

Kroniek / Chronicle

Prosedurele billikheid by ontslag weens wangedrag: Hoe “billik” moet ’n werkgewer wees?

1. Inleiding

In terme van die *Grondwet*¹ het elkeen die reg op billike arbeidspraktyke.² Die reg word in die *Wet op Arbeidsverhoudinge*³ herhaal in die sin dat elkeen die reg het om nie onbillik ontslaan te word nie.⁴

Om te verseker dat ’n ontslag billik geskied, moet die werkgewer seker maak dat die ontslag substantief en prosedureel billik is. Substantiewe billikheid handel met die rede vir ontslag en die *Wet op Arbeidsverhoudinge* erken slegs drie gronde vir ontslag, naamlik dat die rede vir ontslag verband hou met die werknemer se gedrag (wangedrag), die geskiktheid of bekwaamheid van die werknemer of die werkgewer se bedryfsvereistes.⁵

Om te bepaal of die ontslag ooreenkomstig ’n billike prosedure gedoen is, moet die tersaaklike goeie praktykskode⁶ wat ingevolge die Wet uitgereik is, in aanmerking geneem word.

Die kode verskaf algemene riglyne en onderskei nie tussen verskillende kategorieë van werkgewers nie. Die kode is nie ’n wet wat slaafs nagevolg moet word nie, maar is bedoel om riglyne aan werkgewers te verskaf.⁷ Besighede beskik gewoonlik oor griewe- en dissiplinêre kodes met ’n proses vir die hantering van geskille en dissipline of beskik oor ’n afdeling wat net vir die bestuur van die besigheid se menslike hulpbronne verantwoordelik is. Die proses is egter vir sommige ondernemings of individu werkgewers letterlik ’n kopseer. Werkgewers het in sommige gevalle amper ’n kriminele sisteem in die werksplek geïmplimenteer of van meet af boedel oorgegee en besluit om enige sanksie te aanvaar eerder as om na die werklike bedoeling van prosedurele billikheid te kyk. Die vraag wat onmiddellik gevra word is: “Hoe billik moet die werkgewer wees?”

1 Wet 108 van 1996.

2 Artikel 23(1).

3 Wet 66 van 1995.

4 Artikel 185.

5 Artikel 188.

6 Bylae 8.

7 *Khula Enterprise Finance Ltd v Madinane & Others* (2004) 25 ILJ 535 (LC) — 540 D-F. Sien ook *Highveld District Council v CCMA & Others* [2004] 4 BLLR 366 (LC).

Die artikel fokus kortliks op die historiese ontwikkeling van prosedurele billikheid, hoe dit vandag toegepas word deur wetgewing en regspraak en beoordeel die toepaslikheid van die beskikbare reg ten einde te poog om die minimum vereistes vir prosedurele billikheid te bepaal.

2. Historiese ontwikkeling

As daar gekyk word na prosedurele billikheid voor die inwerkingtreding van die *Wet op Arbeidsverhoudinge* 1995 word daar ’n onderskeid getref tussen gemeenregtelike kontraktereg beginsels wat op die werkgewer/werknemer verhouding toegepas is en die posisie onder die 1956 *Wet op Arbeidsverhoudinge*. Indien ’n werknemer in materiële opsigte nie die verpligtinge⁸ teenoor sy werkgewer kan nakom nie, het hy hom skuldig gemaak aan kontrakbreuk.⁹ Spesifieke nakoming is in so ’n geval nie een van die werkgewer se remedies nie. Die howe was van mening dat hulle nie ’n werknemer kan verplig om sy dienste getrou en nougeset teenoor sy werkgewer na te kom nie.¹⁰ In gevalle van kontrakbreuk wat nie so ernstig is dat dit terugtrede regverdig nie, kan die werkgewer skadevergoeding van die werknemer eis.¹¹ ’n Werkgewer is ook geregtig om ’n werknemer deur middel van ’n interdik te belet om by ’n konkurrente firma diens te aanvaar. So ’n interdik sal egter slegs toegestaan word indien die betrokke dienskontrak ’n uitdruklike bepaling tot dien effekte bevat.¹² ’n Werkgewer is ook geregtig om ’n werknemer summier te ontslaan, met ander woorde sonder om hom kennis te gee. “Dit sal wees in die gevalle waar ’n werknemer se optrede die kontrak¹³ kanselleer of andersins positiewe wanprestasie daarstel.”¹⁴ Ook die werknemer het kontraktuele remedies indien die werkgewer nie sy verpligtinge¹⁵ nakom nie. Een van die maniere hoe ’n werkgewer kontrakbreuk kan pleeg is om ’n werknemer sonder gegronde redes met die vereiste kennisgewing te ontslaan. Dit is dan onregmatige ontslag.¹⁶ Die werknemer se remedies is terugtrede uit die dienskontrak en skadevergoeding, nie spesifieke nakoming nie. Dit is interessant om te let dat ’n dienskontrak beëindig kan word deur kennisgewing. Dit is die geval waar ’n dienskontrak vir ’n

8 Gedurende hierdie tydperk het die verpligtinge die volgende behels: (i) beskikbaarstelling van dienste; (ii) gehoorsaamheid en onderdanigheid teenoor werkgewer; (iii) handhawing van *bona fides*; (iv) gebruik van werkgewer se eiendom; (v) wangedrag in die verlede. Sien Van Jaarsveld & Coetzee 1977:35.

9 Van Jaarsveld & Coetzee 1977:41.

10 *Schierhout v Min of Justice* 1926 AD 107; *JSE v Northern Tvl Copper Exploration Co* 1945 AD 529.

11 Ingevolge die algemene beginsels van die Kontraktereg kan die werkgewer *damnum emergens* en *lucrum cessans* eis. Sien *Ukabana v Van Rooyen* 1904 NLR 134.

12 Van Jaarsveld & Coetzee 1977:42.

13 *Zieve v National Meat Supplies Ltd* 1937 AD 177.

14 Van Jaarsveld & Coetzee 1977:42.

15 Die verpligtinge is: (i) indiensneming en voorsiening van werk aan werknemer; (ii) betaling van ooreengekome Vergoeding aan werknemer; (iii) verskaffing van veilige werksomstandighede; (iv) voorsiening van verlof aan werknemer; (v) voorsiening van mediese dienste.

