

**BILLIKE ONTSLAG BY OORDRAG VAN BESIGHEDE**

**A BOTES**

**13020242**

Verhandeling voorgelê vir die graad *Magister Legum* in Handelsreg aan die  
Potchefstroomkampus van die Noordwes-Universiteit

**STUDIELEIER:           ADV PH MYBURGH**  
**MEDE-STUDIELEIERS:  PROF W DU PLESSIS**  
**D HORSTEN**

**DESEMBER 2008**

**"Fairness is obviously a policy decision. It is not a sociological investigation, verifiable by empirical evidence, that the court has to conduct. It is really no more than the balance of the respective interests of the employer and the employee in a capitalist society."**

**H Cheadle**

## DANKBETUIGINGS

Die mens is soos 'n twintig-verdieping gebou. Sonder die nodige steunpilare om die druk te hanteer, sal alles inmekaar tuimel.

Die skryf van 'n stuk werk van hierdie omvang dreig om mens van alle krag te dreineer. Die laat nagte en lang ure se werk put mens liggaamlik en geestelik uit. Dit is in hierdie omstandighede wat ek my na my Hemelse Vader, vriende en familie gewend het. Sonder hulle ondersteuning sou ek nooit staande gebly het nie.

Ek wil 'n spesiale dankie rig aan Jacques en Monica, die beste vriende waarvoor enige mens kan vra. Hulle het my menige kere van hulp en ondersteuning voorsien om seker te maak dat ek nie heeltemaal van my kop af gaan nie. Die *occasional* "harde woorde" was net wat ek nodig gehad het om nie te knak nie. Dankie ouens, julle is ware steunpilare.

'n Verdere dank aan my ouers wat my moed ingepraat het wanneer alles te veel begin word het. Baie dankie vir die vertrouwe wat u in my vermoëns gehad het; dit was goeie aansporing.

Ek wil ook dankie sê vir my studieleier, Oom Piet Myburgh, asook al die ander dosente, veral Prof. Willemien du Plessis, wat my van hulp was met die skryf van hierdie navorsingsverslag, asook die taalversorger Dr. JC Huebsch. Sonder julle leiding sou hierdie stuk nooit sy volle glorie bereik het nie.

Laastens wil ek die Noordwes-Universiteit en die Fakulteit Regte bedank vir die geleentheid en die befondsing wat hierdie studie moontlik gemaak het.

A

## Lys van Afkortings

ARD.....	<i>Acquired Rights Directive</i>
CCMA.....	Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration
CEPPWAWU.....	Chemical, Energy, Paper, Printing, Wood & Allied Workers' Union
EAT.....	Employment Appeal Tribunal
ECA 1972.....	European Communities Act 1972
ECJ.....	European Court of Justice
EP(C)A 1978.....	Employment Protection (Consolidation) Act 1978
ERA 1996.....	Employment Rights Act 1996
ERA 1999.....	Employment Relations Act 1999
ILJ.....	Industrial Law Journal
ILO.....	International Labor Organization
NEHAWU.....	National Education Health & Allied Workers' Union
TUPE Regulations.....	Transfer of Undertaking (Protection of Employment) Regulations
WAV.....	Wet op Arbeidsverhoudinge

## OPSOMMING

Die vraag oor onder watter omstandighede 'n werknemer billik tydens die oordrag van 'n besigheid ontslaan kan word, ontstaan. Die gemenerereg by die oordrag van besighede het werknemers in 'n onsekere posisie geplaas. Hulle was deur hulle werkgever ontslaan met die doel dat hulle van nuuts af by die nuwe werkgever moet aansoek doen vir werk. Artikel 197 van die 1995 WAV is geskep, en later deur die *Wysigingswet op Arbeidsverhoudinge* 12 van 2002 gewysig, om die voortsetting van die werknemers se dienskontrakte en die oordrag van hulle regte en verpligtinge te verseker. Die besigheid moet as lopende onderneming oorgedra word om te kwalifiseer onder artikel 197. Wanneer 'n insolvente besigheid oorgedra word, verseker artikel 197A dat die werknemers hier ook oorgedra word na die nuwe werkgever maar sonder dat hulle regte en verpligtinge oorgaan op die nuwe werkgever.

Uitvoering moet gegee word aan die werknemer se reg op billike arbeidspraktyke in terme van artikel 23 van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996. Om beskerming aan die werknemers se regte te verleen, is 'n verbod op die ontslag by die oordrag van besighede in terme van artikel 187(1)(g) geplaas. Ontslag sal in hierdie gevalle outomaties onbillik wees. Om 'n balans te handhaaf tussen die regte van die werknemer en dié van die werkgever, moet die werkgever in staat gestel word om in sy beste belang te handel en sodoende 'n werknemer te ontslaan. Hierdie ontslag sal billik wees slegs wanneer dit gebaseer is op die werkgever se bedryfsvereistes.

Die Suid-Afrikaanse reg word met die Engelse reg vergelyk. Die "*common law*" het ook onsekerheid meegebring ten opsigte van werknemers se dienskontrakte. Hierdie onsekerheid is opgelos deur die *Employment Protection (Consolidation) Act* 1978 [EP(C)A] en die *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* 1981 wat later gewysig is deur die 2006 *TUPE Regulations*. Met behulp van paragraaf 17 van die EP(C)A, word die voortsetting van die werknemer se dienskontrak

verseker, en met regulasie 4 van die 2006 *TUPE Regulations* word die oordrag van die werknemer na die nuwe werkgever, tesame met al sy regte en verpligtinge gereguleer.

Vir werknemers om oorgedra te word, moet hulle onmiddellik voor die oordrag in die vorige werkgever se diens werksaam gewees het en die besigheid moes 'n lopende onderneming gewees het. Sou 'n insolvente besigheid oorgedra word, sal 'n subsidiêre besigheid in terme van regulasie 4 van die 2006 *TUPE Regulations* geskep word. Die werknemers word aan die subsidiêre besigheid geleen totdat die besigheid verkoop word. Hierna moet die werknemers na die nuwe werkgever oorgedra word.

In die Engelse reg word daar nie 'n verbod op die ontslag van 'n werknemer by die oordrag van 'n besigheid geplaas nie, maar in terme van regulasie 7(1) van die 2006 *TUPE Regulations* word hierdie tipe ontslag as outomaties onbillik beskou en sal 'n werknemer vir vergoeding of herindiensstelling kan eis. Soos in die Suid-Afrikaanse reg word die werkgever in die Engelse reg ook van 'n ontsnaproete voorsien. Wanneer 'n werkgever een van sy werknemers wil ontslaan, moet dit gebaseer wees op 'n ekonomiese, tegniese of organisatoriese rede in terme van regulasie 7(2) voordat sodanige ontslag billik sal wees.

Die doel van hierdie navorsingsverslag is om aan te dui dat daar wel gronde vir die billike ontslag van werknemers bestaan en dat hierdie gronde neerkom op bedryfsvereistes in die Suid-Afrikaanse reg en ekonomiese, tegniese of organisatoriese redes in die Engelse reg. 'n Regsvergelykende metode gaan gebruik word en om die verhandeling te skryf, word van regshandboeke, regspraak, tydskrifartikels en wetgewing gebruik gemaak.

## SUMMARY

The question arose whether an employee could be fairly dismissed in cases of transfer of a business. Common law caused great uncertainty in respect of the employment contracts of employees. They were dismissed by their former employer, to the effect that they had to apply for work at the new employer all over again. Section 197 of the 1995 LRA, which was amended by the *Labour Relations Amendment Act 12 of 2002*, was brought into life. According to this section employees, along with all their rights and obligations, will automatically transfer with the business to the new employer, hereby ensuring the continuity of the employees' employment. The business had to be transferred as a going concern to qualify for the protection offered by section 197. When an insolvent business is transferred, section 197A ensures that the employees within that solvent business transfers with the business to the new employer, as if it is a solvent business. Their rights and obligations remain in force against the former employer.

Effect must be given to the right of every employee to fair labour practices in terms of section 23 of the *Constitution of the Republic of South Africa, 1996*. Therefor, in terms of section 187(1)(g) of the 1995 LRA, the dismissal of an employee which is based on the transfer of a business, is strictly forbidden. Dismissal in these cases will be deemed automatically unfair. However, to sustain a balance between the rights of the employee and the rights of the employer, the employer must be able to dismiss an employee. Such dismissal will be fair only in cases where it is based on the employer's operational requirements.

An attempt will be made to compare the South African law with the English law. The English common law also caused uncertainty regarding the employees' contracts. The answer to this uncertainty was the *Employment Protection (Consolidation) Act 1978 [EP(C)A]* and the *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981* which has been amended by the 2006 *TUPE Regulations*. Paragraph 17 of the

EP(C)A ensures the continuity of the employees' employment contracts, whilst regulation 4 of the 2006 *TUPE Regulations* regulates the automatic transfer of the employees to the new employer.

In order to transfer in terms of the 2006 *TUPE Regulations* the employee had to be in the employer's employment immediately prior to the transfer of the undertaking took place. The undertaking also had to be transferred as a going concern. If an insolvent business was to be transferred, a wholly owned subsidiary business would be formed in terms of regulation 4 to take over the functions of the solvent business until it is sold. During this time the former employer lends his workforce to the subsidiary business. When the business is sold the employees has to transfer to the new employer.

In English law the dismissal of employees based on the transfer of a business is not prohibited, but in terms of regulation 7(1) of the 2006 *TUPE Regulations* it will be automatically unfair under which circumstances the employee can claim damages or reinstatement. As is the case in South African law, the employer is being provided of an escape route. Should an employer wish to get rid of an employee, he can fairly dismiss that employee in terms of regulation 7(2) only if the dismissal is based on economical, technical or organisational reasons.

The ultimate purpose of this dissertation is to prove the existence of grounds for the fair dismissal before or after a transfer of business of undertaking. In South African law, dismissal can be fair when it is based on the operational requirements of the employer, and in the English law dismissal can be fair when it is based on some economic, technical or organisational reason. The dissertation will be written in the form of a law comparison by using textbooks, law reports, law journals and legislation.

## INHOUDSOPGAWE

Aanhaling.....	i
Dankbetuigings.....	ii
Lys van Afkortings.....	iii
Opsomming.....	iv
Summary.....	vi

### HOOFSTUK 1 INLEIDING

1.1 Oordrag van Besighede.....	1
1.2 Suid-Afrikaanse Gemenerereg en Wetgewing.....	2
1.3 Wet op Arbeidsverhoudinge.....	3
1.4 Engelse "Common Law" en Wetgewing.....	4
1.5 International Labour Organization (ILO).....	5
1.6 Navorsingsmetodologie.....	6
1.7 Raamwerk van die Navorsingsverslag.....	7

### HOOFSTUK 2 SUID-AFRIKAANSE REG EN ARTIKEL 197

2.1 Agtergrond.....	8
2.2 Gemenerereg.....	9
2.3 Wet op Arbeidsverhoudinge 28 van 1956.....	11
2.4 Artikel 197 voor die 2002 wysiging.....	11
2.5 Artikel 197 na die 2002 wysiging.....	14
2.5.1 Sessie.....	16
2.5.2 Werknemers se keuse.....	17
2.6 Doel van artikel 197.....	17
2.7 Begrippe in die konteks van Artikel 197.....	18
2.7.1 "Oordrag".....	19
2.7.2 "Besigheid".....	19
2.7.2.1 "Uitkontraktering" en "Oordrag van besigheid".....	21
2.7.2.2 "Oordrag van dienste".....	25
2.7.3 Lopende onderneming – "As a going concern".....	27
2.8 Insolvente besighede in terme van Artikel 197A.....	30
2.8.1 Artikel 197A van die 2002 Wysigingswet.....	30
2.8.2 Artikel 38 van die Insolvensiewet 24 van 1936.....	33
2.9 Samevatting.....	34

### HOOFSTUK 3

#### ONTSLAG BY OORDRAG VAN BESIGHEID IN DIE SUID- AFRIKAANSE REG

3.1	Agtergrond.....	36
3.2	Billike Arbeidspraktyke.....	37
3.3	Verbod op ontslag wat verband hou met oordrag.....	39
3.4	Onbillike Ontslag.....	39
3.4.1	Omstandighede waar ontslag onbillik sal wees.....	39
3.4.1.1	Substantiewe en Outomatiese onbillikheid.....	42
3.4.1.2	Konstruktiewe Ontslag.....	45
3.4.1.2.1	Toets vir konstruktiewe ontslag.....	50
3.4.2	Remedies by onbillike ontslag.....	51
3.4.2.1	Herindiensneming of Herindiensstelling.....	51
3.4.2.2	Kompensasie.....	53
3.5	Billike Ontslag.....	55
3.5.1	Omstandighede waar ontslag billik sal wees.....	56
3.5.1.1	Bedryfsvereistes.....	56
3.5.1.2	Ander gronde vir billike ontslag.....	59
3.5.1.2.1	Wangedrag.....	59
3.5.1.2.2	Onbekwaamheid.....	60
3.5.2	Prosedurele Billikheid.....	61
3.6	Samevatting.....	65

### HOOFSTUK 4

#### OORDRAG VAN BESIGHEDE IN DIE ENGELSE REG

4.1	Agtergrond.....	69
4.2	"Common Law" .....	70
4.3	Wetlike beskerming van werknemers.....	71
4.3.1	Employment Protection (Consolidation) Act 1978 [EP(C)A].....	71
4.3.2	Transfer of Undertakings (Protection of Employment Regulations 1981 (1981 TUPE Regulations).....	73
4.3.3	Transfer of Undertakings (Protection of Employment Regulations 2006 (2006 TUPE Regulations).....	76
4.4	Oordrag van besigheid.....	77
4.4.1	Komponente van "oordrag van besigheid".....	77
4.4.1.1	"Oordrag" .....	77
4.4.1.2	"Besigheid" .....	80
4.4.2	"Oordrag van besigheid as lopende onderneming" en "oordrag van bates" .....	84
4.4.3	Insolvente besighede.....	85
4.5	Samevatting.....	88

## **HOOFSTUK 5 EFFEK VAN OORDRAG OP DIE WERKNEMERS IN DIE ENGELSE REG**

5.1	Agtergrond.....	91
5.2	Oordrag van werknemers.....	92
5.3	Ontslag van werknemers.....	96
5.3.1	Ontslag voor oordrag (Pre-transfer dismissals) .....	96
5.3.1.1	Oordrag van regte, verpligtinge en aanspreeklikheid..	97
5.3.1.2	"Onmiddellik voor oordrag" .....	99
5.3.2	Onbillike ontslag van werknemers.....	102
5.3.2.1	Outomaties onbillike ontslag.....	103
5.3.2.2	Konstruktiewe ontslag.....	106
5.3.2.3	Remedies.....	110
5.3.2.3.1	Kompensasie.....	111
5.3.2.3.2	Herindiensstelling en Herindiensneming.....	112
5.3.3	Billike ontslag van werknemers.....	114
5.4	Samevatting.....	117

## **HOOFSTUK 6 SAMEVATTING EN GEVOLGTREKKING**

6.1	Probleemstelling.....	120
6.2	Regsposisie in die Suid-Afrikaanse Reg.....	121
6.3	Regsposisie in die Engelse Reg.....	122
6.4	Bevinding.....	124
6.5	Regsvergelyking en aanbevelings.....	125
6.6	Ten slotte.....	126
	<b>BIBLIOGRAFIE.....</b>	<b>128</b>

# HOOFSTUK 1

## INLEIDING

### 1.1 Oordrag van Besighede

Sodra 'n besigheid deur een persoon aan 'n ander as lopende saak verkoop word, word laasgenoemde persoon die nuwe eienaar en so ook die nuwe werkgewer van die werknemers. 'n Besigheid word geag as 'n lopende saak verkoop te wees indien sodanige besigheid ten volle funksioneer tydens die oordrag daarvan en in die hande van die nuwe eienaar voortgesit word.<sup>1</sup> Hierteenoor kan insolvente besighede onderskei word: anders as 'n lopende saak wat ten volle funksioneer, kan 'n insolvente besigheid nie as 'n funksionerende onderneming oorgedra word nie.<sup>2</sup>

Die oordrag van 'n lopende besigheid van een persoon aan 'n ander het soms tot gevolg dat die werknemers oortollig word, aangesien die nuwe werkgewer na die oordrag te veel mense in sy diens het.<sup>3</sup> In die verlede wanneer werknemers oortollig geword het, het die werkgewer soms geen ander opsie gesien as om die werknemers af te dank nie. Hierdie handeling kon egter nie altyd op 'n regsgeldige grond gebaseer word nie. Dit was problematies omdat werknemers dikwels van hulle werksekuriteit ontnem was.

Die *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995 (hierna die 1995 WAV) is daarop gemik om beskerming aan werknemers tydens die onsekere omstandighede wat deur die oordrag van 'n besigheid veroorsaak is, te verleen. Een van die doelwitte van die 1995 WAV is om effek te gee aan die reg op billike arbeidspraktyke in terme van artikel 23 van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996 (hierna die Grondwet)<sup>4</sup>. Elke

---

1       Sien paragraaf 2.7.3.

2       Sien paragraaf 2.8.

3       Sien paragraaf 2.1. Aanvaar dat die geslagsvorme "hy" of "hom" (soos deurgaans gebruik) ook "sy" of "haar" kan beteken.

4       A 23 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

werknemer, werkgever, organisasie of instansie wat by arbeidsverhouding betrokke is, het hierdie reg. Artikels 185 en 186(2) van die 1995 WAV<sup>5</sup> het ten doel om uitvoering te gee aan hierdie reg deur werknemers te beskerm teen onbillike ontslag en 'n beperkte aantal onbillike arbeidspraktyke wat spesifiek gedefinieer is.

Die vraag ontstaan of daar gevalle onder die gewysigde 1995 WAV is en of daar enige ander regsgronde sou bestaan waar die werknemer direk voor of na 'n oordrag billik of regmatig<sup>6</sup> ontslaan kan word. Hierdie vraag is van nut vir doeleindes van die beskerming van die regte van die werkgever. Hierdie regte behels die reg van die werkgever om sonder die inmenging van die staat vryelik handel te dryf.<sup>7</sup>

## 1.2 Suid-Afrikaanse Gemene Reg en Wetgewing

Ingevolge die Suid-Afrikaanse gemene reg was dienskontrakte tussen die vorige werkgever en die werknemers tydens die oordrag van die besigheid as 'n lopende saak, outomaties beëindig.<sup>8</sup> Die enigste vereiste was dat die nodige kennisgewing in terme van die dienskontrak gegee moes word. Nadat die werknemers se dienskontrakte beëindig is, moes hulle van nuuts af by die nuwe werkgever aansoek doen vir werk.<sup>9</sup> Voorts het die oordrag van 'n insolvente besigheid onder die gemene reg ook kontrakbreuk deur die vorige werkgever tot gevolg gehad. Onder hierdie omstandighede het die werknemer 'n eis vir kompensasie teen die insolvente boedel gehad en kon die werknemer nie optree teen 'n nuwe werkgever of enigsins aanspraak maak op werk by die nuwe werkgever wat die besigheid na die insolvensie as lopende saak oorgeneem het nie.<sup>10</sup>

---

5 Grogan *Dismissal* 38; Stelzner *Workplace Change* 109; Van Jaarsveld *Kompendium van Arbeidsreg* 5<sup>de</sup> uitg 136.

6 Byvoorbeeld op grond van die Gemene Reg of Kontrakreg.

7 Behalwe inmenging wat aan die bepalings van Artikel 39 van die Grondwet sou voldoen.

8 Sien paragraaf 2.2.

9 Sien paragraaf 2.2.

10 Sien paragraaf 2.2.

### 1.3 Wet op Arbeidsverhoudinge

Weens die gebrekkige beskerming wat die gemenerereg gebied het, moes wetgewing aangeneem word om hierdie gebrek uit die weg te ruim. Gevolglik is die *Wet op Arbeidsverhoudinge* 28 van 1956 (hierna 1956 WAV) aangeneem, met die doel om die regte van werknemers te beskerm en om spesifiek voorsiening te maak vir die reg op billike arbeidspraktyke. Die definisie in die 1956 WAV was baie wyd geformuleer en het tot gevolg gehad dat daar baie min regsekerheid was. Met die doel om regsekerheid te bevorder, is die 1956 WAV vervang deur die 1995 WAV.<sup>11</sup>

In die 1995 WAV is artikels 185 en 186(2) vervat, welke artikels die verbod op onbillike ontslag en onbillike arbeidspraktyke onderskeidelik in die algemeen reguleer.<sup>12</sup> Om werknemers van werksekeriteit by die oordrag van 'n lopende saak te verseker, is artikel 197 ook in die 1995 WAV ingevoeg, welke artikel bepaal dat die werknemer se dienskontrak saam met die besigheid na die nuwe werkgever oorgedra moet word.<sup>13</sup>

Beskerming moes ook aan werknemers verleen word in gevalle waar 'n insolvente besigheid oorgedra word. Ingevolge artikel 38 van die *Insolvensiewet*<sup>14</sup> het die sekwestrasie van 'n besigheid die beëindiging van die werknemers se dienskontrakte tot gevolg gehad. Weens hierdie gebrek aan beskerming is artikel 197A aangeneem, wat bepaal dat 'n werknemer saam met die besigheid oorgaan asof dit 'n lopende saak is.<sup>15</sup>

Artikel 197 het bepaalde leemtes gehad. Weens swak formulering het die howe hierdie artikel verskillend geïnterpreteer.<sup>16</sup> Behoeftte aan 'n duideliker omskrewe artikel 197 het ontstaan. Gevolglik is artikel 197 gewysig deur die *Wysigingswet op Arbeidsverhoudinge* 12 van 2002 (hierna 2002 Wysigingswet). Hierdie artikel het ten doel om die onduidelikheid en

---

11 Sien paragraaf 2.2.  
12 Sien paragraaf 3.2 en paragraaf 3.3.  
13 Sien paragraaf 2.4 en paragraaf 2.5.  
14 A 38 *Insolvensiewet* 24 van 1936.  
15 Sien paragraaf 2.8.  
16 Sien paragraaf 2.4.

dubbelsinnige uitleg van die eertydse artikel 197 op te los.<sup>17</sup> Die hoofdoel van artikel 197 en die ander artikels wat daarby aansluit, is die bevordering en beskerming van 'n werknemer se regte by die oordrag van 'n besigheid met die klem op werksekuriteit deur onder andere die bepaling in te voeg dat 'n werknemer se diensjare deur die nuwe werkgewer erken moet word.<sup>18</sup> Dit blyk dus dat enige ontslag van werknemers in die konteks van oordragte omsigtig hanteer moet word en duidelike riglyne geformuleer moet word om die spesifieke omstandighede waaronder 'n werknemer ontslaan kan word, aan te dui.

Net soos in die Suid-Afrikaanse reg, maak die Engelse reg voorsiening vir die beskerming van werknemers se reg op billike arbeidspraktyke. Soos die geval is in die Suid-Afrikaanse reg, loop die werknemer in die Engelse reg ook die risiko om tydens die oordrag van 'n besigheid as lopende saak aan 'n ontslag onderwerp te word. Beskerming van werknemers se regte het ook by die gemenerereg begin.<sup>19</sup>

#### **1.4 Engelse "Common Law" en Wetgewing**

Net soos die geval onder die Suid-Afrikaanse reg het die Engelse "Common Law" ook die beëindiging van die werknemer se dienskontrak by die oordrag van 'n besigheid tot gevolg gehad, behalwe as die partye ooreengekom het dat die werknemer se dienskontrak saam met die besigheid oorgedra moes word.<sup>20</sup>

Om hierdie gebrek aan beskerming te herstel is die *Employment Protection (Consolidation) Act* 1978 (hierna EP(C)A) en die *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations (TUPE Regulations)* 1981 (hierna 1981 TUPE Regulations) aangeneem. Die TUPE Regulations het ontstaan uit die *Acquired Rights Directive*, 'n instrument van die Europese

---

17     Sien paragraaf 2.5.  
18     Sien paragraaf 2.6.  
19     Sien paragraaf 4.2.  
20     Sien paragraaf 4.2.

Kommissie.<sup>21</sup> Weens die eng formulering van die 1981 *TUPE Regulations* is die *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations (TUPE Regulations) 2006* (hierna 2006 *TUPE Regulations*) aangeneem.<sup>22</sup>

Beskerming word ook aan werknemers verleen in gevalle van insolvente besigheide. In gevalle van 'n insolvente besigheid word 'n subsidiêre besigheid in terme van regulasie 4 van die 2006 *TUPE Regulations* geskep, welke besigheid die insolvente onderneming se besigheid saam met die werknemers oorneem totdat die insolvente besigheid verkoop is. Die werknemers bly egter steeds in die vorige werkgewer se diens is totdat die verkoop afgehandel is. Hierdie proses word "*hiving down*" genoem.

Die vraag is gevolglik hoe onbillike ontslag by die oordrag van 'n besigheid geïnterpreteer moet word, om ten beste die werknemer se regte te beskerm. Die doel van hierdie navorsingsverslag is hoofsaaklik om die vraag te beantwoord of daar omstandighede en/of gronde waar die ontslag van 'n werknemer voor of na die oordrag van 'n besigheid as lopende saak billik sal wees, bestaan.

### **1.5 International Labour Organization (ILO)<sup>23</sup>**

Die reg op billike arbeidspraktyke word internasionaal beskerm deur die konvensies van die *International Labour Organization* (hierna ILO). Hierdie konvensies is wesenlik belangrik vir die beskerming van die regte van werknemers deur voorsiening te maak vir die bevordering van individuele en kollektiewe werksomstandighede.<sup>24</sup> Die ILO konvensies is deur die Suid-Afrikaanse wetgewer geratifiseer.<sup>25</sup>

---

21 Sien paragraaf 4.3.2.

22 Sien paragraaf 4.3.3.

23 Alhoewel die ILO oplossings aan die Suid-Afrikaanse reg kan bied, kan dit, weens die omvang van die navorsingsverslag, nie in diepte bespreek word nie.

24 *NEHAWU v University of Cape Town* 2003 24 ILJ 95 (CC) 111A.

25 *NEHAWU v University of Cape Town* 2003 24 ILJ 95 (CC) 111A.

Ontslag is 'n onderwerp wat baie aandag geniet by die ILO. So, byvoorbeeld, bepaal *ILO Termination of Employment Recommendation 119*<sup>26</sup> dat 'n werknemer nie ontslaan mag word nie mits sodanige ontslag gebaseer is op 'n geldige rede wat verband hou met die werknemer se gedrag, bevoegdheid of bedryfsvereistes van die werkgewer.<sup>27</sup> Hierdie bepaling word weerspieël in die bewoording van artikel 188 van die 1995 WAV. Verdere instrumente van die ILO wat ook gemoeid is met die beskerming van die werknemer se regte by ontslag, is die *Termination of Employment at the Initiative of the Employer Convention 158* of 1982 en die *Termination of Employment at the Initiative of the Employer Recommendation 166* of 1982, welke instrumente spesifiek handel oor die beëindiging van dienskontrakte deur die werkgewer.<sup>28</sup>

## 1.6 Navorsingsmetodologie

Hierdie verhandeling berus hoofsaaklik op 'n literatuurstudie. Die regsvergelende metode word gebruik om die Suid-Afrikaanse reg met die Engelse reg te vergelyk. Die Engelse reg is gekies omdat die Suid-Afrikaanse reg en die Engelse reg nie veel van mekaar verskil nie en omdat die Suid-Afrikaanse howe in verband met sekere aspekte op die uitsprake van die Engelse howe steun. Alhoewel die statutêre bepalings se bewoording verskil, kom dit daarop neer dat beide hierdie regstelsels daarop gemik is om die werknemer te beskerm deur 'n verbod te plaas op ontslag wat direk verband hou met die oordrag van 'n besigheid. Beide hierdie regstelsels maak ook voorsiening vir uitsonderings waar bogenoemde ontslag billik sal wees.

Die Engelse reg maak egter in 'n breër mate voorsiening vir omstandighede waar ontslag tydens oordrag van besighede billik sal wees, wat moontlik 'n oplossing kan bied vir die Suid-Afrikaanse problematiek in hierdie verband.

---

26 *Termination of Employment Recommendation 119* of 1963.  
27 Stieber 1980 *Comparative Labor Law* 292,230.  
28 Smit 2005 *ILJ* 1855.

## 1.7 Raamwerk van die Navorsingsverslag

In hierdie navorsingsverslag word artikel 197 van die 1995 WAV en die toepassing daarvan by die oordrag van besighede in Hoofstuk 2 bespreek. 'n Uiteensetting van artikel 197 voor en na die 2002-wysiging asook die redes vir die wysiging, sal gegee word. Verder sal die konsep "oordrag van besigheid" tesame met al sy komponente, in hierdie hoofstuk bespreek word.

Ontslag tydens die oordrag van besighede in die Suid-Afrikaanse reg sal in Hoofstuk 3 bespreek word. Die gevalle waaronder 'n ontslag tydens die oordrag van 'n besigheid outomaties onbillik sal wees asook watter remedies in so geval tot 'n werknemer se beskikking is, sal aandag geniet. Aandag sal ook geskenk word aan die betekenis van "oordrag van besigheid". Daar sal vervolgens ook 'n bespreking verskaf word van die gronde vir 'n billike ontslag voor of na die oordrag van 'n besigheid.

Die oordrag van 'n besigheid in die Engelse reg word in Hoofstuk 4 bespreek. 'n Verduideliking van wat die oordrag van 'n besigheid behels, asook hoe dit die werknemers binne so 'n besigheid affekteer, sal gegee word.

Die ontslag van werknemers tydens die oordrag van 'n besigheid in die Engelse reg word in Hoofstuk 5 bespreek met verwysing na die onbillikheid van die ontslag van werknemers tydens die oordrag van 'n besigheid, die remedies tot hulle beskikking, asook die billikheid van ontslag onder hierdie omstandighede. Hoofstuk 6 bevat die finale samevatting en gevolgtrekking.

Enige verwysing in hierdie navorsingsverslag na die manlike geslag sal ook 'n verwysing wees na die vroulike geslag tensy die inhoud van die teks anders daarop dui. Insgelyks sal die verwysing na 'n enkel persoon ook 'n verwysing na veelvoudige persone behels tensy anders aangedui deur die inhoud van die teks.

## HOOFSTUK 2

### SUID-AFRIKAANSE REG EN ARTIKEL 197

#### 2.1 Agtergrond

Die oordrag van 'n lopende saak is 'n komplekse proses wat 'n invloed het op alle betrokke partye. 'n Besigheid kan as 'n lopende saak oorgedra word, of nie. Die partye betrokke by die oordrag is die vorige werkgewer, die nuwe werkgewer en die werknemers binne die besigheid. Die impak van die oordrag word grootliks deur die werknemers ervaar, aangesien die oordrag van 'n besigheid as lopende saak onsekerheid onder die werknemers tot gevolg het. Die onsekerheid behels dat die werknemers nie weet of hulle na die oordrag steeds 'n werk gaan hê nie, aangesien hulle oortollig mag word, omdat nie die vorige of die nuwe werkgewer vir hulle poste mag hê nie.<sup>29</sup> Hierdie onsekerheid is opgeklaar deur die aanneming van wetgewing wat die oordrag van 'n besigheid as lopende saak reguleer.

In hierdie hoofstuk gaan die gemenerereg by die oordrag van besighede tesame met die tekortkominge daarvan bespreek word. Die redes vir nuwe wetgewing<sup>30</sup> asook artikel 197 voor 2002 en na 2002 as antwoord op die gemeenregtelike probleem in beide solvente en insolvente gevalle, sal bespreek word.<sup>31</sup> Die begrip "oordrag van besighede" sal ook in komponente opgedeel word en elke komponent sal individueel bespreek word.<sup>32</sup>

---

29 Todd *Business Transfers* 10; Van Jaarsveld *Kompendium van Arbeidsreg* 5<sup>de</sup> uitg 195. Wanneer die besigheid verkoop of oorgedra word aan 'n ander persoon, kom die werknemers se dienskontrakte in gedrang aangesien sodanige dienskontrakte ingevolge die gemenerereg tot 'n einde sal kom.

30 Sien paragraaf 2.2.

31 Sien paragrawe 2.3, 2.4 en 2.6.

32 Sien paragraaf 2.6.

## 2.2 Gemenerereg

Onder die gemenerereg het die dienskontrakte tussen die vorige werkgewer en die werknemers tydens die oordrag van die besigheid as 'n lopende saak outomaties tot 'n einde gekom.<sup>33</sup> Sodra die werknemers se dienskontrakte beëindig is, moes hulle van nuuts af aansoek doen vir werk by die nuwe werkgewer.<sup>34</sup> Die vorige werkgewer en nuwe werkgewer kon egter ooreenkom dat die werknemers se dienskontrakte saam met die besigheid oorgedra word.<sup>35</sup> In sulke gevalle was die toestemming van die werknemer vereis voordat die nuwe werkgewer die werknemer se dienskontrak sou kon oorneem.<sup>36</sup> In die afwesigheid van die werknemer se toestemming, was sy dienskontrak nie aan die nuwe werkgewer gesedeer nie.

Die oordrag van 'n insolvente besigheid het onder die gemenerereg kontrakbreuk deur die vorige werkgewer tot gevolg gehad. Onder hierdie omstandighede het die werknemer net 'n eis vir kompensasie, weens die kontrakbreuk, teen die insolvente boedel gehad.<sup>37</sup>

Die afwesigheid van 'n ooreenkoms by die oordrag van die besigheid dat die werknemers se dienskontrakte saam met die besigheid oorgedra sou word, het die werknemers baie benadeel. Die nuwe werkgewer het die opsie gehad om nie die werknemers in diens te neem nie. Ingevolge die gemenerereg kon die vorige werkgewer nie sy werknemers verplig om onder 'n nuwe werkgewer te werk nie, want sessie van die dienskontrak kon slegs met die toestemming van die werknemer plaasvind.<sup>38</sup> Net soos wat die

---

33 Grogan *Workplace Law* 8<sup>th</sup> ed 244. Sien paragraaf 1.1.

34 Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 247; Du Toit *Labour Relations Law* 5<sup>th</sup> ed 447; Grogan *Dismissal* 409; Todd *Business Transfers* 10.

35 Olivier *Statutory Employment Relations* 5-359.

36 Thompson *Labour-Management Relations* 43.

37 Olivier *Statutory Employment Relations* 5-359.

38 Grogan *Dismissal* 409; Du Toit *Labour Relations Law* 447; *Foodgro (A division of Leisurenet Ltd) v Keil* 1999 9 BLLR 875 (LAC) 876; Todd *Business Transfers* 10. Die keuse van die werkgewer of hy die werknemers in diens wou neem, het afgehang van sy of haar eie kommersiële belange. Sou die werknemers vir die besigheid waardevol wees, kon hulle verwag het dat hulle wel weer deur die nuwe werkgewer indiens geneem sou word.

nuwe werkgewer 'n keuse tot indiensneming gehad het, net so het die werknemers ook die vrye keuse gehad of hulle onder die nuwe werkgewer wou werk of nie.<sup>39</sup>

In die saak *Nokes v Doncaster*<sup>40</sup> het die hof aangetoon dat 'n werknemer verplig is om sy dienste persoonlik te lewer. Verder het die hof ook klem gelê op die belangrikheid van sodanige werknemer se kontraktuele vryheid. Hierdie vryheid het behels dat die werknemer net soveel reg as die werkgewer het om te kies met wie hy in 'n kontraktuele verhouding wil tree. Die hof het die benadering gevolg dat die dienskontrak 'n diensverhouding tussen die werkgewer en die werknemer tot stand bring. Hierdie diensverhouding mag nie eensydiglik regsgeldig gewysig of beëindig word nie. Sou die werknemer onregmatig ontslaan word, sou hy bloot op 'n eis vir skadevergoeding as remedie kon steun.<sup>41</sup>

Kritiek is teen die gemenereg uitgespreek. Die gemenereg het geen balans tussen die belange van die werkgewers en werknemers tydens die oordrag van 'n besigheid gehandhaaf nie.<sup>42</sup> Die gemenereg het ook geen beperking geplaas op die werkgewer se mag om 'n werknemer af te dank nie, hetsy met of sonder rede.<sup>43</sup> Verder het die beginsel in *Nokes v Doncaster*<sup>44</sup> soos hierbo genoem en soos in die gemenereg toegepas, geen verligting gebied aan werknemers wat ontevrede was met hulle nuwe werkgewer of met hulle nuwe werksomstandighede nie. Nodeloos om te sê, het hierdie beginsel geensins bygedra tot die welstand van werknemers binne die Suid-Afrikaanse Arbeidsreg nie.

---

39 Rycroft *South African Labour Law* 181. Die nuwe werkgewer mag moontlik deur 'n ooreenkoms tussen die verkoper, die werknemers of 'n vakbond verplig word om nuwe kontrakte met die werknemers te sluit, andersins het die nuwe werkgewer én die werknemers 'n vrye keuse. Todd *Business Transfers* 6; *Nokes v Doncaster Amalgamated Collieries Ltd* 1940 3 All ER 556. Die hof het aangedui dat die reg om te kies wie jou werkgewer is en wie nie, die hoofverskil tussen 'n "servant" en 'n "serf" is.

40 *Nokes v Doncaster Amalgamated Collieries Ltd* 1940 3 All ER 552,556.

41 Todd *Business Transfers* 6.

42 Bosch 2004 ILJ 939.

43 Smit 2005 ILJ 1855.

44 *Nokes v Doncaster Amalgamated Collieries Ltd* 1940 3 All ER 549.

### 2.3 *Wet op Arbeidsverhoudinge 28 van 1956*

Wetgewing is aangeneem om die gebreke in die beskerming van 'n werknemer se regte, soos deur die gemenereg veroorsaak, te herstel. Die eerste vorm van wetgewing wat aangeneem is, was die 1956 WAV. Hierdie Wet het gepoog om beskerming aan werknemers te verleen deur 'n verbod te plaas op onbillike arbeidspraktyke. Die begrip “onbillike ontslag” was vervat in die definisie van “onbillike arbeidspraktyk”. Die 1956 WAV het onder andere samesprekings met die werknemers rakende die maontlike oordrag van 'n besigheid vereis. Om regsekerheid te bevorder, is die 1956 WAV deur die 1995 WAV vervang.<sup>45</sup>

### 2.4 *Artikel 197 voor die 2002 wysiging*

Om die probleem van onsekerheid en gebrekkige sekuriteit van die werknemer op te los, het die wetgewer artikel 197 van die 1995 WAV<sup>46</sup> gepromulgeer. Hierdie artikel het ten doel om die regte van werknemers te beskerm deurdat dit die kontinuïteit van die werknemers se dienskontrakte onder bepaalde omstandighede verseker.<sup>47</sup> Hierdie artikel poog ook om werknemers van die gemeenregtelike beperking op die oordrag van hulle dienskontrakte sonder hulle toestemming te bevry.<sup>48</sup> Artikel 197(1) bepaal dat 'n werknemer se dienskontrak oorgedra kan word vanaf 'n vorige werkgever na 'n nuwe werkgever sonder die werknemer se toestemming in gevalle waar die besigheid in geheel of 'n gedeelte van 'n besigheid oorgedra word as lopende saak.<sup>49</sup>

---

45 Grogan *Dismissal* 409,410; Olivier *Statutory Employment Relations* 5-359,5-360.

46 A 197 *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

47 Van Jaarsveld *Kompendium van Arbeidsreg* 5<sup>de</sup> uitg 195; Anon 2002 *Employment Law* 9.

48 Grogan *Workplace Law* 8<sup>th</sup> ed 245.

49 Thompson *Labour-Management Relations* 43; Du Toit *Labour Relations Law* 448. Drie elemente moet dus eers betrokke wees voordat artikel 197(1) van toepassing sal wees, naamlik: die transaksie moes neergekom het op 'n "oordrag van besigheid"; dit moes die besigheid in geheel of slegs 'n deel van die besigheid gewees het wat oorgedra is, en laastens moes die besigheid oorgedra gewees het as 'n lopende saak.

