

Ubi remedium, ibi jus; oftewel, waar sal my hulp vandaan kom?

Die jurisdiksie en voortbestaan van die Arbeidshof

1. Die idee van 'n spesialishof om arbeidsake te hanteer, met diesefde status as die Hooggeregshof, het sy ontstaan in die Wet op Arbeidsverhoudinge van 1995. Die jurisdiksie en voortbestaan van daardie hof is tans die onderwerp van heftige debat, beide in die howe en in die voorgestelde Wetsontwerp op die Hoër Howe (Superior Courts Bill) van 2010.
2. Die verduidelikende memorandum tot die Wetsontwerp op Arbeidsverhoudinge het in 1995 die volgende te sê gehad:

“Consistency in the interpretation and application of the law will be enhanced by the creation of a Labour Court with the same status as a division of the Supreme Court and with national jurisdiction. The Court will have exclusive jurisdiction over labour matters.”

Het ons daardie doel bereik?

3. In die euforie van die eerste paar jaar van die Arbeidshof het dit goed gegaan. Die meeste praktisyns en regters was dit eens oor wat met “arbeidsake” bedoel word, en die reg het sy gang gegaan. Mettertyd het verskeie litigante, met die medepligtigheid van hul prokureurs en advokate, egter begin om hulle na die Hooggeregshof te wend in sake wat tradisioneel as arbeidsake beskou is. Daar is miskien twee hoofredes hiervoor: Die een is die maksimum vergoeding wat die KVBA en die Arbeidshof kan verleen in sake van onbillike ontslag, nl 12 maande se vergoeding (of 24 maande in die geval van 'n outomaties onbillike ontslag) (sien a 194). Die ander is toeganklikheid – die hof sit net in Johannesburg, Kaapstad, Durban en Port Elizabeth. Dis miskien nie verrassend dat die sake wat na die Hooggeregshof verwys is en word en waar jurisdiksie ter sprake kom, dikwels in die Oos-Kaap, en veral Grahamstad en Mthata, voorkom nie.

Die jurisdiksionele moeras

4. Die HHA het hom die eerste maal uitgespreek oor die jurisdiksie van die HH in 'n werkverwante aangeleentheid in *Fedlife Assurance Ltd v Wolfaardt*¹.
5. Die werknemer, Wolfaardt, het 'n eis in die HH ingestel vir skadevergoeding ogv kontrakbreuk, nl sy dienskontrak, nadat hy afgedank is. Die werkgever het aangevoer die Arbeidshof (AH) het uitsluitlike jurisdiksie itv a 157(1) van die Arbeidswet.² HH het beslis die Arbeidshof het nie eksklusiewe jurisdiksie nie.
6. Nugent AR, vir die meerderheid, het die stelsel van regte en remedies wat deur die WAV daargestel is, onder die loep geneem. Hy kom tot die gevolgtrekking dat die Grondwet of die Arbeidswet nie werknemers ontnem het van hul gemeenregtelike remedies nie. Inteendeel, sê hy, die WAV stel verdere regte daar vir die werknemer: "The clear purpose of the legislature when it introduced a remedy against unfair dismissal ... was to supplement the common-law rights of an employee whose employment might be lawfully terminated at the will of the employer (whether upon notice or summarily for breach)." En die reg op billike arbeidsparaktyte in die Grondwet verander nie die posisie nie – alhoewel hy vyvoeg: "Thus it might be that an implied right not to be unfairly dismissed was imported into the common-law employment relationship by s 23 of the Constitution."
7. Dis egter belangrik om daarop te let dat dit hier gegaan het om 'n dienskontrak vir 'n vaste termyn van vyf jaar, en nie 'n sg "permanente dienskontrak" nie. In daardie omstandighede, sê regter Nugent, kan die werknemer skadevergoeding eis as die werkgever kontrakbreuk pleeg. Dit hang af hoe die pleit daar uitsien: sou die werknemer hom beroep op onbillike ontslag en vergoeding ("compensation") eis itv a 191 van die Arbeidswet, sou die geskil verwys moes word na die Arbeidshof; maar as die werknemer hom beroep op die wettigheid al dan nie van die ontslag (d.i. kontrakbreuk), het die HH jurisdiksie. M.a.w. daar is 'n onderskeid te tref tussen "onbillike" ("unfair") en "onregmatige" ("unlawful") ontslag.

¹ 2002 (1) SA 49 (SCA).

² "Subject to the Constitution and s 173, and except where this Act provides otherwise, the labour Court has exclusive jurisdiction in respect of all matters that elsewhere in terms of this Act or in terms of any other law are to be determined by the Labour Court."

