

'n Oorweging van verskeie aspekte rakende die prerogatief om werknemers nie te bevorder nie

Judith Geldenhuys

Judith Geldenhuys, Departement Handelsreg, Universiteit van Suid-Afrika

Opsomming

Die Arbeidsappèlhof het onlangs weer die balans oorweeg wat gehandhaaf moet word tussen die prerogatief wat werkgewers geniet om werknemers nie te bevorder nie en die beginsel dat arbeidsforums in omstandighede waar billikheid dit vereis, moet intree. Die beslissing in *Ncane v Lyster* 2017 38 ILJ 907 (AAH) bevestig dat arbeidsforums nie maklik sal inmeng met werkgewers se besluit oor wie bevorder behoort te word en wie nie. Die hof sit ook bondig die vereistes uiteen waaraan werkgewers moet voldoen sodat hul optrede by niebevordering nie deur die arbeidsforum of Arbeidshof as onbillik beskou sal word nie. Die beslissing laat egter verskeie vraagstukke onbeantwoord. Die doel van hierdie bydrae is om die volgende te oorweeg: (a) of daar 'n onderskeid gemaak behoort te word tussen mededingende bevorderings en interne bevorderings wat die gevolg van normale werksprogressie is; (b) watter impak regstellende aksie op bevordering het; en (c) die remedies wat 'n werknemer kan verwag as hy of sy suksesvol eis op grond van onbillike bevordering. Die slotsom is dat daar grondige redes bestaan om te onderskei tussen bevorderings waar interne kandidate en buitepersone meeding vir 'n pos wat vir die interne kandidaat op 'n bevordering sou neerkom en mededingende bevorderings en interne bevorderings waar daar 'n werkplekbeleid is of in kollektiewe ooreenkomste vir natuurlike werksprogressie voorsiening gemaak word. Die objektiewe vereistes wat in die onderskeie bevorderings toegepas word, verskil van mekaar, en die wyse waarop regstellende-aksie-maatstawwe toegepas word behoort ook van hierdie vereistes te verskil. In ag genome die verskillende kriteria wat in die prosesse gebruik word, word daar voorgestel dat die regstellende-aksie-beleid wat toegepas word, asook die remedies wat die arbeidsforums of Arbeidshof toeken of beveel in geskille wat onbillike bevordering ingevolge die Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995 behels, ook behoort te verskil. By interne bevorderings behoort die substantiewe remedies, synde bevordering en beskermde bevordering, meer geredelik beveel te word as by mededingende bevorderings, aangesien daar by interne bevorderings op die meriete van die kandidaat gefokus behoort te word.

Trefwoorde: beskermde bevordering; bestuursprerogatief; bevordering; bevorderingskriteria; diskriminasie; gelyke-indiensnemingsplan; interne bevordering; mededingende bevordering; onbillike arbeidspraktyk; onbillike bevordering; regstellende aksie; remedies vir onbillike bevordering; remedies vir diskriminasie; substantiewe remedies

Abstract

An evaluation of several aspects impacting on the prerogative not to promote employees

The Labour Appeal Court recently considered the balance that must be struck between the managerial prerogative to promote employees and the principle that labour forums must intervene in the labour arena if fairness so requires. The judgment in *Ncane v Lyster* 2017 38 ILJ 907 (LAC) confirms that labour forums and the court will not easily interfere with an employer's decision regarding who should and who should not be promoted. It also highlights the requirements that employers must comply with so that not promoting a candidate for promotion would be viewed as fair by the labour tribunal or court. The court appears to recognise only one type of promotion, namely competitive promotion, where the internal candidate must compete with persons from outside the workplace for what would be a promotion for him or her. However, there are divergent views in case law relating to what qualifies as a promotion for purposes of section 186(2) of the Labour Relations Act 66 of 1995, and which instances would be covered by the protection against unfair labour practices relating to promotion. It is possible for employers, by means of collective agreements or workplace policy, to provide for the possibility of natural progression from one level to the next in the workplace if employees meet the objective criteria set for the higher post or level. In the event of such an internal promotion, the focus is on the merits and competence of the candidate. Here, in deciding whether or not to promote the candidate, employers should consider mainly whether and to what extent the candidate complies with the objective standards. This is different from competitive promotions, where candidates from within the workplace and outsiders compete for appointment in a vacant post which for the internal candidate would amount to a promotion. The objective requirements and factors that are applied to current employees and candidates applying from outside will not necessarily be the same, as permutations can be applied in competitive promotions.

Moreover, the court in *Ncane* appears to confirm that if an employer can show that by promoting the successful candidate effect was given to the objectives of a valid employment equity plan, the fairness of not promoting the unsuccessful candidate is beyond scrutiny. Several cases where affirmative action has been raised as a defence in instances where the fairness of an employer's conduct has been considered, are scrutinised. The Constitutional Court has held, and several other cases confirm, that not only the validity of an employment equity plan is of importance in the inquiry. The way in which affirmative action measures are implemented must also be lawful. This means that other factors besides representativity must also be taken into account by designated employers when deciding on who should and who should not be promoted. Moreover, both the policy itself and the method of implementation must be rationally connected to the purpose of the affirmative action measures.

The new "Code of good practice on the preparation, implementation and monitoring of the employment equity plan" appears to recommend that in the event of promotions as with appointments, designated employers (a) should set numeric goals for the promotion and achievement of representativity; (b) when deciding on whom to promote, should seek to achieve these goals by giving preference to suitably qualified candidates for promotion from the designated groups in accordance with the level of representativity of the particular population group in the workplace; and (c) should, by means of training, see to it that the appointed candidate is provided with the skills required to do the work properly and to enable him or her to progress in the workplace. Employers are required, in terms of the code, to

consult with employees regarding the way in which affirmative action is to be applied in the workplace in order to convey an understanding of the reason for or purpose of the implementation of affirmative action in the workplace. This consultation will not take place in so far as it relates to a new appointment, or competitive promotions. In competitive promotions designated employers should be able to prefer suitably qualified candidates from previously disadvantaged groups by shortlisting them and promoting them. However, in internal promotions the focus should be on the merits of the candidate. It would be preferable not to apply affirmative action in the same manner in the case of an internal promotion, particularly in light of the fact that affirmative action would have been applied upon initial recruitment of the candidates. Here, training and transfer of skills as envisaged by the code should be applied in order to provide employees falling in the designated groups with the means of progressing to the next level in the workplace. Designated employers are obliged to provide training to employees in the designated groups to enable them to meet the standards of the work and to progress in the workplace.

The purpose of this contribution, against the backdrop of the judgment in *Ncane*, is to consider: (a) whether a distinction should be made between competitive promotions and internal promotions which are the result of natural job progression; (b) the impact of affirmative action in promotions; and (c) the remedies that an employee could expect should he or she succeed in an unfair promotion claim. It is concluded that sound reasons exist to differentiate instances where internal and external candidates compete for a post which would be a promotion for the internal candidate from competitive promotions and internal promotion exercises where provision is made in the workplace policy or collective agreements for natural job progression. The objective requirements applied in the respective promotion proceedings differ, and so should the application of affirmative action measures.

In view of the different criteria in respect of the different types of proceeding, it is proposed that affirmative action policy which is applied and the remedies on offer in the labour forums and courts in disputes concerning unfair promotion under the Labour Relations Act 66 of 1995 should also differ. In internal promotions substantive remedies of promotion and protective promotion should be available more readily than it is for competitive promotions, as the focus in internal promotions should be on the merits of the candidate.

Keywords: affirmative action; competitive promotions discrimination; employment equity plan; internal promotions; managerial prerogative; promotion; promotion criteria; protective promotion; remedies for discrimination; remedies for unfair promotion; substantive remedies; unfair labour practice; unfair promotion

1. Inleiding

Alhoewel werknemers skynbaar nie uit hoofde van enige bestaande arbeidsregwetgewing op 'n reg op bevordering in die werkplek kan aanspraak maak nie, word sommige onbillike optredes of versuime deur 'n werkgever wat bevordering van 'n werknemer¹ behels, erken as 'n onbillike arbeidspraktyk ingevolge die Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995 (hierna die WAV).² Wat die strekking van die beskerming in die WAV ten opsigte van bevorderings is, bly egter 'n netelige kwessie. Die regsbegrip *bevordering* vir doeleindes van die remedie in die WAV is steeds problematies as gevolg van uiteenlopende interpretasies van die

toepassing van artikel 186(2) van die WAV. Arbeidsforums is hier nie geneë om in die verhouding tussen werkgewers en werknemers in te meng nie, en die prerogatief wat werkgewers geniet om die kandidaat van hul keuse te bevorder, word deur ons howe erken.³

Die moontlikheid om regsekerheid oor die toepassing van hierdie regsaspek in Suid-Afrikaanse werkplekke te verkry, word verder vertroebel deur regstellende-aksie-maatreëls en -beleid wat in geval van bevordering toepassing kan vind. Daar word druk geplaas op aangewese werkgewers⁴ om regstellende aksie in ag te neem by hul besluitneming oor wie bevorder moet word en wie nie. Die werknemers wat nie bevorder word nie omdat hulle nie in een van die aangewese groepe werknemers, of in die regte groep aangewese werknemers val nie, is ontevrede. Andersyds vereis werknemers in die aangewese groepe voorkeurbehandeling of dat regstellende aksie toegepas moet word sodat hulle bevorder kan word.⁵ Daar is teenstrydige beslissings ten aansien van die toepassing van regstellende aksie, en die feit dat regstellende aksie deur werkgewers as verweer geopper kan word in onbillike arbeidspraktykgeskille, sluit die remedie wat gebied word teen onbillike niebevordering grotendeels uit.

In *Ncane v Lyster*⁶ (hierna *Ncane*) het die Arbeidsappèlhof sekere sleutelvrae rakende die beskerming wat die WAV teen onbillike bevordering bied, oorweeg. Sommige vraagstukke is in die verbygaan genoem sonder om dit spesifiek verder te bespreek. Die doel van hierdie bydrae is om die verskeie aspekte wat in *Ncane* geopper is ten opsigte van bevorderingsoefeninge te evalueer teen die agtergrond van ander toonaangewende beslissings wat oor hierdie tema handel. Die oogmerk is om te verken: (a) of daar 'n onderskeid gemaak behoort te word tussen mededingende bevorderings en interne bevorderings; (b) hoe regstellende aksie by bevorderings toegepas behoort te word; en (c) op welke remedies op grond van onbillike niebevordering ingevolge die WAV 'n suksesvolle eiser moontlik aanspraak kan maak. Eers word die feite van die geskil in *Ncane* bondig uiteengesit⁷ en daarna word die hoofpunte van die beslissing uitgelig.⁸ In aansluiting by die drie oogmerke hier bo vermeld, word vervolgens na gelang van die bevindings in die uitspraak oorweeg of daar 'n onderskeid gemaak behoort te word tussen mededingende bevorderings en interne bevorderings.⁹ Dan volg 'n bespreking oor die toepassing van regstellende aksie by bevordering.¹⁰ Die vraag word spesifiek geopper of, en indien wel hoe, regstellende aksie tydens bevorderings toegepas behoort te word.¹¹ Laastens word daar oorweeg welke remedies die arbeidsforum of die Arbeidshof kan en behoort te beveel.¹²

Die gevolgtrekking is dat daar geldige redes bestaan om te onderskei tussen gevalle waar kandidate binne en buite die onderneming meeding om 'n pos wat vir die interne kandidaat 'n bevordering sou wees (hierna 'n mededingende bevordering) en omstandighede waar die beleid in die werkplek voorsiening maak vir natuurlike werksprogressie (hierna interne bevordering). Nie net sal die objektiewe vereistes wat toegepas word in die onderskeie prosedures van mekaar verskil nie, maar regstellende aksie-maatreëls behoort ook anders toegepas te word. Daar word voorgestel dat in die lig van die verskillende kriteria wat in die verskillende tipes prosedures toegepas word, die regstellende aksie-beleid wat toepassing vind en die remedies vir geskille oor onbillike bevordering wat in die Kommissie vir Versoening, Bemiddeling en Arbitrasie en bedingingsrade beskikbaar is, ook van mekaar behoort te verskil – substantiewe remedies behoort meer geredelik beskikbaar te wees in geval van interne bevorderings waar die klem val op die kandidaat se werksprestasies en vordering as by mededingende bevorderings.¹³ Dit behoort veral so te wees in omstandighede waar regstellende aksie verkeerdlik deur die werkgewer toegepas is. Dan behoort beskermd

bevordering¹⁴ ook beveel te word as bevordering van die kandidaat nie 'n voldoende mate van verteenwoordiging in die werkplek sou bevorder nie, of indien dit andersins onprakties sou wees om die kandidaat te bevorder.¹⁵

2. Die feite in *Ncane*

Die feite van die geskil in *Ncane* is kortliks soos volg. Die Suid-Afrikaanse Polisie (SAPD) het 'n posisie op die vlak van kaptein, vlak 8, geadverteer. Mnr. Ncane, wat voldoen het aan die aanstellingsvereistes, en wat in daardie stadium op vlak 7 as adjutantoffisier in die SAPD werksaam was, het saam met ander kandidate aansoek gedoen om die pos. Agt kandidate is vir onderhoude gekortlys, insluitende Ncane en die vierde respondent (die suksesvolle kandidaat) wat uiteindelik aangestel is.¹⁶

Die bevorderingsproses word gereguleer deur die SAPD se Nasionale Instruksie 2 van 2008 (die Nasionale Instruksie).¹⁷ Die onderhoudspaneel het die onderskeie kandidate bepunt op grond van drie kriteria: (a) bevoegdheid op grond van die vrae en antwoorde in die onderhoud; (b) opleidingsagtergrond, kwalifikasies en ontwikkeling; en (c) vorige ervaring.¹⁸ Ncane het vir sy kwalifikasies en opleiding sewe punte gekry (matriek 5, nasionale diploma en LLB-graad 1, speurderskursus 1). Die suksesvolle kandidaat het ses punte gekry (matriek 5 en speurderskursus 1).¹⁹ Ten opsigte van bevoegdheid het Ncane vyf punte gekry, en die suksesvolle kandidaat ses.²⁰ Ncane het altesaam 17 punte gekry en die suksesvolle kandidaat 18.²¹ Die Nasionale Instruksie het bepaal dat indien twee kandidate van dieselfde ras of geslag om bevordering aansoek doen, die kandidaat wat die hoogste punt behaal, vir bevordering aanbeveel moet word.²² Ene Lutchman het die hoogste punt behaal en die suksesvolle kandidaat die tweede hoogste punt. Ncane en ene Yarley het dieselfde punt behaal en was gesamentlik derde op die lys. Lutchman en Yarley is egter uitgeskakel vir bevordering, aangesien die Wet op Gelyke Indiensneming 55 van 1998²³ na afloop van die onderhoude toegepas is. Gevolglik is die suksesvolle kandidaat deur die paneel aanbeveel vir bevordering.²⁴

