



UNIVERSITEIT VAN PRETORIA
UNIVERSITY OF PRETORIA
YUNIBESITHI YA PRETORIA

ONTSLAG WEENS DIE WEIERING OM EENSYDIGE WYSIGING VAN
DIENSVOORWAARDES TE AANVAAR

DEUR

GERHARD HILDEBRAND

VOORGELÊ TER VERVULLING VAN 'N DEEL VAN DIE VEREISTES VIR DIE LLM
GRAAD IN DIE FAKULTEIT REGSGELEERDHEID

UNIVERSITEIT VAN PRETORIA

SKRIPSIELEIER: PROF BPS VAN ECK

INGEHANDIG OP 27 OKTOBER 2010

INHOUDSOPGAWE

Hoofstuk 1	Inleiding	1
Hoofstuk 2	Die Internasionale Arbeidsorganisasie	3
1	Inleiding	3
2	Ontwikkeling van die IAO	3
	2.1 Inleiding	3
	2.2 Tydperk 1818 tot 1919	4
	2.3 Ontstaan van die IAO	4
3	Strukture van die IAO	5
	3.1 Inleiding	5
	3.2 Die Internasionale Arbeidskonferensie	5
	3.3 Die Beheerraad	6
	3.4 Die Internasionale Arbeidskantoor	6
4	IAO Standaarde	6
	4.1 Inleiding	6
	4.2 Konvensies	6
	4.3 Aanbevelings	7
5	IAO Konvensies en Wysiging van Diensvoorwaardes	8
	5.1 Inleiding	8
	5.2 "Right to Organise and Collective Bargaining Convention"	8
	5.3 "Freedom of Assosiation and Protection of the Right to Organise Convention"	9
	5.4 "Labour Relation (Public Services) Convention"	10
	5.5 "Termination of Employment Convention"	10
	5.6 Gevolgtrekking	11
Hoofstuk 3	Dienskontrakte	13
1	Inleiding	13
2	Geldigheidsvereistes	13
	2.1 Inleiding	13
	2.2 Wilsooreenstemming	13
	2.3 Handelingsbevoegdheid	14
	2.4 Juridiese en fisiese uitvoerbaarheid	14
	2.5 Formaliteite	14



3	Dienskontrak	15
	3.1 Inleiding	15
	3.2 Omskrywing	15
	3.3 <i>Essentialia</i>	15
4	Voorwaardes	16
	4.1 Inleiding	16
	4.2 <i>Naturalia</i>	16
	4.3 Stilswyende voorwaardes	17
	4.4 Geïnkorporeerde voorwaardes	17
5	Eensydige wysiging van diensvoorwaardes	18
	5.1 Inleiding	18
	5.2 Wysiging by ooreenkoms	18
	5.3 Eensydige wysigings	19
	5.4 Wysiging van vaste termyn dienskontrak	21
	Hoofstuk 4 Wetgewende raamwerk	25
1	Inleiding	25
2	Die Grondwet	25
	2.1 Inleiding	25
	2.2 Artikel 23	26
	2.2.1 Die reg op billike arbeidspraktyke	26
	2.2.2 Kollektiewe bedinging	28
	2.2.3 Beperking van regte	29
3	Die Wet op Arbeidsverhoudinge	30
	3.1 Inleiding	30
	3.2 Die Invloed van die Grondwet op die WAV	30
	3.3 Onbillike arbeidspraktyk en ontslag	31
	3.4 Kollektiewe bedinging	32
	3.5 Artikel 64	32
	3.6 Artikel 187(1)(c)	34
4	Die Wet op Basiese Diensvoorwaardes	34
	4.1 Inleiding	34
	4.2 Doel en toepassing van die Wet	35
	4.3 Wysiging van basiese diensvoorwaardes	36
	4.4 Afdwinging van diensvoorwaardes	36
	4.5 Regte van werknemers	37



Hoofstuk 5	Regspraak met betrekking tot artikel 187(1)(c) en 189	39
1	Inleiding	39
2	Wysiging van diensvoorwaardes	39
2.1	Inleiding	39
2.2	Eensydige wysigings	40
2.3	Regmatige ontslag	40
3	Uitsluiting en Staking	45
3.1	Inleiding	45
3.2	Uitsluiting ingevolge die 1956 WAV	45
3.3	Die huidige WAV	46
3.4	Staking	47
Hoofstuk 6	Regsvergelyking: Engeland en Duitsland	49
1	Inleiding	49
2	Engeland	49
2.1	Inleiding	49
2.2	Wysiging van dienskontrakte	50
2.3	Kollektiewe bedinging	51
2.4	Diensbeëindiging weens operasionele vereistes	52
2.5	Staking	53
3	Duitsland	54
3.1	Inleiding	54
3.2	Wysiging van dienskontrakte	55
3.3	Kollektiewe bedinging	56
3.4	Diensbeëindiging weens operasionele vereistes	57
3.5	Staking	58
Hoofstuk 7	Slot	59
BRONNELYS		61

OPSOMMING

Die vyf vereistes vir die totstandkoming van 'n regsgeldige kontrak is ook op die dienskontrak van toepassing. Waar wysiging van diensvoorwaardes ter sprake kom is wilsooreenstemming 'n belangrike vereiste en sal eensydige wysiging van diensvoorwaardes met die uitsondering van wetsvoorskrifte, nie geldig en afdwingbaar wees nie. Die Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995 (WAV) plaas 'n direkte verbod op ontslag as gevolg van 'n werknemer se weiering om wysiging van diensvoorwaardes te aanvaar.

Die howe erken werkgewers se prerogatief om oor werkswyses in die werksplek te besluit en werknemers wat nie veranderde werkswyses wil aanvaar nie se diens kan regmatig beëindig word. Indien die verandering van werkswyse egter weens substantiewe operasionele vereistes nodig is en 'n verandering van diensvoorwaardes tot gevolg het, stel die WAV regsvoorskrifte daar waaraan werkgewers moet voldoen, waarvan onder andere is om met werknemers of hul verteenwoordigers te konsulteer. Die Suid-Afrikaanse reg erken gevolglik werknemers se reg tot kollektiewe bedinging waar wysiging van diensvoorwaardes ter sprake kom. Indien die partye nie wilsooreenstemming oor wysiging van diensvoorwaardes kan bereik nie mag werknemers se dienste weens operasionele vereistes beëindig word nadat aan die billikheidsvereistes voldoen is.

Buiten wetgewing het die Suid-Afrikaanse howe vereistes neergelê waaraan werkgewers moet voldoen om nie in die strik van outomaties onbillike ontslag te trap omdat hulle werknemers wat weier om wysiging van diensvoorwaardes te aanvaar, ontslaan het nie. Hierdie vereistes waaraan werkgewers moet voldoen het sedert die 1956 WAV verander en remedies van werkgewers wat ingevolge die 1956 WAV beskikbaar was, is ingevolge die huidige WAV nie meer beskikbaar nie.

Nieteenstaande die verbod op ontslag weens die weiering om wysiging van diensvoorwaardes te aanvaar, sal die ontslag van werknemers billik wees indien die wysiging as alternatief tot diensbeëindiging tydens 'n *bona fide* afleggingsproses aangebied was, maar nie deur die werknemers aanvaar was nie.

HOOFSTUK 1

INLEIDING

'n Diensverhouding word gereguleer en beïnvloed deur verskeie bronne waarvan die dienskontrak, die Wet op Arbeidsverhoudinge¹ (WAV), die Wet op Basiese Diensvoorwaardes² (WBD), kollektiewe ooreenkomste, sektorale vasstellings³ en die konvensies van die Internasionale Arbeidsorganisasie (IAO)⁴ die belangrikste is.

Diensvoorwaardes wat in 'n dienskontrak vervat is, is regtens afdwingbaar.⁵ Die gemeenregtelike reël dat 'n kontrak nie eensydig gewysig kan word nie is ook op die dienskontrak van toepassing.⁶ Hierdie gemeenregtelike reël sal egter nie toepassing vind indien diensvoorwaardes in 'n dienskontrak onversoenbaar is met minimum diensvoorwaardes wat in wetgewing of regsvoorskrifte vervat is nie.

Die regspraak wat in hierdie studie beantwoord sal word, is of die ontslag van werknemers weens die weiering om eensydige wysiging van diensvoorwaardes te aanvaar arbeidsregtelik billik is. Alhoewel die WAV⁷ die eensydige wysiging van diensvoorwaardes en die ontslag van werknemers weens hulle weiering om wysiging van diensvoorwaardes te aanvaar verbied,⁸ erken die Suid-Afrikaanse reg wel dat werknemers wat weier om wysiging van diensvoorwaardes te aanvaar se diens beëindig kan word onderhewig daaraan dat eerstens 'n billike proses gevolg word en tweedens substantiewe operasionele gronde teenwoordig is.⁹ Hier is dus 'n billikheidsvereiste ter sprake wat nie net in arbeidswetgewing vereis word nie, maar deur regspraak ontwikkel het.¹⁰ In die howe se beoordeling van die billikheid van die

¹ 66 van 1995 soos gewysig.

² 75 van 1997 soos gewysig.

³ Bv. *Metal and Engineering Industries Bargaining Council Main Agreement*.

⁴ A 1(b) en 3(c) van die WAV.

⁵ Solank 'n bepaling versoenbaar is met relevante wetgewing en nie teen regsvoorskrifte is nie.

⁶ Grogan *Workplace Law* (2007) 40.

⁷ A 64(4); a 187(1)(c); a 197(2)(b) en (d).

⁸ Cohen *Terms and Conditions of Employment – Automatically Unfair or Operational Justifiable* (2004) 25 *ILJ* 1883.

⁹ A 189 van die WAV.

¹⁰ Daar sal in opvolgende hoofstukke na hierdie regspraak verwys word.

ontslag word die doel wat die werkgewer beoog om met die ontslag te bereik, vasgestel.¹¹

Die WAV¹² stel vereistes vas waaraan werkgewers moet voldoen wanneer daar voorsien word dat werknemers weens operasionele vereistes ontslaan kan word. Een van hierdie vereistes,¹³ is alternatiewe wat oorweeg moet word om ontslag te voorkom en die wysiging van diensvoorwaardes, as 'n alternatief om ontslag weens operasionele vereistes te voorkom, word deur die reg erken.

Indien die voorgestelde wysigings nie deur die werknemer aanvaar word nie, is daar remedies¹⁴ vir beide die partye beskikbaar om die implementering van wysigings te stuit, bestaande voorwaardes te herstel, die implementering van wysigings af te dwing of om werknemers se dienste te beëindig. Die reg poog met hierdie remedies om die belange van beide die werknemer en die werkgewer te beskerm.

Artikel 189(1) van die WAV bepaal dat daar 'n konsultasie-proses gevolg moet word en ook met wie 'n werkgewer moet konsulteer indien daar voorsien word dat werknemers se dienste weens operasionele vereistes beëindig kan word. Werknemers maak in hierdie proses gebruik van kollektiewe bedinging om die werkgewer se besluit te beïnvloed.

Die hoewe het in die beoordeling van artikel 187(1)(c) en 189 van die WAV beginsels neergelê waaraan werkgewers moet voldoen ten einde die billikheidstoets vir ontslag te slaag. Indien die werkgewer nie hierdie toets slaag nie sal die ontslag neerkom op outomaties onbillike ontslag ingevolge artikel 187(1)(c) van die WAV of onbillike ontslag omrede daar nie voldoen is aan die bepalings van artikel 189 van die WAV nie. Uit die ontwikkeling van regspraak blyk dit duidelik dat werkgewers hulself in 'n valstrik kan bevind indien werknemers wat weier om wysiging van diensvoorwaardes te aanvaar, ontslaan word.¹⁵

¹¹ Grogan *Dismissal, Discrimination & Unfair Labour Practices* (2008) 242.

¹² A 189(1).

¹³ A 189(3)(b) van die WAV.

¹⁴ A 24, 64(1), 64(4), 189 A(13), 191(1)(a) en 191(5)(b) van die WAV en a 69 en 77(3) van die WBD.

¹⁵ Grogan 242.

HOOFSTUK 2

DIE INTERNASIONALE ARBEIDSORGANISASIE

1 INLEIDING

Die behoefte van internasionale arbeidstandaarde is reeds in die vroeë 1800's uitgespreek¹⁶ maar die ontwikkeling van internasionale standaard het eers in die vroeë 1900's gerealiseer.¹⁷ Voor die ontstaan van die Internasionale Arbeidsorganisasie (IAO) het nywerheidslande wel arbeidsooreenkomste aangeaan, maar daar was geen afdwingingsmeganismes in plek nie.¹⁸

Hierdie hoofstuk bespreek die ontwikkeling van die IAO, die funksionering daarvan en ondersoek die wyse waarop internasionale arbeidstandaarde aanvaar word. Belangrike konvensies met betrekking tot wysiging van diensvoorwaardes, kollektiewe bedinging en diensbeëindiging sal ook bespreek word.

2 ONTWIKKELING VAN DIE IAO

2.1 Inleiding

Die IAO se stigting in 1919¹⁹ is voorafgegaan deur 'n tydperk waar daar reeds oproepe was dat eenvormige arbeidstandaarde deur alle lande aanvaar moet word.²⁰ 'n Volkebond het tot stand gekom en uit die Volkebond het die IAO tot stand gekom.²¹ Suid-Afrika was lid van die IAO maar druk van die IAO weens die apartheidsbeleid het Suid-Afrika genoop om te onttrek en Suid-Afrika het eers na beëindiging van apartheid weer toegetree.²²

¹⁶ Hepple *Labour Laws and Global Trade* (2005) 25; Burkett, Craig & Lynk *Globalisation and the Future of Labour Law* (2006) in *Development in the international labour dimension – a survey* 16.

¹⁷ Burkett 17.

¹⁸ *Ibid*; Hepple 29.

¹⁹ Erasmus & Jordaan *South Africa and the ILO: towards a new relationship?* (1993/1994) 19 *SAYIL* 65; Van Niekerk, Christianson, McGregor, Smit & Van Eck *Law@Work* (2008) 19; Burkett 17.

²⁰ *Ibid*.

²¹ *Ibid*.

²² Van Niekerk 20; Erasmus 70, 76. Sien Landman *The ILO Commission Its findings and the implication for future labour legislation* (1992) 1(11) *CLL* 117 en Saley & Benjamin *The Context of the ILO Fact Finding and Conciliation Commission Report on South Africa* (1992) 13(4) *ILJ* 731 vir 'n bespreking oor die IAO kommissie se feitesending na Suid-Afrika wat Suid-Afrika se her toetreding vooraf gegaan het.

2.2 Tydperk 1818 tot 1919

Reeds in 1818 het Robert Owen van Engeland twee versoekskrifte aan die Europese Kongres voorgelê waarin hy versoek het dat 'n Kommissie aangestel moet word om die belange van werkers in alle lande te beskerm.²³ In 1819 slaag Owen daarin om, deur Engelse wetgewing die diensure van kinders in katoenfabrieke te beperk.²⁴

Gedurende die tydperk 1840 tot 1848 het 'n Duitse vervaardiger, Daniel Legrand geargumenteer dat internasionale regulering van arbeid 'n praktiese manier was om werkers te beskerm.²⁵ Verskeie internasionale konferensies is gehou waar arbeidskwessies bespreek was²⁶ en in 1857, tydens so 'n konferensie word 'n mosie vir die ontwikkeling van 'n internasionale konvensie vir eenvormige werkomstandighede aanvaar.²⁷

Die Internasionale Assosiasie vir die Beskerming van Werkers, waaraan 7 lande deelneem kom in 1897²⁸ tot stand.²⁹ Die eerste twee konvensies³⁰ word in 1906 aanvaar en in 1912 word hierdie twee konvensies geratifiseer en afdwingbaar.³¹ Teen 1915 is meer as 20 bilaterale arbeidsooreenkomste gesluit.³²

2.3 Ontstaan van die IAO

Die IAO is in 1919 gestig deur die ondertekening van die Verdrag van Versailles.³³ Die Unie van Suid-Afrika was 'n ondertekenaar van dié Verdrag wat ook die

²³ Hepple 25; Burkett 16; Harrison *Robert Owen and the Owenites in Britain and America The Quest for the New Moral World* (1969) 72; Berki *The Genesis of Marxism Four Lectures* (1988) 111.

²⁴ Hepple 25.

²⁵ *Ibid* 26.

²⁶ Burkett 16.

²⁷ *Ibid*.

²⁸ Hepple 28 dui egter die ontstaan aan as 1901.

²⁹ Burkett 17.

³⁰ *Ibid*. Hierdie konvensies het nagwerk vir vroue en die verbod op die gebruik van wit fosfor in vuurhoutjie vervaardiging aangespreek.

³¹ Burkett 17; Hepple 28.

³² *Ibid*.

³³ Van Niekerk 19; Burkett 17; Erasmus 65; Du Toit, Bosch, Woolfrey, Godfrey, Cooper, Giles, Bosch & Rossouw *Labour Relations Law a Comprehensive Guide* (2006) 67.

Volkebond tot stand gebring het.³⁴ Alle lede van die Volkebond het stigterslede van die IAO geword.³⁵

Na die Tweede Wêreld Oorlog is die Volkebond deur die Verenigde Nasies (VN) vervang en as stigterslid van die IAO word Suid-Afrika se lidmaatskap voortgesit.³⁶ Die basiese doel van die IAO was om 'n instelling te vestig waardeur internasionale arbeidstandaarde vasgestel kon word.³⁷ Die IAO se oorwegende verantwoordelikheid was die bevordering van alle werkers se omstandighede tot voordeel van hulle materiële en geestelike welstand.³⁸ Hierdie standaard was geskep deur konvensies en aanbevelings.

3 STRUKTURE VAN DIE IAO

3.1 Inleiding

Die IAO bestaan uit drie hoofstrukture naamlik die Internasionale Arbeidskonferensie (IAK), die Beheerraad en die Internasionale Arbeidskantoor.³⁹

3.2 Die Internasionale Arbeidskonferensie

Die IAK is die hoogste beleidsmakende liggaam van die IAO.⁴⁰ Die IAK vergader jaarliks in Geneve⁴¹ en sy funksie behels die stel van internasionale arbeidstandaarde, toesighouding oor die toepassing van standaard en goedkeuring van resolusies.⁴² Dit dien ook as 'n forum waar internasionale arbeidskwessies bespreek kan word en verskaf riglyne van die IAO se beleid en aktiwiteite deur resolusies te aanvaar.⁴³

³⁴ Van Niekerk 19.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Erasmus 66; du Toit 67. Volgens Burkett 18 was die hoofdoel '*to improve human conditions*'.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Van Niekerk 20; *Guide to International Labour Standards* (2006) 233 (hierna '*Guide*' genoem); a 2 van die IAO Konstitusie.

⁴⁰ Van Niekerk 20.

⁴¹ *Ibid*; *Guide* 234.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

3.3 Die Beheerraad

Die Beheerraad is die uitvoerende arm van die IAO en vergader drie keer per jaar in Geneve.⁴⁴ Die Beheerraad neem besluite oor IAO beleid, bepaal die IAK agenda en stel die programme en die begroting van die IAO op.⁴⁵ Die Raad is verder verantwoordelik vir die bestuur van die aktiwiteite van die kantoor van die Beheerraad en het 'n toesighouende rol in die toepassing van internasionale arbeid standaard.⁴⁶

3.4 Die Internasionale Arbeidskantoor

Die Internasionale Arbeidskantoor is die amptenary van die IAO wat die dag tot dag uitvoering van die mandaat van die organisasie verrig.⁴⁷ Die Raad berei alle dokumente en verslae voor vir die IAK en ander vergaderings.⁴⁸ Hulle bestuur tegniese samewerkingsprogramme en ondersteun die IAO se arbeidstandaard aktiwiteite.⁴⁹

4 IAO STANDAARDE

4.1 Inleiding

Die vasstelling van internasionale arbeidstandaarde⁵⁰ is een van die hoofwyses waarvolgens die IAO optree.⁵¹ Konvensies en Aanbevelings is die twee hoofbronne waardeur standaarde ontwikkel en tot stand kom.⁵²

4.2 Konvensies

Konvensies is internasionale ooreenkomste wat deur die IAK aanvaar is.⁵³ Konvensies moet egter deur lidlande ratifiseer word alvorens dit bindend word.⁵⁴ Vir

⁴⁴ *Guide* 234.

⁴⁵ *Ibid* 235.

⁴⁶ *Guide* 235. Sien Van Niekerk 24 en 25 vir 'n bespreking oor die toesighoudende funksie en hantering van klagtes.

⁴⁷ Van Niekerk 21; *Guide* 235.

⁴⁸ *Ibid*.

⁴⁹ *Ibid*. A 10 van die IAO Konstitusie omskryf die funksies van die Kantoor.

⁵⁰ Burkett 20; Basson, Christianson, Garbers, Le Roux, Mischke & Strydom *Essential Labour Law* (2005) 13; Van Niekerk 19.

⁵¹ *Guide* 236.

⁵² *Ibid*. Basson 13; Van Niekerk 21.

⁵³ Van Niekerk 21; *Guide* 1, 236.

⁵⁴ *Guide* 246; Van Niekerk 21; Erasmus 88; Sien <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm> en <http://www.ilo.org/ilolex/english/newratframeE.htm> vir 'n lys van konvensies en ratifikasies.

aanvaarding van 'n konvensie moet twee derdes van die teenwoordige afgevaardigdes by die IAK ten gunste van die aanvaarding stem.⁵⁵ Al het 'n lidland vir 'n konvensie gestem, is daardie lidland, alvorens ratifikasie daarvan, nie aan die konvensie gebind nie.⁵⁶ Lidlande moet uitvoering aan die konvensies wat hul geratificeer het, gee deur dit in nasionale wetgewing en praktyke op te neem.⁵⁷ Konvensies se regswerking vestig gevolglik in nasionale wetgewing en praktyke.

