

**AARD VAN REGSVERHOUDING TUSSEN WERKGEWER EN
WERKNEMER – WORD 'N DIENSKONTRAK VEREIS?**

Universal Church of the Kingdom of God v Myeni
(2015) 36 ILJ 2832 (AAH)

SUMMARY

Nature of relationship between employer and employee – is a contract of employment required?

Before 2008, it was generally accepted that the existence of a contract of employment between employer and employee was an essential requirement for the validity of an employment relationship. After 2008 this requirement was questioned in a number of cases and also abandoned in amendments to the Labour Relations Act. However, towards the end of 2015 the Labour Appeal Court in the *Universal Church* case restored the previous legal position and stated clearly that an employment relationship is by its very nature dependent on a contractual working arrangement.

1 Inleiding

Die Arbeidshof het in 2014 in *Universal Church of the Kingdom of God v Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration* (2014) 35 ILJ 1678 (AH) die volgende interessante stelling gemaak:

“The absence of a contract of employment does not mean that no employment relationship could be established . . . the definition in s 213 of the LRA does not use the language of a contract. And when s 200A creates a rebuttable presumption regardless of the form of the contract, that does not, in my view, presuppose the existence of a written contract” (par 30D–E).

Die stelling is interessant omdat, toe dit gedurende 2014 gemaak is, dit in die algemeen die geldende (alhoewel omstrede) persepsie was dat dit inderdaad die regsposisie was maar na die uitspraak van die Arbeidsappèlhof in die *Universal Church*-uitspraak van 2015, geblyk het 'n foutiewe vertolking daarvan te wees. Hierdie omstrede aangeleentheid word aan die hand van die Arbeidsappèlhof-uitspraak asook ander regspraak en standpunte verder bespreek.

2 Regsposisie voor 2008/2009

Die bestaan van 'n gemeenregtelike dienskontrak tussen 'n werkgewer en 'n werknemer is voor 2008 algemeen aanvaar as 'n essensiële vereiste vir die bestaan van 'n diensverhouding en het ook die grondslag van die partye se regte en verpligtinge asook aanspreeklikheid teen mekaar gevorm by die aanwending van statutêre en gemeenregtelike remedies. Wallis *Labour and employment law* (1995) 1-4 sluit hom hierby aan en verklaar gepas soos volg:

“While it is inevitable in a field where there has been such extensive legislative intervention that most cases which arise will require for their determination an interpretation of relevant statutory provisions, this does not alter the essentially contractual nature of the employment relationship or remove it from the sphere of contract.”

(Sien ook *Ongevallekommissaris v AVBOB* 1976 4 SA 446 (A); *Smit v Workmen's Compensation Commissioner* 1979 4 SA 51 (A); *Brassey Employment and labour law – Employment law* (1999) vol 1 1:7–29.)

Rolspelers op die arbeidsterrein het egter oor die afgelope drie dekades besef dat die aanwending van gewone kontraktuele beginsels op die arbeidsverhoudingsterrein (veral ten opsigte van kontrakbreuk), 'n rigiditeit in die stelsel ingebou het wat dikwels onbillike en ander ongewenste resultate opgelewer het. Derhalwe is met verloop van tyd onderskei tussen kort kommersiële kontrakte, soos koopkontrakte, aan die een kant en lang verhoudingskontrakte (“relational contracts”), soos dienskontrakte, aan die ander kant (sien Hawthorne “Relational contract theory, principles of European contract law – Long-term contracts and the impact of implicit dimensions” 2007 *THRHR* 371). In 'n reeks beslissings is oorgegaan om die gemeenregtelike rigiditeit se impak te versag deur die verdere ontwikkeling van die gemeenregtelike dienskontrak ingevolge artikel 39(2) van die Grondwet en dusdanig ook uitvoering te gee aan die vereiste van artikel 23(1) van die Grondwet wat bepaal dat elke persoon op billike arbeidspraktyke geregtig is (sien *Old Mutual v Gumbi* (2007) 28 *ILJ* 1499 (HHA); *Boxer Superstores Mthatha v Mbenya* (2007) 28 *ILJ* 2209 (HHA); *Murray v Minister of Defence* (2008) 29 *ILJ* 1369 (HHA); *Mogothle v Premier of the Northwest Province* (2009) 30 *ILJ* 605 (AH)). Derhalwe is die dienskontraktuele verhouding tussen werkgewer en werknemer aangepas en omhul in 'n kleed van billikheid en geregtigheid (“fairness and equity”). Cohen “Implying fairness into the employment contract” 2009 *ILJ* 2271 2294 het die regsposisie gepas soos volg saamgevat:

