

## KOLLEKTIEWE SIENINGS OOR KOLLEKTIEWE BEDINGING DEUR DIE KONSTITUSIONELE HOF

### 1 Inleiding

Die Konstitusionele Hof het onlangs die ongewone geleentheid gehad om hom uit te laat oor die omstrede kwessie van die reg op kollektiewe bedinging – ongewoon omdat daar die afgelope paar jaar alreeds vyf uiteenlopende uitsprake oor hierdie betrokke arbeidsregtelike dispuut gegee is – drie in die hooggeregshof en twee in die Hoogste Hof van Appèl (sien *South African National Defence Union v Minister of Defence* 2003 ILJ 1495 (T) (SANDU I); *South African National Defence Force Union v Minister of Defence* 2003 ILJ 2101 (T) (SANDU II); *South African National Defence Union v Minister of Defence* (T) saak no 15790/2003 14 Julie 2003 ongerapporteur (SANDU III); *SANDU v Minister of Defence*; *Minister of Defence v SANDU* [2006] 11 BLLR 1043 (HHA); *Minister of Defence v South African National Defence Union*; *Minister of Defence v South African National Defence Union* 2007 1 SA 433 (HHA) (SANDU IV)). Bogemelde uitsprake het ook die afgelope jare talle besprekings in regstydskrifte ontlok en in die geleedere van regsakademië is daar nie eenstemmigheid oor die aard en betekenis van die sogenaamde “reg op kollektiewe bedinging” nie (sien oa Grogan “It takes two to bargain: military unions march forward” 2004 20(3) *Employment Law* 11; Van Jaarsveld “Die reg op kollektiewe bedinging: nog enkele kollektiewe gedagtes” 2004 *De Jure* 349; Landman “The duty to bargain – an old weapon pressed into service” 2004 ILJ 39; Vettori “A judicially enforceable duty to bargain?” 2005 *De Jure* 382; Christianson in Currie en De Waal *The Bill of Rights handbook* (2005) 515; Van Jaarsveld “Nog-eens die reg op kollektiewe bedinging” 2006 *De Jure* 655; Cheadle “Regulated flexibility: revisiting the LRA and the BCEA” 2006 ILJ 692; Van Jaarsveld “Die Hoogste Hof van Appèl en kollektiewe sienings oor kollektiewe bedinging” 2007 *THRHR* 299; en sien ook Cheadle, Davis en Haysom *South African constitutional law: the Bill of Rights* (2002) 390–395).

Die Konstitusionele Hof se bydrae tot en betrokkenheid by arbeidsregtelike geskille en vraagstukke die afgelope aantal jare was verrekend. Dit het vreesloos standpunt ingeneem oor omstrede kwessies en in die proses ’n ingrypende bydrae gelewer en nuwe insigte oor fundamentele en grondwetlike arbeidsregtelike bepalings en brandpunte teweeggebring (sien oa *In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa* 1996 1996 ILJ 821 (KH); *SA National Defence Union v Minister of Defence* 1999 ILJ 2265 (KH); *Hoffmann v SA Airways* [2000] 12 BLLR 1365 (KH); *Fredericks v MEC for Education & Training, Eastern Cape* 2002 ILJ 81 (KH); *NEHAWU v University of Cape Town* 2003 ILJ 95 (KH); *NUMSA v Bader Bop (Pty) Ltd* [2003] 2 BLLR 103 (KH); *Dudley v City of Cape Town* 2004 ILJ 991 (KH); *Minister of Finance v Van Heerden* [2004] 12 BLLR 1181 (KH); *NK v Minister of Safety & Security* 2005 ILJ 1205 (KH)).

### 2 Agtergrond tot dispute

Die sleutelvraagstuk waaroor telkens in bogemelde uitsprake ten opsigte van kollektiewe bedinging uitsluitel gegee moes word, was “whether there is a legally enforceable duty on the SADF (‘employer’) to engage in collective bargaining with SANDU, a military trade union that was recently permitted to function as such” (per Conradie AR in *SANDU v Minister of Defence* (HHA) 1045H). Hierdie vraagstuk het in die Konstitusionele Hof in *South African National Defence Union v Minister of Defence* (saak no CCT 65/06 30 Mei 2007 ongerapporteur) prominente aandag geniet maar op ’n sekondêre basis, en die sleutelprobleme in die onderhawige saak is op ’n “insiggewende wyse” vanuit ’n ander hoek as die bestaan al dan nie van ’n reg op kollektiewe bedinging benader en uiteindelik bereg.