8. Froneman AR het in 'n minderheidsbeslissing 'n ander mening gehuldig. Hy het daarop gewys dat die Grondwet spesifiek die reg op billike arbeidspraktyke verskans³, en dat die Arbeidswet gestalte gee aan daardie reg.
9. Artikel 185 van die Arbeidswet gee uiting aan die reg om nie onbillik ontslaan te word nie. "Ontslag" sluit die situasie in waar die werkgewer die dienskontrak met of sonder kennisgewing beëindig het.⁴ Die geskil oor Wolfaardt se diensbeëindiging, sê regter Froneman, is kennelik 'n geskil oor 'n beweerde onbillike ontslag. Daarom moet dit gehanteer word kragtens a 191 van die Wet, en dus het die Arbeidshof uitsluitlike jurisdiksie om dit te hanteer.
10. Teen hierdie onsekere agtergrond was daar verdere skermutselings in die Arbeidshof en verskeie afdelings van die Hooggeregshof, met applikante wat hulle met wisselende sukses na verskillende fora gewend het. In 2008 word dinge tot 'n mate op die spits gedryf met die uitspraak van die Grondwetlike Hof in **Chirwa v Transnet**.⁵
11. Me Chirwa is in 2002 deur Transnet ontslaan. Min het sy geweet dat haar ontslag ses jaar later sou lei tot 'n heftige debat in die hoogste hof van die land. Na haar ontslag het sy 'n geskil verwys na die KVBA (of CCMA) – die gebruikelike en, so sou ons dink, wetlik voorgeskrewe pad om te volg. Maar nadat konsillasie gefaal het, besluit sy (of dalk haar prokureurs) om eerder in die hooggeregshof 'n eis in te stel op die gronde dat die werkgewer – Transnet, 'n staatsorgaan - haar grondwetlike reg op billike administratiewe handeling, soos vervat in die Promotion of Administrative Justice Act (PAJA) geskend het. Die Hooggeregshof gee haar gelyk. Transnet appelleer na die Hoogste Hof van Appèl. Hier bevind die meerderheid dat PAJA nie van toepassing is nie.
12. Op 'n verdere aansoek om verlof tot appèl na die Grondwetlike Hof voer Chirwa aan dat Transnet 'n staatsorgaan is en dat PAJA dus van toepassing is op haar. Die aansoek lei tot drie verskillende uitsprake: 'n meerderheidsuitspraak deur regter Skweyiya (met wie Moseneke, Madala, Ngcobo, Nkabinde, Sachs, Van der Westhuizen en Navsa RR saamstem); 'n verdere uitspraak van Ngcobo R, wat met hom saamstem, maar aanvullende kwessies aanspreek; en 'n verdere uitspraak van Hoofregter Langa (tesame met Mokgoro en O'Regan RR) wat saamstem met die konklusie, maar verskil met die *ratio* en met die konklusie t.o.v. jurisdiksie!

³ A 23

⁴ a 186(a)

⁵ 2008 (4) SA 367 (CC)

13. Skweyiya R bevind dat Me Chirwa se ontslag kennelik op grond van swak werksprestasie was. Sy was dus verplig om haar remedie in die Wet op Arbeidsverhoudinge en die geskilprosedure wat daarin vervat is, te vind. Die Hooggeregshof het nie jurisdiksie nie.
14. Hy verduidelik o.a. sy standpunt soos volg: ⁶“It is my view that the existence of a purpose-built employment framework in the form of the LRA and associated legislation infers that labour processes and forums should take precedence over non-purpose-built processes and forums in situations involving employment-related matters. At the least, litigation in terms of the LRA should be seen as the more appropriate route to pursue. Where an alternative cause of action can be sustained in matters arising out of an employment relationship, in which the employee alleges unfair dismissal or an unfair labour practice by the employer, it is in the first instance through the mechanisms established by the LRA that the employee should pursue his or her claims.” Hy gaan voort: ⁷ “Ms Chirwa’s claim is that the disciplinary inquiry held to determine her poor work performance was not conducted fairly and therefore her dismissal following such inquiry was not effected in accordance with a fair procedure. This is a dispute envisaged by s 191 of the LRA, which provides a procedure for its resolution: including conciliation, arbitration and review by the Labour Court. The dispute concerning dismissal for poor work performance, which is covered by the LRA and for which specific dispute resolution procedures have been created, is therefore a matter that must, under the LRA, be determined exclusively by the Labour Court. Accordingly, it is my finding that the High Court had no concurrent jurisdiction with the Labour Court to decide this matter.”
15. Dis egter belangrik om daarop te let dat deel van regter Skweyiya se *ratio* daarop berus dat Chirwa haar eisosaak in terme van die Wet op Arbeidsverhoudinge opgestel het. Staatsamptenare kan nie geregtig wees daarop om dieselfde geskil in twee verskillende fora aanhangig te maak nie. (Hy het dit onnodig gevind om te beslis of PAJA van toepassing is).
16. Ngcobo R het verder gegaan en gefokus op die vraag of die Arbeidshof konkurrente jurisdiksie met die Hooggeregshof het in hierdie geskil; en of Transnet se handeling neerkom op administratiewe handeling.

