Law* 162; Evans en Gibb *Precairous Employment* 27.

17 Nakayama en Samorodov *Public and Private Employment Services* 21.

18 Geldenhuys 2008 *SA Merc LJ* 268.

19 NEDLAC 2007 28 *ILJ* 101; Benjamin 2004 *ILJ* 795.

'n Omvattende ondersoek na die status van 'n tydelike werknemer is vervolgens aan die orde, waar eerstens vasgestel sal moet word of die tydelike werknemer oor die algemeen 'n volwaardige werknemer is. Tweedens sal 'n ontleding na die regverdigbaarheid daarvan om tydelike werknemers as onafhanklike kontrakteurs te bestempel, geskied.

Die tydelike werknemer se werksekuriteit kan ook in gedrang kom, aangesien die kliënt meestal bloot vir die agentskap kan vra om die werknemer terug te neem. Dit kwalifiseer nie as ontslag nie siende dat die kliënt nie in 'n dienskontrak met die werknemer staan nie en vervolgens tegnies gesproke nie die dienskontrak beëindig het nie – geen streng arbeidsregreëls verhoed derhalwe die kliënt om so 'n stap te neem nie.²⁰ Nietemin is die werknemer se dienste tog beëindig en kan hy nie meer op lone aanspraak maak nie.

Verder sluit agentskappe soms ontbindende bepalings by die dienskontrak in, ten einde die dienskontrak outomaties te laat eindig wanneer die kliënt soos hierbo genoem, optree. Gevolglik kan die tydelike werknemer nie beweer dat hy onbillik ontslaan is nie, want daar het nie ontslag plaasgevind nie.²¹ Dit plaas die werknemers in 'n weerlose posisie. Daar sal 'n ondersoek na sulke gevalle gedoen word ten einde vas te stel of dit moontlik teen die openbare beleid is en of die situasie geregverdig kan word. Daar sal vasgestel moet word óf en indien wel, hóé tydelike werknemers onder hierdie omstandighede beskerm kan word.

Die laaste problematiese aspek wat aangespreek moet word, behels die omstandighede rondom kollektiewe bedinging. Vakbonde is oor die algemeen antagonisties sover dit tydelike diensverskaffingsagentskappe aangaan. Siende dat die werk wat tydelike werknemers op 'n kliënt se perseel verrig meestal slegs **tydelik** van aard is en hulle derhalwe gereeld

20 Benjamin 2004 *ILJ* 790; Mills 2004 *ILJ* 1208, 1212; Jauch *Namibia Bans Labour Hire* 2; Mwilima *Gender and Labour Market Liberalisation in Africa* 10.
21 Hutchinson 2007 *ILJ* 90; Bosch 2008 *ILJ* 815; Le Roux 2009 *Contemporary Labour Law* 26.

van werkplek verwissel, sukkel vakbonde om die werknemers te bereik en te werf.²² Die verkryging van organisatoriese regte word ook bemoeilik weens die feit dat die tydelike werknemers nie hulle werk op die werkgewer se perseel verrig nie en die agentskap (die werkgewer in die betrokke geval) nie die reg het om organisatoriese regte wat op die kliënt se perseel van toepassing sal wees, kan toestaan nie.²³ Derhalwe, alhoewel geargumenteer kan word dat tydelike werknemers die reg op vryheid van assosiasie en kollektiewe bedinging het, sal die uitoefening daarvan weens praktiese redes nie noodwendig kan realiseer nie. Hierdie aspek behoort ondersoek te word.

Vervolgens sal 'n samevatting van die struktuur van die studie voorsien word. 'n Uiteensetting van die inhoud van elke hoofstuk sal gegee word, asook die oogmerk wat met elke hoofstuk bereik wil word.

1.4 Struktuur van die studie

1.4.1 *Internasionale Arbeidsorganisasie (IAO)*

Die gebruikmaking van tydelike diensverskaffingsagentskappe plaas stremming op die globale arbeidsstandaard. Die rede hiervoor is kortliks omdat gebrekkige wetgewing dit vir werkgewers moontlik maak om met gemak op so 'n wyse op te tree wat strydig met die internasionale arbeidsstandaard is, soos deur die IAO daargestel word. Derhalwe is dit van belang om uit te brei oor wat die IAO se algemene arbeidsstandaarde behels en watter standarde dit in die konteks van tydelike diensverskaffingsagentskappe beoog.

Die IAO is 'n liggaam wat in Geneva, Switserland, gesetel is. Hierdie liggaam is daarop gefokus om eenvormige arbeidsstandaarde wêreldwyd te bewerkstellig. Sodanige arbeidsstandaarde word in konvensies en

22 Kenny en Webster 1998 *Critical Sociology* 225; Klerck 1991 *SALB* 47; Mills 2004 *ILJ* 1208.

23 Harvey 2011 *SALJ* 107.

aanbevelings gestipuleer. Wêreldlande kan vervolgens by die organisasie aansluit en as lede daartoe 'n bydrae in die bereiking van genoemde doelwit lewer deur die bepalings, soos in die konvensies vervat, in hulle eie regstelsels te inkorporeer.

In hoofstuk 2 van hierdie studie sal eerstens 'n ondersoek gedoen word na wat die IAO behels en wat die doelwitte van die organisasie is. Dit sal in hierdie afdeling duidelik word hoekom 'n bespreking van die IAO relevant tot die betrokke studie is. In gemelde afdeling sal ook 'n uiteensetting van die doel en voorkoms van die IAO-konvensies gegee word, asook wat die lidlande moet doen om daardie doel te bewerkstellig.²⁴

Die belangrikste algemene arbeidsstandaarde wat die IAO beoog, sal daarna uiteengesit word ten einde eers die leser op hoogte te bring van die algemene aspekte wat deur die IAO as beskermingswaardig geag word. 'n Beskrywing van die regte betrokke sal aan die hand van verskeie instrumente gegee word, welke instrumente die *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work* en die *ILO Recommendation Concerning the Employment Relationship* insluit.²⁵

Eersgenoemde instrument is vir die doeleindes van die algemene regte uiters belangrik, aangesien dit 'n uiteensetting van die vier kernregte bevat. Dié kernregte, wat ook as menseregte deur sommige erken word, behels die reg op vryheid van assosiasie, die reg om nie gedwing te word om arbeid te verrig nie, die reg om teen kinderarbeid beskerm te word en laastens die reg op gelyke behandeling. Die konvensies by hierdie kernregte betrokke, sal aangedui word. Ander basiese regte sal ook pertinent genoem word, byvoorbeeld die reg op voldoende vergoeding, wat deur die *Protection of Wages Convention* van 1949 beskerm word en die reg om nie onbillik ontslaan te word nie, soos deur die *Termination of Employment Convention* van 1982 verskans word.²⁶ Deur al die regte van

24 Sien paragraaf 2.2.

25 Sien paragraaf 2.2.1.

26 Sien paragraaf 2.2.1.

‘n werknemer te beskerm, poog die IAO om sy “decent work”-oogmerk te bereik. ‘n Kort bespreking van gemelde oogmerk sal volg.

Om aan te sluit by bogenoemde bespreking sal vervolgens aangetoon word hoe die IAO met die implementering van die konvensies te werk gaan. Lidlande is onder geen verpligting om die konvensies te ratifiseer nie en selfs daarna het die IAO, by gebrek aan ‘n regsprekende liggaam, nie die vermoë om die lidlande te **dwing** om die arbeidsstandaarde in hulle regstelsel te handhaaf nie. Daarom moes die IAO ander metodes ontwikkel om lidlande **aan te moedig** om ten minste sommige van die konvensies te ratifiseer en selfs belangriker, om sodanige konvensies te implementeer. Dit sal onder die betrokke afdeling aangetoon word tot watter mate die regstelsels, wat vir hierdie studie relevant is, hulself aan die IAO se standaarde gebonde beskou.²⁷

In die volgende deel van die betrokke hoofstuk sal ‘n volledige uiteensetting gemaak word van hoe die IAO tydelike diensverskaffingsagentskappe, die tydelike werknemers en die driehoekige diensverhouding beskou. Die doel is om aan te toon op watter stadium die IAO erkenning en beskerming aan onderskeidelik tydelike diensverskaffingsagentskappe en tydelike werknemers verleen het. Dit sal ook bepaal word wat gemelde beskerming behels.

Diensverskaffingsagentskappe is so vroeg as 1919 deur die IAO erken, waarna verskeie konvensies opgestel is in ‘n poging om die werknemers daarby betrokke te beskerm. Dit is nodig om te bepaal hoe die IAO die toenemende behoefte aan diensverskaffingsagentskappe hanteer het. Dit moet gevolglik ook bepaal word welke reëls en konvensies as ‘n gevolg aangewend is.²⁸

‘n Volledige bespreking van die *Private Employment Agencies Convention* van 1997 sal voorsien word. Die bespreking sal toon hoe die IAO te werk

27 Sien paragraaf 2.2.2.
28 Sien paragraaf 2.3.1.

gegaan het om 'n balans tussen die belange van die werkgewers en die beskerming van die werknemers te bewerkstellig.²⁹

Hieropvolgend sal 'n uiteensetting gemaak word van hoe die IAO driehoekige diensverhoudinge beskou. Die IAO gaan so ver om dit as 'n bedekte diensverhouding te beskryf en het 'n instrument opgestel in 'n poging om hierdie bedekte diensverhouding te reguleer. Die *Employment Relationship Recommendation* van 2006 sal vervolgens in hierdie verband bespreek word. Die standpunt van die IAO in die geval waar daar onsekerheid is of 'n ware diensverhouding bestaan, moet hier ondersoek word.³⁰ Laasgenoemde is 'n belangrike element wat later in die studie toegepas sal word.³¹

Laastens sal 'n bespreking van die *Private Employment Agencies Convention* van 1997 spesifiek met betrekking tot die regte van tydelike werknemers voorsien word. Ondersoek moet gedoen word na welke regte van tydelike werknemers ingevolge gemelde konvensie beskerm word en watter stappe die lidlande moet neem om dit te verwesenlik.³²

Die uiteindelijke doel van hierdie hoofstuk is om aan te toon wat die arbeidsstandaarde wat alle lidlande van die IAO behoort te handhaaf, is. Dit stel 'n riglyn daar vir die beskerming van werknemers in die algemeen en tydelike werknemers in die besonder (die regte van algemene werknemers sal ook op tydelike werknemers van toepassing wees, mits bevestig word dat hulle inderdaad ware werknemers is). Aan die einde van die studie sal aangetoon word tot watter mate die Suid-Afrikaanse reg aan die belangrikste beginsels van die IAO voldoen en wat dit kan doen om in die betrokke gevalle die goedkeuring van die IAO weg te dra.

29 Sien paragraaf 2.3.1.

30 Sien paragraaf 2.3.2.

31 Sien paragraaf 5.3.2.

32 Sien paragraaf 2.3.3.

1.4.2 Engelse reg (Verenigde Koninkryk)

In hoofstuk 3 van hierdie navorsing sal 'n ondersoek na tydelike diensverskaffingsagentskappe in die Verenigde Koninkryk (VK) geloods word. Kortliks sal vasgestel word wat tydelike diensverskaffingsagentskappe hier behels, asook wat die vernaamste redes vir die toename en doelwitte vir die gebruik van sodanige agentskappe in die VK is.³³

Dit moet onder gemelde afdeling ondersoek word wat die belangrikste doel van sodanige agentskappe behels. Daar moet ook bepaal word wie voordeel uit tydelike diensverskaffingsagentskappe in die VK trek en in welke vorme die voordele bewerkstellig word.³⁴

Aandag sal vervolgens geskenk word aan die implikasies wat die tydelike diensverskaffingsagentskappe en die atipiese driehoekige diensverhouding vir die partye betrokke inhou. Soos in enige ander regstelsel word probleme in dié verband ervaar. Argumente sal aangevoer word rakende die gebrekkige beskerming van die tydelike werknemers, asook welke redes daarvoor aangevoer kan word. Aandag sal eerstens geskenk word aan die werknemers se gebrekkige werksekuriteit. Aspekte soos byvoorbeeld die werknemer se gebrekkige inkomste- en sosiale sekuriteit sal ook ondersoek word.³⁵ Hieropvolgend sal kommentaar op die tydelike werknemers in die VK se minder voordelige lone gelewer word, waartydens ook genoem sal word welke teorieë deur die relevante outeurs hiervoor gevoer word.³⁶

In die volgende afdeling sal 'n studie van die tydelike werknemers se **aanvanklike** minimum regte gedoen word. Hier sal aangetoon word wat die vernaamste tekortkominge in die werknemers se regte is en daar moet ook ondersoek ingestel word oor hoe die VK-howe tydelike werknemers in

33 Sien paragrawe 3.1-3.2.3.2.2.

34 Sien paragraaf 3.2.3-3.2.3.2.2.

35 Sien paragraaf 3.3.1.

36 Sien paragraaf 3.3.2.

hierdie konteks behandel het.³⁷ Daar sal wel hier aangetoon word welke regte die tydelike werknemer absoluut tot sy beskikking het, ongeag sy of haar status.³⁸

Soos dit uit bostaande inligting blyk, was die status van tydelike werknemers onseker, wat 'n direkte invloed op die werknemer se regte gehad het. Verskeie argumente is aangevoer oor die werknemers se status. Dit moes in die VK vasgestel word of die tydelike werknemers afhanklike werknemers of "self-employed" was. Daar is selfs 'n derde kategorie, genaamd "werker" geskep. Elk van hierdie kategorieë sal bespreek word en die argumente van outeurs oor die status van die tydelike werknemers sal telkens onder elke geval vermeld word.³⁹ Dit moet ook ondersoek word of 'n oplossing vir tydelike werknemers se identiteit voorsien is.⁴⁰

Die problematiek met betrekking tot die identiteit van die ware werkgever sal hieropvolgend aangespreek word. Van belang in hierdie geval is die toetse wat deur die VK-howe toegepas word om vas te stel wie die werkgever binne die driehoekige diensverhouding is.⁴¹ Die vraag is of die toetse 'n antwoord op die probleem voorsien en of die "joint-employer status"-beginsel, soos in die VK aangewend, moontlik 'n beter oplossing bied. Daar sal aangetoon word wat hierdie beginsel werklik behels.⁴² Die regsposisie met betrekking tot die verdeling van verpligtinge in hierdie verband sal ook ondersoek word.⁴³

In die lig van die feit dat die driehoekige diensverhouding nie in die VK gedefinieer word nie, het probleme met die regulering daarvan tot stand gekom. Dit was derhalwe onseker waar die ware diensverhouding gelê het. In hierdie geval maak die VK van die "wedersydse verpligting"-leerstuk

37 Sien paragraaf 3.4.1.
38 Sien paragrawe 3.4.1 en 3.4.2.
39 Sien paragraaf 3.5.1-3.5.1.3.
40 Sien paragraaf 3.5.2.
41 Sien paragraaf 3.6.1.
42 Sien paragraaf 3.6.2.1.
43 Sien paragraaf 3.6.2.2.

gebruik om vas te stel wat die waarskynlikste posisie van die diensverhouding is. 'n Verduideliking van sodanige leerstuk sal voorsien word.⁴⁴ Hierna sal 'n bespreking volg wat handel oor vakbonde se opinies van tydelike diensverskaffingsagentskappe, asook hoe hulle die probleme wat hulle met die agentskappe ervaar, benader het.⁴⁵

Die laaste aspek wat in die betrokke hoofstuk aangerak sal word, behels die VK en die Europese Unie⁴⁶ se pogings tot regulering van tydelike diensverskaffingsagentskappe. So vroeg as 1973 is 'n instrument genaamd die *Employment Agencies Act* van 1973 opgestel ten einde vir hierdie agentskappe in die VK voorsiening te maak. Laasgenoemde instrument is oor 'n tydperk van meer as twee dekades deur verskeie ander wetgewing aangevul en gewysig. 'n Uiteensetting van die belangrikste bepalings in gemelde wet sal voorsien word.⁴⁷ Die EU het self oor 'n tydperk vir 'n aantal direkte vir die regulering van diensverskaffingsagentskappe voorsiening gemaak. 'n Verwysing na elk sal kortliks geskied.⁴⁸

Die *Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations* van 1976 het drie jaar na die inwerkingtreding van die *Employment Agencies Act* in werking getree, welke regulasies later in 2003 gewysig is.⁴⁹ Die VK-regering het later weer besluit om die regulasies te wysig, wat tot die *Conduct of Employment Agencies and Employment Business (Amendment) Regulations* van 2007 aanleiding gegee het. 'n Uiteensetting van die belangrikste bepalings in hierdie regulasies sal voorsien word.⁵⁰

44 Sien paragraaf 3.7-3.7.2.

45 Sien paragraaf 3.8.

46 Hierna die EU. Soos in hoofstuk 3 hieronder in besonderhede verduidelik sal word, word die EU in hierdie studie gebruik, aangesien die lande van die VK lidlande daartoe is. Dit beteken vervolgens dat enige relevante instrumente deur die EU daargestel, in die lande van die VK toegepas moet word.

47 Sien paragraaf 3.9.1.

48 Sien paragraaf 3.9.

49 Sien paragraaf 3.9.2.

50 Sien paragraaf 3.9.3.

Twee instrumente, wat die belangrikste in hierdie verband is, behels die *Temporary Agency Work Directive* van 2008 van die EU en die *Agency Workers Regulations* van 2010 van die VK wat in reaksie op eersgenoemde opgestel is. Hierdie twee dokumente maak spesifiek vir die regte en behoorlike behandeling van die tydelike werknemers voorsiening. 'n Volledige verduideliking van wat elk van hierdie instrumente voorskryf, sal geskied. In essensie spreek die instrumente die grootste probleme by tydelike diensverskaffingsagentskappe in die VK aan.⁵¹

Die uiteindelige doel met die bespreking van tydelike diensverskaffingsagentskappe in die VK is om eerstens aan te toon hoe die struikelblokke met tydelike diensverskaffingsagentskappe hier ervaar word en tweedens welke algemene benaderings tot die probleme gevolg word. Die opinies van die VK-outeurs is belangrik in hierdie verband, aangesien dit soms vir die Suid-Afrikaanse regstelsel insiggewend kan wees en moontlik tot nuwe perspektiewe kan lei. Derdens is dit ook van uiterste belang om aan te toon wat die EU en die VK se pogings tot statutêre regulering van die agentskappe behels. Stappe wat daar geneem word, kan moontlik leiding bied vir vrae wat in die Suid-Afrikaanse reg onbeantwoord bly. Uit hoofde van die feit dat die Suid-Afrikaanse reg en Engelse reg albei hulle oorsprong in die Romeins-Hollandse reg het, is dit nie vergesog om hierdie twee regstelsels met mekaar te vergelyk nie. Die ooreenkomste is derhalwe in die grondslae van die onderskeie regstelsels se arbeidsreg gesetel, terwyl die verskille in die regulering van die relevante onderwerp berus.

1.4.3 Namibiese reg

In hoofstuk 4 sal 'n ondersoek na tydelike diensverskaffingsagentskappe in die Namibiese reg geskied. Gemelde ondersoek sal in drie dele aangepak word, naamlik die omstandighede soos dit voor die 2007-verbod op tydelike diensverskaffingsagentskappe bestaan het, die tydperk wat

51 Sien paragrawe 3.9.4 en 3.9.5.

verloop het gedurende die verbod en laastens die omstandighede wat ontvou het nadat die verbod teruggetrek is.

In die eerste afdeling sal 'n historiese oorsig rakende hierdie agentskappe in Namibië voorsien word. 'n Bespreking van die geskiedenis van die agentskappe is noodsaaklik, aangesien dit 'n oorwegende faktor was in die Namibiese regering se besluit om 'n verbod daarop te plaas. Dit sal duidelik word wanneer en in watter vorm die agentskappe die eerste keer ontstaan het, asook die implikasies wat dit vir die werknemers daarby betrokke ingehou het.⁵²

Vroeëre arbeidswetgewing het geen beskerming of regulasies gebied nie, alhoewel daar pogings was om tydelike diensverskaffingsagentskappe in die *Namibiese Arbeidswet* van 2004 te dek. Genoemde wet het ongelukkig nooit in werking getree nie. Die gebrekkige beskerming het derhalwe tot 'n "hire and fire at will"-beleid aanleiding gegee. Daar sal aangetoon word hoe klein die werknemers se salarisse was, asook dat die ekonomiese risiko al meer van die werkgever na die werknemer verskuif het. Verdere aspekte met betrekking tot gebrekkige regte weens die totale afwesigheid van wetgewing in dié verband, sal aangeraak word.⁵³

'n Bespreking van die opinies van outeurs met betrekking tot die status van die tydelike werknemer sal voorsien word. Die vraag is of dit uit hierdie opinies veilig is om te aanvaar dat tydelike werknemers inderdaad as afhanklike werknemers in die Namibiese reg beskou kan word. Daar sal aangetoon word of werkgevers hierdie werknemers vanuit bepaalde regte uitgesluit het⁵⁴ en of die driehoekige diensverhouding ook in hierdie regstelsel 'n impak op die identiteit van die ware werkgever gehad het.⁵⁵ Daar sal vervolgens ook aangedui word wat die Namibiese vakbonde se

52 Sien paragraaf 4.3.2.

53 Sien paragraaf 4.3.4.1.

54 Sien paragraaf 4.3.4.2.

55 Sien paragraaf 4.3.4.3.

opinie van tydelike diensverskaffingsagentskappe behels en hoe hulle die problematiese aspekte daaraan verbode benader.⁵⁶

In die lig van die problematiek wat met tydelike diensverskaffingsagentskappe ervaar word, asook in die lig van die geskiedenis van sodanige agentskappe en die negatiewe gevoelens wat dit tot op hede aangevuur het, het die Namibiese regering besluit om 'n verbod op die gebruik van tydelike diensverskaffingsagentskappe in die *Namibiese Arbeidswet* van 2007 te plaas. 'n Beskrywing van die gevolge hiervan sal in die tweede deel van die hoofstuk voorsien word. Spesifieke verwysing na *Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia*⁵⁷ sal gemaak word. Gemelde saak was die direkte oorsaak daarvan dat die verbod in 2009 teruggetrek is. *Africa Personnel Services* het aangevoer dat die verbod inbreuk maak op hulle fundamentele reg om vrylik 'n besigheid of professie van hulle keuse te beoefen. Die argument is deur die Appèlhof ondersteun, wat daartoe aanleiding gegee het dat die verbod as ongrondwetlik verklaar is. 'n Volledige samevatting van die feite en die bevinding sal voorsien word.⁵⁸

Die derde afdeling behels 'n ondersoek na die omstandighede nadat die verbod in Namibië geskrap is. 'n Ernstige poging moes deur die Namibiese regering aangewend word om so gou moontlik wetgewing te promulgeer ten einde vir tydelike diensverskaffingsagentskappe voorsiening te maak. Dit was seker dat die agentskappe nie so sonder enige vorm van regulering kon voortgaan nie. Die Namibiese regering het uiteindelik in 2012 'n voorgestelde wysigingswet gehad wat alle sosiale vennote se goedkeuring weggedra het. In Augustus van 2012 het die *Namibiese Arbeidswysigingswet 2* van 2012 in werking getree. Hierdie wet maak nou pertinent vir tydelike diensverskaffingsagentskappe voorsiening. Hiermee saam het Deel IV van die *Employment Service Act 8* van 2011 in

56 Sien paragraaf 4.3.4.4.

57 *Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia* 2011 32 ILJ 205 (NmS).

58 Sien paragraaf 4.4.

September 2012 in werking getree. Die wysigings relevant tot tydelike diensverskaffingsagentskappe sal in besonderhede bespreek word.⁵⁹

Die doel van hoofstuk 4 is eerstens om aan te toon watter afmetings tydelike diensverskaffingsagentskappe histories aangeneem het. Dit is sinvol aangesien die Suid-Afrikaanse reg gedurende hierdie tyd in Namibië gegeld het. Die bedoeling hiermee is om nuwe perspektiewe te gee oor die noodsaaklikheid van behoorlike wetgewing wat tydelike diensverskaffingsagentskappe kan reguleer en die werknemers daarby betrokke kan beskerm. Deur hierdie kennis op te doen, kan die leser ook in 'n mate die motivering agter die verbod op tydelike diensverskaffingsagentskappe begryp.

Dit is ook relevant om 'n regstelsel te bespreek waar die verbod op tydelike diensverskaffingsagentskappe weliswaar geïmplementeer is, sodat ook gesien kan word wat die moontlike resultaat daarvan kan wees. Hierdie aspek verskil wesenlik van die posisie in die Suid-Afrikaanse reg en behoort van waarde te wees. Uiteindelik sal die nuwe wetgewing soos in die Namibiese reg opgeweeg word om vas te stel tot watter mate dit 'n bydrae in die oplossing van die probleme in die Suid-Afrikaanse reg kan lewer. Die bepalings sal vervolgens vir relevansie en effektiwiteit in die Suid-Afrikaanse reg getoets word.

1.4.4 Suid-Afrikaanse reg

Die kernbespreking van die studie, dit wil sê die posisie van die Suid-Afrikaanse reg, sal in hoofstuk 5 en hoofstuk 6 geskied. Hierdie twee hoofstukke handel onderskeidelik oor die gemeenregtelike en statutêre posisie van tydelike diensverskaffingsagentskappe in Suid-Afrika.

Hoofstuk 5 sal begin met 'n kort samevatting van wat tydelike diensverskaffingsagentskappe in die Suid-Afrikaanse regstelsel behels en

59 Sien paragraaf 4.5.

waar dit sy oorsprong het.⁶⁰ Die voordele daarvan, byvoorbeeld buigsaamheid in die werkplek en koste-effektiwiteit en ook nadele daaraan verbonde, byvoorbeeld dat die huidige gebrek aan behoorlike regulering van die agentskappe werknemers weerloos laat en dat die werknemers besonder onbillike lone ontvang, sal vlugtig onder hierdie afdeling aangeraak word. Dit is nodig om te ondersoek of, alhoewel die bestaande arbeidswetgewing weliswaar vir tydelike diensverskaffingsagentskappe voorsiening maak, die bepaling daarin vervat prakties uitvoerbaar sal wees.⁶¹

Daar sal hieropvolgend ook aandag aan vakbonde se antagonisme geskenk word. Die argumente soos deur die vernaamste vakbonde aangevoer, asook sommige van hulle se aandrang op 'n totale verbod op tydelike diensverskaffingsagentskappe, sal toegelig word. Die beperkings wat die atipiese dienslewering op kollektiewe bedinging plaas, is een van die grootste probleme wat deur vakbonde geïdentifiseer is.⁶² By 'n ander afdeling sal 'n ontleding van hoofsaaklik die problematiek by kollektiewe bedinging gedoen word.

Soos hierbo aangedui, behels een van die groot strikvrae by tydelike diensverskaffingsagentskappe die posisie van die ware diensverhouding en of daar inderwaarheid 'n diensverhouding bestaan. Die doelwit van hoofstuk 5 is om hierdie vraag te ondersoek deur die relevante verhoudinge tot die driehoekige diensverhouding te ontleed en by wyse van die gemeenregtelike toetse vas te stel tot watter mate die verhoudinge aan die voorkoms van 'n diensverhouding voldoen. Die beheertoets, organisasietoets, dominante indruktoets en ekonomiese toets sal dus op die agentskap-werknemer-verhouding en die werknemer-kliënt-verhouding toegepas word.⁶³

60 Sien paragraaf 5.2.

61 Sien paragrawe 5.2.1 en 5.2.2.

62 Sien paragraaf 5.2.3.

63 Sien paragraaf 5.3.1-5.3.1.4.

Wanneer by wyse van die gemeenregtelike toetse vasgestel word waar die ware diensverhouding rus, sal dit ook logies aandui wie ingevolge die gemenereg die werkgewer is of behoort te wees. In hierdie verband sal ter aanvulling van die argumente na regspraak verwys word. Dit moet ook hier ondersoek word wat die oorwegende faktor behoort te wees wanneer die ware diensverhouding bepaal word.⁶⁴

In hoofstuk 6 sal 'n studie van die huidige statutêre posisie van tydelike diensverskaffingsagentskappe gedoen word. Verskeie wetgewing maak tans vir gemelde agentskappe voorsiening, ingevolge welke wetgewing die werkgewer en dus ook die diensverhouding binne die driehoekige diensverhouding geïdentifiseer is. Daar sal ook telkens aangedui word wat die gevolge hiervan is. Sodanige gevolge sal beoordeel word deur vas te stel tot watter mate dit billik en uitvoerbaar is en waar relevant sal kritiek gelewer word.

Die bepalings in die *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995⁶⁵ moet ondersoek word. Gevolglik moet 'n ontleding van die bepalings met betrekking tot die definisie van tydelike diensverskaffingsagentskappe, die identiteit van die werkgewer en die aanspreeklikheid van die partye geskied.⁶⁶ Argumente en kritiekpunte sal telkens in hierdie verband gevoer word.

'n Belangrike feit wat genoem kan word, is dat artikel 198 van die WAV vir die gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid van die agentskap en die kliënt vir bepaalde aspekte voorsiening maak. Dit, asook bogenoemde aanspreeklikheid van die agentskap vir ontslag, het tot metodes gelei om sodanige verantwoordelikhede te ontkom. Eerstens word die tydelike werknemer as onafhanklike kontrakteur deur die agentskap en/of kliënt bestempel ten einde hom of haar effektief vanuit arbeidswetgewing uit te sluit. Sodoende doen nie een van die gesagsfigure werkgewerverpligtinge

64 Sien paragraaf 5.3.2.

65 Hierna WAV.

66 Sien paragrawe 6.2 - 6.2.1.3.

op nie. Die partye argumenteer dat die tydelike werknemer se metode van dienslewering in sommige gevalle so 'n klassifikasie regverdig. Kritiek sal op hierdie metode gelewer word. 'n Behoorlike ondersoek na die definisie van 'n werknemer soos in die WAV gevind, sal geloods word. Daar sal getoets word of 'n tydelike werknemer binne die definisie sal resorteer. 'n Volledige onderskeid sal ook tussen 'n tydelike werknemer en 'n onafhanklike kontrakteur gemaak word, ten einde aan te toon of dit geregverdig kan word om 'n tydelike werknemer 'n onafhanklike kontrakteur te noem. Daar sal ook volledig aandag aan die vermoede van 'n werknemer ingevolge artikel 200A van die WAV geskenk word.⁶⁷ 'n Belangrike aspek om te bepaal, is die tydelike werknemer se ware status, aangesien dit 'n direkte impak op sy arbeidsregte sal hê.

Die tweede metode waarmee aanspreeklikheid vrygespring kan word, het spesifiek betrekking op die agentskap se verantwoordelikheid in gevalle van onbillike ontslag. 'n Ondersoek sal gedoen word na die metode van die agentskap om by wyse van 'n ontbindende bepaling in die dienskontrak sy verantwoordelikheid in hierdie verband vry te spring. Kritiek sal op hierdie metode gelewer word, met dié dat dit 'n beperking op die tydelike werknemer se regte plaas. Daar sal ook in besonderhede na regspraak in hierdie verband verwys word, ten einde aan te toon hoe die howe gemelde metode beskou.⁶⁸

'n Tydelike werknemer se beskerming in die kollektiewe sin is in bogenoemde geval baie beperk, hoofsaaklik omdat vakbonde dit moeilik vind om hulle te bereik. Hiermee saam word die verkryging van organisatoriese regte bemoeilik weens die feit dat die werknemers nie hulle dienste op die werkgewer, naamlik die agentskap, se perseel verrig nie. 'n Uiteensetting van die betrokke struikelblokke sal voorsien word. Dit sal ook aangetoon word welke bepalings in die arbeidsreg vir hierdie

67 Sien paragraaf 6.2.1.1.2-6.2.1.1.2.3.
68 Sien paragraaf 6.2.1.1.1.

omstandighede voorsiening maak. 'n Behoorlike begrip van die betrokke probleem sal die skep van 'n oplossing vergemaklik.⁶⁹

Hieropvolgend sal die statutêre posisie met betrekking tot tydelike diensverskaffingsagentskappe in die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* 75 van 1997, *Wet op Beroepsgesondheid en Veiligheid* 85 van 1993 en die *Wet op Vergoeding vir Beroepsbeserings en Siektes* 130 van 1993 ontleed word. Daar sal aangetoon word wie in elk van die gevalle as die werkgewer beskou word, asook wat die implikasies daaraan verbonde, behels. Kritiek sal waar nodig gelewer word.⁷⁰

Die vraag wat beantwoord moet word, is of die realiteit van die driehoekige diensverhouding, soos in hoofstuk 5 vasgestel, met die statutêre regsposisie soos in hoofstuk 6 ooreenstem. Indien nie, moet ondersoek word welke onpraktiese omstandighede en leemtes in die reg daardeur veroorsaak word.

In die laaste deel van hoofstuk 6 sal 'n ontleding van die nuwe voorgestelde wysigings van die bestaande arbeidswetgewing gedoen word. 'n Volledige bespreking van wat sodanige voorgestelde wysigings behels, sal voorsien word.⁷¹ Dit sal aangetoon word tot welke mate die voorgestelde wetgewing daartoe in staat is om die bestaande leemtes in die reg te vul.

1.4.5 Gevolgtrekking

In hoofstuk 7 sal 'n samevatting van die belangrikste aspekte met betrekking tot die huidige situasie in die Suid-Afrikaanse reg rakende tydelike diensverskaffingsagentskappe voorsien word. Die spesifieke struikelblokke waarvoor oplossings gevind moet word, behels: tydelike werknemers se minder voordelige diensvoorwaardes, spesifiek met

69 Sien paragraaf 6.2.1.3.

70 Sien paragrawe 6.3, 6.4 en 6.5.

71 Sien paragrawe 6.6, 6.7 en 6.8-6.8.4.

betrekking tot lone; die vraag na die bestaan van 'n diensverhouding en vervolgens die sinvolle identiteit van die werkgewer, veral met betrekking tot werkgewerverpligtinge; die status van tydelike werknemers en of dit geregverdig kan word om hulle as onbeskermd onafhanklike kontrakteurs te bestempel; die handhawing van tydelike werknemers se werksekuriteit en die respekter van hulle reg om nie onbillik ontslaan te word nie; die beperkte uitoefening van kollektiewe bedinging weens die veelvoudige gesagsfigure en die driehoekige diensverhouding en laastens die vraag of die voorgestelde wetgewing voldoende is om die struikelblokke hierbo beskryf die nekslag toe te dien.

In elke geval sal die vernaamste kritiekpunte aangevoer word. Daar sal ook telkens na die IAO en ander regstelsels verwys word om die onderskeid in benaderings en regsposisies uit te lig. Eersgenoemde sal geskied ten einde aan te toon tot watter mate die Suid-Afrikaanse regering nie aan die internasionale arbeidsstandaarde van die IAO voldoen nie. Dit sal vervolgens 'n algemene aanduiding wees waar die Suid-Afrikaanse reg aangepas behoort te word. Die vergelyking met ander regstelsels geskied met die doel om 'n bydrae te lewer in die oplossing van die probleme in die Suid-Afrikaanse regstelsel. Deur by 'n betrokke aspek aan te toon hoe ander regstelsels die internasionale probleme benader het, kan nuwe perspektief en nuwe idees vir oplossings gevind word.

Daar sal vervolgens gepoog word om praktiese oplossings te vind vir die probleme wat geskets sal word. Waar toepaslik sal na die huidige en voorgestelde arbeidswetgewing verwys word. Sou dit blyk vanuit die gevolgtrekking dat die bestaande wetgewing, asook die wetgewing wat vir die Suid-Afrikaanse reg beoog word, nie bepalinge bevat wat die bestaande probleme aanspreek of indien die bepalinge daarin vervat nie voldoende is nie, sal in die betrokke gevalle aanbevelings gemaak word. Die uiteindelik doel van hierdie studie is om ondersoek te doen na die beperking van die regte van werknemers van tydelike diensverskaffingsagentskappe en hoe die beperkings verlig kan word.

HOOFSTUK 2
INTERNASIONALE ARBEIDSBELEID EN STANDAARD

2.1	Inleiding.....	25
2.2	Die Internasionale Arbeidsorganisasie (IAO).....	28
2.2.1	Internasionale arbeidsregte.....	32
2.2.2	Implementering van internasionale standaarde.....	40
2.2.2.1	Metode van “afdwinging”.....	41
2.2.2.2	Suid-Afrika.....	46
2.2.2.3	Engeland (EU/VK).....	49
2.2.2.4	Namibië.....	51
2.2.2.5	Implementering.....	54
2.3	Internasionale arbeidsbeleid en -standaard met betrekking tot atipiese diensverskaffing en tydelike werknemers.....	54
2.3.1	IAO oor “tydelike diensverskaffingsagentskappe”.....	56
2.3.2	IAO oor “atipiese driehoekige diensverhoudinge”.....	60
2.3.3	Regte van tydelike werknemers.....	64
2.4	Gevolgtrekking.....	67

2.1 Inleiding

Die Internasionale Arbeidsorganisasie⁷² beoog 'n internasionale arbeidsbeleid en -standaard ingevolge waarvan 'n werknemer oor sekere regte behoort te beskik en waar verskeie verpligtinge tot die realisering van hierdie regte teen die werkgever afgedwing kan word. Hierdie regte behoort ten alle tye sover moontlik beskerm en gerespekteer te word.⁷³ Die handhaaf van hierdie arbeidsstandaard is noodsaaklik vir 'n gesonde diensverhouding tussen die werknemer en die werkgever en gevolglik vir produktiwiteit en effektiwiteit in die ekonomie.

Herbert verklaar dan ook dat:⁷⁴

International labour standards provide a common measuring stick against which national progress in addressing these issues can be evaluated. They have been developed through the combined efforts of governments, employers and workers' organizations from 178 countries around the world. Their overriding objective is to ensure basic rights and decent conditions of work. As the economy continues along the path of globalization, it is important that these universal instruments are brought into full play as they represent a globally agreed floor, a foundation on which to build economic wellbeing and social justice. Not only can international labour standards stimulate improvements in national social and labour legislation, they can also inspire good practices at the sectoral and enterprise level, as employers and workers integrate their principles into collective agreements.

Hierdie arbeidsstandaard is op alle werknemers van toepassing en behoort internasionaal toegepas te word, **ongegag die tipe diensverhouding** waarin hulle hulself bevind.⁷⁵ Weens die tipe diensverhouding van tydelike werknemers van tydelike diensverskaffingsagentskappe heers die vraag of

72 Hierna IAO.

73 Hierdie standaard word in konvensies en aanbevelings uiteengesit. Voor die ratifikasie van 'n konvensie is gemelde standaard slegs 'n riglyn en word lidlande van die IAO **aangemoedig** om die standaard te handhaaf. Sou 'n lidland 'n bepaalde konvensie ratifiseer, sal daardie bepalings as **bindend** op die lidland geag word, en is gemelde lidland verplig om die bepalings soos in die konvensie vervat binne hulle eie wetgewing te inkorporeer. Bepaalde standaard sal wel reeds voor ratifikasie as bindend op lidlande beskou word, slegs vanweë die feit dat hulle lede van die IAO is. Hierdie aspek sal later weer in meer besonderhede genoem word. Sien paragraaf 2.2.1.

74 Herbert *International Labour Standards* 2.

75 Sien byvoorbeeld werknemers in 'n tydelike diensverhouding wat slegs stukwerk verrig.

daar inderdaad 'n diensverhouding bestaan en gevolglik die vraag of dieselfde internasionale arbeidsstandaarde ook op hulle van toepassing is.⁷⁶

Die IAO erken dat oor die afgelope twee dekades 'n vinnige toename in atipiese diensverskaffing⁷⁷ plaasgevind het. Dit het ook aangetoon dat hierdie toename gelei het tot die afname in werknemers se beskerming weens die feit dat hierdie atipiese diensverskaffing uit onnatuurlike en dus op die oog af onbeskermd diensverhoudinge bestaan het.⁷⁸ Die IAO was skepties oor diensverskaffingsagentskappe se voortbestaan. Dit was van oordeel dat daar geen waarborg is dat die voordele en nadele wat uit atipiese diensverskaffing voortvloei eweredig in alle regstelsels versprei sal kan word nie.⁷⁹ Die rede hiervoor is moontlik die verskil in ekonomiese- en arbeidsregtelike strukture. Die ontwikkeling en samestelling van verskeie lande se regstelsels soos byvoorbeeld Zimbabwe en ander Afrika-lande kan ook tot gevolg hê dat daar meer nadele as voordele met tydelike diensverskaffingsagentskappe ervaar word. Die afleiding kan gemaak word dat slegs lande met sterk ontwikkelde regstelsels en gevestigde wetgewing voordeel uit gemelde agentskappe kan trek. Weens hulle ontwikkeling sou dit vir dié lande makliker wees om sulke agentskappe na behore te bestuur.

Volgens die IAO moet sekere relevante beleidsoorwegings ondersoek word aangesien dit onseker is in watter mate hierdie atipiese diensverskaffing voordele vir almal inhou. Die beleidsoorwegings kom voor in die vorm van drie vrae, naamlik, in die eerste plek, die vraag of die toename in atipiese

76 Wanneer in hierdie konteks van tydelike werknemers gepraat word, word daar verwys na werknemers in atipiese diensverhoudinge met tydelike diensverskaffingsagentskappe en die kliënte waaraan die werknemers verskaf word.

77 "Atipiese diensverskaffing" sluit aan by die begrip "atipiese diensverhouding". Werknemers wat hulleself in 'n atipiese (buitengewone) diensverhouding bevind, is werknemers wat atipiese vorme van diens verskaf, byvoorbeeld tydelike en deelydse dienste.

78 Benjamin 2004 *ILJ* 791; Fourie 2008 4 *PER* 133; Smit en Fourie 2009 *TSAR* 521; Theron 2008 *ILJ* 15,16; Fudge en Owens *Precarious Work* 3,59. Die toename in die gebruik van atipiese diensverskaffing en die afname in werknemers se beskerming word deur die IAO se *Committee of Experts* beskou as 'n "common denominator".

79 Mhone 1998 *ILJ* 197.

diensverskaffing bevorder moet word en indien wel, hoe. Tweedens moet gevra word hoe die maksimum voordeel uit hierdie atipiese diensverhoudinge vir die hele gemeenskap - dit wil sê vir tydelike werknemers, werkgewers en kliënte - geput kan word. Die laaste vraag is hoe hierdie atipiese diensverhoudinge gereguleer kan word sonder dat die betrokke werknemers daaronder ly.⁸⁰

Soos egter hieronder duidelik sal word, glo die IAO dat arbeidsregte almal behoort toe te kom. Daarom het dit, ten spyte van die bedenkinge oor die lewensvatbaarheid van tydelike diensverskaffingsagentskappe, steeds tydelike werknemers as beskermingswaardig geag en later selfs instrumente spesifiek vir sodanige werknemers geskep. Die idee is dat tydelike werknemers nie van die wye reeks arbeidsstandaarde van die IAO uitgesluit moet word nie.

Vervolgens sal eers 'n studie van die IAO gedoen word ten einde 'n omvattende begrip van die algemene oogmerke van die IAO te verskaf. Om hierdie doel te bereik, sal na verskeie relevante beginsels en instrumente verwys word. Gedurende hierdie uiteensetting sal ook besondere aandag geskenk word aan die algemene arbeidsstandaarde wat die IAO wil handhaaf.

'n Bespreking van die algemene arbeidsstandaarde is in hierdie konteks relevant, aangesien dit noodsaaklik is om kennis te dra van die aspekte wat die IAO as beskermingswaardig beskou. Dit sal dan ook in latere hoofstukke sigbaar wees welke internasionale arbeidsstandaarde nie deur regerings gehandhaaf word sover dit tydelike werknemers aangaan nie.

'n Volledige verduideliking van tydelike diensverskaffingsagentskappe vanuit die IAO se oogpunt sal ook hieronder volg, veral sover dit op die beskerming van tydelike werknemers betrekking het.

80 Mhone 1998 *ILJ* 197.

2.2 Die Internasionale Arbeidsorganisasie (IAO)

Om te verseker dat 'n eenvormige wêreldwye arbeidsstandaard gehandhaaf word, het die IAO na die Eerste Wêreldoorlog deur die Verdrag van Versailles tot stand gekom.⁸¹ Die IAO is 'n organisasie wat spesialiseer in aspekte wat betrekking het op internasionale arbeidsstandaarde en is 'n wêreldliggaam wat bestaan uit die Internasionale Arbeidskonferensie, Internasionale Arbeidskantoor en die Regerende Liggaam.⁸² Die gemelde organisasie is van mening dat die behoud van ewige vrede in die bevordering van sosiale geregtigheid berus. Die IAO is daarom gemoeid met die handhawing van arbeidsstandaarde deur middel van internasionale instrumente genaamd konvensies en aanbevelings.⁸³

Die arbeidsstandaarde waarna hierin verwys word, skep 'n grens waarbuite die lidlande daarvan nie mag tree nie. Dit stel 'n bepaalde minimum vlak van standaarde waarvan nie afgewyk behoort te word nie. 'n Lidland kan wel op die standaarde verbeter, maar behoort nie 'n swakker standaard te handhaaf nie.⁸⁴ Die rede vir hierdie behorensvereistes is omdat al die IAO-instrumente die basis van die beskerming van fundamentele regte en bevordering van arbeidsstandaarde vorm. Dit stel die voorbeeld en maak dit vervolgens vir lidlande moontlik om hulle eie metodes van beskerming te skep en toe te pas. Gevolglik het die lidlande meer beheer oor die formulering en implementering van bepaalde standaarde.⁸⁵

81 Özdemir en Özel 2005 *Sosyal Bilimler Dergisi* 127.

82 Mehmet, Mendes en Sinding *Fair Global Labour Market* 70, 71.

83 Feys 1999 20 *ILJ* 1460; Özdemir en Özel 2005 *Sosyal Bilimler Dergisi* 127,130; Rubery en Grimshaw *Organization of Employment* 246; ILO *Fundamental Rights at Work* 1; *ILO Declaration of Philadelphia* van 1994. Daar word volkome met hierdie siening saamgestem. Vir so lank as wat geregtigheid seëvier en die regte van werknemers regoor die wêreld gerespekteer word, sal oproerigheid voorkom word. Die gevolg is vrede en harmonie in die werkplek tussen werknemers en werkgewers asook tussen medewerknemers.

84 Feys 1999 *ILJ* 1463; Mehmet, Mendes en Sinding *Fair Global Labour Market* 88.

85 Feys 1999 *ILJ* 1459,1463; Trebilcock 1997 *Comparative Labor Law Journal* 80.

Die IAO is gegrond op die beginsel dat arbeid nie 'n kommoditeit is nie, welke beginsel wye erkenning geniet. Die beginsel is bevestig in die *ILO Declaration of Philadelphia* van 1944.⁸⁶ Dit het byvoorbeeld erkenning ontvang in die *Universal Declaration of Human Rights* van die Verenigde Nasies.⁸⁷ Hierdie verklaring bepaal dat elke werker geregtig is op voldoende vergoeding vir werk gedoen. Die vergoeding moet van so 'n aard wees dat dit vir hom en sy familie 'n redelike lewenstandaard skep.⁸⁸

Uit bogenoemde is dit duidelik dat die IAO beskerming aan die partye in 'n arbeidsmilieu verleen deur konvensies op te stel wat deur die lidlande daarvan na ratifikasie in hulle regstelsels toegepas moet word. Die doel van internasionale arbeidswetgewing is om wêreldwye wetgewende eenvormigheid te bereik.⁸⁹ Genoemde instrumente van die IAO dien nie net as riglyn vir die lidlande wat dit geratifiseer het nie, maar ander internasionale organisasies word ook daardeur beïnvloed. Een van hierdie organisasies is die VN, wat 'n punt daarvan maak dat die dokumente en optrede daarvan die wense van die IAO reflekteer.⁹⁰

Dit moet verstaan word dat daar geen verpligting op 'n lidland van die IAO rus om sodanige konvensies te ratifiseer nie.⁹¹ Die IAO moedig egter lidlande aan om ten minste sewe fundamentele konvensies te ratifiseer.⁹²

86 Smit 2006 *TSAR* 153; Trebilcock 1997 *Comparative Labor Law Journal* 81,82. Die beginsel dat arbeid nie 'n kommoditeit is nie, vorm 'n belangrike basis vir 'n groot aantal menseregte; Palmer <http://www.polity.org.za>; Vosko 1997 *Comparative Labor Law Journal* 48; Valticos 1973 *International Labour Review* 46.

87 Hierna die VN.

88 Smit 2006 *TSAR* 153.

89 ILO *International Labour Standards* 5. Die idee is dat dieselfde beleid regoor die wêreld gevolg moet word.

90 Özdemir en Özel 2005 *Sosyal Bilimler Dergisi* 127.

91 Feys 1999 *ILJ* 1461; Rubery en Grimshaw *Organization of Employment* 246. Daar is 'n baie lae vlak van ratifisering van konvensies. Dit blyk dat regerings net eenvoudig nie die konvensies wil ratifiseer of internasionale standaarde in hulle wetgewing wil implementeer nie.

92 Özdemir en Özel 2005 *Sosyal Bilimler Dergisi* 132,133. Wanneer gesê word dat "fundamentele" konvensies geratifiseer moet word, word bedoel daardie konvensies wat prioriteit geniet. Voorbeelde van hierdie fundamentele regte sluit in die reg op beskerming teen kinderarbeid, reg om by 'n vakbond aan te sluit, beskerming teen diskriminasie, veilige werksomstandighede ensovoorts. Die IAO dring egter daarop aan dat daar nie van die nie-fundamentele konvensies vergeet moet word nie.

Wanneer 'n lidland die konvensie geratifiseer het, word die lidland ten sterkste deur die IAO aangeraai om dit in sy gemeenskap toe te pas, maar weens 'n gebrek aan 'n regsprekende liggaam in die IAO word die daadwerklike afdwinging daarvan bemoeilik of selfs onmoontlik gemaak.⁹³

Genoemde instrumente is universeel, maar ook buigsaam genoeg om by enige regstelsel aan te pas. Vir 'n konvensie om werklik universeel toepaslik te wees, behoort die vlak van ontwikkeling en regsbenaderings nie so hoog te wees dat minder ontwikkelde lande dit nie kan toepas nie. Die vlak moet daarenteen nie so laag wees dat dit van geen waarde vir hoogs ontwikkelde lande is nie. Gevolglik behoort 'n baie delikate balans gehandhaaf te word.⁹⁴

Volgens Feys is dit nie noodwendig altyd 'n gewenste toedrag van sake nie. Weens die plooibaarheid van die konvensies is sommige daarvan baie vaag geformuleer en kan dit om dié rede nie antwoorde op spesifieke hedendaagse probleme verskaf nie.⁹⁵ In sulke gevalle behoort regerings inisiatief te gebruik en behoort die konvensies op so 'n wyse geïnterpreteer te word om by hulle eie omstandighede aan te pas. Regerings moet tydens hierdie optrede teen waninterpretasie waak; die interpretasie moet nie so geskied dat dit die konteks en oogmerk van die konvensie totaal verander nie.

Die buigzaamheid van die konvensies het weliswaar ook die voordeel dat dit by veranderde omstandighede kan aanpas.⁹⁶ 'n Situatie wat vroeër nie bestaan het nie en waarvoor die konvensies nie uitdruklik voorsiening gemaak het nie, behoort in 'n mate steeds deur dieselfde konvensie gedek te word, soos die geval by tydelike diensverskaffingsagentskappe is.⁹⁷

93 Daar sal later meer aandag geskenk word aan die afdwinging van die IAO-instrumente. Sien paragraaf 2.2.2-2.2.2.1.

94 ILO *International Labour Standards* 3.

95 Feys 1999 *ILJ* 1459,1463; Trebilcock 1997 *Comparative Labor Law Journal* 80. Die IAO hoop dat die universaliteit van die konvensies die ratifisering daarvan vir groter hoeveelhede lidlande moontlik maak.

96 Valticos 1973 *International Labour Review* 43.

97 Die rede hiervoor is die wye formulering van die konvensie en die universaliteit van die konvensie se toepassing.

Eers na 'n in diepte analise sal vasgestel kan word in welke mate die konvensie wel voorsiening vir 'n nuwe situasie maak.

Lidlande moet 'n bepaalde arbeidsstandaard nastreef wat kwaliteit aan werknemers se lewens verseker, in so 'n mate dat dit hulle gevoel van menswaardigheid en sekuriteit bevorder. Hierdie verpligting skep op sy beurt die reg vir werknemers om aanspraak te maak op sodanige standaard en beskerming, welke reg soos volg in die *Grondwet* van die IAO gereflekteer word:⁹⁸

All human beings...have the right to pursue their material well-being and their spiritual development in conditions of freedom and dignity, of economic security and equal opportunity.

Arbeidsstandaarde, met bogenoemde mikpunte, behels 'n gebalanseerde verhouding tussen sosiale- en ekonomiese regulasies.⁹⁹ Dit is sosiaal in die sin dat dit voorsiening maak vir die werknemer se sosiale regte, byvoorbeeld gesondheid en veiligheid. Dit is verder ekonomies deurdadig dat dit voorsiening maak vir die vergoeding van die werknemer vir dienste verrig. Hierdie twee aspekte loop só nou saam, dat billike optrede by die een positiewe resultate by die ander kan oplewer. Indien 'n werknemer in 'n gelukkige en veilige werksomgewing werk, kan hy bydra tot effektiwiteit en produktiwiteit omdat hy waarskynlik harder sal werk.¹⁰⁰

Die IAO het gevolglik sosiale geregtigheid en die voorkoming van onbillike kompetisie ten doel. Wanneer na sosiale geregtigheid verwys word, beteken dit dat die wêreldgemeenskap nie net verantwoordelik is vir die handhawing van vrede en goeie verhoudinge tussen die lande nie, maar dat dit ook 'n aktiewe rol in die welstand van die ekonomies aktiewe burgers wat daardie gemeenskap uitmaak, speel.¹⁰¹ Die voorkoming van onbillike kompetisie het effektiewe en produktiewe arbeidsmarkte ten

98 A 40(2)(a) *Constitution of the International Labour Organization*, 2009; Trebilcock 1997 *Comparative Labor Law Journal* 79,80; ILO *International Labour Standards* 6; ILO *Fundamental Rights at Work* 57.

99 Mehmet, Mendes en Sinding *Fair Global Labour Market* 90.

100 Mehmet, Mendes en Sinding *Fair Global Labour Market* 90.

101 Feys 1999 *ILJ* 1461; Mehmet, Mendes en Sinding *Fair Global Labour Market* 74.

doel.¹⁰² Rubery en Grimshaw dui aan dat hierdie twee oogmerke saamhang en dat dit die afdwinging van die internasionale arbeidsstandaarde binne die konteks van globalisering en integrering van die wêreld ekonomie bevorder.¹⁰³

2.2.1 Internasionale arbeidsregte

Soos hierbo aangedui, is die IAO met 'n bepaalde arbeidsstandaard gemoeid wat regoor die wêreld ter beskerming van werknemers se regte gehandhaaf behoort te word. Die beskerming van alle werknemers se regte is weer eens in 1998 by die opstel van die *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work* beklemtoon. Genoemde beskerming is op alle tipes werknemers van toepassing, ongeag waar hulle werk en in **watter tipe diensverhouding** hulle staan.¹⁰⁴ Wanneer iemand die status van “werknemer” verkry, raak hy geregtig op 'n versameling vasgestelde regte. Die status van “werknemer” vorm dus die basis van hierdie regte, welke regte deur die werkgever gerespekteer moet word.¹⁰⁵

Bogenoemde versameling regte verwys na 'n minimum statutêre standaard wat werknemers se reg op voldoende vergoeding, betaling vir oortyd, veilige werksomstandighede en jaarlikse verlof reguleer. Saunders¹⁰⁶ is van mening dat hierdie minimum statutêre standaard slegs tot die beskikking van werknemers is wat hulle in 'n normale diensverhouding bevind.

In teenstelling met Saunders se mening hierbo genoem, het die IAO die *ILO Recommendation Concerning the Employment Relationship* van 2006 opgestel, wat bepaal dat lidlande van die IAO stappe in hulle wetgewing behoort te neem om werknemers wat **in een of ander vorm** van 'n diensverhouding is, se regte te beskerm. Die aanbeveling bepaal verder dat dit binne die lidland se diskresie is hoe hy hierdie doelwit gaan bereik,

102 Rubery en Grimshaw *Organization of Employment* 242.

103 Rubery en Grimshaw *Organization of Employment* 242.

104 ILO *Informal Economy* 3; Alston 2004 *EJIL* 458.

105 Saunders *Defining Vulnerability* 18.

106 Saunders *Defining Vulnerability* 8,9.

mits daardie lidland deurentyd aan die IAO se arbeidsstandaarde uitvoering gee.¹⁰⁷ Die afleiding word gevolglik gemaak dat, ingevolge hierdie instrument, daar geen onderskeid getref moet word tussen werknemers van verskillende tipes diensverhoudinge nie en dat almal op gelyke beskerming geregtig is. Bogenoemde is dientengevolge op tydelike werknemers van toepassing en derhalwe tot hulle voordeel.

Werknemers se regte sluit behalwe vir bogenoemde minimum regte, die reg om nie onbillik ontslaan te word nie, **gelyke** vergoeding en die reg om by 'n vakbond aan te sluit, in.¹⁰⁸ Die IAO-Grondwet¹⁰⁹ dui aan dat dit daarop gemik is om 'n "adequate living wage" vir werknemers te verseker. Die IAO poog vervolgens om dit te bewerkstellig by wyse van die *Protection of Wages Convention* van 1949, wat op alle persone van toepassing is aan wie vergoeding betaalbaar is. Die belangrikste aspek wat hier bepaal word, is dat **alle** werknemers 'n bepaalde vasgestelde vergoeding behoort te ontvang.¹¹⁰

Die hoofmerk van die IAO¹¹¹ word ook die "decent work"-oogmerk genoem.¹¹² Dit bewerkstellig 'n gelyke speelveld deur wêreldwye werksomstandighede te harmonieer.¹¹³ Die IAO het vier aspekte ter ondersteuning van die aangeduide "decent work"-oogmerk geïdentifiseer. Dit behels die beginsels van voldoende werksgeleenthede, beskerming van werknemers se regte, sosiale beskerming en verteenwoordiging. Die "decent work"-oogmerk behoort 'n positiewe impak op alle werknemers te hê.¹¹⁴

107 NEDLAC 2007 *ILJ* 107,108; *ILO Recommendation Concerning the Employment Relationship* van 2006.

108 Dit word allerweë as die internasionale regte van werknemers beskou.

109 *Constitution of the International Labour Organization* 2009.

110 *ILO International Labour Standards* 258,259. Verder word bepalinge rakende verskeie ander aspekte byvoorbeeld aftrekkings, vorme van betaling, metode van betaling en waarborge ook hierin gevind.

111 Om die lewenstandaard van alle werknemers te verbeter deur alle regte wat hulle as werknemers besit te bevorder en beskerm.

112 *ACCI Issues Paper* 1, 2; Fourie 2008 4 *PER* 134; Alston 2004 *EJIL* 488.

113 Feys 1999 *ILJ* 1459.

114 Fourie 2008 *PER* 134; Smit en Fourie 2009 *TSAR* 517, 521; *ILO Fundamental Rights at Work* 3,4.

Wat die internasionale regte van 'n werknemer betref, kan 'n onderskeid tussen verskeie kategorieë van regte getref word. Dit behels basiese regte, oorlewingsregte, sekerheidsregte en burgerlike regte. Basiese regte sluit ook alle internasionale menseregte in, byvoorbeeld die reg teen kinderarbeid en die reg om nie teen gediskrimineer te word nie. Oorlewingsregte het te doen met die reg op billike vergoeding vir werk gedoen en skadevergoeding vir werksverwante beserings. Sekerheidsregte behels daardie regte wat 'n werknemer teen onbillike ontslag beskerm en wat die reg op 'n skeidingspakket na afloop van 'n aflegging verseker. Laastens kan burgerlike regte onderskei word, waarvan die reg op kollektiewe bedinging en die reg om by 'n vakbond aan te sluit, voorbeelde is.¹¹⁵

Aanvanklik het die IAO by wyse van drie kategorieë arbeidsstandaarde te werk gegaan. Bepaalde standarde het voorsiening gemaak vir onderskeidelik die beskerming van sekere basiese menseregte, die standarde wat sosiale beleid moes reguleer en laastens die standarde wat gemik was op die vestiging van sekere basiese arbeidsstandaarde. Die IAO het egter na verloop van tyd besluit dat dit wenslik sal wees om 'n klein hoeveelheid kernregte te identifiseer, uitsluitlik met die doel om die IAO se aanvanklike stelsel en effektiwiteit op te skerp en te verfyn. Gevolglik is vier internasionaal erkende kernregte aangedui.¹¹⁶

Die vier kernregte soos deur die IAO geïdentifiseer, is die reg op vryheid van assosiasie, die reg op beskerming teen gedwonge dienslewering, die reg op beskerming teen kinderarbeid en die reg om nie teen gediskrimineer te word nie,¹¹⁷ welke regte deur verskeie IAO-konvensies beskerm word.¹¹⁸ Genoemde regte word beskou as dié fundamentele arbeidsregte waarop

115 Rubery en Grimshaw *Organization of Employment* 245.

116 Rittich *Rights, Risk and Reward* 40; Alston 2004 *EJIL* 484.

117 Weens die aard van arm, onderontwikkelde lande was eers slegs die eerste drie regte as kernregte geïdentifiseer. Later is besluit om die definisie van "kernregte" uit te brei deur die reg op gelyke behandeling ook by die ander te voeg.

118 ILO *Informal Economy* 2; Countouris *Changing Law* 158; Alston *Labour Rights as Human Rights* 3, 214; Alston 2004 *EJIL* 458.

die werknemer kan aanspraak maak en word in sodanige vorm in die *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work* vervat.¹¹⁹ Al die ander regte is aanvullend tot die kernregte, maar dit beteken nie dat die basiese regte minder beskerming verdien nie.¹²⁰ Dié kombinasie van regte was gemik op die balansering van sosiale- en ekonomiese ontwikkeling.¹²¹

Aanvanklik is hierdie regte nie as regte beskou nie, maar as blote beginsels.¹²² 'n Moontlik rede hiervoor is die feit dat die lidlande onder geen verpligting was om die konvensies te ratifiseer nie. Dit sou derhalwe onregverdig wees om dit as regte te bestempel terwyl nie alle lidlande se werknemers daarop kon aanspraak maak nie. Gebore uit hulle lidmaatskap word 'n stilswyende verpligting op lidlande geplaas om die beginsels in die konvensies in hulle wetgewing te implementeer, ongeag of hulle dit geratifiseer het of nie. Met ander woorde, daar rus sodanige verpligting op 'n lidland weens die blote feit dat dit 'n lid van die IAO is.¹²³ Laasgenoemde het die klassifikasie van die kernregte as amptelike regte geregtig.¹²⁴

Die eerste kernreg, die reg op vryheid van assosiasie, behels die reg van werknemers om by 'n vakbond van hulle keuse aan te sluit en om gevolglik ook aan kollektiewe bedinging deel te neem. Die IAO-konvensies wat hier ter sprake is, is die *Freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention* van 1948 en *The Right to Organize and Collective Bargaining* van 1975.¹²⁵ Die *Freedom of Association Committee* van die regerende liggaam van die IAO het beslis dat hierdie konvensies op alle werknemers van toepassing is, ongeag die tipe kontrak waarvolgens hulle in diens geneem is. Dit is ook die geval ongeag of daar 'n diensverhouding

119 Alston 2004 *EJIL* 458,464; Mehmet, Mendes en Sinding *Fair Global Labour Market* 76.

120 Die idee is dat die vier kernregte die bestaande regte en standarde van die IAO moet komplimenteer en dit op geen manier vervang of degradeer nie. Voorbeelde van basiese regte is die reg op behoorlike vergoeding, reg op vryheid van uitdrukking en die reg op jaarlikse verlof.

121 Mehmet, Mendes en Sinding *Fair Global Labour Market* 76.

122 Alston *Labour Rights as Human Rights* 3; Alston 2004 *EJIL* 458,459,476.

123 Feys 1999 *ILJ* 1469; Countouris *Changing Law* 156; Alston 2004 *EJIL* 459.

124 Alston *Labour Rights as Human Rights* 3; Alston 2004 *EJIL* 458,459,476.

125 Feys 1999 *ILJ* 1473; Smit en Fourie 2009 *TSAR* 526. Eersgenoemde konvensie is reeds deur 149 lidlande van die IAO geratifiseer.

bestaan of nie. Daar word nie 'n onderskeid tussen die tipes werknemers getref nie.¹²⁶ Die afleiding kan gemaak word dat hierdie konvensies ook op werknemers van tydelike diensverskaffingsagentskappe van toepassing is.

Beskerming teen gedwonge dienslewering as die tweede kernreg geskied by wyse van die *Forced Labour Convention* van 1930 en die *Abolition of Forced Labour Convention* van 1957. Kragtens hierdie konvensies mag geen dienste van iemand ontvang word as daardie persoon dit nie vrywillig beskikbaar gestel het nie.¹²⁷

Die reg om nie aan kinderarbeid onderwerp te word nie, is die derde kernreg. Die IAO het 'n program genaamd die *International Programme on Elimination of Child Labour* begin wat kinderarbeid beveg. Dit het gelei tot die *Minimum Age Convention* 138 van 1973 wat 'n minimum ouderdom wat 'n persoon moet wees voordat hy in diens geneem mag word, bepaal.¹²⁸

Wat die vierde en laaste kernreg, die reg op gelyke behandeling betref,¹²⁹ het daar vir baie jare verskeie vorme van ongelyke behandeling plaasgevind. Dit het voorgekom in die vorm van apartheid, asook die minderheidsposisie van vroue in die gemeenskap. Die IAO het in hierdie omstandighede konvensies opgestel om die probleem van ongelykheid aan te spreek. Hierdie konvensies is *Equal Remuneration for Men and Women Workers for Work of Equal Value Convention* van 1951 en *Discrimination (Employment and Occupation) Convention* van 1957. As gevolg van die beleid van apartheid en rasse-ongelykheid was dit noodsaaklik vir alle lidlande om hierdie konvensies te ratifiseer om aan te toon dat hulle ernstig was om alle ongelykhede en diskriminasie hok te slaan.¹³⁰ Die reg om nie teen gediskrimineer te word nie, word ook in artikel 1 van die *Employment*

126 Smit en Fourie 2009 *TSAR* 526; Fourie 2008 *PER* 139; Countouris *Changing Law* 158.

127 Feys 1999 *ILJ* 1470. Alle lidlande wat nog nie hierdie konvensies geratifiseer het nie, word ten sterkste aanbeveel om dit te doen. Hulle moet in elk geval jaarliks verslag lewer oor hulle implimentering van hierdie fundamentele reg.

128 Feys 1999 *ILJ* 1472.

129 Met ander woorde die reg om nie teen gediskrimineer te word nie.

130 Feys 1999 *ILJ* 1471; Smit en Fourie 2009 *TSAR* 527.

Policy Convention van 1964 vermeld, wat later deur die *Employment Policy (Supplementary Provisions) Recommendation* van 1984 aangevul is.¹³¹ Die uiteindelik doel van dié instrument is om te verseker dat alle werknemers gelyke geleentheid, gelyke behandeling en gelyke toegang tot beskerming ontvang.¹³²

Hierdie vier kernregte kan ook as vier fundamentele waardes beskou word. Die waardes kom voor in die vorme van vryheid van arbeid (reg op beskerming teen gedwonge arbeid), die gelykheid in arbeid (reg op gelyke behandeling), die beskerming van kinders (reg op beskerming teen kinderarbeid) en deelname (reg op vryheid van assosiasie).¹³³ Die herformulering van waardes na (kern)regte is nie 'n vreemde verskynsel nie, aangesien daar eers waarde aan iets geheg moet word voordat die wil kan ontstaan om dit te beskerm.

Sommige outeurs is van mening dat die lys regte te eng is en nie alle behoeftes dek nie. Fields het aanbeveel dat die lys eerder soos volg moet lyk:¹³⁴

...a ban on slavery and forced labour, an insistence on the right to be fully informed of any unsafe or unhealthy working conditions, a highly qualified freedom from child labour ('whenever their families' financial circumstances allow'), and freedom of association and the right to collective bargaining.

Aangesien die kernregte as fundamentele regte beskou word, kan die afleiding gemaak word dat dit hul oorsprong in die internasionale menseregte het en dat hulle op sigself menseregte is. Alston ondersteun hierdie siening en argumenteer soos volg:¹³⁵

131 Die IAO se aanbevelings is instrumente wat nie van so 'n aard is dat dit soos 'n konvensie geratifiseer hoef te word nie. Lidlande kan slegs aanbevelings aanvaar en ter harte neem. Konvensies aan die ander kant is die instrumente wat na ratifikasie as bindend geag kan word.

132 ILO *International Labour Standards* 217.

133 Alston *Core Labour Standards* 38.

134 Alston *Core Labour Standards* 39.

135 Alston 2004 *EJIL* 471. Brian Langille argumenteer dat daar 'n noue nexus bestaan tussen arbeidsstandaarde en die mikpunt om menslike vryheid aan te moedig.

Human rights and labour lawyers...tend to characterize at least some labour standards as being fundamental to human dignity and assume that the essential minimum standards will only be ensured if a strong legal regime, including national and international components, is put in place in order to encourage governments to ensure the protection of their workers' rights.

In die lig van die “decent work”-oogmerk, wat sy uitvoering in die afdwing van hierdie fundamentele regte het, is dit daarom wenslik om hierdie regte vanuit 'n menseregte-perspektief te beskou.¹³⁶ Dit word ook gestel dat indien arbeidsregte in die *Universal Declaration of Human Rights* vervat word, daardie regte as menseregte beskou moet word. Die vier kernregte word inderdaad in die genoemde instrument verskans.¹³⁷

Mehmet, Mendes en Sinding gee 'n ander rede waarom hierdie arbeidsregte benader moet word asof dit menseregte is en tot 'n groot mate op sigself as menseregte beskou kan word. Volgens hulle is die beskerming van arbeidsregte en die handhawing van standarde soos in die IAO daargestel noodsaaklik vir 'n werknemer se menswaardigheid. Menseregte en hierdie arbeidsregte is dus so nou verbind dat dit as dieselfde geklassifiseer kan word.¹³⁸ Hierdie kernregte is derhalwe spesiaal, aangesien dit wêreldwye erkenning as menseregte ontvang wat in arbeidsreg-konteks toegepas word, spesifiek met die doel om te verseker dat beskerming aan werknemers verleen word, hetsy as burger of werknemer.¹³⁹ Dit kan vervolgens geargumenteer word dat, sou tydelike werknemers bepaalde regte ontsê word, daar in werklikheid op hulle internasionale menseregte inbreuk gemaak word.

Verdere beskermende instrumente deur die IAO opgestel tydens pogings om werknemers se regte te beskerm, sluit die *Termination of Employment Recommendation* van 1963 en die *Termination of Employment Convention* van 1982 in.¹⁴⁰ Hierdie instrumente is daarop gemik om die werknemer

136 ILO *Fundamental Rights at Work* 3,4.

137 Alston *Core Labour Standards* 45; Alston 2004 *EJIL* 476.

138 Alston *Core Labour Standards* 20.

139 Mehmet, Mendes en Sinding *Fair Global Labour Market* 101.

140 Benjamin 2004 *ILJ* 800,801; ILO *International Labour Standards* 247.

van 'n mate van dienssekuriteit¹⁴¹ te verseker en bepaal dat 'n werkgewer 'n werknemer slegs om 'n **billike rede** kan ontslaan en mits hy die **voorgeskrewe prosedure** volg.¹⁴² Gemelde redes sluit wangedrag deur en onbevoegdheid van die werknemer en die operasionele vereistes van die werkgewer in. Die IAO versoek dat lidlande hierdie gronde in hulle eie wetgewing sal definieer.¹⁴³ Hierteenoor behels die prosedure onder andere die vereiste van behoorlike kennis aan die werknemer, 'n geleentheid vir die werknemer om sy saak tydens 'n dissiplinêre verhoor te stel en ook behoorlike konsultasies tussen die belanghebbende partye.¹⁴⁴ Die beskerming van 'n werknemer se sekuriteit is dus relatief en nie absoluut nie.¹⁴⁵

Volgens die IAO word dienssekuriteit gedefinieer as:¹⁴⁶

...workers have protection against arbitrary and short-notice dismissal from employment, as well as having long-term contracts of employment and having employment relations that avoid casualisation.

'n Werknemer wat dienssekuriteit geniet en as gevolg daarvan 'n gelukkige werker is, werk harder as die werknemer wat verwag om die volgende week ontslaan te word. Dienssekuriteit bevorder dus ook die produktiwiteit van die besigheid en lojaliteit van die werknemers.¹⁴⁷ Die *Termination of Employment Convention* van 1982 is weliswaar nie van toepassing op werknemers wat uit hoofde van 'n vaste termyn kontrak aangestel is, wat vir 'n proeftydperk werk of wat informele werk vir kort tydperke doen nie.¹⁴⁸

141 Dienssekuriteit moet van werksekuriteit en inkomstesekuriteit onderskei word. Werksekuriteit behels slegs die sekuriteit om 'n spesifieke pos te beklee waarvoor 'n werknemer sy spesifieke vaardighede en kwalifikasies kan gebruik. Inkomstesekuriteit aan die ander kant hoef nie noodwendig iets te doen te hê met die ontvang van 'n salaris nie. Dit kan ook verwys na geld wat van die staat ontvang word (byvoorbeeld pensioen en werkloosheids-toelaag) of geld vanaf familie (Dasgupta *Employment Security* 6; Presidential Commission *RP 83/1996* 11).

142 Dit sluit aan by die reg van 'n werknemer om nie onbillik ontslaan te word nie.

143 Yemin 1976 *Int'l Lab Rev* 18.

144 Yemin 1976 *Int'l Lab Rev* 19,26; ILO *International Labour Standards* 250.

145 Geldenhuys 2008 *SA Merc LJ* 279; ILO *International Labour Standards* 248.

146 Dasgupta *Employment Security* 3.

147 Dasgupta *Employment Security* 2,8.

148 Smit en Fourie 2009 *TSAR* 534; ILO *International Labour Standards* 247.

'n Aspek wat gevaar vir 'n werknemer se sekuriteit kan inhou, is die toename in buigsaamheid oftewel “flexibility” in die arbeidsmark. Veranderende, kompeterende omstandighede vereis van werkgewers om hulle besighede meer aanpasbaar by kliënte se eise te maak. Die feit dat werkgewers aan hulle besighede en personeelbasis moet verander, gee werknemers se sekuriteit 'n knou.¹⁴⁹ Buigsaamheid as rede vir die gebruik van tydelike diensverskaffingsagentskappe het gevolglik 'n direkte impak op tydelike werknemers se sekuriteit. 'n Balans moet tussen buigsaamheid en sekuriteit gehandhaaf word om te voorkom dat een party meer voordeel uit die situasie trek as 'n ander.¹⁵⁰

Die behoefte aan sekuriteit sluit aan by die “decent work”-beginsels hierbo genoem, aangesien sekuriteit benodig word om 'n bepaalde waardige lewenstandaard te kan handhaaf. Werknemers benodig stabiliteit wanneer aspekte soos ouderdom en familieverantwoordelikhede mettertyd 'n rol begin speel.¹⁵¹

Die vrees bestaan dat die beskerming van werknemers se sekuriteit werkgewers sal afskrik om mense in diens te neem omdat daar dusdoende soveel druk op werkgewers geplaas word. Sou hierdie vrees realiseer, sal werkloosheidsgetalle waarskynlik vermeerder. Bogenoemde instrumente poog derhalwe om die delikate balans tussen die sekuriteit van die werknemer en die belange van die werkgewer te handhaaf.¹⁵²

2.2.2 Implementering van internasionale standaarde

Wanneer 'n lidland van die IAO 'n konvensie geratifiseer het, word dit van die lidland verwag om die beginsels in hierdie konvensie in sy eie regstelsel

149 Presidential Commission *RP 83/1996* 2; Dasgupta *Employment Security* 7.

150 Auer en Cazes *Employment Stability* 21; Presidential Commission *RP 83/1996* 3,11. Die beste manier om hierdie balans te handhaaf, is by wyse van “voice recognition”, dit wil sê die stemme van werknemers tydens kollektiewe bedinging by wyse van vakbonde. Cazes en Nesporova *Flexicurity* 3.

151 Auer en Cazes *Employment Stability* 21.

152 ILO *International Labour Standards* 253.

te inkorporeer. Die lidland moet gevolglik wetgewing daarstel om op nasionale vlak aan die beskerming van die IAO uitvoering te gee.¹⁵³ Aangesien die IAO-konvensies van sulke uiterste belang is, moes die IAO op sy beurt metodes daarstel om te bepaal tot watter mate aan sy vereistes voldoen word. Dit is so aangesien die konvensies op papier nutteloos is as dit nie in die praktyk tot uitvoering kom nie.

Die skep van 'n paar belangrike IAO-dokumente het 'n groot rol in die vorming en ontwikkeling van die IAO gespeel asook in die bevordering van lidlande se samewerking in die implementering van die IAO se standarde en vervolgens die beskerming van werknemers se regte. Die eerste van hierdie dokumente is die *Declaration and Action Plan* wat opgestel is tydens die *World Summit* in 1995. Alle lande wat hieraan deelgeneem het, het onderneem om kwaliteit werk te voorsien en om alle fundamentele regte van werknemers te beskerm. Hulle het ook onderneem om die implementering van die IAO-konvensies deur hulle uitvoerende magte aan te moedig. Hierdie lande het dit op hulle geneem om die beginsels soos in die IAO-konvensies uitgestip, na te jaag met ekonomiese groei en respek vir werknemers se fundamentele regte as dryfveer.¹⁵⁴ Die IAO het in 'n groot mate daarin geslaag om aan sy mikpunte te voldoen, deurdat lidlande hulle beloftes in ruil vir die respek van ander lande nagekom het. Die morele afkeur van medelidlande is 'n goeie afskrikmiddel wat lidlande aanspoor om aan die minimum standarde van die IAO te voldoen.

2.2.2.1 *Metode van “afdwinging”*

Wanneer 'n lidland 'n bepaalde konvensie ratifiseer, word daardie konvensie min of meer soos 'n verdrag tussen die lidland en die IAO hanteer. Die probleem bestaan egter dat daar geen metode van werklike afdwinging is nie, aangesien die IAO soos reeds genoem nie oor 'n regsprekende gesag vir so 'n doel beskik nie. Daar is veral nie sanksies

153 Dit is die normale omstandighede, maar dit is moontlik dat bepaalde konvensies na ratifikasie deur 'n spesifieke lidland outomaties afdwingbaar sal wees, sonder dat dit in die lidland se wetgewing vervat hoef te word.

154 Özdemir en Özel 2005 *Sosyal Bilimler Dergisi* 129.

wat opgelê kan word wanneer 'n lidland nie die konvensie in sy wetgewing inkorporeer nie. Al wat die IAO kan doen, is om lidlande aan te moedig en aanbevelings te maak in die hoop dat daar wel uitvoering aan die konvensies gegee sal word.¹⁵⁵ Nietemin, alhoewel daar nie direkte metodes van afdwinging is nie, word die stelsel wat deur die IAO op internasionale vlak gebruik word as een van die effektiiefstes beskou.¹⁵⁶

Die IAO gaan op drie gebiede te werk.¹⁵⁷ In die eerste plek identifiseer dit 'n bepaalde arbeidsstandaard wat gehandhaaf moet word. Dit stel gevolglik 'n instrument op wat die spesifieke standaard vereis. Hierdie instrument kan dan deur 'n lidland geratifiseer word, waarna sodanige lidland die bepaalde standaard in sy regstelsel behoort te handhaaf.¹⁵⁸

Die tweede gebied kan as die uitvoerende aspek van die IAO beskou word. Elke lidland wat 'n bepaalde konvensie geratifiseer het, moet vir die toepassing van hierdie konvensie in die lidland se regstelsel verantwoordings doen deur op 'n gereelde basis 'n verslag voor te lê.¹⁵⁹ In die verslag moet die lidland bewyse lewer dat hy wel sy belofte nagekom het deur te verseker dat die betrokke standaard nagestreef word. Die IAO-forum, wat met die beoordeling van handhawing van die standarde

155 Fudge en Owens *Precarious Work* 17.

156 ILO *Fundamental Rights at Work* 2. Die opinie word gehuldig dat, by gebrek aan direkte metodes van afdwinging, kan indirekte metodes aangewend word. Wanneer 'n land homself as 'n lidland by die IAO aanteken, moet daar 'n verklaring deur die land onderteken word. Hierdie verklaring moet meld dat die nuwe lidland onderneem om alle beleide en standarde van die IAO in sy regstelsel te inkorporeer. Sou die lidland dan versuim om aan hierdie belofte te voldoen, sou dit van die status as lidland ontnem word. Dientengevolge sou dit alle respek van die IAO en die ander lidlande verloor, en sou dit as vyand gebrandmerk en op 'n swartlys geplaas word. Gevolglik sal die land se reputasie daaronder ly, wat op die beurt kan lei tot afname in samewerking van ander lande en afname in ekonomie.

157 ACCI *Issues Paper* 1,3.

158 Soos in paragraaf 2.2.1 hierbo genoem moet lidlande bepaalde beginsels in konvensies (hoofsaaklik met betrekking tot die vier kernregte) respekteer en in hulle wetgewing aanwend bloot weens die feit dat hulle lede van die IAO is. Die IAO stel 'n standaard daar wat lidlande moet navolg, en sal nie vrygespreek word omdat die lidland nie die konvensie geratifiseer het nie.

159 Die IAO hou rekord van die implementering van bepaalde arbeidsstandarde binne die lidlande. Risiko lidlande (waar standarde nie na wense gehandhaaf word nie) sal deur die IAO tydens vergaderings geïdentifiseer word, welke lidlande opgeroep sal word om verslag te lewer. Die IAO sal in hierdie gevalle dan ook voorstelle maak oor hoe die tekortkominge reggestel sal kan word.

gemoed is, is die *Committee on the Application of Standards*. Die derde gebied van toepassing is 'n verdere aktiewe rol waar die IAO spesiale programme aan lidlande beskikbaar stel.¹⁶⁰ Die doel van hierdie programme is om lidlande by tegniese aspekte in hulle uitvoerende- en regsprekende sferes behulpsaam te wees.¹⁶¹

Die *Declaration of Fundamental Principles and Rights* wat in 1998 deur die IAO opgestel is, maak voorsiening vir die bevordering van werknemers se regte en lê in artikel 3 verskeie maatreëls vir die afdwinging van die IAO-konvensies aan lidlande neer.¹⁶² In artikel 3(a) word bepaal dat die aantal ratifikasies van die IAO-konvensies wat beskerming van werknemers se regte ten doel het, moet toeneem. Dit bepaal dan verder in artikel 3(b) dat, sou 'n lidland nie 'n bepaalde konvensie ratifiseer nie, dit steeds die lidland sal ondersteun en help om die beginsels in die konvensie te implementeer. Laastens bepaal dit in artikel 3(c) dat hulp beskikbaar gestel sal word met die bevordering van ekonomiese ontwikkeling as oogmerk.¹⁶³

Aan laasgenoemde instrument is 'n addendum genaamd die *Follow-Up* geheg. Hierdie is 'n toevoeging tot die verklaring, maar het steeds soveel krag asof dit vooraf deel van die verklaring was. Die doel van die *Follow-Up* is om lidlande aan te moedig om die fundamentele reëls en beginsels van

160 By wyse van hierdie programme wat aan lidlande leiding in die implementering van instrumente kan verskaf, word dit makliker gemaak vir lidlande om te verstaan wat van hulle verwag word. Dit vergemaklik die afdwinging van konvensies deurdat lidlande sonder veel inspanning sodanige beginsels in hulle regstelsel kan inkorporeer. Die gevolg kan ook groter kanses op sukses in die onderskeie lidlande wees. Dit is so aangesien die lidlande leiding ontvang het in die korrekte metodes van implementering.

161 ACCI *Issues Paper* 1,3; Rubery en Grimshaw *Organization of Employment* 247.

162 Rubery en Grimshaw *Organization of Employment* 246. Hierdie instrument vorm 'n raamwerk vir die IAO om die beleid van bevordering van arbeidsstandaarde na te jaag. ILO *Fundamental Rights at Work* 3; Mehmet, Mendes en Sinding *Fair Global Labour Market* 76.

163 Özdemir en Özel 2005 *Sosyal Bilimler Dergisi* 131; ILO *Fundamental Rights at Work* 3. Geen lidland kan gevolglik beweer dat dit probleme ondervind het met die implementering van sekere standaarde nie. Daar word vrylik hulp vanaf die IAO aangebied juis om hierdie skuiwergat te voorkom.

die IAO in die algemeen en die verklaring self in die besonder te bevorder en selfs, indien moontlik, te verbeter.¹⁶⁴

Die *Follow-Up* het betrekking op verslae deur die lidlande aan die IAO. Twee tipes verslae word vereis. Die eerste behels 'n jaarlikse verslag waar die lande wat nie die fundamentele konvensies van die IAO geratifiseer het nie, verslag aan die direkteure moet lewer oor hulle pogings om steeds die beginsels in die konvensies vervat, toe te pas. Indien hulle nie sodanige pogings aangewend het nie, sal van hulle vereis word om hul wetgewing aan te pas om gevolglik daaraan te voldoen. Morele druk kan moontlik op hierdie lidlande uitgeoefen word, sou hulle *contra bonos mores* opgetree het. Die tweede verslag word 'n "globale verslag" genoem. Dit behels in die eerste plek 'n vierjaarlikse verslag waar die fundamentele beginsels en regte van die afgelope vier jaar ondersoek word. Dit vorm dan in die tweede plek 'n fondasie waarop die IAO kan bou en verbeter. Hier sal dus gesien kan word waar daar tekortkominge is wat aangespreek moet word.¹⁶⁵ Lidlande is gesteld op hulle goeie naam en wil nie graag bekendstaan as die "land waar niks gebeur nie" of "die land wat nie omgee wat met sy burgers gebeur nie". Deur verpligte verslae te lewer, word weer eens druk op die lidlande geplaas om aan die vereistes van die IAO te voldoen.

Die verpligting om verslae te lewer, word soos volg in artikel 19(5)(c) van die IAO-Grondwet¹⁶⁶ opgelê:

Members shall inform the Director-General of the International Labour Office of the measures taken in accordance with this article to bring the Convention before the said competent authority or authorities, with particulars of the authority or authorities regarded as competent, and of the action taken by them.

164 ILO *Fundamental Rights at Work* 3; Özdemir en Özel 2005 *Sosyal Bilimler Dergisi* 131.

165 Özdemir en Özel 2005 *Sosyal Bilimler Dergisi* 132; ILO *Fundamental Rights at Work* 3.

166 A 19(5)(c) *Constitution of the International Labour Organization*, 2009; ILO *International Labour Standards* 3.

Lidlande moet dus bewyse lewer van die stappe wat hulle geneem het om aan die bepaalde geratifiseerde konvensie uitvoering te gee. Die lidland moet verder ook kan bewys dat die stappe effektief is.¹⁶⁷ Die spesifieke liggaam wat die verslae analiseer en bepaal of lidlande die bepalings in die geratifiseerde konvensies in hulle wetgewing toepas, is die *ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*. Gevolglik sien die IAO nie net hoe die lidlande die geratifiseerde konvensies toepas nie, maar ook of die konvensies effektief is en waar lidlande sukkel met die uitvoering daarvan.¹⁶⁸

Wanneer die verslae aan die komitee voorgelê word, analiseer die komitee eers die verslae voordat dit by wyse van twee stappe reageer, naamlik algemene kommentaar en direkte versoeke. Eersgenoemde behels kritiese kommentaar oor die doeltreffendheid van die spesifieke stappe wat die lidland volg om aan die konvensie te voldoen. Die direkte versoeke kom voor in die vorm van aanbevelings. Hier identifiseer die komitee tekortkominge in die lidland se regstelsel en toon aan waar nog wetgewing ingestel moet word om daardie leemtes te vul.¹⁶⁹

Soms stel hierdie komitee 'n lys van lidlande op, welke lidlande se verteenwoordigers voor die komitee moet verskyn om 'n bespreking te voer oor die vereistes van die IAO-konvensies en hoe hulle toepassings daarvan afwyk. In sommige gevalle van ernstige, langdurige afwyking van die IAO-konvensies sal die komitee 'n spesiale lys van hierdie oortreders opstel en dit vir 'n dieper ondersoek aan die *International Labour Conference* voorlê.¹⁷⁰

167 Dit op sigself is reeds 'n goeie en effektiewe afdwingingsmeganisme.

168 Yemin 1976 *Int'l Lab Rev* 23; Feys 1999 *ILJ* 1462; ILO *Private Employment Agencies* 6; ILO *Fundamental Rights at Work* 2. Hierdie komitee bestaan uit 20 hoogs gekwalifiseerde deskundiges in die regs- en sosiale veld. Mehmet, Mendes en Sinding *Fair Global Labour Market* 71.

169 ILO *Private Employment Agencies* 6. Klaarblyklik sal geen lidland in hierdie opsig op 'n swartlys geplaas wil word nie. Die lidland se reputasie kan ook ernstige skade ly wat kan lei tot 'n afname in die land se ekonomie.

170 Mehmet, Mendes en Sinding *Fair Global Labour Market* 71.

Dit blyk dus dat, ten spyte van die gebrek aan 'n regsprekende liggaam om afdwinging van die beginsels in die IAO-konvensies vervat te verseker, hou die IAO steeds 'n vinger op die pols van die lidlande se toepassing van hierdie beginsels en spreek dit die lidlande vinnig aan wanneer hulle nie aan hierdie vereiste beginsels voldoen nie.

Alle dokumente en prosesse soos hierbo genoem, speel gevolglik 'n baie groot rol in die beskerming van werknemers se regte. Op grond hiervan plaas die lidlande op hulself die verpligting om nie net billike arbeidsstandaarde af te dwing nie, maar om ook self die regte van werknemers en die bepaalde vereiste standaarde te respekteer. 'n Persoon sou dus kon verwag dat tydelike werknemers uit hoofde van bogenoemde dokumente behoorlike behandeling en beskerming sou geniet.

Gevolglik gaan ondersoek ingestel word na die mate waartoe Suid-Afrika, Engeland en Namibië IAO-konvensies en arbeidsstandaarde in hulle regstelsels geïmplementeer het.

