

# 'N ARBEIDSREGTELIKE PERSPEKTIEF OP DIE ONGURE KONTRAK VAN "KYLIE"

## 1 Algemeen

Die wel en weë van dienskontrakte van "openbare verkoopvrouens" (statutêr beter bekend as prostitute) het die afgelope twee jaar in *Kylie v Commissioner for Conciliation Mediation & Arbitration* 2007 ILJ 470 (KVBA), 2008 ILJ 1918 (AH) onder die loep gekom. Veral die arbeidsregtelike aard van hierdie tipe dienskontrakte het uiteenlopende menings en reaksies ontlok, veral omdat die konsekwente toepassing van tersaaklike billikheidsoorwegings in gedrang gekom het.

Die onderhawige dispuut het oorspronklik voor die Kommissie vir Versoening, Bemiddeling en Arbitrasie (hierna die KVBA) gedien waar dit aan 'n goedberedeneerde oorweging onderwerp is. Uiteindelik is die saak op hersiening na die Arbeidshof geneem – waar *de novo* weer op die meriete van al die onderskeie argumente en oorwegings ingegaan is – en op 'n insiggewende wyse besleg wat ook deur verskeie momente van omstredenheid gekenmerk word.

## 2 Feite

"Kylie" ('n skuilnaam vir die betrokke sekswerker) was werksaam by Brigittes, 'n masseersalon in die Kaap, waar sy seksuele dienste teen vergoeding aan kliënte van laasgenoemde gelewer het. Die masseersalon het aan die derde respondent, ene Van Zyl, behoort. Kylie het 14 uur per dag vir sewe dae per week gewerk en daarvoor 'n salaris en inwoning op die perseel ontvang. Sy het haar dienste onderhewig aan streng reëls en boetes gelewer. Sy is deur Van Zyl ontslaan omdat sy hierdie reëls verbreek het – sy wou onder andere, in stryd met hierdie reëls, inspraak hê in die keuse van haar kliënte.

## 3 Beslissing van die KVBA

By die KVBA het die kommissaris gedurende die arbitrasieverrigtinge 'n aantal interessante bevindings gemaak. Hy het onder andere bevind dat die werk wat "Kylie" verrig het, 'n kriminele oortreding ingevolge die Wet op Seksuele Misdrywe van 1957 daargestel het en derhalwe ingevolge die Suid-Afrikaanse reg onwettig was. Die kommissaris het ook bevind dat gevalle waar die KVBA wel

jurisdiksie aanvaar het ten spyte van die feit dat die betrokke werknemers onwettig opgetree het, van die situasie *in casu* onderskei kan word omdat die werkers die onwettige werk in die loop van die uitvoering van hulle dienste verrig het en nie onderneem het om onwettige werk te verrig nie. Eersgemelde kontrakte is ingevolge die gemenerereg afdwingbaar en die grondslag van die KVBA se jurisdiksie is dat daar 'n geldige afdwingbare kontrak moet bestaan.

Voorts het die kommissaris bevind dat die feit dat sekswerkers nie van die Wet op Arbeidsverhoudinge van 1995 (die WAV) uitgesluit is nie, egter nie beteken dat hulle wel ingesluit is nie. Indien dit wel die geval was, sou enige persoon wat deur 'n ander betaal word om kriminele aktiwiteite uit te voer, geregtig wees op toegang tot en beskerming ingevolge die WAV en wetgewing moet nie so uitgelê word dat dit tot absurditeite aanleiding gee nie. Hierdie standpunt geld ook vir artikel 23 van die Grondwet wat bepaal dat elke persoon op billike arbeidspraktyke geregtig is.

Ten slotte bespreek die KVBA die argument dat alhoewel prostitusie nog steeds gekriminaliseer is, dit grootliks deur die gemeenskap gedoog en verdra word en dat die regsposisie derhalwe nie in ooreenstemming met gemeenskaps-oortuigings is nie. Die kommissaris beslis dat die wetgewer self en nie 'n administratiewe liggaam soos die KVBA nie, die reg kan en moet verander. Derhalwe besit die KVBA nie jurisdiksie om die geskil te arbitreer nie. Baie van hierdie aspekte het weer in die Arbeidshof ter sprake gekom.