⁶ Para [41]

⁷ Para [63]

17. Hy wys daarop dat die Arbeidshof juis tot stand gekom het teen 'n agtergrond van verwarrende en oorvleuelende jurisdiksie wat gelei het tot forumvoorkeure (“forum shopping”). Die doel van a 157(2) van die WAV is juis om die Arbeidshof in staat te stel om arbeidsgeskille te hanteer en oorvleuelende jurisdiksies te vermy. Hy bevind dat Chirwa se ontslag nie 'n administratiewe handeling is nie en dat die Arbeidshof eksklusiewe jurisdiksie het.
18. Die volgende opmerkings van Ngcobo R (soos hy toe was – nou HR Ngcobo)⁸ is belangrik in die konteks van die huidige Wetsontwerp, waaroor ek binnekort meer te sê sal hê (en terloops, hou in gedagte dat HR Ngcobo op sy dag RP van die AAH was): “The declared intention of the LRA is ‘to establish the Labour Court and the Labour Appeal Court as superior courts with exclusive jurisdiction to decide matters arising from the LRA’. These are specialised courts which function in a specialised area of law. They were established by Parliament specifically to administer the LRA. Their primary responsibility is to oversee the ongoing interpretation and application of the LRA and the development of labour relations policy and precedent. Through their skills and experience, judges of the Labour Court and the Labour Appeal Court accumulate expertise which enables them to resolve labour and employment disputes speedily. Indeed, judges of the LC and the LAC are appointed to these courts based upon, amongst other qualifications, their knowledge, experience and expertise in labour law. The appointment of women and men with expertise in labour law to specialised labour courts is to ensure the development of a coherent labour and employment relations jurisprudence. Moreover, the Labour Court is a superior court and has the authority, inherent powers and standing in relation to matters under its jurisdiction equal to that of the High Court.”
19. Langa HR kom tot diselfde gevolgtrekking as Skweyiya R in *Chirwa*, maar op 'n ander grondslag. Wat belangrik is in hierdie opsig, is dat hy bevind dat die kernvraag nie is of die Hooggeregshof jurisdiksie het nie, maar of die applikant se eis op grond van administratiewe handeling – d.i. kragtens PAJA – 'n eisorsaak openbaar. Hy bevind dat die HH wel jurisdiksie het, maar dat die applikant se ontslag nie 'n administratiewe handeling is nie.

⁸ Para [105]

20. Spring vooruit na die Jaar van onse Wereldbeker 2010, en die Konstitusionele Hof kry nog 'n kans om duidelikheid te probeer skep. Dis weer 'n saak wat, soos vele ander, sy ontstaan in die Oos-Kaap het, nl ***Gcaba v Minister of Safety and Security***⁹. Gcaba is 'n stasiebevelvoerder van die SAPD – dus 'n staatsamptenaar. Hy was onsuksesvol in sy aansoek om 'n bevorderingspos. Hy verwys eers 'n geskil na die Bedingingsraad, maar besluit toe om hom eerder tot die Hooggeregshof te wend om die besluit om hom nie aan te stel nie, op hersiening te neem. Die Hooggeregshof besluit dat dit, op grond van *Chirwa*, nie jurisdiksie het nie. Gcaba doen aansoek om verlof tot appel na die Konstitusionele Hof.
21. Hierdie keer is die hof (by monde van Regter van der Westhuizen) eenparig in sy beslissing. Hy bevind dat arbeidsake oor die algemeen nie administratiewe handeling soos bedoel in PAJA, daarstel nie. Dit word gereguleer deur a 33 van die Grondwet (die reg op administratiefregtelik billike optrede) en a 23 (die reg op billike arbeidspraktyke). Interessant genoeg begin hy sy uitspraak deur daarop te wys dat:¹⁰ “One of the purposes of law is to regulate and guide relations in a society. One of the ways it does so is by providing remedies and facilitating access to courts and other fora for the settlement of disputes. ... Yet the legislature, courts, legal representatives and academics often create complexity and confusion rather than clarity and guidance.” Teen hierdie agtergrond poog Vd Westhuizen R om helderheid te verskaf.
22. Wat jurisdiksie betref, wys die hof weer eens daarop dat die WAV die Arbeidshof en ander geskilbeslegtingstrukture daargestel het as 'n spesialis-stelsel om arbeidsgeskille te beoordeel. Die Hooggeregshof, aan die ander kant, behou algemene jurisdiksie oor beweerde inbreuke op grondwetlike regte en administratiefregtelike hersienings. Die jurisdiksie van die Arbeidshof moet verbreed eerder as vernou word om arbeidsake te hanteer.
23. Ten slotte wys die hof op die belangrike beginsel dat jurisdiksie vasgestel moet word op grond van die pleitstukke en nie die meriete nie. Gcaba het nie 'n eisosaak gepleit wat deur die Hooggeregshof beregbaar is nie. In daardie omstandighede het die Arbeidshof jurisdiksie gehad. En weer eens sê die hof: “Forum shopping by litigants is not desirable. Once a litigant has chosen a particular cause of action and system of remedies (for example, the LRA) she or he should not be allowed to abandon that cause as soon as a

⁹ 2010 (1) SA 238 (CC)

¹⁰ Para [1] – [2]

negative decision or event is encountered ... After all, the LRA structures were created for the very purpose of dealing with labour matters.”

