

**Vonnisbespreking: Stakingstemmings: Oplossing
en raaisels deur die Arbeidsappèlhof
*National Union of Metalworkers of South Africa v
Mahle Behr SA (Pty) Ltd (Association of
Mineworkers & Construction Union as Amicus
Curiae) 2020 41 ILJ 2093 (AAH)***

Stefan van Eck

Stefan van Eck, Departement Handelsreg, Universiteit van Pretoria

Abstract

Strike ballots: Solution and riddles by the Labour Appeal Court

The Labour Relations Act 66 of 1995 (LRA) was amended at the beginning of 2019 to encourage trade unions to include a provision in their constitutions requiring a strike ballot. The transitional arrangements contained in the Labour Relations Amendment Act 8 of 2018 direct that in the absence of such a provision in any trade union's constitution, the trade union "must" conduct a secret ballot prior to the strike. The LRA contains seemingly contradictory provisions in this regard. Based on the transitional arrangements, the Labour Court has issued interdicts against strikes on a number of occasions based on the absence of secret ballots. However, in *National Union of Metalworkers of South Africa v Mahle Behr SA (Pty) Ltd*, Murphy, Acting Judge of Appeal of the Labour Appeal Court, overturned these decisions and held that the absence of a secret ballot has no influence on the protected or unprotected status of a strike. This decision brings much needed certainty regarding the interpretation of the LRA. However, the question remains whether this decision was arrived at correctly and whether it has resolved all outstanding issues regarding strike ballots. In this contribution I argue that the Labour Appeal Court came to the correct conclusion, but I also identify outstanding questions regarding secret ballots and suggest a number of solutions to these problems.

Keywords: Constitutional Court; constitutional right to strike; interdict; Labour Appeal Court; Labour Court; Labour Relations Act; protected strike; secret ballot; strike ballot; trade union; unprotected strike

Trefwoorde: Arbeidsappèlhof; Arbeidshof; beskermde staking; geheime stemming; Grondwethof; grondwetlike reg om te staak; onbeskermde staking; interdik; stakingstemming; vakbond; Wet op Arbeidsverhoudinge

1. Inleiding

Die Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995 (WAV) het kort na Suid-Afrika se eerste demokratiese verkiesings die lig gesien (Van Niekerk en Smit 2019:14). Anders as in die geval van die vorige arbeidswet, die Wet op Arbeidsverhoudinge 28 van 1956 (WAV van 1956), stel die WAV dit nie as voorvereiste dat 'n stakingstemming gehou moet word alvorens werknemers aan 'n beskermde staking mag deelneem nie (Du Toit e.a.:348). Na afloop van langdurige en gewelddadige stakings in veral die mynbousektor, het beleidsmakers in 2012 gepoog om die vereiste terug te bring van 'n stakingstemming alvorens aan 'n beskermde staking of uitsluiting deelgeneem mag word (vgl. Klousule 6 van die *Memorandum of Objects, Labour Relations Amendment Bill*, B16–12). Hierdie voorstelle is egter nooit in die huidige WAV vervat nie.

Die WAV het egter sedert die instelling daarvan 25 jaar gelede vereis dat elke vakbond se grondwet 'n bepaling moet bevat dat dit 'n vereiste is om 'n stakingstemming onder die betrokke werknemerlede te hou alvorens hulle aan 'n staking mag deelneem (art. 95(5)(p)). Die doeltreffendheid en toepassing van hierdie artikel is die rede vir hierdie bespreking.

Dit blyk dat vakbonde en hul lede tot dusver nie veel aandag aan hierdie vereiste gegee het nie. Dit het tot gevolg gehad dat die WAV in 2019 gewysig is ten einde vakbonde aan te moedig om hul grondwette reg te stel (Fergus en Jacobs 2020:757). Artikel 19 van die Wysigingswet op Arbeidsverhoudinge 8 van 2018 (Wysigingswet) bepaal dat tot tyd en wyl vakbonde hul grondwette in hierdie verband aangepas het, 'n geheime stakingstemming deur lede gehou *moet* word alvorens aan 'n staking deelgeneem mag word.

Hierdie bepaling het tot grootskaalse verwarring oor die uitleg van die Wysigingswet rakende hierdie bepaling aanleiding gegee. Die Arbeidshof het na die inwerkingtreding van die Wysigingswet in 'n aantal uitsprake interdikte teen stakings toegestaan weens die nie-nakoming van aanpassings aan vakbonde se grondwette (vgl. *Mahle Behr SA (Pty) Ltd v National Union of Metalworkers of South Africa* 2019 40 ILJ 1814 (AH) (*Mahle Behr* AH); *Air Chefs (SOC) Ltd v National Union of Metalworkers of SA* 2020 41 ILJ 428 (AH) (*Air Chefs*); en *Johannesburg Metropolitan Bus Services (SOC) Ltd v Democratic Municipal & Allied Workers Union* 2019 12 BLLR 1335 (AH)) (*Johannesburg Metropolitan Bus Services*). In die saak onder bespreking (*Mahle Behr* AAH) het 'n eenparige volbank van die Arbeidsappèlhof egter 'n toonaangewende uitspraak oor die interpretasie van artikel 19 van die Wysigingswet gelewer wat die standpunt van die arbeidshowe omgekeer het.

Die doel van hierdie bydrae is om die feite en uitspraak in *Mahle Behr* AAH teen die agtergrond van die historiese ontwikkeling van stakingsvereistes en die huidige regsraamwerk ingevolge

die WAV te ontleed en te evalueer. Die Arbeidshof se uitspraak wat hierdie uitspraak vooraf gegaan het, is ook van belang. Die tersaaklike historiese agtergrond tot stakingstemmings word eers bespreek voordat die bepalings van die WAV soos wat dit tans in die Suid-Afrikaanse reg toepassing vind, onder die loep geneem word. Die vraag word gestel of die Arbeidsappèlhof 'n korrekte beslissing gelewer het en verder word ondersoek ingestel om te bepaal of al die uitstaande kwessies oor stakingstemmings nou opgelos is. Daar word ten slotte gevolgtrekkings en aanbevelings gemaak.

