

## **DIE HOOGSTE HOF VAN APPÈL EN KOLLEKTIEWE SIENINGS OOR KOLLEKTIEWE BEDINGING**

### **1 Inleiding**

Die aard en betekenis van die reg op kollektiewe bedinging het onlangs in die Hoogste Hof van Appèl ter sprake gekom. Die hof is gekonfronteer met 'n hoogs

omstrede maar aktuele vraagstuk wat op 'n "beredeneerde en insiggewende wyse", soos hieronder aangetoon sal word, gehanteer en beslis is. In *SANDU v Minister of Defence; Minister of Defence v SANDU* [2006] 11 BLLR 1043 (HHA) was die sleutelvraag of 'n reg op kollektiewe bedinging ingevolge artikel 23 van die Grondwet van 1996 ten volle erkenning geniet, of vanuit die teenkant van die betrokke reg beskou en soos die vraagstuk ook voor die hof gedien het "whether there is a legally enforceable duty on the SANDF ('employer') to engage in collective bargaining with SANDU, a military trade union that was recently permitted to function as such" (1045H). Hierdie uitspraak is egter voorafgegaan deur drie uitsprake in die Transvaalse Hooggeregshof aangaande die bestaan al dan nie van 'n reg op kollektiewe bedinging (sien bespreking in par 7 *infra* asook Van Jaarsveld "Die reg op kollektiewe bedinging: nog enkele kollektiewe gedagtes" 2004 *De Jure* 349; Landman "The duty to bargain – an old weapon pressed into service" 2004 *ILJ* 39; Vettori "A judicially enforceable duty to bargain?" 2005 *De Jure* 382; Van Jaarsveld "Nog eens die reg op kollektiewe bedinging" 2006 *De Jure* 655. Die appèlle is nie gekonsolideer nie maar is gesamentlik aangehoor omdat almal oor dieselfde vraagstuk, soos hierbo gestel, gehandel het.

Die Hoogste Hof van Appèl en sy voorganger, die Appèlafdeling, se betrokkenheid by arbeidsregtelike kwessies is nog altyd deur gesaghebbende en substantiewe, alhoewel soms omstrede, beredenerings en beslissings gekenmerk (sien oa *Ongevallekommissaris v Onderlinge Versekeringsgenootskap AVBOB* 1976 4 SA 446 (A); *Smit v Workmen's Compensation Commissioner* 1979 1 SA 51 (A); *Atlantis Diesel Engines (Pty) Ltd v NUMSA* 1994 *ILJ* 1247 (A); *SACC-AWU v OK Bazaars (1929) Ltd* 1995 *ILJ* 1031 (A); *NUMSA v Vetsak Co-operative Ltd* 1996 *ILJ* 455 (A); *Council for Scientific & Industrial Research v Fijen* 1996 *ILJ* 18 (A); *SASBO v Standard Bank of SA Ltd* 1998 *ILJ* 223 (HHA); *Betha v BTR Sarmcol (A Division of BTR Dunlop Ltd)* 1998 *ILJ* 459 (HHA); *Fedlife Assurance Ltd v Wolfaardt* [2001] 12 BLLR 1301 (A); *Denel (Pty) Ltd v Vorster* [2005] 4 BLLR 313 (HHA); *NUMSA v Fry's Metals (Pty) Ltd* [2005] 5 BLLR 430 (HHA); *Media 24 Ltd v Grobler* 2005 *ILJ* 1007 (HHA)). Soos aangedui, sentreer die onderhawige vraagstuk waaroor die hof uitsluitel moes gegee het, rondom die uitleg en betekenis wat aan artikel 23(5) van die Grondwet geheg moes word (uit die aard van die saak het die ooreenstemmende bepaling van die interim Grondwet van 1993, nl a 27(3), ook sterk ter sprake gekom). Derhalwe, ten einde die nodige perspektiefstelling aan hierdie bespreking te verleen en die regsagtergrond waarteen die betrokke bepalings van die twee Grondwette beslag gegee is, te kan verstaan, is dit dienlik om kortliks die stand van die regspraak tot op daardie stadium toe te lig.

## 2 Positiefregtelike posisie tot 1996

Onsekerheid oor die bestaan van die reg om kollektief te beding, het ontstaan toe bedenkinge uitgespreek is of daar inderdaad 'n verpligting op 'n party kan rus om kollektief te beding (onderhandel), veral in die lig van die feit dat die proses van kollektiewe bedinging as 'n vrywillige proses beskou moet word (die sogenaamde leerstuk van "voluntarisme"). Hierdie onsekerheid is egter gedurende 1988 uit die weg geruim in *FAWU v Spekenham Supreme (2)* 1988 9 *ILJ* 628 (NH) toe soos volg verklaar is dat "having regard to the fact that fairness is now the overriding consideration in labour relations in South Africa, it is time for the court to find firmly and unequivocally that in general terms it is unfair for an employer not to negotiate with a representative trade union" (535–537).