Ontevrede met die punt wat die onderhoudspaneel aan hom toegeken het tydens die onderhoud, het Ncane 'n geskil verklaar teen die SAPD op grond van 'n beweerde onbillike arbeidspraktyk op grond van bevordering. Hy het 'n bevel van beskermde bevordering (*protected promotion*) verlang. Die arbiter in die bedingingsraad het egter ten gunste van die SAPD bevind.²⁵ Op hersiening in die Arbeidshof het die hof aan Ncane 'n ekstra punt toegeken vir sy opleidingsagtergrond. Die hof het gemeen dat Ncane se LLB-graad nog 'n punt moes bydra.²⁶ Ncane se aangepaste telling was dus 18, net soos dié van die suksesvolle kandidaat.²⁷ Die Arbeidshof was ook nie oortuig dat die punt wat deur die seleksiepaneel toegeken is ten opsigte van Ncane se ervaring, billik was nie, en het tot die slotsom gekom dat die besluit om Ncane nie te bevorder nie, wel sowel prosedureel as substantief onbillik was.²⁸ Desnieteenstaande het die Arbeidshof Ncane nie terugwerkend bevorder of 'n beskermde bevorderingsbevel gemaak nie, maar net 'n bedrag vergoeding gelykstaande aan vyf maande se salaris aan hom toegeken. Die beslissing in paragraaf 22 van die Arbeidshofbeslissing lui dat die getuienis voor die hof nie voldoende was om te bewys dat Ncane bo die suksesvolle kandidaat verkies behoort te geword het nie. Die regter bepaal voorts dat hy daarom nie die beskermde bevordering kan beveel wat Ncane versoek het nie. Die hof beskou geldelike vergoeding as die enigste geskikte remedie in die omstandighede.²⁹

Ncane teken toe appèl aan teen die rede vir die uitspraak en die bevel. Die appèl was gegrond op die feit dat die Arbeidshof bevind het dat die SAPD skuldig was aan 'n onbillike arbeidspraktyk wat sowel substantief as prosedureel onbillik was; nietemin het die arbiter, en op hersiening die Arbeidshof, nie van die SAPD vereis om Ncane te bevorder of 'n bevel van beskermde bevordering soos hy versoek het, gemaak nie. Die regspraak in appèl was dus slegs of die arbiter eerder beskermde bevordering moes beveel het as om geldelike vergoeding toe te ken.³⁰

3. Die beslissing

Die SAPD het in appèl aangevoer dat dit nie gepas is om die punttoekennings wat aan die onderskeie kandidate gemaak is, in die arbeidsforum of die hof te oorweeg nie. Die rede is dat die paneellede by die onderhoud ook die geleentheid gehad het om die onderskeie kandidate ten opsigte van hul ervaring waar te neem en te evalueer, wat die voorsittende beampte in die arbeidsforum of Arbeidshof nie sou kon gedoen het nie.³¹ Die SAPD het verder beweer dat tensy daar bewyse van *mala fides* in die werkgewer se besluitneming was, selfs foute in die evalueringsproses nie onbillik is nie, en deur die hof oor die hoof gesien moet word.³² Derhalwe het die SAPD geargumenteer dat selfs indien daar bevind word dat daar 'n ekstra punt aan Ncane toegeken moes geword het vir sy ervaring, wat sou beteken dat Ncane meer punte as die suksesvolle kandidaat sou gehad het, dit nogtans nie sou beteken dat Ncane op 'n bevel vir beskermde bevordering geregtig is nie.³³ Waarnemende regter Landman, adjunkregterpresident Tlaetsi en waarnemende appèlhofregter Ndlovu het egter nie uitspraak op hierdie punt gelewer nie, aangesien die SAPD nie kruisappèl aangeteken het nie. Gevolglik het die Appèlhof homself gebonde beskou aan die Arbeidshof se beslissing rakende die ekstra punt wat aan Ncane toegeken is omdat hy 'n LLB-graad gehad het. Die Appèlhof kon eweneens nie die bevinding rakende die punt wat moontlik verkeerd was ten opsigte van Ncane se ervaring oorweeg of wysig nie.³⁴

Ten opsigte van die prosedure wat gevolg moet word in die KVBA of bedingingsraad,³⁵ bevind die Arbeidsappèlhof dat indien 'n ander kandidaat aangestel is in die posisie waarvoor die gegriefde kandidaat meegeding het, soos in Ncane se geval, die bewyslas op die onsuksesvolle kandidaat (hier Ncane) rus om te bewys dat die besluit om hom of haar nie te bevorder nie, onbillik was.³⁶ Die arbeidsforum moet dan die objektiewe kwaliteite van die onderskeie kandidate teen mekaar opweeg. As die werkgewer se besluit rasideel was, kom die billikheid van die bevordering nie ter sprake nie. As die diskresie egter op 'n wyse uitgeoefen is wat onbillik blyk te wees, moet die hof oorweeg of die werkgewer se optrede op grond van die prosedure wat gevolg is by die bevordering of die rede waarom die gegriefde kandidaat nie bevorder is nie, of albei, onbillik is. Na gelang van die uitslag van hierdie ondersoek moet die hof dan op die gepaste remedie besluit.³⁷

Ten opsigte van substantiewe billikheid (wat betref die rede) om te bevorder al dan nie, het die hof beslis dat 'n arbiter of kommissaris slegs in uitsonderlike omstandighede met 'n werkgewer se substantiewe besluit om 'n spesifieke kandidaat te bevorder of nie te bevorder nie, mag inmeng. Dit sal die geval wees indien die besluit om die kandidaat nie te bevorder nie te kwader trou geneem is, of grof onredelik of irrasioneel was. Alhoewel substantiewe billikheid en objektiewe billikheid interafhanklik is, word daar wel, wat die begrip *billikheid* betref, 'n onderskeid gemaak. Substantiewe billikheid sou byvoorbeeld voorkom by

aangeleentede soos die ekstra punt wat moontlik nog vir Ncane se ervaring toegeken moes geword het. Prosedurele billikheid gaan gewoonlik oor die prosedure wat gevolg is en die deursigtigheidselement by die besluitneming. In Ncane se geval sou dit die objektiewe standaard wees wat neergelê is. Die Nasionale Instruksie wat toegepas was in die bevorderingsoefening in *Ncane* het vasgestelde standaard gestel waarteen die onderskeie kandidate se kwalifikasies beoordeel moes word.³⁸

Die Appèlhof bevestig dus dat kommissarisse en arbiters wel mag inmeng met die bestuursprerogatief om iemand te bevorder of nie te bevorder nie, maar beaam wat voorheen in *Arries v KVBA*³⁹ beslis is. Daar is perke wat die gronde betref waarop 'n arbiter of kommissaris mag inmeng.⁴⁰ Dit behoort te gebeur slegs indien daar bewyse is dat die diskresie nie behoorlik uitgeoefen is nie;⁴¹ dit sal die geval wees as die werkgewer se besluit om die kandidaat nie aan te stel nie of om eerder 'n ander kandidaat aan te stel wispelturig, ongegrond, bevooroordeeld of verkeerd was.⁴²

Voorts beslis die hof dat werkgewers regtens verplig word om 'n billike prosedure in bevorderings te volg. Dit behels dat hulle billike objektiewe kwalifikasievereistes moet neerlê, dat werkgewers konsekwent moet wees in die toepassing van die kriteria op die onderskeie kandidate, en dat die seleksiekomitee moet voldoen aan die werkplekreëls ten aansien van aanbeveling van kandidate vir bevordering. Kortom, elke kandidaat moet 'n billike geleentheid gegun word om vir bevordering mee te ding. Die hof beslis verder dat, sou die werkgewer die prosedurele reëls verbreek, dit ook moontlik op substantiewe onbillikheid kan neerkom. Met ander woorde, indien daar nie 'n billike prosedure by bevordering gevolg word nie, kan niebevordering van 'n bepaalde kandidaat ook substantief – wat die rede aanbetref – onbillik wees. Om nie aan 'n kandidaat volgens die ooreengekome kriteria punte toe te ken nie, kan byvoorbeeld beteken dat die rede waarom die kandidaat nie bevorder word nie (dat hy of sy nie die hoogste punt behaal het nie), onbillik is. Die hof merk op dat om kandidate op grond van hul geleerdheid te beoordeel, 'n objektiewe maatstaf is. Die kandidate se ervaring, die tydsduur van 'n aanstelling en 'n kandidaat se diensrekord kon egter ook oorweeg word.⁴³ Alhoewel dit vir 'n leek kan voorkom of een kandidaat meer ervaring as 'n ander kandidaat het, sou dit nie noodwendig die korrekte afleiding wees nie.⁴⁴ Alhoewel die Arbeidsappèlhof in *Ncane* ook, soos die Arbeidshof,⁴⁵ onseker was oor hoe die ervaring van die onderskeie kandidate in die onderhawige geval opgeweeg was, bevind die hof dat dit irrelevant is, omdat die arbiter nie voor die voet mag inmeng met die besluit van die evalueringspaneel nie.⁴⁶

Wat die remedie betref, bevind die hof dat indien daar 'n onbillike bevordering was, 'n arbiter of kommissaris, of in die geval van 'n hersiening of appèl die hof, slegs in uitsonderlike omstandighede kan beveel dat die onsuksesvolle kandidaat na die hoër pos bevorder moet word. Dit maak logies sin dat as iemand anders reeds aangestel is in die pos, soos in Ncane se geval, 'n bedrag geldelike vergoeding prakties gesproke meer gepas sal wees. Buitendien strook dit met die benadering wat die hof benadruk het, naamlik dat 'n voorsittende beampte slegs in uitsonderlike omstandighede inbreuk mag maak op die werkgewer se besluit om nie 'n werknemer te bevorder nie. Die hof merk op dat die ekstra punt wat die Arbeidshof aan Ncane sou toegeken het, sy punte en die suksesvolle kandidaat se punte gelykop sou gestel het. Dus kan daar nie gesê word dat Ncane eerder as die suksesvolle kandidaat bevorder moes gewees het nie. Omdat beskermde bevordering nie in hierdie geval geregverdig was nie, het die hof die vergoedingtoekenning as gepas beskou en die appèl van die hand gewys.⁴⁷

4. Bespreking

Verskeie kwessies ten opsigte van bevorderings word deur die Appèlhof in *Ncane* aangeraak. Die hof meld dat indien daar aan die betrokke kandidaat 'n billike geleentheid gegun is om mee te ding vir 'n pos, die hof nie behoort in te meng nie.⁴⁸ Dit blyk dat die hof bevestig dat daar net een tipe bevordering erken word, naamlik mededingende bevordering. Verder blyk dit dat die hof in *Ncane* bevestig dat die toepassing van regstellende aksie-maatreëls kandidate vir doeleindes van bevordering, selfs al is hulle die beste kandidate, mag uitsluit.⁴⁹ Voorts oorweeg die hof ten opsigte van die remedies spesifiek wanneer die arbeidsforum of die Arbeidshof behoort in te tree⁵⁰ en die substantiewe remedie van beskermde bevordering kan beveel, en bevestig dat dit uitsonderlik is.⁵¹ Hierdie aspekte word hier onder afsonderlike hoofde met verwysing na ander toepaslike gesag verder oorweeg. Eers word oorweeg of daar wel net een tipe bevordering is, daarna die rol van regstellende aksie, en dan die remedies.

4.1 Die onderskeid tussen 'n mededingende bevordering en 'n ad hominem- of interne bevordering

Daar word onder hierdie hoof besin oor die reikwydte van die beskerming teen onbillike arbeidspraktyke in die WAV, en of daar voorsiening gemaak word, of behoort gemaak te word, vir subklassifikasies van die begrip *bevordering*.

In *Ncane*, sonder om op die punt uit te brei, word die doel van 'n bevordering as volg omskryf:

The purpose of promoting an employee is usually because the employer's organisation has a vacancy for a person to perform a particular task and candidates for promotion are employees functioning at a lower level who possibly have the qualifications, skills and ability to perform the tasks of the higher position.⁵²

Die doel van bevordering kan egter wees óf, soos die hof hier vermeld, dat 'n werkgewer 'n vakante pos het waarvoor interne werknemers met buitelanders kan meeding, óf dat werknemers wat in die organisasie werksaam is, op 'n laer vlak die kwalifikasies, vaardighede en bekwaamheid het om 'n hoër pos te beklee en op grond van beleid in die werkplek bevorder word.⁵³ Hier is twee tipes bevordering ter sprake: een waar die werknemer kan aansoek doen om mee te ding met persone van buite die werkplek vir aanstelling in 'n hoër vakante pos ("mededingende bevordering"), en 'n ander waar die kandidaat wat werksaam is in die werkplek, intern vir bevordering kan kwalifiseer op grond van sy of haar prestasie waar die werkplek se beleid voorsiening maak vir werksprogressie ("interne bevordering").⁵⁴

Ncane het 'n geskil in die SAPD behels waar daar ook spesifieke beleid vir interne bevordering is. Kennelik is daar nie oor die algemeen in privaatinstanties iets soos *ad hominem*- of interne bevordering tensy daar spesifieke beleid of 'n kollektiewe ooreenkoms is wat vir vordering voorsiening maak nie. Desnieteenstaande is dieselfde artikel van die WAV van toepassing hetsy 'n werknemer meeding met buitelanders of intern gepromoveer word.

4.1.1 Die toepaslike regsbepalings

Daar is tans geen regsbeginsel wat spesifiek 'n werkgewer se prerogatief om die voorkeurkandidaat te bevorder onderhewig stel aan 'n geregtelike hofondersoek nie. Bestuursprerogatief word slegs in 'n mate beperk deur die verbod teen onbillike diskriminasie⁵⁵ en die inhoud van die grondwetlike reg op billike arbeidspraktyke.⁵⁶ Artikel 186(2) van die WAV bepaal dat enige onbillike optrede of versuim van 'n werkgewer wat onder andere verband hou met bevordering van 'n werknemer, as 'n onbillike arbeidspraktyk kwalifiseer.⁵⁷ Artikel 6 saamgelees met artikel 9 van die Wet op Gelyke Indiensneming maak spesifiek daarvoor voorsiening dat applikante vir aanstellings ook gedek word deur die antidiskriminasiebepaling. Artikel 186(2) van die WAV is van toepassing slegs op persone wat as "werknemers" ingevolge artikel 213 van dié wet kwalifiseer. Buitestanders buite die werkplek wat aansoek doen om 'n vakante pos wat vir interne kandidate op 'n bevorderingsaanstelling sou neerkom, word dus nie deur artikel 186(2) van die WAV gedek nie, maar geniet wel die beskerming teen diskriminasie in artikel 6 van die Wet op Gelyke Indiensneming.

