

ARBEIDSREGTELIKE PERSPEKTIEF OP DIE LOTGEVALLE VAN FLUITJIEBLASERS

1 *Inleiding*

Die wel en wee van Mike Tshishonga in die departement van justisie oor 'n tydperk van tien jaar is arbeidsregtelik insiggewend maar neerdrukkend – veral die kulminasie daarvan in sy ontslag as adjunk-direkteur-generaal en hoof van die meesterskantoor, gedurende 2004. Die hof moes uitsluitel gee oor pertinente vraagstukke in verband met die betekenis en toepassing van beskermde openbaarmakings in die staatsdiens – in 'n situasie waar die staatsadministratiewe wiele totaal afgeval het en toepaslike administratiewe- en regsprosedures verontagsaam en verkrag is asof dit die kontemporêre metodiek van dinge doen is. Die verontagsaming van hofbevele deur senior amptenare van die departement van justisie (*sic!*) en die feit dat van die hoofrolspelers in die aangeleentheid ondanks die uitsprake van die hof steeds nuusmakers in invloedryke poste binne die vervolgingsgesag gebly het, laat waarnemers met 'n gevoel van totale ongeloof en 'n sielontwrigtende neerslagtigheid.

In die eerste aansoek om kompensasie voor die arbeidshof, gebaseer op die Wet op Beskermde Bekendmakings 26 van 2000, in *Tshishonga v Minister of Justice and Constitutional Development* (2007 ILJ 195 (AH)), het verskeie arbeidsregtelike vraagstukke rondom die aard, trefwydte, betekenis van sleutelbegrippe, vereistes en remedies in verband met die leerstuk van “whistleblowing”, die analitiese aandag van die hof ontvang. Regter Pillay het in 'n welberedeneerde en lang (54 bladsye) uitspraak, 'n groot verskeidenheid wanpraktyke voorafgaande en meegaande met T se uitfasering op 'n onverskrokke en op die man af reguit en ongekwalifiseerde manier aangespreek. 'n Verleentheidsverwekkende aspek was die direkte betrokkenheid van die destydse minister van justisie by 'n reeks van die ongelukkige insidente. Belangrike bewysregtelike aspekte in verband met hoorsêgetuienis (televisie-uitsending) en versuim om te getuig is ook bespreek en sinvol uitgeklaar deur die hof, maar is vir doeleindes van hierdie bespreking nie van verdere belang nie.

2 *Feite in die Tshishonga-saak*

Tshishonga is gedurende 1978 as direkteur-generaal in die departement van justisie van die destydse Venda aangestel. Gedurende 1994, tydens die amalgamasie van verskeie departemente van justisie in Suid-Afrika, is hy as adjunk-direkteur-generaal aangestel en meer spesifiek as besturende direkteur van die meesterskantoor in Pretoria. Een van sy belangrikste take was om korrupsie in sy afdeling uit te

roei wat veral die bereddering van insolvente boedels en meer spesifiek die aanstelling van likwidadeurs deurtrek het. Daar is onder andere besluit dat 'n paneel voortaan likwidadeurs sou aanwys. Die destydse minister van justisie, Maduna, was ongelukkig omdat 'n vriend van hom, ene Motala (hierna na verwys as M), telkens deur die paneel as likwidadeur oor die hoof gesien is. Die minister het egter sekere onreëlmatige stappe in werking gestel om M wel as een van die likwidadeurs van die RAG-groep aangestel te kry. Dit was een van die grootste likwidasië in die land tot op daardie tydstip en eise teen RAG het meer as een biljoen rand bedra. M se aanstelling is egter deur verskeie howe tersyde gestel, maar daarna het die betrokke minister verskeie administratiewe verskuiwings en stappe bewerkstellig om M weer as likwidadeur van RAG aan te stel.