Die Arbeidsappèlhof het die benadering enkele jare later ongekwalifiseerd onderskryf in *MacSteel (Pty) Ltd v NUMSA* 1990 11 ILJ 995 (AAH) 1006B toe verklaar is: “In my view the LRA creates machinery which makes collective bargaining not only possible but also compulsory. Its aim is to avoid if possible, industrial strife and to maintain peace.”

Hierdie standpunt is ’n jaar later die eerste keer deur die Appèlafdeling bevestig in die sleutelsaak van *East Rand Gold & Uranium Co Ltd v NUM* 1991 12 ILJ 1221 (A) toe soos volg beslis is: “The fundamental philosophy of the Act is that collective bargaining is the means preferred by the legislature for the maintenance of good labour relations and for the resolution of labour disputes.” Enkele jare later is die fundamentele reg ook ten duidelikste bevestig toe dieselfde hof hom soos volg in *Mutual & Federal Insurance Co Ltd v Banking Insurance Finance & Assurance Workers Union* 1996 17 ILJ 241 (A) 247B–D uitgelaat het:

“The fundamental right of employees to bargain collectively with their employers with regard to wages, conditions of employment and other matters of mutual interest is now well established in our law. It has been said that collective bargaining ‘lies at the heart of the industrial relations system’ (*National Union of Mineworkers v Henry Gould (Pty) Ltd & another* (1988) 9 ILJ 1149 (IC) at 1154E-F); and collective bargaining has been described as ‘the cornerstone in any labour relations system’ (*National Union of Mineworkers v Buffelsfontein Gold Mining Co* (1991) 12 ILJ 346 (IC) at 351H).”

Hierdie beslissing is herbevestig in *SA Society of Bank Officials v Standard Bank of SA Ltd* 1998 ILJ 223 (HHA) 227F. Bogemelde standpunte kan nog steeds onderskryf word indien onthou word om ’n onderskeid te tref tussen die reg op kollektiewe bedinging (met ’n meegaande verpligting om te onderhandel) wat verpligtend is en die meganismes, partye en resultate (uitkomst) van sodanige bedinging wat vrywillig is.

Bogemelde regsposisie en sienswyses is ook deur verskeie skrywers volmondig ondersteun. Brassey is heel uitgesproke oor die reg op kollektiewe bedinging en veral die meegaande verpligting om te beding:

“The most notable of these are the many provisions that embody the legislatures endorsement of collective bargaining. They encourage, indeed virtually compel, one to conclude that the promotion of collective bargaining was one of the objectives the legislature had in mind in enacting the unfair labour practice jurisdiction. This being so, it follows that it may be illegitimate and so unfair, to act in a manner subversive of collective bargaining” (Brassey, Cameron, Cheadle en Olivier *The new labour law* (1987) 149).

In aansluiting by hierdie standpunt het Cameron “Overview of the Industrial Court” in Benjamin, Jacobus en Albertyn *Strikes, lock-outs and arbitration in SA labour law* (1989) 17 hom ook in geen onsekere taal sterk uitgelaat:

“As an enforceable obligation in labour law this duty [to bargain in good faith] has now come of age in South Africa. After a promising start, the existence of the obligation was first denied and then attenuated by the court . . . If the latest judgments set the tone for future decisions – and there is no reason to believe that they will not – the court will in effect have adopted the full doctrine of obligatory negotiation in good faith with representative bargaining parties.”

Die redes vir die weerstandigheid teen die verpligting om kollektief te beding, veral deur die eksponente van die sogenaamde leerstuk van “voluntarisme”, is op die volgende pragmatiese wyse deur Brassey verduidelik:

“[T]he case for voluntary bargaining is generally espoused by employers, not by unions. This is no coincidence. Unions see collective bargaining as important to the advancement of their members’ interests. Many employers, seeing it in exactly the same way, have no wish for that advancement. Collective bargaining for them, is a Trojan horse. If they agree to it, the union will be ‘in the factory’. Its status for the workforce will be enhanced. It will insist on being consulted before action is taken. And it will forever be calling its members out on strike. Managerial prerogative will be lost and gone, and in its place will be industrial strife. Much better, they believe, to resist unionism at the outset, to scotch the snake, as it were, while it is still without . . . These people, in short, want bargaining to be voluntary because they do not want to bargain at all, and they do not want to bargain because they do not like unions” (151).