2.2.2.2 *Suid-Afrika*

Suid-Afrika blyk sedert 1997 'n skoon rekord by die IAO te hê deurdat die regering getrou die nodige verslae lewer en in teorie aan die basiese standaarde van die IAO voldoen. Die Suid-Afrikaanse regering het ook van meet af aan hulle samewerking gegee en hulle goedkeuring uitgespreek gedurende die tyd wat die IAO samesprekings gevoer het rakende die implementering van konvensies met betrekking tot kontrakarbeid en atipiese diensverhoudinge.¹⁷¹

Die Suid-Afrikaanse regering heg baie waarde aan die internasionale standaarde deur die IAO daargestel. Dit reflekteer veral in die verskansing van die reg op billike arbeidspraktyke in artikel 23 van die *Grondwet van*

171 Sien die verslag van die 86ste Jaarlikse IAO Konferensie (www.ilo.org).

die Republiek van Suid-Afrika, 1996.¹⁷² Hierdie artikel oorkoepel alle regte en standaarde deur die IAO beskerm. Die reg op voldoende vergoeding, reg op beskerming teen diskriminasie en die reg op vryheid van assosiasie is almal regte wat by “billike arbeidspraktyke” ingesluit word. Bogenoemde is slegs ’n paar voorbeelde van die belangrikste regte wat deur die IAO beskerm word. Alle ander arbeidsregte en standaarde sal ook op een of ander wyse onder hierdie sambreel pas.

Die belangrikste Suid-Afrikaanse arbeidswetgewing, onder andere die *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995¹⁷³ het ten doel om sover moontlik aan die standaarde van die IAO te voldoen. Die Suid-Afrikaanse regering beskou hom as streng gebind deur die konvensies wat hy geratifiseer het en voel genoop om die verpligtinge wat daaruit voortspruit, na te kom.¹⁷⁴ Ingevolge artikel 39(1)(b) van die Grondwet moet die howe internasionale reg oorweeg wanneer die Handves van Regte geïnterpreteer word.¹⁷⁵ Artikel 233 van dieselfde wet bepaal verder dat wanneer wetgewing geïnterpreteer word, dit so interpreteer moet word dat dit voldoen aan alle vereistes wat deur internasionale reg gestel word.¹⁷⁶

Die Konstitusionele Hof van Suid-Afrika het aangedui dat die konvensies en aanbevelings van die IAO Suid-Afrika se grootste bron van internasionale arbeidsreg is. Die hof het daarop gewys dat dit alreeds ’n groot aantal konvensies geratifiseer het en die beginsels in wetgewing vervat het om aan te toon hoe ernstig dit is om aan die verpligtinge soos deur die IAO daargestel te voldoen.¹⁷⁷ ’n Voorbeeld hiervan is artikel 3(d) van die *Employment Equity Act*¹⁷⁸ wat uitdruklik bepaal dat hierdie wet

172 Hierna die Grondwet. Sien Benjamin 2004 *ILJ* 799; NEDLAC 2007 *ILJ* 107; Cohen 2008 *ILJ* 863; Fourie 2008 *ILJ* 133.

173 Hierna die WAV.

174 Benjamin 2004 *ILJ* 800; Cohen 2008 *ILJ* 876.

175 A 39(1)(b) *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996; Cohen 2008 *ILJ* 876; Fourie 2008 *ILJ* 133.

176 Fourie 2008 *ILJ* 133.

177 *NUMSA and others v Bader Bop PTY (Ltd) and another* 2003 3 SA 513 (KH) 516, 532-534.

178 *Employment Equity Act* 55 van 1998.

geïnterpreteer moet word op so 'n wyse dat dit gevolg sal gee aan die IAO se *Discrimination (Employment and Occupation) Convention*.¹⁷⁹

Die partye van die *National Economic Development and Labour Council*¹⁸⁰ het ook onderneem om hulle samewerking te gee deur te verseker dat die vier kernreg-konvensies van die IAO deur die Suid-Afrikaanse regering geratifiseer sou word. Suid-Afrika het gevolglik, onder andere, Konvensies 87,¹⁸¹ 98¹⁸² en 111¹⁸³ geratifiseer. Smit stel die volgende as voordelige gevolg van sodanige ratifikasie:¹⁸⁴

It has been recognised that, in the relationship between trade and worker rights, increased liberalisation of trade should be accompanied by the harmonisation of labour standards and the observance of core ILO conventions. This will allow a process of greater integration, thus improving rights and conditions of workers to a higher level, rather than lowering them to the lowest prevailing standards.

Feys beskryf Suid-Afrika in 'n mate as die *poster-child* vir die ratifikasie van die IAO-konvensies. Die rede hiervoor is nie omdat so baie konvensies in die Suid-Afrikaanse reg geratifiseer is nie, maar omdat die Suid-Afrikaanse gemeenskap volgens hom dit uiters nodig het. Die volgende word as redes aangevoer: Suid-Afrika het vir dekades lank gedurende die apartheidjare 'n ongelykheidsregime gehandhaaf. Diskriminasie was aan die orde van die dag. Selfs vandag kom steeds meer diskriminasie in Suid-Afrika voor as in die meeste ander lande. Feys meen dat die *Discrimination (Employment and Occupation) Convention*¹⁸⁵ hier sterk van toepassing sal wees. Hierdie konvensie is inderdaad reeds deur Suid-Afrika geratifiseer.¹⁸⁶

179 *Discrimination (Employment and Occupation) Convention* van 1958. Sien ook NEDLAC 2007 *ILJ* 107,108; Fourie 2008 *ILJ* 133.

180 Hierna NEDLAC. NEDLAC is 'n liggaam waar die regering met georganiseerde besigheid en groepe vanuit die gemeenskap bymekaarkom om oplossings te vind vir aangeleenthede rakende sosiale- en ekonomiese beleid. NEDLAC se uiteindelige doel is om die mikpunt van ekonomiese groei en sosiale gelykheid te bevorder.

181 *Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention* van 1948.

182 *Right to Organise and Collective Bargaining Convention* van 1949.

183 *Discrimination (Employment and Occupation) Convention* van 1958.

184 Smit 2006 *TSAR* 155.

185 *Discrimination (Employment and Occupation) Convention* van 1958.

186 Sien Feys 1999 *ILJ* 1461.

Verdere redes wat Feys noem, is dat sub-regionale aspekte soos gelyke geleenthede, ontwikkeling van menslike hulpbronne en migrasie deur internasionale arbeidsstandaarde gedek word, dat daar 'n behoefte is aan 'n gelyke speelveld in die lig van 'n demokratiese Suid-Afrika en laastens die uitstekende vlak van formele- en privaatsektorarbeid wat ver meer gevorder is as dié van ander Afrika-lande.¹⁸⁷

Volgens Feys blyk dit in praktyk dat daar tog steeds 'n mate van weerstand heers om die konvensies van die IAO te ratifiseer, ten spyte van die toepaslikheid van IAO-konvensies in Suid-Afrika. Die rede hiervoor is onbekend. Feys noem ook dat daar oor die algemeen 'n lae vlak van ratifikasie onder die lande is, maar dat sommige steeds bereid is om die standaard in hulle wetgewing te vervat.¹⁸⁸ Soos daar uit bogenoemde gesien kan word, is Suid-Afrika een van hierdie gewillige lande.

Vervolgens sal ook ondersoek ingestel word na die mate waarin Engeland, as lidland van die Europese Unie (EU) en lidland van die IAO, gepoog het om bepaalde IAO-standaarde in sy wetgewing en regstelsel te vervat.

2.2.2.3 *Engeland (EU/VK)*¹⁸⁹

Daar is vroeër genoem dat die IAO dit ten doel het om werksomstandighede te harmonieer¹⁹⁰ deur 'n wêreldwye standaard daar te stel. Dit vorm 'n raamwerk van fundamentele arbeidsregte wat by wyse van Europese Unie¹⁹¹ direkteive, sosiale verdrae en die ratifisering van IAO-konvensies geharmonieer kan word. Die Europese gemeenskap gaan hier te werk ingevolge direkteive wat opgestel word. Sulke direkteive plaas

187 Feys 1999 *ILJ* 1461. Botswana, Zimbabwe en Mosambiek kan as voorbeelde genoem word.

188 Feys 1999 *ILJ* 1461.

189 EU word in hakies langs Engeland geplaas omdat Engeland se implementering van die IAO-standaarde geanaliseer gaan word in die lig daarvan dat dit 'n lidland van die EU is. Daar bestaan 'n verhouding tussen die EU en die IAO deurdat die Europese Unie onderneem het om te verseker dat die lidlande daarvan die IAO-standaarde in hulle regstelsels inkorporeer.

190 Sien paragrawe 2.2 en 2.2.1 hierbo.

191 Hierna EU.

'n verpligting op die lidlande van die EU om aan die beginsels daarvan te voldoen.¹⁹² Die lidlande kan egter kies watter metode hulle wil gebruik om hierdie beginsels tot uitvoering te bring. Engeland is 'n lidland van die EU. Alle instrumente daarvan sal dus op Engeland van toepassing wees.¹⁹³

Anders as die IAO wat konvensies opstel wat slegs die krag het om lidlande aan te moedig om aan die beginsels daarin te voldoen, kom die EU-direktiewe soos hierbo genoem in die vorm van bindende arbeidswetgewing voor waaraan lidlande streng moet voldoen. Sodanige direktiewe voorsien die riglyne wat lidlande nodig het om 'n billike arbeidsstandaard te handhaaf, terwyl die Europese Geregshof die afdwinging van hierdie direktiewe teenoor lidlande behartig. Engeland as lidland het gevolglik nie 'n keuse as om hom te laat lei deur die gesag van die EU nie.¹⁹⁴

Die EU het onderneem om sy volle samewerking aan die IAO te gee, aangesien dit voordeel trek uit die internasionale arbeidsstandaard wat deur laasgenoemde se konvensies daargestel word.¹⁹⁵ Hierdie voordeel gaan tesame met die feit dat dit dan, as regionale organisasie wat oor 'n regsprekende liggaam beskik, 'n massiewe bydrae tot die erkenning en implementering van die internasionale arbeidsstandaarde kan lewer.¹⁹⁶

Daar is twee wyses waarop die EU die kernarbeidsstandaarde van die IAO sal erken. Die eerste hiervan is by wyse van interne aksie waardeur die EU verseker dat sy lidlande die arbeidsstandaarde navolg. Hierdie stap word gedoen deur middel van verdrae en direktiewe en die afdwinging daarvan

192 Feys 1999 *ILJ* 1459.

193 Feys 1999 *ILJ* 1459.

194 Fudge en Owens *Precarious Work* 17,18.

195 Voorbeelde van sodanige voordele is die georganiseerde status van die EU en die lidlande daarvan se arbeidsregstelsel. 'n Verdere voorbeeld is die voordeel van gelukkige en tevrede werknemers en gevolglik ook 'n sterker ekonomie en stewige arbeidsmark.

196 Novitz *Dialogue between the EU and the ILO* 215. Die EU het die vermoë om IAO-konvensies (wat nie met 'n regsprekende gesag afdwingbaar is nie) in sy eie wetgewing te inkorporeer in die vorm van direktiewe. Dientengevolge word dieselfde konvensies getransformeer in iets streng afdwingbaar. Omdat dit deel vorm van die EU-regstelsel, kan lidlande van die IAO en EU gesamentlik nie implementering van sekere standaarde ontsnap nie.

deur die Europese Geregshof. Die tweede metode is by wyse van eksterne verhoudinge waar dit vereis dat die handel tussen lidlande aan die internasionale arbeidsstandaarde moet voldoen. Gevolglik het die EU onderneem om 'n bydrae te lewer in die ontwikkeling van die IAO deur die effektiewe toepassing van werknemers se regte te verseker.

Die EU het sy belofte nagekom deur te verseker dat sy lidlande die IAO-standaarde implementeer: Engeland het byvoorbeeld die *Termination of Employment Recommendation* van 1963 aanvaar en het onderneem om die voorkoming van onbillike ontslag met die vakbonde en werkgewersorganisasies te bespreek. Dit sou gevolglik bepaalde maatstawwe in sy regstelsel bewerkstellig om die reg om nie onbillik ontslaan te word nie, te beskerm.¹⁹⁷ Engeland het sedert 1921 altesaam ses-en-tagtig konvensies geratifiseer.

Soos met bogenoemde twee lande moet ook Namibië se implementering van die IAO se arbeidsstandaarde getoets word. Soos dit sal blyk uit die onderstaande, is dit duidelik dat Namibië geensins vir ander lande terugstaan waar dit kom by die versorging van sy werknemers nie. Dit is so ten spyte daarvan dat Namibië twintig jaar gelede nog onder Suid-Afrikaanse beheer was.

2.2.2.4 *Namibië*

Artikel 95 van die *Eerste Wysigingswet van die Namibiese Grondwet, 1998*¹⁹⁸ bevat 'n staatsbeleid waarvolgens die Namibiese regering bepaal dat, onder andere, gelyke geleenthede vir vroue bevorder moet word; kinders beskerm moet word teen skadelike werk en dat werkers geregtig is op beroepsveiligheid. Die vorming van vakbonde word ook bevorder met die doel om werknemers se regte te beskerm en om billike arbeidspraktyke te verseker.¹⁹⁹

197 Yemin 1976 *Int'l Lab Rev* 21.

198 Hierna die *Namibiese Grondwet*.

199 Fenwick 2005 *SALJ* 671.

Die regering moet ingevolge artikel 95(i) van die *Namibiese Grondwet* verseker dat aan werknemers 'n voldoende salarispakket voorsien word om 'n uiteindelijke behoorlike lewenstandaard te handhaaf. Hierdie vereiste is identifiseerbaar met die beginsels in die IAO uiteengesit. Die gestelde vereiste is geskoei op die mikpunt van die regering om sy ekonomiese groei te bevorder en om 'n agtergrond vir die menswaardigheid van die Namibiese werknemers te vestig. Dit sluit aan by die standarde wat die IAO daargestel het.²⁰⁰

Die *Namibiese Arbeidswet* van 1992²⁰¹ was die eerste Namibiese instrument wat behoorlike beskerming aan werknemers verleen het. In hierdie wet was belangrike arbeidsregte byvoorbeeld gelyke werkgeleenthede vir vroue, toepaslike vergoeding vir werk gedoen en veilige werksomstandighede verskans. Daarin is ook aangedui dat een van die mikpunte daarvan is om pogings aan te wend om aan die IAO-konvensies en -aanbevelings te voldoen.²⁰²

Twee aangeleenthede het 'n groot rol in die vorm van die Namibiese arbeidsregstelsel gespeel. Die eerste hiervan was die verslag deur die Wiehahn Kommissie in 1987.²⁰³ In die verslag is uitdruklik aangedui dat die Namibiese regering aan internasionale instrumente en standarde in die ontwikkeling van sy eie regstelsel aandag moet skenk. Daar is aanbeveel dat 'n minimum standaard vir die toepassing daarvan moet geskied om behoorlike werksomstandighede en diensvoorwaardes te verseker. Daar is ook in die verslag aangetoon dat dit noodsaaklik is om die reg op billike arbeidspraktyke so wyd te formuleer dat **almal** daaronder beskerming vind.²⁰⁴

200 Fenwick 2005 SALJ 671.

201 Hierna die 1992-wet.

202 Fenwick 2005 SALJ 672,674.

203 *Wiehahn Commission Report* van 1987.

204 Fenwick 2005 SALJ 672,673.

Die IAO het 'n groot rol in die ontwikkeling van die 1992-wet en die *Namibiese Arbeidswet* van 2004 gespeel.²⁰⁵ Die IAO was sterk gekant teen die apartheidsregime en het daarop aangedring dat nuwe wetgewing geskep moet word om werknemers se regte te beskerm en gelykheid te bewerkstellig. Namibië word tans gereeld deur die IAO geëvalueer om te verseker dat daar getrou aan die fundamentele arbeidsstandaarde voldoen word.²⁰⁶

Die 2004-wet bevat bepalings wat die vier kernregte van die IAO soos vervat in die *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work* van 1998 beskerm. Daar word 'n direkte verbod op kinder- en gedwonge arbeid geplaas. Verder word beskerming voorsien vir die reg van werknemers om aan kollektiewe bedinging by wyse van 'n vakbond betrokke te wees. Hulle mag nie geviktimizeer word wanneer hulle aan 'n vakbond of spesifieke vakbond behoort nie. Daar word ook 'n verbod geplaas op diskriminasie in die werkplek op enige gronde ook al, hetsy uitdruklik of stilswyend. Wanneer daar geskille ontstaan waar een van hierdie vier kernregte betrokke is, moet die dispuut vir arbitrasie na 'n Arbeidsreg Kommissaris verwys word.²⁰⁷

Die 2004-wet is vervang deur die *Namibiese Arbeidswet* van 2007.²⁰⁸ Laasgenoemde is grootliks dieselfde as eersgenoemde, behalwe vir 'n paar belangrike toevoegings. Een van hierdie toevoegings is die verbod op huurarbeid wat ingevolge artikel 128 uiteengesit word. Genoemde aspek word in 'n latere hoofstuk in meer besonderhede bespreek.

205 Hierna die 2004-wet.

206 Fenwick 2005 SALJ 673. Die IAO het sy dienste beskikbaar gestel om aan die Namibiese regering bystand te lewer in die opstel van die 1992-wet en die opleiding van mediators om te verseker dat werknemers se regte na behore beskerm word. Om hierdie rede blyk Namibië 'n goeie voorbeeld en bron van navorsing te wees. Die IAO is sterk betrokke by die Namibiese regstelsel. Die gevolg is dat die beste en billikste beginsels daar getoets en geïmplementeer word.

207 Fenwick 2005 SALJ 681, 682. Hierdie aspekte geld ook vir die Suid-Afrikaanse reg.

208 Hierna die 2007-wet.

Groot veranderinge het gevolglik sedert 1992 in Namibië plaasgevind, welke veranderinge deur die IAO geïnisieer en aangemoedig is. Dit het die IAO gedoen deur daarop aan te dring dat alle lidlande hulle wetgewing in lyn met die internasionale arbeidsstandaarde moet bring. Gevolglik is vereis dat alle lidlande aandag moes skenk aan alle fundamentele regte waarop werknemers geregtig is.²⁰⁹

2.2.2.5 *Implementering*

In bostaande bespreking is aangedui in watter mate Suid-Afrika, Engeland en Namibië waarde aan die IAO-standaarde heg en hoe gewillig dié lande is en onderneem het om hierdie standaard in hulle arbeidsregstelsels op te neem. Daar is ook aangetoon hoe dié jurisdiksies hul arbeidsregstelsels ontwikkel en verbeter het deur te verseker dat aan die IAO-standaarde voldoen word deur die regte van werknemers te beskerm en te respekteer. Hierdie regstelsels het gevolglik hulle wetgewing uitgebrei om die IAO se opdragte uit te voer. In teorie wil dit voorkom dat hierdie regstelsels grootliks aan die basiese standaard van die IAO voldoen.

2.3 Internasionale arbeidsbeleid en -standaard met betrekking tot atipiese diensverskaffing en tydelike werknemers

Die IAO het pogings aangewend om werknemers wat buite die standaard-diensverhouding val, tegemoet te kom. 'n Paar stappe is geneem om hierdie doel te bereik. So byvoorbeeld is konvensies en aanbevelings opgestel wat vir sekere kategorieë atipiese werknemers voorsiening maak. Hieronder val huishoudelike werkers en tydelike werknemers van tydelike diensverskaffingsagentskappe. Dit het ook programme soos die *Strategies and Tools against Social Exclusion and Poverty*, oftewel STEP, ter wille van die beskerming van informele werknemers geskep. Dit maak ook voorsiening vir gesondheidsversekeringskemas.²¹⁰

209 Kalula *Labour Market Regulation* 280, 281.

210 Fourie 2008 *PER* 133,144; Smit en Fourie 2009 *TSAR* 521; Fudge en Owens *Precarious Work* 20.

Die meeste van die IAO se kerninstrumente bied ook dekking vir atipiese werknemers, maar weens die gebrek aan ratifikasie van hierdie instrumente bly die beskerming van hierdie werknemers uiters laag.²¹¹ Volgens Smit en Fourie mag sommige lande dalk ook nog nie ver genoeg ontwikkel het om dit moontlik te maak om aan die verpligtinge soos deur die IAO gestel, te voldoen nie. Dit hou 'n groot nadeel vir die werknemers in, aangesien hulle nie die beskerming kry wat hulle in werklikheid toekom nie.²¹² Die IAO is van mening dat die werknemers wat deur tydelike diensverskaffingsagentskappe beskikbaar gestel is, die eerste werknemers is wat ontslaan word weens finansiële probleme wat deur besighede ervaar word. Dit laat tydelike werknemers weerloos en knou hulle dienssekuriteit.²¹³

“Misbruik”, “onbehoorlike beskerming” en “swak lewenstandaard” is begrippe wat dus hand aan hand met tydelike diensverskaffingsagentskappe en dit waarvoor hulle staan, loop.²¹⁴ Die gebrek aan beskerming van werknemers is direk in stryd met die globale arbeidsstandaarde wat die IAO probeer handhaaf en voldoen nie aan die “decent work”-oogmerk nie. Die IAO het daarom begin met pogings om verskeie aspekte rondom tydelike diensverskaffing by wyse van konvensies en aanbevelings te reguleer. Bogenoemde aspekte behels die tydelike diensverskaffingsagentskappe self, die regte van die tydelike werknemers en die aard van die diensverhouding wat uit hierdie atipiese diensverskaffing ontstaan.

211 Smit en Fourie 2009 *TSAR* 522.

212 Smit en Fourie 2009 *TSAR* 522; SOCPOL *Changing Nature of Work* 1.

213 ILO <http://www.workinfo.com> par 1. Na betragting van gebeurtenisse in die praktyk blyk hierdie afleiding akkuraat te wees. Werkgewers ontslaan tydelike werknemers eerste omdat hulle minder gevestig is en meestal kleiner take verrig. Werkgewers doen geen aanspreeklikheid vir die ontslag op nie, omdat hulle bloot die kommersiële kontrak tussen hulle en die agentskap beëindig. Sodoende eindig die werknemers se dienskontrak by wyse van regswerking.

214 Soos in latere hoofstukke sal blyk, word die afleiding van “swak lewenstandaard” gemaak voortspruitend uit die minimum vergoeding wat tydelike werknemers vir hulle dienste ontvang. Dit is sinoniem met armoede en kan dus in dieselfde lig as armoede beskou word.

2.3.1 IAO oor “tydelike diensverskaffingsagentskappe”

Kort nadat die IAO in 1919 gestig is, het dit erkenning aan publieke diensverskaffingsagentskappe²¹⁵ verleen by wyse van artikel 2 in die *Unemployment Convention* van 1919. 'n Verbod is egter deur die IAO geplaas op diensverskaffingsagentskappe wat vir winsdoeleindes bedryf word. Artikel 1 van die *Unemployment Recommendation* van 1919 het hieraan gevolg gegee. Die verbod is later deur die *Fee-Charging Employment Agencies Convention* van 1933 bevestig.²¹⁶

Die behoefte aan diensverskaffingsagentskappe het egter destyds reeds toegeneem. Die IAO kon derhalwe nie meer sulke agentskappe teenwerk nie en moes vervolgens reëls neerlê ten einde te verseker dat die agentskappe nie net na behore gereguleer word nie, maar ook dat hulle in die proses steeds aan die daargestelde internasionale arbeidsstandaarde voldoen.²¹⁷ Die *Fee-Charging Employment Agencies Convention* van 1949 wat private diensagentskappe gereguleer het, is vervolgens opgestel. Die genoemde agentskappe het effens anders gewerk as die agentskappe van vandag, deurdat hulle 'n fooi vanaf die werknemer ontvang het voordat die agentskap die werknemer in 'n spesifieke pos sou plaas, mits sodanige agentskappe onder behoorlike toesig van 'n bevoegde gesag bestuur is.²¹⁸ Die betrokke konvensie het slegs twee doelwitte voor oë gehad het, naamlik die regulering van die werwing van werknemers en verspreiding van sodanige werknemers tussen besighede wat tydelike werknemers benodig. Met die verloop van tyd is tydelike diensverskaffingsagentskappe

215 Van Eck 2012 *Int'l J of Comp Lab L & Indus Rel* 29. Anders as private diensverskaffingsagentskappe, word publieke diensverskaffingsagentskappe deur 'n staatsinstansie bestuur. Private diensverskaffingsagentskappe staan ingevolge die *Private Employment Agencies Convention* van 1997 los van publieke owerhede.

216 Benjamin *To Regulate or to Ban* 191; Van Eck 2012 *Int'l J of Comp Lab L & Indus Rel* 32.

217 Nghiishililwa 2009 *Namibia Law Journal* 87; Valticos 1973 *International Labour Review* 47; ILO *International Labour Standards* 230.

218 Van Eck 2012 *Int'l J of Comp Lab L & Indus Rel* 33.

gebore, welke agentskappe nie deur hierdie konvensie gereguleer kon word nie.²¹⁹

In 1997 is besluit dat hierdie konvensie uitgedien en nie meer by veranderde omstandighede van toepassing is nie.²²⁰ Die IAO het vervolgens die *Private Employment Agencies Convention*²²¹ opgestel met die oog op regulering van hedendaagse tydelike diensverskaffingsagentskappe.²²² Dit is 'n unieke arbeidsinstrument wat aan diensverskaffingsagentskappe dekking bied en werkgewers toelaat om die maksimum buigsaamheid uit hulle besighede te put.²²³ In die konvensie word nie net aanbeveel hoe die agentskappe bestuur moet word nie, maar ook hoe die regte van die werknemers wat met daardie agentskappe geassosieer is, beskerm moet word. By wyse van hierdie stap wend die IAO 'n daadwerklike poging aan om werknemers se waardigheid en sekuriteit te handhaaf,²²⁴ soos in paragraaf 2.2.1 hierbo vermeld is. Dit moet egter hier aangetoon word dat die Suid-Afrikaanse regering nie hierdie konvensie geratifiseer het nie. In die lig van die probleme wat tans ervaar word, is dit kommerwekkend dat nog nie tot so 'n stap oorgegaan is nie. Vervolgens sal die Suid-Afrikaanse regering nie streng aan die standarde in die betrokke konvensie gebonde gehou word nie.

Die genoemde konvensie laat lidlande toe om vrylik van private diensagentskappe gebruik te maak. In artikel 1 van die konvensie word

219 Vosko 1997 *Comparative Labor Law Journal* 44,49,51. Slegs elf lidlande het hierdie konvensie geratifiseer, maar alle lande het dit wel as 'n raamwerk gebruik vir die implementering van reëls in hulle wetgewing mbt hierdie agentskappe (Trebilcock 1997 *Comparative Labor Law Journal* 80; Valticos 1973 *International Labour Review* 46,47; Nghiishililwa 2009 *Namibia Law Journal* 86; Lobel 2003 *Texas Wesleyan Law Review* 133; ILO *International Labour Standards* 230).

220 Trebilcock 1997 *Comparative Labor Law Journal* 80.

221 *Private Employment Agencies Convention* van 1997.

222 Vosko 1997 *Comparative Labor Law Journal* 44; ILO *Private Employment Agencies* 3; Theron 2005 *Indus LJ* 623; Nghiishililwa 2009 *Namibia Law Journal* 88; Blanpain *Evolving Attitude* 3; Nakayama en Sarorodov *Public and Private Employment Services* 26; Vosko *Ghost in the ILO Closet* 66; ILO *International Labour Standards* 230; Servais *Impact of Globalization* 18.

223 Vosko 1997 *Comparative Labor Law Journal* 54; Nakayama en Sarorodov *Public and Private Employment Services* 27.

224 Benjamin *To Regulate or to Ban* 191.

spesifiek vir drie tipes private diensagentskappe voorsiening gemaak, naamlik plasingsdienste, diensverskaffers en ander agentskappe wat met werksoektogte te doen het. Laasgenoemde kom daarop neer dat die bepaling soos in die konvensie vervat nie net op werknemers nie, maar ook op applikante vir werk van toepassing sal wees.²²⁵ Deurdat die IAO in hierdie konvensie aan hierdie tipes agentskappe erkenning verleen, word geïmpliseer dat lidlande wat 'n verbod op hierdie tipes agentskappe plaas nie die konvensie mag ratifiseer nie, aangesien dit in geheel strydig is met die erkenning wat die IAO aan hierdie agentskappe verleen.²²⁶

Die konvensie is gemik op die behoorlike bestuur van tydelike diensverskaffingsagentskappe, asook die beskerming van alle werknemers wat by hierdie diensverskaffingsagentskappe betrokke is. Die spesifieke regte wat vir hierdie werknemers voorgeskryf word, sal hieronder aandag geniet. Bogenoemde doelwit word uitdruklik in artikel 2 van die konvensie gestipuleer. Die artikel gaan egter verder en maak dit vir lidlande moontlik om bepaalde beperkings op die gebruikmaking van hierdie agentskappe met betrekking tot sekere kategorieë werknemers te plaas. Sekere tipe werkers kan dan ook effektief by wyse van billike wetgewing vanuit die beskerming van die konvensie (soos in die betrokke lidland se wetgewing geïmplementeer) uitgesluit word. Die IAO vereis wel in artikel 2(5) dat die lidland aanvaarbare redes vir so 'n uitsluiting moet kan aanvoer.

Artikel 3 van die konvensie stel dit dat elke lidland die status van die agentskappe in hulle nasionale wetgewing behoort te identifiseer en moet vervolgens ook vir die reëls met betrekking tot registrasie en administrasie voorsiening maak.

'n Baie groot verskil tussen die *Private Employment Agencies Convention* en die *Fee-Charging Employment Agencies Convention* is dat in artikel 7

225 A 1(2) *Private Employment Agencies Convention* van 1997.

226 A 1 *Private Employment Agencies Convention* van 1997; Nakayama en Sarorodov *Public and Private Employment Services* 26; Vosko 1997 *Comparative Labor Law Journal* 65,57; Countouris *Changing Law* 51,157; Countouris en Horton 2009 *Indus LJ* 336; Jones 2002 *Indus LJ* 186.

van eersgenoemde konvensie aangedui word dat daar op geen wyse enige vorm van heffing vanaf die werknemers ontvang sal word vir die verskaffing van werk nie. Hierdie verbod sluit direk aan by die beginsel van die IAO hierbo genoem dat arbeid nie 'n kommoditeit is nie.²²⁷ In 'n verslag in 2009 deur die IAO saamgestel, word die volgende gesê:²²⁸

Private employment agencies play an important role in the functioning of contemporary labour markets. For the past three decades, the increasing need to provide workers and services to a rapidly growing and flexible labour market has led to the spectacular development of these agencies. Temporary work agencies are intermediaries in modern labour markets that allow enterprises to have more flexibility to increase or decrease their workforces, while ensuring for the workers sufficient security in terms of job opportunities and employment standards, including pay, working time and training.

Die verslag dui verder aan dat, sou bogenoemde konvensie deur die lidlande geratifiseer word, dit 'n groot bydrae tot die “decent work”-oogmerk in daardie lande sou lewer. Dit is die geval deurdadig vir werknemers sekuriteit²²⁹ en bepaalde arbeidsstandaarde²³⁰ sou verseker.

Dit gee oor die algemeen aan die lidlande leiding oor hoe om die konvensie se beginsels in hulle regstelsel toe te pas sodat die agentskappe behoorlik geregistreer en gereguleer word en gevolglik aan die IAO se arbeidsstandaarde voldoen.²³¹ Ingevolge artikel 12 van hierdie konvensie word van lidlande vereis om die verpligtinge en verantwoordelikhede wat op die agentskappe rus, te identifiseer om die regulering van sodanige agentskappe meer vaartbelyng te maak. Die verantwoordelikhede behels onder andere die versekering dat die werknemers wat by die agentskappe betrokke is, toegelaat moet word om aan kollektiewe bedinging deel te

227 Theron 2005 *Indus LJ* 623; Vosko 1997 *Comparative Labor Law Journal* 59; Nghiishililwa 2009 *Namibia Law Journal* 88,89; Blanpain *Evolving Attitude* 2; Nakayama en Sarorodov *Public and Private Employment Services* 26.

228 ILO *Private Employment Agencies* 8.

229 In die sin dat daar reëls neergelê sou word rakende die vergoeding en ontslag van werknemers.

230 Soos byvoorbeeld die reg op veilige werksomstandighede, die reg op gelyke behandeling en die reg op behoorlike vergoeding.

231 Nghiishililwa 2009 *Namibia Law Journal* 89; ILO *Private Employment Agencies* 6,8; Theron 2005 *Indus LJ* 624; Nakayama en Sarorodov *Public and Private Employment Services* 27; ILO *International Labour Standards* 231.

neem en dus die vryheid tot assosiasie het. Voldoende vergoeding moet ook deur hierdie agentskappe betaal word en spesifieke verpligtinge met betrekking tot 'n veilige werksomgewing, beroepsbeserings en -siektes en insolvensie moet in die lidland se nasionale wetgewing gestipuleer word.²³²

Ingevolge artikel 13 moet agentskappe met gereelde intervalle aan die bevoegde owerhede van die betrokke lidland oor die nakoming van die nasionale wetgewing se voorskrifte verslag doen. Die agentskappe se voldoening aan die nasionale wetgewing sal 'n direkte impak op die lidland se effektiewe implementering van die bepalings in die konvensie hê. In aansluiting hierby bepaal artikel 14 dat 'n bevoegde publieke owerheid van die betrokke lidland toesig oor die implementering van die bepalings in die konvensie moet hou. Remedies en boetes sal voorgeskryf en effektief vir die nie-nakoming of oortreding van enige van die betrokke bepalings aangewend word. Dit moet egter in gedagte gehou word dat hierdie bepalings, soos artikel 18 dit tereg stel, slegs bindend is op die lidlande wat ingevolge die IAO se voorgeskrewe prosedure die konvensie geratifiseer het.

2.3.2 IAO oor “atipiese driehoekige diensverhoudinge”

Die IAO identifiseer 'n standaard-diensverhouding as daardie tipe verhouding tussen een werkgever en een werknemer, waar sodanige werknemer voltyds ingevolge 'n dienskontrak vir 'n onbepaalde tydperk aan daardie werkgever dienste lewer, onder welke omstandighede die werknemer streng teen onbillike ontslag beskerm word.²³³

232 A 12 *Private Employment Agencies Convention* 181 van 1997; Theron 2005 *Indus LJ* 624; Nghiishilwa 2009 *Namibia Law Journal* 89; Vosko *Ghost in the ILO Closet* 67; Countouris *Changing Law* 158. Soos later aangedui sal word, die regte met betrekking tot vryheid van assosiasie en kollektiewe bedinging word beskerm ingevolge artikel 4 van die *Private Employment Agencies Convention* van 1997. Sien paragraaf 2.3.3 hieronder. Nakayama en Sarorodov *Public and Private Employment Services* 27; ILO *International Labour Standards* 231.

233 IUF *Precarious Work* 1.

Die verhouding tussen die tydelike werknemer en die diensverskaffingsagentskap is 'n buitengewone diensverhouding, oftewel 'n atipiese diensverhouding. Laasgenoemde beteken dat dit nie binne die struktuur van 'n normale diensverhouding val nie. 'n Normale diensverhouding bestaan uit twee partye, naamlik die werkgewer en die werknemer. In die geval van tydelike diensverskaffingsagentskappe is daar drie partye betrokke, naamlik die werkgewer, tydelike werknemer en die kliënt aan wie die werknemer verskaf word. In hierdie omstandighede bestaan 'n driehoekige diensverhouding.²³⁴

Die IAO verwys na hierdie tipe diensverhouding as 'n bedekte diensverhouding, omdat voorgegee word dat die diensverhouding iets is wat dit nie is nie²³⁵ – die werkgewer gee voor dat 'n werknemer 'n ander status het as wat hy in werklikheid het. Die werkgewer het dalk moontlik nie die werknemer as 'n ware werknemer beskou nie, met die gevolg dat hy nie soveel verpligtinge teenoor sodanige werknemer sou hê nie. In sulke gevalle kan 'n werkgewer moontlik 'n tydelike werknemer as 'n onafhanklike kontrakteur beskou.²³⁶

Tydens 'n konferensie in 2003 is 'n instrument *The Scope of the Employment Relationship* deur die IAO voorgestel. Dit sou betrekking hê op sodanige bedekte diensverhoudinge en sou ook verseker dat werknemers betrokke by so 'n diensverhouding steeds die beskerming ontvang wat hulle as werknemers toekom.²³⁷ In 2006 is hierdie instrument in die vorm van die *Employment Relationship Recommendation* opgestel. Ingevolge artikel 4 van hierdie instrument word bepaal dat lidlande in hulle

234 Benjamin 2004 *ILJ* 801. Die IAO het al pogings aangewend om 'n arbeidsstandaard vir die diensverhouding tussen partye daar te stel, met die doel om aan te dui wat die eintlike aard van so diensverhouding is.

235 Cohen 2008 *ILJ* 876; NEDLAC 2007 *ILJ* 101; Countouris *Changing Law* 163; Theron 2008 *ILJ* 16; Saunders *Defining Vulnerability* 10; Vosko *Ghost in the ILO Closet* 69.

236 Cohen 2008 *ILJ* 876; NEDLAC 2007 *ILJ* 101; Countouris *Changing Law* 163; Theron 2008 *ILJ* 16; Saunders *Defining Vulnerability* 10; Vosko *Ghost in the ILO Closet* 69.

237 Benjamin 2004 *ILJ* 794,801; Theron 2005 *Indus LJ* 618; Fourie 2008 *PER* 134; Smit en Fourie 2009 *TSAR* 522; SOCPOL *Changing nature of work* 144; Countouris *Changing Law* 163; Vosko *Ghost in the ILO Closet* 68.

wetgewing voorsiening moet maak vir die werknemers wat hulle in 'n diensverhouding bevind, en:

...to combat disguised employment relationships in the context of, for example, other relationships that may include the use of other forms of contractual arrangements that hide the true legal status, noting that a disguised employment relationship occurs when the employer treats an individual as other than an employee in a manner that hides his or her true legal status as an employee, and that situations can arise where contractual arrangements have the effect of depriving workers of the protection they are due.²³⁸

Hierdie instrument bepaal verder dat lidlande moet verseker dat alle arbeidsstandaarde op werknemers in enige kontraktuele reëling of ooreenkoms toegepas word. Die uiteindelijke doel is om werknemers van enige aard voldoende te beskerm.²³⁹ Laastens bepaal die instrument dat lidlande alle stappe moet doen om te verseker dat werknemers wat onseker is of hulle hulself in 'n diensverhouding bevind, voldoende beskerm word.²⁴⁰

Die IAO dui aan dat wanneer daar onsekerheid oor die bestaan van 'n diensverhouding is, daar na sekere aspekte gekyk kan word om so 'n verhouding vas te stel. Daar kan eerstens gekyk word bloot na die omstandighede van die situasie. Is 'n persoon finansiëel afhanklik van 'n ander of is een persoon in 'n gesaghebbende of besturende posisie oor 'n ander? Verdere aspekte behels die uitvoer van pligte en die gevolglike ontvang van vergoeding vir werk gedoen. Indien een of meer van hierdie aspekte teenwoordig is, kan die afleiding gemaak word dat daar 'n diensverhouding tussen partye bestaan.²⁴¹

238 A 4(b) *Employment Relationship Recommendation* van 2006; Countouris *Changing Law* 166.

239 A 4(c) *Employment Relationship Recommendation* van 2006.

240 A 5 *Employment Relationship Recommendation* van 2006. Kom voor by vroulike werknemers, migrante werknemers en ander vorme van weerlose kategorieë werknemers. Cohen 2008 *ILJ* 876; NEDLAC 2007 *ILJ* 113; Fourie 2008 *PER* 134; Smit en Fourie 2009 *TSAR* 522.

241 NEDLAC 2007 *ILJ* 113; a 9 *Employment Relationship Recommendation* van 2006; Cohen 2008 *ILJ* 876; Fourie 2008 *PER* 134,135; Smit en Fourie 2009 *TSAR* 523. In 'n 2003 verslag deur die IAO opgestel, word die voorstel gemaak dat reëls, verpligtinge en 'n kriteria neergelê moet word in die vasstelling van die bestaan van 'n diensverhouding. Lidlande kon ook

Die *Employment Relationship Recommendation* het met ander woorde voorsiening gemaak vir die beskerming van werknemers wat hulself wel in 'n diensverhouding bevind. Dit het ook spesifiek melding gemaak van die bedekte diensverhouding. Die IAO het egter uitdruklik erken dat die kwessie rondom die driehoekige diensverhouding nie deur hierdie instrument opgelos is nie.²⁴² Dit was steeds onseker wat hierdie driehoekige diensverhouding werklik behels en wat die impak daarvan op die betrokke partye is. Dit is wel 'n aspek wat verklaring en opheldering op nasionale vlak vereis, aangesien soveel aspekte daardeur geraak word.²⁴³

Die IAO is van mening dat die driehoekige diensverhouding by tydelike diensverskaffingsagentskappe uit 'n standaard-dienskontrak tussen die tydelike werknemer en die tydelike diensverskaffingsagentskap en 'n suiwer kommersiële kontrak tussen die tydelike diensverskaffingsagentskap en die kliënt aan wie die tydelike werknemer voorsien is, voortspuit.²⁴⁴ In die *Employment Relationship Recommendation* is aangedui dat lidlande self maatreëls rakende die diensverhouding tussen partye by tydelike diensverskaffingsagentskappe betrokke moet neerlê, self besluit wie die werkgever van die tydelike werknemer is en gevolglik wie verantwoordelik is vir die nakoming van die verpligtinge wat regtens aan werknemers verskuldig is.²⁴⁵ Hierdie bepaling sluit aan by die IAO se uitspraak dat lidlande hulle diskresie mag gebruik in die interpretering en implementering van die instrumente, mits dit steeds binne die doelwitte daarvan geskied.

bepaalde stappe neem deur vas te stel wie 'n werknemer is, bv. deur in konsultasies met werkgevers- en werknemersorganisasies te tree.

242 Countouris *Changing Law* 165.

243 Theron 2005 *Indus LJ* 618; Theron 2008 *ILJ* 16; Countouris *Changing Law* 164; Vosko *Ghost in the ILO Closet* 69.

244 Vosko 1997 *Comparative Labour Law Journal* 62.

245 Theron 2008 *ILJ* 17; Countouris *Changing Law* 165,166. Die partye verantwoordelik by arbeidsgesille sal in latere hoofstukke bespreek word.

2.3.3 *Regte van tydelike werknemers*

Volgens die IAO is die tipes werknemers wat op beskerming van die internasionale arbeidsstandaarde geregtig is daardie persone wat hulle persoonlike dienste aan iemand, in hierdie geval die kliënt, beskikbaar stel in 'n verhouding waar die werknemer ondergeskik en afhanklik van sodanige kliënt is. Die verhouding stem ooreen met die standaard-diensverhouding van voltydse werknemers met die verskil dat hierdie tydelike werknemers nie 'n formele diensverhouding met die kliënt het nie.²⁴⁶

Soos hierbo aangedui,²⁴⁷ word daar nie 'n onderskeid tussen verskillende kategorieë werknemers deur die IAO getref wanneer dit by die toekenning van standaard-arbeidsregte kom nie. Hierdie aspek word in artikel 2 van die *Private Employment Agencies Convention* van 1997 bevestig. Daar word egter daarvoor voorsiening gemaak dat lidlande, na konsultasie met die verteenwoordigende vakbonde en werkgewersorganisasies, bepaalde kategorieë werknemers by sekere regte mag uitsluit. Dit sluit aan by die lidlande se diskresie in metodes van implementering van standaarde.²⁴⁸

Die IAO het 'n behoefte aan ernstige stappe ten einde standaard-arbeidsregte vir hierdie atipiese werknemers te vestig, raakgesien.²⁴⁹ Volgens die IAO sou dit redelik maklik kon wees om hierdie tydelike werknemers te beskerm. Dit kon gedoen word deur die minimum standaardregte wat in wetgewing verskans is, op so 'n wyse uit te brei deur die bewoording in die wetgewing te verander sodat dit hierdie werknemers kon insluit.²⁵⁰

246 Countouris *Changing Law* 162.

247 Sien paragraaf 2.2.1.

248 Nakayama en Sarorodov *Public and Private Employment Services* 27; Countouris *Changing Law* 156. Die aanbeveling word gemaak dat van die lidlande 'n geldige rede verwag moet word vir die uitsluiting van spesifieke groepe werknemers. Op hierdie wyse sal arbitrêre uitsluiting van sekere tipes werknemers uitgeskakel word.

249 Countouris *Changing Law* 158.

250 Fourie 2008 *PER* 112; Nakayama en Sarorodov *Public and Private Employment Services* 27.

Die IAO was egter van mening dat tydelike diensverskaffing gereguleer moes word in die sin dat diensverskaffingsagentskappe bepaalde reëls moes volg. Die betrokke agentskappe mag byvoorbeeld slegs werknemers wat die vaardighede het om die spesifieke soort werk te doen en gevolglik nie so vatbaar sou wees vir misbruik nie aan 'n kliënt verskaf. Die gevolg sou dan wees dat dié werknemers dieselfde regte en beskerming as ander werknemers sou hê.²⁵¹

Die reg op voldoende vergoeding, reg op verlof (hetsy siekte-, jaarlikse- of kraamverlof), die reg op beskerming teen diskriminasie, die reg op kollektiewe bedinging, die reg op vryheid van assosiasie en die reg op veilige werksomstandighede sou hierby ingesluit kon word. Lidlande behoort dit dan op hulle te geneem het om die genoemde regte in hulle wetgewing te verskans. Daarom het die IAO 'n konvensie genaamd die *Convention on Contract Labour* voorgestel. Hiervolgens sou die genoemde regte beskerm word. Die konvensie het soveel kritiek uitgelok dat dit later heeltemal van die tafel verwyder is. Nietemin het die IAO nie sy pogings tot beskerming van tydelike werknemers gestaak nie.²⁵²

Die *Private Employment Agencies Convention* was die IAO se antwoord op tydelike werknemers se weerlose status. Hierdie konvensie het nie net die regulering van diensverskaffingsagentskappe ten doel nie, maar verseker ook dat tydelike werknemers nie ly onder 'n gebrek aan beskerming voortspruitend uit die mislukte pogings om bogenoemde *Convention on Contract Labour* te finaliseer nie. Terwyl lidlande toegelaat word om in sommige omstandighede sekere kategorieë werknemers by bepaalde

251 Le Roux 2009 *Contemporary Labour Law* 26. Die IAO is korrek in sy mening dat die beste manier om tydelike werknemers te beskerm, die regulering van die agentskappe self is. Gemelde diensverskaffingsagentskappe het die meeste beheer oor hoe die tydelike werknemers behandel word. Riglyne moet aan sodanige agentskappe neergelê word, welke riglyne streng deur die agentskappe gevolg moet word. Die uiteindelijke doel is dat agentskappe op so 'n wyse bestuur word dat alle partye betrokke gelyke voordele uit die transaksie ontvang.

252 Countouris *Changing Law* 158-161; Vosko 1997 *Comparative Labor Law Journal* 70. Hierdie konvensie het beskerming gebied aan werknemers wat buite die standaard diensverhouding val, maar het tydelike werknemers van diensverskaffingsagentskappe uit die strekking van die konvensie gesluit.

regulasies uit te sluit, moet daar ingevolge genoemde konvensie daarvoor voorsiening gemaak word dat alle werknemers die reg op vryheid van assosiasie, reg op kollektiewe bedinging en die beskerming teen onbillike diskriminasie het, ongeag die aard van hulle diensverhouding.²⁵³ Hierdie regte word onderskeidelik in artikel 4 en artikel 5 van die konvensie voorgeskryf.

Verdere bepalings wat met die regte van die werknemers te doen het, kan in artikels 6, 8 en 9 gevind word. Onderskeidelik dui die IAO aan dat by die verwerking van die werknemers se persoonlike data, hulle reg op privaatheid gerespekteer moet word; dat voorsiening gemaak moet word vir die beskerming van migrante werknemers en dat kinderarbeid nie deur die agentskap voorsien mag word nie.

Die betrokke konvensie doen 'n beroep op die lidlande van die IAO, ongeag of hulle die konvensie geratifiseer het of nie, om te verseker dat tydelike werknemers voldoende beskerming ontvang. Dit geskied deurdat die IAO die lidlande aanmoedig om in hulle onderskeie regstelsels verpligtinge en verantwoordelikhede op die tydelike diensverskaffingsagentskappe en die kliënte te plaas en deur die reg op kollektiewe bedinging na tydelike werknemers uit te brei.²⁵⁴ Ingevolge artikel 11 van die *Private Employment Agencies Convention* word bepaal dat alle lidlande stappe moet doen en instrumente in hulle wetgewing moet gebruik om te verseker dat werknemers van hierdie agentskappe na behore beskerm word deurdat al hulle regte (insluitende vryheid van assosiasie, kollektiewe bedinging, daarstel van minimumlone, gepaste werksure, sosiale sekuriteitsvoordele, opleiding, veilige werksomgewing en beskerming van swanger vroue) gerespekteer moet word.²⁵⁵

253 Countouris *Changing Law* 158; Nakayama en Sarorodov *Public and Private Employment Services* 27; ILO *Private Employment Agencies* 8; Nakayama en Samorodov *Public and Private Employment Services* 27; ILO *International Labour Standards* 231.

254 Lobel 2003 *Texas Wesleyan Law Review* 134; Vosko 1997 *Comparative Labor Law Journal* 60.

255 A 11 *Private Employment Agencies Convention* van 1997; Nghiishililwa 2009 *Namibia Law Journal* 89; Nakayama en Samorodov *Public and Private Employment Services* 27. Volgens Smit en Fourie moet die *Occupational*

The associated recommendation also encourages states to ensure that workers employed by private employment agencies are informed of the conditions of employment (preferably through a written contract), to prevent the use of workers engaged by private employment agencies as replacement workers, and to limit restrictions on the mobility of these workers.²⁵⁶

Behalwe vir die beskerming van werknemers se regte hou die konvensie volgens Nakayama en Sarorodov ook ander voordele in. Die bevordering en ontwikkeling van 'n land se ekonomie, die deelname in bevordering van produktiwiteit, die verhoging van werkskepping en die daarstel van 'n duidelike riglyn van regulering, is slegs 'n paar voorbeelde hiervan.²⁵⁷

2.4 Gevolgtrekking

Soos dit uit bogenoemde blyk, moet 'n internasionale arbeidsstandaard gehandhaaf word om globale eenvormigheid in billikheid en redelikheid in die arbeidsreg te bewerkstellig. Die IAO is die organisasie wat poog om hierdie eenvormigheid te bereik.

'n Werknemer se regte verdien beskerming om internasionale tevredenheid en sekuriteit onder werknemers daar te stel, maar soms is hierdie regte nie as belangrik genoeg geag nie. Daarom het die IAO instrumente opgestel wat die beskerming van hierdie regte ten doel het. Sodoende het verskeie konvensies en aanbevelings die lig gesien. Vier kernregte van werknemers is geïdentifiseer wat die IAO met genoemde instrumente probeer beskerm. Hierdie kernregte kom voor in die vorm van die reg op vryheid van assosiasie, die reg op gelyke behandeling, die reg op beskerming teen gedwonge arbeid en die reg op beskerming teen kinderarbeid. Aangesien die kernregte as fundamentele regte beskou word, kan die afleiding

Safety and Health Convention van 1981, die *Discrimination (Employment and Occupation) Convention* van 1958 en die *Equal Remuneration Convention* van 1951 gevolglik uitgebrei word sodat dit tydelike werknemers ook as ontvangers van hierdie regte kan vestig (Smit en Fourie 2009 TSAR 527).

256 Vosko 1997 *Comparative Labor Law Journal* 60.

257 Nakayama en Sarorodov *Public and Private Employment Services* 27; ILO <http://www.workinfo.com> par 11.

gemaak word dat dit hul oorsprong in die internasionale menseregte het en dat hulle op sigself menseregte is.

Die IAO het lidlande aangemoedig om bogenoemde instrumente te ratifiseer sodat hulle die beginsels in hulle regstelsels kon vervat. Die IAO het geen regsprekende liggaam waarmee dit die implementering van die IAO se standarde kan afdwing nie. Daar word egter slegs 'n morele verpligting op lidlande geplaas om hierdie standarde in hulle regstelsels te vervat. Sou hulle dit nie doen nie, sal hulle aan die afkeur en verwerping van ander lidlande onderwerp kon word. Sodanige verwerping kan ernstige ekonomiese implikasies hê. Dit sou tot lidlande se voordeel wees om die standarde te implementeer.

Veranderde omstandighede het egter daartoe gelei dat hierdie konvensies nie meer onder alle omstandighede van toepassing was nie. Die ontstaan van tydelike diensverskaffingsagentskappe was een van die oorsake. As gevolg hiervan het die IAO dit as noodsaaklik geag om nuwe instrumente op te stel wat hierdie verhoudings reguleer. Ingevolge hierdie nuwe instrumente word verseker dat alle partye by hierdie atipiese verhoudings betrokke voldoende beskerming ontvang.

Aspekte soos werknemers se beskerming van regte en beskerming van sekuriteit word deur hierdie instrumente verseker, welke beskerming van toepassing op alle werknemers is, ongeag die tipe diensverhouding waarin hulle hulself bevind. In die *IAO Recommendation Concerning the Employment Relationship* is bepaal dat werknemers slegs in een of ander diensverhouding hoef te wees vir hulle regte om beskerm te word. Die afleiding word gevolglik gemaak dat, ingevolge hierdie instrument, daar geen onderskeid getref moet word tussen werknemers van verskillende tipes diensverhoudinge nie en dat almal geregtig is op gelyke beskerming. Die verdere afleiding word gemaak dat alle internasionale arbeidsstandarde soos in hierdie hoofstuk bespreek ook op tydelike werknemers van tydelike diensverskaffingsagentskappe betrekking het. Die enigste vereiste is dat hulle wel in 'n diensverhouding is en gevolglik as

werknemers beskou kan word. Dit is waarom dit so belangrik is om met redelike sekerheid te bepaal of tydelike werknemers werklik werknemers is. Hierdie diensverhouding sou dan behels dat 'n persoon (die werknemer) sy dienste aan 'n ander persoon (die werkgewer) beskikbaar stel, waarna eersgenoemde persoon deur laasgenoemde persoon vergoed sou word vir die dienste gelewer.

Die IAO het gevolglik daarin geslaag, ten minste in teorie, om globale eenvormigheid in arbeidsstandaarde te skep. Om aan die oogmerke van die IAO te voldoen, moet alle lidlande hierdie internasionale standaard respekteer en bevorder.

In die hieropvolgende hoofstukke volg 'n bespreking van die Engelse-, Namibiese- en Suid-Afrikaanse regstelsels met betrekking tot tydelike diensverskaffingsagentskappe. Nietemin, weens die feit dat hierdie navorsing hoofsaaklik gefokus is op die ondersoek na die posisie van tydelike werknemers in Suid-Afrika, watter tekortkominge ervaar word en hoe die probleme genegatiewer kan word, sal die arbeidsstandaarde van die IAO soos hierbo bespreek slegs op die Suid-Afrikaanse reg toegepas word.

HOOFSTUK 3

DIENSBESIGHEDE IN DIE ENGELSE REG (VERENIGDE KONINKRYK)

3.1	Inleiding.....	72
3.2	Oorsig en kontekstualisering.....	74
3.2.1	Aard van diensbesighede in die VK.....	74
3.2.2	Oorsprong en toename.....	75
3.2.3	Doelwitte van diensbesighede.....	76
3.2.3.1	“Demand”.....	77
3.2.3.2	“Supply”.....	80
3.2.3.2.1	Onvrywillige betrokkenheid by diensbesighede.....	80
3.2.3.2.2	Vrywillige betrokkenheid by diensbesighede.....	81
3.2.4	Implikasies van diensbesighede.....	82
3.3	Gebrekkige werksekuriteit en minder voordelige lone.....	83
3.3.1	Gebrekkige werksekuriteit.....	83
3.3.2	Minder voordelige lone.....	86
3.4	Regte van agentskapwerknemers.....	88
3.4.1	Bepaalde aantal regte van agentskapwerknemers.....	88
3.4.2	Redes vir gebrekkige regte.....	92
3.5	Status van agentskapwerknemers in die VK.....	93
3.5.1	“Afhanklike werknemer”, “self-employed” en “werker”.....	93
3.5.1.1	“Afhanklike werknemer”.....	93
3.5.1.2	“Self-employed”.....	96
3.5.1.3	“Werker”.....	99
3.5.2	Uiteindelijke status van agentskapwerknemers.....	100
3.6	Status van werkgewer.....	101
3.6.1	Toetse vir werkgewerstatus.....	102
3.6.2	“Joint-employer”-status.....	103
3.6.2.1	Definiëring en struikelblokke.....	104
3.6.2.2	Regsposisie met betrekking tot verdeelde verpligtinge....	105
3.7	Atipiese driehoekige diensverhouding.....	106
3.7.1	Kontekstualisering.....	107
3.7.2	Leerstuk van “wedersydse verpligting”.....	108

3.8	Vakbonde vs diensbesighede.....	109
3.9	Regulering van agentskapdiensverskaffing.....	112
3.9.1	Employment Agencies Act 1973.....	115
3.9.2	Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations 1976/2003.....	117
3.9.3	Conduct of Employment Agencies and Employment Business (Amendment) Regulations 2007.....	120
3.9.4	Temporary Agency Work Directive 2008.....	122
3.9.5	Agency Workers Regulations 2010.....	125
3.10	Gevolgtrekking.....	128

3.1 Inleiding

Getrou aan die IAO en die Europese Unie,²⁵⁸ neem die Verenigde Koninkryk²⁵⁹ die arbeidsstandaarde wat universeel gehandhaaf moet word ter harte en poog om tydelike diensverskaffingsagentskappe sover moontlik te reguleer. Dit sal sigbaar wees in die hieropvolgende bespreking.

Tydlike diensverskaffingsagentskappe in die VK word “employment businesses” oftewel diensbesighede genoem.²⁶⁰ Vir die doeleindes van hierdie studie is laasgenoemde die beste begrip om te gebruik deurdat dit verwys na besighede gefokus op die **tydelike** plasing van ‘n werknemer. Hierteenoor verwys algemene diensverskaffingsagentskappe in die VK na die **permanente** plaas van werknemers.²⁶¹ Om verwarring te voorkom, sal die term “diensbesigheid” voortaan gebruik word, aangesien die tydelike plasing van werknemers hier die hoofelement is.

Gewoonlik word die begrip “tydelike werknemers” vir gemelde werknemers gebruik, maar in die VK het dié begrip ‘n wyer betekenis. Werknemers wat as tydelik gekategoriseer word, sluit alle vorme van tydelike dienslewering in, hetsy korttermyn- of vaste termyn kontrakte, toevallige werknemers, onafhanklike kontrakteurs en werknemers voorsien deur agentskappe.²⁶² Om weer eens verwarring te voorkom, sal voortaan na “agentskapwerknemers” verwys word om hulle duidelik van die ander vorme van tydelike werknemers in die VK te onderskei.

Probleme met betrekking tot gebrekkige werksekuriteit en regte van agentskapwerknemers van diensbesighede, tesame met die ware identiteit van die werknemers en dié van die werkgewers is ook in die VK ‘n realiteit. Laasgenoemde, asook die onsekerheid rakende die posisie van die ware

258 Hierna EU.

259 Hierna VK.

260 Ratti 2009 *Comp Lab L & Pol’y J* 848.

261 Macdonald *Employing Temporary and Part-Time Staff* 162.

262 Casey *ea* 1989 *International Labour Review* 450; Leighton 1987 *Comp Lab LJ* 34; Booth 2002 *The Economic Journal* 182.

diensverhouding²⁶³ het agentskapwerknemers in die VK weerloos gelaat.²⁶⁴ Dit sal egter duidelik uit die onderstaande blyk dat daadwerklike pogings aangewend word om antwoorde op die vrae te vind en dat gespesialiseerde wetgewing ingespan word om die probleme aan te spreek.

Bergström²⁶⁵ argumenteer dat gemelde werknemers anders as permanente personeel behandel word, aan swak werksomstandighede blootgestel word en dat daar minder waarde aan hulle as personee geheg word. Die moontlikhede van bevordering is volgens hom ook gering, gebore uit die feit dat hulle slegs vir kort tydperke van bepaalde vaardighede gebruik kan maak. Bogenoemde is aspekte wat verdere bespreking en analise regverdig.

Omdat die lande wat die VK uitmaak lede van die EU is, sal in hierdie hoofstuk noodgedwonge dikwels na laasgenoemde verwys word. Met die verloop van tyd het die EU verskeie instrumente rakende diensbesighede geskep en is 'n bespreking van sodanige instrumente derhalwe noodwendig relevant. Die verskil tussen die EU en die IAO is dat eersgenoemde oor 'n regsprekende liggaam beskik wat die streng nakoming van laasgenoemde se instrumente verseker. Hierdie regsprekende liggaam kom voor in die vorm van die *European Court of Justice*. As 'n lid van die EU word die VK dus deur genoemde instrumente gebind.²⁶⁶

Vervolgens sal 'n oorsig oor diensbesighede in die VK gegee word. 'n Gedetailleerde analise van wat sodanige diensbesighede behels en hoe hulle te werk gaan, asook die probleme daardeur veroorsaak, is aan die orde. Die uiteindelijke oogmerk van hierdie hoofstuk is om ter ondersteuning te dien ten einde vas te stel waar die Suid-Afrikaanse reg rakende diensbesighede kan verbeter.

263 Evans en Gibb *Precarious Employment* 27.

264 Wynn 2009 *ILJ* 64; Anderman *Labour Law* 125.

265 Bergström *Beyond Atypicality* 14.

266 Fudge en Owens *Precarious Work* 17,18.

3.2 Oorsig en kontekstualisering

3.2.1 Aard van diensbesighede in die VK

Diensbesighede het 'n poel werknemers in hulle diens, spesifiek vir die doel om hulle aan potensiële kliënte te voorsien.²⁶⁷ Casey²⁶⁸ se definisie vir sodanige diensbesighede is:

...a business supplying persons in the employment of the person carrying on the business, to act for, and under the control of, other persons in any capacity.

Alle partye kom van meet af ooreen dat die agentskapwerknemer se dienste slegs tydelik sal wees.²⁶⁹ Sodra die agentskapwerknemer sy taak verrig het, vorm hy weer deel van die diensbesigheid se poel werknemers en wag om weer geplaas te word.²⁷⁰ Daar word nie 'n beperking op die tydperk wat 'n agentskapwerknemer in 'n kliënt se diens mag wees, geplaas nie. Dus kan die tydelike tydperk enige iets van 'n dag tot 'n aantal jaar duur.²⁷¹

Die uitsluitlike doel van diensbesighede in die VK is om die behoeftes van beide die agentskapwerknemers en kliënte te sinchroniseer. Die diensbesigheid doen dit deur die regte werknemer aan die regte kliënt te voorsien wanneer sodanige kliënt dit vereis. Purcell, Purcell en Tailby²⁷² stel dit soos volg:

...the TWA tends to present its role as part of the network of inter-firm relationships, emphasizing quality of service and longer-term relational investments. These are offered to client companies and to workers, with the agency stressing its capacity to achieve a customized supply and demand fit in the interest of both parties.

267 Countouris *Changing Law* 50, 51; Davidov 2004 *British Journal of Industrial Relations* 728, 730; Casey *ea* 1989 *Int'l Lab Rev* 450; Valticos 1973 *International Labour Review* 43.

268 Casey *Temporary Employment* 80; A 13(3) *Employment Agency Act* 1973.

269 Macdonald *Employing Temporary and Part-Time Staff* 40.

270 Friedman en Brandwine *Temporary Manpower* 91.

271 Morris *England* 101; Friedman en Brandwine *Temporary Manpower* 91.

272 Purcell, Purcell en Tailby 2004 *British Journal of Industrial Relations* 709.

Om genoemde doel te bereik, moet diensbesighede 'n noukeurige seleksie uitoefen om te verseker dat die agentskapwerknemers ten volle in staat is om in die behoeftes van die kliënt te voorsien.²⁷³ Sodoende verrig agentskapwerknemers ook werk waarmee hulle vertrouwd is. Dit sluit by bogenoemde aanhaling aan wat vermeld dat “supply and demand” saamgevoeg sal word om alle partye se individuele belange te bevredig.

'n Verwysing na die oorsprong van diensbesighede in die VK en die toename daarvan is vervolgens aan die orde.

3.2.2 Oorsprong en toename

Die grootste toename in hierdie atipiese diensverhoudinge in die VK is vanaf 1990 aangeteken vanaf welke datum dit twee tot vyf keer vermenigvuldig het.²⁷⁴ Behalwe vir die effense afname in die gebruik van diensbesighede in 1996, het dit stelselmatig elke jaar daarna toegeneem.²⁷⁵ In die jaar 2000 het die Arbeidsmag-opname (*Labour Force Survey*) aangetoon dat atipiese diensverhoudinge alreeds 'n derde van die totale arbeidsmag in die VK beslaan het.²⁷⁶ Die Departement van Handel en Nywerheid (*Department of Trade and Industry*) het bepaal dat sowat ses honderd duisend werknemers op enige gegewe oomblik binne die VK as agentskapwerknemers dienste lewer.²⁷⁷

Verskeie teorieë oor die toename van diensbesighede word aangevoer. Volgens Countouris het die wegbeweeg van die standaard-diensverhouding in die VK sy oorsprong in die 1970's²⁷⁸ in die toenemende

273 Ricca 1982 *International Labour Review* 148.

274 Davidov 2004 *British J of Indus Rel* 728; Storrie *Contingent Employment in Europe* 231.

275 Purcell, Purcell en Tailby 2004 *British J of Indus Rel* 705.

276 Stanworth en Druker 2000 *IJES* 11.

277 Morris *England* 102; Burgess en Connell *International Aspects* 2; Davidov 2004 *British J of Indus Rel* 729. Die nuwe metode van handeldryf het dus oor die afgelope twee dekades aanleiding gegee tot die wegbeweeg van die standaard, voltydse diensverhouding tussen 'n werknemer en 'n werkgewer, na die atipiese, tydelike en byna wankelrige diensverhouding tussen die partye betrokke by diensbesighede.

278 Countouris *Changing Law* 41.

veranderinge in politieke-, ekonomiese- en sosiale sektore gevind. Dit is so omdat ekonomiese druk werkgewers genoop het om nuwe metodes van handeldryf te soek wat die druk kon akkommodeer.²⁷⁹ Stanworth en Druker²⁸⁰ verklaar soos volg:

There are signs that in the United Kingdom, and in Europe generally, there has been a recent move towards more “market mediated” relationships, driven by technical change, globalisation and intense competition in product markets, as well as developments in the European Union.

Kalleberg²⁸¹ voer op sy beurt aan dat regte van permanente werknemers wat beperkings op werkgewers plaas, asook die demografiese veranderinge in die arbeidsmilieu, 'n rol by die toename in diensbesighede speel. In laasgenoemde geval pas die buigsame aard van agentskapdiensverskaffing moeders en senior burgers se persoonlike omstandighede beter.

3.2.3 Doelwitte van diensbesighede

Die redes vir die toename van agentskapdiensverskaffing in die VK is dus tweevoudig. Met behulp van diensbesighede word aan die behoeftes van beide werkgewers (“demand”) en agentskapwerknemers (“supply”) voldoen.²⁸² Die funksies van diensbesighede in die VK soos hierbo aangedui (“supply and demand”), sluit aan by die motivering van individue om diensbesighede te gebruik soos in hoofstuk 1 hierbo aangevoer.²⁸³

279 Countouris *Changing Law* 41; Stanworth en Druker 2000 *IJES* 11; Kalleberg 2000 *Annu Rev Social* 342; Böheim en Zweimüller *Trade Unions' Opposition* 5.

280 Stanworth en Druker 2000 *IJES* 3,4.

281 Kalleberg 2000 *Annu Rev Social* 342.

282 De Grip *ea* 1997 *International Labour Review* 52, 55.

283 Gallie *ea Restructuring the Employment Relationship* 178; Bergström *Beyond Atypicality* 33.

3.2.3.1 “Demand”

Die “**demand**”-element sluit in die behoefte aan buigsaamheid in die werkplek,²⁸⁴ die tydelike vul van ‘n pos van ‘n permanente personeellid wat met siekte- of kraamverlof is,²⁸⁵ die verrigting van ‘n spesifieke, tydelike taak²⁸⁶ en laastens die feit dat die gebruik van agentskapwerknemers koste-effektief is.²⁸⁷ Die feit dat die diensbesigheid die bykomende diens van aanstelling en afdanking verskaf, is ‘n verdere motivering vir werkgewers om as kliënt deur ‘n diensbesigheid te werk. Sodoende word alle administratiewe verantwoordelikhede en statutêre verpligtinge op die diensbesigheid geplaas.²⁸⁸ Die enigste verpligting wat deur die kliënt nagekom moet word, is die betaal van die fooi aan die diensbesigheid vir die agentskapwerknemer se dienste.²⁸⁹

-
- 284 Servais *Impact of Globalization* 21; Stanworth en Druker 2000 *IJES* 11; Friedman en Brandwine *Temporary Manpower* 99,100; Fudge en Owens *Precarious Work* 10; Davidov 2004 *British J of Indus R* 728.
- 285 Macdonald *Employing Temporary and Part-time Staff* 5, 40, 162; Casey *Temporary Employment* 110; Friedman en Brandwine *Temporary Manpower* 93; Denys *Challenges for Temporary Agency Work* 12; Houseman 2001 *Indus Lab Rel Rev* 155; Davidov 2004 *British J of Indus Rel* 728; Kalleberg 2000 *Annu Rev Social* 347; Casey *ea* 1989 *Int'l Lab Rev* 459; Valticos 1973 *Int'l Lab Rev* 43; Bronstein 1991 *Int'l Lab Rev* 296; De Grip *ea* 1997 *Int'l Lab Rev* 52, 53.
- 286 Macdonald *Employing Temporary and Part-time Staff* 5, 40, 162; Casey *Temporary Employment* 110; Friedman en Brandwine *Temporary Manpower* 93; Davidov 2004 *British J of Indus Rel* 728; Kalleberg 2000 *Annu Rev Social* 347; Casey *ea* 1989 *Int'l Lab Rev* 459; Valticos 1973 *Int'l Lab Rev* 43; Bronstein 1991 *International Labour Review* 296.
- 287 Macdonald *Employing Temporary and Part-time Staff* 162; Vaes en Vandenbrande *Temporary Agency Work Directive* 19; Syrett *Employing Job Sharers* 78; Böheim en Zweimüller *Employment of Temporary Agency Workers* 5; Kalleberg 2000 *Annu Rev Social* 347; Valticos 1973 *Int'l Lab Rev* 43; Casey *Temporary Employment* 110. Behalwe vir die redes hier genoem, kan twee verdere redes ook aangedui word. Werkgewers gebruik diensbesighede om permanente werknemers te werf en om bepaalde sektore uit te kontrakteer. Denys *Challenges for Temporary Agency Work* 12. Daar sal vir die doeleindes van hierdie navorsing slegs op die hoofredes vir die gebruik van diensbesighede gefokus word. Daar sal dus nie in diepte aan hierdie redes aandag gegee word nie. Sien ook Houseman 2001 *Indus Lab Rel Rev* 149, 150, 155-157.
- 288 Ricca 1982 *Int'l Lab Rev* 147; Von Hippel 1997 *The Academy of Management Executive* 95; Davidov 2004 *British J of Indus Rel* 728; Stanworth en Druker 2000 *IJES* 9; Macdonald *Employing Temporary and Part-time Staff* 162.
- 289 Stanworth en Druker 2000 *IJES* 9.

Die redes vir werkgewers se gebruik van diensbesighede is relatief universeel, maar daar is wel aspekte met betrekking tot buigsaamheid en koste-effektiwiteit wat hier in besonderhede uitgelig moet word. Met verwysing na eersgenoemde dui Kalleberg²⁹⁰ die volgende aan:

global economic changes increased competition and uncertainty among firms and put greater pressure on them to push for greater profits and to be more flexible in contracting with their employees and responding to consumers. Sluggish economic growth triggered high unemployment that made it clear, especially in Europe, that economies were incapable of generating enough jobs to provide full-time wage employment for all workers.

Vir besighede om te oorleef, moes 'n balans tussen hulle inkomstes en uitgawes bereik word. Die behoefte het dus ontstaan dat werkgewers slegs die minimum permanente werknemers het en dan ekstra werknemers tydens spits tyd in diens neem.²⁹¹

In die VK kan verskeie tipes buigsaamheid geïdentifiseer word, maar slegs drie is vir die onderwerp van hierdie navorsing belangrik. Die eerste vorm staan bekend as numeriese buigsaamheid. Genoemde begrip verwys na die behoefte soos hierbo genoem, naamlik om die besigheid se personeelbasis te kan verander soos wat die arbeidsmark fluktueer, hetsy deur die werknemers aan te vul of te verminder. Die tweede tipe kom voor in die vorm van funksionele buigsaamheid. By wyse van hierdie buigsaamheid kan 'n werkgewer sy personeelbasis herorganiseer ten einde oor bepaalde vaardighede te beskik vir wanneer tegnologiese veranderinge in die arbeidsmark intree.²⁹² Die derde en laaste tipe buigsaamheid staan bekend as finansiële buigsaamheid, ingevolge waarvan 'n besigheid sy uitgawes vir dienste gelewer (soos salarisse vir

290 Kalleberg 2000 *Annu Rev Socio* 342.

291 Friedman en Brandwine *Temporary Manpower* 93; Casey *Temporary Employment* 118; Burgess en Connell *International Aspects* 5; Davies *Perspectives on Labour Law* 80; Bronstein 1991 *International Labour Review* 297.

292 Rubery *Employers and the Labour Market* 263; Countouris *Changing Law* 41; Davies *Perspectives on Labour Law* 81; Beaumont 1988 *Labor Law Journal* 547; Houseman 2001 *Indus Lab Rel Rev* 157; Davidov 2004 *British J of Indus Rel* 728.

permanente werknemers) kan aanpas soos die omstandighede dit vereis.²⁹³

Dit blyk dat buigsaamheid in die werkplek ook benodig word in gevalle waar dit nie uit hoofde van eksterne faktore vereis word nie. Friedman en Brandwine²⁹⁴ maak die volgende opmerking:

Other organizations use the services of temporary help firms as their answer to rapid labour turnover caused by difficult working conditions; the temporaries are put to work on routine jobs that are regarded as unattractive or boring by the permanent staff. This policy results in a constant turnover of temporary workers who perform these unpopular tasks and are replaced before they are worn-out by the job.

Om derhalwe te voorkom dat werknemers oorwerk raak en sodoende vir die besigheid skade kan berokken, sirkuleer die werkgewer agentskap-werknemers om te verseker dat produksie voortdurend vloei. Dit is dus duidelik watter groot rol agentskapdiensverskaffing by die vooruitgang van 'n besigheid kan speel sover dit die buigsaamheid daarvan bevorder.

Met betrekking tot koste-effektiwiteit word nie net verwys na die feit dat die kliënt slegs 'n fooi aan die diensbesigheid hoef te betaal vir die werknemer se dienste nie,²⁹⁵ maar ook dat so 'n kliënt opleidingsonkoste spaar. Laasgenoemde hoef nie werknemers te werf en hulle opleiding in spesifieke vaardighede te gee nie. 'n Kliënt kan bloot by die diensbesigheid 'n agentskapwerknemer aanvra wat reeds oor die spesifieke vaardighede beskik.²⁹⁶ Werkgewers spaar ook in gevalle waar die besigheid se permanente personeel lede van 'n vakbond is en die werkgewer hulle bo die markloon moet vergoed. Dit sou dan soms moeilik wees om permanente werknemers van verskillende sektore binne dieselfde besigheid, dit wil sê kernsektore en nie-kernsektore, verskillende lone te

293 Rubery *Employers and the Labour Market* 263; Beaumont 1988 *Labor Law Journal* 547. Al hierdie vorme van buigsaamheid kan by wyse van die gebruik van diensbesighede bereik word.

294 Friedman en Brandwine *Temporary Manpower* 93.

295 Von Hippel *ea* 1997 *Academy of Management Executive* 94; Casey *Temporary Employment* 84.

296 Von Hippel *ea* 1997 *Academy of Management Executive* 94.

betaal. In sulke gevalle sal dit dan meer sin maak vir werkgewers om deur diensbesighede van agentskapwerknemers in die nie-kernsektore gebruik te maak, in welke gevalle die metode van betaling van die normale metodes verskil.²⁹⁷

3.2.3.2 “Supply”

Die “**supply**”-element behels diensbesighede vanuit die werknemers se oogpunt. Dit fokus op die werknemers se motivering vir hulle betrokkenheid by diensbesighede, welke motivering in twee kategorieë verdeel kan word, naamlik onvrywillige en vrywillige betrokkenheid. Die onderskeid kan getref word tussen diegene wat die bewuste keuse maak om by diensbesighede aan te sluit en dié wat weens hulle persoonlike omstandighede daartoe gedwing word.²⁹⁸

3.2.3.2.1 Onvrywillige betrokkenheid by diensbesighede

Diegene wat nie die vrywillige keuse uitoefen om by diensbesighede betrokke te raak nie, is gewoonlik daardie werknemers wat slagoffers van afleggings of oortolligheid is. Genoemde werknemers kan dan nie weer op kort kennisgewing ‘n behoorlike werk vind nie en vind dan hulle toevlug tot die agentskap-diensverskaffingsindustrie totdat hulle ‘n permanente pos kan opspoor.²⁹⁹ Die gebrek aan permanente werk veroorsaak uiteindelik dat diensbesighede die persone se enigste ander opsie is.³⁰⁰ Diensbesighede dien gevolglik as toevlug vir diegene wat werkloos is.

Wanneer werknemers verder weens ‘n gebrek aan vaardigheid of ondervinding sukkel om permanente werk te bekom, bied diensbesighede ook ‘n tydelike oplossing. Deur *via* ‘n diensbesigheid werksaam te wees,

297 Böheim en Zweimüller *Trade Unions’ Opposition* 5.

298 Anderman *Labour Law* 126.

299 Stanworth en Druker 2000 *IJES* 14.

300 Vaes en Vandenbrande *Temporary Agency Work Directive* 19; Booth *ea* 2002 *The Economic Journal* 211.

doen die werknemer die nodige ondervinding op om in die toekoms 'n kandidaat vir die permanente arbeidsektor te wees.³⁰¹

3.2.3.2.2 Vrywillige betrokkenheid by diensbesighede

Diegene wat die keuse uitoefen om vrywilliglik by diensbesighede betrokke te raak, doen dit omdat hulle hou van die wisseling van poste of omdat dit hulle persoonlike omstandighede beter pas.³⁰² Sommige werknemers beskou die diensbesigheid as 'n metode om 'n voet in die deur te kry.³⁰³ Sulke werknemers gebruik slegs die agentskap-diensverskaffingsindustrie as 'n stap na permanente werk.

Daar bestaan drie wyses waarop agentskapdiensverskaffing tot in 'n permanente pos kan oorvloei. Die drie wyses behels die interne direkte roete, die interne indirekte roete en laastens die eksterne roete. Ingevolge eersgenoemde maak werkgewers gebruik van diensbesighede om werknemers te werf. Hierdeur maak die werkgewer as kliënt 'n seleksie uit die diensbesigheid se poel werknemers wat oor die vaardighede beskik wat die besigheid benodig, waarna die werkgewer genoemde werknemers permanent aanstel.³⁰⁴

In sommige gevalle word poste nie op die eksterne arbeidsmark geadverteer nie, sodat werknemers wat reeds binne die besigheid werksaam is, vertikaal (deur bevordering) of horisontaal na die ander pos oorgedra kan word. Agentskapwerknemers is vatbaar vir sulke poste en geniet dus die voordeel dat hulle toegang tot die interne inligting van 'n besigheid het vir so lank as wat hulle in tydelike hoedanigheid aan die kliënt dienste lewer. Sodoende kan 'n tydelike pos met die interne indirekte roete 'n permanente pos word.³⁰⁵

301 Friedman en Brandwine *Temporary Manpower* 96; Stanworth en Druker 2000 *IJES* 14.

302 Casey *Temporary Employment* 82. Navorsing toon egter dat vryheid tussen opdragte met 'n gevoel van onsekerheid oor die toekoms gepaard gaan.

303 De Ruyter *Temporary Agency Work* 45.

304 Denys *Challenges for Temporary Agency Work* 11.

305 Denys *Challenges for Temporary Agency Work* 11.

Vir werknemers wat nuut tot die arbeidsmark toetree, is agentskapdiensverskaffing 'n goeie metode waardeur hulle inligting rakende verskillende tipes werk kan inwin. Met gemelde inligting kan sodanige werknemers besluit waar hulle belangstelling lê en met watter tipe werk hulle goed vaar. Deur tydelike werk te verrig, bekom die agentskapwerknemers ook die vaardigheid en ondervinding wat nodig mag wees om 'n permanente werk te kry.³⁰⁶ Hierdie is die eksterne roete, deurdat die agentskapwerknemer vir ander potensiële werkgewers aantrekliker lyk.³⁰⁷ Diensbesighede kan dus as 'n brug tussen tydelike diensverskaffing en permanente dienskontrakte dien.³⁰⁸ 'n Belowende agentskapwerknemer kan moontlik 'n permanente pos aangebied word indien hy hom as 'n aanwinst vir die besigheid bewys.³⁰⁹

Vervolgens relevant is 'n bespreking oor alle probleme in teenstelling met die voordele soos hierbo aangedui wat deur diensbesighede en hulle atipiese diensverhoudinge met die agentskapwerknemers veroorsaak word. Alle aspekte wat nadele kan inhou, sal in detail geanaliseer word.

3.2.4 *Implikasies van diensbesighede*

Volgens Campbell³¹⁰ is 'n groot verskeidenheid regte geskep wat op standaard-diensverhoudinge en permanente werknemers van toepassing is. Dit het onder andere voortdurend vir werksekuriteit en minimumlone gesorg. Hy maak egter die volgende stelling:

On the other hand, the varied forms of temporary employment tend to stand outside this historical evolution. As a result, though they may be roped in and granted certain rights and benefits, they tend to be marked by a significant shortfall or deficit in comparison with permanent employment. In this light, the persistence and growth of temporary

306 Friedman en Brandwine *Temporary Manpower* 95; Casey *Temporary Employment* 82; Bergström *Beyond Atypicality* 38; Gallie *ea Restructuring the Employment Relationship* 178.

307 Denys *Challenges for Temporary Agency Work* 11.

308 Bronstein 1991 *Int'l Lab Rev* 293; De Ruyter *Temporary Agency Work* 45.

309 Stanworth en Druker 2000 *IJES* 14.

310 Campbell *Trade Unions and Temporary Employment* 1.

employment appears to be associated with the spread of inferior conditions and precariousness.

Derhalwe, aangesien agentskapdiensverskaffing afwyk van standaarddienslewering waarvoor in wetgewing in die VK voorsiening gemaak is, val dit buite die toepassing van die genoemde reëls. Die gevolg is dat dit 'n deel van die arbeidsmark is wat deur onsekerheid, dubbelsinnigheid en onbillike arbeidspraktyke gekenmerk is.³¹¹ Servais, onder andere, is van mening dat die aard van agentskapwerknemers se diensverskaffing ook moontlike psigologiese implikasies vir hulle mag inhou. Die konstante wisseling tussen werkplekke kan veroorsaak dat agentskapwerknemers 'n gebrek aan vastigheid in hulle professionele lewens ervaar. Dus kan hulle ook nie langdurige kollegiale verhoudinge handhaaf nie.³¹² Tesame hiermee sien hulle ook nie altyd die vrugte van hulle werk nie, wat veroorsaak dat hulle hul doel bevestig.

Dit is belangrik om meer breedvoerig op probleme met diensbesighede in die VK in te gaan sodat die aspekte wat regulasie en beskerming van agentskapwerknemers regverdig, geïdentifiseer kan word. Die relevansie van hierdie probleme sal ook later duidelik word wanneer die wetgewing met betrekking tot diensbesighede in die VK in meer besonderhede bespreek word. Uit die bespreking sal dit duidelik wees welke aspekte as problematies geïdentifiseer was en wat in die VK en die EU as beskermingswaardig geag is.

3.3 Gebrekkige werksekuriteit en minder voordelige lone

3.3.1 Gebrekkige werksekuriteit

In die VK is die feit dat werkgewers met betrekking tot agentskapwerknemers nie aan werksekuriteit-ooreenkomste gebonde is nie 'n groot

311 Campbell Centre for Applied Social Research 1; Wynn en Leighton 2009 *The Modern Law Review* 91.

312 Servais *Impact of Globalization* 21; Fudge en Owens *Precarious Work* 11; Bergström *Beyond Atypicality* 18; Anderman *Labour Law* 125.

motivering om permanente personeel te verminder.³¹³ Dientengevolge word agentskapwerknemers weens die gebrek aan werksekuriteit aan minder voordelige werksomstandighede blootgestel.³¹⁴ Agentskapwerknemers ontvang nie behoorlike beskerming en sekuriteit nie, omdat die agentskap-diensverskaffingsindustrie soveel afwyk van die standaard-diensverhouding dat dit moeilik is om te reguleer.³¹⁵ Volgens Countouris³¹⁶ vind die wetgewer dit moeilik om aan agentskapwerknemers erkenning te verleen, want dit moet op so 'n wyse gedoen word, dat hulle nie van beskermende wetgewing uitgesluit word nie.

Bergström³¹⁷ wys daarop dat die gebrek aan beskerming daartoe lei dat agentskapwerknemers deur kliënte misbruik word. Dit is veral in die geval van ontslag, werksure en 'n gebrek aan sosiale sekuriteit sover dit pensioen en werkloosheidsversekering aangaan. Casey³¹⁸ beklemtoon dat agentskapwerknemers ook nie die sekerheid van 'n vaste, voorspelbare inkomste het nie, omdat die diensbesigheid onder geen verpligting is om te sorg dat die agentskapwerknemer voortdurend werk het nie. Bergström³¹⁹ verklaar verder dat, omdat agentskapwerknemers geen waarborg het oor wanneer die volgende mandaat op hulle pad gaan kom nie, dit nie vir hulle moontlik is om vir die toekoms te beplan nie. Diensbesighede word ook ingevolge artikel 5(2) van die *Temporary Agency Work Directive* 2008/104/EC daarvan vrygestel om agentskapwerknemers te betaal gedurende tydperke wat hulle nie werk verrig nie.³²⁰

313 Davidov 2004 *British J of Indus Rel* 728.

314 Casey ea 1989 *Int'l Lab Rev* 459. Toetse toon dat tydelike werknemers minder tevrede met hulle werksekuriteit en voordele is as wat die geval by permanente werknemers is. Booth ea 2002 *The Economic Journal* 196, 198.

315 Ashiagbor *Promoting Precariousness* 87.

316 Countouris *Changing Law* 88; Wynn en Leighton 2009 *The Modern Law Review* 91.

317 Bergström *Beyond Atypicality* 16. Daar word ingevolg artikel 5 van die *Temporary Agency Work Directive* 2008/104/EC bepaal dat agentskapwerknemers dieselfde behandeling en voordele as permanente personeel van dieselfde kliënt moet ontvang, veral met betrekking tot werksure, rustye en lone. Hierdie direktief sal later volledig behandel word.

318 Casey *Temporary Employment* 83.

319 Bergström *Beyond Atypicality* 17; Stanworth en Druker 2000 *IJES* 12.

320 Die bepalinge in genoemde wetgewing sal later in meer besonderhede bespreek word. Sien paragraaf 3.9.4 in hierdie verband.

Bronstein³²¹ gaan verder en meld dat omdat agentskapwerknemers se opdragte meestal slegs vir kort tydperke duur, hulle die risiko loop om nooit die vereiste tydperk te werk wat hulle op bepaalde voordele geregtig sal maak nie. 'n Voorbeeld hiervan is die reg op billike ontslag. Hy wys op die algemene reël in die arbeidsreg van die VK dat 'n werknemer vir ten minste een jaar vir dieselfde werkgewer moes gewerk het voordat daardie werknemer die reg het om 'n eis van onbillike ontslag in te stel. Dit sou dus vir die meeste agentskapwerknemers onmoontlik gewees het om vir so 'n reg te kwalifiseer.³²² Dit is derhalwe makliker om agentskapwerknemers te ontslaan, wat tot die gebrek aan werksekuriteit bydra.³²³

Laasgenoemde aspek word bevestig deur die scenario waar 'n kliënt 'n agentskapwerknemer vanaf die agentskap huur en dan die werknemer terugstuur weens ontevredenheid met sy werkverrigting. Die kliënt sal geen aanspreeklikheid oploop nie, aangesien die werknemer slegs per uur of per dag vir 'n tydelike termyn betaal word en weliswaar nie op vergoeding vir ontslag geregtig is nie.³²⁴ Dit was ook van meet af aan die ooreenkoms dat die dienslewering slegs vir 'n tydelike periode sou wees.³²⁵ In daardie gevalle waar 'n taak verrig moes word en die taak voltooi is, sal die werknemer nie as ontslaan beskou word nie. Dit is so omdat die kontrak slegs geldig was vir die tyd wat die taak nie voltooi was nie. Na die voltooiing van die taak het die kontrak ophou bestaan - die agentskapwerknemer se dienste eindig na dese by wyse van regswerking.³²⁶

321 Bronstein 1991 *Int'l Lab Rev* 293.

322 Sien ook Anderman *Labour Law* 152.

323 Rubery *Employers and the Labour Market* 264.

324 'n Persoon wat vir vier weke aaneen vir een werkgewer werk, is geregtig op een week kennis. Hierteenoor is 'n werknemer wat twee jaar vir een werkgewer werk, geregtig op beskerming teen onbillik ontslag en vergoeding vir oortolligheid. Casey *ea* 1989 *Int'l Lab Rev* 450.

