



REPUBLIEK VAN SUID-AFRIKA

Rapporteerbaar
Van belang vir ander regters

DIE ARBEIDSHOF VAN SUID-AFRIKA, KAAPSTAD

UITSPRAAK

SAAKNOMMER: C 881/2014

In die saak tussen:

William JAMES

Eerste applikant

Thomas BARRY

Tweede applikant

en

ESKOM HOLDINGS BPK

Eerste Respondent

KVBA

Tweede Respondent

DANIEL DU PLESSIS

Derde Respondent

Verhoor: 13 Augustus 2015

Uitspraak: 7 Desember 2015

Opsomming: Hersiening op grond van ongeldigheid i.p.v. onbillikheid.

Aansoek van die hand gewys op grond van *Edcon v Steenkamp* 2015 (4) SA 247 (A).

UITSPRAAK

STEENKAMP R

Inleiding

- [1] Die applikante, Mnr James en Barry, is ontslaan deur die eerste respondent, Eskom. 'n Kommissaris van die KVBA¹, Mnr Daniel Pretorius², het bevind dat die ontslag vir 'n billike rede geskied het, maar nie kragtens 'n billike proses nie. Vir die prosedurele onbillikheid het hy aan die twee applikante vergoeding van R20 000 elk toegeken.
- [2] Die applikante wil die beslissing laat hersien kragtens artikel 145 van die Wet op Arbeidsverhoudinge³. Hulle voer aan dat hul ontslag ongeldig is, en nie bloot onbillik nie; dat dit van geen regsrag is nie; en dat Eskom gelas moet word om hulle terugwerkend in hul poste te herstel.
- [3] Ek het hierdie saak op 13 Augustus 2015 aangehoor. Uitspraak word gelewer op 7 Desember 2015. Die rede vir die geruime tydsverloop tussen verhoor en uitspraak is dat die eerste respondent sterk steun op die uitspraak van die Arbeidsappèlhof in *Edcon v Steenkamp*.⁴ Daardie uitspraak is op verdere appèl geneem na die Konstitusionele Hof. Ek het aangedui dat ek op die bindende gesag van die Konstitusionele Hof sou wag voordat ek uitspraak gee in hierdie saak. Daardie hof het die appèl aangehoor op 8 September 2015. Op hierdie stadium, drie maande later en op die vooraand van die jaarlikse reses, het daardie hof nog nie uitspraak gegee nie. Ten einde die partye nie langer te laat wag en hierdie uitspraak te laat oorstaan tot na die reses nie, het ek dus besluit om uitspraak te gee met verwysing na die gesag van die Arbeidsappèlhof en sonder die leiding van die hoogste hof.

Agtergrond

- [4] Eskom is 'n openbare maatskappy in staatsbesit, geskep volgens Wet 13 van 2001, en die nasionale elektrisiteitsverskaffer. Die applikante, Mnr William James en Thomas Barry, het by Eskom se depot op Worcester gewerk. Hulle was lede van die National Union of Mineworkers (NUM).

¹ Kommissie vir Versoening, Bemiddeling en Arbitrasie (die tweede respondent).

² Die derde respondent.

³ Wet 66 van 1995.

⁴ 2015 (4) SA 247 (LAC).

