NOTES / AANTEKENINGE

UBER *vis-à-vis* UTI – ONAFHANKLIKE KONTRAKTEURS OF WERKNEMERS: TEMPERING VAN ARTIKEL 200A VAN WAV

1 Inleiding

Uber-Technologies het wêreldwyd die afgelope paar jaar prominent op die voorgrond getree en tradisionele huurmotorskemas in beroering gehad en "uit rat gegooi". Benewens sy eie vestingsprobleme in Suid-Afrika, het dit in Noord-Amerika (Amerika en Kanada) by verskeie geleenthede by litigasie ten opsigte van dieselfde regsvraag betrokke geraak. Die sleutelvraag was telkens of die bestuurders van hulle eie voertuie as sogenaamde huurmotors ten behoewe van Uber(U) se kliënte, as werknemers van Uber beskou moes word, of was en is hulle bloot onafhanklike kontrakteurs wat hulle eie voertuie (toerusting) gebruik het om 'n eie inkomste te verdien.

In 'n resente uitspraak, het baie fasette van dieselfde probleem in die Arbeidsappèlhof in *Phaka v Bracks NO* ((2015) 36 *ILJ* 1541 (LAC) (*UTI*-saak)) ter sprake gekom. Die regsprobleme wat die Hof moes ontrafel, was regtens van dieselfde aard en strekking, maar het ook 'n interessante tempering van die vermoede wat ten aansien van artikel 200A geld, behels.

2 Amerikaanse reg

2 1 Inleiding

In die saak van *Barbara Berwick v Uber Technologies & Rasier CA* (saak no 11-46739, EK, gedateer 3 Junie 2015) is die "Labor Commissioner of the State of California" met die volgende feitestel gekonfronteer: Die verweerder het B "in diens geneem" as 'n motorbestuurder ingevolge 'n kontrak waarvolgens verweerder aan B as motorbestuurder en -eienaar elektronies inligting verskaf van kliënte wat huurmotordienste verlang het. Die kontrak het ook onder andere die volgende belangrike bepalings bevat: Die motorbestuurder het die reg gehad om enige versoek om vervoer te word, af te wys; die kliënte kon versoek dat slegs hulle en nie ook buitestaanders op hulle rit vervoer word nie. B moes ook die voertuig op so 'n wyse in stand hou dat dit aan Uber se voorgeskrewe vereistes voldoen (oa mag voertuie nie ouer as 10 jaar oud gewees het) en by voltooiing van haar kliënte-opdrag (rit), was B geregtig op 'n ooreengekome diensgeld. Ingevolge die betrokke kontrak was B ook nie geregtig op enige fooitjies ("tips") van kliënte nie. So 'n bestuurder word ook nie toegelaat om enige ander persoon toegang tot die stelsel ("Driver ID" en sagteware) te verleen om enige vervoer van

passasiers (kliënte) te onderneem nie. Die respondente se goedkeuring en magtiging vir ’n kandidaat om as ’n huurmotorbestuurder vir hulle op te tree, was ook onderhewig aan ’n monitering- en inligtingsessie, asook gehaltekontroletoetse gedurende ritte of die duur van die kontrak.

Namens Uber is getuig dat die sagteware “a technological platform, a small phone application that private vehicle drivers and passengers use to facilitate private transactions”, is. Die huurmotorbestuurder stel die “U-application” in kennis as hy/sy beskikbaar is om ritte te onderneem. Die passasier op sy beurt, teken in op die “U-application” en versoek ’n rit wat die bestuurder kan aanvaar aldan nie. Die respondent het die bestuurder van ’n “iPhone” voorsien wat toegang tot die “U-application” verleen het. Respondente het ook aangevoer dat hulle geen kontrole oor die getal ure wat B gewerk het, of die geografiese gebiede waar sy gewerk het, uitgeoefen het nie. Die bestuurder moes egter self ’n permit om passasiers teen vergoeding te vervoer en toepaslike versekering, bekom. Bestuuurders moes ook self hulle voertuie instandhou en boetes tydens die vervoer van passasiers opgelê, betaal.