#### **4 Oorwegings en beslissing van Arbeidshof**

##### *4.1 Inleiding*

Ten einde die beslissing van die hof beter te begryp, is dit wenslik om allereers die argumente wat ten behoeve van die applikant aangevoer is, in oënskou te neem. Namens die sekswerker (applikant) is geargumenteer dat die WAV werknemers so omskryf dat dit enigeen wat vir 'n ander persoon werk, insluit en gevolglik is die WAV van toepassing op alle diensverhoudings ongeag of hulle afdwingbare kontrakte ten grondslag het of nie. Dit beteken dat sowel die Grondwet as die WAV se beskerming ook sekswerkers omvat, ten spyte van die onwettigheid van hulle werk en dat die kommer van die openbare mening ten opsigte van die afdwinging van onwettige transaksies, aan die besluitnemer se diskresie oorgelaat moet word wanneer die remedie van 'n statutêre eis oorweeg word. Vereenvoudig beteken dit dat 'n sekswerker se aansoek om herindienstelling ingevolge die WAV deur 'n arbiter op grond van die openbare mening (oortuigings) afgewys kan word maar dat kompensasie in stede daarvan aan haar/hom toegeken kan word.

Die grondwetlike argument behels dat die reg op billike arbeidspraktyke ingevolge artikel 23 van die Grondwet op elke persoon van toepassing is en in die konteks van ander regte 'n bepaling van "general import and unrestricted meaning" is (*Khoza v Minister of Social Development* 2004 6 SA 505 (KH) par 111). Die regte op lewe en op waardigheid vestig in almal, insluitende persone wat hulle aan ernstige oortredings skuldig maak (sien *S v Makhanyane* 1995 3 SA 391 (KH) par 137). Derhalwe vestig die reg op billike arbeidspraktyke ook in elke persoon, insluitend sekswerkers, aangesien 'n ontkenning van grondwetlike beskerming teen uitbuiting, 'n growwe aantasting van hulle waardigheid behels.

Met verwysing na die WAV is namens "Kylie" aangevoer dat laasgemelde Wet vertolk moet word in die lig van die uitleg van artikel 23 van die Grondwet

en dat die WAV op alle werkers, insluitend sekswerkers, van toepassing is. Derhalwe kan die KVBA se beslissing dat die omskrywing van “werknemer” in artikel 213 van die WAV net geld vir werknemers wat ingevolge ’n geldige en afdwingbare kontrak aangestel is, op vele gronde bevraagteken word. Onder andere word die statutêre omskrywing van “werknemer” ingevolge die WAV tradisioneel in wye terme geformuleer en geïntegreer en geld dit selfs vir gewese werknemers (sien *NAAWU (now NUMSA) v Borg-Warner SA 1994 ILJ 509 (A)*). Die omskrywing is derhalwe nie beperk tot die gemeenregtelike werknemer of ’n geldige en afdwingbare dienskontrak nie. Verder is alreeds beslis dat wanneer bepaal word of ’n persoon ’n werknemer is of nie, daar nie op etikette of die vorm van die kontrak nie maar eerder op die substansie van die diensverhouding gelet word.

#### 4.2 *Vraagstuk vir beslissing deur Arbeidshof*

In ’n lang en goedberedeneerde uitspraak (waarmee dikwels saamgestem kan word) verklaar die hof dat die geskil op ’n ander wyse as die kommissaris en die applikant se benadering gehanteer moet word. Dit is verkeerd om die argumente net op die omskrywing van ’n werknemer te baseer en die hof verklaar:

“The question is not whether the definition of the employee is wide enough to include those without a valid contract of employment but whether as a matter of public policy courts (and tribunals), by their actions, ought to sanction or encourage illegal conduct in the context of statutory and constitutional rights. It may be that a non-contractual relationship falls within the definition. Indeed the Labour Court has already come to this conclusion in respect of the LRA” (par 23).

Volgens die hof is dit dus nie die gebrek aan ’n geldige kontrak wat ter sake is nie, maar die rede vir die ongeldigheid en die effek daarvan op ’n hof by die afdwing van ’n reg ingevolge die WAV (par 23).