325 Stanworth en Druker 2000 *IJES* 12; Von Hippel *ea* 1997 *The Academy Management Executive* 95.

326 Casey *ea* 1989 *Int'l Lab Rev* 452.

3.3.2 *Minder voordelige lone*

Ook ten opsigte van lone worstel agentskapwerknemers met diskriminasie in die werkplek. Navorsing toon dat agentskapwerknemers in die VK oor die algemeen minder as permanente personeel in dieselfde tipe pos betaal word. Die aard van agentskapwerknemers se dienslewering beperk hulle vermoë om met die kliënt oor hulle lone te onderhandel. Volgens Burgess en Connell is dit so vanweë die ongelyke verspreiding van mag in die betrokke diensverhouding.³²⁷

Diensbesighede moet hulle voortbestaan nastreef. Dit beteken dat hulle pogings moet aanwend om soveel kontrakte moontlik te werf. Derhalwe moet hulle onder andere lae uurlikse fooie (betaalbaar deur die kliënt), verminderde werknemersvoordele en verlaagde opleidingsonkoste bied wat kliënte kan lok. As gevolg van hierdie kliënte-velddtog beskik werknemers nie oor die standaardregte en voordele van 'n tipiese werknemer nie.³²⁸ Dit is veral diegene wat 'n gebrek aan vaardighede en ondervinding het wat hieronder ly.³²⁹

Daar is diegene, soos Böheim en Zweimüller, wat die vraag vra of dit nie juis die gebrek aan vaardighede is wat 'n rol in die klein lone speel nie. In die praktyk lyk dit of agentskapwerknemers kleiner lone weens hulle ondergemiddelde vermoëns betaal word. Dit is gewoonlik dié wat bo-gemiddelde vermoëns toon wat deur werkgewers as permanente personeel aangestel word. Daar word dus van meet af aanvaar dat die agentskapwerknemers oor min vaardighede en ondergemiddelde vermoëns beskik, en dus vir kleiner salarisse kwalifiseer.³³⁰

327 Burgess en Connell *International Aspects* 8; Kalleberg 2000 *Annu Rev Sociol* 350, 358; Bergström *Beyond Atypicality* 16; Von Hippel 1997 *Academy of Management Executive* 94; Leighton 1987 *Comp Lab LJ* 43.

328 Purcell, Purcell en Tailby 2004 *British J of Indus Rel* 706.

329 Purcell, Purcell en Tailby 2004 *British J of Indus Rel* 706.

330 Booth ea 2002 *The Economic Journal* 191, 192; Böheim en Zweimüller *Trade Unions' Opposition* 4.

Regulasies is al deur die EU daargestel wat vir die lone en gelyke werksomstandighede van agentskapwerknemers voorsiening maak.³³¹ Ingevolge die *Temporary Agency Work Directive* 2008/104/EC behoort gelyke bepalings en voorwaardes onder alle werknemers van die kliënt, agentskapwerknemers in te sluit, gehandhaaf te word. Die beginsel is dat die beheer wat die kliënt oor die agentskapwerknemer het die gelyke bepalings en voorwaardes onder al sy werknemers regverdig. Laasgenoemde sal dan ook aanleiding daartoe gee dat gelyke betaling ontvang behoort te word.³³²

Nietemin toon navorsing wat vir die *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions* gedoen is dat werknemers steeds aan swak werksomstandighede en lae lone blootgestel word. Dit is so selfs in die lande waar gelyke bepalings en voorwaardes onder alle tipes werknemers vereis word.³³³ Werkgewers doen dit steeds omdat hulle 'n agenda het, veral sover dit die lone en werksekuriteit van die permanente personeel aangaan. Von Hippel *et al*³³⁴ argumenteer dat:

...organizations may hire temporary workers to avoid perceptions of wage inequity among their permanent employees. Companies that pay above market wages may contract out those activities that can be staffed at lower relative salaries without damaging their reputations as high wage providers. Alternatively, organizations may decide to contract out high-paying activities (e.g., consulting) to avoid pressure to upgrade internal wages. Organizations that cut employment costs by hiring temporary workers often provide permanent employees with greater job security and fatter pay checks.

Werkgewers verkies dus om kleiner lone aan agentskapwerknemers te betaal, diensgevolge oor meer fondse te beskik om vir opleidingsonkoste van permanente personeel te betaal.³³⁵ Agentskapwerknemers trek nie voordeel uit bogenoemde opleiding nie, wat

331 Davidov 2004 *British J of Indus Rel* 733. Soos vroeër aangedui is die instrumente van die EU bindend op alle lidstate. Gemelde instrument word dus in die VK geïmplementeer.

332 Davies en Freedland *Employment Relationship* 143, 144.

333 Sien Davidov 2004 *British J of Indus Rel* 735.

334 Von Hippel *et al* 1997 *Academy of Management Executive* 96.

335 Houseman 2001 *Indus and Lab Rel Rev* 162.

veroorzaak dat hulle hulself in 'n situasie bevind waar hulle nie hulle vaardighede kan ontwikkel nie.³³⁶

Soos alreeds hierbo aangedui, ontvang agentskapwerknemers nie dieselfde regte as wat 'n standaard-werknemer ontvang nie. Voorbeelde hiervan is die reg om nie onbillik ontslaan te word nie, kompensasie vir sodanige onbillike ontslag, reg op voldoende vergoeding en sosiale sekuriteit. Hierdie situasie noep 'n grondige analise van die gebrek aan regte van agentskapwerknemers in die VK.

3.4 Regte van agentskapwerknemers

Uit die voorafgaande is dit ooglopend dat die gebrek aan toepaslike regte van agentskapwerknemers die oorsprong van alle nadele is wat deur gemelde werknemers ervaar word. Vervolgens sal die bestaande regte van agentskapwerknemers bespreek word, waarna ondersoek ingestel sal word na die moontlike redes vir die feit dat hul regte so beperk is.

3.4.1 Beperkte aantal regte van agentskapwerknemers

Die atipiese omstandighede van agentskapwerknemers se dienslewering het 'n nadelige impak op hulle beskerming. Dit is so weens die feit dat die regte wat beskikbaar gestel word, slegs op standaard-werknemers van toepassing is. Anderman³³⁷ dui aan dat:

many statutory rights are restricted in their scope to 'employees', i.e. those who work under a contract of employment. Many statutory rights also require a minimum period of continuous service.

336 Bergström *Beyond Atypicality* 19, 20; Gallie *ea Restructuring the Employment Relationship* 178; Von Hippel *ea 1997 Academy of Management Executive* 96; Booth *ea 2002 The Economic Journal* 198; De Grip *ea 1997 Int'l Lab Rev* 55.

337 Anderman *Labour Law* 118. Sien ook Bell *Employment Law* 12; Benny, Jefferson en Sargeant *Employment Law* 3; Davies en Freedland *Labour Law* 83; EEF *Employment Guide* 55; Honeyball *Employment Law* 21.

Arbeidsregte wat in die 1970's in die VK opgestel is, was slegs toegespits op afhanklike werknemers wat 'n minimum hoeveelheid ure 'n week moes werk en wat deurlopend aan een werkgever diens gelewer het. Derhalwe is agentskapwerknemers hiervan uitgesluit. Dit is so aangesien agentskapwerknemers nie ten volle binne gemelde kriteria gepas het nie.³³⁸

Bepaalde bestaande wetgewing is inderdaad van toepassing op alle partye, dus ook agentskapwerknemers, wat persoonlike diens aan 'n ander persoon beskikbaar stel, ongeag die aard van die diensverhouding of die tipe kontrak betrokke. Hier ter sprake is die *Sex Discrimination Act 1975*, *Race Relations Act 1976*, *Health and Safety at Work etc Act 1974* en Deel 2 van die *Employment Rights Act 1996*.³³⁹

Ingevolge artikel 230(3) van die *Employment Rights Act 1996* is 'n definisie van 'n werker gegee, waar die begrip "werker" gebruik word om sodoende nie die definisie tot 'n spesifieke, tipiese werknemer te beperk nie. "Werker" in hierdie konteks word beskou as enigiemand wat werk vir 'n lewe en wat ingevolge enige vorm van kontrak hulle persoonlike diens aan die ander kontrakparty beskikbaar stel.³⁴⁰ Die uitbreiding van regte na sulke werkers het ten doel gehad om beskerming te bied aan werkers wat nie as standaard-werknemers geklassifiseer kon word nie, deurdat hulle nie werknemers van die party is aan wie hulle diens gelewer het nie.³⁴¹ Agentskapwerknemers val ten minste onder hierdie kategorie deurdat hulle take vir die kliënt verrig, maar waar die kliënt nie as hulle werkgever beskou word nie.³⁴²

338 Hulle lewer slegs stukwerk of weeklikse diens en wissel gedurig van "werkgever".

339 Anderman *Labour Law* 126; Scrope en Barnett *Employment Law Handbook* 20; Benny, Jefferson en Sargeant *Employment Law* 3.

340 Selwyn *Law of Employment* 16de uitg 45. Voorbeelde van regte beskikbaar aan werkers is die reg om bo 'n bepaalde minimum loon vir diens vergoed te word, die reg op regsverteenvoordiging, die reg op jaarlikse verlof en die reg om nie 'n sekere hoeveelheid ure diens per week te oorskry nie.

341 Vettori *Employment Contract* 166; Macdonald *Employing Temporary and Part-time Staff* 26-28; Stanworth en Druker 2000 *IJES* 8.

342 Die identiteit van die werkgever sal in paragraaf 3.6-3.6.2.2 hieronder aandag geniet.

In die lig van die toetse wat vervolgens deur houe gebruik is om vas te stel wie 'n werknemer is en wie gevolglik op beskerming geregtig is, was bogenoemde wetgewing nie so suksesvol nie.³⁴³ Daar word by wyse van die tipe kontrak betrokke vasgestel of daar 'n dienskontrak of slegs 'n kontrak vir werk bestaan. Sou die agentskapwerknemers se kontrak met die diensbesigheid as 'n dienskontrak beskou kan word, sou hulle standaard-werknemers wees wat geregtig is op die volle spektrum arbeidsregte. As hulle kontrak egter binne die tweede kategorie val, sal hulle slegs geregtig wees op die beperkte lys regte soos hieronder na verwys.³⁴⁴

In 1997 het die regering in die VK basiese minimum regte geïdentifiseer wat alle werkers binne 'n diensverhouding toekom. Die aard van agentskapwerknemers se dienslewering het dit nietemin vir werkgewers moontlik gemaak om die verhouding tussen hulle en die agentskapwerknemer so te interpreteer om agentskapwerknemers van hierdie regte uit te sluit. Dit is die tegniese verskille tussen 'n **kontrak vir werk** en direkte indiensneming wat dit vir kliënte moontlik gemaak het om hulle verhouding met agentskapwerknemers nie as 'n diensverhouding te klassifiseer nie.³⁴⁵ Omdat die status van die partye betrokke by agentskapdiensverskaffing nie ten volle geïdentifiseer kan word nie, is dit moontlik dat 'n agentskapwerknemer nie eers die status van semi-afhanklike werknemer kan verkry nie. Dit sou tot gevolg hê dat gemelde werknemer op geen arbeidsregte geregtig is nie. Countouris³⁴⁶ maak die volgende stelling:

To reduce...this risk more recent legislation has spesificaly stated that 'agency workers who are not otherwise workers' should be accorded a number of statutory minimum rights, but it has been pointed out that 'it is deeply unsatisfactory that statutory variants of such complexity have to be constructed because of the lack of clarity of the approach of the law of

343 Vettori *Employment Contract* 167.

344 Macdonald *Employing Temporary and Part-time Staff* 164.

345 Evans en Gibb *Precarious Employment* 27, 28.

346 Countouris *Changing Law* 103, 104. Die meer onlangse wetgewing waarna Coutouris hier verwys is a 13 van die *Employment Relations Act* 1999.

personal employment contracts to the question of triangular or multilateral employment relationships’.

Die *European Trade Union Confederation* (ETUC) voer aan dat agentskapwerknemers dieselfde as die permanente werknemers van die werkgever (kliënt) behandel moet word en dat hulle gevolglik dieselfde regte moet ontvang. Dit het neergekom op die “comparable worker”-strategie. Die kliënte het nie met die ETUC saamgestem nie, veral nie sover dit die “comparable worker”-strategie aangaan nie. Die kliënte het geargumenteer dat agentskapwerknemers nie in alle opsigte met hulle permanente werknemers vergelyk kan word nie, aangesien dit die doel van buigzaamheid sou verydel. Dit was die mening van kliënte dat die lidlande van die EU self behoort te besluit met wie hulle die agentskapwerknemers wil vergelyk.³⁴⁷

Ingevolge die *Temporary Agency Work Directive* 2008/104/EC word vereis dat agentskapwerknemers wat by ‘n kliënt diens verrig, ten minste dieselfde bepalings en voorwaardes ontvang wat hulle sou ontvang het as hulle direk vir dieselfde pos aangestel was. Daar is ‘n twaalf weke toelatingstydperk op hierdie gelyke behandeling geplaas. Derhalwe moes ‘n agentskapwerknemer vir twaalf weke of meer vir een kliënt gewerk het voordat hy sou kwalifiseer. Dit sou die meeste agentskapwerknemers uitsluit, aangesien weinig van hulle vir so lank in een diensooreenkoms staan.³⁴⁸ Countouris³⁴⁹ doen aan die hand dat agentskapwerknemers as voortdurende werkers geklassifiseer moet word. Laasgenoemde sal gebaseer word op die **verwagting** van agentskapwerknemers om in ‘n kliënt se diens geplaas te word. Dit het die effek dat die onderskeie taakverrigtings van die agentskapwerknemer tot een verbind is. Dientengevolge sal ‘n werknemer op ‘n groter aantal regte geregtig wees.

Verskeie argumente bestaan vir die rede waarom agentskapwerknemers slegs op ‘n beperkte hoeveelheid regte geregtig is. Dit kan die aard van die

347 Jones 2002 *Indus LJ* 185; Ratti 2009 *Comp Lab L & Pol’y J* 870.

348 Countouris en Horton 2009 *Indus LJ* 333.

349 Countouris *Changing Law* 50.

diensverhouding wees in die sin dat die agentskapwerknemer slegs vir 'n kort tydperk aan 'n spesifieke kliënt gebonde is. Dit kan ook voortspruit uit die status van die werknemer, in die lig daarvan dat arbeidsregte oorspronklik slegs op permanente, afhanklike werknemers van toepassing was. 'n Bespreking van die moontlike redes is daarom relevant.³⁵⁰

3.4.2 Redes vir gebrekkige regte

Soortgelyk aan die omstandighede by gebrekkige werksekuriteit het die tydelike aard (gebrek aan deurlopendheid) van die agentskapwerknemer se dienslewering ook die effek dat hy vir bepaalde regte gediskwalifiseer word.³⁵¹ Sou agentskapwerknemers beweer dat hulle deurlopende werknemers is, moet hulle bewys dat hulle nie tussen take werk nie, omdat daar werklik niks is om te doen nie. Hulle moet ook bewys dat die tydperke wat hulle werk langer is as die tydperke wat hulle nie werk nie, welke aspek moeilik vir agentskapwerknemers is om te bewys.³⁵² Bronstein³⁵³ maak dit duidelik dat:

where...temporary workers receive only brief assignments, interspersed with relatively long periods of unemployment, they run the risk of not being able to accumulate the length of service required for entitlement to, for example, health or unemployment insurance.

Die feit dat 'n agentskapwerknemer se status nie seker is nie, sluit hom ook van sekere arbeidsregte uit. Die vraag word gevra of hy 'n werknemer,

350 Leighton 1987 *Comp Lab LJ* 35.

351 Sien paragraaf 3.3.1. Selwyn *Law of Employment* 13de uitg 53; Anderman *Labour Law* 134; Drake *Labour Law* 8; Casey *Temporary Employment* 5-7; Macdonald *Employing Temporary and Part-time Staff* 185; Leighton 1987 *Comp Lab LJ* 43; Davies en Freedland *Labour Law* 99; Stanworth en Druker 2000 *IJES* 9; Davidov 2004 *British J of Indus Rel* 738; Anderman *Labour Law* 135.

352 Casey *ea* 1989 *Int'l Lab Rev* 452. Daar is bepaalde kriteria waaraan voldoen moet word voordat 'n werknemer se dienslewering as deurlopend beskou kan word. Die werknemer moes 'n dienskontrak gehad het met 'n spesifieke werkgewer vir die tydperk wat onder die omstandighede vereis word. Die kontrak moet van krag bly gedurende elke week van die vereiste tydperk en daar moet nie 'n onderbreking van langer as 'n week tydens die dienslewering plaasgevind het nie. Agentskapwerknemers sal selde aan hierdie kriteria kan voldoen. Sien Macdonald *Employing Temporary and Part-time Staff* 186.

353 Bronstein 1991 *Int'l Lab Rev* 293.

werker of “self-employed” is. Die howe in die VK beskou agentskapwerknemers nie as die werknemer van óf die diensbesigheid óf die kliënt nie en derhalwe ontvang hulle nie die normale regte van ‘n werknemer nie.³⁵⁴ Skrywers soos Morris, Dempsey en McMullen doen aan die hand dat sodanige werknemers hulself in ‘n kontrak *sui generis* bevind, wat beteken dat hulle nie in ‘n dienskontrak of ‘n kontrak vir werk is nie.³⁵⁵

Werknemers se onduidelike status sluit hulle dus van ‘n wye reeks regte wat hulle onder normale omstandighede sou toekom, uit.³⁵⁶ Dit is dus noodsaaklik om vervolgens die ware status van agentskapwerknemers soos dit tans in die VK daar uitsien te analiseer.

3.5 Status van agentskapwerknemers in die VK

Dit is belangrik om te weet wat die ware status van ‘n agentskapwerknemer is ten einde te bepaal op watter beskerming sodanige werknemer geregtig is. Drie kategorieë werkers word in die VK erken, genaamd afhanklike werknemers, persone wat as “self-employed” beskou word en laastens werkers. Telkens sal na die opinies van outeurs en die VK-howe verwys word ten einde te illustreer hoe agentskapwerknemers in die VK beskou word. Daar sal ook vervolgens aangedui word wat die regsposisie na 2010 in hierdie verband behels.

3.5.1 “Afhanklike werknemer”, “self-employed” en “werker”

3.5.1.1 “Afhanklike werknemer”

Ingevolge artikel 230(1) van die *Employment Rights Act 1996*³⁵⁷ word ‘n werknemer (wat vir die doeleindes van hierdie navorsing ook ‘n afhanklike

354 Morris *England* 102.

355 Morris *England* 111; Dempsey en McMullen 2005 *Personnel Today* (datum van gebruik 29 November 2010) par 1; Countouris *Changing Law* 52; Benny, Jefferson en Sargeant *Employment Law* 4; Jefferson *Employment Law* 76; McCann *Regulating Flexible Work* 40.

356 De Ruyter *Temporary Agency Work* 50.

357 A 230(1) *Employment Rights Act 1996*.

werknemer genoem word) gedefinieer as 'n individu wat sy dienste ingevolge 'n dienskontrak lewer.³⁵⁸ 'n Persoon wat beweer dat hy 'n afhanklike werknemer is, moet bewys dat daar 'n wedersydse verpligting tussen die partye bestaan, dat daar 'n werknemer-werkgewer-verhouding teenwoordig is en dat die verhouding tussen die partye die voorkoms van 'n diensverhouding het.³⁵⁹ In die afwesigheid van hierdie elemente sal 'n agentskapwerknemer nie as 'n volwaardige werknemer geklassifiseer kan word nie. Derhalwe sal sodanige persoon ook nie geregtig wees op die standaardregte van 'n tipiese werknemer nie.

Met betrekking tot die vereiste vir wedersydse verpligting loop laasgenoemde en die deurlopendheid van dienslewering hand aan hand. In die VK word deurlopendheid in dienslewering vereis voordat die werknemer op bepaalde regte aanspraak kan maak. Dit geld ook ten opsigte van die status as werknemer. Bergström³⁶⁰ voer aan dat agentskapwerknemers nie die status van afhanklike werknemers kan ontvang nie omdat die diensbesigheid nie onder verpligting is om aan die agentskapwerknemer werk te verskaf nie en daarbenewens die agentskapwerknemer ook onder geen verpligting is om die mandaat te aanvaar nie. Verder, sodra 'n agentskapwerknemer se tydelike taak by die kliënt afgehandel is, het sodanige kliënt geen verantwoordelikheid meer teenoor hom nie. Al hierdie aspekte veroorsaak 'n breuk in deurlopendheid van die "diensverhouding". Dit veroorsaak in effek dat die tweede vereiste ook afwesig is, naamlik dat 'n werknemer-werkgewer-verhouding moet bestaan.³⁶¹

Countouris³⁶² verwys na *Wickens v Champion Employment*³⁶³ waar die hof aangedui het dat die werknemers op die boeke van 'n diensbesigheid nie

358 Macdonald *Employing Temporary and Part-time Staff* 1; Selwyn *Law of Employment* 13de uitg 35; Hardy *Labour Law* 91; Davies *Perspectives on Labour Law* 86; Scrope en Barnett *Employment Law Handbook* 21; Bell *NutShells* 7; Benny, Jefferson en Sargeant *Employment Law* 3; Desmond en Antill *Employment Law* 30; Duddington *Employment Law* 54; Harrison *Employment Law* 44.

359 Davies *Perspectives on Labour Law* 86, 89.

360 Bergström *Introduction* 7, 8.

361 Countouris *Changing Law* 49; Morris *England* 110.

362 Countouris *Changing Law* 100.

as werknemers geklassifiseer kan word nie weens die feit dat in die verhouding tussen die agentskapwerknemers en die diensbesigheid elemente van deurlopendheid en sorg ontbreek. Dus bestaan daar hier nie 'n werknemer-werkgewer-verhouding nie. In 'n ander saak, *Montgomery v Johnson Underwood*,³⁶⁴ het die *Employment Appeal Tribunal* beslis dat daar “little or no control” deur die diensbesigheid oor die agentskapwerknemer uitgeoefen word.³⁶⁵

Die hof het in gemelde saak die **beheertoets** toegepas wat behels dat die werkgewer in die posisie is om aan die werknemer bevele te gee en beheer oor hom uit te oefen. Begrippe soos “koördinerings” en “werknemer-ondergeskiktheid” kan ook onder die beheertoets verstaan word.³⁶⁶ Laasgenoemde is 'n belangrike element binne die werknemer-werkgewer-verhouding, wat volgens VK-howe nie onder die betrokke omstandighede teenwoordig is nie.³⁶⁷

Laastens moes die verhouding tussen die partye die voorkoms van 'n ware diensverhouding hê. Casey³⁶⁸ dui aan dat diensbesighede in sommige gevalle bloot aan die agentskapwerknemers werknemerstatus kan verleen en dit in die dienskontrak bevestig. Hierdie bevestiging sou dan voldoende bewys wees dat die agentskapwerknemer vir beskerming kwalifiseer.

363 *Wickens v Champion Employment* 1984 ICR 365.

364 *Montgomery v Johnson Underwood Ltd* 2001 ICR 819 (CA).

365 Sien ook *Morris England* 110. Hierdie is nie 'n toedrag van sake wat altyd dieselfde deur die houe hanteer word nie. By geleentheid het die houe 'n diensbesigheid se beheer oor 'n agentskapwerknemer as voldoende beskou om 'n diensverhouding daar te stel.

366 Countouris *Changing Law* 45; Davidov 2004 *British J of Indus Rel* 733, 738, 739; Kalleberg 2000 *Annu Rev of Sociol* 348, 349; Deakin 2001 *Indus LJ* 79; Scrope en Barnett *Employment Law Handbook* 24; Bell *NutCases* 1; Bell *NutShells* 8; Bowers en Honeyball *Textbook on Labour Law* 15; Bell *Employment Law* 14; Benny, Jefferson en Sargeant *Employment Law* 4; Desmond en Antill *Employment Law* 30; Drake *Labour Law* 6; Duddington *Employment Law* 58; Smith en Gould *Categories of Workers* A1-8; Honeyball *Employment Law* 23; Anderman *Labour Law* 127; 128. Sommige houe was van mening dat die beheertoets uitgedateer geraak het en het dus gepoog om dit met die leerstuk van wedersydse verpligting te kombineer. Dit sou dus beteken dat daar steeds 'n dienskontrak bestaan het, ongeag die gebrek aan totale beheer deur die werkgewer.

367 Macdonald *Employing Temporary and Part-time Staff* 13. Dit blyk hoe meer beheer 'n werkgewer oor 'n individu het, hoe groter is die kans dat daardie persoon eersgenoemde se werknemer is.

368 Casey *Temporary Employment* 81.

Macdonald³⁶⁹ stem nie saam met hierdie werkswyse nie en voer aan dat die howe in die VK hulle nie verlaat op die stempel wat kliënte of diensbesighede op agentskapwerknemers plaas nie. Die howe in die VK sal eerder elke geval teen die agtergrond van die ware verhouding tussen die partye analiseer. Eers dan sal laasgenoemde oor die agentskapwerknemer se status beslis.

Dit blyk dus uit bogenoemde dat ten minste twee van die drie vereistes vir 'n afhanklike werknemer by diensbesighede ontbreek. Die derde vereiste se uitkoms sal afhang van geval tot geval, maar die afleiding word gemaak dat, sou die eerste twee elemente ontbreek, die kans skraal sal wees dat die derde vereiste wel teenwoordig sal wees. Vir alle praktiese doeleindes wil dit voorkom of agentskapwerknemers nie deur die VK-howe of skrywers as afhanklike werknemers geklassifiseer word nie.

Ander faktore wat deur die howe in die VK oorweeg word, sluit die vrae hoe die individu betaal word en hoe lank die individu vir die spesifieke werkgewer werk, in.³⁷⁰ Die individu werk vir kort tydperke by die kliënt, maar werk word nie by die diensbesigheid verrig nie. Laastens word die agentskapwerknemer slegs uurliks of weekliks deur die diensbesigheid betaal en word dus nie vergoed deur die persoon aan wie hy dienste lewer nie. Vervolgens, sou howe dus genoemde kriteria gebruik, maak dit sin dat die howe in die VK oor die algemeen agentskapwerknemers van die normale arbeidsregte uitsluit.

3.5.1.2 “Self-employed”

Dit word deur Stanworth en Druker aanvaar dat agentskapwerknemers in die VK “self-employed”, oftewel onafhanklike kontrakteurs is.³⁷¹ Indien dit die geval is, sou dit daartoe aanleiding gee dat agentskapwerknemers

369 Macdonald *Employing Temporary and Part-time Staff* 3. Sien ook Syrett *Employing Job Sharers* 86; Morris *England* 110; Scrope en Barnett *Employment Law Handbook* 26.

370 Macdonald *Employing Temporary and Part-time Staff* 8.

371 Stanworth en Druker 2000 *IJES* 8.

totaal van arbeidswetgewing uitgesluit word.³⁷² Die onderskeid tussen werknemers en onafhanklike kontrakteurs is dat eersgenoemde aangestel word op grond van 'n dienskontrak. Hierteenoor word laasgenoemde op die basis van 'n kontrak vir werk aangestel.³⁷³ By die vasstelling van watter een van bogenoemde in 'n spesifieke geval teenwoordig is, sal hoofsaaklik aandag aan die werklike werksverhouding en inhoud daarvan geskenk word, veral sover dit die beheer en kontrole van die werkgewer oor die individu betref.³⁷⁴ Nie net sou die beheertoets hier relevant gewees het nie, maar die **integrasietoets** en die **ekonomiese realiteitstoets** word in hierdie gevalle ook deur die VK-howe toegepas.

Die integrasietoets behels die vraag of die agentskapwerknemer 'n integrale deel van die diensbesigheid of van die besigheid van die kliënt vorm. Menigte VK-outeure is dit eens dat sou 'n werker nie 'n integrale deel van die werkgewer se besigheid vorm nie, hy as 'n onafhanklike kontrakteur geklassifiseer sou word.³⁷⁵ Met betrekking tot die ekonomiese realiteitstoets word gevra of 'n persoon sy eie besigheid bedryf en dus tot sy eie wins werk en gevolglik ook die risiko van winsverlies loop.³⁷⁶

Die howe kon ook laastens van die **meervuldigheidstoets** ("multiple test") gebruik maak, waar gevra word of die agentskapwerknemer vir 'n salaris werk, uitdruklik of stilswyend tot die beheer van 'n ander toegestem het en laastens of die ander aspekte van die verhouding eienskappe van 'n

372 McKendrick 1990 *Modern Law Review* 770; Davies en Freedland *Employment Relationship* 132.

373 Macdonald *Employing Temporary and Part-time Staff* 1, 2; Selwyn *Law of Employment* 13de uitg 43.

374 Hardy *Labour Law* 98; Macdonald *Employing Temporary and Part-time Staff* 7.

375 Ratti 2009 *Comp Lab L & Pol'y J* 858; Anderman *Labour Law* 128; Bell *NutShells* 8; Bell *Employment Law* 14; Benny, Jefferson en Sargeant *Employment Law* 4; Bowers en Honeyball *Textbook on Labour Law* 15, 16; Desmond en Antill *Employment Law* 30; Drake *Labour Law* 6; Duddington *Employment Law* 58; Smith en Gould *Categories of Workers* AI-10, 11; Honeyball *Employment Law* 24; Lockton *Employment Law* 23.

376 Bell *NutShells* 10; Bell *Employment Law* 16; Benny, Jefferson en Sargeant *Employment Law* 4; Bowers en Honeyball *Textbook on Labour Law* 16-21; Duddington *Employment Law* 58, 59; Smith en Gould *Categories of Workers* AI-11; Honeyball *Employment Law* 24, 25.

diensverhouding het.³⁷⁷ Smith and Gould³⁷⁸ maak dit duidelik dat al drie faktore in hierdie gevalle teenwoordig behoort te wees voordat vasgestel kan word of iemand 'n werknemer is of nie.

Die gevolgtrekking dat agentskapwerknemers as “self-employed”, oftewel onafhanklike kontrakteurs beskou word, berus egter hoofsaaklik daarin dat daar 'n gebrek aan wedersydse verpligtinge is. Die VK-howe sal net eers moet vasstel of die individu self oor sy werkverrigting besluit en hoe en wanneer dit verrig word voordat howe iemand as “self-employed” sal bestempel.³⁷⁹ Casey *ea*³⁸⁰ maak die volgende stelling:

The “absence of mutual obligation” has been held by the courts to be inimical to the existence of a relationship of dependence, and in the absence of such dependence casual workers are considered to be not employees but self-employed. They are linked to their employer not by a contract of employment or a contract of service but rather by a contract for services, and so are outside the coverage of legislation protecting dependant employees. For similar reasons, agency workers in Britain are regarded as self-employed rather than as employees of the agency leasing out their services and they too have no rights under protective labour law.

Die argument dat daar nie 'n wedersydse verpligting tussen die agentskapwerknemer en diensbesigheid (die kontrakpartye) bestaan nie, word ondersteun. Daar word wel deur verskeie outeurs en die howe in die VK aan die hand gedoen dat wanneer omstandighede dit vereis daar 'n

377 Scrope en Barnett *Employment Law Handbook* 24; Bell *NutShells* 9; Bell *Employment Law* 14, 15; Desmond en Antill *Employment Law* 31; Drake *Labour Law* 7; Duddington *Employment Law* 59, 60; Lockton *Employment Law* 23-30.

378 Smith en Gould *Categories of Workers* A1-2.

379 Kalleberg 2000 *Annu Rev of Sociol* 355, 356; Scrope en Barnett *Employment Law Handbook* 24, 25. Die skeidslyn tussen afhanklike werknemers en die sogenaamde “self-employed” werknemers is nie altyd duidelik nie. Dit is so weens die feit dat 'n werknemer inkomstebelasting en sosiale sekuriteit bydraes betaal, maar steeds nie ingevolge 'n dienskontrak diens lewer nie. Sien Casey *Temporary Employment* 5, 6.

380 Casey *ea* 1989 *Int'l Lab Rev* 452. Daar word egter met respek van die standpunt dat agentskapwerknemers “self-employed” is, verskil. Soos hierbo genoem, word iemand wat “self-employed” is ook as 'n onafhanklike kontrakteur beskou. Dit veronderstel dus onafhanklikheid van die individu. Die feit dat agentskapwerknemers nie werk kan verrig en 'n salaris kan verdien mits die diensbesigheid hulle by 'n kliënt plaas nie, spel myns insiens afhanklikheid. Tesame met laasgenoemde is werknemers afhanklik van 'n ander party se toerusting en is hulle onder die beheer van die kliënt.

verhouding tussen die agentskapwerknemer en kliënt geïmpliseer kan word.³⁸¹ Daar bestaan dan weliswaar 'n wedersydse verpligting tussen die agentskapwerknemer en die kliënt. Die agentskapwerknemer maak die belofte om aan die kliënt dienste te lewer en die kliënt onderneem om veilige en gesonde werksomstandighede te handhaaf.³⁸² Sou 'n verhouding dus geïmpliseer kon word, sou die nodige wedersydse verpligting teenwoordig wees om 'n agentskapwerknemer voldoende afhanklik te maak.

3.5.1.3 “Werker”

Omdat die begrip “werknemer” te eng is, word daar dus ook vir algemene “werkers” voorsiening gemaak. Om as 'n “werker” geklassifiseer te word, moet 'n individu sy persoonlike dienste aan 'n ander party beskikbaar stel. Die individu moet in een of ander vorm van 'n kontrak met die ander party staan sonder dat die ander party ingevolge die kontrak 'n kliënt van die werker is.³⁸³ Hierdie is 'n definisie wat in artikel 230(3) van die *Employment Rights Act*³⁸⁴ voorsien word.³⁸⁵ Dit kom derhalwe daarop neer dat die “werker”-kategorie iewers tussen die afhanklike werknemer en die ware onafhanklike “self-employed” kontrakteur val. Uit bogenoemde is dit duidelik dat 'n agentskapwerknemer sy persoonlike dienste aan die kliënt verskaf, maar dat die agentskapwerknemer nie in 'n fisiese kontrak met die kliënt staan nie.³⁸⁶ Alhoewel, as daar 'n verhouding tussen die agentskapwerknemer en die kliënt geïmpliseer kan word, kom dit daarop neer dat 'n

381 McCann *Regulating Flexible Work* 149; Slade *Employment Handbook* 408; Selwyn *Law of Employment* 82.

382 Sodanige verpligting van kliënt spruit voort uit artikel 5 van die *Temporary Agency Work Directive* 2008/104/EC, wat bepaal dat 'n agentskapwerknemer dieselfde behandeling, bepalings en voorwaardes as die kliënt se permanente werknemers moet ontvang. Dit sal ook insluit die reg op 'n veilige werkomgewing.

383 Selwyn *Law of Employment* 13de uitg 34; Davidov 2005 *Indus LJ* 57; Macdonald *Employing Temporary and Part-time Staff* 2; Scrope en Barnett *Employment Law Handbook* 21; Drake *Labour Law* 9; Duddington *Employment Law* 55.

384 A 230(3) *Employment Rights Act* 1996.

385 Cam, Purcell en Tailby *Contingent Employment* 64; Vettori *Employment Contract* 166.

386 Macdonald *Employing Temporary and Part-time Staff* 164.

mondelinge kontrak tussen die twee partye bestaan en sal die agentskap-werknemer as “werker” geag kan word.

Davidov³⁸⁷ voer aan dat daar nie te streng gesteun moet word op wedersydse verpligtinge en persoonlike diens as vereistes vir “werker”-status nie, maar dat slegs op die afhanklikheid van die individu gefokus moet word.³⁸⁸ Volgens hom behoort daar ook vasgestel te word of ‘n agentskapwerknemer alleen die ekonomiese risiko dra en of hy leiding rakende die werkverrigting ontvang.³⁸⁹ Indien wel, sal die agentskapwerknemer volgens Davidov ‘n “werker” wees wat derhalwe op beskerming geregtig is.

3.5.2 Uiteindelijke status van agentskapwerknemers

Na die inwerkingtreding van die *Temporary Agency Work Directive* van die EU in 2008 is ‘n verpligting op die lidlande van die EU geplaas om binne die volgende drie jaar die bepalinge van die direktief in hulle regstelsels te inkorporeer. Dientengevolge is die *Agency Workers Regulations* in 2010 in die VK gepromulgeer.³⁹⁰ Laasgenoemde bevat ‘n definisie vir agentskapwerknemers, tesame met ‘n stel eiesoortige regte van sodanige tipe werkers. Met die inwerkingtreding van hierdie regulasies was die onsekerheid van die status van agentskapwerknemers met die doel om vas te stel of hulle op arbeidsregte geregtig is, genegatiewer. Agentskapwerknemers word derhalwe deur die VK as ‘n aparte kategorie werknemers beskou wat oor ‘n onweerlegbare stel statutêre regte beskik. Gemelde regte sal hieronder aangedui word.

387 Davidov 2005 *Indus LJ* 58.

388 Hierdie interpretasie is sinvol aangesien afhanklikheid ‘n eienskap is wat weerloosheid veronderstel. Dit beteken dat diegene wat finansiëel afhanklik van ander is, beskerming behoort te geniet.

389 Kalleberg 2000 *Annu Rev of Sociol* 356; Macdonald *Employing Temporary and Part-time Staff* 18; Davies *Perspectives on Labour Law* 88.

390 Gemelde twee instrumente sal hieronder in besonderhede bespreek word. Sien paragrawe 3.9.4 en 3.9.5.

Die identiteit van die werkgewer is van kardinale belang, aangesien dit sou aandui waar die ware diensverhouding lê en derhalwe teenoor wie die agentskapwerknemer sy regte moet afdwing. Vervolgens 'n bespreking van die werkgewerstatus van die partye en wie as die ware werkgewer bekendstaan.

3.6 Status van werkgewer

Sou agentskapwerknemers as die werknemers van die kliënt beskou word, sou hulle salarisse waarskynlik groter en hulle bepalings en voorwaardes meer voordelig wees. Dit is so omdat 'n werkgewer ingevolge die Engelse wetgewing die verpligting het om aan 'n werknemer ten minste die minimumloon te betaal en ook om, onder andere, 'n veilige werkomgewing te verseker. Daarom word dit in die Engelse reg erken dat dit belangrik is om vas te stel in wie se diens die agentskapwerknemer werklik is.

Ingevolge artikel 230(4) van die *Employment Rights Act* 1996 word 'n werkgewer gedefinieer as die persoon in 'n werkgewer-werknemer-verhouding wat die werknemer in diens neem. Ewing³⁹¹ wys daarop dat hierdie 'n vae definisie is, aangesien dit nie eenvoudig is om te identifiseer wie die indiensnemingsparty is nie. Driehoekige diensverhoudinge met twee gesagsfigure is 'n duidelike voorbeeld hiervan.

Partye in die VK voer twee argumente rakende wie die werkgewer by 'n driehoekige diensverhouding is, aan. Die eerste argument behels dié van kliënte wat van mening is dat die diensbesigheid as werkgewer beskou moet word omdat dit die diensbesigheid is wat die agentskapwerknemer van werk voorsien.³⁹² Die ander argument is dat die kliënt die werkgewer behoort te wees, aangesien die diensbesigheid bloot die werknemer by die kliënt plaas, maar dat dit laasgenoemde is wat die fisiese werk voorsien en beheer oor die agentskapwerknemer se dienslewering uitoefen.³⁹³ Daar

391 Ewing *Working Life* 52.

392 Ricca 1982 *Int'l Lab Rev* 142; Bronstein 1991 *Int'l Lab Rev* 303.

393 Ricca 1982 *Int'l Lab Rev* 142; Bronstein 1991 *Int'l Lab Rev* 303.

word egter deur verskeie skrywers aan die hand gedoen dat die meer stabiele werknemer-werkgewer-verhouding tussen die diensbesigheid en die agentskapwerknemer lê. Die rede daarvoor is die feit dat die agentskapwerknemer gereeld van kliënt verwissel, maar dat eersgenoemde altyd na afloop van die projek weer na die diensbesigheid toe terugkeer.³⁹⁴

3.6.1 Toetse vir werkgewerstatus

Die VK-howe maak van verskeie toetse gebruik wanneer vasgestel word wie 'n werkgewer is. Die eerste hiervan behels die **beheertoets**.³⁹⁵ Die toets kan as tweeledig beskou word deurdat dit op twee wyses geïnterpreteer kan word. Anders as die beheertoets vir werknemerstatus, word daar nie gevra óf beheer oor die agentskapwerknemer se werksverrigtinge uitgevoer word nie, maar wié sodanige beheer uitoefen. Indien vasgestel kan word wie beheer oor die agentskapwerknemer uitoefen, sal daardie persoon as die werkgewer beskou word. Vanuit die beskrywing van die driehoekige diensverhouding is dit duidelik dat die kliënt beheer en kontrole oor die agentskapwerknemer uitvoer. Dit sou dus uit hierdie toets blyk dat die kliënt die agentskapwerknemer se werkgewer is.³⁹⁶ Hepple³⁹⁷ is van mening dat beheer die deurslaggewende faktor in die vasstelling van die ware werkgewer behoort te wees.

'n Verdere toets behels die vraag van wie die agentskapwerknemer afhanklik is sover dit **ekonomiese-** en **psigologiese aspekte** betref.³⁹⁸ Wanneer bogenoemde toets toegepas word, sal dit, teenstrydig met die beheertoets, daarop dui dat die diensbesigheid die werkgewer is. Dit is so

394 Davidov 2004 *British J of Indus Rel* 728, 730; Selwyn *Law of Employment* 13de uitg 52; Ratti 2009 *Comp Lab L & Pol'y J* 850; Leighton 1987 *Comp Lab LJ* 36, 37.

395 Davidov 2004 *British J of Indus Rel* 733.

396 Scrope en Barnett *Employment Law Handbook* 146. Soms probeer kliënte beheer ontkom deur van 'n verteenwoordiger van die diensbesigheid te vereis om as "on-site manager" te dien. Die gevolg is dat hulle dus nie aan die beheer-vereiste vir werkgewer-status voldoen nie. Sien Davidov 2004 *British J of Indus Rel* 735.

397 Hepple 1986 *Indus LJ* 75.

398 Davidov 2004 *British J of Indus Rel* 739.

weens die feit dat die diensbesigheid die party is wat die agentskapwerknemer se salaris betaal. Ingevolge artikel 12(a) van die *Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations 2003*³⁹⁹ mag 'n diensbesigheid nie 'n agentskapwerknemer se salaris terughou in die geval waar 'n kliënt sy fooi weerhou nie. Dus is die agentskapwerknemer geensins finansieel van die kliënt afhanklik nie.

Die teenstrydighede neem toe wanneer die **risiko-toets** en **gelykheidstoets** toegepas word. Ingevolge die gelykheidstoets sal die kliënt steeds as die werkgever uitgewys word, omdat vasgestel moet word met wie se werknemers die agentskapwerknemer se behandeling ooreen behoort te stem.⁴⁰⁰ Dit word in artikel 5(1) van die *Employment Agency Work Directive 2008/104/EC*⁴⁰¹ bepaal dat agentskapwerknemers dieselfde behandeling, bepalinge en voorwaardes as 'n kliënt se werknemers moet ontvang. Dog dra die diensbesigheid die verpligting om risiko met die agentskapwerknemer te deel, welke risiko potensiële werkloosheid en werksbeterings insluit. Dientengevolge word die diensbesigheid onder die omstandighede as die werkgever beskou. Daar is dus verskillende argumente en toetsresultate betreffende die identiteit van die werkgever.

3.6.2 “Joint-employer”-status

In die lig van die onsekerheid rakende die identiteit van die werkgever by diensbesighede, is aan die hand gedoen dat albei die gesagsfigure as werkgevers geklassifiseer behoort te word. Sodoende het die begrippe “joint-employer” en “dual employership” ontstaan.

399 A 12(a) *Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations 2003*.

400 Deakin 2001 *Indus LJ* 82.

401 A 5(1) *Employment Agency Work Directive 2008/104/EC*.

3.6.2.1 Definiëring en struikelblokke

Ratti⁴⁰² definieer hierdie begrippe as die gevalle waar twee verskillende entiteite terselfdertyd gesamentlik of afsonderlik verskeie voorregte van 'n werkgewer geniet, in welke geval elkeen sy eie ekonomiese vooruitgang nastreef. Ewing⁴⁰³ is van mening dat:

where workers are supplied by an agency, there should be a statutory presumption that the worker in question is engaged in an employment relationship by both the agency and the client which will thus both be directly responsible jointly and severally for all liabilities arising from any employment relationship.

Omdat daar egter nou twee gesagsfigure is, elk met sy eie regte en verpligtinge, word ander probleme geïdentifiseer. Wie is vervolgens verantwoordelik daarvoor om as werkgewer aan die arbeidsregulasies en werkgewerverpligtinge teenoor die agentskapwerknemer te voldoen? Bronstein⁴⁰⁴ identifiseer 'n aantal probleme sover dit die "joint-employer" begrip aangaan:

A number of thorny problems arise ... mostly as a result of the "duplication" of employers. For example, which wage rates and other conditions of work should apply to temporary workers: those agreed with the TWA or those in force in the client firm? Who is legally responsible for the maintenance of the safety and health conditions of the temporary workers: the client firm, which is not their employer, or the TWA, which is their legal employer but has no control over these conditions? With which of their two "employers" can temporary workers exercise their trade union rights: the one that hires them and pays their wages, or the one for which they work?

Daar vind vervolgens 'n verdeling van regte en verpligtinge plaas. Die kliënt sal byvoorbeeld oor die reg beskik om die agentskapwerknemer te beheer en die verpligting hê om die werknemer in sy "diens" te ontvang, terwyl die diensbesigheid die verpligting het om aan die agentskapwerknemer sy salaris te betaal.

402 Ratti 2009 *Comp Lab L & Pol'y J* 837.

403 Ewing *Working Life* 54.

404 Bronstein 1991 *Int'l Lab Rev* 308.

3.6.2.2 *Regsposisie met betrekking tot verdeelde verpligtinge*

Soos by die statutêre bespreking hieronder sigbaar sal wees, word verskeie verpligtinge op die diensbesigheid en die kliënt onderskeidelik geplaas. Volgens Davidov⁴⁰⁵ speel die diensbesigheid 'n baie klein rol binne die driehoekige diensverhouding. Volgens hom neem die diensbesigheid nie deel aan besluite rakende indiensneming of afleggings nie. Die diensbesigheid is slegs verantwoordelik daarvoor om die maandelikse fooi vanaf die kliënt te ontvang, aftrekkings te maak en die agentskapwerknemer se deel aan hom te betaal.

Met betrekking tot die regte van 'n agentskapwerknemer word die verpligting om sodanige regte te beskerm op die party wat vir die agentskapwerknemer se vergoeding verantwoordelik is, geplaas. Dit sal vervolgens in die meeste gevalle die diensbesigheid wees. Die kliënt moet egter sy samewerking gee om te verseker dat die agentskapwerknemer die grootste moontlike hoeveelheid regte ontvang. Daar rus 'n verpligting op die kliënt om die agentskapwerknemer teen diskriminasie op sy perseel te beskerm en verder 'n verpligting op die diensbesigheid om te verseker dat die agentskapwerknemer ten minste die minimumloon ontvang.⁴⁰⁶

Met betrekking tot die veiligheid van die werksomstandighede word dit oor die algemeen deur die *Health and Safety at Work etc Act 1974* bepaal dat die persoon wat beheer oor 'n bepaalde perseel het die verantwoordelikheid het om alle redelike stappe te neem om te sorg dat diegene wat op die perseel is nie aan onveilige omstandighede blootgestel word nie. Dit bepaal ook dat daar 'n verpligting op 'n werkgewer rus om te verseker dat die werknemers wat op sy perseel werk nie aan risiko's blootgestel word nie.⁴⁰⁷ Dit blyk dus dat 'n kliënt reeds 'n verpligting tot veilige werksomstandighede teenoor agentskapwerknemers het, bloot vanweë die feit dat hy beheer oor die perseel het.

405 Davidov 2004 *British J of Indus Rel* 730; Stanworth en Druker 2000 *IJES* 6.

406 Macdonald *Employing Temporary and Part-time Staff* 174; Morris *England* 107; Countouris en Horton 2009 *Indus LJ* 332.

407 Morris *England* 107; Ratti 2009 *Comp Lab L & Pol'y J* 856.

Die *Fixed Duration or Temporary Employment Relationship Directive* 91/383/EEC van die EU bepaal ook dat die verpligting om 'n veilige werksomgewing by agentskapdiensverskaffing te verseker by die kliënt rus.⁴⁰⁸ Hierteenoor rus die verpligting by die diensbesigheid om die agentskapwerknemer in kennis te stel van enige gevare waaraan hy dalk by die kliënt blootgestel mag word.⁴⁰⁹

Uit hierdie bespreking is dit duidelik dat, met verwysing na die vraag wie die ware werkgever binne 'n driehoekige diensverhouding behoort te wees, dit moontlik is om die twee gesagsfigure gesamentlik as werkgevers te beskou. Alhoewel 'n aantal struikelblokke hiermee voorsien kan word, sal dit uitvoerbaar wees indien die verdeelde verpligtinge van die partye duidelik uiteengesit word.

3.7 Atipiese driehoekige diensverhouding

In die VK is daar nog nie 'n behoorlike verduideliking vir al die komplekse faktore van 'n driehoekige diensverhouding gegee nie. Dit het gelei tot baie onsekerhede en gebrekkige beskerming van agentskapwerknemers wat hulself binne sulke diensverhoudinge bevind.⁴¹⁰

Soos in paragraaf 3.5 hierbo vermeld, is daar 'n aantal belangrike aspekte waaraan aandag gegee moet word voordat 'n diensverhouding bestaan. Daar moet 'n belofte deur die werknemer wees om werk persoonlik te verrig, wedersydse verpligtinge moet tussen die partye bestaan en laastens moes die werknemer van meet af aan uitdruklik of stilswyend ooreengekom het om onder die beheer van die ander party te wees. Indien enige van die gemelde elemente nie teenwoordig is nie, kan die verhouding nie 'n diensverhouding wees nie.⁴¹¹

408 Derhalwe rus sodanige verpligting op kliënte in die VK.

409 Storrie *Contingent Employment in Europe* 240.

410 Countouris en Horton 2009 *Indus LJ* 330.

411 Slade *Employment Handbook* 401.

Sou vasgestel kan word dat daar 'n diensverhouding bestaan en waar dit lê, of behoort te lê, sal dit die identiteit van die werkgewer oplos. Dit sal weer lei tot die versekering van bepaalde verpligtinge wat 'n werkgewer teenoor sy werknemer dra. Dit sal dus tot voordeel van die agentskapwerknemer wees indien 'n ware diensverhouding geïdentifiseer kan word. Daar sal vervolgens ondersoek gedoen word na die VK se opvatting oor die driehoekige diensverhouding.

3.7.1 Kontekstualisering

Soos reeds vermeld in hoofstuk 1 bestaan die driehoekige diensverhouding uit twee "verhoudings" geskoei op twee kontrakte, naamlik die dienskontrak tussen die diensbesigheid en die agentskapwerknemer en die kommersiële kontrak tussen die diensbesigheid en die kliënt.

Vaes en Vandenbrande⁴¹² wys daarop dat ten spyte daarvan dat daar nie 'n dienskontrak tussen die agentskapwerknemer en die kliënt gesluit word nie, daar tog 'n verhouding tussen gemelde partye ontstaan. Die verhouding behels die stilswyende belofte van die agentskapwerknemer om die werk te doen wat van hom verwag word en die kliënt se stilswyende onderneming om die agentskapwerknemer te lei en te beheer. Die verhouding tussen die partye spruit dus voort uit die daaglikse aktiwiteite. Bergström dui aan dat, behalwe vir die hoeveelheid partye betrokke, atipiese driehoekige diensverhoudinge op ten minste twee ander maniere van standaard-diensverhoudinge verskil. Hy verklaar verder dat:⁴¹³

...first, contingent employment relationships mean that both parties regard their relationship as temporary. There may be implicit expectations among the parties of a long-term relationship, but in principle there are no formal grounds for a continuing relationship. Second, contingent employment relationships imply that risks and responsibilities are distributed among the participating parties in different ways from what is generally the case in standard open-ended employment relationships.

412 Vaes en Vandenbrande *Temporary Agency Work Directive 23*; Slade *Employment Handbook* 407.

413 Bergström *Beyond Atypicality* 14.

Burgess en Connell⁴¹⁴ lys egter nog 'n paar verskille tussen driehoekige diensverhoudinge en 'n standaard-diensverhouding. Volgens hulle is die werk onvoorspelbaar en ongereeld en behalwe vir die meerdere werkgewers is daar ook meerdere werkplekke betrokke. Dit is dus ook moeilik om kollektief te beding en om spesifieke verantwoordelikhede van partye te identifiseer.

Verder blyk dit ook dat daar 'n gebrek aan wedersydse verpligtinge bestaan. In die afwesigheid van laasgenoemde kan daar nie 'n diensverhouding wees nie, want sodanige wedersydse verpligtinge vorm die basis van 'n diensverhouding in die Engelse reg.

3.7.2 *Leerstuk van “wedersydse verpligting”*⁴¹⁵

Die leerstuk van wedersydse verpligting (“mutuality of obligation”), oftewel “mutual exchange of promises” behels die belofte van die werkgewer om aan die werknemer 'n salaris te betaal en die belofte van die werknemer om sy dienste aan die werkgewer beskikbaar te stel.⁴¹⁶ Daar word deur bepaalde skrywers aan die hand gedoen dat eerder gevra moet word of die werkgewer die verpligting het om aan 'n agentskapwerknemer 'n salaris te betaal as die vraag of hy die verpligting het om werk te voorsien. Dit kan wees dat daar nie altyd die verpligting op 'n werkgewer rus om werk te voorsien nie.⁴¹⁷

Verskeie outeurs en die howe in die VK het bevind dat daar nie 'n wedersydse verpligting tussen diensbesighede en agentskapwerknemers

414 Burgess en Connell *International Aspects* 3; Bronstein 1991 *Int'l Lab Rev* 291, 292.

415 Vroeër is na die aspek van wedersydse verpligting verwys hoofsaaklik om vas te stel of die partye as werknemer en werkgewer geklassifiseer kan word deurdat hulle 'n wedersydse verpligting met iemand deel. Hier word die vraag van wedersydse verpligting oorweeg in die lig van die teenwoordigheid van 'n volledige diensverhouding.

416 Anderman *Labour Law* 36; 129; Davies *Perspectives on Labour Law* 86; Scrope en Barnett *Employment Law Handbook* 23; Smith en Gould *Categories of Workers* A1-8; Selwyn *Employment Law* 16de uitg 49.

417 Slade *Employment Handbook* 402.

bestaan om werk te voorsien en te aanvaar nie.⁴¹⁸ In *Montgomery v Johnson Underwood*⁴¹⁹ het die hof bevind dat wedersydse verpligtinge by agentskap-diensverskaffing ontbreek en dat daar dus nie 'n diensverhouding bestaan nie. Die hof dui verder aan dat die beslissing daartoe aanleiding gee dat die agentskapwerknemer buite die trefwydte van die arbeidswetgewing val en dus nie beskerming ontvang nie.⁴²⁰ Hierdie beslissing sluit aan by die opinies van Davidov en Macdonald dat 'n agentskapwerknemer slegs 'n "werker" is wat in een of ander kontrak met 'n party staan. 'n Diensverhouding ontbreek, maar die werker sal steeds op 'n minimum aantal regte kan aanspraak maak.⁴²¹

3.8 Vakbonde vs diensbesighede

Vakbonde was sedert die 1980's grootliks teen diensbesighede gekant. In 1988 het Casey⁴²² vakbonde se gevoel teenoor diensbesighede as vyandig beskryf. Die vakbonde was van mening dat diensbesighede parasities is en dat hulle bestaan bygedra het tot die afname in die kwaliteit van werknemers se werksomstandighede en die algemene afname in hulle lone.⁴²³

Dit is ook geargumenteer dat die aard van diensbesighede se diensverskaffing die krag van vakbonde ondermyn. Skrywers wys daarop dat die aantal werknemers wat die vakbonde kan werf drasties geknou word omdat vakbonde dit moeilik vind om agentskapwerknemers te werf. Daarom die vyandigheid jeens diensbesighede. Vakbonde vrees ook dat

418 Casey *Temporary Employment* 80; Davidov 2004 *British J of Indus Rel* 731; Hardy *Labour Law* 97, 98; Desmond en Antill *Employment Law* 40; Friedman en Brandwine *Temporary Manpower* 91; Macdonald *Employing Temporary and Part-time Staff* 9, 12. Sien ook EEF *Employment Guide* 55; Smith en Gould *Categories of Workers* A1-8; Vettori *Employment Contract* 168; Casey ea 1989 *Int'l Lab Rev* 452; McKendrick 1990 *Modern Law Review* 771; Scrope en Barnett *Employment Law Handbook* 22, 23; Duddington *Employment Law* 60.

419 *Montgomery v Johnson Underwood Ltd* 2001 ICR 819 (CA).

420 Ratti 2009 *Comp Lab L & Pol'y J* 851.

421 Sien paragraaf 3.5.1.3.

422 Casey *Temporary Employment* 143.

423 Böheim en Zweimüller *Trade Unions' Opposition* 1; Stanworth en Druker 2000 *IJES* 16; Böheim en Zweimüller *Employment of Temporary Agency Workers* 1.

die aantal werknemers wat hulle oor die algemeen kan verteenwoordig, afneem, juis omdat werkgewers verkies om van agentskapwerknemers eerder as permanente personeel gebruik te maak. Werkgewers doen dit juis omdat agentskapwerknemers moeilik verteenwoordiging bekom en eersgenoemde dus nie die risiko loop om oor bepaalde optredes aangespreek te word nie.⁴²⁴

In die Engelse reg word erken dat die tydelike aard van agentskapwerknemers se dienslewering dit vir hulle moeilik maak om oor hulle werksomstandighede en salarisse te onderhandel. Dit is so weens die feit dat hulle nie lank genoeg by 'n spesifieke werkplek is om aan 'n vakbond verbonde te raak nie. Die gevolg is ook dat agentskapwerknemers nie gehoor word wanneer onderhandelinge gevoer word nie.⁴²⁵ Bergström⁴²⁶ stel dit soos volg:

Temporary workers do not have the time to develop channels and contacts to express themselves in the workplace. It is more difficult for temporary employees to express criticism and they also find that they are not heard when they do so. Responsibility for expression of their interests is less determinable, as well as who has the responsibility to negotiate their rights.

Oor 'n tydperk is bepaalde ondersoek gedoen waartydens vier verskillende reaksies van vakbonde op agentskapdiensverskaffing geïdentifiseer is. Die eerste hiervan is uitsluiting ("exclusion"), wat behels dat vakbonde diensbesighede en agentskapwerknemers in geheel verwerp. Die tweede reaksie is dié van verbintenis ("engagement"). Ingevolge laasgenoemde reaksie bied vakbonde erkenning aan beide diensbesighede en agentskapwerknemers en poog hulle om by wyse van

424 Campbell *Trade Unions and Temporary Employment* 2; Bergström *Beyond Atypicality* 21; Casey *Temporary Employment* 143; Stanworth en Druker 2000 *IJES* 16; Böheim en Zweimüller *Employment of Temporary Agency Workers* 6; Böheim en Zweimüller *Trade Unions' Opposition* 7, 8.

425 Bergström *Beyond Atypicality* 21; Jones 2002 *Indus LJ* 189; Stanworth en Druker 2000 *IJES* 16. Agentskapwerknemers ondervind probleme hiermee omdat dit vir vakbonde moeilik is om hulle te werf. Dit is so omdat hulle gereeld van werkplek verwissel. Campbell *Trade Unions and Temporary Employment* 1.

426 Bergström *Beyond Atypicality* 21.

ooreenkomste met die diensbesigheid agentskapwerknemers te verteenwoordig.⁴²⁷

Die volgende reaksie kom neer op vervanging (“replacement”). Dit beteken dat vakbonde agentskapwerknemers en hulle voordele erken, maar diensbesighede as middelmanne wil uitsluit en dit met ‘n beter metode van verspreiding vervang. Die laaste reaksie kom voor in die vorm van regulering (“regulation”). By wyse van regulering poog die vakbonde om agentskapwerknemers se bepalings en voorwaardes deur middel van ooreenkomste met die diensbesigheid te reguleer, sonder dat dit vir vakbonde nodig is om agentskapwerknemers te verteenwoordig.⁴²⁸

Ooreenkomste is aangegaan tussen bepaalde vakbonde en van die grootste diensbesighede in die VK. Die vakbonde het die agentskapwerknemers vanuit die kliënt se pool werknemers gewerf. Dit is dus bewys dat dit wel vir vakbonde moontlik is om agentskapwerknemers by die kliënt se werkplek te werf.⁴²⁹ Dit is ook ‘n bewys daarvan dat vakbonde nie meer teen diensbesighede gekant is nie. Dit is ‘n teken dat hulle die positiewe eienskappe van agentskapdiensverskaffing erken. Aanvanklik was vakbonde steeds huiwerig om by diensbesighede betrokke te raak, veral in die lig daarvan dat hulle van mening was dat diensbesighede te veel met die “fee-charging private agencies” verband hou.⁴³⁰ Vakbonde maak dus hoofsaaklik beswaar teen die moontlikheid van misbruik van die agentskapwerknemers en die nadeel wat dit vir hulle kan inhou en nie oor die bestaan van diensbesighede as sodanig nie.⁴³¹

Vakbonde erken dat die behoeftes van werkgewers van so ‘n aard is dat die buigsame metodes wat agentskapwerknemers bied groot voordele vir

427 Heery 2004 *Indus Rel J* 437.

428 Heery 2004 *Indus Rel J* 437.

429 Stanworth en Druker 2000 *IJES* 17.

430 Casey *Temporary Employment* 143. Dit is juis om hierdie rede wat vakbonde agentskapdiensverskaffing “condemn” het. Bronstein 1991 *Int'l Lab Rev* 294; Böheim en Zweimüller *Employment of Temporary Agency Workers* 1.

431 Bronstein 1991 *Int'l Lab Rev* 294; Böheim en Zweimüller *Employment of Temporary Agency Workers* 1.

die arbeidsmark kan inhou. Hulle toon egter aan dat agentskapdiensverskaffing beter gereguleer moet word om te voorkom dat dit nie gebruik word om ander redes as waarvoor dit aanvanklik bedoel is nie.⁴³² Dit bly egter 'n dilemma om te bepaal waar die agentskapwerknemers by 'n vakbond moet aansluit. Die rede hiervoor is die feit dat bepaalde aspekte slegs deur 'n spesifieke party hanteer kan word. Dit is in hierdie regstelsel onmoontlik om met die diensbesigheid oor werksomstandighede of diskriminasie te onderhandel. Dit is aspekte wat buite die diensbesigheid se beheer is, maar waaroor die kliënt wel beheer het. Dit sal dan onder sulke omstandighede wenslik wees om by 'n vakbond wat reeds by die kliënt betrokke is, aan te sluit.⁴³³

Die reaksie van vakbonde dat agentskapdiensverskaffing regulering benodig, is nie 'n aanduiding dat daar geen regulering bestaan nie. Sedert die 1970's is wel pogings aangewend om hierdie atipiese vorme van dienslewering te reguleer. Vervolgens sal 'n analise gedoen word van die EU-instrumente en VK-wetgewing wat pogings aanwend om agentskapdiensverskaffing te reguleer. Die doel van gemelde ondersoek is om vas te stel in watter mate die EU en VK vir agentskapdiensverskaffing voorsiening maak.

3.9 Regulering van agentskapdiensverskaffing in die EU en VK

Die uiteindelijke doel van die regulerende instrumente is om die negatiewe effekte van agentskapdiensverskaffing uit te skakel.⁴³⁴ Onder parlemente en wetgewers regoor die EU was agentskapdiensverskaffing 'n onderwerp van bespreking. 'n Voorbeeld hiervan is die besorgdheid wat die

432 Campbell *Trade Unions and Temporary Employment* 2, 3; Morris *England* 103; Böheim en Zweimüller *Employment of Temporary Agency Workers* 1.

433 Davidov 2004 *British J of Indus Rel* 741. Die ideaal sal egter wees as alle partye tot die driehoekige diensverhouding by onderhandelinge betrokke kon wees. Dit sou die effek hê dat die probleme van die agentskapwerknemers voor alle relevante partye bespreek kan word.

434 Bergström *Beyond Atypicality* 22, 23.

Community Social Charter in 1989 uitgespreek het oor die behoefte om diegene in atipiese diensverhoudinge te beskerm.⁴³⁵

Agentskapdiensverskaffing is vir die eerste keer werklik gereguleer vanaf die vroeë 1990's met die *Fixed Duration or Temporary Employment Relationship Directive* 91/383/EEC rakende agentskapwerknemers se veiligheid en gesondheid in die werkplek. Daarna het die *Posting of Workers Directive* 96/71/EC die lig gesien. Laasgenoemde direktief het voorsiening gemaak vir agentskapwerknemers se werksomstandighede in gevalle van transnasionale voorsiening van dienste.⁴³⁶

Na die *Community Social Charter* is drie verdere direktiewe voorgestel wat op atipiese werknemers van toepassing sou wees. Die eerste het die werknemers se gesondheid en veiligheid behels en die tweede het voorsiening gemaak vir atipiese werknemers se reg om nie teen gediskrimineer te word nie. Die laaste is genoem die *Proposal for a Council Directive on the Approximation of Laws of the Member States Relating to Certain Employment Relationships with Regard to Distortions of Competition*. Die laaste twee dokumente het voorsiening gemaak vir 'n definisie vir tydelike indiensneming wat bepaal dat dit.⁴³⁷

covers any relationship between the temporary employment business (a temp agency), which is the employer, and its employees (the temps), where the employees have no contract with the user undertaking where they perform their activities. In other words, the employees have a contract with the temp agency which sends them to work as a temp for a user company needing additional staff.

435 Countouris *Changing Law* 207.

436 Blanpain *EU Legislation on Temporary Work* 249-260. Eersgenoemde direktief het dit ten doel gehad dat alle lidlande moes verseker dat agentskapwerknemers dieselfde veiligheids- en gesondheidsvoordele as die permanente werknemers in dieselfde werkplek moes ontvang (sien ook Burgess en Connell *International Aspects* 11). Laasgenoemde direktief het voorsiening gemaak vir die werksomstandighede van agentskapwerknemers wat in 'n ander lidland as die een waar hulle normaalweg werk, geplaas is. Die reël was dat die agentskapwerknemers die regte sou ontvang wat deur daardie lidland se regering beskerm word. So 'n instrument sou handig te pas kom in Suid-Afrika, aangesien tydelike werknemers van Suid-Afrika buurlande ook in Suid-Afrika geplaas word.

437 Countouris *Changing Law* 207, 208.

EU-wetgewers het oor die algemeen drie areas van beskerming van agentskapwerknemers geïdentifiseer. Die eerste was om die gebruik van agentskapdiensverskaffing te beperk tot die tradisionele rol waarvoor dit bedoel is. Derhalwe moet agentskapwerknemers se dienstydperk by 'n kliënt beperk word en sal slegs bepaalde redes vir sodanige gebruik aanvaar word.⁴³⁸ Die tweede area behels die voorkoming van misbruik van agentskapwerknemers deur meer beperkende regte en verpligtinge vir agentskapwerknemers te skep. Sulke regte en verpligtinge sluit die reg in om dieselfde regte as vergelykbare werknemers te ontvang en die verpligting op kliënte om vir agentskapwerknemers veilige werksomstandighede te verseker. Die laaste area is die klassifisering van die kliënt as die wettige werkgever indien die indiensneming van die agentskapwerknemer van die reëls en vereistes van die wetgewer afgewyk het.⁴³⁹

In die VK self is bestaande wetgewing wat 'n invloed het op die omstandighede van atipiese werknemers in die algemeen. Wetgewing soos byvoorbeeld die *National Minimum Wage Act* 1998 en die implementering van die *EU Working Time Directive* 2003/88/EC voorsien 'n raamwerk van regte wat op alle werkers in die VK van toepassing is. Tesame hiermee maak die *Employment Relations Act* 1999 voorsiening vir bepaalde regte. Derhalwe word daar voorsiening gemaak vir die breë sirkel werknemers wat werkers soos deur die *Employment Rights Act* 1996 gedefinieer, ook insluit.⁴⁴⁰

Uit bogenoemde is dit dus duidelik dat die EU en die VK in die besonder die afgelope drie dekades wetgewing geskep het met die doel om atipiese werknemers te beskerm. 'n Oorsig van die belangrikste wetgewing in die VK- en EU-instrumente wat vir agentskapwerknemers voorsiening maak, is vervolgens aan die orde. Die doel hiervan is om 'n analise te doen van die

438 Die idee is dus dat diensbesighede slegs gebruik word in gevalle waar 'n tekort aan werknemers binne die werkplek ervaar word (hetsy weens siekverlof of hoë produksie aanvraag) en nie bloot om beperkende wetgewing vry te spring of om finansiële voordeel daaruit te trek nie.

439 Davidov 2004 *British J of Indus Rel* 732, 733.

440 Storrie *Contingent Employment in Europe* 227.

stappe deur die VK en die EU geneem om die nadelige aspekte wat by diensbesighede voorkom, so ver moontlik te beperk. Hierdie stappe wat geneem is, kan 'n goeie maatstaf vir die regulering van diensbesighede in die Suid-Afrikaanse reg wees.

3.9.1 Employment Agencies Act 1973

Statutêre standaarde met betrekking tot agentskapdiensverskaffing is reeds in die *Employment Agencies Act 1973*⁴⁴¹ neergelê.⁴⁴² Wysigings is later deur die *Employment Protection Act 1975*, *Deregulation and Contracting Out Act 1994*⁴⁴³ en die *Employment Relations Act 1999* aan die EAA aangebring.⁴⁴⁴

Die begrip “diensbesigheid” wat in die VK vir tydelike diensverskaffingsagentskappe gebruik word,⁴⁴⁵ het sy oorsprong in die EAA gehad. Die wet definieer diensbesighede as diensagentskappe wat agentskapwerknemers aan ander werkgewers voorsien, welke werkgewers totale beheer oor sodanige werknemers het.⁴⁴⁶ Laasgenoemde definisie stem ooreen met die vereistes soos in *Private Employment Agencies Convention* van die IAO daargestel.⁴⁴⁷

Belangrike reëls spesifiek met betrekking tot die verpligtinge wat op diensbesighede rus, is vir die eerste keer in die VK in die 1973 EAA neergelê.⁴⁴⁸ Daar word onder andere vereis dat die diensbesighede

441 Hierna EAA.

442 Morris *England* 101; Wynn 2009 *Indus LJ* 65; Bronstein 1991 *Int'l Lab Rev* 306.

443 Hierna 1994 Wet.

444 Countouris *Changing Law* 97.

445 Sien weer die bespreking van diensbesighede by paragraaf 3.2.1.

446 Countouris en Horton 2009 *Indus LJ* 330; Morris *England* 105; Bronstein 1991 *Int'l Lab Rev* 306; Ratti 2009 *Comp Lab L & Pol'y J* 846. Die verskil tussen diensbesighede en diensagentskappe was dat diensagentskappe werknemers aan werkgewers bekendgestel het met die doel dat daardie werknemers deur die werkgewer permanent aangestel moet word. Diensbesighede, wat tot hierdie studie relevant is, het slegs tydelike verhoudinge tussen 'n werknemer en 'n kliënt behels. Sien ook Scrope en Barnett *Employment Law Handbook* 146.

447 Countouris *Changing Law* 97.

448 Ratti 2009 *Comp Lab L & Pol'y J* 846, 847.

skriftelik aan die agentskapwerknemers moet meedeel wat hulle bepalings en voorwaardes is, asook wat hulle status in die diensverhouding is.⁴⁴⁹ Tesame hiermee is daar 'n verpligting dat die diensbesigheid behoorlike inligting moet inwin om te verseker dat die agentskapwerknemer by die regte kliënt geplaas word.⁴⁵⁰

Ingevolge artikel 5 van die EAA⁴⁵¹ word behoorlike optrede van diensbesighede vereis en moet hulle verseker dat die belange van die partye wat deur die diensbesigheid geplaas word, beskerm word. Van die belangrikste bepalings behels dat die diensbesigheid behoorlike rekord van alle partye en opdragte moet hou en dat die partye wat sulke diensbesighede bestuur behoorlike kwalifikasies het.⁴⁵²

Aanvullings deur artikel 2(2) van Bylaag 7 van die *Employment Relations Act 1999*⁴⁵³ aangebring bepaal verder dat die Sekretaris van die Staat die mag het om die dienste deur diensbesighede voorsien te beperk, om die metodes en bepalings ingevolge waarvan die dienste voorsien word te reguleer en om die ontvang van fooie vir sodanige dienste te beperk of te reguleer. Uit die laasgenoemde bepaling is dit duidelik dat 'n Sekretaris van die Staat die mag het om die ontvangs van fooie deur die diensbesigheid te reguleer. Artikel 6 van die EAA⁴⁵⁴ bepaal in hierdie verband verder dat, tensy die Sekretaris van die Staat anders voorskryf, die ontvangs van fooie deur die diensbesigheid vanaf 'n agentskapwerknemer vir dienste aan sodanige werknemer voorsien streng verbied word. Sou 'n diensbesigheid wel fooie ontvang, sou hy homself aan 'n oortreding skuldig maak en 'n

449 Leighton 1987 *Comp Lab LJ* 36. Daar is egter reeds in paragraaf 3.5.1.1 hierbo aangedui dat die houe hulle nie summier op die bedoeling van die partye verlaat om die status van die agentskapwerknemer te bepaal nie. Die werknemertoetse en omringende faktore sou steeds ondersoek moet word om die agentskapwerknemer se ware status te bepaal.

450 Ratti 2009 *Comp Lab L & Pol'y J* 846.

451 A 5 *Employment Agencies Act* 1973.

452 Aa 5(a) en 5(c) *Employment Agencies Act* 1973; Macdonald *Employing Temporary and Part-time Staff* 176.

453 A 5(1)(ea)(eb)(ec) Skedule 7, a 2(2) *Employment Relations Act* 1999.

454 A 6 *Employment Agencies Act* 1973.

boete opgelê word.⁴⁵⁵ Hierdie bepaling reflekteer die IAO se verbod op diensbesighede wat vir 'n wins werk.

Ingevolge genoemde wet is daar 'n vereiste op diensbesighede om gelisensieerd te wees. Gemelde lisensie sal teruggetrek kan word indien 'n diensbesigheid of kliënt hom wangedra of indien 'n ander geldige rede bestaan. Dog, diensbesighede het nie dié vereiste as belangrik beskou nie.⁴⁵⁶ In 1994 is hierdie vereiste deur die *Deregulation and Contracting Out Act* 1994 geskrap en vervang met die mag van 'n tribunaal om 'n diensbesigheid of kliënt te verbied om by agentskapdiensverskaffing betrokke te wees vir 'n tydperk van maksimum tien jaar, sou sodanige party onbevoeg wees, homself wangedra of nie toepaslike redes hê om by agentskapdiensverskaffing betrokke te wees nie.⁴⁵⁷

'n Paar jaar later is die *Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations* 1976 geskep. In 2003 is laasgenoemde wet gewysig om by die toename in diensbesighede aan te pas. Dit is vervolgens nodig dat gemelde instrumente ondersoek en bespreek word.

3.9.2 Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations 1976/2003

Ingevolge die *Employment Agencies Act* 1973 het die Sekretaris van die Staat die mag om die optrede van 'n diensbesigheid te reguleer om sodoende te verseker dat die belange van die agentskapwerknemer beskerm word. Die *Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations* 1976 is drie jaar later spesifiek vir hierdie doel geskep. In 2003 is laasgenoemde instrument gewysig en deur die *Conduct*

455 A 6(2) *Employment Agencies Act* 1973.

456 Stanworth en Druker 2000 *IJES* 8; Evans en Gibb *Precarious Employment* 28; Ratti 2009 *Comp Lab L & Pol'y J* 847.

457 Morris *England* 106; Countouris *Changing Law* 97; Wynn 2009 *Indus LJ* 70; Ratti 2009 *Comp Lab L & Pol'y J* 847.

of *Employment Agencies and Employment Business Regulations 2003* opgedateer.⁴⁵⁸

Die 2003-regulasies het bepaalde standaarde vir diensbesighede daargestel. Onder die belangrikste standaarde was die vereiste dat diensbesighede duidelike dokumentasie aan agentskapwerknemers moes voorsien.⁴⁵⁹ Diensbesighede moet ook verseker dat die agentskapwerknemers wat hulle by kliënte plaas, bevoeg is om die werk te doen, daarom moes uitgebreide ondersoeke na 'n persoon se kwalifikasies gedoen word. Ingevolge regulasie 18 het dit ook behels dat voldoende inligting oor die kliënt ingewin moes word om te verseker dat die agentskapwerknemer vir sodanige kliënt gepas is.⁴⁶⁰ 'n Verdere belangrike standaard behels die verpligting op diensbesighede om die onbehoorlike en diskriminerende verspreiding van agentskapwerknemers se persoonlike besonderhede te voorkom.⁴⁶¹

Die 2003-regulasies bied ook 'n definisie vir **tydelike werkers**. Hiervolgens is 'n tydelike werker:⁴⁶²

a work-seeker who is introduced or supplied to a hirer by a bureau (a) other than on the basis that the work-seeker will be the hirer's employee, as defined in section 230(1) (of the *Employment Rights Act 1996*); or (b) on the basis that his remuneration will be paid to him directly or indirectly by or on behalf of a bureau or any person connected with a bureau.

Die 2003-regulasies stel ook die vereiste dat die agentskapwerknemers op 'n kontrakbasis tussen die diensbesigheid en die kliënt beskikbaar gestel moet word.⁴⁶³ Macdonald⁴⁶⁴ maak egter die opmerking dat die 2003-regulasies nie spesifiek aandui watter tipe kontrak dit behoort te wees nie.

458 Hierna 2003 Regulasies. *Morris England* 101; *Wynn 2009 Indus LJ* 65.
459 Reg 14(2)(b) *Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations 2003*.
460 Reg 18 *Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations 2003*.
461 Macdonald *Employing Temporary and Part-time Staff* 177.
462 Macdonald *Employing Temporary and Part-time Staff* 177.
463 Reg 15 *Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations 2003*.
464 Macdonald *Employing Temporary and Part-time Staff* 178.

Dus sou dit 'n dienskontrak of 'n kontrak vir werk kon gewees het. Daar word wel vereis dat die diensbesigheid die kliënt in kennis moet stel van watter tipe kontrak dit is en wat die bepalinge en voorwaardes daarin vervat behels.⁴⁶⁵

Dit word dan ook van diensbesighede vereis om die regte van agentskapwerknemers aan hulle deur te gee, tesame met die bepalinge en voorwaardes waaronder hulle aangestel is. Sodanige bepalinge en voorwaardes sluit in die metode van betaling, die hoeveelheid van sodanige betaling en reëlings aangaande die agentskapwerknemers se verloff. Die diensbesigheid moet ook beloof om 'n agentskapwerknemer te betaal vir dienste gelewer, ongeag of die diensbesigheid enige betaling vanaf die kliënt ontvang het of nie.⁴⁶⁶ Om aan te sluit by laasgenoemde mag 'n diensbesigheid ingevolge regulasie 13 geen fooie vanaf 'n agentskapwerknemer ontvang vir die feit dat die diensbesigheid vir die agentskapwerknemer werk gevind het nie. Sou daar enige dienste wees wat die diensbesigheid teen 'n bepaalde fooi aanbied, moet die agentskapwerknemer vooraf skriftelik van sodanige dienste in kennis gestel word.⁴⁶⁷

Tesame met bogenoemde vereiste dat die bepalinge en diensvoorwaardes van 'n agentskapwerknemer aan hom deurgegee moet word, moet hy ook skriftelik in die betrokke kontrak van sy status, byvoorbeeld werknemer of werker, in kennis gestel word. Daarbenewens moet hy ook van sy werkgever verwittig word, met ander woorde wie binne die driehoekige diensverhouding as sy werkgever bekend sal staan.⁴⁶⁸ 'n Verpligting word ingevolge regulasie 20 op alle diensbesighede geplaas om te verseker dat die belange van agentskapwerknemers en kliënte te alle tye beskerm word. Dit kan ook aspekte rakende die identiteite van die partye en

465 Reg 17 *Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations* 2003.

466 Reg 13 en 15 *Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations* 2003; Macdonald *Employing Temporary and Part-time Staff* 178, 179; McCann *Regulating Flexible Work* 163.

467 Reg 13 *Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations* 2003. Sien ook Scrope en Barnett *Employment Law Handbook* 147.

468 Scrope en Barnett *Employment Law Handbook* 28.

openbaarmaking van inligting wat kan aandui dat die agentskapwerknemer onbevoeg vir die werk by die kliënt is, insluit.⁴⁶⁹ McCann⁴⁷⁰ beskou laasgenoemde as 'n verdere poging om agentskapwerknemers te beskerm.

Alhoewel daar bepaalde regulasies in die 2003-regulasies bestaan wat na die belange van die agentskapwerknemer omsien, is dit duidelik dat die 2003-regulasies meer diensbesigheid en kliënt-georiënteerd is. Na samesprekings deur die VK-regering in 2007 is besluit om die 2003-regulasies deur die *Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations 2007*⁴⁷¹ te laat wysig. Sodanige wysigings sou op die weerlose werkers wat by diensbesighede betrokke is van toepassing wees. Voorts 'n bespreking van die belangrikste wysigings wat deur die 2007-regulasies teweeggebring is.

3.9.3 *Conduct of Employment Agencies and Employment Business (Amendment) Regulations 2007*

Ingevolge regulasie 5 van die 2003-regulasies⁴⁷² word 'n diensbesigheid verbied om van 'n agentskapwerknemer te vereis om bepaalde dienste van die diensbesigheid te ontvang waarvoor die agentskapwerknemer moet betaal voordat die diensbesigheid die agentskapwerknemer by 'n kliënt sal plaas. Regulasie 3 van die 2007-regulasies⁴⁷³ maak verder voorsiening vir 'n nuwe regulasie 5(2). Dit bepaal dat 'n agentskapwerknemer nou, met behoorlike skriftelike of elektroniese kennisgewing uit sulke dienste mag uittree sou hy dit verkies, sonder dat die agentskapwerknemer enigsins vir sodanige uittrede aanspreeklik gehou sal word.

469 Reg 20 *Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations 2003*.

470 McCann *Regulating Flexible Work* 164, 165.

471 Hierna 2007 Regulasies.

472 Reg 5 *Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations 2003*.

473 Reg 3 *Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations 2007*.

Ingevolge regulasie 13 van die 2003-regulasies⁴⁷⁴ word daar 'n verbod op die ontvang van fooie vanaf die agentskapwerknemer geplaas. Soos hierbo aangedui, moet 'n diensbesigheid 'n agentskapwerknemer in kennis stel indien dit enige dienste aanbied waarvoor die agentskapwerknemer wel sal moet betaal.⁴⁷⁵ Die toevoeging van regulasie 3 van die 2007-regulasies⁴⁷⁶ het aanleiding gegee tot die wysiging wat aan regulasie 13 aangebring is. Regulasie 4 van die 2007-regulasies⁴⁷⁷ bepaal dat regulasie 3(b)(iii) nou saam met die verpligting op diensbesighede om die addisionele dienste te beskryf, ook 'n diensbesigheid verplig om die agentskapwerknemer in kennis te stel van sy reg om met behoorlike kennis vanuit daardie dienste uit te tree.

'n Verdere wysiging is dié van regulasie 28 van die 2003-regulasies⁴⁷⁸ wat bepaal dat 'n diensbesigheid geen persoonlike inligting van 'n agentskapwerknemer sonder sy toestemming aan 'n kliënt mag voorsien nie. Regulasie 8 van die 2007-regulasies⁴⁷⁹ verander hierdie posisie, deur aan te dui dat 'n diensbesigheid wel sodanige persoonlike inligting beskikbaar mag stel. Dit mag egter slegs gebeur in die geval waar bepaalde inligting daarop dui dat 'n agentskapwerknemer onbevoeg is om die werk by die kliënt te verrig.

Daar is weinig verdere wysigings, welke wysigings slegs betrekking het op die diensbesigheid se administrasie. Dit is derhalwe irrelevant om dit hier te bespreek. Die opinie word gehuldig dat daar steeds die minimum voorsiening vir agentskapwerknemers se regte deur beide die 2003- en

474 Reg 13 *Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations* 2003.

475 Sulke dienste behels daardie tipes wat nie pertinent deur wetgewing verbied word nie. Dit sou dus wettig wees om in sulke gevalle wel 'n fooi van die agentskapwerknemer te ontvang. Die vereiste is slegs dat die fooi nie ontvang word weens die feit dat die diensbesigheid vir die agentskapwerknemer werk gevind het nie.

476 Reg 3 *Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations* 2007.

477 Reg 4 *Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations* 2007.

478 Reg 28 *Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations* 2003.

479 Reg 8 *Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations* 2007.

2007-regulasies gemaak word. Tog is daar ander wetgewing deur die EU opgestel wat wel spesifiek vir die regte van agentskapwerknemers voorsiening maak wat vermelding verdien.

3.9.4 Temporary Agency Work Directive 2008

Na vele jare en konsultasies is die *Temporary Agency Work Directive* 2008/104/EC⁴⁸⁰ in 2008 deur die Europese Parlement aanvaar. Die reël is dat die lidlande sodanige wetgewing binne drie jaar na inwerkingtreding in hulle nasionale wetgewing moet inkorporeer.⁴⁸¹ Die doel van genoemde direktief is om gelyke behandeling vir alle werkers in die EU te verseker, ongeag die aard van hulle dienslewering.⁴⁸² Die VK as lidland van die EU was dus onder die verpligting om die TAWD voor 5 Desember 2011 te implementeer en af te dwing.⁴⁸³

Die TAWD dui in artikel 1 aan dat sodanige direktief van toepassing sal wees op alle werknemers wat in 'n dienskontrak of 'n diensverhouding met 'n diensbesigheid staan en wat deur sodanige diensbesigheid tydelik by 'n kliënt geplaas word.⁴⁸⁴ Van belang is die feit dat die TAWD dit in artikel 4 duidelik maak dat daar nie goedsmoeds beperkings op die gebruik van agentskapdiensverskaffing in 'n lidland geplaas kan word nie. Dit sal slegs toelaatbaar wees vir so ver dit tot algemene belange strek, spesifiek op grond van die beskerming van agentskapwerknemers, veiligheid en gesondheid in die werkplek of die algemene vlot funksionering van die arbeidsmark. Sou daar dus enige beperkings op agentskapdiensverskaffing geplaas wees, moet die lidlande dit hersien.⁴⁸⁵

480 Hierna TAWD.

481 Wynn 2009 *Indus LJ* 66; Evans en Gibb *Moving from Precarious Employment* 28; Vaes en Vandenbrande *Temporary Agency Work Directive* 1.

482 Jones 2002 *Indus LJ* 189; Benjamin *To Regulate or to Ban* 192; Vaes en Vandenbrande *Temporary Agency Work Directive* 2.

483 A 11 *Temporary Agency Work Directive* 2008/104/EC; Evans en Gibb *Moving from Precarious Employment* 28; Countouris en Horton 2009 *Indus LJ* 329.

484 A 1 *Temporary Agency Work Directive* 2008/104/EC.

485 Aa 4(1) en 4(2) *Temporary Agency Work Directive* 2008/104/EC.

Ingevolge artikel 5 van die TAWD word die kernaspek van hierdie direktief verskans. Die artikel maak voorsiening vir die behandeling van agentskapwerknemers wat soortgelyk is aan die behandeling van die werknemers wat direk deur die kliënt in diens geneem is.⁴⁸⁶ Dit beteken dat hulle nou ook, soos die permanente werknemers, oor 'n aantal basiese regte beskik, spesifiek sover dit werkyd en lone aangaan. Die TAWD dui egter aan dat lidlande alle moontlike stappe moet neem om te voorkom dat artikel 5 daarvan nie misbruik word nie.⁴⁸⁷ Misbruik is moontlik deurdat artikel 5(2), 5(3) en 5(4) onder onderskeie omstandighede aan lidlande die reg gee om bepaalde beperkings op die gelykheidsartikel te plaas, of om daarvan af te wyk. Dit word wel vereis dat die lidlande moet poog om ten alle tye die beskerming van die agentskapwerknemers te behou.⁴⁸⁸

Die EU vereis ingevolge artikel 10 dat die lidlande se regerings vir behoorlike stappe in die geval van die nie-nakoming van die direktief voorsiening moet maak. Dientengevolge moet bepaalde administratiewe of regsprosedures vir die afdwing van die verpligtinge soos in die direktief daargestel, beskikbaar wees. Die diensbesighede sal vervolgens vir die nie-nakoming aanspreeklik gehou word, in welke gevalle strawwe soos deur die lidland voorsien, opgelê sal word.

Tesame met bogenoemde word 'n reeks minimum algemene regte aan agentskapwerknemers toegestaan, terwyl daar ook aan lidlande van die EU beweegruimte gegee word om self oor sekere uitsluitings en kwalifiserende tydperke vir bogenoemde regte te besluit. Artikel 6 plaas 'n verpligting op die kliënte om agentskapwerknemers van enige vakante poste by die kliënt se besigheid in kennis te stel. Om aan te sluit hierby word 'n verbod daarop geplaas dat diensbesighede 'n klousule in hulle

486 A 5 *Temporary Agency Work Directive* 2008/104/EC; Countouris en Horton 2009 *Indus LJ* 333. Die regering is van oordeel dat die permanente werknemer met wie die agentskapwerknemer vergelyk moet word, nie 'n fisiese werknemer van die besigheid moet wees nie, maar 'n hipotetiese werknemer in dieselfde posisie as die agentskapwerknemer. Die omstandighede van 'n fisiese permanente werknemer kan as hulpmiddel gebruik word, maar moet nie die deurslaggewende faktor wees nie.

487 A 5(5) *Temporary Agency Work Directive* 2008/104/EC.

488 Aa 5(2), 5(3) en 5(4) *Temporary Agency Work Directive* 2008/104/EC.

dienskontrak met die agentskapwerknemer insluit wat hulle verbied om permanente werk vanaf die kliënt te aanvaar.⁴⁸⁹

Die doel hiervan is om vir agentskapwerknemers die geleentheid te gee om, soos die permanente werknemers, vir 'n permanente pos aansoek te doen. Dit ondersteun die opinie dat tydelike werk as 'n "stepping stone" na permanente werk gebruik kan word. Dit is duidelik dat die TAWD nie net na agentskapwerknemers se huidige omstandighede omsien nie, maar maak dit ook vir hulle moontlik om hulle omstandighede te verbeter.

'n Bepaling wat al in wetgewing vroeër hierin bespreek voorgekom het,⁴⁹⁰ was die verbod op diensbesighede om fooie vanaf die agentskapwerknemer te ontvang vir die feit dat die diensbesigheid vir gemelde werknemer werk gekry het. Sodanige verbod word ook in die TAWD gestel.⁴⁹¹ In subartikel 6(4) en subartikel 6(5) onderskeidelik word aan agentskapwerknemers die reg gegee om volle toegang tot alle fasiliteite in die kliënt se werkplek te bekom, asook toegang tot fasiliteite en opleiding by die diensbesigheid.⁴⁹² Uit die bewoording van subartikel 6(4) is dit duidelik dat die betrokke fasiliteite dit uitsluit waartoe die permanente personeel ook nie toegang het nie.