Of die reikwydte van artikel 186(2) interne bevorderings en mededingende bevordering dek, is nie duidelik uit die bewoording van die artikel nie. Die WAV verbied onbillike arbeidspraktyke soos gedefinieer in die artikel self.⁵⁸ Onbillike optrede in die konteks van onbillike arbeidspraktyke is optrede wat strydig met die opvattinge en norme van die gemeenskap⁵⁹ is en arbitrêr of inkonsekwent toegepas is, hetsy dit opsetlik of nalatig geskied.⁶⁰ In *City of Cape Town v SA Municipal Workers Union obo Sylvester*⁶¹ is beslis dat wanneer daar bepaal moet word of die werkgewer billik opgetree het deur te versuim of te weier om 'n werknemer te bevorder, verskeie faktore in ag geneem moet word, insluitend: of die versuim of weiering op grond van onaanvaarbare, irrelevante of aanvegbare redes is; of die werkgewer se besluit arbitrêr, wispelturig of onregverdig was; of die besluit onoorwoë of ter kwader trou⁶² geneem is; of die besluit diskriminerend was; of daar onvoldoende rede was om nie te bevorder nie; of die besluit gebaseer was op 'n foutiewe beginsel; en of die werkgewer bevooroordeeld was.⁶³ Eise gegrond op onbillike bevordering ingevolge artikel 186(2) van die WAV is dus nie beperk tot bewerings dat daar onbillike diskriminasie plaasgevind het nie. Werknemers kan ook eis dat hulle nie bevorder is nie omdat die werkgewer nagelaat het om die ooreengekome bevorderingsbeleid en prosedures te volg,⁶⁴ of dat die geadverteerde kriteria vir die pos nie deur die werkgewer oorweeg of toegepas is nie.⁶⁵ Artikel 186(2) bevat ook nie intrinsieke beperkinge of kwalifikasies nie. Die toepassingsgebied blyk dus baie wyd te wees en die artikel behoort beskerming te verleen aan werknemers in 'n wye verskeidenheid feite-aangeleenthede wat hulle in die praktyk kan voordoen. Daar blyk egter 'n verskil in mening te wees tussen wat verskillende arbeidsforums, die Arbeidshof en akademië beskou as "bevordering" vir doeleindes van die toepassing van artikel 186(2). Dit kan hierdie wye interpretasie van die beskerming kniehalter. Hierdie aspek word vervolgens bespreek.

4.1.2 Verskillende sienings oor wat "bevordering" behels

Almal blyk dit eens te wees dat bevordering 'n verhoging tot 'n hoër posisie is. 'n Laterale verplasing of 'n verhoging in posgraad in dieselfde pos word egter nie as 'n bevordering beskou nie.⁶⁶ 'n Bevordering kan met 'n verhoogde salaris gepaardgaan, maar dit hoef nie noodwendig die geval te wees nie.⁶⁷ 'n Bevordering behels egter altyd 'n verhoging in gesag en status.⁶⁸ Die betekenis van die regsbegrip *bevordering* is in *Public Servants Association v*

*Northern Cape Provincial Administration*⁶⁹ oorweeg. Die hof beslis dat as die werknemer aansoek gedoen het om 'n geadverteerde pos en hy of sy aangestel word, dit nie kwalifiseer as 'n bevordering nie. Selfs as die aanstelling in dieselfde departement gemaak word, is dit volgens die hof nie 'n bevordering nie, aangesien 'n bevordering oor die algemeen 'n *interne aangeleentheid* is.⁷⁰ Grogan bevestig die benadering dat 'n aanstelling, al sou dit neerkom op 'n verhoging in rang, nie as 'n bevordering kwalifiseer vir doeleindes van die toepassing van artikel 186(2) van die WAV nie. Hy meen dat die geskil spesifiek oor 'n versuim of weiering deur die werkgewer om die werknemer te bevorder, moet handel⁷¹ en dat 'n geskil oor 'n werkgewer se versuim om 'n kandidaat in 'n ander posisie aan te stel, al is dit in 'n hoër pos, nie 'n bevorderingsgeskil is nie.⁷² Hierdie sienings blyk te beaam dat "bevordering" soos beoog in artikel 186(2) 'n interne prosedure in die werkplek is – dus interne bevorderings – en nie mededingende bevorderings nie. Maar 'n teenstrydige bevinding is gemaak in *Mulder and Telkom SA Bpk*⁷³ waar daar bevind is dat om intern op te gradeer tot 'n hoër pos sonder dat die posbeskrywing of verpligtinge verander, ook nie 'n bevordering is nie.⁷⁴ As, soos wat dikwels die geval is, 'n werkgewer sou vereis dat werknemers hul werk moet doen ooreenkomstig die vereistes vir die volgende posvlak ten einde te kwalifiseer vir 'n interne bevordering waarvoor daar in die beleid in die werkplek voorsiening gemaak word, sou dit dus nie volgens die benadering in *Mulder* as 'n bevordering kwalifiseer nie. Om *mee te ding* impliseer dat slegs mededingende bevordering as bevordering kwalifiseer.

In *Ncane* beslis die Arbeidsappèlhof ook dat werkgewers as deel van hul regsplig teenoor werknemers by bevorderings vir elke kandidaat 'n regverdige geleentheid moet gun om mee te ding.⁷⁵ Om *mee te ding* veronderstel juis dat kandidate wat aan die bevorderingskriteria voldoen, kompeteer vir die pos. Mededingende bevorderings behels dat werknemers in die werkplek en kandidate van buite die onderneming meeding om die vakante pos, terwyl interne bevordering waar beleid in die werkplek spesifiek voorsiening maak vir bevorderingsmoontlikheid op grond van prestasie en vordering, nie mededingend is nie. Om te bepaal dat 'n werkgewer billik optree deur toe te laat dat iemand mag meeding om 'n bevordering, strook nie heeltemal met die doel van 'n interne bevordering waar die klem op die meriete van die individu is nie. Hier ding die kandidate wat vir bevordering kwalifiseer, nie met mekaar mee nie. Die vraag is eerder of die werknemer aan die objektiewe vereistes vir die hoër pos voldoen, al dan nie.

Hierdie tameletjie in die reg het tot gevolg dat litigante met tegniese regsaspekte betreffende jurisdiksie gekonfronteer word wat moontlik hul toegang tot 'n remedie in geheel kan uitsluit.

Die geskil in *Minister van Arbeid v Mathibeli*⁷⁶ dien as voorbeeld. Die pos van mnr. Mathibeli, 'n regsbeampte in die Departement van Arbeid op posvlak 10, was na 'n hergraderingsproses geormerk vir opgradering na posvlak 11.⁷⁷ Desnieteenstaande was Mathibeli nie die hoër salaris verbonde aan die hoër posvlak betaal nie. Ontevrede, het Mathibeli 'n geskil op grond van onbillike arbeidspraktyk met betrekking tot bevordering na 'n bedingingsraad verwys.⁷⁸ Die arbiter het tot die slotsom gekom dat die werkgewer skuldig is aan 'n onbillike arbeidspraktyk en die werkgewer beveel om aan Mathibeli 'n posvlak 11-salaris te betaal. Op hersiening het regter Cele in die Arbeidshof in *Minister van Arbeid v Mathibeli*⁷⁹ die toekenning tersyde gestel op grond van die feit dat die geskil nie 'n geskil was wat na die bedingingsraad verwys kon word vir beslegting op grond van 'n onbillike arbeidspraktyk met betrekking tot bevordering nie, maar 'n belangegeskil was;⁸⁰ derhalwe het die bedingingsraad nie jurisdiksie gehad om die geskil te besleg nie. Op appèl in *Mathibeli v Minister van Arbeid*⁸¹ het die Arbeidsappèlhof tot die gevolgtrekking gekom dat die geskil nie

oor bevordering gegaan het nie, maar dat dit 'n eis was vir betaling van die hoër salaris wat betaalbaar was in die opgegradeerde posbeskrywing, wat 'n regtegeskil is.⁸² Die bedingingsraad het wel jurisdiksie gehad om die geskil aan te hoor. Die Arbeidsappèlhof het egter nie saamgestem met die arbiter se bevinding dat daar 'n onbillike arbeidspraktyk plaasgevind het nie en die appèl is van die hand gewys.⁸³

Nog 'n voorbeeld is te vinde in *Member of the Executive Council, Department of Sport, Recreation, Arts and Culture, Eastern Cape v General Public Service Sectoral Bargaining Council*.⁸⁴ In hierdie saak het die respondent-werknemer gekla dat hy na 20 jaar se diens op 'n laer posvlak aangestel was as die vlak waarop hy moes wees.⁸⁵ Die hof beslis dat die kommissaris wat in die werknemer se guns beslis het, nie bevind het dat die departement skuldig was aan 'n onbillike arbeidspraktyk nie. Hy het slegs beveel dat die departement aan die werknemer terugwerkend 'n hoër salaris moet betaal vanaf 'n datum vier jaar vroeër toe die werknemer 'n seniorsertifikaat verwerf het.⁸⁶ Hierdie geskil het nie na die hof se mening binne die bestek van artikel 186(2) geval nie.⁸⁷ In die openbare sektor word bevordering by wyse van werkevalueringsbeleid gereguleer. Verder moet die voorgeskrewe aanstellings- en seleksiekriteria gevolg word. Aangesien die regulasies ook vir hergradering van posisies voorsiening maak, was dit duidelik dat bevordering iets anders as 'n hergradering van 'n pos was.⁸⁸ Die kommissaris het nie die bepalings van die toepaslike wetgewing in ag geneem nie en het 'n onbillike arbeidspraktyk verwar met 'n belangegeskil.⁸⁹ In hierdie geval het die werknemer slegs 'n verhoogde salaris geëis. Dit was 'n belangegeskil.⁹⁰ Die kommissaris het daarom nie na die hof se mening redelik opgetree toe hy oor die regverdigheid van die werkgever se optrede beslis het nie. Hy het ook sy magte oorskry deur te beveel dat die werknemer se pos opgegradeer moet word sonder dat die pos geëvalueer is, en daarom is die toekenning tersyde gestel.⁹¹

In *Department of Justice v KVBA*⁹² het die Arbeidsappèlhof beslis dat 'n interne kandidaat "bevorder" word tot 'n hoër pos, terwyl 'n buitestander wat aansoek doen om 'n pos in die werkplek, "aangestel" word. Dit lyk eenvoudig genoeg: 'n aanstelling is die plasing van 'n nuwe rekrut in die werkplek, terwyl 'n bevordering die verhoging in posvlak van 'n bestaande werknemer behels.⁹³ Dit is egter nie altyd so maklik om 'n duidelike onderskeid tussen bevordering en 'n aanstelling te maak nie. In *Jele v Premier of the Province of KwaZulu-Natal*⁹⁴ beslis die Arbeidshof dat indien iemand wat in die staatsdiens werksaam is, onsuksesvol om 'n hoër pos in 'n ander departement aansoek gedoen het, sy of haar nie-aanstelling op niebevordering neerkom. Dit sal egter die geval wees slegs in omstandighede waar die staatsdiens in sy geheel, en nie net die departement nie, geag word die werkgever te wees.⁹⁵ Verder is daar in die geval van samesmeltings onsekerheid daaroor of plasings in poste in die nuutgevormde entiteit op aanstellings of bevorderings neerkom. By samesmeltings van staatsinstellings blyk dit geag aanstellings te wees, terwyl persone wat in die private sektor werksaam is by maatskappye wat saamgesmelt het, geag word vir bevordering aansoek te doen.⁹⁶ Cheadle meen ook dat daar nie sonder meer 'n duidelike onderskeid getref kan word tussen 'n bevordering en 'n aanstelling nie.⁹⁷

Optrede deur 'n werkgever wat met "bevordering" verband hou, is ook 'n wyer begrip as net die besluit om een kandidaat bo 'n ander te bevorder. Die hof het al oorweeg of die besluit om 'n kandidaat nie te kortlys vir 'n onderhoud nie, 'n onbillike arbeidspraktyk wat met bevordering verband hou, daarstel. Die bepalende toets hier is ook of die kandidaat die geleentheid gebied was om mee te ding vir die bevorderingspos, al dan nie. In *SAMWU obo Mzamo v City of Cape Town*⁹⁸ het die applikant aangevoer dat hy gekortlys behoort te geword

het vir 'n tweede ronde onderhoude, alhoewel hy reeds genooi was vir 'n onderhoud gedurende die eerste ronde onderhoude. Die kommissaris het bevind dat hierdie geskil nie 'n bevordering behels het nie, maar eerder gegaan het oor die feit dat die kandidaat nie gekortlys was nie. Dat die applikant die posisie reeds tydelik gevul het, was ook nie aanvaar as grondige rede om te steun op 'n redelike verwagting dat die kandidaat gekortlys moes word nie. Gevolglik is sy aansoek van die hand gewys. In *Ngoatje v Department of Education (Limpopo)*,⁹⁹ daarenteen, is beslis dat die feit dat me. Ngoatje nie gekortlys is nie alhoewel sy aan die kriteria vir die pos voldoen het, wel 'n onbillike arbeidspraktyk ingevolge artikel 186(2) van die WAV was wat verband hou met bevordering, aangesien sy nie toegelaat is om mee te ding vir 'n pos nie.¹⁰⁰

Dit is twyfelagtig of die Arbeidsappèlhof se vlugtige verwysing na die doel van bevordering in *Ncane*¹⁰¹ die kritieke vraag ten opsigte van die strekwydte van die begrip *bevordering* beantwoord. Daar is ten opsigte van die prosedurele en substantiewe billikheidsoorwegings wat onder die vaandel van artikel 186(2) van die WAV val, wel belangrike verskille tussen 'n interne bevordering, waar slegs persone binne die organisasie geregtig is om aansoek te doen, en 'n bevorderingsaanstelling, waar buitepersone ook kan aansoek doen.

Hierdie verskille word hier onder verder oorweeg.