Hierdie vertrek- en uitgangspunt van die hof is egter moeilik te onderskei van dié van die kommissaris en die applikant, behalwe dat die benadering van die hof eng en moontlik verwarringstigend kan wees. Die applikant het aangevoer dat die omskrywing van ’n werknemer ingevolge die WAV en die Grondwet wyd genoeg is om werknemers wat sekstdienste lewer, te beskerm en hulle kontrakte by implikasie afdwingbaar te maak. Die hof verklaar daarenteen dat net bepaal moet word of die houe onwettige optredes (lewering van sekstdienste) deur statutêre en grondwetlike regte behoort te sanksioneer of aan te moedig. In die een geval word op die begrip “werknemer” wat bepaalde dienste lewer, met ’n negatiewe impak op sy dienskontrak, in statutêre en grondwetlike konteks gelet terwyl in die ander geval net op die wettigheid van die werknemer se dienste in grondwetlike en statutêre konteks gefokus word.

Die applikant se argumente rakende die trefwydte van artikel 23 van die Grondwet en openbare beleid (belang) word dan op grond van die volgende redes verwerp:

#### 4.3 *Verbod op prostitusie*

Die hof wys daarop dat prostitusie ingevolge die Wet op Seksuele Misdrywe van 1957 asook ingevolge artikel 20(1A)(a) van die “Criminal Law (Sexual Offences and Related Matters) Amendment Act” 32 van 2007 ’n misdryf is. Voorts is dit ook ’n grondbeginsel van die openbare beleid dat die houe nie onwettige aktiwiteite behoort te sanksioneer of aan te moedig nie. Hierdie beginsel vind dan ook neerslag in die *ex turpi causa non oritur actio*-beginsel. Derhalwe, indien ’n kontrak ongeldig is omdat dit onwettig of teen die openbare beleid is (omdat dit ’n

immorele kontrak is), is dit nietig en onafdwingbaar (sien *Jaybay v Cassim* 1937 AD 537; *Pottie v Kotze* 1954 3 SA 719 (A); *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* 1989 1 SA 1 (A)).

Op bogemelde grondslag voer die hof aan dat die beginsel dat howe nie onwettige aktiwiteite sal sanksioneer of aanmoedig nie, in gelyke mate op statutêre en privaatregtelike regte van toepassing moet wees. *In casu* ontstaan die vraag nie oor die afdwing van 'n kontraktuele reg nie maar die afdwing van 'n statutêre reg, te wete die reg om nie onbillik ontslaan te word nie, asook die statutêre eis vir kompensasie as gevolg van die verbreking van die reg. Hierdie vraag is myns insiens misleidend aangesien die afdwingbaarheid van 'n kontrak nouliks van die regte, kontraktueel of statutêr, wat daaruit ontstaan geskei kan word. Indien 'n kontrak ongeldig en onafdwingbaar is, kan geen regte wat daaruit voortvloei, kontraktueel of statutêr, afdwingbaar wees nie. Die gemeenregtelike beginsel dat kommersiële seks so skandelik is dat alle transaksies in verband daarmee nietig is, word weer eens bevestig. Die hof is van mening dat die Wet op Seksuele Misdrywe van 1957 nie die gemeenregtelike posisie in dié verband gewysig het nie en dat enige oortreding van die Wet derhalwe nietigheid van enige verbandhoudende kontrak tot gevolg sal hê. Indien die dienskontrak van 'n sekswerker derhalwe nietig is, sal die statutêre regte wat daaruit vir die werker ontstaan, nie erken word indien prostitusie daardeur gesanksioneer of aangemoedig word nie (par 49).

Om die vraagstukke nog meer kompleks te maak, verklaar die hof dan ook soos volg: "It is not the lack of a valid contract that is at stake but the *reason for its invalidity* and the effect that has on a tribunal or court called upon to enforce a right under the LRA" (my kursivering; par 24). Dit beteken derhalwe dat die ongeldigheid van die kontrak as sodanig nie die deurslaggewende faktor is nie maar wel die rede vir die ongeldigheid en die gevolge daarvan op 'n hof wat 'n reg ingevolge die WAV moet afdwing. By implikasie beteken dit verder dat daar tussen verskeie soorte (grade) of redes vir ongeldigheid onderskei moet word aangesien sommige nie die afdwingbaarheid van 'n reg sal beïnvloed nie terwyl ander in hierdie opsig fataal sal wees.