- [5] Die applikante is ontslaan nadat hulle waatlemoene gesteel het. Hulle was aan diens as tegnisi. Hulle het in 'n Eskom-bakkie na ene Bock se plaas buite Rawsonville gery, die waatlemoene gesteel, en Bock het hulle betrap.
- [6] Eskom het 'n dissiplinêre verhoor gehou. Die voorsitter het bevind dat hulle summier ontslaan moet word. Hulle het geappelleer. Die appèlvoorsitter het die sanksie van ontslag vervang met onbetaalde skorsing vir twee weke. Die applikante het diens hervat, maar twee weke later het die algemene bestuurder van Eskom Wes-Kaap op sy beurt die sanksie van die appèlvoorsitter tersyde gestel. Hy het die applikante meegedeel dat die sanksie van ontslag steeds van krag is.
- [7] NUM het 'n geskil van onbillike ontslag na die KVBA verwys. By die arbitrasie is die applikante verteenwoordig deur Me Tapiwa Ralehoko van Cheadle Thompson & Haysom. Eskom is verteenwoordig deur die huidige prokureur wat hierdie aansoek teengestaan het, Mnr José Jorge van Norton Rose Fulbright. Die arbiter, Mnr Daniel du Plessis (die derde respondent), het bevind dat die ontslag vir 'n billike rede geskied het, maar nie volgens 'n billike proses nie. Die rede daarvoor was dat Eskom nie die dissiplinêre kode gevolg het nie. Vir die prosedurele onbillikheid het hy aan elk vandie twee appliaknte vergoeding van R20 000 toegestaan.

Hersieningsgronde

- [8] Die applikante voer aan dat hul ontslag ongeldig was en van geen regskrag nie. Die rede daarvoor, sê hulle, is dat die dissiplinêre kode 'n kollektiewe ooreenkoms tussen Eskom en NUM is; dat dit dus deel vorm van die dienskontrakte van werknemers soos James en Barry; dat hulle nie regsgeldiglik ontslaan is nie; en dat die arbiter nie die regsbevoegdheid gehad het om die arbitrasie aan te hoor nie en dus *ultra vires* opgetree het.
- [9] Ter opsomming, dus, voer die applikante aan dat die arbitrasietoekenning hersien moet word in terme van a 145(2)(iii) van die Wet.

Bespreking

[10] Die applikante se saak berus op twee gronde:

10.1 Hul ontslag was nie regsgeldig nie.

10.2 Die arbiter het nie jurisdiksie gehad nie en het buite sy magte opgetree.

[11] Eskom doen aan die hand dat:

11.1 die arbiter jurisdiksie gehad het om die geskil voor hom aan te hoor, synde 'n geskil oor 'n beweerde onbillike ontslag;

11.2 hierdie Hof nie jurisdiksie het om oor die toepassing van die kollektiewe ooreenkoms te beslis nie; en

11.3 dat die Hof in elk geval nie spesifieke nakoming kan beveel nie aangesien die applikante oneerlik was en nie op hul dienskontrak – wat hulle verbreek het – kan staatmaak nie.

Was die ontslag regsgeldig?

[12] Ten einde te beslis of die ontslag regsgeldig was – en dus of die KVBA jurisdiksie gehad het oor die vraag of daar 'n billike ontslag was – is die toets wat hierdie Hof moet toepas nie of die beslissing van die arbiter redelik was nie⁵, maar of dit korrek was.⁶

[13] Die applikante voer aan dat die dissiplinêre kode (DP) van Eskom deel is van die kollektiewe ooreenkoms met NUM; daarom deel van hul dienskontrakte; end at hul ontslag strydig was met die DP, daarom ongeldig en nietig. Hulle betoog verder dat Eskom 'n stislwyende ooreenkoms met hulle bereik het tot die effek dat hulle, na hul suksesvolle appèl, net twee weke se skorsing sonder betaling opgelê is.

[14] Mnr *Rautenbach* het ter ondersteuning van sy betoog verwys na *Hendricks v CPUT*⁷ waarin die Hof beslis het dat, waar 'n dissiplinêre kode

⁵ Soos uiteengesit in *Sidumo v Rustenburg Platinum Mines Ltd* (2007) 28 ILJ 2405 (CC).

⁶ *SARPA v SA Rugby (Pty) Ltd* [2008] 9 BLLR 845 (LAC); *Sanlam Life Insurance Ltd v CCMA* (2009) 30 ILJ 2903 (LAC) te 2908.

⁷ (2009) 30 ILJ 1229 (C).

deel is van 'n dienskontrak en die werkgewer nie daarvolgens optree nie, die versuim tot nietigheid van 'n ontslag in terme van so 'n prosedure lei.