By die oordrag van 'n solvente besigheid as lopende saak sal alle regte en verpligtinge van die werknemer van krag en afdwingbaar wees teenoor die nuwe werkgever asof die dienskontrak aanvanklik tussen die werknemer en die nuwe werkgever gesluit is.<sup>50</sup> Hierdie oordrag van die werknemer se regte en verpligtinge word gereguleer in terme van artikel 197(2)(b).<sup>51</sup> As die regte van 'n werknemer oorgaan op die nuwe werkgever, sal die reg om nie aan onbillike arbeidspraktyke onderwerp te word nie, en die reg om nie onbillik ontslaan te word nie ingevolge artikel 185<sup>52</sup> van die 1995 WAV, ook saam met die werknemer oorgaan.<sup>53</sup>

Die situasie verskil egter by die oordrag van 'n insolvente besigheid. Wanneer 'n insolvente besigheid oorgedra word, sal alle regte en verpligtinge van die werknemers in terme van artikel 197A(2)(b) nie oorgaan op die nuwe werkgever nie. Die regte bly steeds afdwingbaar teen die vorige werkgever.<sup>54</sup> Die partye kan egter in beide hierdie gevalle anders ooreenkom.<sup>55</sup>

Die betekenis en effek van artikel 197 van die 1995 WAV was dubbelsinnig en het tot teenstrydige uitsprake in die howe gelei. In sake soos *Schutte v Powerplus Performance*<sup>56</sup> en *Foodgro v Keil*,<sup>57</sup> was die howe van mening dat artikel 197 voorsien het vir die outomatiese oordrag van dienskontrakte by die oordrag van 'n lopende besigheid. In *NEHAWU v University of Cape Town*<sup>58</sup> het die hof nie dieselfde mening gehuldig nie. Soos dit blyk uit die Arbeids- en Arbeidsappèlhof-uitsprake in hierdie saak, het artikel 197 niks aan die gemeenregtelike kontraktuele posisie verander nie. Die nuwe

---

50 Grogan *Workplace Law* 8<sup>th</sup> ed 245; Anon 2002 *Employment Law* 9.

51 A 197(2)(b) *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

52 A 185 *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

53 Thompson *Labour-Management Relations* 43; Todd *Business Transfers* 20; Grogan *Dismissal* 415; Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 250-251.

54 Grogan *Dismissal* 418; Todd *Business Transfers* 128-129; Olivier *Statutory Employment Relations* 5-360.

55 Grogan *Workplace Law* 8<sup>th</sup> ed 245; Olivier *Statutory Employment Relations* 5-360.

56 *Schutte v Powerplus Performance (Pty) Ltd* 1999 20 ILJ 655 (LC) soos bespreek in Todd *Business Transfers* 14.

57 *Foodgro Ltd v Keil* 1999 9 BLLR 875 (LAC) soos bespreek in Todd *Business Transfers* 14.

58 *NEHAWU v University of Cape Town* 2000 21 ILJ 1618 (LC); *NEHAWU v University of Cape Town* 2002 4 BLLR 311 (LAC). Sien ook paragraaf 2.4.

werkgewer was onder geen verpligting om die werknemers oor te neem nie, tensy die onderskeie werkgewers anders ooreengekom het.<sup>59</sup> Die saak is na die Konstitusionele Hof verwys, waar die hof beslis het dat die Arbeidshof en Arbeidsappèlhof verkeerd is, en dat artikel 197 van die 1995 WAV inderdaad voorsiening maak vir die outomatiese oordrag van dienskontrakte by die oordrag van 'n lopende besigheid.<sup>60</sup>

In die saak het die applikant aansoek gedoen om 'n bevel wat moes verklaar dat die dienskontrakte van die werknemers outomaties oorgegaan het, aangesien die verkoper 'n deel van sy besigheid aan die eerste respondent verkoop het. Die Arbeidshof<sup>61</sup> het beslis dat, alhoewel dit van mening is dat die dienskontrakte van werknemers outomaties oorgaan slegs wanneer die nuwe en vorige werkgewer as sodanig ooreengekom het, die hof gebonde is aan die uitspraak in *Foodgro Ltd v Keil*.<sup>62</sup> Die Arbeidsappèlhof het in laasgenoemde saak beslis dat die oordrag van 'n besigheid nie die kontinuïteit van die werknemer se dienskontrak sal onderbreek nie, ongeag wat die werkgewers besluit.

In *NEHAWU v University of Cape Town*<sup>63</sup> moes die Konstitusionele Hof besluit of die interpretasie van artikel 197 voor die 2002-wysiging inbreuk maak op die werknemers se reg op billike arbeidspraktyke. Voor die beslissing in bogenoemde saak was die reël dat die werknemers se dienskontrakte outomaties oorgedra is na die nuwe werkgewer by die oordrag van 'n besigheid as lopende saak. Dit het nie saak gemaak wat die werkgewers onderling besluit het nie.<sup>64</sup>

Die Konstitusionele Hof het in die *University of Cape Town*-saak<sup>65</sup> gemeld dat die meerderheidsuitspraak in die Arbeidshof<sup>66</sup> behels het dat artikel 197

---

59 Todd *Business Transfers* 14.

60 Todd *Business Transfers* 14.

61 *NEHAWU v University of Cape Town* 2000 21 ILJ 1618 (LC) 1628(23).

62 *Foodgro Ltd v Keil* 1999 9 BLLR 875 (LAC) 883(25).

63 *NEHAWU v University of Cape Town & Others* 2003 24 ILJ 95 (CC).

64 Stelzner *Workplace Change* 108.

65 *NEHAWU v University of Cape Town & Others* 2003 24 ILJ 95 (CC) 96G-97A.

66 *NEHAWU v University of Cape Town* 2000 21 ILJ 1618 (LC) 1628(23).

nie voorsiening gemaak het vir die outomatiese oordrag van die werknemers se dienskontrakte nie, aangesien die dienskontrakte eers sou oorgaan sonder die werknemer se toestemming wanneer die werkgevers sodanig ooreengekom het. Dus het dit wel inbreuk gemaak op die werknemers se reg op billike arbeidspraktyke.<sup>67</sup> Die Arbeidsappèlhof het die Arbeidshof se beslissing ondersteun en derhalwe die appèl afgewys.<sup>68</sup>

Die Konstitusionele Hof het in bogenoemde saak beslis dat die gewysigde artikel 197 ander woorde gebruik as die voormalige artikel 197, maar dat dit in essensie dieselfde bepaal, te wete dat die nuwe werkgever outomaties in die plek van die vorige werkgever oorgaan.<sup>69</sup> Volgens die Hof het artikel 197 ten doel om die oordrag van besighede te fasiliteer en terselfdertyd beskerming aan die werknemers binne daardie besigheid te verleen. Sodoende word 'n goeie balans tussen die beskerming van die regte van die werknemers en die fasilitering van die oordrag van besighede gehandhaaf. Hierdie balans stem dan ook ooreen met die oogmerke van die reg op billike arbeidspraktyke. Die appèl word dus gehandhaaf.<sup>70</sup>

Voordat die Konstitusionele Hof egter sy finale uitspraak gelewer het, het die wetgewer reeds die wysigings aan die voormalige artikel 197 aangebring.<sup>71</sup>

## **2.5 Artikel 197 na die 2002 wysiging**

Artikel 197 is gewysig deur die 2002 Wysigingswet.<sup>72</sup> Hierdie wysiging is aangebring weens die dubbelsinnige uitleg van artikel 197 wat tot verskeie probleme in interpretasie in die praktyk gelei het.<sup>73</sup>

---

67 Stelzner *Workplace Change* 108.

68 *NEHAWU v University of Cape Town* 2002 4 *BLLR* 311 (LAC) 311-312.

69 *NEHAWU v University of Cape Town* 2003 24 *ILJ* 95 (CC) 123A.

70 *NEHAWU v University of Cape Town* 2003 24 *ILJ* 95 (CC) 124F.

71 Todd *Business Transfers* 22. Sien ook paragraaf 2.4.

72 *Wysigingswet op Arbeidsverhoudinge* 12 van 2002.

73 Van Jaarsveld *Kompendium van Arbeidsreg* 195; Wallis 2000 *ILJ* 3.

Die gewysigde artikel 197 bepaal dat wanneer 'n besigheid oorgedra word van een werkgewer na 'n ander terwyl die besigheid 'n lopende saak is, in die afwesigheid van 'n ooreenkoms tot die teendeel, vervang die nuwe werkgewer outomaties die vorige werkgewer en sal die werknemers se dienskontrakte tesame met al hulle regte en verpligtinge outomaties oorgedra word.<sup>74</sup>

Die feit dat die vorige werkgewer outomaties deur die nuwe werkgewer vervang word, hou vier gevolge vir die betrokke partye in:<sup>75</sup>

- Alle regte en verpligtinge wat tussen die vorige werkgewer en die werknemer bestaan het, bly voortbestaan asof die regte en verpligtinge aanvanklik tussen die nuwe werkgewer en die werknemer ontstaan het.
- Enigiets wat deur die vorige werkgewer gedoen is, of wat verband hou met die vorige werkgewer voor die oordrag, insluitende die ontslag van 'n werknemer, of die pleeg van enige onbillike arbeidspraktyk, word geag gedoen gewees deur of hou verband met die nuwe werkgewer.<sup>76</sup>
- Die werknemer se dienstermyn word nie onderbreek nie.
- Die dienskontrakte wat oorgedra is, gaan voort asof dit aanvanklik tussen die nuwe werkgewer en die werknemer gesluit is.

Bogenoemde gevolge kan egter vermy word as die vorige werkgewer en nuwe werkgewer tot die teendeel met die werknemers ooreenkom.<sup>77</sup> Die formulering van die gewysigde artikel 197 verwyder van die dubbelsinnigheid en onsekerheid, deurdat die nuwe werkgewer die

---

74 Thompson *Restructuring and Retrenchment* 25-26; Stelzner *Workplace Change* 108; Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 248; Du Toit *Labour Relations Law* 452-453; Anon 2002 *Employment Law* 9. 'n Besigheid kan nie oorgedra word sonder die werknemers waaruit daardie besigheid bestaan nie. Die werkgewers het in hierdie omstandighede geen sê in die saak nie. Le Roux 2002 *Contemporary Labour Law* 62. Die doel van die wysiging van artikel 197 is om die werknemer in dieselfde posisie te plaas as waarin hy of sy *vis-à-vis* die vorige werkgewer was.

75 Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 250-251; Grogan *Dismissal* 415-417; Le Roux 2002 *Contemporary Labour Law* 62.

76 Le Roux 2002 *Contemporary Labour Law* 64. Wanneer die vorige werkgewer 'n werknemer ontslaan voor die oordrag van die besigheid, sal die werknemer na die oordrag geag word ontslaan te gewees het deur die nuwe werkgewer.

77 Olivier *Statutory Employment Relations* 5-362.

werknemers saam met die besigheid moet oorneem.<sup>78</sup> Die woorde "anders ooreengekom" wat in artikel 197(2)<sup>79</sup> voorkom, impliseer dat die partye kan besluit dat die nuwe werkgever nie die werknemers sal oorneem nie.<sup>80</sup> Ingevolge artikel 197(6)<sup>81</sup> moet sodanige ooreenkoms skriftelik wees, en dit moet gesluit word tussen die vorige werkgever, nuwe werkgever en die konsulerende party in artikel 189(1) genoem.

### 2.5.1 Sessie

'n Werkgever mag nie sy regte aan 'n ander seeder sonder die toestemming van sy werknemers nie. Met die werknemers se toestemming sal al die werkgever se verpligtinge saam met sy regte na die nuwe werkgever oorgaan. Bosch stel dit soos volg:<sup>82</sup>

In terms of the Common Law one may not cede rights that are so personal in their character that it can make any reasonable or substantial difference to the other party whether the cedent or the cessionary is entitled to enforce them.

In die saak *Schutte v Powerplus Performance*<sup>83</sup> het die hof beslis dat, in die afwesigheid van wetgewing, die werkgever verskeie aanspreeklikhede oploop met betrekking tot kompensasie en skeidingspakkette in gevalle van die oordrag van besighede. Die blote sessie van 'n werkgever se regte en verpligtinge aan 'n nuwe werkgever is dus nie voldoende nie. Vir sessie om geldig te wees, moet dit gepaard gaan met delegasie.<sup>84</sup>

In die betrokke saak het die werkgever gepoog om die toestemming van die werknemers te ontduik deur hulle te ontslaan voordat die besigheid oorgedra word. Dit het die werknemers gestrand gelaat en hulle verplig om aansoek te doen vir werk by die nuwe werkgever, in welke gevalle die

---

78 Grogan *Workplace Law* 8<sup>th</sup> ed 252.

79 A 197(2) *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

80 Grogan *Workplace Law* 8<sup>th</sup> ed 252.

81 A 197(6) *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

82 Bosch 2004 *ILJ* 925; Smit 2005 *ILJ* 1858.

83 *Schutte v Powerplus Performance (Pty) Ltd* 1999 20 *ILJ* 655 (LC) 663G-663H.

84 Sien paragraaf 2.6.3 vir 'n volledige bespreking van *Schutte v Powerplus Performance (Pty) Ltd* 1999 20 *ILJ* 655 (LC).

omstandighede onder die nuwe werkgewer moontlik minder gunstig kon wees.<sup>85</sup>

### **2.5.2    *Werknemers se keuse***

Werknemers het die keuse of hulle dienskontrakte na die nuwe besigheid oorgedra moet word of nie. Wanneer werknemers nie vir die nuwe werknemer wil werk nie, kan hulle hulle dienskontrakte eensydig of by wyse van ooreenkoms beëindig. Wanneer die dienskontrak by wyse van ooreenkoms beëindig word, sal die ooreenkoms bepaal wat die volgende stap sal wees. Ingevolge die ooreenkoms kan die werkgewer aan die werknemer alternatiewe werk aanbied of 'n skeidingspakket betaal. Wanneer die werknemer die dienskontrak eensydig beëindig, kan dit beskou word as bedanking en sal die werknemer nie geregtig wees op 'n skeidingspakket nie.<sup>86</sup>

### **2.6    Doel van artikel 197**

Die doel van die nuwe artikel 197 is redelik omvangryk. Eerstens verseker dit werksvoortsetting vir die werknemer, in teenstelling met die onsekerheid of die werknemer na die oordrag steeds 'n werk sou hê of nie.<sup>87</sup> Dit verseker ook dat die werknemer sy diensbyvoordele soos siekteverlof en

---

85    Bosch 2004 *ILJ* 925-926. Die afdanking van die werknemers het baie tyd en geld gemors. Behalwe vir die feit dat die werknemers geen sekerheid gehad het of hulle deur die nuwe werkgewer in diens geneem sou word nie, het hulle geen erkenning ontvang vir die tydperk wat hulle onder die ou werkgewer gewerk het nie. Die hof het al op vorige geleenthede aanbeveel dat werknemers se kontrakte geag moet word oorgegaan het op die nuwe werkgewer, en dat laasgenoemde verplig was om die werknemers aan te neem sonder om te diskrimineer. Hierdie aanbeveling was egter nooit afgedwing nie.

86    Olivier *Statutory Employment Relations* 5-368.

87    Thompson *Restructuring and Retrenchment* 25,26,73; Stelzner *Workplace Change* 109.

uittreelone behou.<sup>88</sup> Artikel 197 verseker die werknemer dus van 'n mate van sekerheid en sekuriteit in die werkplek.<sup>89</sup>

Die bepaling van artikel 197 hou ook voordeel in vir werkgewers. Gemeenregtelik mag een werkgewer nie deur 'n ander vervang word sonder die toestemming van die werknemer nie. In daardie gevalle sou die werkgewer werknemers moes verminder en uittreelone betaal. Sedert die inwerkingtreding van die gewysigde artikel 197 hoef die werkgewer nie meer sy werknemers te verminder nie en hoef hy nie vir toestemming van die werknemers te wag nie.<sup>90</sup> Laastens help dit met die voordelige aankoop van die besigheid, want dit stel die koper in staat om die besigheid sowel as die werknemers en ander bates oor te neem.<sup>91</sup>

## 2.7 Begrippe in die konteks van Artikel 197

In artikel 197 is daar drie begrippe wat van belang is, naamlik: "oordrag", "besigheid" en "lopende saak". Die hof het in *Douglas v Gauteng MEC for Health*<sup>92</sup> beslis dat die toepassing van artikel 197 geaktiveer word wanneer bogenoemde drie elemente teenwoordig is. Dit wil sê dat, sou daar 'n oordrag plaasvind van die vorige werkgewer na 'n nuwe werkgewer, en dit wat oorgedra is 'n besigheid of entiteit in sy geheel is of 'n gedeelte van 'n besigheid is, welke besigheid sy identiteit behou en as lopende saak oorgedra word, sal sodanige entiteit vir doeleindes van artikel 197 as oorgedra beskou word.

---

88 Thompson *Restructuring and Retrenchment* 27; Driver 2000 *ILJ* 13. Die beskerming van die werknemer se werksvoortsetting veroorsaak hoë spanning tussen kommersiële belang en sosiale beleid.

89 Grogan *Dismissal* 212-213; Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 151; Driver 2000 *ILJ* 13. Hierdie artikel word beskou as die antwoord op die "Common Law-loop-hole" wat toegelaat het dat 'n werknemer ontslaan geword het by die oordrag van 'n besigheid. Hierdie artikel poog om die posisie van werknemers gelyk te stel aan die posisie van aandeelhouers – aandeelhouers word grootliks nie beïnvloed deur die oordrag van 'n besigheid nie.

90 Thompson *Restructuring and Retrenchment* 26.

91 Stelzner *Workplace Change* 109; Thompson *Restructuring and Retrenchment* 60; Bosch 2004 *ILJ* 926.

92 *Douglas v Gauteng MEC for Health* 2008 5 *BLLR* 401 (LC) 407.

### 2.7.1 "Oordrag"

In sy eenvoudigste vorm beteken oordrag die fisiese wegneem van iets van een persoon en die oorhandiging daarvan aan 'n ander.<sup>93</sup> Die oordrag van 'n besigheid behels die oordrag van:

...an economic entity, consisting of an organised grouping of resources that has the object of performing an economic activity.<sup>94</sup>

Die term "oordrag" word egter nie beperk tot die oordrag van die besigheid nie, maar dit kan ook beteken 'n samesmelting, oornome of herstrukturering van 'n besigheid.<sup>95</sup> Dit is ook nie net die besigheid *per se* wat oorgedra word nie, maar ook alle roerende en onroerende bates wat deel uitgemaak het van die besigheid onder die vorige eienaar. Al wat vereis word, is dat die "oordrag" die gevolg het dat 'n besigheid as lopende saak oorgedra word van een persoon na 'n ander.<sup>96</sup>

### 2.7.2 "Besigheid"

Artikel 197 is van toepassing by die oordrag van 'n besigheid in geheel of oordrag van enige gedeelte van die besigheid.<sup>97</sup> Die term "besigheid" sluit in enige vorm van aktiwiteit waarby werkgewers betrokke is, hetsy om wins te maak of om enige ander rede.<sup>98</sup> In *Douglas v Gauteng MEC for*

---

93 Bosch 2004 *ILJ* 928. Bosch is van mening dat as die Oxford-definisie vir '*transfer*' gebruik word ("to convey or take from one place, person etc. to another; to transmit, transport; to give or hand over from one to another") daar geen rede sal bestaan waarom die situasies waaronder artikel 197 van toepassing sal wees, beperk moet word nie – al wat vereis word is dat 'n entiteit van een persoon na 'n ander oorgedra word.

94 Anon 2000 *Employment Law* 15.

95 Todd *Business Transfers* 25.

96 Olivier and Smit 1999 *De Rebus* 83. "Oordrag" kan ook plaasvind in die vorm van 'n uitruil van bates of die maak van 'n skenking. Du Toit *Labour Relations Law* 448; Todd *Business Transfers* 25. Al wat vereis word, is dat die "oordrag" die gevolg het dat 'n besigheid as lopende saak oorgedra word vanaf een persoon na 'n ander.

97 Bosch 2004 *ILJ* 931.

98 Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 248. Sodanige aktiwiteit kan in beide die privaat of openbare sektore plaasvind. Todd *Business Transfers* 24-25; Du Toit *Labour Relations Law* 448. Artikel 197 sal ook van toepassing wees wanneer 'n vennoot die vennootskap verlaat. Die vraag of enige transaksie lei tot die oordrag van 'n "besigheid", moet objektief beskou word in die lig

*Health*,<sup>99</sup> het die hof beslis dat die definisie van 'n besigheid wat lui "*whole or any part of any business, trade, undertaking or service*", wyd genoeg is om enige aktiwiteit waarby werknemers betrokke is, in te sluit, hetsy vir winsdoeleindes of nie, en hetsy in die openbare of privaatsektor.

'n Besigheid kan dus in geheel of slegs gedeeltelik oorgedra word. By die oordrag van 'n lopende saak is dit maklik om vas te stel of dit wat oorgedra is 'n besigheid in geheel is al dan nie. Dit is egter moeiliker om 'n oordrag te identifiseer wanneer slegs 'n deel van 'n besigheid oorgedra word.<sup>100</sup>

Die Suid-Afrikaanse howe het hulle laat lei deur die Europese en Britse howe. Die Europese en Britse howe het 'n toets neergelê om bogenoemde probleem op te los. In die saak *Spijkers v Gebroeders Benedik Abattoir v Alfred Benedik en Zonen*<sup>101</sup> het die Europese howe die toets soos volg verduidelik:

The decisive criterion is whether the business in question retains its identity. Consequently a transfer of an undertaking, business or part of a business does not occur merely because its assets are disposed of. Instead, it is necessary to consider whether the business was disposed of as a going concern, as would be indicated, inter alia by the fact that its operation was actually continued or resumed by the new employer, with the similar activities.

Daar word vereis dat die entiteit as besigheid moet funksioneer. Hierdie vereiste word gestel weens verskeie redes. In die eerste plek sal artikel 197 nie van toepassing wees as die entiteit nie as 'n "besigheid" geklassifiseer kan word nie.<sup>102</sup> Die klassifikasie van 'n entiteit as 'n

---

van die unieke feite van elke saak. Indien dit onduidelik is of 'n bepaalde situasie deur artikel 197 gereguleer word, kan die Arbeidshof vereis dat alle inligting wat verband hou met die regte van die werknemers, beskikbaar gestel word.

99 *Thompson Restructuring and Retrenchment* 60; *Douglas v Gauteng MEC for Health* 2008 5 BLLR 401 (LC) 408A.

100 *Bosch* 2004 ILJ 931; *Le Roux* 2002 *Contemporary Labour Law* 62. Wanneer slegs 'n gedeelte van 'n besigheid oorgedra word, is dit soms moeilik om vas te stel watter werknemers met daardie deel van die besigheid geassosieer kan word.

101 *Spijkers v Gebroeders Benedik Abattoir v Alfred Benedik en Zonen* 1986 2 CMLR 296 soos aangehaal uit *Du Toit Labour Relations Law* 449,450.

102 *Bosch* 2004 ILJ 931. In *Kgethe & others v LMK Manufacturing (Pty) Ltd* 1997 10 BLLR 1303 (LC) het die hof beslis dat die oordrag van 'n aantal van die werkgewer se bates kom nie neer op die oordrag van 'n besigheid as lopende

besigheid vir die doeleindes van artikel 197 sal afhang van die feite van elke saak.<sup>103</sup> Tweedens is dit van belang sodat vasgestel kan word watter werknemers by die entiteit/besigheid betrokke is en wie waarskynlik deur die oordrag geaffekteer sal word. Laastens speel dit 'n kardinale rol in die vasstelling of die entiteit oorgedra is as lopende saak.<sup>104</sup>

Die oordrag van 'n besigheid in geheel beteken die besigheid word in sy totaliteit van een werkgewer aan 'n ander oorgedra. Die oordrag van 'n gedeelte van 'n besigheid behels die oordrag van 'n spesifieke aktiwiteit, funksie of diens wat daardie besigheid verrig.<sup>105</sup> Sou hierdie aktiwiteit of diens oorgaan op 'n ander werkgewer deurdat daardie werkgewer die verantwoordelikheid dra vir die lewering van sodanige diens, sal 'n deel van die besigheid geag word oorgedra te wees.<sup>106</sup> Die oordrag van 'n gedeelte van 'n besigheid, oftewel diens, kan onder andere plaasvind by wyse van uitkontraktering.<sup>107</sup>

#### 2.7.2.1 "Uitkontraktering" en "oordrag van besigheid"

Daar bestaan onsekerheid of uitkontraktering ("*outsourcing*") neerkom op 'n oordrag van besigheid. Voordat hierdie probleem opgelos kan word, moet daar 'n onderskeid getref word tussen uitkontraktering en die oordrag van 'n besigheid. Terwyl die oordrag van 'n besigheid bestaan uit 'n koop-en-verkooptransaksie, behels uitkontraktering die wen van 'n tender deur onafhanklike kontrakteurs.<sup>108</sup>

---

saak nie, want dit wat oorgedra word, val nie binne die definisie van 'n besigheid nie. *Driver* 2000 *ILJ* 10; *Bosch* 2004 *ILJ* 1866; *Grogan Dismissal* 410.

103 *Todd Business Transfers* 33.

104 *Todd Business Transfers* 32.

105 *Du Toit Labour Relations Law* 450.

106 *Grogan Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 250; *Du Toit Labour Relations Law* 450.

107 *Du Toit Labour Relations Law* 450.

108 *Grogan Dismissal* 411; *Todd Business Transfers* 25. Uitkontraktering vind plaas wanneer 'n werkgewer 'n kontrak sluit met 'n diensverskaffer om 'n sekere deel van die besigheid se funksie te behartig. Hierdie funksies kan kern- of nie-kernaktiwiteite wees. Wanneer die deel van die besigheid oorgedra word, moet die werknemers ook oorgaan na die diensverskaffer.

By uitkontraktering word bepaalde dienste binne 'n vaste termyn afgehandel en die kontrakteurs word daarvoor vergoed. By die oordrag van 'n besigheid skuif die entiteit oor na iemand anders op 'n permanente basis. Met uitkontraktering behou die eienaar egter die opsie om weer self die bepaalde dienste oor te neem. Wanneer dienste uitgekonnekteer word, bly die kontrakteur in beheer van die dienste wat gelewer word, terwyl alle beheer en verantwoordelikhede oorgaan op die ander persoon wanneer die besigheid oorgedra word.<sup>109</sup>

Daar was twee belangrike hofsake waarin die vraag of uitkontraktering neerkom op 'n oordrag van besigheid, beslis moes word. Die eerste saak is *NEHAWU v University of Cape Town*.<sup>110</sup> In hierdie saak het die Universiteit van Kaapstad besluit om kontrakte met 'n aantal besighede te sluit in terme waarvan hierdie besighede die Universiteit se tuin- en skoonmaakdienste sou behartig. As gevolg van hierdie besluit het baie werknemers hulle werk verloor. Die universiteit het die werknemers die opsie gegee om of by die universiteit aan te bly en 'n ander pos te beklee, of om aansoek te doen vir werk by die kontrakteurs.<sup>111</sup>

Die vakbond het geargumenteer dat die werknemers se kontrakte outomaties oorgegaan het op die kontrakteurs, maar Mlambo R het anders beslis. Hy het beslis dat, by die oordrag van 'n besigheid, die vorige werkgewer alle beheer en verantwoordelikhede oordra, maar dat dit nie

---

109 Bosch 2004 *ILJ* 929. Die oordrag van beheer kan beskou word as bevestiging dat die besigheid aan die nuwe werkgewer oorgedra is. Anon 2005 *Employment Law* 11. Die uitkontrakteur het dus die keuse om die kontrak te hernu, dit nie te hernu nie, die werk weer self oor te neem of om 'n nuwe kontrakteur te kry.

110 *NEHAWU v University of Cape Town* 2000 21 *ILJ* 1618 (LC); Todd *Business Transfers* 25-26. Die hof het beslis dat artikel 197 van toepassing sal wees op situasies van uitkontraktering vir solank die uitkontraktering permanent is en die vorige werkgewer afstand doen van alle beheer wat hy oor die spesifieke deel van die besigheid gehad het. Verder word die volkome oordrag van eienaarskap ook vereis voordat artikel 197 van toepassing sal wees. Die doel van hierdie vereistes was om meeste uitkontraktering transaksies buite artikel 197 se toepassing te plaas, juis omdat bogenoemde vereistes selde sal voorkom. Hierdie beslissing behoort nie water te dra nie, want as uitkontraktering buite artikel 197 se toepassing geplaas word, sal die werknemers net so weerloos wees soos in normale oordrag-omstandighede.

111 Grogan *Dismissal* 413-414; Thompson *Labour-Management Relations* 44.

hier die geval was nie. Die feit dat die universiteit steeds 'n mate van beheer behou het en dat die uitkontraktering slegs tydelik was, het daartoe gelei dat die uitkontraktering nie neerkom op die oordrag van die dienste nie.<sup>112</sup> Chaskalson R en die Konstitusionele Hof het in hierdie saak beslis dat daar wel gevalle sal wees waar uitkontraktering sal neerkom op 'n oordrag as lopende saak. Dit sal wees in gevalle waar dit wat oorgedra is, steeds dieselfde bly maar net van hande verander.<sup>113</sup>

Van Jaarsveld<sup>114</sup> is egter van mening dat uitkontraktering nie onder die oordrag van 'n besigheid in terme van artikel 197 val nie, want in die eerste plek word 'n instansie se besigheid by uitkontraktering nie as lopende saak oorgedra nie, omdat die dienste nie 'n entiteit is wat onafhanklik kan bestaan nie. Tweedens is die uitkontrakteringstermyn slegs tydelik en die persoon wat uitkontrakteer, bly steeds in beheer deurdat hy beheer behou en 'n maandelikse fooi betaal. Laastens, as artikel 197 nie van toepassing is nie, is die werknemers geregtig op skeidingspakkette en billike afleggingsprosesse.

Die ander saak was *SA Municipal Workers Union v Rand Airport Management CO (Pty) Ltd*.<sup>115</sup> Rand Airport het sekere probleme ondervind en besluit om hulle sekuriteit en tuindienste uit te kontrakteer. Hierdie afdelings was nie-kernfunksies van die besigheid, aangesien die besigheid se hoofdoel die voorsiening van lugvervoer was. Die werkgewer het beweer dat die uitkontraktering plaasgevind het in terme van artikel 197. Hulle het besluit om die werknemers wat binne hierdie afdelings gewerk het, af te dank en het aanbeveel dat hulle aansoek doen vir werk by die nuwe diensverskaffers. Die werknemers se vakbond het by die Arbeidshof

---

112 Grogan *Dismissal* 414; Thompson *Labour-Management Relations* 44; *NEHAWU v University of Cape Town* 2000 21 ILJ 1618 (LC) 1632F-1632J.

113 Olivier *Statutory Employment Relations* 5-372; *Schatz v Elliot International (Pty) Ltd* (JS 562/06; February 2008); Thompson *Restructuring and Retrenchment* 69.

114 Van Jaarsveld *Kompendium van Arbeidsreg* 197. Van Jaarsveld neem egter nie die beslissing van die Konstitusionele Hof in *NEHAWU v University of Cape Town* 2003 24 ILJ 95 (CC) in ag nie.

115 *SA Municipal Workers Union & Others v Rand Airport Management CO (Pty) Ltd* 2002 23 ILJ 2304 (LC).

aansoek gedoen om 'n verklarende bevel dat die uitkontraktering neerkom op 'n oordrag van besigheid in terme van artikel 197 en dat die werknemers se dienskontrakte outomaties oorgedra moet word na die kontrakteurs.<sup>116</sup>

Landman R het in bogenoemde saak beslis dat daar vasgestel moet word of die besigheid wat oorgedra is, 'n ekonomiese entiteit is wat op sy eie as besigheid kan bestaan. Hy het ook beslis dat die dienste wat uitgekonnekteer is, nie deel vorm van 'n besigheid soos gedefinieer word nie en dus sal die uitkontraktering nie op 'n oordrag van besigheid in terme van artikel 197 neerkom nie.<sup>117</sup>

Die volgende<sup>118</sup> was die redes vir die hof se beslissing:

- Die tuindienste het deel gevorm van die onderhoudsdienste van die lughawe.
- Die tuindienste was deel van die nie-kernaktiwiteite van die lughawe.
- Die dienste wat deur die kontrakteur uitgevoer sou word, is nie dienste wat deur die lughawe verskaf word nie.
- Die uitkontraktering was slegs tydelik.
- Dit was nie deel van die ooreenkoms dat die werknemers van die lughawe ook deur die kontrakteurs oorgeneem sou word nie.
- Die tuindienste was nie 'n onafhanklike entiteit/besigheid met 'n afsonderlike bestuurstruktuur of 'n afsonderlike ekonomiese doel nie.

Dié beslissing strook, met respek, nie met die definisie van 'n besigheid in terme van artikel 197(1)<sup>119</sup> nie. Hierdie artikel bepaal dat "diens" ook as 'n vorm van 'n besigheid beskou kan word. Gevolglik sal die werknemers wat binne daardie deel van die besigheid werksaam is, outomaties saam met die bepaalde dienste oorgedra moet word. 'n Ander rede hiervoor, is dat die dienste as bepaalde deel van die besigheid nie gelewer kan word

---

116 *Stelzner Workplace Change* 107.

117 *Stelzner Workplace Change* 107-108; *SA Municipal Workers Union v Rand Airport Management CO (Pty) Ltd* 2002 23 ILJ 2304 (LC) 2312C.

118 *SA Municipal Workers Union v Rand Airport Management CO (Pty) Ltd* 2002 23 ILJ 2304 (LC) 2312H-2313B; *Bosch* 2004 ILJ 1867.

119 A 197(1) *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

sonder die werknemers nie. Die werknemers vorm 'n essensiële deel van hierdie deel van die besigheid.

Die hof in *Aviation Union of South Africa v SAA*<sup>120</sup> het beslis dat artikel 197 slegs van toepassing sal wees op sogenaamde “eerste generasie” uitkontraktering; dit wil sê, die oordrag van 'n besigheid of diens vanaf die vorige werkgewer na die nuwe werkgewer. Artikel 197 sluit dus tweede generasie uitkontraktering, oftewel die oordrag van 'n besigheid of diens vanaf een kontrakteur aan 'n tweede kontrakteur, uit.

#### 2.7.2.2 Oordrag van dienste

Dienste word by die definisie van "besigheid" ingesluit. Die wetgewer se doel hiermee is om dit duidelik te maak dat 'n besigheid ook uit verskillende afdelings kan bestaan wat onafhanklik sekere werk verrig teen vergoeding. Dit is hierdie onafhanklike dienste wat uitgekonnekteer kan word.<sup>121</sup>

In *SA Municipal Workers Union v Rand Airport Management CO (Pty) Ltd*<sup>122</sup> het die Arbeidsappèlhof beslis dat die insluit van die woord "diens", binne die definisie van "besigheid", beteken dat 'n besigheid 'n bepaalde diens aan iemand kan lewer en dus kan die lewering van dienste 'n besigheid daarstel. Omdat die diens wat die besigheid lewer so 'n integrale deel van die besigheid uitmaak, en die diens heeltemal oorgeneem kan word deur 'n ander persoon, kan gesê word dat die oordrag van die diens, die oordrag van 'n deel van die besigheid behels, welke oordrag dan deur artikel 197 gedek word.<sup>123</sup> Dit beteken dat uitkontraktering nou doelbewus ingesluit word om enige onduidelikheid uit die weg te ruim. Davis AR<sup>124</sup> het beslis dat:

---

120 *Thompson Restructuring and Retrenchment* 57; *Aviation Union of South Africa v SAA (Pty) Ltd* 2008 1 BLLR 20 (LC) 31.

121 *Grogan Dismissal* 411.

122 *SA Municipal Workers Union v Rand Airport Management CO (Pty) Ltd* 2005 26 ILJ 67 (LAC). Sien ook paragraaf 2.6.2.1.

123 *Grogan Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 250; *SA Municipal Workers Union v Rand Airport Management CO (Pty) Ltd* 2005 26 ILJ 67 (LAC).

124 *SA Municipal Workers Union v Rand Airport Management CO (Pty) Ltd* 2005 26 ILJ 67 (LAC) 85A; Du Toit *Labour Relations Law* 452. Die toets in die

...the functions which second respondent undertook to perform in terms of their agreement fell within the ambit of 'service' as contemplated by section 197, and that this was an agreement to transfer a service within the ambit of section 197 as a going concern.

Die hof se beslissing dat "oordrag van diens" deel vorm van die "oordrag van 'n besigheid" is debatteerbaar. In die eerste plek moet oorweging geskenk word aan die definisie van "besigheid" soos vervat in artikel 197. Die definisie bepaal dat 'n besigheid ook enige vorm van handeldryf, onderneming en diens insluit. Eerstens maak dit nie sin dat die wetgewer die begrippe "handeldryf" en "onderneming" ook in die definisie ingevoeg het nie, want vir alle doeleindes is dit sinonieme vir "besigheid".<sup>125</sup>

Tweedens, as die definisie in geheel gelees word, is dit duidelik dat "'n diens" bedoel word as 'n tipe besigheid en nie as 'n deel van 'n besigheid nie. Die wetgewer het dus bedoel dat die oordrag van 'n besigheid nie net die oordrag van 'n besigheid, handeldryf, onderneming of diens insluit nie, maar ook die oordrag van 'n deel van 'n besigheid, handel, onderneming of diens. Dit impliseer dat die definisie verkeerd verstaan word, want "diens" beteken nie 'n bepaalde diens wat 'n besigheid verskaf nie, maar diens as 'n besigheid op sy eie, byvoorbeeld tuindienste of 'n insleepdiens.<sup>126</sup>

"Diens" kan slegs as deel van 'n besigheid beskou word indien dit 'n identifiseerbare komponent van 'n besigheid is, hetsy 'n afdeling, tak, departement, winkel of produksie van die besigheid. Hierdie deel van die besigheid moet afskeidbaar en steeds ten volle funksionierend wees voordat dit as 'n deel van die besigheid vir die doeleindes van artikel 197 bekend kan staan.<sup>127</sup>

---

geval van 'n "diens" of "deel van 'n diens" is dus die vraag of dit wat oorgedra word neerkom op die groepering van 'n aantal hulpbronne wat gemik is daarop om 'n ekonomiese aktiwiteit uit te voer.

125 Grogan *Dismissal* 411.

126 Grogan *Dismissal* 411.

127 Grogan *Dismissal* 411.

### 2.7.3 Lopende saak - "As a going concern"

Die term "lopende saak" beteken dat die besigheid solvent is en nog ten volle funksioneer - dit verander net van hande.<sup>128</sup> Artikel 197 is van toepassing slegs onder hierdie omstandighede.<sup>129</sup> Sou die besigheid nie 'n lopende saak wees nie, sal die gemeenregtelike posisie steeds geld. Dit beteken dat, sou die vorige werkgewer en die nuwe werkgewer ooreenkom dat die werknemer saam met die besigheid oorgedra moet word, sal die toestemming van die werknemer vereis word.<sup>130</sup>

Verder bepaal artikel 197(2)<sup>131</sup> dat wanneer 'n besigheid oorgedra word en die werknemer daardie besigheid volg, word al sy regte en verpligtinge ook oorgedra en sal dit bindend wees op die nuwe werkgewer.<sup>132</sup>

Ten einde te bepaal wat 'n lopende saak is, het die Suid-Afrikaanse howe op die Engelse Reg gesteun. Die Engelse howe huldig die siening dat die vraag na die oordrag van 'n besigheid as lopende saak een van substansie en nie een van vorm is nie.<sup>133</sup> Hierdie siening van die Engelse howe kom na vore in die saak *Kenmir Ltd v Frizzell*.<sup>134</sup>

In the end the vital consideration is whether the effect of the transaction was to put the transferee in possession of a going concern, the activities of which he could carry on without interruption. Many factors will be relevant, though few will

---

128 Du Toit *Labour Relations Law* 449; Stelzner *Workplace Change* 107; Van Jaarsveld *Kompendium van Arbeidsreg* 198; Du Toit *Labour Relations Law* 449; Todd *Business Transfers* 48-49. Die vraag het ontstaan of die woord "going" beteken dat die besigheid steeds werk terwyl dit in die proses is om oorgedra te word, en of dit tot onlangs nog 'n lopende saak was. Artikel 197 se woorde wat 'n "going concern" vereis, moet nie te letterlik geïnterpreteer word nie. Daar kan nie van 'n besigheid verwag word om steeds ten volle te funksioneer te midde van die oordrag nie. Alhoewel, hoe langer die onderbreking in werksverrigtinge duur, hoe kleiner word die waarskynlikheid dat die besigheid oorgedra is as lopende saak.