24. Rondom dieselfde tyd kon die Hoogste Hof van Appel ook herbesin oor hierdie kwessies in ***Makhanya v University of Zululand***¹¹- miskien ‘n gepaste saak om na te kyk in die konteks van die Universiteit.
25. Prof Makhanya het aangevoer dat hy in diens geneem is kragtens ‘n dienskontrak. Die universiteit het die dienskontrak beëindig en dit kom neer op kontrakbreuk. Hy gaan voort om sy dienste te tender en eis spesifieke nakoming van die universiteit, m.a.w. dat die universiteit moet aanhou om sy salaris te betaal.
26. Die eerste ding wat die universiteit gedoen het (by wyse van ‘n spesiale pleit), is om die Hooggeregshof se jurisdiksie te bevraagteken.
27. Dit, sê regter Nugent, is vreemd (“curious”). Eise om kontrakte af te dwing, is per slot van sake algemeen in die Hooggeregshof. En in elk geval gee a 77(3) van die Wet op Basiese Diensvoorwaardes konkurrerende jurisdiksie aan die HH en die AH om dienskontrakte af te dwing.
28. Nugent AR, in ‘n klaarblyklike poging om nie in die *Chirwa*-strik verstrengel te raak nie, kom tot die gevolgtrekking dat *Chirwa* eintlik glad nie oor jurisdiksie gegaan het nie, maar oor die eisorsaak. Dit doen hy teen die agtergrond daarvan dat die presedentestelsel fundamenteel is tot ons regspraak; maar dat ons nietemin versigtig moet onderskei tussen *ratio* en *obiter dictum*.
29. Die hof in *Makhanya* het geen probleem daarmee dat die WAV spesifieke regte skep, soos die reg om nie billik ontslaan te word nie. Maar hierteenoor, sê Nugent AR, het werknemers ook ander gemeenregtelike regte, soos die reg om ‘n kontrak af te dwing. Potensieel kan ‘n werknemer verskillende regte afdwing in verskillende fora.
30. Dieselfde eisorsaak kan nie in twee fora afgedwing word nie. ‘n Eiser wat dit probeer doen, sal deur die beginsel van *lis pendens* daarvan weerhou word. (of dalk deur ‘n pleit van *res judicata*, as die saak reeds beslis is deur ‘n ander hof). Maar waar ‘n werknemer twee verskillende eisorsake het, kan beide afgedwing word, en indien nodig, in twee verskillende howe.

¹¹ 2010 (1) SA 62 (SCA)

31. Ter opsomming: As die eisorsaak gegrond is op kontrakbreuk, en nie op die reg om nie onbillik ontslaan te word nie, het die Hooggeregshof jurisdiksie, volgens die HHA.
32. Hierdie toutrekkery tussen Bloemfontein en Braamfontein, soos Prof Paul Benjamin dit by geleentheid genoem het, bring ons uiteindelik tot by die HHA se onlangse uitspraak in ***South African Maritime Safety Authority v McKenzie***¹².
33. Die uitspraak is geskryf deur Wallis Wn AR. Met die eerste oogopslag mag 'n leser dit verrassend vind dat Nugent AR saamgestem het met hom, maar dit sal terstond opgeklar word. Die res van die eenparige bank was Mpati P, Mhlantla AR en Leach Wn AR.
34. Ter agtergrond: Mnr McKenzie was in diens van die Suid-Afrikaanse Maritieme Veiligheidsowerheid (SAMSA). [Die booteienaars onder julle sal bekend wees met die owerheid]. Hy is ontslaan en het, nadat hy sy remedies kragtens die Wet op Arbeidsverhoudinge nagejaag het, 'n skikking bereik met die werkgewer wat gelykstaan aan die uitbetaling van 'n jaar se salaris (interessant genoeg, die maksimum kompensasi wat kragtens a 194(1) van die Wet toegestaan kan word – die siniese praktisyn sou dit nouliks as 'n skikking beskou). Maar steeds was hy nie tevrede nie. Hy het 'n verdere kontraktuele eis in die Hooggeregshof ingestel op grond daarvan dat sy dienskontrak onderworpe was aan "...an explicit, alternatively implied, further alternatively tacit term ... that the contract would not be terminated by the defendant or the plaintiff without just cause." Hy het staatgemaak op die eisorsaak dat sy dienskontrak prsedureel en substantief onbillik verbreek is, en skadevergoeding geëis gelykstaande aan R5, 2 miljoen, gebaseer op sy inkomste tot aftrede. [Vir die arbeidsregpraktisyns onder ons kom die woord *chutzpah* by my op).
35. SAMSA het vier spesiale pleite geopper. Dit is van die hand gewys en SAMSA het geappelleer na die HHA.
36. Die eerste pleit was 'n aanval op die jurisdisie van die HH. Dit kom daarop neer dat McKenzie se remedies deur die WAV voorgeskryf word en in die Arbeidshof bereg moet word.
37. Wallis WnAR het uitgewys dat dit in der waarheid nie 'n jurisdiksionele vraag is nie. Hy verwys na *Gcaba* en wys uit dat jurisdiksie berus op die saak wat gepleit is, en nie 'n ander saak wat op dieselfde feitestel berus nie. In McKenzie se geval verlaat hy hom op