Die oorblywende artikels behels die afdwing, sanksionering en implementering van die direktief. Lidlande behoort behoorlike wetgewing en gepaste metodes van afdwinging in werking te stel. Sou 'n diensbesigheid of kliënt nie aan die vereistes van die TAWD voldoen nie, behoort daar toepaslike prosedures gevolg te word om die oortreding aan te spreek. Die Europese Kommissie is van voorneme om op 5 Desember 2013 ondersoek in te stel na die implementering van die direktief, hoofsaaklik om voorstelle te maak en wysigings aan te bring.⁴⁹³

489 Aa 6(1) en 6(2) *Temporary Agency Work Directive* 2008/104/EC.

490 Sien paragraaf 3.9.1 hierbo.

491 A 6(3) *Temporary Agency Work Directive* 2008/104/EC.

492 Aa 6(4) en 6(5) *Temporary Agency Work Directive* 2008/104/EC.

493 Aa 10, 11, 12 *Temporary Agency Work Directive* 2008/104/EC.

3.9.5 Agency Workers Regulations 2010

Die *Agency Workers Regulations*⁴⁹⁴ is in 2010 opgestel en het 1 Oktober 2011 in die VK in werking getree om bogenoemde direktief soos vereis te implementeer. Die AWR reflekteer die bepalings soos in die TAWD. Die VK het die diensgevolge aan sy verpligting teenoor die EU voldoen.

In artikel 3 van die regulasies word 'n agentskapwerknemer gedefinieer, wat soos volg geformuleer is:

In these Regulations “agency worker” means an individual who (a) is supplied by a temporary work agency to work temporarily for and under the supervision and direction of a hirer; and (b) has a contract with the temporary work agency which is (i) a contract of employment with the agency, or (ii) any other contract to perform work and services personally for the agency.

Daarna voorsien die artikel ook 'n beskrywing van persone wie se dienslewering soos dié van 'n agentskapwerknemer **voorkom**, maar wat nie agentskapwerknemers is nie. Indien 'n persoon wel aan die definisie van so 'n werknemer voldoen, sal hy op die volle spektrum regte soos deur die betrokke regulasie voorsien, geregtig wees. Gemelde regte behels aspekte met betrekking tot diensvoorwaardes, soortgelyke behandeling as dié van die kliënt se permanente werknemers, toegang tot alle fasiliteite op die kliënt se perseel en minimumlone.

Artikel 5 van die AWR weerspieël die bepaling in artikel 5 van die TAWD en bepaal dat agentskapwerknemers op dieselfde diensvoorwaardes van 'n vergelykbare permanente werknemer van die kliënt geregtig is. Dit behels dus dat die agentskapwerknemer onder dieselfde diensvoorwaardes moet werk waaronder hy sou gewerk het indien hy deur die kliënt gewerk en as permanente werknemer by hom werksaam was. Ten einde 'n vergelykbare werknemer te wees, moes sodanige werknemer ook vir die kliënt 'n diens verrig of onder sy beheer wees en moes hy of sy dieselfde of soortgelyke werk as die agentskapwerknemer verrig het. Artikel 6 sluit by artikel 5 van

494 Hierna die AWR.

die AWR aan en identifiseer vergoeding, werksure, rusperiodes, nagwerk en jaarlikse verlof as aspekte wat onder 'diensvoorwaardes' verstaan moet word.

Artikel 7 dui egter 'n periode aan wat moes verstryk alvorens die agentskapwerknemer op die beskerming van artikel 5 kan aanspraak maak. Dit word vereis dat 'n agentskapwerknemer vir ten minste **12 weke** deurlopend vir dieselfde kliënt moes werk en gedurende hierdie tydperk dieselfde rol moes vertolk.⁴⁹⁵ Artikel 7 maak wel in hierdie konteks vir bepaalde uitsonderings voorsiening, soos byvoorbeeld in die geval van kraamverlof.

Artikels 11,12 en 13 bevat onderskeidelik bepalings met betrekking tot die berekening van die minimumloon aan die agentskapwerknemer betaalbaar; die voorsien van toegang tot fasiliteite en voordele wat in geheel nie minder voordelig mag wees as die toegang en voordele van die permanente werknemers van die kliënt nie en laastens die reg van die agentskapwerknemer om deur die kliënt van enige vakante permanente poste by laasgenoemde in kennis gestel te word. Artikel 13 stem met artikel 6 van die TAWD ooreen.

Met betrekking tot die berekening van die minimumlone van die agentskapwerknemer, bepaal artikel 11 as volg:⁴⁹⁶

11.—(1) Subject to paragraph (3), the minimum amount to be paid to the agency worker during a pay reference period falling within a period to which regulation 10(1)(c) applies shall not be less than 50% of the pay paid to the agency worker in the relevant pay reference period.

(2) For the purposes of paragraph (1), the relevant pay reference period shall be the pay reference period in which the agency worker received the highest level of pay which fell—

(a) within the 12 weeks immediately preceding the end of the previous assignment, where the assignment lasted for longer than 12 weeks, or
(b) during the assignment, where the assignment lasted for 12 or fewer weeks.

495 *Explanatory Memorandum to the Agency Workers Regulations* van 2010 par 2.

496 A 11 *Agency Workers Regulations* 2010.

(3) The minimum amount shall be not less than the amount that the agency worker would have been entitled to for the hours worked in the relevant pay reference period if the provisions of the National Minimum Wage Regulations 1999 applied.

Artikel 14 bevat belangrike bepalings wat op die aanspreeklikhede van die diensbesigheid en die kliënt betrekking het. Dit dui hoofsaaklik aan dat die diensbesigheid aanspreeklik gehou sal word vir die oortredings van artikel 5 so ver dit self vir daardie oortredings verantwoordelik is, welke reël ook vir die kliënt geld. Verder dui die artikel aan dat die diensbesigheid nie aanspreeklik gehou sal kan word vir gemelde oortredings indien dit alle redelike stappe geneem het om inligting vanaf die kliënt rakende die diensvoorwaardes wat by laasgenoemde gehandhaaf word, te bekom en sodanige inligting redelikerwys aangewend het in die vasstelling wat die agentskapwerknemer se diensvoorwaardes na die twaalf weke spertyd behoort te wees nie. Die diensbesigheid moes dan ook redelikerwys verseker het dat dit aan die vasgestelde diensvoorwaardes voldoen. Indien die diensbesigheid gemelde stappe noukeurig gevolg het, sal die kliënt vir enige oortreding van artikel 5 aanspreeklik gehou word.

Die artikel gaan verder en dui aan dat die kliënt vir die oortreding van artikel 12 of artikel 13 soos hierbo bespreek aanspreeklik gehou sal word. Die laaste bepaling met betrekking tot aanspreeklikheid verwys na artikel 17, wat met onbillike ontslag verband hou en dui aan dat die diensbesigheid vir sý inbreukmakende optrede en die kliënt op sy beurt vir sý inbreukmakende optrede in hierdie konteks aanspreeklik gehou sal word. Met betrekking tot onbillike ontslag maak die AWR dit duidelik dat geen van die partye die risiko van 'n ander partye se verkeerde optrede sal dra nie.

Artikel 15 en artikel 16 onderskeidelik bevat bepalings met betrekking tot die beperkings op uitkontraktering en die reg van die agentskapwerknemer om inligting oor 'n beweerde oortreding van artikel 5 deur een van die gesagsfigure aan te vra. Artikel 17 is belangrik deurdat dit aandui dat 'n agentskapwerknemer wat weens 'n rede soos in artikel 17(3) gelys

ontslaan is, as onbillik ontslaan beskou sal word. Hierdie redes behels onder andere die inbring van 'n regsaksie deur die werknemer ingevolge hierdie regulasies, openbaarmaking van relevante inligting tydens sodanige prosedure, die aanvra van 'n geskrewe verklaring ingevolge artikel 16 of die weiering om van enige regte ingevolge hierdie regulasies afstand te doen. Artikel 18 en artikel 19 maak vir forums, regsprosedures en remedies in gevalle van geskille voorsiening.

Uit bogenoemde is dit duidelik dat die EU bepaalde leemtes so ver dit agentskapwerknemers se omstandighede aangaan, geïdentifiseer het. Bepalings is gevolglik in die TAWD en vervolgens ook in die AWR vervat wat genoemde leemtes aanspreek. Dit is egter vir lidlande moontlik gemaak om onder bepaalde omstandighede van die streng reëls af te wyk, mits dit met behoorlike konsultasie met die sosiale partye⁴⁹⁷ gepaard gaan. Daar word dus aan die belange van alle betrokke partye aandag gegee. Werknemers ontvang 'n aantal regte en werkgewers kan steeds die nodige buigzaamheid in hulle besighede handhaaf.⁴⁹⁸

3.10 Gevolgtrekking

Sedert die 1980's het diensbesighede in die VK met rasse skrede toegeneem. Van meet af aan is vele probleme daardeur geskep. Agentskapwerknemers se omstandighede was minder voordelig as dié van permanente werknemers. Sodanige agentskapwerknemers se status was onseker, hulle is aan gebrekkige werksekuriteit blootgestel en het ook kleiner salarisse ontvang. Weens die argwaan wat diensbesighede by vakbonde aangevuur het, was dit ook moeilik vir agentskapwerknemers om die nodige verteenwoordiging te bekom. Mettertyd het vakbonde die nut van atipiese diensverskaffing ingesien en pogings aangewend om agentskapwerknemers tegemoet te kom.

497 Vakbonde en werkgewersorganisasies.

498 Countouris en Horton 2009 *Indus LJ* 329.

Die atipiese aard van die agentskapwerknemers se dienslewering het aanleiding tot die onsekerheid rakende die ware diensverhouding veroorsaak. Dit het weer gelei tot die onsekere status van die ware werkgewer. Alle omstandighede rondom die driehoekige diensverhouding is egter nog nie in die VK uitgeklaar nie.

Uit bogenoemde is dit egter duidelik dat die VK en die EU oor die laaste paar dekades pogings aangewend het om die probleme op te los. Genoemde pogings kom voor in die skep van 'n wye verskeidenheid instrumente wat die oogmerk het om diensbesighede en agentskapwerknemers se omstandighede te reguleer. Reëls rakende die optrede van diensbesighede word daargestel. Daarmee saam word bepaalde beperkings op diensbesighede geplaas om te voorkom dat die dienste van agentskapwerknemers misbruik word. Bepaalde regte word ook vir agentskapwerknemers verseker, soos byvoorbeeld die reg om steeds vergoeding te ontvang, ten spyte daarvan dat 'n kliënt sy fooi van die diensbesigheid weerhou.

Met betrekking tot die regulering van diensbesighede is dit my mening dat die EU en die VK reeds ver gevorder het. Dit is duidelik dat die beskerming van agentskapwerknemers vir die Engelse regstelsel 'n saak van erns is. So ver dit beskerming en regulering van agentskapwerknemers betref, kan die VK verseker leiding verskaf. Spesifieke sterkpunte van die VK wat hier uitgelig moet word, behels die spesiale wetgewing wat hoofsaaklik op diensbesighede gefokus is en pertinent vir die agentskapwerknemers se regte en minimumlone voorsiening maak; die sekere status van agentskapwerknemers soos deur wetgewing daargestel; die gesamentlike werkgewerstatus en gevolglike gesamentlike verpligtinge van die diensbesigheid en die kliënt. Dit is aspekte wat myns insiens navolgenswaardig is.

HOOFSTUK 4

HUURARBEID-AGENTSAPPE IN DIE NAMIBIESE REG

4.1	Inleiding.....	131
4.2	Oorsprong van die Namibiese reg.....	132
4.3	Huurarbeid: Voor die 2007-verbod.....	133
4.3.1	Agtergrond.....	133
4.3.2	Oorsprong van huurarbeid.....	134
4.3.3	Toename van huurarbeid.....	139
4.3.4	Implikasies van huurarbeid in Namibië.....	142
4.3.4.1	Vroeëre gebrekkige beskerming.....	142
4.3.4.2	Tydlike werknemers se werknemerstatus.....	147
4.3.4.3	Atipiese diensverhouding en die implikasies daarvan op werkgewerstatus.....	149
4.3.4.4	Vakbonde en huurarbeid.....	151
4.4	Huurarbeid: Die 2007-verbod en sy grondwetlikheid.....	154
4.5	Die vervanging van artikel 128 van die 2007-wet.....	161
4.6	Gevolgtrekking.....	166

4.1 Inleiding

In hierdie hoofstuk gaan gepoog word om aan te dui hoe tydelike diensverskaffingsagentskappe in die Namibiese reg figureer. Eerstens sal 'n oorsig van die oorsprong en historiese ontwikkeling van tydelike diensverskaffingsagentskappe in Namibië voorsien word. Daar sal tydens hierdie historiese oorsig aangetoon word wat die negatiewe invloed daarvan op die tydelike werknemers was. Sodanige invloed is noodsaaklik om te noem ten einde die Namibiese regering se drastiese stappe in dié verband in konteks te plaas. Die impak van tydelike diensverskaffingsagentskappe op Namibiese tydelike werknemers, asook relevante aspekte met betrekking tot die atipiese diensverhouding sal in hierdie hoofstuk aangeraak word.

Die drastiese stappe soos hierbo na verwys, behels die Namibiese regering se desperate poging om die nadele voortspruitend uit tydelike diensverskaffingsagentskappe hok te slaan deur in 2007 'n verbod op genoemde bedryf te plaas. Daar sal in besonderhede verwys word na die argumente wat na die verbod gevoer is en welke argumente daartoe gelei het dat die verbod later deur die Hooggeregshof as ongrondwetlik verklaar is. Daar sal ook breedvoerig verwys word na nuwe wetgewing wat sedertdien ter regulering van tydelike diensverskaffingsagentskappe in Namibië in werking getree het.

Die uiteindelige doel van hierdie hoofstuk is om aan te toon hoe tydelike diensverskaffingsagentskappe in Namibië op so 'n wyse bestuur is dat dit die punt bereik het waar dit afgeskaf is. Die idee is om 'n beskrywing te voorsien van wat die gevolge daarvan was om dit in geheel uit die arbeidsmark te verwyder. Die Suid-Afrikaanse regslui behoort die argumente gedurende hierdie tydperk aangevoer ter harte te neem. Die nuwe wetgewing wat in 2012 in Namibië geïmplementeer is, kan vervolgens ook leiding bied.

Eerstens egter 'n bespreking rakende die oorsprong van die Namibiese reg en hoe daardie regstelsel met die Suid-Afrikaanse reg ooreenstem en daarby aansluit. Die doel is om aan te dui dat Namibië steeds in sommige gevalle na die Suid-Afrikaanse reg verwys vir antwoorde en leiding en dat Suid-Afrikaanse bronne dus in Namibië toepaslik is. Die gevolg is dat aanvaarbare beginsels van die Namibiese reg waarskynlik gemaklik in die Suid-Afrikaanse reg toegepas kan word.

4.2 Oorsprong van die Namibiese reg

Gedurende die tydperk vandat Suid-Afrika beheer oor Suidwes-Afrika (nou Namibië) as 'n sogenaamde "mandaat-gebied" verkry het tot en met Namibië se onafhanklikwording in 1991, het die Suid-Afrikaanse reg in daardie land gegeld. Dus het die Namibiese reg, soos die Suid-Afrikaanse reg, sy oorsprong in die Romeins-Hollandse reg gehad. Hierdie feit is dan ook vervat in die *Administration of Justice Proclamation (SWA)* 21 van 1919. Met die oornome van Namibië was die Suid-Afrikaanse regering verplig om na die belange en welsyn van Namibiese burgers om te sien. Die Namibiese regering was weer verplig om die wetgewing en wyses van wetstoepassing van Suid-Afrika as deel van hulle regstelsel te aanvaar. In die lig daarvan dat sake in die Kaapse Provinsiale Afdeling wat voor 1990 beslis was steeds as presedent in Namibië gebruik word, blyk dit dat die Suid-Afrikaanse reg steeds in Namibië afdwingbaar is en dat Suid-Afrikaanse regstekste steeds vir die Namibiese reg relevant is.⁴⁹⁹

Sommige aspekte (wat in die minderheid is) wat met tydelike diensverskaffingsagentskappe verband hou, word nie in Namibiese literatuur gedek nie. Derhalwe word swaar op Suid-Afrikaanse tekste gesteun. Daar is egter wel omvangryke tekste in Namibië wat tydelike diensverskaffingsagentskappe *per se* in besonder bespreek. Vervolgens word tydelike diensverskaffingsagentskappe in die Namibiese reg

499 Mwanza Geraldo en Skeffers 2007 <http://www.nyulawglobal.org> (geen bladsynommers voorsien).

geanaliseer om te ondersoek in welke mate die Namibiese reg vir tydelike diensverskaffingsagentskappe voorsiening maak.

4.3 Huurarbeid: Voor die 2007-verbod

4.3.1 Agtergrond

Sedert die 1990's het die gebruik van tydelike diensverskaffingsagentskappe⁵⁰⁰ in Namibië drasties toegeneem.⁵⁰¹ In die Namibiese reg word daar na die verskaffing van tydelike werknemers⁵⁰² as "huurarbeid" verwys. Daar kan geargumenteer word dat bogenoemde begrip sy oorsprong het in die feit dat die ILO twee tipes subkontraktering onderskei. Die eerste hiervan is die kontraktering van werk ("job-contracting") waar 'n kontrakteur sekere dienste lewer of toerusting verskaf. Hierteenoor word kontraktering van arbeid ("labour contracting") onderskei, in welke gevalle slegs arbeid voorsien word. Diensverskaffingsagentskappe in Namibië neem die vorm van laasgenoemde tipe kontraktering aan, aangesien slegs arbeid deur genoemde agentskappe aan kliënte verskaf, oftewel verhuur word.⁵⁰³

Bogenoemde vorm van atipiese diensverskaffing het groot uitdagings vir die Namibiese arbeidsmark gelewer. Huurarbeid in Namibië kon voor 2007 as gedeeltelik ongereguleer en ongeorganiseerd bestempel word. Volgens Klerck het tydelike werknemers hulself in 'n wettelose situasie bevind, aangesien daar 'n gebrek aan wetgewing, wat aandag aan huurarbeid geskenk het, was. Dit het daartoe gelei dat tydelike werknemers tot 'n groot

500 Wanneer verwys word na huurarbeid-agentskappe in hierdie teks, verwys dit na tydelike diensverskaffingsagentskappe soos in ander regstelsels.

501 Klerck 2005 *South African Review of Sociology* 273; Klerck *Fractured Solidarities* 188; Jauch *Namibia Bans Labour Hire* 1; Jauch *Confronting Outsourcing Head-on* 1.

502 Die begrip "tydelik" is in hierdie konteks subjektief. Sommige werkers kan vir jare lank vir 'n spesifieke kliënt werk, maar steeds op 'n tydelike basis aangestel wees.

503 Jauch <http://www.alrn.org> 1; Jauch *Namibia Bans Labour Hire* 1; Jauch *Confronting Outsourcing Head-on* 1; LaRRI *Playing the Globalisation Game* 82.

mate onbeskermd en weerloos vir misbruik deur werkgewers gelaat was.⁵⁰⁴ 'n Verdere nadeel was dat daar nie kollektief oor bepalings en voorwaardes van die tydelike werknemers se dienslewering onderhandel kon word nie. Gevolglik kon die werkgewers eensydig oor bogenoemde aspekte besluit.⁵⁰⁵

Die voordele wat huurarbeid inhou, was reeds in die jare voordat Namibië onafhanklik geword het, bekend.⁵⁰⁶ In teenstelling met die huidige situasie het huurarbeid egter dekades gelede in Namibië in die vorm van kontrakarbeid voorgekom. Daar word geargumenteer dat huurarbeid sy oorsprong in bogenoemde vorm van arbeid het.⁵⁰⁷ In die lig hiervan sal 'n bespreking van die oorsprong van huurarbeid aan die orde wees.

4.3.2 Oorsprong van huurarbeid⁵⁰⁸

In *Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia*⁵⁰⁹ het die Hooggeregshof 'n uiteensetting gegee van die moeilike omstandighede waarin werknemers tussen die 1920's en 1970's hulself bevind het. Gedurende hierdie tydperk was persone aan ernstige rasse-diskriminasie onderworpe. 'n Verskeidenheid wetgewing het inheemse persone se vryheid van beweging ingeperk. Daar is byvoorbeeld van hulle verwag om ten alle tye hulle pasboeke saam met hulle te dra. Inheemse groepe was tot spesifieke areas by wyse van bogenoemde pasboeke beperk en streng aandklokkeëls het gegeld. Indien hierdie persone buite hul gebiede sonder hulle pasboeke gevind sou word, of hulle het die aandklokkeël verontagsaam, sou hulle strafregtelik vervolgt kon word.

504 Klerck 2009 *Journal of Contemporary African Studies* 86,87.

505 Klerck 2009 *JCAS* 94.

506 Klerck *Fractured Solidarities* 183.

507 Jagger *Prohibition of Labour Hire 2; Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia* 2011 32 ILJ 205 (NmS) 211B-211D.

508 'n Bespreking van die geskiedenis van huurarbeid is relevant deurdat dit die fondasie gelê het vir jare se ongelyke behandeling van tydelike werknemers en dit was verder ook na *Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia* 'n belangrike oorweging in die besluit om huurarbeid in 2007 te verbied.

509 *Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia* 2011 32 ILJ 205 (NmS) 212C-215C.

Persone kon van al die geld wat hulle op daardie stadium by hulle gehad het, ontnem word indien hulle vir langer as 72 uur buite hulle afgebakende gebied was.⁵¹⁰ Wetgewing soos byvoorbeeld *Native Administration Proclamation 1922*, *Prohibited Areas Proclamation 1928*, *Native Passes Proclamation 1930* en *Natives (Urban Areas) Proclamation 1951* het dit gevolglik vir inheemse persone bemoeilik om werk te vind.⁵¹¹

Onder hierdie omstandighede was werknemers se enigste opsie om binne die kontrakarbeid-stelsel werk te soek. Genoemde stelsel is deur die *South West Africa Native Labour Association* gereguleer.⁵¹² SWANLA het in 1943⁵¹³ uit die samesmelting van twee ander liggame, te wete die *Southern Labour Organisation*⁵¹⁴ en *Northern Labour Organisation* ontstaan.⁵¹⁵ Hierdie organisasies het vanaf 1925 tot 1943 tydelike werknemers aan myne in Namibië voorsien en is daarvan beskuldig dat hulle grootliks verantwoordelik was vir die aftakeling van die tradisionele Ovambo-gemeenskappe.⁵¹⁶

SWANLA word beskou as die liggaam wat die eerste vorme van misbruik van werknemers bewerkstellig het. Dit het die weerloosheid en desperaatheid van werknemers tot voordeel van Namibiese (destyds Suidwes-Afrika) werkgewers gebruik.⁵¹⁷ Die organisasie het dit vir blankes moontlik gemaak om tydelike nie-blanke werknemers te bekom en hulle dienste na willekeur te gebruik.⁵¹⁸

Ingevolge laasgenoemde stelsel was werknemers geklassifiseer volgens hulle gesondheid en werksvermoë. Sodra hulle geklassifiseer was, moes

510 *Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia* 2011 32 ILJ 205 (NmS) 212F-213A.

511 *Hishongwa Contract Labour System 60; Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia* 2011 32 ILJ 205 (NmS) 212F-213A.

512 Hierna SWANLA.

513 *Jagger Prohibition of Labour Hire 2*.

514 Hierna SLO.

515 Hierna NLO.

516 Cooper 1999 JSAS 122,123.

517 Cooper 1999 JSAS 121.

518 Cooper 1999 JSAS 122.

hulle 'n etiket om hulle nek of arm dra wat sodanige klassifikasie aangetoon het. Na klassifikasie moes hulle by die owerhede geregistreer word vir die nodige pasboeke om in sekere areas te kon werk. Indien die werknemers vir terloopse werk ("casual labour") geregistreer was, het hulle 'n metaal-kenteken ontvang wat hulle op 'n sigbare plek moes vassteek. Die kenteken moes hulle registrasienommer en die area waarbinne hulle sou werk, aangetoon het. Vervolgens sou die werknemers in die diens van werkgewers wat versoeke vir tydelike werknemers gerig het, geplaas word. By hierdie werkgewers sou die werknemers 'n kontrak teken waarvolgens hulle teen 'n minimumloon vir soms jare aaneen dienste moes lewer.⁵¹⁹

SWANLA het meestal vervoer vir tydelike werknemers vanaf die agentskap tot by die werkgewer voorsien. Die regering sou dan aan die tydelike werknemers elk 'n kombes, hemp en kortbroek verskaf. Genoemde kombes en klerasie moes die werknemer vir sy volle kontraktermyn hou, wat soms tot twee jaar kon duur. Gedurende hierdie tydperk was die werknemers tot die werkgewer se werkperseel beperk, hulle moes slegs die kos eet wat die werkgewer vir hulle voorgesit het en hulle mag nie kontak met hulle families gehad het nie.⁵²⁰ Dit was ook binne die werkgewer se diskresie hoe hy 'n werknemer vir enige vermoedelike oortredings sou straf.⁵²¹

Indien 'n tydelike werknemer nie aan die bevele van die werkgewer voldoen het nie of nie die taak bevredigend verrig het nie, sou die werknemer tronkstraf opgelê kon word. Die hof kon verder beveel dat, wanneer die tydelike werknemer sy vonnis uitgedien het, hy na die werkgewer moes terugkeer om die werk na behore te voltooi. Wanneer die

519 *Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia* 2011 32 ILJ 205 (NmS) 213D-213G. Sodanige dienslewering het meestal sonder enige verlov gedurende die tydperk geskied.

520 Werkgewers het nie voorsiening gemaak vir verblyf vir die werknemers se families naby die werkplek nie. Gevolglik het tydelike werknemers hulle gesinne bitter min gesien (*Hishongwa Contract Labour System* 57).

521 Cooper 1999 JSAS 122.

werk voltooi was, moes die tydelike werknemer onmiddellik na sy afgebakende gebied terugkeer, anders sou hy weer gearresteer word.⁵²²

Gedurende die tye wat werknemers nie binne 'n bepaalde werkgewer se diens geplaas is nie, het hulle in byna onuithoudbare omstandighede in mynkampe gebly waar hulle selfversorgend moes lewe. Sou hulle kos opgeraak het, moes sommige van die werknemers honderde kilometers verloop om by die huis hulle kosvoorraad te gaan aanvul.⁵²³ Die slaaperiewe in die mynkampe was beknop en ongemaklik. Tien tot vyftien mans moes een enkelkamer deel. In genoemde kamer was die beddens slegs holtes wat deur vier vlak muurtjies gevorm was. In hierdie holtes moes die werknemers al hulle persoonlike besittings stoor en nog genoeg ruimte oorhou om in te kon slaap. Die badkamer het uit 'n ry oop toilette bestaan wat geen privaatheid gebied het nie. In teenstelling met bogenoemde geriewe is behoorlike huise en sanitêre geriewe aan die blanke werknemers en hulle gesinne voorsien.⁵²⁴ Dit was 'n duidelike teken van rasse-diskriminasie.

Met betrekking tot vervoer het tydelike werknemers nie opsies gehad nie. Hulle moes tot en met 1972 agter op skaaptrokke gery het. Na 1972 is van treine gebruik gemaak, maar tydelike werknemers was slegs in die derde klas (laagste klas) toegelaat. Die sekuriteit van die tydelike werknemers op die trein was nie verseker nie. Dit het gevolglik daartoe gelei dat werknemers soms tydens treinritte van hulle eiendom beroof is.⁵²⁵

Ten spyte van die lang ure wat die tydelike werknemers gewerk het, was hulle salarisse uiters skraal. Ongeag die hoë gesondheidsrisiko van die lang werksure is feitlik geen mediese behandeling aan die werknemers

522 *Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia* 2011 32 ILJ 205 (NmS) 214A-214D.

523 *Hishongwa Contract Labour System* 58,64. Werknemers in die mynkampe kon betaal het om kos by die mynkamp te kry. Die kos het egter meestal uit suurpap, mieliebrood en 'n stukkie vleis bestaan. Die kos was soms oneetbaar en is in uiters onhigiëniese omstandighede gaargemaak.

524 *Hishongwa Contract Labour System* 61,62.

525 *Hishongwa Contract Labour System* 61.

beskikbaar gestel nie. Dit het soms gebeur dat van die werknemers se voete en enkels so geswel was dat hulle stewels hulle nie meer gepas het nie. Die enigste raad wat die werkgever daarvoor gehad het, was om groter stewels aan die werknemer te voorsien. Weens die onhigiëniese leefwyse van die werknemers en gebrek aan behoorlike voedsel was die risiko van ernstige siektes uiters hoog. Indien 'n werknemer siek sou word, sou 'n werkgever hom bloot ontslaan en met 'n gesonde werknemer vervang.⁵²⁶

Die *South West Africa People's Organisation* het in die 1950's ontstaan, welke organisasie dit ten doel gehad het om werknemers se regte te probeer beskerm en teen enige onredelike of onmenslike behandeling kopsie te maak.⁵²⁷ Die area genaamd Ovamboland (nou "Ovambo") en die grootste deel van Namibië het vanaf Desember 1971 tot Januarie 1972⁵²⁸ onder ernstige onrus gely, gedurende welke tydperk die mees ongure elemente van die kontrakarbeidstelsel deur wetgewende veranderinge aangespreek is. Ongeag laasgenoemde is dit in 1977 totaal deur die *General Law Amendment Proclamation* van 1977 afgeskaf.⁵²⁹

Die motivering vir gemelde drastiese stap was gesetel in die gevoel van minderwaardigheid en gekrenkte menswaardigheid wat deur die stelsel onder werknemers gewek is.⁵³⁰ Die omstandighede waarin werknemers hulle tydens hierdie era bevind het, was wreed en onmenslik en het hewige teenkanting veroorsaak.

Die verbod op huurarbeid is ingestel op 'n stadium wat huurarbeid al dermate toegeneem het dat dit 'n beduidende deel van die Namibiese arbeidsmark uitgemaak het. Vervolgens sal die omvang van, asook die redes vir die toename in aanwending van huurarbeid, bespreek word.

526 Hishongwa *Contract Labour System* 66,71,72.

527 Hierna SWAPO. Sien Cooper 1999 JSAS 138.

528 Du Pisané *Beyond the Barracks* 7.

529 *Proclamation* AG 5 of 1977.

530 *Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia* 2011 32 ILJ 205 (NmS) 214F-214G.

4.3.3 Toename van huurarbeid

Die toename van huurarbeid in Namibië word hoofsaaklik aan die handhawing van die balans tussen die herstrukturering van die werkplek en die samestelling van die arbeidsmark toegeskryf.⁵³¹ Daar kan met redelike sekerheid gesê word dat huurarbeid nie net 'n produk van herstrukturering is nie, maar dat dit 'n groot bydrae in die proses lewer.⁵³² Klerck stel dit soos volg:⁵³³

The role of the temporary employment industry is...akin to that of “unproductive hawkers, the only constructive function of which is to provide a fragile, temporary bridge between jobseekers and employers”. Firstly they are not directly involved in the production of value and operate exclusively in the sphere of circulation. Secondly, their capital is no more than the means necessary to transfer commodities from one place to another. Thirdly, they are not an independent force, but are subject to the fluctuations in capital-labour relations.

As gevolg van hierdie toestand word van tydelike werknemers gebruik gemaak slegs in gevalle van hoë produksie en by die verrigting van spesifieke take.⁵³⁴ Sodra die vraag na produksie afneem of 'n bepaalde taak afgehandel is, word die dienste van die tydelike werknemers nie meer benodig nie.

531 Klerck 2005 SARS 269; Klerck 2009 JCAS 88. Daar word voorgestel dat die huurarbeid 'n wedersydse voordelige meganisme is wat 'n brug tussen die behoeftes van die kliënte en dié van die tydelike werknemers vorm. Dit is dus 'n onpartydige organisasie wat gemoeid is met die harmonisering van “supply and demand” (soos die situasie tans ook in die VK beskou word).

532 Klerck 2009 JCAS 88.

533 Klerck 2005 SARS 272. Klerck noem ook dat die toename in huurarbeid te doen het met 'n “strong demand or high turn-over” in die arbeidsmark (Klerck *Fractured Solidarities* 187).

534 Die kombinasie van hoë diensfooie en lae produktiwiteit in Namibië maak dit vir werkgewers moeilik om sterk te staan en steeds met ander besighede te kompeteer. Werkgewers gebruik dus tydelike werknemers om van die hoë kostes wat met permanente personeel geassosieer word, te ontsnap. Dit is derhalwe nie nodig om permanente werknemers te betaal gedurende tydperke waar daar nie werk is om te doen nie. Klerck 2005 SARS 271,277; Palmer 2009 <http://www.polity.org.za> 1; Jauch *Confronting Outsourcing Head-on* 1; Klerck 2003 SAJLR 70,72; LaRRI *Labour Hire in Namibia* 13,21; Jauch *Namibia Bans Labour Hire* 1; LaRRI *Playing the Globalisation Game* 83.

Klerck is van mening dat die vinnige toename in huurarbeid-agentskappe 'n fundamentele rol by die toename in uitkontraktering en terloopse werk speel. Dit is gevolglik 'n besondere faktor in die ontwikkeling van meer atipiese vorme van dienslewering. Hy stel voor dat die toename in huurarbeid toegeskryf kan word aan die werkgewers se voortdurende pogings om die primêre arbeidsmark te gebruik sonder om die verantwoordelikhede wat met die sekondêre arbeidsmark gepaard gaan, opgelê te word.⁵³⁵ Hiermee word bedoel dat, uit die aard van die tipe verhouding tussen die kliënt en die tydelike werknemer, die kliënt geen arbeidsregtelike verantwoordelikhede teenoor die werknemer opgedoen het nie, omdat hy of sy nie as die werkgewer geklassifiseer was nie.

Die toename in huurarbeid het veroorsaak dat permanente werknemers hulle poste verloor het, omdat werkgewers dit meer voordelig geag het om van tydelike werknemers gebruik te maak. Veral in die lae vaardigheidskategorieë van dienslewering verkies werkgewers volgens Klerck om soms totale afdelings van hul besighede uit te kontrakteer om sodoende ekonomiese- en strukturele voordeel te trek.⁵³⁶ Die ekonomiese voordeel spruit daaruit dat hierdie werkgewers, oftewel kliënte in die betrokke konteks, slegs met die agentskap oor 'n fooi vir die huur van die tydelike werknemer hoef te onderhandel en is verder nie vir enige vergoeding van die tydelike werknemer verantwoordelik nie.⁵³⁷

Voorts, indien 'n kliënt in 'n permanente diensverhouding met 'n werknemer sou staan, sou hulle as werkgewers verplig wees om veiligheidsuitrustings aan die werknemers te verskaf (afhangende van die aard van die werk) tot voldoening van hulle verpligting om 'n veilige werksomgewing te verseker.

535 Klerck 2005 *SARS* 271,273. Hierdie aspek sal later in meer detail bespreek word.

536 Jauch *Confronting Outsourcing Head-on* 2.

537 Klerck 2003 *South African Journal of Labour Relations* 70; Palmer 2009 <http://www.polity.org.za> 2; Klerck *Fractured Solidarities* 186; Klerck 2008 *Employee Relations* 363; Jauch *Confronting Outsourcing Head-on* 1; LaRRI *Labour Hire in Namibia* 13,20; Jauch *Namibia Bans Labour Hire* 1. Die agentskappe betaal werknemers teen 'n uurlikse tarief, voorsien hulle van veiligheidstoerusting en voorsien in sommige gevalle vervoer (Jauch <http://www.alrn.org> 7).

Aangesien die agentskap die rol van werkgewer vervul het, het hierdie plig op die agentskap gerus, wat finansiële voordeel vir die kliënt tot gevolg gehad het.⁵³⁸

Dit was verder in Namibië toelaatbaar vir werkgewers om van tydelike werknemers gebruik te maak om permanente personeel se werk te verrig terwyl laasgenoemde gestaak het. Op hierdie wyse kon 'n werkgewer met normale besigheid aangaan sonder dat die stakings enige nadeel vir hom ingehou het.⁵³⁹ Hierdie situasie is in die nuwe arbeidswetgewing aangespreek. Klerck som werkgewers se situasie soos volg op:⁵⁴⁰

There are considerable pressures on and opportunities for employers in Namibia to cut costs by subverting aspects of the standard employment relationship through the use of non-standard employees. Rising levels of competition, pressure from trade unions, and legal restrictions on the exercise of managerial power are making Namibian employers more conscious of the demands of efficiency. As the pressures for efficiency increase, so the problem of labour costs intensifies. Many Namibian managers resisted the tide of statutory and collective regulation and were quick to use arguments about a "lack of flexibility".

Dit blyk dus dat buigsaamheid ook in Namibië die grootste dryfveer vir die gebruik van huurarbeid is.⁵⁴¹ Die feit dat werkgewers na willekeur hulle personeelbasis kan wysig, verbeter die besigheid se strukturele samestelling. Sodoende is daar voortdurend die beste werknemers wat die beste resultate kan lewer in sirkulasie.

In teenstelling met die voordele wat huurarbeid-agentskappe vir werkgewers in Namibië gebied het, was die teendeel vir werknemers waar. 'n Gebrek aan behoorlike regulasie was grootliks hiervoor verantwoordelik. 'n Ondersoek na hierdie aspek sal vervolgens geskied.

538 LaRRI *Labour Hire in Namibia* 14,21; Jauch <http://www.alrn.org> 3,4; Mwilima *Gender and Labour Market Liberalisation* 10; LaRRI *Playing the Globalisation Game* 83.

539 LaRRI *Labour Hire in Namibia* 13,20; Jauch <http://www.alrn.org> 5; Jauch *Namibia Bans Labour Hire 2*; LaRRI *Playing the Globalisation Game* 84.

540 Klerck 2009 *JCAS* 92; Klerck 2008 *Employee Relations* 366.

541 LaRRI *Labour Hire in Namibia* 13.

4.3.4 Implikasies van huurarbeid in Namibië

4.3.4.1 Vroeëre gebrekkige beskerming

Daar kan geargumenteer word dat alle probleme wat aanvanklik met huurarbeid ervaar is, se oorsprong daarin gelê het dat Namibiese arbeidswetgewing in dié verband ontoereikend was. Klerck⁵⁴² som dit soos volg op:

“Flexible” employment policies are premised on a reduction in the protective elements of labour regulation and/or the likelihood of compliance with regulatory conditions and usually have the implicit aim of diluting employment stability, undermining minimum conditions, reducing the collective regulation of employment, and differentiating access to social security.

Namibië se eerste amptelike arbeidswet genaamd *Namibiese Arbeidswet* van 1992⁵⁴³ het geen melding van huurarbeid gemaak nie.⁵⁴⁴ Gevolglik het huurarbeid ongereguleer voortbestaan. Tydelike werknemers het nie net gebrekkige werksekuriteit gehad weens die feit dat kliënte hulle maklik kon “ontslaan” nie,⁵⁴⁵ maar hulle was oor die algemeen vatbaar vir misbruik, aangesien hulle weens die wisselvallige aard van hulle dienslewering moeilik by vakbonde kon aansluit.⁵⁴⁶

542 Klerck *Fractured Solidarities* 71; Klerck 2009 *JCAS* 86. Die “flexible employment policies” waarna in die aanhaling verwys word, sluit alle vorme van atipiese diensverskaffing, byvoorbeeld huurarbeid, in.

543 Hierna die 1992-wet.

544 Jauch *Namibia Bans Labour Hire* 3.

545 Diensverskaffingsagentskappe verhuur werkers tydelik aan ander besighede uit (Jauch *Namibia Bans Labour Hire* 1; LaRRI *Playing the Globalisation Game* 82). Die diensverskaffingsagentskap betaal die tydelike werknemers vir die duur van die kontrak met die kliënt. Sodra die kontrak tussen die agentskap en die kliënt verstryk, verstryk die tydelike werknemer se dienslewering. Hierdie beëindiging van dienskontrak staan nie bekend as ontslag nie, slegs die beëindiging van diens by wyse van regswerking (Jauch *Namibia Bans Labour Hire* 2; Jauch *Confronting Outsourcing Head-on* 1; Klerck 2005 *SARS* 270; Klerck *Fractured Solidarities* 183; LaRRI *Labour Hire in Namibia* 7). Laasgenoemde het ook die gevolg dat die werknemer nie op ‘n skeidingspakket kan aanspraak maak nie (LaRRI *Labour Hire in Namibia* 24).

546 LaRRI *Labour Hire in Namibia* 11; Mwilima *Gender and Labour Market Liberalisation* 12. Die aansluit by ‘n vakbond is werkplek-georiënteerd. Weens die feit dat tydelike werknemers nooit lank genoeg aan ‘n spesifieke werkplek gebonde is nie, kan hulle nie aanspraak maak op die beskerming

Verskeie Namibiese outeurs het per geleentheid aangedui dat 'n kliënt bloot vir welke rede ook al 'n ander tydelike werknemer van die agentskap kon versoek om 'n bestaande tydelike werknemer te vervang. Aangesien geen kontrak of ooreenkoms tussen die kliënt en die tydelike werknemer ontstaan het nie, was daar in die omstandighede geen beëindiging van 'n regsverbintenis tussen hierdie partye nie en kon daar dus nie sprake van 'n ontslag deur die kliënt wees nie. Op hierdie wyse kon 'n kliënt moeiteloos van 'n ongewenste tydelike werknemer ontslae raak, sonder om enige regs aanspreeklikheid daarvoor op te loop.⁵⁴⁷ Die praktyk het dus 'n "hire and fire at will"-beleid gevolg. LaRRI⁵⁴⁸ stel dit soos volg:

Several client companies confirmed that they are free to request the replacement of a particular labour hire worker if they are dissatisfied with the person's performance. Disciplinary issues and labour disputes are referred to the labour broker who is then requested to send a replacement worker. The broker may try and find alternative employment at another client or at another outlet of the same client, but the employment contracts place no obligation on the broker to do so. As a result, labour hire workers are kept in a highly vulnerable position, practically without recourse to the provisions on fair labour practices. Many client companies simply expect the labour broker to solve their labour problems for them and deal with "problematic" workers.

Tydlike werknemers het ook geen inkomstesekuriteit gehad nie, aangesien hulle op 'n "no work no pay"-basis aangestel is. Gedurende die tye wat hulle dus nie by 'n kliënt geplaas is nie, sou hulle nie betaling ontvang nie.⁵⁴⁹ Die betaling was ook minimaal in vergelyking met dié van permanente werknemers, aangesien 'n persentasie van die salaris wat aan tydelike werknemers betaal is, deur die huurarbeid-agentskappe verhaal

van regte wat deur vakbonde gebied word nie. Hierdie aspek sal later meer aandag geniet.

547 Jauch <http://www.alrn.org> 4; LaRRI *Labour Hire in Namibia* 14,21,22; Jauch *Namibia Bans Labour Hire 2*; Mwilima *Gender and Labour Market Liberalisation* 10; LaRRI *Playing the Globalisation Game* 83. Die nuwe buigsamheid in die arbeidsmark het arbeid 'n kommoditeit gemaak wat van die hand gesit kon word sonder dat die partye betrokke enige aanspreeklikheid daarvoor opgeloo het. Die omstandighede rakende die dienskontrak en diensverhoudinge tussen die drie partye sal later in meer detail bespreek word.

548 LaRRI *Labour Hire in Namibia* 24.

549 Jauch *Confronting Outsourcing Head-on 2*; LaRRI *Labour Hire in Namibia* 24; Jauch *Namibia Bans Labour Hire 2*.

is.⁵⁵⁰ Hierdie deel het die fooi wat die kliënt aan die agentskap verskuldig is, gedek. Die gevolg was dat tydelike werknemers tussen N\$150 en N\$300 per maand verdien het (afhangende van die sektor waarin die werknemer die dienste verrig het).⁵⁵¹

Heery en Salmon⁵⁵² is van mening dat die ekonomiese risiko al meer deur middel van huurarbeid van die gesagsfiguur na die tydelike werknemer oorgeskuif is. Hierdie opvatting is waarskynlik korrek. Dit is duidelik dat die kliënte tot die driehoekige diensverhouding beperkte ekonomiese verantwoordelikhede teenoor die tydelike werknemers het. Hierteenoor dra die tydelike werknemers feitlik alle ekonomiese risiko in die sin dat hulle self verantwoordelik is vir kos, klere en behuising. Hulle loop ook die risiko om finansiële onderhoud te verloor wanneer hulle dienste beëindig word.

Wat meer is, weens die tydelike aard van hierdie werknemers se dienslewering, is die kanse op opleiding en vaardigheidsontwikkeling ook uiters skraal.⁵⁵³ Klerck verduidelik:⁵⁵⁴

Workers on non-standard contracts are unable to develop the skills and work experience necessary to allow them access to higher-quality jobs.

550 Die meeste tydelike werknemers verdien tussen N\$3 en N\$6 per uur, maar dit kan soms so min as N\$2 wees. Sommige tydelike werknemers wat in die mynbedryf werk, kan tot N\$40 per uur verdien, maar dit is die absolute uitsondering. Jauch *Confronting Outsourcing Head-on* 3. Genoemde gebrek aan behoorlike vergoeding het tot gevolg dat tydelike werknemers, wat meestal die broodwinners is, uiters min huis toe kan gaan. Al wat hulle kan doen, is om kontant vir hulle families te stuur en te gaan kuier wanneer hulle dit kan bekostig. Sien LaRRI *Playing the Globalisation Game* 86 en Jauch <http://www.alrn.org> 9.

551 LaRRI *Playing the Globalisation Game* 85. 'n Bepaalde kliënt het aangedui dat toevallige werknemers ("casual" werknemers) N\$6,20 per uur verdien het toe die werknemers direk in diens geneem is. Nadat hulle deur 'n agentskap in diens geneem is, is sodanige bedrag per uur gehalveer. (Die Namibiese Dollar staan N\$1 teenoor R1). In 'n praktiese voorbeeld het 'n ongelukkige tydelike werknemer aangemeld dat hy slegs N\$3 per uur verdien, aangesien die agentskap vyf en sewentig sent van sy uurlikse fooie terughou. Volgens hom kom dit die agentskap nie toe nie, aangesien dit nie die agentskap is wat die dienste verrig nie. Sien in hierdie verband Jauch *Namibia Bans Labour Hire* 2 en Klerck *Fractured Solidarities* 186.

552 Heery E en Salmon J "The Insecurity Thesis" in Heery E en Salmon J (reds) *The Insecure Workforce* (Londen Routledge 2000) soos aangehaal in Klerck 2009 *JCAS* 85.

553 Klerck 2005 *SARS* 272; Klerck *Fractured Solidarities* 298.

554 Klerck 2003 *SAJLR* 81.

Hence the labour market operates in such a way as to “trap” many of these workers at the bottom end of the occupational hierarchy where real wages are static or declining, career ladders are non-existent or truncated, and employment insecurity is a permanent feature of the job.

Africa Personnel Services, die grootste huurarbeid-agentskap in Namibië, is ‘n uitsondering wat wel vir opleiding aan hulle tydelike werknemers voorsiening maak. Genoemde opleiding maak egter slegs tien persent van *Africa Personnel Services* se dienste uit en is gevolglik bloot bykomend tot die agentskap se kernbesigheid.⁵⁵⁵

Die eerste pogings tot regulering van huurarbeid in Namibië het by wyse van die *Proposed Guidelines for Labour Hire Employment and Operating Standards* in 1999 geskied.⁵⁵⁶ Die algemene arbeidsreëls soos in die arbeidswetgewing vervat, is ingevolge dié instrument steeds op die werkgewers en werknemers van toepassing, maar baie vrae rakende huurarbeid *per se* het onbeantwoord gebly.⁵⁵⁷ Die gebrek aan statutêre beskerming het eensydige besluitneming deur “werkgewers” (kliënte) en onbillike bepalinge en voorwaardes in dienskontrakte moontlik gemaak.⁵⁵⁸

Die 1992-wet se opvolger, die *Namibiese Arbeidswet* van 2004,⁵⁵⁹ het gepoog om dié leemte te vul. Artikel 126 van die betrokke wet het vir huurarbeid voorsiening gemaak deur vir die eerste keer ‘n definisie daarvoor te voorsien. Die definisie het soos volg gelui:⁵⁶⁰

In this section, “employment hire services” means any person who, for reward, procures for or provides to a client, individuals who, - (a) render services to, or perform work for, the client; and (b) are remunerated either by the employment hire service, or the client.

555 *Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia* 2011 32 ILJ 205 (NmS) 221G-221H.

556 Klerck *Fractured Solidarities* 199; Klerck 2009 JCAS 95.

557 Jagger *Prohibition of Labour Hire* 12.

558 Klerck 2003 SAJLR 77.

559 Hierna die 2004-wet.

560 A 126 *Namibiese Arbeidswet* van 2004.

Die wet het verder in artikel 126(2)⁵⁶¹ bepaal dat die persoon wat deur die agentskap geplaas word, daardie agentskap se werknemer is en die agentskap sodanige werknemer se werkgever is. Ten spyte hiervan het die omstandighede steeds verwarring vir tydelike werknemers geskep aangesien hulle nie geweet het wie hulle ware werkgever is nie.⁵⁶² Aangesien 'n tydelike werknemer sy dienste aan die kliënt lewer, beskou die werknemer die kliënt as sy werkgever.

Artikel 126(5) van die 2004-wet⁵⁶³ het bepaal dat 'n tydelike werknemer steeds 'n werknemer is, ongeag die feit dat sy diens gereeld onderbreek word, dat hy vir tye sonder werk is en sy diensverrigting aan dié van 'n onafhanklike kontrakteur verwant is. Gevolglik kan die afleiding gemaak word dat hierdie bepaling slegs na die voortdurendheid van die tydelike werknemer se diens verwys het. Tydelike werknemers se werklike status het meegebring dat hulle nie dieselfde beskerming in die werkplek as ander werknemers geniet het nie en ook in werklikheid sekere standaardregte ontsê is.⁵⁶⁴ Voorbeelde van sodanige regte is kraamverlof, beskerming teen onbillike ontslag, betaalde siekteverlof, minimum kennistydperk en deelname aan pensioenfondse.⁵⁶⁵

Ten spyte van die bepalings rakende huurarbeid in die 2004-wet, het dit geen oplossings vir tydelike werknemers gebied nie. Die rede hiervoor is dat die 2004-wet nooit ten volle in werking getree het nie, aangesien die Namibiese werkgevers, vakbonde en parlamentslede nie konsensus oor die wet kon bereik nie.⁵⁶⁶ Die *Namibiese Arbeidswet van 2007*⁵⁶⁷ het daarna in werking getree wat die verbod op huurarbeid ingestel het.

561 A 126(2) *Namibiese Arbeidswet van 2004*.

562 Jauch *Confronting Outsourcing Head-on 2*; Jauch *Namibia Bans Labour Hire 1*.

563 A 126(5) *Namibiese Arbeidswet van 2004*.

564 Klerck *Fractured Solidarities* 157. Die wyse waarop die standaard-diensverhouding gedefinieer is, lei tot die gebrek aan beskerming van diegene wat nie binne die grense van daardie standaard-diensverhouding val nie. Derhalwe sal die werknemers wat nie in voltydse voortdurende diensverhoudinge is nie se regte beperk word.

565 Klerck *Fractured Solidarities* 157; Jauch *Confronting Outsourcing Head-on 2*.

566 Jagger *Prohibition of Labour Hire* 13.

567 Hierna die 2007-wet.

4.3.4.2 Tydelike werknemers se werknemerstatus

Die hele situasie rondom huurarbeid het dit moontlik gemaak dat tydelike werknemers statutêre beskerming en kollektiewe bedinging ontsê is – juis aangesien daar nie wetgewing was wat die situasie na behore kon reguleer nie. Soos in die meeste regstelsels is ook in Namibië die vraag herhaaldelik gestel of hierdie tydelike werknemers werklik oor werknemerstatus beskik. Dit word algemeen aanvaar dat 'n persoon wat as werknemer geklassifiseer kan word⁵⁶⁸ op 'n bepaalde stel regte geregtig is. Die teendeel is ook waar. Om as werknemer te klassifiseer, moet 'n persoon aan die definisie soos in wetgewing uiteengesit, voldoen.

Klerck het geargumenteer dat die eng omvang van die definisie van werknemers die oorsaak was dat werkgewers tydelike werknemers bepaalde regte kon ontsê.⁵⁶⁹ Die definisie van 'n werknemer ingevolge die 2007-wet sien soos volg daaruit:

“employee” means an individual, other than an independent contractor, who (a) works for another person and who receives, or is entitled to receive, remuneration for that work; or (b) in any manner assists in carrying on or conducting the business of an employer.

Op die oog af lyk dit of 'n tydelike werknemer wel binne bogenoemde definisie val. 'n Tydelike werknemer is inderdaad 'n individu wat sy dienste aan 'n ander beskikbaar stel, wat vergoeding daarvoor ontvang en wat iemand help om sy besigheid te bevorder. Die feit dat dit die kliënt is wie se besigheid bevorder word, maar die agentskap as werkgewer beskou word, blyk op die oog af 'n anomalie te wees. Aangesien die duur van die tydelike werknemer se dienslewering bepaal word deur die afhandeling van 'n spesifieke projek of die verstryking van 'n bepaalde periode wil dit voorkom

568 'n Persoon word as werknemer beskou wanneer hy sy dienste aan 'n ander persoon beskikbaar stel en laasgenoemde die werknemer vir sodanige dienste vergoed. Dit sluit onafhanklike kontrakteurs pertinent uit.

569 Klerck 2003 *SALJR* 85,86.

asof sy situasie ooreenstem met dié van 'n onafhanklike kontrakteur.⁵⁷⁰ Dit beteken dat die tydelike werknemer van wetgewing uitgesluit sou wees.

Klerck is egter van mening dat die duur van die dienslewering nie 'n deurslaggewende faktor behoort te wees nie. Volgens hom moet die duur van die kontrak nie bepaal of die tipe kontrak 'n kontrak van diens of 'n kontrak vir werk is nie. Wat wel die deurslag behoort te gee, is die antwoord op die vraag of die werknemer in 'n afhanklike posisie teenoor die werkgewer staan. Die vraag val dus terug op die aard van die diensverhouding.⁵⁷¹ Sou 'n tydelike werknemer derhalwe onder die beheer en bestuur van sy werkgewer wees, besit hy werknemerstatus. Dieselfde geld vir wanneer die tydelike werknemer afhanklik van die werkgewer is vir die toerusting om sy werk te verrig en 'n salaris om mee te oorleef.

Tydlike werknemers is soos ander werknemers in 'n afhanklike posisie teenoor die werkgewer,⁵⁷² aangesien hulle afhanklik is van daardie werkgewer se vergoeding. Volgens Jauch en Mwilima⁵⁷³ is hulle ook afhanklik van die werkgewer om hulle van toerusting en beskermende klerasie te voorsien. Die kliënt het volle beheer oor die verrigting van tydelike werknemers se verpligtinge en staan in hierdie opsig in 'n beherende posisie. Verder werk die tydelike werknemer volgens die ure wat die kliënt hom voorsê om te werk en moet hy self daardie dienste lewer.

570 Sien 'n volledige verduideliking van die onderskeid tussen 'n werknemer en 'n onafhanklike kontrakteur in hoofstuk 6. Soos in paragraaf 4.2 hierbo verduidelik, geld sodanige onderskeid soos in die Suid-Afrikaanse reg ook in die Namibiese reg vanweë sy oorsprong.

571 Klerck 2003 *SALJR* 87. Hierdie stem ooreen met die posisie in die Engelse reg.

572 "Werkgewer" in die konteks van huurarbeid verwys na die agentskap. Let wel, dit moet verstaan word dat die tydelike werknemers meer afhanklik van die kliënt is. Laasgenoemde persoon beklee 'n posisie wat meer kenmerke van 'n werkgewer besit. Hoe dit ookal sy, die klem rus op die feit dat die tydelike werknemer afhanklik is.

573 LaRRI *Labour Hire in Namibia* 14,21; Jauch <http://www.alrn.org> 3,4; Mwilima *Gender and Labour Market Liberalisation* 10; LaRRI *Playing the Globalisation Game* 83.

Dit is dus uit hoofde van Klerck se aanbeveling veilig om te aanvaar dat 'n tydelike werknemer nie as 'n onafhanklike kontrakteur in Namibië beskou word nie, maar inderdaad werknemers in die ware sin van die woord is. Voortspruitend uit hulle werknemerstatus is tydelike werknemers teoreties gesproke op alle regte geassosieer met werknemerstatus geregtig.⁵⁷⁴ Gemelde aspekte is egter in besonderhede in die nuwe wetgewing aangespreek.

4.3.4.3 *Atipiese diensverhouding en die implikasies daarvan op werkgewerstatus*

In die lig van die feit dat hier 'n driehoekige diensverhouding bestaan, was die verdeling van regte en verpligtinge in die Namibiese arbeidsreg gekompliseerd, aangesien hier drie partye betrokke is wat in oorweging geneem moes word.⁵⁷⁵ Soos reeds gemeld, word die standaarddienskontrak in die geval van huurarbeid deur 'n kommersiële kontrak tussen die kliënt en die agentskap en 'n dienskontrak tussen die agentskap en die tydelike werknemer vervang. Dit het tot gevolg gehad dat daar skeiding tussen die kontraktuele verhouding en beheerverhouding plaasgevind het.⁵⁷⁶

Die definisie van 'n werkgewer soos dit in die 2007-wet uiteengesit is, lui soos volg:⁵⁷⁷

“employer” means any person, including the State who (a) employs or provides work for an individual and who remunerates or expressly or

574 Sekere regte gebonde aan langtermynposte, byvoorbeeld jaarlikse verlof, sal moeilik aan tydelike werknemers toegeken kan word. Dit beteken egter nie dat hulle nie op hierdie regte geregtig is nie. Tydelike werknemers wat dieselfde pos vir twee jaar beklee, sal wel hierop kan aanspraak maak.

575 In *Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia* het die hof aangedui dat huurarbeid die standaarddienskontrak in twee kontrakte opdeel wat voorsiening moet maak vir die verhouding tussen die kliënt en die agentskap en die agentskap en die tydelike werknemer.

576 Die kontraktuele verhouding behels die regte en verpligtinge waarvoor partye tot 'n dienskontrak beskik. Die beheerverhouding behels die beheer en kontrole wat 'n werkgewer teenoor 'n werknemer het voortspruitend uit die aard van sy posisie in die verhouding.

577 *Namibiese Arbeidswet* van 2007.

tacitly undertakes to remunerate that individual; or (b) permits an individual to assist that person in any manner in the carrying or, conducting that person's business.

Die probleem het ingetree toe die agentskap deur wetgewing⁵⁷⁸ as die werkgewer aangedui was, omdat dit die tydelike werknemer se dienste aan die kliënt beskikbaar stel en die tydelike werknemer se vergoeding betaal, maar dit die kliënt was wat beheer en kontrole oor die tydelike werknemer se dienslewering uitgeoefen het.⁵⁷⁹ Laasgenoemde is 'n eienskap wat tradisioneel by 'n werkgewer aangetref behoort te word.

Klerck dui aan dat tydelike werknemers van beide gesagsfigure afhanglik is, deurdat hulle vergoeding van die agentskap af moet ontvang, maar van die kliënt vir werk afhanglik is.⁵⁸⁰ Aangesien die regte en verpligtinge waarvoor 'n werkgewer normaalweg beskik nie by huurarbeid slegs op een persoon berus nie, maar tussen twee partye verdeel word, is dit te verstane dat tydelike werknemers onsekerheid sal ondervind oor die vraag wie hulle ware werkgewer is. Bydraend tot hierdie onsekerheid is die feit dat die agentskap, as werkgewer, geen dienste vanaf die tydelike werknemer ter bevordering van eersgenoemde se besigheid ontvang nie. Dit het ook geen beheer oor die tydelike werknemer se dienslewering nie.⁵⁸¹

Soos tans in die Suid-Afrikaanse reg die geval is, maak die Namibiese howe ook van die vier standaardtoetse gebruik om vas te stel of 'n diensverhouding binne 'n spesifieke situasie pas en vervolgens wie die werkgewer in daardie verhouding is. Die toetse hier genoem verwys na die beheertoets, organisasietoets, dominante indruktoets en die ekonomiese toets. Aangesien die toetse breedvoerig in die volgende hoofstuk gedek sal word, gaan daar nie hier in diepte daarna verwys word nie. Sou die toepaslike toetse egter streng aangewend word, blyk die antwoord strydig

578 A 126(2) *Namibiese Arbeidswet* van 2004. Alhoewel hierdie wetgewing nie in werking getree het nie, het die benoeming van die agentskap as werkgewer wel 'n blywende indruk gemaak.

579 Klerck 2005 *SARS* 270; Klerck *Fractured Solidarities* 183; LaRRI *Labour Hire in Namibia* 8; Klerck 2009 *JCAS* 93.

580 Klerck *Fractured Solidarities* 186.

581 Klerck *Fractured Solidarities* 186.

te wees met die bepaling dat die agentskap die werkgever is.⁵⁸² Namibiese outeurs het daarop gewys dat die kliënt die enigste party is wat beheer oor die tydelike werknemer kon uitoefen.⁵⁸³ Bygevolg het dit nie sin gemaak om die agentskap as die werkgever te ag nie.⁵⁸⁴ 'n Verdere gevolgtrekking wat hulle gemaak het, is dat die dominante indruktoets sowel as die ekonomiese toets daarop dui dat die kliënt ook eerder die werkgever behoort te gewees het.⁵⁸⁵ Hierdie is 'n aspek wat later in die nuwe Namibiese wetgewing gewysig is en sal later in besonderhede bespreek word.

Vanweë die kort tydperke wat tydelike werknemers dikwels by 'n bepaalde werkplek dienste verrig, kan hulle nie effektief aan vakbondbedrywighede deelneem nie. Hierdie toedrag van sake en meer spesifiek die aspek van kollektiewe bedinging in die Namibiese reg, geniet vervolgens aandag.

4.3.4.4 Vakbonde en huurarbeid

Hierbo is genoem dat die aard van tydelike werknemers se werk dit vir hulle uiters moeilik maak om by 'n vakbond aan te sluit. Vakbonde is werkplek-georiënteerd deurdat hulle lede by die onderskeie werkplekke werf.⁵⁸⁶ Aangesien tydelike werknemers gewoonlik nie lank genoeg by 'n spesifieke werkplek werk nie, kon hulle nie by 'n vakbond aansluit en daardeur beskerm word nie.⁵⁸⁷ Gevolglik konsentreer vakbonde slegs op die werwing van permanente werknemers.⁵⁸⁸

582 Sien die volledige toepassing van die toetse in paragraaf 5.3.1.1 hieronder. Aangesien die Namibiese reg grootliks op die Suid-Afrikaanse reg geskoei is, sal die toepassing van die toetse in die Suid-Afrikaanse reg ook op die bespreking van die Namibiese reg toepaslik wees.

583 Klerck 2005 *SARS* 270; Klerck *Fractured Solidarities* 183; LaRRI *Labour Hire in Namibia* 8; Klerck 2009 *JCAS* 93.

584 Sien paragrawe 5.3.1.3 en 5.3.2 met betrekking tot die argumente in die Suid-Afrikaanse reg.

585 Klerck 2005 *SARS* 270; Klerck *Fractured Solidarities* 183; LaRRI *Labour Hire in Namibia* 8; Klerck 2009 *JCAS* 93.

586 Klerck 2002 *African Sociological Review* 17.

587 Jauch *Confronting Outsourcing Head-on* 3; Jauch <http://www.alrn.org> 11; Jauch *Namibia Bans Labour Hire* 3.

588 Klerck 2008 *Employee Relations* 369; Jauch *Namibia Bans Labour Hire* 3.

Soos blyk wêreldwyd die gevoel te wees, is Namibiese vakbonde ook negatief ingestel teenoor huurarbeid. Volgens hulle weerspieël die gebruik van huurarbeid werkgewers se gierigheid, belemmer dit die beskerming van alle werknemers en verminder dit die aantal permanente personeel. Vakbonde beskou huurarbeid ook as 'n metode waarmee werkgewers die doel van kollektiewe bedinging ondermyn en ontsnap.⁵⁸⁹ Hulle voel ook dat dit gebrekkige beskerming van tydelike werknemers tot gevolg het omdat laasgenoemde se regte nie na behore beskerm kan word nie. Tydelike werknemers is weliswaar afhanklik van die hernuwing van hulle kontrakte.⁵⁹⁰

Nietemin was vakbonde huiwerig om tydelike werknemers as lede te neem, aangesien dit sou beteken dat hulle die huurarbeid-agentskappe as die tydelike werknemers se werkgewer moes erken. Daarom het hulle eerder vereis dat huurarbeid gestaak moes word, veral in die lig daarvan dat dit te naby verwant aan die destydse stelsel van kontrakarbeid is.⁵⁹¹ Hulle het eerder gekonsentreer op die beskerming van hulle ware lede as om die tydelike werknemers se belange op die hart te dra. Vakbonde het oënskynlik gesukkel om 'n balans tussen hulle plig om werknemers se belange te bevorder en hulle weersin in huurarbeid te handhaaf.⁵⁹²

Desnieteenstaande het die *National Union of Namibian Workers* (hierna NUNW) in 1998 'n protesoptog gehou in 'n poging om die regering te dwing om huurarbeid te verbied. 'n Petisie is deur NUNW opgestel waarin aangedui was dat die getalle van permanente werknemers afgeneem het. Dit is teweeggebring deur die aflegging van permanente werknemers, net om weer deur middel van 'n huurarbeid-agentskap in diens geneem te

589 Klerck 2002 *African Sociological Review* 10; Klerck 2008 *Employee Relations* 369.

590 Jauch <http://www.alrn.org> 10.

591 Jauch *Namibia Bans Labour Hire* 3; Jauch *Confronting Outsourcing Head-on* 3; LaRRI *Labour Hire in Namibia* 8, 66. Die feit dat vakbonde nie wil erken dat tydelike werknemers en agentskappe in 'n diensverhouding is nie, kan as rede hiervoor aangewend word. Dit is moontlik dat vakbonde vrees dat, sou hulle 'n diensverhouding tussen genoemde partye erken het, dit sou lyk of hulle die aard van tydelike werknemers se werk en hulle misbruik goedkeur.

592 Klerck 2002 *African Sociological Review* 9.

word. Die protesoptog was onsuksesvol. 'n Soortgelyke protes in 2003 het dieselfde onbevredigende resultate gelewer.⁵⁹³ Intussen het huurarbeid van krag tot krag gegaan.

Volgens Klerck was die Namibiese regering so besig om die ekonomiese krisis in Namibië by wyse van 'n "investor-friendly climate" te probeer oplos, dat daar nie behoorlik aan die regulering van sodanige klimaat aandag geskenk is nie.⁵⁹⁴ Klerck verduidelik:⁵⁹⁵

An inevitable consequence of this emphasis on attracting foreign investment is a redistribution of the costs of economic uncertainty and instability to the detriment of weaker sectors in the labour market. The resulting reproduction of a second-class workforce not only undermines the foundations of collective industrial relations and attenuates the legitimacy of labour law, it also imposes a number of constraints on the union's ability to defend the interests of non-standard workers.

Bogenoemde beperkings waarmee vakbonde geworstel het, sluit onder andere die onvermoë om 'n spesifieke werknemer se werksomstandighede te inspekteer, in. Verder, weens die driehoekige diensverhouding, het vakbonde dit moeilik gevind om vas te stel wie van die gesagsfigure vir die gesondheid en veiligheid van die tydelike werknemers aanspreeklik gehou behoort te word.⁵⁹⁶

Vakbonde is nie verleë oor die ledegelde van tydelike werknemers nie, aangesien hulle kernbesigheid op die belange van permanente personeel fokus. Derhalwe was dit nie vir hulle 'n saak van erns om wel tydelike werknemers te werf nie. Hulle het ook gevoel dat tydelike werknemers 'n bedreiging vir permanente personeel se werksekuriteit inhou, wat hulle weersin in huurarbeid verder aangevuur het. Die resultaat van bogenoemde het gelei tot die minimum pogings van vakbonde om wel tydelike werknemers te werf.⁵⁹⁷

593 LaRRI *Labour Hire in Namibia* 66.

594 Klerck 2002 *African Sociological Review* 8.

595 Klerck 2002 *African Sociological Review* 8.

596 Klerck 2002 *African Sociological Review* 8.

597 Klerck 2002 *African Sociological Review* 10.

Uit bogenoemde blyk dit dat vakbonde se weersin in huurarbeid voortgespruit het uit hulle renons in die werkgewers en dié se misbruik van tydelike werknemers. Indien behoorlike wetgewing neergelê word wat sodanige misbruik negatíveer, sou vakbonde geen verdere argumente kon aanvoer waarom hulle nie tydelike werknemers kan verteenwoordig nie. Laasgenoemde was die resultaat van die promulgasie van nuwe arbeidswetgewing in die Namibiese reg, welke wysigings die vakbonde se goedkeuring weggedra het.

Lank voordat die voorstelle vir dié gemelde wetgewing ter tafel gelê is, is verkies om huurarbeid eerder teen te staan en in 2007 is aan die vele besware gehoor gegee by wyse van die plasing van 'n uitdruklike verbod op die gebruik van huurarbeid in die 2007-wet. Vervolgens 'n bespreking van sodanige verbod.

4.4 Huurarbeid: Die 2007-verbod en sy grondwetlikheid

Die negatíewe gesindheid teenoor huurarbeid spruit hoofsaaklik uit die misbruik wat by sodanige huurarbeid gefigureer het. Aangesien dit in 'n groot mate ooreenstem met die destydse stelsel van kontrakarbeid wat deur die swak behandeling van die tydelike werknemers gekarakteriseer was, het dit opstandigheid onder vakbonde en tydelike werknemers in die hand gewerk.⁵⁹⁸ Die negatíewe publisiteit waartoe huurarbeid aanleiding gegee het, het 'n punt bereik waar die regering 'n besluit moes neem. Bygevolg is die probleme van huurarbeid genegatíveer deur in artikel 128 van die 2007-wet⁵⁹⁹ 'n uitdruklike verbod op die gebruik van huurarbeid te plaas.⁶⁰⁰ Dié bepaling het soos volg gelui:

No person may, for reward, employ any person with a view to making that person available to a third party to perform work for the third party.

598 Nghiishililwa 2009 *Namibia Law Journal* 92; Jauch *Labour Hire in Namibia* 10; Jagger *Prohibition of Labour Hire* 16.

599 A 128 *Namibiese Arbeidswet* van 2007.

600 Jauch *Confronting Outsourcing Head-on* 1; Palmer 2009 www.polity.org.za 3; Jauch *Namibia Bans Labour Hire* 1.

Ingevolge genoemde artikel was dit as 'n oortreding beskou om werknemers deur 'n agentskap in diens te neem.⁶⁰¹ 'n Maksimum boete van N\$80 000 of 'n maksimum van vyf jaar tronkstraf kon as sanksie opgelê word. In bepaalde omstandighede kon selfs beide strawwe gelyk opgelê word.⁶⁰²

Volgens Jagger⁶⁰³ is artikel 95 van die *Eerste Wysigingswet van die Namibiese Grondwet, 1998*⁶⁰⁴ as een van die belangrikste redes vir die verbod op huurarbeid aangevoer. Ingevolge gemelde artikel word billike arbeidspraktyke vir alle persone verseker. Daarmee saam het die regering onderneem om na die welsyn van alle persone om te sien deur beleide rakende kollektiewe bedinging en die beskerming van werknemers se regte te bevorder. Huurarbeid het grootliks op artikel 95 inbreuk gemaak, wat die verbod gedeeltelik regverdig het.

Hierteenoor het Nghiishililwa⁶⁰⁵ geargumenteer dat die verbod ingevolge artikel 128 onrealisties en onredelik is, aangesien dit nie die ontwikkeling in die arbeidsmark erken nie, maar dit eerder ignoreer. Indien die verbod op huurarbeid sou voortbestaan, kon die gevolge vir die Namibiese arbeidsmark vernietigend wees.⁶⁰⁶ Met die bestaan van huurarbeid was dit vir werknemers makliker om werk te vind, indien hulle by 'n huurarbeid-agentskap ingeskakel het. Met dié dat huurarbeid verbied is, het die werkloosheidsyfers weer gestyg. Daar word ook feitlik geen opleiding vir sodanige tydelike werknemers beskikbaar gestel nie. Dit is gevolglik veilig om die afleiding te maak dat hulle kanse op indiensstelling na die verbod verskraal het.⁶⁰⁷ Buigzaamheid in die arbeidsmark sou ook daaronder ly,

601 Palmer 2009 www.polity.org.za 1. Die verbod op huurarbeid word deur Namibiese vakbonde ondersteun, onder andere COSATU en FEDUSA (Jauch *Confronting Outsourcing Head-on* 1; Jauch *Namibia Bans Labour Hire* 1; Jagger *Prohibition of Labour Hire* 15).

602 A 128(3) *Namibiese Arbeidswet* van 2007.

603 Jagger *Prohibition of Labour Hire* 21.

604 Hierna *Namibiese Grondwet*.

605 Nghiishililwa 2009 *Namibia Law Journal* 91.

606 Nghiishililwa 2009 *Namibia Law Journal* 94.

607 Werkgewers sal waarskynlik hulle personeel verminder en verskeie aktiwiteite binne hulle besigheid stop as hulle nie meer van tydelike

aangesien werkgewers nie meer hulle personeelgetalle na gelang van die fluktuerende produksievlakke kon aanpas nie.⁶⁰⁸

Africa Personnel Services (hierna APS) het in opstand gekom nadat huurarbeid ingevolge die 2007-wet verbied is en het gevolglik 'n saak teen die Namibiese regering gemaak. In *Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia*⁶⁰⁹ het APS geargumenteer dat die verbod op huurarbeid inbreuk maak op 'n persoon se reg op vryheid om die bedryf van enige professie, beroep of besigheid van sy keuse (met dien verstande dat die besigheid nie onwettig of teen die openbare beleid is nie) te beoefen.⁶¹⁰ Sodanige reg word ingevolge artikel 21(1)(j) van die *Namibiese Grondwet*⁶¹¹ beskerm.

Die hof *a quo* het 'n aantal redes aangevoer waarom huurarbeid in Namibië verbied moet word. Dit het aangedui dat die drie partye tot die driehoekige diensverhouding strydig met die algemene reëls van arbeidsreg is, waar tradisioneel slegs twee partye by 'n diensverhouding betrokke is. Aldus die hof het huurarbeid gevolglik geen plek in die Namibiese gemenereg nie. Die hof het ook beslis dat die reg ingevolge artikel 21(1)(j) van die *Namibiese Grondwet*⁶¹² nie op huurarbeid-agentskappe van toepassing is nie.⁶¹³ Die hof *a quo* het vervolgens beslis dat die verbod op huurarbeid ten volle grondwetlik is.

APS het teen die beslissing van die hof *a quo* geappelleer en het hulle oorspronklike argument met betrekking tot die grondwetlikheid van die verbod gehandhaaf. Die respondente se regsverteenvoerder,

werknemers gebruik kan maak nie. Dit opsigself sal ook bydra tot groter werkloosheidsyfers (Jagger *Prohibition of Labour Hire* 18).

608 Jagger *Prohibition of Labour Hire* 21.

609 *Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia* 2011 32 ILJ 205 (NmS) 223A-223C.

610 Palmer 2009 www.polity.org.za 3; Jauch *Namibia Bans Labour Hire* 1; Jauch *Confronting Outsourcing Head-on* 1.

611 A 21(1)(j) *Eerste Wysigingswet van die Namibiese Grondwet*, 1998.

612 A 21(1)(j) *Eerste Wysigingswet van die Namibiese Grondwet*, 1998.

613 *Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia* 2011 32 ILJ 205 (NmS) 223G-224C; Palmer 2009 www.polity.org.za 3.

Chaskalson, het daarteenoor beweer dat APS nie op die reg ingevolge artikel 21(1)(j) van die *Namibiese Grondwet* om vrylik 'n beroep van hulle keuse te beoefen, kan aanspraak maak nie. Hy het geargumenteer dat die genoemde reg uit die reg op menswaardigheid voortspruit, welke reg slegs in 'n natuurlike persoon kan vestig. Die Appèlhof het die teendeel beslis. In genoemde artikel word na "all persons" verwys. Die hof was van mening dat daar geen rede bestaan waarom "all persons" nie ook regspersone kan insluit nie.⁶¹⁴ Die respondente se argument is verwerp.

Chaskalson het verder geargumenteer dat die verbod op huurarbeid geen invloed op die reg ingevolge artikel 21(1)(j) het nie. Volgens hom was genoemde artikel slegs van toepassing op wettige besighede. In die lig daarvan dat huurarbeid ingevolge artikel 128 van die 2007-wet⁶¹⁵ as 'n strafbare, onwettige aktiwiteit geklassifiseer was, sou artikel 21(1)(j) nie daarop van toepassing wees nie.⁶¹⁶ Die Appèlhof het die benadering van die hof *a quo* gekritiseer deur aan te dui dat hulle nie gevra het of die beperking van die reg in artikel 21(1)(j) binne die omvang van artikel 21(2)⁶¹⁷ van dieselfde wet val nie.⁶¹⁸ Laasgenoemde artikel bepaal soos volg:⁶¹⁹

The fundamental freedoms referred to in sub-article (1) hereof shall be exercised subject to the law of Namibia, in so far as such law imposes reasonable restrictions on the exercise of the rights and freedoms conferred by the said sub-article, which are necessary in a democratic society and are required in the interests of the sovereignty and integrity of Namibia, national security, public order, decency and morality, or in relation to contempt of court, defamation or incitement to an offence.

Sou die beperking nie binne die omvang van laasgenoemde artikel val nie, sou die beperking ongrondwetlik wees en sal die ekonomiese aktiwiteit

614 *Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia* 2011 32 ILJ 205 (NmS) 230G-231I,235.

615 A 128 *Namibiese Arbeidswet* van 2007.

616 *Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia* 2011 32 ILJ 205 (NmS) 237H-238B.

617 Sien paragraaf 4.4.

618 *Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia* 2011 32 ILJ 205 (NmS) 241B-241F.

619 A 21(2) *Eerste Wysigingswet van die Namibiese Grondwet*, 1998.

steeds deur artikel 21(1)(j) beskerm kon word.⁶²⁰ Die hof *a quo* het slegs gefokus op die feit dat huurarbeid 'n onwettige aktiwiteit is.

Die Appèlhof het verder aangedui dat daar nie summier tot die gevolgtrekking gekom kan word dat artikel 21 van die *Namibiese Grondwet* nie van toepassing is op 'n besigheid wat statutêr verbied word nie. Daar kon slegs tot hierdie gevolgtrekking gekom word indien die statutêre verbod ook binne die omvang van artikel 21(2) gepas het. Daar moet gevolglik eers vasgestel word of 'n bepaalde verbod inbreuk maak op 'n reg soos in artikel 21(1) verskans. Indien die antwoord ja is, moet vasgestel word of die verbod ondubbelsinnig binne die omvang van artikel 21(2) pas. Indien nie, sal die beperking van die reg ongrondwetlik wees en sal artikel 21 steeds op daardie besigheid van toepassing wees. Die Appèlhof het bepaal dat die verbod op huurarbeid nie binne die omvang van artikel 21(2) pas nie en dat APS dus steeds op die reg ingevolge artikel 21(1)(j) kan aanspraak maak.⁶²¹

In reaksie op die respondente se bewering dat huurarbeid vakbonde se effektiwiteit belemmer, het die Appèlhof die volgende gesê:⁶²²

Challenging as it may be for labour unions to access and organise them, it does not diminish the freedom of workers in those “difficult” sectors to form and join trade unions entrenched in Article 21(1)(e) of the Constitution and it cannot be said that the organisational difficulties caused by employment in those sectors are “inimical” to the State’s “duty” under Article 95 (c) to actively encourage the *formation* of independent trade unions – and, needless to note, it is hardly a reason to ban domestic or farm labour altogether.

Bogenoemde stelling kom daarop neer dat die moeite wat vakbonde ervaar nie gronde vir die verbod op huurarbeid is nie. Dit is ook nie skadelik vir die arbeidsreg in geheel nie, daarom word die respondent se argument verwerp.

620 *Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia* 2011 32 ILJ 205 (NmS) 241D-241E.

621 *Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia* 2011 32 ILJ 205 (NmS) 241F-245A.

622 *Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia* 2011 32 ILJ 205 (NmS) 269.

Die laaste argument was dat artikel 128 van die 2007-wet⁶²³ op artikel 21(1)(j) inbreuk maak. Die Appèlhof het aangedui dat, indien die verbod afgedwing word, APS sy besigheid moes stop omdat dit binne die definisie van 'n huurarbeid-agentskap val, gevolglik sou artikel 128 weliswaar op die appellant se reg om 'n professie of besigheid van sy keuse te bedryf, inbreuk maak.⁶²⁴ Die vraag moet vervolgens gevra word of die inbreukmaking grondwetlik geregverdig kan word. Volgens die Appèlhof moet die persoon wat op die beperking van 'n reg staatmaak, bewys dat sodanige beperking binne die omvang van artikel 21(2) van die *Namibiese Grondwet* val.⁶²⁵ Daar moet aan al drie die kriteria binne artikel 21(2) voldoen word voordat 'n beperking as grondwetlik beskou sal word.⁶²⁶ Die Appèlhof maak die volgende stelling:⁶²⁷

The three criteria, whether applied jointly or severally in determining the constitutionality of a limiting measure, are interrelated by the overarching requirements of “proportionality” and “rationality”. They are implicit in the words “reasonable”, “necessary” and “required”. Every restrictive measure must be rationally related and proportionate to the constitutionally permissible objective it seeks to attain.

Dientengevolge word vereis dat, indien 'n grondwetlike reg beperk word om 'n rede wat redelik en noodsaaklik is, dit op die basis van proporsionaliteit moet geskied. Daar moet dus 'n belange-opweging gedoen word om te verseker dat die beperking geregverdig is. Die Appèlhof stel voor dat vasgestel moet word of daar nie eerder 'n minder drastiese metode gebruik kon word as om die reg te beperk nie.⁶²⁸ Die rede vir die beperking moet

623 A 128 *Namibiese Arbeidswet* van 2007.

624 *Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia* 2011 32 ILJ 205 (NmS) 245D-245F.

625 *Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia* 2011 32 ILJ 205 (NmS) 246H-247A.

626 *Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia* 2011 32 ILJ 205 (NmS) 247.

627 *Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia* 2011 32 ILJ 205 (NmS) 247E-247F.

628 *Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia* 2011 32 ILJ 205 (NmS) 248-252. Daar word gekyk na die aard van die reg wat beperk word, die belang daarvan in 'n oop en demokratiese samelewing, die rede vir die beperking en die doel daarvan in genoemde samelewing.

egter goed genoeg wees om die beperking van 'n grondwetlike reg te regverdig.

Die Appèlhof het aangevoer dat die 2007-wet die uiteindelijke doel het om na die welsyn van die Namibiese burgers om te sien en om, onder andere, vir billike arbeidspraktyke te sorg. Die hof is van mening dat die oogmerke in die voorwoord van die 2007-wet genoem, sinoniem is met die doelwitte van die *Namibiese Grondwet* wat op fatsoenlikheid en moraliteit gebaseer is.⁶²⁹ Die Appèlhof dui aan dat die vraag wat gevra moet word, is of die verbod na dese noodsaaklik vir fatsoenlikheid en moraliteit in 'n demokratiese samelewing is. Laasgenoemde aspek maak die kern van die appellant se argument uit, naamlik dat die verbod op huurarbeid 'n oordrewe stap is. Dit is so aangesien artikel 128 van die 2007-wet⁶³⁰ nie net huurarbeid *per se* verbied nie, maar 'n wye reeks ander atipiese diensverhoudinge.⁶³¹ Die hof dui aan dat deur die artikel se toepassing meer eng te maak, APS steeds nie daarby sou baat nie. Die rede hiervoor is dat die bewoording van die artikel slegs verander sou word om spesifiek huurarbeid te verbied. APS se kernbesigheid sou dus steeds verbied word.⁶³²

In die lig daarvan dat die verbod so wyd geformuleer is dat dit onredelikerwys alle atipiese diensverhoudinge verbied, het die Appèlhof tot die gevolgtrekking gekom dat die verbod geen geldige doelwit dien nie en dat dit nie noodsaaklik is vir fatsoenlikheid en moraliteit in 'n demokratiese samelewing nie. Die hof het ook beslis dat artikel 21(2) van die *Namibiese Grondwet* redelikheid vereis, welke element aansluit by proporsionaliteit. Artikel 21(2) vereis nie slegs dat die beperking regverdigbaar in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op vryheid en gelykheid moet wees nie. Dit vra dat die beperking redelik en noodsaaklik moet wees en vereis

629 *Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia* 2011 32 ILJ 205 (NmS) 249D-250A.

630 A 128 *Namibiese Arbeidswet* van 2007.

631 *Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia* 2011 32 ILJ 205 (NmS) 255G-256B.

632 *Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia* 2011 32 ILJ 205 (NmS) 257H-260G.

moet word om die oogmerke van die Namibiese arbeidsmark te bevorder. Daar moet aan al drie kriteria voldoen word om vas te stel of 'n beperking grondwetlik is. Proporsionaliteit is gevolglik 'n onlosmaaklike element van die finale toets.⁶³³

Die Appèlhof beslis ten einde laaste in Desember 2009 dat die verbod op huurarbeid so wyd geformuleer is, dat dit nie 'n redelike beperking op artikel 21(1)(j) van die *Namibiese Grondwet* daarstel nie. Dit is ook nie proporsioneel nie, aangesien regulering 'n beter opsie is. Dit is so aangesien huurarbeid groot voordele vir werknemers, werkgewers en die ekonomie kan inhou as dit behoorlik gereguleer word. Uit bogenoemde bespreking is dit ook duidelik dat dit nie noodsaaklik vir die arbeidsreg in Namibië is om huurarbeid te verbied nie. Dit oorskry die grense van toelaatbare beperkings soos in artkel 21(2) van dieselfde wet aangedui. Dientengevolge word die verbod as ongrondwetlik geklassifiseer, aangesien dit onredelik, onnodig en oneweredig inbreuk maak op die reg om 'n professie, beroep of besigheid van 'n persoon se keuse te bedryf.

4.5 Die vervanging van artikel 128 van die 2007-wet

Kort na die beslissing deur die Appèlhof gelewer is, is reeds pogings aangewend om huurarbeid in die Namibiese reg te reguleer.⁶³⁴ Die enigste voorgestelde regulasies wat wye goedkeuring ontvang het, is in November 2011 tydens die Nasionale Vergadering voorgelê. Ingevolge hierdie regulasies is gepoog om huurarbeid in die algemeen te reguleer en om in die besonder vir tydelike werknemers beter regte te voorsien. Dit is voorgestel dat tydelike werknemers soortgelyke behandeling as permanente werknemers van die kliënt moet ontvang en dat laasgenoemde die normale werkgewerverpligtinge aan die tydelike werknemers verskuldig is. Dit is ook verder aanbeveel dat tydelike werknemers as volwaardige werknemers van daardie kliënt beskou behoort

633 *Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of Namibia* 2011 32 ILJ 205 (NmS) 275-276.

634 Van Eck 2010 *PER* 117,118.

te word en derhalwe tesame met die permanente personeel van die kliënt kollektief kan beding om beter regte.⁶³⁵

Die Minister van Arbeid se uiteindelijke doel met bogenoemde was om te verseker dat die kliënt die standaard-verantwoordelikhede van 'n vergelykbare werkgewer teenoor die tydelike werknemers opdoen. Gevolglik behoort dit enige onbillike behandeling en gebrekkige regte van tydelike werknemers te bekamp. Met hierdie oogmerk in gedagte het vakbonde in Namibië hulle goedkeuring uitgespreek en aangedui dat die promulgasie van sulke bepalings hulle kommer oor onbillike arbeidspraktyke teenoor tydelike werknemers sal opklaar.⁶³⁶

Vervolgens het die *Namibiese Arbeidswysigingswet 2 van 2012*⁶³⁷ op 1 Augustus 2012 met wydverspreide goedkeuring in werking getree. Hierdie wet, tesame met Deel IV van die *Employment Service Act 8 van 2011*, wat 1 September 2012 in werking getree het, het groot omwentelinge teweeggebring. Artikel 128 van die 2007-wet, wat eens huurarbeid verbied het, is totaal deur 'n nuwe, omvattende artikel 128 in die Wysigingswet vervang. Die uiteindelijke doel van die wetgewing is om te verseker dat tydelike werknemers die volle omvang van die regte soos in die 2007-wet verskans, ontvang.

Een van die belangrikste bepalings wat in die nuwe wetgewing vervat word, stel pertinent dat die kliënt wat van tydelike werknemers se dienste gebruik maak, alle verantwoordelikhede van 'n werkgewer teenoor daardie werknemers oploop. Dit spruit voort uit die feit dat die kliënt in soveel woorde nou deur die Wysigingswet as die werkgewer van sodanige werknemers geklassifiseer word en die tydelike werknemers dientengevolge die werknemers van die kliënt is.⁶³⁸

635 Sasman 2011 <http://allafrica.com/stories/201111100352.html>.

636 Sasman 2011 <http://allafrica.com/stories/201111100352.html>.

637 Hierna die Wysigingswet.

638 A 128(2) *Namibiese Arbeidswysigingswet 2 van 2012*.

Die wet maak egter ook voorsiening daarvoor dat die kliënt van hierdie verantwoordelikheid vrygespreek kan word, maar slegs indien al drie die partye tot die driehoekige diensverhouding daartoe toestem. Hierdie skuif sal egter nie die kliënt vryspreek van enige aanspreeklikheid voortvloeiend uit die verontagsaming van enige bepaling in artikel 128 nie. Sodanige aanspreeklikheid sal steeds gesamentlik en/of afsonderlik met die huurarbeid-agentskap geskied.⁶³⁹

Verder word bepaal dat alle tydelike werknemers wat by so 'n kliënt werksaam is, alle regte en verpligtinge teenoor die kliënt ontvang wat die deursnee werknemer teenoor sy of haar werkgever sou kon ontvang.⁶⁴⁰ Hierdie bepaling is geskoei op die feit dat daar ingevolge die nuwe wetgewing geen onderskeid tussen tydelike werknemers en die permanente werknemers van die kliënt getref mag word nie; almal moet dieselfde behandel word. Dit veronderstel dat tydelike werknemers nie oor bepalings en voorwaardes mag beskik wat in geheel minder gunstig is as dié van die permanente werknemers wat soortgelyke werk as hulle verrig nie.⁶⁴¹

Alle basiese diensvoorwaardes, die reg op veiligheid en gesondheid in die werkplek en beskerming teen onbillike ontslag is nou op hierdie werknemers ook van toepassing. Tesame met hierdie bepalings is tydelike werknemers ook geregtig daarop om vanaf die kliënt se werkplek by 'n vakbond aan te sluit. Dientengevolge kan die tydelike werknemer kollektief met die kliënt onderhandel vir beter diensvoorwaardes, veral in die lig daarvan dat laasgenoemde nou as werkgever geklassifiseer word.