129 Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 248.

130 Olivier *Statutory Employment Relations* 5-359.

131 A 197(2) *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

132 Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 248; Thompson *Labour-Management Relations* 43.

133 *NEHAWU v University of Cape Town* 2000 21 ILJ 1618 (LC) 1623I; *Schutte v Powerplus Performance (Pty) Ltd* 1999 20 ILJ 655 (LC) 665H-665I. Sien 'n volledige bespreking van die Engelse reg in Hoofstuk 4 en 5.

134 *Kenmir Ltd v Frizzell* 1968 1 All ER 414 (QB) soos aangehaal in Driver 2000 ILJ 10-11.

be conclusive in themselves. Thus, if the new employer carries on business in the same manner as before, this will point to the existence of the transfer. But the converse is not necessarily true because a transfer may be complete even though the transferee does not choose to avail himself of all the rights he acquires thereunder. Similarly, an express assignment of goodwill is strong evidence of a transfer of a business but the absence of such an assignment is not conclusive if the transferor has effectively deprived himself of the power to compete. The absence of the assignment of premises, stock-in-trade or outstanding contracts will likewise not be conclusive if the particular circumstances of the transferee nevertheless enables him to carry on substantially the same business as before.

Indien daar dus 'n dispuut ontstaan oor die vraag of 'n oordrag van 'n lopende saak plaasgevind het, moet sekere faktore oorweeg word. Indien hierdie faktore teenwoordig is, sal dit 'n aanduiding wees dat 'n oordrag van so 'n besigheid plaasgevind het.<sup>135</sup> Hierdie faktore omvat die volgende:<sup>136</sup>

- Daar moes 'n oordrag van beide liggaamlike en onliggaamlike bates plaasgevind het.
- Die werknemers moes deur die nuwe werkgewer oorgeneem word.
- Kliënte moes ook deur die nuwe werkgewer oorgeneem word; en
- dieselfde besigheid moes voortgesit word.

Die oorweging van sodanige faktore kan geïllustreer word in die saak *Schutte v Powerplus Performance (Pty) Ltd*.<sup>137</sup> In hierdie saak was die deel van Super Rent wat normaalweg hulle motors herstel het, verkoop aan Superplus. Superplus sou dan voortgaan om Super Rent se motors te herstel. Die werknemers wat by daardie afdeling van Super Rent werksaam was, was in kennis gestel dat hulle kontrakte beëindig sou word, en dat hulle aansoek moes doen vir werk by Superplus. Die werknemers is ook in kennis gestel dat hulle salarisse onder Superplus minder sou wees

---

135 Grogan *Dismissal* 412; Van Jaarsveld *Kompendium van Arbeidsreg* 198; Todd *Business Transfers* 48; Du Toit *Labour Relations Law* 449.

136 Van Jaarsveld *Kompendium van Arbeidsreg* 198; Todd *Business Transfers* 48; *NEHAWU v University of Cape Town* 2003 24 ILJ 95 (CC); Bosch 2004 ILJ 934; Anon 2002 *Employment Law* 11. In die lig van die tweede faktor hier genoem, moet verstaan word dat die werknemer die grootste bate van 'n besigheid is, en daar sal nie 'n oordrag van besigheid ontstaan as die werknemers van daardie besigheid nie ook oorgedra word nie.

137 *Schutte v Powerplus Performance (Pty) Ltd* 1999 20 ILJ 655 (LC); Grogan *Dismissal* 412; Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 248.

as wat dit was onder Super Rent.<sup>138</sup> Die werknemers wat nie hierdie veranderinge aanvaar het nie, sou summier afgedank word.<sup>139</sup>

Die hof het oorweging geskenk aan die faktore wat kenmerkend is van 'n oordrag. Een hiervan was dat die vorige werkgewer deur die ander werkgewer vervang is en dat laasgenoemde die salarisse van die werknemers sou betaal. Daar was ook geen onderbreking in die dienste wat deur die werkswinkel voorsien is nie. Daar was 'n gelyktydige oordrag van besturende personeel en die oordrag is deur al die partye beskou as 'n alternatief tot die sluit van die werkswinkel en die afdank van al die personeel. Derhalwe het 'n oordrag van die besigheid as lopende saak plaasgevind.<sup>140</sup>

In 'n ander saak, *Tekwini Security Services CC v Mavana*,<sup>141</sup> het die hof beslis dat die belangrikste faktore wat in ag geneem moet word om vas te stel of die besigheid as lopende saak oorgedra is, is die feit dat die besigheid voortgesit word deur die nuwe eienaar op dieselfde perseel en dat die eienaar gebruik maak van dieselfde werknemers.

Die Suid-Afrikaanse hof het dit gevolglik goedgevind om *Kenmir Ltd v Frizzell*<sup>142</sup> se siening in die Suid-Afrikaanse reg te inkorporeer deur 'n toets neer te lê waarmee vasgestel kon word of 'n besigheid as lopende saak oorgedra is. Hierdie toets is objektief van aard en bestaan uit die faktore hierbo genoem. Die hof het getoets of faktore soos die vraag of die werknemers deur die nuwe werkgewer oorgeneem is, en of die klante/kliënte van die besigheid wat oorgeneem is, teenwoordig is.<sup>143</sup>

---

138 *Schutte v Powerplus Performance (Pty) Ltd* 1999 20 ILJ 655 (LC) 660A-660C.

139 *Schutte v Powerplus Performance (Pty) Ltd* 1999 20 ILJ 655 (LC) 660F-660H.

140 *Schutte v Powerplus Performance (Pty) Ltd* 1999 20 ILJ 655 (LC) 665H-666A.

141 *Tekwini Security Services CC v Mavana* 1999 20 ILJ 2721 (LC) 2728(27); *Grogan Dismissal* 413.

142 *Kenmir Ltd v Frizzell* 1968 1 All ER 414 (QB) soos aangehaal in *Driver* 2000 ILJ 10-11.

143 *Bosch* 2004 ILJ 1865-1866; *Du Toit Labour Relations Law* 449; *Bosch* 2004 ILJ 934. Die meerderheidsuitspraak in die saak *NEHAWU v University of Cape Town* 2000 21 ILJ 1618 (LC) het behels dat oordrag van 'n besigheid

Die hof moet die besigheid voor die oordrag analiseer, en dan weer analiseer na die oordrag. Indien die besigheid steeds dieselfde is, maar dit het bloot van eienaar verwissel, kan die bevinding gemaak word dat die besigheid wel oorgedra is in sy bestaande en werkende vorm.<sup>144</sup>

In die saak *CEPPWAWU v Cordero*<sup>145</sup> het Francis R beslis dat, by die vraag na die oordrag van 'n lopende saak, ag geslaan moet word op die substans eerder as die vorm van die transaksie. Die hof het beslis dat elke saak op sy eie meriete beoordeel moet word, want slegs dan sal vasgestel kan word of dit wat oorgedra was, wel 'n lopende saak was.

## **2.8 Insolvente besighede in terme van artikel 197A**

In teenstelling met artikel 197(1) wat voorsiening maak vir die oordrag van 'n besigheid as 'n lopende saak, oftewel 'n solvente besigheid wat steeds ten volle funksioneer, maak artikel 197A<sup>146</sup> van die 1995 WAV voorsiening vir die oordrag van 'n insolvente besigheid.

### **2.8.1 Artikel 197A van die 1995 WAV**

Artikel 197A van die 1995 WAV het, net soos artikel 197(1), ten doel om die werknemer te beskerm teen onbillike arbeidspraktyke en om daarvoor te voorsien dat werknemers by die oordrag van 'n insolvente besigheid saam met die besigheid oorgedra word na die nuwe werkgever op 'n wyse

---

as lopende saak slegs kon plaasvind indien die werkgewers daartoe ooreengekom het. Die Konstitusionele Hof het egter hierdie siening verwerp omdat dit te veel gefokus het op die belange van die werkgewers en nie ag geslaan het op die beskerming van die werknemers nie. Die hof het beslis dat die toets vir die oordrag van 'n besigheid as lopende saak 'n objektiewe toets is, oneag die wense van die geaffekteerde partye.

144 Bosch 2004 ILJ 1866; Todd *Business Transfers* 48-49. Dit sal oorweeg word in die lig van elke saak se unieke feite. Dit moet aanvaar word dat geen faktor meer gewig as 'n ander dra nie. Om te voorkom dat 'n mens verstrengel raak in tegniese puntjies en om 'n wyer omvang aan artikel 197 te verleen, is dit voldoende dat die besigheid *wesenlik* dieselfde bly.

145 Thompson *Restructuring and Retrenchment* 64; *CEPPWAWU v Cordero* 2008 JOL 21095 (LC) 13.

146 A 197A *Wet op Arbeidsverhoudinge* 1995.

wat billik is vir alle partye betrokke.<sup>147</sup> Hierdie oordrag onderbreek dus nie die dienslewering van die werknemers nie. Die regte van die werknemers word egter nie ook oorgedra nie. In terme van artikel 197A(2)(b) bly die regte en verpligtinge van onderskeidelik die werknemers en die oorspronklike werkgewer afdwingbaar tussen die werknemers en die vorige werkgewer.<sup>148</sup>

Die werknemers se dienskontrakte bly egter van krag teenoor die nuwe werkgewer asof die kontrakte gesluit is tussen die werknemers en die nuwe werkgewer.<sup>149</sup> In teenstelling hiermee kan werkgewers by die oordrag van solvente besighede (na konsultasie met die werknemers) besluit of die kontrakte eerder beëindig moet word as wat dit voortgesit word.<sup>150</sup>

Ingevolge artikel 197A(1)<sup>151</sup> sal 'n werknemer by die oordrag van 'n insolvente besigheid as lopende saak outomaties oorgedra word wanneer die werkgewer insolvent verklaar word of wanneer 'n reëlinskema of kompromis aangegaan word om likwidasie of sekwestrasie te voorkom. Hierdie artikel verseker dat die werknemers nie onbillik ontslaan word nie, behalwe as daar 'n regsgeldige rede vir die ontslag is.

Verder, in terme van artikel 197A(2)(c)<sup>152</sup>, sal alles wat deur die vorige werkgewer in verband met sy werknemers gedoen is voor die oordrag, na die oordrag geag word gedoen te gewees het deur die vorige werkgewer.<sup>153</sup> Alle eise wat die werknemers teen die vorige werkgewer gehad het, moet aan die likwidadeure van die vorige werkgewer gerig word.

---

147 Todd *Business Transfers* 128.

148 Grogan *Dismissal* 418; Todd *Business Transfers* 128-129. Die doel hiervan is sodat die nuwe werkgewer nie belas word deur eise wat die werknemers oorspronklik teen die vorige werkgewer gehad het nie. Die rede hiervoor is omdat die verwagting wat 'n ontvanger/nuwe werkgewer normaalweg teen toekomstige risiko tydens oordrag van solvente besighede vanaf die vorige werkgewer ontvang, nie by insolvente besighede tot sy beskikking is nie – derhalwe moet die nuwe werkgewer op 'n ander manier beskerm word.

149 Du Toit *Labour Relations Law* 457; Grogan *Dismissal* 418; Thompson *Restructuring and Retrenchment* 28; Van Jaarsveld *Kompendium van Arbeidsreg* 201.

150 Grogan *Dismissal* 418; Todd *Business Transfers* 135.

151 A 197A(1) *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

152 A 197A(2)(c) *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

153 Grogan *Dismissal* 418.

Die dienskontrak tussen die werknemers en die nuwe werkgewer begin nuut, sonder dat hul werksvoortsetting onderbreek word.<sup>154</sup>

Voor die 2002 wysiging was die saak *SA Agricultural Plantation of Allied Workers Union v H L Hall & Sons (Group Services) Ltd*<sup>155</sup> beslis. Die hof moes die vraag beantwoord of werknemers wat nie saam met die insolvente besigheid oorgedra is nie, ontslaan was. In die saak het die werkgewer van 'n insolvente besigheid gedreig om sekere werknemers wat by 'n beskermde staking teenwoordig was, te ontslaan. Die vakbond het aansoek gedoen om 'n interdik wat die besigheid verbied het om sy dreigement van ontslag van sy werknemers uit te voer. Die hof het die aansoek afgewys aangesien die beëindiging van die kontrak deur die werkgewer, nie sou neerkom op ontslag nie, aangesien werknemers se dienskontrakte in terme van artikel 38 van die *Insolvensiewet*<sup>156</sup> outomaties eindig.

Die hof het beslis dat die werknemers se dienskontrakte beëindig word omdat dit so deur artikel 38 voorgeskryf word. Die hof kon dus nie 'n aansoek om 'n interdik toestaan om sodanige kontrakbeëindiging te voorkom nie, want dit sou strydig wees met wetgewing. Daar was ook geen "dreigement" van ontslag nie, dit was bloot 'n uitvoering van 'n wetsbepaling. Die werknemers se dienskontrakte moes beëindig word waarna hulle kon eis vir skadevergoeding.<sup>157</sup>

Sedert artikel 197A in werking getree het, sal werknemers outomaties saam met die insolvente besigheid na die nuwe werkgewer oorgedra word.

Die vraag ontstaan egter of werknemers geregtig is daarop om vergoeding te eis vir werk wat gedoen was nadat die sekwestrasie plaasgevind het. Dit gebeur soms dat die trustees van 'n insolvente besigheid deur die

---

154 Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 255.

155 *SA Agricultural Plantation of Allied Workers Union v H L Hall & Sons (Group Services) Ltd* 1999 20 ILJ 399 (LC) 404A; Grogan *Dismissal* 418.

156 A 38 *Insolvensiewet* 24 van 36.

157 *SA Agricultural Plantation of Allied Workers Union v H L Hall & Sons (Group Services) Ltd* 1999 20 ILJ 399 (LC) 404A-404B.

krediteure beveel word om voort te gaan met die besigheid asof dit solvent is totdat die besigheid oorgedra kan word. So 'n eis van 'n werknemer sal klassifiseer as 'n preferente eis teen die besigheid se insolvente boedel.<sup>158</sup>

'n Ander saak wat voor die 2002 wysiging na vore gekom het is *Hugo v Shandelier Hotel Group CC*.<sup>159</sup> Die kommissaris het beslis dat artikel 197 ook aanwending vind in gevalle waar 'n werknemer onbepaald tydens 'n likwidasiëproses in 'n insolvente werkgewer se diens was.<sup>160</sup> Die kommissaris het gesteun op die reg van 'n werknemer in terme van artikel 23 van die Grondwet om nie aan 'n onbillike arbeidspraktyk onderwerp te word nie.<sup>161</sup> Dus was die werknemers in die betrokke geval deur artikel 197 beskerm en 'n bevel vir vergoeding was teen die insolvente werkgewer gemaak.<sup>162</sup> Hierdie situasie het na die 2002 wysiging onveranderd gebly.

Die werknemers van insolvente besighede word egter by die oordrag van sodanige besighede nie net deur die 1995 WAV beskerm nie, maar ook deur die *Insolvensiewet*.

### **2.8.2 Artikel 38 van die Insolvensiewet 24 van 1936**

Voor 1 Januarie 2003 het 'n insolvente besigheid in terme van artikel 38 van die *Insolvensiewet*<sup>163</sup> die outomatiese beëindiging van die werknemers se dienskontrakte tot gevolg gehad. Die enigste remedie tot die werknemers se beskikking was 'n eis vir kompensasie vir enige verliese gely weens die beëindiging van hulle dienskontrakte.<sup>164</sup> Werknemers het 'n voorkeureis teen die vorige werkgewer vir 'n gedeelte van hulle uitstaande salaris gehad, die res moes as konkurrente eise hanteer word.<sup>165</sup>

---

158 Olivier *Statutory Employment Relations* 5-381,5-382.

159 *Hugo v Shandelier Hotel Group CC* 2000 ILJ 1884 (CCMA).

160 *Hugo v Shandelier Hotel Group CC* 2000 ILJ 1884 (CCMA) 1907I-1908A,1908H.

161 *Hugo v Shandelier Hotel Group CC* 2000 ILJ 1884 (CCMA) 1908G-1908J.

162 Olivier *Statutory Employment Relations* 5-382.

163 A 38 *Wet op Insolvensie* 24 van 1936.

164 *Thompson Restructuring and Retrenchment* 28; *Todd Business Transfers* 124; Olivier *Statutory Employment Relations* 5-359.

165 *Todd Business Transfers* 124.

Artikel 38<sup>166</sup> is egter gewysig deur die *Insolvensie Wysigingswet* 33 van 2002. Vanaf 1 Januarie 2003 word werknemers se dienskontrakte in terme van die gewysigde *Insolvensiewet*<sup>167</sup> by die oordrag van 'n insolvente besigheid opgeskort vir 'n tydperk van 45 dae vanaf die datum van die sekwestrasiebevel.<sup>168</sup> Dus sal werknemers se dienskontrakte nie meer summier deur regswerking by insolvente besighede beëindig word soos deur die voormalige artikel 38 bepaal nie.<sup>169</sup> Die dienskontrakte van die werknemers sal dan in die afwesigheid van 'n ooreenkoms tot die teendeel na 45 dae na die aanstelling van 'n trustee of likwidateur eindig.<sup>170</sup>

Wanneer die werknemers se dienskontrakte na 45 dae eindig, sal hulle in dieselfde posisie wees as waarin hulle sou gewees het onder die vorige artikel 38. Die beëindiging van die dienskontrakte geskied by wyse van regswerking en die werknemers het 'n eis vir kompensasie vir enige verliese gely.<sup>171</sup>

## 2.9 Samevatting

Die oordrag van besighede was aanvanklik deur die gemenereg gereguleer. Onder hierdie omstandighede het werkgewers hulle werknemers ontslaan by die oordrag van 'n spesifieke besigheid. Sodanige ontslag het tot gevolg gehad dat die werknemers van nuuts af moes aansoek doen vir werk by die nuwe werkgewer. Dit het inbreuk gemaak op werknemers se reg op billike arbeidspraktyke en het vir hulle geen sekuriteit gebied nie. In antwoord op hierdie probleem is artikel 197 van die *Wet op Arbeidsverhouding* 66 van 1995<sup>172</sup> geskep. Hierdie artikel het gesorg dat werknemers by die oordrag van die besigheid ook na die nuwe werkgewer oorgedra word.

---

166 A 38 *Wet op Insolvensie* 24 van 1936.

167 *Wet op Insolvensie* 24 van 1936.

168 Todd *Business Transfers* 124; Olivier *Statutory Employment Relations* 5-364.

169 Olivier *Statutory Employment Relations* 5-364.

170 Todd *Business Transfers* 124.

171 Todd *Business Transfers* 124.

172 A 197 *Wet op Arbeidsverhouding* 66 van 1995.

Die oorspronklike formulering van die artikel het egter probleme veroorsaak omdat die bepalings nie duidelik uiteengesit was nie. Onsekerheid en teenstrydighede het tussen die howe ontstaan omdat die bepaling rondom die outomatiese oordrag van die werknemers se dienskontrakte onduidelik was. Die artikel is derhalwe gewysig deur die 2002 Wysigingswet in 'n poging om die onduidelikhede op te klaar. In vergelyking met artikel 197 voor die wysiging, maak die gewysigde artikel 197 dit duidelik dat die werknemers se dienskontrakte outomaties na die nuwe werkgewer oorgedra word, of hy van hulle dienste gebruik wil maak of nie. Die wysiging was dus suksesvol.

'n Besigheid is enige entiteit of 'n groep georganiseerde individue, welke entiteit of groep 'n bepaalde ekonomiese doel nastreef. 'n Oordrag van sodanige besigheid vind plaas in terme van artikel 197 van die 1995 WAV wanneer dit oorgedra word as lopende saak en die entiteit hande verwissel, maar in wese steeds sy identiteit behou.

In terme van artikel 197 sal die werknemers tesame met al hulle regte en verpligtinge saam met die besigheid na die nuwe werkgewer oorgedra word. Indien die besigheid nie as lopende saak oorgedra word nie sal die werknemers nie oorgaan op die nuwe werkgewer nie en sal hulle gevolglik afgelê word.

Die doel van artikel 197 is dus om aan te dui wat die oordrag van 'n besigheid behels en hoe dit die partye betrokke by die transaksie beïnvloed. Die belangrikste doelwit van hierdie artikel is egter die beskerming van die werknemers se posisie in die besigheid en die bevordering van sekerheid en werksekuriteit met betrekking tot die kontinuïteit van die werknemers se diens. Daarom bepaal die artikel dat die dienskontrakte oorgedra word na die nuwe werkgewer.

In die volgende hoofstuk sal die regte van werknemers tydens die oordrag van 'n besigheid met betrekking tot ontslag, asook die beskerming van sodanige regte, bespreek word.

## HOOFSTUK 3

### ONTSLAG BY OORDRAG VAN BESIGHEDE IN DIE SUID- AFRIKAANSE REG

#### 3.1 Agtergrond

Artikel 197 het ten doel om enige onsekerheid rondom die aspek van die oordrag van besighede op te klaar, en meer spesifiek om die gebrek aan beskerming van die werknemer se dienskontrak wat deur die gemenereg veroorsaak was, aan te spreek.<sup>173</sup> Hierdie doel word bereik deur in terme van artikel 197(2)(d)<sup>174</sup> te verseker dat die oordrag van die besigheid nie die werknemer se dienskontrak onderbreek nie. 'n Verbod op ontslag in terme van artikel 186(1)(g) van die 1995 WAV sluit aan by artikel 197(2)(d) om die werking van hierdie artikel te versterk.

Die belangrikste reg van die werknemer waaronder alle ander regte gekwalifiseer kan word, is die reg op billike arbeidspraktyke in terme van artikel 23 van die Grondwet.<sup>175</sup> Die reg ingevolge artikel 185<sup>176</sup> om nie onbillik ontslaan te word, sal klassifiseer as 'n reg op billike arbeidspraktyk. Gevolglik sal aandag geskenk word aan die reg om nie onbillik ontslaan te word by die oordrag van besighede nie. Die gronde vir outomaties onbillike ontslag en die remedies onder hierdie omstandighede beskikbaar, sal ook in diepte bespreek word.<sup>177</sup> Die moontlike gronde vir 'n billike ontslag sal daarop volg.<sup>178</sup>

Die mikpunt van hierdie hoofstuk is om aan te dui dat ontslag by die oordrag van 'n besigheid normaalweg onbillik is, maar dat daar wel omstandighede bestaan waar die werknemer billik ontslaan kan word.

---

173    Sien paragraaf 2.5.

174    A 197(2)(d) *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1996.

175    Sien paragraaf 3.2.

176    A 185 *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1996.

177    Sien paragraaf 3.4.

178    Sien paragraaf 3.5.

### 3.2 Billike Arbeidspraktyke

In 1979 is die begrip "onbillike arbeidspraktyke" in die Suid-Afrikaanse reg geïnkorporeer. Die definisie vir "onbillike arbeidspraktyke" tydens hierdie era was "*anything the industrial court deemed to be an unfair labour practice*".<sup>179</sup> Hierdie definisie was te vaag en daarom moes 'n nuwe definisie geskryf word. Die nuwe definisie sedert 1991 lui soos volg:<sup>180</sup>

Any act or omission, other than 'n strike or lock-out, which has or may have the effect that-

- (i) any employee or class of employees is or may have been unfairly affected or that his or their employment or work security is or may be prejudiced or jeopardized thereby;
- (ii) the business of any employer or class of employers is or may be unfairly affected or disrupted thereby;
- (iii) labour unrest is or may be created or promoted thereby;
- (iv) the labour relationship between employer and employee is or may be detrimentally effected thereby.

Om te kwalifiseer as 'n onbillike arbeidspraktyk, moes die handeling of die late plaasgevind het tussen die werknemer en sy eie werkgever.<sup>181</sup> By handeling as vereiste vir 'n onbillike arbeidspraktyk kan sekere elemente geïdentifiseer word. Eerstens moes daar 'n fisiese handeling of 'n late wees. Dit behels dat die werkgever iets moes gedoen het, byvoorbeeld om die werknemer onbillik te ontslaan, of waar die werkgever, in stryd met 'n ooreenkoms, nie aan die werknemer 'n verhoging gegee het nie. Tweedens moes hierdie handeling of late neerkom op 'n "arbeidspraktyk". Dit beteken dat die handeling of late plaasgevind het binne die gewone loop van besigheid en binne die diensverhouding tussen die werkgever en die werknemer.<sup>182</sup>

Laastens moes die handeling of late onbillik gewees het. Die onbillikheid van 'n handeling of late kan slegs binne die konteks van die

---

179 Grogan *Dismissal* 37.

180 Grogan *Dismissal* 37,38; Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 260; Rycroft *South African Labour Law* 121; Van Jaarsveld *Kompendium van Arbeidsreg* 5<sup>de</sup> uitg 136,139.

181 Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 261.

182 Grogan *Dismissal* 38-41; Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 260-265. Hierdie handeling in die vorm van 'n arbeidspraktyk moes plaasgevind het tussen die werkgever en die werknemer en kan byvoorbeeld skorsing, demovering, versuim om herindiens te stel of dissiplinêre aksie wees.

omstandighede bepaal word. 'n Handeling of late sal onbillik wees wanneer dit een persoon benadeel het terwyl dit 'n ander bevoordeel het of wanneer die handeling of late nie geskied het aan die hand van die reëls wat daarvoor neergelê is nie.<sup>183</sup>

Ingevolge die 1956 WAV kon onbillike arbeidspraktyke, onder andere, die vorm van onbillike ontslag, onbillike demovering en onbillike diskriminasie aanneem. Die begrip "onbillike ontslag" as 'n onbillike arbeidspraktyk, is reeds welbekend en behels die ontslag van 'n werknemer sonder dat sodanige ontslag om 'n billike rede plaasgevind het of sonder dat 'n billike proses gevolg was.

Vir 'n ontslag om billik te wees, moet dit gegrond wees op een van drie redes, naamlik wangedrag, onbevoegdheid en bedryfsvereistes van die werkgewer.<sup>184</sup> Ingevolge artikel 185 van die 1995 WAV<sup>185</sup> het alle werknemers die reg om nie onbillik ontslaan te word nie.

Die begrip "onbillike demovering" behels die wesentlike verlaging van 'n werknemer se vergoeding, verantwoordelikhede of status.<sup>186</sup> Onbillike demovering word in terme van artikel 186(2)(a)<sup>187</sup> as 'n onbillike arbeidspraktyk geklassifiseer.

Die begrip "onbillike diskriminasie" behels die minder gunstige behandeling van 'n werknemer in vergelyking met sy medewerknemers as gevolg van sy geslag, ras, seksuele oriëntasie, geloof ensovoorts.<sup>188</sup> Die verbod op

---

183 Grogan *Dismissal* 41.

184 Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 121; Grogan *Dismissal* 177; Van Jaarsveld *Kompendium van Arbeidsreg* 151-152; A 188 *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995; Smit 2005 *ILJ* 1853.

185 A 185 *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

186 Grogan *Dismissal* 54-55; Van Jaarsveld *Kompendium van Arbeidsreg* 140; Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 265.

187 A 186(2)(a) *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

188 Van Jaarsveld *Kompendium van Arbeidsreg* 166-167. Sedert 1993 is verskeie statutêre bepalings geskep wat onbillike diskriminasie verbied. Arbeidsdiskriminasie is egter alreeds sedert die 1980's verbode en word al van daardie tyd af beskou as 'n onbillike arbeidspraktyk.

onbillike diskriminasie by ontslag word afgedwing in terme van artikel 187(1)(f)<sup>189</sup> en andersins artikel 6 van die *Wet op Gelyke Indiensneming*.<sup>190</sup>

### 3.3 Verbod op ontslag wat verband hou met oordrag

Artikel 197 het die kontinuïteit van die werknemer se dienskontrak ten doel, ongeag die oordrag of herstrukturering van die besigheid.<sup>191</sup> Artikel 186<sup>192</sup> en artikel 187<sup>193</sup> sluit aan by artikel 197 deur die reg van die werknemer om nie onbillik ontslaan te word nie, te beskerm.<sup>194</sup> Artikel 186 gee 'n omskrywing van die gevalle waar 'n werknemer onbillik ontslaan sal word, terwyl artikel 187 ontslag onder spesifieke omstandighede as outomaties onbillik klassifiseer.<sup>195</sup>

Aanvanklik het die 1995 WAV nie behoorlik voorsiening gemaak vir die verbod op ontslag voor of na die oordrag van 'n besigheid nie. Hierdie gebrek was aangevul nadat die 1995 WAV gewysig is deur die *Wysigingswet op Arbeidsverhoudinge*.<sup>196</sup>

### 3.4 Onbillike ontslag

#### 3.4.1 Omstandighede waar ontslag onbillik sal wees

Soos reeds hierbo bespreek, word 'n verbod geplaas op die onbillike ontslag van 'n werknemer. Artikel 186 omskryf die omstandighede waaronder 'n ontslag as onbillik beskou sal word. Hierdie artikel sluit in alle vorme van ontslag. Artikel 187 is meer spesifiek in sy toepassing op verskillende vorme van ontslag. Dit is in hierdie artikel dat die verbod op

---

189 A 187(1)(f) *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

190 A 6 *Wet op Beroepsgelykheid* 55 van 1998.

191 Sien paragraaf 2.4.

192 A 186 *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1996.

193 A 187 *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1996.

194 Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 250-251; Todd *Business Transfers* 66; Van Jaarsveld *Kompendium van Arbeidsreg* 5<sup>de</sup> uitg 195-196; Grogan *Dismissal* 417; Thompson *Restructuring and Retrenchments* 73.

195 Thompson *Restructuring and Retrenchments* 26; Todd *Business Transfers* 164; Van Jaarsveld *Kompendium van Arbeidsreg* 5<sup>de</sup> uitg 199.

196 *Wysigingswet op Arbeidsverhoudinge* 12 van 2002; Bosch 2002 ILJ 645.

ontslag by die oordrag van 'n lopende besigheid sy oorsprong vind. Ontslag van 'n werknemer met die doel om 'n besigheid oor te dra of om die oordrag te vergemaklik, sal dus onbillik wees.<sup>197</sup>

Die ontslag van 'n werknemer sal onbillik wees, indien die ontslag geskied aan die hand daarvan dat die vorige werkgever die doel gehad het om 'n bepaalde effek op die oordrag te hê, of om die verkoop van die besigheid te bevorder. 'n Voorbeeld hiervan kan wees dat die werkgever 'n beter prys vir die besigheid kan bekom indien daar minder werknemers in sy diens is. 'n Verdere voorbeeld kom voor in die saak *Douglas v Gauteng MEC for Health*.<sup>198</sup> Die vorige en nuwe werkgever het 'n ultimatum aan die werknemers gestel. Die werknemers moes die nuwe, in geheel minder gunstige diensvoorwaardes aanvaar, of die risiko loop om ontslaan te word. Die werknemers wat nie die nuwe diensvoorwaardes wou aanvaar nie, en gevolglik ontslaan was, het beweer dat hulle onbillik ontslaan was en dat die oordrag van die besigheid of 'n rede wat verband hou met die oordrag van die besigheid, die rede is vir hulle ontslag. Die hof het beslis dat die werknemers inderdaad onbillik ontslaan is, omdat dit die doel van die werkgevers was om 'n bepaalde effek op die oordrag van die besigheid teweeg te bring.<sup>199</sup>

Ontslag met die doel om 'n bepaalde effek op die oordrag van die lopende besigheid te hê, is in stryd met artikel 185,<sup>200</sup> wat aan alle werknemers die reg gee om nie onbillik ontslaan te word nie. Die ontslag sal ook onbillik wees indien dit geskied deur die toedoen van die nuwe werkgever na die oordrag van die besigheid, mits die ontslag direk verband hou met die

---

197 Thompson *Restructuring and Retrenchments* 26; Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 151; Grogan *Dismissal* 212,419; Bosch 2004 *ILJ* 937; Anon 2000 *Employment Law* 16; Anon 2002 *Employment Law* 9.

198 Thompson *Restructuring and Retrenchment* 61; *Douglas v Gauteng MEC for Health* 2008 5 *BLLR* 401 (LC).

199 Thompson *Restructuring and Retrenchment* 61; *Douglas v Gauteng MEC for Health* 2008 5 *BLLR* 401 (LC) 412.

200 A 185 *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

oordrag.<sup>201</sup> Die vraag na billike ontslag voor of na 'n oordrag sal later aandag geniet.<sup>202</sup>

Die reg om nie onbillik ontslaan te word nie, word beskou as essensieel tot die grondwetlike reg op billike arbeidspraktyke. Daarom moet artikel 197<sup>203</sup> saam met artikel 23 van die Grondwet<sup>204</sup> gelees word.<sup>205</sup>

Die verbod op ontslag tydens oordrag van 'n besigheid word pertinent deur artikel 187(1)(g)<sup>206</sup> gereël. Indien die rede vir ontslag die oordrag van 'n besigheid is, of as die rede enigsins verband hou met die oordrag van 'n besigheid, sal sodanige ontslag ingevolge artikel 187(1)(g) outomaties onbillik wees.<sup>207</sup>

Die volgende twee vrae moet gevra word:

Was there a factual link between the business transfer and the employees' dismissal? And if so, was the business transfer the "main", "proximate" or "dominant" cause of the dismissal?<sup>208</sup>

Indien die antwoorde op hierdie twee vrae "ja" is, kan met sekerheid gesê word dat die ontslag wel plaasgevind het vir 'n rede wat verband hou met die oordrag van die besigheid.

Gestel 'n werkgewer ontslaan van sy werknemers voor die oordrag omdat hy 'n beter prys vir die besigheid kan kry. Die vraag moet dan gevra word of daar 'n kousale verband tussen die werknemers se ontslag en die

---

201 Grogan *Dismissal* 212,419; Van Jaarsveld *Kompendium van Arbeidsreg* 199; Bosch 2002 *ILJ* 645.

202 Sien paragraaf 3.5.1.

203 A 197 *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995. A 23 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

204 A 23 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

205 Stelzner *Workplace Change* 109.

206 *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

207 Todd *Business Transfers* 165. As die werknemer daarin kon slaag om te bewys dat sy ontslag op een van hierdie gronde geskied het, het die werkgewer geen verweer nie. Die verbod op ontslag op hierdie gronde is absoluut, en as daar enige beperkings op hierdie gronde bestaan, moet sodanige beperkings binne die definisie van die gronde self gesoek word.

208 Todd *Business Transfers* 166; Bosch 2004 *ILJ* 937; Du Toit *Labour Relations Law* 456.

oordrag van die besigheid bestaan. 'n Kousale verband kan bepaal word deur die *conditio sine qua non*-toets te gebruik. Hierdie toets behels die wegdink van die oordrag, en as die ontslag ook verdwyn, sal daar 'n kousale verband tussen die oordrag en die ontslag bestaan.

'n Ander voorbeeld is waar die werknemer ontslaan word omdat hy hom wangedra het in die werkplek omdat hy opstandig is oor die feit dat sy dienskontrak oorgedra gaan word na 'n nuwe werkgewer. Alhoewel wangedrag 'n grond vir billike ontslag is, moet die wangedrag nie veroorsaak word weens die oordrag van die besigheid nie. Indien 'n werknemer onder hierdie omstandighede weens wangedrag ontslaan word, sal dit steeds onbillik wees want die ontslag sal geskied om 'n rede wat verband hou met die oordrag van die besigheid. As die oordrag van die besigheid weggedink word, en die wangedrag verdwyn en daarmee saam die ontslag ook, bestaan daar 'n kousale verband tussen die oordrag van die besigheid en die ontslag, ongeag die feit dat dit 'n indirekte kousale verband is.

Die bewyslas is op die werknemer wat beweer dat sy ontslag binne artikel 187(1)(g) val, om te bewys dat daar 'n kousale verband is tussen sy ontslag en die oordrag van die besigheid en dat die rede verband hou met die oordrag. Die werkgewer moet op sy beurt bewys dat die ontslag nie weens 'n rede plaasgevind het wat verband hou met die oordrag nie.<sup>209</sup>

Artikel 187(1)(g) bepaal nie alleen dat die ontslag van 'n werknemer tydens die oordrag van 'n besigheid substantief onbillik is nie, maar ook dat dit outomaties onbillik is.<sup>210</sup>

#### 3.4.1.1 *Substantiewe en outomatiese onbillikheid*

Wanneer daar geen regsgeldige rede vir 'n bepaalde arbeidspraktyk is nie, sal sodanige optrede substantief onbillik wees.<sup>211</sup> In die konteks van

---

209 Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 151; Todd *Business Transfers* 164.

210 Todd *Business Transfers* 164.

ontslag sal die ontslag van 'n werknemer substantief onbillik wees wanneer die ontslag nie op een van die gronde vir 'n geldige ontslag gebaseer is nie.<sup>212</sup>

The employment of a worker shall not be terminated unless there is a valid reason for such termination connected with the capacity or conduct of the worker or based on the operational requirements of the undertaking, establishment or service.<sup>213</sup>

Om te bepaal of ontslag substantief onbillik is, moet twee vrae gevra word, naamlik: "Hoekom het die werkgewer die werknemer ontslaan?" en "Is die rede vir die ontslag voldoende om 'n billike ontslag daar te stel?". Indien die rede vir ontslag onder artikel 187 van die WAV val, met ander woorde outomaties onbillik is, dan is die ontslag ook substantief onbillik.<sup>214</sup>

Outomatiese onbillikheid behels dat die rede vir die ontslag nie verdedig kan word nie.<sup>215</sup> In terme van artikel 187(1)(g)<sup>216</sup> word ontslag voor of na die oordrag van 'n besigheid as outomaties onbillik geklassifiseer.<sup>217</sup> Dus kan oordrag as die rede vir die ontslag nie verdedig word om sodoende die ontslag billik te maak nie.

Sou die rede vir die ontslag verband hou met die optrede of bevoegdheid van die werknemer, moet sodanige rede afdoende gewig dra om die ontslag te regverdig. Die gewig wat die rede dra, sal afhang van die omstandighede in elke saak, byvoorbeeld die erns van die werknemer se wangedrag en die graad van die werknemer se onbekwaamheid.<sup>218</sup> Die

---

211 Van Jaarsveld *Kompendium van Arbeidsreg* 151; Rycroft *South African Labour Law* 151-152.

212 Gronde vir 'n billike ontslag is wangedrag, onbevoegdheid en bedryfsvereistes.

213 Rycroft *South African Labour Law* 152.

214 Grogan *Dismissal* 176.

215 Du Toit *Labour Relations Law* 5<sup>th</sup> ed 388.

216 A 187(1)(g) *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

217 Grogan *Dismissal* 212; Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 151; Todd *Business Transfers* 164; Du Toit *Labour Relations Law* 5<sup>th</sup> ed 456.

218 Grogan *Dismissal* 177.

toets wat die howe gebruik om die verband tussen die oordrag en die ontslag vas te stel, staan bekend as die kousaliteitstoets.<sup>219</sup>

Wanneer 'n ontslag weens die oordrag van die besigheid, of weens 'n rede wat verband hou met die oordrag, plaasgevind het, maar die ontslag was gebaseer op 'n billike grond (wangedrag, onbevoegheid of bedryfsvereistes), sal die ontslag nie weens die oordrag van die besigheid geskied het nie. In so geval sal die ontslag billik wees. Sou die werkgewer nie kan bewys dat die werknemer op een van hierdie gronde ontslaan is nie, sal aanvaar word dat die werknemer se ontslag gebaseer is op 'n rede wat verband hou met die oordrag, in welke geval die ontslag outomaties onbillik sal wees.<sup>220</sup>

Die feit dat ontslag by die oordrag van 'n besigheid nie meer net substantief onbillik is nie, maar ook outomaties onbillik, hou twee gevolge in. Eerstens affekteer dit in terme van artikel 194(1)<sup>221</sup> en 194(2)<sup>222</sup> die remedie wat tot die werknemer se beskikking is. Nie net vermeerder dit die bedrag kompensasie waarvoor die werknemer kan eis nie, maar dit het tot gevolg dat die hof in terme van artikel 193(3)<sup>223</sup> enige vergoedingsbevel wat dit as gepas ag, kan maak.<sup>224</sup>

Tweedens word die bewyslas daardeur beïnvloed. In gevalle van onbillike ontslag moet die werknemer bloot bewys dat ontslag plaasgevind het,

---

219 Du Toit *Labour Relations Law* 456; Todd *Business Transfers* 168; Workman-Davies 2007 *ILJ* 2134-2135; *SA Chemical Workers Union v Afrox Ltd* 1999 20 *ILJ* 1718 (LAC) soos bespreek in *Van der Velde v Business & Design Software (Pty) Ltd* 2006 27 *ILJ* 1738 (LC) 1014. Dit kan nie die bedoeling wees dat enige verband tussen die oordrag en die ontslag outomaties onbillike ontslag tot stand kan bring nie. Die kousaliteitstoets vra of daar 'n genoegsame verband tussen die oordrag en die ontslag bestaan wat dit binne die omvang van artikel 187 kan bring. Daar moet dus nie net 'n kousale verband wees nie, maar 'n noodsaaklike kousale verband.