B het vanaf Julie 2014 tot September 2014 vir/deur Uber diens gelewer tot sy dit sonder kennis beëindig het. Sy het verskeie uitgawes en skadevergoedingsbedrae ingevolge verskeie artikels van die “Labor Code” van respondente geëis.

2 2 Ontleding van regsposisie in Uber-beslissing

Die respondente het aangevoer dat Berwick (B), as eiser, ’n onafhanklike kontrakteur was, en derhalwe nie geregtig op salaris of ander vergoeding vir uitgawes was nie. Die Kommissaris wys daarop dat by die beantwoording van die vraag of daar ’n onafhanklike kontrakteurs- of diensverhouding bestaan, daar ’n gevolgtrekking ten opsigte van indiensneming (“inference of employment”) bestaan, indien persoonlike dienste in plaas van sakediens (“business services”) gelewer word.

Ten einde die vraag te beantwoord, is ’n aantal faktore wat in die bekende beslissing van die *California Supreme Court* in *SG Borello & Sons Inc v Dept of Industrial Relations* ((1989) 48 Cal 3d 341) geïdentifiseer is, telkens oorweeg. Die *Supreme Court* het in *Fellow Cab Cooperative v Workers Compensation Appeals Board* ((1991) 226 Cal App 3rd 1288) bevind dat die diensleweraars in dieselfde werksomstandighede as die *Uber*-saak, inderdaad werknemers is. Die Hof het onder andere beslis:

> “Although some of the factors in this case can be indicative of the workers being independent contractors, the overriding factor is that the persons performing the work are not engaged in occupations or businesses distinct from that of [Defendants]. Rather, their work is the basis for [Defendants’] business. [Defendants] obtain the clients who are in need of delivery services and provides the workers who conduct the service on behalf of [Defendants]. In addition, even though there is an absence of control over the details, an employee/employer relationship will be found if the [Defendants] retain pervasive control over the operation as a whole, the worker’s duties are an integral part of the operation, and the nature of the work makes detailed control unnecessary.”

Die Kommissaris wys daarop dat die verweerders aangevoer het dat hulle min kontrole oor B se aktiwiteite uitgeoefen het. Sy verklaar egter dat in die *Borello*-saak (*supra*) bevind is dat dit vir die werkgewer nie nodig was om algehele kontrole oor 'n werker se aktiwiteite uit te oefen om as 'n werknemer te kwalifiseer nie:

> "The minimal degree of control that the employer exercised over the details of the work was not considered dispositive because the work did not require a high degree of skill and it was an integral part of the employer's business. The employer was thus determined to be exercising all necessary control over the operation as a whole." (*SG Borello & Sons Inc v Dept of Industrial Relations supra* 355–360).

Deur die kliënte wat 'n huurmotor benodig, te verkry en 'n bestuurder te versoek om die diens te lewer, het Uber volle kontrole oor die hele operasie behou. So is kontrole ook oor die gehalte van die voertuie van die bestuurders uitgeoefen; 'n vasgestelde bedrag is van die kliënte verhaal; die verweerders het die "iPhone-toestel" verskaf waarsonder die diens nie gelewer kon word nie; vir laasgenoemde toestel het die bestuurders nie betaal nie; B se werk het ook geen bestuursvaardigheid ("managerial skills") vereis nie.

In die lig van bostaande oorwegings, is beslis dat B 'n werknemer van Uber was en is haar eise vir bepaalde uitgawes (maar nie salaris nie wat sy reeds ontvang het) toegestaan. Die verweerders het teen hierdie bevindings en bevel van die Kommissaris geappèlleer na die *Superior Court of California* welke appèl nog hangende is. (In Kanada was Uber ook by ten minste twee geleenthede by litigasie betrokke, maar die dispute het gehandel oor die vraag of Uber geregtig was op handellisensies om sy eiesoortige sake te bedryf. In albei gevalle was Uber suksesvol – sien *City of Edmonton v Uber Canada Inc* 2015 ABQB 214; *City of Toronto v Uber Canada Inc* 2015 ONSC 3572.)