Soortgelyke bedenkinge is ook deur Davis “Voluntarism and South African labour law – are the Queensbury rules an anachronism?” 1990 *Acta Juridica* 67 uitgespreek.

### 3 Internasionale posisie

Die Internasionale Arbeidsorganisasie het in Konvensie 98 van 1949 (handelende oor die reg om te organiseer en kollektief te beding) bepaal dat aan die reg op kollektiewe bedinging beslag gegee moet word deur maatreëls, met inagneming van plaaslike omstandighede, wat voorsiening maak vir die aanmoediging en bevordering van die ontwikkeling en benutting van vrywillige bedingingsmeganismes tussen werkgewers- en werknemersorganisasies sodat diensvoorwaardes en werksomstandighede by wyse van kollektiewe ooreenkomste bepaal kan word. ’n Soortgelyke aanbeveling is ook in artikels 2 en 3 van Kollektiewe Bedinging Aanbeveling 163 van 1981 deur die IAO aanvaar. (Sien Van Jaarsveld, Olivier en Fourie par 538). Die Europese Gemeenskap se Gemeenskapshandves van 1989 maak insgelyks voorsiening vir die reg op kollektiewe bedinging en die sluiting van kollektiewe ooreenkomste (a 17). Ten einde inhoud aan voormelde reg te gee, word werknemers se reg op inligting, raadpleging en deelname ook erken (a 7; sien ook Potgieter 177).

Macklem “The right to bargain collectively in international law: workers’ right, human right, international right?” in Alstone (red) *Labour rights as human rights* (2005) 74 ev het onlangs daarop gewys dat die betekenis van die reg op kollektiewe bedinging soos vervat in internasionale instrumente van die IAO, Europese Unie en VN verskuif het van ’n reg wat bloot aangemoedig en bevorder moet word, na ’n meer substantiewe en omvattende bedingingsreg as gevolg van ’n resente arbeidsregtelike sleuteluitspraak – wat deur Ewing beskryf is “as probably the most important labour law decision for at least a generation” (2003 13 *ILJ* (UK) 20). In *Wilson v United Kingdom* 2002 35 EHRR 409 het die Europese Hof vir Menseregte volgens Macklem beslis dat artikel 11 van die Europese Konvensie van Menseregte

“does not necessarily protect all the features of a statutory collective bargaining regime, including a duty on employers to negotiate in good faith. But Article 11 imposes on an employer other duties contemplated by a right to bargain collectively, such as a duty to listen to collective representations, which in turn implies an obligation to establish a forum or process in which such representations can be made, and a duty not to interfere with a union’s capacity to make representations on behalf of its members. *Wilson* thus is consistent with the more general trend in international human rights law toward enhanced protection of collective bargaining”.

#### 4 Die interim en finale Grondwet

Sowel die interim as die finale Grondwet bevat duidelike en direkte bepalings in verband met die reg op kollektiewe bedinging. Artikel 27(3) van die interim Grondwet 1993 lui soos volg: “Werkers en werkgewers het die reg om te organiseer en kollektief te beding.” Die Grondwet 1996 erken die reg in effe ander terme wanneer soos volg in artikel 23(5) bepaal word: “Elke vakbond, elke werkgewersorganisasie en werkgewer het die reg om aan kollektiewe bedinging mee te doen.” (Die Engelse teks lui: “Every trade union, employers’ organisation and employer has the right to engage in collective bargaining.”)

Dit is nie duidelik waarom die twee grondwette van mekaar verskil oor hierdie besondere aangeleentheid nie maar menings is reeds gelug oor die betekenis van die verskille. Brassey en Cooper in Chaskalson ea *Constitutional law of South Africa* (1998) 30 trag om die verskille soos volg te verduidelik:

“The ‘right to engage’ in collective bargaining in the final Constitution differs significantly from the right under the interim Constitution, which gave workers and employers the ‘right’ to bargain collectively. The difference between the two rights has been described as the difference between a right and a freedom . . . According to this interpretation, a right to collective bargaining would imply a correlative duty to bargain, in contrast to a right to ‘engage’ in collective bargaining where there is no duty to ensure its protection, but merely an obligation not to interfere with the exercise of the right . . . The distinction between the right to collective bargaining and the right to ‘engage’ in collective bargaining is a fine one. By itself, the wording is far from conclusive, leaving the door open to a constitutional challenge.”

Die skrywers erken dus dat die onderskeid tussen ’n reg en ’n vryheid om kollektief te beding, delikaat is. Gemelde differensiasie van die skrywers is egter nie oortuigend nie, veral nie in die lig van die duidelike bewoording van artikel 23(5) van die Grondwet en sy voorganger artikel 27(3) van die Interim Grondwet nie. As dit die bedoeling van die wetgewer was om nie ’n reg nie, maar slegs ’n vryheid om aan kollektiewe bedinging mee te doen, te verleen, sou dit inderdaad so geformuleer gewees het aangesien daar in verskeie ander bepalings van die Grondwet slegs ’n vryheid, en nie ’n ongekwalfiseerde reg nie, verleen word nie (sien oa a 12, 15 en 16 van die Grondwet).