220 Todd *Business Transfers* 168. Sou die werknemer beweer dat hy onbillik ontslaan is op grond van 'n rede wat verband hou met die oordrag, rus die onus op sodanige werknemer om hierdie bewering te bewys. As die werknemer hom nie van sy bewyslas kwyt nie, sal hy nie as outomaties onbillik ontslaan beskou word nie.

221 A 194(1) *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

222 A 194(2) *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

223 A 193(3) *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

224 Todd *Business Transfers* 164.

waarna die bewyslas op die werkgewer rus om te bewys dat daar 'n geldige rede vir die ontslag was. Om egter te bewys dat 'n ontslag in terme van artikel 186(1)(g) onbillik is, moet die werknemer nie net bewys dat ontslag plaasgevind het nie, maar ook dat die oordrag van 'n besigheid die rede daarvoor was.<sup>225</sup>

#### 3.4.1.2 Konstruktiewe ontslag

Konstruktiewe ontslag behels gevalle waar die werkgewer die werksomstandighede vir die werknemer so ondraaglik maak dat hy nie verder vir daardie werkgewer kan of wil werk nie. Voorbeelde van sulke gevalle is waar die werknemer bedank omdat die werkgewer van haar verwag om onmenslike werksure te werk, of omdat die werkgewer rassisties of humeurig is of haar seksueel teister. Hierdie situasie word gereël deur artikel 186(1)(e).<sup>226</sup>

Wanneer werknemers benadeel word deur die ondraaglike omstandighede by die werkplek weens die werkgewer se toedoen, en hulle dan bedank, sal dit ingevolge artikel 186(1)(e) konstruktiewe ontslag uitmaak.<sup>227</sup> Hierdie ondraaglike omstandighede sal 'n voldoende grond wees vir konstruktiewe ontslag. Die werknemer moes egter bedank het weens die optrede van die werkgewer en nie weens die optrede van sy mede-werknemers nie, andersins sal dit nie geklassifiseer kan word as konstruktiewe ontslag nie.<sup>228</sup>

Voordat 'n situasie egter as konstruktiewe ontslag kan kwalifiseer, word eerstens vereis dat die werknemer die persoon moes gewees het wat die dienskontrak beëindig het.<sup>229</sup> Selfs al was hy die een wat uit die dienskontrak getree het, word hy steeds geag ontslaan te wees omdat hy,

---

225 Todd *Business Transfers* 164.

226 A 186(1)(e) *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

227 Thompson *Restructuring and Retrenchments* 26; Van Jaarsveld *Kompendium van Arbeidsreg* 165; Du Toit *Labour Relations Law* 456-457; Bosch 2004 *ILJ* 937; Bosch 2002 *ILJ* 651; Smit 2005 *ILJ* 1854, 1865.

228 Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 114-115.

229 Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 114.

weens die optrede van die nuwe werkgever, nie 'n ander keuse gehad het nie. Die onus rus op die werknemer om te bewys dat dit onuithoudbaar sou wees om verder vir die nuwe werkgever te werk, en dat hy inderdaad geen alternatief gehad het anders as om te bedank nie.<sup>230</sup>

Die werknemer moet bewys dat die werkgever voortsetting van dienslewering ondraaglik gemaak het. Die werknemer moet ook bewys dat, ten spyte van die feit dat hy bedank het, hy nie die werklike bedoeling gehad het om die diensverhouding te beëindig nie, en dat dit bloot 'n poging was om van die ondraaglike omstandighede te ontsnap.<sup>231</sup>

'n Tweede vereiste is dat daar 'n kousale verband moet wees tussen die optrede van die werkgever en die ondraaglike omstandighede in die werkplek. Met ander woorde, die werkgever moes die oorsaak gewees het dat die werknemer die dienskontrak beëindig het.<sup>232</sup> Daar is nie 'n geslote lys handeling van die werkgever wat die werksomstandighede vir die werknemer onuithoudbaar maak nie. Dit hang af van die feite van elke saak of die handeling voldoende is om onuithoudbare omstandighede te skep.<sup>233</sup>

In die saak *Flemix Grand Select 199 (Pty) Ltd t/a Bethlehem Karavane*<sup>234</sup> het die hof bevestig dat daar by konstruktiewe ontslag drie vereistes is waaraan voldoen moet word. Hierdie vereistes behels dat die werknemer die kontrak moes beëindig het, dat die werknemer die kontrak beëindig het omdat die werksomstandighede ondraaglik geword het en dat dit die

---

230 Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 114,115; *Grobler v Khulani Fidelity Security Services* 2006 JOL 18644 (CCMA); *Smith v Magnum Security* 1997 3 BLLR 336 (CCMA).

231 Van Jaarsveld *Kompendium van Arbeidsreg* 166.

232 Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 118. Die toets of die werkgever se optrede veroorsaak het dat die kontinuïteit van die dienskontrak onuithoudbaar geword het, is objektief. Dit beteken dat die situasie nie net uit die oogpunt van die werknemer beoordeel moet word nie; *Todd Business Transfers* 162.

233 Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 114-115; *Grogan Dismissal* 161.

234 *Flemix Grand Select 199 (Pty) Ltd t/a Bethlehem Karavane* 2007 JOL 20170 (MIBCO) 8. Die hof verwys na die saak *Jooste v Transnet Ltd t/a SAA* 1995 6(1) SALLR 60 (LAC) waarin gesê is dat dit die hof se funksie is om na die werkgever se optrede in geheel te kyk en om vas te stel of die effek van die werkgever se optrede van so aard is dat dit onredelik sal wees om van die werknemer te verwag om hierdie optrede te verdra.

werkgewer moes wees wat die werksomstandighede ondraaglik gemaak het. Indien een van hierdie vereistes afwesig is, het konstruktiewe ontslag nie plaasgevind nie.

Konstruktiewe ontslag kom ook voor onder omstandighede waarna artikel 186(1)(f)<sup>235</sup> verwys, naamlik waar die diensvoorwaardes onder die nuwe werkgewer, in geheel gesien, minder gunstig is as die diensvoorwaardes by die vorige werkgewer. Die artikel bepaal soos volg:

(1) *'Dismissal'* means that –

- (f) an employee terminated a contract of employment with or without notice because the new employer, after a transfer in terms of section 197 or section 197A, provided the employee with conditions or circumstances at work that are substantially less favourable to the employee than those provided by the old employer.

Die definisie van ontslag behels dus ook die bedanking van 'n werknemer omdat die omstandighede onder die nuwe werkgewer minder voordelig is as die omstandighede onder die vorige werkgewer.

Hierdie artikel het ten doel om te verseker dat werknemers steeds alle voordele behou nadat die besigheid oorgedra is. Die nuwe werkgewer het 'n verpligting om dieselfde (of wesenlik dieselfde) diensvoorwaardes as wat die vorige werkgewer voorgehou het, aan die werknemers te bied. Sou die nuwe werkgewer verkies om die diensvoorwaardes te wysig, moet die nuwe voorwaardes in geheel gesien, nie minder gunstig wees as die van die vorige werkgewer nie.<sup>236</sup>

Die nuwe werkgewer het wel in terme van artikel 197(3)(a)<sup>237</sup> die reg om die diensvoorwaardes van die werknemer eensydig te wysig, mits hierdie wysigings nie in geheel vir die werknemer minder gunstig is nie. Dit beteken dat die werkgewer toegelaat word om wysigings aan 'n werknemer se diensvoorwaardes aan te bring wat minder gunstig is, met die voorbehoud dat die werknemer op 'n ander manier of met betrekking tot 'n

---

235 A 186(1)(f) *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

236 *Todd Business Transfers* 160.

237 A 197(3)(a) *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

ander aspek bevoordeel word om die nadeel van die wysiging uit te kanselleer.<sup>238</sup>

Dit moet beklemtoon word dat die werksomstandighede onder die nuwe werkgever *weselik* minder gunstig moet wees om suksesvol as geldige grond vir bedanking in die konteks van konstruktiewe ontslag aangevoer te word. Daar moet dus ondersoek ingestel word na die weselikheid van die verskille in die hierdie omstandighede. 'n Sekere graad van weselikheid word vereis voordat die geval sal kan kwalifiseer as konstruktiewe ontslag.<sup>239</sup> Bosch<sup>240</sup> konstateer soos volg:

...there must be a significant difference between the position with the old employer and that with the new employer. And this should be determined on the basis of a holistic assessment, that is it must be asked whether the employee is being provided with conditions or circumstances that are on the whole substantially less favourable.

In terme van artikel 197(3)(a) van die 1995 WAV sal die nuwe werkgever aan sy verpligtinge voldoen indien hy die vorige werkgever se werknemers in diens geneem het en die omstandighede onder hom in geheel nie minder gunstig is nie.<sup>241</sup>

In die saak *Anglo Office Supplies v Lotz*<sup>242</sup> het 'n werknemer beweer dat hy in terme van artikel 187(1)(g) onbillik ontslaan is omdat hy nie geneë was met die in die geheel minder gunstige diensvoorwaardes by die nuwe werkgever nie, en dat die oordrag van die besigheid of 'n rede wat verband hou met die oordrag van die besigheid, die rede vir die ontslag was. Die hof het beslis dat die werknemer wel onbillik ontslaan was en dat hy in terme van artikel 197(2)(c) 'n aksie teen die nuwe werkgever het. Die rede hiervoor is dat die nuwe werkgever by die oordrag van 'n lopende saak deur regswerking in die skoene van die vorige werkgever tree, en sou die

---

238 Todd *Business Transfers* 84.

239 Thompson *Restructuring and Retrenchments* 27; Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 119; Grogan *Dismissal* 157.

240 Bosch 2004 *ILJ* 937.

241 Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 119; Olivier *Statutory Employment Relations* 5-362.

242 Thompson *Restructuring and Retrenchment* 65; *Anglo Office Supplies (Pty) Ltd v Lotz* 2008 JOL 21185 (LAC) 14.

werknemer voor die oordrag ontslaan word, sal die nuwe werkgever aanspreeklikheid vir die ontslag opdoen.

Bedanking is nie noodwendig die werknemer se enigste uitweg indien die nuwe werkgever die omstandighede by die werkplek vir hom onuithoudbaar of minder gunstig maak nie. Die werkgever kan verplig word om sy pligte in terme van artikel 197 na te kom, of daar kan 'n bevel van spesifieke nakoming teen hom verkry word, of laastens, kan 'n saak van kontrakbreuk teen hom deur die werknemer ingestel word.<sup>243</sup>

Die werknemers kan ook 'n beskermde staking hou om die werkgever te noop om nie die werksomstandighede te verander nie, of om dit ten minste nie minder gunstig te maak nie. Wanneer die staking nie suksesvol is nie, kan 'n hofbevel teen die werkgever bekom word.<sup>244</sup>

Die werkgever en werknemer kan ook in terme van artikel 197(6)<sup>245</sup> 'n ooreenkoms sluit waarvolgens die partye 'n kompromie aangaan om die diensvoorwaardes te wysig op 'n wyse dat dit tot beide partye se voordeel strek.

Artikel 197(3)(a)<sup>246</sup> gee aan nuwe werkgevers die reg om die werksomstandighede van die werknemers wat hy by die vorige werkgever oorgeneem het, te verander, mits daardie veranderinge nie die omstandighede minder gunstig maak nie en solank die wysiging operasioneel geregverdig kan word.<sup>247</sup> Die nuwe werkgever kan ook, voor die oordrag, met die werknemers ooreenkom dat die diensvoorwaardes gewysig gaan word na oordrag.<sup>248</sup>

Die vraag ontstaan of werkgevers werknemers aan 'n uitsluiting mag onderwerp wanneer sodanige werknemers nie die eensydig veranderde

---

243 Todd *Business Transfers* 163.

244 Grogan *Dismissal* 420.

245 A 197(6) *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

246 A 197(3)(a) *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

247 Grogan *Dismissal* 415; Du Toit *Labour Relations Law* 453.

248 Bosch 2002 *ILJ* 651; Smit 2005 *ILJ* 1854.

werksomstandighede wil aanvaar nie. Eerstens moet dit duidelik gemaak word dat 'n werkgewer nie 'n werknemer mag ontslaan weens die feit dat die werknemer nie die veranderde werksomstandighede wil aanvaar nie.<sup>249</sup>

Werkgewers het die reg om werknemers aan uitsluiting te onderwerp om hulle te dwing om hulle nuwe werksomstandighede te aanvaar, maar die reël is dat die werkgewer nie 'n werknemer aan 'n uitsluiting mag onderwerp as die uiteindelijke doel daarvan is om die werknemer te ontslaan nie. Die toelaatbaarheid van ontslag in die uitsluiting-konteks sal dus afhang van die rede waarom die uitsluiting daargestel is.<sup>250</sup>

Ontslag in die uitsluiting-konteks sal toelaatbaar wees slegs wanneer die ontslag gepaard gaan met die aanbod van herindiensneming onder die nuwe werksomstandighede.<sup>251</sup>

#### 3.4.1.2.1 Toets by konstruktiewe ontslag

Die toets om te bepaal of konstruktiewe ontslag as verweer onder 'n spesifieke geval sal geld, is beide subjektief en objektief. Die subjektiewe toets behels dat daar deur die howe ag geslaan moet word op die persepsie van die werknemer ten tye van die beëindiging van die dienskontrak, asook die omstandighede waaronder die beëindiging plaasgevind het. Met ander woorde, daar moet gekyk word of die omstandighede werklik onuithoudbaar was en of die werknemer nie net oorreageer het nie.<sup>252</sup>

Dit blyk dat die redelike persoon-, of in hierdie geval, die redelike werknemer-toets as objektiewe toets gebruik moet word. Die doel hiervan is om te toets of enige ander redelike werknemer dieselfde sou reageer

---

249 Grogan *Dismissal* 424.

250 Grogan *Dismissal* 424.

251 Grogan *Dismissal* 423.

252 Grogan *Dismissal* 159; *LM Wulfsohn Motors (Pty) Ltd t/a Lionel Motors v Dispute Resolution Centre* 2007 JOL 20650 (LC).

onder dieselfde omstandighede. Indien nie, sal dit nie beskou kan word as konstruktiewe ontslag nie.

Wanneer die nuwe werkgever omstandighede voorsien wat minder gunstig is as die omstandighede onder die vorige werkgever, en die werknemer by wyse van konstruktiewe ontslag ontslaan is, kan die geskil in terme van artikel 191(5)(a)(ii)<sup>253</sup> na 'n raad of kommissie vir versoening (of arbitrasie indien eersgenoemde nie suksesvol is nie) verwys word.<sup>254</sup>

### **3.4.2 Remedies by onbillike ontslag**

Wanneer 'n werknemer onbillik ontslaan is, kan hy 'n dispuut daaromtrent verwys na die Kommissie vir Versoening Bemiddeling en Arbitrasie (hierna die KVBA) vir versoening. Die verwysing vir versoening moet plaasvind binne 30 dae na die onbillike arbeidspraktyk ontstaan het, of binne 30 dae sedert die datum wat die werknemer bewus geword het van die onbillike arbeidspraktyk.<sup>255</sup> Sou die versoening nie slaag nie, kan die werknemer die saak na die KVBA vir arbitrasie of na die Arbeidshof verwys.<sup>256</sup>

Indien die arbiter bevind dat die ontslag onbillik was, kan hy die werkgever in terme van artikel 193<sup>257</sup> beveel om die werknemer in sy posisie her in diens te stel, of hom in 'n ander pos aan te stel, of om hom te vergoed vir sy verlies.

#### **3.4.2.1 Herindiensneming of herindiensstelling<sup>258</sup>**

Wanneer óf 'n arbiter, óf die Arbeidshof bevind het dat 'n werknemer onbillik ontslaan was, kan die arbiter of die hof die werkgever beveel om

---

253 A 191(5)(a)(ii) *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

254 Olivier *Statutory Employment Relations* 5-362.

255 A 191(1)(b)(i) *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

256 Du Toit *Labour Relations Law* 468. Die vraag na 'n remedie word eers gevra nadat bevind is dat die "ontslag" wat ter sprake is, inderdaad onbillik plaasgevind het weens substantiewe of prosedurele rede.

257 A 193 *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

258 Smit 2005 *ILJ* 1856. Hierdie remedies word in die meeste gevalle gebruik; kompensasië word gebruik as "last resort".

die werknemer herindiens te stel. Herindiensstelling mag nie plaasvind tot 'n datum vroeër as die datum waarop die ontslag plaasgevind het nie. Die werkgewer kan verplig word om die werknemer in die pos waarin hy was toe hy ontslaan is, aan te stel, of in enige ander redelik gepaste pos. Die werkgewer het dan die opsie om die werknemer in 'n ander pos aan te stel wat nie in 'n laer posisie is as die vorige pos nie.<sup>259</sup>

Die bevel van herindiensstelling kan terugwerkend gemaak word, deurdat die werknemer indiengestel word vanaf enige datum tussen die datum van ontslag en die datum van bevel. Die arbiters het 'n diskresie op watter datum die werknemer indiengestel moet word.<sup>260</sup>

Die onderskeid tussen herindiensneming en die herstel van die dienskontrak is dat, by die herstel van die dienskontrak word die diensverhouding geag nie onderbreek te gewees het deur die ontslag van die werknemer nie, terwyl by herindiensname die diensverhouding beëindig is by die ontslag, en weer by herindiensname begin.<sup>261</sup> Die herstel van die dienskontrak behels ook dat daar nie enige voorwaardes aan sodanige herstel gekoppel mag word nie.<sup>262</sup>

Die remedie wat in die meeste gevalle toegeken word, is herindiensstelling, behalwe as daar 'n rede is waarom kompensasie eerder as herindiensstelling gebruik moet word. Die onus rus op die werkgewer om redes aan te voer waarom herindienstelling nie toegestaan moet word nie.<sup>263</sup>

---

259 Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 129; Van Jaarsveld *Kompendium van Arbeidsreg* 173; Du Toit *Labour Relations Law* 468.

260 Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 130; Grogan *Dismissal* 498.

261 Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 129; Grogan *Dismissal* 499. Omdat herindiensname nie so 'n volledige remedie is soos wat herindienstelling is nie, moet dit die bedoeling gewees het dat die herindiensname 'n uitsonderlike remedie moes wees.

262 Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 129. Die WAV gee nie aan arbiters die mag om werknemers se dienskontrak op waarskuwing te herstel nie, maar in praktyk is die kommissaris geneig om wel met 'n waarskuwing daardie werknemers se pos te herstel; Grogan *Dismissal* 498.

263 Grogan *Dismissal* 497.

In terme van artikel 193(2)<sup>264</sup> word howe verplig om onder die toepaslike omstandighede 'n bevel van herindiensname of herindienstelling te maak. Daar word egter beperkings op hierdie verpligting geplaas. Die howe sal nie herindiensname of herindiensstelling toeken nie, as.<sup>265</sup>

- die werknemer nie weer by die daardie werkgewer wil werk nie;
- die voortsetting van die diensverhouding met daardie werkgewer onuithoudbaar sou wees;
- dit nie redelikerwys uitvoerbaar is om die werknemer weer in diens te neem nie; en
- die ontslag onbillik is slegs weens prosedurele redes.

Herindiensname of herindiensstelling is nie altyd redelikerwys uitvoerbaar nie. Dit kan gebeur dat 'n werkgewer reeds iemand anders in diens gestel het en dat hy nie meer 'n beskikbare pos het nie. Dit het ook al gebeur dat werknemers onbillik ontslaan is en dat die besigheid tot niet gegaan het na genoemde ontslag. Onder hierdie omstandighede sal dit onmoontlik wees om werknemers weer in diens te neem.<sup>266</sup>

### 3.4.2.2 *Kompensasie*

Soos hierbo bespreek, is dit nie altyd moontlik om 'n werknemer herindiens te neem of herindiens te stel nie. In sulke gevalle sal die arbiter of die Arbeidshof beveel dat die werkgewer aan die werknemer 'n bedrag as kompensasie moet betaal. Ingevolge die 1995 WAV het die hof nie 'n diskresie gehad oor die bedrag kompensasie wat toegestaan moes word

---

264 A 193(2) *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

265 Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 131. 'n Bevel van herindiensname of herindiensstelling mag nie gemaak word waar die ontslag bloot prosedureel onbillik was nie. In soortgelyke sake sal die CCMA 'n arbitrasiefooi van die werkgewer eis. Grogan *Dismissal* 500; Van Jaarsveld *Kompendium van Arbeidsreg* 173; Du Toit *Labour Relations Law* 469. Net omdat die werknemer nie weer onder die spesifieke werkgewer wil werk nie, maak dit hom nie noodwendig geregtig op kompensasie nie. Daar is dus twee vrae wat beantwoord moet word, naamlik of die bevel van herindiensstelling bevoeg is in terme van artikel 193(2) en tweedens, as die antwoord op die eerste vraag "nee" is, of kompensasie toegestaan moet word en wat die omvang daarvan moet wees. Sien ook paragraaf 3.4.1.2.

266 Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 131; Van Jaarsveld *Kompendium van Arbeidsreg* 173.

nie. Die werknemer moes ten minste die bedrag ontvang wat hy sou gekry het gedurende die tydperk tussen die ontslag en die arbitrasie, maar die bedrag mag nie 12 maande se salaris oorskry het nie. In gevalle van outomatiese onbillike ontslag, sou die werknemer selfs tot 24 maande se salaris kon ontvang.<sup>267</sup>

Ingevolge die huidige artikel 194 van die 1995 WAV,<sup>268</sup> het arbiters en die hof 'n diskresie om kompensasie wat billik en regverdig is, toe te ken.<sup>269</sup>

The compensation awarded to an employee whose dismissal is found to be unfair either because the employer did not prove that the reason for dismissal was a fair reason relating to the employee's conduct or capacity or the employer's operational requirements or the employer did not follow the fair procedure, or both, must be just and equitable in all the circumstances, but may not be more than the equivalent of 12 months remuneration calculated at the employee's rate of remuneration on the date of dismissal.

Volgens hierdie artikel kan 'n werknemer steeds 'n maksimum van 24 maande se salaris as kompensasie ontvang in gevalle waar hy outomaties onbillik ontslaan is.

Die volgende is sekere faktore wat in ag geneem moet word voordat die hof 'n bevel vir kompensasie sal maak:<sup>270</sup>

- Die werknemer moes werklike finansiële verlies gely het weens die ontslag.
- Die verlies moes plaasgevind het weens die onbillike arbeidspraktyk.
- Die verlies moes voorsien kon word.
- Die kompensasie moet die werknemer in die posisie plaas waarin hy sou gewees het, as dit nie was vir die onbillike arbeidspraktyk nie.
- Die hof wat die bevel maak, moet hom laat lei deur dit wat redelik en billik is.

---

267 Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 132; Du Toit *Labour Relations Law* 472.

268 A 194 *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

269 Van Jaarsveld *Kompendium van Arbeidsreg* 173; Du Toit *Labour Relations Law* 472; A 194 *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995 soos aangehaal uit Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 133.

270 *Ferodo (Pty) Ltd v De Ruiter* 1993 14 ILJ 974 (LAC) 981C-981G; Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 134.

- Die werknemer moes alles in sy vermoë gedoen het om te voorkom dat hy soveel verlies ly deur 'n nuwe werk te bekom.
- Alle voordele wat die werknemer toekom, byvoorbeeld uittreelone, moet in gedagte gehou word.<sup>271</sup>

Die vraag ontstaan watter werkgever aanspreeklik gehou sal word vir die kompensasie waarop die werknemer geregtig is weens die onbillike ontslag. Ingevolge artikel 197(2)<sup>272</sup> sal enigiets gedoen deur die vorige werkgever voor die oordrag, insluitende ontslag van 'n werknemer of die pleeg van 'n onbillike arbeidspraktyk of handeling van onbillike diskriminasie, geag word deur die nuwe werkgever gedoen te gewees het.<sup>273</sup>

Dus, as die werknemer ontslaan word voor die oordrag van die besigheid en hy maak die saak aanhangig nadat die oordrag voltooi is, sal die nuwe werkgever aanspreeklik gehou word vir die betaling van die bedrag kompensasie.

### 3.5 Billike ontslag

Ten spyte van die verbod op ontslag in terme van artikel 187(1)(g) van die 1995 WAV, word in artikel 188 van die 1995 WAV gronde uiteengesit waarin die ontslag van 'n werknemer wel billik sal wees.

---

271 Grogan *Dismissal* 502. Die voordele wat die werknemer ontvang het uit sy dienskontrak, byvoorbeeld sy pensioenpakket, mag nie van die bedrag kompensasie waarop hy geregtig is, afgetrek word nie. Die nuwe WAV bepaal nou dat ander voordele van die werknemer byvoorbeeld uittreelone en pensioenvoordele, nie die kompensasie sal beïnvloed nie.

272 A 197(2) *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

273 Todd *Business Transfers* 182; Grogan *Dismissal* 416; Van Jaarsveld *Kompendium van Arbeidsreg* 199; Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 251; Bosch 2002 *ILJ* 643.

### 3.5.1 Omstandighede waar ontslag billik sal wees

Wanneer 'n werknemer beweer dat hy onbillik ontslaan is, moet hy eers bewys dat daar in werklikheid 'n ontslag plaasgevind het. Die werkgewer moet dan op sy beurt bewys dat sodanige ontslag billik was.<sup>274</sup>

#### 3.5.1.1 Bedryfsvereistes

Die 1995 WAV het nie 'n uitdruklike verbod geplaas op die ontslag van werknemers voor of na die oordrag van 'n besigheid nie. Die 1995 WAV plaas egter 'n verbod op ontslag weens 'n oordrag van besigheid of waar die rede vir die ontslag verband hou met sodanige oordrag.<sup>275</sup> Om te voorkom dat werkgewers geheel en al gebind word aan die werknemers, maak die 1995 WAV dit vir 'n werkgewer moontlik om 'n werknemer voor of na die oordrag van 'n lopende besigheid in terme van artikels 189 en 189A billik te ontslaan. Dit beteken dat 'n werkgewer 'n werknemer voor of na die oordrag van 'n besigheid kan ontslaan mits dit om bedryfsvereistes van die werkgewer geskied.<sup>276</sup>

Ingevolge artikel 213<sup>277</sup> word "bedryfsvereistes" gedefinieer as vereistes gebaseer op die ekonomiese, tegnologiese, strukturele of soortgelyke behoeftes van die werkgewer.<sup>278</sup> Indien die rede vir 'n artikel 189 of artikel

---

274 Grogan *Dismissal* 43.

275 A 187(1)(g) *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

276 Bosch 2002 *ILJ* 645; Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 224; Bosch 2004 *ILJ* 937; Smit 2005 *ILJ* 1853; Anon 2000 *Employment Law* 15; Thompson *Restructuring and Retrenchment* 26; A 189 en A 189A *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995; Bosch 2002 *ILJ* 645. 'n Vorige weergawe van die voorgestelde wysigings het bepaal dat die vorige werkgewer werknemers kan ontslaan op grond van sy eie bedryfsvereistes sowel as die nuwe werkgewer s'n. Die nuutste weergawe van die wysigings bevat egter nie so 'n bepaling nie. Sien ook paragraaf 3.4.1.1.

277 A 213 *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

278 Bosch 2002 *ILJ* 642. Ekonomiese redes hou verband met die finansiële bestuur van die besigheid. Tegnologiese redes hou verband met die voorstel van nuwe tegnologie wat die werknemers vereis om aan te pas by die nuwe tegnologie of die herstrukturering van die werkplek wat noodwendig daarop sal volg. Strukturele redes hou verband met die oortolligheid van poste wat gevolg het weens die herstrukturering van die besigheid; Grogan *Workplace*

189A ontslag egter verbind kan word met die oordrag van 'n besigheid, sal die ontslag outomaties onbillik wees.<sup>279</sup>

Afleggings ("*retrenchments*") van werknemers sal onbillik wees as die doel daaragter was om 'n ontoelaatbare gevolg te bereik, soos byvoorbeeld om ontslae te raak van vakbondlede. Dit sal onbillik wees selfs al hou dit 'n sekere ekonomiese voordeel vir die werkgewer in. Afleggings op grond van bedryfsvereistes mag ook nie gebruik word as 'n rookskerm om ontslae te raak van werknemers wat nie ten volle presteer nie.<sup>280</sup>

'n Besluit om 'n werknemer op grond van bedryfsvereistes te ontslaan, was oor die algemeen geag substantief billik te wees, mits die ontslag operasioneel en kommersieel geregverdig was.<sup>281</sup> Die ontslag op grond van bedryfsvereistes moet teen 'n standaard van billikheid gemeet word, welke standaard effek moet gee aan die werknemer se reg om op grond van 'n billike rede ontslaan te word. Die standaard moet voorts ook van so aard wees dat dit die werkgewer in staat stel om besluite tot sy besigheid se voordeel te neem.<sup>282</sup>

Die Handves van Regte gee aan 'n persoon in terme van artikel 22<sup>283</sup> van die Grondwet die reg om vryelik handel te dryf of om die beroep of professie van sy keuse te beoefen. Die staat mag nie inmeng by hierdie reg op vrye handel nie, behalwe om te verseker dat dit wettig is. Die werkgewer moet daarom toegelaat word om werknemers op grond van sy bedryfsvereistes te ontslaan, anders maak dit inbreuk op sy reg op vrye handel sonder die staat se inmenging.

Employers might also rely on the general tenor of the LRA and their constitutional rights in order to further an argument that they are permitted to dismiss, based on operational requirements in terms of the amendments. The

---

*Law* 9<sup>th</sup> ed 224; Van Jaarsveld *Kompendium van Arbeidsreg* 178; Du Toit *Labour Relations Law* 423; Mthembu 2003 SA Merc LJ 346.

279 Grogan *Dismissal* 212-213; Thompson *Restructuring and Retrenchment* 26.

280 Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 226; Grogan *Dismissal* 369.

281 Bosch 2002 ILJ 643.

282 Bosch 2002 ILJ 643.

283 A 22 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

failure to permit employers the right to dismiss for operational requirements in the transfer context fails to give effect to the fundamental general notion of 'fairness' which has long underpinned the South African labour relations landscape.<sup>284</sup>

Ingevolge die saak *Western Cape Workers Association v Halgang Properties CC*<sup>285</sup> mag die vorige werkgever nie werknemers ontslaan op grond van die nuwe werkgever se bedryfsvereistes nie, maar as die nuwe werkgever vereis dat die werknemers ontslaan moet word voordat hy die besigheid koop of indien die vorige werkgever 'n beter prys vir die besigheid wil beding, sal sodanige ontslag wel neerkom op bedryfsvereistes en sal dit billik wees.<sup>286</sup> Die hof het in die saak beslis dat 'n werkgever nie sy werknemers mag ontslaan met die blote vooruitsig van 'n artikel 197-oordrag nie,<sup>287</sup> maar Bosch stel dit soos volg:<sup>288</sup>

Employers may...not argue that a dismissal prior to transfer was based on operational requirements where they wished to facilitate the sale of the business or to obtain a better price for the business. These are considerations that have nothing to do with the operational needs of the business. It might, however, be argued that these are operational considerations when the employer is transferring part of a business in order to generate profit with which to fund remaining parts of the business.

Dit kan gebeur dat die nuwe werkgever die werknemers wat hy gekry het, ontslaan omdat sommige van hulle oortollig sal wees vir die doel van sy besigheid. Sodanige ontslagte sal ook kwalifiseer as ontslag op grond van bedryfsvereistes.<sup>289</sup>

---

284 Bosch 2002 ILJ 647. Die wysigings aan artikel 197 moet teen die agtergrond van die hele WAV gelees word, wat behels dat die werknemer beskerm word maar dat sodanige beskerming nie die werkgever onnodig belas nie.

285 *Western Cape Workers Association v Halgang Properties CC* 2001 22 ILJ 1421 (LC).

286 Bosch 2002 ILJ 647,648; *Western Cape Workers Association v Halgang Properties CC* 2001 22 ILJ 1421 (LC) 693,694,697.

287 *Western Cape Workers Association v Halgang Properties CC* 2001 22 ILJ 1421 (LC) 693,694; *Olivier Statutory Employment Relations* 5-375.

288 Bosch 2002 ILJ 650.

289 Bosch 2002 ILJ 651. Deur 'n werknemer af te dank op grond van 'n gebrek, sal in terme van artikel 9 van die Grondwet neerkom op diskriminasie. Daar sal egter nie op hierdie aspek ingegaan word nie.

### 3.5.1.2 *Ander gronde vir billike ontslag*

Behalwe vir die ontslag op grond van bedryfsvereistes, kan ontslag ook billik geskied weens die wangedrag of onbevoegdheid of onbekwaamheid van die werknemer.

#### 3.5.1.2.1 *Wangedrag*

In terme van artikel 188 van die 1995 WAV word die wangedrag van 'n werknemer ook as 'n grond vir billike ontslag beskou. Wangedrag van die werknemer kan behels dat die werknemer nie aan sekere reëls of standaarde van die werkgewer voldoen het nie, of dat die werknemer nie sy pligte in terme van sy dienskontrak uitgevoer het nie. Die gedrag van die werknemer hoef nie noodwendig op wangedrag neer te kom nie. Onaanpasbaarheid of eksentrieke gedrag van die werknemer wat die diensverhouding tussen hom en die werkgewer of sy mede-werknemers negatief beïnvloed, sal ook 'n grond vir billike ontslag wees.<sup>290</sup>

Voordat 'n werknemer billik ontslaan kan word op grond van wangedrag, moet eers gevra word of daar 'n reël of standaard in verband met die betrokke gedrag in die werkplek bestaan het, en of die werknemer kennis gedra het van hierdie reël en dit verstaan het. Hierdie reël kan byvoorbeeld die verbod op diefstal of bakleiery in die werkplek behels. Vervolgens moet bepaal word of die werknemer se gedrag inbreuk maak op hierdie reël. Dus moet die aard van die gedrag ondersoek word. Die bewyslast rus op die werkgewer om te bewys dat die werknemer se optrede strydig is met die reëls in die werkplek.<sup>291</sup>

Indien die werknemer weens wangedrag voor of na die oordrag van 'n besigheid ontslaan word, sal die ontslag slegs billik wees indien die wangedrag nie ontstaan het weens die oordrag nie. Die rede hiervoor is dat die ontslag dus sal plaasvind om 'n rede wat verband hou met die

---

290 Grogan *Dismissal* 177; Smit 2005 *ILJ* 1853.

291 Grogan *Dismissal* 216-220.

oordrag van 'n besigheid, welke ontslag deur artikel 187(1)(g) van die 1995 WAV verbied word.

### 3.5.1.2.2 Onbekwaamheid

Die onbekwaamheid van werknemers beteken dat die werknemer nie daartoe in staat is om sy pligte uit te voer nie, weens die feit dat hy nie genoeg kennis of ervaring het om die werk te doen nie, of omdat die werknemer 'n fisieke of geestelike gebrek het wat dit vir hom onmoontlik maak om sy werk na behore te doen. In sulke gevalle kan die besigheid van die werkgewer benadeel word en kan hy die werknemer billik ontslaan.<sup>292</sup>

Om vas te stel of die werknemer se dienste wel onvoldoende is, moet die werkgewer bewys dat daar 'n standaard in die werkplek bestaan, en dat die standaard billik is. Die bestaan van 'n standaard kan byvoorbeeld bewys word deur 'n spesifieke bepaling in die dienskontrak. Die onvermoë van die werknemer om die spesifieke standaard te handhaaf kan blyk uit klagtes van kliënte of medewerknemers, of deur sy prestasie te meet aan die van sy kollegas. Die billikheid van ontslag weens onbekwaamheid sal afhang van die omstandighede van elke saak.<sup>293</sup>

Alhoewel hierdie twee gronde (wangedrag en onbekwaamheid) vir ontslag ook gereeld voorkom, bly ontslagte op grond van bedryfsvereistes die hoofgrond vir billike ontslagte, nie net in gevalle van ontslag tydens oordrag van besighede nie, maar ook oor die algemeen.<sup>294</sup> Dus mag die ontslag van 'n werknemer voor of na die oordrag van 'n besigheid substantief billik wees wanneer:<sup>295</sup>

- die werknemer weier om die oordrag van die besigheid te aanvaar;
- die diensbeëindiging nie oordragverwant is nie; en
- wanneer dit andersins billik is.

---

292 Grogan *Dismissal* 177.

293 Grogan *Dismissal* 337-339.

294 Grogan *Dismissal* 177.

295 Van Jaarsveld *Kompendium van Arbeidsreg* 199.

### 3.5.2 *Prosedurele billikheid*

Die vereistes vir prosedurele billikheid word vervat in artikel 188,<sup>296</sup> wat uitdruklik bepaal dat, wanneer 'n werknemer ontslaan word op grond van wangedrag, onbevoegdheid of bedryfsvereistes van die werkgewer, sodanige ontslag aan die hand van 'n billike prosedure moet geskied.<sup>297</sup>

Elke vorm van billike ontslag het sy eie prosedure wat gevolg moet word. By die ontslag weens wangedrag, word 'n billike verhoor vereis. By die ontslag weens onbevoegdheid moet daar eers gepoog word om met die werknemer te konsulteer en om vir hom 'n alternatiewe pos te probeer bied. Die korrekte prosedure wat gevolg moet word in gevalle van ontslag weens bedryfsvereistes, word in artikel 189 en 189A van die WAV soos volg uiteengesit.<sup>298</sup>

...employers contemplating retrenchment were required to consult any person the employer was obliged to consult, a workplace forum, if there was one, a registered trade union whose members might be affected or, in the absence of any of the aforementioned, the affected employees themselves.<sup>299</sup>

Ingevolge artikel 189 moet die volgende prosedures gevolg word:<sup>300</sup>

- Die werkgewer moet konsulteer met alle partye wat betrokke is, of geraak word deur die moontlike ontslag van die werknemer.
- Die werkgewer en die partye betrokke by die konsultasie, moet poog om konsensus te bereik oor toepaslike maatreëls om die ontslag te voorkom of indien dit nie moontlik is nie, die aantal werknemers wat ontslaan word, so min as moontlik te hou.<sup>301</sup>

---

296 A 188 *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

297 Grogan *Dismissal* 179.

298 Sien ook Grogan *Dismissal* 179.

299 Anon 2002 *Employment Law* 4.

300 Van Jaarsveld *Kompendium van Arbeidsreg* 184-187; Du Toit *Labour Relations Law* 436-440; Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 232-234. Die aspekte waarvoor gekonsulteer moet word is: die rede vir die ontslag, stappe geneem om die afdanking te voorkom, seleksie-kriteria, verhoë van die vakbonde, 'n tydskedule vir die afdankings, skeidingsbetaling en skeidingspakkette wat die afdankte werknemers toekom, finansiële inligting verskaf deur die werkgewer, en die maatreëls wat gevolg is om die afdankings te beperk.