16 Van Jaarsveld & Coetzee 1977:31.

onbepaalde termyn aangegaan is. Enige party kan kennis gee en by 'n gebrek aan 'n afspraak in die kontrak moet hulle 'n redelike termyn kennis gee.¹⁷ Wat redelike tydperk behels, is al bepaal: 'n maand kennisgewing by 'n maandelikse kontrak,¹⁸ 'n week by 'n weeklikse kontrak,¹⁹ en as jy op 'n daaglikse basis besoldig word is jy slegs geregtig op 'n dag kennis.²⁰ Die party wie kennis gee se bedoeling moet op 'n duidelike en ondubbelsinnige wyse te kenne gegee word. Die kennis kan mondelings gegee word en hoef nie skriftelik te wees nie. Dit sal gewoonlik persoonlik aan die ander party gegee word as hy beskikbaar is.²¹ Die regsposisie ingevolge die 1956 *Wet op Arbeidsverhoudinge* in verband met die onbillike ontslag van werknemers was tot ongeveer 1983 onseker aangesien daar nie wetgewende maatreëls of duidelik omlynde gemeenregtelike beginsels ten aansien van die aangeleentheid bestaan het nie.²² Die aspek moes dus aan die hand van algemene regsbeginne en billikheidsoorwegings gehanteer word. Die Nywerheidshof is by verskeie geleenthede versoek om oor die aangeleentheid uitsluitel te gee en het ook nie die geleentheid laat verbygaan om aan die hand van internasionale norme, wel omvangryke riglyne vir die Suid-Afrikaanse Arbeidsreg neer te lê nie.²³ Die beginsels ten aansien van onbillike ontslag van werknemers het basies daarop neergekom dat daar gevra moet word of substantiewe en prosedurele geregtigheid (billikheid) teenoor die betrokke werknemer geskied het. Substantiewe geregtigheid of gronde hou verband met die redes vir sy ontslag (waarom hy ontslaan is) terwyl prosedurele geregtigheid (billikheid) verband hou met die wyse (prosedure) waarvolgens hy ontslaan is. Beide hierdie vereistes vir substantiewe en prosedurele billikheid moes nagekom word voor 'n werkgewer kon sê dat hy 'n werknemer op 'n billike en regverdige wyse ontslaan het.²⁴

Volgens Le Roux en Van Niekerk²⁵ het die nywerheidshof vanaf hul vroegste beslissings aangedring dat 'n billike prosedure gevolg word voor ontslag weens wangedrag.²⁶ Voorskrywing van hierdie vereiste is duidelik 'n produk van die invloed van die Internasionale Arbeidsorganisasie²⁷ sowel as die relevante

17 Van Jaarsveld & Coetzee 1977:53.

18 *Tiopaizi v Bulawayo Municipality* 1923 AD 325.

19 *Begbie and Co v Hartmann* 1925 TPD 325.

20 *Central South African Railways v Cooke* 1904 TS 553.

21 Swanepoel 1986:15.

22 Van Jaarsveld & Van Eck 1996:320, *MAWU v Barlows Manufacturing Co* 1983 ILJ 293 (NH); *BCE WUSA v West Rand Bricks Works* 1984 ILJ 69 (NH).

23 *Gumede v Richdens (Pty) Ltd* 1984 ILJ 84 (NH); *NUM v Kloof Gold Mining Co* 1986 ILJ 375 (NH).

24 Afgesien van hierdie twee vereistes is dit ook belangrik om te bepaal of die KVBA of 'n bedingingsraad jurisdiksie besit om die geskil te hanteer.

25 Le Roux & Van Niekerk 1994:152.

26 *Matshoba and others v Fry's Metals (Pty) Ltd* (1993) 4 ILJ 107 (IC); *Van Zyl v O'Okiep Copper Co Ltd* (1983) 4 ILJ 125 (IC).

27 Artikel 7 van Konvensie 158 van 1982 lees: "the employment of a worker shall not be terminated for reasons related to the worker's conduct or performance before he is provided with an opportunity to defend himself against the allegations made, unless the employer cannot reasonably be expected to provide this opportunity."

beginsels van Engelse reg. Die administratiefregtelike beginsels van natuurlike geregtigheid vloei ook deur hierdie privaat diensverhouding.

'n Billike prosedure voor ontslag vir wangedrag vereis dat 'n werknemer 'n verhoor gegun word waar hy instaat is om sy saak te stel, nie net in verband met of hy die oortreding begaan het nie, maar ook in verband met die gepaste sanksie sou hy skuldig bevind word.²⁸

Die volgende beginsels rakende die verhoor het uitgekristaliseer uit regspraak. Hierdie beginsels word omvattend deur Olivier behandel.²⁹ Die hou van 'n verhoor is in die reël gebiedend en 'n werkgewer mag nie beweer dat die afwesigheid van 'n verhoor geen verskil aan dit ontslag sou maak nie. Die "no difference"-beginsel is deur die arbeidsappèlhof verwerp.³⁰

Die vereistes vir die hou van 'n billike verhoor word gewoonlik in 'n dissiplinêre kode vervat. Die hof vereis dat die bepalinge van 'n kode billik toegepas moet word. Waar 'n kode nie kollektief beding is nie, maar eensydig deur die werkgewer ingestel is, mag die hof selfs bereid wees om die inhoud van die kode teen die hof se billikheidsnorme te toets.³¹

Hoewel die beginsels en elemente met betrekking tot die hou van 'n dissiplinêre verhoor omvattend is, het die arbeidsappèlhof beslis dat daar slegs aan drie basiese vereistes van natuurlike geregtigheid gedurende die verrigting van 'n huishoudelike dissiplinêre ondersoek voldoen moet word.³² Hierdie vereistes is: (1) die persoon moet weet wat die aanklag teen hom/haar is; (2) hy/sy moet die geleentheid gebied word om sy/haar saak te stel; en (3) die tribunaal moet te goeder trou optree.³³

Die werknemer is geregtig op 'n tydige verhoor en 'n werkgewer kan nie eensydiglik 'n dissiplinêre verhoor uitstel hangende die beslissing van 'n strafhof oor dieselfde aangeleentheid nie.³⁴ Die werknemer moet genoegsame voorafgaande kennisgewing van die verhoor gegee word sodat sy/haar saak behoorlik voorberei kan word.³⁵ Genoegsame inligting tot onderleiding van die aard van die beweerde oortreding en die besonderhede van die klag moet aan die werknemer verskaf word.³⁶

Werknemers is geregtig op verteenwoordiging, wat tradisioneel op 'n vakbondverteenwoordiger dui en nie op verteenwoordiging deur 'n

28 Le Roux & Van Niekerk 1994:153.

29 Olivier 1994:594-596.

30 *Camdons Realty (Pty) Ltd v Hart* (1993) 14 ILJ 1008 (AAH); *Samtor Tankers (Pty) Ltd v Kule* (1993) 14 ILJ 1038 (AAH).