4.1.3 Praktiese oorwegings vir die onderskeid

'n Interne bevordering behels dat interne kandidate in die werkplek voldoen aan sowel die vereistes vir bevordering as die objektiewe standaarde wat gestel word vir doeleindes van die hoër posvlak. Die posisie word nie ekstern geadverteer nie, en slegs interne kandidate word oorweeg. Eksterne kandidate word nie genooi by wyse van 'n advertensies om aansoek te doen nie. Daarom hoef interne kandidate nie mee te ding met buitekandidate vir bevordering nie. Aangesien interne bevordering afhanklik is van die spesifieke individu se werkprestasie en vordering in die werkplek, behoort daar vanselfsprekend 'n ander prosedure voorgeskryf te word vir interne bevorderings as vir mededingende bevorderings. Alhoewel dit vir doeleindes van vermyding van nepotisme en onbillike bevoordeling nodig kan wees, sou dit nie eens noodwendig 'n vereiste by interne bevorderings wees dat daar 'n onderhoud gevoer hoef te word soos by 'n bevorderingsaanstelling waar eksterne kandidate oorweeg word nie. By 'n interne bevordering kan daar moontlik 'n aansoekprosedure gevolg word. Die toesighouer of bestuurshoof behoort 'n ingeligte oordeel te kan vel oor of die kandidaat voldoen aan die vereistes en hy of sy kan dan 'n aanbeveling maak of die kandidaat bevorder moet word, al dan nie. Hierdie besluit kan aan hersiening onderhewig gemaak word, indien nodig.¹⁰²

Dit is belangrik om bevorderings op kriteria vir die werk te baseer. Die bevorderingproses moet nie diskriminerend wees nie. Die posisie moet oorweeg word en die karaktereienskappe wat noodsaaklik is vir die werk moet geïdentifiseer word. Dit kan byvoorbeeld kreatiwiteit, opleiding en studieagtergrond, toesighoudende en bestuursbevoegdhede insluit. Verder moet daar ook neutrale kriteria wees, soos die werknemer se werkrekord. By mededingende bevorderings is dit gewoonlik noodsaaklik om vir permutasies van die objektiewe kriteria wat toegepas word, voorsiening te maak. Hierdie permutasies is bedoel om erkenning te gee aan die verskille tussen die werksaamhede in die praktyk teenoor dié in die werkplek.¹⁰³ Dit is egter nie nodig om permutasies ten opsigte van die objektiewe kriteria toe te pas by interne bevorderings nie, want hier word die individu se prestasie gemeet aan die vereistes van die

volgende posvlak. As 'n akademiese pos vir senior lektor by 'n universiteit geadverteer word en 'n prokureur of advokaat uit die praktyk doen aansoek, sal hy of sy byvoorbeeld nie aan die aantal publikasies wat hy of sy het, gemeet kan word nie. Daarteenoor sal van 'n interne kandidaat wat aansoek doen om dieselfde pos vir bevordering van lektor na senior lektor, wel verwag word om 'n publikasielys voor te hou om te wys dat hy of sy aan die vereistes van die hoër posvlak voldoen.

Ter opsomming: By 'n interne bevordering is die fokus op die kandidaat se meriete en bevoegdheid. Oorweging moet hoofsaaklik gegee word aan die mate waarin hy of sy voldoen aan die objektiewe faktore en vereistes vir die hoër posvlak. By mededingende bevorderings word persone binne en buite die werkplek uitgenooi om mee te ding vir aanstelling in 'n vakante pos wat vir die interne kandidaat op 'n bevordering sou neerkom. Die objektiewe vereistes en faktore wat toegepas word op persone binne en buite die onderneming sal nie noodwendig dieselfde wees nie as gevolg van permutasies wat toegepas kan word; ander faktore soos persoonlike eienskappe kan 'n meer beduidende rol by die besluitneming speel.¹⁰⁴ Een van die aspekte wat 'n rol kan speel in die besluit oor watter kandidaat bevorder behoort te word al dan nie, is regstellende aksie. Onder die volgende hoof word besin watter rol regstellende aksie by bevordering speel. Verder word die vraag oorweeg of daar 'n onderskeid gemaak behoort word oor hoe regstellende aksie by interne bevordering teenoor mededingende bevorderings toegepas moet word.

4.1.4 Die rol van regstellende aksie

Die Wet op Gelyke Indiensneming stel positiewe maatreëls daar waaraan "aangewese werkgewers"¹⁰⁵ moet voldoen om regstellende aksie in die werkplek te implementeer.¹⁰⁶ Ingevolge hierdie maatreëls is dit toelaatbaar vir werkgewers om te diskrimineer ten gunste van groepe werknemers wat voorheen deur diskriminasie benadeel was, oftewel "aangewese groepe werknemers".¹⁰⁷ Aangewese groepe werknemers is swart mense, Indiërs, Chinese en kleurlinge, vrouens en werknemers met gestremdhede.¹⁰⁸ Die doel van regstellende aksie is om diskriminerende praktyke in die werkplek te verwyder, om gelyke geleenthede te verleen aan alle werknemers en om die werkplek meer verteenwoordigend te maak, sodat die land se werkende bevolking sy demografiese samestelling weerspieël.¹⁰⁹ *Regstellende aksie* word in die Wet op Gelyke Indiensneming gedefinieer as maatreëls wat ontwerp is om te verseker dat voldoende gekwalifiseerde persone¹¹⁰ van die aangewese groepe gelyke geleenthede gegun word en billik verteenwoordig is in alle werkskategorieë en -vlakke.¹¹¹ 'n Gelyke-indiensnemingsplan¹¹² moet met ander woorde nie net met die onderste vlak in die hiërargie handel nie. Daar moet in die gelyke-indiensnemingsplan numeriese doelwitte gestel word,¹¹³ maar nie kwotas wat daarop neerkom dat daar 'n beletsel is op die aanstelling of bevordering van werknemers wat nie in die aangewese groepe werknemers val nie.¹¹⁴ Werkgewers mag ook nie numeriese doelwitte rigied nastreef sonder om ander faktore buiten ras, geslag en gestremdheid in ag te neem nie.¹¹⁵ As riglyn vir aangewese werkgewers om te bepaal of die werksmag verteenwoordigend is, word die verspreiding van groepe werknemers in die ekonomies aktiewe bevolking (EAB) gebruik, soos in die kwartaallikse arbeidsmagstatistieke wat deur Statistiek Suid-Afrika gepubliseer is. Die EAB is persone tussen die ouderdom van 15 en 64 jaar wat werkend of werksoekend is. Die EAB dien ook as riglyn vir aangewese werkgewers om numeriese doelwitte te stel soos in artikel 15 van die Wet op Gelyke Indiensneming vereis word. Werkgewers moet sowel nasionale as provinsiale statistieke gebruik by die vasstelling van numeriese doelwitte. Die nasionale syfers is tans soos volg: swart Afrikane maak sowat 78% van die Suid-Afrikaanse bevolking uit, gevolg deur

kleurlinge (9,8%), blankes (9,5%) en Indiërs (2,8%). Die oorweging van die provinsiale verspreiding van groepe werknemers is ook belangrik, omdat sekere bevolkingsgroepe meer gekonsentreerd in spesifieke provinsies is. Daar is byvoorbeeld baie meer kleurlinge in die Wes-Kaap as in ander provinsies, en 'n groot aantal Indiërs is in KwaZulu-Natal woonagtig vergeleke met ander provinsies.¹¹⁶ Indien 'n gelyke-indiensnemingsplan duidelik groepe aandui wat ondervteenwoordig is op die verskillende werksvlakke en ander groepe wat oorvteenwoordig is, is dit duidelik dat die Wet op Gelyke Indiënsneming se oorkoepelende doel om verteenwoordiging in alle werkskategorieë te bewerkstellig, nie verwesenlik is nie. Maar werkgewers mag nie absolute hindernisse plaas vir vordering van werkers wat nie in die aangewese groepe werknemers val nie.¹¹⁷

Daar is druk van twee kante op aangewese werkgewers by die toepassing van regstellende aksie by bevordering. Enersyds vereis die begunstigdes dat werkgewers hulle moet bevoordeel, en andersyds kan die toepassing van die maatreëls vir werknemers in die nie-aangewese groepe werknemers onbillik blyk te wees, en hulle selfs benadeel.

Alhoewel werknemers oor die algemeen nie 'n reg het om aanspraak te maak op bevordering nie, het werknemers in die aangewese groepe wel 'n aanspraak op bevoordeling in die toepassing van beleid in die werkplek. In *Harmse v City of Cape Town*¹¹⁸ het mnr. Harmse, wat in een van die aangewese groepe werknemers was, aangevoer dat daar onbillik teen hom gediskrimineer is (soos in artikel 6 van die Wet op Gelyke Indiënsneming beoog word), omdat hy na bewering op grond van sy ras, politiese oortuigings en gebrek aan ervaring nie vir drie poste waarvoor hy aansoek gedoen het, gekortlys is nie.¹¹⁹ Twee blanke mans is in die geadverteerde vakante poste aangestel. Die Arbeidshof kom tot die slotsom dat regstellende aksie 'n reg is wat 'n werknemer in die aangewese groepe geniet.¹²⁰ Wanneer 'n aangewese werkgewer 'n gelyke-indiensnemingsplan aanneem, skeep dit 'n redelike verwagting by werknemers in die aangewese groepe dat die regstellende-aksie-maatreëls dienooreenkomstig geïmplementeer sal word.¹²¹ Regstellende aksie is dus 'n swaard in die hand van "aangewese groepe werknemers".

Die reg op regstellende aksie word egter in twee opsigte getemper: regstellende aksie moet al die groepe aangewese werknemers wat voorheen benadeel is, bevorder en nie slegs een groep uitsonder ten koste van ander groepe werknemers nie,¹²² en ander faktore, insluitende die regte van werknemers in nie-aangewese groepe, moet in ag geneem word.¹²³ In *SAPS v Solidary obo. Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae)*¹²⁴ bevind die minderheid¹²⁵ dat billikheid bepalend is. Regter Van der Westhuizen beklemtoon in sy afsonderlike beslissing dat die invloed wat die regstellende-aksie-maatreël op die menswaardigheid van individue – sowel aangewese werknemers as dié wat daardeur benadeel word – en die langtermyn doelwit van 'n nierassige en nieseksistiese, en sosiaal inklusiewe samelewing in ag geneem moet word.¹²⁶ Met ander woorde, daar moet 'n rasonale verband wees tussen die regstellende-aksie-maatreël en die doel waarvoor dit ingestel is, anders is differensiasie op grond van ras en/of geslag onbillike diskriminasie.¹²⁷

In *Ncane* is die kandidaat wat die meeste punte behaal het tydens die onderhoud (Lutchman) en 'n ander kandidaat wat dieselfde punt as Ncane gekry het, na afloop van die onderhoud vir bevordering uitgeskakel omdat die SAPD 'n billikewerksgeleentheidplan toegepas het.¹²⁸ Die Arbeidsappèlhof was ongelukkig nie genoop om uitspraak daaroor te lewer of hierdie stap billik was, al dan nie.

Die vraag wat dadelik by mens opkom, is: Indien kandidate so uitgeskakel kan word op grond van hul ras of geslag, selfs as hulle die beste vaar in die onderhoud, hoekom is hulle dan in die eerste plek gekortlys? Kortom, sou daar dan omstandighede kon wees waarin iemand soos Lutchman in die *Ncane*-saak wel moontlik bevorder kon word? Sou hulle kon eis op grond van onbillike bevordering ingevolge die WAV of op grond van onbillike diskriminasie?

Interne kandidate wat as "werknemers" kwalifiseer, kan in sekere omstandighede kies tussen die beskerming in die WAV en dié in die Wet op Gelyke Indiensneming. Artikel 186(2) van eersgenoemde wet kan argumentshalwe soos artikel 6 van die Wet op Gelyke Indiensneming toegepas word in geval van mededingende bevordering waar die kandidaat 'n interne werknemer is wat weens diskriminasie nie in 'n vakante bevorderingspos aangestel is nie. Daar is in minstens een saak ingevolge die Wet op Gelyke Indiensneming beslis dat diskriminasie op grond van ras en geslag by bevordering 'n onbillike arbeidspraktyk was. In *Willemse v Patelia NO*¹²⁹ het 'n gestremde werknemer op artikel 6 van die Wet op Gelyke Indiensneming gesteun. Willemse het aangevoer dat daar onbillik op grond van sy ras en geslag teen hom gediskrimineer is toe hy nie bevorder is nie nadat sy bevordering aanbeveel is.¹³⁰ Die werkgewer het regstellende aksie as verweer geopper.¹³¹ Appèlregter Nel beslis dat die werkgewer se optrede 'n onbillike arbeidspraktyk daargestel het.¹³² Hierdie uitspraak blyk egter verkeerd te wees. Die algemene opvatting is dat gevalle waar die onderliggende rede vir niebevordering van 'n werknemer diskriminasie is, in die Arbeidshof se eksklusiewe jurisdiksie val en nie deur die KVBA of bedingingsraad gearbitreer kan word nie, en as diskriminasiesake ingevolge die Wet op Gelyke Indiensneming beslis moet word, en nie as 'n onbillike arbeidspraktyk geld nie.¹³³ Alhoewel werknemers dus skynbaar nie op artikel 186(2) van die WAV kan steun as hul niebevordering die gevolg van diskriminasie is nie, voer sekere skrywers aan dat die verwer wat in die Wet op Gelyke Indiensneming beskikbaar gestel word vir werkgewers,¹³⁴ ook toegepas kan word in omstandighede waar die billikheid van 'n werkgewer se optrede by bevordering aangeveg word.¹³⁵ Die feit dat regstellende aksie as verweer geopper kan word in geval van geskille oor onbillike arbeidspraktyke beperk die beskerming wat artikel 186(2) bied in 'n groot mate. Regstellende aksie is op sigself nie onbillik nie.¹³⁶ Die beginsel word op hierdie wyse bejeën ten einde uitvoering te gee aan die doel om substantiewe gelykheid te bevorder.¹³⁷ Solank 'n regstellende-aksie-maatreël geldig is, en op 'n regmatige wyse geïmplementeer word, kan 'n werkgewer se optrede in die uitvoering daarvan nie verder vir onbillikheid getoets word nie.¹³⁸ Die Wet op Gelyke Indiensneming sluit ook regstellende aksie uitdruklik uit die reikwydte van die begrip *onbillike diskriminasie* uit. Regstellende aksie word insgelyks kragtens die Internasionale Arbeidsorganisasie se Konvensie C111 van 1958 rakende diskriminasie in werk en beroep¹³⁹ as 'n afsonderlike kategorie optrede uitgesonder wat nie as onbillike diskriminasie kwalifiseer nie.¹⁴⁰

Die Hooggeregshof het in *Stoman v Minister of Safety and Security*¹⁴¹ beslis dat die SAPD se besluit om nie vir Stoman, 'n blanke man wat die hoogste punt in die bevorderingsonderhoud behaal het, te bevorder nie, nie onbillike diskriminasie daargestel het nie. Die hof beslis dat regstellende aksie nie ten doel het om mense in oorverteengewordige groepe te straf nie, maar dat dit wel daarop gemik is om die kategorieë persone in die aangewese groepe werknemers wat voorheen benadeel is, te bevorder en te bevoordeel om sodoende die oorverteengewordiging wat die gevolg van voormalige onbillike diskriminasie is, aan te spreek.¹⁴² Dit wil voorkom of werkgewers slegs moet bewys dat hulle ter bevordering van 'n geldige gelyke-indiensnemingsplan¹⁴³ opgetree het, en dat die regstellende-aksie-maatreël

soos wat dit geïmplementeer word, nie 'n verbode kwota of verbode reservering van poste daarstel nie.¹⁴⁴