301 Du Toit *Labour Relations Law* 432; *Atlantis Diesel Engines (Pty) Ltd v NUMSA* 1994 15 ILJ 1247 (A). Die konsultasie poog om die partye so ver te

- Die werkgewer moet 'n skriftelike kennisgewing uitreik wat alle partye betrokke by die ontslag, uitnooi na die konsultasie, en moet ook skriftelik alle relevante inligting openbaar, welke inligting onder meer die rede vir die ontslag, die alternatiewe wat die werkgewer oorweeg het; die datum waarop die ontslag van krag sal word, en die voorgestelde metode waarvolgens die werknemers wat ontslaan moet word, en hoe dit geselekteer is, insluit.<sup>302</sup>
- Die werkgewer moet die ander partye kans gee om verdediging aan te bied oor enige aspek relevant tot die ontslag (*audi alteram partem*).
- Die werkgewer moet die werknemer se saak oorweeg en daarop reageer; indien hy nie saamstem nie, moet hy redes daarvoor weergee, en
- die werkgewer moet die werknemers wat hy beoog om te ontslaan, kies aan die hand van seleksie-kriteria waartoe die partye tot die konsultasie toegestem het, of indien nie, kriteria wat billik en objektief is.<sup>303</sup>

Hierdie konsultasievoering is later nie meer gebruik bloot om die *bona fide* optrede van die werkgewer te bewys nie, maar ook om te verseker dat die werkgewer bewys het dat die ontslag billik was; dat dit inderdaad op grond van bedryfsvereistes geskied het; dat die werkgewer aan die vereiste prosedure soos in artikel 189 uiteengesit, voldoen het en dat hy die feite waarop hy sy ontslag gebaseer het, kon bewys.<sup>304</sup> Volgens Grogan<sup>305</sup> het die voer van konsultasies 'n spesifieke doel:

---

kry om hulle verskille raak te sien deur te fokus op hulle gedeelde probleem en deur gesamentlik te soek na 'n oplossing wat vir al die partye voordelig is. Partye moet nie net hulle eie belange nastreef en die belange van die ander partye daardeur uitsluit nie. Anon 2002 *Employment Law* 4.

302 Anon 2002 *Employment Law* 5.

303 Van Jaarsveld *Kompendium van Arbeidsreg* 188. Die seleksie-kriteria kan die volgende insluit: dienstydperk by die werkgewer gewerk, bekwaamheid, vaardighede, tegniese kennis, gedrag, diensrekord, ouderdom, geslag en "bumping" (as die werknemer oortollig is in een afdeling van die besigheid, kan hy oorgeplaas word na 'n ander afdeling van die besigheid); Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 237.

304 Grogan *Dismissal* 372,373. Die vraag of die werkgewer aan die prosedure soos deur artikel 189 vereis, voldoen het, het beide 'n objektiewe en 'n subjektiewe dimensie. Die vraag is dus nie net of die werkgewer *bona fide* opgetree het nie, maar of die ontslag op 'n oorwig van waarskynlikheid weens bedryfsvereistes geskied het.

The employee's representatives should be given an opportunity to meet the employers, to receive and digest information, and to meet management as often as is required for thorough exploration of possible solutions to problems affecting the job security of employees.

Die werkgewer moet 'n konsultasie reël op so 'n vroeë stadium as wat hy slegs die ontslag van 'n werknemer of werknemers oorweeg, en nie eers wanneer hy die ontslag tot uitvoering wil bring nie. Daar word juis tydens die konsultasie gepoog om 'n oplossing te vind vir die probleem sonder dat dit nodig is om die werknemer te ontslaan.<sup>306</sup>

In die saak *Fourie v Iscor*<sup>307</sup> het die werkgewer sy besigheid oorgedra aan 'n privaatmaatskappy, waarna hy aandele in die besigheid sou koop. Die ooreenkoms tussen die werkgewer en die ander maatskappy was dat die nuwe werkgewer poste aan al die vorige werkgewer se werknemers moes aanbied. Die nuwe werkgewer het aan die werknemers die aanbod gemaak, en gesê dat, sou hulle die aanbod aanvaar, die aandele onder hulle verdeel sal word en het hulle die keuse om hulle vorige diensvoorwaardes te behou. Indien die werknemers nie die aanbod aanvaar nie, sou hulle as oortollig beskou en gevolglik afgelê word. Sommige van die werknemers het verkies dat hulle dienskontrakte nie saam met die besigheid oorgedra word nie, in die hoop dat hulle skeidingspakkette sou kry. Hierdie besluit het gelei tot die werknemers se ontslag.<sup>308</sup>

Die hof het bevind dat 'n werkgewer geregtig is daarop om sy werknemers die opsie te gee om nie saam met die besigheid oor te gaan na die nuwe werkgewer nie. Dit sal egter veroorsaak dat die werknemers oortollig word en dat hulle dienskontrakte derhalwe deur die werkgewer beëindig kan word. Omdat die werknemers gekies het om nie oorgedra te word nie, en

---

305 Grogan *Dismissal* 376,378. Die hof sê dat die doel van artikel 189 van die WAV is om 'n stel selfstandige pligte neer te lê waaraan die werkgewer moet voldoen. Sou hy nie aan hierdie pligte voldoen nie, sal hy die risiko loop dat sy ontslag van die werknemer onbillik verklaar sal word.

306 Du Toit *Labour Relations Law* 434. Die werkgewer mag nie finaal besluit om 'n werknemer af te dank voordat die konsultasie-proses nie afgehandel is nie; Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 229.

307 *Fourie v Iscor Ltd* 2000 11 BLLR 1269 (LC).

308 *Fourie v Iscor Ltd* 2000 11 BLLR 1269 (LC) 1269-1270.

sodoende oortollig geword het, sal die beëindiging van hulle dienskontrakte neerkom op ontslag en nie bedanking nie.<sup>309</sup>

Die respondent het beweer dat die werknemers nie geregtig is op skeidingspakkette nie, omdat die werknemers onredelikerwys geweier het dat hulle dienskontrakte saam met die besigheid oorgedra word. Die applikante het beweer dat hulle onder die indruk gebring is dat hulle skeidingspakkette sou ontvang, selfs al het hulle die oordragaanbod van die hand gewys. Die hof het beslis dat die respondent die applikante laat glo het dat hulle skeidingspakkette sou ontvang, maar het ook beslis dat die applikante nie meer kan beweer dat hulle nie geweet het dat hulle nie skeidingspakkette sou ontvang nie, aangesien die respondent dit onder hulle aandag gebring het net voordat die oordrag gefinaliseer is.<sup>310</sup>

Die hof het verder beslis dat 'n werkgewer wat aan sy werknemers die opsie gee om by sy besigheid aan te bly, maar wat die risiko loop om oortollige werknemers te hê en hulle later te ontslaan, moet voldoen aan artikel 189-konsultasies. Hierdie konsultasies behels die bespreking van alle relevante aspekte rondom die oordrag van die besigheid wat die werknemers kan beïnvloed. Die werkgewer het in die betrokke geval konsultasies gevoer, maar nie oor die seleksie-kriteria van die oortollige werknemers nie. Derhalwe het die hof beslis dat die ontslag prosedureel onbillik was.<sup>311</sup>

Die konsultasies het nie plaasgevind nie, deels omdat die werknemers slegs gefokus het op die skeidingspakkette. Gevolglik het die hof beslis dat die werknemers nie geregtig is op skeidingspakkette nie, omdat die werkgewer redelikerwys vir hulle addisionele werk aangebied het en wel gedeeltelik aan die vereistes in terme van artikel 189 voldoen het.<sup>312</sup>

---

309 *Fourie v Iscor Ltd* 2000 11 BLLR 1269 (LC) 1285.

310 *Fourie v Iscor Ltd* 2000 11 BLLR 1269 (LC) 1270.

311 *Fourie v Iscor Ltd* 2000 11 BLLR 1269 (LC) 1286.

312 *Fourie v Iscor Ltd* 2000 11 BLLR 1269 (LC) 1289.

Dit is moeilik om te bepaal of konsultasie voldoende was of nie. Die toets wat neergelê word om te bepaal of daar behoorlike konsultasie plaasgevind het, is die vraag of die werknemers of hulle verteenwoordigers 'n redelike kans gegun is om voorstelle te maak oor hoe die afdankings vermy kan word. Hierdie voorstelle kan vir 'n proeftydperk uitgevoer word, maar die mate waartoe dit uitgevoer moet word, is onseker.<sup>313</sup>

Die finale besluit of die werknemer ontslaan moet word of nie, rus op die werkgewer. Die plig om konsultasie te voer, impliseer dat die werkgewer die reg het om sy besluit eensydig uit te voer, mits die konsultasieproses ten volle uitgeput is. Daar is niks wat 'n werkgewer verhoed om weer 'n nuwe konsultasies te voer wanneer hy besef het dat die eerste reeks konsultasies nie behoorlik uitgevoer is nie.<sup>314</sup> Dit word intendeel sterk aanbeveel.

Die werkgewer het die reg om 'n werknemer op grond van sy eie terme te ontslaan, mits hy die regte van die werknemer in gedagte hou. Die werkgewer se besluit om die werknemer te ontslaan, bly egter onderhewig aan die reg van die werknemer om die billikheid van die ontslag in die Arbeidshof te betwis.<sup>315</sup>

### **3.6 Samevatting**

Werknemers was onder die gemenerereg in 'n uiters onsekere posisie omdat werkgewers hulle werknemers ontslaan het wanneer 'n besigheid oorgedra was. Artikel 197 van die WAV het die onseker posisie verlig deur te bepaal dat werknemers saam met die besigheid oorgedra word na die nuwe werkgewer en dat alle regte van die werknemers dieselfde bly. Hierdie regte het die werknemer se reg om nie onbillik ontslaan te word nie, ingesluit.

---

313 Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 228.

314 Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed 236,237.

315 Anon 2002 *Employment Law* 4. Sien ook paragraaf 3.4.2.

Die WAV plaas verder in terme van artikel 187(1)(g) 'n verbod op enige ontslag waarvan die oordrag van besigheid as lopende saak die rede is, of waar die rede vir die ontslag verband hou met die oordrag van die besigheid. Hierdie verbod sluit aan by die werknemer se reg op billike arbeidspraktyke. Ontslag weens die oordrag van 'n besigheid, sal outomaties onbillik wees.

'n Ander vorm van onbillike ontslag is konstruktiewe ontslag. Dit behels dat 'n werknemer oorgaan na die nuwe werkgewer, maar dat die omstandighede onder die nuwe werkgewer minder wenslik is as wat dit was onder die vorige werkgewer. Die rede hiervoor kan wees dat die nuwe werkgewer veranderinge aan die dienskontrak aangebring het wat vir die werknemer onaanvaarbaar is, of die nuwe werkgewer tree opsetlik op ten einde dit vir die werknemer onuithoudbaar maak om verder vir hom te werk. 'n Werkgewer mag so 'n stap doen wanneer hy van die werknemer ontslae wil raak in gevalle waar hy nie 'n ander geldige rede vir 'n billike ontslag het nie.

Indien die omstandighede by die nuwe werkgewer wesenlik minder gunstig is as wat dit by die vorige werkgewer was, kan die werknemer sy dienskontrak by die nuwe werkgewer beëindig en konstruktiewe ontslag beweer. In sulke gevalle word die werknemer geag deur die werkgewer ontslaan te gewees het, ten spyte van die feit dat die werknemer die dienskontrak beëindig het. Konstruktiewe ontslag in hierdie omstandighede word as outomaties onbillike ontslag beskou ingevolge artikel 187(1)(f) van die 1995 WAV.

Daar is sekere remedies tot die werknemer se beskikking wanneer hy onbillik ontslaan was. Eerstens kan die werknemer herindiens geneem word in enige geskikte beskikbare pos. In hierdie omstandighede word 'n nuwe kontrak tussen die werkgewer en die werknemer gesluit. Tweedens kan hy herindiens gestel word. Dit behels dat die werkgewer die werknemer weer die pos aanbied waarin hy was (of in 'n pos soortgelyk daaraan) tydens die onbillike ontslag. Die gevolg van hierdie remedie is

dat die kontrak herleef, en sal dit wees asof daar nooit 'n onderbreking in die dienslewering van die werknemer was nie.

Bogenoemde remedies word die meeste gebruik, maar daar is gevalle waar hierdie remedies nie redelik uitvoerbaar is nie. Dit kom byvoorbeeld voor wanneer die besigheid verkoop is na die ontslag van die werknemer en die werkgever dus nie meer in staat is om die werknemer weer in diens te neem of indiens te stel nie. Nog 'n geval sal wees wanneer die werknemer nie meer onder die nuwe werkgever wil werk nie, omdat die omstandighede by die werk onuithoudbaar is. In sulke gevalle sal die hof die werkgever beveel om 'n bedrag kompensasie te betaal.

Die werknemer kan egter ook billik ontslaan word, byvoorbeeld in gevalle van bedryfsvereistes. Nadat die werknemer bewys het dat ontslag wel plaasgevind het, moet die werkgever bewys dat die ontslag substantief billik was. Dit sal die geval wees indien die ontslag gegrond was op ekonomiese, strukturele of tegnologiese redes. Dit moet in die werkgewer se beste belang wees om die werknemer te ontslaan.

Behalwe dat die ontslag substantief billik moet wees, moet dit ook prosedureel billik wees. Dit behels dat konsultasies met alle partye betrokke by die ontslag gevoer moet word. Tydens die konsultasies word sekere aspekte aangeraak, byvoorbeeld die rede vir die ontslag, betaalbare uittreelone, die datum waarop die ontslag van krag sal word asook pogings om konsensus te bereik oor moontlike alternatiewe tot ontslag. Die werkgever mag eers finaal besluit oor die ontslag nadat die konsultasies afgehandel is.

Bogenoemde bespreking was gemik op die Suid-Afrikaanse reg en die wetgewing daarin van toepassing op die oordrag van besighede. In hierdie bespreking is aangedui hoe die Suid-Afrikaanse howe die regte van werknemers by die oordrag van besighede beskerm deur gehoor te gee aan die statutêre wetgewing.

In die volgende twee hoofstukke sal gefokus word op die Engelse reg en die wetgewing daarin vervat, met die uitsluitlike doel om die regte van werknemers by die oordrag van besighede te beskerm.

## HOOFSTUK 4

### OORDRAG VAN BESIGHEDE IN DIE ENGELSE REG

#### 4.1 Agtergrond

Waar die Suid-Afrikaanse reg 'n wye benadering volg, is die Engelse reg meer spesifiek in sy toepassing. Die wye benadering van die Suid-Afrikaanse reg behels dat aspekte soos wangedrag en onbevoegdheid saam met bedryfsvereistes as gronde vir billike ontslag by oordragte kan kwalifiseer.<sup>316</sup>

Net soos in die geval by die Suid-Afrikaanse reg, het die Engelse "*Common Law*" nie voldoende beskerming verleen by die oordrag van besighede nie en moes wetgewing uitgevaardig word om hierdie leemtes deur die "*Common Law*" geskep, te vul.<sup>317</sup>

Die Engelse "*Common Law*" sal vervolgens bespreek word, asook die wetgewing wat daarop gevolg het.<sup>318</sup> Die begrip "oordrag van besighede" sal op dieselfde wyse soos in die Suid-Afrikaanse reg hierbo bespreek word.<sup>319</sup> Die doel van hierdie hoofstuk is derhalwe om 'n uiteensetting te gee van die wetgewing van toepassing by die oordrag van besighede en hoe dit die werknemers se regte beskerm. Die verskille en ooreenkomste tussen die Engelse reg en die Suid-Afrikaanse reg sal, waar moontlik, aangedui word.

Terloopse melding word ook gemaak van ander tersaaklike Europese regspraak en wetgewing.

---

316 Workman-Davies 2007 *ILJ* 2136, 2149. Aangesien die Engelse reg in hierdie betrokke gevalle in 'n mate meer gevorderd as die Suid-Afrikaanse reg is, kan dit leiding aan ons reg bied in die vasstelling wanneer 'n ontslag voor of na 'n oordrag onbillik is. Sien ook paragraaf 3.2.

317 Sien paragraaf 4.2. Sien ook paragraaf 2.2.

318 Sien paragraaf 4.2 en 4.3.

319 Sien paragraaf 4.4.1.

## 4.2 "Common Law"

Die Engelse "Common Law" het nie voldoende beskerming aan werknemers gebied nie. In die Suid-Afrikaanse reg het die werkgewer onder die gemenereg sy werknemers se dienskontrakte by wyse van afdankings beëindig.<sup>320</sup> Onder die Engelse "Common Law" het die werknemers se dienskontrakte by die oordrag van 'n besigheid by wyse van regswerking geëindig, tensy die partye ooreengestem het om sodanige dienskontrak saam met die besigheid oor te dra.<sup>321</sup> Volgens die hof in *Nokes v Doncaster Amalgamated Collieries*<sup>322</sup> was die toestemming van alle betrokke partye onder die "Common Law" vir die oordrag van 'n werknemer se dienskontrak vereis, omdat die dienste wat die werknemer lewer, deur hom persoonlik gelewer moet word.<sup>323</sup> Onder die Suid-Afrikaanse gemenereg was die werknemer se toestemming ook nodig voordat die dienskontrak oorgedra kon word.<sup>324</sup>

Die werknemer kon nie daarop aanspraak maak om deur die nuwe werkgewer in diens geneem te word nie, en laasgenoemde was onder geen verpligting om dit te doen nie.<sup>325</sup> Hierdie aspek is soortgelyk aan die Suid-Afrikaanse reg. Die vorige werkgewer kon nie sy werknemers dwing om oor te gaan na die nuwe werkgewer nie.<sup>326</sup> So ook was daar geen verpligting op die nuwe werkgewer om die werknemers in diens te neem nie.<sup>327</sup> Die werknemer kon ook nie daarop aandring dat sy regte soos onder die vorige werkgewer deur die nuwe werkgewer respekteer moet

---

320 Sien paragraaf 2.2.

321 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 2.

322 *Nokes v Doncaster Amalgamated Collieries Ltd* 1940 3 All ER 549. Sien ook paragraaf 2.2.

323 Younson *Employment Law* 2; McMullen *Business Transfers* 3; Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 2.

324 Sien paragraaf 2.2.

325 Younson *Employment Law* 2. Die nuwe werkgewer het net 'n verpligting teenoor die vorige werkgewer se werknemers as hy 'n reg skep waarop die werknemers kan steun, byvoorbeeld deur vir die werknemer 'n pos aan te bied.

326 Sien paragraaf 2.2.

327 Sien paragraaf 2.2.

word nie, aangesien die nuwe werkgever nie tot sodanige respek verplig was nie.<sup>328</sup>

Onder die "*Common Law*" was die werknemer gevolglik nie geregtig op die voortsetting van sy diens binne die besigheid waarin hy gewerk het voor die oordrag nie. Hy was dus nie geregtig daarop om in diens geneem te word onder die kontraktuele terme soos voor die oordrag nie en hy was ook nie geregtig op enige inligting of konsultasies in verband met die oordrag van die besigheid nie.<sup>329</sup> Weens hierdie gebreke in die "*Common Law*" is wetgewing uitgevaardig met die doel om die "*Common Law*" posisie te wysig.<sup>330</sup>

### **4.3 Wetlike beskerming van werknemers**

In antwoord op voorafgaande tekortkominge wat deur die "*Common Law*" veroorsaak was, het die Engelse wetgewer die *Employment Protection (Consolidation) Act 1978* oftewel EP(C)A, en *Transfer of Undertaking (Protection of Employment) Regulations* oftewel TUPE Regulations gepromulgeer ten einde aan werknemers die nodige beskerming te verleen.

#### **4.3.1 *Employment Protection (Consolidation) Act 1978 [EP(C)A]***

Die belangrikste aspekte wat deur die EP(C)A gereguleer word, behels die voortsetting van diens van die werknemer en sy reg op oortolligheidsbetaling.<sup>331</sup>

Paragraaf 17(2) Skedule 13 van die EP(C)A bepaal dat 'n werknemer se termyn wat hy gewerk het onder die vorige werkgever, beskou word as 'n

---

328 McMullen *Business Transfers* 3,4. Younson *Employment Law* 5. Die nuwe werkgever kan ook selektief te werk gaan in die aanstelling van die werknemers. Sodanige selektiewe aanstelling is steeds onderhewig aan die verbod op onbillike diskriminasie.

329 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 2-3.

330 Sien paragraaf 4.3.

331 Younson *Employment Law* 67; McMullen *Business Transfers* 5,6.

termyn gewerk onder die nuwe werkgewer by die oordrag van 'n besigheid. 'n Oordrag van besigheid sal dus nie die werknemer se diensternyn onderbreek nie.<sup>332</sup> Paragraaf 17(2) is die ekwivalent van artikel 197 van die 1995 WAV wat verseker dat 'n werknemer saam met die besigheid oorgedra word sonder dat dit 'n onderbreking in sy dienskontrak veroorsaak.<sup>333</sup>

Oortolligheidsbetalings ("*redundancy payments*") word gereguleer deur artikel 94.<sup>334</sup> 'n Nuwe werkgewer kan in terme van hierdie artikel 'n werksaanbod aan die werknemer maak, en indien die werknemer die aanbod aanvaar, sal enige ontslag weens oortolligheid deur die vorige werkgewer verval. Dit word dan beskou asof die ontslag nooit plaasgevind het nie.<sup>335</sup>

Alhoewel skedule 13 en artikel 94 verskillende situasies reël, het beide bepalings dieselfde oogmerk, naamlik om die gaping wat ontstaan tussen die opeenvolgende werkgewers by die oordrag van 'n besigheid, te oorbrug.<sup>336</sup>

Wanneer 'n werknemer in terme van die *TUPE Regulations* oorgedra word na die nuwe werknemer (outomatiese oordrag by oordrag van besigheid), sal daar nie sprake van 'n ontslag wees nie en sal die EP(C)A, wat die

---

332 McMullen *Business Transfers* 92; Younson *Employment Law* 7. Die rede hiervoor is dat dit onbillik sou wees om van werknemers te verwag om 'n verdere twee jaar te werk om weer te kwalifiseer vir sekere statutêre regte, aangesien die oorgaan op 'n nuwe werkgewer sou beteken dat hulle al hulle bestaande regte sou verloor.

333 Sien paragrawe 2.3 en 2.4.

334 A 94 *Employment Protection (Consolidation) Act* 1978. Hierdie artikel het effek wanneer daar 'n oordrag van besigheid plaasgevind het en die werknemer – wat onmiddellik voor die oordrag werksaam was by die besigheid – word deur die vorige werkgewer ontslaan, hetsy met of sonder kennis.

335 Hepple 1982 *ILJ* 31; McMullen *Business Transfers* 93.

336 McMullen *Business Transfers* 93,94. Die bepalings moet dieselfde ontleed word. Artikel 94 moet gelees word asof dit verwys na handel, besigheid of onderneming en nie net "besigheid" *per se* nie, terwyl paragraaf 17(2) ontleed moet word asof die oordrag ook verandering in eienaarskap van besigheid behels. McMullen *Business Transfers* 110. Vir die gapings om geïgnoreer te word, moet dit veroorsaak gewees het deur die meganismes van die oordrag. Sou die gaping te lank duur, verminder die kans dat dit oor die hoof gesien sal word.

oortolligheidsbetaling betref, nie van toepassing wees nie. Indien die nuwe werkgewer dalk sou besluit om die werknemer te ontslaan na die oordrag op grond van oortolligheid, sal die bepalinge van EP(C)A wel in werking tree en sal die werknemer geregtig wees op oortolligheidsbetaling.<sup>337</sup> Ontslag in hierdie omstandighede kan ongedaan gemaak word indien die nuwe werkgewer binne vier weke na die ontslag 'n werksaanbod aan die werknemer maak.<sup>338</sup>

Onder die EP(C)A word vereis dat die werknemer binne die diens van die vorige werkgewer moes wees ten tyde van die oordrag van die besigheid. Sou die werknemer nie op hierdie stadium 'n werknemer by die betrokke besigheid gewees het nie, sal paragraaf 17 nie van toepassing wees nie en sal die oorgaan na 'n nuwe werkgewer die dienstermyn van die werknemer onderbreek.<sup>339</sup>

Wood R het in *Macer v Abafast Ltd* beslis dat die frase "ten tyde van die oordrag" soos volg hanteer moet word.<sup>340</sup>

...in approaching the proper construction to be given to the words of the Act of 1978, a court should lean in favour of that interpretation which best gives effect to the preservation of continuity of service and hence to the preservation of rights of the employee and to obviate and discourage a tactical manoeuvre which seeks to avoid the clear intention of Parliament.<sup>341</sup>

#### **4.3.2 Transfer of Undertaking (Protection of Employment) Regulations (TUPE Regulations) 1981**

Waar die Suid-Afrikaanse reg ontslag deur middel van bedryfsvereistes regverdig, en gebruik maak van artikel 197<sup>342</sup> en artikel 187(1)(g)<sup>343</sup> om die

---

337 McMullen *Business Transfers* 113,114.

338 McMullen *Business Transfers* 115.

339 McMullen *Business Transfers* 102. Die vraag na die effek van die gaping tussen die vorige werkgewer en die nuwe werkgewer tydens oordrag is belangrik aangesien werkgewers soms poog om die werknemers se dienslewering te onderbreek by 'n oordrag sodat die werknemers herindiens geneem kan word deur die nuwe werkgewers. Younson *Employment Law* 7.

340 *Macer v Abafast Ltd* 1990 ICR 234.

341 McMullen *Business Transfers* 109.

342 A 197 *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

343 A 187(1)(g) *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995.

oordrag van besighede en 'n ontslag wat daarmee saamval te reguleer, maak die Engelse reg gebruik van regulasies 5 en 8 van die 1981 *TUPE Regulations*.

Die beskerming van werknemers se regte het sy oorsprong in die Europese reg in die *Acquired Rights Directive* 1977,<sup>344</sup> (hierna *ARD*) gehad. Die 1977 *ARD* was deur die 1998 *ARD*<sup>345</sup> gewysig omdat die voormalige *ARD* uitgediend geraak het. Die laaste wysiging het in 2001 plaasgevind. Tans is die 2001 *ARD*<sup>346</sup> die instrument wat verantwoordelik is vir die regulering van die *TUPE Regulations*.<sup>347</sup>

Die *ARD* is 'n instrument van die Europese Kommissie wat aanleiding gegee tot die 1981 *TUPE Regulations*.<sup>348</sup> Die idee was dat die *TUPE Regulations* die beskerming van die regte soos deur *ARD* gereguleer, moes voortsit. Die 2001 *ARD* bepaal dat die vorige werkgewer se regte en verpligtinge net so oorgedra moet word na die nuwe werkgewer wanneer die besigheid oorgedra word.<sup>349</sup> Die 2001 *ARD* bepaal ook dat wanneer die besigheid oorgedra word, die werknemer se hele kontrak met alle regte daarin vervat ook oorgedra moet word na die nuwe werkgewer.<sup>350</sup> Verder bepaal die 2001 *ARD* dat die oordrag van 'n besigheid nie 'n grond vir ontslag sal wees nie en dat die werknemer geregtig is daarop om inligting rakende die oordrag te ontvang en om deur die werkgewer daarvoor gekonsulteer te word.<sup>351</sup>

Die *TUPE Regulations* is slegs van toepassing wanneer 'n besigheid of 'n deel van 'n besigheid oorgedra word van een persoon aan 'n ander, welke besigheid of deel van 'n besigheid onmiddellik voor die oordrag in die Verenigde Koninkryk geleë moet wees. Hierdie regulasies is wyd genoeg

---

344 *Acquired Rights Directive: EC Council Directive 77/187*; Taylor and Emir *Employment Law* 490.

345 *Acquired Rights Directive: EC Council Directive 98/50*.

346 *Acquired Rights Directive: EC Council Directive 2001/23*.

347 McMullen 2006 *ILJ* 114; Sargeant 2002 *ILJ* 35; Todd *Business Transfers* 13.

348 McMullen *Business Transfers* 8.

349 McMullen *Business Transfers* 8.

350 McMullen *Business Transfers* 9.

351 McMullen *Business Transfers* 9; Younson *Employment Law* 6.

geformuleer dat dit enige vorm van relevante oordrag sal insluit.<sup>352</sup> Die begrip "relevante oordrag" word dan ook in terme van regulasie 3(1) van die 1981 *TUPE Regulations* gedefinieer as die oordrag van 'n besigheid, welke besigheid onmiddellik voor die oordrag binne die Verenigde Koninkryk geleë moet wees, van een persoon aan 'n ander.

In die saak *Foreningen af Arbejdsledere Danmark v Daddy's Dance Hall A/S*<sup>353</sup> het die Europese Geregshof bevind dat die 2006 *TUPE Regulations* van toepassing is in gevalle waar daar, weens 'n verkoop of samesmelting, 'n verandering in die persoon verantwoordelik vir die bestuur van die besigheid plaasvind.<sup>354</sup>

Die 1981 *TUPE Regulations* maak in terme van regulasie 8<sup>355</sup> spesifiek voorsiening vir die gevalle waar 'n werknemer deur die vorige werkgewer of die nuwe werkgewer voor of na die oordrag van die besigheid weens die oordrag ontslaan word. Die *TUPE Regulations* maak sodanige ontslag outomaties onbillik, tensy die ontslag geregverdig kan word deurdat dit op 'n ekonomiese, tegniese of organisatoriese grond gebaseer is.<sup>356</sup>

The *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations (TUPE)*, which address the rights of employees and the obligations and responsibilities of employers in respect of the wide range of transactions and events which fall within their scope, derive constitutionally from the European Union (EU). The United Kingdom is required to implement into its domestic law the principles established by the Acquired Rights Directive (*ARD*) which, to quote its longer title, relates to "the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses".<sup>357</sup>

---

352 Younson *Employment Law* 40,44. Vir die 1981 *TUPE Regulations* om van toepassing te wees by die oordrag van 'n deel van 'n besigheid, moes sodanige deel identifiseerbaar en skeibaar wees van die "moeder" besigheid en dit moes oorgedra word asof dit 'n besigheid op sy eie is.

353 *Foreningen af Arbejdsledere Danmark v Daddy's Dance Hall A/S* 1988 IRLR 315, ECJ.

354 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 21,22.

355 Regulasie 8 *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* 1981.

356 McMullen *Business Transfers* 35,36,103; Workman-Davies 2007 *ILJ* 2133. Diegene wat deur ontslag geraak word, geniet die beskerming van hulle vakbondverteenwoordigers deurdat sodanige verteenwoordigers met hulle konsulteer oor die oordrag van die besigheid.

357 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 1; Younson *Employment Law* 40. Dit is slegs wanneer daar 'n oordrag van besigheid was dat die

Toe die *TUPE Regulations* in werking getree het in 1981, het dit die "Common Law" posisie soos volg verander:<sup>358</sup>

- 'n Werknemer en sy dienskontrak word nou outomaties saam met die besigheid oorgedra.
- Die nuwe werkgever is aanspreeklik vir alles gedoen deur die vorige werkgever in verband met die werknemers.
- Kollektiewe ooreenkomste en regte van die werknemers gaan outomaties oor op die nuwe werkgever.
- Enige ontslag van 'n werknemer wat verband hou met die oordrag van die besigheid, is outomaties onbillik, tensy daar 'n ekonomiese, tegniese of organisatoriese rede vir die ontslag is; en
- daar word nou van werkgevers vereis om met die werknemers wat beïnvloed gaan word, oor die oordrag te konsulteer.

#### **4.3.3 Transfer of Undertaking (Protection of Employment) Regulations (TUPE Regulations) 2006**

Die 1981 *TUPE Regulations* was met 'n gebrek aan entoesiasme bekendgestel en was eng geformuleer. Voorstelle was gemaak om die 1981 *TUPE Regulations* op te dateer.<sup>359</sup> Die 2006 *TUPE Regulations* is uitgevaardig kragtens artikel 38 van die *Employment Relations Act 1999*<sup>360</sup> (oftewel ERA 1999) en artikel 2(2) van die *European Communities Act 1972*<sup>361</sup> (oftewel ECA 1972).<sup>362</sup>

Die 2006 *TUPE Regulations* het die 1981 *TUPE Regulations* heeltemal vervang en het die volgende veranderinge aangebring:<sup>363</sup>

---

regte van die werknemers deur die 1981 *TUPE Regulations* beskerm sal word.

358 Younson *Employment Law* 6; Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 1. Die 1981 *TUPE Regulations* skep 'n regime vir die beskerming van die werknemers se regte wanneer die besigheid waarbinne hulle werksaam is, van hande verwissel. Taylor and Emir *Employment Law* 490.

359 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 4.

360 A 38 *Employment Relations Act 1999*.

361 A 2(2) *European Communities Act 1972*.

362 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 5.

363 McMullen 2006 *ILJ* 114,115.

- 'n Wyer definisie van *TUPE Regulations* word verskaf om sodoende die oordrag van diens ook in te sluit.
- Die omstandighede rakende ontslag word duideliker uiteengesit in regulasie 7 deur uitdruklik te bepaal dat die ontslag van 'n werknemer by die oordrag van 'n besigheid outomaties onbillik is.
- 'n Verpligting word op die vorige werkgewer geplaas om die nuwe werkgewer bewus te maak van die werknemers se identiteite asook hulle regte en verpligtinge wat voortspruit uit hulle dienskontrakte.
- Die 2006 *TUPE Regulations* is minder rigied in gevalle van insolvente besighede.

#### **4.4 Oordrag van 'n besigheid**

Om die oordrag van 'n besigheid onder die Engelse reg te verstaan, moet die begrip ook komponentsgewys bespreek word soos gedoen in die bespreking van die Suid-Afrikaanse reg.

##### **4.4.1 Komponente van "oordrag van besigheid"**

Die betrokke komponente in die grip "oordrag van besighede" is weereens die begrippe "oordrag" en "besigheid". Die begrip "lopende saak" dra nie soveel gewig in die Engelse reg soos in die Suid-Afrikaanse reg nie.<sup>364</sup>

##### **4.4.1.1 "Oordrag"**

Die 2006 *TUPE Regulations*<sup>365</sup> het 'n tweeledige definisie verskaf betreffende die begrip "relevante oordrag" waarna hier bo verwys is. In die eerste plek is 'n relevante oordrag die oordrag van 'n onderneming, besigheid of deel van 'n besigheid aan 'n ander werkgewer. Dit sluit ook die situasie in waar 'n oordrag van 'n ekonomiese entiteit plaasvind en die betrokke entiteit sy identiteit behou. Hierdie definisie word ook in die 2001

---

<sup>364</sup>    Sien voetnote 403 en 408.

<sup>365</sup>    *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* 2006.

ARD gebruik.<sup>366</sup> Waar die Engelse reg verwys na 'n ekonomiese entiteit, verwys die Suid-Afrikaanse reg na 'n groep individue wat saam 'n ekonomiese aktiwiteit verrig.<sup>367</sup>

Die tweede tipe relevante oordrag sluit gevalle in waar 'n spesifieke diens oorgedra word. Sodoende word uitkontraktering van en die her-tender vir 'n bepaalde diens by die wetgewing ingesluit. Met die insluit van "diens" by die definisie word beskerming verleen aan onafhanklike kontrakteurs.<sup>368</sup> Die begrip "diens" was ook in die Suid-Afrikaanse reg geïnkorporeer met die inwerkingtreding van die 2002 Wysigingswet.<sup>369</sup>

Die oordrag van 'n spesifieke diens behels die verandering van identiteit van die persoon wat in beheer is van die uitvoering van 'n spesifieke diens.<sup>370</sup> Indien daar sekere oordragte is wat nie binne die definisie van die oordrag van 'n diens val nie, byvoorbeeld slegs die voltooiing van 'n enkele taak, sal sodanige oordrag eers getoets moet word om vas te stel of daar 'n relevante oordrag was. Die toets behels die vasstelling of die entiteit wat oorgedra is, onafhanklik kan bestaan en of hy sy identiteit na die oordrag behou het.<sup>371</sup>

---

366 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 7,19. Hierdie stem ooreen met die definisie wat onder die 2001 ARD aangeneem is. Hyams *Business Reorganisations* 9; McMullen 1996 *ILJ* 291.

367 Sien paragraaf 2.6.1.

368 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 7,19; Hepple 1982 *ILJ* 31. Onder die 1981 *TUPE Regulations* was daar geen beskerming vir onafhanklike kontrakteurs nie, hulle was in 'n onsekere posisie gedompel. Sargeant 2002 *ILJ* 43. McMullen 2006 *ILJ* 123. Onder die standaard definisie (eersgenoemde hierbo) is dit 'n vereiste dat die entiteit sy identiteit na die oordrag moes behou het. Onder die uitgebreide definisie (wat "diens" insluit) is dit voldoende dat die besigheid ophou om deur die een persoon bestuur te word en oorgeneem word deur 'n ander.

369 Sien paragraaf 2.6.2.

370 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 41; McMullen 2006 *ILJ* 115. Dit is derhalwe nie meer nodig om Europese regspraak op sekere feite toe te pas om vas te stel of die oordrag van 'n diens sal neerkom op die oordrag van 'n besigheid nie.

371 McMullen 2006 *ILJ* 116.

Die toepassing van die *TUPE Regulations* op die oordrag van besighede word uiteengesit in regulasie 3 van die 2006 *TUPE Regulations*. Regulasie 3<sup>372</sup> bepaal dat 2006 *TUPE Regulations* van toepassing is by:

...a transfer of an undertaking, business or part of an undertaking or business situated immediately before the transfer in the United Kingdom to another person where there is a transfer of an economic entity which retains its identity.<sup>373</sup>

In die Suid-Afrikaanse reg het die oordrag van 'n besigheid as lopende saak plaasgevind wanneer 'n ekonomiese entiteit, tesame met al sy roerende en onroerende bates, kliënte en werknemers wat aan die besigheid verbonde was, in geheel of gedeeltelik aan 'n ander persoon oorgedra is en die besigheid dieselfde funksie verrig het na die oordrag.<sup>374</sup> Die bewoording verskil in 'n sekere mate van die Engelse reg se definisie vir oordrag, maar in wese het dit dieselfde betekenis. In beide gevalle moes die besigheid van hande verwissel het, maar sy identiteit behou het om te kwalifiseer as oordrag van 'n saak.

Die vraag of daar 'n oordrag van besigheid plaasgevind het, is belangrik vir die toepassing van die 2006 *TUPE Regulations*. Om vas te stel of daar 'n besigheid oorgedra is, moet bepaalde vrae gevra word. Die eerste vraag is of daar fisies iets oorgedra is. Tweedens moet gevra word wat dit is wat oorgedra is, en laastens moet vasgestel word of die oordrag kwalifiseer as 'n relevante oordrag in terme van die 2006 *TUPE Regulations*.<sup>375</sup>

Die toets om te bepaal of daar 'n besigheid oorgedra is, is 'n vraag na diens eerder as 'n vraag na eiendom of die lewering van sodanige eiendom. 'n

---

372 Regulasie 3 *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* 2006.

373 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 20,21; McMullen 2006 *ILJ* 118.

374 Sien paragrawe 2.6.1 en 2.6.3.

375 Younson *Employment Law* 12. Die eerste twee vrae moet in alle gevalle gevra word. Die laaste vraag is net verpligtend wanneer daar vasgestel moet word of die 2006 *TUPE Regulations* toepaslik is in 'n spesifieke geval. Die rede hiervoor is omdat die oordrag van die besigheid eers aan sekere kriteria moet voldoen voordat die 2006 *TUPE Regulations* van toepassing sal wees.

Besigheid sal oorgedra wees wanneer die verantwoordelikheid vir of die bestuur van 'n spesifieke entiteit verander het.<sup>376</sup>

#### 4.4.1.2 "Besigheid"

Vir die 2006 *TUPE Regulations* en die EP(C)A om van toepassing te wees, moes daar 'n fisiese oordrag van 'n besigheid gewees het. "Besigheid" in hierdie sin kan beteken enige besigheid, onderneming of enige vorm van handel dryf.<sup>377</sup> Hierdie betekenis wat aan die term "besigheid" geheg word, stem ooreen met die betekenis van besigheid in die Suid-Afrikaanse reg. Die Suid-Afrikaanse reg voeg egter by dat dit ook 'n aktiwiteit kan behels waar 'n wins gemaak word.<sup>378</sup> Artikel 218(1) van die ERA 1996<sup>379</sup> definieer 'n besigheid as enige vorm van handeldryf of professionele en enige aktiwiteit verrig deur 'n liggaam van persone.