Suid-Afrika, as lidland het verskeie van die konvensies geratificeer.⁵⁸ In die interpretering van die Grondwet van Suid-Afrika⁵⁹ neem die hof hoe die Internasionale reg in aanmerking en konvensies van die IAO is 'n belangrike bron hiervan.⁶⁰ In *SA National Defence Union v Minister of Defence & another*⁶¹ meld die hof:

In my view, the conventions and recommendations of the International Labour Organization (the ILO), one of the oldest existing international organisations, are important resources for considering the meaning and scope of 'worker' as used in s 23 of the Constitution.

En in *National Union of Metalworkers of SA & others v Bader Bop (PTY) Ltd & another*⁶² meld die hof:

*As has already been acknowledge by this court, in interpreting s 23 of the Constitution an important source of international law will be the conventions and recommendations of the ILO.*⁶³

4.3 Aanbevelings

Aanbevelings is nie vatbaar vir ratifikasie nie en is nie bindend op lidlande nie.⁶⁴ Die doel van aanbevelings is om riglyne aan lidlande te verskaf oor die toepassing en regulering van beleid en wetgewing. Indien 'n aanbeveling saam met konvensie

⁵⁵ A 19(2) van die IAO Grondwet.

⁵⁶ Van Niekerk 21.

⁵⁷ Erasmus 88; Van Niekerk 21; a 19(5)(d) van die IAO Konstitusie.

⁵⁸ Basson 228; Sien *Application of International Labour Standards* 2006 (II) vir 'n lys van konvensies en die lidlande wat dit geratificeer het.

⁵⁹ Wet 108 van 1996; a 39.

⁶⁰ Van Niekerk 19; Basson 13.

⁶¹ (1999) 20 *ILJ* 2265 (KH) by 2278 [25]; Basson 14.

⁶² (2003) 24 *ILJ* 305 (KH).

⁶³ *Ibid* by 322[28].

⁶⁴ Van Niekerk 21; Erasmus 85; *Guide* 236.

aanvaar word, dien dit as 'n meer gedetailleerde verduideliking ter ondersteuning van die konvensie self.⁶⁵

5 IAO KONVENSIES EN WYSIGING VAN DIENSVOORWAARDE

5.1 Inleiding

In hierdie afdeling sal ondersoek ingestel word na moontlike konvensies wat eensydige wysiging van diensvoorwaardes, kollektiewe bedinging en diensbeëindiging reguleer.

5.2 Right to Organise and Collective Bargain Convention⁶⁶

Suid Afrika het hierdie konvensie op 19 Februarie 1996 geratifiseer.⁶⁷ Die Konvensie handel oor die regte om te organiseer en kollektief te beding. Artikel 4 van die Konvensie bepaal:

Measures appropriate to national conditions shall be taken, where necessary, to encourage and promote the full development and utilisation of machinery for voluntary negotiations between employers or employers' organisations and workers' organisations, with a view to the regulation of terms and conditions of employment by means of collective agreements.

Hierdie Konvensie maak voorsiening vir vrywillige bedinging en plaas geen plig op 'n party om kollektief te beding nie en ook nie die vorm wat bedinging moet aanneem nie.⁶⁸ Suid-Afrika het maatreëls⁶⁹ in plek geplaas om uitvoering aan hierdie Konvensie te gee⁷⁰ en pas die howe hierdie Konvensie toe in hul beoordeling van die reg op kollektiewe bedinging.⁷¹

⁶⁵ Van Niekerk 21; *Guide* 236. Sien <http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm> vir 'n volledige lys van aanbevelings.

⁶⁶ Konvensie 98 is op 1 Julie 1949 aanvaar.

⁶⁷ <http://www.ilog.org/ilolex/ratifice.pl?c098>; *Bader Bop supra* vn 23.

⁶⁸ Cheadle *et al Constitutional Law of South Africa* (2009) in *Labour Relations* 18-26 en vn 122; Van Niekerk 342 en vn 8; Du Toit 240.

⁶⁹ Hierdie maatreëls maak nie voorsiening vir 'n reg op kollektiewe bedinging nie; Van Niekerk 342.

⁷⁰ A 23(5) van die Grondwet; Hoofstuk 3 van die WAV; Steenkamp, Stelzner & Badenhorst *The Right to Bargain Collectively* (2004) 25 *ILJ* 943. Alhoewel hierdie konvensie nie 'n direkte verbod op eensydige wysiging van diensvoorwaardes plaas nie, is dit 'n belangrike instrument waardeur die wysiging van diensvoorwaardes beïnvloed en beding word.

⁷¹ *Bader Bop supra*; *SANDU supra*.

Die Konvensie bevorder en moedig kollektiewe ooreenkomste aan wat diensvoorwaardes en terme reguleer.⁷² 'n Kollektiewe ooreenkoms beskerm werkers teen die eensydige wysiging van diensvoorwaardes aangesien daar 'n bindende ooreenkoms deur wilsooreenstemming tot stand gebring is.⁷³ Waar diensvoorwaardes wel eensydig gewysig word het werknemers arbeidsregtelike remedies om die wysigings aan te spreek.⁷⁴

5.3 Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention⁷⁵

Hierdie Konvensie is op 19 Februarie 1996 deur Suid-Afrika geratifiseer⁷⁶ en is die belangrikste bron wat die reg om vryheid van assosiasie en organisering reguleer.⁷⁷ Artikel 2 van die Konvensie bepaal:

Workers and employers, without distinction whatsoever, shall have the right to establish and, subject only to the rules of the organisation concerned, to join organisations of their own choosing without previous authorisation.

Die reg op vryheid van assosiasie⁷⁸ is die hoeksteen vir kollektiewe bedinging⁷⁹ en is 'n voorvereiste vir ander regte soos die reg om te organiseer, kollektief te beding en te staak.⁸⁰ Net soos Konvensie 98⁸¹ het Suid-Afrika maatreëls in plek geplaas om uitvoering aan hierdie Konvensie te gee⁸² en hierdie Konvensie is reeds in verskeie hofsake aangehaal waar die hof 'n beoordeling oor die reg op vryheid van assosiasie en organiseringsregte moes maak.⁸³

⁷² A 4.

⁷³ Du Toit 273.

⁷⁴ Du Toit 252. Hierdie remedie is nie ingevolge die IAO konvensie nie maar ingevolge a 24, 63, 64, of 191 van die WAV of a 77 van die WBD. Sien ook Du Toit 277; Basson 262.

⁷⁵ Konvensie 87 van 1949.

⁷⁶ Cooper *et al Constitutional Law of South Africa* (2009) in *Labour Relations* 53-20 vn 5; *Bader Bop supra* vn 23.

⁷⁷ Van Niekerk 321; Cooper 53-20 en vn 7.

⁷⁸ Sien Van Niekerk 326 vir 'n bespreking oor die beperking van die reg om te assosieer.

⁷⁹ Van Niekerk 322; Cooper 53-20.

⁸⁰ *Ibid.* Die vorming van 'n vakbond is nie 'n voorvereiste om kollektief te beding of te staak nie. Individue kan informeel assosieer om aangeleenthede van onderlinge belang met hulle werkgewer te beding en om te staak. Sien Van Niekerk 272.

⁸¹ *Supra.*

⁸² A 18 en 23(2) van die Grondwet; Hoofstuk 2 van die WAV. A 7 van die WAV beskerm werkers teen diskriminasie in die uitvoering van enige reg in terme van die WAV. Van Niekerk 324 en vn 20.

⁸³ *Bader Bop supra*; *SANDU supra*; *SANDU v Minister of Defence & others* [2007] 9 BLLR 785 (KH). Cooper 53-21 ev bepreek ook die *SANDU* sake.

5.4 Labour Relations (Public Service) Convention⁸⁴

Hierdie Konvensie is nie deur Suid-Afrika geratifiseer nie.⁸⁵ Die Konvensie maak voorsiening vir die reg om te organiseer en prosedure om diensvoorwaardes in die openbare sektor vas te stel.⁸⁶ Artikel 7 bepaal:

Measures appropriate to national conditions shall be taken, were necessary, to encourage and promote the full development and utilisation of machinery for negotiation of terms and conditions of employment between the public authorities concerned and public employees' organisation, or of such other methods as will allow representatives of public employees to participate in these matters.

Die Konvensie bevorder en moedig die onderhandeling van diensvoorwaardes tussen openbare instansies en werknemersorganisasies aan.⁸⁷ Hierdie Konvensie ondersteun weereens die beginsel dat wysiging van diensvoorwaardes onderhandel moet word.

5.5 Termination of Employment Convention⁸⁸

Hierdie Konvensie handel oor die beëindiging van die diensverhouding deur die werkgever. Diensbeëindiging mag slegs geskied indien daar 'n grondige rede bestaan.⁸⁹ Die Konvensie meld ook gevalle wat nie as grondige redes vir diens beëindiging beskou word nie.⁹⁰ Een van die gronde van diensbeëindiging wat hierdie Konvensie verbied, is weens 'n grief of 'n dispuut wat ingestel word teen 'n werkgever weens 'n verbreking van 'n reg of regulasie.⁹¹

Hierdie Konvensie bepaal verder dat waar 'n werkgever diensbeëindiging weens ekonomiese, tegnologiese, strukturele of soortgelyke redes⁹² voorsien, daar met werknemerverteenwoordigers gekonsulteer moet word.⁹³ Een van die punte van konsultasie is die oorweging van alternatiewe om diensbeëindiging te voorkom.⁹⁴

⁸⁴ Konvensie 151 is op 27 Junie 1978 aanvaar.

⁸⁵ <http://www.ilo.org/ilolex/ratifer.pl?c151>.

⁸⁶ Guide 17.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Konvensie 158 is op 22 Junie 1982 aanvaar.

⁸⁹ A 4. Hierdie is die substantiewe gronde.

⁹⁰ A 5.

⁹¹ A 5(c). Hierdie verbod is ook in a 187(1)(d) van die WAV vervat. Hierdie reg of regulasie kan insluit diensvoorwaardes in 'n dienskontrak vervat of diensvoorwaardes in terme van die WBD, kollektiewe ooreenkoms of sektorale vasstelling.

⁹² Operasionele gronde.

⁹³ A 13 en 14. Die bepalings van a 13 is grootliks vervat in a 189 van die WAV.

⁹⁴ A 13(1)(b); Alternatiewe kan insluit wysiging van diensvoorwaardes. Du Toit 437.

Buiten hierdie konsultasie-proses maak die Konvensie ook voorsiening dat 'n werker homself kan verdedig voor diensbeëindiging weens wangedrag of wanprestasie. Artikel 7 van die konvensie bepaal:

*The employment of a worker shall not be terminated for reasons related to the worker's conduct or performance before he is provided an opportunity to defend himself against the allegation made, unless the employer cannot reasonably be expected to provide this opportunity.*⁹⁵

5.6 Gevolgtrekking

Die konvensies waarna hierbo verwys is, maak geen direkte verwysing na 'n verbod teen die eensydige wysiging van diensvoorwaardes nie en daar is ook geen verbod op die ontslag van werkers wat weier om eensydige wysiging in dienvoorwaardes te aanvaar nie, behalwe dat werkers se diens slegs weens geldige redes beëindig mag word. Wat hierdie konvensies wel aanmoedig en bevorder, is 'n konsultasie- en onderhandelingsproses wanneer wysiging van diensvoorwaardes ter sprake kom. Werkgewers het 'n plig⁹⁶ om met werkerverteenwoordigers te konsulteer⁹⁷ wanneer voorsien word dat werkers se dienste weens operasionele vereistes beëindiging kan word.

Die reg om te staak is fundamenteel vir werkers om hulle belange te beskerm alhoewel daar geen IAO konvensie is wat die reg op staking erken nie.⁹⁸ Sonder 'n reg tot staking sal die reg om te assosieer en kollektief te beding ingevaargestel word.⁹⁹ Die IAO se Komitee oor Vryheid van Assosiasie beskou staking as een van die belangrikste wyses waarvolgens werkers en hulle organisasies hulle ekonomiese en sosiale belange kan bevorder en beskerm.¹⁰⁰

Alhoewel konvensies ten doel het om werkers se regte te beskerm, word daar nie voorsiening vir remedies in konvensies gemaak nie. Lidlande is self verantwoordelik om konvensies in nasionale wetgewing en praktyke op te neem.¹⁰¹ Konvensies is dus nie geskik om werkers se regte af te dwing nie en werkers se beskerming teen

⁹⁵ Prosedurele billikheid.

⁹⁶ A 13 gebruik die woord 'must'.

⁹⁷ A 13(1)(b). Daar is nie 'n plig om te onderhandel en 'n ooreenkoms te bereik nie en word slegs 'n konsensus soekende proses vereis; Van Niekerk 342 vn 7.

⁹⁸ Cooper 53-44.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Erasmus 88; Van Niekerk 21; a 19(5)(d) van die IAO Konstitusie.



ontslag weens die weiering om eensydige verandering in diensvoorwaardes te aanvaar moet vanuit ander bronne verkry word, waarvan die vernaamste bronne die gemenereg¹⁰² en nasionale wetgewing¹⁰³ is.

¹⁰²

Sien Hoofstuk 3.

¹⁰³

Sien Hoofstuk 4.

HOOFSTUK 3

DIENSKONTRAKTE

1 INLEIDING

Die dienskontrak is die dokument wat die verhouding tussen die werkgewer en werknemer omskryf.¹⁰⁴ Die dienskontrak is egter nie 'n omvattende dokument wat iedere en elke diensvoorwaarde vervat nie. Waar die dienskontrak swyg oor voorwaardes kan die reg geïmpliseerde voorwaardes in die kontrak inlees.¹⁰⁵ Die reg erken die gemeenregtelike kontrakbeginsels en sal uitvoering aan 'n dienskontrak gee solank dit versoenbaar is met relevante wetgewing en nie teen regsvoorskrifte is nie. Wysiging van diensvoorwaardes is nie toelaatbaar tensy daar wilsooreenstemming tussen die partye is nie.¹⁰⁶

In hierdie hoofstuk sal die gemeenregtelike dienskontrak bespreek word en die gemeenregtelike posisie ten opsigte van wysigings van dienskontrakte ondersoek word.

2 GELDIGHEIDSVEREISTES

2.1 Inleiding

Vyf vereistes moet teenwoordig wees vir 'n regsgeldige kontrak en indien een van hierdie vereistes ontbreek, kom daar nie 'n kontrak tot stand nie.¹⁰⁷ Dienskontrakte moet ook aan hierdie vereistes voldoen.

2.2 Wilsooreenstemming

Hierdie vereiste, vorm die basis van 'n kontrak deurdat die partye oor ooreenstemmende wille moet beskik ten aansien van die totstandkoming van 'n spesifieke kontrak.¹⁰⁸ In die geval van 'n dienskontrak moet die partye ooreenstem

¹⁰⁴ *Member of the Executive Council, Department of Health, Eastern Cape v Odendaal & others* (2009) 30 ILJ 2093 (AH).

¹⁰⁵ Grogan *Workplace Law* (2007) 34 (hierna 'Workplace Law' genoem).

¹⁰⁶ *Odendaal supra*; *Nxele v Chief Deputy Commissioner, Corporate Services, Department of Correctional Services & others* (2008) 29 ILJ 2708 (AAH).

¹⁰⁷ Nagel, Borraine, Delpont, Lötze, Olivier, Otto, Prozesky-Kuschke, Roestoff, Van Eck & Van Jaarsveld *Kommersiële Reg* (2006) 38.

¹⁰⁸ *Ibid*; Van der Merwe, Van Huyssteen, Reinecke & Lubbe *Contract General Principles* (2007) 21; *Workplace Law* 31; Van Jaarsveld & Oosthuizen *Suid-Afrikaanse Handelsreg* (1990) 616.

om 'n werkgewer – werknemer verhouding tot stand te bring. As een of albei partye nie die bedoeling het dat 'n diensverhouding tot stand kom nie is daar nie wilsooreenstemming nie en gevolglik geen dienskontrak nie. Hierdie vereiste is belangrik by wysiging van dienskontrakte aangesien daar wilsooreenstemming teenwoordig moet wees wanneer diensvoorwaardes gewysig word.

2.3 Handelingsbevoegdheid

Die partye wat 'n dienskontrak sluit moet regtens oor die vermoë beskik om 'n wil te vorm om 'n kontrak te sluit en oor die oordeel beskik om volgens daardie wil te handel.¹⁰⁹ Waar die vermoë of die oordeel ontbreek kan 'n regsgeldige kontrak nie tot stand kom nie, al is wilsooreenstemming teenwoordig.¹¹⁰

2.4 Juridiese en fisiese uitvoerbaarheid

Die kontrak moet regtens geoorloof wees en mag nie teen enige regsreël, die openbare belang of goeie sedes wees nie.¹¹¹ In *Kylie v CCMA & others*¹¹² bevind die hof dat 'n kontrak tussen sekswerkers en hulle werkgewers onwettig en teen die goeie sedes is. Die hof pas eerstens die beginsel *ex turpi causa non oritur actio*¹¹³ toe dat sekswerkers nie 'n regsvordering ingevolge die Wet op Arbeidsverhouding¹¹⁴ (WAV) het nie en tweedens die gemenerereg beginsel, dat die howe nie onregmatige handeling moet aanmoedig nie.¹¹⁵ Die verpligtinge ingevolge die kontrak moet bepaald of bepaalbaar wees en ten tye van kontraksluiting objektief moontlik wees.¹¹⁶

2.5 Formaliteite

Formaliteite kan of deur wetgewing of deur die partye self vereis word.¹¹⁷ Die Suid-Afrikaanse reg skryf geen formaliteitsvereistes vir 'n dienskontrak voor nie en indien

¹⁰⁹ Nagel 67; *Workplace Law* 31; Van Jaarsveld 617.

¹¹⁰ Sien Nagel 67 e.v. vir 'n bespreking van Handelingsbevoegdheid.

¹¹¹ Nagel 22; *Workplace Law* 31; Van Jaarsveld 617.

¹¹² [2008] 9 BLLR 870 (AH).

¹¹³ 'Uit 'n skandelige oorsaak ontstaan daar geen regsvordering nie'.

¹¹⁴ Wet 66 van 1995.

¹¹⁵ Die Arbeids Appèlhof het egter beslis dat sekswerkers wel die beskerming van die Wet op Arbeidsverhouding geniet.

¹¹⁶ *Workplace Law* 31; Van Jaarsveld 617; Nagel 22. Sien ook Nagel 88 e.v. vir 'n bespreking van fisiese uitvoerbaarheid.

¹¹⁷ Nagel 92; *Workplace Law* 32.

die partye aan die voorafgaande geldigheidsvereistes voldoen, sal 'n diensverhouding tot stand kom, ongeag of daar 'n mondelinge- of skriftelike ooreenkoms is.¹¹⁸

3 DIENSKONTRAK

3.1 Inleiding

Buiten dat dienskontrakte aan die geldigheidsvereistes moet voldoen moet die dienskontrak ook sekere *essentialia* bevat om as 'n dienskontrak geklassifiseer te word.¹¹⁹

3.2 Omskrywing

'n Dienskontrak is 'n vrywillige ooreenkoms tussen twee partye waarvolgens die een party (die werknemer) persoonlik sy diens aan die ander party (die werkgewer) beskikbaar stel vir 'n bepaalde of onbepaalde tydperk, in ruil vir 'n bepaalde of bepaalbare vergoeding en wat die werkgewer geregtig maak om die werknemer se pligte te bepaal en om die uitoefening van daardie pligte te kontroleer.¹²⁰ Hierdie definisie soos deur Grogan¹²¹ omskryf, bevat die *essentialia* van 'n dienskontrak. Indien een van hierdie vereistes ontbreek, het 'n dienskontrak nie tot stand gekom nie.¹²²

3.3 *Essentialia*

Essentialia is nie 'n voorvereiste vir die geldigheid van 'n kontrak nie en waar sekere *essentialia* ontbreek om as 'n spesifieke kontrak te kwalifiseer, kan die kontrak wel as 'n ander tipe kontrak kwalifiseer as al daardie *essentialia* van daardie tipe kontrak teenwoordig is.¹²³ Die *essentialia* van 'n dienskontrak is eerstens 'n vrywillige

¹¹⁸ *Workplace Law* 32; Skrif of ondertekening deur die partye is nie 'n vereiste nie. A 29 van die Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997 (WBD) bepaal wel dat die werkgewer sekere skriftelike inligting aan die werknemer by diensaanvaarding moet verskaf. Daar is egter geen geldigheidsvereiste of strafbepaling ingevolge a 93 by die nie-nakoming van hierdie bepaling nie.

¹¹⁹ Van der Merwe 282.

¹²⁰ *Workplace Law* 31. Nagel by 518 omskryf 'n dienskontrak as 'n 'wederkerige ooreenkoms ingevolge waarvan 'n werknemer sy dienste vir 'n termyn, gewoonlik teen vergoeding en onder gesag tot die beskikking van die werkgewer stel.'

¹²¹ *Workplace Law* 31.

¹²² Daar is dus geen kontrak nie of 'n ander tipe kontrak, bv. 'n onafhanklike kontrakteurs kontrak, kan tot stand gekom het.