'n Baie belangrike bepaling wat ook by artikel 128 ingevoeg is, is die verbod daarop dat kliënte van huurarbeid-agentskappe tydelike werknemers in diens neem tydens of met die vooruitsig van stakings of uitsluitings, of binne ses maande nadat grootskaalse afleggings binne die

639 Aa 128(8) en 128(9) *Namibiese Arbeidswysigingswet 2 van 2012*.

640 A 128(3) *Namibiese Arbeidswysigingswet 2 van 2012*.

641 A 128(4) *Namibiese Arbeidswysigingswet 2 van 2012*.

betrokke besigheid uitgevoer is.⁶⁴² Wat meer is, daar word ook 'n aantal strafregtelike sanksies voorsien vir gevalle waar gemelde bepaling verontagsaam word. Sodanige sanksies kan ook opgelê word wanneer 'n kliënt daaraan skuldig bevind word dat onderskeid tussen tydelike werknemers en die kliënt se permanente werknemers getref is. Sodanige sanksies behels 'n maksimum boete van N\$ 80 000 en/of 'n maksimum van twee jaar tronkstraf.⁶⁴³ Enige beweerde oortredings van die bepalings in hierdie artikel kan vir arbitrasie voor die Arbeidskommissaris gebring word.⁶⁴⁴

Ingevolge artikel 128(10) van die Wysigingswet mag die Minister regulasies uitreik wat bepalings met betrekking tot die kliënt en huurarbeid-agentskap se verantwoordelikhede bevat. Indien leemtes in die regulasie van huurarbeid geïdentifiseer word, kan die Minister dit met ander woorde aanspreek sonder dat die betrokke arbeidswetgewing weer deur 'n wysigingsfase moet gaan.

Terwyl artikel 128 van die Wysigingswet hoofsaaklik op die beskerming van tydelike werknemers gefokus is, het Deel IV van die *Employment Service Act*⁶⁴⁵ meer te make met die regulering van huurarbeid-agentskappe as regspersone *per se*. Ingevolge hierdie wet moet 'n huurarbeid-agentskap deur die *Employment Service Bureau of the Ministry of Labour and Social Welfare* gelisensieer wees voordat dit 'n besigheid mag bedryf. Dit is 'n vereiste dat alle huurarbeid-agentskappe voor 28 Februarie 2013 by gemelde buro 'n lisensie moet ontvang.⁶⁴⁶

Die ESA bepaal dat sodanige agentskappe verbied word om fooie vanaf tydelike werknemers te ontvang.⁶⁴⁷ Die belangrikste bepalings met betrekking tot huurarbeid in hierdie wet behels eerstens die bepaling dat 'n huurarbeid-agentskap nie mag diskrimineer in die plasing of advertering

642 A 128(5) *Namibiese Arbeidswysigingswet 2* van 2012.

643 A 128(7) *Namibiese Arbeidswysigingswet 2* van 2012.

644 A 128(6) *Namibiese Arbeidswysigingswet 2* van 2012.

645 *Employment Services Act 8* van 2011 (Hierna ESA).

646 Ngatjizeko *Media-inligtingsessie 5*.

647 A 24 *Employment Service Act 8* van 2011.

van tydelike werknemers nie.⁶⁴⁸ Tweedens mag diesulke werknemers ook nie by 'n kliënt geplaas word alvorens die kliënt nie die agentskap gewaarborg het dat dit nie die tydelike werknemer aan bepalings en voorwaardes sal onderwerp wat minder voordelig is as dié van sy permanente werknemers nie.⁶⁴⁹ Hierdie wet herhaal ook die bepaling in die Wysigingswet dat tydelike werknemers nie geplaas mag word ten einde die werk van stakende werknemers te verrig nie.⁶⁵⁰

Om voldoening aan bogemelde bepalings te verseker, is ook in hierdie betrokke wet sanksies voorsien vir die verontagsaming van die verpligtinge of beperkings. 'n Maksimum boete van N\$ 20 000 en/of twee jaar tronkstraf kan daarvoor opgelê word.⁶⁵¹

Die Wysigingswet het ook ten doel om onsekerheid rakende die identiteit van werknemers en werkgewers binne die driehoekige diensverhouding op te klaar. Artikel 128A daarvan stel 'n lys faktore daar ten einde die bestaan van 'n diensverhouding asook die status van die werker te identifiseer – hetsy werknemer of kontrakteur. Sodanige bepaling is gemik op die beskerming van werknemers wat hulleself in dubbelsinnige of bedekte diensverhoudinge bevind, soos byvoorbeeld tydelike werknemers. Die belangrikste faktore behels die teenwoordigheid van beheer, ekonomiese afhanklikheid, die persoon moes 'n integrale deel van die organisasie vorm en moet vir 'n minimum van 20 ure per maand vir die laaste drie maande vir dieselfde persoon dienste gelewer het. Die werknemer word van toerusting voorsien en verrig dienste aan slegs daardie enkele party.⁶⁵² Sou een of meer van gemelde faktore binne 'n gegewe situasie teenwoordig wees, sal die werker as volwaardige werknemer geklassifiseer word, ongeag die vorm van die kontrak.

648 A 26(1) *Employment Service Act* 8 van 2011.

649 A 26(2)(a) *Employment Service Act* 8 van 2011.

650 A 26(2)(b) *Employment Service Act* 8 van 2011.

651 A 26(3) *Employment Service Act* 8 van 2011.

652 A 128A *Namibiese Arbeidswysigingswet* 2 van 2012; Ngatjizeko *Media-inligtingsessie* 7.

Tesame hiermee is artikel 128B en 128C ook tot die Wysigingswet toegevoeg. Eersgenoemde gee aan die Minister van Arbeid en Sosiale Welsyn die magtiging om enige werker binne 'n spesifieke verhouding as werknemer te beskou ten einde aan daardie persoon beskerming ingevolge die arbeidswetgewing te verleen. 'n Essensiële toevoeging tot die wetgewing word gevind in artikel 128C, wat bepaal dat alle werknemers, selfs dié in vaste termyn kontrakte, sal voortaan beskou word om in onbepaalde termyn kontrakte te wees, tensy die werkgewer 'n geldige rede kan verskaf waarom 'n betrokke werknemer slegs as tydelik geklassifiseer moet word (byvoorbeeld deurdat die persoon aangestel is slegs vir doeleindes van hulp met 'n spesifieke projek, of dat die werknemer slegs benodig word gedurende tye van hoë produksieperiodes).

4.6 Gevolgtrekking

Soos hierbo aan die lig gekom het, het tydelike diensverskaffingsagentskappe in die vorm van huurarbeid in Namibië sy oorsprong in die vroeë 1900's gehad. Dit het sedertdien aansienlik toegeneem en met verloop van tyd 'n metamorfose ondergaan. Dit het eers voorgekom in die vorm van 'n stelsel van kontrakarheid wat deur rasse-diskriminasie aangevuur was. Nadat die kontrakarheidstelsel verban is, het huurarbeid vorm aangeneem.

Hierbo is gesien dat tydelike werknemers aan misbruik onderworpe was. Namibiese werkgewers het tydelike werknemers as wegdoenbare entiteite beskou wat slegs gebruik word wanneer hulp benodig word. Tydelike werknemers kon maklik laat gaan word in die lig daarvan dat hulle dienslewering op 'n kommersiële kontrak tussen die agentskap en die kliënt gebaseer was. Derhalwe eindig tydelike werknemers se dienslewering by wyse van regswerking wanneer die kommersiële kontrak verstryk of om 'n bepaalde rede beëindig word. Tydelike werknemers word ook van bepaalde standaardregte ontnem, aangesien werkgewers beweer dat hulle nie werknemers is nie, maar in werklikheid onafhanklike kontrakteurs.

Na analise van laasgenoemde aspek is bevind dat tydelike werknemers inderdaad werknemers is, aangesien hulle aan die belangrikste element, naamlik afhanklikheid, voldoen. Inderwaarheid is genoemde werknemers wel geregtig op alle standaardregte van werknemers, maar weens die aard van hulle diensverhouding word die beskerming van die regte bemoeilik.

Die feit dat twee gesagsfigure by die atipiese diensverhouding teenwoordig is, het tot verwarring onder die tydelike werknemers gelei. Hulle weet nie wie hulle ware werkgever is nie. Uit hoofde van die teenstrydigheid tussen die realiteit binne die atipiese verhouding, ontstaan onsekerheid oor waar die ware diensverhouding lê. Aangesien dit moeilik bepaalbaar is wie die ware werkgever is, is dit onseker wie vir die werknemer se welsyn en regte aanspreeklik gehou behoort te word.

Na die toepassing van bepaalde toetse is vasgestel dat die kliënt vir alle praktiese doeleindes as die ware werkgever geklassifiseer behoort te word. Dit sal die vraag na die ware diensverhouding beantwoord. As die tydelike werknemer dienste aan die kliënt lewer en die kliënt word as die werkgever beskou, sal die ware diensverhouding tussen die kliënt en die tydelike werknemer figureer. Soos egter hierbo aangetoon, word die diensverhouding geag tussen die tydelike werknemer en die agentskap te wees. Dit is so weens die feit dat die agentskap ingevolge die 2004-wet as die werkgever beskou is.

Siende dat die verhouding tussen die tydelike werknemer en die agentskap nie die nodige eienskappe bevat wat 'n diensverhouding uitmaak nie, kan laasgenoemde argument nie akkuraat wees nie. Vir 'n party om die werkgever te wees, moet hy die dienste van die werknemer geniet. Sodanige dienste moet tot die werkgever se besigheid se ekonomiese voordeel wees, vir welke dienste die werkgever die werknemer moet vergoed. In die omstandighede teenwoordig by huurarbeid vergoed die agentskap die tydelike werknemer, maar dit is die kliënt wat die dienste van sodanige werknemer geniet. Dit is dus onwaar, in die lig van algemene arbeidsregtelike reëls, om te beweer dat die diensverhouding tussen die

tydelike werknemer en die agentskap rus. Ter wille van helderheid in die Namibiese arbeidsreg moet die aspek rakende die diensverhouding en die ware werkgever hersien word. Sodoende sal teenstrydighede tussen teorie en praktyk uit die weg geruim kon word. Indien die kliënt as die ware werkgever geïdentifiseer word, sal dit 'n normale diensverhouding wees waar die kliënt, as werkgever, die normale verpligtinge teenoor die tydelike werknemer moet nakom.

Daar is ook aangedui dat huurarbeid vir vakbonde 'n steen des aanstoots is. Vakbonde het dit moeilik gevind om tydelike werknemers as lede te werf. Tydelike werknemers is meestal ver uitmekaar versprei en werk selde vir lang tydperke op 'n spesifieke perseel. Vakbonde se besware en tydelike werknemers se klagtes oor misbruik en swak werksomstandighede het 'n klimaks bereik. Die Namibiese regering het besluit om in die 2007-wet 'n verbod op huurarbeid te plaas. Die belangrikste argument is dat huurarbeid te nou aan die destydse kontrakarbeid-stelsel verwant is. Enige werkgever wat strydig met gestelde verbod optree, sou 'n boete of tronkstraf opgelê kon word.

Verskeie nadele voortspruitend uit die verbod is aangedui. Weens die feit dat tydelike werknemers meestal onbekwaam is, het hulle dit moeilik gevind om weer werk te kry. Dus het werkloosheidsgetalle toegeneem. Werkgewers se besighede het ekonomiese verliese gely deurdat verskeie uitgekonnekteerde sektore nie meer beman was nie. Permanente personeel moes aangestel word om tydelike take te verrig. Dit het daartoe gelei dat genoemde personeel betaal moes word vir tydperke wat daar nie vir hulle werk was om te doen nie. Dit blyk dus dat huurarbeid 'n belangrike rol in die gesonde ekonomie en arbeidstruktuur in Namibië speel.

In die lig van die bewerings dat die verbod op huurarbeid inbreuk maak op die reg om 'n professie, beroep of besigheid van 'n persoon se keuse te bedryf, het *Africa Personnel Services* 'n saak teen die Namibiese regering ingestel. APS het die saak in die hof *a quo* verloor, maar het die Hooggeregshof op appèl van sy argument oortuig. Die Hooggeregshof het

beslis dat die verbod op huurarbeid ongrondwetlik is deurdat dit 'n onnodige, onredelike en oneweredige beperking op 'n grondwetlike reg plaas. Dit is van mening dat ander metodes gebruik kan word wat die nadele van huurarbeid kan uitkanselleer.

Daar word aan die hand gedoen dat aspekte soos die terugtrek van die verbod op huurarbeid, sowel as die motivering aldus die hof vir so 'n skuif, sowel as verskeie bepalings in die Wysigingswet ter harte geneem behoort te word. Daar kan veral aandag geskenk word aan die sanksies wat vir die oortreding van artikel 128 se bepalings daargestel is, asook die identifikasie van die kliënt as werkgewer. Laasgenoemde aspekte kan moontlik as navolgingswaardig beskou word.

In hoofstuk 5 gaan vervolgens 'n inleidende bespreking van tydelike diensverskaffingsagentskappe in die Suid-Afrikaanse reg voorsien word. Hiermee saam sal die gemeenregtelike posisie van die driehoekige diensverhouding ondersoek word. In die daaropvolgende hoofstuk sal aangetoon word wat die statutêre posisie van die driehoekige diensverhouding behels, asook welke gevolge dit moontlik kan inhou. Daar sal ook aangetoon word hoe die realiteit van die verhoudinge met die statutêre posisie vergelyk.

HOOFSTUK 5
SUID-AFRIKAANSE REG: INLEIDING EN DIE GEMEENREGTELIKE
DRIEHOEKIGE DIENSVERHOUDING

5.1	Inleiding.....	171
5.2	Agtergrond.....	173
5.2.1	Voordele.....	174
5.2.2	Nadele.....	177
5.2.3	Vakbonde se antagonisme.....	180
5.3	Die driehoekige diensverhouding ingevolge gemenerereg.....	186
5.3.1	Drie verhoudinge en die gemenerereg.....	189
5.3.1.1	Gemeenregtelike toetse deur die howe toegepas.....	190
5.3.1.2	Agentskap-kliënt-verhouding.....	194
5.3.1.2.1	Die kommersiële kontrak.....	194
5.3.1.2.2	Buigsaamheid as resultaat.....	195
5.3.1.3	Agentskap-werknemer-verhouding.....	199
5.3.1.4	Werknemer-kliënt-verhouding.....	203
5.3.2	Vraag na “diensverhouding” en “wergewer”.....	208
5.4	Gevolgtrekking.....	213

5.1 Inleiding

In die voorafgaande hoofstukke is tydelike diensverskaffingsagentskappe⁶⁵³ in verskeie regstelsels ontleed. Die IAO se opinie rakende die agentskappe is eerstens in hoofstuk 2 vasgestel. In gemelde hoofstuk is verskeie instrumente geïdentifiseer wat deur hierdie organisasie daargestel is, welke instrumente nie net beter regte en beskerming vir werknemers in die algemeen verseker nie, maar wat ook vir die regte van tydelike werknemers voorsiening maak.

In die lig van die feit dat die IAO deur die loop van sy geskiedenis deur middel van verskeie konvensies en aanbevelings gepoog het om diensverskaffingsagentskappe te reguleer, is dit duidelik die IAO se bedoeling dat sodanige agentskappe moet bly voortbestaan en in elke lidland daarvan deur middel van die lidland se eie wetgewing gereguleer moet word. Dit is ook in gemelde hoofstuk aangedui dat werknemers se arbeidsregte aan hulle internasionale menseregte gelykgestel word.⁶⁵⁴ Indien dit dus hieronder blyk dat tydelike werknemers se arbeidsregte nie gerespekteer word nie, sal daar in effek op hulle internasionale menseregte inbreuk gemaak word. Enige standarde deur die IAO vir die behandeling van werknemers oor die algemeen en tydelike werknemers spesifiek gestel, behoort in die Suid-Afrikaanse reg te figureer.

Verder is die posisie van die betrokke agentskappe in die Engelse reg en Namibiese reg onderskeidelik ondersoek. Daar is vasgestel dat, wat die regulasie van hierdie agentskappe betref, die Engelse reg goed ontwikkel is. Die verbod op huurarbeid in die Namibiese reg het hierteenoor groot omwentelinge veroorsaak. Tussen 2007 en 2009 is geen aandag aan hierdie agentskappe in Namibië geskenk nie, maar sedert die verbod in 2009 teruggetrek is, is nuwe wetgewing in Namibië gepromulgeer ten einde

653 Vir doeleindes van die Suid-Afrikaanse reg sal hierna slegs na “agentskappe” verwys word.

654 Sien paragraaf 2.2.1 hierbo.

huurarbeid, soos dit in Namibië bekendstaan, te reguleer en werknemers daarby betrokke te beskerm.

Daar sal in die hieropvolgende hoofstukke gepoog word om aan te dui hoe die situasie rakende agentskappe in die Suid-Afrikaanse reg daar uitsien. Vrae met betrekking tot die verhoudinge by hierdie agentskappe betrokke, asook die identiteite en aanspreeklikhede van die partye sal bespreek word. Die driehoekige diensverhouding teenwoordig by die agentskappe in Suid-Afrika sal vanuit 'n gemeenregtelike asook 'n statutêre oogpunt ontleed word.

In hierdie hoofstuk, waar die fokus op die gemenerereg rus, sal 'n omvattende bespreking van agentskappe in die Suid-Afrikaanse reg gedoen word. Vir die doeleindes hiervan sal begin word met 'n agtergrondstudie rakende die voorkoms en toename van sodanige agentskappe in Suid-Afrika, asook die voordele en nadele daaraan verbonde. Daar sal ook aandag geskenk word aan die antagonisme wat onder Suid-Afrikaanse vakbonde oor hierdie atipiese vorm van diensverskaffing heers.

Die stap wat daarna geneem sal word, behels 'n analise van die driehoekige diensverhouding ingevolge die gemenerereg. Hier sal die verskillende verhoudinge wat die driehoekige diensverhouding uitmaak, ontleed word. 'n Belangrike vraag wat hier beantwoord moet word, is of 'n diensverhouding, of selfs meerdere diensverhoudinge, tussen die partye bestaan. Die antwoord op hierdie vraag sal 'n direkte invloed op die aanspreeklikhede van die gemelde gesagsfigure teenoor die tydelike werknemer hê. Hierdie aspek sal in die lig van gemeenregtelike toetse bestudeer word. Deur gemelde toetse toe te pas, sal ook moontlik aangedui kan word wie van die meerdere gesagsfigure, gemeenregtelik gesproke, as die werkgewer beskou kan word. Gemelde bespreking sal dus tweeledig aangepak word. Die doel met gemelde ontleding behels die vasstelling van die vraag of die huidige statutêre posisie met die realiteite

van die gemeenregtelike posisie ooreenstem en of die huidige statutêre posisie 'n wenslike toedrag van sake verteenwoordig.

5.2 Agtergrond

Soos in die Engelse- en Namibiese reg het atipiese vorme van diensverskaffing stelselmatig in Suid-Afrika toegeneem. Voorbeelde hiervan is deelydse werk, huiswerk, toevallige werk, vaste termyn kontrakte en tydelike werk waar 'n werknemer deur 'n agentskap vir 'n spesifieke periode binne die diens van 'n werkgever/kliënt geplaas word.⁶⁵⁵ Laasgenoemde, met spesifieke verwysing na agentskappe, is 'n voorbeeld van 'n geval waar die samestelling van die diensverhouding afwyk van die standaard en is daarom, soos dit uit vorige hoofstukke duidelik blyk, die kategorie waarop tydens hierdie studie gefokus word.

Agentskappe is in Suid-Afrika so vroeg as die 1950's gebruik, wat daartoe aanleiding gegee het dat die *Wet op Arbeidsverhoudinge 28 van 1956*⁶⁵⁶ alreeds in 'n mindere mate daarvoor voorsiening gemaak het.⁶⁵⁷ 'n Definisie is in hierdie wetgewing voorsien wat die agentskappe beskryf het as besighede wat kliënte van persone voorsien ten einde vir die kliënt teen 'n fooi werk te verrig, in welke geval die persoon deur die agentskap vergoed sou word. Alhoewel gemelde agentskappe reeds in die middel 1900's in Suid-Afrika ontwikkel het, het hulle eers waarlik sedert die vroeë 1980's begin toeneem. Vervolgens het die *Wysigingswet op Arbeidsverhoudinge 2 van 1983* ook in die verbygaan vir sodanige agentskappe voorsiening gemaak.⁶⁵⁸ Die grootste toename het vanaf die vroeë 1990's plaasgevind.⁶⁵⁹

Die huidige *Wet op Arbeidsverhoudinge* wend tans in artikel 198 'n groter poging as die voorgangers daarvan aan om vir hierdie agentskappe

655 Allan ea 2001 *International Journal of Manpower* 750.

656 Hierna 1956 WAV.

657 Ngebulana 1997 *ELJ* 73.

658 Benjamin *To Regulate or to Ban* 195.

659 Theron 2005 *ILJ* 626; Gericke 2010 *Obiter* 94; MacGregor *Labour Broking* 1.

voorsiening te maak.⁶⁶⁰ Die definisie vir sodanige agentskappe is hierin effens gewysig en dui aan dat sulke agentskappe 'n persoon is (in hierdie geval 'n regs persoon):

...wat teen vergoeding vir 'n kliënt ander persone verkry of voorsien wat aan die kliënt dienste lewer of vir die kliënt werk doen; en wat deur die tydelike werkverskaffingsdiens besoldig word.

Ten spyte van verskeie wetgewende instrumente wat na agentskappe verwys, is die bepalings in die Suid-Afrikaanse arbeidswetgewing relatief yl en in geheel onvoldoende om hierdie agentskappe te reguleer en die regte van alle partye betrokke na behore te beskerm. Die relevante statutêre voorskrifte sal in hoofstuk 6 hieronder ontleed word.

Vervolgens sal eers aangetoon word welke voordele uit die gebruik van agentskappe geput word, waarna die argumente met betrekking tot die nadele daarvan uitgelig sal word. Die argumente van die vakbonde, positief sowel as negatief, sal daarop volg.

5.2.1 Voordele⁶⁶¹

Die gebruik van 'n party van buite die werkgewer se besigheid om spesifieke take te verrig, staan bekend as eksternalisering.⁶⁶² Theron⁶⁶³ beskryf dit as "delegation of employment". Dientengevolge kan 'n besigheid die behoefte aan buigzaamheid in die werkplek bevredig.⁶⁶⁴ Die gebruik van agentskappe vervul hierdie behoefte.⁶⁶⁵ Die voordeel van eksternalisering is dat die kliënt feitlik geen risiko loop nie, aangesien die

660 A 198 *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995. Hierna WAV. Sien ook Grogan 2005 *ELJ* 16; Cohen 2008 *ILJ* 872; Smit en Fourie 2009 *TSAR* 530; Gericke 2010 *Obiter* 92,99; *NEHAWU obo Pienaar v Nursing Services of SA* 1998 19 *ILJ* 188 (KVBA) 193.

661 Die voordele hier bespreek stem grootliks ooreen met die voordele in die VK en Namibiese reg.

662 Benjamin 2008 *ILJ* 1584; Gericke 2010 *Obiter* 95.

663 Theron 2005 *ILJ* 619.

664 Theron 2003 *ILJ* 1254.

665 Fenwick *ea Labour Law* 21; Benjamin 2008 *ILJ* 1585; Cohen 2008 *ILJ* 872.

werknemer nie op sy boeke reflekteer nie⁶⁶⁶ wat dan ook die kliënt se werkgewerverpligtinge minimaliseer.⁶⁶⁷

Die ondersteuners van eksternalisering beskou dit as 'n element wat onontbeerlik is vir elke land se ekonomiese groei en die ontwikkeling van daardie land se infrastruktuur.⁶⁶⁸ Dit kan byvoorbeeld vir die hoë vlakke van werkloosheid in Suid-Afrika 'n mate van verligting bied. Mhone⁶⁶⁹ stel dit soos volg:

Supporters and promoters of such trends indeed contend that in the face of high rates of unemployment and low rates of growth in gross domestic product it is better to have individuals employed in such forms of employment since in the long run their use would stimulate growth in employment and output.

Soos hierbo genoem, bied eksternalisering aan werkgewers die potensiaal vir buigsaamheid binne die werkplek.⁶⁷⁰ Veranderde ekonomieë en ontwikkelende arbeidsregstelsels het die behoefte aan meer buigsame metodes van dienslewering en aanpasbare bestuur van besighede in Suid-Afrika teweeggebring.⁶⁷¹ Tegnologiese veranderinge en globalisering het tesame met ekonomiese aspekte soos resessie die aanvraag na atipiese diensverskaffing aangevuur.⁶⁷² Dit sou beteken dat werkgewers hulle besighede by veranderde omstandighede kon aanpas, veral gedurende tye wat slegs 'n tydelike aanpassing benodig is.⁶⁷³ Sodanige buigsaamheid het ook 'n direkte invloed op die produktiwiteit van die betrokke onderneming.⁶⁷⁴

666 Theron 2005 *ILJ* 619; Benjamin 2008 *ILJ* 1584,1585; Fenwick *ea Labour Law* 20,21; Bezuidenhout *ea Non-standard employment* 6.

667 Theron 2003 *ILJ* 1254; Fenwick *et al Labour Law* 21.

668 Harvey 2011 *SALJ* 100; Mhone 1998 19 *ILJ* 197.

669 Mhone 1998 *ILJ* 196,197.

670 Sien paragraaf 5.3.1.2.2 hieronder.

671 Appiah-Mfodwa *ea* 2000 *Society in Transition* 96.

672 Benjamin 2004 25 *ILJ* 789; Theron 2003 *ILJ* 1247.

673 Fenwick *ea Labour Law* 18.

674 "Doctrine of flexibility". Sien Theron 2003 *ILJ* 1250. "Buigsaamheid" en "produktiwiteit" sal elders in meer besonderhede bespreek word. Sien paragraaf 5.3.1.2.2 hieronder.

'n Verdere faktor behels die koste-effektiwiteit aan hierdie diensverskaffing verbonde. Nie net hoof 'n kliënt net 'n fooi aan die agentskap te betaal vir die dienste van die tydelike werknemer nie, maar die kliënt hoof slegs hierdie uitgawe aan te gaan wanneer hy die dienste van 'n bepaalde persoon benodig. Die koste-effektiwiteit is ook relevant vir sover dit vakbonde aangaan. Mills argumenteer dat:⁶⁷⁵

...the added advantage is that atypical work often provides little opportunity for union representation, due to a number of factors. These include the fact that the worker may be categorized as "self-employed" and thus not have the requisite rights and protections, such as the right to organize and to bargain collectively; or that the nature of the work arrangement either fragments workers in one work place into different industries (for example, subcontracting non-core functions in one workplace); or makes the industry difficult to organize (for example, casual labour).

Daar kan dus aangevoer word dat weens die feit dat tydelike werknemers gedurig van werkplek verwissel (met ander woorde van een kliënt na 'n ander verskuif), asook die feit dat die werkplek tydens sodanige dienslewering moeilik definieerbaar is,⁶⁷⁶ ervaar vakbonde probleme om tydelike werknemers te verteenwoordig. Dientengevolge kan tydelike werknemers nie deur middel van 'n vakbond vir 'n verhoging in salaris onderhandel nie.⁶⁷⁷

Dit is nie net werkgewers wat hierdie vorm van diensverskaffing verkies nie, maar sommige werknemers verkies persoonlik om hulle dienste by wyse van 'n agentskap beskikbaar te stel. Dit kom veral voor by werknemers van die vroulike geslag, aangesien hulle self meer buigsame werksverrigtinge verkies ten einde ook tyd vir familieverantwoordelikhede te hê.⁶⁷⁸ Dit is ook 'n metode vir jong persone om die eerste keer die arbeidsmark te betree en ervaring op te doen.

675 Mills 2004 *ILJ* 1208.

676 Die werkplek behels gewoonlik die perseel van die werknemer se werkgewer, in hierdie geval die tydelike diensverskaffingsagentskap. Dit is egter nie op die werkgewer se werkplek waar die werknemer werk nie, maar die kliënt s'n.

677 Le Roux 2009 *Contemporary Labour Law* 26.

678 Mhone 1998 *ILJ* 206.

Hierdie agentskappe word ongelukkig bestuur ten koste van die tydelike werknemers wat daardeur geplaas word. Die voordele van hierdie praktyk word in 'n mate uitgekanselleer deur die hoeveelheid nadele wat dit teweegbring. Dié nadele sal vervolgens aangedui word.

5.2.2 Nadele

Die kern van alle struikelblokke is gesetel in die feit dat die Suid-Afrikaanse reg tans nie behoorlik vir die voldoende regulering van agentskappe voorsiening maak nie – die bepalinge wat dit wel bevat, is ook nie altyd prakties uitvoerbaar nie.⁶⁷⁹ Dit laat ruimte vir die misbruik van werknemers en die vryspring van verskeie beperkende arbeidsregtelike bepalinge.⁶⁸⁰ Soos die situasie tans voorkom, behoort tydelike werknemers oor die standaardregte van 'n werknemer te beskik. Tog word die werknemers by wyse van verskeie metodes hierdie regte ontsê. Die praktiese aspekte met betrekking tot die werknemer se dienslewering maak dit ook soms moeilik om sommige regte uit te oefen.⁶⁸¹ Die gebruik van agentskappe het vervolgens 'n afname in regsekerheid, werksekerheid en beskerming van werknemers se regte tot gevolg.⁶⁸² Laasgenoemde aspek sal hieronder duideliker word.

Alhoewel eksternalisering die voordeel van toenemende buigzaamheid in die arbeidsmark tot gevolg het, speel dit noodgedwonge ook 'n rol in die afwatering van die standaard-diensverhouding.⁶⁸³ Dit is so aangesien die algemeen aanvaarde dienskontrak tussen twee partye nie hier van toepassing is nie. Dit word met 'n wankelrige driehoekige diensverhouding vervang wat by wyse van twee tipes kontrakte tussen drie partye bestuur word.⁶⁸⁴

679 Dit sal hieronder aan die lig kom wat hiermee bedoel word.

680 Olivier 1998 *ILJ* 673; Mhone 1998 *ILJ* 209.

681 Soos byvoorbeeld die geval is by organisering deur 'n vakbond. Sien Geldenhuys 2008 *SA Merc LJ* 268; Benjamin 2004 *ILJ* 790; Mills 2004 *ILJ* 1208.

682 Theron 2003 *ILJ* 1273; Theron 2005 *ILJ* 642; Le Roux 2009 *Contemporary Labour Law* 21; Benjamin *To Regulate or to Ban* 190; Fourie 2008 *PER* 110.

683 Theron 2003 *ILJ* 1256,1257.

684 Bezuidenhout *et al Non-standard employment* 6.

Mdladlana, die destydse Minister van Arbeid, het tydens 'n toespraak in 2003 aangedui dat eksternalisering (soos in paragraaf 2.1 hierbo beskryf) grootliks vir die afname in werk- en inkomste-sekuriteit in die Suid-Afrikaanse arbeidsmark verantwoordelik is.⁶⁸⁵ Aangesien dit nie gekodifiseer is presies hoe 'n driehoekige diensverhouding saamgestel behoort te word nie, volg die kontraktuele partye die weg wat vir hulle as individue in daardie stadium die voordeligste is, sonder om noodwendig die belange van **alle** partye as 'n groep te oorweeg. Daar is derhalwe weinig regsekerheid weens 'n gebrek aan eenvormigheid tussen agentskappe in die Suid-Afrikaanse reg.

Mdladlana het verder op 6 Julie 2006 tydens 'n konferensie in Johannesburg sy kommer oor die weerloosheid van werknemers betrokke by atipiese diensverhoudinge uitgespreek. Hy het tóé reeds aangedui dat nuwe wetgewing ter beskerming van hierdie werknemers beoog word. Hy het genoem dat:⁶⁸⁶

...in light of the burgeoning practice of using atypical workers who find it difficult to exercise their rights, I am of the view that the labour law should cushion and mitigate the adverse nature of atypical forms of employment and lack of protection for these workers. Just as a new born baby who is vulnerable and needs protection from the mother, so too will these vulnerable workers receive the adequate protection and guarantees from the government in their pursuit for decent work.

Indien bogenoemde voorneme uitgevoer word, sou die Suid-Afrikaanse reg daarin kon slaag, of selfs net gedeeltelik, om aan artikel 40 van die IAO se *Grondwet* te voldoen. Dit sou behels dat beskerming, menswaardigheid, ekonomiese sekuriteit en moontlik ook gelyke geleenthede vir tydelike werknemers verseker kon word.⁶⁸⁷

'n Verdere nadeel is dat dit vir die gesagsfigure tot die driehoekige diensverhouding moontlik is om die tydelike werknemer eerder ingevolge die betrokke kontrakte as 'n onafhanklike kontrakteur te benoem. Die

685 Mdladlana *The changing nature of employment 2*.

686 Mdladlana *Labour law in the next decade 2*.

687 Sien paragraaf 2.2 en 2.2.1 hierbo.

gevolg is dat die persoon uitdruklik van alle arbeidswetgewing uitgesluit word en dus nie op die beskerming daarvan kan staatmaak nie. Dit dompel sodanige werker in 'n baie weerlose posisie.⁶⁸⁸

Tydlike werknemers word minder voordelige lone as vergelykbare permanente werknemers betaal, alhoewel hulle dieselfde take verrig.⁶⁸⁹ Hulle gebrek aan vaardighede kan as 'n rede hiervoor aangevoer word, terwyl armoede weer 'n resultaat daarvan is.⁶⁹⁰ Die agentskap hou dele van die fooi wat vanaf die kliënt ontvang word terug ter dekking van uitgawes en om aan die einde van die dag 'n wins te toon. Eers daarna word die werknemer se salaris uit die minimale bedrag wat oorbly, betaal.⁶⁹¹ Hierdie omstandighede is strydig met die *Universal Declaration of Human Rights* van die VN ingevolge waarvan lidlande moet verseker dat werknemers voldoende vergoeding ontvang ten einde 'n redelike lewenstandaard te kan skep.⁶⁹² So ook het die IAO dit ten doel om gelyke vergoeding vir soortgelyke werk aan te moedig ten einde gelyke behandeling te bevorder.⁶⁹³

Tans versuim Suid-Afrikaanse werkgewers om in die konteks van agentskappe aan vermeldde verpligting te voldoen. In stryd met die afwesigheid van bepalinge in die Suid-Afrikaanse reg wat aan hierdie doel van die IAO uitvoering gee, maak die EU aan die ander kant behoorlik in die *Temporary Work Agency Directive 2008/104/EC* hiervoor voorsiening. Dit dui basies aan dat tydelike werknemers teen dieselfde lone as die kliënt se permanente werknemers wat soortgelyke werk verrig, vergoed moet word.⁶⁹⁴

688 Dit is weliswaar 'n probleem waarmee tydelike werknemers worstel, maar alle werknemers kan per geleentheid in hierdie verband probleme ondervind.

689 Theron 2005 *ILJ* 629,642; Mills 2004 *ILJ* 1212; Le Roux 2009 *Contemporary Labour Law* 21,28; Benjamin *To Regulate or to Ban* 196; Benjamin 2010 *ILJ* 851; Benjamin 2008 *ILJ* 1585.

690 Mhone 1998 *ILJ* 209.

691 Theron 2005 *ILJ* 642. Ondersoek het getoon dat tydelike werknemers soms slegs 40% - 50% van die salaris van permanente werknemers ontvang.

692 Sien paragraaf 2.2 en 2.2.1 hierbo.

693 Sien paragraaf 2.2.1 hierbo.

694 Sien paragraaf 3.3.2 hierbo.

Die voordeel met betrekking tot vakbonde is aan die keersy ook 'n nadeel deurdat tydelike werknemers nie vir beter regte kan onderhandel nie, selde voordeel uit 'n kollektiewe ooreenkoms kan put en meestal nie suksesvol deur 'n vakbond verteenwoordig kan word nie.

Na oorweging blyk dit dus dat die omstandighede van tydelike werknemers soos dit tans daaruit sien, nie aan die "decent work"-beginsel van die IAO voldoen nie.⁶⁹⁵ Dit is so omdat tydelike werknemers se regte nie die hoeveelheid beskerming ontvang wat dit behoort te ontvang nie, hulle weinig werksekuriteit het en ook omdat daar nie voldoende uitvoering aan hulle reg op verteenwoordiging verleen word nie. Daarom is dit nie verbasend dat Suid-Afrikaanse vakbonde antagonisties teenoor die betrokke agentskappe is nie. Sodanige antagonisme sal vervolgens bespreek word.

5.2.3 Vakbonde se antagonisme

Vakbonde spits hul kragte meestal toe op werknemers binne tipiese diensverhoudinge. Omdat vakbonde dit moeilik vind om tydelike werknemers te werf en te verteenwoordig, vermy hulle verkieslik sodanige werknemers uit vrees dat dit oor die algemeen vakbonde se effektiwiteit sal ondermyn.⁶⁹⁶ Dit veroorsaak dat die reg van werknemers soos deur artikel 23 van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996*⁶⁹⁷ verskans om by 'n vakbond van hulle keuse aan te sluit en aan kollektiewe bedinging deel te neem nie altyd realiseer nie. Sommige vakbonde het wel reeds gepoog om atipiese werknemers te verteenwoordig, waarvan die *National Construction Development Union (NCDU)* 'n voorbeeld is.⁶⁹⁸

Alhoewel hierdie werknemers in beginsel die reg het om by 'n vakbond aan te sluit en om deel van 'n kollektiewe ooreenkoms te wees, is dit nie maklik

695 Sien paragraaf 2.2.1 hierbo.

696 Olivier 1998 *ILJ* 672,685; Appiah-Mfodwa *ea* 2000 *Society in Transition* 105. Dit kan ook tot gevolg hê dat 'n vakbond sy organisatoriese regte verloor. Sien in hierdie verband Mills 2004 *ILJ* 1224.

697 Hierna die Grondwet.

698 Olivier 1998 *ILJ* 672.

haalbaar nie, aangesien bedinging hier moeilik geskied. Die kliënt sal nie met die betrokke vakbond kan of wil beding nie, weens die feit dat hy nie volgens die WAV die werkgewer is nie. Kollektiewe bedinging vind oor die algemeen met die werkgewer plaas; dit veronderstel dat bedinging met die agentskap moet plaasvind. Dit sal die vakbond nie baat om die agentskap oor 'n kollektiewe ooreenkoms te nader nie, aangesien so 'n ooreenkoms aan die werknemers se werksperseel gebonde is; in hierdie geval die kliënt se werkplek, waaroor die agentskap geen beheer het nie.

Die tydelike werknemers maak nie 'n permanente deel van die kliënt se werksmag uit nie en die kliënt sal daarom waarskynlik nie bereid wees om met die vakbond oor die tydelike werknemers se regte te onderhandel nie. Sou die vakbond dan wel probeer om met die kliënt oor die tydelike werknemers se regte of voordele te onderhandel, gestel byvoorbeeld deur te verseker dat tydelike werknemers dieselfde lone as die kliënt se permanente personeel betaal word en tot dien effek 'n kollektiewe ooreenkoms wil opstel, sal sodanige ooreenkoms moontlik nie van wedersydse belang wees nie. Sou 'n kliënt 'n kollektiewe ooreenkoms tot voordeel van sy eie werknemers met 'n vakbond sluit, sal daardie ooreenkoms byna nooit op die tydelike werknemers wat by die kliënt werksaam is van toepassing wees nie.⁶⁹⁹ Tans kan die vakbond slegs 'n poging aanwend om met die kliënt ooreen te kom dat die kollektiewe ooreenkoms ook die tydelike werknemers op die kliënt se perseel sal insluit.

Soos in hoofstuk 3 hierbo beskryf, het vakbonde in die VK so ver gegaan as om ooreenkomste met die kliënte aan te gaan ingevolge waarvan die vakbonde toegang tot die kliënt se perseel verkry het om tydelike werknemers te werf. Dit is moontlik ongeag die feit dat die kliënt in die VK ook nie as die werkgewer van die tydelike werknemers beskou word nie.⁷⁰⁰

699 Le Roux 2009 *Contemporary Labour Law* 29.
700 Sien paragraaf 3.8 hierbo.

Sou tydelike werknemers kon staatmaak op verteenwoordiging deur 'n vakbond, kon hulle dalk by wyse van kollektiewe ooreenkoms aandring op 'n verhoging in salaris. Siende dat die meeste vakbonde vir bogenoemde redes verkies om nie by tydelike werknemers betrokke te raak nie en tydelike werknemers oor die algemeen moeilik verteenwoordig word, is dit selde vir hulle 'n opsie.⁷⁰¹ Daar rus ook tans geen verpligting op enige van die gesagsfigure betrokke by 'n driehoekige diensverhouding om aan tydelike werknemers soortgelyke salarisse as die kliënt se permanente werknemers te betaal nie.⁷⁰² Hierdie is 'n leemte wat deur wetgewing gevul behoort te word.

Dit is in die lig van bogenoemde dat vakbonde soos COSATU daarop aandring dat agentskappe wat op hierdie manier werknemers voorsien, in geheel afgeskaf moet word.⁷⁰³ In ondersteuning van hierdie posisie is verskeie protesaksies gevoer. Daar is ook hiertydens deur COSATU aangedui dat, sou die gebruik van sodanige agentskappe nie afgeskaf word nie, daar nog vele aksies te wagte kan wees.⁷⁰⁴ COSATU het aangedui dat die besigheid van hierdie agentskappe op mensehandel en die handeldryf met werknemers ter wille van 'n wins asof hulle goedere is, neerkom.⁷⁰⁵ Vervolgens is daar op 7 Maart 2012 'n landwye protesaksie deur COSATU geloods ter ondersteuning van die eis tot afskaffing.⁷⁰⁶

Soos egter in die Namibiese reg gesien is, is dit nie noodwendig die oplossing om 'n verbod op die gebruik van agentskappe te plaas nie. Die moontlikheid bestaan dat 'n bepaalde persoon ook sou beweer dat daar op sy reg om 'n besigheid van sy keuse te bedryf inbreuk gemaak word. Die moontlikheid bestaan dan ook dat sodanige verbod ongrondwetlik verklaar sou kon word. So 'n verbod sou ook die ekonomie skade kon berokken.⁷⁰⁷

701 Theron 2005 *ILJ* 642.

702 Gericke 2010 *Obiter* 96; Theron 2005 *ILJ* 628,629.

703 Solidariteit *Labour Broking* 2; Benjamin *To Regulate or to Ban* 191; Le Roux 2009 *Contemporary Labour Law* 26.

704 Solidariteit *Labour Broking* 2.

705 Harvey 2011 *SALJ* 117.

706 Medley 2012 <http://www.iol.co.za/dailynews/news/march-against-labour-brokers-1.1227928> (geen bladsynommers voorsien).

707 Sien paragrawe 4.4 en 4.5 hierbo.

Die Demokratiese Alliansie (DA) en *Congress of the People* (Cope), wat die gebruik van agentskappe ondersteun, was al in openbare debatte met COSATU en die SACP betrokke. Die DA en Cope het hulle intussen van die debatte onttrek. Intussen gaan die *Confederation of Associations in the Private Employment Sector* (CAPES) voort om die agentskappe te ondersteun. Hulle is van mening dat dit nie afgeskaf moet word bloot weens die feit dat enkele agentskappe die leemtes in die reg tot hulle eie voordeel gebruik en tydelike werknemers sodoende misbruik nie.⁷⁰⁸ CAPES argumenteer verder dat die meeste agentskappe opgerig is ná die promulgering van die WAV en dus grootliks aan die voorskrifte daarvan voldoen.⁷⁰⁹ Die agentskappe laat kliënte ook toe om te fokus op hulle kernbesigheid, terwyl die agentskappe tydelike werknemers voorsien wat die nie-kern besigheid van die kliënt kan hanteer.⁷¹⁰

Solidariteit self dui aan dat hulle gekant is teen enige vorme van misbruik van werknemers wat in weerlose posisies is en is derhalwe teen die misbruik van tydelike werknemers deur werkgewers gekant. Hulle dui egter aan dat hulle 'n gebalanseerde benadering handhaaf, deurdat misbruik van tydelike werknemers afgeskaf moet word deur die implementering van nuwe wetgewing om dit te reguleer. Hulle voer aan dat sekere praktyke wat met agentskappe gepaardgaan, afgeskaf moet word, maar nie die agentskappe in geheel nie.⁷¹¹ Laasgenoemde sal 'n onverantwoordelike stap wees in die lig daarvan dat dit menigte werknemers in werkloosheid sal dompel. Dit sal weer armoede en sosio-ekonomiese probleme in Suid-Afrika laat toeneem.⁷¹² Hulle voer die Namibiese situasie as voorbeeld aan waar die verbod op sulke agentskappe in Namibië in 2008 meer negatiewe gevolge as voordele ingehou het.⁷¹³

Solidariteit voer verder aan dat billike arbeidspraktyke nie noodwendig vir tydelike werknemers verseker kan word bloot omdat agentskappe afgeskaf

708 Solidariteit *Labour Broking* 2.

709 Balkaran *Position Paper on Labour Brokers* 17.

710 Balkaran *Position Paper on Labour Brokers* 17.

711 Solidariteit *Labour Broking* 3,4.

712 Solidariteit *Labour Broking* 4; Solidariteit *Labour Brokering* 3.

713 Solidariteit *Labour Brokering* 3. Sien ook die bespreking in hoofstuk 4 hierbo.

is nie. Weens die werkloosheidsyfers en die feit dat tydelike werknemers meestal min vaardighede het, sal hulle hulself waarskynlik net weer by 'n ander vorm van informele dienslewering bevind. Daar is geen waarborg dat die omstandighede dan vir hulle beter sal wees nie. Die enigste metode om die onbillike arbeidspraktyke te ondervang, sal wees by wyse van behoorlike regulering van agentskappe waarby daardie tydelike werknemers tans betrokke is.⁷¹⁴ Hierdie opinie verdien instemming.

Solidariteit maak dit wel duidelik dat hierdie agentskappe nie *oorgereguleer* moet word nie. Om arbeidswetgewing minder buigsaam te maak, sal 'n negatiewe invloed op die aantreklikheid van Suid-Afrika vir internasionale beleggers hê. Suid-Afrika moet kompetend bly en die toename in arbeidskoste weens beperkende arbeidswetgewing sal 'n demper op entrepreneurskap plaas. Dit sal bydra tot die afname in Suid-Afrika se ekonomiese posisie en dus in aantreklikheid afneem.⁷¹⁵ Dit kan ook bydra tot hoër vlakke van werkloosheid indien arbeidskoste te hoog raak.⁷¹⁶ Hierdie standpunt van Solidariteit word ondersteun.

In kontras met Solidariteit se opinies en voorstelle, het die *National Public Service Workers Union* (NPSWU) 'n verslag opgestel waarin aangetoon is dat hulle die beweging tot afskaffing van die agentskappe ondersteun.⁷¹⁷ Balkaran⁷¹⁸ voer aan:

It is widely argued that labour brokers are the main drivers of the casualisation of labour. Their practices are the absolute opposite of decent work. They stand accused of having driven down workers' wages and conditions of employment, of not creating any jobs but "sponge" off the labour of others and replace secure jobs with temporary and casual forms of employment.

NPSWU voer verskeie kritiekpunte teen sodanige agentskappe aan. Die vakbond is van mening dat hierdie agentskappe nie werk skep soos wat

714 Solidariteit *Labour Brokering* 6,7.

715 Solidariteit *Labour Brokering* 10.

716 Solidariteit *Labour Brokering* 12.

717 Balkaran *Position Paper on Labour Brokers* 3.

718 Balkaran *Position Paper on Labour Brokers* 4.

graag geargumenteer word nie, maar dat dit slegs werk vind wat reeds bestaan.⁷¹⁹ Daarmee saam veroorsaak die vervanging van permanente werk met tydelike werk 'n afwyking van die beweging van “decent work” soos deur die IAO bekendgestel. Dit ondermyn dus behoorlike werk en werknemers se regte en diensvoorwaardes.⁷²⁰ Sulke agentskappe word ook in hierdie konteks met slawerny vergelyk, deurdat werknemers as kommoditeite beskou word.⁷²¹ Die kommersiële kontrak, waarby 'n tydelike werknemer feitlik nooit betrokke is nie, verminder dus regsekerheid.⁷²² In die *ILO Declaration of Philadelphia* van 1944 is juis ook vermeld dat arbeid nie as kommoditeit behandel moet word nie⁷²³ en daar kan geargumenteer word dat NPSWU se argwaan, onder andere, hierop geskoei is.

NPSWU se finale aanbeveling lyk soos volg:⁷²⁴

...it is recommended that currently a phased combination of regulation be effected until an appropriate position exists for the banning of labour broking is realised. [sic]

Bygevolg is 'n uiteensetting van hoe die agentskappe in Suid-Afrika tans lyk, voorsien. 'n Skets van die voordele en nadele is voorsien, tesame met die opinies van vakbonde. Een van die belangrikste elemente wat genoem is, is die driehoekige diensverhouding en die atipiese samestelling daarvan. Sodanige samestelling het ook in Suid-Afrika die vraag laat ontstaan of daar een of meerdere diensverhoudinge hier betrokke is. So het ook al hier die vraag ontstaan wie dan in so 'n scenario die werkgewer is.

Wanneer vasgestel moet word of 'n diensverhouding binne 'n gegewe situasie bestaan, is die eerste basiese stap om dit aan die hand van die

719 Dit is inderdaad so, maar steeds dien dit 'n goeie en nuttige doel, ook vanuit die oogpunt van 'n werknemer wat graag wil werk en nie self werk vind nie.

720 Hierdie feit kan, soos hierbo daarop gewys, nie ontken word nie.

721 Die submitisie is dat hierdie stelling ietwat kras is.

722 Balkaran *Position Paper on Labour Brokers* 19. Die gebruik van hierdie woorde deur die skrywer laat die vraag ontstaan of daar 'n verskil is tussen “dit verminder regsekerheid” en aan die ander kant “dit skep regsonsekerheid” en of enige gevolgtrekking daaruit gemaak moet word.

723 Sien paragraaf 2.2 hierbo.

724 Balkaran *Position Paper on Labour Brokers* 22.

gemenerereg te toets. Die ondersoek is tweeledig. Dit behels **eers** die vraag na die bestaan van 'n diensverhouding, **waarna** hipoteties aangevoer kan word wie die werkgewer ingevolge die gemenerereg is.

5.3 Die driehoekige diensverhouding ingevolge die gemenerereg

Die driehoekige diensverhouding word gedefinieer as die geval waar 'n werknemer van 'n onderneming vir 'n derde party werk doen, by wyse waarvan die werknemers se werkgewer (die onderneming) aan die derde party arbeid voorsien. In ruil vir gemelde arbeid betaal die derde party aan die werkgewer 'n fooi.⁷²⁵

Theron argumenteer dat daar drie tipes driehoekige diensverhoudinge in die Suid-Afrikaanse reg onderskei kan word. Die eerste hiervan behels 'n konsessie wat 'n ander party lisensieer om onder 'n ander se handelsmerk 'n besigheid te bedryf. Die ander party stel dan werknemers aan om hom in die uitvoer van die besigheid by te staan. Alhoewel die konsessie bepaalde sleutelaspekte van die besigheid beheer, het dit geen beheer oor die werknemers wat aangestel of ontslaan word nie. Dit het ook nie beheer oor die werkplek waar die ander party die besigheid bedryf nie.⁷²⁶

Die tweede vorm behels 'n kontrakteur wat goedere of dienste aan 'n kernbesigheid voorsien. Dit word voorsien by daardie besigheid se werkplek.⁷²⁷ Voorbeelde hiervan is skoonmaak-, vervoer- en sekuriteitsdienste, welke dienste ook deur 'n tussenganger voorsien kan word.⁷²⁸ Die derde en laaste vorm is dié van agentskappe wat as arbeidsmakelaars werknemers **tydelik** aan 'n kliënt verskaf, waar die werknemers onder die beheer van die kliënt en normaalweg op laasgenoemde se perseel dienste

725 Theron 2005 *ILJ* 618,619.

726 Theron 2005 *ILJ* 619,620.

727 Deur aan te dui dat die kontrakteur dienste op die besigheid se perseel verrig, is 'n eng benadering tot die omstandighede. Vervoerdienste is 'n voorbeeld van gevalle waar die diens wat gelewer word nie op een plek geskied nie, maar wat gedurig beweeg. Die verwysing na werksplek kan eerder as simbolies vir "direkte beheer" beskou word.

728 Theron 2005 *ILJ* 620.

lewer.⁷²⁹ Die agentskap tree weliswaar op as middelman tussen die tydelike werknemer wat geplaas word en die kliënt wat die tydelike dienste van 'n persoon benodig.⁷³⁰

Die driehoekige diensverhouding moet van 'n standaard, permanente twee-party diensverhouding onderskei word. Theron⁷³¹ meen dat laasgenoemde oor ten minste drie eienskappe beskik. Eerstens behels dit 'n verhouding tussen die werkgewer en die werknemer, wat veronderstel dat daar slegs een werkgewer betrokke is. Tweedens behels dit die lewering van dienste onder die direkte beheer van die werkgewer, wat gewoonlik inhou dat die werknemer sy dienste op die perseel van die werkgewer verrig (maar wat weens die aard van die werknemer se take nie noodwendig altyd die geval is nie). Die derde eienskap is die voortdurendheid van die dienskontrak.⁷³²

Die belangrikste eienskap hierbo genoem, is myns insiens die feit dat 'n standaarddienskontrak 'n reëling tussen een werknemer en een werkgewer is. Daar is dus een werkgewer aan wie die werknemer verslag moet doen en aan wie hy onderworpe moet wees en daar is slegs een werkgewer met alle verpligtinge wat met werkgewerskap gepaardgaan. Daar is regsekerheid in so 'n diensverhouding omdat elke party weet wat van hom verwag word. Die parameters van sodanige diensverhouding is ook in besonderhede in die Suid-Afrikaanse wetgewing en akademiese geskifte uitgepluis.

Die driehoekige diensverhouding relevant by die betrokke agentskappe verskil van standaard-diensverhoudinge met betrekking tot elke eienskap van laasgenoemde. Die verhouding wat vanuit die dienslewering tussen die

729 Theron 2005 *ILJ* 620,621.

730 Theron 2003 *ILJ* 1253. Alhoewel die indiensname van die tydelike werknemer aanvanklik 'n tydelike ooreenkoms is, kan 'n kliënt besluit om so 'n werknemer na afloop van die tydperk permanent aan te stel. Die tydelike dienslewering kan dus geld as 'n proeftydperk. Sien Le Roux 2009 *Contemporary Labour Law* 23.

731 Theron 2003 *ILJ* 1249; SOCPOL *Changing Nature of Work* 137.

732 Terwyl Theron gemelde stelling met betrekking tot deurlopendheid maak, is dit nie noodwendig altyd die geval nie. In hierdie geval kan seisoenale werknemers geïdentifiseer word.

tydelike werknemer en die kliënt ontstaan, is **inherent** tydelik.⁷³³ Daar is ook twee partye, die agentskap en die kliënt, wat elk in sy eie reg as een of ander vorm van 'n werkgewer geklassifiseer kan word. So ook lewer die tydelike werknemer **normaalweg** sy dienste op die perseel van die kliënt, wat op die oog af slegs 'n kliënt en nie die werkgewer is nie.⁷³⁴ Om hierby aan te sluit, het die agentskap geen beheer oor die tydelike werknemer se werksverrigting nie.⁷³⁵ Laastens duur die verhoudinge slegs tot en met die voltooiing van 'n spesifieke projek of tot die aanbreek van die verstrykingsdatum soos in die kontrak vasgestel.⁷³⁶ Dit is egter belangrik om te noem dat dit moontlik is dat die verhouding tussen die **agentskap** en die **tydelike werknemer** permanent kan wees, terwyl die kontrak vir fisiese dienslewering (die plasing) by 'n **kliënt** inderwaarheid tydelik van aard is.

'n Ander aspek van 'n standaard-diensverhouding is dat dit gereguleer word by wyse van slegs een kontrak waarin alle bepalings en diensvoorwaardes uiteengesit word. Die driehoekige diensverhouding word gereguleer deur twee kontrakte. Dit doen afbreuk aan die tydelike werknemer se regsekerheid, omdat daar meerdere kontrakte is om na te verwys en omdat die tydelike werknemer selde insae in die kommersiële kontrak het.⁷³⁷

Ten einde die driehoekige diensverhouding in die betrokke geval te evalueer, moet aangedui word dat regsverhoudinge onderskeidelik tussen die kliënt en die agentskap en tussen laasgenoemde en die tydelike werknemer tot stand kom. Daar ontstaan wel ook 'n sekere verhouding

733 Alhoewel die verhouding tussen die tydelike werknemer en die kliënt algemeen as tydelik aanvaar word, word daar soms van so 'n werknemer op 'n langer termyn gebruik gemaak. Dus kan die werknemer se dienslewering op die oog af permanent wees, terwyl dit inderwaarheid ingevolge 'n tydelike kontrak geskied.

734 Omdat die tydelike werknemer werk vir die kliënt verskaf, blyk dit 'n logiese afleiding te wees dat die dienste op die kliënt se perseel verrig word. Dit sal egter afhang van die aard van die dienste en is dus nie altyd die geval nie.

735 Benjamin 2010 *ILJ* 847. Die agentskap het vervolgens ook geen beheer oor die perseel waar die tydelike werknemer sy dienste verrig nie.

736 Soos later gesien sal word, kan die relevante kontrak(te) moontlik ook beëindig word deurdat die kliënt aan die agentskap die opdrag gee om die tydelike werknemer terug te neem. Sien paragrawe 5.3.1.2.2 en 6.2.1.1.1.

737 Theron 2005 *ILJ* 629.

tussen die kliënt en die tydelike werknemer. Aangesien dit egter 'n verhouding is wat nie ingevolge 'n skriftelike ooreenkoms tussen die partye gedefinieer is nie, is dit moeilik om die aard van die verhouding sonder die hulp van verskeie gemeenregtelike toetse te identifiseer.⁷³⁸ Dit is 'n ope vraag of hier 'n ware diensverhouding binne die driehoekige diensverhouding bestaan, welke vraag vervolgens aangespreek gaan word.

5.3.1 Drie verhoudinge en die gemenereg

Dit is duidelik dat tydelike diensverskaffing tussen drie partye geskied, waaruit twee regserkende verhoudinge en een informele, onbeskrewe verhouding ontstaan. Elk van die gemelde verhoudinge gaan hieronder bespreek word. Die eerste verhouding, dié tussen die kliënt en die agentskap, is op 'n gewone kontrak geskoei en is tipies nie vatbaar vir die bestaan van 'n diensverhouding nie. Die ander twee verhoudinge, soos in die paragraaf hierbo genoem, het wel die potensiaal om diensverhoudinge te wees.

'n Onderzoek, gegrond op die beginsels van die gemenereg, sal onderneem word om vas te stel of een of meer van die betrokke verhoudinge 'n diensverhouding is en dientengevolge wie die werkgewer ingevolge die gemenereg is. Dit word deur verskeie outeurs aangedui dat wanneer vasgestel word of 'n spesifieke verhouding 'n diensverhouding is, daar eerder op die substansie as die vorm van 'n verhouding gekonsentreer moet word.⁷³⁹ Die beste metode om ten einde laaste 'n relatiewe akkurate antwoord te vind, sal wees deur die gemeenregtelike toetse op die situasie toe te pas. Die hoewe maak hoofsaaklik van vier toetse gebruik, naamlik die beheertoets, organisasietoets, dominante indruktoets en laastens die ekonomiese toets.⁷⁴⁰

738 Ngebulana 1997 *ELJ* 73.

739 Benjamin 2004 *ILJ* 798; Benjamin 2010 *ILJ* 846; Cohen 2008 *ILJ* 863; NEDLAC 2007 28 *ILJ* 101.

740 Grogan *Workplace Law* 17-21; Smit en Fourie 2009 *TSAR* 530, 531; Bezuidenhout *et al Non-standard employment* 88.

Die volgende werkswyse sal gevolg word: Eerstens sal die toepaslike toetse beskryf word. Daarna sal elk van die verhoudinge wat by die driehoekige diensverhouding betrokke is, bespreek word, waartydens aan die hand van die toetse geanaliseer sal word of die verhouding tussen die agentskap en die tydelike werknemer en/of die verhouding tussen die tydelike werknemer en die kliënt diensverhoudinge is.

5.3.1.1 *Gemeenregtelike toetse deur die howe toegepas*

Die eerste toets, die **beheertoets**, behels die beheer wat die werkgewer oor die ander persoon kan en mag uitoefen. Om by wyse van hierdie toets te bevestig dat 'n diensverhouding bestaan, veronderstel dat die persoon onderworpe aan die werkgewer moet wees en sy bevele moet uitvoer. Dit veronderstel dat die werkgewer 'n spesifieke metode van dienslewering kan vereis.⁷⁴¹ Die Arbeidshof het in *Mandla v LAD Brokers*⁷⁴² aangedui dat beheer moontlik die belangrikste *indicia* is dat 'n verhouding waarskynlik 'n diensverhouding is. Hoe groter die beheer, hoe sterker is die vermoede dat 'n diensverhouding bestaan. In hierdie saak is 'n tydelike werknemer deur die agentskap as onafhanklike kontrakteur by 'n aksie vir onbillike ontslag geklassifiseer. Die hof het die beheertoets toegepas en tot die gevolgtrekking gekom dat die tydelike werknemer wel in 'n diensverhouding was, al was dit 'n driehoekige diensverhouding.⁷⁴³

Die beheertoets is ook in *Banda v Gamegone*⁷⁴⁴ effektief toegepas. In hierdie saak het regter Smith beslis dat werkers wat bussies, deur Gamegone verskaf, gebruik om persone na hulle bestemmings te vervoer, nie werknemers van Gamegone was nie, aangesien laasgenoemde geen beheer uitgeoefen het oor die roetes wat hulle neem of hoe hulle bestuur nie. Hulle was slegs kontrakwerkers wat vir die dag aangestel was.

741 NEDLAC 2007 ILJ 104.

742 *Mandla v LAD Brokers* 2000 ILJ 21 1807 (LC) 1809.

743 *Mandla v LAD Brokers* 2000 ILJ 21 1807 (LC) 1817.

744 *Banda v Gamegone* 2003 JOL 12298 (ZH) 4-8.

Werknemers se vaardighede het mettertyd só toegeneem dat fisiese beheer deur die werkgewer nie noodwendig in elke geval meer prakties moontlik was nie. Die parameters van die toets is derhalwe gewysig, in die sin dat die vraag nie meer gevra word of die werkgewer fisiese beheer uitoefen nie, maar of hy bloot die **reg** het om beheer uit te oefen.⁷⁴⁵ Omdat daar egter nie meer fisiese beheer uitgeoefen word nie, is dit moeilik om in sulke gevalle beheer vir doeleindes van die toets te bewys. Die effektiwiteit van die toets het bygevolg afgeneem.

Daar is ook aangedui dat die beheertoets nie in isolasie toegepas kan word nie, aangesien die gebrek aan beheer oor 'n persoon nie noodwendig beteken dat daar nie 'n diensverhouding is nie. Dit is die mening van Brassey⁷⁴⁶ dat, indien die beheertoets in isolasie toegepas word, dit sou beteken dat kinders wat hulle ouers in laasgenoemde se besigheid uithelp, skoolkinders wat werkies vir die skoolhoof doen en gevangenes wat vir die tronkmeester klippe kap, met daardie partye in 'n diensverhouding sou wees en derhalwe as werknemers beskou kon word.

Alhoewel beheer steeds as 'n besonder belangrike element van 'n werkgewer-werknemer-verhouding beskou word, dien dit nie meer as die deurslaggewende faktor nie en word ander elemente bygevolg daarmee saam oorweeg. Juis as gevolg van bogenoemde feit behoort nie weggedoen te word met die beheertoets nie. Dit maak derhalwe sin om eerder gemelde toets saam met ander toe te pas om te verseker dat 'n akkurate gevolgtrekking bereik word. Die beheertoets is vervolgens op sy effektiwiteit wanneer dit in samehang met ander toetse toegepas word.⁷⁴⁷

Ingevolge die **organisasietoets** word gevra of 'n persoon deel van die werkgewer se organisasie uitmaak. Die feit dat die frase “deel van die werkgewer se organisasie” nooit gedefinieer is nie, het baie onsekerhede ontloot, waarna besluit is dat dit nie 'n effektiewe en akkurate toets is nie

745 NEDLAC 2007 *ILJ* 104; Brassey 1990 *ILJ* 907-910.

746 Brassey 1990 *ILJ* 911.

747 Grogan *Workplace Law* 17, 18.

en daarom nie behoorlike antwoorde kan voorsien nie.⁷⁴⁸ By gebrek aan 'n definisie vir “deel van die werkgewer se organisasie”, kan geargumenteer word dat 'n onafhanklike kontrakteur vir die kort tydperk wat hy dienste vir 'n werkgewer lewer, ook deel van die werkgewer se organisasie uitmaak – wat die gevolg sou hê dat hy as 'n deel van 'n diensverhouding geag kon word. Sou die konsep eerder geformuleer wees as “deel van en bydraend tot die bestuur van die werkgewer se organisasie,” sou dit eerder by die bestaan van 'n diensverhouding inpas. Dit sou dan ook duideliker gewees het wat daarmee bedoel word. In die lig van die onsekerhede wat hierdie toets omring, moet dit verkieslik soos die beheertoets nie in isolasie toegepas word nie.

Hierna is die **dominante indruktoets** ontwikkel. Wat hierdie toets op die oog af effektief maak, is die feit dat nie net een enkele element oorweeg word nie, maar dat 'n kombinasie van eienskappe wat die verhouding omring, oorweeg word om vas te stel wat die dominante indruk betreffende die verhouding is.⁷⁴⁹ Faktore soos byvoorbeeld die bepalinge in die kontrak tussen die partye; hoe en waarvoor die persoon vergoed word; of die persoon die verpligting het om die werkgewer se bevels uit te voer en of die werkgewer aan die persoon toerusting voorsien om sy werk te verrig, kan oorweeg word. Die werkgewer se mag om die kontrak te beëindig en te bepaal hoe en wanneer die persoon sy dienste beskikbaar moet stel, speel ook 'n groot rol.⁷⁵⁰ Die dominante indruktoets is met sukses in *Linda Erasmus Properties Enterprise v Mhlongo*⁷⁵¹ toegepas. 'n Diensverhouding het in die betrokke omstandighede ontstaan aangesien die faktore oorwegend daarop gedui het.

'n Aantal outeurs kritiseer hierdie toets en diegene dui aan dat die dominante indruktoets slegs bepaal dat 'n besluit rakende die dominante indruk van die bestaan van 'n diensverhouding in die lig van alle faktore

748 Grogan *Workplace Law* 18; Benjamin 2004 *ILJ* 791; Brassey 1990 *ILJ* 917.

749 *Mandla v LAD Brokers* 2000 *ILJ* 21 1807 (AH) 1809.

750 Grogan *Workplace Law* 18,19; Benjamin 2004 *ILJ* 791,792.

751 *Linda Erasmus Properties Enterprise v Mhlongo* 2007 *JOL* 19327 (AH) par 27.

geneem moet word. Dit werp volgens hierdie skrywers geen lig op die regs aard van die verhouding nie en bied geen antwoorde vir grensgevalle nie.⁷⁵²

Daar word met respek van laasgenoemde standpunt verskil. Soos dit duidelik uit die beheer- en organisasietoets blyk, is dit nie wenslik om een enkele faktor in isolasie te oorweeg om vas te stel of 'n diensverhouding bestaan nie. 'n Enkele faktor kan 'n aanduiding wees dat 'n diensverhouding nie teenwoordig is nie, soos byvoorbeeld die afwesigheid van fisiese beheer, terwyl enkele ander faktore die teendeel duidelik maak. Om alle relevante faktore tot 'n spesifieke situasie in oorweging te bring, is 'n meer verantwoordelike en akkurate metode om te volg. Sodoende kan 'n ingeligte besluit oor die aard van die verhouding geneem word. Alle faktore word teen mekaar opgeweeg – hierdie faktore dui dan op die verhouding wat tussen die partye bestaan en kan op grond daarvan geklassifiseer word. Op dié wyse word die ware verhouding tussen partye nie eng beoordeel nie. Daar word aan die hand gedoen dat die dominante indruktoets juis op grensgevalle toepaslik is, aangesien alle faktore in samehang oorweeg word om die mees waarskynlike antwoord aan te dui.

Ingevolge die **ekonomiese toets** word die vraag gevra of die een persoon van die ander vir sy inkomste-sekuriteit afhanklik is. Daar word ook gevra wie voordeel uit die persoon se dienslewering trek en wie se besigheid dit is.⁷⁵³ Indien die werkgewer die voordeel trek, beteken dit dat die ander persoon nie 'n diens lewer ter wille van die bevordering van sy eie besigheid nie, maar eerder die ander party ondersteun in die uitbou van sy besigheid. Die partye is dus in 'n diensverhouding gewikkel. Alhoewel daar nie kritiek op hierdie toets gelewer kan word nie, word tog aanbeveel dat dit nie in isolasie toegepas moet word nie. Tegnies gesproke vorm dit myns insiens reeds deel van die dominante indruktoets en moet dus as sodanig aangewend word.

752 Fourie 2008 *PER* 115; Benjamin 2004 *ILJ* 792,793.

753 Grogan *Workplace Law* 20,21.

Vervolgens 'n bespreking van die verskillende verhoudinge by 'n driehoekige diensverhouding betrokke, waartydens die gemeenregtelike toetse toepassing sal vind.

5.3.1.2 *Agentskap-kliënt-verhouding*

Die verhouding wat tussen die agentskap en die kliënt ontstaan, is die maklikste om te identifiseer. Hierdie twee partye sluit 'n kontrak ingevolge waarvan die agentskap onderneem om die werknemer aan die kliënt te voorsien⁷⁵⁴ en die kliënt op sy beurt beloof om aan die agentskap 'n fooi vir die werknemer se dienste te betaal.⁷⁵⁵ Die betrokke verhouding is dus op 'n gewone kommersiële kontrak geskoei wat aan alle vereistes vir 'n standaard afdwingbare kontrak moet voldoen.⁷⁵⁶

5.3.1.2.1 Die kommersiële kontrak

Dit is van die staanspoor af duidelik dat hierdie slegs 'n algemene kontraktuele verhouding is, met die gevolg dat die partye daartoe dit na willekeur kan reël en enige bepalings daarin kan vervat – met dien verstande dat hulle nie onwettige of ongeoorloofde elemente daarin mag inkorporeer nie.⁷⁵⁷ Aangesien die partye enige bepalings soos verkies in die kommersiële kontrak kan inbou, sal elke sodanige verhouding uniek wees en sal die aard van die betrokke kontraktuele verhouding van die bepalings in die kontrak afhang.

Aangesien partye in hierdie geval kontrakteervryheid het, kan die kontraktuele verhouding verskillende vorme aanneem. Eerstens kan dit 'n eenmalige transaksie wees, deurdat die kliënt op 'n gegewe oomblik die agentskap vir die plasing van 'n tydelike werknemer onder sy beheer nader, hetsy vir 'n bepaalde of aanvanklik onbepaalde tydperk (waarvan

754 Harvey 2011 SALJ 106; Le Roux 2009 *Contemporary Labour Law* 22.

755 Bosch 2008 ILJ 814,815; Theron 2005 ILJ 629.

756 Le Roux 2009 *Contemporary Labour Law* 22; Theron 2005 ILJ 619; Bosch 2008 ILJ 814; Theron 2008 ILJ 17; Harvey 2011 SALJ 106.

757 Dit veronderstel enige bepalings wat strydig met wetgewing is.

die tydstip van die beëindiging in 'n latere stadium aangedui sal word). Sodra die tydperk verstryk, verval die kommersiële kontrak daarmee saam.

So ook kan die kliënt en die agentskap 'n langtermyn kommersiële kontrak sluit ingevolge waarvan die kliënt aandui dat, sou hy in 'n stadium in die toekoms 'n werknemer se dienste benodig, hy die agentskap daarvoor sou nader. Die agentskap onderneem dan om in sulke gevalle 'n gepaste werknemer aan die kliënt te voorsien. Die partye kan reeds byvoorbaat in die kontrak aandui welke werknemer, hetsy by naam of met betrekking tot spesifieke vaardighede, die agentskap moet plaas. Die partye kan selfs reeds oor 'n fooi ooreenkom, of aandui vir hoe lank die tydelike werknemer onder die kliënt se beheer geplaas sal word. Dit hang egter af van geval tot geval. Die belangrikste aspek wat hier vermeld moet word, is dat die kommersiële kontrak by sulke aaneenlopende ("running") ooreenkomste na die beëindiging van die tydelike werknemer se dienste steeds sal bly voortbestaan, tensy die partye anders besluit.

5.3.1.2.2 Buigsaamheid as resultaat

Buigsaamheid is 'n belangrike faktor om hier te noem, aangesien die kommersiële ooreenkoms verskeie vorme van buigsaamheid vir die kliënt bewerkstellig. Oor die algemeen kan 'n aantal tipes buigsaamhede onderskei word. Veral van belang is funksionele buigsaamheid en numeriese buigsaamheid.⁷⁵⁸ Funksionele buigsaamheid stel werkgewers in staat om eng diensbeskrywings te omseil en werknemers in meerdere velde of volgens verskillende werksure (temporale buigsaamheid)⁷⁵⁹ te gebruik. Funksionele buigsaamheid kan ook loonbuigsaamheid insluit, deurdat werkgewers verskillende werknemers in sy diens teen verskillende lone kan vergoed. Numeriese buigsaamheid maak dit vir werkgewers moontlik om die aantal werknemers wat op een gegewe oomblik in sy diens

758 Kenny en Webster 1998 *Critical Sociology* 220; Appiah-Mfodwa ea 2000 *Society in Transition* 96.

759 Appiah-Mfodwa ea 2000 *Society in Transition* 97.

is, na gelang van spesifieke behoeftes te fluktueer.⁷⁶⁰ Tydelike diensverskaffingsagentskappe voorsien hoofsaaklik in numeriese buigsaamheid, maar loonbuigsaamheid kan ook 'n prominente rol speel.

Die agentskappe maak dit eerstens vir kliënte moontlik om aan verhoogde aanvraag in produksie te voldoen of om voldoende kompetierend met ander besighede te wees.⁷⁶¹ 'n Kliënt kan met behulp van gemelde agentskappe sy personeelbasis na willekeur verander om by die eise van die oomblik aan te pas.⁷⁶² Dit sou onproduktief en onrealisties wees om nuwe werknemers permanent aan te stel terwyl hulle dienste slegs vir 'n maand benodig word. Laasgenoemde argument geld veral vir arbeidsmarkte waar die kernbesigheid seisoengebonde is.⁷⁶³ Werkgewers vind ook baat by die gebruik van tydelike werknemers vir die verrigting van 'n spesifieke permanente werknemer se take terwyl gemelde werknemer om 'n bepaalde rede afwesig is.⁷⁶⁴ In hierdie opsig word slegs van vaste termyn kontrakte gebruik gemaak.

Aangesien 'n kliënt sy besigheid by veranderde omstandighede kan aanpas en die personeelbasis met min moeite kan verander, het dit tot gevolg dat die besigheid se bestuur meer effektief en produktief is.⁷⁶⁵ Die effektiwiteit spruit voort uit die feit dat 'n kliënt van tydelike werknemers met spesifieke vaardighede gebruik kan maak, deurdat hy dit so van die agentskap versoek het. Dientengevolge beskik hy oor werknemers wat almal hoogs gekwalifiseerd en/of gespesialiseerd in bepaalde vaardighede is en wat hulle take met akkuraatheid kan uitvoer. Dit het weer 'n invloed op die totale produktiwiteit van die besigheid. Deur die aantal werknemers binne die besigheid by verhoogde produksie-aanvraag aan te pas, verhoog

760 Kenny en Webster 1998 *Critical Sociology* 220,221.

761 Fourie 2008 *PER* 118; Le Roux 2009 *Contemporary Labour Law* 21; Gericke 2010 *Obiter* 96.

762 Hutchinson 2007 *ILJ* 92; Le Roux 2009 *Contemporary Labour Law* 26; Fourie 2008 *PER* 112; Mills 2004 *ILJ* 208; Klerck 1991 *SALB* 45,46.

763 'n Voorbeeld hiervan is fabrieke wat kersversierings vervaardig en dus 'n swaarder produksie-aanvraag in die laaste paar maande van die jaar het.

764 Geldenhuys 2008 *SA Merc LJ* 268.

765 Appiah-Mfodwa *ea* 2000 *Society in Transition* 104.

produksie ook, wat die besigheid meer kompetend in die arbeidsmark maak.⁷⁶⁶

Buigsaamheid word verder bewerkstellig deurdat die kliënt en die agentskap 'n bepaling in die kommersiële kontrak kan vervat ingevolge waarvan die kliënt die agentskap op kort kennisgewing kan versoek om 'n bepaalde werknemer terug te neem en die kommersiële kontrak daarmee saam te beëindig. Dit is moontlik om so 'n klousule te inkorporeer, aangesien niks in die Suid-Afrikaanse wetgewing so 'n bepaling in 'n kommersiële kontrak verbied nie. Buigsaamheid word dus in hierdie konteks ingevolge 'n kontraktuele bepaling bevestig.

Die laaste vorm van buigsaamheid behels die aaneenlopende ooreenkomste hierbo na verwys. In hierdie gevalle kan die kliënt ook uit hoofde van 'n bepaling in die kommersiële kontrak die agentskap versoek om die tydelike werknemer terug te neem. Die verskil in hierdie geval is egter dat die kommersiële kontrak nie daardeur beëindig word nie en kan die agentskap selfs net die tydelike werknemer vervang, afhangende van die kliënt se wense.

In bogenoemde gevalle sal die tydelike werknemer se dienslewering by die kliënt staak, maar die verhouding tussen die agentskap en die tydelike werknemer kom nie noodwendig daardeur tot 'n einde nie. Dit kan probleme vir die agentskap veroorsaak. 'n Kliënt is nie direk vir die betaling van 'n tydelike werknemer se salaris verantwoordelik nie, maar die salaris wat die agentskap aan die tydelike werknemer uitbetaal, is vanuit die fooi wat die kliënt betaal het, ontleen. Die werknemer se vergoeding sal dus afhang van die fooi wat die agentskap vir sy dienste ontvang.⁷⁶⁷ Indien geen fooi meer ontvang word nie, het die agentskap verskeie opsies tot sy beskikking. Die werknemer kan uit ander bronne vergoed word, of alternatiewelik is dit moontlik dat die tydelike werknemer by 'n ander kliënt

766 Klerck 1991 *SALB* 46.

767 Theron 2005 *ILJ* 628, 629; Gericke 2010 *Obiter* 96.

geplaas kan word. Dit is wel moontlik dat die kontrak tussen die tydelike werknemer en die agentskap hierdie aspek sal reguleer.

Daar kan ook ooreengekom word dat die tydelike werknemer steeds 'n werknemer van die agentskap bly, maar dat hy nie betaal sal word gedurende die tydperk wat hy nie by 'n kliënt geplaas is nie. Dit is ook moontlik dat die agentskap kan besluit om die dienste van die werknemer te beëindig. Mits daar aan die bepalings van die dienskontrak voldoen is, sal dit nie kontrakbreuk daarstel nie. Die probleem vir die agentskap is egter die statutêre bepalings van die WAV. Daar moet 'n billike rede vir so 'n ontslag wees. In hierdie geval sal die operasionele vereistes van die agentskap as 'n billike rede kan dien. Dit is egter so dat daar 'n tydrawende konsultasieproses sal wees. Dit het die gevolg dat die agentskap moontlik gebruik sal maak van bepalings wat poog om te bewerkstellig dat die dienskontrak "outomaties" beëindig word en dat daar dus nie 'n ontslag is nie.

Soos hieronder gesien sal word, sluit die agentskap en die tydelike werknemer op hulle beurt 'n dienskontrak met betrekking tot die plasing by die betrokke kliënt. Sodanige dienskontrak kan moontlik eindig aan die einde van die periode soos deur die agentskap en die kliënt in die kommersiële kontrak gespesifiseer (met ander woorde die verstryking van die tydperk waarvoor die werknemer aangestel is), of wanneer die kommersiële kontrak tussen genoemde partye deur die kliënt beëindig word (in welke geval die tydelike werknemer, soos hierbo beskryf, oorbodig word en die agentskap vervolgens besluit om die dienskontrak ook te beëindig).⁷⁶⁸ Die agentskap, as die gesagsfiguur ingevolge die dienskontrak, sal vir die nakoming van al die vereistes vir billikheid by die beëindiging van die dienskontrak verantwoordelik wees.

Die strikvraag hier is hoe die agentskap homself kan beskerm wanneer die kliënt sy kontraktuele reg uitoefen en versoek dat die agentskap die

768 Theron 2005 *ILJ* 629.

werknemer moet terugneem. Die kliënt het die “ontslag” geïnisieer, maar tog is dit die agentskap wat die risiko dra, aangesien dit hy is wat die dienskontrak met die tydelike werknemer het en wat derhalwe aan die arbeidsregreëls moet voldoen. Die vraag word gestel hoe buigzaamheid tussen die agentskap en die kliënt bewerkstellig kan word, maar die agentskap terselfdertyd steeds die regsreëls nakom. Dit is ‘n delikate balans wat gehandhaaf moet word, ‘n probleem waarvoor daar nie noodwendig ‘n maklike oplossing is nie.

Die agentskappe het hierdie risiko probeer omseil deur in die dienskontrak aan die tydelike werknemer duidelik te maak dat, indien die kliënt die versoek rig dat die tydelike werknemer teruggeneem moet word, dit wel die dienskontrak ook tot ‘n einde sal laat kom. Die dienskontrak sou dan by wyse van regswerking eindig. Hierdie is ‘n omstrede aspek wat hewige teenstand ontloot het. Die toelaatbaarheid hiervan sal later geanaliseer word.⁷⁶⁹

Bogenoemde bespreking het die eerste van drie verhoudinge by die driehoekige diensverhouding beskryf. Vervolgens geskied ‘n bespreking van die ander twee verhoudinge, welke verhoudinge meer gekompliseerd is aangesien dit baie moontlik is dat albei moontlik diensverhoudinge is. Elk van die verhoudinge sal aan die hand van die toetse wat hierbo bespreek is, ontleed word ten einde vas te stel of dit inderdaad diensverhoudinge is.

5.3.1.3 *Agentskap-werknemer-verhouding*

Die betrokke verhouding behels ‘n standaarddienskontrak, gesluit tussen die agentskap en die tydelike werknemer. In hierdie kontrak onderneem die agentskap om die tydelike werknemer te vergoed en beloof die tydelike werknemer om sy dienste aan die kliënt beskikbaar te stel.⁷⁷⁰ Die voorkoms van die verhouding sal afhang van die bepalinge in die kontrak en moet dus altyd op eie meriete ondersoek en beoordeel word. Soos gebruiklik

⁷⁶⁹ Sien paragraaf 6.2.1.1.1.

⁷⁷⁰ Le Roux 2009 *Contemporary Labour Law* 22; Harvey 2011 *SALJ* 106.

word 'n werknemer se diensvoorwaardes in die dienskontrak uiteengesit, maar in hierdie geval kan dit soms gebeur dat die tydelike werknemer se diensvoorwaardes en voordele deur die kommersiële kontrak beïnvloed word.⁷⁷¹ 'n Voorbeeld van laasgenoemde is dat die fooi wat die kliënt aan die agentskap betaal die grootte van die salaris aan die tydelike werknemer betaalbaar direk kan beïnvloed.

Die betrokke verhouding ontstaan deurdat 'n potensiële werknemer die agentskap vir werk nader. Die persoon moet 'n aansoekvorm invul ten einde oorweeg te word wanneer 'n kliënt die agentskap nader.⁷⁷² Dit is my submissie dat die bestaan van die dienskontrak van die sluit van die kommersiële kontrak tussen die kliënt en die agentskap afhanklik is. Dit is so aangesien die kliënt eers moet aandui dat hy die dienste van die werknemer wil gebruik voordat die agentskap en die tydelike werknemer 'n dienskontrak met betrekking tot die spesifieke kliënt kan sluit. Theron⁷⁷³ stel dit dat die twee kontrakte saamgelees behoort te word. Hy noem dat:

...the contract of employment between the TES and workers it places must be read with, and understood in terms of, the contract between the client and the broker. It is also quite likely that TES's, as a matter of course, present clients with a copy of the standard contract of employment they utilize, before entering into an agreement with the client.

Theron se siening word ondersteun. Ten spyte van die feit dat twee aparte kontrakte ter regulering van twee verskillende verhoudinge bestaan, word gemelde kontrakte uiteindelik gesluit vir die doeleindes van die bestuur van 'n enkele "transaksie". Ter wille van 'n mate van regsekerheid binne die betrokke "transaksie", moet die kontrakte wat dit bestuur, gekoördineer word.

771 Cohen 2008 *ILJ* 873; Theron 2003 *ILJ* 1255; Theron 2005 *ILJ* 629. Wat kommerwekkend is, is die feit dat die tydelike werknemer nie altyd ingelig word van die bepalings soos dit in die kommersiële kontrak voorkom nie.

772 Theron 2005 *ILJ* 628.

773 Theron 2005 *ILJ* 630,631. Sien ook Theron 2008 *ILJ* 17.

Alhoewel die agentskap en die tydelike werknemer 'n dienskontrak sluit, kan daar nie ongekwalifiseerd bevestig word dat hier wel 'n diensverhouding bestaan nie. Die agentskap is inderwaarheid die persoon wat die werknemer vergoed, maar dit is nie sodanige agentskap wat die dienste van die werknemer geniet nie. Die gewone wedersydse prestasie tussen 'n werkgever en 'n werknemer ontbreek derhalwe hier.

Wanneer die eerste gemeenregtelike toets soos hierbo bespreek op die omstandighede toegepas word, kan aangedui word dat die agentskap, as die instansie wat slegs die tydelike werknemer aan die kliënt voorsien, geen beheer oor die tydelike werknemer gedurende hierdie tydperk uitoefen nie. Dit beskik ook oor geen reg om insette oor die tydelike werknemer se werkverrigting of die metode van verrigting te lewer nie. Die betrokke verhouding voldoen dus nie aan die **beheertoets** nie.

Wanneer die **organisasietoets** toegepas word, behoort aangetoon te word van wie se organisasie die tydelike werknemer deel vorm. Alhoewel die tydelike werknemer se arbeidspotensiaal aan die kliënt verskaf word en die agentskap dus geen voordeel uit die werknemer se arbeid ontvang nie, kan 'n tydelike werknemer moontlik ook deel van die agentskap se organisasie vorm, slegs omdat hy op die agentskap se rekords is. Dit is moontlik om so 'n gevolgtrekking te maak juis omdat "deel van die organisasie van die werkgever" nie gedefinieer is nie en die konsep relatief buigsaam toegepas kan word.⁷⁷⁴

'n Agentskap se kernbesigheid is die voorsien van tydelike werknemers aan kliënte. Indien 'n tydelike werknemer homself aan die agentskap beskikbaar stel om geplaas te word, lewer hy weliswaar 'n bydrae in die kernbesigheid van die agentskap en vorm hy derhalwe deel van die agentskap se organisasie.

774 Brassey 1990 *ILJ* 917.

Alhoewel die beheertoets op sy eie in hierdie geval effektief is, blyk dit dat die **dominante indruktoets** dalk weer die beste toets is, aangesien dit 'n kombinasie van faktore (beheer ingesluit) oorweeg. Veral die feit dat die antwoorde op die toetse hierbo onderskeidelik positief en negatief is, sal dit wys wees om die probleem op 'n oorwig van waarskynlikheidsbasis te beoordeel. Alhoewel die agentskap die party is wat die tydelike werknemer se salaris betaal en met wie die tydelike werknemer 'n dienskontrak sluit, het sodanige agentskap geen reg om beheer oor die tydelike werknemer se werkverrigting uit te oefen nie (welke aspek die vasstelling van werksure insluit) en kan dit ook nie besluit wanneer die tydelike werknemer se dienste beëindig moet word nie. Die agentskap voorsien ook nie aan die tydelike werknemer toerusting nie. Op 'n oorwig van waarskynlikheid het die agentskap nie aan die dominante indruktoets voldoen nie.

Die finale toets handel oor die **ekonomiese afhanklikheid** van die tydelike werknemer. Die kliënt betaal aan die agentskap 'n fooi vir die gebruik van die tydelike werknemer se dienste. Die agentskap wend hierdie fooi vir sy uitgawes aan en betaal dan die tydelike werknemer se salaris uit die oorblywende fondse. Daar kan geargumenteer word dat die tydelike werknemer van beide partye ekonomies afhanklik is, aangesien die agentskap die fisiese salaris betaal en oor die algemeen beheer daarvoor uitoefen, maar dat die salaris vanaf die kliënt se fooi afkomstig is. As die kliënt nie sy beloofde fooi aan die agentskap betaal nie, sal die tydelike werknemer nie 'n salaris ontvang nie. Beide die gesagsfigure het dus in 'n mate die mag om te verhoed dat die tydelike werknemer betaling ontvang.

Hierbo is die agentskap se verhouding met die tydelike werknemer ontleed. Dit is aan die gemeenregtelike toetse gemeet om vas te stel in watter mate dit daaraan voldoen. 'n Samevattende gevolgtrekking rakende die gemeenregtelike posisie met betrekking tot die bestaan van 'n diensverhouding, sal na die analise van die werknemer-kliënt-verhouding voorsien word.