Samevattend blyk dit dus dat die kontrolevereiste in die Amerikaanse reg 'n sleutelvereiste vereiste is – omvangryke en volledige kontrole word nie vereis nie – alleenlik effektiewe kontrole, dit wil sê "if the [Employers] retain pervasive control over the operation as a whole, … and the nature of the work makes detailed control unnecessary".

3 Suid-Afrikaanse reg

In die Suid-Afrikaanse reg vind basies dieselfde kriteria as in die Amerikaanse Arbeidsreg aanwending, behalwe dat die wyse waarop dit toepassing vind, verskil, soos ook uit die regspraak wat hieronder bespreek word, sal blyk.

In die beslissing van *Phaka v Bracks NO* (*supra*) was die feite kortliks die volgende: Een van die respondente, UTI, 'n koeriermaatskappy wat in die aflewering van pakkette en dokumente spesialiseer, het alreeds gedurende die 1980's 'n voertuigbestuurder-eienaarskema ingestel. Die skema was 'n bemagtigingsprojekinisiatief wat aan bestaande werknemers van UTI die geleentheid gebied het om hulle eie sake te bedryf. Dit is ingestel na uitgebreide onderhandelinge, en is gunstig ontvang en ondersteun deur die bedingingsraad, vakbonde, en die betrokke staatsdepartement. Dit is ook in

die BSGEB (“BBBEE”)-Kode vir die vervoersektor positief erken as ‘n inisiatief wat betekenisvolle geleenthede vir die ontwikkeling van sake- en ekonomiese eienaarskap geskep het.

Die UTI-skema het die inkontraktering van individuele voertuig-bestuurders, meestal vorige werknemers, met hulle eie voertuie behels, wat koerierdienste ten behoewe van UTI verrig het. Laasgenoemde voertuie is met die finansiële steun van UTI bekom. Deelname aan die skema was vrywillig en die werknemers moes uit UTI bedank het.

Die verhouding tussen so ’n eienaar-voertuigbestuurder en UTI is gereguleer deur ’n standaardgeskrewe kontrak tussen die partye wat ook bepalings oor streng sperdatums bevat, aangesien die dokumente wat tussen banke vervoer word, baie waardevol en tydsensitief is, en gevolglik ook voorsiening maak vir strafboetes in geval van wanprestasie. Hierdie kontrakte het ook voorsiening gemaak vir die dra van uniforms en identiteits-kaarte deur bestuurders, die padwaardigheid, lisensiëring en versekering van voertuie, asook die installering van opsporingtoestelle in voertuie.

Die twintig appellante het aangevoer dat hulle onbillik en onregmatig deur UTI ontslaan is, en derhalwe op regshulp geregtig was. Dit was die appellante se voorlegging dat, ten spyte van hulle deelname aan die bemagtigingsinisiatief, hulle werknemers van UTI gebly het. Op arbitrasie en in die Arbeidshof is hulle aansoek afgekeur, en is bevind dat hulle onafhanklike kontrakteurs was, en nie werknemers nie. Die dispuut waaroor uitspraak gegee moes word, is as volg geformuleer:

> “At the centre of the dispute is whether a written contract that each of the applications concluded with the third respondent constituted a contract of an independent contractor or an employee. Allied to this is whether, notwithstanding the express provisions of the contract, the applicants were nevertheless employees by virtue of the presumption included in s 200 A of the Labour Relations Act” (1544H).

