

Vonnisbespreking: Arbeidsmakelaars: Enkelwerkgever, twee kontrakte en talle onbeantwoorde vrae

**Assign Services (Pty) Ltd v National Union of Metal Workers of
South Africa 2018 39 ILJ 1911 (KH)**

Stefan van Eck

Stefan van Eck, Departement Handelsreg, Universiteit van Pretoria¹

Abstract

Labour brokers: Single employer, two contracts and many unanswered questions

In *Assign Services* the Constitutional Court had to decide whether section 198A(3)(b) of the Labour Relations Act 66 of 1995 (LRA), which *deems* the client to be the employer of low-paid workers after three months, establishes either a sole employer or a dual employer relationship. The Labour Court supported the dual employer approach. However, the Constitutional Court brought certainty and determined that the sole employer interpretation should be adopted.

Dlodlo AJ, for the majority, held that this interpretation was to be preferred as it is in line with the objectives of the LRA and the constitutional right to fair labour practices. Despite the legal certainty that the decision brings, it is submitted that the LRA could have been better formulated, as many questions remain unanswered. Section 198A of the LRA applies only in respect of this Act. It does not apply to the provisions of the Basic Conditions of Employment Act 75 of 1997 and the Employment Equity Act 55 of 1998. The drafters of the LRA are criticised for not adopting clear language when giving expression to the goals of the 2014 amendments to the LRA. It remains uncertain how dispute resolution bodies should deal with issues such as the transfer of accrued leave and severance pay. Are such entitlements transferred from the labour broker to the client? This discussion offers suggestions regarding how policy makers could have improved the formulation of the LRA.

Keywords: agency worker; dual employers; deemed; labour broker; labour law; Labour Relations Act; right to fair labour practices; sole employer; temporary employment services

Trefwoorde: agentskapswerker; arbeidsmakelaar; arbeidsreg; dubbelwerkgewers; enkelwerk gewer; geag; reg op billikearbeidspraktyke; tydelike werkverskaffingsdiens; Wet op Arbeidsverhoudinge

1. Inleiding

Arbeidsmakelaars maak 'n bestaan deur voornemende werknemers te werf, hulle te betaal en by kliënte te plaas (sien art. 198(1) van die Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995 (WAV)). Daar is drie rolspelers en dikwels, maar nie altyd nie, twee kontrakte. Die eerste is 'n ooreenkoms tussen die arbeidsmakelaar en die agentskapswerker. Die tweede kontrak kom tussen die arbeidsmakelaar en die kliënt tot stand. Eersgenoemde ooreenkoms word soms 'n dienskontrak genoem, terwyl dit in wese nie een is nie (*LAD Brokers (Pty) Ltd v Mandla* 2001 22 ILJ 1813 (AAH) parr. 25–9). Die agentskapswerker werk by die kliënt se werkplek, en uit die aard van die saak oefen die kliënt gesag en kontrole uit ten opsigte van hoe die dienste gelewer word. Die kontrak tussen die arbeidsmakelaar en die kliënt reguleer onder andere die vergoeding wat die kliënt aan die arbeidsmakelaar oorbetaal vir die werwing en plasing van werkers (Van Eck 2010:107–9).

Ten einde sekerheid te bewerkstellig, bepaal artikel 198(2) van die WAV dat arbeidsmakelaars (*temporary employment services*, of *TES*) die werkgewers van agentskapswerkers is. Soos vermeld, druis dit egter teen intuïsie in, aangesien die agentskapswerker by die kliënt se perseel, en onder sy of haar toesig, diens lewer. Hierdie artikel se bepaling van wie die werkgewer is, asook die beginsels wat daarop volg, geld nie ten opsigte van persone wat as onafhanklike kontrakteurs geplaas word nie (art. 198(3)).

In teenstelling met artikel 198(2) van die WAV word die kliënt ingevolge artikel 198A(3)(c) na afloop van drie maande se plasing *geag* die werkgewer van laagbesoldigde agentskapswerkers te word. Weens die artikel se swak bewoording het 'n heftige debat oor die uitleg daarvan ontstaan. Word die kliënt na drie maande die enkelwerkgewer van die agentskapswerker en val die middelman-arbeidsmakelaar weg uit die driehoeksverhouding? Of word daar 'n dubbelwerkgewerverhouding geskep wat tot gevolg het dat beide die arbeidsmakelaar en die kliënt werkgewerstatus behou? (Sien Botes 2014:111 e.v.; Aletter en Van Eck 2016:285 e.v.; Benjamin 2016:35 e.v.).