5.3.1.4 *Werknemer-kliënt-verhouding*

Dit word vereis dat beide die kliënt en die tydelike werknemer hulle toestemming tot die **onderskeie** betrokke kontrakte moet gee alvorens die tydelike werknemer amptelik aan die kliënt beskikbaar gestel kan word.⁷⁷⁵ Die tydelike werknemer voorsien slegs sy persoonlike arbeid vir die uitvoer van 'n spesifieke taak of take. Dit staan bekend as die praktyk wat die IAO “labour-only contracting” noem. Dit kom daarop neer dat die werknemer tegnies gesproke nie in die kliënt se diens is nie, maar wel deur hom beheer word.⁷⁷⁶

Ingevolge hierdie verhouding voorsien die werknemer dus slegs sy arbeidspotensiaal en het vervolgens werknemerverantwoordelikhede teenoor die kliënt. Die kliënt op sy beurt beskik oor sommige regte van 'n werkgewer deurdat hy in die posisie is om aan die werknemer bevele te gee (welke bevele die werknemer derhalwe moet uitvoer). Dat hier wel een of ander vorm van 'n verhouding tussen die partye ontstaan, kan nie betwis word nie.

Vanuit die samestelling van die driehoekige diensverhouding is dit duidelik dat daar nie 'n formele ooreenkoms tussen die kliënt en die tydelike werknemer gesluit word nie. Die verhouding wat tussen hulle bestaan, word slegs deur twee ánder kontrakte gereguleer. Dit blyk *prima facie* dat hierdie betrokke verhouding nie een van kontraktuele aard is nie, maar aangesien die tydelike werknemer in ruil vir 'n salaris vanaf die agentskap werk vir die kliënt verrig, kan wel geargumenteer word dat dit definitief 'n ekonomiese verhouding is. Dit kan onweerlegbaar aangedui word dat hierdie weliswaar 'n verhouding is wat op wedersydse belang gefokus is.

Die betalingselement hou egter 'n potensiële probleem in. Wanneer die kliënt versuim om aan die agentskap die beloofde fooi te betaal, sal die agentskap moontlik ook nie die werknemer se salaris kan betaal nie – die

775 Theron 2005 *ILJ* 628.
776 Mills 2004 *ILJ* 1213.

kliënt is dus hier die skuldige party. Dit is egter nie teen die kliënt wat die tydelike werknemer 'n spesifieke nakomingseis kan instel nie, aangesien die kliënt nie kontraktueel daardie verpligting teenoor die tydelike werknemer het nie. Die tydelike werknemer sal in so 'n geval noodgedwonge 'n eis teen die agentskap moet instel (aangesien die agentskap sodanige kontraktuele verpligting teenoor die werknemer het), welke agentskap op sy beurt weer 'n eis teen die kliënt moet instel (deurdat die kliënt wél daardie kontraktuele verpligting teenoor die agentskap het).

Dieselfde argument hierbo geld vir enige aksies wat die kliënt moontlik sou wou instel indien die tydelike werknemer versuim om sy verpligting na te kom om getrou werk te verrig. Die tydelike werknemer het nie so 'n verpligting teenoor die kliënt nie, maar wel teenoor die agentskap.⁷⁷⁷ Die kliënt het dus kontraktueel nie die reg om enige eise teen die tydelike werknemer in te stel nie. Aangesien die agentskap ingevolge die kommersiële kontrak onderneem het om die persoonlike dienste van die tydelike werknemer te voorsien, sal die kliënt so 'n eis teenoor die agentskap moet instel. Bogenoemde kan ook tot die gevolgtrekking lei dat daar nie 'n kontraktuele verhouding tussen die kliënt en die tydelike werknemer ontstaan nie.

Aangesien hierdie 'n atipiese verhouding is deurdat dit deur eksterne kontrakte gereguleer word, is 'n atipiese benadering geregverdig. Dit is seker dat die verhouding nie by wyse van 'n kontrak **tussen die twee partye** gereël word nie. Tog word die spesifieke verhouding inderdaad kontraktueel bestuur. Moontlik nie 'n kontrak tussen die twee partye *per se* nie, maar by wyse van onderskeidelik die dienskontrak en die kommersiële kontrak tesame. Die parameters van die verhouding tussen die kliënt en die tydelike werknemer word min of meer in gemelde kontrakte uitgespel. Hierdie verhouding is derhalwe 'n **atipiese kontraktuele verhouding** deurdat dit 'n verlenging van die bestaande twee kontrakte is. Dit kan beskryf word as 'n "verlengde" kontraktuele verhouding ("by extention"). Dit

⁷⁷⁷ Dit is moontlik dat die werknemer wel 'n deliktuele eis teen die kliënt kan instel.

sluit aan by die VK-opvatting dat 'n bepaalde verhouding tussen partye geïmpliseer kan word indien dit sinvol is en daar sekere wedersydse verpligtinge tussen die partye bestaan.⁷⁷⁸ Bogenoemde argument maak dit dus ook moontlik dat hier 'n diensverhouding kan bestaan.

Hoe dit ook al sy, selfs al sou daar nie 'n kontraktuele verhouding in die betrokke geval geïmpliseer kan word nie, sou steeds geargumenteer kon word dat hier 'n diensverhouding bestaan. Regter Myburgh stel dit tereg in *City of Tswane Metropolitan Municipality v SA Local Government Bargaining Council*⁷⁷⁹ dat 'n persoon as 'n ander se werknemer bekend kan staan selfs in die afwesigheid van 'n dienskontrak. Regter Myburgh het ook verwys na *Discovery Health v CCMA*⁷⁸⁰ waarin regter Van Niekerk aangevoer het dat die identiteit van 'n "werknemer" (en so ook die bestaan van 'n diensverhouding) nie in die bestaan van 'n dienskontrak gesetel is nie. Daar moet in sulke gevalle slegs gevra word of die persoon vir die ander party werk verrig en of die persoon daarop geregtig is om vergoeding vir daardie dienste te ontvang. Regter Myburgh het met regter Van Niekerk saamgestem en op grond hiervan beslis dat die werkers in die betrokke saak wel werknemers was. Gemelde vrae sal ook in hierdie geval van toepassing wees, aangesien die tydelike werknemer vir die kliënt werk verrig en wel op vergoeding daarvoor geregtig is. Daar kan dus op grond van gemelde regspraak geargumenteer word dat hier wel 'n diensverhouding bestaan.⁷⁸¹

Dit word aanbeveel dat die gemeenregtelike toetse eerder ingespan word om die aard van die verhouding te bepaal, want die lewering van diens en die ontvangs van vergoeding is nie alleen voldoende om die aard van die verhouding met sekerheid te bepaal nie. Soos reeds by 'n vorige geleentheid genoem, beskik die kliënt oor die reg om aan die tydelike

778 Sien paragraaf 3.5.1.2 hierbo.

779 *City of Tswane Metropolitan Municipality v SA Local Government Bargaining Council* 2012 33 ILJ 191 (AH) par 58.

780 *Discovery Health v CCMA* 2008 29 ILJ 1480 (AH).

781 Alhoewel hierdie hofsak op die statutêre reg geskoei is, is dit noodsaaklik om dit hier onder die gemenerereg te noem, ter wille van die ontwikkeling van die argument met betrekking tot die bestaan van 'n diensverhouding.

werknemer bevele te gee en sy werkverrigting direk te beheer.⁷⁸² Dit is dus duidelik dat hier aan die beheertoets voldoen word.

Die gewig wat die kliënt se beheer oor die tydelike werknemer se dienslewering dra, word bevestig in gevalle waar middellike aanspreeklikheid ter sprake kom. Die algemene reël rakende middellike aanspreeklikheid behels die aanspreeklikheid van die werkgewer vir die werknemer se deliktuele optrede tydens die uitvoer van laasgenoemde se pligte, aangesien die werkgewer beheer oor die werknemer se bewegings tydens werkverrigting uitoefen.⁷⁸³ Dit is derhalwe slegs die party wat beheer oor die werknemer uitoefen wat aanspreeklik gehou kan word. Dit blyk dus vanuit die staanspoor betwisbaar te wees om die agentskap in hierdie gevalle aanspreeklik te hou.

Laasgenoemde uitlating reflekteer in die beslissing in *Midway Two Engineering & Construction Services Bk v Transnet Bpk*.⁷⁸⁴ In hierdie saak is 'n vragmotorbestuurder deur Midway aan Transnet as tydelike werknemer "uitverhuur". Tydens die uitvoering van die vragmotorbestuurder se pligte het hy 'n ongeluk gemaak en vir 'n derde party skade veroorsaak. Die vraag voor die hof was wie ingevolge die reëls van middellike aanspreeklikheid vir die skade van die derde party aanspreeklik was. In die lig van die bestaan van twee gesagsfigure is die verwarring verstaanbaar.

Die hof het bevind dat beheer en toesig ingevolge die kommersiële kontrak tussen Midway en Transnet op Transnet oorgegaan het. Aangesien Midway dus geen seggenskap oor die vragmotorbestuurder se pligte en

782 Lawrence en Moodley 2011 *Without Prejudice* 67; Bosch 2008 *ILJ* 815; Le Roux 2009 *Contemporary Labour Law* 22; Klerck 1991 *SALB* 44,45; Harvey 2011 *SALJ* 106.

783 Neethling *Deliktereg* 400.

784 *Midway Two Engineering & Construction Services Bk v Transnet Bpk* 1998 2 All SA 451 (AH).

metode van uitvoering daarvan gehad het nie, kan Midway nie vir die delik middellik aanspreeklik gehou word nie.⁷⁸⁵

Dit is dus duidelik dat die nuutste Suid-Afrikaanse regspraak dit meer gepas beskou om kliënte middellik aanspreeklik te hou vir die deliktuele optredes van die tydelike werknemers, aangesien die agentskap nie beheer oor die tydelike werknemer se dienslewering uitoefen nie.

Ten einde die vraag te beantwoord of die tydelike werknemer deel van die kliënt se organisasie uitmaak, kan na die amptelike doelwit van 'n agentskap verwys word. Sulke agentskappe verskaf aan kliënte werknemers spesifiek vir die doel om aan daardie kliënt werk te verrig in byvoorbeeld tye van hoë produksie aanvraag of om 'n permanente personeellid se take vir 'n tydperk te verrig. Dit op sigself, asook die feit dat die tydelike werknemer ter wille van die kliënt se vooruitgang dienste lewer, kan 'n persoon tot die gevolgtrekking laat kom dat die tydelike werknemer deel van die kliënt se organisasie vorm. Die tydelike werknemers werk ook op 'n daaglikse basis in noue kontak en in dieselfde werksomgewing met die permanente werknemers en neem saam aan die professionele en ontspanningsaktiwiteite deel. Laasgenoemde dien as verdere motivering vir die suksesvolle resultaat van die organisasietoets.

Wat die praktyk aan die lig bring, is dat die kliënt die persoon is vir wie tydelike werknemers dienste lewer en aan wie hulle moet rapporteer. Die tydelike werknemers verrig ook hulle dienste meestal op die kliënt se perseel en moet sy bevele gehoorsaam.⁷⁸⁶ So ook kan die kliënt se fooi bepaal hoe groot die tydelike werknemer se salaris is.⁷⁸⁷ Dit is ook hy wat die tydelike werknemer van toerusting voorsien en sy werksure bepaal en wat nadese kan aandui wanneer hy nie meer van die tydelike werknemer se dienste gebruik wil maak nie. Hierdie faktore maak dit op 'n oorwig van waarskynlikhede duidelik dat die kliënt die dominante party is deurdat hy vir

785 *Midway Two Engineering & Construction Services Bk v Transnet Bpk* 1998 2 All SA 451 (AH) 459. Sien ook Fourie 2008 *PER* 117,118.

786 Theron 2008 *ILJ* 12; Klerck 1991 *SALB* 44.

787 Le Roux 2009 *Contemporary Labour Law* 23.

alle praktiese doeleindes die parameters van die driehoekige diensverhouding neerlê.⁷⁸⁸ Die dominante indruktoets is in hierdie geval effektief.

Soos hierbo reeds vermeld, is dit argumenteerbaar dat die tydelike werknemer van beide die kliënt en die agentskap ekonomiese afhanklik is, aangesien elk van die partye 'n rol hier vertolk. Hoe dit ook al sy, die antwoord vir die doeleindes van die kliënt sal wel hier positief wees.

Die antwoorde hierbo gevind, is op die tradisionele gevalle van toepassing, maar sal nie noodwendig altyd dieselfde wees nie. Die resultate sal afhang van geval tot geval, deurdat die agentskap en die kliënt oor kontraktevryheid in die kommersiële kontrak beskik (welke kontrak direk 'n invloed op die werknemer-kliënt-verhouding het) en derhalwe enige wettige en geoorloofde bepalings in so 'n kontrak mag vervat.

Na aanleiding van die toepassing van die gemeenregtelike toetse op die verhoudinge wat by die driehoekige diensverhouding betrokke is, sal vervolgens 'n gevolgtrekking oor die bestaan van een of meerdere diensverhoudinge bereik word.

5.3.2 Vraag na “diensverhouding” en “werkgewer”

Alhoewel die bewoording in 'n bepaalde kontrak tot 'n beter begrip van die verhouding kan bydra en die tipe verhouding teoreties uit die samestelling en bewoording van die kontrak geïdentifiseer kan word, moet dit egter nie op sigwaarde geneem word nie. Dit is so aangesien die woorde misleidend kan wees ten einde die betrokke verhouding anders te laat voorkom as wat dit werklik is.⁷⁸⁹ Die aard van die verhouding of die posisie daarvan kan dus nie slegs op grond van die bedoeling (soos afgelei uit die bewoording van die betrokke kontrakte) van die partye beoordeel word nie. Daar moet na

788 Theron 2007 *Law, Democracy and Development* 27.

789 Brassey 1990 *ILJ* 921; Cohen 2008 *ILJ* 876,877; NEDLAC 2007 *ILJ* 101; Fourie 2008 *PER* 117.

alle faktore teenwoordig gekyk word om die verhouding se aard en posisie op grond van die realiteite te identifiseer.⁷⁹⁰ Hierdie metode weerspieël die metode soos deur die IAO in die *Employment Relationship Recommendation* van 2006 geïdentifiseer.⁷⁹¹

In *Denel v Gerber*⁷⁹² het die Arbeidsappèlhof aangedui dat die hof *a quo* hierna verwys het as die realiteitstoets, welke benadering aan Engelse reg en hofsake ontleen is.⁷⁹³ Soos hierbo genoem, sal die hof in die VK eerder elke geval teen die agtergrond van die ware verhouding tussen die partye analiseer.⁷⁹⁴ In dié saak het regter Zondo onder andere na *Davis v New England College of Arundel*⁷⁹⁵ en *Young & Woods Ltd v West* verwys.⁷⁹⁶

Ook in *State Information Technology Agency v CCMA*⁷⁹⁷ het die hof die realiteitstoets toegepas en aangedui dat die diensverhouding tussen die kliënt en die tydelike werknemer bestaan het, aangesien die agentskap slegs as die voertuig beskou word vir die dienslewering van die tydelike werknemer aan die kliënt. Gemelde standpunt is ook in *Denel* gemaak. Kommissaris Harvey het in *Dyokhwe and Adecco Recruitment Services & Another*⁷⁹⁸ na *Denel* en *SITA* verwys en het met die betrokke bevindings saamgestem. Sy het aangevoer dat werkgewers nie hulle diensverhoudinge met hulle werknemers mag vermom deur hulle byvoorbeeld aan 'n agentskap oor te dra en sodoende hulle statutêre verpligtinge ontduik nie.

790 Van Niekerk 2005 26 *ILJ* 1906,1907; Fourie 2008 *PER* 122; Cohen 2008 *ILJ* 877; Grogan 2005 *ELJ* 10-12,16; Benjamin 2010 *ILJ* 846.

791 Sien paragraaf 2.3.2 hierbo.

792 *Denel v Gerber* 2005 26 *ILJ* 1256 (AAH).

793 *Denel v Gerber* 2005 26 *ILJ* 1256 (AAH) 1258.

794 Sien paragraaf 3.5.1 hierbo.

795 *Davis v New England College of Arundel* 1997 *ICR* 6 (EAT).

796 *Young & Woods Ltd v West* 1980 *IRLR* 174 (CA). Sien ook Van Niekerk 2005 *ILJ* 1905,1906; Smit en Fourie 2009 *TSAR* 530.

797 *State Information Technology Agency v CCMA* 2008 *JOL* 21836 (AAH).

798 *Dyokhwe and Adecco Recruitment Services & Another* 2009 30 *ILJ* 2989 (KVBA) 3001. Sien ook Le Roux *PAK* 2010 *Contemporary Labour Law* 68-70.

In die betrokke saak het kommissaris Harvey beslis dat die kliënt, Mondipak, die werkgewer is, aangesien die omstandighede nie op 'n geldige driehoekige diensverhouding neergekom het nie. Mondipak, wat die werknemer se oorspronklike werkgewer was, het die werknemer (tesame met 'n aantal ander) slegs aan die agentskap, Adecco, oorgedra om sy verpligtinge vry te spring. Nietemin het hy die bedoeling gehad om die betrokkenes permanent te behou. Artikel 198 is oor die algemeen nie hier relevant nie en artikel 198(2) is derhalwe in die besonder nie hier van toepassing nie.⁷⁹⁹

Aansoek om hersiening van gemelde arbitrasie is deur Mondipak gedoen op grond daarvan dat die kommissaris prosedureel onbillik opgetree het deur Mondipak tot die verrigtinge as belanghebbende party op te roep nadat die applikant reeds sy argumente aangevoer het. Die kommissaris het daarna nie aan Mondipak die geleentheid gegee om weer die applikant se bewerings aan te hoor of om hom te kruisondervra nie. Vervolgens is die toekenning van die voorafgaande arbitrasie in *Mondi Packaging SA v Harvey NO & Others*⁸⁰⁰ tersyde gestel. Toestemming is verleen dat die aangeleentheid van voor af deur 'n senior kommissaris aangehoor mag word.

In die tweede arbitrasie het kommissaris De Kock beslis dat Adecco die werknemer se werkgewer was deur artikel 198(2) van die WAV in ag te neem. Die kommissaris was nie oortuig dat die werknemer deur die sluiting van die kontrak met Adecco mislei was nie. Die werknemer het egter weer aansoek gedoen vir die hersiening van hierdie beslissing, aangesien die kommissaris bevind het met die ondertekening van die kontrak met Adecco was Mondipak nie meer sy werkgewer nie; dat die werknemer nie die kontrak weens 'n wanvoorstelling geteken het nie en dat die kommissaris

799 *Dyokhwe and Adecco Recruitment Services & Another* 2009 30 ILJ 2989 (KVBA) 3001-3003.

800 *Mondi Packaging SA v Harvey NO & others* 2011 32 ILJ 1161 (AH).

nie oorweging aan die moontlikheid geskenk het dat dit teen openbare beleid sou wees om die kontrak af te dwing nie.⁸⁰¹

Op hersiening van die tweede arbitrasie is die standpunt van kommissaris Harvey in *Dyokhwe v De Kock NO*⁸⁰² gehandhaaf. Regter Steenkamp meen dat kommissaris De Kock se gevolgtrekking so onredelik was dat geen redelike kommissaris tot dieselfde gevolgtrekking sou kom nie. Dit was vir regter Steenkamp duidelik dat die transaksie nie tydelik was ten einde buigzaamheid in die werkplek te bewerkstellig nie. Mondipak se bedoeling was om die werkgewerverantwoordelikhede op Adecco oor te skuif. Dit word algemeen aanvaar dat die tydelike diensverskaffings-agentskap van die staanspoor af die tydelike werknemer aan die kliënt beskikbaar moet stel. In hierdie geval was Mondipak die oorspronklike werkgewer en na die oordrag van die werknemer op Adecco se boeke, het niks aan die werknemer se werksverrigtinge of diensvoorwaardes verander nie. Dit is dus geregverdig om Mondipak as die ware werkgewer te klassifiseer.

Die eienskappe van 'n diensverhouding blyk meer te wees in die verhouding tussen die kliënt en die tydelike werknemer as tussen die tydelike werknemer en die agentskap. Alhoewel die partye deels vir die tydelike werknemer se vergoeding verantwoordelik is en al is dit die agentskap wat die dienskontrak met die tydelike werknemer sluit, is dit die werknemer-kliënt-verhouding wat aan die gemeenregtelike toetse voldoen. Daar kan geargumenteer word dat daar (vanuit 'n kontraktuele oogpunt) 'n diensverhouding tussen die agentskap en die tydelike werknemer ontstaan, aangesien die dienskontrak tussen hulle gesluit word. Wanneer die omstandighede egter vanuit 'n streng gemeenregtelike oogpunt benader word, dui die realiteit daarop dat daar eerder 'n diensverhouding tussen die kliënt en die tydelike werknemer ontstaan.

801 Soos na verwys in *Dyokhwe v De Kock* 2012 33 ILJ 2401 (AH) 2402.
802 *Dyokhwe v De Kock NO* 2012 33 ILJ 2401 (AH).

Die dienskontrak skep derhalwe 'n fiktiewe diensverhouding tussen die tydelike werknemer en die agentskap, terwyl alle ander faktore daarop dui dat daar gemeenregtelik gesproke 'n ware diensverhouding tussen die tydelike werknemer en die kliënt bestaan. Op grond hiervan is dit moontlik om te sê dat in realiteit die kliënt ingevolge die gemenerereg die werkgewer behoort te wees, deurdadig hy feitlik oor al die elemente van 'n werkgewer beskik. Dit is juis die tydelike werknemers se daaglikse omgaan met die kliënt wat so 'n gevolgtrekking regverdig.⁸⁰³ Die argument kan versterk word deur Theron⁸⁰⁴ se uitlating dat die agentskap, wat die rol van middelman in die driehoekige diensverhouding vertolk, as tussenganger nooit in die ware sin van die woord 'n werkgewer kan wees nie.

Cohen⁸⁰⁵ dui aan dat die effektiwiteit van die beheer-, organisasie- en dominante indruktoets deur die driehoekige diensverhouding genegatiewer word, aangesien die antwoorde wat verkry word, strydig is met die algemene submissie dat 'n diensverhouding bestaan tussen partye wat 'n dienskontrak gesluit het. Daar word met respek hiervan verskil. Die reg kan nie so eng benader word dat blindelings aanvaar word dat 'n spesifieke situasie van 'n sekere aard is bloot omdat dit **gewoonlik** van so 'n aard is nie. Elke geval is uniek en moet objektief en op eie meriete ontleed word. Deur verskeie faktore te oorweeg, is die verantwoordelike stap om te volg, ten einde die ware toedrag van sake te bepaal. Deur die toetse toe te pas, word daar op die basiese elemente teruggeval, juis om te voorkom dat 'n persoon in kontrakte en die bewoording daarvan verstrengel raak. Die toetse moet intendeel meer geredelik op die betrokke situasie toegepas word.

In *Pam Golding Properties v Erasmus*⁸⁰⁶ het regter Van Niekerk ook genoem dat 'n multi-faktor-benadering in lyn is met die beleide van die IAO soos in die *Employment Relationship Recommendation* van 2006 uiteengesit. Wat ook relevant is om weer hier te noem, is dat gemelde

803 Gericke 2010 *Obiter* 96.

804 Theron 2005 *ILJ* 633.

805 Cohen 2008 *ILJ* 872.

806 *Pam Golding Properties v Erasmus* 2010 31 *ILJ* 1460 (AH) par 13,14.

instrument dit duidelik maak dat dit nie vir 'n werknemer noodsaaklik is om in 'n tradisionele diensverhouding te wees ten einde op beskerming geregtig te wees nie. Ongeag in watter tipe verhouding die tydelike werknemer met hetsy die agentskap of die kliënt is, indien dit elemente van 'n diensverhouding bevat, sal regte daaruit kan voortvloei.⁸⁰⁷

5.4 Gevolgtrekking

Na die toepassing van die toetse lei die gemeenregtelike benadering vervolgens na die antwoord dat daar moontlik 'n diensverhouding tussen die kliënt en die tydelike werknemer kan wees en dat die kliënt vir alle praktiese doeleindes as die werkgever geklassifiseer sou kon word. Gemeenregtelik sou daar dus tot die gevolgtrekking gekom word dat die kliënt in effek vir alle werkgewerverpligtinge teenoor die werknemer verantwoordelik kan wees. Dit hou in dat die kliënt as werkgever vir die betaling van 'n redelike loon aan die tydelike werknemer aanspreeklik gehou sou kon word en ook kollektief met die werknemers en hulle vakbonde moes beding. So ook sou tydelike werknemers hulle verpligtinge teenoor die kliënt moes nakom.

In die lig van die beheer wat die kliënt oor die tydelike werknemers uitoefen, asook die aard van die verhouding tussen hulle, is dit moontlik om gemelde verpligtinge teenoor die kliënt af te dwing. Laasgenoemde is egter strydig met die feit dat daar nie 'n formele kontrak tussen die partye gesluit is nie (alhoewel 'n atipiese kontraktuele verhouding tussen hulle geïmpliseer kan word). Die volgende vraag wat ondersoek moet word, is in welke mate die huidige wetgewing hierdie gemeenregtelike benadering weerspieël of weerspreek. Vervolgens sal die statutêre reëls met betrekking tot die posisie geanaliseer word.

807 Sien paragrawe 2.2.1 en 2.3.2 hierbo.

HOOFSTUK 6
SUID-AFRIKAANSE REG: DIE DRIEHOEKIGE DIENSVERHOUDING
INGEVOLGE DIE STATUTÊRE REG

6.1	Inleiding.....	216
6.2	Werkgewer ingevolge die Wet op Arbeidsverhoudinge.....	218
6.2.1	Aanspreeklikheid ingevolge die Wet op Arbeidsverhoudinge.....	220
6.2.1.1	Aanspreeklikheid vir onbillike ontslag.....	221
6.2.1.1.1	Outomatiese beëindiging van 'n werknemer se dienskontrak.....	223
6.2.1.1.2	Klassifikasie van 'n werknemer as onafhanklike kontraakteur.....	232
6.2.1.1.2.1	Definisie van 'n werknemer.....	237
6.2.1.1.2.2	Toepaslikheid van die definisie van 'n werknemer op die posisie van tydelike werknemers.....	238
6.2.1.1.2.3	Vasstelling van werknemerstatus.....	240
6.2.1.2	Aanspreeklikheid vir onbillike arbeidspraktyke.....	244
6.2.1.3	Verkryging van organisatoriese regte en kollektiewe bedinging.....	244
6.3	Werkgewer ingevolge die Wet op Basiese Diensvoorwaardes.....	250
6.4	Werkgewer ingevolge die Wet op Beroepsgesondheid en -veiligheid.....	252
6.5	Werkgewer ingevolge die Wet op Vergoeding vir Beroepsbeserings en -siektes.....	253
6.6	Nuwe voorgestelde wetgewing.....	255
6.7	Proses en vordering.....	256
6.8	Relevante voorgestelde wetgewing.....	257
6.8.1	Wet op Arbeidsverhoudinge.....	257
6.8.1.1	Vakbonde en organisatoriese regte.....	257
6.8.1.2	Identiteit van werkgewer en verpligtinge van gesagsfigure.....	259

6.8.1.3	Beskerming van tydelike werknemers.....	261
6.8.2	Wet op Basiese Diensvoorwaardes.....	263
6.8.3	Employment Equity Act.....	263
6.8.4	Employment Services Bill.....	264
6.9	Gevolgtrekking.....	265

6.1 Inleiding

Soos in hoofstuk 5 hierbo vermeld, is daar reeds in 'n mindere mate in wetgewing vir agentskappe voorsiening gemaak. Behalwe vir artikel 198 van die WAV maak ook artikel 82 van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* 75 van 1997⁸⁰⁸ vir sodanige agentskappe voorsiening. Gemelde wet bied egter nie vir hierdie tipe agentskappe 'n definisie nie, maar bevat verskeie ander bepalings wat hieronder vermeld sal word.⁸⁰⁹

Selfs die Kode vir Goeie Praktyk⁸¹⁰ oor die status van 'n werknemer maak van hierdie agentskappe melding.⁸¹¹ In Deel 4 van die Kode word gemelde agentskappe gedefinieer, welke definisie grootliks met die definisie van die WAV ooreenstem.⁸¹² Die Kode dui aan dat albei die elemente waaruit die definisie bestaan, teenwoordig moet wees voordat 'n agentskap as 'n tydelike diensverskaffingsagentskap bekend sal staan. Daarom moet die agentskap nie net die party wees wat die werknemer aan die kliënt voorsien nie, maar moet dit ook die entiteit wees wat die tydelike werknemer vir die dienste vergoed.⁸¹³ Die Kode wys uit dat die toepassing van artikel 198 van die WAV en artikel 82 van die WBDV van die bestaan van 'n ware, afdwingbare ooreenkoms sal afhang en nie bloot 'n rookskerm kan wees om die streng reëls van arbeidswetgewing vry te spring nie.⁸¹⁴

Ander wetgewing wat ook op klein skaal na die betrokke agentskappe verwys, is die *Wet op Beroepsgesondheid en -veiligheid*⁸¹⁵ en die *Wet op*

808 Hierna WBDV.

809 In die lig van die bestaan van huidige statutêre bepalings met betrekking tot tydelike diensverskaffingsagentskappe, is 'n volledige ondersoek na die gemeenregtelike posisie soos in hoofstuk 5 steeds belangrik omdat dit kan aantoon waar die statutêre posisie onprakties en strydig met die realiteit is. Dit het gevolglik die potensiaal om die bestaan van regsonsekerheid te onderstreep.

810 NEDLAC 2007 *ILJ* 106. Die Kode dien as arbeidsinstrument welke bepalings daarvan deur werkgewers in die werkplek toegepas moet word.

811 Hierna die Kode.

812 Sien paragraaf 5.2.

813 NEDLAC 2007 *ILJ* 106.

814 NEDLAC 2007 *ILJ* 106.

815 85 van 1993. Hierna WBV.

*Vergoeding vir Beroepsbeserings en -siektes.*⁸¹⁶ Daar sal in die verbygaan ook na bepalings in die *Employment Equity Act*,⁸¹⁷ *Wet op Werkloosheidsversekering*⁸¹⁸ en die *Wet op Vaardigheidsontwikkeling*⁸¹⁹ verwys word.

Alhoewel die vooruitsigte van nuwe wetgewing reeds in 2006 deur die Minister van Arbeid rugbaar gemaak is, is daar tot op hede geen nuwe wetgewing gepromulgeer nie. Daar kan wel genoem word dat verskeie voorstelle reeds voorgelê is. Volledige aantekeninge hieroor sal later in die betrokke hoofstuk volg ten einde die pogings tot regulasie van die agentskappe in die Suid-Afrikaanse reg te illustreer.

Daar kan geargumenteer word dat die debat hierbo by die gemeenregtelike benadering oor die posisie van die diensverhouding en gevolglik die identiteit van die werkgewer daartoe gelei het dat wetgewing pertinent 'n werkgewer in die driehoekige diensverhouding benoem het. Daar sal hieronder 'n bespreking volg van die identiteit van so 'n werkgewer, die implikasies daarvan op aanspreeklikheid van die gesagsfigure, asook tot watter mate sodanige bepaling uitvoerbaar en prakties geregverdig is. Wat in die konteks van die WAV- en WBDV-verpligtinge belangrik is om te noem, is die metodes van die partye om sodanige aanspreeklikhede te vermy. In gemelde konteks sal na die ware identiteit van die tydelike werknemer, sy gebrekkige diensvoorwaardes, asook sy werksekuriteit verwys word. Die invloed van die meerdere gesagsfigure op die tydelike werknemer se reg op kollektiewe bedinging sal ook hier ontleed word. Die identiteit van die werkgewer, asook die implikasies daarvan, sal aan die hand van verskeie wetgewende instrumente ondersoek word.

816 130 van 1993. Hierna WVBS.

817 55 van 1998. Hierna EEA.

818 63 van 2001. Hierna WWV.

819 97 van 1998. Hierna WVO.

6.2 Werkgewer ingevolge die Wet op Arbeidsverhoudinge

Die begrip “wergewer” word nie in die WAV gedefinieer nie. Volgens Cohen⁸²⁰ is dit gebruiklik dat die definisie van ‘n wergewer saamgestel word uit die definisie van ‘n werknemer soos in artikel 213 vervat. Sou die werknemer die persoon wees wat sy dienste aan ‘n ander in ruil vir vergoeding beskikbaar stel, is die wergewer die party wat die dienste van die werknemer ontvang en hom vir daardie dienste vergoed. Siende dat hierdie definisie so wyd is, het dit die gevolg dat die kliënt ook as wergewer binne die definisie verstaan kan word, aangesien dit die kliënt is wat die werknemer se dienste geniet en die kliënt, by wyse van sy fooie, die werknemer se salaris moontlik maak. Ten einde verwarring te vermy, is ‘n wergewer pertinent in artikel 198 van die WAV geïdentifiseer.

Soos reeds hierbo vermeld is, maak die WAV in artikel 198 vir agentskappe voorsiening. In artikel 198(1) word ‘n definisie daarvoor uitgestip en in artikel 198(2) word daar in soveel woorde bepaal dat die tydelike werknemer die agentskap se werknemer is en dat sodanige agentskap die wergewer van die tydelike werknemer is.⁸²¹ Die identiteit van die ware wergewer is weshalwe statutêr gesproke nie onseker nie, maar dat dit strydig is met die realiteite van die driehoekige diensverhouding soos hierbo by die gemeenregtelike benadering van die verhoudinge uitgewys, is ongetwyfeld. Die afdwingbaarheid van bepaalde wergewerverpligtinge teenoor die agentskap is ook nie altyd prakties nie. Gemelde aspek sal hieronder duidelik word.

Soos aangedui in die bespreking van *Dyokhwe and Adecco Recruitment Services & Another*⁸²² en *Dyokhwe v De Kock NO*⁸²³ in hoofstuk 5

820 Cohen 2008 *ILJ* 864.

821 Cohen 2008 *ILJ* 872; Theron 2005 *ILJ* 621; Fourie 2008 *PER* 117; Smit en Fourie 2009 *TSAR* 530; Theron 2008 *ILJ* 9; Mills 2004 *ILJ* 1216,1217; Van Eck 2012 *Int'l J of Comp Lab L & Indus Rel* 37.

822 *Dyokhwe and Adecco Recruitment Services & Another* 2009 30 *ILJ* 2989 (KVBA) 3001.

823 *Dyokhwe v De Kock NO* 2012 10 *BLLR* 1012 (AH).

hierbo,⁸²⁴ is dit ooglopend dat howe ook nie goedsmoeds sal aanvaar dat die agentskap die werkgewer is nie, juis omdat die omstandighede by die driehoekige diensverhouding moontlik slegs as rookskerm gebruik kan word ten einde werkgewerverpligtinge te ontkom. Die howe sal eers die situasie en betrokke omstandighede ontleed voordat tot so 'n gevolgtrekking gekom sal word.

Die feit dat die WAV die agentskap as statutêre werkgewer identifiseer, hou verskeie gevolge in. In sulke gevalle dra laasgenoemde die meeste risiko en is dit eienaar van 'n groot aantal van die totale verantwoordelikhede soos deur die WAV opgelê. Die gevolg hiervan sal wees dat bepaalde werkgewerverpligtinge waarskynlik op die agentskap sal rus, byvoorbeeld die nakoming van streng ontslagprosedures, die toestaan van organisatoriese regte en betrokkenheid by kollektiewe bedinging, gebondenheid aan kollektiewe ooreenkomste en sektorale vasstellings en die vermyding van onbillike arbeidspraktyke.

Die agentskap, as die “nominale” werkgewer, behoort dus meestal tydens geskille aangespreek te word. Sodoende kan kliënte poog om die beperkende arbeidswetgewing vry te spring ten einde slegs die dienste van die tydelike werknemer te geniet.⁸²⁵ Theron⁸²⁶ voer aan dat die verhouding betrokke by tydelike diensverskaffingsagentskappe as driehoekige diensverhouding bekend kan staan juis aangesien die agentskap deur artikel 198 van die WAV as die werkgewer beskou word. Indien die agentskap nie as die werkgewer geklassifiseer was nie, sou daar 'n “gewone” diensverhouding tussen die tydelike werknemer en die kliënt wees en sou die agentskap net 'n tussenganger of makelaar wees. Die kliënt sou dan ook ten volle teenoor die tydelike werknemer aanspreeklik gehou word.

824 Sien paragraaf 5.3.2 hierbo.

825 Fourie 2008 *PER* 118; Theron 2005 *ILJ* 625; Geldenhuys 2008 *SA Merc LJ* 268; Lawrence en Moodley 2011 *Without Prejudice* 67.

826 Theron 2008 *ILJ* 8.

Dit blyk dat die grootste las op die agentskap geplaas word, 'n feit wat myns insiens onbillik en onprakties is, omdat die agentskap die party met die minste beheer is en ook nie die tradisionele rol van 'n werkgever vertolk nie.⁸²⁷ Aspekte met betrekking tot die moontlike aanspreeklikheid van die agentskap en die kliënt uit hoofde van die WAV, sal vervolgens aangespreek word.

6.2.1 Aanspreeklikheid ingevolge die Wet op Arbeidsverhoudinge

Ten spyte van die bestaan van artikel 198(2) van die WAV wat die agentskap as werkgever klassifiseer, kom vrae na die aanspreeklikheid van die gesagsfigure gereeld voor. In die konteks van die WAV ontstaan die vrae met betrekking tot aanspreeklikheid hoofsaaklik met verwysing na die reg van die werknemer om nie onbillik ontslaan te word nie, om nie aan algemene onbillike arbeidspraktyke blootgestel te word nie en die reg om aan kollektiewe bedinging deel te neem. Daar word ook gereeld navraag gedoen oor gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid van die partye, waarvoor artikel 198(4) van die WAV wel voorsiening maak. Die artikel bepaal dat die agentskap en die kliënt gesamentlik en afsonderlik aanspreeklik gehou sal word waar die agentskap oortree ten opsigte van 'n kollektiewe ooreenkoms wat in 'n bedingingsraad gesluit is, 'n bindende arbitrasietoekenning, enige bepalinge van die WBDV en laastens 'n vasstelling ingevolge die *Loonwet*.⁸²⁸

'n Ondersoek van die drie primêre aanspreeklikhede, tesame met die gevolge en die metodes van vermyding daarvan, is vervolgens aan die

827 Soos in hoofstuk 1 geïllustreer, voorsien die agentskap slegs die tydelike werknemer aan die kliënt en betaal die werknemer se salaris, daarna neem die kliënt alle beheer met betrekking tot die werknemer se werkplek en dienslewering oor. Dit sal ook vervolgens die kliënt wees wat sal bepaal wanneer die werknemer se dienste moet staak.

828 Sedert die inwerkingtreding van die WBDV (wat regulasies met betrekking tot lone bevat), is *Loonwet* 5 van 1957 soos hier na verwys nie meer van toepassing nie. Artikel 57(2) van die EEA bepaal ook dat 'n agentskap en kliënt gesamentlik en afsonderlik aanspreeklik gehou kan word vir enige diskriminasie teenoor die tydelike werknemer deur die agentskap op die kliënt se uitdruklike of geïmpliseerde aandrang, gepleeg. Sien NEDLAC 2007 *ILJ* 106 en Van Eck 2012 *Int'l J of Comp Lab L & Indus Rel* 37.

orde. Die praktiese toepaslikheid van die agentskap se verpligtinge onder hierdie omstandighede sal ontleed word.

6.2.1.1 Aanspreeklikheid vir onbillike ontslag

Dit blyk eerstens dat daar onder die tydelike werknemers 'n gebrek aan werksekuriteit bestaan.⁸²⁹ In *Colven Associates Border CC v Metal & Engineering Industries Bargaining Council*⁸³⁰ het regter Molahlehi aangedui dat:

...the policy issues that generally arise in these types of cases concern the role and influence that the client has over the job security of the employee. In general employees are never involved or consulted in formulating the terms and conditions of this type of arrangement. The involvement of unions in representing employees before and after accepting the assignment is almost non-existent, leaving employees involved in these relationships highly vulnerable insofar as the influence that the client may have on their job security.

Die duur van 'n tydelike werknemer se dienskontrak is nie altyd seker nie, behalwe in die gevalle waar 'n vaste termyn kontrak gesluit word. Die kontrak kan dan moontlik opgestel word om aan te dui dat dit sal duur "for a period not exceeding..." waar die partye die sin net moet voltooi deur die tydperk in te skryf.⁸³¹ Die kontrak kan moontlik ook aandui dat dit sal duur slegs totdat die taak of take waarvoor die tydelike werknemer aangestel is, voltooi is.⁸³² In hierdie gevalle beëindig die tydelike werknemer se dienskontrak nie by wyse van 'n uitdruklike ontslag nie, maar omdat die vaste termyn kontrak outomaties geëindig het, of omdat die rede waarvoor die kliënt die tydelike werknemer se dienste benodig het, nie meer bestaan nie. Hierdie omstandighede behoort nie problematies te wees nie.

Sou 'n tydelike werknemer dan beweer dat hy onbillik ontslaan is, dra hy ingevolge artikel 192 van die WAV die bewyslas om eers aan te dui dat hy

829 Benjamin 2004 *ILJ* 790; Mills 2004 *ILJ* 1208,1212.

830 *Colven Associates Border CC v Metal & Engineering Industries Bargaining Council* 2009 30 *ILJ* 2406 (AH) 2410, 2411.

831 Theron 2005 *ILJ* 632.

832 Theron 2005 *ILJ* 633.

inderdaad ontslaan is en dat dit nie bloot die voltooiing van 'n vaste termyn kontrak was nie.⁸³³ Dit is ook so deur die Metal & Engineering Industries Bargaining Council⁸³⁴ in *Toefy/RBG/SA Five & Another*⁸³⁵ bevestig.

Die mees kontroversiële metode vir die beëindiging van 'n tydelike werknemer se dienste, is wanneer die kliënt die agentskap versoek om die werknemer terug te neem voordat die tydperk hierbo beskryf tot 'n einde gekom het.⁸³⁶ Dit veronderstel dat die kommersiële kontrak waarskynlik tot 'n einde sal kom,⁸³⁷ maar die dienskontrak tussen die tydelike werknemer en die agentskap sou nog voortleef. Dit laat die agentskap as werkgever met die verantwoordelikheid om die dienskontrak te beëindig. Dit sal op die amptelike ontslag van die tydelike werknemer neerkom en waarvoor die agentskap aanspreeklikheid sou opdoen indien dit onbillik is.⁸³⁸ Die gebruik van tydelike werknemers word dus aangedryf deur, onder andere, die wens van die kliënt om ontslagprosedures vry te spring en buigsaamheid in die werkplek te bevorder.⁸³⁹ Bygevolg ontkom kliënte die onkoste verbode aan hof- en arbitrasieverrigtinge ter beskerming van tydelike werknemers se regte.⁸⁴⁰

Dit is moontlik dat die kliënt se versoek op die wangedrag of onbevoegdheid van die werknemer gebaseer is, of dit kan op die operasionele vereistes van die kliënt betrekking hê.⁸⁴¹ In sulke gevalle sal geargumenteer kan word dat die ontslag billik was, maar die agentskap sal nie noodwendig bewyse of getuienis in hierdie verband vanaf die kliënt ontvang nie.

833 Theron 2005 *ILJ* 633.

834 Hierna die MEIBC.

835 *Toefy/RBG/SA Five & Another* 2007 JOL 19911 (MEIBC) 4(32).

836 Theron 2005 *ILJ* 633.

837 Mits die kliënt versoek dat die tydelike werknemer net vervang moet word.

838 Van Eck 2012 *Int'l J of Comp Lab L & Indus Rel* 37.

839 Sien paragraaf 5.3.1.2.2 in hierdie verband. Sien ook Theron 2005 *ILJ* 626.

840 Mills 2004 *ILJ* 1208.

841 Wanneer 'n tydelike werknemer op een van hierdie gronde ontslaan word, rus die verantwoordelikheid op die agentskap om die voorgeskrewe prosedure vir billike ontslag te volg.

Dit is ook moontlik dat die agentskap nie noodwendig die tydelike werknemer weer dadelik by 'n ander kliënt sal kan plaas nie, wat tot die oorbodigheid van die werknemer sou lei. Vervolgens sou die tydelike werknemer op grond van die agentskap se operasionele vereistes ontslaan kon word. Dit sou egter tot lang konsultasieprosesse lei en sou ook aanleiding tot nuwe problematiese vrae met betrekking tot die betaling van skeidingspakkette gee.

Ten einde die onpraktiese en onbillike aanspreeklikheid van die agentskap in bogenoemde geval in geheel vry te spring, word twee verskillende metodes gebruik. Elk van die metodes, asook die howe se standpunte oor die toelaatbaarheid daarvan, sal vervolgens ontleed word.

6.2.1.1.1 Outomatiese beëindiging van 'n werknemer se dienskontrak

Die eerste metode wat deur die agentskap aangewend word om aanspreeklikheid teenoor die tydelike werknemer vir sy ontslag te ontgom, het betrekking op 'n outomatiese beëindiging van die tydelike werknemer se dienskontrak. Met betrekking tot die toepassing van die WAV in *Mabena and Blue Pointer Trading 341 t/a Immediate Response* redeneer Kommissaris Jansen van Vuuren soos volg.⁸⁴²

The employees of temporary employment services are also entitled to the protection of the Act, but temporary employment services often try to circumvent the provisions of the Act by concluding questionable contracts of employment in terms of which the services of (often illiterate) employees can be terminated at the behest of their clients. The employees are then dismissed without further ado. Temporary employment services seldom bother to furnish any reason (ie apart from blaming the client) or to institute proper disciplinary proceedings. And despite the fact that termination of service at the behest of clients may, in some cases, arguably constitute dismissals based on operational requirements, the provisions of s 189 of the Act are mostly ignored.

Soos hierbo gesien, is dit moontlik vir die dienskontrak om outomaties te eindig wanneer 'n vaste termyn verstryk het, of wanneer die tydelike

842 *Mabena and Blue Pointer Trading 341 t/a Immediate Response* 2009 30 ILJ 222 (KVBA) 226,227.

werknemer se ooreengekome taak voltooi is. Dit is 'n algemene reg van werkgewers om by wyse van 'n vaste termyn kontrak aan te toon wanneer die dienskontrak outomaties tot 'n einde sal kom. Dit is vervolgens ook 'n reg wat die agentskap kan uitoefen.

Die probleem tree in by die insluit van 'n klousule in die agentskap en die tydelike werknemer se dienskontrak waar die agentskap laasgenoemde in kennis stel dat, sou die kliënt om watter rede ook al die dienste van die werknemer wil staak voordat die ooreengekome tydperk verstryk het, die dienskontrak ook sal eindig.⁸⁴³ As die kliënt dus die kommersiële kontrak kanselleer of vir die agentskap sê dat hy nie meer die betrokke tydelike werknemer wil gebruik nie, sal die tydelike werknemer se dienskontrak onder hierdie omstandighede outomaties ook beëindig word.⁸⁴⁴ Vervolgens hoef geen ontslagprosedures gevolg of onkoste aangegaan te word nie, want kontraktueel gesproke het geen ontslag plaasgevind nie.

Dit word beskou as **ontbindende** bepalings.⁸⁴⁵ Derhalwe het geen van die partye die tydelike werknemer ontslaan nie en kan die tydelike werknemer nie 'n aksie vir onbillike ontslag teen enige van hulle instel nie.⁸⁴⁶ Bestaande wetgewing is dan nie op die situasie van toepassing nie.⁸⁴⁷ Op die oog af het die agentskap bloot sy regte uitgeoefen. Dit is ook moontlik dat die agentskap die diensverhouding sal laat voortduur indien hy die werknemer dadelik weer in 'n ander kliënt se diens kan plaas. Indien daar

843 Bosch 2008 *ILJ* 814.

844 Le Roux 2009 *Contemporary Labour Law* 26; Hutchinson 2007 *ILJ* 90; Cohen 2008 *ILJ* 873; Lawrence en Moodley 2011 *Without Prejudice* 67; Harvey 2011 *SALJ* 109.

845 Bosch 2008 *ILJ* 815. Die intree van 'n spesifieke gebeurtenis kan dan sulke ontbindende bepalings "trigger" wat tot die ontbind van die kommersiële kontrak en dan ook die dienskontrak sal lei.

846 As daar tegnies gesproke geen ontslag plaasgevind het nie, sal daar ook nie ondersoek ingestel word na die billikheid daarvan nie. Derhalwe sou die kliënt nie verplig gewees het om die beëindiging van die tydelike werknemer se diens op een van die drie gronde vir billike ontslag te baseer nie. Dit plaas 'n letsel op die oogmerk van die WAV dat ontslag slegs op grond van wangedrag, onbevoegdheid of die operasionele vereistes van die werkgewer mag geskied. Sien in hierdie verband Bosch 2008 *ILJ* 825 en Le Roux 2009 *Contemporary Labour Law* 26

847 Theron 2003 *ILJ* 1274,1275.

nie vir die tydelike werknemer werk is nie, sal hy oorbodig wees en kan die agentskap die werknemer op grond van operasionele vereistes ontslaan.

'n Voorbeeld ter illustrasie van bogenoemde ontbindende bepaling is *April and Workforce Group Holdings t/a The Workforce Group*.⁸⁴⁸ In hierdie saak was 'n klousule in die tydelike werknemer se dienskontrak vervat wat aangedui het dat, sou die kliënt op enige stadium aandui dat hy nie meer die dienste van die tydelike werknemer wil gebruik nie, die dienskontrak sal eindig. Dit het toe ook so gebeur. Die tydelike werknemer het beweer dat sy onbillik ontslaan is, terwyl die agentskap aangevoer het dat daar nie ontslag was nie aangesien die kontrak outomaties geëindig het.

Die kommissaris het heel eerste bevind dat die applikant aan die kontrak gebonde is, aangesien geen ongerymdhede plaasgevind het nie en die dienskontrak aan haar verduidelik is.⁸⁴⁹ Daarna moes die kommissaris besluit of so 'n ontbindende bepaling in 'n dienskontrak geldig is. Hy het aangedui dat sodanige ontbindende bepaling ten doel het om van skuiwergate en grys areas in die WAV misbruik te maak. Hy het wel genoem dat:⁸⁵⁰

...although it is generally accepted that one cannot contract out of the LRA..., clause 4.4, despite exploiting loopholes and grey areas in the Act, does not appear to be in direct contravention of any specific provision in the LRA. Nor does it specifically exclude or contract out of any provisions of the LRA. One must in any event be very careful before making any finding that a transaction or agreement is invalid on the mere basis that it is circumventing legislation, because not every contractual provision which has the effect of circumventing legislation is necessarily invalid.

848 *April and Workforce Group Holdings t/a The Workforce Group* 2005 26 ILJ 2224 (KVBA).

849 *April and Workforce Group Holdings t/a The Workforce Group* 2005 26 ILJ 2224 (KVBA) 2232.

850 *April and Workforce Group Holdings t/a The Workforce Group* 2005 26 ILJ 2224 (KVBA) 2233,2234.

Die kommissaris se mening was dat hy nie jurisdiksie het om te besluit oor die geldigheid van 'n bepaling nie en verplig was om die dienskontrak te respekteer soos dit was.⁸⁵¹

Die kommissaris het ook bevind dat die outomatiese beëindiging van die dienskontrak nie op ontslag neergekom het nie. Hy gebruik artikel 186(a) van die WAV as motivering. Artikel 186(a) bepaal dat ontslag plaasvind wanneer 'n werkgewer inisiatief tot dien effek neem. Die feit dat die tydelike werknemer se dienskontrak deur die optrede van die kliënt beëindig is, wat nie die werkgewer is nie, was dit dus nie ontslag nie.⁸⁵² Laastens het die kommissaris aangedui dat hy nie jurisdiksie het om te bepaal of die agentskap vir die optrede van die kliënt middellik aanspreeklik gehou kan word nie. Die kommissaris het uiteindelik beslis dat daar nie ontslag was nie en die applikant se aansoek het misluk.⁸⁵³

Daar is 'n argument daarvoor dat gemelde ontbindende bepalings ongeldig en teen openbare beleid is. Bosch⁸⁵⁴ meen dat, alhoewel die kontrak op die oog af by wyse van regswerking geëindig het, die toedrag van sake vir alle praktiese doeleindes steeds op ontslag neerkom en iemand moet daarvoor verantwoordelik gehou word. Die kontrakteervryheid van die partye word erken, welke partye onder normale omstandighede aan daardie kontrak gebonde gehou sou word. Sou 'n bepaling in die kontrak egter teen openbare beleid wees, is dit onafdwingbaar.⁸⁵⁵

Sodanige bepalings sou myns insiens ook strydig wees met die oogmerk van die IAO om vir werknemers werksekuriteit te verseker en te voorkom dat hulle aan onbillike ontslag onderwerp word. Dit is derhalwe strydig met die IAO se *Termination of Employment Recommendation* van 1963.⁸⁵⁶

851 *April and Workforce Group Holdings t/a The Workforce Group* 2005 26 ILJ 2224 (KVBA) 2234.

852 *April and Workforce Group Holdings t/a The Workforce Group* 2005 26 ILJ 2224 (KVBA) 2235.

853 *April and Workforce Group Holdings t/a The Workforce Group* 2005 26 ILJ 2224 (KVBA) 2236.

854 Bosch 2008 ILJ 815.

855 Bosch 2008 ILJ 816.

856 Sien paragraaf 2.2.1 hierbo.

Sodoende kom die Suid-Afrikaanse regering ook nie die belofte aan die IAO in die *Declaration and Action Plan*, wat gemaak is tydens die *World Summit* van 1995, na nie – met dié dat daar nie altyd aan die IAO se instrumente uitvoering gegee word nie.⁸⁵⁷

Die volgende vraag is dan wanneer 'n bepaling teen die openbare beleid sal wees. Ooglopend is dit wanneer die uiteindelik doel daarvan is om 'n werknemer van 'n grondwetlike reg te ontnem. Die reg om nie onbillik ontslaan te word nie en aansluitend hierby die reg om 'n aksie vir sodanige onbillike ontslag te kan instel, is gegrond op die reg op billike arbeidspraktyke soos verskans in artikel 23 van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.⁸⁵⁸ 'n Ontbindende bepaling wat die tydelike werknemer verhoed om 'n aksie van onbillike ontslag in te stel, sal 'n beperking op die tydelike werknemer se reg op billike arbeidspraktyke plaas en sal daarom teen openbare beleid wees.⁸⁵⁹

Ter versterking van bogenoemde argument kan verwys word na artikel 5(2)(b) en artikel 5(4) van die WAV. Ingevolge artikel 5(2)(b) mag niemand 'n werknemer verhoed om sy regte wat ingevolge die WAV verseker is, uit te oefen nie. Artikel 5(4) bepaal weer dat geen kontraktuele bepaling enige aspekte soos in artikel 5 van die WAV vervat, mag weerspreek of beperk nie. Derhalwe sal die ontbindende bepaling wat 'n tydelike werknemer verhoed om 'n aksie vir onbillike ontslag in te stel, nie net teen openbare beleid wees nie, maar ook onwettig en dus onafdwingbaar.

In *Sindane v Prestige Cleaning Services*⁸⁶⁰ het die Arbeidshof dit duidelik gemaak dat dit ontbindende bepalings as geldig en afdwingbaar beskou en dat daar in sulke gevalle nie sprake van ontslag is nie,⁸⁶¹ maar in *SA Post*

857 Sien paragraaf 2.2.2 hierbo.

858 Hierna die Grondwet.

859 Theron 2005 *ILJ* 639.

860 *Sindane v Prestige Cleaning Services* 2010 31 *ILJ* 733 (AH).

861 Die afleiding word gemaak dat gemelde beslissing hoofsaaklik op vaste termyn kontrakte betrekking het.

*Office v Mampeule*⁸⁶² het waarnemende regter Ngalwana beslis dat dit ontoelaatbaar is aangesien dit 'n werknemer van sy arbeidsregte⁸⁶³ en ook grondwetlike reg tot billike arbeidspraktyke ontnem. Dit is teen die openbare beleid en partye kan nie per kontraktuele bepaling van hierdie regte afstand doen nie. Die saak is op appèl geneem, in welke geval die Arbeidsappèlhof bogenoemde siening van die hof *a quo* ondersteun het en ook artikel 5 van die WAV soos hierbo bespreek, is as motivering aangevoer het.⁸⁶⁴

In *NAPE v INTCS Corporate Solutions*⁸⁶⁵ het waarnemende regter Boda hom ook oor ontbindende bepalings uitgespreek. Hy argumenteer dat:

...if labour brokers and clients are given the licence to contract for standards that are less than the fundamentals guaranteed, the right to security of employment of employees involved in this tripartite relationship will be severely undermined. In applying the right not to be unfairly dismissed, a court is not bound by contractual limitations created by parties through an agreement when the agreement conflicts with the fundamental rights of workers. The courts especially have a duty not to perpetuate wrongs exercised by private parties who wield great bargaining power.

Waarnemende regter Boda⁸⁶⁶ het vervolgens bevind dat 'n bepaling wat 'n werknemer weerhou om sy regte uit te oefen, teen die openbare beleid en om dié rede ongeldig is. Hy het ook bevind dat die tydelike werknemer inderdaad onbillik ontslaan is, aangesien daar geen gronde vir 'n billike ontslag was nie. Die bepaling soos deur die partye in die kontrak vervat, wat die werknemer daarvan weerhou om sy regte uit te oefen, is volgens hom onregmatig en daarom teen openbare beleid.⁸⁶⁷

862 *SA Post Office v Mampeule* 2009 8 BLLR 792 (AH) 803(46). Sien ook *Nkosi v Fidelity Security Services* 2012 4 BALR 432 (KVBA) 436.

863 Om remedies by moontlike onbillike ontslag te gebruik en vergoed te word, sou die ontslag wel onbillik wees.

864 *SA Post Office Ltd v Mampeule* 2010 10 BLLR 1052 (AAH) 1059(23).

865 *NAPE v INTCS Corporate Solutions* 2010 31 ILJ 2120 (AH) 2133.

866 *NAPE v INTCS Corporate Solutions* 2010 31 ILJ 2120 (AH) 2134.

867 *NAPE v INTCS Corporate Solutions* 2010 31 ILJ 2120 (AH) 2136. Bosch 2008 ILJ 822. Bosch noem dat die redelikheid en regverdigbaarheid van so 'n beperking van 'n tydelike werknemer se regte 'n belangrike rol by die vasstelling of so 'n ontbindende bepaling teen die openbare beleid is, speel. Hy voer aan dat dit beantwoord moet word in die lig van die doelwit wat die partye probeer bereik. Daar moet 'n opweeg van belange plaasvind en dit

In *Mahlamu v CCMA and others*⁸⁶⁸ is 'n ontbindende bepaling ook in 'n tydelike werknemer se dienskontrak ingevoeg. Regter Van Niekerk het na, onder andere, die *Mampeule*-saak verwys en het dit baie duidelik gemaak dat sulke ontbindende bepalings nie toegelaat kan word nie. Dit is so aangesien partye nie die reg van 'n werknemer om nie onbillik ontslaan te word, uit die dienskontrak uit kan kontrakkeer nie. Hy het vervolgens beslis dat:

...a contractual device that renders a termination of a contract of employment to be something other than a dismissal, with the result that the employee is denied the right to challenge the fairness thereof in terms of section 188 of the LRA, is precisely the mischief that section 5 of the Act prohibits. Secondly, a contractual term to this effect does not fall within the exclusion in section 5(4), because contracting out of the right not to be unfairly dismissed is not permitted by the Act.

Regter Van Niekerk⁸⁶⁹ stel dit egter ook dat hierdie verbod op ontbindende bepalings nie verkeerdelik toegepas moet word op die regsgeldige gevalle waar bepaal word dat 'n kontrak outomaties tot 'n einde sal kom wanneer die periode daarin vermeld verstryk het of wanneer 'n ooreengekome aangeleentheid plaasvind nie. Anders as in die gevalle hierbo vermeld, is in hierdie gevalle weliswaar geen ontslag nie, deurdadit slegs 'n voltooiing van 'n vaste termyn kontrak is. Sodanige bepaling sal nie inbreuk maak op 'n werknemer se reg om nie onbillik ontslaan te word nie.

Kommissaris Pretorius het dieselfde argument met betrekking tot artikel 5 van die WAV in *Mahesu v Red Alert TSS*⁸⁷⁰ aangevoer en het pertinent genoem dat werknemers nie van hulle regte soos in arbeidswetgewing kan

moet duidelik wees dat die belang wat deur die ontbindende bepaling beskerm word (byvoorbeeld 'n operasionele belang van die werkgewer), swaarder weeg as die reg van die tydelike werknemer om 'n aksie vir onbillike ontslag te kan instel. So 'n klousule sal dus geregverdig kan word indien dit in die kommersiële kontrak geplaas word tot voordeel van 'n ander belang wat *beskermingswaardig* is. Daar moet egter ook bewys word dat daar geen ander minder beperkende metodes beskikbaar is om die belang van die werkgewer te beskerm nie.

868 *Mahlamu v CCMA and Others* 2011 4 BLLR 381 (AH) 389(22).

869 *Mahlamu v CCMA and Others* 2011 4 BLLR 381 (AH) 389(23).

870 *Mahesu v Red Alert TSS* 2011 12 BALR 1306 (KVBA) 1311(35).

afstand doen nie. Hy het die volgende stelling met betrekking tot die betrokke kontrak gemaak:⁸⁷¹

...a contract which contravenes the provisions of a statute may be void. In this case ... it could be said that this contract of employment "... was termed as it was in order to limit the unfair dismissal protection afforded to employees in terms of the LRA. Hence, the provision in the contract of employment relating to the termination of employment is invalid in terms of section 5 of the LRA".

Alle werknemers is geregtig op die reg om nie onbillik ontslaan te word nie, wat aansluit by die reg op billike arbeidspraktyke soos in die Grondwet verskans. Theron⁸⁷² argumenteer egter dat:

...the current provisions of s 198, read with other relevant provisions of the LRA, and as applied in practice, undermine these rights, or render them ineffective. The root cause of this situation is that s 198 maintains a fiction that the TES is an employer, whereas it is in fact an intermediary.

Cohen⁸⁷³ voer verder aan:

The statutorily accepted reasons for a fair dismissal, namely misconduct and incapacity, are of limited application in this unique relationship as standards of conduct and disciplinary requirements, generally fall within the exclusive realm of the client, without whose cooperation disciplinary enquiries or incapacity investigations are rendered baseless.

Wanneer 'n tydelike werknemer onbillik ontslaan word, veroorsaak die atipiese aard van die driehoekige diensverhouding dat die regsprekende beampte nie met gemak die bevel vir herindienstelling of herindiensneming kan maak nie.⁸⁷⁴ In *NUMSA obo Ngayi and Others and Lapace Construction*⁸⁷⁵ het die arbiter aangetoon dat herindienstelling en herindiensneming net 'n opsie is wanneer alle partye tot die verhouding steeds betrokke is. Hy voer aan dat die agentskap die *de jure* werkgewer is

871 *Mahesu v Red Alert TSS* 2011 12 BALR 1306 (KVBA) 1311(37).

872 Theron 2005 *ILJ* 641.

873 Cohen 2008 *ILJ* 873. Aangesien die kliënt ingevolge wetgewing nie die werkgewer is nie en vir alle praktiese doeleindes nie die party is wat die tydelike werknemer ontslaan het nie, voel hy homself nie verplig om aan enige ondersoek deel te neem nie.

874 Harvey 2011 *SALJ* 108.

875 *NUMSA obo Ngayi and Others and Lapace Construction* 2010 31 *ILJ* 1275 (BCA) 1283.

en die kliënt die *de facto* werkgever. As die *de facto* werkgever verwyder word, kan 'n verhouding tussen die tydelike werknemer en die *de jure* werkgever nie meer voortbestaan nie (die verhouding tussen die agentskap en die tydelike werknemer is juis geskoei op die verhouding tussen die agentskap en die kliënt).⁸⁷⁶

Vergoeding blyk die toepaslike remedie vir onbillike ontslag te wees, maar daar is nie altyd sekerheid oor watter party hiervoor aanspreeklik gehou behoort te word nie. Arbitrêr Marcus⁸⁷⁷ het in bogenoemde saak aangedui dat dit onbillik teenoor die agentskap sal wees om dit aanspreeklik te hou aangesien die agentskap slegs op aandrang van die kliënt opgetree het. Daar moet in so 'n geval billik teenoor beide die tydelike werknemer én die werkgever opgetree word. Die arbitrêr het wel in hierdie saak die bevel gegee dat die agentskap die tydelike werknemer moet vergoed, maar het slegs 'n bedrag gelykstaande aan drie maande se salaris voorgeskryf ten einde die onbillikheid teenoor die agentskap te beperk, maar steeds billik teenoor die tydelike werknemers te wees. In sulke omstandighede kan die kliënt nie aangespreek word nie, want hy is nie die werkgever nie.

Uit bogenoemde behoort dit duidelik te wees dat wanneer ontbindende bepalinge in 'n dienskontrak tussen die agentskap en tydelike werknemer teenwoordig is, daar eerstens vasgestel moet word of dit betrekking het op die beëindiging van 'n vaste termyn kontrak. Indien dit die geval is, behoort die hof dit toe te laat. Indien dit egter geoormerk word vir gevalle waar die kliënt die tydelike werknemer voor die verstryking van die ooreengekome tydperk wegwys, sal die hof dit hoofsaaklik as teen die openbare beleid en teen artikel 5 van die WAV en vervolgens ongeldig beskou. Daar sal in hierdie konteks wel oplossings vir die agentskap se ongemaklike posisie by die aanspreeklikheid van onbillike ontslag van die tydelike werknemer gevind moet word.

876 Alhoewel hierdie standpunt vir baie gevalle akkuraat is, is dit nie noodwendig wat gebeur nie omdat die agentskap die tydelike werknemer bloot by 'n ander kliënt sou kon plaas. Bygevolg bly die dienskontrak voortbestaan.

877 *NUMSA obo Ngayi and Others and Lapace Construction* 2010 31 ILJ 1275 (BCA) 1284,1285.

6.2.1.1.2 Klassifikasie van 'n werknemer as onafhanklike kontrakteur

Die tweede metode waardeur die agentskap kan poog om sy verantwoordelikhede vry te spring, het betrekking op die tydelike werknemer se werknemerstatus.⁸⁷⁸ Sommige agentskappe⁸⁷⁹ benoem die tydelike werknemers as onafhanklike kontrakteurs om hulle sodoende van arbeidswetgewing en die beskerming wat daarmee gepaardgaan, uit te sluit.⁸⁸⁰ Onafhanklike kontrakteurs word pertinent in artikel 213 van die WAV uit die definisie van 'n werknemer gesluit en aangesien 'n persoon 'n werknemer moet wees om op die beskerming van die WAV geregtig te wees, sal onafhanklike kontrakteurs sodanige beskerming ontsê word. Gevalle kom voor waar alle betrokke partye dit verkies om op 'n onafhanklike kontrakteurbasis te werk te gaan en artikel 198(3) van die WAV maak so 'n stap selfs moontlik. Dit bepaal:

Ondanks subartikels (1) en (2) is iemand wat 'n onafhanklike kontrakteur is, nie 'n werknemer van 'n tydelike werkverskaffingsdiens nie, en is die tydelike werkverskaffingsdiens ook nie daardie persoon se werkgever nie.

Dit is egter die geval soos hierbo beskryf, die sogenaamde “disguised employment” wat problematies is.⁸⁸¹ Die IAO beskryf hierdie vorm van indiensneming as “an employment relationship that is lent an appearance that is other than the underlying reality”.⁸⁸² Sou die tydelike werknemer dan as onafhanklike kontrakteur benoem wees en op sekere regte van 'n werknemer wou aanspraak maak, sou hy moes bewys dat hy nie 'n onafhanklike kontrakteur is nie.⁸⁸³

878 Benjamin *To Regulate or to Ban* 191.

879 Hier word aanvaar dat die agentskap die werkgever is, aangesien die WAV dit so bepaal. Die ondersoek handel vervolgens oor die vraag of die agentskap toegelaat kan word om by wyse van hierdie metode sy verantwoordelikhede vry te spring.

880 Olivier 1998 *ILJ* 673. Hierdie argument is moeilik om te sluk, want tydelike werknemers is in 'n afhanklike posisie en is nie self daarvoor verantwoordelik om werk te kry nie. Laasgenoemde is 'n verantwoordelikheid wat op die agentskap rus.

881 NEDLAC 2007 *ILJ* 101.

882 Benjamin 2004 *ILJ* 794.

883 Benjamin 2004 *ILJ* 795.

Die begrip “onafhanklike kontrakteur” word nêrens in arbeidswetgewing gedefinieer nie en laasgenoemde word weliswaar uitdruklik van arbeidsregtelike beskerming uitgesluit.⁸⁸⁴ Die naaste aan ‘n definisie word in *Smit v Workmen’s Compensation Commissioner*⁸⁸⁵ gevind, waarin elemente wat so ‘n persoon se metode van werksverrigting uitmaak, beskryf word. Die hof het ook verder gegaan en by voorbaat hierdie ses elemente met dié van ‘n werknemer vergelyk. Die onderskeid sien soos volg daar uit:⁸⁸⁶

Werknemer	Onafhanklike kontrakteur
Die oogmerk van die kontrak is om persoonlike dienste te voorsien.	Die oogmerk van die kontrak is die uitvoer van ‘n spesifieke taak of die bereik van ‘n spesifieke resultaat.
Die werknemer moet die dienste persoonlik verrig.	Die onafhanklike kontrakteur kan aan ander partye delegeer.
Die werkgever kan kies wanneer hy van die werknemer se dienste gebruik wil maak.	Die onafhanklike kontrakteur moet sy werk binne die vasgestelde periode voltooi.
Die werknemer is verplig om die bevele van die werkgever uit te voer.	Die onafhanklike kontrakteur is onderworpe aan die kontrak, nie aan die beheer van die werkgever nie.
Die kontrak verval by die dood van die werknemer.	Die kontrak sal nie noodwendig verval by die dood van die kontrakteur nie.
Die kontrak verval by die verstryking van die periode van diens soos in die kontrak bepaal.	Die kontrak verval by die voltooiing van die spesifieke taak of die bereiking van ‘n spesifieke resultaat.

Moontlik die grootste onderskeid tussen ‘n werknemer en ‘n onafhanklike kontrakteur is dat ‘n werknemer, as afhanklike persoon en onder die beheer van die werkgever, daarop ingestel is om sy dienste in te span ten einde die werkgever te ondersteun in die uitbou van sy besigheid. Die resultaat sal wees dat hy die werkgever ekonomies sterker maak. Die

884 Benjamin 2004 ILJ 789.

885 *Smit v Workmen’s Compensation Commissioner* 1979 1 SA 51 (AH). Sien ook *SA Broadcasting Corporation v McKenzie* 1999 20 ILJ 585 (AAH).

886 *Smit v Workmen’s Compensation Commissioner* 1979 1 SA 51 (AH); NEDLAC 2007 ILJ 102.

onafhanklike kontrakteur daarenteen beoog die verbetering van sy eie ekonomiese posisie en het hoofsaaklik die bedoeling om 'n spesifieke resultaat te lewer.

Wanneer 'n werker beweer dat hy 'n werknemer en nie 'n onafhanklike kontrakteur is nie, moet hy dit kan bewys. Die wetgewer het hulp aan sulke persone verleen ten einde hulle van hul bewyslas te kwyd. Sou 'n persoon beweer dat hy wel 'n werknemer is, kan hy van artikel 200A van die WAV gebruik maak.⁸⁸⁷ Ingevolge hierdie artikel is daar spesifieke faktore wat oorweeg kan word om 'n weerlegbare vermoede te skep dat 'n persoon wel 'n werknemer is. Daar moet egter opgelet word dat artikel 200A(2) van die WAV bepaal dat artikel 200A(1) nie van toepassing sal wees op werkers wat meer verdien as die bedrag soos deur die Minister in artikel 6(3) van die WBDV bepaal nie.

Sou 'n werker kon bewys dat 'n spesifieke faktor teenwoordig is en dat hy dus aan die vermoede voldoen, word hy nie summier as werknemer beskou nie. Die *onus* rus daarna op die werkgewer om te bewys dat die werker **nie** 'n werknemer is nie. Indien die werkgewer hom nie van sy bewyslas kwyd nie, sal die werker as 'n werknemer beskou word.⁸⁸⁸

Benjamin⁸⁸⁹ dui aan dat die genoemde faktore daardie is wat as elemente oorweeg behoort te word wanneer die definisie van 'n werknemer geïnterpreteer word. Volgens hom sal dit nie sin maak as die faktore wat die vermoede laat ontstaan, wesenlik van die elemente wat oorweeg word wanneer die definisie van 'n werknemer geanaliseer word, verskil nie. Dit sal ook duidelik wees vanuit die bespreking van die faktore hieronder dat die wetgewer weliswaar die bedoeling gehad het om die effektiewe

887 Sien dieselfde bepaling in a 83A van die WBDV.

888 Fourie 2008 *PER* 120,121,122. A 200A dwing die werkgewer om bewyse te lewer vir sy bewering dat 'n tydelike werknemer nie 'n werknemer nie maar 'n onafhanklike kontrakteur is. Sodoende word gepoog om te voorkom dat werkgewers tydelike werknemers as onafhanklike kontrakteurs klassifiseer ten einde beperkende arbeidswetgewing te ontgom. Sien ook NEDLAC 2007 *ILJ* 97,98; Theron 2003 *ILJ* 1272,1273; Cohen 2008 *ILJ* 863; Fenwick *et al Labour Law* 22; Bezuidenhout *et al Non-standard employment* 89.

889 Benjamin 2004 *ILJ* 802.

gemeenregtelike toetse te kodifiseer en sodoende meer gesag daaraan te koppel.

Artikel 200A verwys na sewe faktore. Indien enige één van gemelde sewe faktore teenwoordig is, tree die vermoede van 'n werknemer in.⁸⁹⁰ Dit is duidelik dat gemelde artikel veronderstel dat daar nie een enkele deurslaggewende faktor is wat teenwoordig moet wees alvorens 'n werker as werknemer geklassifiseer kan word nie. Die voordeel van die relevante artikel is dat dit op enige arbeidsregtelike verhouding van toepassing is, ongeag die vorm van die kontrak.⁸⁹¹ Dit is 'n ideale toets wat by die betrokke agentskappe onderneem kan word. Die driehoekige diensverhouding of kommersiële kontrak sal nie die toepassing van die vermoede op tydelike werknemers diskwalifiseer nie.

Die Kode vir Goeie Praktyk⁸⁹² sit gemelde faktore volledig uiteen. Die eerste twee faktore behels dat die metode waarop die werker sy dienste lewer en die ure waartydens hy dit doen, onder die beheer van 'n ander persoon moet wees. Derdens en vierdens moet die werker deel van die organisasie waar hy werk verrig vorm⁸⁹³ en hy moes vir die laaste drie maande vir ten minste veertig uur 'n maand by daardie organisasie werksaam gewees het. Verder moet die werknemer ekonomies afhanklik van die ander persoon wees⁸⁹⁴ en deur daardie persoon van gereedskap voorsien word ten einde hom in staat te stel om sy werk te verrig. Laastens moet die werknemer werk vir slegs 'n enkele persoon verrig.

890 Fourie 2008 *PER* 121; NEDLAC 2007 *ILJ* 97; Smit en Fourie 2009 *TSAR* 530; Theron 2008 *ILJ* 18; Bezuidenhout *et al Non-standard employment* 89.

891 Smit en Fourie 2009 *TSAR* 530; Benjamin 2004 *ILJ* 802; NEDLAC 2007 *ILJ* 97; Theron 2003 *ILJ* 1272; Theron 2008 *ILJ* 18. Die enigste uitsluiting is gevalle waar die persoon wie se status bevraagteken word, meer verdien as die inkomstedrumpel soos deur die Minister van Arbeid van tyd tot tyd in 'n sektorale vasstelling bepaal. Tans is die inkomstedrumpel R183 008,00 *per annum*.

892 NEDLAC 2007 *ILJ* 98,99. Sien ook Benjamin 2004 *ILJ* 801; Theron 2003 *ILJ* 1272; Vettori 2005 *SA Merc LJ* 298 en Le Roux 2007 *SALJ* 470.

893 Dit beteken dat die werk wat die werker verrig 'n geïntegreerde deel van die ander persoon se besigheid uitmaak.

894 Ekonomiese afhanklikheid beteken dat die werker afhanklik is van die ander persoon vir werk en ook van daardie persoon afhanklik is vir 'n inkomste. Die werker moet nie kan terugtree en 'n kontrak met 'n ander party sluit ten einde inkomste vanaf 'n ander oord te ontvang nie. Sien Benjamin 2004 *ILJ* 803.

Die onderskeid tussen 'n werknemer en onafhanklike kontrakteur, asook die faktore deur artikel 200A gestipuleer, moet met sorg oorweeg word wanneer bepaal word of 'n tydelike werknemer 'n onafhanklike kontrakteur is. Met die risiko van herhaling, word beklemtoon dat gemelde metode van die partye om aanspreeklikheid vry te spring ernstige gevolge vir die tydelike werknemer inhou.⁸⁹⁵

Daar is wel aanvaarbare gevalle waar alle partye (die tydelike werknemer inklusief) verkies om laasgenoemde as onafhanklike kontrakteur te bestempel, sonder dat daar 'n bedoeling is om die betrokke verhoudinge te vermom. Wanneer hoewe egter besef dat gepoog word om 'n werknemer as onafhanklike kontrakteur uit te maak ten einde arbeidswetgewing vry te spring, word dit wel in 'n mate hokgeslaan. Die hoewe doen dit deur die inhoudelike aspekte van die betrokke verhoudinge te ontleed ten einde vas te stel wat die aard van die werknemer se identiteit is.⁸⁹⁶ In hierdie geval sou die hoewe die gemeenregtelike toetse en artikel 200A kon toepas. Dit moet egter hier met sekerheid bepaal word of die realiteit van die tydelike werknemer se status so 'n stap van die gesagsfigure regverdig en of die partye toegelaat kan word om by wyse van hierdie metode hulle aanspreeklikhede ingevolge die WAV vry te spring.

Vervolgens sal getoets word of so 'n identifikasie onder algemene omstandighede geregverdig is. Daar sal eerstens 'n analise van die definisie van 'n werknemer ingevolge die WAV onderneem word. Die doel hiervan is om in die eerste plek aan te toon of die tydelike werknemer oor die algemeen as 'n ware werknemer geklassifiseer kan word en vervolgens die volle spektrum arbeidsregte behoort te ontvang. Daarna sal die gemeenregtelike toetse en artikel 200A gebruik word om die studie te

895 Aangesien onafhanklike kontrakteurs nie deur arbeidswetgewing gedek word nie, sal tydelike werknemers weinig arbeidsregtelike beskerming ontvang en sal hulle nie toegang tot die wye spektrum arbeidsregte hê nie. Die gesagsfigure sal derhalwe ook nie aan streng reëls met betrekking tot ontslag of diensvoorwaardes gebonde wees nie.

896 Sien in hierdie verband *Mandla v LAD Brokers* 2000 21 ILJ 1807 (AH). Deurdat die fisiese dienslewering aan die kliënt gelewer word, sal die hoewe hoofsaaklik op die verhouding tussen die tydelike werknemer en die kliënt fokus.

ondersteun ten einde aan te dui of die realiteit van die tydelike werknemer se dienslewering dit regverdig om hom as 'n onafhanklike kontrakteur te bestempel.

6.2.1.1.2.1 Definisie van 'n werknemer

Die werknemer word deur verskeie wetgewing gedefinieer, alhoewel die definisies baie dieselfde is.⁸⁹⁷ Die belangrikste definisie, waarna ook meer in akademiese geskrifte verwys word, word in die WAV vervat. Artikel 213 van hierdie wet bepaal 'n werknemer is:

- (a) iemand, behalwe 'n onafhanklike kontrakteur, wat vir iemand anders of die Staat werk en wat besoldiging ontvang of geregtig is om besoldiging te ontvang; en (b) iemand anders wat op enige wyse help om die besigheid van 'n werkgewer voort te sit of te bedryf.

Artikel 78 van dieselfde wet bepaal dat 'n werknemer enige persoon is wat in 'n werkplek in diens is, behalwe 'n senior bestuurswerknemer wat die bevoegdheid het om die werkgewer in die omgang met 'n werkplekforum te verteenwoordig en om namens die werkgewer beleide te bepaal en besluite mag neem wat met die verteenwoordiging van werknemers in die werkplek in botsing mag wees. Laasgenoemde definisie is uiters wyd en in 'n mate strydig met artikel 213 aangesien die wye formulering tot gevolg het dat onafhanklike kontrakteurs, wat ook 'n diens aan 'n prinsipaal lewer, ook by hierdie definisie ingereken kan word.

Wat onmiddellik uitgewys behoort te word, is dat eersgenoemde definisie uit drie dele bestaan. In die eerste gedeelte word uitdruklik aangetoon dat 'n onafhanklike kontrakteur nie 'n werknemer is nie. Laasgenoemde is

897 Die WBDV, EEA en WVO se definisies is feitlik dieselfde as die definisie in die WAV vervat. Die bewoording van die definisies in die WWV en WBV verskil effens van die WAV, maar bepaal in essensie dieselfde en is wyd genoeg geformuleer om tydelike werknemers in te sluit. Die enigste definisie van 'n werknemer wat werklik van die ander afwyk, is die een in die WVBS vervat. Baie sorg is aan die dag gelê by die opstel van die betrokke definisie, en bevat 'n ondubbelsinnige samevatting van wie ingesluit en wie uit die definisie uitgesluit word. In hierdie definisie word tydelike werknemers deur 'n agentskap voorsien pertinent as 'n werknemer geïdentifiseer.

presies wat die naam uitbeeld – onafhanklik. Dit is 'n party wat nie aan die beheer van die werkgewer uitgelewer is nie en is verantwoordelik vir die verkryging van sy eie werk. Hierdie uitsluitel moet altyd oorweeg word wanneer vasgestel word of 'n persoon vir werknemerstatus kwalifiseer.

Die tweede gedeelte dui in soveel woorde aan wat dit behels om 'n werknemer te wees, naamlik die beskikbaarstel van dienste aan 'n ander persoon in ruil vir die ontvang van 'n salaris. Hieruit is dit duidelik dat dit nie bedoel is om noodwendig langtermyn of permanent te wees nie. Dit fokus slegs op die dienslewering en die ontvang van 'n salaris.⁸⁹⁸

Die derde gedeelte is wesenlik vir die omstandighede van 'n tydelike werknemer, omdat dit wyer as die tweede deel van die definisie geformuleer is. Die bedoeling hiermee is om 'n groter verskeidenheid kategorie werkers by die definisie in te sluit. Klaarblyklik is die bedoeling om verskeie werkers in te sluit wat nie noodwendig 'n dienskontrak geteken het nie, maar wel in een of ander vorm van 'n diensverhouding met 'n ander persoon staan. Daarom word slegs verwys na partye wat 'n bydrae in die uitbou van 'n ander persoon se besigheid lewer.

6.2.1.1.2.2 Toepaslikheid van die definisie van 'n werknemer op die posisie van tydelike werknemers

Die bewoording van paragraaf (a) van die definisie in artikel 213 van die WAV maak die omskrywing op die tradisionele diensverhouding wat uit twee partye bestaan van toepassing – die werkgewer en die werknemer. Die werknemer lewer sy persoonlike dienste aan die werkgewer en dit is die werkgewer wat dan die werknemer vir daardie dienste besoldig. Alhoewel daar nie in soveel woorde in paragraaf (a) aangedui word dat die persoon wat die dienste ontvang die werkgewer behoort te wees nie, kan dit afgelei word deur na 'n uitlating van die Arbeidsappèlhof te verwys. In

898 Dit blyk egter uit die praktyk dat 'n persoon wat ingevolge artikel 213 as 'n werknemer geklassifiseer kan word, daardie status bekom op grond van 'n dienskontrak wat meestal langtermyn is. Dit is dus gebruiklik om werknemerstatus met permanente dienslewering te assosieer.

*Footware Trading CC v Mdlalose*⁸⁹⁹ het die gemelde hof aangedui dat, in die lig van die feit dat die begrip “werkgever” nie in die WAV gedefinieer word nie, die definisie vir ‘n werkgever uit die definisie van ‘n werknemer soos in artikel 213 van die WAV omskryf, afgelei moet word. Dit kom gevolglik daarop neer dat ‘n werkgever die persoon is wat die dienste van die werknemer ontvang en die persoon wat hom vir daardie dienste vergoed.

By tydelike diensverskaffingsagentskappe sluit die tydelike werknemer ‘n dienskontrak met die agentskap, welke party regtens die werkgever is. Dit is egter nie die agentskap in hierdie scenario aan wie die tydelike werknemer sy dienste beskikbaar stel nie en die persoon aan wie hy wel sy dienste beskikbaar stel, is nie die persoon wat hom vergoed vir die werk verrig nie. Daar word nie ‘n dienskontrak tussen die tydelike werknemer en die kliënt gesluit nie; dus ontstaan daar (op die oog af) statutêr gesproke nie ‘n diensverhouding tussen hulle nie. Dit blyk derhalwe dat paragraaf (a) nie noodwendig op tydelike werknemers van toepassing is nie.

Die situasie lyk wel anders wanneer paragraaf (b) oorweeg word. Die formulering van gemelde subartikel veronderstel nie noodwendig ‘n diensverhouding gebaseer op ‘n dienskontrak nie. Dit verwys slegs na persone wat ‘n werkgever in die uitvoer van sy besigheid ondersteun. Soos die Kode vir Goeie Praktyk⁹⁰⁰ uitwys, is die bedoeling van hierdie bewoording om ander kategorieë werkers (atipiese werknemers) ook by die definisie van ‘n werknemer in te sluit.

In *City of Tswane Metropolitan Municipality v SA Local Government Bargaining Council*⁹⁰¹ het waarnemende regter Myburgh die volgende aangedui:

899 *Footware Trading CC v Mdlalose* 2005 5 BLLR 452 (AAH); Cohen 2008 *ILJ* 864.

900 NEDLAC 2007 *ILJ* 100.

901 *City of Tswane Metropolitan Municipality v SA Local Government Bargaining Council* 2012 33 *ILJ* 191 (AH) par 66.

...it is noteworthy that para (b) of the definition of 'employee' is significantly wider than para (a). It is not circumscribed by the requirement that remuneration must be paid or that work must be performed. Instead, in order to qualify as an employee, the person need do no more than in any manner assist in carrying on or conducting the employer's business. Here, there appears to be no requirement for the existence of a contract of employment in order for a person to qualify as an employee. (Eie beklemtoning)

Die tydelike werknemer voorsien sy ondersteuning in die uitbou van die kliënt ('n werkgewer) se besigheid en voldoen diensengevolge aan paragraaf (b). Daar kan tog vanuit 'n statutêre oogpunt 'n diensverhouding tussen die tydelike werknemer en die kliënt veronderstel word. Daar is dan eerstens 'n sterk argument dat 'n tydelike werknemer wel as 'n statutêre werknemer beskou kan word. Ongeag laasgenoemde gaan sekere gesagsfigure steeds voort om sodanige werknemers as onafhanklike kontrakteurs te bestempel. Vervolgens sal die regverdigbaarheid hiervan getoets word.

6.2.1.1.2.3 Vasstelling van werknemerstatus

Artikel 200A, soos hierbo aangetoon, sit bepaalde faktore uiteen wat teenwoordig moet wees vir 'n vermoede om te ontstaan dat 'n bepaalde persoon 'n werknemer is. Ten einde te bepaal of dit in 'n normale driehoekige diensverhouding geregverdig kan word om 'n tydelike werknemer as 'n onafhanklike kontrakteur van die agentskap te klassifiseer, behoort die betrokke verhouding tussen die agentskap en die tydelike werknemer getoets te word. Soos egter in hoofstuk 5 genoem is,⁹⁰² is dit binne die werknemer-kliënt-verhouding waar die arbeidspotensiaal voorsien word. Dit veronderstel dat die faktore met meer gemak hier gevind sal word.

Anders as in hoofstuk 5, waar getoets word vir die posisie van die gemeenregtelike diensverhouding, moet hier slegs getoets word of 'n tydelike werknemer onder normale omstandighede 'n onafhanklike

902 Sien paragraaf 5.3.1.4.

kontraakteur ingevolge die agentskap **kan** wees. Dit beteken dat die werknemer-agentskap-verhouding getoets moet word. Siende dat die arbeidspotensiaal nie tussen die agentskap en die tydelike werknemer gelewer word nie, is die toepassing van die faktore in artikel 200A, asook die gemeenregtelike toetse, nie so maklik nie. Ter voorbeeld kan aangedui word dat beheer in die ware sin van die woord nie tussen die agentskap en die tydelike werknemer teenwoordig is nie. So ook is dit nie eenvoudig om tot die gevolgtrekking te kom dat die tydelike werknemer deel van die agentskap se organisasie uitmaak nie, omdat die werknemer nie as 'n personeellid 'n diens **by** die agentskap verrig nie.

Wat artikel 200A betref, is die moontlikheid groot dat die vermoede steeds sal intree, aangesien slegs een van die faktore teenwoordig hoef te wees. In die lig van die feit dat die agentskap die tydelike werknemer se salaris betaal, sal ekonomiese afhanklikheid teenoor die agentskap as faktor ten minste teenwoordig wees.⁹⁰³ Alhoewel, indien die faktore in artikel 200A met meer soepelheid toegepas word, sal die vermoede selfs versterk kan word. 'n Argument behoort dus gevoer te kan word dat daar wel 'n mate van beheer tussen die agentskap en die tydelike werknemer is, omdat die tydelike werknemer aan die agentskap moet onderneem om by 'n bepaalde kliënt 'n diens te gaan verrig. Die agentskap beskik oor die beheer om te verseker dat die tydelike werknemer sy belofte nakom, deurdat die agentskap die tydelike werknemer sou kon ontslaan indien laasgenoemde sy belofte versaak het. Soos ook geargumenteer in hoofstuk 5,⁹⁰⁴ kan tot die gevolgtrekking gekom word dat die tydelike werknemer deel van die agentskap se organisasie uitmaak. Sodanige argument behels dat die tydelike werknemer die agentskap ondersteun in die uitbou van sy kernbesigheid, te wete om arbeid te voorsien.

Indien die faktore in artikel 200A wyer geïnterpreteer en toegepas word, is dit derhalwe moontlik om steeds 'n sterk genoeg vermoede te skep dat 'n

903 Sien paragraaf 5.3.1.3.

904 Sien paragraaf 5.3.1.3.

tydelike werknemer onder normale omstandighede 'n ware werknemer van die agentskap is.