#### 5 Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995

Die Wet (hierna “WAV”) bevat in artikel 1 ’n belangrike bepaling wat lui dat die eerste hoofogmerk (“primary object”) is “(a) om uitvoering te gee aan die fundamentele regte verleen by artikel 27 [nou artikel 23] en dit te reguleer”. Dit dui ook in artikel 1 as een van sy verdere hoofogmerke die daarstelling van ’n raamwerk aan waarbinne werknemers en hulle vakbonde en werkgewers kollektief kan beding oor lone, en diensvoorwaardes kan vasstel (a (c)(i)) en om ordelike kollektiewe bedinging in die algemeen asook op sektorale vlak te bevorder (art 1(d)(i) en (ii)). Die betekenis van bostaande bepalings van WAV is dat dit nie alleen die reg op kollektiewe bedinging erken nie maar selfs verder gaan deur te bepaal dat as een van die hoofogmerke moet daar ook aan uitvoering gegee word as ’n fundamentele reg, dit wil sê nie slegs as ’n gewone reg nie – laat staan nog ’n sogenaamde “vryheid”. WAV verskaf na my mening verder ook, in navolging van bogemelde hoofogmerke, uitvoerige bedingingstrukture, skryf uitgebreide prosedures voor en lê vereistes ten opsigte van bedingingsrade, stakings, uitsluitings, ensovoorts neer ten einde sinvol beslag en uitvoering aan die reg op kollektiewe beding te gee (sien ook Du Toit ea *Labour relations law* (2003) 229–230; Vettori 386–390).

Die interaksie tussen die Grondwet en die arbeidswetgewing van 1995 is duidelik deur Steenkamp, Stelzner en Badenhorst “The right to bargain collectively” 2004 *ILJ* 944–945 ingesien:

“As a member state of the ILO, South Africa has committed itself to fulfilling its obligations in terms of public international law, including the above, and has now given effect to its commitment by enshrining the right to collective bargaining as a constitutional right, and by providing extensively for collective bargaining in labour legislation. The right to collective bargaining is entrenched in s 23(5) of the South African Constitution . . . Moreover, as a fundamental right, the state of South Africa is constitutionally bound to ‘respect, protect, promote and fulfil’ the right to collective bargaining. A reading of the current Labour Relations Act 66 of 1995 (LRA), makes it clear that the Act is aimed at doing just that.”

(Sien ook tov die positiewe erkenning van die reg op kollektiewe bedinging Joubert (red) *LAWSA* vol 13 (1998); *LAWSA* vol 13 deel 1 (2001) par 468; Van Jaarsveld, Fourie en Olivier *Principles and practice of labour law* (2006) diensuitg 11 par 537 en sien ook die “neutrale” benadering tot die onderhawige problematiek van Du Toit ea 229–230.)

Die feit dat WAV nie ’n direkte bepaling ten opsigte van ’n reg op kollektiewe bedinging bevat nie, het sommige skrywers daartoe genoop om te verklaar dat die wetgewer ten aansien van kollektiewe bedinging ’n totaal vrywillige benadering aanvaar het. So verklaar Brassey (*Employment law and labour law* (1999) vol 3A 1:8):

“In seeking to promote a framework within which employees and employers can collectively bargain, the Act adopts an unashamedly voluntarist approach: it does not prescribe to the parties whom they should bargain with, what they should bargain about, or *whether they should at all*. In this regime the courts have no rights to intervene and influence collectively bargained outcomes. These actions must depend on the relative power of each party to the bargaining process” (my beklemtoning).

Die probleem met hierdie benadering is dat daar nie onderskei word tussen die fundamentele reg om kollektief te beding, aan die een kant, en aan die ander kant die meganismes (prosesse) om die reg te laat realiseer en uitkomst daarvan nie. Laasgenoemde aspekte is inderdaad vrywillig en hang van die omstandighede en partye af, soos in enige kontraktuele situasie die geval is. Dit sou vreemd wees as werkers regte ten opsigte van mindere funksies verkry soos erkenning as vakbond, aftrekking van ledegeld, openbaarmaking van inligting, maar nie ’n reg op die hoof funksie, naamlik kollektiewe bedinging, besit nie want al die newefunksies (regte), gee kollektief substansie en sin aan die primêre en kardinale reg om kollektief te beding.