¹² 2010 (3) SA 601 (SCA).

kontrakbreuk, en nie op onbillike ontslag nie. Soos die HHA reeds in *Fedlife v Wolfaardt* beslis het, val 'n eis vir skadevergoeding op grond van kontrakbreuk wel binne die jurisdiksie van die Hooggeregshof. Dit is so selfs wanneer die tersaaklike kontrak 'n dienskontrak is.

38. Wat die verweerder eintlik moes pleit, is dat die WAV die uitsluitlike bron is vir remedies vir onbillike ontslag. Dit sou tot gevolg hê dat McKenzie geen kontraktuele eis het nie. Dit is nie 'n jurisdisionele verweer nie, maar 'n verweer tot die geldigheid van die eis wat gepleit is.

39. Met verwysing na die toets vir 'n stilswyende term van 'n kontrak in ons reg, kom die hof tot die gevolgtrekking dat 'n buitestaander sou sê: "Maar die dienskontrak hoef nie 'n term vir ontslag in te sluit nie. Dit word deur die WAV hanteer".

40. Waar 'n Wet 'n reg en 'n remedie skep, is die posisie die volgende:¹³

"We must look at the provisions of the Act in question, its scope and its object, and see whether it was intended when laying down a special remedy that that special remedy should exclude ordinary remedies. In other words, we have no right to assume, merely from the fact that a special remedy is laid down in a statute as a remedy for a breach of a right given under statute, that other remedies are necessarily excluded."

41. Die hof beslis dat, as 'n Wet, behoorlik geïnterpreteer, 'n persoon wat deur 'n regsbreuk daaronder getref word, beperk tot die statutêre remedie, kan daardie persoon nie sy reg op 'n ander wyse afdwing nie. "Both the scope of the right itself and the means of enforcing that right are determined by the intention of the legislation. It follows ... that it is now clearly established that, in order to enforce the statutory right not to be unfairly dismissed as embodied in s 185 of the LRA, an injured party must have resort to the tribunals established under the LRA, being either the CCMA or in some instances the Labour Court."¹⁴

42. Die hof bevind dat die Wet geen kontraktuele implikasies het nie. "The LRA was enacted in order to give effect to the labour rights now guaranteed by s 24 of the Constitution, and in particular the right to fair labour practices. One of the most important rights flowing from that constitutional guarantee is the right not to be unfairly dismissed, embodied in s 185 of the LRA. Where an employee claims that their dismissal is unfair,

¹³ *Coetzee v Fick* 1926 TPD 213 op 216; *Da Silva v Coutinho* 1971 (3) SA 123 (A) 135F

¹⁴ SAMSA para [16] at 612 E-F

whether substantively or procedurally, or that they have been subjected to an unfair labour practice, the LRA establishes the mechanism for resolving disputes arising from that claim. In the case of an unfair dismissal it also specifies the remedies that are available to an aggrieved employee and, where that remedy consists of compensation, establishes limits on the amount of such compensation. The statutory mechanism for resolving disputes over unfair dismissals is by way of conciliation and, if that fails, arbitration before the CCMA or adjudication before the Labour Court.”

43. Regsvergelykend verwys die hof ook na uitsprake in Kanada en Brittanje. Eerstens het Brennan HR in Kanada hom soos volg uitgelaat in *Byrne v Australian Airlines*, ‘n saak waar twee werkgewers wat ontslaan is, ook skadevergoeding wou eis benewens hul remedies onder die Industrial Relations Act:

“In a system of industrial regulation where some, but not all, of the incidents of an employment relationship are determined by award, it is plainly unnecessary that the contract of employment should provide for those matters already covered by the award. The contract may provide additional benefits, but cannot derogate from the terms and conditions imposed by the award and ... the award operates with statutory force to secure those terms and conditions. Neither from the point of view of the employer nor the employee is there any need to convert those same statutory rights and obligations to contractual rights and obligations. There is, therefore, an insuperable obstacle in the way of the appellants’... argument that the terms of an award... are implied terms in the contract of employment.”