T was heftig gekant teen al die inisiatiewe van die minister om M as likwidadeur te akkommodeer aangesien dit ernstig onreëlmatig was. Hy het ook teenoor sy kantoorpersoneel en die direkteur-generaal van die departement van justisie, Pikoli, laat blyk hoe hy voel oor die toedrag van sake. Gedurende Januarie 2003 is T deur die minister telefonies meegedeel dat hy ontevrede was met T, dat T hom nie bygestaan het in die RAG-aangeleentheid nie en dat hy, met onmiddellike effek, vervang gaan word as hoof van die meesterskantoor. Die volgende dag het T by Pikoli die prosedures wat gevolg is om hom uit sy pos te verwyder, bevraagteken asook die redes daarvoor versoek. Pikoli het egter verklaar dat die minister geen redes verskaf het nie. T het daaglik vir werk aangemeld, maar geen werk is aan hom verskaf nie. Later het hy ook twee verslae aan Pikoli oorhandig vir verdere optrede, naamlik die Vahed-verslag oor die onreëlmatige aanstelling van likwidadeurs ten opsigte van die RAG-likwidasië, asook die sogenaamde Kinghorn-verslag oor 'n forensiese ondersoek na beweerde korrupsie in die meesterskantoor. Pikoli, as direkteur-generaal, het nie op die verslae gereageer nie. Daarna het T sy klagtes by verskeie ander openbare instansies, soos die ouditeur-generaal, sonder sukses aanhangig gemaak.

Ten einde raad het T gedurende Oktober 2003 'n persverklaring uitgereik waarin sy disposisie en al die beweerde ongerymdhede in die meesterskantoor uiteengesit is – 'n verklaring wat wye publisiteit in die pers en televisiemedia ontvang het. Die publisiteit was van so 'n aard dat die minister genoodsaak was om persoonlik in die pers en oor nasionale televisie daarop te reageer. Ongeveer 'n week later is T geskors, hangende 'n dissiplinêre ondersoek, omdat hy sensitiewe inligting aan die pers bekend gemaak het en hy na bewering lasterlike opmerkings oor die betrokke minister kwytgeraak het. Gedurende Januarie 2004 het die arbeidshof T se skorsing opgehef maar die departement van justisie het geweier om aan die herindiensstellingsbevel as hofbevel gehoor te gee sodat hy in praktyk geskors gebly het! Tydens sy dissiplinêre verhoor gedurende Julie 2004 is T op al die klagtes *onskuldig* bevind. Daarna is T op onbepaalde verlof geplaas totdat sy dienste by ooreenkoms met die departement van justisie beëindig is. T het vervolgens kompensasië van die respondente geëis op grond van artikel 4 van die Wet op Beskermdes Bekendmakings 26 van 2000, saamgelees met artikels 186 en 191 van die Wet op Arbeidsverhoudinge.

3 Uitspraak van die hof

Die hof het besluit dat die kruks van die saak is of T se openbaarmakings aan die media ingevolge die Wet op Beskermdes Bekendmakings beskerm was al dan nie. Aansluitend hierby het die vraag ook ontstaan of die skorsing en dissiplinêre verhoor van T as beroepsnadeel (*occupational detriment*) beskou kan word en of T se gevolglike eis vir kompensasië as deliktueel beskou kan word (216 van die verslag).

Die hof wys ook daarop dat Wet 26 van 2000 geskep is en funksioneer as 'n vier-stadium proses, beginnende met 'n ontleding van inligting ten einde te bepaal of dit 'n openbaarmaking (*disclosure*) is. Indien dit inderdaad die situasie is, is die volgende vraag of dit beskerm is. Die derde fase is om te bepaal of die betrokke werknemer aan 'n beroepsnadeel blootgestel is en ten slotte wat die remedie vir die soort behandeling (benadeling) van die werknemer behoort te wees (227C).