Cheadle sien ook die oplossing vir die beweerde weerspreking tussen artikel 23(5) van die Grondwet en die kollektiewe bedinging-bepalings van die WAV in die onderskeid tussen ’n positiewe reg om te beding en ’n blote vryheid daartoe (Cheadle, Davis en Haysom *South African constitutional law: the Bill of Rights* (2002) 390–395; Cheadle “Regulated flexibility: revisiting the LRA and the BCEA” 2006 *ILJ* 692). Hy is van mening dat artikel 23(5) slegs ’n vryheid, en nie ’n reg nie tot kollektiewe bedinging verleen nie (395). Vettori 390–394 is ook van mening dat die Grondwet slegs ’n vryheid op kollektiewe bedinging (sonder ’n meegaande verpligting om te onderhandel) verleen.

## 6 Sienswyse van die Konstitusionele Hof

In 1996 laat die Konstitusionele Hof min twyfel oor sy siening van die aanleentheid in *In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa* 1996 17 *ILJ* 821 (KH) par 64:

“The second objection levelled at NT (new text) 23 is based on the failure to entrench the right of individual employers to engage in collective bargaining. The objection was based on CP (constitutional principle) XXVIII which provides that the right to employers . . . to engage in collective bargaining shall be recognised and protected . . . As stated above, collective bargaining is based on the need for individual workers to act in combination to provide them collectively with sufficient power to bargain effectively with employers. Individual employers, on the other hand, can engage in collective bargaining with their workers and often do so. The failure by the text to protect such a right represents a failure to comply with the language of CP XXVIII which specifically states that the right of employers to bargain collectively shall be recognised and protected.”

In *NUMSA v Bader Bop (Pty) Ltd* 2003 24 ILJ 305 (KH) beklemtoon die Konstitusionele Hof nie alleen die bestaan van die reg op kollektiewe bedinging nie maar ook die belang daarvan wanneer regter O’Regan soos volg verklaar:

“The entrenchment of the right of workers to form and join trade unions and to engage in strike action, as well as the right of trade unions, employers . . . to engage in collective bargaining, illustrates that the Constitution contemplates that collective bargaining between employers and workers is a key to a fair industrial relations environment.”

Wat uit bogemelde belangrik is, is dat die Konstitusionele Hof nie alleen uitdruklik erkenning verleen aan die reg op kollektiewe bedinging nie maar in dieselfde trant daarna verwys as ’n reg om ’n vakbond te stig en om aan stakings deel te neem – sonder om dit as ’n blote “vryheid” af te water.

## 7 Uitsprake van howe a quo

In *South African National Defence Union v Minister of Defence* 2003 24 ILJ 1495 (T) (ook in appèl na verwys as SANDU I) het die vakbond aansoek gedoen om ’n bevel dat die Suid-Afrikaanse Weermag onvoorwaardelik kollektiewe onderhandelinge met hulle moet hervat, nadat eersgenoemde onderhandelinge tussen die partye opgeskort het. Die hof het die aansoek om verskeie redes van die hand gewys. So is onder andere verklaar:

“It therefore appears that academic authorities currently clearly and overwhelmingly support the view that s 23(5) of the Constitution recognizes the right to engage in collective bargaining, or the freedom to bargain collectively, but that it does not impose a corresponding duty or obligation to participate in collective bargaining and that it instead favours a voluntarist approach (even though some of these opinions are not original or authentic, but mainly based on previously expressed academic opinions). Of course, the wording of s 23(5) of the 1996 Constitution, in comparison with the wording of s 27(3) of the interim Constitution, does not state explicitly what the abovementioned commentators read into it.”

Oënskynlik besef die hof die verreikende en ontwrigtende arbeidsgevolge wat dié sienswyse inhou as dit later getemper of selfs sagkens weerspreek word:

“Furthermore I am not of the view that my viewpoint that the Constitution and the relevant legislation do not impose a duty to bargain collectively, can be construed to mean that participation in a process of negotiation and bargaining by the employer is so entirely voluntary that the employer could, for no reason at all, capriciously, at its mere whim, or simply because it would be inconvenient or difficult, decide not to negotiate . . . The Constitution, at least, and probably also the Defence Act, encourage negotiations between employees and employers.”

Die vraag kan gestel word hoe ’n werkgewer wat weier om met ’n vakbond te onderhandel, verplig kan word om dit wel te doen as hy geen plig het om kollektief te beding of die vakbond geen reg op kollektiewe bedinging het nie –

maar bloot 'n vryheid daartoe. Die groep ondergeskikte regte (tov organisasie, aftrekking van ledegelede, toegang tot inligting, ens) wat die onderbou van effektiewe kollektiewe bedinging vorm, sou geen verdere sin of bestaansreg besit het as daar nie 'n afdwingbare fundamentele reg tot kollektiewe bedinging bestaan het nie.