Die onderhawige probleem het sy ontstaan te danke aan ’n statutêre verbod op lede van die Suid-Afrikaanse Nasionale Weermag (SANW) om aan vakbonde te behoort. Die verbod is deur SANDU in die Konstitusionele Hof betwis en is uit-eindelik in *SA Defence Union v Minister of Defence* 1999 ILJ 2265 (KH) as strydig met artikel 23(2) en (4) van die Grondwet verklaar. Die bevel van konstitusionele ongeldigheid is eger vir drie maande deur die hof opgeskort sodat die Minister van Verdediging regulasies kon uitvaardig wat vir arbeidsverhoudinge voorsiening sou maak as gevolg van die opheffing van die verbod op vakbondlidmaatskap. Gedurende Augustus 1999 is regulasies uitgevaardig om arbeidsverhoudinge in die SANW te reguleer. Die regulasies maak onder andere voorsiening vir die registrasie van vakbonde, die instelling van ’n militêre bedingingsraad (“Military

Bargaining Council”; MBC) en ’n militêre arbitrasieraad (“Military Arbitration Board”) wat onopgeloste geskille van die MBC moet besleg. ’n Oogmerk van die MBC is “to negotiate and bargain collectively to reach agreement on matters of mutual interest” tussen die werkgewer en lede van die toegelate vakbonde in die MBC. ’n Verdere oogmerk is om geskille tussen lede van die bedingingsraad te voorkom en te besleg (kl 5(a) van die konstitusie van die MBC). ’n Sleutelfunksie van die MBC voortvloeiend hieruit is die sluit van kollektiewe ooreenkomste tussen die vakbonde en die SANW (reg 63(a)). Gedurende Oktober 2001 het SANDU ongeveer 17 000 lede gehad wat ongeveer 29% van alle lede van die SANW verteenwoordig het.

### 3 Relevante feite

Na SANDU se registrasie as vakbond gedurende Junie 2000 maar voordat dit gedurende Oktober 2000 as lid van die MBC toegelaat is, het SANDU ’n skriftelike versoek aan die SANW gerig om nie eensydig voort te gaan met die wysiging van personeelregulasies nie en om dit te staak totdat tydelike maatreëls om daarmee te handel in samewerking met SANDU in werking gestel is. Die SANW het aan SANDU die versekering gegee dat oorleg met laasgenoemde gepleeg sal word oor alle aangeleenthede wat die regte of belange van sy lede raak.

Daarna het die MBC begin vergader en alhoewel daar dikwels vergaderings gehou is, het dit gou geblyk dat hy nie effektief was nie en nie in staat was om die geskille wat voorgelê is, te besleg nie. Teen September 2001 was daar meer as 90 aangeleenthede op die agenda waarvan net een bygelê is. SANDU was ook van mening dat etlike regulasies ongrondwetlik was en verdere oorweging verdien het. Die geskille het onopgelos gebly en verskeie vergaderings van die MBC is male sonder tal uitgestel – die partye tot die MBC het mekaar oor en weer van *mala fide* onderhandelinge beskuldig en dit was duidelik dat die onderhandelingsprosesse by die MBC vir beide partye frustrerend en pynlik was. Hierdie toedrag van sake het veroorsaak dat SANDU die SANW beskuldig het van ondermyning van die onderhandelingsprosesse en strukture en gedreig het om tot kollektiewe arbeidsoptrede oor te gaan. Die optrede het daartoe gelei dat die SANW aan verdere onderhandelings met SANDU van die MBC onttrek het tensy aan sekere voorwaardes voldoen word. Gedurende Oktober 2001 het die SANW, sonder oorlegpleging met SANDU, ’n nuwe personeelbeleid en -prosesse geïmplementeer – al het hy aanvanklik onderneem om dit nie eensydig te doen nie. Ten spyte van oor-en-weer korrespondensie en ondernemings om aan mediasie deel te neem, is die arbeidsgeskille nie bygelê nie en dit het onvermydelik tot litigasie gelei.