2. Agtergrond tot stakingstemmings

Alvorens die feite en uitspraak in *Mahle Behr* AAH ontleed en evalueer word, is dit nodig om eers die regsontwikkeling met betrekking tot stakingstemmings oorsigtelik te bespreek.

Voor die nuwe grondwetlike bedeling in 1994, is stakings as óf *wettige*, óf *onwettige* stakings geklassifiseer (Van Jaarsveld en Van Eck 1992:292–3). Die WAV se voorganger, die WAV van 1956, het dit as voorvereiste gestel dat 'n stakingstemming gehou *moet* word (vgl. art. 65(2)(b)). Die nie-nakoming van stakingstemmings het onwettige stakings tot gevolg gehad wat tot interdikte en strafregtelike vervolging aanleiding sou kon gee (vgl. Parfitt 1992:294. Sien ook *Sasol v SACWU* 1990 11 ILJ 1010 (AAH); *KwaZulu-Natal Furniture Manufacturers' Association v National Union of Furniture and Allied Workers of South Africa* 1996 8 BLLR 964 (N)).

Werkgewers was egter weens praktiese probleme nie gretig om vervolgings in te stel nie. *Brassey e.a.* (1987:252–3) verwys na 'n geval waar die owerhede daarop aangedring het om met strafregtelike stappe voort te gaan selfs nadat 'n kollektiewe ooreenkoms na 'n kortstondige onwettige staking bereik is. Die vervolgingsgesag het aanvanklik probleme ondervind om 'n hofsaal te kry wat meer as 100 werkers kon huisves. Nadat hierdie probleem uitgestryk is, is die eerste uur van elke dag se verrigtinge opgeneem deur 'n presensielys van die getuies na te gaan. Na die saak verskeie kere uitgestel is, het die werkgever die geleentheid aangegryp om die saak weens tegniese gronde terug te trek ten einde die strafszaak tot 'n einde te bring (*Brassey e.a.* 1987:253). Dit is hieruit duidelik dat dit geen maklike taak was om strafregtelike verrigtinge teen sodanige onwettige optrede in te stel en deur te voer nie.

Met die oorskakeling na die huidige bedeling was beleidsmakers dit eens dat stakingstemmings nie tot voordeel van die instelling van kollektiewe bedinging is nie. Die ministeriële taakspan wat gedurende 1995 verantwoordelik was vir die opstel van die WAV het verklaar:

Ballots provide fertile soil for employers to interdict strikes and to justify the dismissal of strikers in strikes that are technically irregular but otherwise functional to collective bargaining. (*Explanatory Memorandum* 1995:303)

Soos hier onder bespreek, is die vereiste van 'n stakingstemming vir doeleindes van regmatige stakings gevolglik uit die WAV verwyder. Die ministeriële taakspan was egter van mening dat indien die reg om te staak in 'n geregistreerde vakbond eerder as in 'n groep werknemers vestig, dit sin sou kon maak om te vereis dat daar eers 'n stakingstemming gehou moet word alvorens daar gestaak mag word (*Explanatory Memorandum* 1995:303). Sodanige vereiste moes egter volgens die ministeriële taakspan steeds nie tot gevolg hê dat die regmatigheid van die staking

deur werkgewers aangeveg kon word nie (*Explanatory Memorandum* 1995:302–3). Die beleidsmakers het egter daarop gewys dat die fundamentele reg om te staak nou individuele werkers toekom en dat dit gevolglik nie sin sou maak om ’n stakingstemming as voorvereiste vir stakings te stel nie (vgl. art. 27(4) van die Tussentydse Grondwet; *Explanatory Memorandum* 1995:303). Om die een of ander onverklaarbare rede is hierdie vereiste wat behels dat vakbonde se grondwette ’n bepaling moet bevat wat ’n stakingstemming vereis steeds in die WAV van 1995 ingevoeg. Dit is juis hierdie invoeging wat tot die sake onder bespreking aanleiding gegee het.

Onder die huidige bedeling stel die Handves van Menseregte dit onomwonde dat *elke werker* die reg het om ’n vakbond te stig of om daarby aan te sluit (art. 23(2)(a)) en om te staak (art. 23(2)(c)). Dit is beduidend dat hierdie reg nie aan geregistreerde of ongeregistreerde vakbonde toegeken word nie. Dié reg kom ingevolge die Grondwet werkers toe. Dit sou gevolglik nie sin maak om ongeag daarvan of werkers aan vakbonde behoort of nie, minder of meer vereistes op hulle te plaas wat nagekom moet word alvorens hulle mag staak nie. Artikel 64(1) van die WAV verleen die reg om te staak egter aan *werknemers* en nie aan *werkers* nie (vgl. Subramanien en Joseph 2019:1–39).

Die WAV gee aan die Grondwet uiting en dit is die wet se eersgemelde doelwit “om uitvoering te gee aan die fundamentele regte verleen by artikel 23 van die Grondwet en dit te reguleer”. Die Grondwethof het dit ook reeds benadruk dat die howe nie sal toelaat dat hierdie grondwetlike reg om te staak maklik ingeperk sal word nie (vgl. *Association of Mineworkers & Construction Union v Chamber of Mines of SA* 2017 7 BLLR 641 (KH); Van Eck 2017:1496). Dit is teen hierdie agtergrond dat die prosedurele beperkings wat deur die WAV ten opsigte van stakings ingevoer is, uiteengesit word alvorens die regspraak wat *Mahle Behr AAH* voorafgegaan het, ontleed word.