Die respondente het aangevoer dat die openbaarmakings nie ingevolge die wet beskerm was nie, eerstens aangesien dit deur die nuusmedia geskied het wat nie 'n instansie is soos deur die wet voorsien nie en voorts is dit ook nie op die verantwoordelike wyse soos vereis in artikel 8(1)(c) van die wet gedoen nie. Die hof het hierop geantwoord dat 'n openbaarmaking ingevolge artikel 1 van die wet beteken enige openbaarmaking van inligting aangaande die optrede van enige werkgewer deur 'n werknemer wat rede het om te glo dat die inligting bepaalde ongerymdhede (*improprieties*) aandui of neig om dit aan te dui. Inligting sluit feite in, maar is nie daartoe beperk nie. Suspie en afleidings wat redelik is, is genoegsaam maar ongesubstansieerde gerugte is nie inligting nie (227F-228B). Die openbaarmaking moet handel oor ongerymdhede en blote meningsverskille met 'n werkgewer is nie voldoende nie (227F-228G). Die hof gaan voort en verklaar dat alhoewel die toets ten aansien van die vereiste "enige werknemer wat rede het om te glo" 'n subjektiewe element bevat, "[i]t is objective in the sense that the belief has to be reasonable. Whether the belief is reasonable is a finding of fact based on what is believed" (229A). Die hof wys ook daarop dat 'n foutiewe of 'n feitelik onakkurate geloof nietemin redelik kan wees behalwe as die inligting so onakkuraat is dat die publiek geen belang in die openbaarmaking kan hê nie. Eweneens sal misnoegdes of werknemers wat 'n werkgewer sonder regverdiging belaster of nie saamstem met die wyse waarop die organisasie bestuur word nie, nie fluitjieblaser-beskerming ("whistleblower protection") geniet nie (229-230).

Vervolgens word die vraag wat 'n beskermde openbaarmaking is, bespreek. Die definisie van 'n beskermde openbaarmaking ingevolge artikel 1 van die wet maak voorsiening vir openbaarmakings aan 'n regsadviseur, die werkgewer, lede van die kabinet, die openbare beskermer, die ouditeur-generaal, asook aan enige ander persoon of liggaam ingevolge artikel 9 van die wet. Behalwe in die geval van 'n regsadviseur, word andersins vereis dat die openbaarmaking te goeder trou moes plaasgevind het. Die hele struktuur van die wet moedig die aanwending en uitputting van interne prosedures en remedies aan alvorens 'n openbaarmaking aan die publiek geskied. Alhoewel dit nie van 'n werknemer vereis word om te versoek dat die ontvanger van die openbaarmaking die gewraakte gedrag moet ondersoek nie, volg dit by implikasie dat sodanige ontvanger dit wel sal doen en "[u]ppermost on the list of persons responsible for investigating improprieties is the employer" (sien 231-232).

Die hof onderskei vervolgens die geval van algemene beskermde openbaarmakings wat aan die uitgebreide vereistes van artikel 9 moet voldoen. Hierdie situasie waar die openbaarmaking nie aan 'n spesifieke persoon of instansie moet geskied nie, maar aan enige ander persoon of liggaam (sien die definisie van beskermde openbaarmaking in artikel 1(e) van die wet), moet aan strengere vereistes as die ander gevalle voldoen. Die hof identifiseer die volgende vereistes aan die hand van artikel 9 van die wet:

- (i) die openbaarmaking moet ter goeder trou geskied (sien a 9(1); *Street v Unemployed Workers Centre* 2004 4 All ER 839 (CA); asook *Lucas v Chichester Diocesan Housing Association Ltd* 2005 WL 460 717 (EAT) 7);

- (ii) die werknemer moet 'n redelike geloof hê dat die inligting wat openbaar word, substantief waar is (a 9(1)(a));
- (iii) die openbaarmaking moet nie vir persoonlike gewin wees nie (a 9(1)(b));
- (iv) daar moet aan die voorwaardes in artikel 9(2) voldoen word (a 9(1)(i)); en
- (v) dat dit in die omstandighede van die geval redelik vir die werknemer moes gewees het om die openbaarmaking te gemaak het (a (1)(ii)).

Die hof bevind dat T, in die lig van die bewese en bevonde feite *in casu*, aan al bogemelde vereistes voldoen het (236-245) nadat die hof vroeër bevind het dat die respondent (werkgever) die bewyslas gedra het om aan te toon dat daar nie voldoenning aan bogemelde vereistes was nie (235).

Ten aansien van die remedie beskikbaar aan 'n benadeelde werknemer, verklaar die hof:

“[287] An employee who is subjected to an occupational detriment is in a position similar to one who is victimized or discriminated against. Compensation awards for discrimination are guidelines for claims by whistleblowers.

[288] Detriment suffered by whistleblowers generally and in the particular circumstances of this case is akin to a very serious form of discrimination which merits a very high award.