31 *SFWU v Pelmas Kuikens* (1986) 7 ILJ 628 (NH).

32 *Anglo American Farms t/a Boschendal Restaurant v Komjwayo* (1992) 13 ILJ 573 (AAH).
33 587 B-H.

34 *Union of Pretoria Municipal Workers and Another v Stadsraad van Pretoria* (1992) 13 ILJ 1563 (NH).

35 *NUM and Others v President Steyn Goldmine* (1993) 2 LCD 242 (NH).

36 *Blaikie and Co Ltd v Yeomans* (1992) 1 LCD 5 (AAH).

vakbondamptenaar of regsverteenwoordiging nie.³⁷ Regsverteenwoordiging kan nie sonder meer uitgesluit word nie.

Die algemene reël is dat die verhoor in die teenwoordigheid van die aangeklaagde moet plaasvind, tensy die aangeklaagde weier om vir die verhoor op te daag, of meerdere aangeklaagdes in dieselfde verrigtinge ooreenkom dat slegs sekere van hulle die verrigtinge sal bywoon.³⁸ Die aangeklaagde is geregtig om getuies te kruisondervra en is ook op 'n toek geregtig, indien nodig.

Die bevinding van die tribunaal moet aan die werknemer gekommunikeer word. Die tribunaal moet ook op 'n gepaste sanksie besluit en die werknemer of sy/haar verteenwoordiger in die verband aanhoor. Op hierdie stadium word daar na die werknemer se diens-en dissiplinêre rekord gekyk.³⁹

By 'n appèlverhoor geld dieselfde prosedure-riglyne. Die benadering van die arbeidsappèlhof blyk te wees dat 'n defek in die aanvanklike verhoor nie op appèl reggestel kan word nie.⁴⁰ Hierdie is omvergewerp onder die 1956-Wet en ook in meer onlangse sake.

Daar is onsekerheid oor die vraag of 'n werknemer eers interne remedies moet uitput voordat die hof of arbitrasie genader kan word.⁴¹ Daar is regspraak wat hiermee deel. Dis nie nodig om interne prosedures uit te put nie (vgl die 1995-Wet). Die tribunaal of voorsittende beampte moet onpartydig wees. Die toets vir onpartydigheid vereis nie werklike vooroordeel (objektief gesproke) nie, maar bloot of werknemers in die posisie van die aangeklaagde 'n redelike vrees of suspisie persepsie sou hê dat die besluitnemer partydig is.⁴²

Hoorsê getuies is in beginsel toelaatbaar, mits die werkgewer nie onbehoorlike gewig daaraan verleen nie.⁴³ Hoorsê word baie selde toegelaat. Getuies se teenwoordigheid by die dissiplinêre verhoor is gewoonlik gebiedend, maar 'n werkgewer en die nywerheidshof (onder 1956-Wet) mag in uitsonderlike gevalle toelaat dat 'n getuie nie in die lokaal waar die verhoor plaasvind en in die teenwoordigheid van die aangeklaagde sy getuienis aanbied.⁴⁴

37 *Van Zyl v Duvha Opencast Services (Edms) Bpk* (1988) 9 ILJ 905(NH). Sien egter *Viithoukas v Group Five Civils Ltd* (1994) 3 LCD 78 (NH) waar daar beslis is dat regsverteenwoordiging in bepaalde gevalle aangewese mag wees, byvoorbeeld waar die kode verteenwoordiging reël sonder om regsverteenwoordiging uit te sluit.

38 *SASTAWU and Others v Motorvia (Pty) Ltd* (1991) 12 ILJ 1058 (NH).

39 *NUMSA v Bell Equipment Co* (1992) 13 ILJ 101 (AAH).

40 *Empangeni Transport v Zulu* (1992) 13 ILJ 352 (AAH); *Samtor Tankers*-beslissing. Daar is egter ook 'n aantal uitsprake tot die teendeel.

41 Sommige uitsprake stel wel so 'n vereiste, byvoorbeeld *Reckitt and Colman (SA) (Pty) Ltd v CWIU and Others* (1991) 12 ILJ 806 (AAH). Terwyl ander dit nie vereis nie, byvoorbeeld *Lashaba v Marburg Manufacturers (Pty) Ltd* (1992) 13 ILJ 1285 (NH).

42 *BTR Industries SA (Pty) Ltd and Others v MAWU and Another* (1992) 13 ILJ 803 (A).

43 *SACCAWU-OK Bazaars (1929) Ltd* (1992) 13 ILJ 436 (ARB).

44 Dit is veral as daar 'n wesenlike vrees is dat die getuie geïntimideer kan word. *TGWU and Another v DTMB* (1991) 12 ILJ 1094 (NH); *NUM and Another v Rustenburg Platinum Mine Ltd* (1992) 13 ILJ 226 (NH).

In sekere omstandighede kan die vereistes vir 'n billike verhoor verslap word en in uitsonderlike omstandighede weggedoen word.⁴⁵ Die billikheid van 'n verhoor sal afhang van die omstandighede van elke geval. Faktore wat 'n rol sal speel is: die grootte van die werkgewer se besigheid en sy werksmag, die bepaling van die werkgewer se dissiplinêre kode, die aard van die oortreding, die status van die werknemer, en die vermoë van die werkgewer om die vereistes vir 'n billike verhoor ten volle na te kom.⁴⁶ Die reg op 'n verhoor is dus nie 'n onbuigbare pakket nie en die reëls wat verband hou met die reg op 'n verhoor kan nie meganies⁴⁷ in elke situasie toegepas word nie.