#### 4.4 Trefwydte van artikel 23 Grondwet

Die vraag wat die hof in hierdie verband aanspreek, is of sekswerkers, hulle werkgewers en verwante vakbonde ook onder die toepassingsbestek van artikel 23 van die Grondwet val. Die hof bevind dat sekswerkers nie op enige regte uit hoofde van artikel 23 aanspraak verkry nie en wel om die volgende redes:

Die hof verklaar dat die oogmerk van artikel 23 van die Grondwet is om werknemers en werkgewers te beskerm en ook om ongelykhede uit te skakel deur onder andere billike arbeidspraktyke aan alle persone te waarborg. Hierdie beskerming moet egter teen die bepalings van die Wet op Seksuele Misdrywe van 1957 opgeweeg word. Insgelyks is die sentrale oogmerk van die onbillike ontslag-wetgewing om werksekuriteit te verskaf asook om vir herindienstelling van die werknemer as primêre remedie voorsiening te maak. Die herindienstelling van 'n persoon wat onwettig diens gelewer het, beteken nie alleen die sanksionering van onwettige aktiwiteite nie maar ook die uitreiking van 'n bevel aan 'n werkgewer om 'n misdad te pleeg (par 68).

Verder moet die hof ook bepaal of die weerhouding van sekswerkers se arbeidsregte die hoofoogmerk van die grondwetlike reg ingevolge artikel 23 sal ondermyn of frustreer. Die hof wys daarop dat sekswerkers 'n kwesbare groep is

wat uitgebuit word maar dat dit ook die situasie met onwettige buitelandse werkers is. Die implikasies van laagse groep se onwettige aktiwiteite vir dié van wettige werkers is verreikend terwyl dit nie die geval is met sekswerkers nie. Om sekswerkers teen uitbuiting te beskerm, sou beteken dat hulle verbode aktiwiteite gesanksioneer word. Die betrokke argument is egter nie besonder oortuigend nie want soortgelyke sanksionering van die indiensneming van onwettige buitelandse werkers sal ook plaasvind as hulle beskerming van die howe ontvang. Die hof beslis dan dat die trefwydte van die beskerming van artikel 23 nie sekswerkers en bordeeleienaars insluit nie.

Die vraag word ook deur die hof geopper of, indien bogemelde uitleg van artikel 23 verkeerd is, die Wet op Seksuele Misdrywe nie op die artikel 23 – regte van sekswerkers inbreuk maak nie. Die hof bevind na oorweging van ’n aantal faktore dat die inbreukmaking deur gemelde Wet ’n redelike en geregverdigde beperking op artikel 23 vorm vir doeleindes van artikel 36 van die Grondwet. Die beperking gee uiting aan die fundamentele beginsel dat die howe nie deur hulle optredes onwettige aktiwiteite behoort te sanksioneer of aan te moedig nie (par 88).

Ten slotte wys die hof ook daarop dat indien artikel 23 van die Grondwet nie aan sekswerkers beskerming bied nie, afgelei kan word dat dieselfde vir wetgewing geld wat beslag gee aan die betrokke grondwetlike reg. Alhoewel die omskrywing van ’n werknemer ingevolge die WAV wyd genoeg is om persone sonder ’n geldige kontrak te omvat en die KVBA derhalwe jurisdiksie gehad het om die dispuut aan te hoor, geld dit egter nie by die toepassing van die reg om nie onbillik ontslaan te word nie – veral nie in die lig van die bewoording van die bepaling van artikel 186 van die WAV nie. Derhalwe sal ’n hof ook nie ’n reg op herindiensstelling of kompensasie van sekswerkers erken nie (par 89–91).