3. Beskermd en onbeskermd stakings ingevolge die WAV

Die WAV het deelname aan stakings in 1995 gedekriminaliseer (Myburgh 2004:296). Boetes of tronkstraf word nie ingevolge die WAV aan deelnemers aan onregmatige stakings opgelê nie. Die voldoening al dan nie aan die prosedurele vereistes vir beskermd stakings bly egter geweldig belangrik vir doeleindes van kollektiewe bedinging en beskerming wat aan werknemers toegeken word tydens sodanige stakings (vgl. Van Niekerk en Smit 2019:469). Werknemers wat aan *beskermd* stakings deelneem, mag nie weens hul deelname aan sulke stakings ontslaan word nie, en die WAV skep deliktuele en kontraktuele immunitet teen eise wat op grond van beskermd stakings ingestel mag word (vgl. Du Toit e.a. 2015:354). Werknemers wat aan beskermd stakings deelneem, mag egter weens wangedrag ontslaan word (art. 67(5)).

Werknemers en vakbonde wat aan *onbeskermd* stakings deelneem, moet egter in hul spoor trap. Sodanige werknemers kan moontlik ontslaan word, interdikte kan teen hulle uitgereik word en eise vir “regverdig en billike vergoeding” kan deur die Arbeidshof toegeken word (art. 68(1)–(5); Item 6, Bylaag 8, Goeie Praktykkode: Ontslag). Die belangrikste gevolg is egter dat die Arbeidshof tydens die proses van kollektiewe bedinging vir ’n werkgewer in die bresse kan tree aangesien ’n onbeskermd staking deur middel van ’n interdik verbied kan word (art. 68(1); Myburgh 2013:1–10). Dit is gevolglik belangrik om te bepaal of enige staking beskermd of onbeskermd is, aangesien ’n onbeskermd staking die voortsetting van onderhandelinge oor kwessies soos hoër lone in die wiele kan ry.

Dit sal dus deurslaggewend vir kollektiewe bedinging wees indien daar 'n vereiste van stakingstemmings in die WAV is. Indien 'n vakbond nie aan al die tegniese vereistes van die stemming voldoen nie, sal die proses van kollektiewe bedinging deur middel van 'n interdik gestuit kan word.

Daar is nie 'n groot aantal streng vereistes waaraan voldoen moet word om aan 'n beskermde staking deel te neem nie. Dit is nodig om weer te beklemtoon dat elke werknemer, volgens die WAV, die reg het om te staak en hierdie reg word nie net aan geregistreerde of meerderheidsvakbonde toegeken nie. Daar word vereis dat:

- die geskil na die Kommissie vir Versoening, Bemiddeling en Arbitrasie (KVBA) of 'n bedingingsraad verwys moet word;
- 'n sertifikaat wat bevestig dat die geskil nie deur versoeningsprosesse opgelos kon word nie, deur die KVBA of 'n bedingingsraad na gelang van die geval uitgereik moet word; en
- in die privaat sektor moet daar skriftelike kennisgewing van minstens 48 uur ten opsigte van die aanvang van die staking aan die werkgewer gelewer word (art. 64(1); Van Niekerk en Smit 2019:456).

Met inagneming van gemelde beginsels staan drie kwessies soos 'n paal bo water. Ten aanvang: Die beginsel wat in die Grondwet vervat is, naamlik dat die reg om te staak aan werknemers en nie aan vakbonde verleen word nie, word deur hierdie vereistes versterk. Die WAV stel dit nie as voorvereiste dat slegs 'n vakbond 'n geskil na die KVBA of die bedingingsraad vir versoening mag verwys nie. Tweedens: Werkgewers het tydens kollektiewe bedinging met beide geregistreerde en ongeregistreerde vakbonde, asook werknemers wat geensins aan vakbonde behoort nie, te doen. Die WAV maak nie 'n onderskeid ten opsigte van die voorvereistes wat vir enige van die drie kategorieë werknemers geld nie ten einde te bepaal of 'n staking beskerm is of nie. Derdens: Die WAV het van die WAV van 1956 se beginsel weggebreek wat behels dat 'n stakingstemming 'n voorvereiste vir 'n beskermde staking is. Die vraag moet nou gestel word wat die WAV en die Wysigingswet oor stakingstemmings bepaal wat daartoe aanleiding gegee het dat die arbeidshowe in aanloop tot *Mahle Behr* AAH interdikte teen onbeskermde stakings toegestaan het.

4. Bepalings oor stemmings tydens stakings

Die onsekerheid oor die stemmingsvereiste lê binne die vereistes vir die registrasie van vakbonde opgesluit. Vakbonde doen ingevolge die WAV by die Registrateur van Arbeidsverhoudinge (registrateur) om registrasie aansoek (art. 95; Van Niekerk en Smit 2019:421). Die belangrikste vereistes is dat die betrokke vakbond 'n naam moet aanneem, dit moet 'n grondwet aanvaar het, dit moet 'n adres in Suid-Afrika hê en dit moet onafhanklik wees (art. 95(1)). Die gevolge van registrasie sluit onder meer in dat sodanige vakbonde afsonderlike regs persoonlikheid bekom (art. 97(1)).

Die feit dat 'n persoon 'n lid van 'n geregistreerde vakbond is, het tot gevolg dat daardie persoon nie aanspreeklik is vir enige van die verpligtinge van die vakbond nie (art. 97(2)). Die lede, beamptes, of vakbondvertegenwoordigers van 'n geregistreerde vakbond doen ook nie persoonlike aanspreeklikheid op vir enige skade of verlies wat deur iemand gely word as gevolg van 'n handeling gedurende enige aktiwiteit van die vakbond nie (art. 97(3)).

Voor die inwerkingtreding van die Wysigingswet in Januarie 2019, het die WAV bloot bepaal dat 'n vakbondgrondwet wat by die registrateur ingedien word, ten minste die volgende bepalings ten opsigte van stakings moet bevat: Dit moet die omstandighede en die wyse waarop 'n stemming per stembrief gehou moet word, uiteensit (art. 95(5)(o)); dit moet voorsiening maak dat die vakbond alvorens 'n staking uitgeroep word, 'n stemming per stembrief moet hou onder dié van sy lede ten opsigte van wie hy beoog om die staking uit te roep (art. 95(5)(p)); en dit moet voorsiening maak dat lede van die vakbond nie gedissiplineer mag word weens versuim om aan 'n staking deel te neem nie, indien geen stemming oor die staking gehou is nie, of indien 'n stemming wel gehou is, maar die meerderheid van die lede het nie ten gunste van die staking gestem nie (art. 95(5)(q)).