¹²³ Van der Merwe 283; Basson, Christianson, Garbers, Le Roux, Mischke & Strydom *Essential Labour Law* (2005) 21.

ooreenkoms.¹²⁴ Tweedens is dit 'n ooreenkoms tussen twee partye, die werkgewer en werknemer.¹²⁵ Derdens kom die partye ooreen dat die werknemer sy dienste aan die werkgewer beskikbaar stel en om sekere funksies te verrig.¹²⁶ Vierdens word 'n kontraktermyn vasgestel.¹²⁷ Hierdie termyn kan onbepaald, vir 'n vaste termyn of bepaalbaar wees.¹²⁸ Vyfdens word vergoeding, as teenprestasie vir die werknemer se dienste, deur die werkgewer betaal.¹²⁹ Laastens word die dienste van die werknemer onder die toesig en beheer van die werkgewer gelewer.¹³⁰

4 VOORWAARDES

4.1 Inleiding

Buiten die *essentialia* staan dit die kontrakpartye vry om enige verdere diensvoorwaardes in die kontrak te stipuleer. Indien die partye egter nie voorwaardes stipuleer nie sal ons reg wel voorwaardes in die kontrak inlees wat kan insluit *naturalia*, stilswyende- of geïnkorporeerde voorwaardes.

4.2 *Naturalia*

Hierdie voorwaardes word deur ons reg erken al word dit nie in die kontrak vervat nie en al is die partye nie bewus van die bestaan daarvan nie.¹³¹ Een van die belangrikste *naturalia* is dat 'n werknemer 'n verpligting tot goeie trou teenoor sy werkgewer het en nie die vertrouensverhouding in gedrang moet bring nie.¹³² Voorbeelde sal wees dat 'n werknemer nie van sy werkgewer mag steel nie,¹³³ dat 'n werkgewer nie sy werknemer mag aanrand nie of dat 'n werknemer nie

¹²⁴ *Workplace Law* 31; Nagel 518; Basson 20; Du Toit, Bosch, Woolfrey, Godfrey, Cooper, Giles, Bosch, & Rossouw *Labour Relations Law A Comprehensive Guide* (2008) 76.

¹²⁵ *Ibid*; Van Jaarsveld 618.

¹²⁶ *Ibid*.

¹²⁷ *Workplace Law* 31, 43; Nagel 519; Van Jaarsveld 619.

¹²⁸ *Ibid*.

¹²⁹ *Workplace Law* 31, 45; Nagel 519; Van Jaarsveld 637; Basson 21.

¹³⁰ *Ibid*.

¹³¹ *Workplace Law* 36; Nagel 40; Cohen *Implying Fairness into the Employment Contract* (2009) 30 *ILJ* 2271 by 2274.

¹³² *Workplace Law* 36 vn. 19; Nagel 526; Basson 40; Cohen 2283; Bosch *The Implied Term of Trust and Confidence in South African Labour Law* (2006) 27 *ILJ* 28 by 31; Hawthorne *Abuse of a Right to Dismiss not Contrary to Good Faith* (2005) 17(1) *SAMLJ* 214; Mischke *Acting in good faith: Courts focus on employee's fiduciary duty to the employer* (2004) 14(1) *CLL* 1; *Volvo (South Africa) (Pty) Ltd v Yssel* (2009) 30 *ILJ* 2333 (HHA).

¹³³ *Workplace Law* 36; Nagel 526.

handelsgeheime van sy werkgewer aan kompetisie mag verskaf nie. 'n Werkgewer het egter ook 'n plig teenoor 'n werknemer om in goeie trou op te tree.¹³⁴

4.3 Stilswyende voorwaardes

Hierdie voorwaardes is versweë terme wat uit die gemene bedoeling van die partye ontstaan soos afgelei uit die uitdruklike voorwaardes¹³⁵ van die kontrak en omliggende omstandighede.¹³⁶ Hierdie voorwaardes sal in 'n dienskontrak ingelees word as dit nodig is vir die effektiewe uitvoering van die kontrak.¹³⁷ In *Sondlo*¹³⁸ neem die hof nie net die dienskontrak in ag nie maar pas ook die versoenbaarheid daarvan met die reg toe:

*It therefore follows that the court must by law imply that the employment contract was for a fixed term. Implying that the contract was for a maximum period would be inconsistent with the express terms and the law.*¹³⁹

4.4 Geïnkorporeerde voorwaardes

Indien 'n dienskontrak swyg oor voorwaardes wat vervat is in wetgewing, 'n kollektiewe ooreenkoms of 'n sektorale vasstelling sal daardie voorwaardes deur die reg ingelees word asof die partye daartoe toegestem het.¹⁴⁰ Byvoorbeeld waar die partye nie oor siekverlof ooreengekom het nie, sal daar afgelei word dat die bepalinge oor siekverlof soos vervat in die WBD¹⁴¹ sal geld.

Die WAV bepaal dat 'n kollektiewe ooreenkoms, wat beide die werknemer en werkgewer bind, 'n individuele dienskontrak wysig.¹⁴² Hierdie wysiging sal egter slegs wees in sover die dienskontrak nie versoenbaar is met die kollektiewe ooreenkoms nie.

¹³⁴ *Denel (Pty) Ltd v Vorster* (2004) 25 ILJ 659 (HHA); *Fedlife Ltd v Wolfaardt* (2001) 22 ILJ 2407 (HHA); Mischke *Making Contractual Rights: Has the Supreme Court of Appeal Reached the End of the Line?* (2010) 19(8) CLL 77; Bosch 29.

¹³⁵ *Sondlo v Chris Hani District Municipality* (2008) 29 ILJ 2010 (AH) by par 43; *Parry v Astral Operations Ltd* (2005) 26 ILJ 1479 (AH).

¹³⁶ *Workplace Law* 35, 36; Nagel 56.

¹³⁷ *Ibid* 36. Sien Nagel 56 vir die vereistes waaraan voldoen moet word alvorens die howe stilswyende voorwaardes sal invoeg.

¹³⁸ *Supra*.

¹³⁹ By [41].

¹⁴⁰ *Workplace Law* 37; Basson 45.

¹⁴¹ A 22.

¹⁴² A 23(3). Sien ook a 49(4) van die WBD.

5 EENSYDIGE WYSIGING VAN DIENSVOORWAARDES

5.1 Inleiding

Wysiging van voorwaardes in 'n dienskontrak kan, met die uitsluiting van statutêre voorskrifte nie eensydige gewysig word nie.¹⁴³ Indien die partye wilsooreenstemming bereik met betrekking tot wysiging van voorwaardes kom 'n gewysigde kontrak tot stand.¹⁴⁴ Die arbeidsreg erken dus die gemeenregtelike beginsel van kontrakteursvryheid, maar slegs waar dit versoenbaar is met wetgewing en regsvoorskrifte.

5.2 Wysiging by ooreenkoms

Ten spyte van wilsooreenstemming tussen die partye is voorwaardes of wysiging van voorwaardes wat nie versoenbaar is met die WBD of die WAV nie afdwingbaar nie.¹⁴⁵

In *Bafana Finance Mabopane v Makwakwa*¹⁴⁶ beslis die hof dat:

An agreement whereby a party purports to waive the benefits conferred upon him or her by statute will be contra bonos mores, and therefore not enforceable, if it can be shown that such agreement would deprive the party of protection which the Legislature considered should, as a matter of policy, be afforded by law.

Die siening van die Arbeidshof in *Parry v Astral Operations Ltd*¹⁴⁷ oor arbeidswetgewing is:

*Public policy norms governing an employment relationship, which cannot be excluded by contract, include provisions that prescribed minimum terms and conditions of employment and the protection against unfair discrimination, dismissal and labour practices.*¹⁴⁸

en

¹⁴³ *Odendaal supra* 30; Basson 45.

¹⁴⁴ *Verity v University of the Witwatersrand* (2009) 30 ILJ 2518 (AH).

¹⁴⁵ *SA Post Office Ltd. v Mampeule* (2009) 30 ILJ 664 (AH) waar die hof beslis is dat 'n outomatiese beëindigingsklousule ontoelaatbaar is omdat dit Bylae 8 van die WAV en moontlik ook die grondwetlike reg op billike arbeidspraktyk afstomp. Sien ook *Molusi v Ngisiza Bonke Manpower Services cc* (2009) 30 ILJ 1657 (KVBA).

¹⁴⁶ 2006 (4) SA 581 (AAH) by 586 [10]; *Craig & Bosch Contract as a Barrier to 'Dismissal': The Plight of the Labour Broker's Employee* (2008) 29 ILJ 813 by 821.

¹⁴⁷ (2005) 26 ILJ 1479 (AH).

¹⁴⁸ By [58].

*The above analysis leads me to conclude that labour legislation in South Africa is directly applicable to all employment in South Africa. South African employers cannot contract out of the legislation, unless the statute allows it.*¹⁴⁹

Artikel 49 van die WBD maak voorsiening daarvoor dat 'n kollektiewe ooreenkoms wat by 'n Bedingingsraad gesluit is enige basiese diensvoorwaarde mag wysig, vervang of uitsluit.¹⁵⁰ Artikel 37(2)(a) en (b) van die WBD maak verder voorsiening vir 'n korter kennistydperk by ooreenkoms. Artikel 197 van die WAV magtig partye, by die oordrag van 'n lopende besigheid van een werkgever na 'n ander werkgever om die gevolge wat in die artikel gemeld word by ooreenkoms te wysig. Hierdie wysiging moet egter aan die vereistes van artikel 197(6) voldoen.

5.3 Eensydige wysigings

Ingevolge die gemenerereg kan 'n werkgever wat voorwaardes van 'n dienskontrak eensydig wou wysig dit slegs gedoen het deur behoorlike kennis van beëindiging van die dienskontrak aan die werknemer te gee en dit te koppel aan 'n aanbod van herindiensname.¹⁵¹ Die werknemer kon dan die aanbod uitdruklik of stilswyend aanvaar.¹⁵² Die werknemer kan egter weier en die werkgever by wyse van 'n interdik verbied om die wysigings te implementeer of indien die werkgever die wysigings reeds geïmplementeer het weier om sy dienste aan te bied¹⁵³ en die werkgever vir skade te dagvaar.¹⁵⁴

Ingevolge die WAV van 1956 het die Nywerheidshof sulke eensydige wysigings as onbillike arbeidspraktyke beskou.¹⁵⁵ Ingevolge die huidige WAV sal kennis van beëindiging van 'n dienskontrak en 'n gepaardgaande aanbod om herindiensname neerkom op outomatiese onbillike ontslag.¹⁵⁶

¹⁴⁹ By [62].

¹⁵⁰ A 49(1)(a) tot (d) plaas egter 'n beperking op enige wysiging, vervanging of uitsluiting.

¹⁵¹ *Workplace Law* 42; Basson 9 en 75.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ Weens kontrakbreuk deur die Werkgever. *Buthlezi v Demarcation Board* (2004) 25 *ILJ* 2317 (AAH)

¹⁵⁴ *Workplace Law* 43; Basson 9.

¹⁵⁵ *Ibid* asook vn 46.

¹⁵⁶ A 187(1)(c). Die diensbeëindiging sal nie aan die billikheidsvereiste voldoen nie en sal wees om die werknemer te dwing om wysigings in diensvoorwaardes te aanvaar. *Workplace Law* 43; Du Toit 390.

Eensydige wysiging van diensvoorwaardes onder die huidige WAV word nie beskou as 'n onbillike arbeidspraktyk nie.¹⁵⁷ Die WAV beperk wel die werkgewer se vermoë om eensydige wysigings te implementeer. Een van hierdie beperkings is waar werkplekforums ingevolge die WAV¹⁵⁸ tot stand gekom het die werkgewer verplig is om met die werkplekforum te konsulteer oor sekere aangeleenthede,¹⁵⁹ en poog om konsensus oor besluite te bereik.¹⁶⁰

'n Verdere beperking is waar 'n dispuut wat handel oor eensydige wysiging van diensvoorwaardes na die Kommissie vir Versoening, Bemiddeling en Arbitrasie (KVBA) ingevolge artikel 64 van die WAV verwys is, die applikante kan versoek dat die wysiging vir 'n tydperk van 30 dae nie implementeer word nie of indien die wysiging reeds geïmplementeer is om die vorige voorwaardes te herstel.¹⁶¹ Indien 'n werkgewer nie aan hierdie versoek gehoor gee nie is werknemers by magte om te staak¹⁶² of om die werkgewer by wyse van 'n interdik tot nakoming te dwing.¹⁶³

Wysiging ingevolge artikel 64(4) beteken eerstens dat daar nie wilsooreenstemming tot die verandering was nie en tweedens dat terme en diensvoorwaardes verander het.¹⁶⁴ Die normale vereistes¹⁶⁵ alvorens tot staking oorgegaan word, is nie van toepassing indien wysiging van diensvoorwaardes eensydig geïmplementeer word nie.¹⁶⁶ Die gevolg hiervan is dat werknemers vinniger tot die kollektiewe magstryd kan toetree.

Nog 'n beperking op die werkgewer is die verbod op ontslag weens die weiering deur die werknemer om eensydige wysiging van diensvoorwaardes te aanvaar.¹⁶⁷ Hierdie

¹⁵⁷ A 186(2) omskryf onbillike arbeidspraktyk. 'n Onbillike werkspraktyk wat nie binne hierdie omskrywing val nie, word nie arbeidsregtelik as 'n onbillike arbeidspraktyk beskou nie.

¹⁵⁸ A 80.

¹⁵⁹ A 84 omskryf die aangeleenthede waarvoor gekonsulteer moet word.

¹⁶⁰ A 79(c) en a 58(1); *Workplace Law* 43; Du Toit 356.

¹⁶¹ A 64(4) van die WAV. Hierdie artikel het beperkte regte vir 'n individu. Indien geen skikking by konsiliasie bereik word nie en 'n sertifikaat word uitgereik kan die applikante ingevolge A 64(1) kennis van staking gee. Staking is egter 'n kollektiewe bedingingsmag en is nie beskikbaar vir 'n individu nie. 'n Individuele werknemer sal eerder suksesvol met 'n aansoek na die Arbeidshof ingevolge a 77(3) van die WBD wees; *Workplace Law* 43; Du Toit 304.

¹⁶² A 64(3); *Workplace Law* 385; Du Toit 304.

¹⁶³ A 158(1)(b); Du Toit 304; *Workplace Law* 386.

¹⁶⁴ Du Toit 304; *Workplace Law* 275.

¹⁶⁵ A 64(1).

¹⁶⁶ *Workplace Law* 358; Du Toit 304.

¹⁶⁷ Hierdie beperking word in Hoofstuk 4 en 5 bespreek.

ontslag sal neerkom op outomatiese onbillike ontslag.¹⁶⁸ Ingevolge die gemenereg kon 'n werknemer 'n eis vir skade teen die werkgewer instel.¹⁶⁹

5.4 Wysiging van vaste termyn dienskontrak

Hierdie tipe kontrak het 'n bepaalde datum van beëindiging of beëindiging word gestipuleer deur die bereiking van 'n spesifieke gebeurtenis.¹⁷⁰ Tensy die kontrakvoorwaardes voorsiening maak vir beëindiging voor die gestipuleerde datum of gebeurtenis kan die kontrak nie beëindig word tensy goeie gronde bestaan nie.¹⁷¹

In *Buthelezi v Municipal Demarcation Board*¹⁷² het die hof beslis dat waar 'n vaste termyn dienskontrak nie voorsiening maak vir vroeë beëindiging nie, dit nie onbillik is om die werkgewer aan die kontrak gebind te hou nie, selfs al vereis operasionele vereistes beëindiging van die kontrak en daar ook geen wesentlike kontrakbreuk aan die kant van die werknemer teenwoordig is nie.¹⁷³

In *Buthelezi* beslis die hof verder dat alhoewel arbeidswetgewing in 'n sekere mate die gemenereg gewysig het, die algemene beginsel, dat 'n vaste termyn dienskontrak nie eensydig en voortydig beëindig kan word nie, nie gewysig is nie.¹⁷⁴

Alhoewel artikel 189 van die WAV 'n statutêre reg aan werkgewers gee om werknemers se dienste weens operasionele vereistes te beëindig, is die hof se siening dat die gemene reg nie so uitgebrei is dat hierdie statutêre reg op vaste termyn kontrakte van toepassing is nie,¹⁷⁵ tensy hierdie statutêre reg 'n uitdruklike voorwaarde in die dienskontrak is. In *Buthelezi* gaan die hof verder en bevind dat die ontslag substantief onbillik was "in the fullest possible sense."¹⁷⁶

¹⁶⁸ A 187(1)(c); *Commercial Catering & Allied Workers Union of SA & others v Game Discount World Ltd* (1990) 11 ILJ 162 (NH); *Fry's Metals (Pty) Ltd v National Union of Metalworkers of SA & others* (2003) 24 ILJ 133 (AAH); *Chemical Workers Industrial Union & Others v Algorax (Pty) Ltd* (2003) 24 ILJ 1917 (AAH).

¹⁶⁹ *Tsika v Buffalo City Municipality* (2009) 30 ILJ 105.

¹⁷⁰ *Workplace Law* 43.

¹⁷¹ *Ibid* 44; Goeie gronde sal wees gemeenregtelik kontrakbreuk of beginsels soos vervat in die WAV. Sien egter diensbeëindiging weens operasionele vereistes wat hieronder bespreek word. (2004) 25 ILJ 2317 (AAH).

¹⁷² By [9], [12] en [15].

¹⁷³ By [12]; *Mischke Breach of contract and constructive dismissal* (2005) 14(10) CLL 99.

¹⁷⁴ *Ibid*.

¹⁷⁵ By [16].

Hierdie gemeenregtelike beginsel wat volgens *Buthelezi* toepassing vind, is reeds in *Fedlife Assurance Ltd. v Wolfaardt*¹⁷⁷ bespreek. Die hof het voor die vraag te staan gekom of 'n werknemer se gemeenregtelike eis vir kontrakbreuk deur die WAV opgehef is.

Die hof beslis:¹⁷⁸

In considering whether the 1995 Act should be construed to that effect it must be borne in fortiori, not to deprive parties of existing remedies for wrongs done to them. A statute will be construed as doing so only if that appears expressly or by necessary implication.

Die hof verwys dan na artikel 39(2) van die Grondwet¹⁷⁹ wat bepaal:

By die uitleg van enige wetgewing, en by die ontwikkeling van die gemene reg of gewoontereg, moet elke hof, tribunaal of forum die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte bevorder.

Die hof beslis dat die werking van die Grondwet en spesifiek artikel 39(2) nie die effek gehad het om die vermoede teen wetgewende wysigings van bestaande reg geheel te verbied nie.

Die hof gaan dan verder:

*The continued existence of the common-law right of employees to be fully compensated for the damages they can prove they have suffered by reason of an unlawful premature termination by their employers of fixed-term contracts of employment is not in conflict with the spirit, purport and objects of the Bill of Rights and it is appropriate to invoke the presumption in the present case.*¹⁸⁰

Volgens die hof is daar geen uitdruklike opheffing van die gemeenregtelike beginsel om kontraktuele regte af te dwing nie.¹⁸¹ Die WAV sou die voortydige beëindiging van 'n vastetermyn dienskontrak uitdruklik as onbillike ontslag omskryf het indien die wetgewer die gemene reg wou verander.¹⁸² Grogan¹⁸³ kritiseer beide die *Buthelezi*

¹⁷⁷ (2001) 22 ILJ 2407 (HHA).

¹⁷⁸ By [16].

¹⁷⁹ 108 van 1996.

¹⁸⁰ By [16].

¹⁸¹ By [17]. Sien ook *Denel (Pty) Ltd v Vorster* (2004) 25 ILJ 659 (HHA); *Old Mutual Life Assurance Co. Ltd v Gumbi* 2007 (5) SA 552 (HHA); *Boxer Superstores Mthatha & another v Mbenya* 2007 (5) SA 450 (HHA); Cohen 2273.

¹⁸² By [18].

¹⁸³ *Dismissal, Discrimination & Unfair Labour Practices* (2008) (hierna "Grogan" genoem).

en *Fedlife* uitsprake in hul benadering dat, waar die wetgewer beoog om die gemene reg te wysig, hy dit uitdruklik sal doen.¹⁸⁴

In *SA Maritime Safety Authority v Mckenzie*¹⁸⁵ is die beginsel wat die howe neergelê het omgekeer. Die hof beslis:

*In by far the majority of cases the right and obligations that are created by contract will play the lesser role and the statutory rights of employees will come to the fore. In some instances the converse will be true. In either case I can see no justification for mechanically duplicating statutory rights by importing them into the contract...*¹⁸⁶

en

*The LRA specifically gives effect to the constitutional right to fair labour practices and the consequent right not to be unfairly dismissed. Accordingly the constitutional basis for developing the common law of employment and thereby altering the contractual relationship is absent.*¹⁸⁷

en

*That analysis concludes that, insofar as employees who are subject to and protected by the LRA are concerned, their contracts are not subject to an implied term that they will not be unfairly dismissed or subjected to unfair labour practices. Those are statutory rights for which statutory remedies have been provided together with statutory mechanisms for resolving disputes in regard to those rights.*¹⁸⁸

Die hof se siening is dus dat waar wetgewing reeds uiting aan grondwetlike regte gee die gemenerereg nie ontwikkel moet word om die *naturalia* van die dienskontrak te wysig nie en dat meganismes en remedies soos vervat in wetgewing aangewend moet word.

Die problematiek wat uit die vaste termyn dienskontrak ontstaan het kan eenvoudig uit die weg geruim word deur die reg om so 'n kontrak weens operasionele vereistes te beëindig, uitdruklik 'n kontraktuele bepaling te maak.¹⁸⁹ Die gemenerereg identifiseer wel met beëindiging van dienskontrakte weens kontrakbreuk soortgelyk

¹⁸⁴ *Ibid* 435.