44. Die House of Lords het tot dieselfde gevolgtrekking gekom in *Johnson v Unisys Ltd*. Die “Employment Tribunal” – soortgelyk aan die CCMA – het aan die werknemer kompensasië toegeken vir onbillike ontslag. Hy was ontevrede met die bedrag en het skadevergoeding geëis gebaseer op ‘n “implied term of trust and confidence” in alle dienskontrakte.

45. Lord Hoffmann het hom soos volg uitgelaat:

“My Lords, this statutory system for dealing with unfair dismissals was set up by Parliament to deal with the recognised deficiencies of the law... The remedy adopted by Parliament was not to build upon the common law by creating a statutory implied term that the power of dismissal should be exercised fairly or in good faith, leaving the courts to give a remedy on general principles of contractual damages. Instead, it set up an

entirely new system outside the ordinary courts, applying new statutory concepts and offering statutory remedies... For the judiciary to construct a general common-law remedy for unfair circumstances atedning dismissal would be to go contrary to the evident intention of Parliament that there should be such a remedy but that it should be limited in application and extent.”

46. Wallis WnAR het met hierdie sentiment saamgestem, en bygevoeg: “There is the further bar in South Africa that the legislation in question has been enacted in order to give effect to a constitutionally protected right, and therefore the courts must be astute not to allow the legislative expression of the constitutional right to be circumvented by way of the side-wind of an implied term in the contracts of employment.” Met verwysing na onlangse kommentaar dat die dienskontrak ‘n algemene term van billikheid vervat, stem hy saam met Prof Halton Cheadle dat, aangesien werkers deur die WAV beskerm word, a 8(3) van die Grondwet nie noodsaak dat die reg op billike arbeidspraktyke ingevoer word as ‘n stilswyende of implisiete term van die dienskontrak nie. Hy onderskei die uitsprake in *Old Mutual v Gumbi* en *Boxer Superstores v Mbenya* deur te sê dat, insoverre die HHA skynbaar in daardie sake die teenoorgestelde mening gehuldig het, dit *obiter* was. En met verwysing na *Murray v Minister of Defence* sê hy: “Murray seems to me to be authority for no more than the proposition that an employee who is not subject to the LRA enjoys the same right as other employees not to be constructively dismissed, whatever else may have been said *en passant*”.
47. Ter samevatting, dan, beslis die HHA dat McKenzie se eis van die hand gewys word – nie omdat die HH nie jurisdiksie het nie, maar omdat hy nie ‘n eisorsaak openbaar op grond van die dienskontrak nie.

DIE WETSONTWERP OP DIE HOËR HOWE

48. Teen die agtergrond van hierdie *excursus* deur die jurisdiksionele en jurisprudensiele moeras, wat hopelik nou gereduseer is tot 'n modderpoel waardeur ons ons weg kan baan sonder vierwielaandrywing, bring dit ons dan by die Wetsontwerp op Hoër Howe, oftewel die Superior Courts Bill, wat tans voor die Parlement dien.
49. Hierdie Wetsontwerp is, in 'n vorige gedaante, reeds in Augustus 2003, d.i. sewe jaar gelede, ter tafel gelê. 'n Week kan 'n lang tyd wees in die politiek, maar sewe jaar skynbaar nie. Die Wetsontwerp het vervaag onder die vorige Minister van Justisie, totdat dit post-Polokwane verrys het uit die as. Daar was ook verdere gesprekke met die regbank om sekere kommerwekkende aspekte aan te spreek. Ek spits my in hierdie praatjie toe op die aspekte van die Wetsontwerp wat te doene het met die jurisdiksie en voortbestaan van die Arbeidshof. Die kontensieuse aspekte oor die beheer oor die howe is tot 'n groot mate besleg tussen die Hoofde van die Howe aan die een kant en die Ministerie aan die ander kant.
50. Soos die Wetsontwerp tans daar uitsien, maak dit voorsiening vir die Arbeidshof in 'n ander gedaante, nl die "Labour Matters Special Division". Wat voorsien word, is 'n spesialis-afdeling van die Hooggeregshof wat nasionale jurisdiksie behou, maar met regters wat deur elke Afdeling (d.i. die ou provinsiale afdelings in 'n nuwe gedaante) aan die Arbeidsafdeling toegewys word. Die Hoofregter moet 'n lys name van regters in elke Afdeling saamstel aan wie "arbeidsake" toegewys sal word. Hierdie lys moet die Hoofregter saamstel in oorleg met die Regter-President van die Arbeidsafdeling en NEDLAC.
51. Die definisie van "labour matters" in die Wetsontwerp is: "Any justiciable matter, excluding any criminal proceedings, arising out of the application of:
- a. The LRA
 - b. The BCEA
 - c. The Unemployment Insurance Act
 - d. The Skills Development Act
 - e. The Employment Equity Act
 - f. OHS Act
 - g. COIDA
 - h. And any other Act the administration of which has been assigned to the cabinet member responsible for labour.