Wat sou die doel van hierdie bepalings wees, indien dit nie die beskermde status van 'n staking beïnvloed nie? Is hierdie stemmingsvereistes enigsins relevant? Du Toit e.a. (2015:348) redeneer dat daar wel bestaansreg vir stakingstemmings is in soverre dit die verhouding tussen vakbonde en hul eie lede reguleer. Indien 'n vakbond 'n staking uitroep sonder om 'n reëlmatige stakingstemming te hou, of nie 'n meerderheid verkry nie, kan vakbondlede weier om aan die staking deel te neem sonder vrees dat hulle gedissiplineer of ontslaan sal word (art. 95(5)(q)). Die skrywers wys ook heeltemal tereg daarop dat vakbondlede by die Arbeidshof om 'n interdik sou kon aansoek doen om hul vakbond te verbied om met die staking voort te gaan indien hulle nie eers 'n behoorlike stakingstemming gehou het nie (art. 158(1)(a)(i); Du Toit e.a. 2015:348). Die WAV bepaal verder uitdruklik dat die Arbeidshof die bevoegdheid het om "(e) 'n geskil [te] beslis tussen 'n geregistreeerde vakbond ... en enigeen van die lede of aansoekers om lidmaatskap daarvan, oor 'n beweerde nie-nakoming van– (i) die konstitusie van daardie vakbond (art. 185(1)(e))".

Du Toit e.a. is teoreties beskou heeltemal reg. Hierdie remedie is tot die beskikking van vakbondlede. Daar dien egter op gelet te word dat hierdie bepalings nie veel praktiese waarde het nie. Vakbondlede het meestal as individue nie die nodige fondse beskikbaar om in duur regsdinge met hul vakbonde, wat veronderstel is om na hul belange om te sien, te tree nie. Vakbondlede vorm ook deel van 'n groep en dit sal uiters moeilik wees om uit 'n posisie van ondergeskiktheid teen die geregistreeerde vakbond op te tree sonder om verstoot, of selfs geïntimideer te word. Dit is nie werklik realisties om te dink dat een of meer vakbondlede teen hul eie *struggle*-vennote sal optree, indien hulle nie met die implementering van 'n staking deur hul vakbond saamstem nie. Die Arbeidshof het ook al beslis dat die hof nie sonder meer met die interne besluite van vakbonde sal inmeng nie (*Theron v FAWU* 1998 5 BLLR (AH)). Die Arbeidshof is ook nie geneë om deliktuele eise ten gunste van vakbondlede teen hul vakbonde toe te staan wanneer 'n vakbond verkeerde advies aan hul lede gee en dit tot 'n lid se ontslag aanleiding sou gee nie (*SAMWU v Jada* 2003 ILJ 1344 (W)).

Die Wysigingswet is op 1 Januarie 2019 gepromulgeer en die *Memorandum of Objects to the Labour Relations Amendment Bill, 2017* het dit duidelik gestel dat die wysigings dit onder meer ten doel gehad het om dit duidelik te stel dat die woord *stemming* enige vorm van stemming insluit. Dit behels ook moderne vorme van stemming (*Memorandum of Objects* 2017:par. 2.7.2). Hieruit blyk dat die doel eerder verbeterde korporatiewe bestuur was, as om die vereistes vir beskermde stakings strenger te maak.

Artikel 19(1) van die Wysigingswet, met die titel "Oorgangsmatreëls", bepaal dat die registrateur binne 180 dae vanaf die inwerkingtreding van die Wysigingswet ten opsigte van geregistreeerde vakbonde wat nie in hul grondwette vir 'n *geheime* en *aangetekende* stemming

voorsiening maak nie, sekere handeling moet verrig. Die registrateur moet met die nasionale ampsdraers van daardie vakbonde beraadslaag oor die mees gepaste manier om die vakbond se grondwet te wysig om aan die stakingstemmingsvereiste te voldoen (art. 19(1)(a)). Die registrateur moet 'n direktief aan daardie vakbonde uitreik oor die tydperk waarbinne die wysiging aan hul grondwet aangebring moet word (art. 19(1)(b)). In finale instansie bepaal die Wysigingswet dat totdat 'n geregistreerde vakbond aan gemelde direktief van die registrateur gehoor gegee het om aan artikel 95(5)(p) en (q) van die WAV te voldoen, *moet* die vakbond voordat 'n staking uitgeroep word, 'n geheime stemming van lede onderneem.

Die Wysigingswet het ook 'n nuwe artikel 95(5) tot die WAV gevoeg wat bepaal dat by “die toepassing van subartikel (5) beteken ‘stemming’ enige stelsel van stemming deur lede waar stemme opgeneem en geheim gehou word”. Die Engelse weergawe van die Wysigingswet bepaal dat vir doeleindes van artikel 95(5) “‘ballot’ *includes* any system of voting by members that is recorded and in secret”. Dit is belangrik om daarop te let dat die woord *includes* (sluit in), wat 'n breë betekenis dra, in die Engelse teks gebruik is en dit gee tot 'n mate van dubbelsinnigheid aanleiding (Godfrey e.a. 2018:2172–3). Die Afrikaanse weergawe het 'n nouer betekenis, aangesien die woorde *sluit in* nie bygevoeg is nie.

Die laaste artikel wat vir doeleindes van hierdie bydrae relevant is, is artikel 67(7) van die WAV wat met die gevolge van beskermde en onbeskermde stakings handel. Hierdie artikel bepaal uitdruklik:

(7) Versuim van 'n geregistreerde *vakbond* ... om te voldoen aan 'n bepaling in sy konstitusie wat vereis dat hy 'n stemming per stembrief onder dié van sy lede hou ten opsigte van wie hy beoog om 'n *staking* ... uit te roep, mag nie aanleiding gee tot, ... enige gedingvoering wat die wettigheid van 'n *staking* ... en die beskerming wat dit aan hierdie artikel ontleen, raak nie.