## 5 Kommentaar en slotopmerkings

Soos hierbo gesien, het die hof die problematiek van die beskerming van dienslewering deur ’n sekswerker ingevolge ’n dienskontrak vanuit vele hoeke belig – ten spyte van die aanvanklike gestelde uitgangspunt dat al wat *in casu* uitsluitel verdien, die *rede* vir die ongeldigheid van die dienskontrak is en nie die gebrek aan ’n geldige kontrak of die regsgevolge van sodanige kontrak nie (sien par 4 2 *supra*). Natuurlik moes die hof ’n uitweg rondom die probleem vind dat in verskeie uitsprake beslis is dat dienskontrakte ingevolge waarvan dienste op ’n onwettige wyse in stryd met statutêre bepalinge gelewer word, steeds afdwingbaar is. Die hof het in hierdie groef beland omdat dit by implikasie, soos hierbo aangetoon is, beslis het dat sommige werknemers se werksaktiwiteite (sekswerkers) meer onwettig as ander (onwettige immigrantwerkers) se aktiwiteite is en dat laaggenoemde groep wel op beskerming ingevolge die Grondwet en die WAV geregtig is. Hierdie sienswyses van die hof kan om verskeie redes bevestig word.

Vroeër gedurende 2008 is die vraag in *Discovery Health Limited v CCMA* [2008] 7 BLLR 633 (LC) geopper of ’n dienskontrak met ’n onwettige immigrant wat in stryd met die “Immigration Act” van 2002 gesluit is, ongeldig en onafdwingbaar is. Die hof wys tereg daarop dat die reg op billike arbeidspraktyke, ingevolge artikel 23 van die Grondwet, nou verskans is en vorige uitsprake oor onwettige kontrakte vervang. Indien die kontrakte ongeldig sou wees, sou verskeie onbillike gevolge intree. Gewetenlose werkgewers sou bereid wees om die onwettige immigrantwerkers in diens te neem, die risiko van moontlike

vervolging te loop maar dan by die afloop van die kontrakperiode, weier om hulle vergoeding te betaal omdat die kontrak ongeldig is – en die werkers sou remedieloos wees. Hierdie toedrag van sake sou die grondwetlike waarborg van billike arbeidspraktyke waarop elkeen geregtig is, ondermyn. Derhalwe is beslis dat die betrokke kontrak geldig is en dat die KVBA jurisdiksie het om die geskil aangaande die onbillike ontslag aan te hoor. Die hof het ook beslis dat, in die lig van die Grondwet, die internasionale reg (veral konvensies en aanbevelings van die IAO) en uitsprake van die howe, die bestaan van 'n geldige dienskontrak nie 'n noodsaaklike element van die statutêre omskrywing van 'n werknemer is nie en dat die betrokke onwettige immigrant derhalwe nog steeds as 'n werknemer ingevolge die WAV beskou word, selfs al was die kontrak *in casu* ongeldig.

In die onderhawige *Kylie*-saak, het die hof, soos hierbo aangetoon (sien par 4 4), probeer om die situasie van sekswerkers van onwettige immigrantwerkers te onderskei. Dit geskied egter op 'n omstrede wyse want na my mening kan al die argumente vir beskerming van onwettige immigrante se dienskontrakte ook regtens ten gunste van sekswerkers geopper word. Die werksgeleenthede en werksekuriteit van persone wat by wettige geregistreerde masseersalonne, gesondheidsklubs, ensovoorts werksaam is, kan eweneens deur sekswerkers en bordele in gedrang gebring word. Sekswerkers is eweveel aan uitbuiting blootgestel as onwettige immigrantwerkers – miskien voortaan meer omdat bordeeleienaars weet dat hulle werkers se kontrakte ongeldig en onafdwingbaar is en dat onbillike ontslag-dispute *a consequenter* nie teen hulle aanhangig gemaak kan word nie (sien ook *Discovery Health Ltd* par 30).

Miskien sou dit sinvol wees om in die lig van die wye beskerming wat artikel 23 van die Grondwet aan werknemers bied, tussen die arbeidsregtelike gevolge aan die een kant en die strafregtelike gevolge aan die ander kant, van onwettige handelingte waaruit dienslewering voortspruit of in verband staan, te onderskei. Die betrokke gevolge hoef nie botsend te wees nie en kan selfs aanvullend tot mekaar wees. *In casu* sou dit beteken dat die seksuele aktiwiteite van sekswerkers en bordeeleienaars aan strafregtelike vervolging blootgestel word, terwyl die onderhawige dienskontrakte egter afdwingbaar sal wees en die sekswerkers, as persone wat as werknemers ingevolge die bepalings van die WAV kwalifiseer, geregtig is op die beskerming wat laasgenoemde wetgewing aan werkers bied. Dit sou verder beteken dat as werkgewers weet dat hulle in die KVBA of die Arbeidshof vir hulle gewraakte arbeidswanpraktyke aanspreeklik kan wees, dit moontlik 'n afname in hulle aktiwiteite tot gevolg kan hê, want hulle sal terselfdertyd ook aan strafregtelike vervolging blootgestel kan wees (sien in dié verband ook Bosch en Christie “Are sex workers employees?” 2003 *ILJ* 804; *Discovery Health* par 33).