Die 2006 *TUPE Regulations* voorsien nie 'n spesifieke definisie vir 'n "besigheid" nie, maar in *Premier Motors v Total Oil*<sup>380</sup> is beslis dat, vir 'n entiteit om as 'n besigheid bekend te staan, dit moet val binne die omskrywing in paragraaf 17(2) Skedule 13 en artikel 94 van die EP(C)A,<sup>381</sup> wat bepaal dat 'n besigheid enige vorm van handeldryf, besigheid of onderneming is.<sup>382</sup>

---

376 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 21,22. Daar hoef geen formele ooreenkoms te bestaan tussen die oordraer en die ontvanger vir 'n besigheid om oorgedra te word nie. Daar hoef ook geen regsverhouding tussen die partye te bestaan nie.

377 McMullen *Business Transfers* 40; Honeyball *Labour Law* 101; Younson *Employment Law* 15. Die hoofkarakter wat in ag geneem moet word, is presies wat dit is wat oorgedra is. Hierdie is 'n feitevraag en 'n vraag na graad in elke geval.

378 Sien paragraaf 2.6.2.

379 A 235(1) *Employment Rights Act* 1996.

380 *Premier Motors (Medway) Ltd v Total Oil (Great Britain) Ltd* 1983 IRLR 471, ECJ.

381 Par 17(2) Skedule 13 en A 94 EP(C)A 1978.

382 Younson *Employment Law* 13. Die enigste verskil tussen 'n besigheid vir die doeleindes van 2006 *TUPE Regulations* en ander doeleindes in die algemeen is dat 'n besigheid in eersgenoemde geval die aard van 'n kommersiële onderneming moet hê.

Dit is belangrik dat 'n besigheid wat oorgedra is, 'n ekonomiese entiteit is. Regulasie 3(2) definieer 'n ekonomiese entiteit as 'n georganiseerde groep hulpbronne wat die doel het om 'n sekere ekonomiese aktiwiteit te verrig, ongeag of sodanige aktiwiteit sentraal of aanvullend tot die besigheid is.<sup>383</sup>

Om vas te stel of dit wat oorgedra is, wel 'n ekonomiese entiteit of besigheid is, moet na die substansie van die transaksie gekyk word, eerder as die vorm.<sup>384</sup> Hierdie siening is deur die Suid-Afrikaanse hof aangeneem.<sup>385</sup> Verder moet daar na die geheel van die omstandighede gekyk word.<sup>386</sup> Die rede hiervoor is dat daar heelwat faktore in die transaksie teenwoordig mag wees wat relevant kan wees om uiteindelik te bevestig dat daar wel 'n besigheid oorgedra is.<sup>387</sup>

Die toets vir die oordrag van 'n lopende saak is ook toegepas in die saak *Spijkers v Gebroeders Benedik Abattoir*<sup>388</sup> waar 'n Europese hof bevestig het dat alle faktore teenwoordig by die spesifieke oordrag, oorweeg moet word. Daar word gekonstateer dat:<sup>389</sup>

...all factors must be looked at including goodwill, who is servicing the vendor's customers, stock-in-trade, buildings and other tangible assets, the value of the vendor's intangible assets, the activities carried on before and after the transfer, the extent of any disruption in those activities, the use of the employees by the purchaser, etc.

---

383 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 23; McMullen 2006 *ILJ* 118. Dit moet die entiteit se mikpunt wees om 'n ekonomiese aktiwiteit te verrig. Sodanige aktiwiteit hoef egter nie die uitsluitlike doel van die entiteit te wees nie. Hyams *Business Reorganisations* 9; Honeyball *Labour Law* 108.

384 Younson *Employment Law* 13,14; McMullen *Business Transfers* 47.

385 Sien paragraaf 2.6.3.

386 Younson *Employment Law* 13.

387 Younson *Employment Law* 13,15. Wanneer die term "lopende saak" gebruik word, moet daar nie aanvaar word dat die winsgewendheid van 'n besigheid 'n relevante faktor is om te bepaal of 'n besigheid oorgedra is nie. Dit maak nie saak of die besigheid wat oorgedra is, winsgewend is of op die punt is om insolvent te word nie.

388 *Spijkers v Gebroeders Benedik Abattoir CV* 1986 2 CMLR 296. Taylor *Employment Law* 492. Hierdie faktore moet onmiddellik voor en onmiddellik na die oordrag oorweeg word om vas te stel of die entiteit in terme van die 2006 *TUPE Regulations* oorgedra is.

389 Younson *Employment Law* 14. Die hof in *Spijkers v Gebroeders Benedik Abattoir CV* 1986 2 CMLR 296 sê dat dit nodig is om vas te stel of dit wat oorgedra is, 'n bestaande ekonomiese entiteit is. Dit sal blyk uit die feit dat die entiteit voortbestuur word deur die nuwe werkgewer met dieselfde ekonomiese aktiwiteite; McMullen 1996 *ILJ* 290.

Wanneer vasgestel is dat dit wat oorgedra is, wel 'n besigheid is, moet vervolgens gevra word of sodanige besigheid oorgedra is as 'n lopende saak.<sup>390</sup> Dit is 'n voorvereiste vir 'n besigheid om oorgedra te wees as lopende saak of "*going concern*".<sup>391</sup> Die konsep "lopende saak" behels 'n toets om vas te stel of daar werklik 'n oordrag van besigheid plaasgevind het.<sup>392</sup>

Ingevolge Europese regspraak vind die oordrag van 'n besigheid as lopende saak plaas wanneer 'n ekonomiese entiteit oorgedra word van een persoon aan 'n ander terwyl die entiteit sy identiteit behou.<sup>393</sup> In die saak *Ledernes Hovedorganisation v Dansk Arbejdsgiverforening*<sup>394</sup> het die Europese hof beslis dat 'n besigheid nie net 'n ekonomiese entiteit moet wees wat sy identiteit behou nie, maar dit moet ook 'n stabiele entiteit wees. Dit wil sê dat die bestuur van die besigheid meer as die uitvoer van 'n spesifieke taak moet behels.<sup>395</sup>

Die "oordrag van 'n onderneming" onder die 2006 *TUPE Regulations* sluit ook die oordrag van 'n onderneming as 'n "lopende saak" in, maar spesifieke bate-verkope sal waarskynlik nie onder die 2006 *TUPE Regulations* gereguleer word nie. Die aspek rakende bate-verkope sal later meer aandag geniet.<sup>396</sup>

'n Aspek wat aansluit by die oordrag van 'n besigheid as lopende saak, is die vereiste dat die besigheid sy identiteit moes behou het nadat hy

---

390 Younson *Employment Law* 13.

391 McMullen *Business Transfers* 40. Die woorde "*going concern*" kom nie voor in artikel 94 of skedule 13 van die EP(C)A nie, maar het sy oorsprong in *Kenmir Ltd v Frizzel & others* 1968 1 All ER 414 gehad.

392 Younson *Employment Law* 13. In *Kenmir Ltd v Frizzel & others* 1968 1 All ER 414 het die regter beslis dat die belangrikste oorweging is of die oordrag van die besigheid die effek gehad het om die ontvanger van die besigheid in besit te plaas van 'n lopende saak waarmee hy verder kon handel dryf sonder onderbreking.

393 Sien paragraaf 4.4.1.1.

394 *Ledernes Hovedorganisation (acting for Rygaard) v Dansk Arbejdsgiverforening (acting for Strø Mølle Akustik A/S)* 48/94 1996 IRLR 51.

395 McMullen 2006 *ILJ* 119.

396 McMullen *Business Transfers* 41.

oorgedra is. In *Spijkers v Gebroeders Benedik Abbatoir*<sup>397</sup> het die Europese hof beslis dat die voortsetting van die besigheid se funksie soos wat dit was voor die oordrag, die eerste aanduiding sal wees dat 'n besigheid as 'n lopende saak oorgedra is.<sup>398</sup>

In hierdie betrokke saak is sekere faktore uiteengesit wat oorweeg moes word by die vasstelling of die besigheid sy identiteit behou het. Een van hierdie faktore het gegaan oor die vraag of die aktiwiteite van die besigheid voor en na die oordrag grootliks soortgelyk is. Verdere faktore wat oorweeg moet word, is die volgende:<sup>399</sup>

- die tipe besigheid wat oorgedra is;
- die vraag of enige tasbare bates saam met die besigheid oorgedra is;
- die vraag of die meeste van die werknemers deur die nuwe werkgewer oorgeneem is;
- die vraag of die besigheid se kliëntebasis oorgedra is, en
- die tydperk wat die aktiwiteite stopgesit is tydens die oordragproses.

Oordrag van besigheid vind ook plaas as slegs 'n gedeelte van die besigheid oorgedra word. Hierdie aspek word deur regulasie 3(1)(a)<sup>400</sup> geregleer. Die enigste vraag wat hier gevra moet word, is of die deel van die besigheid daartoe in staat is om alleen as onafhanklike entiteit te bestaan. Die deel wat oorgedra is, moes 'n erkende deel van die geheel van die besigheid gewees het, ongeag of die deel van die besigheid apart van die geheel van die besigheid bestuur is.<sup>401</sup> Daar word gesê dat:

---

397 *Spijkers v Gebroeders Benedik Abbatoir* CV 1986 2 CMLR 296. Die hof beslis dat dit in sulke gevalle noodsaaklik is om alle feitelike omstandighede teenwoordig by die betrokke oordrag in ag te neem.

398 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 27.

399 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 27,28. Hierdie faktore vorm die hoeksteen vir die vasstelling of 'n besigheid oorgedra is in terme van die 2006 *TUPE Regulations* en of die besigheid sy identiteit behou het. Die belang van die vraag of tasbare bates oorgedra is, is weens die feit dat, sou bates betrokke by 'n "bates-afhanklike besigheid" nie saam met die besigheid oorgedra word nie, kan daar nie gesê word dat die besigheid sy identiteit behou het nie. McMullen 2006 *ILJ* 120.

400 Regulasie 3(1)(a) *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* 2006.

401 McMullen *Business Transfers* 44.

...it is not really necessary to be able to show that the transferred part had prior to the transfer been carried on separately and in a self-contained manner. It is sufficient if it can be seen that the part transferred, which then is self-contained and separate, is a recognisable part of the whole business out of which it is separated.<sup>402</sup>

Onder die Suid-Afrikaanse reg kan 'n deel van 'n besigheid oorgedra word deurdat 'n bepaalde aktiwiteit, funksie of diens van die besigheid by wyse van uitkontraktering oorgedra is. As die funksie of diens in geheel deur die nuwe kontrakteur oorgeneem word, het daar 'n oordrag van 'n deel van 'n besigheid plaasgevind.<sup>403</sup> Daar word nie soos in die Engelse reg vereis dat die deel van die besigheid onafhanklik moet kan bestaan nie.

Die Engelse reg vereis dat wanneer 'n deel van 'n besigheid oorgedra word, daardie deel aan die "lopende saak"-toets moet voldoen. Om te kwalifiseer as 'n lopende saak, moet dit wat oorgedra is 'n afsonderlike en ook 'n selfonderhoudende deel van 'n groter besigheid wees (welke groter besigheid ook 'n lopende saak moet wees).<sup>404</sup> Net soos die geval by die oordrag van 'n besigheid in geheel, moet die deel van die besigheid wat oorgedra is, ook sy identiteit na die oordrag behou.<sup>405</sup>

#### **4.4.2 "Oordrag van besighede as lopende saak" en "oordrag van bates"**

Onder die 1981 *TUPE Regulations* was bepaal dat wanneer daar nie 'n oordrag van besigheid is nie, sal daar net 'n oordrag van bates ontstaan, in welke gevalle die voortsetting van die werknemers se dienste onderbreek sou word. Die 2006 *TUPE Regulations* en die EP(C)A voorsien nie vir die voortsetting van dienste by die suiwer oordrag van bates nie.<sup>406</sup>

---

402 Younson *Employment Law* 31; *Green v Wavertree Heating & Plumbing Co Ltd* 1978 ICR 928; Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 28.

403 Sien paragraaf 2.6.2.

404 Younson *Employment Law* 31. Dit is 'n vraag na feit en graad of die deel van die besigheid voldoende apart en skeibaar van die "moeder" besigheid is.

405 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 28.

406 McMullen *Business Transfers* 45.

Om onderskeid te tref tussen die oordrag van 'n besigheid en die oordrag van bates, kan die oordrag van 'n besigheid omskryf word as die oordrag van 'n versameling van 'n besigheid se bates wat van so aard is dat daar gesê kan word dat dit wat oorgedra is, 'n besigheid as lopende saak is. Die oordrag van slegs sekere bates sal egter nie noodwendig die oordrag van 'n lopende saak daarstel nie.<sup>407</sup>

Oordrag sal meestal bewys kan word deur die bestaan van een of ander vorm van 'n kontrak. Die afwesigheid van sodanige geskrewe kontrak sluit nie die moontlikheid uit dat daar wel 'n oordrag van bates plaasgevind het nie. Bewyse vir so oordrag kan ook in die bestaan van tjeks of 'n kwitansie opgesluit lê. Maar daar mag wel gevalle bestaan waar daar geen dokumentasie is nie.<sup>408</sup>

Vervolgens moet vasgestel word of 'n besigheid oorgegaan het as 'n lopende saak. As daar nie 'n besigheid as lopende saak oorgedra is nie, sal daar slegs 'n oordrag van bates plaasgevind het.<sup>409</sup>

Die vraag of daar 'n oordrag van besigheid plaasgevind het, is 'n feitevraag vir die hof om oor te besluit. Die lewering van bewyse en 'n goedvoorbereide argument sal dus van uiterste belang wees vir die party wat wil bewys dat daar wel 'n oordrag van besigheid plaasgevind het.<sup>410</sup>

#### **4.4.3 Insolvente besighede**

Wanneer 'n besigheid insolvent verklaar word, verkoop die werkgewer gewoonlik die besigheid met al sy bates om sodoende sy skuldeisers te betaal. Die dienskontrakte van die werknemers gaan oor op die nuwe

---

407 Younson *Employment Law* 3. Wanneer 'n fabriek, perseel of sekere toerusting oorgedra is, maar die oorspronklike eienaar bestuur steeds self sy besigheid deur gebruik te maak van ander toerusting en perseel, sal dit net 'n oordrag van bates wees, aangesien die besigheid self nie van hande verwissel het nie.

408 Younson *Employment Law* 34.

409 McMullen *Business Transfers* 46.

410 McMullen *Business Transfers* 46.

eienaar. Die verkoop van die insolvente besigheid sal neerkom op 'n oordrag van besigheid.<sup>411</sup> Dit het egter die gevolg dat die besigheid nie baie aantreklik lyk nie, aangesien enige voornemende koper die werknemers van die insolvente besigheid moet oorneem, tesame met alle skulde deur die insolvente besigheid aan die werknemers verskuldig.<sup>412</sup> Om hierdie probleem op te los, is die beginsel van "hiving down" ontwikkel.<sup>413</sup>

"Hiving down" behels die proses waar die besigheid van die werknemers geskei word om sodoende die besigheid 'n beter proposisie te maak. 'n Subsidiêre besigheid word geskep wat die insolvente besigheid oorneem sonder die werknemers. Die werknemers bly steeds in die oorspronklike werkgewer se diens. Die oorspronklike werkgewer sal dan die werknemers aan die subsidiêre besigheid leen sodat die besigheid kan aangaan met sy normale aktiwiteite. Intussen kan 'n derde party die besigheid koop as lopende saak met die wete dat hy nie oortollige werknemers saam met die entiteit gaan kry nie, aangesien hulle nie meer deel daarvan is nie.<sup>414</sup>

Die moontlikhede bestaan dat hierdie proses misbruik kan word om die *TUPE Regulations* te omseil. Om hierdie rede is regulasie 4 van die 2006 *TUPE Regulations*<sup>415</sup> aangeneem. Hierdie regulasie bepaal dat:

...where the receiver of the property or part of the property of a company (or an administrator of a company appointed under Part II of the Insolvency Act 1986), or, as in the case of a creditor's voluntary winding up, the liquidator of a company, transfers the company's undertaking (the 'relevant undertaking') to a wholly owned subsidiary of the company...<sup>416</sup>

---

411 Pollard 1996 *ILJ* 192.

412 Pollard 1996 *ILJ* 192,200. Dit sal gebeur slegs as die werknemer voor of na die oordrag ontslaan word met die oordrag as uitsluitlike rede vir die ontslag.

413 Younson *Employment Law* 82. Likwidateure kan meer geld uit 'n besigheid maak wanneer dit verkoop word as lopende saak, aangesien welwillendheid saam met die besigheid sal oordra.

414 Younson *Employment Law* 82; Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 193,194; McMullen *Business Transfers* 223-225; McMullen 2006 *ILJ* 131,132; Pollard 1996 *ILJ* 197.

415 Regulasie 4 *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* 1981.

416 Younson *Employment Law* 82,83.

Hierdie regulasie sal van toepassing wees wanneer 'n likwidateur aangestel is en sodanige likwidateur alle bates van die insolvente besigheid oorgedra het na die subsidiêre besigheid toe. Dit is eers hierna wat regulasie 4 inwerking sal tree. Volgens regulasie 4 sal die oordrag beskou word asof dit nog nie gebeur het nie, totdat die nuwe eienaar staak om 'n subsidiêre besigheid vir die vorige eienaar se besigheid te wees en totdat die onderneming oorgedra is van die nuwe eienaar aan 'n derde persoon.<sup>417</sup>

Regulasie 4 hou egter een probleem in. Niks verhoed die werkgewer van die derde besigheid (besigheid wat die insolvente besigheid koop) om die likwidateur te versoek om die werknemers wat hy nie wil gebruik nie, te ontslaan. Regulasie 5 tree ook nie in werking nie aangesien vereis word dat die werknemers onmiddellik voor die oordrag in die oorspronklike werkgewer se diens moes gewees het, wat nie die geval hier is nie, aangesien hulle aan die subsidiêre besigheid geleen is. Die werknemers sal in 'n moeilike posisie geplaas word, want deur te eis vir onbillike ontslag sal hulle moet kompeteer met die ander skuldeisers van die besigheid.<sup>418</sup>

Volgens die 2006 *TUPE Regulations*<sup>419</sup> sal die nuwe werkgewer geen skulde teenoor die werknemers deur die vorige werkgewer verskuldig, oploop nie. Die nuwe werkgewer mag ook die terme en voorwaardes van die werknemers se dienskontrakte wysig na behoorlike konsultasie met die werknemers se verteenwoordigers.<sup>420</sup> Verder is die proses van "*hiving down*" nie in die 2006 *TUPE Regulations* geïnkorporeer nie omdat dit geen doel meer gedien het nie; dit is slegs gebruik om die *TUPE Regulations* te omseil.<sup>421</sup>

---

417 Younson *Employment Law* 83; McMullen *Business Transfers* 222,223.

418 Younson *Employment Law* 84; Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 179; Pollard 1996 *ILJ* 200. Ontslag in hierdie verband sal onvermydelik beskou word as ontslag weens die oordrag van 'n besigheid.

419 *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* 2006.

420 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 179,180.

421 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 194; Hyams *Business Reorganisations* 23.

Terwyl 'n nuwe besigheid geskep word in die Engelse reg en die werknemers vir daardie besigheid geleen word, word in die Suid-Afrikaanse reg in terme van artikel 197A vereis dat die werknemers oorgedra word na die nuwe werkgever asof die besigheid solvent is, met die verskil dat hulle regte en verpligtinge steeds afdwingbaar bly teenoor die vorige werkgever.<sup>422</sup>

#### 4.5 Samevatting

Die oordrag van 'n lopende saak was aanvanklik deur die Engelse "*Common Law*" gereguleer. In terme van hierdie "*Common Law*" kon 'n werknemer se dienskontrak nie saam met die besigheid oorgedra word sonder al die partye se toestemming nie. Hierdie vereiste het 'n onsekere situasie vir die werknemers geskep aangesien die nuwe werkgever onder geen verpligting was om toestemming vir die oordrag van die werknemers te verleen nie. 'n Behoeftige aan statutêre regulering het gevolglik ontstaan.

Die EP(C)A en *TUPE Regulations* is uitgevaardig om hierdie leemte van die "*Common Law*" te vul. Die EP(C)A reguleer hoofsaaklik die kontinuïteit van die werknemer se dienskontrak ingevolge paragraaf 17 van Skedule 13. Verder voorsien dit in terme van artikel 94 vir oortolligheidsbetaling wanneer 'n werknemer weens oortolligheid ontslaan is.

Aanvanklik was die 1981 *TUPE Regulations* van krag. Hierdie regulasies was daarop gemik om die regte van die werknemers te beskerm. In terme van regulasie 5 is die oordrag van die dienskontrakte van werknemers verseker wanneer eiendomsreg van 'n besigheid van hande verwissel. Regulasie 5 het dieselfde effek gehad as artikel 197(2) van die 1995 WAV. Verder het regulasie 8 bepaal dat ontslag weens die blote oordrag van 'n besigheid onbillik sou wees. Hierdie regulasie het dieselfde effek gehad as artikel 187(1)(g) van die 1995 WAV. Een verskil kan egter geïdentifiseer word. Waar artikel 187(1)(g) 'n uitdruklike verbod plaas op die ontslag van

---

422    Sien paragraaf 2.7.

'n werknemer waar die oordrag die direkte rede vir die ontslag is, bepaal regulasie 8 slegs dat die ontslag onbillik sal wees.

Die 2006 *TUPE Regulations* is later in werking gestel. Die gebrek aan entoesiasme en eng formulering van die 1981 *TUPE Regulations* het hertoe aanleiding gegee. Die toepassing van die 2006 *TUPE Regulations* is duideliker, maar oor die algemeen het dit nie wesenlike veranderinge in die 1981 *TUPE Regulations* aangebring nie. Regulasie 5 was vervang deur regulasie 4 en regulasie 8 was vervang deur regulasie 7. Hierdie regulasies het in wese dieselfde gebly.

Die 2006 *TUPE Regulations* definieer 'n oordrag van besigheid as die oordrag van 'n lopende saak van een persoon aan 'n ander, welke onderneming onmiddellik voor die oordrag binne die Verenigde Koninkryk geleë moes wees. Alhoewel onder die Engelse reg ook vereis word dat die besigheid 'n lopende saak moet wees, word nie soveel klem daarop gelê soos in die Suid-Afrikaanse reg nie.

Net soos in die Suid-Afrikaanse reg, kan die begrip "oordrag van besigheid" ook in die Engelse reg in komponente opgedeel word. Die begrip "oordrag" beteken die oordra van 'n entiteit aan 'n nuwe werkgewer waar die entiteit sy identiteit behou. Sedert die 2006 *TUPE Regulations* word oordrag van "diens" ook by hierdie definisie ingesluit.

Die begrip "besigheid" word deur die 2006 *TUPE Regulations* gedefinieer as enige handel of professie en enige aktiwiteit verrig deur 'n liggaam van persone. Hierdie begrip kan ook 'n onderneming of nywerheid insluit.

Soos in die Suid-Afrikaanse reg, kan in die Engelse reg ook onderskeid getref word tussen solvente en insolvente besighede. Die posisie met solvente besighede is reeds hierbo uiteengesit. Met insolvente besighede word 'n subsidiêre besigheid geskep wat die insolvente besigheid se funksies oorneem totdat die besigheid verkoop word. Die insolvente besigheid se werknemers word deur die subsidiêre besigheid geleen maar

die werknemers bly in die diens van die insolvente werkgewer. Die skulde teenoor die werknemers sal nie oorgaan op die nuwe werkgewer nie.

Bogenoemde uiteensetting behels die algemene regsposisie van en toepaslike wetgewing by die oordrag van besighede ingevolge die Engelse reg. In die volgende hoofstuk gaan gefokus word op die werknemers se regte wat ten tye van 'n oordrag beskerm moet word, asook hoe die Engelse howe en wetgewing uitvoering gee aan hierdie regte.

## HOOFSTUK 5

### EFFEK VAN OORDRAG OP DIE WERKNEMERS IN DIE ENGELSE REG

#### 5.1 Agtergrond

Ingevolge artikel 94 van die ERA 1996 het elke werknemer die reg om nie onbillik deur sy werkgever ontslaan te word nie.<sup>423</sup> Hierdie artikel is die ekwivalent van artikel 185 van die 1995 WAV in die Suid-Afrikaanse reg.<sup>424</sup>

Ontslag sou onbillik wees wanneer die werkgever nie die ontslag by wyse van 'n regsgeldige rede kon regverdig nie.<sup>425</sup> Ontslag weens die oordrag van 'n besigheid kom ook neer op onbillike ontslag.<sup>426</sup> Om die werknemer se reg om nie onbillik ontslaan te word nie in gevalle waar 'n besigheid oorgedra word, te beskerm, is wetgewing uitgevaardig met die doel om die oordrag van die werknemer en die ontslag van die werknemer by die oordrag van 'n besigheid te reguleer.

In hierdie hoofstuk gaan aangedui word wat van die werknemer word wanneer 'n besigheid oorgedra word.<sup>427</sup> Die onbillikheid van ontslag tydens die oordrag van 'n besigheid, asook die wetgewing wat hier van toepassing is om sodanige onbillikheid te reguleer, gaan ook bespreek word.<sup>428</sup> Die remedies wat by die ontslag tydens 'n oordrag beskikbaar is, sal hierby aansluit.<sup>429</sup> Net soos onder die Suid-Afrikaanse reg, bestaan daar omstandighede waar ontslag by die oordrag van besighede billik sal wees. Hierdie omstandighede sal ook meer aandag geniet.<sup>430</sup>

Die doel van hierdie hoofstuk is om aan te dui dat die ontslag van 'n werknemer voor of na die oordrag van 'n besigheid met die doel om 'n

---

423 Honeyball *Labour Law* 148.

424 Sien paragraaf 3.2.

425 Honeyball *Labour Law* 149.

426 Honeyball *Labour Law* 155.

427 Sien paragraaf 5.2.

428 Sien paragraaf 5.3.2.

429 Sien paragraaf 5.3.2.3.

430 Sien paragraaf 5.3.3.

bepaalde effek op die oordrag te hê, onbillik sal wees. Daar bestaan egter gronde vir billike ontslag, welke gronde met hierdie hoofstuk uitgelig sal word.

## 5.2 Oordrag van werknemers

Onder die 2006 *TUPE Regulations* word die outomatiese oordrag van werknemers deur regulasie 4 gereguleer.<sup>431</sup> Volgens hierdie regulasie mag geen oordrag van 'n besigheid as lopende saak die beëindiging van 'n werknemer se dienskontrak tot gevolg hê nie. Na die oordrag sal die dienskontrak tussen die vorige werkgewer en die werknemer beskou word asof dit gesluit is tussen die nuwe werkgewer en die werknemer.<sup>432</sup> Soortgelyk aan hierdie bepaling is artikel 197(2) van die 1995 WAV in die Suid-Afrikaanse reg wat bepaal dat 'n nuwe werkgewer in die plek van die vorige werkgewer geplaas word asof die dienskontrak tussen die nuwe werkgewer en die werknemer gesluit is.<sup>433</sup>

Hierdie regulasie reël ook die oordrag van regte, verpligtinge en magte van die werknemer na die nuwe werkgewer.<sup>434</sup> Volgens hierdie bepaling sal enigiets gedoen deur die vorige werkgewer voor die oordrag in verband met 'n kontrak of werknemer deur hom voltooi moet word. Dit is egter ook moontlik dat 'n deel deur die nuwe werkgewer voltooi kan word.<sup>435</sup>

Hierdie regulasie moet uitgevoer word in ooreenstemming met artikel 3 van die *ARD*,<sup>436</sup> wat bepaal dat alle regte en verpligtinge van die vorige

---

431 Regulasie 5 *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* 1981; Hepple 1982 *ILJ* 34.

432 McMullen *Business Transfers* 133; Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 60; Hyams *Business Reorganisations* 56; Lewis 1982 *Comparative Labor Law* 266,267; Hepple 1982 *ILJ* 35; Honeyball *Labour Law* 110.

433 Sien paragraaf 2.3 en 2.4.

434 Hepple 1982 *ILJ* 34; McMullen *Business Transfers* 133.

435 McMullen *Business Transfers* 133.

436 A 3 *Acquired Rights Directive: EC Council Directive 77/187*.

werkgewer wat uit die diensverhouding met sy werknemers ontstaan het, ook oorgedra moet word na die nuwe werkgewer.<sup>437</sup>

Dit is belangrik om te weet wie binne die definisie van 'n "werknemer" val, aangesien dit net werknemers is wat ingevolge die *TUPE Regulations* outomaties oorgedra sal word.<sup>438</sup> Regulasie 2(1) van die 2006 *TUPE Regulations*<sup>439</sup> se definisie van 'n werknemer omvat die volgende:

Any individual who works for another person whether under a contract of service or apprenticeship or otherwise but does not include anyone who provides services under a contract for service and reference to a person's employer shall be construed accordingly.

Die vraag na watter kontrakte na die nuwe werkgewer oorgedra moet word, word beantwoord met die volgende woorde soos aangehaal uit die regulasie: "...such contract which would otherwise have been terminated by the transfer".<sup>440</sup> Wat vreemd is omtrent hierdie bewoording, is dat geen oordrag 'n werknemer se kontrak outomaties beëindig nie. Sou die oordrag veroorsaak dat die werknemer nie meer onder die nuwe werkgewer werk het om te doen nie, kan die werknemer dit beskou as 'n repudiasie van sy kontrak. Die werknemer het die keuse om hierdie repudiasie te aanvaar of nie. Die oordrag *per se* sal egter nie die direkte oorsaak wees vir die beëindiging van die werknemer se dienskontrak nie.<sup>441</sup>

---

437 McMullen *Business Transfers* 134; Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 60; Hyams *Business Reorganisations* 43.

438 Younson *Employment Law* 45; Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 8,63. 'n Werknemer sal iemand wees wat onder die werkgewer se diens is en deel vorm van die georganiseerde groep hulpbonne of werknemers wat onderworpe is aan die relevante oordrag. Hyams *Business Reorganisations* 44,55. 'n Werknemer vir die doeleindes van 'n 2006 *TUPE Regulations* oordrag kan ook gedefinieer word as iemand wat op 'n permanente basis in die werkgewer se diens is.

439 Regulasie 2(1) *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* 1981/2006; Younson *Employment Law* 45,53; Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 60; McMullen 1996 *ILJ* 296. Duidelik word onafhanklike kontrakteurs nie in terme van die 1981/2006 *TUPE Regulations* oorgedra wanneer 'n besigheid (waarvoor hulle 'n bepaalde diens lewer) oorgedra word nie.

440 Regulasie 4 *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* 2006.

441 McMullen *Business Transfers* 134; *Litster v Forth Dry Dock & Engineering Co Ltd* 1990 1 AC 546. Volgens die hof is 'n diensverhouding van persoonlike aard. 'n Repudiasie vernietig hierdie feitelike verhouding aangesien die partye tot die kontrak nie meer hulle verpligtinge kan uitvoer

'n Moontlike verduideliking vir bogenoemde frase is dat hierdie frase voortgespruit het uit die oordrag van besighede onder die gemenerereg waar die oordrag van 'n besigheid die beëindiging van 'n kontrak daar sou stel. Die definisie verwys dus na die oordrag van dienskontrakte wat andersins onder die gemenerereg getermineer sou word.<sup>442</sup>

Die vraag ontstaan of 'n werknemer op die oomblik direk voor die oordrag in die vorige werkgewer se diens moet wees voordat hy oorgedra kan word. Sou die antwoord hierop positief wees, sal dit tot gevolg hê dat 'n werknemer wat direk voor die oordrag deur die werkgewer ontslaan is, nie deur regulasie 4<sup>443</sup> na die nuwe werkgewer oorgedra word nie. Hierdie is 'n algemene gebruik van opeenvolgende werkgewers.<sup>444</sup>

In die saak *Secretary of State for Employment v Spence*<sup>445</sup> het die hof bevestig dat 'n werknemer wel direk voor die oordrag in die vorige werkgewer se diens moet wees om sodoende ingevolge die *TUPE Regulations* oorgedra te word.<sup>446</sup> Hierdie beslissing was egter in 1989 deur die hof in *Litster v Forth Dry Dock & Engineering*<sup>447</sup> verwerp. Ingevolge die nuwe beslissing sal 'n nuwe werkgewer aanspreeklik gehou word vir enige ontslag wat die oordrag voorafgegaan het.<sup>448</sup>

Ingevolge artikel 4(1) van die *ARD*<sup>449</sup> word die ontslag van 'n werknemer by die oordrag van besigheid as lopende saak sonder 'n geldige rede verbied. Die Europese hof is gevolglik van mening dat, op grond van die bepaling

---

nie. Streng gesproke is die kontrak self nie deur die oordrag getermineer nie. Younson *Employment Law* 50.

442 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 66.

443 Regulasie 4 *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* 2006.

444 McMullen *Business Transfers* 136,137; Hyams *Business Reorganisations* 55; McMullen 1992 *ILJ* 19.

445 *Secretary of State for Employment v Spence* 1987 QB 179.

446 McMullen *Business Transfers* 138.

447 *Litster v Forth Dry Dock & Engineering Co Ltd* 1989 IRLR 161, ECJ

448 *Litster v Forth Dry Dock & Engineering Co Ltd* 1989 IRLR 161; McMullen *Business Transfers* 138. Hierdie aanspreeklikheid sal slegs bestaan wanneer die ontslag van die werknemer outomaties onbillik is, dit wil sê wanneer die ontslag nie gebaseer is op enige ekonomiese, tegniese of organisatoriese redes nie.

449 A 4 *Acquired Rights Directive: EC Council Directive 77/187*.

in artikel 4(1), die werknemer steeds beskou word asof hy nog in die vorige werkgewer se diens is voor die oordrag, ongeag die onbillike ontslag. Hierdie artikel voorsien dus daarvoor dat die werknemer nie by die oordrag van 'n lopende saak ontslaan word nie en verseker dat die werknemer se dienskontrak na die nuwe werkgewer oorgedra word.<sup>450</sup> Die 2006 *TUPE Regulations* verbied egter nie ontslag by die oordrag van 'n besigheid nie, dit bepaal slegs dat sodanige oordrag onbillik is.<sup>451</sup>

Voordat 'n werknemer se dienskontrak in terme van regulasie 4 oorgedra kan word, moet hy eers aan sekere kriteria voldoen. In die eerste plek moet hy as werknemer 'n dienskontrak by die vorige werkgewer hê.<sup>452</sup> Tweedens moes hy in die vorige werkgewer se diens gewees het direk voor die oordrag van die besigheid en laastens moes sy kontrak nie andersins deur die oordrag van die besigheid beëindig gewees het nie.<sup>453</sup> Die dienskontrak kan byvoorbeeld beëindig word weens oortolligheid van die werknemer of by wyse van ontslag deur die vorige werkgewer met die oordrag van die lopende saak as die direkte rede vir die ontslag.

Die *TUPE Regulations* is dus daargestel om die oordrag van diegene wat binne bogenoemde kriteria val, na die nuwe werkgewer te reguleer, of om die nuwe werkgewer verantwoordelik te maak vir enige aanspreeklikhede in verband met sodanige individue.<sup>454</sup>

Regulasie 4(7)<sup>455</sup> maak dit egter moontlik vir die werknemer om te weier om oorgedra te word na die nuwe werkgewer. Wanneer dit die werknemer se wens is om nie oorgedra te word nie, moet hy die vorige of nuwe werkgewer daarvan verwittig. Nadat die werknemer sy wens uitgespreek

---

450 McMullen *Business Transfers* 146.

451 McMullen *Business Transfers* 146.

452 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 62; Younson *Employment Law* 53.

453 Younson *Employment Law* 53; Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 65. Wanneer 'n persoon vir 'n kort periode by 'n besigheid werk vir byvoorbeeld 'n eenmalige projek, sal daardie persoon nie kwalifiseer vir die beskerming wat die 2006 *TUPE Regulations* bied nie.

454 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 59.

455 Regulasie 4(7) *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* 2006.

het, sal die oordrag van die besigheid die beëindiging van die werknemer se dienskontrak tot gevolg hê, maar hierdie beëindiging sal nie as ontslag geklassifiseer word nie; dit sal eerder neerkom op bedanking.<sup>456</sup> Vir die werknemer se wens om effek te hê, moet dit uitgespreek word voor die oordrag.<sup>457</sup>

### 5.3 Ontslag van werknemers

Die vraag na die billikheid van 'n ontslag voor of na die oordrag van 'n besigheid as lopende saak, sal daarvan afhang of daar aan die dienskontrak voldoen is toe dit beëindig is, byvoorbeeld deurdat 'n sekere tydperk kennis gegee moes word of dat 'n sekere prosedure gevolg moes word. Gemeenregtelik sal die ontslag billik wees as voldoende kennis van ontslag gegee is, maar dit mag dalk steeds statutêr onbillik wees.<sup>458</sup>

Ontslag kan verskeie vorme aanneem. In die eerste plek kan die werkgewer bloot die kontrak beëindig met of sonder behoorlike kennis en sonder 'n billike rede. Tweedens kan 'n werknemer se kontrak beëindig word deurdat dit slegs vir 'n beperkte tyd geldig is en die werkgewer versuim om die kontrak weer te hernu. Laastens kan 'n werknemer sy kontrak self beëindig weens die optrede van die werkgewer en sal derhalwe as ontslag beskou word. Konstruktiewe ontslag sal by hierdie laaste vorm ingereken word.<sup>459</sup>

#### 5.3.1 Ontslag voor oordrag (Pre-transfer dismissals)

Vir 'n werknemer om oorgedra te word na die nuwe werkgewer, moes hy in terme van regulasie 4 van die 2006 *TUPE Regulations*<sup>460</sup> direk voor die

---

456 Honeyball *Labour Law* 111.

457 Honeyball *Labour Law* 112.

458 McMullen *Business Transfers* 4.

459 Hyams *Business Reorganisations* 77.

460 Regulasie 4 *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* 2006; Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 68. Sedert die *Litster*-saak sal die ontslag van 'n werknemer voor die oordrag van 'n besigheid nie meer die gevolg hê dat die werknemer nie na die nuwe werkgewer oorgedra kan word nie.

oordrag by die vorige werkgewer werksaam gewees het. Aan die begin het die werkgewers hulle werknemers net voor die oordrag ontslaan met die doel om die werking van regulasie 4 te omseil. Hierdie praktyk het tot gevolg gehad dat 'n besigheid vry van enige werknemers aan die nuwe werkgewer oorgedra kon word.<sup>461</sup>

Die feit dat 'n werknemer in die vorige werkgewer se diens was direk voor die oordrag, was 'n vraag na feit en graad. Daar was onsekerheid oor wie aanspreeklik gehou sou word vir die ontslag van die werknemer voor die oordrag, welke onsekerheid nie net by die nuwe werkgewers geheers het nie, maar ook by die werknemers – teenoor wie moes hulle eise instel? Dit blyk logies te wees dat hulle 'n remedie teen die vorige werkgewer het.

#### 5.3.1.1 Oordrag van regte, verpligtinge en aanspreeklikheid

Ingevolge regulasie 4(2) van die 2006 *TUPE Regulations* sal alle regte, verpligtinge en aanspreeklikhede van die vorige werkgewer in verband met die dienskontrakte wat hy gehad het met die werknemers, oorgaan op die nuwe werkgewer indien die besigheid oorgedra word as lopende saak.<sup>462</sup>

Voor die oordrag sal die vorige werkgewer dus aanspreeklik wees vir enige handeling of ontslag voor die oordrag van die besigheid verrig, maar wanneer die besigheid oorgedra is, sal die nuwe werkgewer alle verantwoordelikhede van die vorige werkgewer oorneem, insluitende aanspreeklikheid vir alle handeling en lates.<sup>463</sup> Hierdie aspek stem ooreen met die bepaling in artikel 197(2)(d) van die Suid-Afrikaanse reg wat bepaal dat alles deur die vorige werkgewer gedoen voor die oordrag, word geag deur die nuwe werkgewer gedoen te gewees het.<sup>464</sup> Die nuwe

---

461 McMullen *Business Transfers* 139; Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 68; McMullen 1992 *ILJ* 19. Die ontslag van werknemers direk voor die oordrag van 'n besigheid het 'n ernstige beperking geplaas op hulle beskerming in terme van die 1981/2006 *TUPE Regulations*.