Die Kode vir Goeie Praktyk dui aan dat wanneer howe poog om vas te stel of 'n spesifieke persoon 'n werknemer is, hulle 'n ondersoek na die ware verhouding tussen die partye moet doen en hulself nie verlaat op die bewering van die partye oor wat die verhouding is nie.⁹⁰⁵ Dit is ook die benadering wat deur regter-president Zondo in *Denel v Gerber*⁹⁰⁶ gevolg is. Hy dui aan dat, sou howe daarvan weerhou word om na faktore buite die dienskontrak te kyk, dit die gevaar sou loop om die gevolgtrekking oor die aard van die diensverhouding te bereik wat die partye wil hê dit moet bereik, ten spyte daarvan dat hierdie gevolgtrekking van die realiteite van die verhouding verskil. So 'n benadering sal verhoed dat howe 'n objektiewe ondersoek kan doen.⁹⁰⁷ Dit is gevolglik moontlik om 'n werker wat as onafhanklike kontrakteur in 'n kontrak bestempel is, as werknemer te klassifiseer nadat die verhouding self behoorlik ondersoek is.⁹⁰⁸

Die toepassing van die faktore op 'n tydelike werknemer is hipoteties. Bogenoemde is slegs ter illustrasie dat onder gewone omstandighede verskeie faktore wel by tydelike werknemers teenwoordig kan wees. Die resultate van bogenoemde toepassing is onderworpe aan verandering na gelang van elke tydelike werknemer se unieke omstandighede.

Uit bogenoemde is dit duidelik dat, by wyse van vergelyking van die definisie van 'n werknemer soos in die WAV vervat met die posisie van 'n tydelike werknemer, geargumenteer kan word dat die tydelike werknemer wel daarbinne gereken kan word. So ook blyk dit dat 'n tydelike werknemer in 'n mindere of meerdere mate aan artikel 200A van die WAV en die gemeenregtelike toetse voldoen. Dit is gevolglik duidelik dat 'n tydelike werknemer nie net gemeenregtelik nie, maar ook statutêr as ware werknemer geklassifiseer kan word. Hierteenoor word tydelike werknemers

905 Benjamin 2010 *ILJ* 848.

906 *Denel v Gerber* 2005 26 *ILJ* 1256 (AAH) 1264.

907 *Denel v Gerber* 2005 26 *ILJ* 1256 (AAH) 1264,1297.

908 Benjamin 2010 *ILJ* 846; NEDLAC 2007 *ILJ* 101,102.

in die VK nie as volwaardige werknemers beskou nie, aangesien daar nie aan hulle kriteria voldoen word nie.⁹⁰⁹ Daar word wel deur regspraak in die VK aan die hand gedoen dat hulle slegs as “werkers” geklassifiseer kan word. Dit dui steeds op ‘n mate van afhanklikheid.⁹¹⁰ Daar is wel later spesifiek vir “agentskapwerknemers” as aparte kategorie in die VK voorsiening gemaak.

Baie van die elemente van ‘n onafhanklike kontrakteur het hierbo reeds ter sprake gekom. ‘n Paar ander elemente moet egter steeds met die situasie van ‘n tydelike werknemer vergelyk word. Eerstens is dit duidelik dat die dienskontrak met die tydelike werknemer as individu gesluit word. Indien die tydelike werknemer sou sterf, sou die dienskontrak tot ‘n einde kom. Indien die kommersiële kontrak tussen die agentskap en die kliënt op die indiensplasing van daardie *spesifieke* tydelike werknemer gebaseer was, sou gemelde kontrak moontlik ook tot ‘n einde kon kom. Indien die kommersiële kontrak egter tussen die partye gesluit was vir doeleindes van die plasing van **enige** werknemer, sou die oorlede werknemer slegs vervang kon word en sou die kommersiële kontrak bygevolg nie deur die dood van die voorafgaande werknemer geaffekteer word nie.

Daar kan ook in die kommersiële kontrak aangedui word vir hoe lank die kontrak geldig sal wees, of die partye kan aandui dat die kontrak herevalueer sal word na die verstryking van ‘n spesifieke tydperk. Die kontrak kan wel ook aandui dat dit sal eindig by die voltooiing van ‘n spesifieke taak, in welke geval die duur van die kontrak onseker sal wees.⁹¹¹ Die laaste element verteenwoordig weliswaar ‘n grys area, aangesien beide omstandighede onder “werknemer” en “onafhanklike kontrakteur” vir tydelike werknemers kan geld.

Ten spyte van laasgenoemde element blyk dit dat ‘n tydelike werknemer wel as ‘n werknemer beskou sal word, aangesien dit aan die meerderheid van die eienskappe van ‘n ware werknemer voldoen. Met die resultate van

909 Sien paragraaf 3.5.1 hierbo.

910 Sien paragraaf 3.5.1.3 hierbo.

911 Theron 2005 *ILJ* 633.

artikel 200A van die WAV sowel as dié van die gemeenregtelike toetse ingedagte, kan aangevoer word dat 'n tydelike werknemer 'n werknemer in die ware sin van die woord is en behoort agentskappe nie hulle verantwoordelikhede te kan omseil deur die tydelike werknemer as 'n onafhanklike kontrakteur te bestempel nie.

6.2.1.2 *Aanspreeklikheid vir onbillike arbeidspraktyke*

Ingevolge artikel 23 van die Grondwet en artikel 185 van die WAV word billike arbeidspraktyke vir alle partye wat in 'n arbeidsregtelike verhouding betrokke is, verseker. Die bewoording van hierdie reg in die Grondwet is wyd geformuleer en verseker vir **almal** billike arbeidspraktyke. Daarom het 'n tydelike werknemer hierdie reg, ongeag wat sy status uiteindelik is.⁹¹² Die bewoording in die WAV is effens enger en verseker die reg vir alle "werknemers".

Die feit dat die agentskap as werkgewer ingevolge die WAV geklassifiseer is, veronderstel dat die aanspreeklikheid vir enige onbillike arbeidspraktyke statutêr gesproke daarop sal rus.⁹¹³ Behalwe vir onbillike ontslag, sou dit ook beteken dat die agentskap aanspreeklik gehou word vir enige wangedrag teenoor die tydelike werknemer met betrekking tot bevordering, demosie of die voorsien van voordele aan die tydelike werknemer. Die agentskap sou dientengevolge in hierdie konteks vir enige ongelyke en onbillike behandeling van die tydelike werknemer aanspreeklik gehou word, aspekte waarvoor hy nie noodwendig beheer het nie.

6.2.1.3 *Verkryging van organisatoriese regte en kollektiewe bedinging*

Daar word algemeen aanvaar dat die werknemer normaalweg sy dienste op die perseel van die werkgewer uitoefen.⁹¹⁴ Gevolglik kan 'n werkgewer sy vinger op die pols hou en met gemak beheer oor die werknemer

912 Henrico en Smit 2010 *Obiter* 255.

913 Van Eck 2012 *Int'l J of Comp Lab L & Indus Rel* 38.

914 Theron 2003 *ILJ* 1275; Theron 2005 *ILJ* 647; Theron 2008 *ILJ* 13.

uitoefen. Onder die huidige omstandighede verrig die tydelike werknemer nie sy take op die perseel van die werkgewer nie, maar op dié van die kliënt. Aanvanklik het die 1983 WAV aangedui dat tydelike werknemers se werkplek dié van die kliënt was, maar hierdie bepaling is uit die huidige WAV weggelaat.⁹¹⁵ Die feit dat die agentskap as die werkgewer benoem is en dié se perseel tegnies gesproke as die tydelike werknemer se werkplek beskou word, hou uit die aard van die saak praktiese probleme in.⁹¹⁶

Die grootste uitdaging wat tans ervaar word, is die verkryging van organisatoriese regte. Kollektiewe bedinging is gefokus op die werkplek, siende dat verteenwoordiging van werknemers juis plaasvind binne en met betrekking tot aspekte verbonde aan 'n spesifieke werkplek.⁹¹⁷ Die werkplek word gedefinieer as die plek waar die werknemers van die werkgewer werk.⁹¹⁸ Vir 'n vakbond om sy verpligtinge na te kom, nuwe lede te werf en met hulle kontak te behou, moet die werkgewer toegang tot die werkplek aan die vakbond verleen. Dit beteken dat die agentskap as werkgewer verantwoordelik is vir die toestaan van die organisatoriese regte. Daarenteen is die uitoefening daarvan gefokus op die plek waar die werknemers fisiese werk verrig - in hierdie geval die kliënt se perseel. Die agentskap het geen reg om aan die vakbond organisatoriese regte wat met die kliënt se perseel verband hou, toe te staan nie. Die kliënt op sy beurt is ook onder geen verpligting om sulke regte toe te staan nie. Alhoewel ander organisatoriese regte, soos byvoorbeeld die aftrek van ledegelde by wyse van 'n debietorder, nie werkplekgebonde is nie, sal sodanige regte ook nie sonder toegang tot die perseel uitgeoefen kan word nie. Dit is so omdat lede eers gewerf moet word voordat ledegelde geëis kan word.

Tydelike werknemers se verteenwoordiging word derhalwe bemoeilik en soms selfs onmoontlik gemaak. Aangesien tydelike werknemers gewoonlik van een werkplek na 'n ander verskuif soos wat die agentskap hulle plaas,

915 Benjamin 2010 *ILJ* 850.

916 Benjamin *To Regulate or to Ban* 199.

917 A 12 WAV. Sien ook Harvey 2011 *SALJ* 100 en Theron 2003 *ILJ* 1276.

918 A 213 WAV; *Communication Workers Union and Daily Dispatch* 2010 31 *ILJ* 1496 (KVBA). Sien ook Theron 2005 *ILJ* 647 en Harvey 2011 *SALJ* 107.

word die bekikbaarheid en uitoefening van organisatoriese regte verder bemoeilik.⁹¹⁹

Nie net hou die benoeming van die agentskap as die werkgewer vir werwing implikasies in nie, maar ook vir die uitvoer van kollektiewe regte, soos byvoorbeeld om te staak. Wat die omstandighede kompliseer, is dat stakings gewoonlik op die werkgewer se perseel plaasvind. Dit is egter so dat die werkgewer (in hierdie geval die agentskap) meestal nie by die tydelike werknemers se argwaan 'n rol speel nie. Die organisering van 'n staking word verder bemoeilik deurdat die tydelike werknemers, wat lede van die vakbond is, oor 'n aantal persele versprei is. Met betrekking tot die werkgewer se perseel dui die Kode vir Goeie Praktyk die volgende aan:⁹²⁰

...the fact that a person does not work at the employer's premises is not necessarily inconsistent with an employment relationship. It is conceivable that home workers, working from their own premises or those of fellow employees, are employees because of factors such as the extent of control that the employer exercises over the manner in which they work.

Dit is met ander woorde nie noodwendig 'n vereiste dat 'n werknemer sy dienste op die werkgewer se perseel moet lewer nie. Solank die werkgewer steeds beheer oor die werknemers se dienslewering kan uitoefen, is dit voldoende om as werkgewer te kwalifiseer. Die afwesigheid van beheer wat die agentskap oor tydelike werknemers kan uitoefen, is hier ook relevant. In hierdie konteks sou argumente gevoer kon word dat vakbonde tydelike werknemers op die kliënt se perseel moet kan werf en dat tydelike werknemers op sy perseel moet kan staak, selfs al word hy nie as die werkgewer beskou nie. Die beheer wat die kliënt oor die werknemers uitoefen, behoort hier die oorwegende faktor te wees.

Vakbonde se antagonisme teenoor die relevante agentskappe is teen die agtergrond van die huidige wetgewing geregverdig. Daar word tans nie bepaal hoe vakbonde met die werwing en verteenwoordiging van hierdie

919 Klerck 1991 *SALB* 47; Kenny en Webster 1998 *Critical Sociology* 225; Harvey 2011 *SALJ* 107.

920 NEDLAC 2007 *ILJ* 105.

werknemers te werk moet gaan nie. Lig word ook nie gewerp op die vraag na hoe die aansoeke om organisatoriese regte in hierdie konteks hanteer moet word nie. Daar sal hieronder 'n volledige studie van die voorgestelde wetgewing gemaak word, waarin ook aangedui sal word of die probleme met betrekking tot vakbonde daarin opgeklar word.

Met betrekking tot die sluiting van kollektiewe ooreenkomste sal ook probleme opduik. Dit is so deurdat die agentskap as werkgever een van die hoofpartye tot so 'n ooreenkoms sal wees en vervolgens ook aan die ooreenkoms gebonde gehou sal word. Die ooreenkoms sal 'n direkte invloed op die werknemer se werkverrigting hê, maar weens die gebrek aan beheer wat die agentskap oor die tydelike werknemer het, sal die voldoening aan die ooreenkoms dus vir die agentskap bemoeilik word (byvoorbeeld in die gevalle van verloftoekennings en salarisaanpassings). Op die oog af lyk dit ook dat die kliënt nie aan die kollektiewe ooreenkoms gebonde gehou kan word nie, aangesien hy as derde party nie 'n party tot die ooreenkoms is nie.

Wat egter uitgewys behoort te word, is dat bedingingsrade poog om die driehoekige diensverhouding by wyse van kollektiewe ooreenkomste te reguleer.⁹²¹ Terwyl die werkgever (kliënt) die kollektiewe ooreenkoms met betrekking tot sy industrie sluit, behoort die agentskap as nie-party ook verplig te word om tot voordeel van die tydelike werknemers aan die bepalinge daarin vervat, te voldoen. Soos egter reeds hierbo uitgewys is, sal 'n agentskap en die kliënt ingevolge artikel 198(4) gesamentlik en afsonderlik aanspreeklik gehou kan word vir die agentskap se versuim om aan die bepalinge van 'n kollektiewe ooreenkoms soos met 'n bedingingsraad gesluit, te voldoen.

Dat bedingingsrade poog om die gebruik van hierdie agentskappe te reguleer, is ook duidelik in artikel 20 van die hoofooreenkoms van die

921 Sien in hierdie verband artikel 32(1), 198(5) en 198(8) van die WAV met betrekking tot die uitbreiding na en afdwinging van kollektiewe ooreenkomste teenoor nie-partye tot die ooreenkoms.

MEIBC vervat.⁹²² Die bepaling met betrekking tot gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid word in artikel 20(8) van die hoofooreenkoms herhaal. Weens die hoë finansiële risiko hieraan verbonde, moedig die MEIBC die werkgewers in die industrie aan om te verseker dat die agentskappe streng aan die kollektiewe ooreenkomste voldoen.

Paragraaf 20(11)(b) van die MEIBC vereis van 'n agentskap om, by die plasing van 'n werknemer, dieselfde bepalings en voorwaardes as die betrokke onderneming te gebruik. Net so dui paragraaf 20(11)(f) aan dat elke werknemer wat deur 'n agentskap in die bepaalde industrie geplaas is, die bepalings en voorwaardes soos in die Kollektiewe Hofooreenkoms uiteengesit, sal geniet. Dit veronderstel dat, vir so ver 'n tydelike werknemer binne die bepaalde industrie geplaas is, sal daardie industrie jurisdiksie oor die tydelike werknemer se diensvoorwaardes geniet. Die MEIBC sal dus in sulke gevalle ook voorkeur geniet en daarom sal geargumenteer kan word dat die agentskap met verwysing na daardie spesifieke werknemer deel van daardie industrie uitmaak.

Die debat met betrekking tot jurisdiksie binne 'n bepaalde industrie het al in regspraak na vore gekom. In *Workforce Group Holdings (PTY) Ltd and National Bargaining Council for the Road Freight Industry*⁹²³ is die vraag gevra of 'n agentskap deel van 'n kliënt se industrie uitmaak indien dit werknemers aan daardie kliënt voorsien. Kommissaris Marcus het bevestig dat dit wel die geval is en het aangevoer dat 'n tydelike werknemer nie ten doel het om sy dienste aan die agentskap, as werkgewer, beskikbaar te stel nie, maar wel aan 'n bepaalde kliënt binne daardie kliënt se industrie. Die agentskap vorm 'n afsonderlike en individuele assosiasie met elke werknemer, spesifiek vir die doel om dienste aan die onderskeie kliënte te voorsien. Hierdie assosiasies behels verskillende tipes besighede, waarvan die aard slegs gedefinieer kan word met verwysing na die aard van die

922 Metal & Engineering Industries Bargaining Council.

923 *Workforce Group Holdings (PTY) Ltd and National Bargaining Council for the Road Freight Industry* 2006 27 ILJ 2747 (KVBA).

spesifieke industrie waarin die werknemer geplaas is. Aangesien die agentskap by soveel verskillende industrieë betrokke is, kan die aard van die algemene tydelike diensverskaffingsagentskap se besigheid bygevolg nie sinvol gedefinieer word deur net daarna as “recruitment and supply of temporary labour” te verwys nie.⁹²⁴ Kommissaris Marcus dui vervolgens aan dat

...the only sensible way to define the sector or industry in which a generalist labour broker is engaged in the assignment of a particular employee to the broker's client is with reference to the particular business, trade or undertaking in which the relevant employee is placed...⁹²⁵

Die besigheid van die agentskap is dus nie bloot die voorsien van arbeid aan 'n kliënt nie, maar kan eerder beskryf word as die voorsien van 'n werknemer aan 'n kliënt binne 'n bepaalde industrie vir 'n bepaalde doel. Gemelde doel voorsien nadese die enigste sinvolle basis vir die vasstelling van 'n agentskap se besigheid met betrekking tot 'n spesifieke werknemer. Dit maak daarom uit hoofde van hierdie toekenning sin dat agentskappe as werkgewers aan die reëls van onderskeie industrieë gebonde gehou sal kan word.

Dit is uit bogenoemde duidelik dat die feit dat 'n agentskap ingevolge die WAV as werkgewer geïdentifiseer word, verskeie implikasies inhou. Dit het aan die lig gekom dat dit grootliks vanuit 'n praktiese oogpunt bevraagteken kan word en oor die algemeen onbillik sal wees om alle WAV-verpligtinge op die agentskap te plaas. Die resultaat hiervan lei tot verdere negatiewe gevolge, deurdat die gesagsfigure poog om by wyse van gewaagde metodes hulle verpligtinge te vermy. Alhoewel vir gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid voorsiening gemaak word, blyk dit egter dat die agentskap ingevolge die WAV steeds die grootste risiko dra. Vervolgens sal aangetoon word wat die omstandighede met betrekking tot die agentskap se status onder die WBDV behels.

924 *Workforce Group Holdings (PTY) Ltd and National Bargaining Council for the Road Freight Industry* 2006 27 ILJ 2747 (KVBA) 2751.

925 *Workforce Group Holdings (PTY) Ltd and National Bargaining Council for the Road Freight Industry* 2006 27 ILJ 2747 (KVBA) 2752.

6.3 Werkgewer ingevolge die Wet op Basiese Diensvoorwaardes

Net soos die WAV bepaal die WBDV in artikel 82(1) ook dat die agentskap die werkgewer is. Dit veronderstel dat die agentskap aanspreeklik gehou sou word vir die nakoming van die bepalings soos in die WBDV en sektorale vasstellings vervat. Dit kan vervolgens aspekte wat met verlof, lone en werksure verband hou, insluit. Dit is egter nie altyd prakties moontlik nie, weens die gebrek aan beheer deur die agentskap.

In die geval waar 'n tydelike werknemer vir 'n uitgebreide tydperk by 'n bepaalde kliënt geplaas is, sou die werknemer mettertyd vir verlof, hetsy jaarlikse verlof, siekteverlof of selfs kraamverlof kwalifiseer. Die agentskap as werkgewer sou ingevolge die WBDV die verpligting hê om aan die werknemer hierdie regte toe te staan. Uit verskeie argumente hierbo gevoer, is dit seker dat die agentskap nie beheer oor die werknemer se dienslewering of bepaalde werksverrigtinge uitoefen nie en het dientengevolge ook nie beheer oor die werknemer se rustye nie. Dit is dus sinneloos om so 'n verpligting op die agentskap te plaas. Deur egter nie die verpligting na te kom nie, kan vir beide die gesagsfigure gevolge inhou.

Soos in die WAV maak die WBDV ook vir die gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid van die agentskap en die kliënt voorsiening. Die bepaling in die WBDV is wel effens enger geformuleer. In artikel 82(3) van die WBDV word aangedui dat die partye gesamentlik en afsonderlik aanspreeklik sal wees vir die versuim om enige bepalings in die WBDV of 'n sektorale vasstelling na te kom.⁹²⁶ Dit moet ingedagte gehou word dat bogenoemde gevalle almal direk op die diensvoorwaardes van die tydelike werknemer betrekking het en dat daar in hierdie konteks nie vir onbillike ontslag voorsiening gemaak word nie.⁹²⁷ Vir die doeleindes van die

926 A 198(4) WAV; A 82(3) WBDV; Lawrence en Moodley 2011 *Without Prejudice* 67; *Khumalo / ESG Recruitment CC (Mecha Trans)* 2008 JOL 21490 (MEIBC) 4. Sektorale vasstellings is reëls wat die Minister van tyd tot tyd neerlê ter regulering van 'n sekere aspek binne 'n spesifieke sektor.

927 A 198(4) WAV. Sien ook Ngebulana 1997 *ELJ* 73,74; NEDLAC 2007 *ILJ* 106; Bosch 2008 *ILJ* 815; Olivier 1998 *ILJ* 676; Theron 2005 *ILJ* 623; Le Roux 2009 *Contemporary Labour Law* 24; Fourie 2008 *PER* 117; Smit en

aanspreeklikheid van onbillike ontslag in hierdie verband is daar gevolglik 'n leemte wat gevul behoort te word.

Sou die agentskap nie sy verpligtinge ingevolge die WBDV of ingevolge 'n kollektiewe ooreenkoms nakom nie, kan die aanspreeklikheid daarvoor dus op die kliënt oorgaan. Daar moet egter eers 'n aksie teen die agentskap ingestel word (uit hoofde van sy identiteit as werkgewer) en 'n bevel deur die hof gegee word wat nie deur die agentskap nagekom word nie, voordat die aanspreeklikheid dan op die kliënt kan oorgaan.⁹²⁸ Benjamin⁹²⁹ voer aan:

The consequence of joint and several liability is that if a labour broker fails to pay amounts owing to its employees, the client for whom the employees worked is liable to make those payments. This liability arises regardless of whether the client has paid the TES or not. In theory, the introduction of this form of joint and several liability transfers the risk of the labour broker defaulting on its obligations from the employee to the client. However, the client's liability is a default liability; the client cannot be sued directly in the Commission for Conciliation, Mediation & Arbitration (CCMA) or Labour Court (LC) because it is not an employer. The employee can only proceed against the client if it has obtained a judgment or order against the labour broker which the labour broker declines to pay.

Ngebulana⁹³⁰ voer aan dat die hoofdoelwit van gemelde bepaling inhou dat albei die partye nou 'n belang daarin het dat die ander party die tydelike werknemer behoorlik behandel en dus die ander party in 'n mate "in lyn" kan hou. Dit kan gedoen word deur die kommersiële kontrak wat tussen die agentskap en die kliënt gesluit word. Hierin sal die partye se verpligtinge uitdruklik uiteengesit word en kan ook 'n klousule bevat wat aandui dat die kliënt van enige aanspreeklikheid vrygespreek word vir die versuim van 'n

Fourie 2009 *TSAR* 530; Mills 2004 *ILJ* 1216,1217; Gericke 2010 *Obiter* 93,99,100; MacGregor *Labour Broking* 1.

928 Le Roux 2009 *Contemporary Labour Law* 24. Dit is so omdat die kliënt nie die werkgewer is nie en dus nie in die KVBA of Arbeidshof gedagvaar kan word nie. Sien ook Benjamin 2008 *ILJ* 1591. Die reëls van gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid van die agentskap en die kliënt wyk effens af van die normale reëls van gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid. Hier beteken dit dat die kliënt aanspreeklik gehou kan word indien die agentskap versuim het om aan 'n bevel van die hof te voldoen.

929 Benjamin 2010 *ILJ* 850.

930 Ngebulana 1997 *ELJ* 75.

verpligting deur die agentskap. Daar kan ook in die kontrak aan die kliënt die reg gegee word om die kontrak te kanselleer sou die agentskap versuim om aan 'n spesifieke verpligting te voldoen.

6.4 Werkgewer ingevolge die Wet op Beroepsgesondheid en -veiligheid

Soos herhaaldelik gemeld, verrig tydelike werknemers die take vir die kliënt, meestal op laasgenoemde se perseel. In realiteit het hierdie feit hulle, heeltemal geregverdig, tot die gevolgtrekking laat kom dat die kliënt teenoor die tydelike werknemers vir werkgewerverantwoordelikhede aanspreeklik is. As na die definisie van 'n werkgewer ingevolge die WBV gekyk word, is dit duidelik waarom die gevolgtrekking moontlik is. Artikel 1(1) van hierdie wet bepaal dat vir die doeleindes van beroepsgesondheid en veiligheid, sal 'n werkgewer wees:⁹³¹

...behoudens die bepalings van subartikel (2), enige persoon wat iemand in diens het of aan hom werk verskaf en wat daardie persoon beloon of uitdruklik of stilswyend onderneem om hom te beloon, maar nie ook 'n arbeidsmakelaar soos omskryf in artikel 1(1) van die Wet op Arbeidsverhoudinge, 1956 (Wet No. 28 van 1956), nie.

Subartikel (2) soos in die definisie na verwys, bepaal die volgende:⁹³²

Die Minister kan by kennisgewing in die *Staatskoerant* verklaar dat 'n persoon wat behoort tot 'n kategorie persone in die kennisgewing vermeld by die toepassing van hierdie Wet of 'n bepaling daarvan geag word 'n werknemer te wees, en daarop word iemand wat beklee en belas is met die beheer en toesig oor bedoelde persoon, by sodanige toepassing geag die werkgewer van daardie persoon te wees.

Dit is dus duidelik dat vir die doeleindes van beroepsgesondheid en veiligheid, die kliënt as die werkgewer beskou word en *ipso facto* vir die tydelike werknemers se werkveiligheid verantwoordelik is. Alhoewel die agentskap oor die algemeen as die tydelike werknemer se statutêre werkgewer beskou word, maak dit sin om vir die doeleindes van 'n veilige

931 A 1(1) WBV.

932 A 1(2) WBV.

werkplek die kliënt as die werkgewer te beskou. Dit is so omdat die kliënt direkte beheer oor die perseel waar die tydelike werknemer sy of haar werk verrig, uitoefen. Wat wel weer hier genoem behoort te word, is dat artikel 9 van die WBV die verpligting op alle werkgewers plaas om 'n veilige werkomgewing te handhaaf, selfs teenoor daardie partye wat nie hulle werknemers is nie. Daarom, selfs al was die kliënt in hierdie opsig nie as die tydelike werknemer se werkgewer beskou nie, sou hy steeds gemelde verpligting teenoor die werknemers gehad het.

6.5 Werkgewer ingevolge die Wet op Vergoeding vir Beroepsbeserings en -siektes

Ingevolge artikel 1 van die WVBS is 'n werkgewer vir die doeleindes van vergoeding vir beroepsbeserings en beroepsiektes:⁹³³

'n persoon, met inbegrip van die Staat, wat 'n werknemer in diens het, en ook—

- (a) enige persoon in beheer van 'n werkgewer se besigheid;
- (b) indien die dienste van 'n werknemer deur sy werkgewer aan 'n ander persoon geleen of verhuur of tydelik beskikbaar gestel word, daardie werkgewer vir solank die werknemer vir daardie ander persoon werk;
- (c) 'n arbeidsmakelaar wat teen betaling vir die lewering van 'n diens of die verrigting van werk 'n persoon aan 'n kliënt voorsien, vir welke diens of werk daardie persoon deur die arbeidsmakelaar betaal word.

Die WVBS se definisie vir 'n werkgewer sluit dus agentskappe in.⁹³⁴ Die gevolg hiervan sou eerstens wees dat die agentskap 'n bydrae tot die vergoedingsfonds moet lewer. 'n Aantal ander administratiewe verpligtinge sal hierdie kernverpligting vergesel.⁹³⁵ 'n Belangrike bepaling wat in die konteks van aanspreeklikheid bespreek moet word, behels dié soos vervat in artikel 35(1) van die WVBS. Gemeenregtelik kon 'n werknemer 'n deliktuele eis teenoor die werkgewer vir skade gely, instel. Artikel 35(1) verander die gemeenregtelike posisie soos volg:

933 A 1 WVBS.

934 A 1 WVBS. Behalwe vir die verwysing in die definisie van 'n werkgewer, maak die wet geen verdere melding van die atipiese situasie van agentskappe nie.

935 Aa 80-83 en Aa 86-89 WVBS.

Geen aksie deur 'n werknemer of 'n afhanklike van 'n werknemer is ontvanklik nie vir die verhaal op daardie werknemer se werkgewer van skadevergoeding ten opsigte van enige beroepsbesering of -siekte wat arbeidsongeskiktheid of die dood van daardie werknemer tot gevolg het, en geen aanspreeklikheid vir vergoeding ten opsigte van sodanige arbeidsongeskiktheid of dood ontstaan aan die kant van daardie werkgewer nie behalwe kragtens die bepalings van hierdie Wet.

Dit veronderstel dus dat die betrokke agentskappe, as die werkgewer van die tydelike werknemer, statutêr immuun is teen enige skadevergoedingseise voortspruitend uit beroepsbeserings of beroepsiektes wat die tydelike werknemers daarvan opdoen. Dit sal beteken dat die kliënt, wat nie as die werkgewer beskou word nie, nie immuun teen sodanige aksies is nie en derhalwe daarvoor aanspreeklik gehou kan word. Dit was die beslissing van die hof in *Rieck v Crown Chickens t/a Rocklands Poultry*.⁹³⁶ In reaksie op die eiser se eis vir vergoeding vir 'n besering opgedoen op die kliënt se perseel, het die kliënt (die verweerder in die saak) aangevoer dat sy nie 'n eis teen hom kan instel nie, aangesien artikel 35 van die WVBS haar verhoed om dit te doen.

Die tydelike werknemer se dienslewering het geskied kragtens die gewone driehoekige diensverhouding van die tydelike diensverskaffingsooreenkoms. Sy het wel onder die beheer van die kliënt gewerk, maar is deur die agentskap vergoed. Die agentskap word ingevolge die WVBS as die werkgewer beskou. Vervolgens het die verweerder (kliënt) se aansoek vir kwytskelding ingevolge artikel 35 nie geslaag nie.⁹³⁷ Die kliënt is gevolglik aanspreeklik gehou. Die saak is op appèl geneem, welke hof die beslissing van die hof *a quo* ondersteun het.⁹³⁸ Dit is bygevolg duidelik dat die kliënt aanspreeklik gehou kan word vir beroepsbeserings en -iektes, juis omdat hy nie deur wetgewing as die werkgewer beskou word nie. Terwyl die agentskap se werkgewerstatus hom van aanspreeklikheid in hierdie verband kwytgeskeld het en die kliënt daarom aangespreek kon word, word die kliënt aan die ander kant juis as gevolg van sy beheer oor die

936 *Rieck v Crown Chickens t/a Rocklands Poultry* 2005 26 ILJ 1240 (SE).

937 *Rieck v Crown Chickens t/a Rocklands Poultry* 2005 26 ILJ 1240 (SE) 1246,1247.

938 *Crown Chickens t/a Rocklands Poultry v Rieck* 2007 28 ILJ 307 (HHA) 308,309.

werknemer vir laasgenoemde se deliktuele optrede aanspreeklik gehou. Dit is dus ongeag sy gebrek aan werkgewerstatus.

Hierteenoor word die betrokke verpligtinge vir 'n veilige werksomgewing en so ook die aanspreeklikheid vir beroepsbeserings tussen die agentskap en die kliënt ingevolge die *Fixed Duration or Temporary Employment Relationship Directive 91/383/EEC* deur die EU verdeel.⁹³⁹

6.6 Nuwe voorgestelde wetgewing

Siende dat struikelblokke by hierdie agentskappe se gebruik geïdentifiseer kon word en dat die misbruik van tydelike werknemers tot die argwaan van vakbonde gelei het, is die laaste twee jaar reeds deur die *National Economic Development Labour Council* (NEDLAC) ernstige pogings aangewend om die Suid-Afrikaanse arbeidswetgewing te wysig.⁹⁴⁰ Die doel hiervan was onder andere om vir beter beskerming van tydelike werknemers en vir die beter bestuur van die agentskappe voorsiening te maak.

Anders as die beperkte wetgewing in die Suid-Afrikaanse reg rakende die agentskappe, is daar 'n groot aantal wetgewende instrumente wat in die VK hiervoor opgestel is. Sodanige wetgewing vorm deel van beide die Engelse reg spesifiek en die EU oor die algemeen. Wat noemenswaardig is, is dat gemelde wetgewing spesiaal opgestel is om spesifiek vir hierdie tipe dienslewering voorsiening te maak. Die gevolg is dat hierdie agentskappe wye dekking in VK-wetgewing geniet.⁹⁴¹ Hierteenoor word tans slegs bepaalde wysigings aan bestaande Suid-Afrikaanse wetgewing voorgestel. Vervolgens sal aandag aan die proses en vordering, asook die onderskeie voorgestelde bepalinge geskenk word. Tans is dit steeds onseker of sodanige voorstelle finaal aanvaar en gepromulgeer sal word.

939 Sien paragraaf 3.6.2.2 hierbo.

940 Sien paragraaf 2.2.2 voetnoot 180 hierbo vir 'n beskrywing van NEDLAC.

941 Sien paragraaf 3.9-3.9.5 hierbo.

6.7 Proses en vordering

Gedurende Desember 2010 het Nelisiwe Mildred Oliphant, die Minister van Arbeid, vir die eerste keer voorgestelde wysigings aan verskeie arbeidswetgewing (wat ook vir agentskappe voorsiening maak) in die Staatskoerant gepubliseer. Hier het die Minister die voorneme uitgespreek om genoemde voorstelle by NEDLAC vir oorweging in te dien.⁹⁴²

Die onderhandelinge tussen die regering en die sosiale vennote het tydens Januarie 2011 in aanvang geneem. Van die staanspoor af was dit duidelik dat die voorgestelde wetgewing baie teenkating van werkgewer-organisasies ontvang het. Vakbonde het, ten spyte van die voorgestelde wysigings, steeds daarop aangedring dat die relevante agentskappe eerder geskrap as gereguleer moes word.⁹⁴³ Die landwye staking deur COSATU gereël, soos hierbo genoem, kan as bewys hiervan dien.⁹⁴⁴ Sedert Januarie 2011 was die voorgestelde wetgewing hewig gedebatteer, sonder dat die partye konsensus kon bereik. Vroeg in 2012 het NEDLAC bekendgemaak dat die sosiale vennote se onderhandelinge rakende die voorgestelde wysigings 'n dooiepunt bereik het.⁹⁴⁵

Die dooiepunt is egter later opgelos, waarna die Minister van Arbeid (gedurende Maart 2012) die nuwe voorgestelde wysigings aan die Kabinetskomitee voorgelê het. Later daardie maand het die Kabinet die wysigings vir plasing voor die Parlement goedgekeur. In daardie stadium sou die voorstelle deur die Portefeuljekomitee van Arbeid gefynkam word voordat dit by die Nasionale Vergadering en die Nasionale Raad van Provinsies vir aanneming ingedien sou word.⁹⁴⁶ Teen die begin van 2013 was dit steeds onseker of die wetgewing enigsins aangeneem en gepromulgeer sou word.

942 Staatskoerant 17 Desember 2010 (AK 1112 van 2010).

943 COSATU 2012 www.politicsweb.co.za.

944 Sien paragraaf 5.2.3 hierbo.

945 SAPA 2012 <http://www.iol.co.za/dailynews/news/strike-against-labour-brokers-to-go-ahead-1.1235263>.

946 MoL 2012 <http://www.labour.gov.za>.

6.8 Relevante voorgestelde wysigings

Wysigings aan verskeie wetgewende instrumente is sedert 2010 oorweeg. Daar is veral aan agentskappe gedurende gemelde voorstelle aandag geskenk. Die bepalings van die WAV, WBDV en EEA is vir hierdie doeleindes onder die loep geneem. Vervolgens sal die relevante voorgestelde wysigings by elk van hierdie instrumente afsonderlik bespreek word.

6.8.1 *Wet op Arbeidsverhoudinge*

Oor die algemeen plaas die wysigings aan die WAV, onder andere, addisionele verpligtinge op die agentskappe as werkgewers, ten einde vir die beskerming van en voorkoming teen die misbruik van tydelike werknemers voorsiening te maak. Tesame hiermee word die gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid van die gesagsfigure in duidelike terme uitgestip, in 'n poging om twyfel onder die omstandighede te verwyder. Verder word ook voorsiening daarvoor gemaak dat die kliënt onder sekere omstandighede as die werkgewer van die tydelike werknemers beskou kan word.⁹⁴⁷

6.8.1.1 *Vakbonde en organisatoriese regte*

Die *Labour Relations Amendment Bill* van 2012 het 'n wye verskeidenheid bepalings wat direk op agentskappe en tydelike werknemers van toepassing is. Die eerste wysigings het 'n direkte invloed op vakbonde en hulle ontvangs van organisatoriese regte so ver dit tydelike werknemers aangaan. Die bestaande artikel 21 van die WAV word aangepas deurdat 'n toevoeging tot artikel 21(8)(b) gemaak word. Subparagraaf (v) word aan gemelde artikel geheg en bepaal dat wanneer 'n geskil rakende organisatoriese regte binne 'n spesifieke werkplek ontstaan en gevolglik opgelos moet word, moet die kommissaris die samestelling van die

⁹⁴⁷ Le Roux *Amendments to the Labour Relations Act* 136-138.

werksmag in ag neem, insluitende die mate waartoe gemelde werksmag uit atipiese werknemers bestaan. Atipiese werknemers in hierdie konteks verwys na werknemers op vaste termyn en deelydse kontrakte, asook werknemers deur agentskappe voorsien. Dit is duidelik uit hierdie toevoeging dat dit ten doel het om tydelike werknemers se betrokkenheid by kollektiewe bedinging te bevestig.

‘n Verdere fundamentele bepaling, ook met betrekking tot organisatoriese regte, word by artikel 21 ingevoeg. Die toegevoegde subartikel 12 maak spesifiek voorsiening vir die toestaan van organisatoriese regte aan ‘n vakbond wat tydelike werknemers wil verteenwoordig. Gemelde subartikel behels dat, sou ‘n vakbond organisatoriese regte wou bekom en uitoefen ten einde tydelike werknemers effektief te verteenwoordig, die vakbond kan poog om dit ten opsigte van óf die agentskap se perseel óf die persele van een of meer van die agentskap se kliënte uit te oefen. Sodanige regte sou dan op óf die agentskap óf die kliënt se perseel uitgeoefen kon word, afhangende van waar die tydelike werknemers hulleself op daardie stadium bevind.

In teorie behoort bogenoemde bepaling vakbonde se antagonisme teenoor die agentskappe te laat taan. Dit is die geval omdat vakbonde tydelike werknemers met meer gemak kan bereik en kan werf. Gemelde voorstel verwyder ook, slegs vir die doeleindes van die verteenwoordiging van tydelike werknemers, die reël dat ‘n vakbond sy organisatoriese regte slegs op die werkgewer se perseel mag uitoefen. Dit voorkom dus die probleem dat vakbonde tydelike werknemers op die agentskap se perseel moet verteenwoordig, maar dat hulle op daardie tydstip op die kliënt se perseel werksaam is. Om enige verwarring of skuiwergate te voorkom, bevat subartikel 12 die frase wat soos volg lui:

...if it (die vakbond) exercises rights in a workplace of the temporary employment service, any reference in Chapter III to the employer's premises must be read as including the client's premises. (Eie insetset)

Verder is artikel 22 van die WAV gewysig deur die toevoeging van subartikel 5. Hierdie subartikel bepaal dat enige arbitrasietoekennings met betrekking tot organisatoriese regte gemaak, nie net op die werkgever bindend sal wees nie, maar so ook op enige derde party soos byvoorbeeld die kliënt van die agentskap wie se regte deur gemelde toekenning geraak mag word. Die vereiste is egter dat die derde party geleentheid gegun moes word om aan die arbitrasieverrigtinge deel te neem.

6.8.1.2 Identiteit van werkgever en verpligtinge van gesagsfigure

In soverre die bestaande WAV spesifiek vir die agentskappe in artikel 198 voorsiening maak, word wesenlike wysigings aan hoofstuk 9 van die wet voorgestel. Die doel met die wysigings is om tydelike werknemers se weerloosheid te verminder en om dubbelsinnighede en onsekerhede te verwyder.

Die huidige definisie van die betrokke agentskappe dui aan dat hulle entiteite is wat 'n persoon aan 'n kliënt voorsien wat aan die kliënt **dienste lewer of vir die kliënt werk doen**. Dit word deur die wetgewer voorgestel dat die frase “dienste lewer” vanuit artikel 198 verwyder word. Dit word aanvaar dat gemelde stap geneem word ten einde enige verwarring te voorkom en dit duidelik te maak dat die kliënt nie die tydelike werknemer **in diens** neem nie, maar gewoonlik slegs **tydelik ontvang** om bepaalde werk te verrig. Deur aan te dui dat 'n werknemer deur 'n persoon in diens geneem is, laat dit blyk dat 'n dienskontrak tussen daardie persoon en die werknemer gesluit is – 'n situasie wat nie tussen die kliënt en 'n tydelike werknemer teenwoordig is nie.

Dit word verder voorgestel dat subartikel 198 uitgebrei word om duidelikheid oor die gesagsfigure se verpligtinge te bewerkstellig. Sodoende word die voorstel tot die toevoeging van subartikels 4A tot 4F gemaak. Paragraaf 4A(a) behels hoofsaaklik die gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid van die kliënt. Ingevolge hierdie bepaling kan 'n werknemer enige aksies teen die agentskap óf die kliënt, óf beide

instel, sou die tydelike werknemer dit so verkies. Paragraaf 4A(b) bepaal verder dat 'n arbeidsinspekteur die bepalings ingevolge die WBDV óf teen die agentskap óf die kliënt, óf teen beide kan afdwing. Om hierby aan te sluit, bepaal paragraaf 4A(c) dat enige bevel in hierdie verband teen een van die gemelde partye, teen die ander afgedwing kan word. Dit blyk met hierdie bepalings gepoog te word om te voorkom dat die gesagsfigure nie aanspreeklikhede kan ontkom deur te beweer dat die ander party daarvoor verantwoordbaar gehou behoort te word nie. Die problematiese aspek soos deur Benjamin hierbo beskryf⁹⁴⁸ met betrekking tot die feit dat die agentskap eerste aangespreek sal word en daarna die kliënt, kan moontlik deur paragraaf 4A(a) ondervang word, deurdat die tydelike werknemer kan kies om albei gesagsfigure **saam** aan te spreek. Ware gesamentlik aanspreeklikheid word sodoende hier bewerkstellig.

Subartikels 4B, 4C en 4D bepaal onderskeidelik dat 'n agentskap 'n tydelike werknemer van 'n geskrewe dienskontrak met alle relevante bepalings vir die plasing by 'n kliënt moet voorsien; 'n tydelike werknemer mag nie by 'n kliënt geplaas word onder bepalings en voorwaardes strydig met arbeidswetgewing, sektorale vasstellings of kollektiewe ooreenkomste wat op die kliënt van toepassing is nie en die vraag of 'n tydelike werknemer deur 'n bedingingsraad-ooreenkoms of sektorale vasstelling gedek is, moet met spesifieke verwysing na die bepaalde sektor waarby die kliënt betrokke is, vasgestel word. Subartikel 4E bepaal in aansluiting by laasgenoemde dat die Arbeidshof of arbiter in enige verrigtinge deur die tydelike werknemer na vore gebring, mag vasstel of die bepalings in die dienskontrak of die kommersiële kontrak aan die WBDV en moontlike bestaande kollektiewe ooreenkomste voldoen. Die Arbeidshof of arbiter word ook die reg toegestaan om in so 'n geval 'n gepaste bevel of toekenning te maak. Bovermelde toevoegings kan moontlik aan 'n tydelike werknemer meer regsekerheid verleen.

948 Sien paragraaf 6.3.

Subartikel 4F bepaal laastens dat geen agentskap as sodanig mag besigheid doen indien dit nie ingevolge alle toepaslike wetgewing geregistreer is nie. Dit word hier ook duidelik gemaak dat die afwesigheid van so 'n registrasie nie as verweer kan dien by die versuim om aan enige bepaling in artikel 198 of 198A te voldoen nie.

Vir die eerste keer, met die voorgestelde nuwe artikel 198, voldoen die Suid-Afrikaanse reg in 'n mate aan die vereiste van die IAO in die *Private Employment Agencies Convention* van 1997 dat lidlande die verpligtinge van 'n agentskap en 'n kliënt by wyse van wetgewing moet uiteensit.⁹⁴⁹ Derhalwe bring dit 'n mate van regsekerheid en bestaan daar nie meer die moontlikheid dat 'n tydelike werknemer die verkeerde persoon siteer nie.

6.8.1.3 *Beskerming van tydelike werknemers*

Artikel 198A soos hierbo na verwys is, tesame met artikels 198B, 198C en 198D wat as toevoegings tot artikel 198 voorgestel word ten einde spesifiek vir atipiese werknemers wat minder as die drumpel, soos deur die Minister in artikel 6(3) van die WBDV aangedui, verdien. Artikel 198A voorsien vir tydelike werknemers van hierdie agentskappe, artikel 198B voorsien vir werknemer in vaste termyn kontrakte, artikel 198C verwys spesifiek na deeltydse werknemers en artikel 198D voorsien algemene bepalinge op artikels 198A tot 198C van toepassing. Vir die doeleindes van hierdie studie sal slegs na artikels 198A en 198D verwys word.

Subartikel 198A(1) dui aan dat die begrip “tydelike dienste” verwys na (a) werk verrig deur 'n tydelike werknemer aan 'n kliënt vir nie langer as ses maande nie en (b) ten einde die pos van 'n permanente werknemer te vul terwyl dié tydelik nie beskikbaar is nie. Dit verwys ook na (c) waar die tydelike werknemer werk verrig wat in 'n kategorie val wat as 'n tydelike

949 Sien paragraaf 2.3.1 hierbo.

diens deur 'n kollektiewe ooreenkoms, sektorale vasstelling of 'n kennisgewing deur die Minister van Arbeid uitgereik, verklaar is.⁹⁵⁰

Dit word ook in gemelde artikel duidelik gemaak dat tydelike werknemers wat aan bogenoemde kriteria voldoen, die werknemers van die agentskap ingevolge paragraaf 198A(3)(a) geag word. Paragraaf 198A(3)(b) skep 'n uitsondering in gemelde gevalle, deurdat tydelike werknemers wat nie binne een van die kategorieë soos in paragraaf 198(A)(1) genoem val nie, as die werknemers van die kliënt beskou word. Hierdie bepaling stem ooreen met die mikpunt van die EU-wetgewers om te voorkom dat tydelike werknemers vir 'n ander doel as waarvoor hulle oorspronklik bedoel is, gebruik word – soos byvoorbeeld om beperkende wetgewing te ontkom. In hierdie omstandighede sou so 'n kliënt ook as die werkgever bekendstaan.⁹⁵¹

Om te voorkom dat bogenoemde verantwoordelikheid ontkom word deur die werknemer byvoorbeeld binne ses maande uit die diens van die kliënt te verwyder, maak subartikel 198(A)(4) daarvoor voorsiening dat sodanige verwydering op ontslag sal neerkom. Hier word nie melding gemaak van die billikheid van sodanige ontslag nie. Om dié rede word die afleiding gemaak dat die billikheid van die ontslag van geval tot geval aan die hand van die WAV se reëls getoets moet word.

Sou 'n tydelike werknemer ingevolge paragraaf 198A(3)(b) as die werknemer van die kliënt beskou word, is hy of sy ingevolge subartikel 198A(5) daarop geregtig om nie by die kliënt werksaam te wees onder bepalinge en voorwaardes wat in geheel minder gunstig as dié van die kliënt se permanente werknemers is nie. Die subartikel dui hier wel aan dat differensiasie wel toelaatbaar is, mits geldige gronde vir die differensiasie bewys kan word. Die gronde wat hier aangevoer kan word, word in artikel

950 Vir die doeleindes van korthed sal vervolgens slegs na die oorskryding van die ses maande tydperk verwys word as kriteria vir die beskouing van die kliënt as werkgever. Waar relevant behoort die ander kriteria ook hieronder verstaan te word.

951 Sien paragraaf 3.9 hierbo.

198D vermeld. Dit sluit onder andere senioriteit, ondervinding, tydperk van diens, meriete en die kwaliteit van die werk verrig in.

Artikel 198D bepaal laastens dat enige geskille wat ontstaan rakende die interpretasie of implementering van enige bepalings soos vervat in artikels 198A tot 198C, kan na 'n kommissaris of bedingingsraad met jurisdiksie vir versoening verwys word. Indien gemelde versoening nie suksesvol is nie, kan die aangeleentheid vir arbitrasie verwys word.

6.8.2 *Wet op Basiese Diensvoorwaardes*

Sover dit die regulering van die relevante agentskappe aangaan, is slegs 'n paar wysigings vir die WBDV voorgestel. Die *Basic Conditions of Employment Amendment Bill* van 2012 bevat eerstens 'n toevoeging in die vorm van artikel 33A. Ingevolge gemelde artikel word 'n verbod daarop geplaas dat 'n werkgever betaling van 'n werknemer mag vereis of aanvaar vir die vind van werk vir daardie werknemer. Die bepaling plaas dus in effek 'n verbod daarop dat 'n agentskap, as die werkgever van die tydelike werknemer, enige vergoeding vanaf die tydelike werknemer vir die plasing van daardie werknemer mag ontvang. Dit word as 'n kriminele oortreding beskou sou die agentskap strydig met hierdie bepaling optree.

Die enigste ander bepaling wat hierin vervat word wat moontlik op tydelike werknemers van toepassing kan wees, word in artikel 55 gevind. Dit word voorgestel dat subartikel 55(8) tot die bestaande artikel 55 toegevoeg moet word, welke artikel aan die Minister van Arbeid die mag gee om 'n "oorkoepelende" sektorale vasstelling te maak wat alle werkgewers en werknemers dek wat nie reeds aan 'n sektorale vasstelling gebonde is nie.

6.8.3 *Employment Equity Act*

Die enigste wysiging wat vir die EEA deur die *Employment Equity Amendment Bill* van 2012 met betrekking tot hierdie agentskappe voorgestel is, word in artikel 57(1) gevind. Die oorspronklike EEA bepaal

dat 'n kliënt, vir doeleindes van hoofstuk 3 van hierdie wet as die tydelike werknemer se werkgever beskou sou word wanneer daardie werknemer 'n tydperk van drie maande onder sy beheer oorskry. Ten einde die EEA met die WAV te belyn, word voorgestel dat die drie maande tydperk met ses maande vervang moet word. Sodoende bewerkstellig dit eenvormigheid en versterk dit regsekerheid.

6.8.4 Employment Services Bill

Die *Employment Services Bill* van 2012⁹⁵² maak spesifiek vir publieke en private diensverskaffingsagentskappe voorsiening. Hoofstuk 2 van die ESB fokus hoofsaaklik op die private agentskappe, waaronder tydelike diensverskaffingsagentskappe ook verstaan kan word. Ingevolge die voorgestelde wet word vereis dat private diensverskaffingsagentskappe wat as tydelike diensverskaffingsagentskappe wil besigheid bedryf, as sodanig by die aangewese Registrateur moet registreer. Daarna sal 'n sertifikaat aan die agentskap uitgereik word indien die registrasie suksesvol is.⁹⁵³

Artikel 14 en 15 van die ESB bevat onderskeidelik 'n aantal reëls rakende sekere administratiewe gedrag wat die agentskappe nie mag pleeg nie en 'n algemene verbod daarop om foie vanaf tydelike werknemers vir die plasing by 'n kliënt te ontvang. Laasgenoemde veronderstel ook dat die agentskap nie enige aftrekkings van die tydelike werknemer se salaris tot dien effek mag maak nie. Die Minister mag wel onder sekere omstandighede 'n uitsondering maak. Artikel 16 en 17 van die ESB maak verder voorsiening vir die metodes van behoud van inligting deur die agentskap, asook die respektering van die konfidensialiteit van sodanige inligting. Laasgenoemde het ten doel om die tydelike werknemers se privaatheid te beskerm. Indien 'n agentskap op enige manier die regulasies in die betrokke voorgestelde wet oortree, of versuim om die verpligtinge in terme daarvan na te kom, sal die Minister sodanige agentskap se

952 Hierna ESB.

953 A 13 *Employment Services Bill* van 2012.

registrasie terugtrek. Gemelde agentskap behou die reg om sodanige besluit deur die Arbeidshof te laat hersien.

Dit behoort duidelik te wees vanuit bogenoemde dat die ESB, soos die VK se *Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations* van onderskeidelik 2003 en 2007, hoofsaaklik op die administrasie en regulering van agentskappe as regspersone fokus en nie daargestel is om tydelike werknemers soseer te beskerm nie. Dit kan genoem word dat die regulasies in die VK in hierdie verband baie meer omvangryk is en in oorweging gebring behoort te word.⁹⁵⁴

6.9 Gevolgtrekking

Dat die identifikasie van die agentskap as werkgewer in die meeste arbeidsregwetgewing verskeie reperkussies inhou, is ongetwyfeld so. Ten einde verwarring te voorkom, het die wetgewer 'n spesifieke gesagsfiguur tot die driehoekige diensverhouding as 'n werkgewer geïdentifiseer, maar anders as om moontlike probleme te voorkom, is ander struikelblokke geskep. Na die ontleding van die samestelling van die driehoekige diensverhouding, is dit ook kommerwekkend dat die statutêre bepalings nie die gemeenregtelike realiteite soos in hoofstuk 5 vasgestel, weerspieël nie.

Dat die huidige Suid-Afrikaanse wetgewing nie vir behoorlike regulasies voorsiening maak waarmee die struikelblokke opgelos kan word nie, is seker. Prakties gesproke maak dit in die lig van die afwesigheid van beheer nie sin om die agentskap die grootste risiko te laat dra nie. Selfs al word vir gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid voorsiening gemaak, is dit steeds onvoldoende. Dit is so deurdadig sodanige aanspreeklikheid hoofsaaklik met die werknemer se diensvoorwaardes verband hou. Behalwe vir laasgenoemde word daar **eers** van 'n agentskap verwag om aan die WBDV of 'n kollektiewe ooreenkoms te voldoen en sou hy versuim

954 Sien paragrawe 3.9.2 en 3.9.3 hierbo.

en daarna ook nie die bevel van die hof om te presteer gehoorsaam nie, **dan** kan die kliënt aanspreeklik gehou word.

Deur die agentskap verder alleenlik vir die ontslag van die tydelike werknemer en die toekenning van organisatoriese regte verantwoordelik te hou, kan ook gekritiseer word. In die lig van die samestelling van die driehoekige diensverhouding en die feit dat die agentskap meestal 'n passiewe rol vertolk, is dit onprakties en nie regverdigbaar nie. Die metodes deur die agentskap gebruik om sy verpligtinge vry te spring, behoort nie goedsmoeds toegelaat te word nie, aangesien dit ernstige gevolge vir die tydelike werknemer en die beskerming van sy regte sou inhou.

Soos ook hierbo gesien kan word, is met die voorgestelde wetgewing sorg aan die dag gelê om vir tydelike werknemers en agentskappe voorsiening te maak. Indien die wysigings aangeneem sou word, sou dit in teorie daarin slaag om tot 'n mate die misbruik van tydelike werknemers die nekslag toe te dien. Bepaalde probleme wat by sodanige agentskappe ervaar word, word deur die voorgestelde wetgewing aangespreek en het die potensiaal om die probleme op te los. Ongelukkig word oplossings nie vir al die probleme voorsien nie. Vervolgens sal 'n gevolgtrekking bereik word rakende die probleme met die betrokke agentskappe in die Suid-Afrikaanse reg. 'n Vergelyking sal tussen die regstelsels geskied, spesifiek met betrekking tot die wetgewing en praktyke wat in die onderskeie regstelsels vir die regulering van agentskappe gebruik word. Kritiek sal ook op die voorgestelde wetgewing gelewer word, waarna 'n aantal voorstelle gemaak sal word om die leemtes te vul.

HOOFSTUK 7 GEVOLGTREKING

7.1	Inleiding.....	268
7.2	Geskikte diensvoorwaardes en lone vir die tydelike werknemer.....	269
7.3	Die diensverhouding en die werkgewer.....	272
7.4	Status van die tydelike werknemer.....	280
7.5	Handhawing van werksekuriteit.....	284
7.6	Organisatoriese regte en kollektiewe bedinging.....	287
7.7	Toepaslikheid van die voorgestelde wetgewing.....	289
7.7.1	Registrasie van agentskappe.....	289
7.7.2	Organisatoriese regte en kollektiewe bedinging.....	290
7.7.3	Die agentskap as werkgewer.....	291
7.7.4	Die kliënt as werkgewer.....	296
7.7.5	Aspekte nie deur wetgewing aangespreek nie.....	302
7.8	Slot.....	304

7.1 Inleiding

Ten einde die arbeidsmark te laat groei en dit by vinnig veranderende omstandighede te laat aanpas, is nuwe, meer buigsame metodes van dienslewering noodsaaklik. Die gebruik van tydelike diensverskaffingsagentskappe in Suid-Afrika en ook in vele ander regstelsels, is een so 'n metode. So 'n metode van dienslewering moet nietemin voldoen aan redelike, billike en geregverdigde beginsels en standarde en dit kan alleen geskied indien dit behoorlik gereguleer word. Indien dit nie gedoen word nie, sal die metode wat eens so innoverend en belowend voorgekom het, myns insiens meer nadelige en onbillike situasies veroorsaak as wat dit positiewe resultate toon. Hierdie metode van dienslewering kan nie gebruik word as dit die werknemers daarby betrokke in 'n posisie dompel wat strydig met die aanvaarde beleid en toepaslike wetgewing is nie, ongeag die voordele wat dit mag inhou.

By gebrek aan die veelbenodigde wetgewing wat tydelike diensverskaffingsagentskappe behoorlik kan administreer, het juis sulke omstandighede of situasies in die Suid-Afrikaanse reg ontstaan. Die misbruik van tydelike diensverskaffingsagentskappe en gevolglik ook tydelike werknemers het moontlik geword weens die gebrek aan reëls en regulasies wat kon verseker dat die instelling van "tydelike werknemers" vir die doeleindes wat dit beoog is, gebruik word. Deur onder andere nie behoorlike, volledige voorskrifte neer te lê nie, het dit ook moontlik geword om die werknemers se regte in te perk. As resultaat is arbeid in die Suid-Afrikaanse reg as 'n kommoditeit behandel, 'n toedrag van sake wat direk strydig met die IAO se internasionale beginsels is. Weens die gebrek aan behoorlike wetgewing wat alle tersaaklike aspekte met betrekking tot tydelike diensverskaffingsagentskappe kan reguleer en tydelike werknemers se regte voldoende kan beskerm, het Suid-Afrika na my mening nie daarin geslaag om aan die "decent work"-oogmerk van die IAO te voldoen nie, welke oogmerk op alle werknemers van toepassing is.

Verskeie negatiewe aspekte het die afgelope dekade met betrekking tot tydelike diensverskaffingsagentskappe in die Suid-Afrikaanse reg aan die lig gekom. Al meer vraagstukke het opgeduik wat dit duidelik gemaak het dat die bepalinge in die WAV tans onvoldoende is om die eiesoortige samestelling van die driehoekige diensverhouding te reguleer. Kritiek is gelewer met betrekking tot tydelike werknemers se lone en minder voordelige diensvoorwaardes, die posisie van die ware diensverhouding, die identiteit van die werkgewer, die status van tydelike werknemers en hulle werksekuriteit sowel as die rol van vakbonde onder hierdie omstandighede. Vervolgens sal elk van hierdie aspekte hieronder individueel aangespreek word. Die werkswyse sal wees om telkens in elke geval soos dit bespreek word, aanbevelings te maak. Daarna sal die toepaslikheid van die voorgestelde wysigings⁹⁵⁵ aan die arbeidswetgewing ontleed word en sal aangetoon word waar die voorstelle tekortskiet.

7.2 Geskikte diensvoorwaardes en lone vir die tydelike werknemer

Hierbo⁹⁵⁶ is daarop gewys dat tydelike werknemers se diensvoorwaardes minder voordelig en hulle lone kleiner as dié van permanente werknemers, wat dieselfde werk verrig, is. Dit is so omdat hulle lone, wat deur die agentskap betaal word, vanaf die fooi van die kliënt afkomstig is. Nadat die agentskap aftrekkings vir sy uitgawes gemaak het, word die restant aan die werknemer betaal. Dit word aanvaar dat tydelike werknemers op die standaard-regte van 'n werknemer geregtig is, maar die aard van hulle dienslewering het tot gevolg dat dit nie noodwendig realiseer nie. Dit is my standpunt dat die tydelike werknemers wel die volle beskerming van die WBDV behoort te ontvang.

Ten opsigte van die posisie in die VK toon outeurs aan dat die minder voordelige diensvoorwaardes moontlik weens gebrekkige vaardighede en ondervinding figureer. Hierdie outeurs wys daarop dat die werknemers nie

955 Wanneer voortaan na “voorgestelde wysigings” verwys word, word, tensy anders aangedui, spesifiek die wysigings aan die WAV bedoel.

956 Sien paragraaf 5.2.2.

met die gesagsfigure oor hulle lone kan onderhandel nie. Die ongelyke verspreiding van mag binne die driehoekige diensverhouding, asook die beperkte verteenwoordiging van tydelike werknemers deur vakbonde word as redes aangevoer.⁹⁵⁷ In hierdie konteks vereis die EU in die *Temporary Agency Work Directive 2008/104/EC* dat gelyke bepalinge en voorwaardes onder die kliënt se werknemers, wat ook die tydelike werknemers insluit, gehandhaaf moet word. Dit sou veronderstel dat die lone ook op dieselfde vlak behoort te wees. Die direktief het dit ten doel dat die werknemers van die begin af gelyke bepalinge en voorwaardes moet ontvang, maar bepaal dat lidlande wel hulle diskresie kan gebruik om dit tot 'n mate te beperk. Sodoende het die VK die *Agency Workers Regulations 2010* opgestel wat aan die vereiste vir gelyke bepalinge en voorwaardes gevolg gegee het, maar bepaal daarin dat die werknemers ten minste vir 'n tydperk van twaalf weke vir 'n bepaalde kliënt moes werk voordat hulle vir die reg in aanmerking geneem sou word.

Tans word daar nie soos deur die EU voorskrifte vir hierdie tipe werknemers se lone in die Suid-Afrikaanse reg voorsien nie. Die gesagsfigure tot die driehoekige diensverhouding is derhalwe meestal vry om onvoldoende lone aan die werknemers te betaal.⁹⁵⁸ Die Suid-Afrikaanse reg voldoen daarom nie aan die standaard wat deur die IAO in die *ILO Declaration of Philadelphia* van 1944 daargestel word nie. Weliswaar word daar in die Suid-Afrikaanse reg strydig met die *Universal Declaration of Human Rights* van die VN opgetree.⁹⁵⁹ Ingevolge hierdie verklaring het elke werker die reg om vergoeding vir werk verrig te ontvang, welke vergoeding van so 'n aard moet wees dat dit die werker daartoe in staat stel om vir hom en sy familie 'n **behoorlike lewenstandaard** te skep.

957 Sien paragrawe 3.3.2 en 3.4.

958 'n Uitsondering wat hier genoem kan word, behels gevalle waar die gesagsfigure aan 'n bepaalde kollektiewe ooreenkoms gebonde gehou sal word.

959 Dit het ook 'n direkte impak op 'n werknemer se reg op billike arbeidspraktyke en sy reg op gelyke behandeling (veral waar die tydelike werknemer soortgelyke werk as die permanente werknemers van die kliënt doen, maar anders behandel word) soos bevestig deur die SA Grondwet en die EEA. Indien die tydelike werknemer deurlopend 'n lae inkomste sou ontvang, sal dit ook op sy reg op menswaardigheid inbreuk maak.

In die Namibiese reg het tydelike werknemers 'n soortgelyke gebrek gely.⁹⁶⁰ Met die inwerkingtreding van die *Namibiese Arbeidswysigingswet* van 2012 is hierdie probleem moontlik opgelos. Hierdie wet maak daarvoor voorsiening dat die tydelike werknemers se diensvoorwaardes in geheel nie minder gunstig as dié van die kliënt se permanente werknemers mag wees nie. Deurdat die kliënt van meet af in die Namibiese reg as die werkgewer beskou word, veronderstel dit dat die gelyke diensvoorwaardes vanaf die eerste dag van diens ingestel behoort te word. Vervolgens mag die tydelike werknemers se lone nie “veel kleiner” as dié van diegene wat soortgelyke werk vir die kliënt (werkgewer) verrig, wees nie. Met betrekking tot die gelyke diensvoorwaardes bevat die voorgestelde wysigings van die Suid-Afrikaanse arbeidswetgewing 'n soortgelyke bepaling. Kragtens die voorgestelde wysigings in die Suid-Afrikaanse wetgewing, sal die kliënt na ses maande as die werkgewer beskou word, wat beteken dat die beginsel van “eweredigheid” eers na ses maande by 'n spesifieke kliënt sal intree.⁹⁶¹ Slegs 'n bepaalde persentasie werknemers sal derhalwe by hierdie bepaling baat vind, want nie alle tydelike werknemers bereik ses maande van diens by 'n bepaalde kliënt nie.

Ten einde die buigzaamheid wat tydelike diensverskaffingsagentskappe die Suid-Afrikaanse arbeidsmark bied te handhaaf, word nie aanbeveel dat tydelike werknemers van dag een af vergelykbare lone en diensvoorwaardes moet ontvang soos in die Namibiese reg nie. Die voorgestelde wysigings het die potensiaal om tydelike werknemers se finansiële posisie na ses maande te verbeter, maar voorsiening moet wel vir die tydelike werknemers gemaak word wat nog nie die spertyd bereik het nie. Dit word aan die hand gedoen dat minimum diensvoorwaardes en lone vir hierdie ses maande tydperk vir tydelike werknemers in 'n sektorale vasstelling gevestig moet word. Sodanige sektorale vasstelling behoort ten minste bepalings met betrekking tot minimumlone, werksure, rusperiodes en verlof te bevat ten einde uitbuitende diensvoorwaardes tot 'n mate te

960 Sien paragraaf 4.3.4.1.

961 Alhoewel hier spesifiek verwys word na die kriteria dat 'n kliënt na ses maande as werkgewer geag sal word, word hier en voortaan ook die ander kriteria soos in die voorgestelde artikel 198(A)(1) genoem, bedoel.

beperk. Sover dit op die minimumlone betrekking het, kan die agentskap en die kliënt oor die betaalbare fooi ooreenkom ten einde die betrokke minimumloon te akkommodeer.⁹⁶² Die AWR van die VK kan moontlik geraadpleeg word in die berekening van die gepaste minimumloon.⁹⁶³

Die opstel van so 'n sektorale vasstelling word deur artikel 51 van die WBDV moontlik gemaak. Die vereiste word gestel dat die opstel van sodanige sektorale vasstelling aan hoofstuk 8 van die WBDV voldoen. By wyse van die sektorale vasstelling sal die Suid-Afrikaanse reg aan die IAO se *Protection of Wages Convention* van 1949 voldoen. Ingevolge hierdie konvensie is alle werknemers op 'n bepaalde vasgestelde vergoeding geregtig, ten einde vir die werknemers 'n "adequate living wage" te verseker. Die *Private Employment Agencies Convention* van 1997 vereis ook van agentskappe om aan die werknemers daarvan behoorlike vergoeding te betaal. In die proses kan tydelike werknemers 'n behoorlike lewenstandaard handhaaf, soos deur die IAO verwag. Kliënte sal ook steeds finansiële voordeel geniet, deurdad hulle nie binne die eerste ses maande die lone van permanente werknemers hoef te betaal nie. Dit moet wel ingedagte gehou word dat die bepaalde minimumloon billik en redelik moet wees ten einde alle partye se belange te bevorder sonder dat die spesifieke sektor en die arbeidsmark in geheel die risiko loop om daardeur benadeel te word. Nadat die voorgeskrewe tydperk aanbreek wanneer die kliënt as werkgever geag word, sal die sektorale vasstelling se toepaslikheid wegval en sal die voorgestelde wetgewing intree.

7.3 Die diensverhouding en die werkgever

Die atipiese driehoekige diensverhouding, met die twee gesagsfigure, het gelei tot vrae na die konstruksie van die ware diensverhouding. In aansluiting hierby het die vraag ook ontstaan wie nadese die "ware"

962 Deur hierdie minimum-loon voor te skryf, sal voorkom word dat strydig met die SA Grondwet opgetree word. Die werknemer se reg op gelykheid ingevolge artikel 9 van die Grondwet, asook sy reg op menswaardigheid ingevolge artikel 10 sal bevorder word.

963 Sien paragraaf 3.9.5.

werkgewer van die tydelike werknemer is. Volgens die WAV is dit in die Suid-Afrikaanse reg seker dat die agentskap die werkgewer is en dat die diensverhouding tussen die agentskap en die tydelike werknemer bestaan. Tog is so 'n konstruksie in sommige gevalle uiters onprakties. Die afdwingbaarheid van bepaalde werkgewerverpligtinge teenoor die agentskap word bevraagteken. Die eerste kritiekpunt wat in hierdie verband genoem is,⁹⁶⁴ behels die mate van risiko wat op die agentskap rus. Ten spyte van die feit dat die agentskap as die werkgewer aangetoon word, vertolk dit in 'n groot mate nie die rol van 'n tradisionele werkgewer nie. Die kliënt vertolk hierdie rol en behoort derhalwe die party te wees wat die geregverdigde risiko's van 'n werkgewer dra. Die agentskap is egter die party wat in arbitrasie- en hofverrigtinge as die aanspreeklike party beskou word, aangesien dit die nominale werkgewer is. Die WAV maak wel tans vir gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid van die gesagsfigure voorsiening, maar dit word tot gevalle met betrekking tot die WBDV, kollektiewe ooreenkomste en sektorale vasstellings beperk.

Dat die kliënt ingevolge die voorgeskrewe wysigings na ses maande as werkgewer geag word en vervolgens geargumenteer sou kon word dat hy alle werkgewerverpligtinge behoort op te doen, verdien instemming, omdat dit die moontlikheid van misbruik beperk. Dit kan myns insiens egter nie geregverdig word om die agentskap as die werkgewer vir die beskerming van die meeste van die tydelike werknemer se regte binne die eerste ses maande aanspreeklik te hou, terwyl eersgenoemde feitlik geen beheer oor die werknemer se daaglikse take uitoefen nie. Die agentskap sou byvoorbeeld verplig wees om die werknemer se reg om by kollektiewe bedinging betrokke te wees, te respekteer. Aangesien kollektiewe bedinging werkplek-spesifiek is en die tydelike werknemer se ware werkplek die kliënt se perseel is, is die agentskap magteloos om hierdie reg van die werknemer met betrekking tot die kliënt se werkplek te handhaaf. Die agentskap kan nie organisatoriese regte wat op die kliënt se perseel

964 Sien paragraaf 6.2.

van toepassing is aan 'n vakbond toestaan nie, aangesien die agentskap self geen reg daartoe het nie.

Die agentskap sal ook vanuit sy status as werkgewer vir die ontslag van die werknemer aanspreeklik gehou word. Die kliënt kan ingevolge 'n bepaling in die kommersiële kontrak op kort kennisgewing die werknemer aan die agentskap terugbesorg, waarna die agentskap soms in die posisie geplaas word waar dit die werknemer se dienskontrak moet beëindig.⁹⁶⁵ In essensie behels dit dat die kliënt die werknemer se dienste staak, maar dit is die agentskap wat die werknemer se dienskontrak spesifiek as gevolg daarvan moet beëindig. Dientengevolge het die agentskap die verpligting om aan die voorgeskrewe ontslagprosedures te voldoen. Om by laasgenoemde aan te sluit, het die agentskap as werkgewer ook die verpligting om hom nie aan onbillike arbeidspraktyke skuldig te maak nie. Dit is onbillik om die agentskap in hierdie konteks aanspreeklik te hou, veral in die lig van sy gebrek aan beheer.

In samehang met bogenoemde het die agentskap as werkgewer ook die verpligting om aan die WBDV se bepalings te voldoen.⁹⁶⁶ Dit moet egter weer eens genoem word dat die agentskap nie beheer oor die werknemer se werksverrigtinge uitoefen nie, wat dus die voldoening aan hierdie bepalings bemoeilik. Soos reeds genoem, maak die WBDV vir gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid in hierdie verband voorsiening, maar die agentskap word heel eerste vir die nie-nakoming van die bepalings aangespreek waarna 'n bevel opgelê kan word. Eers indien die agentskap nie na wense op die bevel reageer nie, sal die kliënt aangespreek word.

Die geldigheid van bogenoemde kritiekpunte moes ondersoek word deur vas te stel waar die ware diensverhouding is, indien so 'n verhouding enigsins bestaan en ook wie as werkgewer vir bogenoemde aspekte

965 Sien paragrawe 5.3.1.2.2 en 6.2.1.1 vir 'n volledige bespreking van hierdie aspek.

966 Sien paragraaf 6.3.

aanspreeklik gehou behoort te word. 'n Beginsel uit die gemenerereg waaraan die howe baie waarde heg, is die behoefte om die inhoud, oftewel substansie, van 'n bepaalde verhouding te ondersoek ten einde die ware aard daarvan te bepaal. Betrokkes mag hulle nie blindstaar teen die bewoording van 'n bepaalde kontrak of die beskrywing wat die partye daaraan gegee het nie. Die deurslaggewende faktor is die partye se daaglikse omgaan met mekaar en die uitvoer van die ooreenkoms. Derhalwe maak die howe van die gemeenregtelike toetse gebruik om die aard van 'n verhouding objektief te bepaal.

Twee verhoudinge moes getoets word, naamlik die agentskap-werknemer-verhouding en die werknemer-kliënt-verhouding. Die gemeenregtelike ondersoek na die regsverband by die driehoekige diensverhouding het teenstrydighede met die statutêre posisie ontbloot.⁹⁶⁷ Die gebrek aan beheer en die negatiewe resultate van die dominante indruktoets het tot die gevolgtrekking gelei dat dit onwaarskynlik is dat 'n volwaardige diensverhouding tussen die agentskap en die werknemer bestaan. Hier skep die dienskontrak 'n fiktiewe diensverhouding tussen die tydelike werknemer en die agentskap. Hierteenoor, by die analise van die werknemer-kliënt-verhouding, toon die realiteit van die driehoekige diensverhouding dat die ware diensverhouding tussen die tydelike werknemer en die kliënt rus. Die kliënt se rol stem eerder met dié van 'n ware werkgewer ooreen, selfs in die afwesigheid van 'n dienskontrak. Die realiteit van die omstandighede is derhalwe strydig met die huidige wetgewing. Daarom, in die lig van die resultate van die toetse, is dit duidelik dat die aanspreeklikhede wat tans op die agentskap rus, wel aan die kliënt opgelê **kan** word, hetsy met of sonder werkgewerstatus.

Ook in die Namibiese reg was die agentskap aanvanklik as die werkgewer uitgewys, maar sommige Namibiese outeurs het ernstige argumente aangevoer dat die kliënt die enigste party is wat beheer oor die werknemers uitoefen en in die lig daarvan, tesame met die resultate van

967 Sien hoofstukke 5 en 6.

die **dominante indruktoets**, behoort die kliënt die werkgewer te wees. Vervolgens het die wetgewer die kliënt in die *Namibiese Arbeidswysigingswet* van 2012 as die amptelike werkgewer van tydelike werknemers aangestip. Dientengevolge kan die logiese afleiding gemaak word dat die kliënt alle werkgewerverpligtinge moet nakom.⁹⁶⁸

Om die kliënt as die werkgewer te bestempel, hou sekere voordele in. Eerstens sal wetgewing die realiteit van die omstandighede weerspieël, wat gevolglik regsekerheid sal skep. So ook sal dit sommige onpraktiese verantwoordelikhede wat tans op die agentskap rus, verwyder.⁹⁶⁹ Dit sal tot gevolg hê dat die kliënt in arbitrasie- en hofverrigtinge as die werkgewer aangespreek kan word en sal die kliënt vervolgens die verdiende risiko's van 'n beherende party dra. Ingevolge die nuwe status sal die kliënt ook die verpligting teenoor die tydelike werknemers hê om hulle van bepalinge en diensvoorwaardes te voorsien wat soortgelyk is aan dié van die kliënt se ander werknemers. Werkgewerstatus sou die kliënt oënskynlik daartoe in staat stel om in die ware sin van die woord die werknemer te ontslaan, in welke geval die kliënt aan streng ontslagprosedures moet voldoen. Dit is egter onder hierdie omstandighede onseker wat die impak van die kliënt se werkgewerstatus op die driehoekige diensverhouding en die posisie van die dienskontrak is. Die aanspreeklikheid vir ontslag is gevolglik in hierdie konteks nie opgeklaar nie. Indien die kliënt **wel** vir die onbillike ontslag van die tydelike werknemer aanspreeklik is, behoort dit die tydelike werknemer se werksekerheid te versterk, aangesien die kliënt nie onbehoorlike vryhede in die konteks van ontslag sal hê nie.

Alhoewel voordele uit die kliënt se werkgewerstatus geïdentifiseer sou kon word, hou dit vir die kliënt self verskeie nadele in. Die belangrikste rede vir die ontstaan van tydelike diensverskaffingsagentskappe is om buigzaamheid in die arbeidsmark te bevorder.⁹⁷⁰ 'n Werkgewer kan sy personeelbasis verander soos wat die omstandighede in sy besigheid dit

968 Sien paragraaf 4.5.

969 Aanspreeklikheid vir ontslag en onbillike arbeidspraktyke kan hier as voorbeelde genoem word.

970 Sien paragraaf 5.2.1.

vereis. 'n Tydelike werknemer kan gebruik word gedurende die tydperk wat 'n permanente werknemer vir 'n onbepaalde tyd afwesig is, of as produksie-aanvraag hoog is. Die werkgever kan meer werknemers inbring, maar kan hulle vervolgens ook sonder veel reperkussies laat gaan wanneer hul dienste nie meer nodig is nie. Wanneer die kliënt as die werkgever beskou word, sal die buigzaamheid van sy besigheid afneem, aangesien hy nou aan streng arbeidsreëls gebonde gehou word. Weliswaar sal die buigzaamheid van die arbeidsmark in geheel ook afneem.

Die kliënt sal die werknemers nie meer op kort kennisgewing aan die agentskap kan terugbesorg nie, want soos hierbo gestel is, sal hy aan beperkende ontslagprosedures gebonde gehou word. Die kliënt sal dan ook moet toesien dat sodanige ontslag op een van die billike gronde geskied. Die werknemer kan moontlik vir 'n vaste termyn aangestel wees, in welke geval die kliënt aan hierdie termyn gebonde sal wees, mits een van die drie gronde⁹⁷¹ as rede vir die beëindiging van die werknemer se dienste aangevoer kan word. Die kliënt sal ook die finansiële voordele verloor wat tydelike diensverskaffingsagentskappe vir hom ingehou het. Die werknemers behoort nou soortgelyke lone as dié van die permanente werknemers te ontvang en die kliënt kan nie meer fondse bespaar deur sy personeelbasis maklik tydens 'n lae inkomste seisoen te verminder nie. Dit blyk gevolglik dat dit ook nie noodwendig wenslik is om die kliënt alleen as die werkgever te nomineer nie.

Daar kan geargumenteer word dat dit nie werklik van belang is wie as die werkgever binne die eerste ses maande bestempel word nie. Wat wel van belang is, is dat die aanspreeklikhede van die betrokke partye die realiteit van die omstandighede weerspieël. Dit is belangrik dat die persoon wat oor 'n spesifieke situasie beheer kan uitoefen, ook die persoon behoort te wees wat in sulke gevalle aanspreeklik gehou behoort te word. Die vereiste word gestel dat die twee gesagsfigure se onderskeie verpligtinge en

971 Sien paragraaf 6.2.1.1 vir 'n verwysing na die drie gronde.

verantwoordelikhede duidelik uitgestip word. In die neem van laasgenoemde stap sal dit seker wees wie vir watter oortreding of late aangespreek moet word. Alhoewel daar aspekte is waarvoor die gesagsfigure elk individueel aangespreek moet word, moet die fokus onder verskeie omstandighede op gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid geplaas word. Dit sou dan behels, soos in die voorgestelde artikel 198(4)(A) van die WAV aangetoon, dat die tydelike werknemer vir doeleindes van aanspreeklikheid tussen een van die twee gesagsfigure kan kies, of selfs kan besluit om albei partye saam aan te spreek.

Sodanige individuele en gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid word in die VK gevolg, in welke geval die gesagsfigure selfs gesamentlik oor werkgewerstatus beskik.⁹⁷² Wetgewing in die VK dui aan hoe die verpligtinge tussen die partye verdeel word, welke verdeling volgens my ook in die Suid-Afrikaanse reg aangewend kan word. Die kliënt word vir die aspekte wat direk met die werknemer se dienslewering verband hou, verantwoordelik gehou. Die kliënt moet vervolgens 'n veilige werkomgewing verseker en sal vir enige diskriminerende optrede (op die kliënt se perseel) teen die tydelike werknemer aanspreeklik gehou word. Dit sal onbillik wees om die agentskap vir die onbillike gedrag van die kliënt in hierdie verband aanspreeklik te hou. Aangesien die tydelike werknemer se verhouding met die agentskap bestendiger is, sal die agentskap vir die werknemer se langtermynregte voorsiening maak, soos byvoorbeeld pensioen en 'n mediese plan.

Met betrekking tot die werknemer se diensvoorwaardes is die agentskap en die kliënt gesamentlik en afsonderlik aanspreeklik vir enige diensvoorwaardes van die werknemer wat strydig met die WBDV, 'n betrokke kollektiewe ooreenkoms of sektorale vasstelling is. Die gesagsfigure moet gevolglik in hierdie verband hulle samewerking gee wanneer die tydelike werknemer se dienskontrak opgestel word. Die huidige bepaling in die Suid-Afrikaanse reg met betrekking tot

972 Sien paragraaf 3.6.2.

gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid vir die nie-nakoming van die bepalings in die WBDV of 'n kollektiewe ooreenkoms sal hier relevant wees. Regte soos verlof, billike werksure en rusperiodes maak deel van die diensvoorwaardes uit, in welke geval die gesagsfigure gesamentlik en afsonderlik vir die versuim om dit billikerwys toe te staan, aanspreeklik gehou sal word.

Die gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid van die agentskap en die kliënt behoort egter ook op ander gebiede pertinent in wetgewing bevestig te word. Die agentskap is vir die betaling van die werknemer se vergoeding verantwoordelik en sorg derhalwe ook daarvoor dat die tydelike werknemer ten minste die voorgeskrewe minimumloon ontvang. Dog, die nakoming van die aanbevole minimumloon-bepalings sal weliswaar van die ooreengekome fooi deur die kliënt betaalbaar afhang. Gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid sal vervolgens vir die versuim om 'n minimumloon te voorsien, opgedoen kan word, omdat die agentskap en die kliënt albei beheer oor die tydelike werknemer se lone uitoefen.

Met betrekking tot die beëindiging van die werknemer se werksverrigtinge wat op onbillike ontslag neerkom, word die gesagsfigure in die VK elk vir hulle eie oortredings in hierdie verband alleen aanspreeklik gehou. Dit word in die VK aangevoer dat geen enkele persoon vir die misstap van die ander aanspreeklik gehou kan word nie.⁹⁷³ In die Suid-Afrikaanse reg speel albei gesagsfigure tog in die ontslag van die werknemer 'n rol, deur die beëindiging van die werknemer se dienste deur die kliënt en vervolgens die amptelike beëindiging van die dienskontrak deur die agentskap. Indien die kliënt die tydelike werknemer voortydig wegwys sonder om dit op een van die gronde vir billike ontslag te baseer en die agentskap as gevolg daarvan die dienskontrak moet beëindig sonder om dit op sy beurt billik te doen, sal die partye gesamentlik vir die onbillike ontslag aanspreeklik gehou word. In die proses kan die partye mekaar "in lyn" hou deur nie op so 'n manier op te tree dat dit die werknemer se arbeidsregte skend nie.

973 Sien paragraaf 3.9.5.

Volgens my behoort die huidige praktyk om by gevalle van gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid die agentskap eerste aan te spreek en eers daarna die kliënt indien eersgenoemde nie aan die hofbevel voldoen het nie, vervang te word. Dit word aan die hand gedoen dat die gesagsfigure van meet af in sulke gevalle gesamentlik aangespreek moet word. Vervolgens is my aanbeveling dat bepalings met betrekking tot gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid, veral so ver dit onbillike ontslag en die minimumlone van die tydelike werknemer betref, in geen onsekere terme in wetgewing gekodifiseer moet word nie. Dientengevolge sal die onpraktiese verpligtinge van die agentskap as werkgewer verlig word. Dit blyk dat die voorgestelde artikel 198(4A) – (4F) 'n daadwerklike poging aanwend om in hierdie verband 'n mate van regsekerheid te bewerkstellig. Die bepalings is egter gebrekkig deurdat dit nie vir alle aspekte van potensiële gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid tussen die kliënt en die agentskap voorsiening maak nie.⁹⁷⁴

7.4 Status van die werknemer

Die problematiek verbonde aan meerdere gesagsfigure en die somtyds onpraktiese posisie van werkgewerverpligtinge binne die driehoekige diensverhouding het 'n direkte invloed op die beskerming van die tydelike werknemer se regte. Ten einde alle werkgewerverpligtinge in geheel te ontком, het die gesagsfigure so ver gegaan as om die tydelike werknemer as onafhanklike kontrakteur te bestempel.⁹⁷⁵ Dientengevolge sal laasgenoemde uitdruklik by arbeidswetgewing uitgesluit word en sal beide die agentskap en die kliënt van enige werkgewerverpligtinge vrygespreek word. Die onderskeid behoort egter getref te word eerstens tussen gevalle waar alle tersaaklike partye **verkies** om by wyse van 'n "onafhanklike kontrakteur-kontrak" te werk te gaan en die aard van die betrokke verhoudinge sodanige klassifikasie weerspieël. Tweedens behoort onderskei te word tussen daardie omstandighede waar die betrokke

974 Sien paragraaf 7.7 hieronder.

975 Sien paragraaf 6.2.1.1.2.

diensverhouding bewustelik vermom word deur aan die tydelike werknemer 'n status toe te reken wat die agentskap van beperkende arbeidswetgewing bevry.

Dit is my standpunt dat niks in die Suid-Afrikaanse wetgewing die agentskap weerhou om 'n onafhanklike kontrakteur aan 'n kliënt te voorsien nie en artikel 198(3) van die WAV bevestig selfs die moontlikheid. Die artikel behoort egter nie so geïnterpreteer te word dat dit toelaat dat agentskappe die betrokke praktyk misbruik nie. Volgens my is laasgenoemde strydig met die bepalings van die IAO se *ILO Recommendation Concerning the Employment Relationship* van 2006. Hierdie instrument bepaal dat van 'n lidland verwag word om die regte van werknemers wat hulle in **een of ander vorm** van 'n diensverhouding bevind, te beskerm. Die bewoording dui aan dat die instrument juis nie net op standaard-diensverhoudinge van toepassing is nie. Die driehoekige diensverhouding is derhalwe hier relevant. Sou 'n agentskap en kliënt 'n werknemer van sy regte ontnem deur voor te gee dat hy nie 'n werknemer en gevolglik nie in 'n diensverhouding is nie (terwyl sy werksomstandighede dit diskwalifiseer), sal die agentskap nie aan die arbeidsstandaard voldoen soos wat deur die IAO voorgeskryf word nie.

Tans blyk dit dat Suid-Afrikaanse howe reeds omstandighede ondervang waar agentskappe onder **valse voorwendsels** van hierdie metode gebruik maak. Dit word gedoen deur verskeie ontledings en toetse. Wanneer die definisie van 'n werknemer ingevolge die WAV ontleed word, blyk dit dat tydelike werknemers van tydelike diensverskaffingsagentskappe weliswaar "werknemers" is.⁹⁷⁶ Verder word werknemerstatus ook bevestig wanneer die gemeenregtelike toetse op hierdie omstandighede toegepas word.⁹⁷⁷

Alhoewel sommige faktore wat by onafhanklike kontrakteurs teenwoordig is ook hier teenwoordig is, is daar 'n sterk vermoede dat hierdie tydelike werknemers wel werknemers is wanneer artikel 200A van die WAV en artikel 83A van die WBDV toegepas word. Die betrokke werknemers is

976 Sien paragrawe 6.2.1.1.2.1 en 6.2.1.1.2.2

977 Sien paragraaf 6.2.1.1.2.3.

afhanklik en ten volle onder die beheer van ten minste een gesagsfiguur – hulle kan derhalwe nie eenvoudig deur agentskappe as onafhanklike kontrakteurs bestempel word ten einde beperkende arbeidswetgewing vry te spring nie. Ten opsigte van die Namibiese arbeidsregstelsel voer Namibiese outeurs aan dat die afhanklikheid van die tydelike werknemer die deurslaggewende faktor behoort te wees.⁹⁷⁸ Sou die werknemer onder die beheer en bestuur van 'n ander persoon wees, in hierdie geval die kliënt en sou hy sy gereedskap van daardie persoon ontvang, is hy op werknemerstatus geregtig. Laasgenoemde is 'n sinvolle aanbeveling en kan myns insiens ook as motivering in die Suid-Afrikaanse reg dien.

In die VK is argumente gevoer dat tydelike werknemers oor die algemeen nie ware werknemers is nie,⁹⁷⁹ aangesien daar nie 'n deurlopende diensverhouding of wedersydse verpligtinge tussen die agentskap en die werknemer of die werknemer en die kliënt is nie. Laasgenoemde aspek het selfs sommige howe in die VK tot die gevolgtrekking laat kom dat die werknemers van meet af onafhanklike kontrakteurs is. In 'n poging om persone te akkommodeer wat nie heeltemal binne die definisie van 'n werknemer val nie, maar ook nie heeltemal onafhanklik is nie, is in die VK wetgewing vir 'n ander tipe persoon genaamd 'n “werker” voorsiening gemaak. Vir hierdie “werkers” is ook 'n minimum aantal regte voorsien om totale weerloosheid en uitbuiting te voorkom. Laasgenoemde blyk 'n goeie opsie te wees, omdat sodanige werkers steeds beskerming geniet, ongeag hulle gebrek aan werknemerstatus.