“No longer is the employment contract the unfettered domain of the employer but, thanks to the constitutional promise of fair labour practices, has evolved to import considerations of fairness and equity. Implied terms have been relied upon to infuse the employment contract with constitutional values, by importing considerations of fairness into the previously uncontested terrain of the employment contract.”

(Sien ook Brassey 1:19 ev; SR van Jaarsveld “Arbeidsregtelike ontwikkeling van die gemenerereg: *Quo vadis?*” 2012 *Obiter* 649; *contra: SAMSA v McKenzie* (2010) 31 *ILJ* 529 (HHA); Pretorius en Myburgh “A dual system of dismissal law” 2007 *ILJ* 2172; Cheadle “Labour law and the Constitution” 2008 *Cur LL* 177. Sien egter in die algemene MI van Jaarsveld “Battling between contract and statute after dismissal – Seeking clarity amidst judicial disparity” (Intreerede UNISA 2009).)

3 Regsposisie vanaf 2008/2009 tot 2015

Die bestaande regsposisie het egter gedurende 2008 'n kentering ondergaan toe die bestaan van 'n dienskontrak as vereiste vir 'n regsgeldige diensverhouding bevraagteken is. In 'n reeks beslissings is die vereiste ontkenend gehanteer.

In *Discovery Health v CCMA* (2008) 29 *ILJ* 1480 (AH) was Lanzetta, 'n Argentynse burger, in diens by DH sonder dat hy oor 'n werkspermit beskik het alhoewel hy wel 'n geldige verblyfpermit besit het. Toe die inligting tot DH se kennis gekom het, is L se dienste beëindig waarop hy 'n onbillike ontslagdispuut na die Kommissie vir Versoening, Bemiddeling en Arbitrasie (KVBA) verwys het. DH het aangevoer dat aangesien L se dienskontrak ongeldig was omdat hy nie 'n geldige werkspermit besit het nie, hy nie 'n “werknemer” ingevolge artikel 213 van Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995 (WAV) kon wees nie en

derhalwe ook nie aanspraak kon maak op die reg om nie onbillik ontslaan te word nie. Die Arbeidshof het egter beslis dat:

- (i) Die dienskontrak tussen Lanzetta en DH nie ongeldig is nie ten spyte van die feit dat L oor geen geldige werkspermit beskik het nie en dat hy derhalwe ook 'n "werknemer" ingevolge artikel 213 van WAV was.
- (ii) Selfs al was die betrokke dienskontrak ongeldig omdat DH nie geregtig was om L ingevolge immigrasiewetgewing van 2009 in diens te neem nie, hy nietemin 'n "werknemer" was soos omskryf in artikel 213 van WAV omdat hierdie omskrywing nie van 'n geldige en afdwingbare dienskontrak afhanklik was nie (par 57). Die standpunt is soos volg verduidelik:

"Taking into account the provisions of s 23(1) of the Constitution, the purpose, nature and extent of relevant international standards and the more recent interpretations of the definition of "employee" by this court, I do not consider that the definition of "employee" in s 213 of the LRA is necessarily rooted in a contract of employment. It follows that a person who renders work on a basis other than that recognized as employment by the common law may be an 'employee' for the purposes of the definition" (par 51).

(Sien ook *City of Tshwane Metropolitan Municipality v SALGBC* (2012) 33 *ILJ* 191 (AH).)