In die tweede SANDU-saak ("SANDU II") (*South African National Defence Force Union v Minister of Defence* 2003 24 ILJ 2101 (T)) het die applikant (vakbond) verskeie aansoeke gebring, onder andere 'n aansoek om 'n bevel dat die respondent onder 'n verpligting is om met die vakbonde oor aangeleenthede van gemeenskaplike ("mutual") belang te onderhandel. Die hof het hierdie aansoek om verskeie redes toegestaan:

"In my view collective bargaining is central to a proper exercise of the rights conferred by the provisions of s 23 of the Constitution. Section 23(5) which provides 'every trade union, employers' organization and employer has the right to engage in collective bargaining', makes this quite clear. As SANDU has a right to engage in collective bargaining in terms of the provisions of s 23(5) of the Constitution the conferral of such a right must, in my view, impose a correlative duty on some person . . . In the present context clearly the person who is bound is the Minister in his official capacity as the employer" (2112D-F).

Die hof dui ook aan waarom die applikante *in casu* ook meer as 'n blote vryheid om kollektief te beding, moet besit (2114G-H):

"The obligation to engage in collective bargaining is of particular importance in the present context since members of the SANDF are unable to secure their right to bargain collectively by strike action. If the minister is not burdened with an obligation to negotiate in good faith, SANDU will be deprived of any method of enforcing their 'right to engage in collective bargaining'. A right without a remedy is meaningless and in this case '[t]he remedy is, indeed, part and parcel of the right'."

## 8 Uitspraak van Hoogste Hof van Appèl

In *SANDU v Minister of Defence; Minister of Defence v SANDU* [2006] 11 BLLR 1043 (HHA) het appèlregter Conradie verklaar dat artikel 23(5) van die Grondwet vir meer as een uitleg vatbaar is en dat die riglyne vervat in artikel 39 van die Grondwet derhalwe aangelê moet word by die uitleg van die onderhawige artikel. Die hof wend hom tot internasionale instrumente en konvensies ten einde die onderhawige artikel uit te lê. In die bepalinge van die Kollektiewe Bedinging Konvensie van 1981 waarna die hof verwys (1049E-F), is veral artikel 5, na my mening, van besondere belang wat onder andere bepaal :

- "1. Measures adapted to national conditions shall be taken to promote collective bargaining.
2. The aims of the measures referred to in paragraph 1 of this Article shall be the following:
  - (a) collective bargaining should be made possible for all employers and all groups of workers in the branches of activity covered by this Convention."

Die hof bespreek vervolgens die rol van die "voluntarist approach" in arbeidsverhoudinge (1049J-1050A). Die beperking wat die hof egter op die ongekwalfiseerde gebruik van die begrip "voluntarism" plaas, is korrek aangesien die begrip internasionaal 'n regstegniese betekenis besit wat basies nie-staatsinmenging in die bedingingsproses aandui eerder as die afwesigheid van 'n verpligting om te beding (sien ook Cameron, Cheadle en Thompson 29).



Die hof wys ook op die wenslikheid daarvan om op 'n wetgewende bepaling se vooraf wetgewende geskiedenis in te gaan ten einde meer duidelikheid oor die betekenis daarvan te verkry. In die verband is veral art 27(3) en (4) van die interim Grondwet 200 van 1983 van belang en die hof vat die regsposisie soos volg saam (1051C–F):

“Subsection (4) tied the right to strike directly to ‘collective bargaining’. This right was given to workers as a means of enforcing the right to ‘bargain collectively’ in subsection (3). In addition, of course, workers had the right, by striking, to secure an outcome to any demand whether or not the parties had (inconclusively) bargained about it . . . In the classic dispute of interest case the parties have no right to enforce; they attempt to establish a right, in the final resort by coercive economic action. Allowing workers to strike ‘for the purpose of collective bargaining’, firmly puts collective bargaining into the category of interest dispute, excluding any right to judicially obliged collective bargaining.”