¹⁸⁵ [2010] 5 BLLR 488 (HHA).

¹⁸⁶ By [36].

¹⁸⁷ By [37].

¹⁸⁸ By [56].

¹⁸⁹ Grogan 434.

aan die erkende diensbeëindiging wat in die WAV omskryf word¹⁹⁰ en hierdie gronde van diensbeëindiging het uit die gemene reg ontwikkel.

Ingevolge die gemene reg kan een kontrakparty nie eensydig voorwaardes van 'n kontrak wysig nie. Hierdie beginsel geld ook vir die dienskontrak. Alhoewel die gemene reg deur arbeidswetgewing ontwikkel het,¹⁹¹ is dit nie deur hierdie wetgewing vervang nie. Die gemeenregtelike beginsels is toegepas waar daar nie uitdruklik vir arbeidsregtelike beginsels in die dienskontrak voorsiening gemaak was nie. Die beginsels in arbeidswetgewing sal egter toegepas word waar meganismes en remedies in wetgewing vervat is.¹⁹²

¹⁹⁰ A 188(a)(i). Werknemers wat hulle aan wangedrag skuldig maak of onbekwaam is se kontrakte sou ingevolge die gemene reg beëindig kon word.

¹⁹¹ Sien Hoofstuk 4.

¹⁹² *Mckenzie supra*.

HOOFSTUK 4

WETGEWENDE RAAMWERK

1 INLEIDING

Artikel 23 van die Grondwet¹⁹³ se opskrif is 'Arbeidsverhoudinge'. Hierdie artikel handel uitsluitlik oor arbeidsregte wat slegs breed omskryf word.¹⁹⁴ Die Grondwet is die hoogste reg van Suid-Afrika¹⁹⁵ en wetgewing het ontwikkel wat uitvoering aan hierdie regte gee.

Hierdie hoofstuk bespreek die reg op billike arbeidspraktyke soos in die Grondwet vermeld en die beperkings wat op hierdie reg geplaas kan word. Daar word ook kortliks na die reg om te staak en aspek van kollektiewe bedinging verwys. Belangrike wetgewing wat ontwikkel is om uitvoering aan artikel 23 te gee sal ook bespreek word met spesifieke verwysing na die wisselwerking van artikels 64, 67(5), 187(1)(c) en 189 van die Wet op Arbeidsverhoudinge¹⁹⁶ (WAV).

2 DIE GRONDWET

2.1 Inleiding

Die Staat het 'n plig om die regte in die Handves te eerbiedig, beskerm, bevorder en verwezenlik.¹⁹⁷ Die breë beginsels wat in artikel 23 vervat is, is deur ander wetgewing¹⁹⁸ gekodifiseer.¹⁹⁹ Daar is egter verskeie artikels in die Handves van Regte wat 'n impak op die diensverhouding het.²⁰⁰

¹⁹³ Wet 108 van 1996; Van Niekerk, Christianson, McGregor, Smit & Van Eck *Law@Work* (2008) 33.

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ A 2.

¹⁹⁶ Wet 66 van 1995.

¹⁹⁷ A 7(2).

¹⁹⁸ WAV, Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997 (WBD).

¹⁹⁹ Currie & de Waal *The Bill of Rights Handbook* (2005) 503.

²⁰⁰ A 9-13, 16, 17, 18 en 22; Van Niekerk 33.

2.2 Artikel 23

Artikel 23(1) maak voorsiening dat elkeen²⁰¹ die reg het op billike arbeidspraktyke. Verdere subartikels verwys na die regte van elke werker, werkgewer, werkgewersorganisasie en vakbond.²⁰²

2.2.1 Die reg op billike arbeidspraktyke²⁰³

Hierdie reg is 'n ongewone grondwetlike reg wat in geen ander grondwet, met die uitsondering van Malawi, voorkom nie.²⁰⁴ Die konsep van billike arbeidspraktyk is nie vatbaar vir 'n presiese definisie nie maar sal afhang van die omstandighede van elke geval²⁰⁵ en moet deur die wetgewer toegelaat word om inhoud en betekenis te kry.²⁰⁶ Die houe en tribunale²⁰⁷ het 'n toesighoudende rol om toe te sien dat wetgewing, wat toepassing aan grondwetlike regte gee, geïnterpreteer en toegepas word.²⁰⁸

In die oorweging van billikheid moet die belange van beide die werknemer en werkgewer oorweeg word.²⁰⁹ Die Konstitusionele Hof sal egter nie geredelik aansoeke aanhoor wat uit 'n arbeidsdispuut voortspruit alvorens remedies ingevolge arbeidswetgewing uitgeput is nie, selfs waar op grondwetlike regte gesteun word.²¹⁰

²⁰¹ Sien Van Niekerk 34 e.v.; Currie 499 e.v.; Cooper *et al Labour Relations in Constitutional Law of South Africa* (2009) 53-4 e.v.; Du Toit, Bosch, Woolfrey, Godfrey, Cooper, Giles, Bosch & Rossouw *Labour Relations Law A Comprehensive Guide* (2006) 35; Cheadle *et al South African Constitutional Law: The Bill of Rights* (2009) 18-14 e.v. vir 'n bespreking oor die konstruksie van 'elkeen'.

²⁰² A 23(2)-(6); Van Niekerk 34.

²⁰³ Sien Currie 501-503; Cooper 53-11, 53-12; Van Niekerk 37 vir 'n oorsig van die ontwikkeling van die konsep van onbillike arbeidspraktyk.

²⁰⁴ Van Niekerk 36; Cooper 53-10; Cheadle 18-12; *NEHAWU v University of Cape Town & others* (2003) 24 *ILJ* 95 (KH) by [33].

²⁰⁵ *Ibid.* A 186(2) van die WAV definieer wel onbillike arbeidspraktyk.

²⁰⁶ *Ibid.*; *NEHAWU supra* by par 34.

²⁰⁷ Bv. KVBA en Bedingingsrade.

²⁰⁸ *NEHAWU supra* by [35]; Currie 505; *Schooling Does an employer have a constitutional right to fair labour practices?* (2003) 13(5) *CLL* 45.

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ *Grogan Workplace Law* 14 (hierna *Workplace Law* genoem); Du Toit 66 vn 35; *Veerasing v Engen Refinery & another* (2000) 21 *ILJ* 1606 (KH); *Dudley v City of Cape Town & another* (2004) 25 *ILJ* 991 (KH). Sien ook van Niekerk 46 en Currie 508 vir 'n bespreking van wat grondwetlike regte is.

Waar wetgewing nie 'n grondwetlike reg aanspreek nie is daar twee sienings of daar direk op so 'n grondwetlike reg aanspraak gemaak kan word.²¹¹ Die Hooggeregshof²¹² waarsku teen 'n siening van direkte aanspraak en dat dit tot parallelle jurisprudence aanleiding kan gee. Die Arbeidshof²¹³ was egter van mening dat waar wetgewing nie 'n onbillik arbeidspraktyk reguleer nie, die hof genader kan word om uitvoering aan artikel 23 van die Grondwet te gee.²¹⁴

Artikel 1 van die WAV bepaal dat die doel van die wet is:

*(a) to give effect to and regulate the fundamental rights conferred by section 27 of the Constitution*²¹⁵

Indien die siening van die Arbeidshof korrek is kan die gevolgtrekking gemaak word dat die WAV nie sy doel bereik het nie. Die WAV het juis meganismes daargestel om arbeidsdispute te besleg.²¹⁶

Die siening van die hof in *NEHAWU*²¹⁷ is waaroor die hof in *NAPTOSA*²¹⁸ gewaarsku het en die hof se siening in *NAPTOSA* is dat waar 'n bewering van 'n onbillike arbeidspraktyk gemaak word, daar 'n plig is om die remedies van die WAV uit te put.²¹⁹ As daar nie 'n remedie in die WAV is nie kan die WAV vatbaar wees vir grondwetlike beoordeling omdat daar nie voldoende voorsiening vir 'n grondwetlike reg gemaak is nie,²²⁰ en kan die Konstitusionele Hof gelas dat die wetgewer die tekortkominge regstel.²²¹ Daar kan met die standpunt van Cooper²²² saamgestem word teen die skep van 'n parallelle jurisprudence soos in *NAPTOSA* gewaarsku is:

The High Court in NAPTOSA warned against such an approach. It argued that because of the complex social and policy issues which mark the employment relationship, the right to fair labour practices is not a right which may without 'an intervening regulatory framework, be applied directly in the workplace.' If this were to occur, the High Court reasoned, it would lead

²¹¹ Cooper 53-19.

²¹² *NAPTOSA & others v Minister of Education Western Cape & others* (2001) 2 SA 112 (KPA).

²¹³ *NEWU v CCMA* (2003) ILJ 2335 (AH).

²¹⁴ *Ibid*; Cheadle 18-14(3).

²¹⁵ A 27 is deur a 23 van die Finale Grondwet vervang.

²¹⁶ *NAPTOSA supra* by 122B-D; *SA Maritime Safety Authority v McKenzie* [2010] 5 BLLR 488 (HHA) by [16].

²¹⁷ *Supra*.

²¹⁸ *Supra*.

²¹⁹ *Supra*; Van Niekerk 44.

²²⁰ *NAPTOSA supra* by 122E.

²²¹ Cooper 53-19.

²²² *Ibid*. Cheadle 18-14(2); Le Roux & Mischke *Constitutional and common Law remedies* (2007) 16(11) CLL 114.

to the development of parallel streams of jurisprudence in the labour arena. This stance has much to recommend it,²²³

2.2.2 Kollektiewe bedinging

Artikel 23(5) van die Grondwet bepaal dat elke vakbond, werkgewersorganisasie en werkgewer die reg het om aan kollektiewe bedinging mee te doen.²²⁴ Voorsiening word ook gemaak dat nasionale wetgewing ingestel kan word om kollektiewe bedinging te reguleer.²²⁵

Die Konstitusionele Hof²²⁶ waarsku dat 'n wye interpretasie van regte nie in alle gevalle toepaslik is nie en vir 'n doelgerigte interpretasie die reg eerder beperkend interpreteer word.²²⁷ Volgens Cheadle²²⁸ bestaan hierdie reg uit drie elemente naamlik vryheid om kollektief te beding, die reg van 'n party om ekonomiese mag teen die ander party te gebruik²²⁹ en laastens dat die reg 'n plig op die partye plaas om te beding.²³⁰ Vryheid om kollektief te beding is 'n negatiewe reg.²³¹ Die gebruik van ekonomiese mag in kollektiewe bedinging word deur die reg erken²³² en sluit staking, betooglinievorming, uitsluiting, ontslag en die aanstel van vervangingsarbeid in.²³³

Die derde element van die reg om aan kollektiewe bedinging mee te doen, naamlik die plig om kollektief te beding is die mees kontroversiële element.²³⁴ Artikel 27 van die interim Grondwet²³⁵ het bepaal dat daar 'n reg op kollektiewe bedinging is.²³⁶ Hierdie bewoording is egter in artikel 23(5) in die finale Grondwet verander na 'n reg

²²³ Cooper 53-19.

²²⁴ Van Niekerk 40; Currie 515; Du Toit 239.

²²⁵ Grogan *No duty to bargain Military union back in line* (2007) 23(2) *EL* 3; Cheadle *Collective bargaining and the LRA* (2005) 9(2) *LDD* 147 by 148 vn 6.

²²⁶ *South African National Defence Union v Minister of Defence & another* 1999 (6) *BCLR* 615 (KH) by 777; Du Toit 244; Cheadle 18-23.

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ 18-23; Cheadle *Collective bargaining and the LRA* (2005) 9(2) *LDD* 147.

²²⁹ Currie 515; Cheadle 18-24.

²³⁰ Cheadle 18-25; Currie 515.

²³¹ Cheadle 18-23 en vn 108a en 109.

²³² *Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996 (10) *BCLR* 1253 (KH).

Cheadle 18-24.

²³³ *Ibid.*

²³⁴ Cheadle 18-25; Du Toit 242. Dit word ook 'n positiewe reg om te beding genoem.

²³⁵ Wet 200 van 1993.

²³⁶ *Workplace Law* 357; Du Toit 239 vn 1.

om mee te doen aan kollektiewe bedinging.²³⁷ Hierdie wysiging in die bewoording is egter nie deur die Hooggeregshof as 'n positiewe reg beskou nie maar as 'vryheid' tot kollektiewe bedinging.²³⁸

Die dominante siening is dat daar nie 'n afdwingbare reg op kollektiewe beding is nie, maar eerder vryheid om aan kollektiewe bedinging mee te doen²³⁹ en dus is daar geen positiewe reg teenwoordig nie.²⁴⁰ Hierdie siening word verder ondersteun as die Internasionale Arbeidsorganisasie (IAO) se konvensie²⁴¹ oor die reg om te organiseer en kollektief te beding in aanmerking geneem word.²⁴² Hierdie konvensie maak geen voorsiening vir 'n positiewe reg tot kollektiewe bedinging nie.

2.2.3 Beperking van regte

Die regte in die Handves van Regte is nie absoluut nie en mag beperk word ingevolge artikel 36(1) van die Grondwet.²⁴³ Regte ingevolge die Handves mag egter slegs kragtens 'n algemene geldende regsvoorskrif beperk word in die mate waarin die beperking redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid.²⁴⁴ Die artikel lys ook faktore wat in aanmerking geneem moet word wanneer regte beperk word²⁴⁵ naamlik;

- die aard van die reg;

²³⁷

Ibid.

²³⁸

SA National Defence Union v Minister of Defence & others (2003) 24 ILJ 1495 (T). In *SANDU & another v Minister of Defence & others*; *SANDU v Minister of Defence & others* [2003] 9 BLLR 932 (T) was die hof egter van mening dat daar wel 'n reg op kollektiewe bedinging is. Die debat is egter in *SANDU v Minister of Defence & others*; *Minister of Defence & others v SANDU* (2006) 2 ILJ 2276 (HHA) beëindig met die beslissing dat aangesien die WAV nie 'n reg op kollektiewe bedinging voorskryf nie die Grondwet ook nie so 'n reg voorskryf nie; *Workplace Law* 357. Sien ook Grogan *No duty to bargain Military union back in line* (2007) 23(2) EL 3, Landman *The Duty to Bargain—An Old Weapon Pressed into Service* (2004) 25 ILJ 39 en *Schooling Limitations to the Rights of Military Trade Unions* (2003) 13(3) CLL 24 vir 'n bespreking van hierdie reg op kollektiewe bedinging.

²³⁹

Du Toit 244; *Workplace Law* 357; Cheadle 18–27; Currie 509.

²⁴⁰

Ibid.

²⁴¹

Konvensie 98 van 1949 maak voorsiening dat maatreëls ingestel moet word om 'vrywillige' onderhandelinge met betrekking tot die regulering van diensvoorwaardes by wyse van kollektiewe ooreenkoms aan te moedig en te bevorder.

²⁴²

Du Toit 245; Cheadle 18–25; *NEHAWU supra* by [34]; *National Union of Metalworkers of SA & others v Bader Bop (Pty) Ltd. & another* (2003) 24 ILJ 305 (KH) by [29].

²⁴³

Van Niekerk 44; Currie 163; Devenish *The South African Constitution* (2005) 180; Basson, Christianson, Garbers, Le Roux, Mischke & Strydom *Essential Labour Law* (2005) 13.

²⁴⁴

A 36(1).

²⁴⁵

A 36(1)(a)-(e).

- die belangrikheid van die doel van die beperking;
- die aard en omvang van die beperking;
- die verband tussen die beperking en die doel daarvan; en
- 'n minder beperkende wyse om die doel te bereik.

Wetgewing wat regte beperk, maak inbreuk op daardie regte,²⁴⁶ maar hierdie inbreukmaking sal nie ongrondwetlik wees as dit voldoen aan die bepalings van artikel 36 nie.²⁴⁷

3 DIE WET OP ARBEIDSVERHOUDINGE

3.1 Inleiding

Die WAV gee uiting aan die bepalings van die Grondwet en het onbillike arbeidspraktyk en ontslag gekodifiseer.²⁴⁸ Naas die Grondwet is die WAV die belangrikste wet wat arbeidsverhoudinge reguleer.²⁴⁹ In hierdie afdeling word 'n oorsig van die invloed van die Grondwet op die WAV gegee en word die wisselwerking tussen artikels 64, 67(5), 187(1)(c) en 189 van die WAV bespreek.

3.2 Die invloed van die Grondwet op die WAV

Enige regsvoorskif of optrede wat onbestaanbaar is met die Grondwet is ongeldig.²⁵⁰ Die WAV streef daarna om uitvoering aan die reg op billike arbeidspraktyke te gee.²⁵¹ Die WAV²⁵² bepaal dat waar daar konflik in aangeleenthede wat deur die WAV en ander wetgewing, uitgesluit die Grondwet, gereguleer word die bepaling van die WAV sal geld.²⁵³ Die WAV sal dus voorkeur bo ander wetgewing geniet.

²⁴⁶ Currie 164.

²⁴⁷ Sien Devenish 180 e.v., Currie 168 e.v. en Van Niekerk 45 e.v. vir 'n bespreking van die vereistes waaraan 'n beperking moet voldoen.

²⁴⁸ Currie 503; Van Niekerk 100; du Toit 33.

²⁴⁹ Basson 14.

²⁵⁰ A 2 van die Grondwet.

²⁵¹ A 23(1); Van Niekerk 100; du Toit 66.

²⁵² A 210.

²⁵³ Basson 14.

Die definisie van 'n onbillike arbeidspraktyk ingevolge die 1956 WAV was nie gekodifiseer nie en was dit vir die Nywerheidshof gelaat om hulle siening daarvoor uit te spreek.²⁵⁴

Die huidige WAV²⁵⁵ se definisie van 'n onbillike arbeidspraktyk is egter gekodifiseer en arbeidspraktyke wat nie binne hierdie omskrywing val nie kan nie as onbillike arbeidspraktyk beskou word nie.²⁵⁶ Eensydige wysiging van diensvoorwaardes word ingevolge die definisie nie as onbillike arbeidspraktyk beskou nie.

Die definisie van ontslag word nou afsonderlik van 'n onbillike arbeidspraktyk omskryf.²⁵⁷ Die definisie omskryf wanneer 'n ontslag billik sal wees naamlik, weens wangedrag of vermoëns van die werknemer of operasionele vereistes van die werkgewer²⁵⁸ of weens outomaties onbillike gronde.²⁵⁹ Ingevolge die Grondwet word onbillike ontslag ook beskou as 'n onbillike arbeidspraktyk.²⁶⁰

3.3 Onbillike arbeidspraktyk en ontslag

Waar daar in artikel 23(1) van die Grondwet geen omskrywing van billike arbeidspraktyk is nie gee die WAV spesifieke betekenis aan onbillike arbeidspraktyk en ontslag. Hierdie omskrywing van onbillike arbeidspraktyk en ontslag in die WAV beperk dus die reg soos vervat in artikel 23(1) van die Grondwet²⁶¹ en mag hierdie beperking moontlik vatbaar vir grondwetlike beoordeling wees wat aan die hand van artikel 36 van die Grondwet en die bedoeling van die WAV beoordeel sal word.²⁶²

²⁵⁴ Currie 502 en vn 12; Van Niekerk 100; Cooper 35-11.

²⁵⁵ *Supra*.

²⁵⁶ A 186(2). In terme van die 1959 WAV was onbillike ontslag ook as onbillike arbeidspraktyk hanteer.

²⁵⁷ A 186(1), 187 en 189; Currie 503.

²⁵⁸ A 188; Currie 503.

²⁵⁹ A 187; Currie 503.

²⁶⁰ Alhoewel 'n onbillike ontslag nie in terme van a 23(1) besleg sal word nie maar in terme van a 191 van die WAV. Sien egter *Murray v Minister of Defence* (2006) 27 ILJ 1607 waar 'n weermaglid wat uitgesluit is van die WAV deur die Hooggeregshof toegelaat is om ingevolge a 23(1) aan te voer dat hy konstruktief ontslaan is en daar dus inbreuk gemaak is op sy reg op billike arbeidspraktyk en administratiewe geregtigheid.

²⁶¹ A 186(2) maak nie voorsiening dat 'n werkgewer 'n onbillike arbeidspraktyk teenoor 'n werknemer kan opper nie. Sien *NEWU supra*. Waar daar nie 'n werknemer/werkgewer verhouding bestaan nie is die remedies van onbillike arbeidspraktyk en ontslag ook nie beskikbaar nie. Basson 15; Van Niekerk 57.

²⁶² Currie 504.

3.4 Kollektiewe bedinging

Die bedoeling van die WAV word omskryf in artikel 1 wat insluit, om 'n raamwerk te skep waar kollektief beding kan word oor terme en diensvoorwaardes²⁶³ en om kollektiewe bedinging²⁶⁴ en werknemerdeelname in besluitneming in die werkplek te bevorder.²⁶⁵ Waar terme en diensvoorwaardes dus ter sprake kom is die bedoeling van die WAV dat daar deelname en bedinging moet wees. Die WAV²⁶⁶ maak egter nie voorsiening vir 'n reg op kollektiewe bedinging nie.²⁶⁷

Organiseringsregte vir vakbonde is 'n sentrale deel van die WAV om kollektiewe bedinging te bevorder en te beskerm, maar is 'n uitvloeisel van vrywillige kollektiewe bedinging.²⁶⁸ Een partye kan regtens nie 'n ander party verplig om kollektief te beding nie en die houe het geen reg om die uitkoms van kollektiewe bedinging te beïnvloed of daarin in te meng nie.²⁶⁹ Die uitkoms van kollektiewe bedinging moet afhang van die mag van elke party in die proses.²⁷⁰ 'n Party tot die proses kan poog om wilsooreenstemming van die ander party te verkry deur onderhandeling en konsultasie.²⁷¹ As hierdie onderhandeling en konsultasie egter nie slaag nie is daar ander effektiewe metodes vir partye beskikbaar om uitvoering aan hulle mag te gee.²⁷² Ontslag is egter nie 'n regmatige instrument in die bedingingsproses nie.²⁷³

3.5 Artikel 64

Artikel 64(1) van die WAV bepaal dat elke werknemer die reg het om te staak en dat elke werkgewer toegang het tot uitsluiting.²⁷⁴ Die reg tot staking is nie in 'n vakbond gevestig nie, maar in werknemers²⁷⁵ en is 'n integrale deel van magspel in die

²⁶³ A 1(c)(i).

