



Outomatiese onbillike ontslag weens ouderdom

deur

Marike Ackerman

29204632



Outomatiese onbillike ontslag weens ouderdom

Ingedien ter gedeeltelike vervulling van die vereistes van die graad

LLM

Deur

Marike Ackerman

Vorberei onder begeleiding van

Mev E Gericke

Aan die Fakulteit Regsgeleerdheid,
Universiteit van Pretoria

April 2014



Universiteit van Pretoria

PLAGIAATVORM

Marike Ackerman

29204632

MND 800 Skripsie - Outomatiese onbillike ontslag weens ouderdom

Verklaring

- a. Ek begryp wat plagiaat is en is bewus van Universiteitsbeleid in hierdie verband.
- b. Ek verklaar dat hierdie skripsie my eie, oorspronklike werk is. Waar iemand anders se werk gebruik is (hetsy uit 'n gedrukte bron, die internet of enige ander bron), is dit behoorlik erken en die verwysings ooreenkomstig die Fakulteit Regsgeleerdheid se vereistes gedoen.
- c. Ek het nie 'n ander student se vorige werk gebruik en as my eie ingedien nie.
- d. Ek het niemand toegelaat en sal niemand toelaat om my werk te kopieer met die doel om dit as sy of haar eie werk voor te doen nie.

Handtekening van Student:

Handtekening van Studieleier:

INHOUDSOPGAWE

INHOUDSOPGAWE.....	4
INLEIDING.....	6
PROBLEEMSTELLING	10
1. Navorsingsvrae	10
1.1 Wat is die definisie van outomatiese onbillike ontslag?.....	10
1.2 Wat is die vereistes van 'n billike ontslag?	10
1.3 Watter regverdigingsgronde kan 'n werkgewer aanvoer wanneer 'n werknemer op grond van ouderdom afgedank word, sonder dat dit op outomatiese onbillike ontslag neerkom?	10
1.4 Hoe vergelyk die internasionale regsposisie met die Suid-Afrikaanse regsposisie op die gebied van beskerming teen outomatiese onbillike ontslag?	10
2. Belang van die studie	10
3. Definisies.....	12
4. Lys van Afkortings	12
HOOFSTUK 1: WAT IS OUTOMATIESE ONBILLIKE ONTSLAG?	13
1. Inleiding.....	13
2. Leerstuk van onbillike ontslag	13
3. Outomatiese onbillike ontslag.....	16
4. Bewyslas	21
5. Gevolgtrekking	22
HOOFSTUK 2: WAT IS BILLIKE ONTSLAG?	24
1. Inleiding.....	24
2. Billike ontslag	25
2.1 Die rede vir die ontslag moet billik wees - Substantiewe billikheid	26
2.2 Die prosedure moet billik wees - Prosedurele billikheid	27

3. Gevolgtrekking	28
HOOFSTUK 3: WERKGEWER SE REGTE MET BETREKKING TOT DISKRIMINASIE	30
1. Inleiding	30
2. Onbillike diskriminasie	30
3. Billike diskriminasie	35
3.1 Regstellende aksie	36
3.2 Inherente werksvereistes	44
4. Toets vir onbillike diskriminasie	45
5. Gevolgtrekking	46
HOOFSTUK 4: REGSVERGELYKING	49
1. Inleiding	49
2. Internasionale Arbeidsorganisasie	49
3. Europese Unie	51
4. Verenigde Koninkryk	54
5. Verenigde State van Amerika	56
6. Gevolgtrekking	58
SLOT	60
BIBLIOGRAFIE	63
1. Artikels	63
2. Boeke	63
3. Internet	65
4. Media & Skripsies	66
5. Regspraak	66
6. Wetgewing	68

INLEIDING

Verskeie aspekte moet oorweeg word om outomatiese onbillike ontslag te bepaal. Eerstens is dit belangrik om die definisie van onbillike ontslag te bepaal om te verseker dat daar aan die vereistes van 'n ontslag voldoen en daarna kan vasgestel word of die ontslag aan die vereistes vir billikheid voldoen soos bepaal deur die Wet op Arbeidsverhoudings 66 van 1995 (hierna verwys as WAV).¹

Tweedens sal vasgestel word of die ontslag voldoen aan die vereistes ingevolge die WAV se definisie van outomatiese onbillike ontslag. Indien diskriminasie vasgestel kan word in terme van die verbode grond van die werknemer se ouderdom, sal die volgende stap wees om te bepaal of die diskriminasie geregverdig of billik was onder die omstandighede, of nie. Die WAV beskerm werknemers se reg teen onbillike diskriminasie op grond van ouderdom in die vorm van outomatiese onbillike ontslag.²

Laastens, sal die bewyslas in die geval van beweerde onbillike ontslag³ bespreek word.⁴ Die fundamentele reg op gelykheid, wat vervat is in artikel 9 van die Grondwet,⁵ is van groot belang. Artikels 185 - 194 van die WAV⁶ is spesifiek van toepassing op die hierdie gedeelte se onderafdelings. Die leerstuk van onbillike ontslag is net van toepassing as daar 'n werksverhouding tussen die werkgewer en werknemer⁷ bestaan ten tyde van die ontslag. Ontslag kan prosedureel of substantief onbillik wees.

In die tweede gedeelte van die studie sal daar na billike ontslag gekyk word. Daar is verskeie vereistes waaraan voldoen moet word voordat ontslag van 'n werknemer as billik

¹ Art 186(1) van die WAV.

² Art 187(1)(f) van die WAV.

³ Art 11 van die WGI.

⁴ *Mashava v Cuzen & Woods Attorneys* (2000) 21 ILJ 402 (LC).

⁵ Art 9 (1)-(5).

⁶ 66 van 1995.

⁷ 'n Werknemer word in artikel 213 van die WAV gedefinieer as: "(a) iemand, behalwe 'n onafhanklike kontrakteur, wat vir iemand anders as die Staat werk en wat besoldiging ontvang of geregtig is om

en redelik beskou kan word⁸. Substantiewe billikheid handel hoofsaaklik oor die redes of gronde vir die ontslag van die werknemer – die werkgever moet ‘n billike en regverdigbare rede hê voordat die werknemer ontslaan mag word.⁹ Prosedurele billikheid aan die anderkant, handel oor die prosedurele vereistes (bv. dissiplinêre verhoor) waaraan voldoen moet word.

Die derde gedeelte van hierdie studie handel oor die werkgever se regte in hierdie verband. ‘n Werkgever mag onder geen omstandighede teen ‘n werknemer diskrimineer op grond van ouderdom nie en daar rus ‘n regsplig op werkgevers om dit te verhoed.¹⁰ Diskriminasie kan billik of onbillik wees. Onbillike diskriminasie op direkte of indirekte gronde word as onregmatig beskou. Die redes wat aangevoer kan word vir onbillike diskriminasie kan in twee groepe verdeel word. Die gronde waarop onbillike diskriminasie verbied word, word in die Grondwet en die Wet op Gelyke Indiensneming 55 van 1998 (hierna verwys as WGI),¹¹ gevind. Artikel 6 van die WGI maak voorsiening vir ‘n algemene verbod op onbillike diskriminasie in die werksplek. Dus moet artikel 6 van die WGI saamgelees word met artikel 187(1)(f) van die WAV. Indien die werkgever die ouderdom van die werknemer as rede aanvoer om die beëindiging van die dienstermyn te regverdig, is dit outomatiese onbillike ontslag.¹² Die Wet op Bevordering van Gelykheid en die Voorkoming van Onbillike Diskriminasie 4 van 2000 (hierna verwys as WBGVOD)¹³ moet in hierdie verband oorweeg word.

Twee verweere kan moontlik deur ‘n werkgever geopper word indien daar voorneme is om ‘n werknemer op grond van ouderdom af te dank.¹⁴ Eerstens, kan regstellende- aksie-maatreëls¹⁵ deur die werkgever gebruik word om ‘n ontslag te regverdig en tweedens die

besoldiging te ontvang; en (b) iemand anders wat op enige wyse help om die besigheid van ‘n werkgever voort te sit of te bedryf.”

⁸ Kyk Van Jaarsveld, Fourie en Olivier, *Principles and Practice of Labour Law*, par. 796.

⁹ Kyk ook art 185(a) en art 186(a) van die WAV.

¹⁰ Art 5 van die WGI.

¹¹ 55 van 1998.

¹² *Cosme v Polisak (Pty) Ltd* (2010), 31 *ILJ*, 1861 (LC).

¹³ 4 van 2000.

¹⁴ Kyk art 6(2) van die WGI en art 187(2)(a)–(b) van die WAV.

¹⁵ Art 15(1) van die WGI.

verweer van inherente werksvereistes.¹⁶ Hierdie verweere wat deur die werkgewer geopper kan word, kom voor in die WGI.¹⁷ Die laasgenoemde wet¹⁸ is op alle werkgewers en werknemers van toepassing.

Afgesien van die beginsels wat in artikel 9 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 (hierna verwys as Grondwet), vervat is, verbied die WGI onbillike diskriminasie in die werkplek en reguleer dit regstellende aksie in die werkplek. Die Grondwet beskerm werkgewers en werknemers se reg tot gelykheid deur die verbod op onbillike diskriminasie.¹⁹ Hierdie fundamentele reg tot gelykheid het betrekking op alle indiensnemingsbeleide en -praktyke. Hoofstuk 3 handel oor regstellende aksie en is net van toepassing op aangewese werkgewers en aangewese groepe. Daar rus 'n positiewe plig op alle aangewese werkgewers om regstellende-aksie-maatreëls te implementeer na aanvaarding van 'n regstellende-aksie-plan. Die primêre faktor in hierdie aangeleentheid is dat 'n werkgewer se besigheid ekonomies suksesvol moet wees. Die doel van enige besigheid is om so winsgewend as moontlik te wees en die werkgewer moet stappe neem om hierdie doelwit te bereik. Werknemers het 'n groot invloed op die winsgewendheid van die besigheid en vir hierdie rede is dit van belang dat die werkgewer verseker dat werknemers doeltreffend werk verrig. Die voor- en nadele van ouer en jonger werknemers moet teen mekaar opgeweeg word. Alhoewel dit moontlik is dat jong, dinamiese werknemers en ouer werknemers dieselfde kwalifikasies mag hê, beskik ouer werknemers dikwels oor meer mensekennis en ander relevante ondervinding wat handig te pas kom en dikwels noodsaaklik is vir die posbeskrywing. Dieselfde maatstawwe moet

¹⁶ Kyk art 20(3) – (5) van die WGI en art 187(2)(a) van die WAV.

¹⁷ Art 2 van die WGI bepaal: “The purpose of this Act is to achieve equity in the workplace by - (a) promoting equal opportunity and fair treatment in employment through the elimination of unfair discrimination; and (b) implementing affirmative action measures to redress the disadvantages in employment experienced by designated groups, in order to ensure their equitable representation in all occupational categories and levels in the workforce..”

¹⁸ Die doel van die WGI is tweeledig. Eerstens, om billikheid in die werksplek te bewerkstellig en gelyke geleenthede en billike arbeidspraktyke te bevorder, deur onbillike diskriminasie uit te skakel. Tweedens, om regstellende aksie maatreëls te implementeer sodat voorheen geïmplimenteerde ongeregtighede in die werksplek wat teen aangewese groepe gemik was, reggestel kan word en om billike verteenwoordiging in alle beroepskategorieë en -vlakke in die werkmag te verseker.

¹⁹ Art 6 van die WGI bepaal: “no person may unfairly discriminate, directly or indirectly, against an employee, in any employment policy or practice, on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, family responsibility, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, HIV status, conscience, belief, political opinion, culture, language and birth.”

dus gebruik word om jonger en ouer werknemers se werkvermoë, ondervinding, kwalifikasies, ensovoorts teen mekaar op te weeg.

Die laaste gedeelte van die studie behels 'n regsvergeliking tussen die Suid- Afrikaanse en die internasionale regsposisie. Die rede vir hierdie vergelyking is om vas te stel of die standaard van beskerming teen outomatiese onbillike ontslag van werknemers in Suid-Afrika aan dieselfde standaard as internasionale reg voldoen.²⁰ Internasionale wetgewing wat op hierdie aangeleentheid van toepassing is, sal ook ondersoek word en met Suid-Afrikaanse Arbeidswetgewing vergelyk word. Die leerstuk van onbillike ontslag is in 1963 deur Internasionale Arbeidsorganisasie (hierna verwys as IAO) Aanbeveling (Recommendation) 119, aangeneem. Laasgenoemde aanbeveling is in 1982 vervang deur die IAO Konvensie 158 van 1982 en Aanbeveling 166 van 1982.²¹ Konvensie 158 bepaal dat die beëindiging van 'n diensverhouding nie toelaatbaar is tensy daar substantiewe redes ten opsigte van die vermoë of gedrag van die werknemer of die operasionele vereistes van die werkgever bestaan nie. Prosedurele billikheid word ook voor voorsiening gemaak deur te bepaal dat die diensverhouding slegs beëindig kan word indien die werknemer die geleentheid gegun is om die bewerings wat gemaak word, te verdedig. Die regsposisie oor onbillike ontslag in die Verenigde Koninkryk sal met die Verenigde State van Amerika vergelyk word. Die posisie in die Europese wetgewing sal eers oorweeg word voordat die regsposisie in die Verenigde Koninkryk oorweeg sal word.

²⁰ Smit, Van Eck, 2010: *International Perspectives on South Africa's Unfair Dismissal Law*.

²¹ Kyk Van Jaarsveld, Fourie en Olivier, *Principles and Practice of Labour Law*, par. 791.

PROBLEEMSTELLING

1. Navorsingsvrae

Die volgende vrae is geïdentifiseer:

- 1.1 Wat is die definisie van outomatiese onbillike ontslag?
- 1.2 Wat is die vereistes van 'n billike ontslag?
- 1.3 Watter regverdigingsgronde kan 'n werkgewer aanvoer wanneer 'n werknemer op grond van ouderdom afgedank word, sonder dat dit op outomatiese onbillike ontslag neerkom?
- 1.4 Hoe vergelyk die internasionale regsposisie met die Suid-Afrikaanse regsposisie op die gebied van beskerming teen outomatiese onbillike ontslag?

2. Belang van die studie

Die belang van hierdie studie is om die onderwerp van “Outomatiese onbillike ontslag weens ouderdom ” te ondersoek. Die reg om nie onbillik ontslaan te word nie, is welbekend in die Suid-Afrikaanse Arbeidsreg. Hierdie reg word vervat in artikel 185 van die Wet op Arbeidsverhoudinge.²² Artikel 23(1) van die Grondwet²³ is ook van groot belang in hierdie verband, aangesien dit 'n fundamentele reg tot billike arbeidspraktyke waarborg: “*Everyone has the right to fair labour practices*”. Dit is ongelukkig die realiteit dat mense oor die jare onbillik ontslaan is. Die Kommissie vir Versoening, Bemiddeling en Arbitrasie (hierna verwys as KVBA) hanteer jaarliks 'n gemiddeld van 120 000 sake.

²² 66 van 1995.

²³ Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996.

Die meerderheid van die dispute (79%)²⁴ wat na die KVBA verwys word, is as gevolg van onbillike ontslag.

Een van die grootste arbeidsprobleme in Suid-Afrika is die hoë werkloosheidsyfer. Onbillike ontslag van werknemers dra in 'n groot mate by tot hierdie probleem. Om hierdie rede is dit dus van groot belang dat die probleem van outomatiese onbillike ontslag op grond van ouderdom bespreek en beredeneer word. Daar moet in gedagte gehou word dat die outomatiese onbillike ontslag van 'n werknemer nie slegs 'n persoon se status van 'n werkende persoon na 'n werklose persoon verander nie, maar dat die beëindiging van die dienskontrak die werknemer se bron van inkomste beëindig.

Ingevolge die Grondwet het elkeen die reg op billike arbeidspraktyke.²⁵ Die reg word ook verder in die WAV gekwalifiseer deurdat elkeen die reg het om nie onbillik ontslaan te word nie. Dit is van besondere belang om die redes wat vir billike ontslag vereis word (substantiewe billikheid), asook die prosedures wat voor ontslag gevolg moet word (prosedurele billikheid), te oorweeg en te bespreek. Die fokus van hierdie studie is spesifiek gemik op onbillike diskriminasie teen die ouer werknemer wat bloot op grond van ouderdom ontslaan word. In ons regstelsel staan dit as outomatiese onbillike ontslag bekend. Onsekerheid bestaan steeds in sekere opsigte oor die kwessie van outomatiese onbillike ontslag weens ouderdom, alhoewel daar hofuitsprake en wetgewing in hierdie verband gelewer is. Wetgewing wat relevant tot hierdie onderwerp is en geraadpleeg sal word, is die Grondwet²⁶, die Wet op Arbeidsverhoudinge²⁷, die Wet op Bevordering van

²⁴ <http://www.ccma.org.za/Display.asp?L1=36&L2=21&L3=10#10>.

²⁵ A 23(1).

²⁶ Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996.

²⁷ 66 van 1995.

Gelykheid en die Voorkoming van Onbillike Diskriminasie ²⁸ en die Wet op Gelyke Indiensneming.²⁹

3. Definisies

Ontslag

– Soos omskryf in artikel 186 van die WAV.