Die Arbeidsappèlhof wys daarop dat, soos vroeër hierbo aangedui, die regsverhouding tussen voertuigbestuurder en UTI deur ’n standaardkontrak wat in die hele industrie gebruik word, beheer is. Die kontrak moet dus geïnterpreteer word met in agneming van “it’s plain and unambiguous language understood contextually and purposively” (sien ook *Bothma-Batho Transport (Edms) Bpk v S Bothma & Seun Transport (Edms) Bpk* 2014 (2) SA 494 (SCA) par 10–12; en *Dexgroup (Pty) Ltd v Trustco Group International (Pty) Ltd* 2013 (6) SA 520 (SCA) par 16). Die betrokke kontrak bevat ook verskeie bepalings in duidelike taal dat die verhouding tussen die partye nie ’n dienskontrak is nie (sien bespreking van feite hierbo). UTI het ook aangevoer dat die feit dat die kontrak die voertuigbestuurders toegelaat het om hulle eie werknemers in diens te neem, ’n negatiewe aanduiding van die bestaan van ’n werkgewer/werknemerverhouding was. Enkele verdere aspekte wat ook van besondere belang was, het uit die getuienis van die appellante geblyk.

Van die appellante het hulle sake as eienaar-voertuigbestuurders deur beslote korporasies bedryf; het werknemers indiensgeneem en as werkgewer-bydraers geregistreer vir UIF, SDL en COIDA; geeneen van die appellante is salarisse betaal nie, maar slegs nadat hulle fakture voorgelê

het met voorafooreengekome roetegeld en uitgawes daarin gespesifiseer, daarvoor vergoed; hulle toegegee het dat hulle uit UTI bedank het alvorens hulle die nuwe eienaar-bestuurderkontrakte gesluit het; sommige was nog betrokke by hulle onafhanklike kontrakteurskontrakte terwyl ander se kontrakte beëindig is as gevolg van tydsverloop, kontrakbreuk, wanprestasie; ensovoorts.

Hierteenoor het die appellante aangevoer dat ongeag hulle deelname aan ’n bemagtigingsaansporing (“empowerment initiative”), hulle nog steeds werknemers van UTI was omdat hulle kontrakte hulle aan betekenisvolle kontrole deur UTI onderhewig gestel het en hulle eie aktiwiteite was wat op so ’n wyse by die maatskappy geëintegreer was dat dit ’n dienskontraktuele verhouding daargestel het. Die volgende feite ondersteun na bewering hierdie standpunt: Die kontrak het vereis dat hulle ses dae per week vir spesifieke ure vir diens moet aanmeld, onder toesig van dieselfde persone as voor die implementering van die inisiatief. Die Hof wys daarop dat hierdie proposisie nie heeltemal korrek is nie, aangesien ander persone ook hulle dienste kon verrig, soos hulle eie werknemers dikwels gedoen het. Verder het hulle aangevoer dat die kontrak hulle ook talle beperkings opgelê het, onder andere ten opsigte van werknemers van hulle keuse, voorgeskrewe klere te dra, motors van hulle keuse gedurende werksure te gebruik, die aanskaf van motors van handelaars van hulle keuse. Vervolgens is UTI toegelaat om LBS-bydraes af te trek, voorsiening vir finansiële boetes, ensovoorts. Hierdie bepalings en beperkings, is aangevoer, het die vermoede geskep dat hulle ingevolge artikel 200A van WAV inderdaad werknemers was aangesien hulle onder ’n aansienlikemate van kontrole en beheer van UTI gestaan het, het feitlik eksklusief vir UTI gewerk het, ekonomies afhanklik van hulle was, inkomste slegs van hulle ontvang het en die maatskappy kon nie in getuienis die statutêre vermoede weerlê nie.

Soos hierbo gemeld, het die bedingingsraad se arbitrasieliggaam, asook die Arbeidshof en Arbeidsappèlhof, almal ten gunste van UTI beslis, dat laasgenoemde nie die werkgewer van die appellante was nie.

4 Kommentaar en slotsom

Die arbiter het verskillende kriteria en die faktore in artikel 200A(1) van WAV, vermeld, wat onder andere die volgende ingesluit het: die kontroletoets, die integrasie- en organisasietoets, die dominante indruk-, openbare beleid, en ekonomiese afhanklikheidstoetse wat oorweeg is.