3. Die *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995

Prosedurele billikheid word deur Hoofstuk VIII⁴⁸ en Bylae 8⁴⁹ van die *Wet op Arbeidsverhoudinge*, 66 van 1995, gereguleer.

Artikel 185 bepaal dat geen werknemer onbillik ontslaan mag word nie. Ontslag word gedefinieer as: 'n werkgewer wat 'n dienskontrak met of sonder kennisgewing beëindig; 'n werknemer wat redelikerwys van die werkgewer verwag om 'n vastetermyndienskontrak op dieselfde of soortgelyke voorwaardes te hernu, terwyl die werkgewer aan gebied het om dit op minder gunstige voorwaardes te hernu, of dit nie hernu het nie; 'n werkgewer wat weier om 'n werknemer toe te laat om haar werk te hervat nadat sy kraamverlof geneem het ingevolge 'n wet, of kollektiewe ooreenkoms of haar dienskontrak; 'n werkgewer wat 'n aantal werknemers weens dieselfde of soortgelyke redes ontslaan het en dan weer sommige van hulle in diens neem maar weier om dieselfde met die ander te doen; 'n werknemer wat 'n dienskontrak met of sonder kennisgewing beëindig omdat die werkgewer voortgesette diens vir die werknemer ondraaglik maak.⁵⁰

'n Ontslag is ook onbillik indien 'n werkgewer nie kan bewys dat die rede vir ontslag 'n billike rede is wat verband hou met die werknemer se gedrag, geskiktheid of bekwaamheid, of wat gegrond is op die werkgewer se bedryfsvereistes; en dat die ontslag ooreenkomstig 'n billike prosedure gedoen is nie. In oorweging van hierdie bogenoemde moet 'n persoon enige tersaaklike goeie praktykskode wat ingevolge die Wet uitgereik is, in aanmerking neem.⁵¹ Die praktykskode word hieronder bespreek.

Artikel 191 van die Wet, handel oor geskille oor onbillike ontslag. Opsommenderwys is die prosedure soos volg: indien daar 'n geskil is oor die billikheid van 'n ontslag is kan die ontslane werknemer dit binne 30 dae van die datum van ontslag skiftelik verwys na 'n bedingingsraad met jurisdiksie of by gebreke daaraan die Kommissie vir Versoening, Bemiddeling en Arbitrasie.⁵²

45 Soos in sogenaamde "crises-zone" situasies waar lewe en eiendom in gevaar is.

46 Le Roux & Van Niekerk 1994:154.

47 *Anglo American Farms t/a Boschendal Restaurant v Komjwayo* (1992) 13 LJ 573 (LAC).

48 Die hoofstuk handel oor onbillike ontslag.

49 Die bylae is die goeie praktykskode vir ontslag.

50 Artikel 186(1). Sien ook die betekenis van outomatiese onbillike ontslag in artikel 187.

51 Artikel 188 (1) en (2).

52 Hierna die KVBA genoem.

Indien gegronde redes aangevoer word kan die geskil verwys word nadat die 30 dae tydsbeperking verstryk het. Die werknemer moet 'n afskrif van die verwysing aan die werkgewer beteken. Die raad of KVBA moet eerstens poog om die geskil deur versoening te besleg. Die raad of KVBA kan dan sertifiseer dat die geskil nog onbesleg is, of indien 30 dae verloop het nadat die geskil verwys is en dit is steeds onbesleg moet die raad of KVBA die geskil op versoek van die werknemer arbitreer — eers 'n sertifikaat uitreik. Die werknemer kan slegs arbitrasie versoek indien hy beweer dat die rede vir die ontslag verband hou met sy gedrag, geskiktheid of bekwaamheid; hy beweer dat die rede vir ontslag daarin lê dat die werkgewer voortgesette diens ondraaglik gemaak het; hy nie weet wat die rede vir ontslag is nie.⁵³

Die werkgewer kan ook die geskil na die Arbeidshof vir beregting verwys indien die werknemer beweer dat die rede vir ontslag outomaties onbillik is; gegronde is op die werkgewer se bedryfsvereistes; die werknemer se deelname is aan 'n staking wat nie aan die bepalings van Hoofstuk IV voldoen nie; of is dat die werknemer geweier het om aan te sluit by 'n vakbond wat party is by 'n geslotegeledere-ooreenkoms, of lidmaatskap daarvan geweier is of as lid daarvan uitgesit is.⁵⁴

Artikel 192 bepaal dat by enige verrigting rakende ontslag rus die bewyslas op die werknemer om te bewys dat 'n ontslag plaasgevind het. Indien ontslag bewys is skuif die bewyslas na die werkgewer om die billikheid van die ontslag te bewys.

Indien die Arbeidshof of 'n arbiter bevind dat 'n ontslag onbillik is kom die Hof of arbiter die werkgewer gelas om die werknemer in diens te herstel met ingang van 'n datum wat nie vroeër as die datum van ontslag is nie; die werkgewer gelas om die werknemer weer in diens te neem, of in die werk waarin die werknemer voor die ontslag in diens was, of in 'n ander redelikerwys-geskikte werk, op enige voorwaardes en met ingang, vanaf enige datum wat nie vroeër as die datum van ontslag is nie; of die werkgewer gelas om vergoeding aan die werknemer te betaal.⁵⁵

Die werkgewer moet die werknemer in diens herstel of weer in diens neem tensy die werknemer nie in diens herstel of weer in diens geneem wil word nie; die omstandighede rondom die ontslag sodanig is dat 'n voortgesette diensverhouding onduidbaar sou wees; dit nie redelikerwys doenlik is vir die werkgewer om die werknemer in diens te herstel of weer in diens te neem nie; of die ontslag onbillik is bloot omdat die werkgewer nie 'n billike prosedure gevolg het nie.⁵⁶

Die Arbeidshof het egter 'n diskresie waar 'n ontslag outomaties onbillik is, of indien 'n ontslag wat gegronde is op die werkgewer se bedryfsvereistes gevind word onbillik te wees. In hierdie gevalle kan die Hof enige ander bevel maak wat hy in die omstandighede toepaslik ag.⁵⁷