[289] An employer who subjects an employee to occupational detriment or fails to protect an employee who makes a protected disclosure cannot be allowed to limit compensation on the basis of its own conduct. Thus if an employer fails to investigate the allegations but prefers to retaliate that should count against it” (245F-246A).

Die hof verklaar dat hoe ernstiger die aard van die beroepsnadeel is waaraan die werknemer onderwerp is, hoe groter behoort die bedrag kompensasie te wees. Op grond van artikels 3 en 4 van die wet, saamgelees met artikels 186(2)(d), 191(5)(b) en (13) van die Wet op Arbeidsverhoudinge van 1995, ken die hof derhalwe twaalf maande salarisvergoeding (die maksimum toelaatbaar ingevolge a 194(4) van laasgenoemde wet) aan T toe.

4 *Evaluasie en kommentaar*

By die evaluasie van bogemelde uitspraak is dit belangrik om die oogmerke van die Wet op Beskernde Bekendmakings 26 van 2000 in gedagte te hou – wat in die uitspraak van regter Pillay verwoord word:

“[174] The overarching motivation for the PDA and similar legislation internationally is to protect employees who disclose information about improprieties by their employers or other employees. Employees have insider information of wrongdoing and are usually first to detect it. Inherent in the jurisprudence is the acknowledgment that employees are vulnerable people. They are especially vulnerable because by disclosing information about the employer and other employees, conflicts arise with their duty of loyalty and confidence which exposes them to retaliation. Although employers and employees have an obligation to disclose wrongdoing, statutory protections exist only for employees.

[175] An equally important aim of the PDA and the very reason for protecting whistleblower employees is ‘to promote the eradication of criminal and other wrongful conduct in organs of state and private bodies’. This aim is not recaptured in the objects clause of the PDA. Framed as it is in the context of labour law, sight can easily be lost of the aim of having a crime-free and healthy environment. The PDA assumes that employers and other recipients of information would investigate complaints but it imposes no obligation on them to do so. The trauma which a whistleblower undergoes

can come to naught if nothing is done to investigate the disclosures or act against wrongdoers. Any remedy awarded to the whistleblower ultimately by a court is in that instance a pyrrhic victory.”

Sien ook in die algemeen *Charlton v Parliament of Republic of SA* saak no C 367/06 gedateer 11-06-2007 (AH) (ongerapporteur)).

Die verwere dat die openbaarmakings nie beskerm word deur die bepalings van die wet nie omdat dit deur middel van die nuusmedia aan die publiek gemaak is en dit nie op 'n verantwoordelike wyse geskied het nie, besit nie meriete nie want soos die hof tereg daarop gewys het, maak die wet wel voorsiening vir sodanige openbaarmaking alhoewel egter onderhewig aan streng vereistes (sien a 9). 'n Verdere belangrike vereiste wat soms omstrede is in sy toepassing, is die vereiste dat die betrokke openbaarmaking betrekking moet hê op die ongerymdhede vermeld in die wet (sien a 1). Die betrokke inligting wat geopenbaar word, moet 'n feitelike grondslag besit en derhalwe sal ongesubstansieerde gerugte en spekulاسie nie as inligting kwalifiseer nie. Die hof verklaar egter dat afleidings en suspisies wat redelik is, genoegsaam sal wees (227F-228B). Eweneens kan 'n feitelik onakkurate of foutiewe geloof nog steeds redelik wees en derhalwe as inligting kwalifiseer as die inligting so onakkuraat is dat die publiek geen belang daarin kan hê nie (229F). Alhoewel daar nie kritiek gelewer kan word oor die feitelike posisie en bevindings *in casu* nie, is gemelde formulering dat 'n feitelik onakkurate of foutiewe geloof in bepaalde omstandighede redelik kan wees, miskien effe te wyd en skep die moontlikheid van misbruik (heksejagtery) deur werknemers wat 'n werkgewer in 'n verleentheid kan stel en finansiële ernstig kan benadeel. Dit was juis die probleem in *CWU v Mobile Telephone Networks* (2003 ILJ 1670 (AH)) waar 'n werknemer sy hoofde van onbillike bevoordeling van 'n arbeidsmakelaar asook van omkopery beskuldig het. Die hof het beslis dat die wet nie ontwerp is om openbaarmakings wat op blote gerugte en spekulاسie gebaseer is, te beskerm nie en dat die werknemer se bewerings nie inligting oordra nie, maar bloot die uiting van 'n opinie behels. Andersins was daar geen feitelike grondslag om die gevolgtrekking te regverdig dat die werkgewer of sy bestuur onbehoorlik opgetree het nie (sien ook *Grieve v Denel (Pty) Ltd* 2003 ILJ 551 (AH)). Die hof het egter verkeerdlik beslis dat openbaarmakings *in casu* nie in die openbaar mag geskied nie aangesien die wet slegs vir privaate openbaarmakings voorsiening maak. In die verband is, soos reeds aangetoon, tereg in die *Tshishonga*-saak verklaar dat openbaarmakings wel in die openbaar (onder andere deur middel van televisie) kan plaasvind indien artikel 9 se streng vereistes nagekom word.