In die Hof *a quo* was die benadering dat die regsverhouding tussen die partye primêr aan die hand van die uitleg van die kontrak tussen die appellante en UTI gesluit, bepaal moet word. Die Arbeidsappèlhof verklaar dat die hof *a quo* “referred to *SA Broadcasting Corporation v McKenzie* ((1999) 20 *ILJ* 585 (LAC) par 10) in which this court held that in seeking to discover the true relationship between the parties, the court must have regard to the realities of the relationship and not regard itself bound by what they have chosen to call it. He went on to examine those realities and concluded that the statutory presumption had been rebutted” (par 31).

Die Arbeidsappèlhof onderskrywe laasgenoemde benadering van die Hof *a quo* (par 32), en wys daarop dat die kontrak, gesluit tussen die partye, her-

halend verwys na die aard van die regsverhouding en die beste pogings om dit nader te omskrywe, laat geen twyfel nie dat die bedoeling van die partye was om ’n verhouding te skep wat geheel en al van die vorige dienskontraktuele verhouding verskil het. Dit word bevestig, nie alleen deur die uitdruklike bewoording van die kontrak en oogmerk van die bepalings daarvan nie, maar ook die feit dat die appellante hulle werk bedank het alvorens hulle aan die skema begin deelneem het. Voeg hiertoe by dat die appellante oor jare meestal hulle onderhandelings deur middel van beslote korporasies met UTI gevoer het, en hulle self werknemers in diensgeneem het om hulle kontraktuele dienste te lewer, “the proposition that we have here to do with a *locatio conductio operis*, is frankly unassailable” (par 32D–E).

Die vlakke van kontrole en voorskrifte wat ingevolge die kontrak deur UTI ten aansien van roetes, diensure, voertuiginstandhouding, handelsmerke, ensovoorts gegeld het, is volgens die Hof “all essential requirements of the contract intrinsic to the nature of the services to be performed by the company to its clients” (par 33E–F). Aangesien sensitiewe finansiële inligting vervoer is, het streng vereistes ten einde die veilige en doeltreffende vervoer daarvan te verseker, gegeld. Dit het ongewysig ook vir die subkontrakteurs van UTI gegeld, en hulle het geen diskresie ten aansien van die nakoming daarvan gehad nie. Hierdie bepalings verander dit egter nie na ’n dienskontraktuele verhouding nie, gesien in die lig van die gegewe operasionele omstandighede. Dit is so veral as die onafhanklike kontrakteur ’n beslote korporasie is wat self subkontrakteurs in diens gehad het. Derhalwe verklaar die Hof dat die verhouding tussen die partye nie ’n dienskontraktuele verhouding was nie.

As bogemelde feite en bevinding beoordeel word, blyk dit dat die Hof nie weifel om die vermoede, vervat in artikel 200A(1), sywaarts te plaas nie al is baie van die faktore vervat in die artikel 200A(1), aanwesig, soos die streng kontrole en toesig van oor die roetes, uniforms van personeel, tye van aflewering, diensure, voertuiginstandhouding, ensovoorts (wat almal ’n groot probleem in die *Uber*-saak (supra) was), indien die realiteite van die saak dit geregverdig het. Hierdie aspekte het egter juis die Kommissaris in Kalifornië genoop om te bevind dat daar inderdaad ’n dienskontraktuele-verhouding tussen die huurmotorbestuurder en Uber bestaan het. Die groot verskil tussen die twee gevalle was egter dat in die *UTI*-saak verskeie klousules van die kontrak duidelik bepaal het dat dit nie ’n dienskontrak was nie. Dit kan ook aangemerk word as ’n geval waar die vorm (die formele kontrak) van groter deurslaggewende belang as die wese van die verhouding was (sien *Denel (Pty) Ltd v Gerber* (2005) 26 *ILJ* 1256 (LAC) par 22) – waar laasgenoemde gedui het op streng kontrole en toesig van wesentlike funksies wat die bestuurders verrig het – maar die Hof dit egter as eiesoortig – “intrinsic to the nature of the services to be performed” beskou het (par 33).