Diskriminasie

– Diskriminasie kan omskryf word as onbillike of ongelyke behandeling van 'n werknemer deur die werkgever in vergelyking met ander werknemers op grond van geslag, ras, kleur, taal, politieke oortuigings, geloof, ouderdom, ensovoorts.³⁰

Gelykheid

– Soos omskryf in artikel 9 van die Grondwet.

Grondwet

– Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996.

Regstellende-aksie-maatreëls

– Soos omskryf in artikel 15(1) van die WGI.

Inherente werksvereistes

– Soos omskryf in artikel 20 van die WGI.

4. Lys van Afkortings

KVBA	Kommissie vir Versoening, Bemiddeling en Arbitrasie.
IAO	Internasionale Arbeidsorganisasie.
WAV	Wet op Arbeidsverhoudinge.
WBGVOD	Wet op Bevordering van Gelykheid en die Voorkoming van Onbillike Diskriminasie.
WGI	Wet op Gelyke Indiensneming.

²⁸ 4 van 2000.

²⁹ 55 van 1998.

HOOFSTUK 1: WAT IS OUTOMATIESE ONBILLIKE ONTSLAG?

1. Inleiding.

In die proses om outomatiese onbillike ontslag te bepaal moet verskeie aspekte oorweeg word. Alvorens outomatiese onbillike ontslag bespreek kan word, is dit belangrik om eers die definisie van “onbillike ontslag” te bepaal.³¹ Tweedens sal vasgestel word wat die definisie van “outomatiese” onbillike ontslag is. Regspraak as bron van arbeidsreg sal ook geraadpleeg word om vas te stel of diskriminasie weens ouderdom op outomatiese onbillike ontslag neerkom.³² Laastens sal die bewyslas in die geval van beweerde onbillike ontslag³³ bespreek word.³⁴ Die fundamentele reg op gelykheid, wat in artikel 9 van die Grondwet³⁵ vervat is, is van groot belang. Artikels 185 - 194 van die Wet op Arbeidsverhoudinge (hierna verwys as WAV)³⁶, is spesifiek van toepassing op die hierdie gedeelte se onderafdelings. Die leerstuk van onbillike ontslag vind slegs toepassing as daar ‘n diensverhouding tussen die werkgewer en werknemer bestaan ten tyde van die ontslag. Die vereistes vir ‘n billike ontslag is tweeledig: Prosedurele en substantiewe billikheid.

2. Leerstuk van onbillike ontslag

Die belang van hierdie leerstuk is om werknemers teen arbitrêre ontslag te beskerm. Arbitrêre ontslag kan gedefinieer word as ontslag sonder substantiewe gronde en/of

³⁰ Kyk Van Jaarsveld, Fourie en Olivier, *Principles and Practice of Labour Law*, par. 829; art 6(1) van die WGI.

³¹ Art 186(1) van die WAV.

³² Art 187(1)(f) van die WAV bepaal: “Outomaties onbillike ontslag (1) Ontslag is outomaties onbillik indien die werkgewer by die ontslag van die werknemer strydig met artikel 5 optree, of indien die rede vir die ontslag is –

(f) dat die werkgewer onbillik gediskrimineer het teen 'n werknemer, regstreeks of onregstreeks, op enige arbitrêre grond, wat insluit, maar nie beperk is nie, tot ras, geslagtelikheid, geslag, etniese of sosiale herkoms, kleur, seksuele georiënteerdheid, ouderdom, gestremdheid, godsdiens, gewete, geloof, politieke mening, kultuur, taal, huwelikstaats of gesinsverantwoordelikheid..”

³³ Art 11 van die WGI bepaal: “Whenever unfair discrimination is alleged in terms of this Act, the employer against whom the allegation is made must establish that it was fair.”

³⁴ *Mashava v Cuzen & Woods Attorneys* (2000) 21 ILJ 402 (LC).

³⁵ Art 9 (1)-(5):

³⁶ 66 van 1995.

vereiste prosedures is nie gevolg nie. In *NUM v Henred Fruehauf Trailers*³⁷ het die hof die beginsel as volg beskryf:

“Where an employee is unfairly dismissed he suffers a wrong. Fairness and justice require that such a wrong should be redressed. The Act provides that the redress may consist of reinstatement, compensation or otherwise.”³⁸

Die reg om nie onbillik ontslaan te word nie, word in die WAV erken, wat bepaal dat “Elke werknemer het die reg om nie onbillik ontslaan te word nie.”³⁹ Die leerstuk van onbillike ontslag is dus slegs van toepassing op ‘n diensverhouding ten tyde van ontslag. ‘n

³⁷ 1994 *ILJ* 1257 (A).

³⁸ Kyk Van Jaarsveld, Fourie en Olivier, *Principles and Practice of Labour Law*, par. 790.

³⁹ Art 185(a) van die WAV.

Werkgewer mag onder geen omstandighede teen 'n werknemer diskrimineer op grond van ouderdom nie en daar is 'n plig op die werkgewer om dit uit te skakel.⁴⁰

Om die leerstuk te verstaan is dit van belang om te weet wat daar bedoel word met die konsep 'ontslag'. Ingevolge artikel 186 van die WAV beteken "ontslag" dat:

- 'n Werkgewer 'n dienskontrak met of sonder kennisgewing beëindig het;
- 'n Werknemer redelikerwys van die werkgewer verwag het om 'n vastetermyndienskontrak op dieselfde of soortgelyke voorwaardes te hernu, terwyl die werkgewer aangebied het om dit op minder gunstige voorwaardes te hernu, of dit nie hernu het nie;
- 'n Werkgewer geweier het om 'n werknemer toe te laat om werk te hervat nadat sy ingevolge 'n wet, kollektiewe ooreenkoms of haar dienskontrak kraamverlof geneem het;
- 'n Werkgewer wat 'n aantal werknemers weens dieselfde of soortgelyke redes ontslaan het, aangebied het om sommige van hulle weer in diens te neem, maar ander nie; of
- 'n Werknemer 'n dienskontrak met of sonder kennisgewing beëindig het omdat die werkgewer voortgesette diens vir die werknemer ondraaglik gemaak het.

⁴⁰ Art 5 van die WGI bepaal: "Every employer must take steps to promote equal opportunity in the workplace by eliminating unfair discrimination in any employment policy or practice."

Ander gevalle van onbillike ontslag word in artikel 188 van die WAV vervat.⁴¹

3. Outomatiese onbillike ontslag

Daar is verskeie redes waarvoor werknemers onder geen omstandighede afgedank mag word nie. Outomatiese onbillike ontslag is 'n ontslag wat gemaak word op hierdie ontoelaatbare gronde. Die gronde wat as outomaties onbillik beskou word, is gelys in artikel 187(1) van die WAV:

- (1) “Ontslag is outomaties onbillik indien die werkgewer by die ontslag van die werknemer strydig met artikel 5 optree, of indien die rede vir die ontslag is-
- (a) dat die werknemer aan 'n staking of protesoptrede wat aan die bepalings van Hoofstuk IV voldoen, deelgeneem het of dit gesteun het of 'n voorneme te kenne gegee het om daaraan deel te neem of dit te steun;
 - (b) dat die werknemer geweier het of 'n voorneme te kenne gegee het om te weier, om enige werk te doen wat gewoonlik gedoen word deur 'n werknemer wat op die betrokke tydstip deelgeneem het aan 'n staking wat aan die bepalings van Hoofstuk IV voldoen, of wat uitgesluit was, tensy daardie werk noodsaaklik is ten einde te voorkom dat die lewe, persoonlike veiligheid of gesondheid werklik in gevaar gestel word;
 - (c) om die werknemer te verplig om 'n eis ten opsigte van enige aangeleentheid van onderlinge belang tussen die werkgewer en die werknemer, te aanvaar;
 - (d) dat die werknemer stappe gedoen het, of 'n voorneme te kenne gegee het om stappe te doen teen die werkgewer deur-
 - (i) enige reg uit te oefen wat by hierdie Wet verleen word; of
 - (ii) deel te neem aan enige verrigtinge ingevolge hierdie Wet;
 - (e) die werknemer se swangerskap, of voorgenome swangerskap of enige rede wat met haar swangerskap verband hou;
 - (f) dat die werkgewer onbillik gediskrimineer het teen 'n werknemer, regstreeks of onregstreeks, op enige arbitrêre grond, wat insluit, maar nie beperk is nie, tot ras, geslagtelikheid, geslag, etniese of sosiale herkoms, kleur, seksuele georiënteerdheid, ouderdom, gestremdheid, godsdiens, gewete, geloof, politieke mening, kultuur, taal, huwelikstaat of gesinsverantwoordelikheid;
 - (g) 'n oordrag, of 'n rede rakende 'n oordrag, beoog by artikel 197 of 197A; of
 - (h) 'n oortreding van die Wet op Beskermdes Bekendmakings, 2000 (Wet 26 van 2000), deur die werkgewer omrede die werknemer 'n beskermdes bekendmaking soos in daardie Wet omskryf, gedoen het.”

Daar word teen werknemers gediskrimineer indien die enigste rede daarvoor ouderdom is. Deur dit te doen word daar inbreuk gemaak op artikel 6 van die WGI tensy daar 'n

⁴¹ (1) “ 'n Ontslag wat nie outomaties onbillik is nie, is onbillik indien die werkgewer in gebreke bly om te bewys-

- (a) dat die rede vir ontslag 'n billike rede is-
 - (i) wat verband hou met die werknemer se gedrag, geskiktheid of bekwaamheid; of
 - (ii) wat gegrond is op die werkgewer se bedryfsvereistes; en
- (b) dat die ontslag gedoen is ooreenkomstig 'n billike prosedure.”

geldige rede, soos inherente werksvereistes, bestaan. Artikel 187(1)(f) van die WAV maak dit outomaties onbillik vir 'n werkgever om 'n werknemer te ontslaan weens ouderdom mits die ontslag nie aan die uitsonderings met betrekking tot outomatiese onbillike ontslag voldoen nie. Hierdie uitsonderings word in die WAV ⁴² erken ten opsigte van ontslag wat andersins outomaties onbillik sou wees. Artikel 187(2)(b) van die WAV bepaal dat sodanige ontslag billik is, “indien die werknemer die gewone⁴³ of ooreengekome aftree-ouderdom vir persone wat in daardie hoedanigheid in diens is, bereik het”. Dit kan verstaan word dat dit nie meer ontslag is nie, maar wel outomatiese beëindiging van die diensverhouding wat as billik beskou word. As sodanig sal dit nie van die werkgever vereis word om te bewys dat die rede vir die ontslag gebaseer is op gedrag, vermoë of operasionele vereistes nie. Ten einde outomatiese onbillike ontslag te vermy, moet daar in 'n werknemer se dienskontrak ooreengekom word op die aftree-ouderdom wat op die werknemer van toepassing is.

In *Cosme v Polisak (Pty) Ltd* ⁴⁴ het die Arbeidshof die ontslag van die applikant as outomaties onbillik bevind op grond van ouderdom, asook dat daar onbillik teen die applikant gediskrimineer is. Die werkgever het geen beleid in plek gehad wat die aftree-ouderdom van die werknemers reguleer nie en het in hierdie geval net die ouderdom van die applikant as regverdiging vir die beëindiging van die dienskontrak gebruik. Die

⁴² Art 187(2)(a).

⁴³ In *Datt v Gunnebo Industries ((Pty) Ltd* (2009) 5 BLLR 449 (LC) het die hof verwys na die gewone aftree-ouderdom van 65.

⁴⁴ (2010) 31 ILJ 1861 (LC).

applikant se dienskontrak is beëindig net nadat hy 'n grief teen die besturende direkteur ingestel het.

Dit gebeur daagliks dat werkgewers ouer werknemers wil ontslaan. Verskeie redes kan hiervoor bestaan, naamlik:

- Die werkgewer is van voorneme om 'n familielid of vriend aan te stel en voel dat die ouer werknemer lank genoeg kans gehad het om te werk.
- Die ouer werknemer verkies outydse idees en werkswyses en as gevolg hiervan is dit vir die werknemer 'n groot aanpassing om nuwe tegnologie te leer.
- 'n Ander rede kan wees dat die maatskappy deur jong persone oorgeneem is en sodoende net jong mense in diens wil hê.
- Die ouer werknemer werk nie meer so vinnig soos in die verlede nie en dit kan ongeduld aan die kant van die werkgewer veroorsaak.
- Die werkgewer hou nie van die ouer werknemer nie.⁴⁵

Alhoewel van die bogenoemde motiewe meriete kan hê, is die werkgewer onder geen omstandighede by magte om ontslae te raak van die werknemer of druk op die werknemer te plaas om af te tree voor die normale aftree-ouderdom bereik is nie.

In *Evans v Japanese School of Johannesburg*⁴⁶ is die diens van die applikant op die ouderdom van 63 beëindig. Die respondent-werkgewer het dit as die normale aftree-ouderdom beskou. Die applikant het beweer dat daar onbillik teen haar gediskrimineer is op grond van haar ouderdom en dat dit dus neerkom op outomatiese onbillike ontslag.

⁴⁵ <http://www.labourguide.co.za/discipline-dismissal/623-take-note-discrimination-is-not-always-unfair>.

⁴⁶ [2006] 12 BLLR 1146 (LC); *Bedderson v Sparrow Schools Education Trust* (2010) 31 ILJ 1325 (LC); *Ehlers v Bohler Uddeholm Africa (Pty) Ltd* (2010) 31 ILJ 2383 (LC). In al drie die laasgenoemde uitsprake het die hof beslis dat daar 'n outomatiese onbillike ontslag plaasgevind het ingevolge artikel 187 van die WAV asook dat dit neergekom het op onbillike diskriminasie wat in stryd is met artikel 6(1) van die WGI.

Die rede wat aangevoer is, is dat die respondent se aftree-ouderdom 65 is. Die applikant het vergoeding ingevolge die WAV sowel as skadevergoeding ingevolge die WGI geëis.

Die hof het kennis geneem van die feit dat daar niks in die applikant se dienskontrak was aangaande aftree-ouderdom nie, asook dat die werkgever geen formele beleid met betrekking tot aftrede gehad het nie. Aangesien die respondent geen getuienis gelewer het wat die normale aftree-ouderdom kon bewys of dat die applikant verseker is dat sy in diens sou wees tot en met die ouderdom van 65 nie, het die respondent versuim om te bewys dat die ontslag nie op grond van ouderdom was nie. Gevolglik was die applikant geregtig op die maksimum-vergoeding ingevolge die WAV – gelykstaande aan 24 maande se vergoeding. Die hof het verder met betrekking tot die eis vir skadevergoeding ingevolge die WGI, bevind dat daar ooreenkomste tussen die verbod op diskriminasie ingevolge die laasgenoemde wet en die verbod op outomatiese onbillike ontslag ingevolge die WAV bestaan. Die laasgenoemde kan dus lei tot 'n duplisering van eise. In teenstelling met die WAV plaas die WGI geen beperking op skadevergoeding wat geëis kan word vir onbillike diskriminasie nie. Aangesien onbillike diskriminasie in die grondwet verbied word, het die hof dit billik en regverdig geag om addisionele vergoeding toe te staan.

In *Rubin Sportswear v SA Clothing & Textile Workers Union and others*⁴⁷ het die Arbeidsappèlhof bevind dat artikel 187(1)(b) van die WAV twee regverdigingsgronde vir die werkgever bied waarop ontslag weens ouderdom regverdig kan word. Eerstens, die ooreengekome aftree-ouderdom en tweedens die normale aftree-ouderdom.

In *Cash Paymaster Services (Pty) Ltd v Browne*⁴⁸ het die Arbeidsappèlhof beslis dat die bepaling met betrekking tot die normale aftree-ouderdom net van toepassing is in die

⁴⁷ (2004) 25 ILJ 1671 (LAC).

⁴⁸ (2006) 27 ILJ 281 (LAC).

geval waar daar geen ooreengekome aftree-ouderdom tussen die werkgewer en werknemer bestaan nie.

In die saak van *Hibbert v ARB Electrical Wholesalers (Pty) Ltd*⁴⁹ is die applikant se dienskontrak beëindig met die bereiking van die ooreengekome aftree-ouderdom. Die applikant het 'n eis ingestel en beweer dat dit 'n outomatiese onbillike ontslag was omdat dit gekoppel is aan ouderdom en sodoende in stryd is met die WGI. Die hof het in hierdie aangeleentheid bevind dat dit wel 'n outomatiese onbillike ontslag was, vir die rede dat daar teen die applikant gediskrimineer is bloot op grond van ouderdom. Die gedrag van die werkgewer was in stryd met die bepalings van die WGI.

In *Buhai / Hotbake Systems (Pty) Ltd t/a Rich Products Corporation of South Africa*⁵⁰ is die applikant met die aanvang van diens meegedeel dat die maatskappy se aftree-ouderdom 65 is. Die applikant het die maatskappy ingelig dat hy nie van voorneme is om net vir 'n jaar te werk nie aangesien hy reeds 64 was. Hy is meegedeel dat die maatskappy alreeds 'n presedent geskep het deur werknemers van 72 en 73 steeds in diens te hê. Die werknemer het verstaan dat hy 'n normale werknemer sal wees en ook sal bly solank as wat hy geestelik en fisies sterk genoeg is.