53 Artikel 191 (5) (a).

54 Artikel 191 (5) (b).

55 Artikel 193 (1).

56 Artikel 193 (2).

57 Artikel 193 (3).

3.1 Bylae 8: Die Goeie Praktykkode: Ontslag weens wangedrag

Daar word van meet af aan genoem dat elke geval uniek is en afwykings van die norme wat deur hierdie Kode gestel word, kan in geskikte omstandighede geregverdig word. Daar word spesifiek genoem dat die getal werknemers wat by ’n onderneming in diens is ’n ander benadering kan regverdig.⁵⁸

Die beginsel in hierdie Kode is dat werkgewers en werknemer mekaar met wedersydse respek moet behandel. Werknemers moet teen arbitêre optrede beskerm word, maar werkgewers is daarop geregtig om bevredigende gedrag en werkprestasie van hulle werknemer te verwag.⁵⁹

Paragraaf 2 van die Kode bepaal ontslag is onbillik indien dit nie om ’n billike rede en ooreenkomstig ’n billike prosedure geskied nie, selfs al voldoen dit aan enige tydperk van kennisgewing in ’n dienskontrak of wetgewing wat diens reël. Die billikheid van die rede vir ontslag word bepaal aan die hand van die feite van die saak en die geskiktheid van ontslag as straf.

Die billikheid van die prosedure word bepaal aan die hand van riglyne wat hieronder uiteengesit sal word. Daar is drie gronde waarop diensbeëindiging regtens geregverdig is: die gedrag van die werknemer; die geskiktheid of bekwaamheid van die werknemer en die bedryfsvereistes van die werkgewer se besigheid.⁶⁰

Ontslag is outomaties onbillik indien die rede vir die ontslag is dat dit die fundamentele regte van werknemer en vakbonde skend of ’n rede is wat in artikel 187 genoem word.⁶¹

In gevalle waar die ontslag nie outomaties onbillik is nie, moet die werkgewer aantoon dat die rede vir ontslag verband hou met die werknemer se gedrag, geskiktheid of bekwaamheid, of gebaseer is op die bedryfsvereistes van die besigheid. Indien die werkgewer versuim om dit te doen of versuim om te bewys dat die ontslag ooreenkomstig ’n billike prosedure gedoen is, is die ontslag onbillik.⁶²

3.2 Dissiplinêre prosedures voor ontslag

Daar moet dissiplinêre reëls in die werkplek wees wat die vereistes gedragsnorme vir werknemers bepaal. Hierdie reëls sal wissel na gelang van die grootte en aard van die werkgewer se besigheid — en unieke vereistes van elke besigheid. Die reëls moet sekerheid en konsekwentheid oor die toepassing van dissipline bewerkstellig. Die gedragsnorme moet dus duidelik wees en moet in ’n maklik verstaanbare vorm aan werknemers beskikbaar gestel word. Sommige reëls of norme is moontlik so goed gevestig en bekend dat dit nie nodig is om dit bekend te maak nie.⁶³ Maar ander sal afhang van unieke vereistes.

58 Bylae 8 par. 1 (1).

59 Bylae 8 par. 1 (3).

60 Bylae 8 par. 2 (2).

61 Bylae 8 par. 2 (3).

62 Bylae 8 par. 2 (4).

63 Bylae 8 par. 3 (1).

Regstellende of progressiewe dissipline word deur die howe onderskryf. Hiervolgens word dissipline beskou as 'n wyse waarop werknemers te wete kan kom watter standarde aan hulle gestel word en dit kan verstaan. Pogings behoort aangewend te word om werknemers se gedrag reg te stel deur 'n stelsel van gegradeerde dissiplinêre maatreëls soos berading en waarskuwings.⁶⁴

Formele prosedures hoef nie elke keer wanneer reëls oortree word of waar nie aan norme of standarde voldoen word nie, gebruik te word nie. By minder ernstige oortredings sal informele advies en regstelling dikwels vir 'n werkgewer die beste en doeltreffendste manier wees om die situasie te hanteer. Herhaalde wangedrag sal waarskuwings regverdig wat ook volgens grade van erns gegradeer kan word. Meer ernstige oortredings of herhaalde wangedrag mag 'n finale waarskuwing regverdig, of ander optrede wat nog nie ontslag is nie. Ontslag behoort slegs in gevalle van ernstige wangedrag of herhaalde oortredings plaas te vind.⁶⁵

Progressiewe dissipline maak dit ongepas om 'n werknemer vir 'n eerste oortreding te ontslaan, behalwe waar die wangedrag ernstig en van so 'n aard is dat dit 'n voortgesette diensverhouding onhoudbaar maak. Ernstige wangedrag kan growwe oneerlikheid; opsetlike beskadiging van die eiendom van die werkgewer; opsetlike bedreiging van die veiligheid van andere; 'n fisiese aanval op die werkgewer, 'n medewerknemer, kliënt of klant; en growwe insubordinasie insluit. Om maar net 'n paar voorbeelde te noem. Ongeag die meriete van ontslag in 'n bepaalde geval, sal ontslag nie billik wees as dit nie aan die vereistes van artikel 188 voldoen nie.⁶⁶

Wanneer daar besluit word of ontslag as straf opgelê moet word, moet die werkgewer, benewens die erns van die wangedrag, faktore soos die omstandighede van die werknemer, die aard van die werk en die omstandighede rondom die oortreding self, in ag neem. Omstandighede van die werknemer kan duur van diens, vorige dissiplinêre rekord en persoonlike omstandighede insluit.⁶⁷ Die werkgewer moet straf konsekwent in die werksplek toepas.⁶⁸

Met betrekking tot 'n billike prosedure behoort die werkgewer normaalweg ondersoek in te stel ten einde vas te stel of daar gronde vir ontslag is. Dit hoef nie 'n formele ondersoek te wees nie. Verduidelik, met verwysing na Bylae 8, of hierdie ondersoek die verhoor vooraf moet gaan en of die verhoor in werkliheid die ondersoek is. Die werkgewer behoort die werknemer van die aantygings in kennis te stel in 'n vorm en 'n taal wat die werknemer sal verstaan. Die werknemer moet die geleentheid gegun te word om 'n saak te stel in antwoord op die aantygings.⁶⁹ Die werknemer behoort geregig te