Alhoewel die Hof dit nie direk so stel nie, word die realiteitstoets nietemin indirek onderskrywe (par 31 saamgelees met par 32). Die vraag ontstaan egter of gemelde toets of kriterium altyd prakties en funksioneel is. Die grondslag van hierdie toets is as volg in die Arbeidsappèlhof in *Denel (Pty) Ltd v Gerber* (*supra*) verduidelik: “[I]t is, furthermore, clear from the authorities not only in this country but also in England and elsewhere that

the law is that whether or not a person is or was an employee of another is a question that must be decided on the basis of the realities – on the basis of substance and not form or labels – at least not form or labels, alone. In this regard it is important to bear in mind that an agreement between any two persons may represent form and not substance or may not reflect the realities of a relationship" (par 22). Dit word egter ter oorweging gegee dat hierdie werkswyse alleenlik nie genoegsaam betroubaar en bevredigend is nie – daar moet verder gegaan word. In die *Phaka*-saak (*supra*) het die Hof swaar op die realiteite van vorm en etikette ("form and labels") gesteun om die belang van ander realiteite van geykte funksies van die betrokke dienskontrak te neutraliseer.

Nietemin kan saamgestem word met die eindbeslissing van die Hof alhoewel op die feite *in casu* dit meer bevredigend sou wees as die resultaat bereik sou kon word as gemelde realiteitetoets, in samehang met die belangriker en meer funksionele dominante indruktoets gebruik is, en wel op die volgende wyse. Die dominante indruktoets, soos destyds in *Ongevallekommissaris v Onderlinge Versekerings Genootskap, AVBOB,* (1976 (4) SA 446 (A) 457A) geformuleer en verder in *State Information Technology Agency (Pty) Ltd v Commissioner for Conciliation, Mediation & Arbitration* ((2008) 29 *ILJ* 2234 (LAC)) verfyn is, kan as uitgangspunt gebruik word. In laasgenoemde beslissing is die volgende as die wesentlike elemente van die toets aanvaar:

> "For this reason, when a court determines the question of an employment relationship, it must work with three primary criteria:
> 1 an employer's right to supervision and control;
> 2 whether the employee forms an integral part of the organization with the employer; and
> 3 the extent to which the employee was economically dependent upon the employer" (par 12; en sien ook *Beya v General Public Service Sectoral Bargaining Council* (2015) 36 *ILJ* 1553 (LC) par 49).

As bogemelde elemente in samehang met die ander aanwesige werklikhede ("realities") (sien ook Art 200A(1) van WAV) oorweeg word, behoort die dominante indruk wat die regsverhouding uiteindelik skep, prakties en doelmatig bepaal te kan word. (Sien ook *SA Broadcasting Corporation Ltd v McKenzie* [1999] 1 BLLR 1 (LAC) 5–6; *Beya v General Public Service Sectoral Bargaining Council* (*supra*); *Universal Church of the Kingdom of God v Myeni* (2015) 36 *ILJ* 2832 (LAC); Du Toit *et al Labour Relations Law* 5ed (2006) 79; Van Niekerk *et al Law @ Work* 3ed (2015) 61; en Van Jaarsveld *et al Principles and Practice of Labour Law* (2016) par 121A.)

Samevattend beteken dit dan dat die twee toetse nie naas mekaar of alternatiewelik aangewend word nie maar dat die realiteitetoets geabsorbeer word in die dominante indrukkriterium en die werklikhede van die feitekompleks in samehang met die faktore vervat in artikel 200A(1), beoordeel word, ten einde te bepaal of die vermoede vervat in artikel 200A(1), weerlê is.

Fanie van Jaarsveld
Professor Emeritus, Universiteit van Pretoria