[15] In hierdie geval wys Mnr *Rautenbach* daarop dat die DP verskeie gebiedende klousules bevat, bv:

15.1 "This procedure shall apply throughout Eskom Holdings Ltd..."

15.2 "Parties using this procedure shall apply..."

15.3 "An employee shall, during all disciplinary proceedings, be entitled to be assisted or advised by a representative."

15.4 "A written notice advising the employee of the alleged misconduct ..., process to be followed (enquiry, hearing or pre-dismissal arbitration), the particulars relating thereto ... shall be furnished to the employee..."

15.5 "...the manager shall prepare for an adversarial approach."

15.6 "The parties must exchange all relevant documents..."

[16] Die DP maak dit duidelik dat werknemers die reg op appèl het – 'n reg wat die applikante uitgeoefen het. Daar is egter geen melding daarvan dat die appèlvoorsitter slegs 'n aanbeveling kan maak wat deur Eskom se topbestuur ongedaan gemaak mag word nie. Die applikante voer aan dat die algemene bestuurder *ultra vires* opgetree het deur die appèlbesluit omver te werp en dat sy besluit om James en Barry te ontslaan, ongeldig is.

Het die arbiter jurisdiksie gehad?

[17] Die vraag of die arbiter jurisdiksie gehad het, is nou verweef met die vraag of James en Barry se ontslag regsgeldiglik plaasgevind het. As dit nie gebeur het nie, het Mnr *Rautenbach* betoog, was daar geen ontslag nie en die KVBA het geen regsbevoegdheid gehad om 'n onbillike ontslagsaak aan te hoor nie.

[18] In hierdie verband het hy gesteun op *NEHAWU v University of Transkei*⁸ waar die hof hom soos volg uitgelaat het:

⁸ [1999] 3 BLLR 244 (LC).

“At the outset of the hearing it was agreed that the application would be argued in two stages as the first stage might dispose of the matter. The first stage relates to the validity of the dismissal or, more accurately, whether in law there has been a dismissal. The second relates to the fairness of the dismissal, if there has been one.”

- [19] Daardie saak is met goedkeuring aangehaal deur die Arbeidsappèlhof in *Revan Civils v NUM*⁹ in die konteks van die vraag of die werknemers in daardie saak regsgeldig ontslaan is in terme van die bepalings van a 189A van die WAV. Die hof steun op sy beurt op die vroeëre beslissing in *De Beers Group Services (Pty) Ltd v NUM*¹⁰ om te bevestig dat voortydige kennisgewings onder a 189A(8) en die daaropvolgende ontslag ongeldig en sonder regspraak is.
- [20] Mnr *Rautenbach* se steun op die *De Beers*-beginsel is egter ongedaan gemaak deur die ongewone stap van die Arbeidsappèlhof om sy eie bevindings in *Revan* en *De Beers* omver te werp in die onlangse uitspraak in *Edcon v Steenkamp*.¹¹ Soos ek in die inleiding uitgewys het, is daardie saak op verdere appèl deur die Konstitusionele Hof aangehoor op 8 September 2015; maar tot op hede, drie maande later en op die vooraand van reses, het die hoogste hof nog nie uitspraak gegee nie, en hierdie Hof is gebonde aan die nuutste regspraak van die Arbeidsappèlhof in *Steenkamp*.
- [21] Gegewe die feit dat die applikante in hierdie saak op die vorige regspraak van die Arbeidsappèlhof in *Revan* en *De Beers* gesteun het, is dit ongelukkig nodig om ‘n aansienlike gedeelte van daardie hof se latere uitspraak in *Steenkamp* aan te haal ten einde die *ratio* van daardie beslissing toe te pas op die feite van hierdie saak:

“[37] ... The Labour Appeal Court in *De Beers*, without any elaboration of reasoning, assumed that because the notices of termination did not comply with the statutory requirements, it axiomatically followed that the dismissals were invalid and of no force and effect. The proposition is debatable and possibly wrong.

⁹ (2012) 33 *ILJ* 1846 (LAC).