64 Bylae 8 par. 3 (2).

65 Bylae 8 par. 3 (3).

66 Bylae 8 par. 3 (4).

67 Bylae 8 par. 3 (5).

68 Bylae 8 par. 3 (6).

69 Indien die werkgewer voorsien dat ontslag moonlik kan plaasvind moet daar veral gelet word op die beginsels van die *audi alteram partem* reël. Sien in die verband *Karras t/a Floraline v SA Scooter & Transport Allied Workers Union & Others* (2000) 21 ILJ 2612 (LAC).

wees op 'n redelike tyd om 'n antwoord voor te berei, en op bystand van 'n vakbondverteenvoorder of 'n medewerknemer. Na die ondersoek moet die werkgewer die besluit wat geneem is aan die werknemer oordra, en verkieslik die werknemer van 'n skriftelike kennisgewing van daardie besluit voorsien.⁷⁰

Dissiplinêre stappe teen 'n vakbondverteenvoorder of 'n werknemer wat 'n ampsdraer of beampte van 'n vakbond is, behoort nie gedoen te word alvorens daar eers aan die vakbond kennis gegee is en daar met die vakbond oorleg gepleeg is nie.⁷¹

Indien die werknemer ontslaan word, moet die werknemer oor die rede vir die ontslag ingelig word en herinner word aan enige reg om die aangeleentheid te verwys na 'n raad met jurisdiksie of die KVBA of vir beslegting deur enige geskilbeslegtingsprosedure ingestel ingevolge 'n kollektiewe ooreenkoms.⁷² In uitsonderlike omstandighede, waar daar nie redelikerwys van die werkgewer verwag kan word om aan hierdie riglyne te voldoen nie, kan daar daarvan afgesien word.⁷³

Daar is bepaalde riglyne oor ontslag weens wangedrag. Kragtens paragraaf 7 van die Kode moet die werkgewer bepaal of die werknemer 'n reël of norm wat optrede in of met betrekking tot die werkplek reël, oortree het. Indien wel moet bepaal word of die reël 'n geldige reël of norm was; die werknemer van die reël of norm bewus was, en of daar redelikerwys van die werknemer verwag kan word om daarvan bewus te wees; die reël of norm konsekwent deur die werkgewer toegepas is; en of ontslag 'n gepaste straf vir die oortreding van die reël of norm was.

4. Prosedurele billikheid soos uitgekristaliseer in regspraak

In die saak van *ECCAWUSA obo Nkosi & another v Wimpy Kempton Park*⁷⁴ word die vraag aan die kommissaris gestel of die reg tot 'n dissiplinêre verhoor 'n absolute reg is. In die saak is die werkgewer en eienaar van die besigheid deur twee werknemers aangerand en is die betrokke werknemers sonder 'n dissiplinêre verhoor ontslaan. Die kommissaris bevind dat daar veral in kleiner besighede afstand gedoen kan word van 'n verhoor waar die werksverhouding tussen die partye verbreek is. In die saak het die aanranding die werks- en trouverhouding tussen die partye vernietig. Daar word in die uitspraak ook verwys na die *Mjaji*-saak. Die saak word hieronder deeglik bespreek. Die kommissaris vergelyk die twee sake en lig dit uit dat beide klein ondernemings is waar die werkgewers in beide gevalle ook die bestuurders en eienaars is. Hy beklemtoon die feit dat daar 'n besondere verhouding in 'n eenman besigheid tussen die eienaar en werknemers bestaan. Weens die aard van die wangedrag in die saak was dit onprakties om 'n dissiplinêre verhoor te hou en dat daar nie van die werkgewer verwag kan word om vir die dienste van 'n

70 Bylae 8 par. 4 (1).

71 Bylae 8 par. 4 (2).

72 Bylae 8 par. 4 (3).

73 Bylae 8 par. 4 (4).

74 (1998) 7 CCMA 7.2.6.

buite party as voorsitter in 'n dissiplinêre aksie te betaal nie. Die kommissaris beslis gevolglik dat die werkgewer onder die bogenoemde omstandighede geregtig was om afstand te doen van die prosedurele standaarde.

In *Mjaji v Creative Signs*⁷⁵ is 'n werknemer ontslaan nadat hy sy hand onder sy werkgewer se rok ingedruk en aan haar boud gevat het. Die werkgewer se man het die werknemer oor die voorval gekonfronteer en die werknemer het die voorval onteken en is daarna in "geen onduidelike terme nie" ontslaan. Tydens die arbitrasie het die werkgewer getuig dat die werker al oor sy gedrag gewaarsku was. Die kommissaris bevind dat daar genoegsame gronde vir die ontslag was. Die vraag is egter of daar aan die prosedurele vereistes voldoen is soos bepaal deur Bylae 8 item 4 van die Wet.⁷⁶ Daar was geen dissiplinêre verhoor nie, die werknemer is mondelings gekonfronteer en kon slegs daarop reageer sonder enige bystand. Die kommissaris beslis egter dat die ontslag prosedureel billik is en dat daar onder die volgende omstandighede van die proses afgewyk kan word:

1. indien daar afdoende bewyse is van die wangedrag.
2. die ernstige aard van die wangedrag.
3. indien 'n formele dissiplinêre verhoor nie tot 'n ander gevolgtrekking as die informele proses sou kom nie.

Die bindingskrag van 'n dissiplinêre kode word in die *FAWU obo Musihli (P.D) v SA Breweries*⁷⁷ ondersoek. 'n Werknemer is in terme van die maatskappy se dissiplinêre kode skuldig bevind aan wangedrag deurdat hy alkohol aan diens gebruik het en is ontslaan. Die werker beweer die ontslag was onbillik omdat hy volgens die dissiplinêre kode binne twee dae aangekla moes word en die werkgewer hom eers na 10 dae aangekla het. Die kommissaris beslis dat die werkgewer 'n redelike verduideliking vir die tydsverloop kon gee en dat die nie nakoming van die interne dissiplinêre kode nie noodwendig op prosedurele onbillikheid dui nie.⁷⁸

Indien daar geen kode in die werksplek is nie, behoort dissiplinêre aksie so spoedig as moontlik ingestel te word. Dit is die reël al is daar n kode in plek. In die saak van *ECCAWUSA obo Jafta v Russels Furnitures*⁷⁹ is die werknemer daarvan aangekla dat hy onder andere 'n televisie en fiets sonder die nodige magtiging van die besigheidspersoneel verwyder het. Die werkgewer het 'n klagstaat opgestel, maar die klagtes voor die dissiplinêre verhoor teruggetrek. Die werknemer is egter nege maande later weer op dieselfde gronde aangekla en tydens 'n dissiplinêre verhoor ontslaan. Die kommissaris wys daarop dat daar geen outomatiese vervaldatum vir dissiplinêre aksie is nie, maar dat 'n party nie negatief deur 'n terugtrekking of 'n uitgerekte proses benadeel moet word nie.⁸⁰ Die kommissaris beklemtoon dit dat item 4 van Bylae 8 van

75 [1997] 3 BLLR 321.