Die Konstitusionele Hof het onlangs in *Assign Services* (KH) hieroor uitsluitel gegee. Regsekerheid oor hierdie kwessie is broodnodig. Die eindresultaat dui egter op die onbeholpe wyse waarop die wet bewoord is en sommige vrae bly onbeantwoord. Hierdie bydrae ontleed die uitspraak teen die agtergrond van die voorafgaande uitsprake van die Kommissie vir Versoening, Bemiddeling en Arbitrasie (KVBA), die Arbeidshof en die Arbeidsappèlhof. Die bespreking het ten doel om die swakhede van die WAV uit te wys en om die vraagstukke wat beleidmakers ten opsigte van kwesbare agentskapswerkers versuim het om aan te spreek, te belig.

2. Agtergrond en tersaaklike wetsbepalings

Waarom is dit nodig is om arbeidsmakelary te reguleer?

Die antwoord is dat die driehoeksverhoudings onsekerhede skep (Benjamin 2016:28). Agentskapswerkers is onseker oor wie die ware werkgever is en welke party in die geval van onbillike ontslag en onbillike arbeidspraktyke aangespreek moet word. Arbeidsmakelary laat ook ruimte vir kliënte om hul werkgeversverpligtinge te omseil. Hul kontrakteeur in wese van hul aanspreeklikhede aan die arbeidsmakelaar uit (Van Eck 2012:29 e.v.). Agentskapswerkers geniet baie dikwels ook minder gunstige diensvoorwaardes as diegene wat direk deur die kliënt in diens geneem word (Benjamin 2016:28 e.v.). Hulle ontvang byvoorbeeld nie in alle gevalle pensioen- en medieseskemavooredele nie. Daarom het vakbonde arbeidsmakelary al met slawerny vergelyk en beweer dat arbeidsmakelaars wins maak deur handel te dryf met ander se dienste (Aletter en Van Eck 2016:285–9).

Die mees onlangse wysigings aan die WAV het ingrypende bykomende beskerming aan sekere kategorieë agentskapswerkers verleen (Wysigingswet op Arbeidsverhoudinge 6 van 2014; Botes 2014:111 e.v.). Ten einde die uitspraak in *Assign Services KH* in die regte konteks te verstaan, moet daar op die volgende kernbepalings gelet word:

Eerstens: In teenstelling met artikel 198(1)–(2), wat op alle agentskapswerkers van toepassing is, dek artikel 198A net *tydelike* agentskapswerkers wat minder as die huidige perkbedrag van R205 433,30 per jaar verdien (art. 198A(2)).

Tweedens is die beskermingsmaatreëls effektief net indien die agentskapswerker nie meer 'n *tydelike* diens verrig nie. 'n Tydelike diens behels

(a) dat die agentskapswerker vir 'n tydperk van hoogstens drie maande by die kliënt dienste lewer (art. 198A(1)(a)); of

(b) dat die agentskapswerker as plaasvervanger vir 'n werknemer van 'n kliënt instaan wat tydelik afwesig is (art. 198A(1)(b)); of

(c) dat die tipe werk onder 'n kategorie van arbeid val wat in 'n bedingingsraadooreenkoms (of 'n sektorale vasstelling of ministeriële vasstelling) omskryf is as werk wat *tydelik* van aard is (art. 198A(1)(b)).

Derdens: Indien 'n agentskapswerker soos hier bo omskryf 'n tydelike diens verrig, *is* die arbeidsmakelaar ingevolge artikel 198(2) die werkgever van die werknemer. Indien die agentskapswerker egter nie meer tydelike diens lewer nie, deur byvoorbeeld vir langer as drie maande by die kliënt te werk, word die kliënt vir doeleindes van die WAV statutêr *geag* die werkgever van die werknemer te word (art. 198A(3)(a)–(b)). Daar kan tereg gevra word waarom die artikel nie soos in geval van artikel 198(2) bloot bepaal dat die agentskapswerker wel die werknemer van die kliënt *is* nie. Dit is ook onduidelik waarom die wet ook swyg oor die voortbestaan van die ooreenkoms na afloop van die termyn van die ooreenkoms tussen die arbeidsmakelaar en die agentskapswerker. Die WAV bepaal bloot dat die kliënt daarna vir doeleindes van die WAV as werkgever *geag* word.