'n Belangrike aangeleentheid wat ook aandag verdien het, is die vraag of kommersiële seks, soos in die gemenerereg, nog steeds so skandelik is dat transaksies (kontrakte) wat daarmee in verband staan, nietig en onafdwingbaar is. Die hof wys daarop dat daar relatief onlangs in *S v Jordan (Sex Workers Education and Advocacy Task Force and others as Amici Curiae)* 2002 6 SA 652 (KH) beslis is dat die kwaad wat die Wet op Seksuele Misdrywe van 1957 beoog om te bestry, die sosiale euwels is wat met kommersiële seks gepaardgaan, soos geweldsmisdade, uitbuiting, mensehandel, ensovoorts. Die oogmerk is om laasgenoemde aangeleentheid aan bande te lê en die metode van bestryding is die kriminalisering van kommersiële seks. Die hof wys ook daarop dat hierdie Wet oor die privaatregtelike implikasies van kommersiële seks swyg. Daar is egter een

belangrike uitsondering waarvoor die Wet voorsiening maak, naamlik dat in artikel 6 bepaal word dat enige huurkontrak ten aansien van 'n perseel wat vir 'n bordeel aangewend word, nietig is. Hierdie Wet is gevolglik neutraal of negatief oor die effek van kommersiële seks op dienskontrakte.

Laastens ontstaan die vraag ook of die gemeenregtelike veroordeling en afkeur van diensverhoudinge (-kontrakte) ingevolge waarvan seksdienste gelewer word, teenswoordig nog gehandhaaf moet word. Die antwoord hierop behoort na my mening negatief te wees. Alhoewel die Konstitusionele Hof beslis het dat alle oop en demokratiese gemeenskappe kommersiële seks veroordeel deur 'n verskeidenheid verbodsbepalings (sien *S v Jordan* 679), geld die sienswyse net op die strafregtelike terrein en nie ten opsigte van privaatregtelike kontrakte nie. In verskeie lande geld die beletsel dan ook nie meer nie. Sedert 2001 is dienskontrakte van prostitute in Duitsland, onderhewig aan sekere voorwaardes, geldig ingevolge die *Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten* van 20 Desember 2001. Alhoewel nie so uitdruklik nie, geld dieselfde benadering ook in Engeland (sien *Coral Leisure Group v Barnett* [1981] IRLR 204 (EAT)). Onlangs is daarop gewys dat vele stemme ook opgaan vir die dekriminalisering van prostitusie en verwante aktiwiteite (sien Lötter "Prostitution and the enforcement of morality" in Joubert (red) *Huldigingsbundel vir CR Snyman* (2008) 196–205). Die omstandighede en tydsgeurig het teenswoordig alreeds so verander dat sekswerkers se aktiwiteite oogluikend deur die gemeenskap gedoog en stilswyend goedgekeur word en daar is selfs geen aktiewe kriminele optrede teen eksponente van die oudste beroep in die wêreld nie. Derhalwe kan aangevoer word dat die tyd nou geleë is om die gemenerereg in die opsig te ontwikkel en aan te pas sodat dit ook die oogmerke en waardes van die Grondwet bevorder, naamlik onder andere dat alle werknemers op billike arbeidspraktyke geregtig is (sien ook artikel 39(2) van Grondwet). So 'n siening en toepassing sal ook konkreet beslag verleen aan die volgende billikeheidsbeginsel wat die wanoptredes van opportunistiese en gewetenlose werkgewers tot 'n groot mate sal temper, naamlik *nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest* (D 50 17 134 1).

FANIE VAN JAARVELD  
*Universiteit van Pretoria*