462 Younson *Employment Law* 66; McMullen *Business Transfers* 141,172,173; Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 7,81,82; Hepple 1982 *ILJ* 32; McMullen 1992 *ILJ* 19; Honeyball *Labour Law* 110.

463 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 81.

464 Sien paragraaf 2.3 en 2.4.

werkgewer sal aanspreeklik wees vir enige van sy eie of die vorige werkgewer se handeling of ontslag wat geskied het na die oordrag.<sup>465</sup>

Vir die vorige werkgewer om aanspreeklik gehou te kan word vir die ontslag, moes die werknemer opgehou het om in sy diens te wees voor die besigheid oorgedra is. Sou die werknemer met kennis ontslaan word en sodanige kennistydperk oorvleuel met die datum van die oordrag, sal sy dienskontrak asook die aanspreeklikheid vir sy ontslag, oorgaan op die nuwe werkgewer.<sup>466</sup>

Wanneer 'n werknemer op so stadium ontslaan word voor 'n oordrag dat hy beskou word asof hy tot onmiddellik voor die oordrag by die vorige werkgewer werksaam was, sal die aanspreeklikheid vir hierdie ontslag oorgaan op die nuwe werkgewer.<sup>467</sup> Daar is egter deur die Appèlhof in *Secretary of State for Employment v Spence*<sup>468</sup> beslis dat daar nie onderskeid getref moet word tussen die datum van oordrag en die tyd van die oordrag nie en dat aanspreeklikheid slegs sal oorgaan op die nuwe werkgewer wanneer die werknemer steeds in die vorige werkgewer se diens is tot op die oomblik van die oordrag. Sou die werknemer ontslaan word op 'n punt voor die oordrag, sal aanspreeklikheid op die vorige werkgewer bly.<sup>469</sup>

It was thought that this authoritatively settled the question. Further, the Court of Session in Scotland in *Forth Estuary Engineering Ltd v Litster* approved *Secretary of State for Employment v Spence* and held expressly that it made no difference that the pre-transfer dismissal was colluded at by the transferor and transferee and might be a blatant attempt to get round the Transfer Regulations. It still meant that the employee was not transferred to the transferee. Any interval between the pre-transfer dismissal and transfer was fatal to the application of reg 5.<sup>470</sup>

---

465 Younson *Employment Law* 85.

466 McMullen *Business Transfers* 156,157.

467 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 69; McMullen *Business Transfers* 144.

468 *Secretary of State for Employment v Spence* 1987 QB 179 CA.

469 McMullen *Business Transfers* 144.

470 McMullen *Business Transfers* 144,145.

Die aanspreeklikheid vir die ontslag van 'n werknemer voor die oordrag van 'n besigheid, welke ontslag verband hou met die oordrag, sal bepaal word deur die volgende vrae te beantwoord:<sup>471</sup>

- Was daar 'n ontslag wat verband hou met die oordrag voor die oordrag van die besigheid?
- Was die ontslag outomaties onbillik?
- Indien die antwoord op die vorige twee vrae "ja" is, sal die aanspreeklikheid oorgaan op die nuwe werkgewer.
- Is dit 'n ontslag wat nie outomaties onbillik is nie?
- Indien die antwoord op die vorige vraag "ja" is, sal die aanspreeklikheid op die vorige werkgewer berus.

Die nuwe werkgewer sal dus slegs aanspreeklikheid toeval wanneer die ontslag voor die oordrag geklassifiseer kan word as outomaties onbillike ontslag, dit wil sê wanneer die ontslag nie op 'n ekonomiese, tegniese of organisatoriese rede gebaseer is nie.<sup>472</sup>

Sou die vorige werkgewer die werknemer ontslaan met die nodige kennis terwyl die ontslag niks met die oordrag te doen het nie, sal die nuwe werkgewer alle aanspreeklikheid vir sodanige ontslag oploop as die kennistermyn nie verval voor na die oordrag van die besigheid nie. Dit beklemtoon die feit dat die nuwe werkgewer al die vorige werkgewer se handeling en lates oorneem.<sup>473</sup>

### 5.3.1.2 "Onmiddellik voor oordrag"

Vir die werknemer se dienskontrak om in terme van regulasie 4 na die nuwe werkgewer oorgedra te word, moes hy onmiddellik voor die oordrag

---

471 McMullen *Business Transfers* 145,146,149,150; McMullen 1992 *ILJ* 21.

472 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 123,124.

473 Younson *Employment Law* 85; Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 69,82. Soortgelyk hieraan sal 'n werknemer wat tydelik afwesig is weens byvoorbeeld siekverlof of kraamverlof tydens die oordrag van die besigheid, steeds saam met die res van die werknemers oorgedra word.

in die vorige werkgewer se diens gewees het.<sup>474</sup> Hierdie vereiste word ook gestel deur die 2001 *ARD*.<sup>475</sup>

Die vraag het ontstaan wat dit beteken om onmiddellik voor die oordrag in die vorige werkgewer se diens te wees. Twee vrae word hier gevra: Hoe naby aan die oordrag moes die dienslewering plaasgevind het en presies wanneer het die oordrag plaasgevind? In die saak *Apex Leisure Hire Ltd v Barratt*<sup>476</sup> het die hof gesê dat die begrip "onmiddellik voor oordrag" redelik buigbaar is en dat dit selfs slegs 'n paar dae voor die oordrag kan behels. Die hof het helaas beslis dat 'n werknemer, vir hom om oorgedra te kan word in terme van regulasie 4, in die werkgewer se diens moet wees onmiddellik voor die oordrag.<sup>477</sup>

Hierdie beslissing is verwerp deur die hof in *Secretary of State for Employment v Spence*<sup>478</sup> waar die hof beslis het dat enige gaping tussen diensbeëindiging en oordrag, selfs al is dit net 'n paar uur, sou beteken dat die werknemer nie in diens was "onmiddellik voor" die oordrag nie en derhalwe sal die werknemers nie saam met die besigheid oorgedra kan word nie. Die toets vir "onmiddellik voor" die oordrag is fisies die oomblik voor die oordrag.<sup>479</sup>

In *Litster v Forth Dry Dock & Engineering Co Ltd*<sup>480</sup> het die hof beslis dat, in gevalle waar 'n werknemer ontslaan is voor die oordrag, regulasie 5 van die 1981 *TUPE Regulations* (nou regulasie 4 van die 2006 *TUPE Regulations*) so gelees moet word dat dit beskerming bied vir almal wat onmiddellik voor die oordrag by die werkgewer werksaam was, asook

---

474 Younson *Employment Law* 54.  
475 Todd *Business Transfers* 158,159.  
476 *Apex Leisure Hire Ltd v Barratt* 1984 ICR 452; McMullen *Business Transfers* 139,140.  
477 Younson *Employment Law* 54.  
478 *Secretary of State for Employment v Spence* 1986 IRLR 248.  
479 Younson *Employment Law* 55; Honeyball *Labour Law* 111.  
480 *Litster v Forth Dry Dock & Engineering Co Ltd* 1989 IRLR 161.

diegene wat by die werkgewer werksaam sou gewees het as dit nie was vir die ontslag van die werknemer voor die oordrag nie.<sup>481</sup>

In die saak *Alphafield v Barratt*<sup>482</sup> het die hof beslis dat die term "onmiddellik voor", soos gebruik in die *TUPE Regulations*, nie 'n gevestigde of presiese tydstop waar die werknemer op die oomblik direk voor die oordrag in die werkgewer se diens is, beteken nie. Volgens die hof moet die omstandighede in elke saak in ag geneem word om te bepaal of die werknemer wel onmiddellik voor die oordrag in die werkgewer se diens was.

Die konsep van ontslag direk voor die oordrag het in verskeie hofsake na vore gekom, spesifiek die vraag na wat gesien kan word as "onmiddellik voor".<sup>483</sup> In die saak *Ellison v R & J K Pullman (Retail) Ltd*<sup>484</sup> is die werknemer ontslaan 'n dag voor die oordrag. Daar is beslis dat sy onmiddellik voor die oordrag nog in die werkgewer se diens was.<sup>485</sup>

In 'n ander saak, *Kestongate Ltd v Miller*<sup>486</sup> is 'n werknemer ontslaan veertien dae voor die oordrag. Hier was ook beslis dat die werknemer werksaam was by die vorige werkgewer onmiddellik voor die oordrag. In twee ander sake, *Browne v Catlow and Pilling*<sup>487</sup> en *Bannister v Brasway plc*<sup>488</sup> was egter beslis dat sewe en drie dae onderskeidelik te veel van 'n gaping tussen die ontslag en die oordrag was om geklassifiseer te word as

---

481 Younson *Employment Law* 55. 'n Werknemer wat ontslaan is sonder dat sodanige ontslag op 'n ekonomiese, tegniese of organisatoriese rede gebaseer is, sal vir die doeleindes van outomatiese oordrag by die oordrag van besighede steeds beskou word as 'n werknemer van die werkgewer wat hom ontslaan het; Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 68; Sargeant 2002 *ILJ* 46; Honeyball *Labour Law* 111.

482 *Alphafield Ltd v Barratt* 1984 3 *All ER* 795.

483 McMullen 1992 *ILJ* 20. Daar word nie 'n tydlimiet geplaas op hoe kort voor die oordrag die ontslag gebeur het nie, dit kan maande ook wees, solank die ontslag weens die oordrag plaasgevind het.

484 *Ellison v R & J K Pullman (Retail) Ltd* COIT 10988/83.

485 McMullen *Business Transfers* 140.

486 *Kestongate Ltd v Miller* 1986 *ICR* 672 *EAT*.

487 *Browne v Catlow and Pilling* COIT 13862/41 *IT*.

488 *Bannister v Brasway plc* IDS Brief 254/1983 7 *IT*.

"onmiddellik voor" die oordrag.<sup>489</sup> Dit is dus duidelik dat die howe uiteenlopende sienings het oor wat geklassifiseer kan word as "onmiddellik voor oordrag".

### **5.3.2 Onbillike ontslag van werknemers**

Wanneer 'n werknemer se dienskontrak beëindig word om 'n rede wat verband hou met die oordrag van 'n besigheid, byvoorbeeld deur die werkgewer weens oortolligheid, word sodanige beëindiging beskou asof dit deur die vorige werkgewer bewerkstellig was. Sou daar nie 'n goeie rede vir hierdie beëindiging wees nie, sal dit neerkom op onbillike ontslag. Omdat dit beskou word asof die vorige werkgewer die kontrak beëindig het, sal alle eise voortspruitend uit hierdie ontslag aan hom gerig word.<sup>490</sup>

In terme van artikel 4(1) van die *ARD*<sup>491</sup> word ontslag wat verband hou met die oordrag van 'n besigheid, verbied; in hierdie opsig egter, verskil die 2006 *TUPE Regulations*<sup>492</sup> van die *ARD*. In terme van die 2006 *TUPE Regulations* word hierdie tipe ontslag nie verbied nie; dit word slegs beskou as onbillik as dit nie om 'n ekonomiese, tegniese of organisatoriese rede geskied nie. Ontslag onder hierdie omstandighede moet slegs gekompenseer word.<sup>493</sup> Ontslag by die oordrag van besighede word in die Suid-Afrikaanse reg pertinent verbied.<sup>494</sup>

Wanneer 'n nuwe werkgewer versuim om sy verpligting na te kom deur die werknemer se dienskontrak in stand te hou, of die nuwe of vorige

---

489 McMullen *Business Transfers* 140. Hierdie howe het geen probleem om iemand wat ontslaan is op dieselfde dag as die oordrag, te klassifiseer as werksaam by die vorige werkgewer onmiddellik voor die oordrag nie. Die enigste vereiste is dat die ontslag eerste plaasgevind het en toe die oordrag.

490 McMullen *Business Transfers* 4; Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 114.

491 *Acquired Rights Directive: EC Council Directive 77/187*.

492 *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981/2006*.

493 McMullen *Business Transfers* 146.

494 Sien paragraaf 3.3.

werkgewer ontslaan die werknemer voor of na oordrag met die oordrag as direkte oorsaak, kan die werknemer onbillike ontslag beweer.<sup>495</sup>

Die beskerming wat regulasie 4 van die 2006 *TUPE Regulations*<sup>496</sup> in verband met die outomatiese oordrag van werknemers bied, is nie absoluut nie. Wanneer 'n besigheid oorgedra word, sal 'n werkgewer soms die oordrag as verskoning gebruik om van werknemers ontslae te raak. Die werknemers kan onder hierdie omstandighede ontslaan word voor of na die oordrag weens beweerde oortolligheid of herstrukturering. Enige uitdruklike of konstruktiewe ontslag sal derhalwe die grondslag lê vir 'n onbillike ontslag.<sup>497</sup>

Die oordrag van die werknemer se dienskontrak na die nuwe werkgewer maak nie die ontslag ongeldig nie. Die ontslag bly steeds geldig, maar weens die oordrag in terme van regulasie 4 sal die nuwe werkgewer aanspreeklikheid moet aanvaar vir die werknemer se ontslag en sal die nuwe werkgewer dus alle eise moet betaal.<sup>498</sup>

### 5.3.2.1 *Outomaties onbillike ontslag*

Regulasie 7 van die 2006 *TUPE Regulations* identifiseer vier "clear cut" kategorieë van ontslag. Die hof moet net ondersoek instel na die tipe ontslag om gevolglik te bepaal of die ontslag outomaties onbillik was of nie.<sup>499</sup>

Hierdie vier kategorieë sien soos volg daaruit:<sup>500</sup>

- Ontslag waarvan die rede die oordrag van die besigheid self is.

---

495 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 113.

496 Regulasie 4 *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* 2006.

497 McMullen *Business Transfers* 192.

498 Hyams *Business Reorganisations* 58.

499 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 114; Taylor and Emir *Employment Law* 497,498.

500 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 114; Taylor and Emir *Employment Law* 497,498.

- Ontslag waarvan die rede verband hou met die oordrag waar die rede nie 'n ekonomiese, tegniese of organisatoriese rede is nie.
- Ontslag waarvan die rede verband hou met die oordrag, maar waar die rede 'n ekonomiese, tegniese of organisatoriese rede is.
- Ontslag wat niks met die oordrag te doen het nie.

Hierdie kategorieë is daargestel met die doel om artikel 4 van die *ARD*<sup>501</sup> te reflekteer en is 'n korrekte interpretasie van die vereistes wat in die *ARD* gestel word.

Regulasie 7 bepaal dat die oordrag self nie 'n geldige rede sal verskaf vir die ontslag van 'n werknemer nie, maar dat hierdie regulasie nie in die pad sal staan as daar 'n werklike rede vir die ontslag bestaan nie.<sup>502</sup> In die Suid-Afrikaanse reg is die onbillikheid van die ontslag van die werknemer by die oordrag van 'n besigheid ook nie absoluut nie.<sup>503</sup>

Ingevolge regulasie 7(1)<sup>504</sup> sal 'n ontslag outomaties onbillik wees wanneer die oordrag of enige rede wat verband hou met die oordrag, die uitsluitlike rede vir die ontslag is. Dit moet egter seker wees dat die oordrag die rede is, want dit kan gebeur dat die ontslag toevallig saam met die oordrag val maar dat die oordrag geen rol gespeel het in die ontslag nie. In sulke gevalle sal regulasie 7(1) nie in werking tree nie.<sup>505</sup>

Hierdie regulasie sal egter net van toepassing wees as daar 'n relevante oordrag van besigheid plaasgevind het.<sup>506</sup> Dit maak nie saak of die ontslag

---

501 A 4 *Acquired Rights Directive: EC Council Directive 77/187*.

502 Younson *Employment Law* 92; Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 113.

503 Sien paragraaf 3.5.

504 Regulasie 7(1) *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* 2006.

505 Younson *Employment Law* 94. Die onus om te bewys dat die oordrag die rede vir die ontslag is rus op die werknemer; hierdie is egter 'n maklike bewyslas om te dra. McMullen *Business Transfers* 150; Hyams *Business Reorganisations* 63; McMullen 2006 *ILJ* 130; Lewis 1982 *Comparative Labor Law* 257; Hepple 1982 *ILJ* 37.

506 Younson *Employment Law* 93. Ter herinnering, 'n relevante oordrag vind plaas by die oordrag van 'n onderneming, besigheid of deel van 'n besigheid aan 'n ander werkgewer, waar daar 'n oordrag van 'n ekonomiese entiteit is

plaasgevind het voor of na die oordrag nie, regulasie 7(1)<sup>507</sup> sal steeds van toepassing wees.<sup>508</sup>

In die saak *P Bork International AS v Foreningen AF Arbejdsledere I Danmark*<sup>509</sup> het die hof beslis dat oorweging geskenk moet word aan die objektiewe omstandighede waarbinne die ontslag plaasgevind het om sodoende te bepaal of die oordrag die uitsluitlike rede vir die ontslag was.<sup>510</sup>

Ontslag soos hierbo genoem, sal strydig wees met regulasie 7<sup>511</sup> aangesien daar geen ontslag sou gewees het as dit nie was vir die oordrag van die besigheid nie. Dit mag dalk ook in hierdie gevalle moeilik vir die werkgewer wees om te bewys dat daar 'n ekonomiese, tegniese of organisatoriese rede aan die ontslag verbonde is. Die werkgewer moet bewys dat die ontslag werklik noodsaaklik was vir die bevordering van die besigheid se operasionele belange en dat die ontslag nie net plaasgevind het om die besigheid meer aantreklik te laat lyk of om 'n beter prys vir die besigheid te kry nie. Sou die werkgewer hom nie van hierdie bewyslas kan kwyt nie, sal die ontslag outomaties onbillik wees en sal aanspreeklikheid daarvoor oorgaan op die nuwe werkgewer.<sup>512</sup>

'n Werknemer, wat beweer dat hy outomaties onbillik ontslaan is, kan op sy beurt poog om te bewys dat daar geen ekonomiese, tegniese of organisatoriese rede vir sy ontslag bestaan nie.<sup>513</sup> Daar is egter gevalle

---

waar die entiteit sy identiteit behou asook die oordrag van 'n spesifieke diens. Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 7,19; Hyams *Business Reorganisations* 9.

507 Regulasie 7(1) *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* 2006.

508 Younson *Employment Law* 93; McMullen 2006 *ILJ* 130.

509 *P Bork International AS v Foreningen AF Arbejdsledere I Danmark* 1989 *IRLR* 41 ECJ.

510 Younson *Employment Law* 94.

511 Regulasie 7 *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* 2006.

512 McMullen *Business Transfers* 138; Taylor and Emir *Employment Law* 497; Hepple 1982 *ILJ* 37.

513 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 116. Regulasie 7 sal van toepassing wees op alle werknemers, ongeag of hulle kwalifiseer om oorgedra te word na die nuwe werkgewer of nie. Dit maak dus nie saak as

waar 'n werknemer nie sal kan staatmaak op regulasie 7 nie. Dit sal wees in gevalle waar die werknemer nie voldoen aan die vereiste vir voortgesette diens soos uiteengesit in die *Employment Rights Act*<sup>514</sup> nie, waar hy homself skuldig maak aan sekere onregmatige arbeidsaktiwiteite en laastens waar konsiliasie plaasgevind het.<sup>515</sup>

### 5.3.2.2 *Konstruktiewe ontslag*

Die oordrag van 'n besigheid kan nie self as 'n geldige rede klassifiseer vir die werknemer om die dienskontrak te beëindig nie. In terme van regulasie 4(9) van die 2006 *TUPE Regulations*,<sup>516</sup> mag 'n werknemer egter sy dienskontrak beëindig as die oordrag van die besigheid 'n wesentliche verandering in sy werksomstandighede teweeggebring het, welke veranderinge tot sy nadeel strek.<sup>517</sup>

'n Werkgewer word nie toegelaat om werknemers se diensvoorwaardes vrylik te verander nie, selfs al stem die werknemers daartoe in. Die rede hiervoor is omdat werknemers nie afstand kan doen van die regte wat in terme van die 2001 *ARD* aan hulle verleen is nie.<sup>518</sup> In die saak *Foreningen af Arbejdsledere Danmark v Daddy's Dance Hall A/S*<sup>519</sup> het die Europese hof beslis dat die diensverhouding nie deur die nuwe werkgewer in 'n groter mate as wat aan die vorige werkgewer toegelaat is, verander mag word nie. Hierdie wysiging mag plaasvind slegs as dit nie aan die oordrag van die besigheid te wyte is nie, en as die nuwe diensvoorwaardes in geheel nie minder gunstig is nie.<sup>520</sup>

---

die werknemer nie deel vorm van 'n spesifieke groep werknemers of hulpbronne nie, hulle sal steeds beskerm word.

514 A 94 *Employment Rights Act* 1996. Volgens hierdie artikel moet 'n werknemer ten minste een jaar by die betrokke werkgewer werksaam

515 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 118.

516 Regulasie 4(9) *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* 2006; Wynn-Evans 2002 *ILJ* 282,283.

517 McMullen *Business Transfers* 187,188; Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 73; McMullen 2006 *ILJ* 127; Wynn-Evans 2002 *ILJ* 282; Lewis 1982 *Comparative Labor Law* 267; Hepple 1982 *ILJ* 36.

518 McMullen 2006 *ILJ* 125.

519 *Foreningen af Arbejdsledere Danmark v Daddy's Dance Hall A/S* 1988 *IRLR* 315. Sien ook paragraaf 4.3.2.

520 McMullen 2006 *ILJ* 125,126.

Konstruktiewe ontslag vorm ook deel van die Suid-Afrikaanse reg deur te bepaal dat die negatiewe verandering van werksomstandighede 'n grond vir die werknemer kan wees om sy dienskontrak te beëindig en te beweer dat hy konstruktief ontslaan is.<sup>521</sup>

Hierdie bepaling word afgedwing in ooreenstemming met artikel 4.2 van die *ARD*<sup>522</sup> wat bepaal dat enige verandering in die werksomstandighede onder die nuwe werkgever wat tot die nadeel van die werknemer is, sal lei tot die bedanking van die werknemer en waar die nuwe werkgever geag word die werknemer ontslaan het.<sup>523</sup>

Hierdie aspek staan bekend as konstruktiewe ontslag. 'n Werknemer kan eis vir konstruktiewe ontslag onder die *TUPE Regulations*, met of sonder kennis. Dit word egter vereis dat die veranderde omstandighede vir hom tot nadeel moet wees vir die eis vir konstruktiewe ontslag om te slaag.<sup>524</sup>

Die konsep van konstruktiewe ontslag word ook deur artikel 95(1)(c) van die ERA<sup>525</sup> geregleer. Die definisie in hierdie wet verskil van die definisie van regulasie 4(9). Volgens eersgenoemde artikel behels konstruktiewe ontslag die beëindiging van 'n dienskontrak deur die werknemer sonder kennis as gevolg van die optrede van die werkgever.<sup>526</sup> Hierdie dubbele definisie kan dalk verwarring veroorsaak.

A twin track test of constructive dismissal would risk producing considerable uncertainty, not least in view of the difficulties of assessing, even some time after 'n *TUPE* transfer occurring, whether a change is causally connected with the

---

521 Sien paragraaf 3.4.1.2.

522 A 4.2 *Acquired Rights Directive: EC Council Directive 77/187*.

523 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 73; Hepple 1999 *Comparative Labor Law & Pol'y Journal* 208; Baker 1976 *ILJ* 74.

524 McMullen *Business Transfers* 188; Taylor and Emir *Employment Law* 351; McMullen 2006 *ILJ* 127. Oor die algemeen word daar 'n beperking geplaas op die verandering van terme en voorwaardes wat 'n verandering in die werknemer se werksomstandighede teweegbring. Die werknemer mag toestem tot sodanige veranderinge, maar die oordrag self mag nie die uitsluitlike rede wees vir die wysigings nie. Die wysiging sal toelaatbaar wees as dit vir 'n ekonomiese, tegniese of organisatoriese rede is. Sargeant 2002 *ILJ* 48.

525 Artikel 95(1)(c) *Employment Relations Act* 1999.

526 Wynn-Evans 2002 *ILJ* 282; Baker 1976 *ILJ* 74.

transfer and therefor could be relied upon to found a claim of constructive dismissal.<sup>527</sup>

In sekere gevalle mag die werknemer bedank en eis vir konstruktiewe ontslag wanneer die omstandighede onder die nuwe werkgewer minder gunstig is as wat die omstandighede onder die vorige werkgewer was. In hierdie gevalle sou die werknemer aksie kon instel teen die werkgewer se identiteit.<sup>528</sup>

Die onus rus op die werknemer om te bewys dat die omstandighede onder die nuwe werkgewer weselik anders is as onder die vorige werkgewer en dat sodanige omstandighede weselik tot sy nadeel is. Dit is egter nie duidelik of daar vereis word dat sekere aspekte soos byvoorbeeld die nuwe werkgewer se identiteit weselik anders moet wees nie.<sup>529</sup>

Die gebruik van die woord "weselik" in regulasie 4(9)<sup>530</sup> maak die toets vir konstruktiewe ontslag moeilik. Dit het tot gevolg dat hierdie regulasie nie van toepassing sal wees as die veranderinge in die werksomstandighede nie 'n weselike invloed op die werknemer het nie.<sup>531</sup>

Die korrekte benadering rakende die bewyslas is dat die rede vir die werkgewer se optrede wat aanleiding gegee het tot die werknemer se bedanking, bewys moet word. Die reaksie van die werknemer op die werkgewer se optrede is dus nie belangrik nie, maar die rede waarom laasgenoemde so opgetree het, is wel.<sup>532</sup>

---

527 Wynn-Evans 2002 ILJ 284.

528 McMullen *Business Transfers* 189; Taylor and Emir *Employment Law* 350; Hepple 1982 ILJ 36. Onder normale omstandighede sal die verandering van die werkgewer se identiteit nie 'n grond wees vir konstruktiewe ontslag nie. Die werknemer moet bewys dat die verandering van die werkgewer se identiteit tot sy (werknemer se) nadeel is.

529 McMullen *Business Transfers* 190.

530 Regulasie 4(9) *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* 2006.

531 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 74; McMullen 2006 ILJ 128. Daar moet derhalwe nie 'n te swaar gewig aan die begrip "weselik" geheg word nie.

532 McMullen *Business Transfers* 207; Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 74. Die reaksie van die werknemer word beskryf as die reg om sy dienskontrak sonder kennis te termineer.

Veranderinge in werksomstandighede vind plaas wanneer die nuwe werkgewer nie sy verpligting om die werknemers wat oorgedra is, se dienskontrakte soos wat dit is, respekteer en nakom nie, en dit dan na sy wil verander.<sup>533</sup> Daar word nie 'n spertyd voorsien met betrekking tot wanneer die nuwe werkgewer die werknemers se dienskontrakte mag verander nie. Deur dit egter te vroeg te doen, het twee gevolge, naamlik dat hy die kontrak daardeur repudieer en dat dit 'n verbreking is van 'n statutêre reël.<sup>534</sup>

Sou hy die dienskontrakte verander, sonder die werknemers se toestemming, word dit beskou as 'n repudiëring van die dienskontrak en derhalwe konstruktiewe ontslag. Die nuwe werkgewer kan ook die werknemer ontslaan omdat hy nie die veranderde terme wil aanvaar nie.<sup>535</sup>

Wanneer die werksomstandighede of die dienskontrak van die werknemer verander word deur die nuwe werkgewer met die toestemming van die werknemer, sal die werknemer afstand doen van die reg om later, wanneer hy nie tevrede is nie, op konstruktiewe ontslag te steun.<sup>536</sup>

Aangesien regulasie 4(9)<sup>537</sup> bevestig dat daar 'n ontslag plaasgevind het wanneer die werknemer sy dienskontrak beëindig op grond van konstruktiewe ontslag, sal die reg om te eis vir onbillike ontslag op die werknemer vestig wanneer hy besluit om sy dienskontrak te terminer.<sup>538</sup>

Daar word gevra of hierdie konstruktiewe of uitdruklike ontslag verband hou met die oordrag van die besigheid en of dit outomaties onbillik is in terme

---

533 McMullen *Business Transfers* 204.

534 Taylor and Emir *Employment Law* 499.

535 McMullen *Business Transfers* 204; Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 73,78. Sonder repudiasie sal die konstruktiewe ontslag nie die dienskontrak beëindig nie, daar moes 'n fisies kontrakbreuk gepleeg gewees het. Hyams *Business Reorganisations* 66,111; Taylor and Emir *Employment Law* 350,351; McMullen 2006 *ILJ* 128; Wynn-Evans 2002 *ILJ* 282; Baker 1976 *ILJ* 75.

536 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 77.

537 Regulasie 4(9) *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* 2006.

538 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 75.

van regulasie 7.<sup>539</sup> In die saak *Berriman v Delabole Slate Ltd*<sup>540</sup> het die hof beslis dat konstruktiewe ontslag wel verband hou met die oordrag aangesien die veranderinge in die omstandighede nie sou plaasvind as dit nie vir die oordrag was nie. Dit kom dus neer op die *sine qua non*-toets soos in die Suid-Afrikaanse reg toegepas. Die antwoord op die vraag of sodanige ontslag outomaties onbillik is, sal afhang van die omstandighede van elke saak.<sup>541</sup>

Die Appèlhof het in hierdie saak gesê dat, vir regulasie 7 om van toepassing te wees, daar 'n verandering in die aantal werknemers moes wees of dat 'n verandering in hulle onderskeie funksies aangebring is.<sup>542</sup>

Die feit dat werknemers kan eis vir konstruktiewe ontslag wanneer hulle dienskontrakte verander is, plaas 'n ernstige beperking op die nuwe werkgewer. Wanneer werknemers se dienskontrakte onder die vorige werkgewer wesenlik verskil van die dienskontrakte van die nuwe werkgewer se werknemers, kan die nuwe werkgewer daarop aandrang dat die vorige werkgewers die werknemers ontslaan. Die doel hiervan is dat hy die werknemers weer in diens kan neem onder nuwe kontrakte. Hierdie stap is egter op die nuwe werkgewer se eie risiko aangesien hy waarskynlik aanspreeklikheid vir die werknemers se ontslag gaan oploop.<sup>543</sup>

### 5.3.2.3 Remedies

Die EP(C)A voorsien vir drie remedies by onbillike ontslag, te wete herindiensneming, herindiensstelling en kompensasie.<sup>544</sup> Dieselfde

---

539 McMullen *Business Transfers* 204; McMullen 1992 *ILJ* 22.

540 *Berriman v Delabole Slate Ltd* 1985 *ICR* 546.

541 McMullen *Business Transfers* 205; McMullen 1992 *ILJ* 22,23.

542 McMullen *Business Transfers* 205,206; McMullen 1992 *ILJ* 23.

543 McMullen *Business Transfers* 208.

544 Honeyball *Labour Law* 184; Dickens *et al* 1981 *ILJ* 160,161. Herindiensneming word beskou as die primêre remedie, maar tog word kompensasie die meeste gebruik.

remedies word in die Suid-Afrikaanse reg aan die werknemer beskikbaar gestel.<sup>545</sup>

#### 5.3.2.3.1 Kompensasie

Ingevolge artikel 72 van die EP(C)A<sup>546</sup> is kompensasie van die werknemer die mees algemene remedie by outomatiese onbillike ontslag.<sup>547</sup> Kompensasie kan in twee dele gedeel word. Eerstens is dit die basiese bevel van betaling en tweedens volg die bevel van vergoeding. Die bedrag van die basiese betaling word op dieselfde manier as oortolligheidsbetaling bepaal.<sup>548</sup> Die formules lyk soos volg:<sup>549</sup>

- Een en 'n halwe week se salaris vir elke jaar se diens na die ouderdom van 41.
- Een week se salaris vir elke jaar se diens tussen die ouderdomme 22 en 41.
- 'n Halwe week se salaris vir elke jaar se diens tussen die ouderdomme 18 en 22.

Hierdie betalings mag nie die bedrag van £280 per week of 'n tydperk van twintig jaar oorskry nie. Dus is die maksimum basiese betaling wat gemaak kan word, 'n bedrag van £8 400. Die bedrag kompensasie betaalbaar, sal egter wissel na gelang van die omstandighede van elke saak.<sup>550</sup> Hierdie kompensasie word nie beveel met die doel om die werkgewer te straf vir die ontslag van die werknemer nie, maar sodat die

---

545 Sien paragraaf 3.4.2.

546 A 72 *Employment Protection (Consolidation) Act* 1978.

547 McMullen *Business Transfers* 154; Lewis 1982 *Comparative Labor Law* 264.

548 Lewis 1982 *Comparative Labor Law* 264; Baker 1976 *ILJ* 72,73; Honeyball *Labour Law* 187.

549 Taylor and Emir *Employment Law* 260. 'n Maksimum van twintig jaar word in ag geneem, asook die persoon se ouderdom en die weeklikse salaris normaalweg betaalbaar. Dickens *et al* 1984 *Industrial & Labor Relations Review* 508; Baker 1976 *ILJ* 73; Honeyball *Labour Law* 187.

550 Taylor and Emir *Employment Law* 260; Lewis 1982 *Comparative Labor Law* 264. Dit is belangrik dat die bedrag kompensasie sover moontlik regverdig is onder die bepaalde omstandighede.

werknemer vergoed kan word vir die verliese wat hy gely het weens die ontslag.<sup>551</sup>

Die tribunaal mag egter ook 'n bevel van herindiensneming of herindiensstelling maak. Dit word vereis dat die tribunaal eers die moontlikheid van herindiensneming of herindiensstelling moet ondersoek voordat hy 'n bevel van kompensasie maak. In die meeste gevalle word kompensasie toegestaan.<sup>552</sup> Die tribunaal moet egter die moontlikheid oorweeg dat die werknemer nie ten gunste daarvan is om weer deur dieselfde werkgewer in diens geneem te word nie.<sup>553</sup>

#### 5.3.2.3.2 Herindiensstelling en herindiensneming

Herindiensstelling behels die terugneem van 'n werknemer in sy vorige pos en die herinstelling van al sy regte en voordele wat hy voor die ontslag gehad het.<sup>554</sup> Herindiensneming, aan die ander kant, beteken ook die terugneem van 'n werknemer, maar nie noodwendig in dieselfde pos met dieselfde regte en voordele wat hy voor die ontslag gehad het nie.<sup>555</sup>

Wanneer 'n hof 'n bevel van herindiensneming of herindiensstelling maak, sluit dit ook die betaal van 'n bedrag vir verlies aan inkomste tussen die ontslag en die herindiensneming of herindiensstelling in. Die werkgewer kan egter weier om aan die bevel van die hof vir herindiensstelling te

---

551 Taylor and Emir *Employment Law* 260; Lewis 1982 *Comparative Labor Law* 264; Dickens *et al* 1984 *Industrial & Labor Relations Review* 504; Honeyball *Labour Law* 188. Dit kom dus daarop neer dat as die werknemer nie enige skade gely het nie, is hy nie geregtig op vergoeding nie.

552 McMullen *Business Transfers* 154. Herindiensstelling en herindiensneming is relatief skaars en word in slegs 1 persent van alle gevalle as remedie toegestaan. Taylor and Emir *Employment Law* 260; Rico 1986 *IRLJ* 551; Stieber 1980 *Comparative Labor Law* 234; Hepple 1999 *Comparative Labor Law & Pol'y Journal* 208; Dickens *et al* 1984 *Industrial & Labor Relations Review* 504,506; Baker 1976 *ILJ* 70.

553 Baker 1976 *ILJ* 71; Dickens *et al* 1981 *ILJ* 160,162,165.

554 Taylor and Emir *Employment Law* 259; Dickens *et al* 1984 *Industrial & Labor Relations Review* 504; Honeyball *Labour Law* 185. Die werknemer word dus in diens geneem onder dieselfde dienskontrak met dieselfde terme en voorwaardes wat hy gehad het voor die ontslag.

555 Taylor and Emir *Employment Law* 259; Rico 1986 *Industrial Relations LJ* 561; Dickens *et al* 1984 *Industrial & Labor Relations Review* 504; Honeyball *Labour Law* 186.

voldoen, onder welke geval die hof 'n aparte bevel vir die betaling van kompensasie sal maak.<sup>556</sup>

Wanneer 'n werkgewer weier om aan die hof se bevel te voldoen, moet hy redes vir sy besluit verskaf. Hierdie redes kan behels dat die werkgewer intussen iemand anders in die werknemer se plek aangestel het en dat daar tans nie vir die werknemer 'n vakante pos beskikbaar is nie of dat dit eenvoudig onuitvoerbaar is.<sup>557</sup> Sou die werkgewer weier om die werknemer weer in diens te neem, sal 'n addisionele bedrag by die kompensasie gevoeg word.<sup>558</sup> Dit kan ook gebeur dat die verhouding tussen die werknemer, mede-werknemers en werkgewer in so mate skade gely het dat dit 'n onuithoudbare situasie sal skep, indien die werkgewer die werknemer weer in diens sou neem.<sup>559</sup>

Dus, as die werknemer enige skuld dra vir die feit dat hy ontslaan is, sal dit 'n aansienlike invloed hê op die omvang van die remedie wat aan hom toegestaan word. Soos hierbo genoem, sal die hof huiwer om 'n bevel van herindiensneming of herindiensstelling te maak wanneer 'n werknemer byvoorbeeld weens wangedrag ontslaan is. Wanneer die hof in sulke gevalle 'n bevel van kompensasie maak, sal die bedrag kompensasie aansienlik minder wees indien die ontslag weens die werknemer se eie toedoen plaasgevind het.<sup>560</sup>

Onder hierdie omstandighede moet sekere vrae gevra word om vas te stel of dit billik sal wees om die bedrag kompensasie te verminder. Die eerste vraag is of die werknemer enige blaam dra vir sy ontslag, die tweede vraag is of die werknemer se optrede die rede is of bygedra het tot sy ontslag en

---

556 McMullen *Business Transfers* 155; Lewis 1982 *Comparative Labor Law* 263.

557 Taylor and Emir *Employment Law* 260; Dickens *et al* 1981 *ILJ* 168,169.

558 Dickens *et al* 1984 *Industrial & Labor Relations Review* 504; Baker 1976 *ILJ* 70,71,72; Dickens *et al* 1981 *ILJ* 160,163.

559 Taylor and Emir *Employment Law* 260. Dit kom daarop neer dat die tribunaal nie 'n werkgewer kan dwing om 'n werknemer, in wie hy al sy vertroue verloor het, weer in diens te neem nie. Lewis 1982 *Comparative Labor Law* 263; Dickens *et al* 1984 *Indus. & Labor Rel. Rev.* 507; Baker 1976 *ILJ* 71; Dickens *et al* 1981 *ILJ* 163,164,165.

560 Taylor and Emir *Employment Law* 261; Lewis 1982 *Comparative Labor Law* 263; Dickens *et al* 1984 *Indus. & Labor Rel. Rev.* 504; Baker 1976 *ILJ* 72,74.

laastens word gevra of dit dus billik sou wees onder hierdie omstandighede om die bedrag kompensasie te verminder. Sou die antwoord op hierdie vrae positief wees, sal die bedrag kompensasie op 'n persentasie-basis verminder word. As die werknemer 80% skuld vir die ontslag dra, sal sy kompensasie met 80% verminder word. Gevolglik sal 'n werknemer geen kompensasie ontvang wanneer hy 100% skuld vir die ontslag dra nie.<sup>561</sup>

### 5.3.3 *Billike ontslag van werknemers*

Regulasie 7(1)<sup>562</sup> bepaal dat 'n ontslag wat verband hou met die oordrag van 'n besigheid, outomaties onbillik is, maar dat hierdie bepaling nie in die pad sal staan van ontslag weens 'n ekonomiese, tegniese of organisatoriese rede nie.<sup>563</sup>

Die Engelse howe is werkgewer-geïntereerd in gevalle van oortolligheid en herstrukturering van besighede. Die ontslag van 'n werknemer sal billik wees indien die werkgewer die toets vir redelikheid slaag.<sup>564</sup>

Vir die werkgewer om die toets vir redelikheid te slaag, moet die rede vir die ontslag gebaseer wees op 'n ekonomiese, tegniese of organisatoriese faktor.<sup>565</sup> Hierdie kan geïnterpreteer word as 'n "*sound, good business*

---

561 Taylor and Emir *Employment Law* 261.

562 Regulasie 7(1) *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* 2006.

563 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 113; McMullen *Business Transfers* 103,193; Younson *Employment Law* 92; Taylor and Emir *Employment Law* 497; Hepple 1982 *ILJ* 37.