5. Voorafgaande Arbeidshofuitsprake

Die arbeidshof het in drie afsonderlike sake interdikte teen vakbonde toegestaan weens probleme met stakingstemmings. In *Mahle Behr* AH het twee werkgewers om die uitreiking van 'n interdik teen die *National Union of Metal Workers of South Africa* (NUMSA) aansoek gedoen. NUMSA se grondwet het geen vereiste ten opsigte van stakingstemmings bevat nie en die vakbond het nie 'n stemming onder werknemerlede gehou alvorens werkers begin staak het nie. NUMSA het twee argumente geopper, naamlik: Die Wysigingswet se bepalings plaas 'n onredelike beperking op die vakbond se grondwetlike reg om te staak. Voorts, die bepalings van die Wysigingswet is nie van toepassing nie, aangesien die registrateur nog nie 'n direktief uitgereik het om die vakbond se grondwet aan te pas nie (*Mahle Behr* AH par. [9]).

In *Mahle Behr* AH het die hof heeltemal tereg aanvaar dat artikel 67(7) van die WAV nie van toepassing was nie. Dit was die hof se standpunt dat hierdie artikel slegs van toepassing is indien 'n vakbond se grondwet wel vir 'n stakingstemming voorsiening maak (*Mahle Behr* AH par. 8). Die relevante gedeelte van die artikel bepaal dat dit geld by die “versuim van 'n geregistreerde *vakbond* ... om te voldoen aan 'n bepaling in sy konstitusie wat vereis dat hy 'n stemming per stembrief” moet hou.

Ten spyte hiervan bevind die hof in *Mahle Behr* AH ten onregte verder dat die bepaling geen beperking op werkers se grondwetlike reg om te staak plaas nie. Volgens die hof is al wat 'n vakbond moet doen, om sy grondwet aan te pas en dan het dit die reg om te staak. Die hof vind dit ook onverklaarbaar waarom die vakbond enigszins geregistreer is in die afwesigheid van die vereiste van stakingstemmings in sy grondwet (*Mahle Behr* AH par. 10). *Mahle Behr* AH het ook sonder om enige redes te gee, die argument oor die gebrek aan 'n direkteur deur die registrateur van die tafel gegee. Die hof beslis dat die bedoeling van die Wysigingswet duidelik was. Dit het 'n dwingende bepaling ingevoeg dat vakbonde se grondwet eers aangepas moet word om vir stakingstemmings voorsiening te maak, en indien dit nie gedoen is nie, dan moet daar eers gestem word voordat 'n vakbond in 'n staking betrokke kan raak (*Mahle Behr* AH par. 14). Hierdie uitspraak is om ooglopende redes verkeerd. Ongeag die stappe wat deur die vakbond gedoen sou kon word, stel die Wysigingswet 'n duidelike beperking op die reg om te staak in. Artikel 19(2) van die Wysigingswet bepaal:

Totdat 'n geregistreerde vakbond of werkgewersorganisasie aan die bevel ingevolge subartikel (1)(b) gegee en die vereistes van artikel 95(5)(p) en (q) van die Wet voldoen, moet die vakbond of werkgewersorganisasie, voordat 'n staking of uitsluiting aangepak word, 'n geheime stemming van lede onderneem.

Die Wysigingswet maak dit ook duidelik dat die registrateur moet oorleg pleeg, en 'n direkteur uitvaardig, voordat die gemelde beperking in werking tree. In *Mahle Behr* AH is hierdie aspek geheel en al geïgnoreer.

In *Air Chefs* het die Arbeidshof enkele maande later tot 'n soortgelyke slotsom gekom. Die feite en redes vir die uitspraak is egter ietwat verskillend. In hierdie geval het NUMSA wel 'n stakingstemming by die werkplek gehou. Dit was egter nie 'n geheime stemming nie, aangesien die stemming met die werknemers langs mekaar, en onder die valkoë van vakbondvertegenwoordigers plaasgevind het (*Air Chefs* par. 7.14). In *Air Chefs* is beslis dat die doel van die Wysigingswet was om te verseker dat werknemers na afloop van 'n demokratiese proses kan besluit of hulle aan die staking wil deelneem of nie. Die Arbeidshof bevind egter op onlogiese gronde dat die beperking op die reg om te staak bloot *tydelik* en *prosedureel* van aard is en dus geen beperking daarstel nie (*Air Chefs* par. 22). Die reg om te staak, wat gewoonlik teenwoordig is, word volgens die beslissing in *Air Chefs* slegs opgeskort hangende die implementering van die dwingende bepalings van die Wysigingswet.

Die redes in *Air Chefs* is onlogies. Die doelstellings van die Wysigingswet het geen woord oor demokratiese prosesse gery nie en die doel was eerder om vir moderne prosesse voorsiening te maak. Verder maak die Grondwet van 1996 geen onderskeid tussen prosedurele of substantiewe beperkings, of tussen tydelike en permanente beperkings op die regte soos in die Grondwet vervat word nie. Die korrekte beslissing sou eerder wees dat daar wel 'n beperking is, en dat dit ingevolge artikel 36 van die Grondwet getoets moet word teen 'n maatstaf van of dit in 'n oop en demokratiese samelewing redelik en aanvaarbaar sou wees.