Die arbiter het geredeneer dat die applikant 'n redelike verwagting gehad het dat hy sal voortgaan met sy diens by die maatskappy aangesien die applikant reeds die ouderdom van 65 bereik het en sodoende steeds toegelaat is om te werk. Wat die vraag betref of die KVBA jurisdiksie het om hierdie aangeleentheid te bereg, het die arbiter bevind dat die applikant nie beweer het dat die ontslag outomaties onbillik weens ouderdom was nie of dat hy ontslaan is ingevolge artikel 187 van die WAV nie. Hy het beweer dat sy ouderdom as dekmantel deur die werkgewer gebruik is en dat die ware rede vir ontslag die respondent se operasionele vereistes was, of 'n negatiewe persepsie wat die maatskappy van hom het nadat hy hulle bewus gemaak het van sy bates wat gesekwestreer was. Daar is bevind dat die aangeleentheid wel onder artikel 186(1)(a)

⁴⁹ (D775/10) [2012] ZALCD 13; [2013] 2 BLLR 189 (LC).

⁵⁰ (2013) 22 CCMA.

van die WAV val, in welke geval die KVBA wel jurisdiksie het om die aangeleentheid te bereg. Hierdie was 'n geval waar die dienskontrak beëindig is met kennisgewing. Niks verhoed egter 'n werkgewer om 'n werknemer te ontslaan as die werknemer nie meer in staat is om werk doeltreffend te verrig as gevolg van ouderdom nie. Hierdie situasies sal hanteer word as onbevoegdheid in terme van Bylae 8 van die WAV.

4. Bewyslas

Die bewyslas in die geval van beweerde onbillike ontslag⁵¹ word in artikel 11 van die WGI vervat. "Whenever unfair discrimination is alleged in terms of this Act, the employer against whom the allegation is made must establish that it was fair."⁵² Die werknemer moet eerstens bewys dat daar wel 'n ontslag plaasgevind het.⁵³ Sodra ontslag bewys is, moet die werkgewer bewys dat die ontslag billik was.⁵⁴ Dit moet in gedagte gehou word dat daar geensins 'n verskuiwing van die bewyslas is van een party na die ander nie.⁵⁵ In die geval waar 'n dispuut rakende ontslag ontstaan, dra die werkgewer sowel as die werknemer die bewyslas met betrekking tot afsonderlike kwessies. Die bewyslas wat die werkgewer dra is 'n oorredende las. Hiermee word bedoel dat die werkgewer genoeg

⁵¹ *Mashava v Cuzen & Woods Attorneys* (2000) 21 ILJ 402 (LC): "[The Labour Relations Act protects employees from unfair dismissal. Dismissal on prohibited grounds, including pregnancy, leads to what the Act terms an automatic unfair dismissal. If the dismissal is not automatically unfair the employer must prove that the dismissal is fair for reasons related to conduct, capacity or operational requirements or is for a fair reason based on the employer's operational requirements and that the dismissal was effected in accordance with a fair procedure. The onus is on an aggrieved employee to prove that there has been a dismissal as defined. Once the existence of the dismissal has been established the onus is on the employer to show that the dismissal is fair...]"

⁵² Art 13 van die WBGVOD handel oor die bewyslas in die geval waar onbillike diskriminasie beweer word.

⁵³ Art 192(1) van die WAV.

⁵⁴ Art 192(2) van die WAV.

⁵⁵ In *Janda v First National Bank* [2006] 12 BLLR 1156 (LC) het die hof beslis: "This essential point is obscured if one speaks of 'the employee must prove' or a 'shifting' of the onus or a duty 'to establish a *prima facie* case that the reason for the dismissal was an automatically unfair one'. The evidentiary burden placed upon an employee creates the need for there to be sufficient evidence to cast doubt on the reason for the dismissal put forward by the employer or, to put it differently, to show that there is a more likely reason than that of the employer ... The essential question however remains, after the court has heard all the evidence, whether the employer upon whom the onus rests of proving the issue, has discharged it."

feite moet voorlê om die arbiter of regter, watter geval dit ookal mag wees, te oorreed dat die ontslag billik was, asook dat dit 'n geskikte sanksie onder die omstandighede was.

In *Kroukam v SA Airlink (Pty) Ltd*⁵⁶ het die Arbeidsappèlhof die volgende toets wat gebruik moet word om te bepaal of 'n outomatiese onbillike ontslag bewys is, uiteen gesit:

“In my view, section 187 imposes an evidential burden upon the employee to produce evidence which is sufficient to raise a credible possibility that an automatically unfair dismissal has taken place. It then behoves the employer to prove to the contrary, that is to produce evidence to show that the reason for the dismissal did not fall within the circumstances envisaged in section 187 for constituting an automatically unfair dismissal.”

Alhoewel die bewyslas op die werkgewer rus om die billikheid van die ontslag te bewys, het die werknemer 'n weerleggingslas om *prima facie* hom of haarself binne die bestek van artikel 187(1)(h) te bring, wat sodoende aanleiding gee tot die bewyslas. Die laasgenoemde is in *State Information Technology Agency (Pty) Ltd v Sekgobela*⁵⁷ deur die Arbeidsappèlhof verduidelik:

“In cases where it is alleged that the dismissal is automatically unfair, the situation is not much different save that “the evidentiary burden to produce evidence that is sufficient to raise a credible possibility that an automatically unfair dismissal has taken place rests on the applicant [employee]. If the applicant succeeds in discharging his evidentiary burden then the burden to show that the reason for the dismissal did not fall within the circumstances envisaged by s 187(1) of the LRA rests with [employer]”. It is evident therefore that a mere allegation that there is a dismissal is not sufficient but the employee must produce evidence that is sufficient to raise a credible possibility that there was an automatically unfair dismissal.”

5. Gevolgtrekking

Die volle omvang van die leerstuk van onbillike ontslag sal alleenlik verstaan word as die definisie van ontslag oorweeg word soos omskryf in artikel 186 van die WAV. Elke werknemer het ingevolge artikel 185 van die WAV die reg om nie onbillik ontslaan te word nie. Arbitrêre ontslag kan gedefinieer word as ontslag sonder substantiewe gronde en/of die navolg van die vereiste prosedures. Die leerstuk van onbillike ontslag is net van toepassing as daar 'n werksverhouding tussen die werkgewer en werknemer bestaan ten

⁵⁶ [2005] 12 *BLLR* 1172 (LAC).

⁵⁷ (2012) 33 *ILJ* 2374 (LAC).

tye van die ontslag. Ontslag kan substantief of prosedureel onbillik wees. Die primêre faktor in hierdie aangeleentheid is dat 'n werkgever se besigheid ekonomies suksesvol moet wees. Die voor- en nadele van ouer en jonger werknemers moet teen mekaar opgeweeg word. Dieselfde maatstawwe moet dus gebruik word om jonger en ouer werknemers se werkvermoë, ondervinding, kwalifikasies ensovoorts teen mekaar op te weeg.

Indien die werkgever 'n werknemer alleenlik op grond van ouderdom ontslaan, kwalifiseer dit as outomatiese onbillike ontslag ingevolge artikel 187(1)(f) van die WAV. Daar bestaan wel uitsonderings met betrekking tot outomatiese onbillike ontslag. Ingevolge artikel 187(2)(b) sal sodanige ontslag as billik beskou word, "indien die *werknemer* die gewone of ooreengekome aftree-ouderdom vir persone wat in daardie hoedanigheid in diens is, bereik het". Uit die bogenoemde regspraak is dit duidelik dat ontslag gegrond op die werknemer se ouderdom outomatiese onbillike ontslag is.

In die geval waar 'n dispuut rakende ontslag ontstaan dra die werkgever sowel as die werknemer die bewyslas met betrekking tot afsonderlike kwessies. Alhoewel daar 'n bewyslas op die werkgever rus om die billikheid van die ontslag te bewys, het die werknemer 'n weerleggingslas om *prima facie* hom of haarself binne die bestek van artikel 187(1)(h) te bring, wat sodoende aanleiding gee tot die bewyslas. Die Arbeidsappèlhof het onlangs in *State Information Technology Agency (Pty) Ltd v Sekgobela*⁵⁸ die posisie rakende die bewyslas verduidelik.

⁵⁸ (2012) 33 ILJ 2374 (LAC).

HOOFSTUK 2: WAT IS BILLIKE ONTSLAG?

1. Inleiding

In hierdie gedeelte van die studie sal die betekenis van billike ontslag bepaal word. Daar is verskeie vereistes waaraan voldoen moet word voordat ontslag van 'n werknemer as billik en redelik beskou kan word.⁵⁹ Substantiewe billikheid handel hoofsaaklik oor die redes of gronde vir die ontslag van die werknemer. Anders gestel, die werkgever moet 'n billike en regverdigbare rede hê voordat die werknemer ontslaan mag word. Prosedurele billikheid handel oor die prosedurele vereistes waaraan voldoen moet word, waarvan die

⁵⁹ Kyk art 188 van die WAV; kyk Van Jaarsveld, Fourie en Olivier, *Principles and Practice of Labour Law*, par. 796.

belangrikste prosedurele vereiste die hou van 'n dissiplinêre verhoor is. Die hou van 'n dissiplinêre verhoor sal in meer besonderhede bespreek word.

2. Billike ontslag

Die reg met betrekking tot onbillike ontslag soos in die WAV uiteengesit, bied aan werknemers aansienlike beskerming teen ontslag. In ons reg moet 'n ontslag beide substantief en prosedureel billik wees. Dit beteken dat die werkgever 'n billike rede moet hê om die werknemer te ontslaan asook 'n billike prosedure moet volg. Ontslag wat nie neerkom op outomatiese onbillike ontslag nie, moet dus voldoen aan die bogenoemde vereistes. In die laasgenoemde geval moet die werkgever dus kan aantoon dat die rede vir die ontslag verband hou met wangedrag aan die kant van die werknemer, onvermoë weens swak werkprestasie, ongeschiktheid weens swak gesondheid of besering, of laastens die bedryfsvereistes van die werkgever. Daar word ook van die werkgever vereis om te bewys dat die ontslag ooreenkomstig 'n billike prosedure geskied het. Bylae 8 van die WAV maak voorsiening vir prosedures wat deur 'n werkgever gevolg kan word. 'n Werkgever word steeds die geleentheid gegun om self ook prosedures in plek te stel wat in die maatskappy gevolg moet word in gevalle waar daar voorneme is om werknemers te ontslaan.

Daar moet aan verskeie vereistes voldoen word voordat 'n ontslag van 'n werknemer as billik en redelik beskou kan word. Hierdie vereistes sluit onder meer die volgende in:

- Die ontslag moet kwalifiseer as 'n ontslag ingevolge die WAV.
- Slegs 'n werknemer soos omskryf in die WAV, is geregtig op die beskerming wat gebied word deur die leerstuk van onbillike ontslag.
- Die rede vir die ontslag moet billik wees (substantiewe billikheid).
- Die prosedure moet billik wees.⁶⁰

In *De Beers Consolidated Mines v CCMA*⁶¹ het die hof beslis dat die heersende norme van die samelewing in ag geneem moet word wanneer daar bepaal moet word of die ontslag billik is of nie.

2.1 Die rede vir die ontslag moet billik wees - Substantiewe billikheid

Die rede vir die ontslag en sodoende die billikheid daarvan, word in elke geval op eie meriete bepaal. Anders gestel, om die billikheid van die rede vir die ontslag te bepaal, moet daar 'n waarde-oordeel gemaak word. In elke geval moet daar ook bepaal word of die ontslag die geskikte sanksie was. Die howe, sowel as die KVBA, het 'n diskresie om die billikheid van die ontslag te bepaal indien die getuienis dit vereis.⁶² Alhoewel die werknemers enersyds teen arbitrêre optrede van werkgewers beskerm word, is die

⁶⁰ Kyk Van Jaarsveld, Fourie en Olivier, *Principles and Practice of Labour Law*, par. 796.

⁶¹ (2000) *BLLR* 995 (LAC).

⁶² Kyk Van Jaarsveld, Fourie en Olivier, *Principles and Practice of Labour Law*, par. 801.

werkgewer andersyds daarop geregtig om bevredigende werksprestasie en gedrag van die werknemers te vereis.

In praktyk bestaan daar verskeie regverdigingsgronde vir die ontslag van werknemers. Artikel 188 van die WAV, erken die volgende gronde as billike redes vir ontslag:

- Wangedrag aan die kant van die werknemer.
- Onvermoë weens swak werkprestasie of ongeskiktheid weens swak gesondheid of besering.
- Die bedryfsvereistes van die werkgewer.⁶³

2.2 Die prosedure moet billik wees - Prosedurele billikheid

Alvorens daar gesê kan word dat 'n werknemer op 'n billike wyse ontslaan is, moet daar aan sekere prosedurele vereistes voldoen word. Die prosedurele billikheidvereistes verskil, afhangende van die rede vir die ontslag. Onder Suid-Afrikaanse reg kan 'n werknemer se dienskontrak nie net beëindig word deur die lewering van 'n kennisgewing nie. Die Goeie-Praktykskode in Bylae 8 van die WAV moet in aanmerking geneem word om te bepaal of die ontslag ooreenkomstig 'n billike prosedure geskied het. Die prosedures vervat in Bylae 8 is informele prosedures en moet dus net as 'n riglyn deur werkgewers gebruik word. Werknemers is daarop geregtig om hulle eie prosedures te bepaal solank dit in lyn is met dit wat in die Praktykskode bepaal word.

'n Dissiplinêre verhoor is die belangrikste prosedurele vereiste waaraan voldoen moet word en voorkom die indruk dat die werknemer onbillik ontslaan is. Dit is nie net van toepassing in die geval van wangedrag nie, maar ook in die geval van onverenigbaarheid, seksuele teistering, fisiese onvermoë, onbevoegdheid na probasie- tydperk, verbreking van die fidusiêre verhouding met die werkgewer, ensovoorts.⁶⁴ Die grondslag vir 'n billike verhoor is vervat in die Gemenereg, maar meer spesifiek in die *audi alteram partem*-

⁶³ Bedryfsvereistes is vereistes wat verband hou met die ekonomiese, tegnologiese, strukturele of soortgelyke behoeftes van 'n werkgewer.

⁶⁴ Kyk Van Jaarsveld, Fourie en Olivier, *Principles and Practice of Labour Law*, par. 802.

leerstuk.⁶⁵ Dit beteken dat die werknemer geregtig is op 'n billike dissiplinêre verhoor voor ontslag mag plaasvind. Die verhoor moet aan die 10 goue reëls voldoen om die wesenlike vereistes van prosedurele billikheid te voldoen:

- “The employee must be fully informed about the charges brought against him prior to the hearing.
- He must be informed about the charges timeously and also when and where the hearing will take place.
- The hearing must be held within a reasonable time after the commission of the alleged misconduct.
- The hearing must be conducted in the employee’s presence unless he refuses to attend the hearing.
- The employee is entitled to be represented at the hearing by a co-employee or a trade union official. An employee may only be assisted by a legal representative in serious and/or complex cases⁶⁶.
- The employee must be afforded a fair opportunity to state his case to a disciplinary committee after the employer has presented his case.
- The chairman and his disciplinary committee must be unbiased and must consider all relevant circumstances and facts relating to charges objectively with a just and open mind⁶⁷.
- After a finding of guilty but before the imposition of a penalty, the employee must be afforded an opportunity to adduce evidence in mitigation of sentence; similarly the employer may adduce aggravating circumstances.
- The decision and the reasons for the decision must be made known to the employee.
- The employee must be reminded that he is entitled to appeal against the decision or that he may refer the dispute to the CCMA or bargaining council for resolution.⁶⁸

3. Gevolgtrekking

Dit is gevolglik duidelik dat vir 'n ontslag om as billik te kwalifiseer, moet daar aan sekere vereistes voldoen word. Hierdie vereistes sluit onder meer in dat die ontslag moet kwalifiseer as 'n ontslag ingevolge die WAV; slegs 'n werknemer soos omskryf in die WAV

⁶⁵ In *Magic Company v CCMA* (2005) ILJ 271 (LC) het die hof beslis, “that the *audi alteram partem* rule required the employee to be given the opportunity to face her accusers... Ideally, before a dismissal can follow, the employee should be given an opportunity to hear the complaint against her and be afforded the right to challenge the complainant’s version in the presence of the complainant. Alternatively, and at the very least, the employer should have adduced evidence tending to corroborate the allegations made in the letter of complaint. Accordingly, the commissioner’s finding that reliance on the letter led to a dismissal, which was both substantively and procedurally unfair, cannot be faulted as irrational or unjustifiable.”

⁶⁶ *MEC: Department of FEAT v Mahumani* (2005) BLLR 173 (SCA).

⁶⁷ In *Rossouw v SA Mediese Navorsingsraad* (1987) ILJ 660 (IC) het die hof beslis dat die blote indruk van partydigheid fataal kan wees tot 'n dissiplinêre verhoor; in *Coin Security Group (Pty) Ltd v TGWU* 1997 BLLR 1261 (LAC) is beslis dat die tribunaal, volgens die persepsie van die beskuldigde persoon, onpartydig moet voorkom.