Laasgemelde stelling van die hof val arbeidsregtelik, om dit sagkens te stel, ongemaklik op. Deur te verklaar dat, omdat aan werkers die reg te verleen is om te staak vir doeleindes van kollektiewe bedinging, die reg tot judisiële verpligte kollektiewe bedinging daardeur uitgesluit word, is eenvoudig nie korrek nie. Die bepalings van artikel 27 kwalifiseer en plaas slegs 'n beperking op die reg om te staak, naamlik slegs vir doeleindes van kollektiewe bedinging. Die teenkant is egter nie waar nie en vakbonde is geregtig om oor enige aangeleentheid van onderlinge belang vir werkers en werkgewers (sien a 1(c)(i) WAV) kollektief te beding – ook bestaande regte en verpligtinge vervat in hulle dienskontrakte, kollektiewe ooreenkomste, ensovoorts en nie slegs belange-dispute nie. Dit is ook opvallend dat artikel 27(3) verwys na werkers en werkgewers se reg op organisasie en kollektiewe bedinging. Volgens die hof se uitleg beteken dit dan dat die reg op organisasie regtens afdwingbaar is maar nie die reg op kollektiewe bedinging nie – nie as sodanig direk nie maar wel later indirek deur middel van stakingsaksies.

Die hof stem egter nie saam met die uitspraak van die hof *a quo* in SANDU I dat die verskil in bewoording van die finale Grondwet van dergelike bewoording in die interim Grondwet regtens beteken dat in laasgenoemde geval daar inderdaad 'n reg op kollektiewe bedinging bestaan het terwyl in eersgenoemde geval daar nie so 'n reg bestaan nie. Volgens die hof is die formuleringsverskil (“change of expression”) van geen besondere betekenis is nie (1051G–1052B).

Die hof verklaar verder dat die wyse waarop aan artikel 27 van die Grondwet binne die konteks van WAV beslag gegee is, was dat die wetgewer verstaan het dat die begrip “reg om te organiseer en kollektief te beding” beteken het dat hy verplig was om 'n raamwerk vir kollektiewe bedinging te verskaf waarbinne ordelike kollektiewe bedinging bevorder moes word. Dan vervolg die hof (1052G): “The LRA 66 of 1995 emphasises the virtues of collective bargaining but nowhere suggests that the process should be other than voluntary.” Die hof vervolg dan dat die verste wat die wetgewer wel bereid is om te gaan, is die geval van 'n weiering om te beding wanneer bepaalde voorgeskrewe vereistes eers ingevolge artikel 64(2) nagekom moet word alvorens gestaak kan word (1053A–B):

“Advisory arbitration is a compulsory pre-strike procedure in disputes over the ‘duty’ to bargain. The arbitration is not determinative of the dispute. It binds neither party. It merely helps them find a solution. This is the clearest indication that the LRA does not recognise a duty to bargain enforceable by the courts.”

Hierdie gevolgtrekking van die hof is omstrede en vatbaar vir kritiek en is na my mening geen substantiewe aanduiding dat beide die Grondwet en WAV die verpligting om kollektief te beding, nie erken nie. Hoe kan 'n bedingingsdispuut tot oplossing gebring word as 'n adviserende arbitrasietoekenning, vir watter rede ook al, nie verkry kan word nie of ontaard in 'n uitgerekte litigasieproses? Na my mening is die artikel 64(2)-prosedure bloot een van 'n aantal alternatiewe eksterne prosedures (remedies) wat gevolg kan word indien 'n werkgewer sou weier om met 'n verteenwoordigende vakbond kollektief te beding. Voorts kan ook gevra word of dit in belang van gesonde arbeidsverhoudinge is om 'n party met drastiese en ontwrigtende stakingsoptrede te dreig of inderdaad tot sodanige optrede oor te gaan in stede daarvan om 'n werkgewer se onsamewerkende optrede bloot as die verbreking van 'n fundamentele arbeidsreg oftewel die nie-nakoming van 'n verpligting om kollektief te beding nie, te beskou nie. So 'n benadering plaas arbeidsverhoudinge terug na die pre-1988 posisie. Cheadle "Regulated flexibility: revisiting the LRA and the BCEA" 2006 *ILJ* 692 is selfs van mening dat daar geen geregtelike inmenging moet wees nie.

Die hof gaan voort deur daarop te wys dat indien die "interpretive milieu" waarin hierdie drie belangrike wette, naamlik die Interim Grondwet, die Grondwet en WAV, beslag gekry het, ondersoek word, dit blyk dat hulle oor dieselfde tydperk onderhandel is (1994–1996) en bedoel was om 'n harmonieuse eenheid te vorm. Dit blyk dan dat daar ook sinvolle interaksie tussen die drie wette plaasvind (1053C-E). Met hierdie sienswyse kan inderdaad saamgestem word aangesien die bepalinge van WAV nie as onkonstitusioneel beskou word nie en die fundamentele regte vervat in die Grondwet ook nie bots met die bepalinge van WAV nie – eenvoudiger gestel – die Grondwet maak voorsiening vir die reg op kollektiewe bedinging (met 'n meegaande verpligting vir die ander bedingingspartye) en WAV verskaf die strukture en prosedures om sinvol beslag en uitvoering aan die reg te gee.