### 4 Aansoeke van SANDU teen SANW

Soos hierbo aangedui, het dieselfde kollektiewe bedingingsdispute tussen die twee partye in vyf uitsprake in vier verskillende howe gerealiseer (sien par 1 hierbo). Die Konstitusionele Hof het bogemelde geskille egter op ’n insiggewende en rasonale wyse tot twee breë kategorieë dispute gereduseer, naamlik:

- (a) geskille wat verband hou met die reg op kollektiewe bedinging ingevolge artikel 23(5) van die Grondwet, insluitend die geskille oor die reg van die SANW (die werkgewer) om:
  - (i) eensydig uit die bedingingsraad (MBC) te tree en voorwaardes te stel vir sy hertoetreding; en
  - (ii) eensydig ’n nuwe personeel- en transformasiebeleid te implementeer; en
- (b) bewerings dat ’n reeks van die regulasies wat gedurende 1999 uitgevaardig is, strydig met die Grondwet is en derhalwe ongeldig is.

In hierdie bespreking word verder net met die kategorie (a)-dispute gehandel aangesien dit basies betrekking het op die vraagstuk ten aansien van die reg op kollektiewe bedinging oftewel, soos die teenkant daarvan in die Konstitusionele Hof getipeer is, die verpligting om te onderhandel (“duty to bargain”). Soos hierbo gemeld, was hierdie aangeleentheid nie die sentrale vraagstuk vir beslissing nie, maar selfs die sekondêre aandag wat dit geniet het, is betekenisvol soos hieronder aangetoon word.

### 5 Verpligting om te onderhandel – ’n evaluasie

SANDU het sy aansoek in die Konstitusionele Hof op drie gronde gebaseer, naamlik:

- (a) artikel 23(5) van die Grondwet verleen aan vakbonde ’n reg om met werkgewers te beding met ’n meegaande verpligting op werkgewers om met vakbonde te onderhandel;
- (b) hoofstuk XX van die SANW-regulasies skep ook so ’n verpligting om met vakbonde te onderhandel; en
- (c) die grondwet van die MBC (bedingingsraad) lê eweneens ’n verpligting op die SANW om met vakbonde te onderhandel.

Die SANW het die bestaan van bogemelde verpligtinge om te onderhandel, ontken. Die Konstitusionele Hof, by monde van regter O'Regan, wys daarop dat die bespreking van die onderskeie dispute in bogemelde uitsprake in die howe *a quo* telkens begin is met die bespreking van die betekenis van artikel 23(5) van die Grondwet en die vraag of dit regtens 'n reg verleen om te beding. Die hof was van mening dat dit nie die korrekte vertrekpunt is nie en het die volgende belangrike redes vir sy standpunt aangevoer:

“[50] Section 23(5) provides –

‘Every trade union, employers’ organisation and employer has the right to engage in collective bargaining. National legislation may be enacted to regulate collective bargaining. To the extent that the legislation may limit a right in this Chapter, the limitation must comply with section 36(1).’ . . .

[51] Section 23(5) expressly provides that legislation may be enacted to regulate collective bargaining. The question that arises is whether a litigant may bypass any legislation so enacted and rely directly on the Constitution. In *NAPTOSA and Others v Minister of Education, Western Cape, and Others* (2001 ILJ 889 (C)), the Cape High Court held that a litigant may not bypass the provisions of the Labour Relations Act, 66 of 1995, and rely directly on the Constitution without challenging the provisions of the Labour Relations Act on constitutional grounds . . . In my view, this approach is correct: where legislation is enacted to give effect to a constitutional right, a litigant may not bypass that legislation and rely directly on the Constitution without challenging that legislation as falling short of the constitutional standard.

[52] Accordingly, a litigant who seeks to assert his or her right to engage in collective bargaining under section 23(5) should in the first place base his or her case on any legislation enacted to regulate the right, not on section 23(5). If the legislation is wanting in its protection of the section 23(5) right in the litigant’s view, then that legislation should be challenged constitutionally . . .

[53] In this case, legislation does exist in the form of chapter XX of the regulations. There is no constitutional challenge to the regulations in this regard. On the contrary, SANDU has always sought to rely on chapter XX of the regulations as well as on section 23 of the Constitution . . .

[54] Once it is accepted that disputes that arise from collective bargaining in the SANDF should be considered first in the light of the provisions of chapter XX of the regulations rather than section 23(5) of the Constitution, the focus of a court’s attention will be different to the focus of both the High Court and the Supreme Court of Appeal in these three matters. A court will start with a consideration of the regulations rather than the constitutional provision. The regulations, of course, must be construed in the context of the Constitution as a whole.”