In die laaste Arbeidshofuitspraak, *Johannesburg Metropolitan Bus Services*, het die vakbond *Democratic Municipal & Allied Workers Union* ook geen stakingstemming gehou nie en die werkgewer het om 'n verbiedende interdik teen die staking aansoek gedoen. Die twee argumente is eweneens geopper dat so 'n bevel onredelik op die grondwetlike reg om te staak inbreuk sou maak en dat die registrateur nog nie 'n direkteur uitgereik het dat die vakbond se grondwet aangepas moet word nie (*Johannesburg Metropolitan Bus Services* par. 8). Anders

as in *Mahle Behr AH*, bevind die regter in *Johannesburg Metropolitan Bus Services* par. 4 nie dat artikel 67(7) van die WAV nie van toepassing is weens die afwesigheid van 'n stemmingsvereiste in die vakbond se grondwet nie. Die hof wend 'n onoortuigende poging aan om die oënskynlik botsende bepalings van die WAV met mekaar te versoen. In *Johannesburg Metropolitan Bus Services* bevind die hof heeltemal korrek dat artikel 67(7) bepaal dat die gebrek aan stakingstemmings nie tot onbeskermdede stakings aanleiding kan gee nie. Volgens die hof (par. 10) weerhou dit egter steeds nie die regter daarvan om 'n interdik uit te reik op grond van die gebiedende bepalings van artikel 19(2) van die Wysigingswet wat vereis dat geheime stakingstemmings gehou moet word tot tyd en wyl die betrokke vakbonde se grondwette aangepas is nie. Die hof beslis voorts dat nadat 'n vakbond se grondwet aangepas is om wel vir stakingstemmings voorsiening te maak, verloor die hof die bevoegdheid om 'n vakbond deur middel van 'n interdik te dwing om wel sodanige stemmings te hou.

Die arbeidshowe kan nie verkwalik word vir hul oënskynlike onbeholpe pogings om die ooglopende botsende bepalings van die WAV en die Wysigingswet met mekaar te versoen nie. Artikel 67(7) stel dit duidelik dat enige versuim om 'n stakingstemming ingevolge 'n vakbond se grondwet te hou nie die beskermdede status van 'n staking mag beïnvloed nie, terwyl artikel 95(5)(p) en (q) dit nou duidelik stel dat 'n geheime stakingstemming gehou *moet* word indien die vereiste nie uitdruklik in die vakbond se grondwet ingeskryf word nie. Die probleem lê klaarblyklik by die wetgewer wat op 'n dubbelsinnige wyse 'n poging aangewend het om vakbonde aan te moedig om hul grondwette aan te pas. Die vraag is hoe die Arbeidsappèlhof op die raaisel gereageer het en of dit tot logiese gevolgtrekkings gelei het.

6. Die Arbeidsappèlhof se uitspraak

Regters Waglay, Phatshoane en Murphy van die Arbeidsappèlhof het in *Mahle Behr AAH* die standpunt van die gemelde arbeidshofuitsprake omgekeer. Soos wat uit die onderstaande ontleding sal blyk, het die hof egter die soeklig op slegs een beperkte aspek laat val, en die vraag sal beantwoord moet word of die uitspraak al die onsekerhede oor stakingstemmings nou uit die weg geruim het.

Die vertrekpunt in *Mahle Behr AAH* is dat die gebiedende artikel 19 van die Wysigingswet in die konteks van artikel 95(5)(p) en (q) uitgelê moet word. Kortliks gestel, artikel 95(5)(p) vereis dat wanneer 'n vakbond om registrasie aansoek doen, dan moet die betrokke vakbond se grondwet 'n bepaling bevat wat vereis dat alvorens 'n staking uitgeroep mag word, daar eers 'n stakingstemming gehou moet word. Artikel 95(5)(q) bevestig voorts dat daar nie dissiplinêre stappe teen vakbondlede geneem mag word, of hul lidmaatskap beëindig mag word nie, indien die betrokke werknemers weier om aan 'n staking deel te neem weens die feit dat geen stakingstemming gehou is nie, of dat slegs 'n minderheid ten gunste van die staking gestem het nie.

Alhoewel dit vir my duidelik is dat artikel 95(5) alleenlik die verhouding tussen vakbonde en hul lede reguleer, en dat dit geen verbintenis of verpligtinge tussen die vakbond of hul lede, en die werkgewer of derdepartye skep nie, het die hof geen melding hiervan gemaak nie. Dit is 'n belangrike beleidsoorweging waarop die arbeidshowe tot dusver nog nie voldoende klem gelê het nie en dit het waarskynlik tot die verkeerde beslissings van dié howe aanleiding gegee.

In *Mahle Behr* AAH word egter heeltemal tereg die klem geplaas op die feit dat “[s]ection 19 of the LRAA is aimed at empowering the Registrar to further provide for balloting requirements in the constitutions of trade unions”. Die hof (par. 5) beklemtoon verder dat die nalaat van ’n vakbond om ingevolge sy grondwet ’n stemming te hou “does not have any impact on the protected nature of a strike or lock-out [in terms of section 67(7)]”. Artikel 19 van die Wysigingswet is op die wetboek geplaas om die registrateur te bemagtig om ’n proses aan die gang te sit om vakbonde te noop om hul grondwette aan te pas om vir aangetekende en geheime stemmings voorsiening te maak (*Mahle Behr* AAH par. 7). Die hof bevestig heeltemal korrek dat die registrateur binne 180 dae na die inwerkingtreding van die Wysigingswet met vakbonde oorleg moet pleeg oor die gepaste wyse waarop hul grondwette aangepas moet word en ’n direktief moet uitgereik word wat uitstippel binne welke tyd die betrokke grondwette aangepas moet word (art. 19(1)(a)–(b)). Tot tyd en wyl die betrokke grondwette aangepas is, moet sodanige vakbonde geheime stemmings onder lede hou voordat ’n vakbond in ’n staking betrokke raak (art. 19(2); *Mahle Behr* AAH par. 7).

Die Arbeidsappèlhof (par. 8) onderstreep ook die feit dat artikel 8 van die Wysigingswet ’n nuwe artikel 95(9) van die WAV byvoeg, wat bepaal dat *stemming* ook enige metode *insluit* wat “opgeneem en geheim gehou word”. Alhoewel die hof dit nie uitdruklik stel nie, kom dit tog tot die gevolgtrekking dat hierdie bepalings ’n beperking op die reg om te staak skep. In *Mahle Behr* AAH (par. 11) word dit met verwysing na die uitlegklousule in die Grondwet soos volg gestel:

Section 39(2) of the Constitution obliges courts to adopt an interpretation of a legislative provision which better promotes the spirit, purport and objects of the Bill of Rights and to adopt a meaning that does *not unduly limit* a right in the Bill of Rights. Legislative provisions that limit fundamental rights should be interpreted in a manner least intrusive of the right, if the text is reasonably capable of bearing that meaning (eie beklemtoning).