Ofskoon dit blyk dat aangewese werkgewers 'n onwrikbare verweer het as hulle kan bewys dat hul besluitneming by bevordering gemotiveer was deur 'n geldige gelyke-indiensnemingsplan ter uitvoering van regstellende aksie, moet ook ander faktore oorweeg word. Verskeie beslissings wat ingevolge die Grondwet, die WAV en die Wet op Gelyke Indiensneming geneem is, bevestig dat die verwesenliking van verteenwoordiging in die werkplek nie die enigste verpligting is wat op die staat rus nie. Om effektiwiteit te bevorder, moet 'n werkgewer se besluit oor wie bevorder moet word en wie nie, nie buite rekening gelaat word nie. Daar is byvoorbeeld in *SAPS v Zandberg*,¹⁴⁵ waar die kandidaat wat die tweede hoogste punt in die onderhoud behaal het en op grond van regstellende aksie aangestel is, beslis dat ook geskiktheid vir die pos en meriete relevant is tot die besluit oor wie aangestel (of dan bevorder) behoort te word. In hierdie geval het die hof egter gemeen dat die verskil tussen die beste en tweede beste kandidaat se punte nie wesenlik was nie. In die privaatsektor moet werkgewers ook 'n balans handhaaf tussen die vereistes vir die implementering van regstellende aksie en ander regspligte wat op hulle rus. In *McInnes v Technikon Natal*¹⁴⁶ het die hof byvoorbeeld beslis dat daar 'n verpligting op die technikon rus om aan die studente wat aan die technikon studeer, die hoogste standaard van tersiêre opleiding te verskaf. Hierdie plig moet by die toepassing van regstellende-aksie-maatreëls uitgeoefen word by die aanstelling (en vanselfsprekend dan ook by die bevordering) van dosente.¹⁴⁷

Daar is uiteenlopende hofuitsprake in sake waar regstellende aksie as verweer vir beweerde onbillike optrede deur werkgewers geopper is. Korrektiewe maatreëls wat die substantiewe beginsel van gelykheid bevorder, is grondwetlik toelaatbaar en soms verpligtend. Dit beteken egter nie dat daar nie enige beperkings gestel moet word op die maatreëls wat geïmplementeer mag word nie. Die grondwetlike bepaling in artikel 9(2) beteken nie dat enige regstellende-aksiemaatreeël grondwetlik sal wees nie.¹⁴⁸ Die Konstitusionele Hof stel 'n ander benadering by die toepassing van regstellende aksie voor. Die hof benadruk dat die doel van regstellende aksie nie is om werknemers in nie-aangewese groepe te benadeel of te straf nie. Daarom moet die maatreëls so ontwerp wees en toegepas word dat dit so min as moontlik inbreuk maak op die menswaardigheid van hierdie groepe werknemers.¹⁴⁹ Regstellende aksie moet korrek en op 'n regmatige wyse toegepas word. Daar moet perke wees aan hoe regstellende aksie toegepas word en die maatreëls moet nie vir 'n ander doel as bevordering van werknemers uit aangewese groepe misbruik word nie.¹⁵⁰ Die toets wat toegepas word om te bepaal of 'n regstellende-aksie-maatreeël aan die wetsvereistes voldoen, is soos volg: Eers moet daar bepaal word of die maatreeël gemik is op 'n groep wat blootgestel is aan diskriminasie, of vir diskriminasie vatbaar is. Dan moet daar vasgestel word of die maatreeël ontwerp is om daardie groep te beskerm of te bevorder. Laastens moet die maatreeël die bevordering van gelykheid ten doel hê.¹⁵¹

Regstellende-aksie-maatreëls wat slegs op ras geskoei is en op 'n arbitrêre wyse sekere groepe werknemers bevoordeel ten koste van ander werknemers, voldoen nie aan die grondwetlike vereistes in artikel 9(2) nie.¹⁵² In *Gordon v Department of Health, KwaZulu-Natal*¹⁵³ het die Arbeidshof beslis dat daar 'n rasonale verband of neksus moet wees tussen die regstellende-aksie-maatreeël en die besluit om aan te stel of te bevorder of nie aan te stel of te bevorder nie.¹⁵⁴ Die maatstaf self moet daarom ook rasoneel wees.¹⁵⁵ Daarbenewens moet die regstellende-aksie-maatreeël ook korrek toegepas word. In *Baxter v National*

*Commissioner, Correctional Services*¹⁵⁶ is die regstellende-aksie-beleid soos toegepas in die openbare sektor weer onder die loep geneem. 'n Kleurlingman, Baxter, is in hierdie geval nie gekortlys nie en die werkgewer het die pos heradverteer. Regter Cele merk op dat wat die prosedure betref wat by bevordering gevolg is, die Nasionale Kommissaris Baxter se aanstelling nie aanbeveel óf verwerp het nie.¹⁵⁷ Verder het die departement se gelyke-indiensnemingsplan bepaal dat daar in die Vrystaat eerder 'n kleurling as 'n swart persoon aangestel moes word.¹⁵⁸ Gevolglik is die departement se verweer van regstellende aksie deur die hof verwerp. Die hof bevind dat die departement se optrede op diskriminasie op grond van ras en geslag neerkom.¹⁵⁹ Die departement is beveel om aan Baxter terugwerkend die salaris en voordele met rente waarop hy geregtig sou gewees het as hy aangestel was, te betaal of beskermde bevordering te gee.¹⁶⁰

Ter illustrasie van die toepassing van regstellende aksie kan die volgende beslissings in ag geneem word. In *SADTU obo Dinoge v Department of Education North West*¹⁶¹ is die kandidaat wat voorheen waargeneem het in een van die twee poste waarvoor sy aansoek gedoen het, vir aanstelling gekortlys; 'n onderhoud is met haar gevoer en sy het die hoogste punt vir beide poste behaal; sy is ook deur die skool se beheerliggaam aanbeveel. Desnieteenstaande is mans wat albei die tweede hoogste punt behaal het, in die twee poste aangestel. Artikel 6(3)(a) van die Wet op die Indiensneming van Opvoeders¹⁶² bepaal dat die skoolbeheerliggaam na die onderhoud aanbevelings kan maak, maar dat die werkgewer die finale besluit moet neem ten opsigte van wie aangestel (of bevorder) moet word. Die applikant het aangevoer dat sy die beste kandidaat was vir die posisie. In hierdie geval was daar 'n gelyke-indiensnemingsplan toegepas. Die hof beslis dat die besluit nie arbitrêr geneem is nie.¹⁶³ In *Minister of Safety and Security v Naidoo*¹⁶⁴ is 'n swart man eerder as 'n vroulike Indiër-polisie-vrou aangestel, al is daar 'n hoër punt aan haar toegeken in die onderhoud. In die Arbeidshof¹⁶⁵ is daar ten gunste van die vrou beslis. In appèl is egter beslis dat die SAPD se gelyke-indiensnemingsplan nie 'n absolute verbod stel op die aanstelling van Indiërvroue nie, aangesien Indiërvroue in 'n ander provinsie aangestel is.¹⁶⁶ Die hof bereik die slotsom dat die besluit om nie vir Naidoo te bevorder nie, volgens die gelyke-indiensnemingsbeleid was, en nie irrasioneel of wispelturig was nie.¹⁶⁷

Kan persone wat in die (ondervteenwoordigde) aangewese groepe val, ten spyte daarvan dat hulle nie aan die vereistes voldoen nie, bevorder word? En 'n verwante vraag is: Moet so 'n werknemer by aanstelling én by bevordering voorkeur geniet bo persone wat nie in die aangewese groepe val nie? Miskien is die antwoord te vinde in die twee doeleindes vir bevorderings. Die doel van 'n bevordering is óf dat 'n werkgewer 'n vakante pos het óf dat werknemers wat werkzaam is in die organisasie op 'n laer vlak die kwalifikasies, vaardighede en bekwaamheid het om 'n hoër pos te beklee. Twee dinge is pertinent. Die Arbeidsappèlhof se bewoording van die doel van bevordering in *Ncane*¹⁶⁸ beklemtoon kwalifikasies en bekwaamheid, en maak nie melding van 'n ander rede, naamlik om verteenwoordiging in die werkplek te bewerkstellig nie. In *Du Preez v Minister of Justice and Constitutional Development*¹⁶⁹ het 'n ervare blanke landdroos te kenne gegee dat daar onbillik teen hom gediskrimineer is deurdat die seleksiekriteria hom uitgesluit het as gevolg van regstellende-aksie-beleid.¹⁷⁰ Die hof het regstellende aksie as 'n belangrike maatreël vir die verwesenliking van gelykheid bestempel, wat nie as 'n uitsondering op die reg op gelykheid beskou moet word nie.¹⁷¹ Desnieteenstaande beslis die hof dat die departement se optrede wel ingevolge die definisie in die Wet op Gelykheid en Voorkoming van Onbillike Diskriminasie as diskriminasie¹⁷² kwalifiseer en dat dit noodsaaklik is om te bepaal of die optrede onbillik was, al dan nie.¹⁷³ Die hof bevestig dat ander faktore, soos ervaring, regs-kennis, leierskap- en

bestuursvaardighede ook in ag geneem moet word en nie net die soeke na verteenwoordiging nie.¹⁷⁴ In hierdie geval was dit nie gedoen nie en swart vroue wat voldoen het aan die minimumkwalifikasies was outomaties bo ander kandidate verkies.¹⁷⁵ Die hof het beslis dat die departement se optrede onbillik was. Die departement is beveel om die poste te heradvertiseer.¹⁷⁶

In *Alexandre v Provincial Administration of the Western Cape Department of Health*¹⁷⁷ is mnr. Alexandre, 'n blanke man, nie bevorder nie en het die werkgewer eerder 'n kleurling bevorder. Alexandre het op grond van onbillike diskriminasie 'n eis ingestel¹⁷⁸ en aangevoer dat die suksesvolle kandidaat swakker as hy gekwalifiseerd was. Hy het verder geargumenteer dat die suksesvolle kandidaat aan hom (Alexandre) bekendgemaak het dat hy ingelig was dat hy voorkeurbehandeling by bevordering sou kry. Die Arbeidshof beklemtoon dat om 'n kleurlingman aan te stel 'n voordelige regstellende-aksie-resultaat sou gehad het. Of ras 'n primêre of sekondêre oorweging was by die besluit oor wie bevorder moet word, is na die hof se mening irrelevant. Die uitwerking van die bevordering het die nadeel wat kleurlinge onder die vorige bedeling gelyk het, in die werkskonteks aangespreek.¹⁷⁹

4.1.4.1 Toepassing van regstellende aksie by onbillike bevordering

In 'n hangende geskil is 'n landdros (Kroukamp) wat vir bykans agt jaar lank in die posisie van senior landdros waargeneem het, nie tot 'n bevorderingspos bevorder nie al was sy bevordering deur die landdrostekommissie aanbeveel. In 2011 is daar onderhoude met Kroukamp en twee ander landdroste op die kortlys gevoer, maar nadat die aanbeveling gemaak is, het Jeff Radebe, toe die minister van justisie, besluit om nie die pos te vul nie. Solidariteit het in die Gelykheidshof¹⁸⁰ namens Kroukamp aangevoer dat sy niebevordering op grond van sy ras onbillike diskriminasie daarstel. Die regsverteenvoerder vir die Minister voer egter aan dat daar swart mans en vroue in die gelede van die kandidate vir bevordering was wat ook nie bevorder is nie.¹⁸¹ Sou dit 'n voldoende regverdiging vir diskriminasie wees vir 'n werkgewer om aan te voer dat nie net blanke mans soos Kroukamp vir bevordering geweier is nie? Moontlik wel.

In *Solidarity obo Barnard v SAPS*¹⁸² het die Arbeidshof beslis dat daar op grond van Barnard se ras onbillik teen haar gediskrimineer was. Sy het die hoogste assesseringspunt gedurende die onderhoud behaal. In hierdie saak het die hof beslis dat die bepalings van 'n gelyke-indiensnemingsplan op 'n wyse toegepas moet word dat dit, in ag genome die geaffekteerde individu se reg op gelykheid en menswaardigheid, billik is. Die hof beslis dat daar 'n logiese verband tussen die bepalings in die gelyke-indiensnemingsplan en die maatreëls wat aangeneem is om dit te bewerkstellig, moet wees. Daar moet gepoog word om 'n balans te handhaaf tussen die reg op gelykheid van persone wat nie in die aangewese groepe werknemers is nie en die verpligting om verteenwoordiging te bewerkstellig.¹⁸³ Indien 'n pos nie deur iemand uit een van die aangewese groepe gevul kan word nie, moet persone in die oorverteenvoerde groepe nie vir bevordering oor die hoof gesien word sonder 'n duidelike en aanvaarbare rede nie.¹⁸⁴ Verder moet daar ook ander faktore as net regstellende aksie in ag geneem word, insluitende die effektiewe lewering van die publieke diens. In appèl het die Arbeidsappèlhof egter die Arbeidshof se bevinding dat daar onbillik teen Barnard gediskrimineer is, tersyde gestel. Die hof beslis dat Barnard nie oor die hoof gesien is vir bevordering ten einde eerder iemand anders te bevorder nie en dat in die lig van die doelwit om verteenwoordiging te bewerkstellig, die besluit om Barnard nie te bevorder nie, geregverdig was.¹⁸⁵ Die Arbeidsappèlhof beslis dat blanke vroue oorverteenvoerdig is.

Daarom behoort die regte van blanke vroue om mee te ding vir vakante poste verontagsaam te word totdat die demografiese doelwitte ten opsigte van aangewese groepe werknemers bereik is. Dus is die Arbeidsappèlhof se benadering dat regstellende aksie nie onderhewig is aan werknemers wat in die oorverteenvoerdigde kategorieë val se regte op gelykheid en menswaardigheid nie. Barnard het egter in appèl¹⁸⁶ die Hoogste Hof van Appèl oortuig dat daar wel onbillik teen haar gediskrimineer is. Dié hof het egter die remedie wat deur die Arbeidshof toegeken is, gewysig deur nie te beveel dat Barnard bevorder word nie, maar eerder vergoeding gelykstaande aan die verskil tussen die betaling wat sy sou ontvang het as sy bevorder was en die bedrag besoldiging wat sy ontvang het, bereken oor 'n tydperk van twee jaar, toe te ken.¹⁸⁷ In 'n verdere appèl, *Solidarity v Minister of Safety and Security*,¹⁸⁸ het die Konstitusionele Hof bevestig dat 'n werknemer aanstelling (of vir doeleindes van hierdie bespreking, bevordering) geweier mag word indien hy of sy tot 'n groep behoort wat alreeds oorverteenvoerdig is in 'n bepaalde werkskategorie of -vlak, en dat hierdie bevinding ook toepassing vind op swartes, kleurlinge, Indiërs en gestremdes, hetsy mans of vroue.¹⁸⁹ Die Konstitusionele Hof het egter in hierdie saak uitdruklik beaam dat as numeriese doelwitte in gelyke-indiensnemingsplanne te streng nagevolg word, dit verbode reservering van posisies kan daarstel.¹⁹⁰

Die Departement van Arbeid het in sy 2016–2017-jaarverslag rakende regstellende aksie die stand van sake in universiteite en ander tersiêre instansies afsonderlik nagegaan en bevind dat daar nog 'n groot agterstand is wat transformasie aanbetref. Daar word ook bevind dat in die tydperk tussen 2014 en 2016 swart mense, persone met gestremdhede en vroue in hierdie sektor nog baie onderverteenvoerdig is, veral op die meer senior beroepsvlakke, terwyl wit mans en wit vroue nog tussen twee en 'n half en vier keer oorverteenvoerdig word, veral op senior bestuursvlakke.¹⁹¹ Interessant genoeg word die meeste opleiding verskaf aan wit persone¹⁹² en blanke mans en vroue word nog steeds die meeste bevorder.¹⁹³ By nuwe aanstellings word regstellende aksie strenger toegepas.¹⁹⁴