¹⁰ (2011) 32 *ILJ* 1293 (LAC).

¹¹ Hierbo voetnoot 4.

...

[38] The failure by an employer to give proper or valid notice of termination to an employee can be construed as a breach of contract and if material may result in a wrongful or unfair termination of employment, entitling the employee to invoke the remedies either of specific performance or damages for wrongful termination; or reinstatement, re-employment or compensation (in terms of section 193 of the LRA) for unfair dismissal. Where the failure to give valid notice is in breach of a statutory provision as well, the breach will be a violation of the principle of legality, perhaps allowing the employee to challenge the lawfulness of the action by means of review proceedings. A review of a decision to terminate employment leading to a declaration of invalidity is not unknown in our law and is predicated upon the general principle that acts carried out in the performance of a statutory duty or obligation must be performed in accordance with the requirements of the statute, failing which they are liable to be set aside by the courts because acts performed contrary to law are ordinarily void.

[38] Early in the last century, our courts followed the thinking of English law to hold that the remedy of specific performance was not available to aggrieved employees suing for wrongful dismissal. The consequence of this view was that any termination of an employee's contract of employment by his employer, no matter how wrongful or unfair, had the practical effect of putting an end to the employment relationship (a concept broader than and different to a contract of employment) as the employee was restricted to seeking damages. It followed that a dismissal of an employee did not need to be lawful or valid to terminate the employment relationship or to constitute a dismissal. Hence, in the employment context, somewhat abnormally, a contract of employment could be regarded as at an end by the employer rejecting the continued use of the services of the employee and refusing to pay remuneration, even though lawful cancellation had not occurred.

[39] The remedies for unfair dismissal introduced in our labour legislation during the 1980's, now contained in Chapter 8 of the LRA, altered the range of remedies available to employees, by including most notably the right to seek reinstatement.

[40] The implicit acceptance by the Appellate Division in *Schierhout v Minister of Justice*¹² that a wrongful or “invalid” termination can in effect bring a contract of employment to an end has however persisted in our labour law. The notion is comprehended in the definition of “dismissal” in section 186 of the LRA which defines a dismissal to mean inter alia “an employer has terminated a contract of employment with or without notice”. The statutory concept of a “dismissal” is not the equivalent of a lawful cancellation of a contract of employment. It encompasses much more. Besides the termination of a contract of employment with or without notice, it includes the failure to renew a fixed term contract in certain circumstances, the refusal to allow an employee to resume work after taking maternity leave, selective non re-employment and a resignation by an employee where the continuation of the relationship has been rendered intolerable by the employer. The statutory concept of dismissal is therefore not restricted to the contractual notion of lawful cancellation and recognises that contract law is an insufficient instrument to regulate the modern employment relationship. The purpose of the wide definition of “dismissal” is to extend the LRA’s scope to cover the effective dismissal of employees, whether or not by due termination of their contracts of employment. A wrongful termination without notice which does not constitute a lawful cancellation or rescission of the contract may therefore still constitute a dismissal in terms of the LRA.

[41] The definition of dismissal is thus wide enough to include a wrongful or “invalid” termination in violation of contractual or statutory notice periods within its ambit. The word “terminated” in section 186(1)(a) of the LRA should be given its ordinary meaning of “bringing to an end”. The ordinary meaning is not coloured by the lawfulness, fairness or otherwise of the action. The fact that a remedy may exist to redress any wrongfulness or unfairness does not per se alter the consequence of an ending brought about by the employer’s action. As a rule, a wrongful or unfair termination will only be reversed (and the contractual rights and obligations restored) by the grant of the remedy of specific performance or an award of retrospective reinstatement at the discretion of the court. The resultant legal position is not unlike that prevailing in administrative law where a

¹² 1926 AD 99 at 110.

declaration of illegality will not have the inevitable consequence that wrongful action will be declared invalid and set aside.