76 66 van 1995.

77 (2004) 13 CCMA 7.9.1.

78 sien ook *Highveld District Council v CCMA & Others* (2002) 12 BLLR 1158 (LAC).

79 (1998) 7 CCMA 7.3.8.

80 Paragraaf 33.

die Kode niks meer as ’n voorstel vir die hantering van verskeie aspekte van werksplek dissipline, ingesluit, prosedurele billikheid is nie.⁸¹ Die kommissaris bevind dat die ontslag prosedureel billik was.

In die onlangse saak van *PWU obo Mashavhela v First Watch Security*⁸² is ’n sekuriteitswag ontslaan nadat hy aan diens gedrink het. Dit was egter gemeensaak dat die dissiplinêre verhoor nooit afgehandel is nie en dat die werknemer ontslaan is. Die kommissaris bevind dat die ontslag substantief billik was, maar prosedureel onbillik omdat die verhoor nooit behoorlik afgehandel is nie.

In die Arbeidshofsaak van *Moropane v Gilbeys Distillers and Vintners (Pty) Ltd and another*⁸³ nader die werknemer die hof op ’n dringende basis om die werkgewer te verplig om uitstel vir verteenwoordiging te verleen. Landman R beslis egter dat die hof nie oor die nodige jurisdiksie beskik om tydens die interne prosedure ’n bevel te maak nie. Landman R handel verder in die uitspraak met die prosedure van ’n interne verhoor:

It follows, so it was contended, that an employee who finds himself in danger of dismissal, has a right to be dealt with by a fair procedure. In this case the fair procedure would require, in the absence of an adequate particularised sheet, further particulars to the charges.⁸⁴

Hy gaan voort deur te sê dat prosedurele billikheid steeds onder die 1995-Wet prominent is, maar minder streng en formalisties toegepas word.⁸⁵ Kyk na die *Elizabeth Avril Homes*-saak. Prosedurele billikheid is steeds baie belangrik:

The right to a fair procedure before a decision to dismiss an employee is taken is an important one. Not least because it enables and improves the chances of the employer making a good substantive decision on the merits of the matter.⁸⁶

Die riglyne soos uiteengesit in Bylae 8 van die Wet⁸⁷ vestig geen regte nie.⁸⁸

Die vraag oor redelike kennisgewing⁸⁹ van dissiplinêre optrede word in die saak van *Miksch v Edgars Retail Trading (Pty) Ltd*⁹⁰ gevra. Die werknemer is van wangedrag aangekla en die verhoor het vier ure later plaasgevind. Hoewel die werknemer tot die vinnige verhoor toegestem het bevind die hof dat dit ernstig onbillik was. Die hof verwys na die *Khanum v Mid-Glamorgan Area Health Authority*-saak⁹¹ van 1978 waarin die drie basiese vereistes vir interne verhore geïdentifiseer is naamlik:

81 Paragraaf 44.

82 (2004) 13 CCMA 8.11.4.

83 (1997) 2 LC 7.2.1.

84 p 2 par 7.

85 p 3 par 21.

86 p 3 par 16.

87 66 van 1995.

88 p 4 par 22.

89 Sien ook *SASU obo Nel v Adcock Ingram* (1999) 8 CCMA 7.3.1, *Sehomo v D&K Coffin Manufacturers* (1998) 7 CCMA 7.3.17. en *Gxabeka v SAMCOR* (1998) 7 CCMA 7.3.10.

90 (1995) 16 ILJ 1575 (IC).

91 1978 IRLR 215.

1. die persoon moet weet wat die aard van die klagtes teen hom is;
2. hy behoort 'n geleentheid gegun te word om sy saak te stel, en
3. die tribunaal moet in goede trou optree.⁹²

Die Nywerheidshof handel in 1994 met die dissiplinêre proses of die gebrek daarvan by 'n klein besigheid. Vergelyk dit met die posisie onder die 1995-Wet. In die saak van *Whitfield v Inyati Game Lodge*⁹³ is 'n ontvangsdame twee weke voor die einde van haar drie maande proeftydperk by die eksklusiewe wildsplaas ontslaan weens swak werksprestasie. Die werkgewer het aangevoer dat daar gereelde gesprekke was en dat alle dissiplinêre optrede informeel afgehandel word. Die hof bevind dat daar aan al die vereistes van die reëls van natuurlike geregtigheid voldoen is en dat die hof nie noodwendig op 'n formele proses by hierdie klein en intieme besigheid sal aandring nie.⁹⁴

In die *SACCAWU v City Kem*-saak⁹⁵ word onder andere die vraag na die onpartydigheid van die voorsitter tydens die interne dissiplinêre verhoor gevra. In die saak van die voorsitter betrokke by die ondersoek. Die kommissaris bevind dat die ondersoeker en voorsitter nooit dieselfde persoon kan wees nie en dat die voorsitter ten alle tye onpartydig moet wees.⁹⁶

Een van die duidelikste uitsprake oor die toepassing van prosedurele billikheid word gevind in die 2006 Arbeidshofuitspraak in *Avril Elizabeth Home for the Mentally Handicapped v CCMA & others*.⁹⁷ Die tehuis het 'n werknemer ontslaan nadat sy geïmpliseer is in 'n diefstal aangeleentheid. Sy het die saak na die KVBA verwys en KVBA het bevind dat die ontslag prosedureel en substantief onbillik was. Die rede vir die bevinding was onder andere dat die voorsitter in 'n laer posvlak as die aanklaer was en dat die werkgewer nie 'n saak bo redelike twyfel kon uitmaak nie.