⁶⁸ Kyk Van Jaarsveld, Fourie en Olivier, *Principles and Practice of Labour Law*, par. 806.

is geregtig op die beskerming wat gebied word deur die leerstuk van onbillike ontslag; die rede vir die ontslag moet billik wees (substantiewe billikheid); en laastens moet die prosedure billik wees. Substantiewe billikheid handel hoofsaaklik oor die redes of gronde vir die ontslag van die werknemer. Die werkgever moet dus kan aantoon dat die rede vir die ontslag verband hou met wangedrag aan die kant van die werknemer, onvermoë weens swak werkprestasie, ongeschiktheid weens swak gesondheid of besering, of laastens die bedryfsvereistes van die werkgever. Prosedurele billikheid aan die ander kant, handel oor die prosedurele vereistes waaraan voldoen moet word. Die belangrikste prosedurele vereiste waaraan voldoen moet word is die hou van 'n dissiplinêre verhoor. Die hou van 'n dissiplinêre verhoor gaan hand aan hand met die *audi alteram partem*-reël wat beteken dat die werknemer geregtig is op 'n billike dissiplinêre verhoor voor ontslag mag plaasvind.

HOOFSTUK 3: WERKGEWER SE REGTE MET BETREKKING TOT DISKRIMINASIE

1. Inleiding

Hierdie gedeelte van die studie handel oor die werkgewer se regte met betrekking tot diskriminasie. 'n Werkgewer mag onder geen omstandighede teen 'n werknemer diskrimineer op grond van ouderdom nie en daar is 'n plig op die werkgewer om dit uit te skakel.⁶⁹ Daar sal onderskei word tussen onbillike diskriminasie en billike diskriminasie. Die gronde waarop onbillike diskriminasie ingevolge die Grondwet en die WGI verbied word, sal ook bespreek word. Die Wet op Bevordering van Gelykheid en die Voorkoming van Onbillike Diskriminasie (hierna verwys as WBGVOD)⁷⁰ sal in hierdie verband oorweeg word. Twee verwerse wat moontlik deur 'n werkgewer geopper kan word, indien daar voorneme is om 'n werknemer op grond van ouderdom af te dank, sal bespreek word.⁷¹ Die verwerse wat bespreek gaan word sluit in regstellende aksie⁷² en inherente werksvereistes.⁷³ Hierdie verwerse wat deur die werkgewer geopper kan word kom voor in die WGI.⁷⁴

2. Onbillike diskriminasie

Ontslag van werknemers sal outomaties onbillik wees indien die rede vir die ontslag gebaseer is op onbillike diskriminasie.⁷⁵ Vir werkgewers en werknemers om 'n goeie begrip te hê van die verskil tussen billike en onbillike diskriminasie moet die begrip 'onbillikheid' eers verstaan word. Met 'onbillikheid' word bedoel dat 'n werkgewer

⁶⁹ Art 5 van die WGI.

⁷⁰ 4 van 2000.

⁷¹ Art 6(2) van die WGI.

⁷² Art 15(1) van die WGI.

⁷³ Art 20(3) – (5) van die WGI.

⁷⁴ Art 2 van die WGI bepaal: "The purpose of this Act is to achieve equity in the workplace by - (a) promoting equal opportunity and fair treatment in employment through the elimination of unfair discrimination; and (b) implementing affirmative action measures to redress the disadvantages in employment experienced by designated groups, in order to ensure their equitable representation in all occupational categories and levels in the workforce.."

⁷⁵ Art 187(1)(f) van die WAV.

eensydig, onnodig en of onvanpas optree en sodoende inbreuk maak op 'n werknemer se regte.

Onbillike diskriminasie kan verskeie vorme aanneem. 'n Werkgewer mag onder geen omstandighede teen 'n werknemer diskrimineer op grond van ouderdom nie en daar rus 'n plig op die werkgewer om dit uit te skakel.⁷⁶ Diskriminasie kan omskryf word as onbillike of ongelyke behandeling van 'n werknemer deur die werkgewer in vergelyking met ander werknemers op grond van geslag, ras, kleur, taal, politieke oortuigings, geloof, ouderdom ensovoorts.⁷⁷ Diskriminasie kan billik of onbillik wees. Onbillike diskriminasie op direkte of indirekte gronde word as onregmatig beskou. Diskriminasie kom nie net voor wanneer wetgewing of 'n aksie direk teen 'n groep of persoon diskrimineer nie. Dit kom ook indirek voor indien die wet neutraal is of blyk te wees, en waar die effek van die wet sou wees om teen een groep te diskrimineer. Die redes wat aangevoer kan word vir onbillike diskriminasie kan in twee groepe verdeel word. Die gronde waarop onbillike diskriminasie verbied word, word in die Grondwet en die WGI gevind. Artikel 6(1):

“no person may unfairly discriminate, directly or indirectly, against an employee, in any employment policy or practice, on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, family responsibility, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, HIV status, conscience, belief, political opinion, culture, language and birth.”⁷⁸

Indien die werknemer op enige van die bogenoemde gronde geteister word, kan dit in beginsel ook neerkom op onbillike diskriminasie. Die bedoeling om teen 'n werknemer te diskrimineer hoef nie noodwendig teenwoordig te wees nie, maar die beslissende faktor is die impak wat die diskriminerende optrede op die werknemer het. Artikel 6 van die WGI maak voorsiening vir 'n algemene verbod op onbillike diskriminasie in die werksplek. Dus moet artikel 6 van die WGI saamgelees word met artikel 187(1)(f) van die WAV. Indien die werkgewer die ouderdom van die werknemer gebruik om die beëindiging van die

⁷⁶ Art 5 van die WGI bepaal: “Every employer must take steps to promote equal opportunity in the workplace by eliminating unfair discrimination in any employment policy or practice.”

⁷⁷ Kyk Van Jaarsveld, Fourie en Olivier, *Principles and Practice of Labour Law*, par. 829. Art 1 van die Wet op Bevordering van Gelykheid en die Voorkoming van Onbillike Diskriminasie 4 van 2000.

⁷⁸ 55 van 1998.

dienstermyn te regverdig, is dit ontslag wat duidelik gemotiveer is deur viktimisasie (outomatiese onbillike ontslag).⁷⁹

'n Ouderdomsvoorbehoud op 'n werknemer se statutêre reg om nie vir enige rede wat outomaties onbillik is, afgedank te word nie, kan nie geïnterpreteer word dat werkgewers nie 'n billike ontslag hoef te bewys, indien die rede vir die ontslag slegs betrekking het op die ouderdom van die werknemer nie.⁸⁰ Die Arbeidshof in *Randall v Karan t/a Karan Beef Feedlot*⁸¹ het beslis dat die ontslag van die finansiële direkteur op grond van sy ouderdom, nadat hy toegelaat is om langer te werk as die normale aftree-ouderdom, outomaties onbillik was. Die Arbeidsappèlhof in *Karan t/a Karan Beef Feedlot v Randall*⁸² het spesifiek daarna verwys dat die werkgewer die werknemer skriftelik versoek het om dienslewering voort te sit na die werknemer normale aftree-ouderdom bereik het. Die brief het egter ook aangedui dat die normale kennisgewingperiode van toepassing sou wees indien die werkgewer die werknemer se aftrede sou vereis. Die hof het beslis dat die direkteur:

“ . . . tacitly agreed to work beyond the normal retirement age and left it to the (employer) to determine the retirement age or date on notice to the (director). There is nothing unlawful or unfair in the agreement reached by the parties under these circumstances.”

Dit kan nie as onbillike diskriminasie gesien word as 'n werkgewer weier om 'n kind wat onder die ouderdom van 15 jaar is, aan te stel nie.⁸³ Kinderarbeid word verbied in wetgewing en 'n werkgewer wat in stryd met hierdie wetgewing optree sal skuldig wees aan 'n misdaad. Kinderarbeid moet natuurlik nie verstaan word as ligte tuinwerkies of

⁷⁹ *Cosme v Polisak (Pty) Ltd* (2010) 31 *ILJ* 1861 (LC).

⁸⁰ <http://www.gilesfiles.co.za/dismissals-2/age-discrimination-and-employment-at-will/>.

⁸¹ (2010) 31 *ILJ* 2449 (LC).

⁸² (2012) 33 *ILJ* 2579 (LAC).

⁸³ Art 43 van die Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997 bepaal die volgende oor kinderarbeid:

“Prohibition of employment of children

(1) No person may employ a child—

(a) who is under 15 years of age; or

(b) who is under the minimum school-leaving age in terms of any law, if this is 15 or older.

(2) No person may employ a child in employment—

(a) that is inappropriate for a person of that age;

(b) that places at risk the child's well-being, education, physical or mental health, or spiritual, moral or social development;

(3) A person who employs a child in contravention of subsection (1) or (2) commits an offence.”

ander werkies in en om die huis nie. Anders as die bogenoemde geval met betrekking tot ouderdom, kan 'n werkgewer nie weier om 'n persoon aan te stel of te ontslaan omdat die persoon 'te jonk' of 'te oud' is nie. Laasgenoemde voorbeeld sal as onbillike diskriminasie op grond van ouderdom gesien kan word.

Die Arbeidshof het onlangs uitspraak gelewer in verband met onbillike diskriminasie op grond van ouderdom in *Jansen van Vuuren v South African Airways (Pty) Ltd and Another*.⁸⁴ Die hof moes bepaal of die werkgewer (Suid-Afrikaanse Lugdiens) onbillik teen die werknemer (Jansen van Vuuren) gediskrimineer het op grond van ouderdom. Die maatskappy het nuwe diensvoorwaardes ingevolge 'n kollektiewe ooreenkoms ingestel. Die werknemer was 'n vlieënier wat die voormalige amptelike aftree-ouderdom van 60 bereik het. In die tyd wat die werknemer die aftree-ouderdom bereik het, het SAL met die Vlieëniersvereniging van Suid-Afrika ooreengekom dat die aftree-ouderdom verhoog sal word. Die ooreenkoms moes nog skriftelik aangegaan word. In terme van die kollektiewe ooreenkoms het SAL die aftree-ouderdom van 60 verhoog na 63 jaar, onderhewig aan sekere voorwaardes. Die werknemer het beweer dat SAL onbillik teen hom gediskrimineer het, deur die nuwe diensvoorwaardes wat tot sy nadeel gestrek het, op hom van toepassing te maak. Die effek van die bepaling ingevolge die kollektiewe

⁸⁴ [2013] 10 *BLLR* 1004 (LC).

ooreenkoms was dat vlieëniers bo die ouderdom van 60 jaar vir 'n kleiner salaris en verminderde diensvoordele in aanmerking sou kom as hulle jonger kollegas.

Die hof het die bogenoemde bepalings wat op die werknemer se dienskontrak betrekking gehad het, oorweeg in die lig van die Grondwet, asook die WGI wat onbillike diskriminasie verbied. Die hof het artikel 11 van die WGI oorweeg wat bepaal dat, “where an employee shows that discrimination exists, there is a rebuttable presumption that such discrimination is unfair unless the employer can justify it”. Die hof het tot die gevolgtrekking gekom dat die kollektiewe ooreenkoms diskriminerend asook onbillik was en dus geen regmatige doel dien nie.

In die geval waar daar 'n dispuut ontstaan met betrekking tot diskriminasie, moet dit na die KVBA verwys word vir versoening en indien laasgenoemde nie suksesvol is nie, na die Arbeidshof vir beregting.

Die uitspraak in *Langemaat v Minister of Safety and Security*⁸⁵ was inderdaad 'n teleurstellende een. Hierdie saak het gehandel oor direkte diskriminasie op grond van huwelikstatus teen homoseksuele persone, maar die hof het nie die geskilpunt of die betrokke kwessie aangespreek nie. Die uitspraak was gebaseer op die gemenerereg en het eenvoudig die wetgewing wat gelykheid bevorder geïgnoreer.

In *Prinsloo v Van der Linde*⁸⁶ en *Harksen v Lane*⁸⁷ is die toets vir artikel 9(1) as volg verduidelik:

“A law may differentiate between classes of persons if the differentiation is rationally linked to the achievement of a legitimate government purpose. The question is not whether the government could have achieved its purpose in a manner the court feels is better or more effective or more closely connected to that purpose. The question is whether the means

⁸⁵ (1998) 19 ILJ 240 (T).

⁸⁶ (1997) 6 BCLR 759 (CC).

⁸⁷ (1998) (1) SA 300 (CC).

the government chose are rationally connected to the purpose, as opposed to being arbitrary or capricious.”⁸⁸

Die Harksen-toets word ook die impaktoets genoem, want dit behels die idee van substantiewe gelykheid en gaan verder as vrae van gelyke behandeling en vra of die impak of uitwerking van die behandeling onregverdig is of nie.

Die Konstitusionele hof in *Hoffman v South African Airways*⁸⁹ het bevind dat dit nie wenslik of uitvoerbaar sal wees om die gelyke-behandeling- en nie-diskriminasie- komponente vervat in artikel 9 van die Grondwet in waterdigte kompartemente te verdeel nie. Die reg op gelykheid is ‘n saamgestelde reg.

3. Billike diskriminasie

Twee verweere kan moontlik deur ‘n werkgewer geopper word indien daar voorneme is om ‘n werknemer op grond van ouderdom af te dank. Eerstens kan regstellende-aksie-maatreëls⁹⁰ deur die werkgewer gebruik word om ‘n afdanking te regverdig en tweedens die verweer van inherente werksvereistes.⁹¹ Hierdie verweere wat deur die werkgewer

⁸⁸ <http://constitutionallyspeaking.co.za/high-court-judges-equality-law-and-the-constitutional-court/>.

⁸⁹ (2000) 21 *ILJ* 1404 (CC).

⁹⁰ Art 15(1) van die WGI.

⁹¹ Art 20(3) – (5) van die WGI.

geopper kan word kom voor in die WGI.⁹² Laasgenoemde wet⁹³ is op alle werkgewers en werknemers van toepassing. Artikel 6(2):

“It is not unfair discrimination to –

- a) Take affirmative action measures consistent with the purpose of this Act; or
- b) Distinguish, exclude or prefer any person on the basis of an inherent requirement of a job.”⁹⁴

“An employer is, however, allowed to discriminate against an employee by adopting or implementing measures or practices:

- a) Relating to appointment, promotion, demotion or provision of benefits, based on inherent requirements of a particular job;
- b) That are designed to protect and advance employees or groups of employees disadvantaged by past unfair discrimination; and
- c) Based on the age of the employee when he has reached retirement age.”⁹⁵

Afgesien van die beginsels wat in artikel 9 van die Grondwet vervat is, reguleer die WGI die verwydering van onbillike diskriminasie en die bevordering van regstellende aksie in die werkplek. Laasgenoemde wet bied beskerming vir alle werkgewers en werknemers in hoofstuk 2, wat 'n verbod op onbillike diskriminasie plaas. Dit het betrekking op alle indiensnemingsbeleide en -praktyke. Hoofstuk 3 handel oor regstellende aksie en is net van toepassing op aangewese werkgewers en aangewese groepe. Daar is 'n positiewe plig op alle aangewese werkgewers om regstellende-aksie-maatreëls te implementeer na aanvaarding van 'n regstellende-aksie-plan. Die primêre faktor in hierdie aangeleentheid is dat 'n werkgewer se besigheid ekonomies suksesvol moet wees. Die voor- en nadele van ouer en jonger werknemers moet teen mekaar opgeweeg word. Alhoewel dit moontlik is dat jong, dinamiese werknemers en ouer werknemers dieselfde kwalifikasies mag hê, beskik ouer werknemers dikwels oor meer mensekennis en ander relevante ondervinding wat handig te pas kom en dikwels noodsaaklik is vir die posbeskrywing. Dieselfde maatstawwe moet dus gebruik word om jonger en ouer werknemers se werkvermoë, ondervinding, kwalifikasies ensovoorts teen mekaar op te weeg.

3.1 Regstellende aksie

Die WGI⁹⁶ het ten doel om aan artikel 9 van die Grondwet⁹⁷ uitvoering te gee. Ingevolge artikel 2 (b) van die eersgenoemde wet het dit ten doel om gelykheid in die werksplek te bevorder deur die implementering van regstellende-aksie-maatreëls.⁹⁸ Hierdie maatreëls is van toepassing op die aangewese groepe soos in die wet omskryf word. Regstellende-aksie-maatreëls is dus 'n instrument of 'n manier om "billike verteenwoordiging" in die werkplek te bereik. Dit is deel van 'n breër strategie in 'n poging om gelykheid in die werksplek te bevorder soos vervat in die Grondwet, en dit is 'n verweer vir onbillike diskriminasie⁹⁹ (artikel 6(2)(a)). Terwyl artikel 9(1) van die grondwet bedoel is om formele gelykheid te bevorder, streef artikel 9(2)¹⁰⁰ daarna om substantiewe gelykheid te bevorder. Dit is belangrik om die verskil te verstaan tussen die idee dat gelykheid verband

⁹² Art 2 van die WGI bepaal: "The purpose of this Act is to achieve equity in the workplace by - (a) promoting equal opportunity and fair treatment in employment through the elimination of unfair discrimination; and (b) implementing affirmative action measures to redress the disadvantages in employment experienced by designated groups, in order to ensure their equitable representation in all occupational categories and levels in the workforce.."