In *'Kylie' v Commissioner for Conciliation, Mediation & Arbitration* (2008) 29 *ILJ* 1918 (AH) was "Kylie" by 'n masseersalon as 'n sekswerker werksaam. Toe sy by die salon ontslaan word en 'n onbillike ontslagdispuut na KVBA verwys, is aangevoer dat as sekswerker haar dienskontrak ongeldig was en dat KVBA nie jurisdiksie besit het om die dispuut aan te hoor nie. Op hersiening het die Arbeidshof beslis dat daar min twyfel kan bestaan dat ten spyte van die feit dat "Kylie" se dienste 'n strafregtelike oortreding daargestel het, daar nietemin 'n "employment relationship" tussen haar en haar werkgewer bestaan het (par 24) maar dat sy nie op die beskerming van artikel 23 van die Grondwet en WAV geregtig was nie (par 88 91).

Op appèl het die Arbeidsappèlhof ((2010) 31 *ILJ* 1600 (AAH)) egter beslis dat sodanige ongeldige kontrakte ingevolge waarvan onwettige dienste gelewer word nie deur howe afgedwing sal word nie (par 34). Verder word die reg op billike arbeidspraktyke soos gewaarborg in artikel 23(1) van die Grondwet en beslag gegee in WAV van 1995, uitgebrei na elke persoon, insluitende sekswerkers, wat ook as "werknemers" vir doeleindes van WAV erken word (par 54). Die hof het soos volg verduidelik:

"In other words, only those rights which are necessary for the implementation of the provisions of the Act are to be removed from the enjoyment of appellant. Her dignity is not to be exploited or abused. This remains intact and the concomitant constitutional protection must be available to her as it would to any person whose dignity is attacked unfairly. By extension from s 23(1) the LRA ensures that an employer respects these rights within the context of an employment relationship. Expressed differently, public policy based on the fundamental values of the Constitution does not deem it necessary that these rights be taken away from the appellant for the Act to be properly implemented" (1616A–C).

(Sien ook *Imbabazane Municipality v IMATU obo Gumbi* (2015) 36 *ILJ* 2297 (AH).)

4 *Universal Church*-beslissings

4.1 *Arbeidshof*

In die hof *a quo* ((2014) 35 ILJ 1678 (AH)) was die pastoor (M) aanvanklik 'n leerling-pastoor van die kerk (UC) voordat hy later as pastoor georden is. In eersgemelde hoedanigheid het hy 'n "Declaration of Voluntary Service" geteken maar later as pastoor geen dienskontrak of ander dokument om die "Declaration" te vervang nie. Toe M se dienste gedurende 2011 beëindig is, het hy 'n onbillike ontslagdispuut teen UC aanhangig gemaak. Die hof moes oor verskeie vroeë uitsluitel gee, maar vir doeleindes van hierdie bespreking word daar slegs aan een knelpunt aandag gegee, naamlik of die pastoor 'n werknemer was met verwysing na artikel 200A van WAV en die *Kode van Goeie Praktyk: Wie is 'n Werknemer* en of dit die bestaan van 'n dienskontrak veronderstel.

Steunende op die bekende dog omstrede *Discovery Health*-beslissing (par 51), verklaar die hof dat die afwesigheid van 'n kontrak nie beteken dat geen diensverhouding tot stand gebring kan word nie. Verder bevat die omskrywing van 'n "werknemer" in artikel 213 van WAV ook geen kontraktuele element nie en die feit dat artikel 200A van WAV voorsiening maak vir 'n weerlegbare vermoede ongeag die vorm van die kontrak "does not, in my view, presuppose the existence of a written contract" (par 30; sien ook *Petrus v Evangelical Lutheran Church* (saak nr JR 804/10 ongerapporteer 29 Junie 2012); *President of the Methodist Conference v Preston* [2012] IRLR 229 (CA)). Die hof het vervolgens die bepalings van artikel 200A op die pastoor se situasie toegepas en bevind dat die kerk nie in staat was om die vermoede van 'n diensverhouding wat deur hierdie bepaling geskep word, te weerlê nie wat, volgens die hof, nie vereis dat 'n geskrewe kontrak gesluit moes gewees het nie (par 30 35).