Vierdens: Na afloop van die aanvanklike drie maande mag die werknemer nie, in die geheel beskou, minder gunstige diensvoorwaardes ontvang as ander selfgeplaaste werknemers van die kliënt wat soortgelyke werk verrig nie (art. 198A(5)) en word die werknemer *geag* tot aftrede in diens van die kliënt te wees (weens die werking van art. 198A(1)(b)(ii) en 198B). Dit is belangrike beskermingsmaatreëls vir hierdie kategorie werknemers en voorkom uitbuiting van laagbesoldigde werknemers (Aletter 2016:133 e.v.). Dit voorkom ook dat twee klasse werknemers by werkplekke geskep word, naamlik een met goeie diensvoordele en 'n ondergeskikte klas met minderwaardige diensvoordele.

Vyfdens is daar twee artikels wat mede-aanspreeklikheid reël en wat 'n rol in die enkel- of dubbelwerkgeversdebat gespeel het: (a) Artikel 198(4) bepaal dat ten opsigte van alle kategorieë arbeidsmakelaars, die arbeidsmakelaar en die kliënt gesamentlik en afsonderlik aanspreeklik is vir 'n geslote lys oortredings, naamlik oortreding van kollektiewe ooreenkomste by bedingingsrade gesluit; bindende arbitrasietoekennings oor diensvoorwaardes; die Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997 (WBDV); en sektorale vasstellings ingevolge die WBDV. Dit is opmerklik, en 'n vreemde verskynsel, dat hierdie mede-aanspreeklikheid geensins na onbillike ontslag en onbillike arbeidspraktyke verwys nie (art. 186). Hierdie is belangrike aangeleenthede wat uitsluitlik deur die WAV, en nie deur die gemenerereg, die WBDV of die Wet op Billike Diensgeleentheid 55 van 1998 (Employment Equity Act (EEA)) nie, gereguleer word.

(b) Die tweede bepaling, artikel 198(4B), skryf voor dat indien artikel 198(4) van toepassing is, of indien 'n kliënt ingevolge artikel 198(A)(3)(b) *geag* word die werkgegewer te wees, die werknemer mag kies om regstappte teen óf die kliënt óf die arbeidsmakelaar, of teen albei, in te stel. Artikel 198(4A)(c) bepaal verder dat enige bevel of toekenning teen die kliënt of die arbeidsmakelaar ook teen die ander ingestel mag word.

Soos later bespreek sal word, is hierdie twee artikels die bron van moeilike vrae. Hoe is dit byvoorbeeld moontlik om die enkelwerkgegewer-uitleg te ondersteun indien die arbeidsmakelaar en die kliënt steeds gesamentlik en/of afsonderlik verantwoordelik is? Verder het artikel 198(4B) tot gevolg dat beide partye ook vir onbillike ontslag en onbillike arbeidspraktyke verantwoordelik word, of is dit net van toepassing op die geslote lys gevalle soos in artikel 198(4) vermeld?

Laastens stel artikel 198A(3) dit onomwonde dat die *geagte* bepalings slegs ten opsigte van "this Act" geld. Dit krap sake deurmekaar, aangesien die kliënt nie ook ingevolge ander arbeidswetgewing, soos die WBDV en die EEA, as werkgegewer *geag* word nie. (Sien egter Le Roux 2018:10, waar hy daarop wys dat ingevolge art. 82(3) van die WBDV kliënte gesamentlik en afsonderlik vir die dade van arbeidsmakelaars aanspreeklik gehou kan word.)

3. Die feite en vorige uitsprake

Die debat het ontstaan in 'n toetsaak voor die KVBA. In *Assign Services (Pty) Ltd and Krost Shelving & Racking Pty Ltd* 2015 36 ILJ 2408 (KVBA) (*Assign Services* KVBA) het die National Union of Metalworkers of South Africa (Numsa) en 'n arbeidsmakelaar, Assign Services, finaliteit oor die betekenis van die begrip *geag* verlang. Die vraag het ontstaan of die arbeidsmakelaar na die tydperk saam met die kliënt as werkgegewer voortbestaan (die

dubbelwerkgever-uitleg) en of die kliënt die enigste werkgever is (die enkelwerkgever-uitleg).

Assign Services het betoog dat daar twee redes is waarom die dubbelwerkgever- benadering voorkeur moet geniet. Eerstens bevat artikel 189A(3) geen voorskrifte wat bepaal dat die gemeenregtelike kontrak tussen 'n agentskapswerker en die arbeidsmakelaar beëindig word nie (*Assign Services* KVBA par. 4.4). Tweedens stel artikel 198(4A) dit onomwonde dat arbeidsmakelaars en kliënte gesamentlik of afsonderlik aanspreeklik is vir oortredings ingevolge die WAV en die WBDV. Derhalwe redeneer Assign Services dat sodanige aanspreeklikheid moontlik is slegs waar daar wel 'n dubbelwerkgever-verhouding bestaan (*Assign Services* KVBA par. 4.5).