⁹³ Die doel van die WGI is tweeledig. Eerstens, om billikheid in die werksplek te bewerkstellig, gelyke geleenthede en billike arbeidspraktyke te bevorder deur onbillike diskriminasie uit te skakel. Tweedens, om regstellende aksie maatreëls te implementeer om diensongeregtighede te herstel wat deur aangewese groepe ervaar word en billike verteenwoordiging in alle beroepskategorieë en vlakke in die werkmag te verseker.

⁹⁴ 55 van 1998.

⁹⁵ Van Jaarsveld, Fourie en Olivier, *Principles and Practice of Labour Law*.

⁹⁶ 55 van 1998.

⁹⁷ Art 9(1): "Elkeen is gelyk voor die reg en het die reg op gelyke beskerming en voordeel van die reg. (2) Gelykheid sluit die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede in. Ten einde die bereiking van gelykheid te bevorder, kan wetgewende en ander maatreëls getref word wat ontwerp is vir die beskerming of ontwikkeling van persone, of kategorieë persone, wat deur onbillike diskriminasie benadeel is."

⁹⁸In *Gordon v Department of Health: KwaZulu-Natal* (2008) 29 ILJ 2535 (SCA) het die Hoogste Hof van Appèl die volgende beslis: "Plans are vital because without them affirmative appointments cannot be rationally connected with the constitutional imperative of promoting equality. Ad hoc and random actions were incapable of meeting that objective. The court held that properly formulated plans 'go a long way' towards meeting the requirement of rationality."

⁹⁹ McGregor "Judicial notice: Discrimination and disadvantage in the context of affirmative action in South African workplaces" (2011) *De Jure* vn 33.

¹⁰⁰ Die Arbeidshof het onlangs in *Solidarity and Others v Department of Correctional Services and Others, Solidarity and Others v Department of Correctional Services and Others* (C368/2012, C968/2012) die belang van gelyke-indiensneming-maatreëls bevestig en ook aanvaar dat sekere rasse-groepe dikwels nog steeds verskillende geleenthede het as gevolg van die verlede, asook voortdurende rasse-diskriminasie: "The protection or advancement envisaged by section 9(2) is for the benefit of persons as individuals he argues. However, in my judgment the substantive approach to equality which our Constitution protects, which includes redress for those who have suffered institutional and systematic discrimination belies such an interpretation... The Employment Equity Act allowed for proportionality, balance and fairness when it required both national and regional demographics to be taken into account" – wanneer teikens of doelwitte vir die gelyke-indiensnemingsplan gestel word. Sien ook "Court strikes affirmative action balance" (2013) *Legalbrief today*.

hou met formele gelyke behandeling van persone in soortgelyke omstandighede, en die idee dat gelykheid substantief is en sodoende vereis dat daar na die impak of uitwerking wat die behandeling op 'n groep van individue het (met verwysing na die strukturele ongelykhede in die samelewing), gekyk word. Formele gelykheid met betrekking tot artikel 9(1), handel oor die beginsel van gelykheid voor die reg en verleen die reg op gelyke beskerming en voordeel van die reg aan almal. Volgens De Vos,¹⁰¹ fokus hierdie artikel op meer as 'n "garantie of non-discrimination". 'n Substantiewe benadering tot gelykheid skenk veral aandag in die konteks waar 'n applikant die hof om hulp vra. Die posisie van die applikant in die samelewing, of hy deel is van 'n aangewese groep en die geskiedenis en agtergrond van sy/haar benadeling, word geëvalueer. Die laasgenoemde benadering beklemtoon die noodsaaklikheid om nie net gewraakte wetgewing ongeldig te verklaar nie, maar om aktief stappe te neem om benadeling reg te stel en herverdeling te bevorder.¹⁰² Substantiewe gelykheid met betrekking tot artikel 9(2), gee nie aanleiding tot 'n uitsondering op die formele konsep van gelykheid nie, maar poog om dit te bereik deur die gebruik van die begrip "bevorder," as deel van die proses van regstelling en bevordering van geleenthede vir sekere persone.

Regstellende aksie kan omskryf word as 'n maatskappy se strategie en proses om individue wat voorheen deur diskriminasie benadeel is, te bevoordeel. Die volgende aanhaling uit die Konstitusionele Hof se uitspraak in *Minister of Finance v Van Heerden*¹⁰³ is in hierdie verband van uiterse belang:

"The achievement of equality goes to the bedrock of our constitutional architecture. The Constitution commands us to strive for a society built on the democratic values of human

¹⁰¹ De Vos, P. *Equality for all? A critical analysis of the equality jurisprudence of the Constitutional Court.* (2000) 63 *THRHR* 62 op 64.

¹⁰² Kok, A. *The Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act: Why the controversy?* (2001) *TSAR* 294.

¹⁰³ [2004] 12 *BLLR* 1181 (CC).

dignity, the achievement of equality, the advancement of human rights and freedom. Thus the achievement of equality is not only a guaranteed and justiciable right in our Bill of Rights but also a core and foundational value; a standard which must inform all law and against which all law must be tested for constitutional consonance”.

Hoofstuk II van die wet bevat verskeie maatreëls met betrekking tot die verbod op diskriminasie. Laasgenoemde hoofstuk van die wet is van toepassing op alle werkgewers en werknemers¹⁰⁴. Artikel 6(1) bevat 'n algehele verbod op enige grond van diskriminasie in enige werkspraktyk of beleid. Volgens artikel 6(2), is dit nie onbillike diskriminasie om regstellende-aksie-maatreëls te implementeer nie. Artikel 10 maak voorsiening vir die

¹⁰⁴ Art 4(1).

verwysing van 'n dispuut rakende onbillike diskriminasie na die KVBA vir konsiliasie en daarna na die Arbeidshof vir beregting.¹⁰⁵

Hoofstuk III van die wet fokus op regstellende aksie. Hierdie hoofstuk is volgens artikel 1 slegs op aangewese werkgewers en persone van aangewese groepe van toepassing, tensy anders bepaal in Hoofstuk III. Artikel 13(1) bepaal dat elke aangewese werkgewer regstellende-aksie-maatreëls vir mense van aangewese groepe moet implementeer. Die konsep "aangewese" met betrekking tot 'n werkgewer, beteken:

- 'n persoon wat meer as 50 werknemers in diens het;
- 'n persoon wat minder as 50 werknemers in diens het, met 'n jaarlikse omset wat die voorgeskrewe omset vir klein besighede in Bylae 4 van die wet, oorskry;
- 'n munisipaliteit soos na verwys in Hoofstuk 7 van die Grondwet;
- 'n staatsorganisasie soos gedefinieer in artikel 239 van die Grondwet met sekere uitsluitings soos die plaaslike regeringsfeer, Nasionale Weermag, Nasionale Intelligensie-agentskap en die Suid-Afrikaanse Geheime diens;
- 'n werkgewer wat aan kollektiewe ooreenkoms in terme van artikel 23 of 31 van die Wet op Arbeidsverhoudinge, gebonde is.

"Aangewese groepe", met betrekking tot werknemers, beteken swart persone, vroue en persone met gestremdhede.

Artikel 15 gee inhoud aan die idee van "regstellende-aksie-maatreëls". Subartikel (1) bepaal dat hierdie maatreëls daarop gemik moet wees om te verseker "that suitably qualified people from designated groups have equal employment opportunities and are equitably represented in all occupational categories and levels". Subartikel (2) bepaal:

- "Affirmative action measures implemented by a designated employer must include--
- a. measures to identify and eliminate employment barriers, including unfair discrimination, which adversely affect people from designated groups;
 - b. measures designed to further diversity in the workplace based on equal dignity and respect of all people;

- c. making reasonable accommodation for people from designated groups in order to ensure that they enjoy equal opportunities and are equitably represented in the workforce of a designated employer;
- d. subject to subsection (3), measures to--
 - i. ensure the equitable representation of suitably qualified people from designated groups in all occupational categories and levels in the workforce; and
 - ii. retain and develop people from designated groups and to implement appropriate training measures, including measures in terms of an Act of Parliament providing for skills development.”

Subartikel (4) bepaal dat:

“Subject to section 42, nothing in this section requires a designated employer to take any decision concerning an employment policy or practice that would establish an absolute barrier to the prospective or continued employment or advancement of people who are not from designated groups.”¹⁰⁶

Hoofstuk V van die wet stel die afdwingingsmeganisme ten einde nakoming van die regstellende-aksie-bepalings in Hoofstuk III te verseker.

In *Harmse v City of Cape Town*¹⁰⁷ het die applikant beweer dat daar onbillik teen hom gediskrimineer is deurdat hy nie die kortlys gehaal het vir een van die drie poste waarvoor hy aansoek gedoen het nie. Indien slegs artikel 6 van die WGI oorweeg word, wil dit voorkom dat regstellende aksie slegs 'n 'shield' (of beskermende maatreël) is, maar artikel 155 dui op 'n rol vir regstellende aksie wat verder gaan as die status as 'n 'shield'. Dit plaas 'n verpligting op die werkgewer om pro-aktief op te tree in die uitskakeling van onbillike diskriminasie in die werksplek. Indien 'n werkgewer versuim om gelykheid te bevorder deur middel van regstellende-aksie-maatreëls, dan kan dit dalk gesê word dat die werkgewer die reg van werknemers uit die aangewese groepe om nie onbillik teen gediskrimineer te word nie, geskend het.

In direkte konflik met die Harmse-saak het die Arbeidshof in *Dudley v City of Cape Town*¹⁰⁸ beslis dat die WGI nie 'n onafhanklike individuele reg op regstellende aksie bevat nie. Die

¹⁰⁵ Tensy beide partye toestem tot arbitrasie (A 10(6)(b)).

¹⁰⁶ In *Du Preez v Minister of Justice and Constitutional Development* [2006] 8 BCLR 767 (SE), soos in Van Niekerk *et al. Law@Work* (2nd ed) 160 n 160, het die hof beslis “that the complete exclusion of experience and other factors in the selection process is irrational and unfair in that it raised an “insurmountable obstacle” and created an absolute barrier for an applicant of a non-designated group.”

¹⁰⁷ (2003) 24 ILJ 1130 (LC).

¹⁰⁸ (2004) 25 ILJ 305 (LC); (2008) 12 BCLR 1155 (LAC).

Arbeidsappèlhof in die Dudley-saak het bevestig dat 'n werknemer van 'n aangewese groep nie die reg het om voorkeurbehandeling te eis ingevolge die wet nie. Gevolglik het 'n individu geen reg om die arbeidshof te nader op grond van 'n eis dat die werkgever versuim het om regstellende-aksie-maatreëls te implementeer voordat die proses deur die Departement van Arbeid uitgeput is nie. Die Hof het gestel dat die doel van regstellende aksie is om diensbillikheid in die werkplek te bereik of te bevorder.¹⁰⁹

Die saak wat van die grootste belang in hierdie verband is, is *Minister of Finance v Van Heerden*.¹¹⁰ Laasgenoemde is die enkele saak wat die Konstitusionele Hof bereik het aangaande regstellende aksie. Die toets vir regstellende aksie is deur die hof vasgestel. Die aangeleentheid het gehandel oor die reëls van die pensioenfonds vir politieke ampsdraers, wat van toepassing is op lede wat na die nuwe grondwetlike bestel die parlement ingegaan het. Ingevolge dié reëls is daar drie verskillende kategorieë van lede geskep. Die applikante het suksesvol appèl teen die bevel van die Hooggeregshof aangeteken wat bevind het dat die reëls van die fonds diskriminerend en sodoende ongrondwetlik was.

Die klassifikasie van lede in die fonds is in die Konstitusionele Hof deur die meerderheid as 'n regstellende- aksie-maatreël aanvaar, al is dit nie ten volle aangevoer nie.

In wese, het die hof bevind dat:

“affirmative action measures that “properly fall” within the requirements of section 9(2) of the Constitution were not presumptively unfair and established a three-pronged rationality test to determine this: Do the measures target people or categories of people who had been disadvantaged by unfair discrimination; are such measures designed to protect or

¹⁰⁹ In Garbers, “Is There a Right to Affirmative Action Appointment?” (2004) *CLL* 65, is die volgende genoem: “for all the reasons why *Harmse* is wrong, *Dudley* is right.”

¹¹⁰ [2004] 12 *BLLR* 1181 (CC).

advance such people or categories of people; and do they promote the achievement of equality?”¹¹¹

Die hof het bevind dat die maatreëls van regstellende aksie, 'n groep of kategorie mense soos aangewys in artikel 9(2) (dit is mense wat in die verlede benadeel is deur onbillike diskriminasie), moet bevoordeel. Die hof het aangevoer dat:

“it was often difficult, impractical or undesirable to devise an affirmative action scheme with “pure” differentiation demarcating precisely the targeted classes. Within each scheme, there may be exceptional or hard cases, or windfall beneficiaries.”

Die mees onlangse regspraak in hierdie verband was die Hoogste Hof van Appèl in *Solidarity obo Barnard v SAPS*.¹¹² Die hof het die appèl gehandhaaf teen die beslissing van die Arbeidsappèlhof. In die laasgenoemde hof is daar beslis dat die Nasionale Kommissaris die enigste party is wat verantwoordbaar is vir diensleweringaangeleenthede. Dit beaam nie die regbank om te besluit oor aanstellings wat sodoende dienslewering kan skend, te betwyfel nie. Die hof het sodoende die beslissing van die Arbeidshof gehandhaaf dat daar onbillik teen 'n wit polisiekaptein gediskrimineer is toe sy nie aangestel is vir bevordering in die polisiediens (SAPD) nie, ten spyte daarvan dat sy die beste kandidaat vir die pos was. Daar is duidelik teen Kaptein Barnard gediskrimineer op grond van ras en die hof moes bepaal of die diskriminasie billik was. Daar is verwys na die Konstitusionele Hof-uitspraak in *Minister of Finance v Van Heerden* en die volgende wat die hof gesê het is van belang:

“the Constitutional Court, in dealing with the approach to be taken in relation to claims of unfair discrimination based on the equality clause in the Constitution, not unlike complaints in relation to the application of the EEA, pointed out that the achievement of equality goes to the bedrock of our constitutional architecture. Moseneke J explains why the achievement of equality preoccupies our constitutional thinking. Redress and restoration are the driving force behind the positive duty to take steps to promote equality... Moseneke J reminded us that it is ‘incumbent on courts to scrutinise in each equality claim the situation of the complainants in society; their history and vulnerability; the history, nature and purpose of the discriminatory practice and whether it ameliorates or adds to group disadvantage in real life context, in order to determine its fairness or otherwise in the light of the values of our Constitution. In the assessment of fairness or otherwise a

¹¹¹ Die Arbeidsappèlhof in *University of South Africa v Reynhardt* (2010) 31 ILJ 2368 (LAC) het ook verwys na Moseneke J se uitspraak met betrekking tot die rasionaliteitstoets verwys.

¹¹² (165/2013) [2013] ZASCA 177.

flexible but “*situation sensitive*” approach is indispensable because of shifting patterns of hurtful discrimination and stereotypical response in our evolving democratic society.”

Die Hoogste Hof van Appèl het soos in die Van Heerden-saak ook die “*situation sensitive*”-benadering toegepas.

Die WBGVOD¹¹³ verleen erkenning aan die pyn en lyding van 'n groot meerderheid van die Suid-Afrikaanse bevolking en poog om sosiale en ekonomiese ongelykhede wat deur kolonialisme, apartheid en patriargie gegenereer is, uit te wis. Dit het ten doel om *de jure* en *de facto* gelykheid te bevorder en gelykheid in terme van uitkomst.¹¹⁴ Dit meld veral die bevordering van histories benadeelde individue, gemeenskappe en sosiale groepe wat onteien is van hul grond en hulpbronne, ontnem is van hulle menswaardigheid, en wat nog steeds sodanige gevolge moet verduur.

3.2 Inherente werksvereistes

Artikel 6(1) van die WGI bepaal dat geen persoon onbillik mag diskrimineer teen 'n werknemer in enige indiensnemingsbeleid of -praktyk nie. Die diskriminasie sal geag word om billik te wees as dit bedoel was om regstellende aksie te bevorder of as dit 'n inherente werksvereiste is.¹¹⁵ Artikel 20 van laasgenoemde wet bepaal wat daar met 'n paslik gekwalifiseerde persoon bedoel word.¹¹⁶ *Hoffman v South African Airways*¹¹⁷ bly steeds die leidende uitspraak oor die kwessie van inherente werksvereistes. Die Konstitusionele Hof het bevind dat SAL se weiering om Hoffman in diens te neem as gevolg van sy MIV-

¹¹³ 4 van 2000.

¹¹⁴ Kyk McGregor, “Judicial notice: Discrimination and disadvantage in the context of affirmative action in South African workplaces” (2011) *De Jure* 111-125.

¹¹⁵ Art 6(2) van die WAV.

¹¹⁶ Inherente werksvereistes word na verwys in die WGI - A 20(3): “For purposes of this Act, a person may be suitably qualified for a job as a result of any one of, or any combination of that person's – (a) formal qualifications; (b) prior learning; (c) relevant experience; or (d) capacity to acquire, within a reasonable time, the ability to do the job”. A 20(4): “When determining whether a person is suitably qualified for a job, an employer must – (a) review all the factors listed in subsection (3); and (b) determine whether that person has the ability to do the job in terms of any one of, or any combination of those factors”. A 20(5): “In making a determination under subsection (4), an employer may not unfairly discriminate against a person solely on the grounds of that person's lack of relevant experience.”