4.2 *Arbeidsappèlhof*

In die *Arbeidsappèlhof* moes die hof oor vele vroeë uitsluitel gee maar veral een vraagstuk is vir doeleindes van hierdie bespreking van belang, naamlik of die bepalings van artikel 200A toepassing kon vind ten einde te bepaal of pastoor M 'n werknemer ingevolge WAV was, indien daar geen bedoeling was om 'n dienskontrak tussen die onderhawige partye te sluit nie. 'n Verdere voortvloeiende en meer spesifieke vraagstuk het die hof soos volg geformuleer, naamlik of daar hoegenaamd 'n diensverhouding tussen die partye gevestig kan word ten spyte van die afwesigheid van 'n dienskontrak (2850D). Die hof beantwoord die vraag soos volg:

"Indeed, it appears to one that, by its very nature, an employment relationship presupposes a working arrangement of a contractual nature between two or more persons, in circumstances where the rights, duties and obligations inter partes are legally enforceable. Therefore, in the present instance, even if Mr. Myeni had not relied on s 200A, I would still find that there was no legally enforceable agreement between him and the church and that, for that reason, no employer and employee relationship existed between them. There was simply no contract that could be classified as an employment contract on the evidence" (par 51).

(Sien ook Grogan "Working for God. The revival of contract in the employment relationship" 2016 (1) *Employment law* 10.)

5 *Evaluasie van en slotopmerkings oor regsposisie*

Die *Universal Church*-beslissing van die *Arbeidsappèlhof* sal ongetwyfeld 'n grondverskuiwende kentering op arbeidsverhoudingeterrein tot gevolg hê.

Verder sal arbeidswetgewing weer gewysig moet word na die voor-2010-posisie met betrekking tot die kontraktuele aspekte van artikel 186(1) van WAV, ensovoorts (sien Grogan 14 en in die algemeen Cohen “Implying fairness into the employment contract” (2009) 30 *ILJ* 2294–22945).

In *Discovery* is die hof se standpunt omstrede dat indien daar geen dienskontrak (of geen geldige kontrak) in ’n diensverhouding (“employment relationship”) aanwesig is nie, die bepalings van artikel 23 van die Grondwet en internasionale standaarde, asook die breë betekenis wat onlangse hofbeslissings aan die begrip “werknemer” verleen het, nietemin beskerming deur WAV aan so ’n werknemer sal verleen. Die standpunt kan bevraagteken word en is gebaseer op die benadering dat ’n “werknemer” soos omskrywe in artikel 213 van WAV nie noodwendig in ’n dienskontrak gefundeer (“rooted”) is nie. Dit is na my mening ’n geforseerde en ongegronde ekstensiewe betekenis wat aan die begrip “werknemer” verleen word, wat voorheen verstaan is versoenbaar te wees met en voldoen het aan die vereistes van ’n afdwingbare gemeenregtelike dienskontrak. Indien die hof egter sou beslis het dat die betrokke ongeldige dienskontrak (as gevolg van die afwesigheid van ’n geldige werkspermit) slegs vernietigbaar en nie nietig was nie, sou dit Lanzetta nog steeds ’n geleentheid gegun het om ’n werkspermit te bekom (wat dikwels jare kan neem) (sien ook in die algemeen *Moses v Safika Holdings (Pty) Ltd* (2001) 22 *ILJ* 1261 (KVBA)). Dieselfde besware kan ook teen die ‘Kylie’-uitsprake geopper word. In die Arbeidshof is verklaar, soos aangetoon, dat ’n werknemer wat dienste ingevolge ’n ongeldige kontrak lewer nie op beskerming ingevolge WAV geregtig is nie maar wel ingevolge artikel 23 van Grondwet ten opsigte van *dignitas*, goeie naam, ensovoorts. Die vraag kan gevra word van watter praktiese nut dit kan wees om te bevind dat ten spyte van die afwesigheid van ’n kontrak of ’n geldige dienskontrak, daar nietemin ’n “employment relationship” bestaan maar die betrokke werknemer op geen beskerming van WAV aanspraak kan maak nie. Ewe aanvegbaar is die benadering dat die betekenis van die begrip “werknemer” soos in artikel 213 van WAV vervat, wyd genoeg is om ook persone sonder ’n geldige dienskontrak in te sluit (par 89; sien ook Le Roux “The meaning of worker and the road towards diversification: Reflecting on *Discovery*, *SITA* and ‘Kylie’” (2009) 30 *ILJ* 49).