²⁶⁴ A 1(d)(i).

²⁶⁵ A 1(d)(iii); Basson 15; Currie 509.

²⁶⁶ Hoofstuk 3 van die Wet; Du Toit 244; *Workplace Law* 357; Steenkamp, Stelzner & Badenhorst *The Right to Bargain Collectively* (2004) 25 *ILJ* 943 by 953.

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ Mischke, *Getting a foot in the door: Organisational rights and collective bargaining in terms of the LRA* (2004) 13(6) *CLL* 51 by 60.

²⁶⁹ *Ibid* en vn 61.

²⁷⁰ *Ibid*; Currie 515.

²⁷¹ Thompson *Bargaining over Business Imperatives: The Music of the Spheres after Fry's Metals* (2006) 27 *ILJ* 704.

²⁷² Currie 515.

²⁷³ Thompson 705.

²⁷⁴ A 64 omskryf ook die vereistes waaraan voldoen moet word om aan die vereistes vir 'n beskermde staking te voldoen. Uitsluiting is nie 'n grondwetlike reg nie, maar is vervat in die WAV.

²⁷⁵ *Workplace Law* 379. In praktyk is dit egter vakbonde wat namens hul lede kennis van 'n staking gee.



kollektiewe bedingsproses.²⁷⁶ Hierdie reg om te staak is, buiten die vereistes waaraan voldoen moet word,²⁷⁷ nie 'n onbeperkte reg nie²⁷⁸ maar bly een van werknemers se magtigste wapens in die kollektiewe bedingingsproses,²⁷⁹ aangesien daar 'n verbod is op die ontslag van werknemers wat aan 'n beskermde staking deelneem.²⁸⁰ Ingevolge artikel 67(5) is daar egter twee uitsluitings op hierdie verbod, naamlik operasionele vereistes of wangedrag tydens die staking.²⁸¹

Indien diensvoorwaardes die onderwerp van kollektiewe bedinging is en 'n werkgewer voortgaan om die gewysigde diensvoorwaardes eensydig te implementeer kan werknemers 'n dispuut ingevolge artikel 64(1) verklaar en terselfdertyd ingevolge artikel 64(4) van die werkgewer verwag om vir 'n tydperk nie die wysiging te implementeer nie of indien die wysiging reeds geïmplementeer is, verwag dat die diensvoorwaardes wat gegeld het voor die wysiging, herstel word. Indien 'n werkgewer versuim om aan hierdie verwagting te voldoen, is die bepaling van artikel 64(1) nie van toepassing nie en is werknemers geregtig om te staak²⁸² of die werknemers kan by wyse van 'n interdik die werkgewer verbied om die wysiging te implementeer.²⁸³

Artikel 64 magtig ook werkgewers om werknemers uit te sluit om druk op hulle te plaas om wysiging van diensvoorwaardes te aanvaar.²⁸⁴ Indien die uitsluiting egter tot ontslag lei omdat die werknemers weier om die wysiging van diensvoorwaardes te aanvaar sal die ontslag binne die bestek van artikel 186(1)(c) val. Hierdie uitsluitingsmeganisme is egter gebaseer op die veronderstelling dat die werkgewer bedoel, of in 'n posisie is, om die diensverhouding voor te sit.²⁸⁵ Werkgewers wat wysiging van diensvoorwaardes weens operasionele gronde wil implementeer sal

²⁷⁶ Staking is nie net vir meerderheidsvakbonde beskikbaar nie, maar ook vir minderheidsvakbonde; *Bader Bop supra* by [67].

²⁷⁷ A 64 bevat die vereistes waaraan voldoen moet word ten einde die WAV se beskerming te geniet.

²⁷⁸ Hierdie reg om te staak word beperk deur die bepalinge van a 65. In *Bader Bop supra* beslis die hof dat hierdie beperkings nie op 'n onvertegenwoordigende vakbond van toepassing is nie.

²⁷⁹ Steenkamp 955.

²⁸⁰ A 187(1)(a); a 67(4); *Workplace Law* 396; Van Niekerk 313.

²⁸¹ *Workplace Law* 397; Van Niekerk 313.

²⁸² Van Niekerk 253; *Workplace Law* 385.

²⁸³ A 158(1); *Workplace Law* 386.

²⁸⁴ Cohen *Terms and Conditions of Employment-Automatically Unfair or Operationally Justifiable?* (2004) 25 *ILJ* 1883 by 1885; Grogan *Chicken or egg-Dismissals to enforce demands* (2003) 19(2) *EL* 4 by 5 en 10; *Forecourt Express (Pty) Ltd v SATAWU & others* [2007] 2 *BLLR* 101 (AAH) by [28].

²⁸⁵ Cohen 1886.

ingevolge artikel 189 of 189A hierdie wysiging as alternatief tot ontslag kan voorhou en indien werknemers nie hierdie wysigings aanvaar nie, is werkgevers geregtig om werknemers se dienste te beëindig.

3.6 Artikel 187(1)(c)

Ingevolge artikel 187(1)(c) mag 'n werkgever nie 'n werknemer ontslaan wat weier om aan 'n eis van die werkgever met betrekking tot 'n aangeleentheid van onderlinge belang te voldoen nie²⁸⁶ en ontslag in so geval sal neerkom op outomaties onbillike ontslag.²⁸⁷ Werknemers wat dreigende ontslag of eensydige wysiging van diensvoorwaardes in die gesig staar kan die remedies ingevolge artikel 64 benut om die wysiging te stuit.²⁸⁸

Artikel 64 en 187(1)(c) is slegs op belange aangeleenthede van toepassing en enige belange dispute moet ingevolge die kollektiewe meganismes aangespreek word.²⁸⁹ Waar voorsien word dat voorgestelde verandering, wysiging van terme en diensvoorwaardes tot gevolg sal hê, is dit nodig dat die werkgever met die werknemers sal konsulteer om veranderinge te onderhandel.²⁹⁰ Alhoewel die howe werkgevers se prerogatief erken om werkpraktyke te verander en rigting aan hulle besigheidstrategie te gee,²⁹¹ sal die howe die besluit van werkgever objektief beoordeel en daarvan afwyk as geregtigheid dit vereis.²⁹²

4 DIE WET OP BASIESE DIENSVOORWAARDES

4.1 Inleiding

Die vertrekpunt van die Wet op Basiese Diensvoorwaardes (WBD) is gerig op werknemer beskerming.²⁹³ Die WBD maak voorsiening vir minimum terme en

²⁸⁶ *Workplace Law* 142; Du Toit 389; Cohen 1886.

²⁸⁷ A 187(1); Cohen 1883.

²⁸⁸ Cohen 1885.

²⁸⁹ *Ibid.*

²⁹⁰ *Ibid* 1884; *Workplace Law* 360; Van Niekerk 247.

²⁹¹ Cohen 1883; *Forecourt supra* by [28]; *Food & Allied Workers Union & others v SA Breweries Ltd* (2004) 25 ILJ 1979 (AH) by [51]; *Steyn & others v Driefontein Consolidated Ltd t/a West Driefontein* (2001) 22 ILJ 231 (AH) by [31].

²⁹² In hoofstuk 5 sal die hof se beoordeling bespreek word.

²⁹³ Van Jaarsveld, Van Eck & Kruger *Kompendium van Arbeidsreg* (1999) 274; Godfrey & Clarke *The Basic Conditions of Employment Act amendments: More questions than answers* (2002) 6(1) LDD 1.

diensvoorwaardes.²⁹⁴ Diensvoorwaardes kan wel in sekere omstandighede gewysig word. Die WBD maak ook voorsiening vir die afdwinging van die bepalings daarin vervat.²⁹⁵

4.2 Doel en toepassing van die Wet

Die doel van die WBD is om ekonomiese en maatskaplike geregtigheid te bevorder deur uitvoering te gee aan, en die reg op billike arbeidspraktyk soos verleen in artikel 23(1) van die Grondwet te reguleer,²⁹⁶ en om uitvoering aan Suid-Afrika se verpligtinge as lid van die IAO na te kom.²⁹⁷ Hierdie doel word bereik deur basiese diensvoorwaardes in te stel en af te dwing,²⁹⁸ en deur die regulering van die wysiging van basiese diensvoorwaardes.²⁹⁹

Die WBD stel verskeie minimum diensvoorwaardes³⁰⁰ daar, waarvan die belangrikste die regulering van diensure,³⁰¹ oortyd,³⁰² daaglikse en weeklikse rustye³⁰³ en verlof³⁰⁴ is. Verder word minimum besonderhede van diens, wat skriftelik aan 'n werknemer verskaf moet word, vereis³⁰⁵ en betaling van besoldiging³⁰⁶ en kennistydperk³⁰⁷ word voorgeskryf. Die WBD reguleer verder die betaling van skeidingsloon weens operasionele vereistes.³⁰⁸

²⁹⁴ A 2; Simson & Le Roux *Enforcement of the Basic Conditions of Employment Act* (2010) 19(10) CLL 96.

²⁹⁵ Hoofstuk 10 van die Wet.

²⁹⁶ A 2(a); Van Jaarsveld 263; Lombard 134; Barker *Best conditions in the Basic Conditions of Employment Act* (1999) 7(5) CLL 41.

²⁹⁷ A 2(b); Barker 41; Du Toit 61.

²⁹⁸ A 2(a)(i).

²⁹⁹ A 2 (a)(ii).

³⁰⁰ Sien Van Jaarsveld 265, Van Niekerk 111 e.v., *Workplace Law* 67 e.v., Barker 42 e.v. en *Workers' Charter? The new Basic Conditions of Employment Act* (1998) 14(1) EL 4 vir 'n bespreking van hierdie diensvoorwaardes.

³⁰¹ A 7, 9, 11, 12 en 13.

³⁰² A 10, 16 en 18.

³⁰³ A 15.

³⁰⁴ A 20, 22, 25 en 27.

³⁰⁵ A 29.

³⁰⁶ A 32, 33 en 34.

³⁰⁷ A 37; Van Jaarsveld 271-272; Van Niekerk 114.

³⁰⁸ A 41. Hierdie bepaling was vervat in a 196 van die WAV. A 196 is geskrap op 1 November 1998.

4.3 Wysiging van basiese diensvoorwaardes

Die WBD maak voorsiening dat sekere basiese diensvoorwaardes gewysig of uitgesluit kan word.³⁰⁹ Daar is geen beperking op wysiging van diensvoorwaardes wat meer voordelig vir werknemer is nie.³¹⁰ Wysigings kan op vier wyses gemaak word. Eerstens kan dit deur ooreenkoms in 'n individuele kontrak gemaak word.³¹¹ Tweedens kan basiese diensvoorwaardes deur 'n kollektiewe ooreenkoms wat buite 'n bedingingsraad gesluit is, gewysig word.³¹² Derdens kan basiese diensvoorwaardes gewysig word deur 'n kollektiewe ooreenkoms wat in 'n bedingingsraad gesluit is.³¹³ Laastens kan basiese diensvoorwaardes deur die Minister gewysig word.³¹⁴

Wysiging van basiese diensvoorwaardes ingevolge artikel 49(2) of (3) mag slegs gedoen word waar dit deur die WBD of sektorale vasstelling toegelaat word. Wysiging ingevolge artikel 49(1) is slegs toelaatbaar as die wysiging in ooreenstemming met die doel van die WBD is en voldoen aan artikel 49(1)(a) tot (f).³¹⁵ Wysiging van basiese diensvoorwaardes wat nie ingevolge die bepalings van die WBD geskied nie is ontoelaatbaar en kan deur afdwingingsmeganismes gestuit of herstel word.

4.4 Afdwinging van diensvoorwaardes

Daar is twee meganismes waardeur die bepalings van die WBD afgedwing kan word. Eerstens gee die WBD wye magte aan arbeidsinspekteurs.³¹⁶ Indien 'n arbeidsinspekteur vasstel dat 'n bepaling van die WBD verbreek word kan 'n

³⁰⁹ Van Jaarsveld 274 en 275. Sien Lombard & Van Eck *Some thoughts on the Application of the New Basic Conditions of Employment Act 75 of 1997* (1998) 1 *De Jure* 133 en Barker 41 vir 'n bespreking oor die wyse waarop diensvoorwaardes gewysig of uitgesluit kan word.

³¹⁰ *Ibid.*

³¹¹ *Ibid*; A 49(3). Hier sal die element van wilsooreenstemming geld en sal enige wysiging wat minder voordelig as 'n kollektiewe ooreenkoms is, ingevolge a 49(4)(a) verbied word.

³¹² A 49(2). Wysigings wat teenstrydig is met bepalings van 'n kollektiewe ooreenkoms wat in 'n bedingsraad gesluit is, word ingevolge a 49(4)(b) verbied. Van Jaarsveld 275 en 276.

³¹³ A 49(1); Van Jaarsveld 276.

³¹⁴ A 50. Hierdie artikel omskryf die wyse waarop die Minister diensvoorwaardes mag wysig en sekere wysigings mag verbied. Van Jaarsveld 276-277.

³¹⁵ A 49(1)(a)-(f) verbied sekere wysigings naamlik maksimum werksure, die beskerming van nagwerkers, beperking op 'n minimum van twee weke vakansieverlof, vermindering van kraam- en siekverlof en bepalings in stryd met die verbod op kinder- en gedwonge arbeid in Hoofstuk 6 van die Wet.

³¹⁶ A 64 omskryf die funksies van Arbeidsinspekteurs. A 65 omskryf arbeidsinspekteurs se magte om werksplekke te betree en a 66 omskryf arbeidsinspekteurs se magte om te ondervra en inspeksies uit te voer. Simpson 96 en 97; Van Jaarsveld 279.

arbeidsinspekteur poog om 'n geskrewe onderneming van die werkgewer te verkry dat hy aan die bepalings van die Wet sal voldoen.³¹⁷ Indien 'n skriftelike onderneming nie verkry kan word nie kan 'n arbeidsinspekteur 'n nakomingsbevel uitreik.³¹⁸ Indien die nakomingsbevel nie nagekom word nie en daar nie beswaar deur die werkgewer teen wie die nakomingsbevel uitgereik is, gemaak is nie³¹⁹ kan die nakomingsbevel 'n bevel van die Arbeidshof gemaak word.³²⁰

'n Tweede wyse waardeur bepalings van die Wet afgedwing kan word is deur 'n Arbeidshof aansoek.³²¹ Hierdie aansoek word gedoen sonder die tussengang van die Departement van Arbeid. Beide hierdie remedies beskerm veral individuele werknemers aangesien die kollektiewe beslegtingsmeganismes ingevolge die WAV individuele werknemers uitsluit.

4.5 Regte van werknemers

Ingevolge artikel 78(d) het werknemers 'n reg om te weier om toe te stem tot enige terme of diensvoorwaarde wat teenstrydig met die WBD of sektorale vasstelling is.³²² Waar 'n werkgewer dus eensydig diensvoorwaardes implementeer sonder om die werknemers, wat die wysiging weier, te ontslaan kan die werknemers die remedies soos vervat in Deel B van Hoofstuk tien van die WBD benut. Hierdie remedies is beskikbaar vir sowel 'n individuele werknemer as 'n kollektiewe groep werknemers. 'n Kollektiewe groep werknemers het dus buiten die remedies soos vervat in die WAV ook remedies ingevolge die WBD.

³¹⁷ A 68; Simpson 97.

³¹⁸ A 69 omskryf die inligting wat in 'n nakomingsbevel uiteengesit moet word. Simpson 98.

³¹⁹ A 71. Die Direkteur Generaal van die Departement van Arbeid moet die beswaar oorweeg en kan die nakomingsbevel bekragtig of wysig. 'n Werkgewer kan na die Arbeidshof appelleer teen die Direkteur Generaal se besluit. Simpson 98.

³²⁰ A 73.

³²¹ Hierdie aansoek sal gedoen kan word as die arbeidsinspekteur, as gevolg van die beperkings ingevolge a 70 nie 'n nakomingsbevel kan uitreik nie. A 77(3) gee die Arbeidshof jurisdiksie om 'n aangeleenheid wat oor 'n dienskontrak handel aan te hoor. Simpson 98.

³²² Simpson 98.

Die WBD maak egter nie vir remedie weens ontslag voorsiening nie. Enige dispuut wat ontstaan weens ontslag weens die weiering om wysiging van diensvoorwaardes te aanvaar sal ingevolge die remedies soos vervat in die WAV hanteer moet word.³²³

³²³

A 187(1)(c) bepaal dat ontslag outomaties onbillike is indien die rede vir ontslag is om die werknemer te verplig om 'n eis ten opsigte van enige aangeleentheid van onderlinge belang tussen die werkgever en die werknemer te aanvaar.

HOOFSTUK 5

REGSPRAAK MET BETREKKING TOT ARTIKEL 187(1)(C) EN 189

1 INLEIDING

Ontslag as ooredingsmeganisme is nie 'n regmatige instrument in die kollektiewe bedingsproses nie.³²⁴ Werknemers wat gevolglik ontslaan word of met dissiplinêre stappe gedreig³²⁵ word om hulle te dwing om wysiging van diensvoorwaardes te aanvaar sal ingevolge artikel 187(1)(c) van die Wet op Arbeidsverhoudinge³²⁶ (WAV) outomatiese onbillike wees.³²⁷ Die howe erken dat ten spyte van die verbod ingevolge artikel 187(1)(c), daar wel billike gronde kan wees om werknemers weens operasionele vereistes ingevolge artikel 189 van die WAV te ontslaan.³²⁸

In hierdie hoofstuk sal die ontwikkeling van die benadering wat die howe volg om die billikheid al dan nie van ontslag wat volg op weiering om wysiging van diensvoorwaardes te aanvaar, bespreek word.

2 WYSIGING VAN DIENSVOORWAARDES

2.1 Inleiding

Die howe erken werkgewers se prerogatief om werkwyses in die werkplek te ontwikkel om in 'n ekonomiese kompeterende omgewing aan te pas.³²⁹ Vanuit hierdie siening van die howe kan werknemers nie op 'n gevestigde reg³³⁰ van 'n onveranderde werkomgewing aanspraak maak nie en kan 'n ontwikkelende werkplek tot veranderde diensvoorwaardes aanleiding gee.³³¹

³²⁴ *NCBAWU v Heric Premier Refractories (Pty) Ltd* (2003) 24 ILJ 837 (AH).

³²⁵ *Grogan Workplace Law* (2007) 142 (hierna *Workplace Law* genoem).

³²⁶ Wet 66 van 1995.

³²⁷ *Cohen Terms and Conditions of Employment – Automatically Unfair or Operational Justifiable* (2004) 25 ILJ 1883.

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ *Ibid.*; *Minister of Safety & Security v Safety & Security Sectoral Bargaining Council & others* [2010] 4 BLLR 428 (AH) by [16]; *Steyn & others v Driefontein Consolidated Ltd t/a West Driefontein* (2001) 22 ILJ 231 (AH) by [31]; *Food & Allied Workers Union & others v SA Breweries Ltd* (2004) 25 ILJ 1979 (AH) by [51].

³³⁰ *NUMSA & others v Lumex Clipsal (Pty) Ltd* (2000) 9 (AH) 9.6.4 by [21].

³³¹ *Cohen* 1883.

2.2 Eensydige wysigings

Wysiging van werkwyses kan geïmplementeer word sonder die toestemming van werknemers³³² en weiering om die gewysigde werkwyses te aanvaar kan neerkom op insubordinasie.³³³ Waar die wysiging egter so dramaties is dat 'n werknemer se posfunksie wesenlik verander, mag die wysiging nie eensydig geïmplementeer word nie en die werknemer wat weier om volgens die nuwe werkwyse te werk, mag nie ontslaan word nie.³³⁴

In *Lumex Clipsal*³³⁵ beslis die hof dat die ontslag van werknemers wat geweier het om meer as een masjien gelyk te bedryf en 'n drie skof rooster te werk, nie onbillik was nie.³³⁶ Waar wysigings 'n verandering van diensvoorwaardes tot gevolg het, moet daar onderhandel word alvorens die wysigings geïmplementeer word en dan slegs nadat oor die wysigings ooreengekom is.³³⁷ Implementering van wysigings sonder ooreenkoms is onregmatig.³³⁸

2.3 Regmatige ontslag

Verskeie hofsake het oorweging geskenk of werkgewers eensydige wysiging kan implementeer sonder om werkers uit te sluit en of werkers wat weier om wysigings te aanvaar, weens operasionele vereistes ontslaan kan word.³³⁹ Daar moet eerstens 'n billike konsultasie-proses ingevolge artikel 189 van die WAV wees en tweedens moet daar operasionele vereistes teenwoordig wees.

In *SACTWU & others v Discreto a Division of Trump & Springbok Holdings*³⁴⁰ meld die hof:

³³² *Ibid* 1884; *Workplace Law* 274.