Daarteenoor het Numsa geredeneer dat daar dikwels 'n losse vertolking aan *geag* geheg word wat dit dieselfde as die woord *is* laat beteken. Derhalwe argumenteer Numsa dat die woord *geag* 'n regsifiksie skep wat tot gevolg het dat die kliënt die enigste werkgever van die agentskapswerker word (*Assign Services* KVBA par. 4.2).

Die KVBA beslis heeltal tereg dat die korrekte vertolking die een behoort te wees wat die mees omvattende beskerming aan kwesbare werknemers sal verleen (*Assign Services* KVBA par. 5.8). Volgens die KVBA is hierdie benadering in ooreenstemming met die doelwitte van die Memorandum of Objects on the Labour Relations Amendment Bill, 2012, wat vermeld het dat agentskapswerkers se grondwetlike regte beskerm moet word (bv. die reg op billike arbeidspraktyke ingevolge art. 23(1) van die Grondwet). Die beleidsdokument het ook gemeld dat die wysigings beoog om indiensneming van agentskapswerkers te beperk tot “situations of genuine and relevant ‘temporary work’” (*Assign Services* KVBA par. 5.8).

Derhalwe beslis die KVBA dat die woord *geag* sodanig uitgelê moet word dat die kliënt vir doeleindes van die WAV na drie maande die enigste werkgever van laagbesoldigde agentskapswerkers word (*Assign Services* KVBA par. 6.1). Die situasie is met dié van 'n aangenome kind vergelyk. Die KVBA bevind dat in die geval van “‘adoption’ a legal fiction is also created, in that for purposes of the law, the adoptive parent is regarded as the [only] parent of the adopted child” (*Assign Services* KVBA par. 5.12). Die KVBA beslis verder dat artikel 198(4A) geensins aandui dat dit gesamentlike of afsonderlike werkgeversaanspreeklikheid ingevolge artikel 198A(3)(b)(i) skep nie. Dit dui slegs aan dat beide partye aangespreek kan word ten opsigte van artikel 198(4) se geslote lys, wat duidelik nie onbillike ontslag en onbillike arbeidspraktyke insluit nie (*Assign Services* KVBA par. 5.15–6).

In 'n teleurstellende wending het die KVBA egter geen bevindings gemaak oor die voortbestaan van die kontraktuele verhouding tussen die arbeidsmakelaar en die werknemer nie. Verloor hierdie gemeenregtelike ooreenkoms na drie maande bindende krag? Wat gebeur met aangeleenthede soos opgehoopte verlof, dienstydperke en voorsorgfondsvoordele? Die KVBA oorweeg ook nie gevalle waar die arbeidsmakelaar 'n sterk en volhoubare onderneming is, terwyl die kliënt dalk op die randjie van bankrotskap mag staan nie. Sou dit dan steeds tot voordeel van werknemers strek om al hul eiers in een mandjie by die kliënt te plaas?

In *Assign Services (Pty) Ltd v Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration* 2015 36 ILJ 2853 (AH) (*Assign Services* AH) het die Arbeidshof kritiek uitgespreek teen die

kategorisering van argumente onder die enkel- en dubbelwerkgever-uitleg. Brassey WnR beslis dat die belangrikste vraag is of die arbeidsmakelaar na drie maande steeds 'n verhouding met die werknemers het, en indien wel, of die verhouding steeds 'n werkgever-werknemer-verhouding is. Vergoed die arbeidsmakelaar byvoorbeeld steeds na afloop van die tydperk die agentskapswerker of word hierdie verpligting aan die kliënt oorgedra?

In *Assign Services* AH (par. 12) word verduidelik dat:

There seems no reason ... why the TES should be relieved of its statutory rights and obligations towards the worker because the client has acquired a parallel set of such rights and obligations. The worker, in contracting with the TES, became entitled to the statutory protections that automatically resulted from his or her engagement and there seem to be no public policy considerations ... why he or she should be expected to sacrifice them on the fact that the TES has found a placement with a client.

Brassey WnR baseer sy uitspraak deels op die feit dat die regsvertegenwoordigers vir beide partye dit eens was dat artikel 198A(3)(b)(i) geen invloed op die regsgeldigheid en voortbestaan van die kontraktuele verhouding tussen die arbeidsmakelaar en die werknemer het nie. Desnieteenstaande het die Arbeidshof die KVBA se beslissing tersyde gestel bloot omdat daar geen feitelike geskil voor die hof was nie. Daar was dus steeds onsekerheid oor die korrekte uitleg van die woord *geag* in die konteks van die WAV.