Hier is 'n hipotetiese feitestel in 'n tersiêre instansie. Veronderstel dat me. F, 'n blanke lektor wat aan al die vereistes vir die volgende posvlak van senior lektor voldoen, aansoek doen om 'n *ad hominem*- of interne bevordering. Die werkgewer se gelyke-indiensnemingsplan dui egter aan dat daar alreeds nege blanke vroulike senior lektore is, en slegs een swart man. Blanke vroue is duidelik oorverteenvoerdig op hierdie posvlak.¹⁹⁵ Werkgewers mag weier om persone wat in groepe val wat oorverteenvoerdig is, aan te stel. Bevorderingskandidate vir interne bevordering behoort egter op hul prestasie en persoonlike vordering beoordeel te word. Tensy me. F 'n ras- en/of geslagsverandering sou ondergaan of gestremd sou raak, sou dit onmoontlik wees vir haar om bevorder te word totdat daar genoeg van die onderverteenvoerdigde werknemers in die aangewese groepe tot op die volgende vlak gevorder het. Met ander woorde, so 'n werknemer word nie meer gemeet aan die objektiewe standaard nie, en selfs nie meer op grond van sy of haar eie prestasie beoordeel nie. Selfs al sou mens redeneer dat daar al vantevore uitsonderings gemaak is en dat nege blanke vroulike werknemers vantevore reeds tot die posvlak van senior lektor bevorder is, verander dit nie veel aan me. F se lot nie. Haar vordering word belet totdat die toedrag van sake wat rasseverteenvoerdiging betref, verander. Dit sou ook oorweeg moet word wat die stand van sake op die hoër posvlakke van medeprofessor en professor is. Intussen word me. F nie die salaris betaal wat sy verdien nie, haar status word onderdruk en sy word benadeel as sy buite die onderneming om poste sou aansoek doen, aangesien sy by enige ander universiteit slegs vir aanstelling as lektor sou kwalifiseer. Dit reflekteer ook nie goed op haar dat haar eie werkgewer nie haar bevordering ondersteun nie ten spyte daarvan dat sy vir jare aan die

vereistes vir die volgende posvlak kwalifiseer. In *SAPS v Solidarity obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae)*¹⁹⁶ was Barnard se bevordering byvoorbeeld aanbeveel omdat die afdelingskommissaris gemeen het dat dit tot die verkeerde afleiding sou aanleiding gee as Barnard na afloop van twee rondes onderhoude waarin sy die beste gevaar het van al die kandidate, vir bevordering oor die hoof gesien sou word.¹⁹⁷ Dit impliseer dat daar 'n ander rede is hoekom sy nie vordering maak nie. Om numeriese doelwitte so rigied na te volg is irrasioneel en onbillik. Hierdie benadering stel ook duidelik nie gesonde werksverhoudinge in die werkplek of die handhawing van standarde voorop nie.

Mag werkgewers werknemers wat nie kwalifiseer as aangewese groepe werknemers nie en wat aan die kriteria vir bevordering voldoen, telkens terughou op grond van hul ras en/of geslag deur staat te maak op 'n gelyke-indiensnemingsplan? Kortom, nee. Dit strook ook nie met die doel van gelyke indiensneming om 'n absolute versperring in die pad van die nie-aangewese kandidaat se vordering te plaas nie. In die *Barnard*-saak het die Hoogste Hof van Appèl beslis dat selfs in gevalle waar werkgewers die reg voorbehou, of soos in daardie geval deur beleid toegelaat word, om nie poste te vul nie, dit nogtans nie beteken dat sou die enigste geskikte kandidaat wat aansoek gedoen het, nie in een van die aangewese groepe val nie, hy of sy nie aangestel mag word nie. Daar moet 'n rasonale rede wees hoekom hy of sy nie bevorder is nie.¹⁹⁸ Wat as rasonale redes aanvaar word deur die hof, hang egter af van wat die bepaalde regter se siening is rakende die billikheid van die werkgewer se toepassing van regstellende aksie. Ten spyte van die afdelingskommissaris se aanbeveling is Barnard nie bevorder nie, en het die Nasionale Kommissaris besluit om nie die pos te vul nie, en dit eerder te heradvertiseer.¹⁹⁹ Barnard het na afloop van twee rondes onderhoude toe die pos heradvertiseer is, nie weer aansoek gedoen nie.²⁰⁰ Alhoewel Barnard oënskynlik nie bevorder is nie omdat dit nie verteenwoordiging op daardie posvlak in die SAPD sou bevorder nie, het die Nasionale Kommissaris verkies om ook nie twee swart kandidate wat aansoek gedoen het, te bevorder nie, alhoewel dit verteenwoordiging sou bevorder het.²⁰¹ Dit is beskou as aanduidend daarvan dat die toepassing van die gelyke-indiensnemingsplan nie onregmatig was nie, in die sin dat die doel nie was om Barnard se bevordering te verhoed nie.²⁰² Barnard was egter die beste kandidaat, en as 'n vrou was sy ook in een van die aangewese groepe werknemers.²⁰³ Die hof het nietemin opgemerk dat die feit dat sy ook blank is, nie geïgnoreer kan word nie. Dat blanke vrouens reeds oorverteenvoerdig was op die posvlak waartoe Barnard bevorder sou gewees het, het daarop gedui het dat blanke vroulike werknemers tot hierdie posvlak bevorder is ten spyte van regstellende-aksie-doelwitte.²⁰⁴ Die feit dat Barnard later wel bevorder is, is gesien as aanduidend van die feit dat daar nie 'n absolute verbod op bevordering van blanke vrouens in die SAPD was nie.²⁰⁵ Die besluit deur die Nasionale Kommissaris om haar nie te bevorder nie, het dus nie verhoed dat sy in die toekoms bevorder kon word nie.²⁰⁶

Oor die kwessie of 'n onderskeid gemaak behoort te word tussen interne bevorderings en mededingende bevorderings, die volgende: Bevordering, veral waar regstellende aksie toegepas word, is dikwels 'n baie emosionele kwessie in die werkplek.²⁰⁷ Werknemers streef na erkenning vir harde werk en lojaliteit, die gepaardgaande salarisverhoging en voordele verbonde aan 'n bevordering. Toepassing van regstellende-aksie-maatreëls op die verkeerde wyse kan negatiewe gevolge vir sowel persone in aangewese groepe werknemers as nie-aangewese werknemers inhou.²⁰⁸ As gelykegeleentheidsbevorderings op grond van velkleur en nie volgens bevoegdheid geskied nie, kan werkers wat nie in die aangewese groepe val nie, geïsoleerd voel in die werkplek, wat groeppolarisasie tot gevolg het. Verder kan die moreel in die werkplek verlaag word en werkers kan hul motivering verloor. As gevolg van

werkspanning en onenigheid kan werknemers onderpresteer. Onbillikheid in interne bevorderings kan verder aanleiding gee tot opstand teen die bestuur.²⁰⁹ Daar is ook dikwels verlaagde standarde en gepaardgaande verlaagde produktiwiteit. Die vervreemding wat ervaar word waar daar waargenome omgekeerde diskriminasie toegepas word, kan op lang termyn tot versterking van rassisme lei.²¹⁰

Die nuwe "Code of good practice on the preparation, implementation and monitoring of the employment equity plan"²¹¹ (hierna die kode) maak dit duidelik dat gelyke indiensneming in ag geneem moet word in geval van beide aanstellings en bevorderings. Die riglyne beklemtoon ook die noodsaaklikheid van opleiding van persone in die aangewese groepe wat in die onderneming werksaam is. Daar word ook spesifiek genoem dat by die opstel van 'n gelyke-indiensnemingsplan en die bepaling van numeriese doelwitte, normale getal-afnames, wat ook weens bevordering kan plaasvind, in ag geneem moet word. Dit wil dus voorkom of die riglyne voorstel dat werkgewers (a) gelyke-indiensnemingsdoelwitte moet stel; (b) by oorweging van die kandidate hierdie doelwitte moet nastreef deur voorkeur te gee aan voldoende gekwalifiseerde kandidate uit die aangewese groepe na aanleiding van die vlak van verteenwoordiging van die bepaalde bevolkingsgroep in die werkplek; en (c) by wyse van opleiding en oordrag van vaardighede moet toesien dat die aangestelde kandidaat in die posisie geplaas is om die werk behoorlik te kan verrig en om in die werkplek te kan vorder.

Werkgewers kan ongetwyfeld by mededingende bevorderings adverteer dat regstellende aksie toepassing sal vind, en dit toepas.²¹² Ingevolge die kode moet werkgewers wanneer hulle gelyke-indiensnemingsplanne opstel, die numeriese doelwitte stel en die planne toepas, met die werknemers in die werkplek konsulteer.²¹³ Dit het ten doel om te verseker dat werknemers bewus is van en verstaan wat die rede en doel is met die implementering van regstellende aksie in die werkplek. Derhalwe sal dit vanselfsprekend nie geld vir werknemers sover dit 'n nuwe aanstelling aangaan nie – dus mededingende bevorderings waar buitepersone meeding vir die pos. Dit sou vreemd of onvanpas wees as die werkgewer iemand sou kies wat in die ondervteenwoordigde kategorieë op daardie vlak is. Aangewese werkgewers behoort wat mededingende bevorderings betref, kandidate wat in groepe val wat voorheen benadeel was en as begunstigdes geïdentifiseer word, in hul billike-indiensnemingsplanne – wat ten doel het om wanbalanse in die werkplek reg te stel, of verteenwoordiging van die verskillende bevolkingsgroepe teweeg te bring – te kan kortlys en, mits die kandidate voldoende gekwalifiseerd is, aan te stel. Wat interne bevordering betref, behoort die klem egter te val op die objektiewe standarde van die onderskeie partye. Veral in ag genome dat regstellende aksie in werkplekke waar gelyke-indiensnemingsplanne toegepas word, gewoonlik reeds by die keuring vir aanstelling van die kandidate oorweeg is, sou dit gewens wees om nie by interne bevorderings dieselfde beginsel toe te pas nie. Dit is hier waar opleiding en verskaffing van vaardighede aan interne kandidate, soos in die kode beoog, bedoel is om te verseker dat persone wat in die aangewese groepe werknemers val, gelyke geleentheid gegun word om tot 'n hoër posvlak bevorder te word. Aangewese werkgewers is, as deel van hul regstellende-aksie-programme, genoop om aan werknemers in die aangewese groepe die nodige opleiding te gee ten einde hierdie werknemers in staat te stel om aan die vereiste standarde van die werk te voldoen en te kan vorder. Hierdie standpunt word ook deur Du Plessis en Fouché gesteun.²¹⁴ Die skrywers voer aan dat bevordering 'n regstellende-aksie-maatreël is en dat opleiding ook uitdruklik in artikel 15 van die Wet op Gelyke Indiensneming as 'n regstellende-aksie-maatreël omskryf word. Derhalwe rus daar 'n verpligting op werkgewers om aan werknemers in die aangewese groepe behoorlike opleiding te gee sodat hulle nie vir bevordering gediskwalifiseer sal wees omdat hulle nie aan

sekere vereistes voldoen wat by wyse van behoorlike opleiding aangespreek sou kon geword het nie. Om nie opleiding te verskaf aan werknemers in aangewese groepe nie, kan in hierdie omstandighede kwalifiseer as 'n onbillike arbeidspraktyk op grond van nie-opleiding.²¹⁵ Die Konstitusionele Hof het ook in *SAPS v Solidarity obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae)*²¹⁶ na hierdie verpligting van werkgewers verwys.²¹⁷

'n Werknemer uit die nie-aangewese groepe kan ingevolge artikel 186(2) van die WAV aanvoer dat die werkgewer skuldig is aan 'n onbillike arbeidspraktyk wat met bevordering verband hou slegs as hy of sy kan bewys nie net dat hy of sy beter gekwalifiseerd is as 'n suksesvolle kandidaat wat 'n "aangewese werknemer" is nie, maar ook dat die suksesvolle kandidaat glad nie voldoen aan die kwalifikasiestandaarde nie of minder as voldoende gekwalifiseerd of onbevoeg is.²¹⁸ Dié beginsels vind eerder by mededingende bevorderings toepassing, want by interne bevorderings behoort persone uit aangewese groepe wat nie voldoen aan die objektiewe vereistes wat gestel word vir doeleindes van die volgende posvlak nie, nie gekortlys te word nie. Nietemin blyk dit dat werkgewers in die praktyk nie 'n onderskeid maak tussen interne bevorderings en mededingende bevorderings of ander aanstellings nie. Hulle pas intendeel dikwels op 'n onregverdigbare wyse regstellende aksie ten alle koste toe. Werkgewers kortlys en nooi byvoorbeeld sowel kandidate wat in die aangewese groepe is as werknemers wat nie in die aangewese groepe is nie vir onderhoude, maar bevoordeel dan kandidate in die aangewese groepe tydens die onderhoud deur sommerso punte toe te ken aan hulle op grond van hul ras en/of geslag. Persone wat nie in die aangewese groepe val nie, of wat in groepe val wat oorverteenvoerdig is op die volgende posvlak, word onbeskroomd uit die staanspoor benadeel. In ander gevalle gebeur wat in *Ncane* plaasgevind het: na afloop van die onderhoud word die kandidaat wat nie die begunstigde is van die gelyke-indiensnemingsplan nie, eenvoudig uitgeskakel, al is hy of sy die beste kandidaat.

Buiten dat regstellende aksie blykbaar 'n beduidende rol speel by die uitoefening van hul bestuursprerogatief om die kandidaat van hul keuse te bevorder, kan dit ook 'n ander aspek van onbillike bevordering beïnvloed, naamlik die remedie. Onder die volgende hoof word verder besin oor die verskillende remedies wat beveel kan word in omstandighede waar 'n arbeidsforum beslis dat 'n werkgewer skuldig is aan 'n onbillike arbeidspraktyk wat met bevordering verband hou. Daar word ook spesifiek oorweeg of 'n onderskeid wat die remedie betref ten opsigte van interne bevorderings en mededingende bevorderings gemaak behoort te word.