52. Die Labour Matters Special Division bestaan uit regters wie se name op 'n lys geplaas word¹⁵: “The Chief Justice must from time to time enter the names of judges of the SCA and the High Court on a list of judges for the hearing of labour matters.”
53. En verder: “The name of a judge may be entered on [the list] if, after consultation with the Head of Court of the judge concerned (if applicable) and NEDLAC, the Chief Justice is satisfied that ... the judge ... has suitable knowledge of and expertise in labour matters.”
54. As dit blyk tydens verhoor in algemene afdeling van die HH dat dit 'n arbeidsaak is, kan enige party 'n aansoek bring dat dit verwys word na LMSD.¹⁶
55. Die Labour matters Special Division behou landswye jurisdiksie oor “labour matters”.¹⁷
56. Toegang tot die howe word vergemaklik – 'n party in die arbeids-afdeling kan steeds verteenwoordig word deur 'n vakbondbeampte of werkgewers-organisasie.¹⁸
57. Bestaande reëls van die Arbeidshof bly vir eers voortbestaan¹⁹.
58. Maar nòg die regters van die Arbeidshof nòg die Hoofde van die ander Howe het veel ooghere vir hierdie voorstel soos dit tans daar uitsien. Ons voorstel is dat die Arbeidshof bly voortbestaan in sy huidige vorm. In die afgelope jaar is vier nuwe regters en 'n nuwe Regter-President, Dunstan Mlambo, aangestel op aanbeveling van die RDK en NEDLAC. Dit sal baie help om die lang verdragings wat met reg gekritiseer is in die onlangse verlede, te ondervang. Die rasionaal vir 'n spesialis-hof is steeds daar. En dit is uit die aard van die saak moeilik om spesialiste aan te stel in die algemene afdeling van die HH, net om hulle dan op die lys van arbeidsregters te plaas – regters word dikwels deur die RDK voorgestel juis omdat hulle algemene ondervinding het.
59. Maar wat van die argument oor toegang tot die howe? Tans sit die Arbeidshof net in Johannesburg (d.i. Braamfontein), Kaapstad, Durban en Port Elizabeth. Ek sien dikwels werkers voor my wat van so ver as Springbok en Kimberley moet reis om by die hof uit te kom, teen groot koste. En wat van Bloemfontein, Oos-Londen, Mthatha, Nelspruit, Polokwane? Die antwoord is relatief eenvoudig: Arbeidsregters reis in elk geval. Ons is

¹⁵ Sien a 8(3) en a 8(4)

¹⁶ Sien a 19(1)(b)

¹⁷ sien a 32(d)

¹⁸ a 24(6)

¹⁹ a 63

bereid om die opoffering te maak om op rondgaande hof te gaan en, sê maar, een week per maand te roteer om in daardie plekke te gaan sit, waarskynlik in een van die bestaande howe waar die HH 'n setel het.

60. Wat van die Arbeidsappèlhof (LAC)? A.g.v. 'n grondwetlike anomalie is daar nou 'n verdere appèl van die AAH na die HHA – sien a 168(3) van die Grondwet. Om die AAH te behou, sal 'n grondwetlike wysiging genoodsaak. Dis nie onwerkbaar nie, maar skynbaar is die regerende party onwrikbaar in sy houding dat die AAH moet verdwyn.
61. Wat voorsien word, is 'n appèl van die Arbeidshof (of dan, die Labour Matters Special Division) na 'n volbank van die HH. (Sien aa 24 en 26). Vandaar is daar 'n verdere appèl na die HHA (SCA), en weer eens word voorsiening gemaak vir 'n lys regters op die HHA met spesialiskennis van arbeidsake: sien a 8(4)(a) en a 18(2) en voetnota. Die WAV word gewysig om die LAC te definieer as: “The LAC means the SCA when dealing with a matter arising from the application of this Act”.
62. Die standpunt van die regters van die Arbeidshof is dat die hof moet voortbestaan as 'n selfstandige, funksionele afdeling van die Hooggeregshof, bestaande uit regters wat spesifiek op daardie hof aangestel word. Ons sou ook verkies dat die Arbeidsappèlhof behou word as 'n selfstandige Appèlhof met dieselfde status as die HHA, m.a.w. met 'n verdere appèl wat net moontlik is na die Konstitusionele Hof.
63. Hierdie voorstelle is getrou aan die oorspronklike redes vir die grondslag vir die resoluë van arbeidsgeskille, soos vervat in die Verduidelikende Memorandum van 1995, m.a.w.
- a. 'n Afsonderlike geskilbeslegtingstelsel wat vinnig, doetreffend en relatief goedkoop en toeganklik moet wees;
 - b. 'n Geïntegreerde stelsel met die fokus op konsiliasie aan die begin en beregting deur die Arbeidshof op sy hoogtepunt; en
 - c. 'n Meer informele stelsel vir beregting wat dit meer toeganklik maak vir werkers, vakbonde en werkgewers.
64. Anders as die Spesialisafdelings soos die Belastinghof en die Grondeise-hof, is die Arbeidshof se werk deurlopend, en nie sporadies nie. In 2009 is omtrent 9 852 sake na die Arbeidshof verwys. Dit maak eenvoudig nie sin vir “deelydse” regters van die algemene afdelings van die HH om hierdie werklading onder hulle te versprei nie.