Uit bostaande laat blyk die hof derhalwe dat aangesien wetgewing ingevolge artikel 23(5) van die Grondwet ten opsigte van kollektiewe bedinging in die SANW bestaan, dispute dienaangaande aan die hand van toepaslike wetgewing ofte wel die regulasies ingevolge hoofstuk XX uitgevaardig, en nie ingevolge artikel 23(5) nie, beoordeel moet word. *NAPTOSA* is miskien te onderskei van die geval *in casu* deurdat eersgenoemde saak gehandel het oor arbeidswetgewing (Wet op Arbeidsverhoudinge van 1995) terwyl dit in die saak onder bespreking gaan oor “national legislation” in die vorm van militêre regulasies, dit wil sê ondergeskikte wetgewing. Die vraag ontstaan dan of die *NAPTOSA*-beginsel, indien dit na ondergeskikte wetgewing (militêre regulasies; sien ook a 239 van die Grondwet) uitgebrei moet word, nie beperk moet word tot wetgewing wat algemene toepassing geniet en nie tot spesifieke persone beperk is nie (sien *President of the Republic of South Africa v Hugo* 1994 4 SA 1 (KH)). Maar, soos die hof tereg verklaar, indien beswaardes probleme met wetgewing of die toepassing daarvan ervaar, is die korrekte prosedure om die grondwetlikheid daarvan te betwis (par 52). Die vraag ontstaan egter of SANDU dit nie juis *in casu* probeer doen het nie – veral as weer ag geslaan word op die hoofkomponent van hulle aksiegronde. SANDU se basiese probleem het gehandel oor die SANW se onwilligheid om te onderhandel en al die neweverpligtinge en gevolge wat daaruit voortgevloei het – soos die eensydige onttrekking uit die bedingingsraad en die eensydige wysigings van belangrike diensvoorwaardes, ensovoorts – wat deur die hof self as aldus gekategoriseer is en beslis is dat dit konstitusionele vraagstukke na vore gebring het (sien par 4 hierbo en par 44, 45 en 46 van die uitspraak). Dit is so dat die verskillende dispute en regs kwessies baie verweef en verwickeld is. As dit egter so is, was dit dan nie juis die geleentheid om vir eens betekenis en inhoud aan artikel 23(5) van die Grondwet te gee en al die onderhawige probleme oor daardie boeg te gooi nie?

Nietemin is die sienswyse van die hof andersins ten aansien van die reg op kollektiewe bedinging besonder betekenisvol en veelseggend veral wanneer onder andere verklaar word:

“[50] It is clear that at the minimum section 23(5) confers a right on trade unions, employers’ organisations and employers to engage in collective bargaining that may not be abolished by the legislature, unless it can be shown that such abolition passes the test for justification established in section 36 of the Constitution. In recognising this, we should remember that in the past, black workers and trade unions that represented them were prohibited from engaging in collective bargaining. Preventing a recurrence of this historical injustice is one of the purposes

of section 23(5).” In hierdie paragraaf identifiseer die hof na my mening die volgende drie belangrike komponente in verband met die betekenis van artikel 23(5) van die Grondwet, naamlik:

- (a) Op die minste verleen artikel 23(5) aan vakbonde, werkgewersorganisasies en werkgewers ’n reg om aan kollektiewe bedinging deel te neem. Hiermee word die standpunt dat artikel 23(5) net ’n vryheid – en nie die reg tot kollektiewe bedinging nie – verleen, finaal verwerp – soos wat die Hoogste Hof van Appèl ook eerder gedoen het (sien *SANDU IV* [2006] 11 BLLR 1043 (HHA); *contra*: Cheadle, Davis en Haysom 390–395; *SANDU I* 2003 *ILJ* 1495 (T); Vettori 2005 *De Jure* 382 ev).
- (b) Wanneer hierdie reg erken word, moet die historiese aanloop daartoe ook in gedagte gehou word, naamlik dat swart werkers en hulle vakbonde in die verlede verbied is om aan kollektiewe bedinging deel te neem. Ek het reeds betoog dat die reg op kollektiewe bedinging eerder in historiese konteks beoordeel en verstaan moet word. Ek het ook probeer aantoon dat sowel die howe as skrywers met eentonige reëlmaat verklaar het dat die oogmerk van die reg op kollektiewe bedinging is om arbeidsonrus te vermy en arbeidsvrede te handhaaf (sien Van Jaarsveld 2007 *THRHR* 300–302) – welke oogmerk vandag nog na my mening onverminderd geld.
- (c) Een van die oogmerke van artikel 23(5) is om ’n herhaling van hierdie historiese onreg (“injustice”) te voorkom. Indien die vroeëre verbod op mededinging vandag steeds as ’n historiese onreg beskou word, moet enige verbod, ontkenning of afwatering van die betrokke reg tot die nikseggende, in ons nuwe demokratiese arbeidsbestel des te meer as ’n onaanvaarbare arbeidsonreg beskou word.