[42] Despite the approach taken by the Appellate Division in *Schierhout* to the contractual remedy of specific performance, it went on to hold that a distinction needed to be drawn in cases of employment in the public service which although primarily contractual were subject to statutory regulation. The effect of this, as we have mentioned, was “to bring into play a fundamental principle of our law namely that a thing done contrary to a statutory prohibition is void and of no effect”. The dismissal of a public servant in contravention of the statute governing his employment could be declared invalid and set aside. The same would apply by extension to any employee whose employment is regulated in part by statutory provisions like those in this case. The *De Beers* principle is predicated upon this notion. A declaration of invalidity however only entitled an employee to claim payment of his salary but did not constitute an order of specific performance ad faciendum. The character of a dismissal in contravention of statutory provisions, as a consequence, was more voidable than void by reason of the discretionary nature of the remedies available.

[43] This case, as already explained, is concerned with whether non-compliance with the notice and procedural provisions of section 189A of the LRA should result in a declaration of invalidity and an entitlement to reinstatement on that ground.

...

Where one is concerned with the enforcement or breach of statutory duties, as opposed to mere contractual terms, the question must be resolved with reference to the provisions of the applicable statute, its purpose and any remedies which the statute has appointed to redress breach of the statutory obligations it has imposed. The general principle of our law, applied in the employment context by Innes CJ in *Schierhout*, that a thing done contrary to the direct prohibition of the law is void and of no effect, no longer applies in all cases. More recent cases have ruled that whether that is so will depend upon the proper construction of the particular legislation. In addition, our law now seeks to maintain a clearer divide between the law regulating administrative action and that applicable to unfair labour practices, as mandated by the discrete constitutional provisions and statutes applicable to such action.

...

[49] ... A termination by an employer without giving proper or valid notice is still a dismissal. It may prove to be a wrongful or unfair dismissal, but it is a dismissal nonetheless. As explained earlier, wrongful or unfair dismissals will have the consequence of bringing a contract of employment to an end unless and until a court orders specific performance or retrospective reinstatement. The LRA thus clearly recognises what has been termed “a premature termination” to constitute a dismissal. The ideas of nullity, voidness and invalidity are inconsistent with that scheme.

[50] The *De Beers* principle introduces the anomaly that a conventional dismissal will be removed from the scope of Chapter 8 of the LRA altogether and will not be assessed on the basis of fairness, merely because it was procedurally premature and branded as invalid. The categorisation of the dismissal as invalid leads automatically to reinstatement, a sanction not in keeping with the purpose of the LRA. Section 193(2)(d) of the LRA for instance makes it clear that reinstatement is not a competent remedy for procedural unfairness. A declaration of invalidity and consequential relief in the form of automatic reinstatement on the grounds of procedural non-compliance is therefore inconsistent with the intention of the legislature to generally limit relief for procedural lapses. Other remedies exist to deal with the problem of prematurity which in their application will lead to more proportionate and less capricious consequences in keeping with the aim of the LRA to promote orderly collective bargaining and the effective resolution of labour disputes.

...

[56] In the premises, we are persuaded that non-compliance with section 189A(8) of the LRA was not intended by the legislature to result in the invalidity or nullity of any ensuing dismissals. Consequently, we are of the opinion that the decisions in *De Beers Group Services (Pty) Ltd v NUM* and *Revan Civil Engineering Contractors and Others v NUM* were wrongly decided.”

[22] Dit blyk dat die Arbeidsappèlhof dit nou onomwonde gestel het dat die nienakoming van statutêre verpligtinge – wat normaalweg ‘n onregmatige

ontslag sou daarstel – nie sonder meer lei tot nietigheid en outomatiese herindiensstelling nie.