Benjamin (2016:35 e.v.) kritiseer *Assign Services* AH tereg. Hy voer eerstens aan dat 'n enkele werkgever geïdentifiseer moet word ten einde onsekerheid oor aspekte van beheer en kontrole oor werknemers uit die weg te ruim. Tweedens: Alhoewel die kliënt as die enigste werkgever van die agentskapswerker *geag* word, sal laasgenoemde steeds ingevolge artikel 189(4A)(a) geregtig wees om regsgedinge teen óf die arbeidsmakelaar óf die kliënt, of teen beide in te stel (Benjamin 2016:40–1; Aletter 2016:155 e.v.). Derdens moet daar nie uit die oog verloor word dat artikel 198(2) 'n regsfigsiek skep nie. Die werknemer werk onder die kliënt se gesag en kontrole by sy of haar werkplek en artikel 198A(3)(b)(i) bepaal dat ongeag die aard van die ooreenkoms met die arbeidsmakelaar, die kliënt na drie maande die werkgever is. (Sien ook *LAD Brokers* parr. 25–9 waar beslis is dat die kliënt gemeenregtelik eintlik die werkgever is.)

Daar kan met die meeste van Benjamin se standpunte saamgestem word. Daar is beslis 'n goeie saak voor uit te maak dat werknemers duidelikheid behoort te hê oor wie die werkgever is. Artikel 198(1)–(2) doen dit in die eerste instansie en artikel 198(A)(3) doen dit later. Dit is egter betreurenswaardig dat eersgenoemde artikel dit ondubbelsinnig stel, terwyl die tweede een met die woord *geag* twyfel saai. Dit is ook korrek dat die invoeging van artikel 189(4A)(a) nie so uitgelê behoort te word dat dit dubbelwerkgevers tot gevolg het nie. Dit bepaal bloot dat beide partye voor die KVBA of Arbeidshof gedaag kan word ongeag of een van die partye die werkgever is en die ander nie. Daar kan ook met Benjamin saamgestem word dat in so verre die kliënt na die tydperk die enigste werkgever is, dit nie die voortbestaan van die verhouding tussen die arbeidsmakelaar en die kliënt beëindig nie. Solank die arbeidsmakelaar die werknemers vergoed, is eersgenoemde steeds ingevolge artikel 198(1) 'n arbeidsmakelaar en sal sodanige party gesamentlik of afsonderlik teenoor agentskapswerkers aanspreeklik wees.

Benjamin se argumente los egter steeds nie die probleem op waar die arbeidsmakelaar en die agentskapswerknemer aanvanklik 'n volwaardige gemeenregtelike dienskontrak gesluit het nie. Word die aard van die kontrak verander om nie meer ingevolge die WAV as 'n dienskontrak beskou te word nie, maar bly die res van die regte en verpligtinge voortbestaan? Die onderliggende rede vir Benjamin se standpunt is hoofsaaklik om duidelikheid te skep oor wie op grond van onbillike ontslag en onbillike arbeidspraktyke aangespreek kan word. Slegs werkgewers kan in verband hiermee voor die KVBA en die Arbeidshof gedaag word. Benjamin (2016:32–3) kritiseer nie die huidige bestel nie en meld bloot dat die Wysigingswet op Arbeidsverhoudinge 6 van 2014 'n kompromis daargestel het.

In teenstelling met *Brassey WnR* se uitspraak het die Arbeidsappèlhof in *NUMSA v Assign Services* 2017 38 ILJ 1978 (AAH) (*Assign Services* AAH) geen probleem ondervind om die debat oor die enkel- of dubbelwerkgewer-benaderings te ontleed nie. Tlaetsi ARP ondersteun heeltemal tereg die enkelwerkgewer- benadering en beslis dat “[the] dual employment approach ... is not consonant with the context of section 198A and [its] purpose” (*Assign Services* AAH par. 40). Die hof beklemtoon die feit dat die geplaaste werknemers na die driemaande-tydperk “become employed by the client for an indefinite period and on the same terms and conditions” as die kliënt se werknemers wat soortgelyke werk verrig (*ibid.*). Die hof impliseer verder dat alhoewel die WAV nie vir die oordrag van regte van die arbeidsmakelaar na die kliënt voorsiening maak nie, soos in die geval van oordragte van besighede as lopende ondernemings (art. 197 van die WAV), so iets wel meer duidelikheid sou geskep het (*Assign Services* AAH par. 43).