³³³ *Slagment (Pty) Ltd v Building Construction & Allied Workers Union* (1994) 15 *ILJ* 979 (A); *A Mauchle (Pty) Ltd t/a Precision Tools v NUMSA & others* (1995) 16 *ILJ* 349 (AAH); *Workplace Law* 145; Du Toit, Bosch, Woolfrey, Godfrey, Cooper, Giles, Bosch.& Rossouw *Labour Relations Law A Comprehensive Guide* 391.

³³⁴ *Ibid*; *Lumex Clipsal supra* by [24]; *CCAWU & others v Game Discount World Ltd* (1990) 11 *ILJ* 162 (NH) by 165.

³³⁵ *Supra*.

³³⁶ Sien ook *NUMSA & others v Alfred Teve Technologies (Pty) Ltd* [2002] 10 *BLLR* 995 (AH); *CEPPWAWU obo Konstable & others v SAFCOL* [2003] 3 *BLLR* 246 (AH).

³³⁷ Cohen 1884.

³³⁸ *Workplace Law* 274.

³³⁹ *Ibid* 142.

³⁴⁰ (1998) 19 *ILJ* 1451 (AAH).

*For the employee fairness is found in the requirement of consultation prior to a final decision on retrenchment. This requirement is essentially a formal or procedural one, but, as is the case in most requirements of this nature, it has a substantive purpose.*³⁴¹

Volgens *Discreto* is die substantiewe doel van konsultasie om toe te sien dat die finale besluit om te ontslaan gebaseer is op ware en regverdigbare operasionele vereistes³⁴² en is dit nie die hof se funksie om te bepaal of die besluit om te ontslaan die beste besluit was nie.³⁴³ Die hof erken ook die hof in *Atlantis Diesel Engines (Pty) Ltd v NUMSA*³⁴⁴ se siening dat die “final decision, where consensus cannot be achieved, always remains that of management.”³⁴⁵

Die hof in *SA Chemical Workers Union & others v Afrox Ltd*³⁴⁶ het die reg soos dit aan die einde van die 1990s gestaan het, opgesom as:

*Even in non-strike dismissals based on operational requirements an employer must seek appropriate measures to avoid dismissals, minimize their number, change their timing and mitigate their adverse effect (s 187(2)(a)). These are all indications that dismissal should at least not be the first resort, even though the LRA does not expressly state that dismissal should only be used as a last resort when dismissing for operational reason.*³⁴⁷

Hiervolgens rus daar 'n plig op werkgewers om alternatiewe te oorweeg om ontslag te vermy. In *ECCAWUSA & others v Shoprite Checkers t/a OK Krugersdorp*³⁴⁸ het OK, wat 'n kritiese finansiële krisis beleef het, 'n werksekerheidsooreenkoms met SACCAWU aangegaan om werkverliese te voorkom. *ECCAWUSA* het egter geweier om 'n ooreenkoms te oorweeg. OK het in konsultasie met lede van *ECCAWUSA* getree en individuele werkers wat aan *ECCAWUSA* behoort het is weens operasionele vereistes ontslaan. Die hof beslis dat wysiging van diensvoorwaardes deur OK aangebied, 'n alternatief tot aflegging was:

*In other words, where the amendment to terms and conditions of employment is proffered by an employer as an alternative to dismissal during a bona fide retrenchment exercise and it is a reasonable alternative based upon the employer's operational requirement, the employer will be justified in dismissing employees who refuse to accept the alternative on offer.*³⁴⁹

³⁴¹ *Ibid* by 1454.

³⁴² *Ibid*; *General Food Industries Ltd v FAWU* (2004) 25 ILJ 1260 (AAH) by [54].

³⁴³ *Ibid* by 1455.

³⁴⁴ (1994) 15 ILJ 1247 (A).

³⁴⁵ *Ibid* by 1253.

³⁴⁶ (1999) 20 ILJ 1718 (AAH).

³⁴⁷ *Ibid* by [41]; *Du Toit Business Restructuring and Operational Requirements Dismissal: Algorax and Beyond* (2005) 26 ILJ 595 by 598 (hierna *Algorax and Beyond* genoem).

³⁴⁸ (2000) 21 ILJ 1247 (AH).

³⁴⁹ By [28].

Dieselfde siening was ook in *MWASA & others v Independent Newspapers (Pty) Ltd.*³⁵⁰ aanvaar. Volgens die hof is die eerste stap om te bepaal wat die rede vir die wysiging in diensvoorwaardes en moontlike ontslag van werknemers is.³⁵¹ Indien die rede vir die wysiging 'n alternatief tot aflegging in 'n *bona fide* konsultasie-proses is, sal die wysiging redelik wees³⁵² en sal die ontslag van werknemers wat nie die wysiging aanvaar nie, billik wees.

In *NCBAWU v Hemic Premier Refractories (Pty) Ltd.*³⁵³ was die hof se siening dat die werknemers wat ontslaan was, nie weens operasionele redes ontslaan was nie maar weens hulle weiering om wysiging van diensvoorwaardes te aanvaar.³⁵⁴ Werkgewers kan dus nie operasionele gronde voorhou in 'n poging om werknemers met ontslag te dreig ten einde uitsluiting te vermy nie.³⁵⁵

Dieselfde siening was ook in 2001 gehuldig in *National Union of Metalworkers of SA & others v Fry's Metals (Pty) Ltd.*³⁵⁶ en is enige debat met die beslissing in die Arbeids Appèlhof in *Fry's Metals (Pty) Ltd. v. Nasional Union of Metalworkers of SA & others*³⁵⁷ beëindig. Die hof het 2 vrae beantwoord naamlik of 'n werkgever 'n reg het om werknemers te ontslaan wat weier om wysiging in diensvoorwaardes te aanvaar, en indien wel wat die verhouding is tussen hierdie reg en die reg van werknemers om nie ingevolge artikel 187(1)(c) van die WAV ontslaan te word nie.³⁵⁸

Die hof beslis:

*A dismissal that is final cannot serve the purpose of compelling the dismissed employee to accept a demand in respect of a matter of mutual interest between employer and employee because, after he has been dismissed finally, no employment relationship remains between the two.*³⁵⁹

³⁵⁰ (2002) 23 *ILJ* 918 (AH).

³⁵¹ By [14].

³⁵² By [16].

³⁵³ (2003) 24 *ILJ* 837 (AH).

³⁵⁴ *Workplace Law* 143.

³⁵⁵ *Ibid.*

³⁵⁶ (2001) 22 *ILJ* 701 (AH).

³⁵⁷ (2003) 24 *ILJ* 133 (AAH); Sien Cohen 1888 en Thompson *Bargaining over Business Imperatives: The Music of the Spheres after Fry's Metals* (2006) 27 *ILJ* 704 by 707 vir 'n opsomming van die feite. NUMSA se aansoek op spesiale verlof tot appèl is van die hand gewys, (2005) 26 *ILJ* 689 (HHA).

³⁵⁸ *Workplace Law* 143; *Algorax and Beyond* 596.

³⁵⁹ *Fry's Metals supra* by [23].

Die beginsel wat die hof hier neergelê het is dat 'n ontslag wat onvoorwaardelik ingevolge operasionele vereistes plaasvind nie binne die bestek van artikel 187(1)(c) val nie.

In *Chemical Workers Industrial Union & others v Algorax (Pty) Ltd.*³⁶⁰ het *Algorax* vir 'n lang tydperk met werknemerverteenwoordigers gekonsulteer om 'n nuwe roterende skofstelsel te werk. *CWIU* se lede het egter geweier en *Algorax* het met 'n afleggingsproses begin, maar steeds aangedui dat afleggings nie nodig is as die gewysigde voorwaardes aanvaar word nie. Selfs na die ontslag het *Alorax* 'n uitnodiging van herindiensname aan afgedankte werknemers gerig op voorwaarde dat hulle die gewysigde voorwaardes aanvaar.

Algorax erken die beginsel wat in *Fry's Metals*³⁶¹ neergelê is, maar gaan verder dat die bestaan van werklike operasionele vereistes nie noodwendig 'n ontslag ingevolge artikel 187(1)(c) voorkom nie, maar dat die vasstelling van die doel van die ontslag die mees belangrike is.³⁶² Die hof neem 'n nuwe standpunt in met betrekking tot 'n werkgewer se prerogatief om sy besigheid te bestuur:

*Sometimes it is said that a court should not be critical of the solution that an employer has decided to employ in order to resolve a problem in its business because it normally will not have the business knowledge or expertise which the employer as a businessperson may have to deal with problems in the workplace. This is true. However, it is not absolute and should not be taken to far.*³⁶³

Die hof het in die bepaling van die billikheid van ontslag 'n objektiewe rol om te vervul en die vraag of ontslag billik is of nie, moet deur die hof beantwoord word.³⁶⁴ Die hof sal nie die werkgewer se besluit eerbiedig net omdat die werkgewer glo dat die ontslag billik is nie.³⁶⁵ Verder, volgens *Algorax* moet die hof nie twyfel om by so 'n aangeleentheid betrokke te raak:

*...which requires no special expertise, skills or knowledge that it does not have but simply requires common sense or logic,*³⁶⁶

³⁶⁰ (2003) 24 *ILJ* 1917 (AAH); Die Arbeidshof in dieselfde saak het beslis dat die ontslag nie outomaties of substantief onbillik was nie maar wel prosedureel onbillik.

³⁶¹ *Supra*.

³⁶² *Algorax supra* by [37].

³⁶³ By [69].

³⁶⁴ *Ibid*.

³⁶⁵ *Ibid*; *FAWU & others v SA Breweries Ltd* [2004] 11 *BLLR* 1093 (AH).

³⁶⁶ By [70]; *Algorax and Beyond* 600. Die siening verskil van die vorige hofuitsprake *supra*.

Die hof plaas ook 'n groter verpligting op 'n werkgewer om alternatiewe te oorweeg alvorens werknemers ingevolge artikel 189 ontslaan word:

*It seems to me that the reason for the lawmaker to require all of these things from the employer was to place an obligation on the employer only to resort to dismissing employees for operational requirements as a measure of last resort.*³⁶⁷

Die hof is geregtig om in te meng waar dit duidelik is dat 'n werkgewer maatreëls kon ingestel het om die probleem aan te spreek sonder om werknemers te ontslaan.³⁶⁸ Die hof se gevolgtrekking was dat die werkgewer nooit die bedoeling gehad het om permanent van die werknemers ontslae te raak nie, maar dat ontslag gebruik was as taktiek om hulle te dwing om die wysiging van diensvoorwaardes te aanvaar.³⁶⁹

Algorax bespreek in sy beslissing artikel 188(1)(a)(ii) van die WAV³⁷⁰ wat bepaal dat 'n ontslag wat nie outomaties onbillik is nie, onbillik is as die billikheidsvereiste vir ontslag weens operasionele vereistes ontbreek.³⁷¹ Volgens die hof is die beginpunt om die rede vir die wysiging van diensvoorwaardes of moontlike ontslag vas te stel.³⁷² Die hof bevind dat die rede vir die ontslag die feit was dat die werknemers nie bereid was om volgens skofrotering te werk nie³⁷³ en dat die ontslag ongevraagd en dus onbillik was.³⁷⁴

Die billikheidsvereiste vir ontslag weens operasionele vereistes is eerstens substantief en tweedens prosedureel. Ingevolge artikel 189(1) van die WAV moet 'n werkgewer konsulteer wanneer voorsien word dat werknemers weens operasionele vereistes ontslaan kan word.³⁷⁵ In *NEHAWU v Medicor (Pty) Ltd t/a Vergelegen Medi-clinic*³⁷⁶ beslis die hof dat:

The duty to consult imposed upon an employer by s 189(1) of the LRA arises when the employer contemplates dismissals for operational reasons. The duty obviously arises prior to

³⁶⁷ *Ibid.* Hierdie siening verskil van die hof in *Atlantis Diesel Engines supra* en *Afrox supra*.

³⁶⁸ *Ibid*; *General Food Industries supra* by [55].

³⁶⁹ By [47].

³⁷⁰ In *Fry's Metals supra* was dit nie vir die hof nodig om hierdie artikel aan te spreek nie.

³⁷¹ *Algorax supra* by [57].

³⁷² *Ibid* by [58]; *Independent Newspapers supra* by [14].

³⁷³ *Algorax supra* by [58].

³⁷⁴ *Ibid* by [71].

³⁷⁵ *Atlantis Diesel supra*; *Forecourt Express (Pty) Ltd v SATAWU & others* [2007] 2 BLLR 101 (AAH).

³⁷⁶ (2005) 26 ILJ 501 (AH).

*a decision having been taken and at a stage when the employer is still open to being persuaded not to retrench.*³⁷⁷

Waar een van hierdie vereistes ontbreek sal die ontslag van werknemers onbillik wees, eerstens as substantiewe operasionele vereistes ontbreek sal die ontslag outomaties onbillik wees ingevolge artikel 187(1)(c) en tweedens as prosedurele vereistes ontbreek, maar substantiewe operasionele vereistes teenwoordig is sal die ontslag onbillik wees ingevolge artikel 189.

3 UITSLUITING EN STAKING

3.1 Inleiding

Staking ingevolge artikel 64(1) is werknemers se reg in die arena van kollektiewe bedinging en werkgewers word gemagtig om werknemers uit te sluit in die magstryd.³⁷⁸ Uitsluiting as regsmiddel in die hand van werkgewers ten einde werknemers te dwing om wysiging van diensvoorwaardes te aanvaar het egter drasties verander ingevolge die huidige WAV.

3.2 Uitsluiting ingevolge die 1956 WAV

Uitsluiting was ingevolge die 1956 WAV³⁷⁹ nie beskou as onbillike arbeidspraktyk nie en het die Nywerheidshof nie jurisdiksie gehad om uitsluitingsdispute te bereg nie.³⁸⁰ Werkgewers wat diensvoorwaardes eensydig wou wysig moes werknemers wat nie die wysiging wou aanvaar nie uitsluit.

In *CCAWUSA v Game Discount World Ltd.*³⁸¹ moes die Nywerheidshof beslis of die handeling van die werkgewer op 'n uitsluiting of ontslag neergekom het. *Game* en die vakbond kon nie 'n ooreenkoms bereik oor loonverhogings en ander diensvoorwaardes nie en is werknemers in kennis gestel dat hulle dienste finaal beëindig sou word as hulle nie *Game* se voorwaardes aanvaar nie. Werknemers wat nie die voorwaardes wou aanvaar nie is ontslaan. Die hof beslis dat vir 'n uitsluiting daar 'n spesifieke handeling ter bereiking van 'n spesifieke doel moet

³⁷⁷ By [66].

³⁷⁸ Art 64 (1) van die WAV.

³⁷⁹ Wet 28 van 1956.

³⁸⁰ *Grogan Chicken or egg Dismissals to enforce demands* (2003) 19(2) *EL* 4 by 7 (hierna *Chicken or egg* genoem).

³⁸¹ (1990) 11 *ILJ* 162.

wees.³⁸² In *Game* was die doel die ontslag van die werknemers wat nie die wysiging in diensvoorwaardes wou aanvaar nie.³⁸³ Die hof beslis:

*The termination of the employment of the individual applicants is in casu not a lock-out dismissal. There is in casu no lock out.*³⁸⁴

Die hof beslis verder dat 'n werknemer nie verplig is om wysiging in diensvoorwaardes te aanvaar nie en dat dit onbillik is om 'n werknemer wat weier om die wysiging te aanvaar, te ontslaan.³⁸⁵ Ingevolge die 1956 WAV was 'n werkgewer se remedie 'n uitsluiting en nie ontslag nie.³⁸⁶

Die beginsel van die 1956 WAV was dus dat 'n finale ontslag in 'n geval soos *Game* nie 'n ontslag-uitsluiting is nie, maar 'n onbillike arbeidspraktyk³⁸⁷ en dat 'n finale ontslag nooit 'n uitsluiting kan wees nie.³⁸⁸ Werkgewers kon gevolglik nie 'n werknemer finaal ontslaan weens 'n weiering om wysiging in diensvoorwaardes te aanvaar nie en so 'n ontslag sou onbillik gewees het.

3.3 Die huidige WAV

Die beginsel van 'n uitsluitings-ontslag is in *Fry's Metals*³⁸⁹ omskryf as:

*A lock-out dismissal entails that the employer wants his existing employees to agree to a change of their terms and conditions of employment. In a lock-out dismissal the employer would take the attitude that, if the employee does not agree to the proposed changes, he would dismiss them – not for operational requirements – but to compel them to agree to the change.*³⁹⁰

Indien die werknemer toestem tot die wysigings kom die ontslag tot 'n einde aangesien die ontslag sy doel gedien het.³⁹¹ Indien die werknemer nie die wysiging aanvaar nie is die ontslag finaal weens operasionele vereistes en nie omdat die werknemer geweier het om die gewysigde diensvoorwaardes te aanvaar nie.³⁹²

³⁸² *Ibid* 164.

³⁸³ *Ibid* 165.

³⁸⁴ *Ibid* by [E].

³⁸⁵ *Ibid* by [H].

³⁸⁶ *Ibid* by [I].

³⁸⁷ Ontslag was ingevolge die 1956 WAV beskou as 'n onbillike arbeidspraktyk.

³⁸⁸ *Chicken or egg* 8; *Workplace Law* 144.

³⁸⁹ *Supra*.

³⁹⁰ *Ibid* [29].

³⁹¹ *Ibid*.

³⁹² *Ibid*.

Volgens *Fry's Metals* is 'n finale ontslag nie weens 'n weiering om wysigings te aanvaar nie, maar weens operasionele vereistes en in *Game* was die rede vir die finale ontslag, die weiering om wysiging van diensvoorwaardes te aanvaar.

In *Algorax*³⁹³ gee die hof die voorbeeld van 'n werkgever wat korttyd wil implementeer, maar nie permanent van sy werknemers wat nie die korttyd wil werk ontslae raak nie. Die werkgever ontslaan dan die werknemers, nie om hulle met ander te vervang nie, maar om hulle te dwing om die korttyd te aanvaar.³⁹⁴ Ingevolge die 1956 WAV was die werkgever se handeling toelaatbaar, maar ingevolge die huidige WAV is die ontslag ingevolge artikel 187(1)(c) outomaties onbillik. In *OK Bazaars Krugersdorp*³⁹⁵ beslis die hof dat die werkgever wysiging van diensvoorwaardes kan implementeer sonder om werknemers uit te sluit.³⁹⁶

'n Uitsluitings-ontslag ingevolge die 1956 WAV om werkers te ontslaan om hulle te dwing om wysigings van diensvoorwaardes te aanvaar en dan herindiens te neem as hulle die wysigings aanvaar, is ingevolge artikel 187(1)(c) van die huidige WAV ontoelaatbaar.

3.4 Staking

Werknemers kan staking as ooredingsmeganisme in die kollektiewe bedingingsproses gebruik om druk op werkgewers te plaas wat wysiging van diensvoorwaardes wil implementeer. Ontslag weens deelname aan 'n staking is ingevolge artikel 187(1)(a) outomaties onbillik.³⁹⁷

In *SA Chemical Workers Union & others v Afrox*³⁹⁸ is werkers tydens 'n staking ontslaan nadat *Afrox* 'n afleggingsproses gevolg het. *SACWU* het aangevoer dat die ontslag weens die werknemers se deelname aan 'n staking was. *Afrox* het aangevoer dat die ontslag weens operasionele vereistes was. Die hof haal artikel 64(5) van die WAV aan wat twee gronde aangee wanneer stakers wel ontslaan kan

³⁹³ *Supra* by [37].

³⁹⁴ *Ibid.*

³⁹⁵ *Supra.*

³⁹⁶ *Ibid* by [26]; *Workplace Law* 142.

³⁹⁷ Die staking moet egter geskied binne die voorskrifte vir 'n beskermde staking.

³⁹⁸ (1999) 20 *ILJ* 1718 (AAH).

word naamlik weens wangedrag tydens die staking of weens operasionele vereistes.³⁹⁹

Indien operasionele vereistes ter sprake is moet die hof twee vrae beantwoord. Die eerste vraag is wat die rede vir die ontslag was.⁴⁰⁰ As die rede vir ontslag die deelname aan die staking was, is die ontslag outomaties onbillik.⁴⁰¹ Die tweede vraag is of die ontslag weens operasionele vereistes ingevolge artikel 188 van die WAV billik was⁴⁰² en of 'n billike proses ingevolge artikel 189 van die WAV gevolg was.⁴⁰³

Die hof in *Afrox* beslis dat die ontslag weens operasionele vereistes was en dat 'n billike proses gevolg was. In *NUMSA & others v Dorbyl Ltd & another*⁴⁰⁴ het die hof die beginsel wat in *Afrox*⁴⁰⁵ neergelê is, gebruik in die beoordeling van die billikheid al dan nie van die ontslag.⁴⁰⁶ Die hof bevind die ontslag substantief billik maar prosedureel onbillik:

*This court and the Labour Appeal Court have on many occasions emphasised that consultation in the context of a retrenchment exercise means a 'joint problem-solving' or a 'joint consensus seeking' exercise. If an employer makes a decision to retrench employees before consultation has been completed it essentially presents employees with a fait accompli and that is fatal to the procedural fairness of the retrenchment.*⁴⁰⁷

Daar is dus slegs twee regmatige gronde wanneer werknemers wat aan 'n staking deelneem, ontslaan kan word. In die afwesigheid van regmatige gronde sal die ontslag ingevolge artikel 187(1)(a) van die WAV outomaties onbillik wees.

³⁹⁹ By [25].

⁴⁰⁰ By [31].

⁴⁰¹ *Ibid.*

⁴⁰² By [33].

⁴⁰³ By [35] en [36].