Alhoewel die Arbeidsappèlhof in ‘Kylie’ dieselfde benaderingswyse ten opsigte van ongeldige dienskontrakte as die Arbeidshof gevolg het, was eersgenoemde baie meer buigzaam by die toepassing van die betrokke beginsels, met gevolg dat die uiteindelijke uitkoms verskillend was en “Kylie” se eis gedeeltelik suksesvol was. Die Arbeidsappèlhof verklaar in die verband:

“What these dicta reveal is that the courts have not always employed the inflexible approach adopted by Cheadle AJ to illegal transactions but have, on occasion, considered whether to refuse to recognize any implication of an illegal act after an enquiry into the purpose of the criminalizing statute and the effect of the prohibition. In this case, the court is asked to consider the impact of a broad based constitutional protection . . . in so exercising a discretion to decide that such an employment relationship holds some implications for the parties to the relationship” (par 46)

(Sien ook *Kuhne & Nagel (Pty) Ltd v Elias* 1979 1 SA 131 (T) 133.)

Uit gemelde *dictum* blyk dit dat regter Davis bereid was om meer akkommoderend teenoor die kwesbare “slagoffer-werknemer” van ’n ongeldige kontrak op te tree as wat die geval in die hof *a quo* was (sien ook *Universal*

Church (AH)). Die grondslag waarop die Arbeidsappèlhof dit laat geskied het, kan egter bevestig word en hieronder word 'n alternatiewe oplossing aan die hand gedoen wat in harmonie met basiese kontraktuele beginsels is.

Die benaderingswyse in *Discovery Health* en die twee 'Kylie'-uitsprake verwater egter basiese kontraktuele beginsels in so 'n mate en is so teenstrydig daarmee dat dit 'n *sui generis*-stel beginsels skep wat vreemdsoortig aan gemelde beginsels en vereistes is. Die standpunt dat die afwesigheid van 'n dienskontrak nie beteken dat 'n diensverhouding nie tussen die partye kan bestaan nie, onder andere omdat artikel 213 van WAV "does not use the language of a contract", kan bevestig word (sien *Universal Church* (AH) par 30D–E). Niks in artikel 213 dui ook daarop dat weggedoen word met die geïkete en wyd-aanvaarde siening dat artikel 213 slegs betrekking het op dienslewering teen vergoeding in kontraktuele verband. Daar word dikwels op veral paragraaf (b) van die omskrywing van "werknemer" in artikel 213 vir die benadering gesteun. In *City of Tshwane Metropolitan Municipality v SA Local Government Bargaining Council* (2012) 33 ILJ (AH) word onder andere verklaar:

"Although not expressly mentioned in *Discovery Health*, it is noteworthy that para (b) of the definition of 'employee' is significantly wider than para (a). It is not circumscribed by the requirement that remuneration must be paid or that work must be performed. Instead, in order to qualify as an employee, the person need do no more than in any manner assist in carrying on or conducting the employer's business. Here, there appears to be no requirement for the existence of a contract or employment in order for a person to qualify as an employee" (par 66).

Hierdie siening is van geen besondere negatiewe betekenis of afwysend teenoor die tradisionele siening nie aangesien dit slegs (alhoewel effe slordig geformuleer), toelig watter soort *dienste* alles in dienskontraktuele verband gedek kan word (sien *Smit v Workmen's Compensation Commissioner supra*; *SA Broadcasting Corporation v McKenzie* (1999) 20 ILJ 585 (AAH); *Liberty Life Association of South Africa Ltd v Niselow* (1998) 19 ILJ 752 (HHA) 833).

Insgelyks kan ook aangevoer word dat die *dictum* van die Arbeidshof in *Universal Church* dat wanneer artikel 200A (van WAV) 'n weerlegbare vermoede skep "regardless of the form of the contract, that does not, in my view, presuppose the existence of a written contract" (par 30D–E), dit ook baie meningsverskille kan ontlok. Die bewoording van artikel 200A is duidelik en dit is dat artikel 200A slegs binne 'n kontraktuele kader kan toepassing vind. Voorts word dit ook nêrens as vereiste geveerg dat 'n "vooraf-kontrak" juis skriftelik beslag moet kry nie. Trouens die *Code of good practice: Who is an employee* (GK 1774 van 2006) stel dit duidelik: "The presumption applies regardless of the form of the contract" (par 2).