In die lig van die toename van atipiese werknemers in Suid-Afrika kan moontlik oorweeg word om so 'n tipe werker ook in die Suid-Afrikaanse arbeidswetgewing vir uitsonderlike gevalle te inkorporeer, byvoorbeeld vir die eerste ses maande tydperk van tydelike werknemers. Minimum basiese regte kan vir hierdie kategorie van werknemers (werkers) neergelê word, byvoorbeeld die reg op behoorlike vergoeding, die reg om nie onbillik ontslaan te word nie, die reg op verlof, ensovoorts. As die argumente van

978 Sien paragraaf 4.3.4.2.

979 Sien paragrawe 3.5.1.1 en 3.7.2.

partye in 'n geskil so sterk is dat 'n bepaalde hof onseker is of die tydelike werknemer 'n onafhanklike kontrakteur is of nie, sal so 'n tipe werker nie sonder regte wees nie. As so 'n tipe werknemer dan in een of ander vorm van 'n kontraktuele verhouding is, maar 'n element van afhanklikheid is wel teenwoordig, sal die werker op die gemelde basiese regte geregtig wees. Dit behoort egter uitgewys te word dat sodanige bepaling selde gebruik sal word, weens die feit dat die gemeenregtelike toetse en daarmee saam artikel 200A van die WAV, relatief effektief is om die ware status van 'n tydelike werknemer te bepaal. Dit sal wel goed wees om hierdie addisionele "remedie" te bewerkstellig ten einde moontlike misbruik van tydelike werknemers in hierdie konteks te beperk.

Dit is my mening dat die agentskap nie toegelaat kan word om sy aanspreeklikhede vry te spring deur die ware aard van die betrokke verhouding te vermom nie. Ter wille van regsekerheid en statutêre beskerming van die tydelike werknemer se regte word aanbeveel dat die bewoording van die huidige voorgestelde bepaling gewysig moet word. Dit behoort uit te spel dat die partye nie hul verpligtinge kan ontkom deur die werknemer as 'n onafhanklike kontrakteur te klassifiseer ten einde hom of haar uit arbeidswetgewing uit te sluit nie, met dien verstande dat sodanige kontrakte wel toegelaat sal word wanneer **alle partye** dit so verkies en dit om geldige redes geskied. Dit is my aanbeveling dat die agentskap ook onder die verpligting geplaas word om te verseker dat die "tydelike werknemer" die omstandighede verstaan en besef waartoe hy instem.

Ek beveel aan dat dit dan daarna bygevoeg moet word dat wanneer sodanige metode gebruik word om die ware voorkoms van 'n ooreenkoms te **vermom**, die gesagsfigure gesamentlik en afsonderlik daarvoor aanspreeklik gehou sal word. Laasgenoemde veronderstel gevalle waar die betrokke verhouding steeds die voorkoms van 'n diensverhouding het, maar slegs kontraktueel oor 'n ander status beskik. Ek veronderstel dat die totale verbod dat agentskappe "onafhanklike kontrakteurs" aan kliënte voorsien, strydig met die huidige artikel 198(3) sal wees, wat die moontlikheid van so 'n praktyk erken.

'n Bepaling soos hierbo aanbeveel, sal aan die IAO se aanbeveling in die *Employment Relationship Recommendation* van 2006 voldoen, waarin lidlande aangemoedig word om te voorkom dat werkgewers by wyse van "disguised employment" aan tydelike werknemers 'n vals status toereken ten einde arbeidswetgewing vry te spring.⁹⁸⁰

7.5 Handhawing van werksekuriteit

Soos hierbo aangetoon,⁹⁸¹ het die agentskap as werkgewer die statutêre verpligting om aan streng ontslagprosedures te voldoen - 'n toedrag van sake wat nie altyd maklik uitvoerbaar is nie. Ten einde die verantwoordelikheid uit te skakel, inkorporeer agentskappe 'n ontbindende klousule in die dienskontrak. Twee tipes ontbindende bepalinge moet hier onderskei word. Die eerste behels 'n ontbindende bepaling van 'n vaste termyn kontrak, waarin deur die agentskap aangedui word dat die dienskontrak sal eindig nadat die voorafbepaalde termyn verstryk het, of wanneer die taak of take waarvoor die tydelike werknemer aangestel is voltooi is. Die tweede tipe ontbindende bepaling lei egter tot 'n ernstige skending van 'n werknemer se reg om nie aan onbillike arbeidspraktyke blootgestel te word nie. Die betrokke bepaling skryf voor dat die tydelike werknemer se dienskontrak outomaties sal eindig wanneer die kliënt die werknemer wegwys voor die einde van die tydperk waarvoor hy aangestel is. As resultaat ontnem agentskappe tydelike werknemers van die reg om teen 'n ontslag beswaar te maak, siende dat 'n ontslag nie hier plaasgevind het nie, dit was bloot 'n beëindiging van die werknemer se dienskontrak by wyse van regswerking.

Regspraak het reeds aangetoon dat die tweede vorm van ontbindende bepalinge hierbo genoem teen openbare beleid en ook strydig met artikel 5(2)(b) en artikel 5(4) van die WAV is. In verskeie gevalle is sodanige bepalinge as ongeldig beskou. Ongelukkig is daar in hierdie verband nie

980 Sien paragraaf 2.3.2.

981 Sien paragraaf 6.2.1.1.

eenvormigheid onder die howe nie. Al bestaan die moontlikheid dat die howe 'n spesifieke ontbindende bepaling ongeldig sou kon verklaar, behoort dit heeltemal voorkom te word. Dit is onnodig dat tydrowende en duur hofverrigtinge eers moet plaasvind voordat 'n werknemer se regte bevestig en gehandhaaf word. Die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996 bepaal dat almal die reg op billike arbeidspraktyke het. Om ontbindende bepalinge in die dienskontrak in te sluit wat werknemers se arbeidsregte van hulle ontnem, is strydig met gemelde bepaling. Sulke omstandighede gee nie net aanleiding tot 'n arbeidsregtelike kwessie nie, maar bring ook 'n grondwetlike aspek in gedrang.

Daar word wel in die voorgestelde wetgewing bepaal dat bepalinge nie in die werknemer se dienskontrak vervat mag word wat strydig met ander arbeidswetgewing is nie, maar na my mening bied dit nie onder hierdie omstandighede voldoende regsekerheid nie. 'n Totale verbod op ontbindende bepalinge sal disproportioneel wees, omdat sodanige ontbindende bepalinge wel onder bepaalde omstandighede geldig is, soos byvoorbeeld by vaste termyn kontrakte. 'n Agentskap behoort die reg te behou om die vaste termyn kontrak op hierdie wyse te laat eindig. Tog, sonder bepaalde regulasies in dié verband, kan agentskappe poog om van sodanige bepalinge misbruik te maak ten einde hulle aanspreeklikheid vir die tydelike werknemer se ontslag vry te spring.

Die aanbeveling word eerstens gemaak dat ontbindende bepalinge by vaste termyn kontrakte onder die normale omstandighede toegelaat moet word, maar dat 'n verbod op diesulke bepalinge geplaas behoort te word wanneer dit deur die agentskap gebruik word in gevalle waar die kliënt die tydelike werknemer voor die verstryking van die ooreengekome tydperk sonder 'n billike rede die deur wys. Die ongemaklike situasie waarin die betrokke gevalle die agentskap sal plaas, word erken. Tans maak die Suid-Afrikaanse reg nie vir die gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid vir onbillike ontslag voorsiening nie. Ek doen aan die hand dat gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid tussen die agentskap en die kliënt wel in hierdie omstandighede bewerkstellig moet word. Dit sal tot 'n mate die las

wat op die agentskap rus, verlig. In die lig van die kliënt se aanspreeklikheid in hierdie konteks sal laasgenoemde nie goedsmoeds 'n tydelike werknemer sonder goeie rede aan die agentskap terugbesorg en sodoende van agentskappe misbruik maak deur beperkende ontslagprosedures vry te spring nie. Dit sal moontlik ook 'n beperking daarop kan plaas dat 'n kliënt poog om sy werkgewerstatus na die voorgeskrewe ses maande te ontkom.

Dit is my aanbeveling dat die voorgestelde wysiging met betrekking tot bepalingstrydig met bestaande arbeidswetgewing uitgebrei moet word. Die bepaling behoort aan te toon dat, vir sover gesagsfigure poog om by wyse van kontraktuele bepalingsekerer arbeidsregte uit te kontrakteer, ontbindende bepalinge wat tot die outomatiese beëindiging van 'n tydelike werknemer se dienskontrak lei, nie in so 'n kontrak vervat mag word nie. Dit moet gestipuleer word dat dit wel om regs-erkende redes gebruik mag word, soos in die geval van vaste termyn dienskontrakte. Sou dit slegs gebruik word om streng ontslagprosedures vry te spring wanneer die kliënt die tydelike werknemer voortydig sonder billike rede wegwys, sal die bepaling ongeldig verklaar word. Die huidige beslissing van Suid-Afrikaanse hofe waarin die bepalinge teen die openbare beleid beskou word, ondersteun die moontlikheid van so 'n verbod. Indien 'n onbillike ontslag plaasvind, met of sonder die ontbindende bepaling, sal die agentskap en die kliënt gesamentlik en afsonderlik aanspreeklik gehou word. Indien een van die gronde vir billike ontslag teenwoordig is, sal geen aanspreeklikheid opgedoen word nie.

Weer eens, sou die ses maande tydperk verstryk en die kliënt ingevolge wetgewing as die werkgewer geag word, sal die gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid in hierdie verband wegval. Die kliënt as werkgewer sou moontlik daarna alleen vir enige onbillike ontslag aanspreeklik gehou word. Die posisie van die dienskontrak nadat die klient as werkgewer geag word, soos hieronder bespreek, sal egter gemelde aanspreeklikheid bepaal.

7.6 Organisasoriese regte en kollektiewe bedinging

Alhoewel tydelike werknemers die reg het om by 'n vakbond aan te sluit en aan vakbondverrigtinge deel te neem, is die uitvoering van hierdie regte nie altyd eenvoudig nie. Drie praktiese probleme ontstaan in hierdie verband. Omdat tydelike werknemers oor meerdere werkplekke versprei is, sal vakbonde gevolglik na 'n groot aantal werkplekke moet gaan, wat moontlik wydverspreid kan wees, om tydelike werknemers te werf. Die moeilike werwing van tydelike werknemers kan veroorsaak dat die vakbond nie voldoende of meerderheidsverteenvoordinging behaal ten einde vir bepaalde organisatoriese regte te kwalifiseer nie. Ten einde lede te werf, benodig die vakbond ook die reg op toegang tot 'n kliënt se werkplek, welke toegang nie noodwendig toegestaan sal word nie.

Die derde en byna belangrikste praktiese probleem behels die persoon van wie die organisatoriese regte af verkry moet word. Organisasoriese regte word deur die werkgewer toegestaan, in die hoedanigheid as die persoon wat beheer oor die werknemers en die perseel uitoefen. Die agentskap as werkgewer tree nie in hierdie hoedanigheid op nie.⁹⁸² Selfs indien 'n vakbond voldoende verteenwoordiging van die kliënt se werknemers het, sal dit nie organisatoriese regte van die kliënt af kan ontvang om ten minste toegang tot die werkperseel te verkry nie, welke organisatoriese reg myns insiens die belangrikste is. Dit is so omdat die kliënt nie die werkgewer is nie. Die identifisering van die agentskap as werkgewer veronderstel dat die vakbond sy organisatoriese regte vanaf gemelde party moet ontvang en ook daardie regte slegs met betrekking tot aspekte verbonde aan die agentskap se perseel kan uitoefen. Dit is ooglopend problematies omdat die tydelike werknemers meestal op die kliënt se perseel werksaam is.

982 Sien paragraaf 6.2.1.3.

Soortgelyke probleme het die vakbonde in die VK genoop om ooreenkomste met die partye tot die driehoekige diensverhouding te sluit ten einde die kliënt se perseel te kan betree en die tydelike werknemers te verteenwoordig.⁹⁸³ In die afwesigheid van wetgewing wat die omstandighede reguleer, sou dieselfde (met die gepaardgaande moeite) ook in die Suid-Afrikaanse reg toegepas kan word.

Ook in Namibië is een van die kritiekpunte deur die vakbonde geopper dat hulle soms nie die reg of vermoë het om 'n tydelike werknemer se werksomstandighede te ondersoek nie, aangesien dit nie die reg het om die kliënt se perseel te betree nie. As 'n gevolg het sommige vakbonde verkies om hulle van die verteenwoordiging van tydelike werknemers te onttrek, ten spyte van hulle sterk gevoelens oor die misbruik van die werknemers.⁹⁸⁴ Die vakbonde het wel mettertyd hul goedkeuring ten opsigte van die wysigings aan die Namibiese arbeidswetgewing uitgespreek en was van mening dat die tydelike werknemers se regte met hierdie wysiging beter gehandhaaf word.⁹⁸⁵

Die submitisie is vervolgens dat tydelike werknemers in die Suid-Afrikaanse reg daarby baat sal vind indien regulasies vir die aansoek van organisatoriese regte deur 'n vakbond in hierdie konteks neergelê word en ook as die werknemer se betrokkenheid by kollektiewe bedinging verseker kon word. Dit word aan die hand gedoen dat die beheer wat die kliënt oor die werknemers uitoefen die oorwegende faktor is om organisatoriese regte aan vakbonde toe te staan. Die argument dat tydelike werknemers op hulle weerloosste is wanneer hulle werk vir die kliënt verrig, regverdig die erkenning van vakbonde se regte deur die kliënt om die werknemers op laasgenoemde se perseel te ondersteun. Soos hieronder gesien sal word,

983 Sien paragraaf 3.8.

984 Sien paragraaf 4.3.4.4.

985 Ingevolge die *Namibiese Arbeidswysigingswet 2 van 2012* word die kliënt as die werkgever beskou. Dit hou in dat die verkryging van organisatoriese regte nou vergemaklik word en vakbonde, met voldoende verteenwoordigheid, toegang tot die tydelike werknemers se werkplek kan kry.

wil dit voorkom of die voorgestelde wysigings aan die Suid-Afrikaanse arbeidswetgewing moontlik 'n oplossing bied.

7.7 Toepaslikheid van die voorgestelde wetgewing

In die lig van die kritiekpunte hierbo vermeld, is dit duidelik dat die huidige arbeidswetgewing tekortsiet sover dit die regulering van tydelike diensverskaffingsagentskappe betref. Dit skep te veel ruimte vir die agentskappe en die kliënte om die driehoekige diensverhouding na hulle wil te bestuur - 'n waarheid wat meestal tot die ongewenste behandeling van tydelike werknemers lei. Hierdie feit is deur vakbonde uitgelig en het gelei tot die eis deur sekere vakbonde dat hierdie agentskappe in geheel verbied moet word, soos die geval in Namibië was.

Die verbod in Namibië was egter van korte duur, aangesien dit na die APS-saak ongrondwetlik verklaar is.⁹⁸⁶ Hierdie beslissing dat die verbod op tydelike diensverskaffingsagentskappe inbreuk maak op persone se reg om 'n besigheid van hulle keuse te bedryf, word ondersteun. Ek meen dat sou so 'n uiterste stap in die Suid-Afrikaanse reg gevolg word, die grondwetlikheid van die verbod moontlik ook hier getoets sou word en dat die kans groot is dat tot dieselfde gevolgtrekking as in die Namibiese reg gekom sal word. Dit blyk egter uit die nuutste wysigings wat vir die Suid-Afrikaanse arbeidswetgewing voorgestel word, dat die regering nie van voorneme is om tydelike diensverskaffingsagentskappe te verbied nie, maar eerder te reguleer. Dit behoort hier weer genoem te word dat die wysigings slegs van toepassing is op daardie werknemers wat minder as die salarisdrumpel soos deur die Minister van Arbeid geïdentifiseer, te wete R 183 008,00 per jaar, verdien.

7.7.1 Registrasie van agentskappe

986 Sien paragraaf 4.4.

Die voorgestelde wetgewing vereis in subartikel 198(4F) van die WAV en artikel 13 van die ESB van 'n tydelike diensverskaffingsagentskap om te registreer voordat dit besigheid kan doen. 'n Interessante bepaling in die VK word in die *Deregulation and Contracting Out Act* van 1994 gevind. Hierdie wet maak dit vir 'n hof moontlik om so 'n agentskap se lisensie vir 'n bepaalde tydperk op te kort.⁹⁸⁷ Dit sou byvoorbeeld kon gebeur in gevalle waar die agentskap strydig met die voorgeskrewe toepaslike wetgewing opgetree het en die werknemers in die proses benadeel het. So 'n bepaling word ook in die ESB van die Suid-Afrikaanse reg vervat, welke bepaling goedkeuring verdien. So 'n bepaling sal myns insiens agentskappe in die Suid-Afrikaanse reg dwing om streng ooreenkomstig die wetgewing op te tree. Indien hulle nie so optree nie, kan hulle gederegistreer word.

Dié betrokke bepaling word egter slegs vir doeleindes van die ESB bedoel. Dit is my aanbeveling dat die bepaling na die nuwe voorgestelde artikel 198 van die WAV en enige sektorale vasstellings of kollektiewe ooreenkomste wat op die tydelike werknemer se diensvoorwaardes betrekking het, uitgebrei moet word. Dit is verder my aanbeveling dat sodanige deregistrasie eers behoort te kan plaasvind in gevalle van **gereelde** nie-nakoming van die relevante wetgewing. Howe sal in gemelde omstandighede hulle diskresie moet gebruik om vas te stel wat as "gereelde nie-nakoming" beskou kan word. Dit sal as 'n verdere insentief vir agentskappe dien om te verseker dat hulle en so ook die kliënte, die relevante arbeidswetgewing gehoorsaam.

7.7.2 Organisatoriese regte en kollektiewe bedinging

In die voorgestelde wysigings van die WAV word eerstens vir vakbonde en kollektiewe bedinging in die konteks van die driehoekige diensverhouding voorsiening gemaak. Bepaalde toevoegings tot die bestaande artikel 21 word voorgestel. Daar word eerstens 'n verpligting op 'n kommissaris geplaas om die samestelling van 'n spesifieke werkmag te oorweeg (met

987 Sien paragraaf 3.9.1.

spesifieke verwysing na werknemers van tydelike diensverskaffings-agentskappe) wanneer geskille rakende organisatoriese regte met betrekking tot 'n bepaalde werkplek ontstaan. Ingevolge die *Memorandum of Objects* van die voorgestelde wysigings aan die WAV, word hierdeur beoog om die tydelike werknemers se betrokkenheid by kollektiewe bedinging te verseker deurdat pertinent op hierdie werknemers ag geslaan moet word. Bygevolg sal vakbonde ook voordeel uit die bepaling trek, omdat hulle onder bogenoemde omstandighede makliker organisatoriese regte kan bekom.

Ingevolge die voorgestelde artikel 21(12) word 'n vakbond toegelaat om vir die uitoefening van bepaalde organisatoriese regte by óf die agentskap óf die kliënt aansoek te doen. Dit veronderstel dat die vakbond, indien dit ten minste voldoende verteenwoordiging het, die bepaalde perseel waar die werknemers is, kan betree. Dit kan wees hetsy by die agentskap of by die kliënt, vir doeleindes van werwing van nuwe lede of konsultasies met die bestaande lede.

In teorie word die grootste probleme met betrekking tot kollektiewe bedinging in die konteks van die driehoekige diensverhouding opgelos. Vakbonde sal op hierdie wyse tydelike werknemers makliker kan bereik weens die feit dat die bekikbaarheid van organisatoriese regte soos byvoorbeeld toegang tot die kliënt se werkplek vergemaklik is. Sodoende sal dit ook waarskynliker wees dat tydelike werknemers se reg op kollektiewe bedinging sal realiseer. Hierdie reëls sal slegs binne die eerste ses maande geld, daarna sal die normale prosedures vir werwing en aansoeke vir organisatoriese regte gebruik word. Die voorgestelde wysigings in hierdie verband verdien instemming.

7.7.3 Die agentskap as werkgewer

Die uitgangspunt is dat die agentskap steeds ingevolge artikel 198 van die WAV as die werkgewer beskou word. Daar word egter nou ingevolge die voorgestelde wysigings 'n uitsondering in hierdie verband gemaak. In die

voorgestelde artikel 198A(1) word drie gevalle genoem wat op **aanvaarbare** driehoekige diensverhoudinge neerkom. Vir so lank as wat die driehoekige diensverhouding aan die kriteria voldoen, sal die agentskap die werkgewer bly. Dit sou behels dat die agentskap vir die nakoming van verskeie werkgewerverpligtinge aanspreeklik gehou sou word, te wete onder andere die nakom van streng ontslagprosedures, aanspreeklikheid vir onbillike ontslag en onbillike arbeidspraktyke.⁹⁸⁸ Selfs in die geval waar die driehoekige diensverhouding aan die kriteria voldoen en die agentskap die werkgewer is, sal daar wel omstandighede wees waar die agentskap en die kliënt gesamentlik en afsonderlik aanspreeklik gehou sal word. Laasgenoemde behels die gevalle soos in artikel 198(4) uiteengesit. In hierdie verband maak die voorgestelde wysigings in artikel 198(4A) ook tot 'n breër mate vir hierdie omstandighede voorsiening.

Die verpligtinge van die agentskap en ook die gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid van die agentskap en die kliënt word in 'n mate duideliker in die voorgestelde wysigings uiteengesit. Die aanspreeklikheid van die gesagsfigure om te verseker dat die werknemer se diensvoorwaardes aan die WBDV en sektorale vasstellings moet voldoen, word ook duideliker gestel. As belangrike toevoeging beskik die Arbeidshof of 'n arbiter nou oor die jurisdiksie om 'n dienskontrak of kollektiewe ooreenkoms te toets vir voldoening aan hierdie instrumente. Dit is egter my mening dat die VK se uiteensetting van die agentskap se verpligtinge teenoor die werknemer in die *Employment Agencies Act* van 1973 en die *Employment Relations Act* van 1999 tog steeds baie wyer en duideliker uiteengesit is.⁹⁸⁹ Hierdie wetgewing voorsien ook die moontlikheid van die oplê van boetes sou sommige van die bepalings oortree word. So ook word die regulering van die agentskap se verpligtinge en administratiewe aspekte, tesame met die beskerming van die werknemer se regte in onderskeidelik die *Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations* van 2003 en 2007 en die

988 Sien paragraaf 6.2.

989 Sien paragraaf 3.9.1.

Agency Workers Regulations 2010 beter as in die voorgestelde wysigings van die WAV en ESB uiteengesit.⁹⁹⁰

In die voorgestelde wysigings word die posisie van tydelike werknemers ook meer gunstig gemaak deurdat 'n verpligting op die agentskap geplaas word om in die eerste plek die werknemers van 'n volledige dienskontrak te voorsien. Dit sal onder andere aspekte met betrekking tot lone, verlof, werksure en oortydvergoeding insluit. Dit is my standpunt dat artikel 198(4) van die WAV rakende gesamentlike of afsonderlike aanspreeklikheid van die gesagsfigure hier toepassing sal vind wanneer versuim word om enige van die fundamentele diensvoorwaardes soos in artikel 29 van die WBDV gelys aan die tydelike werknemer toe te staan. So 'n bepaling sal ooreenstem met die bepalings soos in die *Employment Agencies Act* van 1973 van die VK vervat, welke bepalings ook in die *Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations* van 2003 in besonderhede vervat is. Ingevolge hierdie wetgewing moet daar weliswaar deursigtigheid in die driehoekige diensverhouding wees ten einde vir die werknemer regsekerheid te verseker.⁹⁹¹

Tweedens word vereis dat die agentskap moet verseker dat die bepalings en diensvoorwaardes wat in die dienskontrak vervat is nie strydig met enige arbeidswetgewing of sektorale vasstellings is nie. Ooglopend word met hierdie voorgestelde wysiging myns insiens gepoog om te verhoed dat die agentskap 'n ontbindende bepaling (wat, soos hierbo beskryf, strydig met artikel 5(2)(b) en artikel 5(4) van die WAV is⁹⁹²) in die dienskontrak insluit. In hierdie opsig behoort genoem te word dat die Namibiese reg nou bepaalde sanksies in die vorm van 'n boete of tronkstraf voorskryf vir die gevalle waar die partye strydig met die relevante wetgewing optree. Ten einde tydelike werknemers verder te beskerm, is dit my aanbeveling dat die Suid-Afrikaanse reg ook sulke sanksies in die betrokke arbeidswetgewing moet inkorporeer, welke sanksies se omvang mag verskil. Sou die

990 Sien paragrawe 3.9.2, 3.9.3, 3.9.5, 6.8.1 en 6.8.4.

991 Sien paragrawe 3.9.1 en 3.9.2.

992 Sien paragraaf 6.2.1.1.1.

gesagsfigure derhalwe so ver gaan as om die werknemer kontraktueel van sy regte te ontnem, kan die howe diskresie gebruik in die oplegging van die sanksie. Laasgenoemde sal egter baie versigtig hanteer moet word, omdat ontbindende bepalings in die lig van vaste termyn kontrakte wat outomaties tot 'n einde kom, wel toelaatbaar is. Die Suid-Afrikaanse howe sal moet vasstel of die ontbindende bepaling op die voortydige beëindiging van die werknemer se dienste deur die kliënt van toepassing gemaak is. Die howe moet dan ook 'n deeglike ondersoek van die omstandighede doen ten einde vas te stel welke sanksie onder die omstandighede gepas sal wees.

Indien die betrokke driehoekige diensverhouding nie aan die kriteria in artikel 198A(1) voldoen nie, sal dit as 'n **onaanvaarbare** driehoekige diensverhouding beskou word,⁹⁹³ in welke geval die kliënt geag sal word die werkgewer te wees. Om misbruik daarvan te verhoed, bepaal artikel 198A(4) van die voorgestelde wysigings dat, wanneer die agentskap die werknemer laat gaan om die werking van artikel 198A(1) vry te spring, sal dit op ontslag neerkom. Daar word nie aangedui dat die ontslag onbillik sal wees nie. Daar word ook nie in soveel woorde aangedui wie vir sodanige ontslag aanspreeklik gehou sal word nie. In die lig van die feit dat die agentskap op hierdie stadium steeds die werkgewer is, word die afleiding gemaak dat aanspreeklikheid op hom sal rus. Artikel 198(4A)(a) verwys na die aanspreeklikheid van die gesagsfigure, deur aan te dui dat die tydelike werknemer kan kies welke van die gesagsfigure hy wil aanspreek. Die bepaling bevestig ook dat die tydelike werknemer albei saam kan aanspreek. Ek meen dat die voorgestelde wetgewing pertinent behoort aan te toon dat die aanspreeklikheid soos in artikel 198(4A)(a) voorgeskryf, ook vir die artikel 198A(4) ontslag van die tydelike werknemer sal geld, met dien verstande dat die ontslag onbillik is.

In laasgenoemde omstandighede moet 'n ondersoek na die omstandighede van die ontslag gedoen word voordat aanspreeklikheid

993 Sien paragraaf 6.8.1.3.

bevestig kan word. Eerstens moet vasgestel word of dit 'n billike of onbillike ontslag is. Indien bevind word dat dit billik is omdat een van die gronde vir billike ontslag teenwoordig is, sal uit die aard van die saak geen aanspreeklikheid opgedoen word nie. Dit is moontlik dat die agentskap uit eie beweging die dienskontrak beëindig het, sonder dat die kliënt 'n rol daarin gespeel het. In sulke gevalle behoort die agentskap alleen aanspreeklik gehou te word. Indien die kliënt daarop aandring dat die tydelike werknemer teruggeneem word en die agentskap as gevolg daarvan die dienskontrak moet beëindig, behoort die kliënt moontlik gesamentlik en afsonderlik aanspreeklik gehou te word. Bewyse vir die kliënt se aandring sal egter voorsien moet word.

Vervolgens, indien die tydelike werknemer kan kies wie hy aanspreeklik wil hou, sal die kliënt nie sonder huiwering 'n tydelike werknemer voor die verstryking van sy termyn sonder 'n billike rede wegwys nie, omdat hy self ook aanspreeklikheid sal kan opdoen. Billikerwys sal die agentskap ook vervolgens nie al die risiko dra nie, maar sal wel aangespreek kan word wanneer hy persoonlik onbillik opgetree het. Die aanspreeklikheid van die gesagsfigure in hierdie verband is 'n addisionele bepaling wat na my mening moontlik, ter wille van sekerheid en ondubbelsinnigheid, in die betrokke artikel bygevoeg kan word.

'n Ander problematiese aspek met betrekking tot hierdie bepaling is die feit dat die bedoeling van die partye nie noodwendig maklik bepaal sal kan word nie. Dit is moontlik dat dit glad nie die bedoeling van die partye was om die ses maande merk te vermy nie, maar dat die kliënt werklik nie meer die werknemer se dienste nodig gehad het nie. Die vraag kan vervolgens gevra word welke kriteria die howe sal toepas om vas te stel wat die ware bedoeling van die partye was. In omstandighede waar die agentskap en die werknemer se dienskontrak bly voortleef na die beëindiging van die kommersiële kontrak, is dit onbillik om 'n natuurlike einde van die werknemer se werksverrigtinge summier as ontslag te beskou.

Dit word derhalwe aanbeveel dat die howe die bewoording in die dienskontrak en selfs die kommersiële kontrak indien toepaslik, moet oorweeg ten einde vas te stel wat die beoogde tydperk van die tydelike werknemer se dienste was. Dit is moontlik dat dit van meet af die bedoeling was dat die tydelike werknemer slegs vir vier of vyf maande werk moes verrig, of dat die kommersiële kontrak en vervolgens ook die dienskontrak by die voltooiing van die tydelike werknemer se taak of take sou staak. Myns insiens sal die betrokke artikel baat by 'n bepaling wat aandui dat, indien 'n tydelike werknemer binne ses maande laat gaan word sonder dat een van die geïdentifiseerde gevalle teenwoordig is, sal 'n weerlegbare vermoede ontstaan dat die kliënt die tydelike werknemer aan die agentskap terugbesorg het ten einde te voorkom dat hy as die werkgewer beskou word.

7.7.4 Die kliënt as werkgewer

Soos hierbo genoem, sal die kliënt ingevolge artikel 198A(3)(b) as werkgewer geag word indien die driehoekige diensverhouding nie aan die kriteria in artikel 198A(1) voldoen nie. Dit is 'n eenvoudige stelling om te maak, maar sodanige stelling het die potensiaal om tot verskeie probleme te lei.

Eerstens bepaal artikel 198A(3) dat, **vir doeleindes van hierdie Wet**, die kliënt geag sal word die werkgewer te wees indien nie aan die kriteria van artikel 198A(1) voldoen word nie. Bygevolg beteken dit dat die kliënt slegs vir die doeleindes van die bepaling ingevolge die WAV as werkgewer beskou word. Die vraag kan vervolgens gestel word of dit beteken dat die agentskap byvoorbeeld vir doeleindes van die WBDV steeds as werkgewer beskou sal word en die kliënt slegs gesamentlik en afsonderlik vir die nakoming daarvan aanspreeklik sal wees. Hierdie aspek lei tot regsonsekerheid. Daarom beveel ek aan dat die artikel uitgebrei moet word om te lees “for purposes of this Act **and any other employment law**”. Sodoende word regsekerheid bewerkstellig.

Tweedens kan die kliënt se geagte werkgewerstatus ook 'n invloed op die verkryging van organisatoriese regte hê. Indien die kliënt weens 'n gebrek aan die voldoening van die voorgeskrewe kriteria as werkgewer geag word, sal dit tot gevolg hê dat die tydelike werknemers nou as **sy** werknemers beskou word. Bygevolg "groei" sy werksmag. Dit kan daartoe aanleiding gee dat 'n vakbond wat by die kliënt betrokke is, se verteenwoordigendheid daal. Sodoende kan die vakbond moontlik nie meer op bepaalde organisatoriese regte aanspraak maak nie. In hierdie geval kan die voorgestelde artikel 21(8)(b)(v) moontlik toepaslik wees. In sulke gevalle behoort 'n kommissaris, met spesifieke verwysing na atipiese werknemers, die samestelling van 'n werksmag te oorweeg wanneer 'n geskil oor die toestaan van organisatoriese regte ontstaan.

Derdens kan die afleiding gemaak word dat die kliënt se geagte werkgewerstatus daartoe sal aanleiding gee dat hy vervolgens vir alle tradisionele werkgewerverpligtinge aanspreeklik gehou sal kan word. Die voorgestelde artikel 198(4A) dui egter aan dat die agentskap en die kliënt, indien die werknemer dit so sou verkies, gesamentlik vir doeleindes van artikel 198(4) aanspreeklik gehou kan word, selfs al word die kliënt ingevolge artikel 198A(3)(b) as werkgewer beskou. Dit is duidelik dat die kliënt se geagte werkgewerstatus derhalwe nie die huidige aanspreeklikheid ingevolge artikel 198(4) verander nie. In die lig van die moontlikheid dat die agentskap steeds aanspreeklikheid kan opdoen, kan weer eens geargumenteer word dat die agentskap na die ses maande tydperk ook steeds tot 'n mate werkgewerstatus behou. Volgens my kan die onsekerheid uit hierdie bewoording moontlik negatiewe implikasies inhou. Daarom is dit my aanbeveling dat die partye se werkgewerstatus in hierdie konteks duidelik in die wetgewing uiteengesit word, of dat die kliënt uit hoofde van sy werkgewerstatus alleen aanspreeklikheid opdoen.

Vierdens is dit onseker watter impak die kliënt se geagte werkgewerstatus op die posisie van die dienskontrak tussen die agentskap en die tydelike werknemer het. Drie moontlike interpretasies van die voorgestelde wysigings kan hier voorkom. Die dienskontrak kan tussen die agentskap en

die tydelike werknemer bly voortbestaan (sou die agentskap steeds werkgewerstatus behou) en die kliënt word slegs werkgewer in naam ten einde die tydelike werknemers in staat te stel om werkgewerverpligtinge ingevolge die WAV teen hom af te dwing,⁹⁹⁴ die diensverhouding en dienskontrak tussen die agentskap en die tydelike werknemer gaan heeltemal tot niet en 'n nuwe dienskontrak soortgelyk aan dié wat die kliënt met sy permanente werknemers het, word tussen die tydelike werknemer en die kliënt (nou werkgewer) opgestel, of laastens, die dienskontrak gaan oor tussen die tydelike werknemer en die kliënt ingevolge beginsels soortgelyk aan dié van artikel 197 van die WAV.⁹⁹⁵ In laasgenoemde twee gevalle meen ek dat die driehoekige diensverhouding tot niet gaan.

Eersgenoemde interpretasie hou ernstige implikasies vir die kliënt se kontraktuele regte en verpligtinge as werkgewer in. Indien dit die wetgewer se bedoeling is dat die kliënt slegs in naam as werkgewer geag word, is daar na my mening 'n leemte in die wysigings wat voorgestel is omrede daar op ten minste twee gebiede nie aangetoon word hoe die kliënt as werkgewer kan optree nie. Eerstens, ingevolge die voorgestelde wysigings het die kliënt na ses maande as geagte werkgewer die verpligting om aan die tydelike werknemers diensvoorwaardes te verskaf wat in geheel nie minder voordelig is as dié van sy permanente werknemers nie. Sou die dienskontrak tussen die tydelike werknemer en die agentskap bly voortbestaan, sal die kliënt as derde party tot die dienskontrak nie oor die bevoegdheid beskik om die werknemer se diensvoorwaardes te wysig nie. Tweedens beskik die kliënt as die *de facto* werkgewer oor die bevoegdheid om die werknemer te ontslaan.⁹⁹⁶ Dog, as die dienskontrak steeds tussen die werknemer en die agentskap bestaan, is dit onmoontlik vir die kliënt om die werknemer te ontslaan omdat hy nie die gesagsfiguur ingevolge die

994 In hierdie geval sal die driehoekige diensverhouding bly voortbestaan.

995 Hierdie artikel reguleer die oordrag van 'n besigheid aan 'n nuwe werkgewer, ingevolge waarvan die nuwe werkgewer outomaties die ou werkgewer vervang, sonder dat die werknemers se dienskontrakte, regte of verpligtinge daardeur beïnvloed word. Indien so verkies, kan die nuwe werkgewer na die oordrag die werknemers se dienskontrakte by wyse van die voorgeskrewe arbeidsregreëls wysig.

996 In die ware sin van die woord.

dienskontrak is nie en vervolgens, ongeag sy nuwe status, nie in die posisie is om die dienskontrak te beëindig nie. Uiteindelik sou gemelde verantwoordelikheid steeds op die agentskap rus, wat beteken die kliënt is steeds oënskynlik vry van beperkende ontslagprosedures. Ek is oortuig dat die eerste interpretasie onprakties en problematies is.

Die tweede interpretasie beskik ook oor die potensiaal vir 'n probleemsituasie. Sou die aanbreek van die ses maande tydperk tot gevolg hê dat die dienskontrak tussen die agentskap en die werknemer outomaties staak, sal alle verpligtinge wat die agentskap en die kliënt teenoor die tydelike werknemer ingevolge daardie dienskontrak gehad het ook outomaties staak. Omdat die voorgestelde wysigings slegs bepaal dat die kliënt die nuwe werkgever word, maar nie vereis dat die kliënt 'n **nuwe** dienskontrak met die tydelike werknemer moet sluit nie, sal daar na die outomatiese beëindiging van die dienskontrak nie 'n basis vir die werkgeverstatus wees nie en is dit moontlik vir die kliënt om eenvoudig te weier om sodanige dienskontrak te sluit. Sodoende ontkom die kliënt tog werkgeverstatus. Die tydelike werknemer sal nie 'n remedie hê nie, want hy is nie ontslaan nie. Gevolglik is die tweede interpretasie myns insiens ook nie lewensvatbaar nie.

Dit is my mening dat die laaste interpretasie die sinvolste is. Deur die dienskontrak te laat voortbestaan, behou die werknemer alle regte en is hy nie vir 'n oomblik onbeskermd nie. Die kliënt sal dan slegs outomaties die plek van die agentskap as werkgever ingevolge die dienskontrak oorneem. Met dié dat die kliënt dan amptelik die werkgever is en so ook die gesagsfiguur tot die reeds bestaande dienskontrak is, sal die kliënt alle kontraktuele en statutêre verpligtinge opdoen. Laasgenoemde is onderhewig daaraan dat die dienskontrak aangepas sal moet word indien die werknemer se huidige dienskontrak minder voordelige diensvoorwaardes as dié van die kliënt se werknemers bevat. Die voorgestelde artikel 198A(5) plaas gemelde verpligting op die kliënt as geagte werkgever. Ek meen egter dat bogenoemde nie bloot aan interpretasie oorgelaat kan word nie, omdat dit nie regsekerheid in die

hand werk nie.⁹⁹⁷ Dit is dus my aanbeveling dat die betrokke artikel uitgebrei moet word om enige onsekerheid oor die posisie van die dienskontrak op te klaar.

Die beginsels wat vir die toepassing van artikel 197 van die WAV relevant is, kan hier in aanmerking geneem en toegepas word. Die regte en verpligtinge van die tydelike werknemer (soos teenoor die agentskap) gaan bloot oor na die kliënt as werkgever. Die kliënt mag vervolgens nie aan die tydelike werknemer diensvoorwaardes bied wat minder voordelig is as dié waaronder hy by die agentskap gewerk het nie, anders kan die tydelike werknemer bedank en beweer dat hy konstruktief ontslaan is. Die voorgestelde wysigings bepaal dat 'n arbiter of die Arbeidshof oor die bevoegdheid sal beskik om 'n tydelike werknemer se dienskontrak vir voldoening aan die WBDV of kollektiewe ooreenkomste te toets. Die toestaan van sodanige jurisdiksie in hierdie opsig, verdien instemming.

Soortgelyk aan die geval by artikel 197-oordragte, behoort die tydelike werknemer se diens by die kliënt ook na die oorgaan van die dienskontrak as ononderbroke beskou te word. Dit word vervolgens aanbeveel dat, vir die doeleindes van senioriteit, die ses maande wat die tydelike werknemer reeds vir die kliënt gewerk het in berekening gebring behoort te word wanneer die totale tydperk van diens relevant is. Dit sal byvoorbeeld wees in gevalle van berekening van skeidingspakkette en die toestaan van jaarlikse verlof na die eerste voltooide verlofsiklus. Sodanige aspek behoort in die dienskontrak tussen die tydelike werknemer en die kliënt vervat te word.

Ek is ook verder oortuig dat die beginsels van outomatiese onbillike ontslag hier van toepassing gemaak behoort te word. Sou die tydelike werknemer direk voor of binne 'n sekere tydperk na die oordrag aan die kliënt, as

997 Wanneer hier met 'n vrywillige onafhanklike kontrakteur te doen gekry word, sal die betrokke omstandighede nie van toepassing wees nie. Die bepaling sal nie daartoe aanleiding gee dat die kliënt die werkgever word nie en die onafhanklike kontrakteur sal gevolglik ook nie sodanige kliënt se werknemer word nie.

werkgewer, ontslaan word om 'n rede wat direk met sodanige oordrag verband hou (en een van die gronde vir billike ontslag nie teenwoordig is nie), sal die ontslag as outomaties onbillik beskou word. Die gesagsfigure moet in so 'n geval gesamentlik en afsonderlik vir die kompensasie van die tydelike werknemer aanspreeklik gehou kan word.

Die bepaling dat die kliënt weens sekere omstandighede as die werkgewer geag kan word, verdien instemming, omdat dit die potensiaal het om 'n mate van beskerming aan tydelike werknemers te voorsien en uitbuiting te voorkom. Een van die kriteria hierbo genoem, behels gevalle waar 'n werknemer vir langer as ses maande, oftewel 24 weke, by 'n spesifieke kliënt geplaas is. Dit is my aanbeveling dat die tydperk egter na 16 weke⁹⁹⁸ vervroeg word. Die kliënt sal derhalwe na 16 weke as werkgewer geag word en dan die verpligting opgelê word om aan tydelike werknemers vergelykbare diensvoorwaardes en lone te bied. Sodoende kan 'n groter persentasie tydelike werknemers by die bepalings baat vind, maar kan kliënte wat van ware **tydelike** diens gebruik maak, steeds finansiële voordele en buigzaamheid in sy besigheid geniet.

Dit is dan moontlik om op die lange duur vir hierdie werknemers behoorlike regte en diensvoorwaardes te verseker, sonder dat dit nodig is om die kliënt van die begin af as die werkgewer te ag, 'n aspek wat, soos hierbo beskryf, nie noodwendig die voordeligste opsie is nie. Hierdie bepalings stem ooreen met die mikpunte van die EU-wetgewers om ook te voorkom dat tydelike werknemers vir te lank by 'n kliënt geplaas word en die werknemers sodoende misbruik word. In die EU is dit ook noodsaaklik dat tydelike diensverskaffingsagentskappe slegs gebruik word vir die doeleindes waarvoor dit aanvanklik beoog was.⁹⁹⁹

Ek is van mening dat voorsiening gemaak moet word vir gevalle waar die kliënt doelbewus vaste termyn kontrakte met werknemers sluit wat

998 Alhoewel dit moontlik arbitrêr klink, is gemelde voorstel wenslik vir doeleindes van die handhawing van 'n beter balans tussen die behoeftes van die kliënt en die tydelike werknemer.

999 Sien paragraaf 3.9.

byvoorbeeld slegs vyf maande duur, daarna 'n afkoelperiode van sowat 'n maand laat verbygaan en dan weer die siklus herhaal. Sodoende bereik die kliënt nie die ses maande tydperk vir 'n enkele tydelike werknemer nie en sal hy oënskynlik nie vir werkgewerstatus kwalifiseer nie. Daarom is dit my aanbeveling dat 'n bepaling in die voorgestelde wysigings gevoeg word, ingevolge waarvan 'n verbod¹⁰⁰⁰ daarop geplaas word om binne 'n sekere tydperk na die gebruik van 'n tydelike werknemer weer vir dieselfde tipe werk 'n ander tydelike werknemer aan te stel. Ek meen dat 'n tydperk van 12 weke voorgestel kan word. Sou 'n kliënt derhalwe 'n tydelike werknemer na vier maande laat gaan, maar oor twee maande weer 'n tydelike werknemer vir dieselfde taak of take aanstel, sal die betrokke werknemer se diens by die vorige vier maande gereken word. Dit veronderstel dat daardie tydelike werknemer slegs twee maande vir die kliënt hoef te werk voordat laasgenoemde vir werkgewerstatus kwalifiseer.¹⁰⁰¹ Alhoewel die tweede tydelike werknemer deur die reëling bevoordeel word, beskerm dit wel ook die eerste tydelike werknemer dat hy nie sonder behoorlike rede die voordeel van artikel 198A(5) ontsê word nie. Klem moet wel daarop geplaas word dat dit slegs met betrekking tot dieselfde werk moet wees.

7.7.5 Aspekte nie deur wetgewing aangespreek nie

Alhoewel die voorgestelde wysigings 'n groot tree in die rigting van beter geregleerde tydelike diensverskaffingsagentskappe gee, is daar tog probleme wat nie deur die wetgewing aangespreek word nie. Aandag is geskenk aan die probleme met betrekking tot kollektiewe bedinging, welke probleme grotendeels opgelos behoort te word wanneer die wysigings in werking tree. Aspekte met betrekking tot die meerdere gesagsfigure is egter steeds nie ten volle opgelos nie, selfs met die wyer geformuleerde verpligtinge en gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid van die partye. Soos hierbo aangedui, het die voorgestelde wetgewing selfs die potensiaal om nog meer vrae in hierdie verband te ontlok. Sover dit die

1000 Embargo.

1001 Behalwe vir die 12 weke, is alle ander tydperke in hierdie paragraaf gebaseer op die ses maande tydperk soos deur die wetgewer voorgestel en nie die 16 weke soos deur my aanbeveel nie.

beskerming van die tydelike werknemer se regte betref, gaan dit nie soseer oor slegs waar die diensverhouding bestaan of wie die werkgever is nie, maar eerder of die aanspreeklikhede van die partye die realiteit weerspieël. Om hiervoor te sorg, behoort die verpligtinge van die partye en so ook die aspekte waarvoor hulle aangespreek kan word, in duidelike terme uiteengesit te word. Daarom is dit nodig om te beklemtoon dat in hierdie geval die relevante aanbeveling hierbo in paragraaf 7.3 ter harte geneem behoort te word.

Waar die voorgestelde wysigings ook tekortskiet, is by die versekering van tydelike werknemers se werksekuriteit. Soos dit uit die bespreking hierbo blyk,¹⁰⁰² bestaan daar geldige omstandighede vir ontbindende bepalinge in 'n dienskontrak, veral in gevalle waar die kontrak slegs vir 'n vaste termyn gesluit word. Klousules tot die effek van 'n outomatiese beëindiging van die tydelike werknemer se dienskontrak in gevalle waar die kliënt die tydelike werknemer voortydig sonder billike rede "laat gaan", behoort egter nie toegelaat te word nie. Die aanbeveling in paragraaf 7.5 hierbo behoort in oorweging geneem te word. Sodoende sal verseker word dat die werknemer nie van die reg ontnem word om teen 'n ontslag beswaar te maak nie. Deur moontlike sanksies vir 'n oortreding in hierdie verband voor te skryf, kan die nakoming van die bepaling bevorder word.

'n Ander probleem wat nie in geheel dekking deur die voorgestelde wysigings geniet nie, behels die tydelike werknemers se lone. Soos hierbo beskryf is, word wel voorsien dat 'n spesifieke kliënt na ses maande se ononderbroke werkverrigting as die tydelike werknemer se werkgever geag sal word. Daarna mag die tydelike werknemer se diensvoorwaardes en bepalinge in dié verband in geheel nie minder gunstig as dié van die kliënt se permanente werknemers wees nie. Dit kan tot gevolg hê dat daardie werknemer se vergoeding ook eweredig aan die permanente werknemers se vergoeding gemaak moet word, veral in gevalle waar dieselfde werk verrig word. Vir die werknemers wat nog nie die ses

1002 Sien paragrawe 6.2.1.1 en 6.2.1.1.1.

maande perk bereik het nie, is daar in hierdie konteks geen voorsiening gemaak nie en sal hulle steeds minder voordelige lone ontvang. Daarom behoort 'n minimumloon vir hierdie werknemers voorgestel te word. Die aanbeveling in paragraaf 7.2 is hier van toepassing.

7.8 Slot

Soos dit in die Grondwet van die IAO uiteengesit is, het lidlande die verpligting om die werknemers se menswaardigheid en sekuriteit te bevorder deur 'n arbeidsstandaard na te streef wat die kwaliteit van werknemers se lewens verseker. Dit behels dat lidlande werknemers se arbeidsregte met betrekking tot behoorlike vergoeding, gelyke behandeling en werksekuriteit moet erken en respekteer. Dit is so dat die huidige arbeidswetgewing van die Suid-Afrikaanse reg sover dit op tydelike diensverskaffingsagentskappe betrekking het, nie hierin slaag nie. Dit het veroorsaak dat 'n negatiewe konnotasie aan tydelike diensverskaffings begin kleef het, tot op die punt waar die verbod daarop geëis is.

In hierdie konteks kan die omstandighede in Namibië as 'n belangrike voorbeeld dien. Dit is my standpunt dat, deur 'n verbod op tydelike diensverskaffingsagentskappe te plaas om sodoende die probleme wat daarmee ervaar word uit te skakel, nie die antwoord is nie. Ongelukkig is die wetgewing wat in 2012 in Namibië gepromulgeer is en wat vir tydelike diensverskaffingsagentskappe voorsiening maak, te jonk om die sukses daarvan te bepaal, veral sover dit op die kliënt as werkgewer betrekking het. Die feit dat sanksies opgelê kan word, is 'n aspek wat egter wel in die Suid-Afrikaanse reg toepaslik gemaak kan word.

Regulering van tydelike diensverskaffingsagentskappe in die VK is myns insiens beter georganiseer, aangesien 'n aantal instrumente spesifiek vir hierdie doel opgestel is. Soos in hoofstuk 3 duidelik blyk, word besondere aandag aan 'n wye verskeidenheid aspekte met betrekking tot hierdie agentskappe in die VK gegee. Die werknemers se regte word duideliker bevestig, asook die verpligtinge (en regte) van die agentskappe en kliënte.

In die VK bied hierdie instrumente derhalwe beter beskerming vir tydelike werknemers as net 'n enkele artikel in die *Wet op Arbeidsverhoudinge* van die Suid-Afrikaanse reg. Die uiteindelijke aanbeveling word gemaak dat 'n afsonderlike stuk wetgewing opgestel word wat net op tydelike diensverskaffingsagentskappe fokus. Dit kan die nodige definisies, die vereiste registrasie van agentskappe en prosedures in hierdie verband uiteensit. 'n Gespesifiseerde uiteensetting van die betrokke gesagsfigure se verpligtinge (veral sover dit die gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikhede van die partye aangaan) kan ook hierin voorsien word. Die tydelike werknemers se regte kan in duideliker terme bevestig word, met spesifieke verwysing na aspekte met betrekking tot ontslag, lone en werknemerstatus.

Die opinie word wel gehuldig dat die nuwe voorgestelde wetgewing 'n aantal progressiewe treë gee. Dit is egter ook seker dat verskeie probleme nog nie na behore deur die voorgestelde wetgewing aangespreek word nie. Die aanbevelings soos hierbo aangedui is, behoort oorweeg te word ten einde gemelde leemtes te vul.

BIBLIOGRAFIE

Besprekingsdokumente

ACCI Issues Paper

Issues Paper “ACCI defends Australian Employers at the ILO”
Australian Chamber of Commerce and Industry (2007)

Benjamin 2010 *ILJ*

Benjamin P “Decent Work and Non-Standard Employees: Options for
Legislative Reform in South Africa: A Discussion Document” 2010 *ILJ*
845-872

Böheim en Zweimüller *Employment of Temporary Agency Workers*

Böheim R en Zweimüller M “The Employment of Temporary Agency
Workers in the UK: With or Against the Trade Unions” *IZA* (2009)

Dasgupta *Employment Security*

Dasgupta S “Employment Security: Conceptual and Statistical Issues”
International Labour Organization (2001)

Du Pisané *Beyond the Barracks*

Du Pisané A “Beyond the Barracks: Reflections on the Role of the
SADF in the Region” Paper based on discussion delivered at Summer
School of the University of Cape Town in January 1988 *The South
African Institute of International Affairs* (1988)

Evans en Gibb *Precarious Employment*

Evans J en Gibb E “Moving from Precarious Employment to Decent
Work” *Global Union Research Network (ILO)* (2009)

Fenwick *et al Labour Law*

Fenwick C *et al* “Labour Law: A Southern African Perspective”
International Institute for Labour Studies (Geneva) (2007)

ILO Fundamental Rights at Work

ILO “Fundamental Rights at Work and International Labour Standards”
International Labour Office (2003)

ILO Informal Economy

ILO “Workers in the Informal Economy: Platform of Issues”
International Labour Conference (2002)

ILO International Labour Standards

ILO “International Labour Standards: A Global Approach” *International Labour Office* (2002)

IUF Precarious Work

IUF “Precarious Work: Undermining Human Rights” *International Union of Food, Agriculture, Hotel, Restaurant, Catering, Tobacco and Allied Workers’ Association* (Geneva)

Bydrae in ‘n Versamelwerk

Alston Core Labour Standards

Alston P “‘Core Labour Standards’ and the Transformation of the International Labour Rights Regime” in Leary VA en Warner D (reds) *Social Issues, Globalisation and International Institutions: Labour Rights and the EU, ILO, OECD and WTO* (Martinus Nijhoff Publishers Leiden 2006)

Alston Labour Rights as Human Rights

Alston P “Labour Rights as Human Rights: The Not so Happy State of the Art” in Alston P (red) *Labour Rights as Human Rights* (Oxford University Press Oxford 2008)

Ashiagbor Promoting Precariousness

Ashiagbor D “Promoting Precariousness? The Response of EU Employment Policies to Precarious Work” in Fudge J en Owens R

(reds) *Precarious Work, Women and the New Economy* (Hart Publishing Oxford 2006)

Bergström *Beyond Atypicality*

Bergström O “Beyond Atypicality” in Bergström O en Storrie D (reds) *Contingent Employment in Europe and the United States* (Edward Elgar Publishing Cheltenham 2003)

Bergström *Introduction*

Bergström O “Introduction” in Bergström O en Storrie D (reds) *Contingent Employment in Europe and the United States* (Edward Elgar Publishing Cheltenham 2003)

Blanpain *EU Legislation on Temporary Work*

Blanpain R “EU Legislation on Temporary Work” in Blanpain R en Graham R (reds) *Temporary Agency Work and the Information Society* (Kluwer Law International London 2004)

Blanpain *Evolving Attitude*

Blanpain R “Introductory Remarks: The Evolving Attitude Towards Temporary Agency Work” in Blanpain R en Graham R (reds) *Temporary Agency Work and the Information Society* (Kluwer Law International London 2004)

Burgess en Connell *International Aspects*

Burgess J en Connell J “International Aspects of Temporary Agency Employment” in Burgess J en Connell J (reds) *International Perspectives on Temporary Agency Work* (Routledge London 2004)

Cam, Purcell en Tailby *Contingent Employment*

Cam S, Purcell J en Tailby S “Contingent Employment in the UK” in Bergström O en Storrie D (reds) *Contingent Employment in Europe and the United States* (Edward Elgar Publishing Cheltenham 2003)

Davies en Freedland *Employment Relationship*

Davies P en Freedland M “The Employment Relationship in British Labour Law” in Barnard C, Deakin S en Morris GS (reds) *The Future of Labour Law* (Hart Publishing Oxford 2004)

De Ruyter *Temporary Agency Work*

De Ruyter A “Temporary Agency Work in the EU: An Overview” in Burgess J en Connell J (reds) *International Perspectives on Temporary Agency Work* (Routledge London 2004)

Denys *Challenges for Temporary Agency Work*

Denys J “Challenges for Temporary Agency Work in the Information Society” in Blanpain R en Graham R (reds) *Temporary Agency Work and the Information Society* (Kluwer Law International London 2004)

Friedman en Brandwine *Temporary Manpower*

Friedman Y en Brandwine T “The Economic Role of Temporary Manpower” in Blanpain R (red) *Bulletin of Comparative Labour Relations: Flexible Work Patterns and the Impact on Industrial Relations* (Kluwer Law and Taxation Publishers The Netherlands 1991)

Fudge en Owens *Precarious Work*

Fudge J en Owens R “Precarious Work, Women and the New Economy: The Challenge to Legal Norms” in Fudge J en Owens R *Precarious Work, Women and the New Economy: The Challenge to Legal Norms* (Hart Publishing Oxford 2006)

Kalula *Labour Market Regulation*

Kalula E “Beyond Borrowing and Bending: Labour Market Regulation and the Future of Labour Law in Southern Africa” in Barnard C, Deakin S en Morris GS (reds) *The Future of Labour Law: Liber Amicorum Bob Hepple QC* (Hart Publishing Oxford 2004)

Morris *England*

Morris G “England” in Blanpain R en Graham R (reds) *Temporary Agency Work and the Information Society* (Kluwer Law International London 2004)

Nakayama en Samorodov *Public and Private Employment Services*

Nakayama J en Samorodov A “Public and Private Employment Services: From Co-existence to Co-operation” in Blanpain R en Graham R (reds) *Temporary Agency Work and the Information Society* (Kluwer Law International London 2004)

Novitz *Dialogue between the EU and the ILO*

Novitz T “The European Union and International Labour Standards: The Dynamics of Dialogue between the EU and the ILO” in Alston P (red) *Labour Rights as Human Rights* (Oxford University Press Oxford 2008)

Le Roux *Amendments to the Labour Relations Act*

Le Roux PAK “Amendments to the Labour Relations Act Part 1: Proposed changes on unfair dismissal, non-standard employment, strikes and lockouts” in Freund A, Le Roux PAK and Thompson C *Current Labour Law* (Lexis Nexis Durban 2012)

Rittich *Rights, Risk and Reward*

Rittich K “Rights, Risk and Reward: Governance Norms in the International Order and the Problem of Precarious Work” in Fudge J en Owens R (reds) *Precarious Work, Women, and the New Economy: The Challenge to Legal Norms* (Hart Publishing Oxford 2006)

Rubery *Employers and the Labour Market*

Rubery J “Employers and the Labour Market” in Gallie D (red) *Employment in Britain* (Basil Blackwill Ltd Oxford 1988)

Servais *Impact of Globalization*

Servais JM “The Impact of Globalization on Employment and Social Inclusion Policies: Experiences and Proposals in Individual European Countries” in Blanpain R *Employment Policies and Multilevel Governance* (Kluwer Law International The Netherlands 2009)

Smith en Gould *Categories of Workers*

Smith I en Gould T “Categories of Workers” in Perrins B *ea* (reds) *Harvey on Industrial Relations and Employment Law* (Butterworths London 2010)

Storrie *Contingent Employment in Europe*

Storrie D “Conclusions: Contingent Employment in Europe and the Flexibility-Security Trade-Off” in Bergström O en Storrie D (reds) *Contingent Employment in Europe and the United States* (Edward Elgar Publishing Cheltenham 2003)

Vosko *Ghost in the ILO Closet*

Vosko LF “Gender, Precarious Work, and the International Labour Code: The Ghost in the ILO Closet” in Fudge J en Owens R (reds) *Precarious Work, Women, and the New Economy: The Challenge to Legal Norms* (Hart Publishing Oxford 2006)

Handboeke

Anderman *Labour Law*

Anderman SD *Labour Law: Management Decisions & Workers' Rights* (Butterworths Edinburgh 2000)

Auer en Cazes *Employment Stability*

Auer P en Cazes S *Employment Stability in an Age of Flexibility* (International Labour Organization Geneva 2003)

Bell *Employment Law*

Bell AC *Employment Law* (Sweet & Maxwell London 2006)

Bell *NutCases*

Bell AC *NutCases: Employment Law* (Thomson Reuters Ltd London 2010)

Bell *NutShells*

Bell AC *NutShells: Employment Law* (Thomson Reuters Ltd London 2009)

Benny, Jefferson en Sargeant *Employment Law*

Benny R, Jefferson M en Sargeant M *Employment Law* (Oxford University Press Oxford 2010)

Bowers en Honeyball *Textbook on Labour Law*

Bowers J en Honeyball S *Textbook on Labour Law* (Blackstone Press Ltd London 2000)

Casey *Temporary Employment*

Casey B *Temporary Employment: Practice and Policy in Britain* (Policy Studies Institute London 1988)

Cazes en Nesporova *Flexicurity*

Cazes S en Nesporova A *Flexicurity: A Relevant Approach in Central and Eastern Europe* (International Labour Organization Geneva 2007)

Countouris *Changing Law*

Countouris N *The Changing Law of the Employment Relationship: Comparative Analyses in the European Context* (Ashgate Publishing Ltd Hampshire 2007)

Davies *Perspectives on Labour Law*

Davies ACL *Perspectives on Labour Law* (Cambridge University Press 2009)

Davies en Freedland *Labour Law*

Davies P en Freedland M *Labour Law* (Weidenfeld and Nicolson London 1984)

Desmond en Antill *Employment Law*

Desmond H en Antill D *Employment Law* (Sweet & Maxwell London 1998)

Drake *Labour Law*

Drake CD *Labour Law* (Sweet & Maxwell London 1981)

Duddington *Employment Law*

Duddington J *Employment Law* (Pearson Education Limited Harlow 2007)

EEF *Emploment Guide*

EEF *Employment Guide* (EEF London 2008)

Ewing *Working Life*

Ewing K *Working Life: A New Perspective on Labour Law* (Lawrence & Wishart London 1996)

Gallie *ea Restructuring the Employment Relationship*

Gallie D *ea Restructuring the Employment Relationship* (Clarendon Press Oxford 1998)

Grogan *Workplace Law*

Grogan J *Workplace Law* 10^{de} uitg (Juta Claremont 2009)

Hardy *Labour Law*

Hardy S *Labour Law and Industrial Relations in Great Britain* (Kluwer Law International The Netherlands 2007)

Harrison *Employment Law*

Harrison T *Employment Law* (Business Education Publishers Limited Sunderland 2006)

Hishongwa *Contract Labour System*

Hishongwa N *The Contract Labour System and its Effects on Family and Social Life in Namibia: A Historical Perspective* (Gamsberg Macmillan Publishers Windhoek 1991)

Honeyball *Employment Law*

Honeyball S *Honeyball & Bowers' Textbook on Employment Law* (Oxford University Press Oxford 2010)

Jefferson *Employment Law*

Jefferson M *Principles of Employment Law* (Cavendish Publishing Limited London 2000)

Lockton *Employment Law*

Lockton DJ *Employment Law* (Palgrave MacMillan Hampshire 2010)

Macdonald *Employing Temporary and Part-Time Staff*

Macdonald L *Tolley's Managing Fixed-Term and Part-Time Workers: A Practical Guide to Employing Temporary and Part-Time Staff* (Lexis Nexis UK Croydon 2003)

McCann *Regulating Flexible Work*

McCann D *Regulating Flexible Work* (Oxford University Press Oxford 2008)

Mehmet, Mendes en Sinding *Fair Global Labour Market*

Mehmet O, Mendes E en Sinding R *Towards a Fair Global Labour Market: Avoiding a New Slave Trade* (Routledge London 1999)

Neethling *Deliktereg*

Neethling J *et al Deliktereg* (Butterworths Durban 2002)

Rubery en Grimshaw *Organization of Employment*

Rubery J en Grimshaw D *The Organization of Employment: An International Perspective* (Palgrave MacMillan New York 2003)

Scrope en Barnett *Employment Law Handbook*

Scrope H en Barnett D *Employment Law Handbook* (The Law Society London 2008)

Selwyn *Law of Employment* 13^{de} uitg

Selwyn N *Law of Employment* 13^{de} uitg (Lexis Nexis UK London 2004)

Selwyn *Law of Employment* 16^{de} uitg

Selwyn N *Selwyn's Law of Employment* 16^{de} uitg (Oxford University Press Oxford 2011)

Slade *Employment Handbook*

Slade DBE *Tolley's Employment Handbook* (Lexis Nexis Londen 2010)

Syrett *Employing Job Sharers*

Syrett M *Employing Job Sharers, Part-time and Temporary Staff* (Institute of Personnel Management London 1983)

Vettori *Employment Contract*

Vettori S *The Employment Contract and the Changed World of Work* (Ashgate Publishing Hampshire 2007)

Internasionale Instrumente

Agency Workers Regulations van 2010

Declaration and Action Plan van 1995

Declaration of Philadelphia van 1944

Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work van 1998

Discrimination (Employment and Occupation) Convention van 1958

Employment Policy Convention van 1964

Employment Policy (Supplementary Provisions) Recommendation van 1984

Employment Relationship Recommendation van 2006

Equal Remuneration Convention van 1951

EU Working Time Directive 2003/88/EC

Fee-Charging Employment Agencies Conventions van 1949

Final Declaration of World Trade Organization van 1996

Fixed Duration or Temporary Employment Relationship Directive 91/383/EEC

Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention van 1948

Occupational Safety and Health Convention van 1981

Posting of Workers Directive 96/71/EC

Private Employment Agencies Convention van 1997

Protection of Wages Convention van 1949

Right to Organise and Collective Bargaining Convention van 1949.

Temporary Agency Work Directive 2008/104/EC

Termination of Employment Convention van 1982

Termination of Employment Recommendation van 1963

Universal Declaration of Human Rights van 1948

Internetbronne

COSATU 2012 <http://www.politicsweb.co.za>

COSATU “COSATU’s submission on proposed labour law amendments” 2012 <http://www.politicsweb.co.za> (datum van gebruik 27 November 2012)

Dempsey en McMullen 2005 *Personnel Today*

Dempsey K en McMullen J “Triangular Relationships of Agency Staff Contracts” 2005 *Personnel Today* (datum van gebruik 29 November 2010)

ILO <http://www.workinfo.com>

ILO “A Considered Approach to Temporary Employment Agencies from the ILO” <http://www.workinfo.com> (datum van gebruik 6 Mei 2010)

Jauch <http://www.alrn.org>

Jauch H “Labour Hire in Namibia: New flexibility or a new form of slavery” <http://www.alrn.org> (datum van gebruik 2 Junie 2009)

Medley 2012 <http://www.iol.co.za>

Medley L “March against labour brokers” 2012 <http://www.iol.co.za> (datum van gebruik 19 April 2012)

MoL 2012 <http://www.labour.gov.za>

MoL “Media Statement: New amendment bills on the Labour Relations Act and the Basic Conditions of Employment Act” 2012 <http://www.labour.gov.za> (datum van gebruik 27 November 2012)

Palmer 2009 <http://www.polity.org.za>

Palmer G “Labour Brokers Under Threat” 2009 <http://www.polity.org.za> (datum van gebruik 28 April 2010)

SAPA 2012 <http://www.iol.co.za>

SAPA “Strike against labour brokers to go ahead” 2012 <http://www.iol.co.za/dailynews/news/strike-against-labour-brokers-to-go-ahead-1.1235263> (datum van gebruik 23 Februarie 2012)

Sasman 2011 <http://allafrica.com/sto-ries/201111100352.html>

Sasman C “Namibia: Labour Hire Changes Praised” 2011 <http://allafrica.com/sto-ries/201111100352.html> (datum van gebruik 23 Desember 2011)

Konferensies

Mdladlana *The changing nature of employment*

Mdladlana MMS *The changing nature of employment* Toespraak gelewer by die 16de jaarlikse Arbeidsreg Konferensie (Sandton Konvensie Sentrum 2 Julie 2003)

Mdladlana *Labour law in the next decade*

Mdladlana MMS *Labour law in the next decade: Time for a change?*
Toespraak gelewer by die 19de jaarlikse Arbeidsreg Konferensie
(Sandton Konvensie Sentrum 6 Julie 2006)

Navorsingsdokumente

Boockmann *Ratification of ILO Conventions*

Boockmann B "The Ratification of ILO Conventions: A Failure Time
Analysis" *IINS Research Paper Nr. 4*

Saunders *Defining Vulnerability*

Saunders R "Defining Vulnerability in the Labour Market" *Canadian
Policy Research Networks* (Navorsingsdokument W/21 November
2003)

Regspraak

*Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of
Namibia* A4/2008

*Africa Personnel Services (PTY) Ltd v Government of the Republic of
Namibia* SA 51/2008

April and Workforce Group Holdings t/a The Workforce Group 2005 26 ILJ
2224 (KVBA)

Banda v Gamegone 2003 JOL 12298 (ZH)

*City of Tswane Metropolitan Municipality v SA Local Government
Bargaining Council* 2012 33 ILJ 191 (AH)

*Colven Associates Border CC v Metal & Engineering Industries Bargaining
Council* 2009 30 ILJ 2406 (AH)

Communication Workers Union and Daily Dispatch 2010 31 ILJ 1496 (KVBA)

Crown Chickens t/a Rocklands Poultry v Rieck 2007 28 ILJ 307 (HHA)

Davis v New England College of Arundel 1997 ICR 6 (EAT)

Denel v Gerber 2005 26 ILJ 1256 (AAH)

Dick v Cozens Recruitment Services 2001 22 ILJ 276 (KVBA)

Discovery Health v CCMA 2008 29 ILJ 1480 (AH)

Dyokhwe and Adecco Recruitment Services & Another 2009 30 ILJ 2989 (KVBA)

Dyokhwe v De Kock 2012 33 ILJ 2401 (AH)

Footware Trading CC v Mdlalose 2005 5 BLLR 452 (AAH)

Khumalo / ESG Recruitment CC (Mecha Trans) 2008 JOL 21490 (MEIBC)

Linda Erasmus Properties Enterprise v Mhlongo 2007 JOL 19327 (AH)

Mabena and Blue Pointer Trading 341 t/a Immediate Response 2009 30 ILJ 222 (KVBA)

Mahlamu v CCMA and Others 2011 4 BLLR 381 (AH)

Mahesu v Red Alert TSS 2011 12 BALR 1306 (KVBA)

Mandla v LAD Brokers 2000 ILJ 21 1807 (AH)

Midway Two Engineering & Construction Services Bk v Transnet Bpk 1998
2 All SA 451 (AH).

Mondi Packaging SA v Harvey NO & others 2011 32 ILJ 1161 (AH)

Montgomery v Johnson Underwood Ltd 2001 ICR 819 (CA)

NAPE v INTCS Corporate Solutions 2010 31 ILJ 2120 (AH)

NEHAWU & Another v Nursing Services of South Africa 1997 10 BLLR
1387 (KVBA)

NEHAWU obo Pienaar v Nursing Services of SA 1998 19 ILJ 188 (KVBA)

Nkosi v Fidelity Security Services 2012 4 BALR 432 (KVBA)

NUMSA obo Ngayi and Others and Lapace Construction 2010 31 ILJ 1275
(BCA)

Pam Golding Properties v Erasmus 2010 31 ILJ 1460 (AH)

*Ready Mixed Concrete (South East) Ltd v Minister of Pensions & National
Insurance* 1968 2 QB 497

Rieck v Crown Chickens t/a Rocklands Poultry 2005 26 ILJ 1240 (SE)

S v AMCA Services and Another 1962 4 SA 537 (AH)

SA Broadcasting Corporation v McKenzie 1999 20 ILJ 585 (AAH)

SA Post Office v Mampeule 2009 8 BLLR 792 (AH)

SA Post Office Ltd v Mampeule 2010 10 BLLR 1052 (AAH)

Sanlam Life Insurance v Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration 2009 30 ILJ 2903 (AAH)

Sindane v Prestige Cleaning Services 2010 31 ILJ 733 (AH)

Smit v Workmen's Compensation Commissioner 1979 1 SA 51 (AH)

State Information Technology Agency v CCMA 2008 JOL 21836 (AAH)

Steyn v Rising Tide Productions CC 2002 23 ILJ 2017 (KH)

Toefy/RBG/SA Five & Another 2007 JOL 19911 (MEIBC)

Vilane / SITA (PTY) Ltd & another 2008 5 BALR 486 (KVBA)

Wickens v Champion Employment 1984 ICR 365

Young & Woods Ltd v West 1980 IRLR 174 (CA)

Regstydskrifte

Allan *et al* 2001 *International Journal of Manpower*

Allan C *et al* "From Standard to Non-standard Employment: Labour Force Change in Australia, New Zealand and South Africa" 2001 *International Journal of Manpower* 748-763

Alston 2004 *EJIL*

Alston P "Core Labour Standards' and the Transformation of the International Labour Rights Regime" 2004 *EJIL* 457-521

Appiah-Mfodwa *et al* 2000 *Society in Transition*

Appiah-Mfodwa A *et al* "Flexible Work Practices, Productivity Improvement and Employment" 2000 *Society in Transition* 95-110

Beaumont 1988 *Labor Law Journal*

Beaumont PB "Employment Flexibility: A UK Perspective" 1988 *Labor Law Journal* 547-552

Benjamin 2004 *ILJ*

Benjamin P "An Accident of History: Who is (and who should be) an Employee Under South African Labour Law?" 2004 *ILJ* 787-805

Benjamin 2008 *ILJ*

Benjamin P "Informal Work and Labour Rights in South Africa" 2008 *ILJ* 1579-1604

Booth *ea* 2002 *The Economic Journal*

Booth AL *ea* "Symposium on Temporary Work" 2002 *The Economic Journal* 181-188

Bosch 2008 *ILJ*

Bosch C "Contract as a barrier to 'dismissal': The plight of the labour broker's employee" 2008 *ILJ* 813-840

Brassey 1990 *ILJ*

Brassey M "The nature of employment" 1990 *ILJ* 889-937

Bronstein 1991 *Int'l Lab Rev*

Bronstein AS "Temporary Work in Western Europe: Threat or Compliment to Permanent Employment" 1991 *Int'l Lab Rev* 291-310

Casey *ea* 1989 *Int'l Lab Rev*

Casey B *ea* "Temporary Employment in Great Britain and the Federal Republic of Germany" 1989 *Int'l Lab Rev* 449-466

Code of Good Practice: Who is an Employee? 2007 *ILJ*

Code of Good Practice: Who is an Employee? 2007 *ILJ* 97-115

Cohen 2008 *ILJ*

Cohen T “Placing Substance Over Form – Identifying the True Parties to an Employment Relationship” 2008 *ILJ* 863-881

Cooper 1999 *JSAS*

Cooper AD “Institutionalization of Contract Labour in Namibia” 1999 *JSAS* 121-138

Countouris en Horton 2009 *Indus LJ*

Countouris N en Horton R “The Temporary Agency Work Directive: Another Broken Promise?” 2009 *Indus LJ* 329-338

Davidov 2004 *British J of Indus Rel*

Davidov G “Joint Employer Status in Triangular Employment Relationships” 2004 *British J of Indus Rel* 727-747

Davidov 2005 *Indus LJ*

Davidov G “Who is a Worker?” 2005 *Indus LJ* 57-71

De Grip ea 1997 *Int'l Lab Rev*

De Grip A ea “Atypical Employment in the European Union” 1997 *Int'l Lab Rev* 49-71

Deakin 2001 *Indus LJ*

Deakin S “The Changing Concept of the ‘Employer’ in Labour Law” 2001 *Indus LJ* 72-84

Fenwick 2005 *SALJ*

Fenwick C “Labour Law in Namibia: Towards an ‘Indigenous Solution’?” 2005 *SALJ* 665-699

Feys 1999 *ILJ*

Feys T “Labour Standards in Southern Africa in the Context of Globalization: The Need for a Common Approach” 1999 20 *ILJ* 1445-1483

Forde en Slater 2005 *British J of Indus Rel*

Forde C en Slater G “Agency Working in Britain: Character, Consequences and Regulation” 2005 *British J of Indus Rel* 249-271

Fourie 2008 *PER*

Fourie ES “Non-standard workers: The South African Context, International Law and Regulation by European Union” 2008 4 *PER* 110-184

Geldenhuys 2008 *SA Merc LJ*

Geldenhuys J “Reasonable Expectations: Real Protection or False Security for Fixed Term Employees?” 2008 *SA Merc LJ* 268-279

Gericke 2010 *Obiter*

Gericke E “Temporary employment services: Closing a loophole in Section 198 of the Labour Relations Act 66 of 1995” 2010 *Obiter* 92-106

Grogan 2005 *ELJ*

Grogan J “Corporate employees: Unmaking the bed” 2005 *ELJ* 9-16

Harvey 2011 *SALJ*

Harvey S “Labour Brokers and Worker’s Rights: Can they Co-Exist in South Africa?” 2011 *SALJ* 100-122

Heery 2004 *Indus Rel J*

Heery E “The Trade Union Response to Agency Labour in Britain” 2004 *Indus Rel J* 434-450

Henrico en Smit 2010 *Obiter*

Henrico R en Smit N "The Contract of Employment in Labour Law: Obstacle or Panacea?" 2010 *Obiter* 247-263

Houseman 2001 *Indus Lab Rel Rev*

Houseman SN "Why Employers Use Flexible Staffing Arrangements: Evidence From an Establishment Survey" 2001 *Indus Lab Rel Rev* 149-170

Hutchinson 2007 *ILJ*

Hutchinson WJ "Are the provisions of Section 189 of the LRA applicable to temporary employment services?" 2007 *ILJ* 90-92

Jones 2002 *Indus LJ*

Jones EL "Temporary Agency Labour: Back to Square One?" 2002 *Indus LJ* 183-190

Kalleberg 2000 *Annu Rev Social*

Kalleberg AL "Non-Standard Employment Relations: Part-time, Temporary and Contract Work" 2000 *Annu Rev Social* 341-365

Kenny en Webster 1998 *Critical Sociology*

Kenny B en Webster E "Eroding the Core: Flexibility and the Re-Segmentation of the South African Labour Market" 1998 *Critical Sociology* 216-243

Klerck 1991 *SALB*

Klerck G "Casualisation and Sub-contracting: Employer Weapons Against Unions" 1991 *SALB* 44-48

Klerck 2002 *African Sociological Review*

Klerck G "Trade Union Responses to the Flexible Workforce in Namibia: Incorporation of Marginalisation?" 2002 *African Sociological Review* 1-25

Klerck 2003 *SAJLR*

Klerck G "Labour Market Regulation and the Casualisation of Employment in Namibia" 2003 *South African Journal of Labour Relations* 63-95

Klerck 2005 *SARS*

Klerck G "Industrial Restructuring, Labour Market Segmentation and the Temporary Employment Industry in Namibia" 2005 *SARS* 269-291

Klerck 2008 *Employee Relations*

Klerck G "Industrial Relations in Namibia since Independence: Between Neo-Liberalism and Neo-Corporatism?" 2008 *Employee Relations* 355-371

Klerck 2009 *JCAS*

Klerck G "Rise of the Temporary Employment Industry in Namibia: A Regulatory 'Fix'" 2009 *JCAS* 85-103

Lawrence en Moodley 2011 *Without Prejudice*

Lawrence I en Moodley J "Automatic Job Termination Gets the Thumbs Down" 2011 *Without Prejudice* 67-68

Le Roux 2007 *SALJ*

Le Roux R "The Worker: Towards Labour Law's New Vocabulary" 2007 *SALJ* 469-478

Le Roux 2009 *Contemporary Labour Law*

Le Roux PAK "Labour Brokers and Non-Standard Forms of Employment" 2009 *Contemporary Labour Law* 21-30

Le Roux 2010 *Contemporary Labour Law*

Le Roux PAK "Labour Brokers and their Employees: Who is the Employer?" 2010 *Contemporary Labour Law* 68-70

Leighton 1987 *Comp Lab LJ*

Leighton P "Atypical Employment: The Law and Practice in the United Kingdom" 1987 *Comp Lab LJ* 34-47

Lobel 2003 *Texas Wesleyan Law Review*

Lobel O "The Slipperiness of Stability: Contracting for Flexible and Triangular Employment Relationships in the New Economy" 2003 *Texas Wesleyan Law Review* 109-135

McKendrick 1990 *Modern Law Review*

McKendrick E "Vicarious Liability and Independent Contractors: A Re-Examination" 1990 *Modern Law Review* 770-784

Mhone 1998 *ILJ*

Mhone GCZ "Atypical Forms of Work and Employment and their Policy Implications" 1998 *ILJ* 197-213

Mills 2004 *ILJ*

Mills SW "The situation of the elusive independent contractor and other forms of atypical employment in South Africa: Balancing equity and flexibility?" 2004 *ILJ* 1203-1235

Ngebulana 1997 *ELJ*

Ngebulana S "Breaking the brokers: Temporary employment services" 1997 *ELJ* 73-75

Nghiishililwa 2009 *Namibia Law Journal*

Nghiishililwa F "The Banning of Labour Hire in Namibia: How Realistic Is It?" 2009 *Namibia Law Journal* 87-94

Olivier 1998 *ILJ*

Olivier M "Extending labour law and social security protection: The predicament of the atypically employed" 1998 *ILJ* 669-686

Özdemir en Özel 2005 *Sosyal Bilimler Dergisi*

Özdemir B en Özel C “International Labour Standards and the ILO Declaration of Fundamental Principles and Rights” 2005 *Sosyal Bilimler Dergisi* 127-135

Purcell, Purcell en Tailby 2004 *British J of Indus Rel*

Purcell J, Purcell K en Tailby S “Temporary Work Agencies: Here Today, Gone Tomorrow?” 2004 *British J of Indus Rel* 705-725

Ratti 2009 *Comp Lab L & Pol’y J*

Ratti L “Agency Work and the Idea of Dual Employership: A Comparative Perspective” 2009 *Comp Lab L & Pol’y J* 835-874

Ricca 1982 *Int’l Lab Rev*

Ricca S “Private Temporary Work Organizations and Public Employment Services: Effects and Problems with Coexistence” 1982 *Int’l Lab Rev* 141-153

Smit 2006 *TSAR*

Smit N “Labour is not a Commodity: Social Perspectives on Flexibility and Market Requirements within a Global World” 2006 *TSAR* 152-172

Smit en Fourie 2009 *TSAR*

Smit N en Fourie ES “Perspectives on Extending Protection to Atypical Workers, Including Workers in the Informal Economy, in Developing Countries” 2009 *TSAR* 516-547

Stanworth en Druker 2000 *IJES*

Stanworth C en Druker J “Labour Market Regulation and Non-Standard Employment: The Case of Temporary Agency Work in the United Kingdom” 2000 *IJES* 3-25

Theron 2003 *ILJ*

Theron J “Employment is not what it used to be” 2003 *ILJ* 1247-1282

Theron 2005 *ILJ*

Theron J “Intermediary or Employer? Labour Brokers and the Triangular Employment Relationship” 2005 *ILJ* 618-649

Theron 2007 *Law, Democracy and Development*

Theron J “Who’s in and Who’s out? Labour Law and Those Excluded from its Protection” 2007 *Law, Democracy and Development* 25-38

Theron 2008 *ILJ*

Theron J “The Shift to Services and Triangular Employment: Implications for Labour Market Reform” 2008 *ILJ* 1-22

Trebilcock 1997 *Comparative Labor Law Journal*

Trebilcock A “A Comment on Legitimising the Triangular Employment Relationship” 1997 *Comparative Labor Law Journal* 79-84

Valticos 1973 *Int’l Lab Rev*

Valticos N “Temporary Work Agencies and International Labour Standards” 1973 *Int’l Lab Rev* 43-56

Van Eck 2010 *PER*

Van Eck BPS “Temporary Employment Services (Labour Brokers) in South Africa and Namibia” 2010 *PER* 107-126

Van Niekerk 2005 *ILJ*

Van Niekerk A “Personal Services Companies and the definition of ‘employee’ – Some thoughts on *Denel (Pty) Ltd v Gerber* 2005 26 *ILJ* 1256 (LAC)” 2005 26 *ILJ* 1904-1911

Vettori 2005 *SA Merc LJ*

Vettori S “The Labour Relations Act 66 of 1995 and the Protection of Trade Unions” 2005 *SA Merc LJ* 295-304

Von Hippel ea 1997 *Academy of Management Executive*

Von Hippel C ea "Temporary Employment: Can Organizations and Employees Both Win?" 1997 *The Academy of Management Executive* 93-104

Vosko 1997 *Comparative Labor Law Journal*

Vosko LF "Legitimizing the Triangular Employment Relationship: Emerging International Labour Standards from a Comparative Perspective" 1997 *Comparative Labor Law Journal* 43-77

Wynn 2009 *ILJ*

Wynn M "Regulating Rogues? Employment Agency Enforcement and Sections 15-18 of the Employment Act 2008" 2009 *ILJ* 64-72

Wynn en Leighton 2009 *Modern Law Review*

Wynn M en P Leighton "Agency Workers, Employment Rights and the Ebb and Flow of Freedom of Contract" 2009 *The Modern Law Review* 91-115

Yemin 1976 *Int'l Lab Rev*

Yemin E "Job Security: Influence of ILO Standards and Recent Trends" 1976 *Int'l Lab Rev* 17-33

Skripsies, Verhandeling en Proefskrifte

Jagger *Prohibition of Labour Hire*

Jagger J *Labour Act No 11 of 2007: The Implications of the Prohibition of Labour Hire on Namibian Labour Relations* (LLB Skripsie Universiteit van Namibië 2009)

Klerck *Fractured Solidarities*

Klerck G *Fractured Solidarities: Labour Regulation, Workplace Restructuring and Employment 'Flexibility' in Namibia* (LLD Proefskrif Rhodes Universiteit 2004)

Suid-Afrikaanse Regeringsinstrumente

NEDLAC 2007 *ILJ*

NEDLAC “Kode vir Goeie Praktyk: Wie is ‘n werknemer?” 2007 28 *ILJ*
96-115

AK 1112 van 2010

Staatskoerant 17 Desember 2010 (AK 1112 van 2010)

Toesprake

Ngatjizeko *Media-inligtingsessie*

Ngatjizeko I (Minister van Arbeid en Sosiale Welsyn) *Media-inligtingsessie rakende die implementering van wetgewing ter regulering van huurarbeid agentskappe en aspekte van die diensverhouding: Arbeidswysigingswet 2 van 2012 en Deel IV van die Wet op Arbeidsdienste 8 van 2011 en verwante artikels* (26 Julie 2012)

Verslae en Kennisgewings

Balkaran *Position Paper on Labour Brokers*

Balkaran S “Position Paper on Labour Brokers and Temporary Employee Services (TES): To Ban or Regulate?” *National Public Service Workers Union (NPSWU)*

Bezuidenhout *et al Non-standard employment*

Bezuidenhout A *et al* “Non-standard employment and its Policy Implication” 2004 *Report submitted to the Department of Labour*

Böheim en Zweimüller *Trade Unions’ Opposition*

Böheim R en Zweimüller M “Trade Unions’ Opposition to Temporary Agency Work: Evidence from UK Workplace Data” 2008 *Johannes Kepler University Linz (Department of Economics)*

Campbell Trade Unions and Temporary Employment

Campbell I “Trade Unions and Temporary Employment: New Initiatives in Regulation and Representation” 2005 *Centre for Applied Social Research*

Herbert International Labour Standards

Herbert A “International Labour Standards: Reversing the Race to the Bottom” *International Labour Organization Sectoral Activities Department* (Geneva)

ILO Private Employment Agencies

ILO “Private Employment Agencies, Temporary Agency Workers and their Contribution to the Labour Market” 2009 *International Labour Organization Sectoral Activities Programme* (Geneva)

ILO Role of Private Employment Agencies

ILO “The Role of Private Employment Agencies in the Functioning of Labour Markets” 1994 *International Labour Office* (Geneva)

Jauch Namibia Bans Labour Hire

Jauch H “Namibia Bans Labour Hire” 2008 *Labour Resource and Research Institute (LaRRI)*

Jauch Confronting Outsourcing Head-on

Jauch H “Confronting Outsourcing Head-on? Namibia’s Ban on Labour Hire” 2009 *Labour Resource and Research Institute (LaRRI)*

LaRRI Playing the Globalisation Game

LaRRI “Playing the Globalisation Game: The Implications of Economic Liberalisation for Namibia” 2001 *Labour Resource and Research Institute (LaRRI)*

LaRRI Labour Hire in Namibia

LaRRI “Labour Hire in Namibia: Current Practices and Effects” 2006
Labour Resource and Research Institute (LaRRI)

MacGregor Labour Broking

MacGregor B “Labour Broking: A South African Perspective” 2001
Deneys Reitz Inc

Mwilima Gender and Labour Market Liberalisation

Mwilima N “A Study of Gender and Labour Market Liberalisation in Africa” 2004 *Labour Resouce and Research Institute (LaRRI)*

Presidential Commission RP 83/1996

Presidential Commission *Restructuring the South African Labour Market* RP 83/1996

SOCPOL Changing nature of work

SOCPOL “Changing Nature of Work and ‘Atypical’ Forms of Employment in South Africa” *Synthesis Report No. 73A/04*

Solidariteit Labour Brokering

Solidariteit “Labour Brokering in South Africa” *Solidariteit Navorsingsinstituut*

Solidariteit Labour Broking

Solidariteit “Labour Broking in South Africa: The third way – Solidarity Trade Union’s Position” *Solidariteit Navorsingsinstituut*

Vaes en Vandenbrande Temporary Agency Work Directive

Vaes T en Vandenbrande T “Implementing the New Temporary Agency Work Directive” 2009 *Katolieke Universiteit Leuven (Hoger Instituut Voor de Arbeid)*

Wetgewing

Administration of Justice Proclamation (SWA) 21 van 1919

Basic Conditions of Employment Amendment Bill van 2012

Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations
1976

Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations
2003

Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations
2007

Constitution of the International Labour Organization 2009

Deregulation and Contracting Out Act 1994

Eerste Wysigingswet van die Namibiese Grondwet 1998

Employment Act 2008

Employment Agencies Act 1973

Employment Equity Amendment Bill van 2012

Employment Protection Act 1975

Employment Relations Act 1999

Employment Rights Act 1996

General Law Amendment Proclamation van 1977

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996

Health and Safety at Work etc Act 1974

Labour Relations Amendment Bill van 2012

Namibiese Arbeidswet van 1992

Namibiese Arbeidswet van 2004

Namibiese Arbeidswet van 2007

Namibiese Arbeidswysigingswet van 2012

National Minimum Wage Act 1998

Native Administration Proclamation 1922

Native Passes Proclamation 1930

Natives (Urban Areas) Proclamation 1951

Prohibited Areas Proclamation 1928

Race Relations Act 1976

Sex Discrimination Act 1975

Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995

Wet op Arbeidsdienste 8 van 2011

Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997

Wet op Beroepsgesondheid en Veiligheid 85 van 1993

Employment Equity Act 55 van 1998

Wet op Vaardigheidsontwikkeling 97 van 1998

Wet op Vergoeding vir Beroepsbeserings en -siektes 130 van 1993

Wet op Werkloosheidsversekering 63 van 2001