4.2 Die remedie

Artikel 50(2)(a) van die Wet op Gelyke Indiensneming bepaal dat indien die Arbeidshof bevind dat daar onbillik teen 'n werknemer gediskrimineer is, die hof enige bevel mag maak wat billik en regverdigbaar is in die omstandighede, insluitende betaling van 'n bedrag vergoeding deur die werkgewer aan die werknemer. Die strekking van die bevel wat die hof onder hierdie remedie kan maak is wyd, maar sal slegs beveel word in omstandighede waar 'n werknemer kan bewys dat die werkgewer onbillik teen hom of haar gediskrimineer het en nie in die geval van 'n onbillike arbeidspraktyk ingevolge artikel 186(2) van die WAV nie. Verskeie remedies mag egter ook toegeken word ingevolge artikel 186(2).²¹⁹ Daar kan 'n wyer reeks remedies toegeken word in geval van onbillike arbeidspraktyke as dié wat in die geval van onbillike-ontslageskille beveel mag word.²²⁰ Die doel van die remedie moet wees om die onbillike optrede van die werkgewer aan te spreek. Daar word nie in die WAV 'n

definisie vir *onbillik* vir doeleindes van die toepassing van artikel 186(2) verskaf nie. In die praktyk blyk dit aanvaar te word dat dieselfde maatstaf vir billikheid as by ontslag toepassing vind, naamlik dat beide die rede (substantiewe billikheid) en die prosedure (prosedurele billikheid) beoordeel moet word. Wat billik is, hang van die omstandighede van die spesifieke saak af, en behels in 'n groot mate 'n waarde-oordeel. Die billikheid wat in die beslissing van 'n onbillike arbeidspraktykgeskil ter sprake is, behels billikheid teenoor beide die werknemer en die werkgever. Voorheen het die Arbeidshof in *Christian v Colliers Properties*²²¹ bevind dat die belange van die geaffekteerde partye deur die hof opgeweeg moet word en dat die hof dan moet besluit wat die geskikte remedie sal wees om die gewraakte optrede reg te stel en aan te spreek by wyse van die bevel.²²² In *Noonan v Safety and Security Sectoral Bargaining Council*²²³ is daar beslis dat aangesien daar nie 'n reg op bevordering bestaan het nie, die korrekte remedie ingevolge artikel 186(2) nie sou wees om te beveel dat die kandidaat bevorder word of selfs om 'n bedrag vergoeding aan hom of haar toe te ken nie. Die hof is gemakliker met die gedagte om die werkgever se besluit tersyde te stel en die aangeleentheid terug te verwys vir heroorweging. Die hof voer aan dat dit is wat behoort te gebeur, tensy viktimisering of diskriminasie bewys is, of tensy die applikant kan bewys dat as dit nie vir die onbillike optrede van die werkgever was nie, hy of sy aangestel sou gewees het.²²⁴

Cheadle voer aan dat daar nie regverdiging bestaan vir beskerming teen onbillike optrede wat met niebevordering verband hou nie, terwyl dit in geval van aanstellings nie die geval is nie.²²⁵ Hy argumenteer dat buiten gevalle van viktimisering, korrupsie en diskriminasie, wat eweneens in die geval van aanstellings belet word, bykomende beskerming oorbodig is en nie voldoen aan die beleidsoorwegings wat buigsaamheid in arbeidspraktyke bevorder nie.²²⁶ As mens na die sake kyk wat handel oor die toepassing van artikel 186(2) en die remedies wat toegeken word, is daar min sin daarin om die remedie na te spoor. Buiten dat werkgevers regstellende aksie as verweer mag opper wat onbillikheid heeltemal uitsluit, is ook die vooruitsigte op 'n substantiewe remedie skraal. 'n Bevel van bevordering of beskermde bevordering sal gemaak word slegs in omstandighede waar die onsuksesvolle kandidaat kan bewys dat hy of sy suksesvol sou gewees het in die aansoek om bevordering. Indien 'n werkgever aan 'n onbillike arbeidspraktyk skuldig is omdat 'n kandidaat wat swakker gekwalifiseerd is as die onsuksesvolle kandidaat bevorder is, sal beskermde bevordering meer geskik wees, veral as die suksesvolle kandidaat reeds vir 'n geruime tyd die posisie gevul het.²²⁷

In die bedingingsraad in *Ncane* het die arbiter gemeen dat Ncane wel 'n billike geleentheid gegun was om vir die bevorderingspos mee te ding, en dat daar nie wesenlike onreëlmatighede in die prosedure was wat gevolg is nie. Hy was tevrede dat die suksesvolle kandidaat se aanstelling rasioneel regverdigbaar was. Die Arbeidsappèlhof het met hierdie bevinding saamgestem, maar nogtans nie die Arbeidshof se bevinding dat vergoeding toegeken moet word, tersyde gestel nie.²²⁸ Die kernvraag in appèl in *Ncane* was of die arbiter en die hof op hersiening gefouteer het deur te besluit om geldelike vergoeding as remedie toe te ken eerder as om vir Ncane te bevorder of om 'n toekenning of bevel te maak wat aan hom die voordele verbonde aan bevordering sou verleen. Die beslissings van die Arbeidshof en Arbeidsappèlhof in *Ncane* is nouliks verwant aan die algemene opvatting van die hof dat daar nie met die bestuursprerogatief van werkgevers ingemeng moet word nie. Verder weerspieël die konserwatiewe benadering wat die beslissings volg ten opsigte van die remedie weereens die aanname dat daar in die Suid-Afrikaanse reg geen reg is om bevorder te word nie.

Daarom sal bevordering of beskermde bevordering slegs in uitsonderlike omstandighede beveel word.

Daar was egter 'n paar onlangse verwickelinge in die arbeidsreg wat werknemers se aanspraak op bevordering moontlik ietwat versterk. 'n Kort bespreking rakende hierdie verwickelinge volg.

4.2.1 Die "reg" om nie onbillik oorgeslaan te word vir bevordering nie

Daar word algemeen aanvaar dat werkgewers die keuse het om te bevorder wie hulle wil, en nie te bevorder wie hulle nie wil nie. Die hof sal nie maklik met hierdie diskresie inmeng nie.²²⁹ Dit maak deel uit van die bestuursprerogatief.²³⁰ Die bestuursprerogatief maak deel uit van werknemers se reg op billike arbeidspraktyke soos verskans in artikel 23 van die Grondwet. Daarom is die hof huiwerig om met werkgewers se besluite in te meng tensy die besluite wispelturig, onbillik of teen die openbare beleid is.²³¹ In *Goliath v Medscheme (Edms) Bpk*²³² beslis die hof dat "in the absence of gross unreasonableness which leads the court to draw an inference of *mala fides*, this court should be hesitant to interfere with the exercise of management's discretion".²³³ In *Jwajwa v Minister of Safety and Security*²³⁴ word bevind dat 'n bevorderingskomitee die aansoeke vir bevordering moet nagaan en beoordeel en dan die beste kandidaat moet kies. 'n Arbeidsforum of hof het volgens die hof geen jurisdiksie om die korrektheid van die gevolgtrekking van die liggaam of funksionaris wat regmatig hierdie diskresie uitoefen, te bevraagteken nie. Dit sal moontlik wees om in te tree slegs as die besluit van die liggaam of funksionaris nie behoorlik geneem is nie. Die omstandighede wat die hof identifiseer waarin die hof sal kan intree, is as die besluit onoorwoë was, arbitrêr, ter kwader trou, wispelturig of vir 'n onbehoorlike doel geneem is.²³⁵

Daar is geen algemeen erkende reg op bevordering nie.²³⁶ Verder het werknemers die reg om vir bevordering oorweeg te word slegs as daar 'n pos beskikbaar is.²³⁷ In *Mathibeli v Minister of Labour*²³⁸ bevestig die Arbeidsappèlhof dat die feit dat 'n kandidaat oor die vereiste kwalifikasies vir 'n sekere pos beskik, nie beteken dat hy of sy 'n reg op bevordering het nie.²³⁹ In *SAPS v SSSBC*²⁴⁰ is bevestig dat werknemers slegs 'n reg het om 'n regverdige geleentheid gegun te word om vir 'n bevorderingspos mee te ding.²⁴¹ Die uitsondering is as daar 'n kontraktuele of statutêre reg op bevordering is.²⁴² Kollektiewe ooreenkomste wat vir werksprogressie voorsiening maak, en beleid in die werkplek wat vir interne bevordering voorsiening maak as werknemers aan sekere objektiewe vereistes voldoen, skeep argumentshalwe 'n reg op bevordering.

Om nie poste behoorlik te evalueer en werknemers in die polisie ooreenkomstig die regulasies te bevorder nie, is al as 'n onbillike arbeidspraktyk erken. In *Truter v SAPS*²⁴³ het die SAPD nagelaat om uitvoering te gee aan 'n bevinding van 'n studie wat daarop gedui het dat Truter se pos opgegradeer moes word. Die arbiter het bevind dat die pos geëvalueer moet word en dat indien die bevinding daarop sou dui dat Truter se pos wel opgegradeer moet word, hy bevorder moet word. In *Basson v SAPS*²⁴⁴ is 'n soortgelyke bevinding gemaak. Hier het die SAPD nagelaat om 'n polisieman te bevorder nadat sy pos effektiewelik opgegradeer is. Daar is bevind dat die SAPD se optrede op 'n onbillike arbeidspraktyk neergekom het. Daar is egter in *Siswana v SAPS*²⁴⁵ bevind dat die polisieregulasies in geval van teenstrydighede met die vereistes wat in advertensies gestel is, bo die advertensie voorkeur sal geniet. Dit sou derhalwe nie 'n onbillike arbeidspraktyk wees om af te wyk van die vereistes soos geadverteer ten einde aan die polisieregulasies gehoor te gee nie.

Daar is al bevind dat die werknemer se versuim om tydelike werknemers, of werknemers wat in poste waarneem, permanent aan te stel, kan neerkom op onbillike arbeidspraktyk op grond van niebevordering.²⁴⁶ Daar is ook al bevind dat as die werkgever 'n redelike verwagting geskep het dat 'n werknemer bevorder sou word en daar nie aan die verwagting gehoor gegee is nie, dit 'n onbillike arbeidspraktyk daarstel.²⁴⁷ In *Public Servants Association v Department of Correctional Services*²⁴⁸ is beslis dat om werknemers toe te laat om vir lang tydperke in 'n hoër pos op te tree, tot 'n redelike verwagting van bevordering aanleiding kan gee. Die feit dat 'n werknemer in 'n bevorderingspos waargeneem het of tydelik die pos gevul het, beteken op sigself egter nie dat hy of sy permanent in die pos aangestel moet word nie.²⁴⁹ Tensy daar in die beleid daarvoor voorsiening gemaak word, sal die feit dat 'n werknemer 'n bykomende kwalifikasie behaal het, nie op sigself 'n redelike verwagting op bevordering daarstel nie.²⁵⁰ In *Durusa v University of Durban-Westville*²⁵¹ is ook bevind dat 'n redelike verwagting nie 'n reg skep om bevorder te word nie, maar slegs 'n reg om vir bevordering oorweeg te word. Voordat 'n kandidaat sou kon staatmaak op 'n redelike verwagting van bevordering sal hy of sy ook moet bewys dat die persoon wat die verwagting geskep het, oor die nodige volmag beskik het om die aanstelling te kan maak.²⁵² Verder sal 'n onsuksesvolle kandidaat vir bevordering kan aanspraak maak op die beskerming in die WAV slegs indien die werkgever 'n finale besluit geneem het om die betrokke pos te vul.²⁵³

Onlangs het die Arbeidsappèlhof 'n toonaangewende beslissing gemaak ten opsigte van werknemers wat vir arbeidsmakelaars werk. In *NUMSA v Assign Services*²⁵⁴ beslis die hof dat wanneer die bepaling in artikel 198A(3)(b) van die WAV toepassing vind, die kliënt geag word die enigste werkgever te wees,²⁵⁵ en dat die werker dan onderhewig aan die bepalings van toepassing op vastetermynerwerk²⁵⁶ geag word permanent in diens van die kliënt te wees. Dit beteken dat as 'n werker deur 'n tydelike-indiensnemingsdiens geplaas word en minder as die voorgeskrewe salaris verdien,²⁵⁷ hy of sy na drie maande die kliënt se permanente werknemer sal wees, tensy daar geldige redes is hoekom sy of haar werk ooreenkomstig die bepalings van die WAV tydelik is. Kennelik is hierdie wet so gewysig dat werkgevers, nadat tydelike werknemers wat minder as die voorgeskrewe salaris verdien, vir 'n tydperk van drie maande by hulle werksaam is, moet verseker dat hulle nie in die geheel beskou minder voordelig behandel word as permanente werknemers wat in die werkplek werksaam is nie.²⁵⁸ Verder word daar nou vereis dat werknemers wat tydelik werk of wat by wyse van vastetermyndienskontrakte aangestel is, of vir tydelikewerkverskaffingsdienste werk, dieselfde geleentheid gegun moet word om aansoek te doen om vakante poste as wat werknemers wat permanent aangestel is, in die werkplek geniet.²⁵⁹ Alhoewel hierdie werknemers skynbaar 'n versterkte reg het om aanspraak te maak op oorweging vir mededingende bevorderings, aangesien die reg om mee te ding vir 'n pos nou in die wetgewing verskans word, verleen die wysigings nie ook 'n reg op bevordering tot 'n permanente aanstelling of aanspraak op voorkeurbehandeling tydens bevordering nie.

In *Department of Justice v CCMA*²⁶⁰ is beslis dat die WAV nie 'n reg skep dat 'n werknemer bevorder moet word nie. Tensy daar 'n ooreenkoms gesluit is of die werkgever kragtens wetgewing op bevordering geregtig is, is 'n geskil betreffende 'n werknemer se verwagting dat hy of sy bevorder moet word, 'n belangegekil. Ingevolge artikel 186(2) van die WAV moet 'n werkgever egter tydens die keuring en bevorderingsproses billik teenoor die werknemer optree. Aangesien artikel 186(2) die reg op billike arbeidspraktyke verleen, kan 'n geskil wat handel oor of 'n werkgever se optrede neerkom op 'n onbillike arbeidspraktyk, al dan nie, na die Kommissie vir Versoening, Bemiddeling en Arbitrasie of 'n bedingingsraad met jurisdiksie verwys word. Dat dit moontlik is, beteken egter nie dat iemand kragtens

artikel 186(2) mag eis dat hy of sy 'n reg op bevordering tot 'n spesifieke posisie het nie. Daar is ook al voorheen beslis dat kommissarisse en arbiters baie versigtig moet wees om in te meng met werkgewers se besluit om een kandidaat te bevorder of om nie 'n spesifieke kandidaat te bevorder nie. Daar kan ander redes buiten kwalifikasies en ervaring wees hoekom een kandidaat bo 'n ander verkies word vir bevordering.²⁶¹ Die blote feit dat die onsuksesvolle kandidaat 'n hoër punt gekry het in die onderhoud as die suksesvolle kandidaat beteken nie dat sy of haar nie-aanstelling onregverdig was nie.²⁶² Verder sal die feit dat 'n kandidaat die tweede hoogste punt gekry het, hom of haar nie noodwendig geregtig maak op aanstelling as die kandidaat wat die hoogste punt gekry het, nie die pos sou aanvaar nie.²⁶³

Die feit dat werknemers nie ingevolge die wetgewing 'n verskanste reg het op bevordering nie, het 'n groot invloed op die remedie wat die hof mag gee wanneer daar wel bevind is dat die werkgewer aan 'n onbillike arbeidspraktyk skuldig is. Hierdie aspek word vervolgens verder oorweeg.