⁴⁰⁴ (2004) 25 *ILJ* 1300 (AH); [2004] 9 *BLLR* 914 (AH).

⁴⁰⁵ *Supra.*

⁴⁰⁶ *Dorbyl supra* by [4].

⁴⁰⁷ By [4.2.1]; *La Vita v Boymans Clothiers (Pty) Ltd.* (2001) 22 *ILJ* 454 (AH); *Marneweck v Seesa Ltd* (2009) 30 *ILJ* 2745 (AH).

HOOFSTUK 6

REGSVERGELYKING: ENGELAND EN DUITSLAND

1 INLEIDING

Die Grondwet van Suid-Afrika⁴⁰⁸ bepaal dat 'n hof, by die uitleg van die Handves van Regte buitelandse reg in aanmerking kan neem.⁴⁰⁹ Ons howe neem dan ook buitelandse reg in aanmerking en word dit in regspraak opgeneem.⁴¹⁰ Die meeste internasionale lande se regulering van arbeidsreg vind plaas deur erkenning van die gemenereg of wetgewing of 'n kombinasie van die gemenereg en wetgewing. Engeland se arbeidsreg is 'n kombinasie van die gemenereg en wetgewing⁴¹¹ terwyl Duitsland deur wetgewing gereguleer word.⁴¹²

In hierdie hoofstuk sal 'n oorsig van die twee lande se arbeidsreg gegee word met spesifieke verwysing na wysiging van dienskontrakte, kollektiewe bedinging, diensbeëindiging weens operasionele vereistes en staking in die bedingingsproses. Daar sal ook sekere verskille en ooreenkomste met Suid-Afrika uitgewys word.

2 ENGELAND

2.1 Inleiding

Engeland het 'n groot verskeidenheid wetgewing wat arbeidsreg beheer. Nieteenstaande al hierdie wetgewing is die kern van die individuele- en kollektiewe arbeidsreg die gemenereg.⁴¹³ Waar daar van die gemenereg afgewyk word, word daar eerder op 'n sisteem van vrywaring gesteun as op positiewe statutêre regte.⁴¹⁴ Alhoewel die dienskontrak sentraal tot die diensverhouding staan word daar wel geïmpliseerde voorwaardes in die dienskontrak ingelees.⁴¹⁵

⁴⁰⁸ Wet 108 van 1996.

⁴⁰⁹ A 39(1)(c).

⁴¹⁰ *SA Maritime Safety Authority v McKenzie* [2010] 5 BLLR 488 (HHA).

⁴¹¹ Deakin & Morris *Labour Law* (2005) 55; Gower *Employment Law in Europe A Country by Country Guide for Employers* (1995) 470.

⁴¹² Gower 150; Dau-Schmidt *Labour Law and Industrial Peace; A Comparative Analysis of the United States, the United Kingdom, Germany and Japan Under the Bargaining Model* 9 TLNJICL 117 by 140.

⁴¹³ Deakin 55.

⁴¹⁴ Deakin 56.

⁴¹⁵ Deakin 242.

2.2 Wysiging van dienskontrakte

Die gemeenregtelike beginsel dat 'n dienskontrak nie eensydig gewysig kan word nie geld in die Engelse reg.⁴¹⁶ Indien 'n kontrak eensydig gewysig word, is daar kontrakbreuk teenwoordig.⁴¹⁷ Twee faktore moet oorweeg word by wysiging van dienskontrakte.⁴¹⁸ Eerstens moet bepaal word of die wysiging betrekking het op 'n kontraktuele bepaling of 'n nie-kontraktuele bepaling.⁴¹⁹ Tweedens moet bepaal word of die werknemer toegestem het tot die wysiging.⁴²⁰

Indien die wysiging betrekking het op 'n kontraktuele bepaling moet toestemming van die werknemer verkry word,⁴²¹ tensy die wysiging binne die prerogatief van die werkgever is,⁴²² of 'n regmatige en redelike instruksie is.⁴²³ Toestemming word nie verlang waar 'n wysiging van 'n bepaling nie van 'n kontraktuele aard is nie.⁴²⁴ Duggan⁴²⁵ gee die voorbeeld dat 'n bonus skema eensydig gewysig kan word.

Die dienskontrak kan egter 'n uitdruklike bepaling bevat dat 'n werkgever spesifieke bepalings van 'n dienskontrak mag wysig en sal toestemming nie vereis word as die kontrak gewysig word nie.⁴²⁶ Indien kontraktuele bepalings van 'n dienskontrak eensydig gewysig word, het 'n werknemer 'n reg tot terugtrede en 'n eis weens kontrakbreuk.⁴²⁷ Die werknemer mag moontlik ook eis vir onbillike ontslag of eis vir oortolligheidsbetaling ingevolge die Employment Rights Act van 1996 (ERA).⁴²⁸ Die werknemer kan egter weier om die wysiging te aanvaar en eis vir spesifieke nakoming⁴²⁹ en onbillike ontslag.⁴³⁰

⁴¹⁶ Duggan *Wrongful Dismissal and Breach of Contract* (2003) 63; Upex & Shruballs *Contract of Employment: Law and Practice* (1997) 100; Deakin 273; Bell *Employment Law* (2007) 35.

⁴¹⁷ *Ibid.*

⁴¹⁸ Upex 100.

⁴¹⁹ *Ibid.*

⁴²⁰ *Ibid.*

⁴²¹ Upex 102; Duggan 63.

⁴²² Sien Upex 104 vir 'n bespreking van werkgeversprerogatief.

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ Upex 101; Duggan 63.

⁴²⁵ *Supra* 101.

⁴²⁶ Deakin 273; Duggan 64; Upex 105. Sien ook Upex 105 e.v. vir die vereistes vir toestemming.

⁴²⁷ Upex 101.

⁴²⁸ *Ibid.*; Deakin 278.

⁴²⁹ Duggan 74. Sien Upex 114 e.v. vir 'n bespreking van 'n werknemer se remedies wanneer diensvoorwaardes eensydig gewysig word.

⁴³⁰ Upex 119.

'n Werkgever kan 'n werknemer wat nie wysiging in diensvoorwaardes wil aanvaar nie, met 'n kennisgewingstydperk ontslaan en 'n aanbod tot herindiensname onder nuwe voorwaardes maak.⁴³¹ Die beëindiging van die diensverhouding sal neerkom op ontslag, maar die ontslag sal slegs onbillik wees indien daar nie aan die kennisgewings tydperk voldoen is nie.⁴³² Ingevolge Suid-Afrikaanse reg⁴³³ sal hierdie ontslag, wat gepaard gaan met 'n aanbod om herindiensname, neerkom op outomaties onbillike ontslag.

Arbeidswetgewing beskerm werknemers se reg op sekere minimum diensvoorwaardes onder andere minimum lone en maksimum werksure⁴³⁴ soos omskryf in die *ERA*. Indien ontslag volg op die weiering om langer as 48 uur per week of vir minder as die voorgeskrewe minimum loon werk sal die ontslag outomaties onbillik wees.⁴³⁵ Ontslag sal ook outomaties onbillik wees indien 'n werknemer op 'n vaste termyn kontrak ontslaan word weens 'n eis dat die diensvoorwaardes minder voordelig is as die van permanente werknemers.⁴³⁶

Die Engelse reg met betrekking tot wysiging van diensvoorwaardes is in vergelyking met Suid-Afrika meer buigsaam. Werkgevers se aanspreeklikheid op 'n gevolglike ontslag is met uitsondering beperk of daar kan selfs geen aanspreeklikheid wees nie.

2.3 Kollektiewe bedinging

Daar is geen reg op die staat om statutêre prosedure vir die erkenning van vakbonde te skep nie⁴³⁷ en kollektiewe bedinging is vrywillig. Werknemers se reg tot assosiasie word deur wetgewing beskerm en ontslag weens vakbondlidmaatskap of vakbonddeelname sal outomaties onbillik wees.⁴³⁸ Net soos Suid-Afrika het Engeland ook konvensie 98⁴³⁹ van die Internasionale Arbeidsorganisasie (IAO)

⁴³¹ Duggan 74; Deakin 278; Upex 118.

⁴³² *Ibid.* Die ontslag sal onregmatig wees.

⁴³³ A 187(1)(c) van die Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995 (WAV).

⁴³⁴ Davies *Perspectives on Labour Law* (2009) 167.

⁴³⁵ *Ibid.* Hierdie ontslag is in ooreenstemming met a 187(1)(d) van die WAV.

⁴³⁶ Duggan 49; Deakin 476; Bell 96.

⁴³⁷ Davies 177 en vn. 7.

⁴³⁸ Deakin 478, 778. Hierdie beskerming is in ooreenstemming met Suid-Afrikaanse reg.

⁴³⁹ Die konvensie handel oor vryheid van assosiasie en kollektiewe bedinging.

ratifiseer.⁴⁴⁰ Daar is egter geen plig tussen partye om 'n kollektiewe ooreenkoms te bereik nie.⁴⁴¹

'n Vakbond is grootliks van staking afhanklik om 'n onwillige werkgewer te ooreed om kollektief te beding en om 'n kollektiewe ooreenkoms te sluit.⁴⁴² In kontras met Suid-Afrika is kollektiewe ooreenkomste oor die algemeen nie regtens afdwingbaar nie.⁴⁴³ Dit bly nieteenstaande 'n belangrike bron wat die diensverhouding reguleer.⁴⁴⁴ In verdere kontras met Suid-Afrika wysig die kollektiewe ooreenkoms nie die individuele dienskontrak nie, tensy die kollektiewe ooreenkoms duidelik en spesifiek in hierdie verband is.⁴⁴⁵

Alvorens 'n kollektiewe ooreenkoms gesluit kan word is dit belangrik dat die werkgewer aan die vakbond erkenning moet gee.⁴⁴⁶ Indien die erkenning vrywillig is kan die werkgewer die erkenning terugtrek tensy 'n individuele dienskontrak erkenning aan 'n kollektiewe ooreenkoms gee.⁴⁴⁷ Vakbonde kan egter ook statutêre erkenning kry⁴⁴⁸ en geniet 'n vakbond groter beskerming teen terugtrekking van erkenning deur 'n werkgewer.⁴⁴⁹ Statutêre erkenning is egter beperk tot vakbonde wat aan sekere vereistes voldoen.⁴⁵⁰

2.4 Diensbeëindiging weens operasionele vereistes

Die Engelse reg erken 'n werkgewer se prerogatief om die werkplek te organiseer.⁴⁵¹ Hierdie prerogatief is opmerklik in ontslag weens ekonomiese redes wat insluit oortolligheid, herorganisering en oordrag van besigheid.⁴⁵² Ontslag weens operasionele vereistes is 'n erkende grond vir billike ontslag ingevolge die *ERA*.⁴⁵³

⁴⁴⁰ Deakin 772; Davies 178.

⁴⁴¹ Deakin 65.

⁴⁴² Davies 185.

⁴⁴³ Deakin 68; Davies 187.

⁴⁴⁴ Deakin 68.

⁴⁴⁵ *Ibid*; Davies 185.

⁴⁴⁶ Bell 189; Davies 185.

⁴⁴⁷ Bell 189.

⁴⁴⁸ Bell 190; Deakin 762; Davies 185.

⁴⁴⁹ Deakin 826.

⁴⁵⁰ Sien Bell 190 e.v. vir 'n uiteensetting van hierdie vereistes vir statutêre erkenning en terugtrekking van erkenning.

⁴⁵¹ Deakin 532. Sien ook Deakin 563 e.v. vir 'n bespreking van werkgewersprerogatief.

⁴⁵² *Ibid*.

⁴⁵³ Bell 161.

Die Engelse reg vereis soos Suid-Afrikaanse reg dat 'n billike proses gevolg word.⁴⁵⁴ Die proses sluit in dat kennis aan werknemers gegee word en met vakbonde gekonsulteer word, onder andere om objektiewe seleksie kriteria vas te stel, dat alternatiewe oorweeg word en dat die seleksie kriteria toegepas word.⁴⁵⁵ Daar word nie verwag dat die werkgever 'n ooreenkoms bereik met die vakbond nie en na die konsultasie proses maak die werkgever die finale besluit.⁴⁵⁶

Die arbeidstribunale sal wel in 'n dispuut die objektiewe motief van die werkgever in sy besluit oorweeg.⁴⁵⁷ Die billikheid van ontslag weens operasionele vereistes sal egter ook op grond van prosedurele billikheid oorweeg word.⁴⁵⁸ Indien 'n werknemer weier om 'n billike alternatief te aanvaar, sal daar nie op oortolligheidsvergoeding aanspraak gemaak kan word nie.⁴⁵⁹ Anders as in Suid-Afrika is oortolligheidsvergoeding slegs betaalbaar na 'n ononderbroke tydperk van 2 jaar diens.⁴⁶⁰

2.5 Staking

Staking is 'n magtige wapen wat werknemers se bedingingsmag vergroot.⁴⁶¹ Ingevolge die gemenerereg maak werknemers wat staak hulself skuldig aan kontrakbreuk.⁴⁶² Gevolglik is dit belangrik om te onderskei tussen amptelike- en nie-amptelike stakings.⁴⁶³

Om te voldoen aan 'n amptelike staking moet die staking eerstens die onderwerp van kollektiewe bedinging wees.⁴⁶⁴ Verder moet daar aan spesifieke kriteria voldoen word om vrywaring teen onregmatigheid te verkry.⁴⁶⁵ 'n Belangrike kriteria is dat 'n

454

Ibid.

455

Bell 167.

456

Ibid.

457

Deakin 533.

458

Bell 167.

459

Deakin 542; Bell 168. Hierdie beginsel geld ook in die Suid-Afrikaanse reg.

460

Deakin 539; Bell 165. In Suid-Afrika is werknemers na 1 jaar diens geregtig op skeidingsloon.

461

Davies 221.

462

Bell 204; Deakin 1047.

463

Bell 204. Suid-Afrikaanse reg onderskei tussen beskermd- en onbeskermd- stakings.

464

Davies 220, 221.

465

Sien Davies 231 e.v. vir 'n bespreking van die kriteria.

stemming vir 'n staking gehou moet word waarvolgens die meerderheid werknemers ten gunste van 'n staking moet stem.⁴⁶⁶

Alhoewel daar in die Engelse reg nie 'n uitdruklike reg tot staking is nie⁴⁶⁷ sal ontslag weens deelname aan 'n amptelike staking soos in Suid-Afrika neerkom op outomatiese onbillike ontslag⁴⁶⁸ Werknemers wat deelneem aan 'n nie-amptelike staking is skuldig aan kontrakbreuk en werkgewers het die reg om skade te eis vir die verlies weens die staking,⁴⁶⁹ of stakers se dienste mag sonder enige kennistydperk beëindig word en geld die beginsel van geen werk geen betaling.⁴⁷⁰ Werknemers wat weens 'n nie-amptelike staking ontslaan word, het geen eis vir onbillike ontslag nie.⁴⁷¹ Anders as in Suid-Afrika kan 'n werkgewer nie 'n hofbevel bekom om stakers te beveel om hulle werk te hervat nie.⁴⁷²

3 DUITSLAND

3.1 Inleiding

Duitsland word, in sterk kontras met Engeland gedomineer deur regsreëls en regswaarborge.⁴⁷³ Die hoofbron van die arbeidsreg is wetgewing,⁴⁷⁴ kollektiewe ooreenkomste,⁴⁷⁵ werksooreenkomste⁴⁷⁶ en hofspraak.⁴⁷⁷ Die fokuspunt van regulering is gegrond op die beginsel van gesamentlike besluitneming waarvolgens beide die werknemers en bestuur 'n gelyke aandeel in die bedryf van die maatskappy het.⁴⁷⁸

⁴⁶⁶ *Ibid.* Hierdie kriteria geld nie in die Suid-Afrikaanse reg nie.

⁴⁶⁷ Davies 228.

⁴⁶⁸ Bell 205.

⁴⁶⁹ Deakin 1047.

⁴⁷⁰ *Ibid.*

⁴⁷¹ Bell 205.

⁴⁷² *Ibid.*

⁴⁷³ Dau-Schmidt 140.

⁴⁷⁴ Weiss *Labour Law and Industrial Relations in Germany* (1995) 35.

⁴⁷⁵ Weiss 36.

⁴⁷⁶ Weiss 37.

⁴⁷⁷ Weiss 36; Jung *National Labour Law Profile: Federal Republic of Germany* (2001)

<http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/info/national/ger.htm>.

⁴⁷⁸ Dau-Schmidt 141.

3.2 Wysiging van dienskontrakte

Die beginsel van kontrakteursvryheid is van toepassing op die dienskontrak,⁴⁷⁹ maar hierdie vryheid word deur ander bronne van die arbeidsreg ingeperk.⁴⁸⁰ Indien 'n werkgever 'n dienskontrak wil wysig en die werknemers weier om die wysiging te aanvaar kan die werkgever ontslag gebruik om sy doel te bereik en 'n aanbod aan die werknemer maak vir voortgesette diens ingevolge die gewysigde diensvoorwaardes.⁴⁸¹

Die werknemer sal dan 'n eis vir ontslag kan instel, maar sal in die proses werkloos wees.⁴⁸² Om ontslag te vermy het wetgewing⁴⁸³ 'n remedie geskep waarvolgens die werknemer, wat nie die wysiging wil aanvaar nie, maar ook nie ontslaan wil word nie die wysiging aanvaar, maar terselfdertyd 'n reservering verklaar.⁴⁸⁴ Die doel van die reservering is om die regverdigheid van die wysiging in die hof te toets. Die hof sal bepaal of die wysiging sosiaal regverdig is,⁴⁸⁵ en of die wysiging die gevolg is van die vermoë of gedrag van die werknemer of weens ekonomiese gronde van die werkgever.⁴⁸⁶

Indien die hof ten gunste van die werknemer beslis moet die werkgever die werknemer herplaas in die vorige posisie en vergoed vir enige verlies.⁴⁸⁷ Die werknemer moet egter volgens die gewysigde diensvoorwaardes werk tot die hof sy beslissing gemaak het.⁴⁸⁸

Die werknemer word verder beskerm teen ontslag weens weiering om wysiging van diensvoorwaardes te aanvaar deurdat die werkgever met die werksraad moet konsulteer alvorens die werknemer ontslaan word.⁴⁸⁹ Wysigings wat eensydig en

⁴⁷⁹ Weiss 47.

⁴⁸⁰ Sien Weiss 62 e.v. vir 'n bespreking van hierdie beperking.

⁴⁸¹ Weiss 102; Araki *Accommodating Terms and Conditions of Employment to Changing Circumstances: A Comparative Analysis of Quantitative and Qualitative Flexibility in the United States, Germany and Japan in Labour Law and Industrial Relations at the Turn of the Century* (1998) 532.

⁴⁸² *Ibid.* Ingevolge a 187(1)(c) van die WAV sal die ontslag outomaties onbillik wees.

⁴⁸³ *Act on Protection against Dismissal.*

⁴⁸⁴ Weiss 102; Araki 532.

⁴⁸⁵ *Ibid.*

⁴⁸⁶ *Ibid.* Sien ook Weiss 92 vir 'n bespreking van die konsep van sosiale regverdiging.

⁴⁸⁷ Weiss 103.

⁴⁸⁸ Weiss 102.

⁴⁸⁹ Weiss 103. Sien ook Weiss 94 vir 'n bespreking van die rol van werksrade in ontslag sake.

sonder die toestemming van die werksraad geïmplementeer word, is nietig.⁴⁹⁰ Die Duitse reg vermy sover as moontlik die eensydige wysiging van diensvoorwaardes.⁴⁹¹

3.3 Kollektiewe bedinging

Duitse reg bepaal dat 'n werksraad gestig moet word in enige werkplek waar daar meer as 10 werknemers aangestel is.⁴⁹² Die funksie van die werksraad is om met die werkgever te kommunikeer en werksooreenkomste te sluit.⁴⁹³ Hierdie werksooreenkomste is egter, waar teenstrydighede bestaan, ondergeskik aan kollektiewe ooreenkomste.⁴⁹⁴ Werksrade het 'n belangrike funksie te vervul in die mede-besluitnemingsproses en mag in sekere omstandighede goedkeuring van werkgeversvoorstelle weier of beswaar daarteen maak.⁴⁹⁵

Nog 'n vorm van kollektiewe bedinging is bedinging deur vakbond verteenwoordiging.⁴⁹⁶ Die wyse waardeur 'n vakbond diensvoorwaardes reguleer is die sluiting van kollektiewe ooreenkomste wat ingevolge die *Collective Bargaining Agreement Act*⁴⁹⁷ gedoen word.⁴⁹⁸ Kollektiewe ooreenkomste is regtens afdwingbaar en kan basies elke aspek van diensvoorwaardes reguleer en elke dienskontrak van 'n werknemer wat aan die kollektiewe ooreenkoms gebonde is en wat minder voordelig is, sal ondergeskik wees aan daardie kollektiewe ooreenkoms.⁴⁹⁹

'n Kollektiewe ooreenkoms kan uitgebrei word na nie-lede van 'n vakbond deurdat 'n werkgever 'n toepassingsklousule in dienskontrakte stipuleer wat die kollektiewe ooreenkoms van toepassing maak.⁵⁰⁰ 'n Kollektiewe ooreenkoms kan ook algemeen toepassing vind in sy geografiese gebied as ten minste 50% van werknemers in

⁴⁹⁰ Araki 522.

⁴⁹¹ Suid-Afrikaanse reg onderskryf ook hierdie beginsel.

⁴⁹² Zwanziger *Collective Labor Law In a Changing Environment: Aspects of the German Experience Comp. Labor Law & Pol'y Journal* 2005 (26) 303 by 307.