- [23] Dit is presies die omstandighede, feite- en regsgrondslag van hierdie saak. James en Barry sê dat hul ontslag onregsgeldig en daarom nietig is. Maar die WAV skryf ander remedies voor vir wat dit beskryf as 'n prosedureel onbillike ontslag, soos die geval in *Steenkamp*.
- [24] In hierdie geval het die NUM, namens James en Barry, 'n geskil oor 'n beweerde onbillike ontslag na die KVBA verwys. Dit is inderdaad die raamwerk wat die Wet voorskryf vir geskilbeslegting in die arbeidsfeer. Daar kan geen twyfel wees dat die KVBA en die arbiter jurisdiksie gehad het om die geskil voor hom te besleg nie, d.i. die geskil oor 'n beweerde onbillike ontslag wat die applikante verwys het. Die arbiter het bevind dat die ontslag vir 'n billike rede geskied het, maar nie ooreenkomstig 'n billike proses nie. Dit is waarom hy aan James en Barry vergoeding van R20 000 elk toegestaan het.

Gevolgtrekking

- [25] Op grond van die huidige regspraak in *Steenkamp* waaraan hierdie Hof gebonde is, het die arbiter jurisdiksie gehad om die saak voor hom aan te hoor. Dit was 'n geskil oor 'n beweerde onbillike ontslag. Die feit dat die ontslag moontlik onregmatig of onregsgeldig was, het nie tot die nietigheid daarvan gelei nie; die werknemers het die voorgeskrewe prosedure gevolg om dit na die KVBA te verwys om te besluit of dit onbillik was. Die KVBA het dus jurisiksie gehad vir die arbitrasie.
- [26] Die arbiter het bevind die ontslag was wel prosedureel onbillik. Hy het sy diskresie uitegeoefen om gepaste vergoeding toe te staan. Hy het ook bevind dat die ontslag substantief billik was. Gegewe die werknemers se oneerlikheid, was dit 'n redelike gevolgtrekking. Dit is nie hersienbaar nie.
- [27] Gegewe die feit dat die werknemers ontslaan is, en dat die arbiter besluit het daardie ontslag is onbillik, kan hulle ook nie op 'n sg stilswyende ooreenkoms steun nie. Die besluit van die appèlvoorsitter is ongedaan gemaak deur dié van die algemene bestuurder waarvolgens James en Barry inderdaad ontslaan is. Hul ontslag is 'n feit. Of daardie ontslag billik

was, is 'n vraag wat deur die arbiter beantwoord is. Dit was substantief billik maar prosedureel onbillik. Daardie beslissing van die arbiter is myns insiens nie hersienbaar nie. Die werknemers is steeds ontslaan, maar Eskom moet aan hulle vergoeding betaal vir die prosedurele onbillikheid van die ontslag.

[28] In die lig van my gevolgtrekking hierbo vind ek dit nie nodig om te beslis of die applikante se eisorsaak in der waarheid voortspruit uit die interpretasie en toepassing van 'n kollektiewe ooreenkoms waaroor die KVBA, en nie hierdie Hof nie, jurisdiksie sou hê. Dieselfde oorweging geld die vraag of die Hof daadwerklike vervulling van die dienskontrakte sou moes of kon bevel.

Koste

[29] Die applikante was onsuksesvol. Hulle is geregtig op vergoeding in terme van die arbitrasiebevel. Myns insiens moes hulle daarby berus het. Hul vakbond, die NUM, het weliswaar nog 'n verhouding met Eskom; maar James en Barry word nie meer deur NUM verteenwoordig in hierdie verrigtinge nie. En aangesien hulle ontslaan is, het hulle nie meer 'n verhouding met die werkgever nie. Beide partye het gevra dat koste die uitslag moet volg. Ek sien geen rede in terme van die reg of billikheid¹³ waarom ek nie daaraan gehoor moet gee nie.

Bevel

Die aansoek om hersiening word van die hand gewys met koste.

Anton Steenkamp
Regter van die Arbeidshof van Suid-Afrika

¹³ WAV a 162.

VERSKYNINGSG

APPLIKANTE: Frans Rautenbach
In opdrag van Murray Fourie & Le Roux Ing.

EERSTE RESPONDENT: José Jorge van Norton Rose Fulbright
(betoogshoofde opgestel deur Firoz Boda).

ARBEIDSHOF