Dit is dus vir die hof logies om artikel 19 so uit te lê dat dit eerder die reg om te staak bevorder en beskerm, eerder as om dit te beperk (art. 23(2)(c)). Volgens die drie regters (par. 14) is dit duidelik dat totdat die registrateur met die betrokke vakbond oorleg gepleeg het, en ’n direktief uitgereik het, daar geen verpligting op ’n vakbond rus om sy grondwet aan te pas nie. Weens die feit dat die registrateur volgens alle aanduidings nog nie met NUMSA gekonsulteer het nie, of ’n direktief uitgereik het nie, beslis die Arbeidsappèlhof (par. 18) dat die Arbeidshof in *Mahle Behr* AH gefouteer het om die interdik teen die staking toe te staan.

7. Ontleding van die uitspraak in die konteks van die wetgewende raamwerk

Streng tegnies beskou, kan daar nie met die Arbeidsappèlhof se beslissing verskil word nie. In *Mahle Behr* AAH het die hof in wese bevind dat die Wysigingswet ’n beperking op die reg om te staak daarstel en dat daar ’n plig op howe rus om ’n pro-aktiewe benadering te volg om nie die reg om te staak onnodig te beperk nie. Dit is ongetwyfeld ’n suiwer uitleg en die drie arbeidshofbeslissings met hul ontoepaslike redenasies ten opsigte van blote prosedurele inperkings, geringe opskortings van die reg en die tydelikheid daarvan is die nek ingeslaan. Reg of verkeerd, die Wysigingswet stel ongetwyfeld ’n beperking op ’n grondwetlike reg daar en hierdie feit kan nie misken word nie. Die hof kon in *Mahle Behr* AAH ’n logiese uitleg aan

die Wysigingswet heg wat strook met die bewoording van die artikels. Dit is egter waar die positiewe aspekte rakende die beslissing eindig.

Die Arbeidsappèlhof het etlike kritiese aspekte onbeantwoord gelaat. Indien die hof 'n ietwat breër en volledige benadering gevolg het, sou dit toekomstige litigasie, en die koste daaraan verbonde, beperk het. Dit is wat van die Arbeidsappèlhof verwag sou kon word. Buiten die Grondwethof, is die Arbeidsappèlhof die spesialisinstelling wat rigting en leiding op die gebied van arbeidsreg en arbeidsverhoudinge behoort te gee. Die hof het egter op 'n taakgeoriënteerde wyse tot op die been gesny en slegs op die een uitkoms wat op *Mahle Behr* se feite van toepassing was, gekonsentreer.

Die uitspraak het die volgende belangrike vrae onbeantwoord gelaat. Eerstens: Gestel die registrateur het wel met NUMSA oorleg gepleeg en 'n direkief uitgereik wat nie nagekom is nie. Sou dit in hierdie omstandighede korrek wees om soos in *Johannesburg Metropolitan Bus Services* te bevind dat alhoewel dit 'n beskermde staking is, die arbeidshowe dan wel interdikte behoort toe te staan ter wille daarvan om aan die Wysigingswet se dwingende bepalings gehoor te gee? Die hof het hierdie ooglopende vraag onbeantwoord gelaat.

Tweedens: Gestel die antwoord op die vorige vraag is ja. Sou die benadering om vakbonde te verplig om geheime stemmings te hou totdat hul grondwette aangesuiwer is wel ingevolge artikel 36 van die Grondwet van 1996 op 'n redelike beperking van die fundamentele reg om te staak neerkom? Alhoewel die Arbeidsappèlhof nie hierdie verdere ooglopende vraag oorweeg het nie, sou dit wat my betref nie die regte benadering wees om te volg nie. Weens die feit dat artikel 19 slegs die verhouding tussen vakbonde en hul lede reël, sou dit 'n tree te ver wees om wel die beperking toe te laat met die uitsluitlike doel om vakbonde aan te moedig om hul grondwette aan te pas (vgl. Fergus en Jacobs 2020:775–7).

Derdens: Wat is die Arbeidsappèlhof se benadering ten opsigte van die vakbonde wat meer verantwoordbaar en demokraties ten opsigte van hul lede behoort te wees? In *Mahle Behr* AAH is daar geen sweempie van 'n aanduiding gegee of die benadering wat in *Air Chefs* gehuldig is, naamlik dat die stemmingsvereistes juis opgeskerp is in 'n poging om meer demokratiese werkplekke tot stand te bring, ondersteun word nie. Dit is alombekend dat militante minderhede in Suid-Afrika soms deur middel van intimidasie vir ander werknemers wat moontlik die meerderheid daar kan stel, oorhaal om saam met hulle aan stakings deel te neem (*Air Chefs* par. 22).

Vierdens: Die Arbeidsappèlhof het egter geen poging aangewend om iets te sê oor die feit dat die Grondwet van 1996 'n individuele reg om te staak aan *elke werker*, en nie aan vakbonde nie, toeken. In *Air Chefs* (par. 22) merk die Arbeidshof soos volg op:

It is appreciated that a strike is by its very nature a collective effort. The collective however cannot be separate from the individual employee and his or her concomitant right to make choices. The argument that “union’s position is supreme” is a debate for another day.

Dit is teleurstellend dat hierdie klinies-korrekte uitspraak van die Arbeidsappèlhof geen leiding gegee het wat vir die regters van die Arbeidshof in die toekoms rigting sal gee in hul pogings om die vae en oënskyklik botsende bepalings van die WAV uit te lê nie.