⁴⁹³ Zwanziger 309; Weiss 37. Sien Spiegelhalter, Musacchio, Püttner & Reckler *Basics of German Labour Law* (2009) 96 e.v. vir 'n bespreking van werksrade en werksooreenkomste.

⁴⁹⁴ Zwanziger 309; Araki 520.

⁴⁹⁵ Spiegelhalter 110.

⁴⁹⁶ Zwanziger 304.

⁴⁹⁷ In Duitsland staan die Wet bekend as 'Tarifvertragsgesetz' (TVG).

⁴⁹⁸ Zwanziger 305; Weiss 133.

⁴⁹⁹ *Idib*; Araki 520. Hierdie beginsel geld ook in die Suid-Afrikaanse reg.

⁵⁰⁰ Zwanziger 306; Deakin 262; Weiss 139.

daardie geografiese gebied reeds aan die kollektiewe ooreenkoms gebind is.⁵⁰¹ Kollektiewe ooreenkomste mag ingevolge die Duitse Konstitusie nie voorsiening maak vir geslote-geledere ooreenkomste nie en mag ook nie lede van vakbonde bevoordeel bo nie-lede of hulle dwing om by 'n vakbond aan te sluit nie.⁵⁰²

3.4 Diensbeëindiging weens operasionele vereistes

Diensbeëindiging weens operasionele vereistes is 'n erkende vorm van ontslag in die Duitse reg en kom voor waar die werkgewer nie langer sy besigheid soos in die verlede kan of wil bestuur nie.⁵⁰³ Ontslag moet slegs as laaste uitweg volg nadat sosiale aspekte oorweeg is.⁵⁰⁴

Alhoewel ontslag weens operasionele vereistes die prerogatief van die werkgewer is moet die werkgewer dringende operasionele omstandighede bewys en aan die sosiale aspekte voldoen.⁵⁰⁵ Die sosiale faktortoets bestaan uit 4 kriteria naamlik diensjare, ouderdom, onderhoudsverpligtinge en die aard van gestremdheid van 'n werknemer.⁵⁰⁶ Buiten voldoening aan hierdie kriteria moet die werkgewer met die werksraad onderhandel.⁵⁰⁷ Hierdie onderhandelingsproses behels 3 fundamentele aspekte naamlik verskaffing van inligting oor die beplande maatreëls, oorwegings en stappe om die operasionele veranderinge te implementeer en vergoeding van geaffekteerde werknemers.⁵⁰⁸ Tweedens moet daar met die werksraad gekonsulteer word oor die inligting wat verskaf is en laastens moet daar met die werksraad onderhandel word ten einde 'n ooreenkoms te bereik en 'n sosiale plan te onderteken.⁵⁰⁹

⁵⁰¹ Jung 6.

⁵⁰² Fuchs *The Evolving Structure of Collective Bargaining in Europe 1990-2004 National Report Germany* 2.

⁵⁰³ Spiegelhalter 87; Weiss 93.

⁵⁰⁴ Spiegelhalter 87.

⁵⁰⁵ Spiegelhalter 88.

⁵⁰⁶ *Ibid*; Weiss 93; Ubbel *Agenda 2010: Reform of German Labour Law: Impact on Hiring and Firing Staff German Law Journal* [2004] 5(2) 136.

⁵⁰⁷ Weiss 94; Wessing *Germany at Work—Feature International Employment Law Update* http://taylorwessing.com/reaction/newsletter/intpemployment/2010_07_04.

⁵⁰⁸ *Wessing* 4.

⁵⁰⁹ *Ibid*.

Anders as die reg in Suid-Afrika en Engeland is daar geen statutêr verpligte skeidingspakket nie, maar word 'n skeidingspakket tydens kennisgewing aangebied of as 'n skikking in 'n dispuut.⁵¹⁰

3.5 Staking

Staking is 'n erkende vorm van nywerheidsaksie alhoewel dit nie deur wetgewing gereguleer word nie, maar hoofsaaklik deur hofspraak van die Federale Arbeidshof.⁵¹¹ Stakings kan uitsluitlik deur vakbonde uitgeroep word.⁵¹² Werksrade as sulks word verbied om 'n staking te onderneem.⁵¹³ In die kollektiewe bedingsproses kan stakings slegs gebruik word as alle pogings om 'n ooreenkoms te bereik, misluk het en die poging sal 'n arbitrasie proses waartoe die partye vrywillig toestem, insluit.⁵¹⁴ Alvorens tot staking oorgegaan kan word moet 'n geheime stemming deur werknemers gehou word.⁵¹⁵

Onwettige stakings kan tot gevolg hê dat werkgewers skadevergoeding kan eis en werknemers wat aan 'n onwettige staking deelneem sonder kennis kan ontslaan.⁵¹⁶ Stakings is slegs wettig indien die doel daarvoor is om 'n kollektiewe ooreenkoms te sluit of vir die bereiking van enige doel wat in die kollektiewe ooreenkoms gereguleer kan word.⁵¹⁷ Die gronde vir stakings is dus anders as in Suid-Afrika beperkend, siende ook dat werknemers in die staatsdiens nie mag staak nie⁵¹⁸ en 'n staking nie noodsaaklike dienste mag onderbreek nie.⁵¹⁹

⁵¹⁰ Ubber 137.

⁵¹¹ Weiss 152; Jung 6.

⁵¹² *Ibid*; Dau-Smidt 142.

⁵¹³ Dau-Smidt 141.

⁵¹⁴ Weiss 153; Jung 7; Dau-Smidt 142.

⁵¹⁵ Weiss 152; Jung 7; Dau-Smidt 142.

⁵¹⁶ *Ibid*.

⁵¹⁷ Weiss 149.

⁵¹⁸ Weiss 156.

⁵¹⁹ Weiss 162.

HOOFSTUK 7

SLOT

Die gemeenregtelike beginsel dat diensvoorwaardes nie eensydig gewysig mag word nie, word in die Suid-Afrikaanse reg erken en deur arbeidswetgewing verbied. Werknemers wat onderwerp word aan eensydige wysiging van diensvoorwaardes het regsremedies tot hulle beskikking waardeur hulle beskerm kan word.

'n Werkgewer kan slegs diensvoorwaardes wysig indien dit strydig is met minimum diensvoorwaardes wat in wetgewing of regsvoorskrifte vervat is. Diensvoorwaardes in 'n dienskontrak wat egter meer voordelig is as minimum diensvoorwaardes in wetgewing of regsvoorskrifte kan nie eensydig gewysig word om by wetgewing of regsvoorskrifte aan te pas nie.

Ontslag van werknemers weens hulle weiering om wysiging van diensvoorwaardes te aanvaar, is arbeidsregtelik onbillik. indien die wysiging van diensvoorwaardes uit die operasionele vereistes van die werkgewer voortspruit, rus daar 'n plig op werkgewers om met werknemers te konsulteer in 'n poging om konsensus oor die wysiging te kry. Hierdie plig om kollektief te beding is 'n uitsondering op die algemene regsbeginnsel dat 'n vakbond nie 'n positiewe reg het om as bedingingsagent deur 'n werkgewer erken te word of om namens sy lede kollektief oor diensvoorwaardes te beding nie.

Die konsultasieproses moet ingevolge artikel 189 van die Wet op Arbeidsverhoudinge (WAV) geskied en van die belangrikste onderwerpe waarvoor gekonsulteer moet word is die operasionele vereistes wat wysiging van diensvoorwaardes noodsaak asook alternatiewe wat oorweeg is om wysiging van diensvoorwaardes of ontslag te voorkom.

Die howe het 'n objektiewe rol te vervul in die beoordeling van die billikheid, al dan nie van ontslag weens operasionele vereistes. Werkgewers se prerogatief om self oor werkswyse in die werksplek te besluit, kan deur die howe ingeperk word indien enige wysiging van werkswyse 'n wysiging in diensvoorwaardes meebring en 'n hof sal afwyk van die werkgewer se besluit indien die werkgewer nie aan die billikheidsvereiste voldoen het nie.

'n Werkgewer wat werknemers ontslaan met 'n aanbod tot herindiensname op voorwaarde dat die gewysigde diensvoorwaardes aanvaar word, sal ingevolge artikel 187(1)(c) van die WAV outomaties onbillik wees. Ontslag sal slegs billik wees indien die besluit om te ontslaan, op substantiewe operasionele gronde gebaseer is, die werknemers weier om die wysiging van diensvoorwaardes as alternatief tot ontslag te aanvaar, die werkgewer 'n billike proses ingevolge artikel 189 van die WAV gevolg het en die ontslag onvoorwaardelik en finaal is.

Arbeidswetgewing bied voldoende beskerming aan beide individuele werknemers en werknemers in die kollektiewe sfeer. Voor ontslag sal 'n individuele werknemer wie se diensvoorwaardes eensydig gewysig is, op die remedies soos vervat in die Wet op Basiese Diensvoorwaardes (WBD) aangewese wees, terwyl 'n kollektiewe groep werknemers die remedies in die WAV of die WBD kan aanwend. Waar ontslag egter die gevolg is van die weiering om wysiging van diensvoorwaardes te aanvaar sal die remedies, soos vervat in die WAV vir beide 'n individuele werknemer en 'n kollektiewe groep werknemers beskikbaar wees.

Werkgewers wat werknemers wil ontslaan omdat hulle nie wysiging van diensvoorwaardes wil aanvaar nie moet bewus wees dat goeie bedoelings nie noodwendig 'n hof sal oortuig dat aan die billikheidsvereistes voldoen is nie. Juis hierdie goeie bedoelings kan meebring dat ontslag strydig met die bepaling van artikel 187(1)(c) van die WAV mag wees omdat daar 'n voorwaardelike ontslag teenwoordig was.

BRONNELYS

Handboeke

Application of International Labour Standards 2006 (II)

Araki Accommodating Terms and Conditions of Employment to Changing Circumstances: A Comparative Analysis of Quantitative and Qualitative Flexibility in the United States, Germany and Japan in Labour Law and Industrial Relations at the Turn of the Century (1998)

Basson et al Essential Labour Law (2005)

Bell Employment Law (2007)

Berki The Genesis of Marxism Four Lectures (1988)

Burkett et al Globalisation and the Future of Labour Law (2006) in Development in the international labour dimension – a survey

Cheadle et al Constitutional Law of South Africa (2009) in Labour Relations

Cheadle et al South African Constitutional Law: The Bill of Rights (2009)

Cooper et al Constitutional Law of South Africa (2009) in Labour Relations

Currie & de Waal The Bill of Rights Handbook (2005)

Davies Perspectives on Labour Law (2009)

Deakin & Morris Labour Law (2005)

Devenish The South African Constitution (2005)

Gower Employment Law in Europe A Country by Country Guide for Employers (1995)

Grogan Workplace Law (2007)

Guide to International Labour Standards (2006)

Harrison Robert Owen and the Owenites in Britain and America The Quest for the New Moral World (1969)

Hepple Labour Laws and Global Trade (2005)

Nagel et al Kommersiële Reg (2006)

Spiegelhalter et al Basics of German Labour Law (2009)

Upex & Shrubsall *Contract of Employment: Law and Practice* (1997)

Van der Merwe *et al Contract General Principles* (2007)

Van Jaarsveld & Oosthuizen *Suid-Afrikaanse Handelsreg* (1990)

Van Jaarsveld *et al Kompendium van Arbeidsreg* (1999)

Van Niekerk *et al Law@Work* (2008)

Weiss *Labour Law and Industrial Relations in Germany* (1995)

Literatuur

Barker *Best conditions in the Basic Conditions of Employment Act* (1999) 7(5) CLL 41

Bosch *The Implied Term of Trust and Confidence in South African Labour Law* (2006) 27 ILJ 28

Cheadle *Collective bargaining and the LRA* (2005) 9(2) LDD 147

Cohen *Implying Fairness into the Employment Contract* (2009) 30 ILJ 2271

Cohen *Terms and Conditions of Employment – Automatically Unfair or Operational Justifiable* (2004) 25 ILJ 1883

Craig & Bosch *Contract as a Barrier to ‘Dismissal’: The Plight of the Labour Broker’s Employee* (2008) 29 ILJ 813

Dau-Schmidt *Labour Law and Industrial Peace; A Comparative Analysis of the United States, the United Kingdom, Germany and Japan Under the Bargaining Model* 9 TLNJICL 117

Du Toit *Business Restructuring and Operational Requirements Dismissal: Algorax and Beyond* (2005) 26 ILJ 595

Erasmus & Jordaan *South Africa and the ILO: towards a new relationship?* (1993/1994) 19 SAYIL 65

Fuchs *The Evolving Structure of Collective Bargaining in Europe 1990-2004 National Report Germany*

Godfrey & Clarke *The Basic Conditions of Employment Act amendments: More questions than answers* (2002) 6(1) LDD 1

Grogan *Chicken or egg Dismissals to enforce demands* (2003) 19(2) EL 4

Grogan *No duty to bargain Military union back in line* (2007) 23(2) EL 3

Hawthorne *Abuse of a Right to Dismiss not Contrary to Good Faith* (2005) 17(1) SAMLJ 214

Landman *The Duty to Bargain—An Old Weapon Pressed into Service* (2004) 25 ILJ 39

Landman *The ILO Commission Its findings and the implication for future labour legislation* (1992) 1(11) CLL 117

Le Roux & Mischke *Constitutional and common law remedies* (2007) 16(11) CLL 114

Lombard & Van Eck *Some thoughts on the Application of the New Basic Conditions of Employment Act 75 of 1997* (1998) 1 De Jure 133

Mischke *Acting in good faith: Courts focus on employee's fiduciary duty to the employer* (2004) 14(1) CLL 1

Mischke *Breach of contract and constructive dismissal* (2005) 14(10) CLL 99

Mischke *Making Contractual Rights: Has the Supreme Court of Appeal Reached the End of the Line?* (2010) 19(8) CLL 77

Mischke, *Getting a foot in the door: Organisational rights and collective bargaining in terms of the LRA* (2004) 13(6) CLL 51

Saley & Benjamin *The Context of the ILO Fact Finding and Conciliation Commission Report on South Africa* (1992) 13(4) ILJ 731

Schooling *Does an employer have a constitutional right to fair labour practices?* (2003) 13(5) CLL 45

Schooling *Limitations to the Right of Military Trade Unions* (2003) 13(3) CLL 24

Simson & Le Roux *Enforcement of the Basic Conditions of Employment Act* (2010) 19(10) CLL 96

Steenkamp *et al The Right to Bargain Collectively* (2004) 25 ILJ 943

Thompson *Bargaining over Business Imperatives: The Music of the Spheres after Fry's Metals* (2006) 27 ILJ 704

Ubber *Agenda 2010: Reform of German Labour Law: Impact on Hiring and Firing Staff* German Law Journal [2004] 5(2) 136

Workers' Charter? The new Basic Conditions of Employment Act (1998) 14(1) EL 4

Zwanziger *Collective Labor Law In a Changing Environment: Aspects of the German Experience* Comp. Labor Law & Pol'y Journal 2005 (26) 303

Wetgewing

Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996

Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995

Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997

Hofsake

A Mauchle (Pty) Ltd t/a Precision Tools v NUMSA & others (1995) 16 ILJ 349 (AAH)

Atlantis Diesel Engines (Pty) Ltd v NUMSA (1994) 15 ILJ 1247 (A)

Bafana Finance Mabopane v Makwakwa 2006 (4) SA 581 (AAH)

Boxer Superstores Mthatha & another v Mbenya 2007 (5) SA 450 (HHA)

Buthelezi v Demarcation Board (2004) 25 ILJ 2317 (AAH)

CEPPWAWU obo Konstale & others v SAFCOL [2003] 3 BLLR 246 (AH)

Chemical Workers Industrial Union & Others v Algorax (Pty) Ltd (2003) 24 ILJ 1917 (AAH)

Commercial Catering & Allied Workers Union of SA & others v Game Discount World Ltd (1990) 11 ILJ 162 (NH)

Denel (Pty) Ltd v Vorster (2004) 25 ILJ 659 (HHA)

Dudley v City of Cape Town & another (2004) 25 ILJ 991 (KH)

ECCAWUSA & others v Shoprite Checkers t/a OK Krugersdorp (2000) 21 ILJ 1247 (AH)

Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, (1996) 10 BCLR 1253 (KH)

FAWU & others v SA Breweries Ltd [2004] 11 BLLR 1093 (AH)

Fedlife Assurance Ltd. v Wolfaardt (2001) 22 ILJ 2407 (HHA)

Food & Allied Workers Union & others v SA Breweries Ltd (2004) 25 ILJ 1979 (AH)

Forecourt Express (Pty) Ltd v SATAWU & others [2007] 2 BLLR 101 (AAH)

Fry's Metals (Pty) Ltd v National Union of Metalworkers of SA & others (2003) 24 ILJ 133 (AAH)

General Food Industries Ltd v FAWU (2004) 25 ILJ 1260 (AAH)

- Kylie v CCMA & others* [2008] 9 BLLR 870 (AH)
- La Vita v Boymans Clothiers (Pty) Ltd.* (2001) 22 ILJ 454 (AH)
- Marneweck v Seesa Ltd* (2009) 30 ILJ 2745 (AH)
- Member of the Executive Council, Department of Health, Eastern Cape v Odendaal & others* (2009) 30 ILJ 2093 (AH)
- Minister of Safety & Security v Safety & Security Sectoral Bargaining Council & others* [2010] 4 BLLR 428 (AH)
- Molusi v Ngisiza Bonke Manpower Services cc* (2009) 30 ILJ 1657 (KVBA)
- Murray v Minister of Defence* (2006) 27 ILJ 1607
- MWASA & others v Independent Newspapers (Pty) Ltd* (2002) 23 ILJ 918 (AH)
- NAPTOSA & others v Minister of Education Western Cape & others* (2001) 2 SA 112 (KPA)
- National Union of Metalworkers of SA & others v Bader Bop (Pty) Ltd. & another* (2003) 24 ILJ 305 (KH)
- National Union of Metalworkers of SA & others v Fry's Metals (Pty) Ltd* (2001) 22 ILJ 701 (AH)
- National Union of Metalworkers of SA & others v Fry's Metals (Pty) Ltd* (2005) 26 ILJ 689 (HHA)
- NCBAWU v Hemic Premier Refractories (Pty) Ltd* (2003) 24 ILJ 837 (AH)
- NEHAWU v Medicor (Pty) Ltd t/a Vergelegen Medi-clinic* (2005) 26 ILJ 501 (AH)
- NEHAWU v University of Cape Town & others* (2003) 24 ILJ 95 (KH)
- NEWU v CCMA* (2003) ILJ 2335 (AH)
- NUMSA & others v Alfred Teve Technologies (Pty) Ltd* [2002] 10 BLLR 995 (AH)
- NUMSA & others v Dorbyl Ltd & another* (2004) 25 ILJ 1300 (AH); [2004] 9 BLLR 914 (AH)
- NUMSA & others v Lumex Clipsal (Pty) Ltd* (2000) 9 (AH) 9.6.4
- Nxele v Chief Deputy Commissioner, Corporate Services, Department of Correctional Services & others* (2008) 29 ILJ 2708 (AAH)
- Old Mutual Life Assurance Co. Ltd v Gumbi* 2007 (5) SA 552 (HHA)

- Parry v Astral Operations Ltd* (2005) 26 ILJ 1479 (AH)
- SA Chemical Workers Union & others v Afrox Ltd* (1999) 20 ILJ 1718 (AAH)
- SA Maritime Safety Authority v McKenzie* [2010] 5 BLLR 488 (HHA)
- SA National Defence Union v Minister of Defence & another* (1999) 20 ILJ 2265 (KH)
- SA National Defence Union v Minister of Defence & others* (2003) 24 ILJ 1495 (T)
- SA Post Office Ltd. V Mampeule* (2009) 30 ILJ 664 (AH)
- SACTWU & others v Discreto a Division of Trump & Springbok Holdings* (1998) 19 ILJ 1451 (AAH)
- SANDU & another v Minister of Defence & others; SANDU v Minsiter of Defence & others* [2003] 9 BLLR 932 (T)
- SANDU v Minister of Defence & other; Minister of Defence & others v SANDU* (2006) 2 ILJ 2276 (HHA)
- SANDU v Minister of Defence & others* [2007] 9 BLLR 785 (KH)
- Slagment (Pty) Ltd v Building Construction & Allied Workers Union* (1994) 15 ILJ 979 (A)
- Sondlo v Chris Hani District Municipality* (2008) 29 ILJ 2010 (AH)
- South African National Defence Union v Minister of Defence & another* 1999 (6) BCLR 615 (KH)
- Steyn & others v Driefontein Consolidated Ltd t/a West Driefontein* (2001) 22 ILJ 231 (AH)
- Tsika v Buffalo City Municipality* (2009) 30 ILJ 105
- Veerasamy v Engen Refinery & another* (2000) 21 ILJ 1606 (KH)
- Verity v University of the Witwatersrand* (2009) 30 ILJ 2518 (AH)
- Volvo (South Africa (Pty) Ltd v Yssel* (2009) 30 ILJ 2333 (HHA)

Internet

<http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>

<http://www.ilo.org/ilolex/english/newratframeE.htm>

<http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm>

[http://www.ilo.org/ilolex/ratifer.pl?c151.](http://www.ilo.org/ilolex/ratifer.pl?c151)



<http://www.ilog.org/ilolex/ratifce.pl?c098>

Jung National Labour Law Profile: Federal Republic of Germany 2001

<http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/info/national/ger.htm>.

Wessing Germany at Work—Feature International Employment Law Update

http://taylorwessing.com/reaction/newsletter/intpemployment/2010_07_04.