Steunende op die beslissing van die Arbeidsappèlhof in *Universal Church* dat "by its very nature an employment relationship presupposes a working arrangement of a contractual nature between two or more persons" (par 51), kan aangevoer word dat 'n oplossing vanuit 'n ander invalshoek tog vir die kwesbare werknemers in *Discovery* en die 'Kylie'-sake ter hand is – naamlik deur binne die kader van gewone kontraktuele beginsels die *par delictum*-reël aan te wend (sien *Jajbhay v Cassim* 1939 AD 537; *Klokow v Sullivan* 2006 1 SA 259 (HHA)). Ingevolge hierdie reël is geen party tot 'n ongeoorloofde (ongeldige) ooreenkoms geregtig om enige prestasie of remedie op grond van die gewraakte kontrak op te vorder of in te stel nie. Nietemin het die hof egter toegelaat dat die streng werking van die *par delictum*-reël verslap kan word op grond van

oorwegings van openbare beleid ten einde “simple justice between man and man” te bewerkstellig. Verskeie faktore is deur die positiewe reg geïdentifiseer om sodanige verslapping te regverdig (sien *idem* en *Visser v Rousseau* 1990 1 SA 139 (A) 153; Le Roux (2009) 30 *ILJ* 59 62). Gegewe die kwesbaarheid van die werknemers in beide *Discovery* en ‘*Kylie*’ asook die simpatiek-akkomoderende houdings van die regters in die betrokke sake, word aan die hand gedoen dat hierdie gevalle ook gepaste gevalle sou wees waar die toepassing van die *par delictum*-reël verslap kon word ten einde “simple justice between man and man” te bewerkstellig (sien veral die meelewende opmerkings van regter Davis in ‘*Kylie*’ (AH) par 34–51; Bosch en Christie “Are sex workers ‘employees?’” (2007) 28 *ILJ* 804; Norton “Workers in the shadows: An international comparison on the law of dismissal of illegal immigrant workers” (2010) 31 *ILJ* 1521; Botha en Oosthuizen “Dekriminalisering en sekswerkers” 2011 *Obiter* 107; Pillay “Whither the prostitution industry?” (2014) 35 *ILJ* 1749). Sodanige verslapping moet ernstig aandag geniet indien oorwegings van openbare belang en openbare beleid dit sou regverdig en na my mening het die openbare beleid en mening sodanig simpatiek-neutraal verander dat ’n verslapping van hierdie streng reël in bogemelde gevalle geregverdig is (sien ook Bosch “Can unauthorized workers be regarded as employees for the purposes of Labour Relations Act?” (2006) 27 *ILJ* 1258 ev; Pillay (2014) 35 *ILJ* 1767–1776). Daar moet egter ook op die volgende waarskuwing ag geslaan word: “Onbeteuelde kreatiewe regterlike aktiwiteit moet ongetwyfeld vermy word. Die toets vir verslapping van die reël verg egter nie sulke optrede nie” (Van der Merwe *et al Kontraktereg algemene beginsels* (2012) 192).

Samevattend kan verklaar word dat die siening van die Arbeidsappèlhof in *Universal Church* suiwer en korrek is, naamlik dat ’n “employment relationship by its very nature” afhanklik is van ’n “working arrangement of a contractual nature between two or more persons” (par 51). Dit onderskraag die standpunt van Brassey *Employment law* (1998) 1:22 wat hom reeds eerder soos volg duidelik uitgelaat het:

“Contract has always been the ‘cornerstone’ of our employment law, and in the absence of legislative intervention, it will continue to be so until the courts are persuaded that its shortcomings are so egregious as to require a jurisprudential revolution.”

(Sien ook Wallis *Labour and employment law* (1995) par 2.)

SR VAN JAARVELD

Universiteit van Pretoria