Die laaste substantiewe argument wat die hof bespreek is dat aangesien lede van die Weermag nie mag staak nie, die enigste wyse om hulle werkgewer by die bedingingstafel te kry, is om laasgenoemde regtens die verpligting om te beding, op te lê. Die hof verwerp hierdie argument en verklaar dat verpligte arbitrasie die alternatiewe remedie vir 'n vakbond moet wees indien stakingsoptrede nie wenslik of geoorloof is nie: "The alternative is not for a court (or other tribunal) to compel the parties to bargain. The alternative is compulsory arbitration. That is the device employed to resolve disputes in essential services in the civilian sector" (1053I). Die hof wys ook daarop dat arbitrasieverrigtinge in elk geval verbasend baie met die bedingingsproses ooreenstem. Die hof verduidelik verder dat die vooruitsig van 'n derdeparty-vasstelling ook 'n kragtige insentief vir partye is om te skik. As dit so is soos wat die hof hier verklaar, kan die vraag gevra word waarom moet daar dan telkens deur middel van 'n arbitrasieproses gelitigeer word as presies dieselfde deur dieselfde, maar eenvoudiger, bedingingsproses verkry kan word. Alhoewel arbitrasie basies moontlik dieselfde is as kollektiewe bedinging, is dit tog meer formeel, duurder, meer tydrowend, emosioneel meer ontwrigtend vir partye en meer stremmend op die verhouding tussen die bedingingspartye. 'n Fundamentele reg met 'n meegaande verpligting om te beding en die voortvloeiende regsgevolge by die verbreking daarvan, sal dieselfde insentief en afskrikwaarde hê as verpligte arbitrasie, indien nie meer nie – soos die geval was toe sodanige optrede voorheen 'n onbillike arbeidspraktyk daargestel het.

## 9 Slotbeskouing

Om aan 'n vakbond die reg te verleen om te mag assosieer en organisatoriese regte uit te oefen maar dit die mees basiese vakbondreg te ontsê, naamlik om effektief kollektief te mag te beding, is so goed as om vir 'n persoon motor sonder 'n enjin te gee – hy sal die voertuig slegs kan gebruik as daar telkens direkte daadwerklike eksterne “ingryping” plaasvind. Verder, om die reg op kollektiewe bedinging te erken maar te ontken dat daar 'n meegaande verpligting om te beding, bestaan maar dat die reg nietemin erken en verskans word deur die uitoefening van stakingsregte of verpligte arbitrasie, is arbeidsregtelik nie prakties, sinvol en in belang van harmonieuse arbeidsverhoudinge nie. Voorstanders van die standpunt dat die Grondwet slegs vir 'n vryheid, en nie 'n reg van kollektiewe bedinging nie, voorsiening maak, is self bereid om toe te gee dat die skeidslyn tussen die twee gevalle delikaat is en dat daar moontlik ruimte en meriete vir 'n teenoorgestelde sienswyse is.

Daar moet voortdurend onderskei word tussen die fundamentele reg op kollektiewe bedinging, aan die een kant, en die meganismes, partye, onderwerpe van bedinging en uitkomste van bedinging, aan die ander kant, wat totaal vrywillig is. Die onderhawige reg is ook nie absoluut nie en daarom moet 'n party telkens aan bepaalde vereistes voldoen soos neergelê in die Wet op Arbeidsverhoudinge van 1995. Indien te doen gekry word met uitsonderlike gevalle soos lede van die Weermag, kan die fundamentele reg ingevolge artikel 36 van die Grondwet aan sinvolle beperkings onderhewig gestel word sonder om die werking en toepassing daarvan totaal te neutraliseer of kragteloos te maak.

As kollektiewe bedinging dan in die verlede die wyse was waarop arbeidswanverhoudinge en -dispute besweer is, as kollektiewe bedinging die hartslag van gesonde arbeidsverhoudinge was en die hoeksteen daarvan gevorm het (*Buffelsfontein GMC*), is dit onduidelik en onverstaanbaar waarom daar soveel weerstandigheid teen die afdwingbaarheid van hierdie internasionaal erkende fundamentele reg bestaan. Miskien is die volgende versugting van regter Sachs in *SA National Defence Union v Minister of Defence* 1999 20 ILJ 2265 (KH) 2285G–H *in casu* tog *mutatis mutandis* van toepassing:

“Nor, conversely, do I feel it appropriate in this matter to grapple with the possible implications of what would at first sight seem to be the relative ease with which some or all of these rights could be subjected to extensive limitation, thereby suggesting that they could be imbued at their core with a fragility and relativism out of keeping with their hard-won, resilient and firmly entrenched character.”

FANIE VAN JAARVELD  
*Universiteit van Pretoria*