92 Die hof verwys na die volgende uitsprake waarin die drie vereistes bevestig is: *Anglo American Farms ta Boschendal Restraunt v Khomjwayo* (1992) 13 ILJ 573 (LAC) at 587; *Randburg Town Council v National Union of Public Service Workers & others* (1994) 15 ILJ 129 (LAC) at 134H and *Footpiper CC ta Kentucky fried Chicken v Shenzi* (1993) 14 ILJ 126 (LAC) at 133H.

93 (1995) 4 LCD 178 (IC).

94 "The business is a very small enterprise with no disciplinary code or form of procedure to refer to. Labour issues and the discipline of staff are dealt with on an informal basis and the staff are usually counseled with verbally when problems arises. In cases such as these this court follows a pragmatic approach and does not insist on a formal and legalistic approach. Having regard to the circumstances of the present case, the intimate relationship which existed between the employees who live together in a close-knit community and the nature of the business the Court is satisfied that the dismissal was substantively fair. As to the question of procedural fairness the Court is also satisfied that the basic rules of natural justice have been complied with by die employer in that the employee was afforded a fair opportunity to state her side of the story and to improve on her performance."

95 (1998) 7 CCMA 7.3.2.

96 paras 50 and 51.

97 (2006) 27 ILJ 1644 (LC).

Waarnemende Regter Van Niekerk het hom sterk uitgespreek teen die KVBA kommissaris se formalistiese en kriminele benadering.⁹⁸

The Act itself is silent on the content of any right to procedural fairness; it simply requires that an employer establish that a dismissal was effected in accordance with a fair procedure. The nature and extent of a right to fair procedure preceding a dismissal for misconduct is spelt out in specific terms in the Code of Good Practice: Dismissal in schedule 8 to the LRA.

Hy verwys die partye weereens na Item 4 van die kode en beklemtoon dat hierdie ondersoek nie 'n formele proses hoef te wees nie. Daar moet 'n ondersoek wees, die werknemer moet 'n geleentheid kry om sy kant van die saak te stel binne 'n redelike tydperk met die nodige bystand. Die werkgewer moet daarna die werknemer skriftelik van sy besluit inlig. Hierdie benadering staan lynreg teenoor die kriminele model.

This approach represents a significant and fundamental departure from what might be termed the 'criminal justice' model that was developed by the Industrial Court and applied under the unfair labour practice jurisdiction that evolved under the 1956 Labour Relations Act. That model likened a workplace disciplinary enquiry to a criminal trial, and developed rules and procedures, including rules relating to bias and any apprehension of bias, that were appropriate in that context. The rules relating to procedural fairness introduced in 1995 do not replicate the criminal justice model of procedural fairness.⁹⁹

On this approach, there is clearly no place for formal disciplinary procedures that incorporate all of the accoutrements of a criminal trial, including the leading of witnesses, technical and complex 'charge-sheets', requests for particulars, the application of the rules of evidence, legal arguments, and the like.¹⁰⁰

Die hof stel dit duidelik dat daar nie van werkgewer verwag word om regskenners te wees of om ingewikkelde prosedures in plek te stel nie.¹⁰¹ Hierdie benadering is in lyn met die oogmerke van die Suid-Afrikaanse wetgewing¹⁰² asook die internasionale arbeidsreg.¹⁰³

Die hof wys kommissaris se daarop dat hulle magte statutêr beperk word op die beoordeling van prosedurele billikheid:

The standard of procedural fairness that I have described above is the standard that the Act establishes and which must be applied by commissioners. Section 203 of the Act obliges them to do so. That section requires, in peremptory terms, that any person who interprets or applies the Act must take into account any relevant code of good practice.¹⁰⁴

98 1651 C-D.

99 1651 H.

100 1652 G.

101 1652 B.

102 1652 E-F.

103 1652 H-J, IAO Konvensie 158 artikel 4.

104 1654 E-F.

Daar is geen beperking op partye om prosedurele ooreenkomste aan te gaan wat strenger vereistes daarstel nie. Partye verbind hulleself dan vrywillig aan die vereistes en sal dan ook dienooreenkomstig beoordeel word.¹⁰⁵

5. Gevolgtrekking

Uit die *Avril Elizabeth*-saak blyk dit dat die *Wet op Arbeidsverhoudinge* en die bylaes daartoe buigsaam genoeg is vir beide groot en kleiner werkgewers. Die Goeie Praktykskode het ten doel om juis 'n meer informele proses te skep om die handhawing van dissipline in die werksplek te vergemaklik.

Die “probleem” waarmee baie werkgewer worstel, is in baie instansies die verkeerde toepassing van die “kriminele model” wat voortgespruit het uit die 1956 Wet en geensins 'n verpligting is in die 1995 Wet nie.

Kommissarisse se toepassing van prosedurele billikheid is tans onkonsekwent en die *Avril Elizabeth*-saak het die toepassing weereens duidelik gekwalifiseer in terme van die *Wet op Arbeidsverhoudinge*. Partye behoort kommissarisse tydens verrigtinge te wys op hierdie plig en enige ongegronde afwykings behoort op hersiening geneem te word in die lig van die bostaande saak.

Die prosedurele opsomming in *Avril Elizabeth* is voldoende om riglyne aan werkgewers en werknemers te gee. Dis hoe “billik” jy moet wees.

105 1654 G-H.

Bibliografie

- CAMERON E
1988. The right to a hearing before a dismissal — Problems and puzzles. *Industrial Law Journal* 9:147-186.
- DU TOIT *et al*
2006. *Labour relations law. A comprehensive guide*. 5de uitgawe. Durban: LexisNexis Butterworths.
- LE ROUX PAK AND VAN NIEKERK A
1994. *The South African law of unfair dismissal*. Kenwyn: Juta.
- OLIVIER M
1994(a). Ontslag van individue. *De Rebus* 320:594-596.
- 1994(b). The dismissal of individuals. *De Rebus* 321:696-701.
- SWANEPOEL JPA
1986. *Introduction to labour law*. Vertaal deur M. Euijen. 2de uitgawe Johannesburg: McGraw-Hill.
- VAN JAARVELD SR EN COETZEE WN
1977. *Arbeidsreg*. Eerste uitgawe. Johannesburg: Lex Patria.
- VAN JAARVELD SR EN VAN ECK BPS
2006. *Kompendium van die Suid-Afrikaanse arbeidsreg*. 5de uitgawe. Durban: Lexis Nexis Butterworths.