¹¹⁷ (2000) 12 *BLLR* 1365 (CC).

status neerkom op onbillike diskriminasie. SAL was nie in staat om te bewys dat negatiewe MIV-status 'n inherente werksvereiste was nie.¹¹⁸

Die konsep 'inherent' het neerslag gevind in die Suid-Afrikaanse arbeidswetgewing deur die WGI alhoewel die konsep nie in die wet gedefinieer word nie. Die volgende beginsels verteenwoordig die huidige posisie met betrekking tot inherente werksvereistes:

- 'n Inherente vereiste is iets wat noodsaaklik is vir die posisie eerder as toevallig, insidenteel of per abuis.
- Die onus is op die werkgewer om die inherente vereistes van die besondere posisie te bepaal en die toepassing daarvan op die spesifieke werknemer te oorweeg voor daar op die inherente-vereistes-uitsondering aanspraak gemaak kan word.
- Die inherente vereistes moet bepaal word met verwysing na die spesifieke werk wat gedoen moet word en die omliggende konteks van die posisie, insluitende die aard van die besigheid en die wyse waarop die besigheid bedryf word.
- Daar moet 'n verband tussen die inherente vereistes van die spesifieke werk en die werknemer se omstandighede bestaan.
- Die inherente-vereistes-uitsondering moet streng geïnterpreteer word sodat dit nie in stryd is met die doel van die anti-diskriminerende bepalings nie.
- Werkgewers kan besluit om soortgelyke werwingsprosesse te volg.¹¹⁹

Werkgewers gebruik steeds inherente werksvereistes as 'n verskoning of 'n rede om diskriminasie in die werksplek te regverdig.

4. Toets vir onbillike diskriminasie

Die toets vir onbillike diskriminasie is in *Department of Correctional Services & another v Police & Prisons Civil Rights Union & others*¹²⁰ omskryf. Dit is onseker of dit stilswyend

¹¹⁸ Die Arbeidshof is met soortgelyke gevalle gekonfronteer in *IMATU v City of Cape Town* (2005) 11 *BLLR* 1084 (LC), *Wallace v Du Toit* (2006) 8 *BLLR* 757 (LC) en *Dlamini & Others v Green Four Security* (2006) 11 *BLLR* 1074 (LC).

¹¹⁹ [http://www.ccma.org.za/UploadedMedia/CCMAil%20-%20DECEMBER%202006%20\(2\).doc](http://www.ccma.org.za/UploadedMedia/CCMAil%20-%20DECEMBER%202006%20(2).doc).

afgelei kan word uit die WBGVOD¹²¹ en die WGI, dat die wetgewer dit nie nodig geag het dat nadeel en/of die oorsake in 'n historiese konteks getoon moet word nie. Beide die laasgenoemde wette, soos in artikel 9(5) van die Grondwet, maak voorsiening vir 'n toets in die konteks van 'n eis weens onbillike diskriminasie (artikels 14 en 11 onderskeidelik). Du Toit¹²² het na die volgende verwys in hierdie verband:

“The approach to be followed in establishing whether an employer has committed unfair discrimination was summarised by the Labour Appeal Court in *Mias v Minister of Justice & Others*¹²³ as follows: In short: Is there a differentiation? If so, is it discriminatory? If so, is it unfair either directly, on one or more of the specified grounds, or indirectly?”

5. Gevolgtrekking

Uit die bogenoemde is dit duidelik dat diskriminasie nie altyd neerkom op onbillike diskriminasie nie. Dit word onbillik indien sekere praktyke buite die grense van die land se wetgewing uitgevoer word. Wetgewing lys verskeie gronde wat as onbillike diskriminasie beskou word, byvoorbeeld, 'n werkgewer mag nie 'n persoon ontslaan bloot op grond van ouderdom nie. 'n Werkgewer mag onder geen omstandighede teen 'n werknemer diskrimineer op grond van ouderdom nie en daar is 'n plig op die werkgewer om dit uit te skakel.¹²⁴ Diskriminasie kan dus billik of onbillik wees. Onbillike diskriminasie op direkte of indirekte gronde word as onregmatig beskou. Die gronde waarop onbillike diskriminasie verbied word, word in die Grondwet en die Wet op Gelyke Indiensneming (WGI), gevind. Artikel 6 van die WGI maak voorsiening vir 'n algemene verbod op onbillike diskriminasie in die werksplek en moet dus met artikel 187(1)(f) van die WAV saamgelees

¹²⁰ *Department of Correctional Services & another v Police & Prisons Civil Rights Union & others* (2011) 32 ILJ 2629 (LAC); *Leonard Dingler Employee Representative Council V Leonard Dingler (Pty) Ltd & Others* 1998 19 ILJ 285 (LC). - “Discrimination is unfair if it is reprehensible in terms of the society’s prevailing norms. Whether or not society will tolerate the discrimination depends on what the object is of the discrimination and the means used to achieve it. The object must be legitimate and the means proportional and rational.”

¹²¹ 4 van 2000.

¹²² Kyk Du Toit, “Protection Against Unfair Discrimination In The Workplace: Are The Courts Getting It Right?” (2007) 6.

¹²³ [2002] 1 BLLR 1 (LAC) par 21.

¹²⁴ Art 5 van die WGI.

word. Indien die werkgewer die ouderdom van die werknemer gebruik om die beëindiging van die dienstermyn te regverdig, is dit 'n outomatiese onbillike ontslag.¹²⁵

Die eerste verweer wat ingevolge die WGI deur 'n werkgewer geopper kan word om ontslag te regverdig, is regstellende aksie. Regstellende aksie kan omskryf word as 'n maatskappy se strategie en proses om individue wat voorheen deur diskriminasie benadeel is, te bevoordeel. Hoofstuk III wat spesifiek handel oor regstellende aksie is volgens artikel 1 slegs op aangewese werkgewers en persone van aangewese groepe van toepassing, tensy anders bepaal in Hoofstuk III. "Aangewese groepe", met betrekking tot werknemers, beteken swart persone, vroue en persone met gestremdhede. *Minister of Finance v Van Heerden*¹²⁶ is die belangrikste uitspraak met betrekking tot regstellende aksie. Die toets vir regstellende aksie is deur hierdie hof vasgestel.¹²⁷ Die volgende aanhaling uit die Konstitusionele Hof-uitspraak is in hierdie verband van uiterste belang:

“The achievement of equality goes to the bedrock of our constitutional architecture. The Constitution commands us to strive for a society built on the democratic values of human dignity, the achievement of equality, the advancement of human rights and freedom. Thus the achievement of equality is not only a guaranteed and justiciable right in our Bill of Rights but also a core and foundational value; a standard which must inform all law and against which all law must be tested for constitutional consonance”.

Dit blyk egter uit bogenoemde dat die Arbeidsappèlhof se beslissing in die Dudley-geval die vraag of regstellende aksie as 'n "sword" of 'n "shield" beskou kan word, opgelos het. Daar is inderdaad baie logika in die "strukturele" interpretasie-benadering wat in die arbeidshof gevolg is ten opsigte van die plek van sistematiese diskriminasie op sigself (Hoofstuk II), aan die een kant, en regstellende aksie en die afdwingingsmeganisme (Hoofstuk III en V), aan die ander kant. Die vrae in die Barnard-sake, naamlik of regstellende-aksie-maatreëls tweede plek moet inneem teenoor dienslewering en of 'n

¹²⁵ *Cosme v Polisak (Pty) Ltd* (2010) 31 ILJ 1861 (LC).

¹²⁶ [2004] 12 BLLR 1181 (CC).

¹²⁷ “affirmative action measures that “properly fall” within the requirements of section 9(2) of the Constitution were not presumptively unfair and established a three-pronged rationality test to determine this: Do the measures target people or categories of people who had been disadvantaged by unfair discrimination; are such measures designed to protect or advance such people or categories of people; and do they promote the achievement of equality?”

hof moet inmeng met regstellende-aksie-besluite van werknemers, kan tot verdere interessante uitsprake lei.

Die tweede verweer wat ingevolge die WGI deur 'n werkgever geopper kan word om ontslag te regverdig, is inherente werksvereistes.¹²⁸ Die Konstitusionele Hof in *Hoffman v South African Airways*¹²⁹ bly steeds die leidende uitspraak oor die kwessie van inherente werksvereistes. Die realiteit is dat werkgewers voortdurend die verweer van inherente werksvereistes gebruik as 'n verskoning of 'n rede om diskriminasie in die werksplek te regverdig. Alhoewel werkgewers geregtig is om hierdie verweer te opper, moet hulle versigtig wees en sodoende seker wees dat dit die werklike rede vir ontslag is.

Die toets wat toegepas moet word om te bepaal of die diskriminasie onbillik was, is na verwys in die artikel van Du Toit¹³⁰, wat die volgende aanhaling beklemtoon het:

“The approach to be followed in establishing whether an employer has committed unfair discrimination was summarised by the Labour Appeal Court in *Mias v Minister of Justice & Others*¹³¹ as follows: In short: Is there a differentiation? If so, is it discriminatory? If so, is it unfair either directly, on one or more of the specified grounds, or indirectly?”

¹²⁸ Art 20(3) – (5) van die WGI.

¹²⁹ (2000) 12 BLLR 1365 (CC).

¹³⁰ Du Toit, “Protection Against Unfair Discrimination In The Workplace: Are The Courts Getting It Right?” (2007) 6.

¹³¹ [2002] 1 BLLR 1 (LAC) par 21.

HOOFSTUK 4: REGSVERGELYKING

1. Inleiding

Die laaste gedeelte van die navorsing behels 'n regsvergelykende studie tussen die Suid-Afrikaanse en die internasionale regsposisie. Die rede vir hierdie vergelyking is om vas te stel of die standaard van beskerming teen outomatiese onbillike ontslag in Suid-Afrika aan dieselfde standaard as internasionale reg voldoen.¹³² Internasionale wetgewing wat op hierdie aangeleentheid van toepassing is, sal ook ondersoek word en met Suid-Afrikaanse arbeidswetgewing vergelyk word. Die leerstuk van onbillike ontslag is in 1963 deur Internasionale Arbeidsorganisasie (hierna verwys as IAO), aanbeveling 119, aangeneem. Konvensie 158 van 1982 bepaal dat die beëindiging van 'n diensverhouding nie toelaatbaar is tensy daar substantiewe redes ten opsigte van die vermoë of gedrag van die werknemer of die operasionele vereistes van die werkgewer bestaan nie. Prosedurele billikheid word ook voor voorsiening gemaak deur te bepaal dat die diensverhouding slegs beëindig kan word indien die werknemer die geleentheid gegun is om die bewerings wat gemaak word, te verdedig. Die regsposisie oor onbillike ontslag in die Verenigde Koninkryk en die Verenigde State van Amerika sal met die huidige posisie in Suid-Afrika vergelyk word. Die posisie in die Europese wetgewing sal eers oorweeg word voordat die regsposisie in die Verenigde Koninkryk oorweeg sal word.

2. Internasionale Arbeidsorganisasie

Die IAO is na die Eerste Wêreldoorlog gestig. Die grondwet van die IAO bepaal dat dit poog om met die instelling van regverdige mededinging te help deur standaard-beskermingswaardes in te stel, asook om sosiale vrede deur gelyke beskerming in die werksplek te bevorder.¹³³ Suid-Afrika was onder andere een van die stigterslede van die IAO, maar het lidmaatskap onttrek met die begin van die apartheids-era. Na die demokratiese verkiesings het Suid-Afrika weer lidmaatskap hervat. Konvensies van die IAO is outomaties van toepassing op lidstate, maar konvensies word eers bindend indien

¹³² Smit, Van Eck "International Perspectives on South Africa's Unfair Dismissal Law" 2010.

¹³³ Van Niekerk *et al.*, *Law @ work* 19 – 26.

dit deur 'n lidstaat geratifiseer is.¹³⁴ Die leerstuk van onbillike ontslag is in 1963 deur die Internasionale Arbeidsorganisasie (hierna verwys as IAO), aanbeveling 119, aangeneem. Laasgenoemde aanbeveling is in 1982 vervang deur die IAO Konvensie 158 van 1982 en Aanbeveling 166 van 1982.¹³⁵ Konvensie 158 bepaal dat die beëindiging van 'n diensverhouding nie toelaatbaar is tensy daar substantiewe redes ten opsigte van die vermoë of gedrag van die werknemer of die operasionele vereistes van die werkgewer bestaan nie. Dit moet in aanmerking geneem word dat Suid-Afrika steeds nie die laasgenoemde konvensie geratifiseer het nie.¹³⁶ Dié konvensie vereis 'n twee-fase benadering wanneer daar met ontslag gehandel word. Dit is duidelik dat alle werknemers wat ontslaan word die reg het op kennisgewing, betaling, asook skeidingsvoordele, tensy daar growwe wangedrag of enige ander vorm van wangedrag aan die kant van die werknemer bestaan.

Artikel 4 tot 8 van die konvensie behandel die prosedures wat gevolg moet word voor ontslag kan plaasvind. Die IAO erken net 3 gronde vir billike ontslag in artikel 4, wat die volgende insluit: wangedrag, onvermoë en bedryfsvereistes. Die redes vir billike ontslag ingevolge artikel 188 van die WAV het hulle oorsprong in artikel 4 van die Konvensie. Die lys van gronde waarop 'n dienskontrak nie beëindig mag word nie, is nie 'n geslote lys nie.¹³⁷ Die laasgenoemde gronde word vervat in artikel 5 van die Konvensie. Artikel 7 bepaal dat 'n werknemer eers 'n geleentheid gegun moet word om homself te verdedig teen die bewerings, tensy daar nie redelikerwys van 'n werkgewer verwag kan word om so 'n geleentheid te bied nie. Artikel 8 bepaal verder dat 'n werknemer wat beweer dat sy

¹³⁴ Kyk Smit en Van Eck, "International perspectives on South Africa's unfair dismissal law" 48.

¹³⁵ Kyk Van Jaarsveld, Fourie en Olivier, *Principles and Practice of Labour Law*.

¹³⁶ <http://www.gilesfiles.co.za/collective-bargaining-2/ratification-of-ilo-conventions-south-africa-a-good-performer-john-brand/>.

¹³⁷ Aanbeveling 166 van 1982 artikel 4 en paragraaf 5 bepaal dat die volgende redes deur die IAO as onaanvaarbaar en sodoende ongeldig beskou word:

- a) "participation in union activities;
- b) marital status, pregnancy, family responsibilities, absence from work during maternity leave or due to illness or injury; and race, colour, gender nationality, age, politics, religion and military service."

dienskontrak onregverdig beëindig is, dit kan verwys na 'n hof, tribunaal of arbitrasiekomitee.

Die IAO se Konvensie 111 van 1958 is ook in hierdie omstandighede van belang.¹³⁸ Laasgenoemde konvensie handel oor diskriminasie in die werksplek. Die IAO het in die oorweging van klagtes ook die inherente werksvereiste as uitsondering beskou.¹³⁹ Artikel 1 (2) van hierdie konvensie beaam dit wat in die WGI bepaal word deur te bepaal dat, “any distinction, exclusion or preference in respect of a particular job based on the inherent requirements thereof shall not be deemed to be discrimination.”

Die WAV is gebaseer op die beginsels van die IAO Konvensie 158 van 1982. Die laasgenoemde wet bepaal die volgende:

“Die doel van hierdie Wet is om ekonomiese ontwikkeling, maatskaplike geregtigheid, arbeidsvrede en die demokratisering van die werkplek te bevorder deur bereiking van die hoofogmerke van hierdie Wet, naamlik-

(b) om uitvoering te gee aan die verpligtinge wat die Republiek as 'n lidstaat van die Internasionale Arbeidsorganisasie aangegaan het.”¹⁴⁰

3. Europese Unie

Dit is van belang om eers na die bepalings van die Europese Unie (hierna verwys as “EU”) te kyk voordat daar na die Verenigde Koninkryk gekyk word. Die rede hiervoor is dat die plaaslike wetgewing van die Verenigde Koninkryk onderworpe is aan die wetgewing van die EU en sodoende net by magte is om op te tree sover as wat die bepalings van die EU dit toelaat. Laasgenoemde geld nie net vir die Verenigde Koninkryk nie, maar ook vir al

¹³⁸ “(1) For the purpose of this Convention the term “discrimination” includes—

(a) any distinction, exclusion or preference made on the basis of race, colour, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin, which has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or occupation;

(b) such other distinction, exclusion or preference which has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or occupation as may be determined by the Member concerned after consultation with representative employers’ and workers’ organisations, where such exist, and other appropriate bodies.

1. Any distinction, exclusion or preference in respect of a particular job based on the inherent requirements thereof shall not be deemed to be discrimination.

2. For the purpose of this Convention the terms “employment” and “occupation” include access to vocational training, access to employment and to particular occupation, and terms and conditions of employment.”

¹³⁹ [http://www.ccma.org.za/UploadedMedia/CCMAI1%20-%20DECEMBER%202006%20\(2\).doc](http://www.ccma.org.za/UploadedMedia/CCMAI1%20-%20DECEMBER%202006%20(2).doc).