Tlaetsi ARP beslis dat indien arbeidsmakelaars die agentskapswerkers steeds na afloop van die tydperk vergoed, hulle steeds deur laasgenoemde ingevolge die bepalings van die kontrak aanspreeklik gehou kan word. Alhoewel die arbeidsmakelaar vir doeleindes van die WAV nie meer die werkgewer is nie, bly die kontak voortbestaan (*Assign Services* AAH par. 44). Die KVBA se vergelyking met aanneming word egter verwerp deur die hof, omdat artikel 242 van die Kinderwet 38 van 2005 uitdruklik alle parallelle-ouerskapverpligtinge beëindig, en dit is nie wat hier gebeur nie (*Assign Services* AAH par. 47). Ten slotte beslis die hof dat alhoewel die oorspronklike kontrak tussen die arbeidsmakelaar en die agentskapswerker steeds kan voortbestaan, die WAV vir doeleindes van hierdie wet 'n enkele statutêre werkgewer skep, naamlik die kliënt (*Assign Services* AAH par. 47).

Alhoewel die Arbeidsappèlhof heeltemal korrek bevind dat die doel van die wysigings was dat daar net een werkgewer-werknemer-verhouding moet voortbestaan, belig die uitspraak etlike probleme met die bewoording van die WAV soos dit nou daar uitsien. Eerstens: Wat sou die inhoud van die statutêre kontrak wees indien die kliënt geen werknemers het wat soortgelyke werk tot hul aftrede verrig nie? Sou dit nie dan tog beter wees om te praat van die oordrag van die bepalings van die aanvanklike kontrak met die arbeidsmakelaar nie? Tweedens: Waarom is die hof nie bereid om te aanvaar dat 'n soortgelyke situasie geld as in die geval van aanneming, waar die biologiese ouers van die toneel verdwyn nie? Is die antwoord moontlik dat daar tóg twee kontraktuele partye bly bestaan – die arbeidsmakelaar ingevolge 'n gemeenregtelike dienskontrak (al is dit net in naam) en die statutêre werkgewer?

4. Uitspraak van die Konstitusionele Hof

Ten einde onsekerhede rondom die woord *geag* op te los, volg *Assign Services KH* 'n benadering soortgelyk aan dié van die Arbeidsappèlhof wat sterk op die enkelwerkgewer-uitleg steun. Dlodlo WnR beslis teen die agtergrond van die doelstellings van die wetswysigings namens die meerderheid dat so 'n benadering die beste beskerming aan agentskapswerknemers sal bied. Die hof lê die wetsbepalings soos volg uit:

Eerstens: Artikel 198(1)–(2) dek die algemene beginsels wat ten opsigte van alle arbeidsmakelaars geld. Dit skep 'n statutêre diensverhouding tussen die arbeidsmakelaar en die agentskapswerker ten spyte daarvan dat die agentskapswerkers soos 'n werknemer by die kliënt werk. Tweedens: Artikel 198A reguleer die toepassing van artikel 198(1)–(2) op 'n spesifieke groep kwesbare werknemers, naamlik dié wat onder die perkbedrag verdien. Derdens: Ingevolge artikel 198A(3)(a) word kwesbare werknemers wat tydelike diens verskaf, volgens artikel 198(1)–(2) gedurende dié tydperk as werknemers van die arbeidsmakelaar beskou. Vierdens: Artikel 198A(3)(a) bepaal dat indien agentskapswerkers nie meer tydelike dienste lewer nie, hulle as werknemers van die kliënt *geag* word. Vyfdens: Wanneer agentskapswerkers nie meer tydelike dienste lewer nie, vervang artikel 198A(3)(a) se werking dié van artikel 198(1)–(2) en word die kliënt as die agentskapswerker se uitsluitlike werkgewer *geag* (*Assign Services KH* par. 83). Die hof bevestig dat “[i]nterpreting this section to mean that the client becomes ‘one of the employers’ strains the language used” (*Assign Services KH* par. 54).

Die hof worstel ook met die onsekerheid oor die regstatus van die gemeenregtelike kontrak tussen die arbeidsmakelaar en die agentskapswerker na afloop van die driemaande-tydperk (*Assign Services KH* par. 71). Die hof is gevra wat die situasie sou wees indien die oorspronklike ooreenkoms beter voordele aan die werknemer sou verskaf en wat van opgehoopte voordele ingevolge die eerste kontrak word (*Assign Services KH* par. 72). Daar is immers nou 'n nuwe statutêre diensverhouding tussen die agentskapswerker en die kliënt en die vraag is of die oorspronklike ooreenkoms verval. Hiermee saam word daar namens *Assign Services* geargumenteer dat die dubbelwerkgewer-standpunt beter beskerming aan agentskapswerkers sou verskaf.