'n Laaste aspek van belang is die grondslag van aanspreeklikheid van die werkgewer en die gevolglike remedie van die werknemer. Gegewe die feit dat daar nie meer *in casu* 'n werkgewer-werknemer-verhouding tussen die partye bestaan het nie as gevolg van die skikkingsooreenkoms ingevolge waarvan T sy dienste by die departement van justisie vrywillig beëindig het, ontstaan die vraag oor wat die grondslag en remedie van die beroepsbenadeelde, T, behoort te wees. Soos hierbo aangedui is, het die hof aan die hand van artikels 3 en 4 van die wet asook verskeie bepalings van die Wet op Arbeidsverhoudinge, twaalf maande se salaris as vergoeding aan T toegeken. Die vraag ontstaan of dit korrek is om op die bepalings van die Wet op Arbeidsverhoudinge van 1995 te steun as die kontraktuele verhouding vrywillig tussen die partye beëindig is (sien die probleme ervaar in *NAAWU (now NUMSA) v Borg-Warner SA (Pty) Ltd* 1994 ILJ 509 (A); *SABC v Coop* 2006 ILJ 502 (HHA)). Hierdie probleem word gedeeltelik oorkom deur artikel 4(2) van die wet wat onder andere bepaal dat by die oorweging van enige aangeleentheid uit hoofde van die wet deur die arbeidshof, enige beroepsnadeel (buiten ontslag) in stryd met artikel 3 van die wet geag word 'n onbillike arbeidspraktyk te wees soos voorsien

deur die Wet op Arbeidsverhoudinge. Die probleem is egter dat in die definisie van 'n beroepsnadeel in artikel 1 van die wet onder andere verwys word na die werksomgewing van 'n *werknemer* en soos hierbo aangedui, was T nie meer 'n werknemer nie as gevolg van die skikkingsooreenkoms. Hierdie probleem kan myns insiens ondervang word deur die betrokke werkgever middellik aanspreeklik te hou soos wat in die onlangse Engelse beslissing in *Cumbria County Council v Carlisle-Morgan* (2007 IRLR 314 (EAT)) gebeur het. Aangesien T gedurende sy diensverhouding aan verskeie ernstige dade van beroepsnadeel deur die betrokke minister en verskeie senior amptenare van die departement van justisie, in die uitvoering van hulle pligte, onderwerp is, behoort 'n eis om skadevergoeding op hierdie grondslag ook suksesvol te wees (sien ook *Media 24 Ltd v Grobler* 2005 ILJ 1007 (A)).

5 Slotopmerkings

Alhoewel daar tot 'n groot hoogte met die uitspraak en veral die toekenning van kompensasie saamgestem kan word, is veral die boodskap wat deur die hof in die *Tshishonga*-saak aan staatsdepartemente en ander organe in die publieke sektor uitgestuur word, van groot arbeidsregtelike betekenis. Die hof verklaar gepas:

“Internationally, there is growing recognition that whistleblowers need protection. Whistleblowing is healthy for organizations. Managers no longer have a monopolistic control over information. They have to be alert to their actions being monitored and reported on to shareholders and the public. Everyone is alive to their loyalty to the organization. As a safe alternative to silence, whistleblowing deters abuse” (par 166).

FANIE VAN JAARVELD
Universiteit van Pretoria