¹⁴⁰ Art 1(b).

die ander lidstate van die EU. 'n Paar van die bestuursinstellings van die EU is die Europese kommissie, die Europese hof van geregtigheid en die raad van ministers (die magtigste besluitnemingsliggaam wat saamgestel word deur ministers van buitelandse sake van die verskillende lidstate). In die geval waar individue onderworpe is aan diskriminasie gebaseer op ouderdom, word die fundamentele reg op menswaardigheid geskend. Benadeelde ouderdomsgroepe word ook deur diskriminasie verhoed om ten volle in die arbeidsmark deel te neem.¹⁴¹

'n Belangrike stap in enige effektiewe ouderdomgelykheidstrategie is om wetgewing in te stel wat onregverdig diskriminasie gebaseer op ouderdom, te verbied, asook remedies vir slagoffers van diskriminasie. Die Europese kommissie het 'n program gestig in 2001–2006 om die effektiewe implementering van anti-diskriminasie-wetgewing van die EU te ondersteun.¹⁴² Laasgenoemde program het drie doelwitte gehad: Om die begrip van kwessies wat verband hou met diskriminasie te verbeter, om die kapasiteit om diskriminasie doeltreffend aan te pak te ontwikkel, en laastens om die waardes wat die stryd teen diskriminasie onderlê, te bevorder.

Die raamwerk (“framework”) van die EU-wetgewing wat diskriminasie gebaseer op ouderdom, verbied,¹⁴³ soos geskep deur artikel 19 van die “Treaty on the Functioning of the European Union” (“TFEU”) en die ‘Directive 2000/78/EC on Employment Equality’ (hierna verwys as die ‘Direktief’), is uniek in die Europese diskriminasiewetgewing. Ouderdomdiskriminasie in die werksplek is onderworpe aan die Direktief wat die omstandighede beperk waaronder nasionale wetgewing van lidstate toelaat dat werkgewers werknemers aan verskillende behandeling kan onderwerp op grond van ouderdom.¹⁴⁴ Die Direktief verteenwoordig 'n erkenning van die probleem rakende diskriminasie gebaseer op ouderdom. Dit erken dat beide jonger en ouer werknemers die reg het tot gelykheid rakende ouderdom. Daar word nie slegs gefokus op formele gelykheid nie, maar ook om benadeling gebaseer op ouderdom te bekamp en om basiese

¹⁴¹ <http://www.eurofound.europa.eu/publications/htmlfiles/ef0626.htm>.

¹⁴² http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/age_and_employment_en.pdf.

¹⁴³ Art 2.

¹⁴⁴ http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf.

regte te handhaaf. Diskriminasie gebaseer op ouderdom word op 'n soortgelyke benadering as ander vorme van diskriminasie verbied. Dit word bereik deur direkte en indirekte diskriminasie, teistering en ander onregte wat verband hou met 'n individu se ouderdom, te verbied. Die Direktief bevat beginsels wat almal binne die EU 'n minimumvlak van regsbeskerming teen diskriminasie bied. Die Direktiewe verhoed diskriminasie op gronde soos ras, geloof, gestremdheid en ouderdom in die werksplek, teen mense in die EU. Direkte diskriminasie gebaseer op ouderdom volgens die Direktief mag geregverdig word¹⁴⁵ waar ander gronde nie mag nie. Daar moet dus 'n balans getref word tussen die werksplekbelange en die belange van die werker om te verseker dat die verbod op ouderdomdiskriminasie betekenisvol en regverdigbaar is. Gevolglik vereis hierdie benadering dat konsekwente riglyne ten aansien van identiese, feitelike situasies, in die verskillende lidstate toegepas word.

Aansienlike buigsaamheid bestaan in die gebruik van spesiale maatreëls om integrasie te bevorder, en om ouer en jonger werkers en diegene met versorging-verantwoordelikhede te beskerm. Positiewe maatreëls in verband met die jonger werkers is geneig om te fokus op die beskerming van ontwikkeling, morele waardes, gesondheid en veiligheid. In teenstelling hiermee, fokus maatreëls wat betrekking het op ouer werknemers op beroepintegrasie van ouer werkers. Daar kan geredeneer word dat sommige van die maatreëls wat bedoel is om ouer werknemers te beskerm, egter die bepalinge van die Direktief kan skend, afhangende van die regverdigingsgrond wat gebruik word vir die ouderdom.

Die Europese hof van geregtigheid ('European Court of Justice') het die belang van die verbod op diskriminasie van ouderdom bevestig deur dit te koppel aan die algemene beginsel van gelyke behandeling, wat dit nou erken as 'n fundamentele norm van die EU-regorde. Daar moet dus gekyk word na regspraak en hoe die hof se interpretasie gee

¹⁴⁵ Artikel 6(1) bepaal: 'Notwithstanding Article 2(2), Member States may provide that differences of treatment on grounds of age shall not constitute discrimination, if, within the context of national law, they are objectively and reasonably justified by a legitimate aim, including legitimate employment policy, labour market and vocational training objectives, and if the means of achieving that aim are appropriate and necessary.'

aan ontwikkelende gelykheid in die toekoms, selfs in die omstrede en moeilike gebied van ouderdomdiskriminasie. Minimum- en maksimum-ouderdomvereistes word in sommige state gebruik. Die Europese hof van geregtigheid het in menige gevalle beslis dat die verbod op die ouderdomdiskriminasie met 'n soortgelyke strengheid toegepas moet word as ander anti-diskriminasie-standaarde. Die hof het ook beslis dat die verbod op ouderdomdiskriminasie 'n integrale deel van die algemene beginsel van gelyke behandeling vorm. Gelyke behandeling word gesien as 'n kernwaarde in die wetgewing van die EU. Die Hof het dus gekies om ouderdom as ekwivalent aan ander nie-diskriminasie-gronde te behandel.¹⁴⁶

4. Verenigde Koninkryk

Daar kan geredeneer word dat Engeland die invloedrykste land is met betrekking tot die ontwikkeling van Suid-Afrikaanse arbeidsreg. Die 'Employment Act' het in 2002 in werking getree.¹⁴⁷ Laasgenoemde wet het 'n geskilbeslegtingsraamwerk ingestel en ook die prosedures wat voor ontslag gevolg moet word, uitgebrei, soos dit vervat is in die 'Employment Rights Act' van 1996.

Die konsep 'onbillike ontslag' in die Verenigde Koninkryk is 'n statutêre verskynsel wat amper in geheel in die 'Employment Rights Act' gekonsolideer is. Artikel 94(1) van laasgenoemde wet bepaal dat '[a]n employee has the right not to be unfairly dismissed by his employer'. Artikel 98(1)(b) bepaal dat daar 'n billike rede vir die ontslag moet bestaan. Die rede kan gebaseer word op vermoëns of kwalifikasies, gedrag, oortolligheid, oortreding van 'n wet, of 'n ander wesenlike rede. Bylae 2 tot die 'Employment Act' reguleer die prosedurele billikheid¹⁴⁸ in gevalle wat verband hou met ontslag. Daar word basies drie stappe vereis met betrekking tot ontslag. Die werkgewer moet in die eerste plek die kwessies wat aanleiding gegee het tot die aksie op skrif uiteensit en 'n afskrif

¹⁴⁶ Kyk C-555/07 *Kucukdeveci v Swedex GMBH & Co KG*, [2010] 2 CMLR 33; C-411/05 *Palacios de la Villa v Cortefiel Servicios SA* [2007] ECR I-8531..

¹⁴⁷ Kyk Deacon, 'n *Regsvergelykende Studie van die Minimum Prosedurele Vereistes vir die Billike Ontslag van 'n Werknemer op grond van Wangedrag* (LLD skripsie 2010 UV) 145.

¹⁴⁸ Kyk Goeie Praktykskode van 'Advisory Conciliation and Arbitration Service (ACAS)' – 'The Employment Protection Code of Practice (Disciplinary Practice and Procedures) Order 1998'.

daarvan aan die werknemer stuur om sodoende die werknemer in kennis te stel van 'n vergadering. Na afloop van die vergadering moet die werkgewer die werknemer in kennis stel van die besluit en ook die reg om teen die besluit te appelleer, onder die werknemer se aandag bring. Indien die werknemer wil appelleer, moet 'n verdere vergadering by die werksplek gereël word, waarna die werknemer in kennis gestel moet word van die uitkoms.¹⁴⁹

Daar mag geensins teen 'n persoon gediskrimineer word op grond van ouderdom en die werknemer dan alleenlik gebaseer op ouderdom ontslaan nie. In 2006 het die Employment Equality (Age) Regulations in werking getree, wat handel oor direkte en indirekte diskriminasie op grond van ouderdom, teistering en viktimisasie in die werksplek. Regulasie 30 laat werkgewers toe om 'n verpligte aftree-ouderdom vas te stel. Daar word wel bepaal dat, alhoewel werkgewers ontslag op grond van ouderdom (bo 65) kan regverdig, moet die werknemer 6-12 maande kennis gegee word van die voorneme om die werknemer te verplig om af te tree. Die werknemer kan wel na die bereiking van die normale aftree-ouderdom voortgaan met werk indien die werkgewer toestem daartoe. Dit moet in gedagte gehou word dat die normale aftree-ouderdom van 65 in gevalle van onbillike ontslag, statutêr gereël word in die 'Employment Rights Act'. In 2009 is 'n wetsontwerp/handves vir gelykheid gepubliseer wat die verbod op diskriminasie gebaseer op ouderdom verleng het na die voorsiening van goedere, dienste en fasiliteite en sodoende alle diskriminasiewetgewing in een handves kombineer.¹⁵⁰ Standaard aftree-ouderdom is in 2011 afgeskaf.

“In *Seldon v Clarkson Wright and Jakes* the Supreme Court has confirmed that employers need to give careful consideration when seeking to justify mandatory retirement ages. The

¹⁴⁹ Kyk Smit en Van Eck, “International perspectives on South Africa’s unfair dismissal law” 55-56.

¹⁵⁰ http://taen.org.uk/uploads/resources/Combined_dissertation_final_formatted.pdf - “the European Court of Justice (ECJ) ruled that mandatory retirement would be allowed if it was “objectively and reasonably” justified for social policy objectives only (C-388/07). The case, which had been brought in 2006 by Heyday, a subsidiary of Age Concern, and challenged the legitimacy of the default retirement age, was referred back to the UK High Court for a ruling. In early July 2009, the Government announced that it would bring forward its planned review of Regulation 30 to 2010 from 2011. In September 2009, the High Court ruled that the default retirement age was lawful. However, although the judge Mr Justice Blake decided that the default retirement age did comply with the EU Directive, he explained in his judgment there was a case for a change in the law, and that he would have ordered a review of the need for a default retirement age of 65 if the Government had not already announced it was bringing forward its own review (paragraph 128).”

Supreme Court has ruled that, to be capable of justifying direct age discrimination, an employer's aim must be (i) of a public interest nature, rather than an individual aim of the business, and (ii) consistent with the social policy aims of the State."¹⁵¹

5. Verenigde State van Amerika

Die meerderheid van maatskappye in die VSA onderteken kontrakte met werknemers wat die voorwaardes van indiensneming reguleer. In die VSA is 'n stelsel van 'employment at will' aangeneem. Dié stelsel beteken dat enige diensverhouding beëindig kan word deur enige party sonder kennisgewing, asook sonder enige waarskuwing of regverdiging.¹⁵² In sommige gevalle bepaal die kontrak die duur van die kontrak en verbied dus die werkgewer om die kontrak te beëindig sonder 'n goeie rede of doel.

Anders as in Suid-Afrika word daar in die VSA verwys na 'n onregmatige ontslag eerder as onbillike ontslag. Daar is geen wetgewing in die VSA wat onbillike ontslag reguleer nie.¹⁵³ Onregmatige beëindiging van diens kan ontstaan vir verskeie redes. Die algemeenste rede vir onregmatige beëindiging is diskriminasie. Dit kan diskriminasie op grond van ouderdom, kleur, ras, gestremdheid, godsdienst, gelyke betaling, swangerskap, geslag of seksuele teistering insluit.¹⁵⁴

Die Age Discrimination in Employment Act ("ADEA") van 1967 is die federale wet wat diskriminasie op grond van ouderdom teen werknemers wat 40 jaar of ouer is, verbied. Die 'Civil Service Reform Act' van 1978 verbied werkgewers om te diskrimineer op grond van ras, kleur, nasionale oorsprong, godsdienst, geslag, ouderdom, gestremdheid, huwelikstatus, politieke affiliasie en seksuele oriëntasie. Die konsep van ouderdom-diskriminasie behels 'n verskeidenheid van ongunstige indiensnemingstappe, insluitend maar nie beperk tot aanstelling, ontslag, en bevorderingsbesluite, en ander diensbepalings of -voorwaardes nie. Daarbenewens hoef eisers ook nie noodwendig direkte bewyse van diskriminasie aan te voer om met die eis van diskriminasie te slaag

¹⁵¹ <http://hsfnotes.com/employment/2012/05/01/age-discrimination-supreme-court-tinkers-with-law-on-retirement-ages/>.

¹⁵² <http://www.gilesfiles.co.za/dismissalsp-2development-of-labour-law-since-1981/#more-3397>.

¹⁵³ Kyk Smit en Van Eck, "International perspectives on South Africa's unfair dismissal law" 58.

¹⁵⁴ <http://www.justia.com/employment/firing-wrongful-termination/>.

nie.¹⁵⁵ 'n Individu wat verligting soek ingevolge die ADEA moet bewys dat hy/sy: 1) binne die beskermde ouderdomsgroep val (bv. dat hy 40 jaar oud of ouer is), 2) vir die pos kwalifiseer, 3) dat sy regte geskend is, en 4) dat die verweerder 'n jonger persoon met soortgelyke kwalifikasies as die eiser verkies, om die werk te verrig.¹⁵⁶

In gevalle waar die diensverhouding beëindig word, het die Amerikaanse Hooggeregshof beslis dat daar nie van 'n eiser vereis word om te bewys dat die persoon wat hom of haar vervang, onder die ouderdom van 40 is nie. Die eiser hoef slegs aan te toon dat die plaasvervanger jonger is as die eiser self. Dit is vanselfsprekend dat onvanpaste opmerkings nie aanleiding sal gee tot diskriminasie nie. Indien opmerkings soos 'die werknemer is te oud' deur die bestuur in 'n werksplek gemaak word, waar ander bewyse van diskriminasie te vinde is, kan dit gebruik word om 'n diskriminasie-eis op grond van ouderdom te ondersteun.

Een van die statutêre verweere teen 'n eis gegrond op die ADEA, is die bewering deur die werkgever dat ouderdom in 'n spesifieke beroep of pos in die werksplek 'n inherente werksvereiste daar stel. Om te bewys dat ouderdom 'n beroepsvereiste is, moet die werkgever die volgende kan bewys:

“the age limit is reasonably necessary to the essence of the business; and either all or substantially all individuals excluded from the job involved are in fact disqualified, or some of the individuals so excluded possess a disqualifying trait that could not be ascertained except by reference to age”.¹⁵⁷

Benewens die *bona fide* beroepskwalifikasie-verweer, bevat die ADEA ander uitsluitings van eise gebaseer op ouderdomdiskriminasie.¹⁵⁸ Werkgevers word in die algemeen verbied om van werknemers wat 40 jaar of ouer is, te vereis om af te tree as gevolg van hulle ouderdom. Daar is wel 'n uitsondering in die ADEA wat verpligte aftrede toelaat met

¹⁵⁵ *Smith v City of Jackson* 544 U.S. 228 (2005).

¹⁵⁶ <http://www.agediscrimination.info/international/Pages/USA.aspx>.

¹⁵⁷ <http://www.agediscrimination.info/international/Pages/USA.aspx>.

¹⁵⁸ “where the action is based on reasonable factors other than age; where the action is in observance of a bona fide seniority system; where the action is in observance of a bona fide employee benefit plan; or where the employer has good cause to discipline or discharge the employee” - soos na verwys in <http://www.agediscrimination.info/international/Pages/USA.aspx>.

betrekking tot hooggeplaaste amptenare. Hierdie uitsondering is net van toepassing indien daar aan die volgende drie vereistes voldoen word:

- “1) the employee must be at least 65 years old;
- 2) the employee must have been employed for the two years immediately prior to retirement in a bona fide executive or high policy making position; and
- 3) the employee must be entitled to an immediate non-forfeitable annual retirement benefit from the pension, profit sharing, savings, or deferred compensation plan of at least \$44,000 a year”¹⁵⁹.

6. Gevolgtrekking

Uit bogenoemde is dit duidelik dat die WAV gebaseer is op die beginsels van die IAO Konvensie 158 van 1982. Die Konvensie lê drie hoofbeginsels neer met betrekking tot ontslag. Eerstens moet daar ‘n geldige rede wees vir die ontslag, tweedens moet die werknemer die geleentheid gegun word om hom of haarself teen die bewerings van die werkgever te verdedig, en derdens het werknemers die reg om teen die besluit om hom of haar te ontslaan, te appelleer na ‘n onafhanklike liggaam soos ‘n hof, tribunaal of arbitrasiekomitee.