Die hof verwerp heeltemal tereg hierdie argumente. Dlodlo WnR bevestig dat daar binne die driehoekige verhouding aanvanklik 'n onnatuurlike statutêre werkgewer-werknemer-verhouding tussen die arbeidsmakelaar en die agentskapswerker geskep word. Soos voorheen deur die Arbeidsappèlhof bevestig, beskou die gemene reg van meet af nie eintlik die arbeidsmakelaar as 'n werkgewer nie (*LAD Brokers* parr. 25–9). Hierdie tussenganger se rol is meestal om werknemers te werf en te betaal, terwyl die kliënt die een is wat by sy of haar werkplek toesig hou en kontrole oor die werker se operasionele funksies uitoefen. Die WAV skep 'n statutêre fiksie wat na drie maande deur artikel 198A(3)(b) beëindig word. Daarna verskuif die statutêre werkgewersverantwoordelikhede van die arbeidsmakelaar na die kliënt. Anders gestel, die kliënt word dan vir doeleindes van die WAV as die enigste werkgewer van die geplaaste werknemer *geag*. Solank die arbeidsmakelaar voortgaan om die werknemer te vergoed, bly die ooreenkoms tussen hulle bindend in die driehoekige verhouding. Die agentskapswerker het steeds die reg om ingevolge artikel 198(A4) óf die arbeidsmakelaar óf die kliënt (of albei) vir ooreengekome en statutêre verpligtinge aan te spreek. Vir doeleindes van onbillike ontslag asook onbillike arbeidspraktyke is die kliënt egter die enigste party wat ingevolge die WAV aangespreek kan word.

5. Ontleding en kommentaar

'n Ontleding van *Assign Services KH* bring die volgende aspekte na vore: Eerstens het die Konstitusionele Hof ongetwyfeld tot die korrekte slotsom gekom dat dit die huidige bedoeling van die WAV is dat die kliënt, vir doeleindes van die WAV, na drie maande die enigste werkgewer is. Dit het tot gevolg dat 'n laagbesoldigde agentskapswerker net die kliënt in die geval van onbillike ontslag en onbillike arbeidspraktyke mag aanspreek.

Tweedens is dit te betwyfel of die howe se swaar steun op die kategorisering van die probleem onder die enkel- en dubbelwerkgewer-benadering gehelp het om van die ander onsekerhede uit die weg te ruim. Die hof benadruk die feit dat in gevalle waar 'n arbeidsmakelaar voortgaan om agentskapswerkers te betaal, die regte en verpligtinge ingevolge daardie kontrak afdwingbaar bly. Die klem op die enkelwerkgewer-benadering skep egter verwarring deur te impliseer dat die aanvanklike kontrak nie meer bestaan nie. Dit is nie die geval nie, aangesien die aanvanklike gemeenregtelike kontrak steeds geldig is en agentskapswerkers steeds daarop geregtig is om arbeidsmakelaars ingevolge die bepalinge van die gemenereg, die WBDV en die EEA aan te spreek. Dit blyk hieruit dat daar klaarblyklik steeds twee verhoudings bestaan: een vir doeleindes van die WAV en die ander ingevolge die gemenereg en ander arbeidswetgewing.

Derdens het die wetgewer klaaglik misluk om uit die staanspoor regsekerheid te skep. Dit sou sekerlik onduidelikhede uit die weg geruim het indien die WAV bloot gewysig is om te bepaal dat die kliënt na drie maande die enigste werkgewer van laagbesoldigde agentskapswerkers is. Die WAV moes ook gewysig gewees het om te bepaal dat die kliënt na drie maande ten opsigte van alle arbeidswetgewing die enigste werkgewer word. Dit sou onsekerhede ten opsigte van die toepassingsgebied van die WBDV en die EEA uit die weg ruim. Alhoewel dit waar is dat artikel 82(3) van die WBDV bepaal dat die kliënt gesamentlike aanspreeklikheid ten opsigte van die arbeidsmakelaar opdoen, geld dit nie ook andersom nie. Anders gestel, die arbeidsmakelaar kan nie gesamentlik aanspreeklik gehou word vir die verpligtinge van die kliënt na afloop van die driemaande-tydperk nie. (Sien ook Le Roux 2018:10–2.)