Wat die wetlike raamwerk betref die volgende: Dit het reeds met die opstel van die WAV in 1995 duidelik geword dat die beleidsmakers nie daarmee geneë was om met die vorige model wat stakingstemmings as 'n duidelike voorvereiste gestel het, voort te gaan nie. Daar is van hierdie vereiste wegbeweeg wat die bepaling van beskermde en onbeskermde stakings betref. Artikel 67(7) van die WAV stel dit op 'n voortreflike wyse duidelik dat 'n stakingstemming nie die beskermde status van 'n staking, en dit wat daarmee saamgaan, beïnvloed nie.

Die vereiste dat 'n stakingstemming deur geregistreerde vakbonde gehou moet word, is egter ietwat bedees, maar op die oog af dwingend, in die voorvereistes vir die registrasie van vakbonde behou. Hierdie projek is egter halfhartig aangepak. Die registrateur het meer as 25 jaar na die insluiting van hierdie vereiste eers hieraan aandag begin skenk. Daar is 'n duidelike vereiste dat die registrateur ingevolge die Wysigingswet binne 180 dae na die inwerkingtreding van dié wet vakbonde moet identifiseer wat nie stakingstemmings as vereistes in hul grondwette het nie. Ten spyte hiervan, blyk dit dat hierdie sleutelbeampte in die Department van Arbeid nog geen stappe gedoen het om met bekende vakbonde, soos NUMSA, oorleg te pleeg, asook om direkteur uit te vaardig wat hulle aanspoor om die aanpassings teweeg te bring nie.

Gesien in die lig van die daadwerklike beleidsverandering wat beleidsmakers in 1995 gemaak het om weg te beweeg van die vereiste om stakingstemmings deel van die regsraamwerk te maak, kan die vraag met reg gestel word waarom daar enigsins van dwingende bepalinge gebruik gemaak word wat hierdie aspek aanbetref.

Dit is duidelik dat stakingstemmings bloot daargestel is om die verhouding tussen vakbonde en hulle lede te reguleer. Dit skep geen regte en verpligtinge tussen vakbonde, werkgewers of derde partye nie. Soos die beginsels tans staan, is daar nie effektiewe maatreëls in die WAV ingevolge waarvan vakbondlede hul vakbonde kan dwing om aan die beginsels van stakingstemmings te voldoen ten einde verantwoordbaarheid van vakbonde teenoor hul lede te verbeter nie. Waarom dan is hierdie tandelose bepalinge steeds in die WAV ingevoeg wat dit laat blyk dat dit bindende regsrag het?

8. Slotsom en aanbevelings

Soos vermeld, het *Mahle Behr* AAH 'n tegniese korrekte uitspraak gelewer wat duidelikheid oor die vraag gebring het of interdikte teen vakbonde aangevra kan word in die afwesigheid van stakingstemmings. Die Arbeidsappèlhof het egter 'n nuwe benadering gevolg en bykans geen verdere leiding gegee oor hoe die pad verder sal verloop indien die registrateur wel eendag besluit om met vakbonde te begin konsulteer oor die insluiting van die stakingsvereiste in hul grondwette nie.

Indien dit wel die bedoeling van die maatskaplike belanghebbers was om vakbonde meer verantwoordbaar en demokraties ten opsigte van hul lede te maak, dan behoort hierdie kwessie weer deur die staat, georganiseerde arbeid en besigheid in oënskoue geneem te word. Addisionele prosesse en remedies sal ingestel moet word om dit vir werknemers moontlik te maak om werklik hul vakbonde tot verbeterde korporatiewe bestuur te verbind.

Soos wat die WAV egter tans bepaal, is dit nie sinvol om dwingende bepalings in die WAV in te voeg wat stakingstemmings tydens die registrasie van vakbonde vereis nie, terwyl dit nie deur die registrateur of die howe afgedwing word nie.

Teen die agtergrond van bogemelde, word aan die hand gedoen dat beleidsmakers tydens 'n volgende rondte die hele kwessie oor stakingstemmings weer in oënskou behoort te neem en die vereistes heeltemal uit die WAV behoort te verwyder, eerder as wat dit in die wetboek behou word sonder dat dit enige betekenisvolle rol vervul.

Bibliografie

- Anon. 1995. Exploratory memorandum to the Labour Relations Act. *Industrial Law Journal*, 16(2):278–336.
- Brassey, M., E. Cameron, H. Cheadle en M. Olivier. 1987. *The new labour law*. Kaapstad: Juta.
- Du Toit, D., S. Godfrey, C. Cooper, G. Giles, T. Cohen, B. Conradie en A. Steenkamp. 2015. *Labour relations law: A comprehensive guide*. Durban: LexisNexis.
- Fergus, E. en M. Jacobs. 2020. The contested terrain of secret ballots. *Industrial Law Journal*, 41(4):757–78.
- Godfrey, S., D. du Toit en M. Jacobs. 2018. The new labour bills: an overview and analysis. *Industrial Law Journal*, 39(10):2161–89.
- Myburgh, A. 2013. The failure to obey interdicts prohibiting strike violence. *Contemporary Labour Law Journal*, 23(1):1–10.
- Myburgh, J.F. 2004. 100 Years of strike law. *Industrial Law Journal*, 25(5):296–76.
- Parfitt, J. 1992. Workplace ballots: rules and procedures. *Industrial Law Journal*, 13(2):294–303.
- Subramanien, D.C. en J.L. Joseph. 2019. The right to strike under the Labour Relations Act 66 of 1995 (LRA) and possible factors for consideration that would promote the objectives of the LRA. *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 22:1–39.
- Van Jaarsveld, S.R. en B.P.S. van Eck. 1992. *Kompendium van Suid-Afrikaanse arbeidsreg*. Johannesburg, Kaapstad: Lex Patria.
- Van Eck, B.P.S. 2017. In the name of ‘workplace and majoritarianism’: thou shalt not strike – *Association of Mineworkers & Construction Union v Chamber of Mines* (2017) 38 ILJ 831 (CC) and *National Union of Metalworkers of SA & Others v Bader Bop (Pty) Ltd & Another* (2003) 24 ILJ 305 (CC). *Industrial Law Journal*, 38(7):1496–1510.
- Van Niekerk, A. en N. Smit. 2019. *Law@work*. Durban: LexisNexis.