564 McMullen *Business Transfers* 192; Hyams *Business Reorganisations* 64,116,117. Wat die billikheid van 'n ontslag verder sal beïnvloed, is die vraag na substantiewe en prosedurele billikheid van die ontslag. Wat die substantiewe billikheid van ontslag betref, word daar gefokus op die billikheid van die verandering van terme en voorwaardes in werknemers se kontrakte en die billikheid van die werknemers se negatiewe reaksie daarop. Rakende die prosedurele billikheid word gevra of die werkgewer 'n billike prosedure gevolg het by die ontslag, byvoorbeeld om die werknemer kennis te gee van die probleem, hom 'n geleentheid te bied om sy saak te stel en voldoende tyd verleen om vir die verhoor voor te berei. McMullen 1992 *ILJ* 20.

565 McMullen *Business Transfers* 194; Younson *Employment Law* 92,93; Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 114,120; Taylor and Emir *Employment Law* 497; Lewis 1982 *Comparative Labor Law* 257; Dickens *et al* 1984 *Industrial & Labor Relations Review* 502.

reason".<sup>566</sup> Die aspek van billike ontslag word deur regulasie 7(2)<sup>567</sup> gereguleer. Die werkgewer moet egter bewys dat die rede vir die ontslag onder een van hierdie kategorieë val, deur behoorlike bewysstukke te lewer.<sup>568</sup>

Ingevolge regulasie 7(2) sal gevalle waar 'n ekonomiese, tegniese of organisatoriese rede veranderinge in die koper of verkoper se besigheid voor of na die oordrag aanbring en dit die rede vir die ontslag van die werknemer is, sal regulasie 7(1) nie op die betrokke ontslag van toepassing wees nie – met ander woorde die ontslag is nie onbillik nie. Die werkgewer kan 'n regulasie 7(2)-rede aanvoer as verweer wanneer 'n werknemer beweer dat hy onbillik ontslaan is in terme van regulasie 7(1).<sup>569</sup>

Die ekonomiese, tegniese of organisatoriese redes as grond vir 'n billike ontslag, het 'n kommersiële konnotasie. Wanneer een van hierdie gronde as rede geopper word, gaan dit meestal oor die maak of spaar van geld. Sou die koper van die besigheid dus van die vorige werkgewer verwag om sekere oortollige werknemers te ontslaan, omdat hy glo dit sal in die besigheid se beste belang wees as daardie werknemers nie saam oorgedra word nie, sal sodanige ontslag beskou word as ontslag weens 'n ekonomiese rede en sal dit gevolglik 'n billike ontslag wees.<sup>570</sup>

Wanneer 'n werknemer ontslaan word weens tegniese redes, sal dit wees omdat hy nie die tegniese kennis of ervaring het om sy werk behoorlik te doen nie. Dit kan ook wees wanneer die werkgewer nuwe tegnologie in die besigheid inbring en sodanige tegnologie 'n aansienlike verandering in die werknemer se werk teweeg gaan bring.<sup>571</sup>

---

566 Hyams *Business Reorganisations* 112.

567 Regulasie 7(2) *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* 2006.

568 McMullen *Business Transfers* 194; Younson *Employment Law* 92,93; Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 114,120.

569 Thompson *Restructuring and Retrenchments* 25-26; Workman-Davies 2007 *ILJ* 2150-2151.

570 Younson *Employment Law* 97; Hyams *Business Reorganisations* 65.

571 Younson *Employment Law* 99.

Ontslag om organisatoriese redes oorvleuel in 'n mate met ekonomiese redes aangesien ontslag weens oortolligheid binne altwee hierdie kategorieë val.<sup>572</sup> Organisatoriese ontslag vind ook plaas wanneer die nuwe werkgever die werknemers wat oorgedra is, in groepe saam met sy eie werknemers wil laat saamsmelt. Dit het tot gevolg dat die werknemers se dienskontrakte waarskynlik gaan verander. Die werknemers kan dalk nie tevrede wees met hierdie verandering nie en bedank om sodoende vir konstruktiewe ontslag te eis. Die werkgever mag egter beweer dat die veranderinge billik is weens die feit dat dit om operasionele redes plaasgevind het.<sup>573</sup>

Hierdie gronde vir billike ontslag is egter so wyd dat daar al gesê is dat dit alle beskerming wat die 2006 *TUPE Regulations* in regulasie 7(1)<sup>574</sup> bied, verwyder. Die diskresie lê egter steeds by die tribunaal om te besluit of die ontslag billik was of nie, selfs al het die werkgever bewys dat die ontslag om 'n ekonomiese, tegniese of organisatoriese rede plaasgevind het.<sup>575</sup>

Ingevolge artikel 57(1) van die EP(C)A<sup>576</sup> sal die werkgever moet aandui wat die rede vir die ontslag was, asook dat die rede binne die lys geldige redes soos uiteengesit in artikel 57(2)<sup>577</sup> val, of dat dit om enige ander wesenlike rede is wat die ontslag van die werknemer sal regverdig. Die redes gelys in laasgenoemde artikel, behels ontslag op grond van die werknemer se vermoëns of kwalifikasies, die werknemer se gedrag of die feit dat hy oortollig geword het en laastens dat hy nie meer daartoe in staat

---

572 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 121; Younson *Employment Law* 99. 'n Ontslag wat verband hou met die oordrag van 'n besigheid weens 'n ekonomiese, tegniese of organisatoriese rede kan ook as gevolg van die oortolligheid van die werknemer wees, onder welke geval die werknemer geregtig is op oortolligheidsbetaling.

573 Younson *Employment Law* 99,100.

574 Regulasie 7(1) *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* 2006.

575 McMullen *Business Transfers* 195; Younson *Employment Law* 96. Net omdat die ontslag nie outomaties onbillik is nie, beteken nie dit is outomaties billik nie – die hof moet eers besluit of die rede van die werkgever voldoende is om die genoemde ontslag te regverdig. Hepple 1982 *ILJ* 37; McMullen 1992 *ILJ* 20; McMullen 1992 *ILJ* 21.

576 A 57(1) *Employment Protection (Consolidation) Act* 1978.

577 A 57(2) *Employment Protection (Consolidation) Act* 1978.

is om die betrokke pos te beklee nie weens tussentrede van 'n plig of beperking wat hom opgelê is.<sup>578</sup>

Tesame met die ekonomiese, tegniese en organisatoriese rede vir ontslag, moes daar ook 'n verandering in die werkkragte gewees het. Wanneer daar geen verandering in die werkkragte ontstaan nie, maar slegs 'n verandering in die terme en voorwaardes in die dienskontrakte, sal 'n ekonomiese, tegniese en organisatoriese rede nie gevestig kan word nie.<sup>579</sup>

In die gevalle waar die ontslag weens bedryfsvereistes of die regulasie 7(2)-redes die enigste opsie van die werkgewer is om die besigheid in funksionerende toestand te hou, sal so 'n ontslag geregverdig wees.<sup>580</sup>

Terwyl die Engelse reg in regulasie 7(2)<sup>581</sup> aandui dat ontslag op grond van ekonomiese, tegniese of organisatoriese redes billik sal wees, bepaal die Suid-Afrikaanse reg in terme van artikels 189 en 189A van die 1995 WAV dat ontslag weens bedryfsvereistes as billike grond vir ontslag kan kwalifiseer.<sup>582</sup>

#### 5.4 Samevatting

In ooreenstemming met artikel 185 van die 1995 WAV in die Suid-Afrikaanse reg, het werknemers ingevolge artikel 94 van die ERA 1996 in die Engelse reg ook die reg om nie onbillik ontslaan te word nie. Omdat

---

578 McMullen *Business Transfers* 334.

579 Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation* 122. Die werkkragte moet fisies afneem, of daar moet 'n verandering in hulle totale funksies weens die ekonomiese, tegniese of organisatoriese redes aangebring word; McMullen 2006 *ILJ* 127.

580 Workman-Davies 2007 *ILJ* 2161. Een van die vrae wat die Engelse houe hulself afvra in die vasstelling of 'n bepaalde ontslag billik was of nie, is of die ontslag steeds sou plaasgevind het as dit nie vir die oordrag van die besigheid was nie. In hierdie opsig stem die Engelse reg met die Suid-Afrikaanse reg ooreen, want hierdie vraag is niks anders as 'n vorm van 'n kousaliteitstoets (*sine qua non*-toets) nie.

581 Regulasie 7(2) *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* 2006.

582 Sien paragraaf 3.5.1.

die Engelse "*Common Law*" meestal gelei het tot die beëindiging van die werknemer se dienskontrak, is regulasie 4 van die 2006 *TUPE Regulations* uitgevaardig, welke regulasie voorsien vir die outomatiese oordrag van 'n werknemer na die nuwe werkgewer. Die enigste vereiste vir regulasie 4 om van toepassing te wees, is dat die werknemer onmiddellik voor die oordrag in die diens van die vorige werkgewer was. Die begrip "onmiddellik voor" is verskillend deur die hoewe benader, maar dit kom daarop neer dat die werknemer voor die oordrag in die diens van die vorige werkgewer moes wees. Die periode tussen die diens van die werknemer en die oordrag is irrelevant, solank die gaping veroorsaak is deur die meganisme van die oordrag.

In terme van regulasie 7(1) van die 2006 *TUPE Regulations* word ontslag weens die oordrag van 'n besigheid as outomaties onbillik beskou. Wanneer 'n werknemer beweer dat hy onbillik ontslaan is en hy dit op 'n oorwig van waarskynlikheid aan die hof bewys het, sal hy drie moontlike remedies hê. Die hof kan óf 'n bevel vir herindiensstelling óf herindiensneming maak. Herindiensstelling behels die terugneem van die werknemer in die pos waarin hy was voor die ontslag, met alle regte en verpligtinge soos dit voorheen was. Herindiensneming behels ook die terugneem van die werknemer, maar in hierdie geval sal hy nie noodwendig weer dieselfde pos beklee nie. Dit moet in gedagte gehou word dat die omstandighede van 'n saak van so aard kan wees dat dit onprakties sal wees om die werknemer weer in diens te stel of in diens te neem. Dit sal wees in gevalle waar die diensverhouding tussen die werkgewer en die werknemer of tussen die werknemer en sy medewerknemers onherstelbare skade opgedoen het.

Die derde remedie behels die betaal van kompensasie. Alhoewel herindiensstelling die primêre remedie is, word kompensasie die meeste as remedie gebruik. Hierdie kompensasie word betaal met die doel om die werknemer te vergoed vir verliese deur hom gely weens die ontslag.

Ingevolge regulasie 7(2) van die 2006 *TUPE Regulations* word gronde voorsien waar 'n werknemer by die oordrag van 'n besigheid billik ontslaan kan word. Hierdie gronde behels 'n ekonomiese, tegniese of organisatoriese rede. Die ontslag mag nie plaasvind om 'n effek te hê op die oordrag van die besigheid nie, maar indien dit in die besigheid se beste belang is om die werknemer te ontslaan, sal sodanige ontslag geregverdig wees. Vir die ontslag om billik te wees, moet die werkgever te alle tye redelik optree en aan die vereiste vir prosedurele billikheid voldoen.

In die volgende hoofstuk sal 'n vergelyking getref word tussen die Suid-Afrikaanse reg en die Engelse reg rakende die oordrag van besighede en die hantering van die ontslag van werknemers ten einde tot 'n gevolgtrekking te kom.

## HOOFSTUK 6

### FINALE SAMEVATTING EN GEVOLGTREKKING

#### 6.1 Probleemstelling

Die oordrag van 'n besigheid kan gedefinieer word as die oordrag van 'n lopende ekonomiese entiteit vanaf een persoon aan 'n ander. Die oordrag van 'n besigheid kan vir baie werknemers onsekerheid inhou, aangesien die vorige werkgewer deur die nuwe werkgewer vervang word. In terme van Suid-Afrikaanse wetgewing moet 'n werknemer, tesame met al sy regte en verpligtinge soos onder die vorige werkgewer, saam met die besigheid oorgedra word na die nuwe werkgewer.

Werkgewers ontslaan soms werknemers by die oordrag van 'n besigheid met die doel om 'n bepaalde effek op die oordrag van die besigheid te hê. Werknemers het in terme van artikel 23 van die Grondwet die reg om nie aan onbillike arbeidspraktyke blootgestel te word nie. Die reg op billike arbeidspraktyke vorm deel van die regte van 'n werknemer wat saam met hom by die oordrag van 'n besigheid na die nuwe werkgewer oorgedra moet word. Onbillike arbeidspraktyke behels onder meer onbillike ontslag. Die reg op billike arbeidspraktyke behels dus dat die werknemer die reg het om nie tydens die oordrag van 'n besigheid onbillik ontslaan te word nie. Sou die oordrag van die besigheid of enigiets wat verband hou met die oordrag van die besigheid die rede vir die ontslag wees, sal die ontslag onbillik wees.

Hierdie verbod op ontslag plaas egter 'n beperking op die grondwetlike reg op vrye handel van 'n werkgewer soos dit in artikel 22 van die Grondwet gestipuleer word. 'n Werkgewer behoort sy besigheid te kan bedryf sonder staatsinmenging, dus sal hy nie verbied kan word om 'n werknemer, wat vir hom moontlike skade kan veroorsaak, te ontslaan nie. Hierdie skade behels moontlike finansiële verlies weens die werknemer se wangedrag of

onbevoegdheid, of omdat die werknemer oortollig is en hy dus weens bedryfsvereistes ontslaan moet word.

## 6.2 Regsposisie in die Suid-Afrikaanse Reg

Werknemers is ingevolge die Suid-Afrikaanse gemenerereg deur die vorige werkgewer ontslaan, waarna hulle van nuuts af by die nuwe werkgewer aansoek moes doen vir werk. Die werknemers was soms na dese werkloos gelaat aangesien die nuwe werkgewer onder geen verpligting was om die werknemers in diens te neem nie.

Hierdie gebrek aan sekuriteit is herstel deur die inwerkingtreding van artikel 197 van die 1995 WAV. In terme van hierdie artikel sou werknemers tesame met al hulle regte en verpligtinge saam met die lopende saak oorgedra word. Hierdie bepaling het die gevolg gehad dat die werknemer se dienskontrak steeds van krag bly asof dit gesluit is met die nuwe werkgewer.

Artikel 197 van die 1995 WAV is later gewysig deur die 2002 Wysigingswet omdat die onduidelike formulering van die artikel teenstrydighede in die praktyk veroorsaak het. Die gewysigde artikel 197 bepaal pertinent dat 'n werknemer *outomaties* oorgedra sal word na die nuwe werkgewer deurdat die nuwe werkgewer *outomaties* in die plek van die vorige werkgewer geplaas word. Hierdie formulering skakel enige onsekerheid oor die oordrag van 'n werknemer uit.

Ingevolge artikel 187(1)(g) van die 1995 WAV word 'n verbod op die ontslag van 'n werknemer by die oordrag van besighede geplaas, spesifiek in gevalle waar die oordrag die direkte rede vir die ontslag is, of waar die rede verband hou met die oordrag. Hierdie artikel bepaal dat ontslag by die oordrag van 'n besigheid *outomaties* onbillik is, en dat 'n werknemer in sulke gevalle geregtig is op 'n remedie in die vorm van herindiensstelling, herindiensneming of kompensasie.

Om te voorkom dat hierdie verbod op ontslag die reg van 'n werkgewer om sy besigheid na vrye wil te bestuur, beperk, is wetgewing aangeneem wat dit vir die werkgewer moontlik maak om 'n werknemer by die oordrag van 'n besigheid billik te ontslaan, mits dit op 'n geldige rede gebaseer is. In terme van artikel 188 en artikel 189 kan 'n werkgewer 'n werknemer billik ontslaan mits dit op wangedrag of onbevoegheid van die werknemer gebaseer is, of geskied weens die bedryfsvereistes van die werkgewer.

Die 1995 WAV maak ook voorsiening vir die beskerming van werknemers by die oordrag van 'n insolvente besigheid. Onder die gemenereg het die oordrag van 'n insolvente besigheid kontrakbreuk deur die vorige werkgewer veroorsaak en die werknemer was slegs geregtig op vergoeding vir verliese deur hom gely. Ingevolge artikel 197A van die WAV sal 'n werknemer saam met die besigheid oorgedra word na die nuwe werknemer asof die besigheid solvent is. Die regte en verpligtinge van die werknemer sal egter nie soos by solvente besighede ook na die nuwe werkgewer oorgaan nie. Hierdie regte en verpligtinge bly steeds van krag en afdwingbaar teenoor die vorige werkgewer.

### **6.3 Regsposisie in die Engelse Reg**

Net soos onder die Suid-Afrikaanse reg het die oordrag van 'n besigheid onder die Engelse reg ook probleme vir die werknemers veroorsaak. In die Engelse reg word die oordrag van 'n besigheid gedefinieer as die ontslae raak van 'n entiteit deur dit van die hand te sit waar die entiteit sy identiteit na die oordrag behou.

Die oordrag van besighede is, net soos in die Suid-Afrikaanse reg, eers deur die Engelse "*Common Law*" gereguleer wat die gevolg gehad het dat werknemers se dienskontrakte nie oorgedra kon word na die nuwe werkgewer voor al die partye nie toestemming daartoe verleen het nie. Die nuwe werkgewer was onder geen verpligting om toestemming tot die oordrag te gee nie. Die weiering van die nuwe werkgewer om die

werknemer in diens te neem, het veroorsaak dat die werknemer na die oordrag werkloos was.

Om die gebrek aan beskerming veroorsaak deur "*Common Law*" te herstel, is die EP(C)A en die 1981 *TUPE Regulations* in die lewe geroep. Die EP(C)A voorsien vir die kontinuïteit van die werknemer se dienskontrak deur in terme van paragraaf 17 Skedule 13 te bepaal dat 'n werknemer se dienskontrak nie deur die oordrag van 'n besigheid onderbreek sal word nie. Die EP(C)A voorsien ook in terme van artikel 94 vir oortolligheidsbetaling van die werknemer.

Die 1981 *TUPE Regulations* het in terme van regulasie 5 bepaal dat 'n werknemer by die oordrag van die besigheid saam met die besigheid oorgedra sal word na die nuwe werkgever. Weens die eng formulering van die 1981 *TUPE Regulations*, het 'n behoefte aan nuwe *TUPE Regulations* ontstaan. Die nuwe *TUPE Regulations* is in 2006 aangeneem. Behalwe vir 'n duideliker uiteensetting, bring die 2006 *TUPE Regulations* geen wesentliche veranderinge aan die 1981 *TUPE Regulations* nie. Die oordrag van 'n werknemer by die oordrag van besighede word onder die 2006 *TUPE Regulations* in terme van regulasie 4 gereguleer.

Artikel 94 van ERA 1996 is die ekwivalent van artikel 185 van die 1995 WAV in die Suid-Afrikaanse reg. Ingevolge hierdie artikel het werknemers die reg om nie onbillik deur hulle werkgevers ontslaan te word nie. Omdat die Engelse "*Common Law*" gewoonlik die beëindiging van 'n werknemer se dienskontrak tot gevolg gehad het, moes wetgewing daargestel word om te voorkom dat dit gebeur. Gevolglik is regulasie 8(1) in die 1981 *TUPE Regulations* (nou regulasie 7(1) van die 2006 *TUPE Regulations*) geïnkorporeer. Hierdie regulasie verklaar ontslag van 'n werknemer by die oordrag van 'n besigheid as outomaties onbillik. Wanneer 'n werknemer onbillik ontslaan is, het hy dieselfde remedies as die werknemers in die Suid-Afrikaanse reg, te wete herindiensstelling, herindiensneming en kompensasie.

Met betrekking tot die aard van ontslag by die oordrag van besighede, verskil die Engelse reg van die Suid-Afrikaanse reg. Waar ontslag by die oordrag van 'n besigheid onder die Engelse reg slegs as onbillik bestempel word, word ontslag onder hierdie omstandighede in die Suid-Afrikaanse reg oor die algemeen verbied.

Die werkgewer se belange moet ook in gedagte gehou word. Net soos in die Suid-Afrikaanse reg, word 'n werkgewer in die Engelse reg toegelaat om 'n werknemer billik te ontslaan. In terme van regulasie 7(2) kan 'n werkgewer sy werknemers ontslaan wanneer die ontslag weens 'n ekonomiese, tegniese of organisatoriese rede plaasvind. Die werkgewer dra die bewyslas om die hof op 'n oorwig van waarskynlikheid te oortuig dat die ontslag weens een van hierdie redes plaasgevind het.

Voorsiening word gemaak vir die beskerming van werknemers tydens die oordrag van 'n insolvente besigheid. Wanneer 'n insolvente besigheid oorgedra word, word 'n subsidiêre besigheid ingevolge regulasie 4 van die 2006 *TUPE Regulations* geskep wat voortgaan om die insolvente besigheid te bestuur totdat die besigheid verkoop word. Gedurende hierdie tydperk word die werknemers aan die subsidiêre besigheid geleen, maar hulle bly steeds in die diens van die insolvente werkgewer. Wanneer die besigheid verkoop word, word die werknemers in terme van regulasie 4 na die nuwe werkgewer oorgedra.

#### **6.4 Bevinding**

In antwoord op die beperking van die werkgewer se reg op vrye handel in terme van artikel 22 van die Suid-Afrikaanse Grondwet, is dit in terme van artikel 188 en artikel 189 van die 1995 WAV moontlik om 'n werknemer billik te ontslaan. Die ontslag wat hier ter sprake is, sal billik wees indien dit weens die wangedrag, onbevoegdheid of bedryfsvereistes van die werkgewer geskied. Die wangedrag of onbevoegdheid van die werknemer moet egter nie geklassifiseer kan word as 'n rede wat verband hou met die

oordrag van 'n besigheid nie. Sou dit die geval wees, sal die ontslag wel onbillik wees.

Die grond vir billike ontslag by die oordrag van besighede wat die meeste gewig dra, is bedryfsvereistes, en dit is dus ook die grond wat meestal vereis en gebruik word. Die ontslag moet dus in die beste belang van die besigheid wees. Tesame met die bedryfsvereistes as grond vir billike ontslag, moet die werkgewer ook aan alle prosedurele vereistes voldoen het vir die ontslag om billik te wees.

Net soos in die Suid-Afrikaanse reg, is daar in die Engelse reg ook wetgewing aangeneem wat dit vir die werkgewer moontlik maak om 'n werknemer voor of na die oordrag van 'n besigheid te ontslaan. Hierdie wetgewing, te wete Regulasie 7 van die 2006 *TUPE Regulations*, maak dit vir die werkgewer moontlik om 'n werknemer op grond van ekonomiese, tegniese of organisatoriese redes billik te ontslaan. Weereens handel dit oor die beste belang van die besigheid.

## **6.5 Regsvergelyking en Aanbevelings**

Die Suid-Afrikaanse reg en Engelse reg stem ooreen in die opsig dat beide regstelsels die outomatiese oordrag van 'n werknemer by die oordrag van 'n besigheid reguleer. Hierdeur word die kontinuïteit van die werknemer se dienslewering verseker. In beide hierdie regstelsels word die ontslag van 'n werknemer by die oordrag van 'n besigheid as outomaties onbillik beskou indien die ontslag gebasseer is op die oordrag of verband hou daarmee.

Hierdie regstelsels verskil in die opsig dat die Engelse reg nie soveel klem lê op die vereiste dat 'n onderneming as lopende saak verkoop moet word voordat die werknemers in terme van wetgewing beskerm kan word nie. In die Suid-Afrikaanse reg kwalifiseer werknemers nie vir die beskerming van artikel 197 tensy die besigheid as lopende saak verkoop word. In hierdie opsig is die Suid-Afrikaanse reg eng in sy toepassing.

Die Suid-Afrikaanse reg plaas 'n verbod op die ontslag van 'n werknemer by die oordrag van 'n besigheid, met die uitsondering dat 'n werknemer ontslaan kan word wanneer sodanige ontslag op die bedryfsvereistes van die werkgewer gebaseer is. Hierdie ontslag sal outomaties onbillik wees.

Die Engelse reg plaas nie 'n verbod op die ontslag van 'n werknemer nie, maar verklaar dat sodanige ontslag outomaties onbillik sal wees, met die uitsondering dat die ontslag billik sal wees wanneer dit om ekonomiese, tegniese of organisatoriese redes geskied.

Die veld wat die Engelse reg skep by die billike ontslag van 'n werknemer, is wyer as dié van die Suid-Afrikaanse reg. Sou die Suid-Afrikaanse reg die Engelse benadering volg, kan dit groter sekerheid by die billike ontslag van 'n werknemer meebring. 'n Beter balans tussen die regte van die werknemer en die werkgewer sal gehandhaaf kan word.

## **6.6 Ten slotte**

Beide die werknemer en die werkgewer het regte wat beskermingswaardig is en gebalanseer moet word. Aan die een kant het die werknemer die grondwetlike reg op billike arbeidspraktyke en derhalwe die reg om nie onbillik ontslaan te word nie. Aan die ander kant het die werkgewer die grondwetlike reg op vrye handel sonder inmenging van die staat.

Deur in terme van artikels 185, 187(1)(g) en 197 van die 1995 WAV in die Suid-Afrikaanse reg 'n verbod op die onbillike ontslag van 'n werknemer voor of na die oordrag van 'n besigheid te plaas, maar in terme van artikels 188 en 189 dit vir die werkgewer moontlik te maak om in bepaalde omstandighede 'n werknemer billik te ontslaan, word 'n balans tussen beskerming van die regte van die werknemer en die werkgewer bewerkstellig.

Bogenoemde situasie geld ook in die Engelse reg. Regulasie 7(1) van die 2006 *TUPE Regulations* bepaal dat die ontslag van 'n werknemer voor of

na die oordrag van 'n besigheid onbillik is. Die regte van die werkgewer word egter ook beskerm deur gronde vir die billike ontslag van 'n werknemer neer te lê. Weereens word 'n balans bewerkstellig.

Dit is dus duidelik uit bogenoemde dat pogings aangewend is om beide die werknemer en die werkgewer te bevoordeel. Die werknemer sal nie onbillik ontslaan kan word voor of na die oordrag van 'n besigheid nie, maar die werkgewer sal hom wel in uitsonderlike omstandighede billik kan ontslaan.

## **Bibliografie**

### ***Aanbevelingsdokumente***

*Termination of Employment Recommendation 119 of 1963*

*Termination of Employment at the Initiative of the Employer Recommendation 166 of 1982*

### ***Boeke***

#### **D**

Du Toit *Labour Relations Law*

Du Toit D *et al Labour Relations Law: A Comprehensive Guide* 5<sup>th</sup> ed  
(Butterworths Durban 2006)

#### **G**

Grogan *Dismissal*

Grogan J *Dismissal, Discrimination and Unfair Labour Practices* (Juta  
Lansdowne 2005)

Grogan *Workplace Law* 8<sup>th</sup> ed

Grogan J *Workplace Law* 8<sup>th</sup> ed (Juta Lansdowne 2005)

Grogan *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed

Grogan J *Workplace Law* 9<sup>th</sup> ed (Juta Cape Town 2007)

## H

Honeyball *Labour Law*

Honeyball S *Honeyball and Bowers' Textbook on Labour Law* 9<sup>th</sup> ed  
(Oxford University Press New York 2006)

Hyams *Business Reorganisations*

Hyams O *Employment Aspects of Business Reorganisations* (Oxford  
University Press New York 2006)

## M

McMullen *Business Transfers*

McMullen J *Business Transfers and Employee Rights* 2<sup>nd</sup> ed (Butter-  
worths Edinburgh 1992)

## R

Rycroft *South African Labour Law*

Rycroft A and Jordaan B *A Guide to South African Labour Law* (Juta  
Kenwyn 1990)

## T

Taylor and Emir *Employment Law*

Taylor S and Emir A *Employment Law: An Introduction* (Oxford  
University Press New York 2006)

Todd *Business Transfers*

Todd C, Du Toit D and Bosch C *Business Transfers and Employment  
Rights in South Africa* (Butterworths Durban 2004)

## **V**

Van Jaarsveld *Kompendium van Arbeidsreg*

Van Jaarsveld F en Van Eck S *Kompendium van Arbeidsreg* 5<sup>de</sup> uitg  
(Butterworths Durban 2006)

## **W**

Wynn-Evans *New Transfer of Undertakings Legislation*

Wynn-Evans C *Blackstone's Guide to The New Transfer of Undertakings Legislation* (Oxford University Press New York 2006)

## **Y**

Younson *Employment Law*

Younson FR *Employment Law and Business Transfers: A Practical Guide* (Sweet & Maxwell London 1989)

## **Bydraes in 'n Versamelwerk**

## **O**

Olivier *Statutory Employment Relations*

Olivier M "Statutory Employment Relations in South Africa" in Slabbert *et al Managing Employment Relations in South Africa* (Durban Butterworths 2005) 5-359 – 5-382

## **S**

Stelzner *Workplace Change*

Stelzner S "Workplace Change" in Grogan J *et al Juta's Annual Labour Law Update* (Juta Lansdowne 2003) 82-111

## T

### Thompson *Labour Management Relations*

Thompson C "Labour Management Relations" in Cheadle H *et al*  
*Current Labour Law* (Juta Lansdowne 2000) 35-55

### Thompson *Restructuring and Retrenchment*

Thompson C "Restructuring and Retrenchment" in Cheadle H *et al*  
*Current Labour Law* (Butterworths Durban 2002) 25-52

### Thompson *Retrenchments and Restructuring*

Thompson C "Retrenchments and Restructuring" in Cheadle H *et al*  
*Current Labour Law* (Butterworths Durban 2005) 53-80

### Thompson *Restructuring and Retrenchment*

Thompson C "Restructuring and Retrenchment" in Cheadle H *et al*  
*Current Labour Law* (Butterworths Durban 2006) 59-75

### Thompson *Restructuring and Retrenchment*

Thompson C "Restructuring and Retrenchment" in Cheadle H *et al*  
*Current Labour Law* (Butterworths Durban 2008) 53-85

## **Konvensies**

*Termination of Employment at the Initiative of the Employer Convention*  
158 of 1982

## **Regspraak**

### **A**

*Alphafield Ltd v Barratt* 1984 3 All ER 795

*Anglo Office Supplies (Pty) Ltd v Lotz* 2008 JOL 21185 (LAC)

*Apex Leisure Hire Ltd v Barratt* 1984 ICR 452

*Aviation Union of South Africa v SAA (Pty) Ltd* 2008 1 BLLR 20 (LC)

### **B**

*Bannister v Brasway plc* IDS Brief 254/1983 7 IT

*Berriman v Delabole Slate Ltd* 1985 ICR 546

*Browne v Catlow and Pilling* COIT 13862/41 IT

### **C**

*CEPPWAWU v Cordero* 2008 JOL 21095 (LC)

### **D**

*Douglas v Gauteng MEC for Health* 2008 5 BLLR 401 (LC)

### **E**

*Ellison v R & J K Pullman (Retail) Ltd* COIT 10988/83

### **F**

*Ferodo (Pty) Ltd v De Ruiter* 1993 14 ILJ 974 (LAC)

*Flemix Grand Select 199 (Pty) Ltd t/a Bethlehem Karavane* 2007 JOL 20170 (MIBCO)

*Foodgro (A division of Leisurenet Ltd) v Keil* 1999 9 BLLR 875 (LAC)

*Foreningen af Arbejdsledere Danmark v Daddy's Dance Hall A/S* 1988  
IRLR 315, ECJ

*Fouie v Iscor Ltd* 2000 11 BLLR 1269 (LC)

## **G**

*Green v Wavertree Heating & Plumbing Co Ltd* 1978 ICR 928

*Grobler v Khulani Fidelity Security Services* 2006 JOL 18644 (CCMA)

## **H**

*Hugo v Shandelier Hotel Group CC* 2000 ILJ 1884 (CCMA)

## **J**

*Jooste v Transnet Ltd t/a SAA* 1995 6(1) SALLR 60 (LAC)

## **K**

*Kenmir Ltd v Frizzel* 1968 1 All ER 414

*Kestongate Ltd v Miller* 1986 ICR 672

*Kgethe v LMK Manufacturing (Pty) Ltd* 1997 10 BLLR 1303 (LC)

## **L**

*Ledernes Hovedorganisation (acting for Rygaard) v Dansk Arbejdsgiverforening (acting for Strø Mølle Akustik A/S)* 48/94 1996 IRLR 51, ECJ

*LM Wulfsohn Motors (Pty) Ltd t/a Lionel Motors v Dispute Resolution Centre* 2007 JOL 20650 (LC)

*Litster v Forth Dry Dock & Engineering Co Ltd* 1989 IRLR 161, ECJ

*Litster v Forth Dry Dock & Engineering Co Ltd* 1990 1 AC 546

## **M**

*Macer v Abafast Ltd* 1990 ICR 234

## **N**

*NEHAWU v University of Cape Town* 2000 21 ILJ 1618 (LC)

*NEHAWU v University of Cape Town & other* 2002 4 BLLR 311 (LAC)

*NEHAWU v University of Cape Town & other* 2003 24 ILJ 95 (CC)

*Nokes v Doncaster Amalgamated Collieries Ltd* 1940 3 All ER 549

## **P**

*P Bork International AS v Foreningen AF Arbejdsledere I Danmark* 1989 IRLR 41, ECJ

*Premier Motors (Medway) Ltd v Total Oil (Great Britain) Ltd* 1983 IRLR 471, ECJ

## **S**

*SA Agricultural Plantation of Allied Workers Union v H L Hall & Sons (Group Services) Ltd* 1999 20 ILJ 399 (LC)

*SA Chemical Workers Union v Afrox Ltd* 1999 20 ILJ 1718 (LAC)

*SA Municipal Workers Union v Rand Airport Management CO (Pty) Ltd* 2002 23 ILJ 2304 (LC)

*SA Municipal Workers Union v Rand Airport Management CO (Pty) Ltd* 2005 26 ILJ 67 (LAC)

*Schatz v Elliot International (Pty) Ltd* (JS 562/06; February 2008)

*Schutte v Powerplus Performance (Pty) Ltd* 1999 20 ILJ 655 (LC)

*Secretary of State for Employment v Spence* 1986 IRLR 248, ECJ

*Secretary of State for Employment v Spence* 1987 QB 179 CA

*Smith v Magnum Security* 1997 3 BLLR 336 (CCMA)

*Spijkers v Gebroeders Benedik Abattoir CV* 1986 2 CMLR 296

## **T**

*Tekwini Security Services CC v Mavana* 1999 20 ILJ 2721 (LC)

## **V**

*Van der Velde v Business & Design Software (Pty) Ltd* 2006 27 ILJ 1738 (LC)

## **W**

*Western Cape Workers Association v Halgang Properties CC* 2001 22 ILJ 1421 (LC)

## **Tydskrifartikels**

## **A**

Anon 2000 *Employment Law*

Anon "Amendments: Clarifying Transfers" 2000 *Employment Law* 15-17

Anon 2002 *Employment Law*

Anon "A twist on transfers: LAC reinterprets section 197" 2002 *Employment Law* 9-14

*Anon 2002 Employment Law*

Anon "Dismissal: The new law on retrenchment – Practical effects of the amendments to sections 189 and 197" *2002 Employment Law* 4-9

*Anon 2005 Employment Law*

Anon "Second-generation outsourcing: The reach of section 197" *2005 Employment Law* 10-15

**B**

*Baker 1976 ILJ*

Baker CD "Employment Protection: Individual Rights" *1976 5 ILJ* 65-79

*Bosch 2002 ILJ*

Bosch C "Operational Requirements Dismissals and Section 197 of the Labour Relations Act: Problems and Possibilities" *2002 23 ILJ* 641-657

*Bosch 2004 ILJ*

Bosch C "Balancing the Act: Fairness and Transfers of Businesses" *2004 25 ILJ* 923-942

*Bosch 2004 ILJ*

Bosch C "Of Business Parts and Human Stock: Some Reflections on Section 197(1)(a) of the Labour Relations Act" *2004 25 ILJ* 1865-1883

## D

Dickens *et al* 1981 *ILJ*

Dickens L *et al* "Re-employment of Unfairly Dismissed Workers: The Lost Remedy" 1981 10 *ILJ* 160-175

Dickens *et al* 1984 *Industrial & Labor Relations Review*

Dickens L *et al* "The British Experience Under A Statute Prohibiting Unfair Dismissal" 1984 *Industrial & Labor Relations Review* 497-514.

Driver 2000 *ILJ*

Driver G "Commercial perspective on Section 197 of the Labour Relations Act" 2000 21 *ILJ* 9-15

## H

Hepple 1982 *ILJ*

Hepple B "Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations" 1982 11 *ILJ* 29-40

Hepple 1999 *Comparative Labor Law & Pol'y Journal*

Hepple B "Employee Loyalty in English Law" 1999 20 *Comparative Labor Law & Pol'y Journal* 205-224

## L

Le Roux 2002 *Contemporary Labour Law*

Le Roux PAK "Consequences arising out of the sale or transfer of a business: Implications of the Labour Relations Amendment Act" 2002 *Contemporary Labour Law* 62-69

Lewis 1982 *Comparative Labor Law*

Lewis D "Termination of Employment in Britain" 1982 *Comparative Labor Law* 248-274

**M**

McMullen 1992 *ILJ*

McMullen J "Takeovers, Transfers and Business Re-organizations" 1992 21 *ILJ* 15-30

McMullen 1996 *ILJ*

McMullen J "Atypical Transfers, Atypical Workers and Atypical Employment Structures – A Case for Greater Transparency In Transfer of Employment Issues" 1996 25 *ILJ* 286-307

McMullen 2006 *ILJ*

McMullen J "An Analysis of the Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006" 2006 35 *ILJ* 113-139

**O**

Olivier and Smit 1999 *De Rebus*

Olivier M and Smit N " Transfer of a business, trade or undertaking" 1999 *De Rebus* 83-86

**P**

Pollard 1996 *ILJ*

Pollard D "Insolvent Companies and TUPE" 1996 25 *ILJ* 191-210

## **R**

Rico 1986 *Industrial Relations LJ*

Rico L "Legislating Against Unfair Dismissal: Implications from British Experience" 1986 8 *Industrial Relations LJ* 547-582

## **S**

Sargeant 2002 *ILJ*

Sargeant M "New Transfer Regulations" 2002 31 *ILJ* 35-54

Smit 2005 *ILJ*

Smit N "A Chronicle of Issues Raised in the Course of Dismissals by the Transferor and/or Transferee in Circumstances Involving the Transfer of an Undertaking" 2005 26 *ILJ* 1853-1872

Stieber 1980 *Comparative Labor Law*

Stieber J "Protection Against Unfair Dismissal: A Comparative View" 1980 *Comparative Labor Law* 229-240

## **W**

Wallis 2000 *ILJ*

Wallis MJD "Section 197 is the Medium: What is the Message?" 2000 21 *ILJ* 1-8

Workman-Davies 2007 *ILJ*

Workman-Davies B "The Right of Employers to Dismiss Employees in the Context of Business Transfers – An Analysis of the Automatically Unfair Dismissal Provisions of the Labour Relations Act" 2007 28 *ILJ* 2133-2171

Wynn-Evans 2002 *ILJ*

Wynn-Evans C "Constructive Dismissal, TUPE and Subsidiarity" 2002  
31 *ILJ* 282-285

### **Wetgewing**

#### **A**

*Acquired Rights Directive: EC Council Directive 77/187*

*Acquired Rights Directive: EC Council Directive 98/50*

*Acquired Rights Directive: EC Council Directive 2001/23*

#### **E**

*Employment Protection (Consolidation) Act 1978*

*Employment Relations Act 1999*

*Employment Rights Act 1996*

*European Communities Act 1972*

#### **G**

*Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996*

#### **I**

*Insolvency Act 1986*

#### **T**

*Transfer of Undertaking (Protection of Employment) Regulations 1981*

*Transfer of Undertaking (Protection of Employment) Regulations 2006*

**W**

*Wet op Arbeidsverhoudinge 28 van 1956*

*Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995*

*Wysigingswet op Arbeidsverhoudinge 12 van 2002*

*Wet op Insolvensie 24 van 1936*