Uit bostaande bespreking en die uitspraak andersins is dit duidelik dat alhoewel die hof bereid is om ’n reg op kollektiewe bedinging te erken, dit nie bereid is om inhoud en betekenis daaraan te verleen nie of te verklaar dat die teenkant daarvan inderdaad ’n verpligting op die ander party plaas om te onderhandel nie. In dié verband verklaar die hof onder andere:

“[55] Before turning to the subject matter of the regulations, it should be noted that were section 23(5) to establish a justiciable duty to bargain, enforceable by either employers or unions outside of a legislative framework to regulate that duty, courts may be drawn into a range of controversial, industrial-relations issues. These issues would include questions relating to the level at which bargaining should take place (ie at the level of the workplace, at the level of an enterprise, or at industry level); the level of union membership required to give rise to the duty; the topics of bargaining and the manner of bargaining. These are difficult issues, which have been regulated in different ways in the recent past in South Africa, as the general principles governing labour relations in South Africa have changed several times since the 1980s when the modern trade union movement emerged.”

Die verpligting om te onderhandel en al die ramifikasies daarvan hoof egter nie so problematies en kompleks te wees as wat die hof voorhou nie, solank daar tussen die reg (verpligting) op kollektiewe bedinging aan die een kant en die bedingingstrukture, -vlakke en -onderwerpe aan die ander kant onderskei word. Eersgenoemde word deur artikel 23(5) van die Grondwet gereël en laasgenoemde deur die Wet op Arbeidsverhoudinge van 1995 wat vir bedingingsrade, statutêre rade, kollektiewe ooreenkomste, ensovoorts voorsiening maak. *In casu* word ruimskots deur die regulasies van hoofstuk XX voorsiening gemaak vir ’n militêre bedingingsraad, kollektiewe ooreenkomste, militêre arbitrasieraad, ensovoorts. Gedurende die vroeë 1980’s was die praktiese toepassing van dié reg ook aanvanklik vir die howe ’n groot probleem maar vanaf 1988 tot ongeveer 2003 was dit nie meer die geval nie (sien onder ander *NUMSA v Bader Bop (Pty) Ltd* 2003 *ILJ* 305 (KH); Van Jaarsveld 2007 *THRHR* 300–305).

## 6 Slotbeskouings

Die vraag is waar ons nou regtens met betrekking tot artikel 23(5) van die Grondwet staan – veral in die lig van die volgende *dictum* van die Konstitusionele Hof waarmee die bespreking oor die aangeleentheid afgesluit is:

“[56] As I have held, however, it is not necessary to determine the proper interpretation of section 23(5) in this case and we accordingly refrain from doing so. Accordingly, we neither endorse nor reject the approach to section 23(5) of the Constitution adopted by the Supreme Court of Appeal. As the proper interpretation of that section need not be decided in this case, it would be inappropriate to consider the question further.”

Hieruit is dit duidelik dat die Konstitusionele Hof die deur wawyd oopgelaat het deur vir toekomstige besinning en uitsluitel oor die ware aard, betekenis en implikasies van die reg op kollektiewe bedinging. Na my mening bevind ons ons regtens nou weer in dieselfde situasie as in 1989 toe Cameron (“Overview of the Industrial Court” in Benjamin, Jacobus en Albertyn *Strikes, lock-outs and arbitration in SA labour law* (1989) 17) hom soos volg in geen onsekere taal en sterk uitgelaat het:

“As an enforceable obligation in labour law this duty [to bargain in good faith] has now come of age in South Africa. After a promising start, the existence of the obligation was first denied and then attenuated by the

court . . . If the latest judgments set the tone for future decisions – and there is no reason to believe that they will not – the court will in effect have adopted the full doctrine of obligatory negotiation in good faith with representative bargaining parties.”

FANIE VAN JAARVELD  
*Universiteit van Pretoria*