Dit moet in gedagte gehou word dat die Verenigde Koninkryk onderworpe is aan die wetgewing van die EU en sodoende net by magte is om op te tree sover as wat die bepalings van die EU dit toelaat. Die Direktief 2000/78/EC is van uiterste belang met betrekking tot diskriminasie gebaseer op ouderdom. Dit erken dat beide jonger en ouer werknemers die reg het tot gelykheid rakende ouderdom. Die Direktief bevat beginsels wat almal binne die EU ‘n minimumvlak van regsbeskerming teen diskriminasie bied. Die Europese hof van geregtigheid het die belang van die verbod op diskriminasie van ouderdom bevestig terwyl dit gekoppel word aan die algemene beginsel van gelyke behandeling wat dit nou erken as ‘n fundamentele norm van die EU regsorde.

Die gevolgtrekking wat uit die bogenoemde gemaak kan word, is dat die Verenigde Koninkryk en Suid-Afrika verskeie ooreenkomste in arbeidswetgewing onderskeidelik het.

¹⁵⁹ Kyk <http://www.agediscrimination.info/international/Pages/USA.aspx>.

Ooreenkomste kom voor met betrekking tot die redes vir ontslag om billik te wees, die reg van werknemers om nie onbillik ontslaan te word nie en die feit dat daar nie teen werknemers op grond van ouderdom gediskrimineer mag word nie. Net soos in Suid-Afrika kan diskriminasie in die Verenigde Koninkryk ook direk of indirek plaasvind. In albei lande bestaan daar voorgeskrewe prosedures wat gevolg moet word voor ontslag as 'n billike ontslag kan kwalifiseer.

Anders as die ooreenkomste wat die Suid-Afrikaanse regsposisie met die Verenigde Koninkryk het, verskil dit in 'n groot mate van die posisie in die Verenigde State van Amerika. In die VSA geld 'n stelsel van 'employment at will' wat nie in die Suid-Afrikaanse arbeidswetgewing bestaan nie. Laasgenoemde stelsel beteken dat enige diensverhouding sonder kennisgewing deur enige party beëindig kan word, asook sonder enige waarskuwing of regverdiging. Waar Suid-Afrika verwys na onbillike ontslag word daar in die VSA verwys na 'n onregmatige ontslag. Die statutêre verweer ingevolge die ADEA teen 'n diskriminasie-eis, bepaal dat ouderdom 'n *bona fide* beroepsvereiste is, wat redelikerwys vereis kan word in die funksionering van die besigheid of werksplek. Die laasgenoemde verskil van Suid-Afrikaanse verweere wat tot die werkgewer se beskikking is, naamlik regstellende aksie en inherente werksvereistes.

SLOT

Elke werknemer het ingevolge artikel 185 van die WAV die reg om nie onbillik ontslaan te word nie. Arbitrêre ontslag kan gedefinieer word as ontslag sonder substantiewe gronde en/of vereiste prosedures is nie gevolg nie. Indien die werkgewer 'n werknemer alleenlik op grond van ouderdom ontslaan, kwalifiseer dit as outomatiese onbillike ontslag ingevolge artikel 187(1)(f) van die WAV, tensy die werknemer die gewone of ooreengekome aftree-ouderdom bereik het. In die geval waar 'n dispuut rakende ontslag ontstaan dra die werkgewer sowel as die werknemer die bewyslas met betrekking tot afsonderlike kwessies. Dit is gevolglik duidelik dat vir 'n ontslag om as billik te kwalifiseer, moet daar aan sekere vereistes voldoen word.

'n Werkgewer mag onder geen omstandighede teen 'n werknemer diskrimineer op grond van ouderdom nie en daar is 'n plig op die werkgewer om dit uit te skakel.¹⁶⁰ Diskriminasie kan dus billik of onbillik wees. Onbillike diskriminasie op direkte of indirekte gronde word as onregmatig beskou. Indien die werkgewer die ouderdom van die werknemer gebruik om die beëindiging van die diensteryn te regverdig, is dit 'n outomatiese onbillike ontslag.¹⁶¹ Die eerste verweer wat ingevolge die WGI deur 'n werkgewer geopper kan word om ontslag te regverdig, is regstellende aksie. Die Konstitusionele Hof in *Minister of Finance v Van Heerden*¹⁶² het die toets vir regstellende aksie vasgestel.¹⁶³ Die tweede verweer wat ingevolge die WGI deur 'n werkgewer geopper kan word om ontslag te regverdig is inherente werksvereistes.¹⁶⁴ Die Konstitusionele Hof in *Hoffman v South*

¹⁶⁰ Artikels 5 en 6 van die WGI.

¹⁶¹ *Cosme v Polisak (Pty) Ltd* (2010) 31 *ILJ* 1861 (LC).

¹⁶² [2004] 12 *BLLR* 1181 (CC).

¹⁶³ "affirmative action measures that "properly fall" within the requirements of section 9(2) of the Constitution were not presumptively unfair and established a three-pronged rationality test to determine this: Do the measures target people or categories of people who had been disadvantaged by unfair discrimination; are such measures designed to protect or advance such people or categories of people; and do they promote the achievement of equality?"

¹⁶⁴ Art 20(3) – (5) van die WGI.

*African Airways*¹⁶⁵ bly steeds die leidende uitspraak oor die kwessie van inherente werksvereistes.

Uit die bogenoemde is dit duidelik dat die WAV gebaseer is op die beginsels van die IAO Konvensie 158 van 1982. Die Konvensie lê drie hoofbeginsels neer met betrekking tot ontslag. Eerstens moet daar 'n geldige rede wees vir die ontslag, tweedens moet die werknemer die geleentheid gegun word om hom of haarself teen die bewerings van die werkgever te verdedig, en derdens het werknemers die reg om teen die besluit om hom of haar te ontslaan, te appelleer na 'n onafhanklike liggaam soos 'n hof, tribunaal of arbitrasiekomitee.

Die gevolgtrekking wat uit die regsvergeliking tussen die Verenigde Koninkryk en Suid-Afrika na vore kom, dui op verskeie ooreenkomste in arbeidswetgewing. Ooreenkomste kom voor met betrekking tot die redes vir ontslag om billik te wees, die reg van werknemers om nie onbillik ontslaan te word nie en die feit dat daar nie teen werknemers op grond van ouderdom gediskrimineer mag word nie. Net soos in Suid-Afrika kan diskriminasie in die Verenigde Koninkryk ook direk of indirek plaasvind. In albei lande bestaan daar voorgeskrewe prosedures wat gevolg moet word voor ontslag as 'n billike ontslag kan kwalifiseer. Dit moet in gedagte gehou word dat die Verenigde Koninkryk onderworpe is aan die wetgewing van die EU en sodoende net by magte is om op te tree sover as wat die bepalings van die EU dit toelaat. Die Direktief 2000/78/EC is van kardinale belang met betrekking tot diskriminasie gebaseer op ouderdom. Die Direktief bevat beginsels wat almal binne die EU 'n minimumvlak van regsbeskerming teen diskriminasie bied.

Anders as die ooreenkomste wat tussen Suid-Afrika en die Verenigde Koninkryk bestaan, verskil dit in 'n groot mate van die posisie in die VSA. Laasgenoemde stelsel van 'employment at will' geld nie in die Suid-Afrikaanse arbeidsreg nie. Waar Suid-Afrika verwys na onbillike ontslag word daar in die VSA verwys na 'n onregmatige ontslag. Die

¹⁶⁵ (2000) 12 *BLLR* 1365 (CC).

statutêre verweer ingevolge die ADEA tot 'n eis is dat ouderdom 'n *bona fide* beroepskwalifikasie is, wat redelikerwys benodig word vir die werking van die besigheid.

Laasgenoemde posisie verskil van die verweerde in die Suid-Afrikaanse reg wat tot die werkgewer se beskikking is, naamlik regstellende aksie en inherente werksvereistes.

BIBLIOGRAFIE

1. Artikels

De Vos, P. (2000). Equality for all? A critical analysis of the equality jurisprudence of the Constitutional Court, *THRHR* 63.

Du Toit, D. (2007). Protection Against Unfair Discrimination In The Workplace: Are The Courts Getting It Right? *LDD* 20.

Garbers, C. (2004). Is There a Right to Affirmative Action Appointment? 13 (7) *CLL* 61.

Kok, A. (2001). The Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act: Why the controversy? *TSAR* 294.

Le Roux. (1999). Retirement Age and Unfair Dismissal.

Le Roux. (2007). Remedies for Age Discrimination.

McGregor, M. (2011). Judicial notice: Discrimination and disadvantage in the context of affirmative action in South African workplaces. *De Jure* 44 Vol 1.

Sargeant, MG. (2013). Distinguishing Between Justifiable Treatment and Prohibited Discrimination in Respect of Age. *JBL* (4).

Smit, P, Van Eck, BPS. (2010). International Perspectives on South Africa's Unfair Dismissal Law. *CILSA* 43(1).

Smit, N. (2011). How do you determine a fair sanction? Dismissal as appropriate sanction in cases for (mis)conduct. *De Jure* 44 Vol 1.

Wagener, M. (2006). Age Discrimination. 27 *ILJ* 2031.

2. Boeke

Van Niekerk, A., Christianson, M., McGregor, M., Smit, N., en Van Eck, B. (2008). *Law @ work*. LexisNexis.

Van Niekerk, A., Christianson, M., McGregor, M., Smit, N., en Van Eck, B. (2012). *Law @ work*. LexisNexis.

Van Jaarsveld, SR., Fourie, JD., en Olivier, MP. *Principles and Practice of Labour Law (looseleaf)*.

3. Internet

[http://www.ccma.org.za/UploadedMedia/CCMAil%20-%20DECEMBER%202006%20\(2\).doc](http://www.ccma.org.za/UploadedMedia/CCMAil%20-%20DECEMBER%202006%20(2).doc) - Onttrek Januarie 20, 2014.

<http://www.gilesfiles.co.za/dismissals-2/age-discrimination-and-employment-at-will/> -

Onttrek Januarie 11, 2014.

<http://www.gilesfiles.co.za/dismissals-2/age-discrimination-and-automatically-unfair-dismissal/> - Onttrek Januarie 11, 2014.

<http://www.labourguide.co.za/discipline-dismissal/623-take-note-discrimination-is-not-always-unfair> - Onttrek Januarie 15, 2014.

<http://constitutionallyspeaking.co.za/high-court-judges-equality-law-and-the-constitutional-court/> - Onttrek Januarie 19, 2014.

<http://www.gilesfiles.co.za/collective-bargaining-2/ratification-of-ilo-conventions-south-africa-a-good-performer-john-brand/> - Onttrek Januarie 20, 2014.

http://taen.org.uk/uploads/resources/Combined_dissertation_final_formatted.pdf -

Onttrek Januarie 20, 2014

<http://hsfnotes.com/employment/2012/05/01/age-discrimination-supreme-court-tinkers-with-law-on-retirement-ages/> - Onttrek Januarie 20, 2014.

<http://www.gilesfiles.co.za/dismissalsp-2development-of-labour-law-since-1981/#more-3397> - Onttrek Januarie 20, 2014.

<http://www.agediscrimination.info/international/Pages/USA.aspx> - Onttrek Januarie 20, 2014.

<http://www.justia.com/employment/firing-wrongful-termination/> - Onttrek Januarie 20, 2014.

<http://www.eurofound.europa.eu/publications/htmlfiles/ef0626.htm> - Onttrek April 12, 2014.

http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/age_and_employment_en.pdf - Onttrek April 12, 2014.

http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf -

Onttrek April 12, 2014.

4. Media & Skripsies

Court strikes affirmative action balance. *Legalbrief today* (2013) issue nr 3387.

Deacon, HJ. (2010). 'n Regsvergelykende Studie van die Minimum Prosedurele Vereistes vir die Billike Ontslag van 'n Werknemer op grond van Wangedrag. (LLD- skripsie, Universiteit van die Vrystaat).

5. Regspraak

Bedderson v Sparrow Schools Education Trust (2010) 31 ILJ 1325 (LC).

Buhai / Hotbake Systems (Pty) Ltd t/a Rich Products Corporation of South Africa (2013) 22 CCMA.

C-411/05 *Palacios de la Villa v Cortefiel Servicios SA* [2007] ECR I-8531.

C-555/07 *Kucukdeveci v Swedex GMBH & Co KG*, [2010] 2 CMLR 33.

Cash Paymaster Services (Pty) Ltd v Browne (2006) 27 ILJ 281 (LAC).

Coin Security Group (Pty) Ltd v TGWU (1997) BLLR 1261 (LAC).

Cosme v Polisak (Pty) Ltd (2010) 31 ILJ 1861 (LC).

Datt v Gunnebo Industries ((Pty) Ltd (2009) 5 BLLR 449 (LC).

De Beers Consolidated Mines v CCMA (2000) BLLR 995 (LAC).

Department of Correctional Services & Another v Police & Prisons Civil Rights Union & Others (2011) 32 ILJ 2629 (LAC).

Dlamini & Others v Green Four Security (2006) 11 BLLR 1074 (LC).

Du Preez v Minister of Justice and Constitutional Development [2006] 8 BLLR 767 (SE).

Dudley v City of Cape Town (2004) 25 ILJ 305 (LC).

Dudley v City of Cape Town (2008) 12 BLLR 1155 (LAC).

Ehlers v Bohler Uddeholm Africa (Pty) Ltd (2010) 31 ILJ 2383 (LC).

Evans v Japanese School of Johannesburg [2006] 12 BLLR 1146 (LC).

Gordon v Department of Health: KwaZulu-Natal (2008) 29 ILJ 2535 (SCA).

Harksen v Lane (1998) (1) SA 300 (CC).

Harmse v City of Cape Town (2003) 24 ILJ 1130 (LC).

Hibbert v ARB Electrical Wholesalers (Pty) Ltd (D775/10) [2012] ZALCD 13; [2013] 2 BLLR 189 (LC).

Hoffman v South African Airways (2000) 21 ILJ 1404 (CC).

HOSPERSA on behalf of Venter v SA Nursing Council (2006) 27 ILJ 1143 (LC).
IMATU v City of Cape Town (2005) 11 BLLR 1084 (LC).
Janda v First National Bank [2006] 12 BLLR 1156 (LC).
Jansen van Vuuren v South African Airways (Pty) Ltd and Another [2013] 10 BLLR 1004 (LC).
Karan t/a Karan Beef Feedlot v Randall (2012) 33 ILJ 2579 (LAC).
Kroukam v SA Airlink (Pty) Ltd [2005] 12 BLLR 1172 (LAC).
Langemaat v Minister of Safety and Security & Others (1998) 19 ILJ 240 (T).
Leonard Dingler Employee Representative Council v Leonard Dingler (Pty) Ltd & Others (1998) 19 ILJ 285 (LC).
Magic Company v CCMA (2005) ILJ 271 (LC).
Mashava v Cuzen & Woods Attorneys (2000) 21 ILJ 402 (LC).
MEC: Department of FEAT v Mahumani (2005) BLLR 173 (SCA).
Mias v Minister of Justice & Others [2002] 1 BLLR 1 (LAC).
Minister of Finance v Van Heerden [2004] 12 BLLR 1181 (CC).
Mouton v Boy Burger (Edms) Bpk (2011) 32 ILJ 2703 (LC).
Mouton v Boy Burger (Edms) Bpk (2012) 33 ILJ 249 (LC).
National Union of Mineworkers & another v Civil & General Contractors CC & Another (2011) 32 ILJ 2709 (LC).
NUM v Henred Fruehauf Trailers (1994) ILJ 1257 (A).
Prinsloo v Van der Linde (1997) 6 BCLR 759 (CC).
Randall v Karan t/a Karan Beef Feedlot & Another (2010) 31 ILJ 2449 (LC).
Rockliffe v Mincom (Pty) Ltd (2008) 29 ILJ 399 (LC).
Rossouw v SA Mediese Navorsingsraad (1987) ILJ 660 (IC).
Rubin Sportswear v SA Clothing & Textile Workers Union and Others (2004) 25 ILJ 1671 (LAC).
Seldon v Clarkson Wright & Jakes [2012] UKSC 16; [2012] 3 All E.R. 1301 (SC).
Smith v City of Jackson 544 U.S. 228 (2005).
Solidarity and Others v Department of Correctional Services and Others, Solidarity and Others v Department of Correctional Services and Others (C368/2012, C968/2012).
Solidarity obo Barnard v SAPS (165/2013) [2013] ZASCA 177.

State Information Technology Agency (Pty) Ltd v Sekgobela (2012) 33 ILJ 2374 (LAC).

Swart v Mr Video (Pty) Ltd (1998) 19 ILJ 1315 (CCMA).

University of South Africa v Reynhardt (2010) 31 ILJ 2368 (LAC).

Wallace v Du Toit (2006) 8 BLLR 757 (LC) .

6. **Wetgewing**

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

Die Wet op Arbeidsverhoudings, 66 van 1995.

Wet op Bevordering van Gelykheid en die Voorkoming van Onbillike Diskriminasie, 4 van 2000.

Die Wet op Gelyke Indiensneming, 55 van 1998.

Die Wet op Basiese Diensvoorwaardes, 75 van 1997.

'Directive 2000/78/EC on Employment Equality'.