Vierdens los *Assign Services KH* se uitleg steeds nie die probleem op in gevalle waar 'n kliënt geen werknemers het wat soortgelyke werk as die geplaaste agentskapswerkers verrig nie. Met wie sal die agentskapswerkers dan vergelyk word om die inhoud van hul statutêre diensverhouding te bepaal? Die wetgewer moes oorweeg het om eerder te bepaal dat in gevalle waar daar 'n dienskontrak tussen die arbeidsmakelaar en die agentskapswerker gesluit is, dit net soos in artikel 197 van die WAV na die kliënt oorgedra word. Dit sou tot gevolg hê dat opgehoopde voordele en ander eise ingevolge die oorspronklike ooreenkoms oorgedra word. Daar moes bygevoeg gewees het dat hierdie kontrakte oorgedra word onderhewig daaraan dat sodanige agentskapswerkers nie minder gunstige voorwaardes mag ontvang as werknemers wat voorheen deur die kliënt self aangestel is en wat soortgelyke werk verrig nie.

Ten slotte word dit verwelkom dat laagbesoldigde agentskapswerkers nou meer duidelikheid het oor wie na drie maande vir onbillike ontslag en onbillike arbeidspraktyke verantwoordelik is. Artikel 198A sal egter nie die volgende twee probleme oplos wat met ekonomiese realiteite verband hou nie. In gevalle waar die kliënt in 'n swakker finansiële posisie as die arbeidsmakelaar verkeer en waar die kliënt die nuutverworwe agentskapswerkers weens operasionele redes ontslaan, sal die werkers geen onbillike-ontslag-remedies teen die

arbeidsmakelaar hê nie. Die gesamentlike of afsonderlike aanspreeklikheid ingevolge artikel 198(4A) geld nie ten opsigte van werkgewersverpligtinge wat deur die WAV gereël word nie. Dit dek slegs die geslote lys gevalle wat in artikel 198(4) vermeld word.

Die tweede probleem kom voor in gevalle waar kliënte wel minder onkoste ten opsigte van agentskapswerkers het vergeleke met werkers wat hul self geplaas het. Die pers laat dit duidelik blyk dat talle laagbesoldigde agentskapswerkers na die driemaande-tydperk, weens onbekostigbaarheid en/of permanensie deur kliënte afgedank word. Op 19 Augustus 2018 het *City Press* berig:

First they saw their pay double and received benefits such as medical aid and a provident fund for the first time. Days later, they received retrenchment letters ... This has been the experience of workers placed by labour broker Adcorp at a factory in Springs ... belonging to Kellogg's following the watershed Constitutional Court ruling on the contentious "deeming" provision in the Labour Relations Act. (Van Rensburg 2018:1)

Die berig vermeld verder dat 'n soortgelyke situasie by Simba se fasiliteit te Isando gegeld het. In hierdie geval het 142 uit 328 pakkers wat ook deur Adcorp geplaas is, kennis gekry dat "[they] face retrenchment after becoming permanent workers". Die koerant berig verder dat maatskappye waar "cases like these are pending include Heineken, DHL, Bakers Biscuits, Clicks, Midas and online retailer Takealot" (Van Rensburg 2018:1).

Alhoewel ek die beskerming ondersteun wat deur artikel 198A teweeggebring word, sal net die tyd leer of hierdie werknemersbeskerming tot gevolg sal hê dat arbeidsmakelary so onaantreklik geword het dat dit tot hoër werkloosheid in Suid-Afrika sal lei.

Bibliografie

Aletter, C.J. 2016. Protection of agency workers in South Africa: An appraisal of compliance with ILO and EU norms. LLD-proefskrif, Universiteit van Pretoria.

Aletter, C.J. en B.P.S. van Eck. 2016. Employment agencies: Are South Africa's recent legislative amendments compliant with the International Labour Organisation's standards? *SA Mercantile Law Journal*, 28(2):285–310.

Benjamin, P. 2016. Restructuring triangular employment: The interpretation of section 198A of the Labour Relations Act. *Industrial Law Journal*, 37(1):28–44.

Botes, A. 2014. Answers to the questions? A critical analysis of the amendments to the Labour Relations Act 66 of 1995 with regard to labour brokers. *SA Mercantile Law Journal*, 26(2):110–37.

Le Roux, P.A.K. 2018. Assignees and deemed employers: What has changed between clients and their TES? *Contemporary Labour Law*, 28(1):1–14.

Van Eck, B.P.S. 2010. Temporary employment services (labour brokers) in South Africa and Namibia. *Potchefstroom Electronic Review*, 13(2):107–26.

—. 2012. Employment agencies: International norms and developments in South Africa. *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 28(1):29–44.

Van Rensburg, D. 2018. Labour brokers, mines in a jobs blood bath. *City Press*, 19 Augustus, bl. 1.

Eindnota

¹ Hierdie navorsing is moontlik gemaak deur befondsing van die National Research Foundation. E-pos stefan.vaneck@up.ac.za; orcid Id 0000-0002-1563-6736.