65. 'n Verdere struikelblok in die voorgestelde model is dat regters wat aan die spesialisafdeling toegewys word, verantwoordbaar sal wees teenoor twee regters president, nl die Arbeidsafdeling sowel as die Algemene Afdeling waar hulle diens doen. Die kanse op spanning tussen die twee, gegewe die werkslading op ons howe in die algemeen, is klaarblyklik.
66. Laastens behoort toegang tot die reg vergemaklik te word deur die stelsel te behou waar die Arbeidshof afsonderlik funksioneer en waarin vakbondbeamptes, verteenwoordigers van werknemersorganisasies en individue wat hulself verteenwoordig, teen hierdie tyd gemakliker voel as in die Hooggeregshof.

Ander jurisdiksies²⁰

67. 'n Afsonderlike stelsel van spesialis-howe vir arbeidsake is natuurlik nie ongehoord nie. In Duitsland, byvoorbeeld, bestaan die *Arbeitsgericht* – maar ook daar is 'n debat aan die gang oor die moontlike herintegreer van hierdie howe in die algemene hofstelsel.²¹ In daardie jurisdiksie geniet die afsonderlike stelsel van arbeidshowe die steun van die vakbonde en besigheid – soortgelyk aan die steun van NEDLAC vir 'n spesialishof in Suid-Afrika.
68. In Engeland word arbeidsake meestal aangehoor deur die Employment Tribunal, met 'n ingeboude appèl stelsel. Die tribunaal het jurisdiksie oor onbillike ontslag, afleggings, oordrag van besighede (“transfer of undertakings”, soortgelyk aan a 197 van ons Arbeidswet). Diskriminasie-kwessies in die werksopset ens. Dit sluit ook kontraktuele eise binne die raamwerk van die dienskontrak in. Die tribunaal is op die oog af soortgelyk aan ons KVBA (CCMA); die EAT is egter op dieselfde vlak as die High Court, m.a.w. soortgelyk aan ons Arbeidshof.
69. In Kanada vind ons 'n “labour relations tribunal” en in die VSA die National Labour Relations Board. Hierdie tribunale is egter ook op die vlak van die KVBA eerder as die Hooggeregshof in ons stelsel. Die Noord-Amerikaanse stelsels is nie werklik vergelykbaar met ons s'n nie.

²⁰ Ek is dank verskuldig aan Mariska Botha, navorsingsassistent in die Dept Handelsreg, vir haar navorsing hieroor.

²¹ Prof Manfred Weiss, aangehaal in Steenkamp, “W(h)ther the Labour Courts?” (2006) 27 *ILJ* 18

70. In Australië was daar interessant genoeg ook 'n omwenteling in 1996 toe die Workplace Relations Act gepromulgeer is. In vier state is die eerste vlak van geskilbeslegting dmv konsiliasie en arbitrasie, soortgelyk aan die KVBA. Daarbenewens het die Federale Hof jurisdiksie oor spesifieke sake, met inbegrip van onbillike ontslag, soos voorgeskryf in die Workplace Relations Act.

Konklusie

71. Hierdie terloopse verwysings na ander jurisdiksies is egter wat my betref nie die deurslaggewende faktor nie. Veel belangriker is dat ons ons eie model geskep het – een waarin die drie belangrikste partye wat die stelsel gebruik, nl arbeid, werkgewers en die staat, dmv NEDLAC 'n belangrike speel. Ten slotte, dan, lyk dit vir my asof die stelsel van 'n spesialishof vir arbeidsake een is wat sy plek verdien in die Suid-Afrikaanse regslandskap. Die probleme wat tot dusver ondervind is, weeg nie op teen die voordele van die stelsel nie. Dit sou jammer wees om die vertroue wat die publiek, vakbonde en werkgewers m.i. in die Arbeidshof opgebou het, tot niet sou gaan. Die tendens n ons regstelsel en in die akademie is, lyk dit vir my, ten gunste van spesialisering eerder as 'n wegbeweeg daarvandaan. Dit behoort aangemoedig eerder as ontmoedig te word deur toe te sien dat 'n selfstandige Arbeidshof uitsluitlike jurisdiksie oor arbeidsake behou.

Anton Steenkamp

Regter van die Arbeidshof

Morti Malherbe-gedenklesing, Universiteit Stellenbosch, 22 September 2010