4.2.2 'n Remedie om die onbillikheid aan te spreek

In *SADTU obo Senokwane v Department of Education and Sport Development*²⁶⁴ is beslis dat die bewyslas op die gegriefde werknemer wat nie bevorder is nie rus om te bewys dat daar 'n onbillike arbeidspraktyk was.²⁶⁵ Soos gestel, kan die werkgewer se optrede substantief en/of prosedureel onbillik wees.²⁶⁶ Substantiewe billikheid behels die rede waarom die applikant nie bevorder is nie, en prosedurele billikheid verwys na die prosedure wat die werkgewer toegepas het vir seleksie en bevordering.²⁶⁷ In *Ndlovu v CCMA*²⁶⁸ beslis regter Wallis dat substantiewe onbillikheid as 'n regsbegrip nie in abstraksie bestaan nie.²⁶⁹ In *Ncane* het die Arbeidsappèlhof ook opgemerk dat prosedurele onbillikheid daartoe aanleiding kan gee dat die finale besluit substantief onbillik is.²⁷⁰ Dit is 'n baie belangrike opmerking, aangesien die arbeidsforum of Arbeidshof as substantiewe onbillikheid bewys word, 'n substantiewe remedie, soos bevordering of beskermde bevordering, kan beveel om die onbillikheid aan te spreek. Beteken die stelling wat in *Ncane* gemaak is dat substantiewe remedies ook toegepas kan word as daar net prosedurele onreëlmatighede bewys is wat die werkgewer se besluitneming geaffekteer het? Of dat selfs indien daar substantiewe onreëlmatigheid is, die arbeidsforum of hof eerder moet terugstaan en die aangeleentheid moet terugverwys na die werkgewer om die prosedurele gebrek aan te spreek? Die interaksie en onderskeid tussen prosedurele en substantiewe billikheid word hier onder verder oorweeg. Verder word daar oorweeg of die arbeidsforum of Arbeidshof 'n onderskeid behoort te maak wanneer daar besluit moet word op die geskikte remedie sover dit interne bevorderings en mededingende bevorderings betref.

4.2.2.1 Onbillike prosedure

Die *Ncane*-beslissing bevestig dat werkgewers 'n billike prosedure moet volg by bevordering. Dit is die grondslag van gesonde arbeidsverhoudinge vir werkgewers om regverdig teenoor hul werknemers op te tree.²⁷¹ In die konteks van bevordering beteken dit dat werkgewers aan die toepaslike regsbepalings moet voldoen, asook aan objektiewe standaarde en kriteria wat in die werkplek gestel word. Dit sluit in standaarde vir kwalifisering vir bevordering en 'n billike geleentheid om vir die pos mee te ding.²⁷² As 'n werkgewer reëls neerlê rakende die besluit om iemand aan te beveel of te bevorder, moet daar aan die reëls voldoen word. As die reëls byvoorbeeld bepaal dat die persoon wat die hoogste punt kry, aanbeveel moet word deur die paneel, moet dit so gebeur. Indien 'n ooreenkoms bereik is tussen 'n werkgewer en sy

werknemers dat interne applikante voorkeur sal geniet bo eksterne kandidate, kan dit 'n onbillike arbeidspraktyk daarstel as interne kandidate nie voorkeur geniet nie.²⁷³ Die werkgever moet die formele prosedures in wetgewing, gelyke-indiensnemingsplanne,²⁷⁴ kollektiewe ooreenkomste, ooreengekome praktyke²⁷⁵ en direkte wettige grondige en voldoende redes bestaan om daarvan af te wyk.²⁷⁶

Die toets is hier om te bepaal of die bevorderingsproses wat gevolg is, billik was.²⁷⁷ Maar bevorderings behels verskeie prosesse. Volgens Rycroft²⁷⁸ moet daar by bevordering aan die volgende prosedurele vereistes voldoen word: Die advertensie moet genoegsame inligting bevat ten opsigte van die minimumvereistes en die gesogte kwaliteite en ervaring wat die kandidate moet hê. Die evaluering van die kandidate by die onderhoud moet slegs op grond van die vereistes vir die werk geskied. Die vereiste kwalifikasies of inherente vereistes van die werk mag nie nadat die advertensie geplaas is, gewysig word nie.²⁷⁹ Die suksesvolle kandidaat moet oor die algemeen nie net die persoon wees wat aan die minimumvereistes voldoen nie, maar ook die een wat die hoogste punt kry in die onderhoud of evaluering. Indien daar 'n afwyking is, soos dat die kandidaat met die hoogste punt nie aangestel word nie, moet daar 'n geldige rede daarvoor wees. Dit kan byvoorbeeld wees dat die suksesvolle kandidaat weens operasionele vereistes of op grond van die werkgever se gelyke-indiensnemingsplan meer geskik is.²⁸⁰ Indien 'n afwyking toepassing vind, moet die suksesvolle kandidaat by magte wees om die werk te doen. Die werkgever moet redes kan verskaf hoekom 'n spesifieke kandidaat nie suksesvol was nie.²⁸¹

As 'n werkgever slegs irrelevante faktore in ag neem,²⁸² of kandidate nooi om aansoek te doen vir bevorderings, maar dan iemand anders aanstel sonder om hulle te oorweeg,²⁸³ sou dit op 'n onbillike arbeidspraktyk dui. Dan sou die werkgever nie aan die prosedurele billikheidsvereistes van die bevorderingsproses voldoen het nie. Maar die rede hoekom die suksesvolle kandidaat in elkeen van hierdie gevalle aangestel is, sal nie noodwendig onbillik geag word nie. Optrede wat 'n werknemer die geleentheid ontnem om vir 'n bevordering mee te ding, stel 'n onbillike arbeidspraktyk daar.²⁸⁴ Indien die werknemer nie ontnem is van die geleentheid om vir die pos mee te ding nie, is die enigste regverdigingsgrond vir die hof om die seleksieproses te ondersoek as die besluit om 'n onaanvaarbare rede geneem is, of arbitrêr was.²⁸⁵ Solank die besluit rationeel regverdigbaar is, sal prosedurele foute by die evaluering nie onbillikheid daarstel wat inmenging regverdig nie.²⁸⁶ As daar 'n prosedurele afwyking is, sal die arbeidsforum of Arbeidshof gewoonlik nie 'n substantiewe remedie toeken nie. Daarvoor moet die gegriefde kandidaat skynbaar (ook) eers bewys dat die besluit om hom of haar nie te bevorder nie, wat die rede betref onbillik was. In *Van Rensburg v Northern Cape Provincial Administration*²⁸⁷ is bevind dat indien daar 'n afwyking van die voorgeskrewe prosedure vir die aanstelling is deurdat die persoon wat nie die hoogste punt behaal het nie, aangestel word, dit nie fataal sal wees nie, solank die besluit te goeder trou geneem is.²⁸⁸ Arbiters lei gewoonlik af dat die werkgever nie te goeder trou opgetree het nie indien dit duidelik is dat die onsuksesvolle kandidaat meer geskik vir die pos is as die suksesvolle kandidaat.²⁸⁹ Hier betree mens die arena van substantiewe billikheid. Alhoewel daar ander rasonelre redes kan wees buiten kwalifikasies en ervaring van die onderskeie kandidate hoekom die suksesvolle kandidaat eerder bevorder is, is die rede dikwels meer op die persoon gemik.²⁹⁰ In *PSA obo Badenhorst v Department of Justice*²⁹¹ is byvoorbeeld beslis dat 'n werkgever mag besluit of praktiese ervaring meer of minder sal tel as formele akademiese kwalifikasies.²⁹² Die evaluering by onderhoude is subjektief, en vanselfsprekend gebaseer op die paneellede se indruk van die kandidaat se antwoorde op die vrae wat

gedurende die onderhoud gestel is. Die hof se uitspraak in *Ncane*, dat prosedurele billikheid aanleiding kan gee tot substantiewe onbillikheid,²⁹³ blyk dus korrek te wees.

4.2.2.2 Substantiewe onbillikheid

Ten einde substantiewe onbillikheid te bewys, moet die gegriefde werknemer aantoon dat die werkgever op 'n defektiewe wyse opgetree het deur nie die feite behoorlik te oorweeg nie,²⁹⁴ of dat die werknemer oor die hoof gesien was op grond van 'n onaanvaarbare, irrelevante of aanvegbare rede. Wanneer daar, soos in *Ncane*, iemand anders aangestel is in die bevorderingspos in plaas van die gegriefde kandidaat, moet soos waarnemende regter Wallis in *Ndlovu v KVBA*²⁹⁵ beslis het, die kwaliteite van die twee kandidate vergelyk word.²⁹⁶ By die oorweging van substantiewe billikheid is die fokus dus op die suksesvolle kandidaat en die gegriefde kandidaat en moontlik ander onsuksesvolle kandidate. Dit is egter onafwendbaar dat ook die prosedure wat gevolg is vir bevordering of niebevordering, in ag geneem moet word.

Om suksesvol te eis vir onbillike bevordering ingevolge artikel 186(2) van die WAV, moet die gegriefde werknemer eers bewys dat indien hy of sy aangestel sou word, dit 'n bevordering sou wees. Dit wil sê die geskil moet duidelik gaan oor 'n niebevordering. Die volgende stap is om te bewys dat hy of sy aan die minimumvereistes voldoen het en aansoek gedoen het vir bevordering. Verder moet hy of sy bewys dat hy of sy nie bevorder is nie ten spyte daarvan dat hy of sy aan die kwalifikasievereistes voldoen het, of dat iemand wat nie aan die vereiste kwalifikasie standaard voldoen het nie, aangestel of bevorder is. Die hof in *Ncane* bevestig wat voorheen beslis is ten opsigte van die toets om te bepaal of 'n kandidaat geskik is vir bevordering: dit is nie 'n meganiese proses nie, en daar is 'n mate van subjektiwiteit en diskresie aan verbonde. Die hof verwys in hierdie verband na die rigtinggewende beslissing in *Goliath v Medscheme (Edms) Bpk*:²⁹⁷

Inevitably, in evaluating various potential candidates for a certain position, the management of an organization must exercise discretion and form an impression of those candidates. Unavoidably this process is not a mechanical or mathematical one where a given result automatically and objectively flows from the available pieces of information. It is quite possible that the assessment made of the candidates and the resultant appointment will not always be the correct one. However, in the absence of gross unreasonableness, which leads the court to draw an inference of mala fides, this court should be hesitant to interfere with the exercise of management's discretion.²⁹⁸

In *Ndlovu v KVBA*²⁹⁹ het die Arbeidshof beslis dat dit by 'n geskil oor bevordering nie genoegsaam vir die klaer is om aan te voer dat hy of sy gekwalifiseerd is of ervaring het, of die vermoë of tegniese kwalifikasies het om die werk in die pos waarvoor hy of sy onsuksesvol aansoek gedoen het, te verrig nie. Die klaer moet ook kan bewys dat die besluit om iemand anders in die pos aan te stel, onbillik was.³⁰⁰ In *Noonan v Safety and Security Sectoral Bargaining Council*³⁰¹ het die Arbeidsappèlhof hierdie beginsel bevestig.³⁰² Solank die werkgever se besluit rasonneel was, kom die vraag na die billikheid nie ter sprake nie.³⁰³

Bykomend [daar is 'n belangrike verskil tussen "bykomend" en "bykomstig"] tot hierdie vereistes wat deur die hof neergelê is, het die Arbeidshof in *National Commissioner of the SA Police Service v Safety and Security Sectoral Bargaining Council*³⁰⁴ beslis dat die gegriefde werknemer moet bewys dat hy of sy skade gely het as gevolg van die werkgever se onbillike

optrede. In *Sun International Management (Edms) Bpk v CCMA*³⁰⁵ het die kommissaris by die arbitrasie gemeen dat die werknemer hom van die bewyslas gekwyd het, maar nie bewys het dat daar aan hom die maksimumbedrag vergoeding wat hy geëis het,³⁰⁶ toegeken moes word nie. Die kommissaris het gevoel dat vergoeding gelykstaande aan ses maande se salaris billik was. Op hersiening het regter Lagrange ook opgemerk dat dit nie genoeg is by bevorderinggeskille om bloot aan te dui dat daar 'n verbreking van protokol of die prosedure in die aanstellingsproses was nie. Die klaer moet ook bewys dat die prosedure hom of haar benadeel het.³⁰⁷

In *Bosman v SAPS*³⁰⁸ is ook beslis dat ten einde suksesvol te eis op grond van onbillike bevordering 'n gegriefde kandidaat moet bewys dat die werkgewer onbillik opgetree het en dat as dit nie vir die onbillike optrede was nie, hy of sy bevorder of aangestel sou gewees het.³⁰⁹ Maar ontevredenheid of teleurstelling oor die besluit wat deur die werkgewer geneem is, beteken nie dat dit onbillik was nie.³¹⁰ Die seleksieproses sal vanselfsprekend behels dat een kandidaat bevorder sal word terwyl 'n ander kandidaat met die uitkoms teleurgesteld sal wees.³¹¹

Onbillike optrede soos in artikel 186(2) beoog, impliseer 'n versuim deur die werkgewer om aan objektiewe standaarde te voldoen.³¹² Maar selfs indien daar persepsies van onbillikheid bestaan, beteken dit nie dat die werkgewer skuldig aan onbillike optrede is nie. Of die arbeidsforum of Arbeidshof hoegenaamd dink dat 'n onsuksesvolle kandidaat geregtig is op 'n remedie, en dan watter remedie, hang af van die werknemer se subjektiewe persepsie oor die billikheid van die werkgewer se optrede.³¹³ Verskeie remedies en die faktore wat in ag geneem is by die maak van die toekennings word hier onder verder oorweeg.

4.2.2.3 Die verskillende remedies

Indien die prosedure wat die werkgewer volg, nie aan die bevorderingsbeleid of prosedure soos bepaal vir die werkplek voldoen nie, kan die afwyking in die prosedure aangespreek word deur van meet af met die bevorderingsproses oor te begin. Sommige skrywers voer aan dat die werkgewer dan outomaties skuldig sal wees aan 'n onbillike arbeidspraktyk, en dat die regsforum wat genader word die werkgewer se optrede sonder twyfel nietig sal verklaar.³¹⁴ Dit blyk egter in die praktyk die uitsondering eerder as die reël te wees, maar selfs al is slegs die prosedure wat die werkgewer gevolg het, onbillik, kan die gegriefde kandidaat soms suksesvol eis. *SADTU obo Senokwane v Department of Education and Sport Development*³¹⁵ dien as voorbeeld. Die gegriefde kandidaat het in hierdie geskil gevra dat me. Moime, die suksesvolle kandidaat, se aanstelling onbillik verklaar word en tersyde gestel word en dat hy in plaas van haar aangestel moet word.³¹⁶ Die gegriefde kandidaat was vir sowat sewe jaar lank die departementshoof by 'n laerskool.³¹⁷ Hy het aansoek gedoen, is gekortlys en vir 'n onderhoud vir 'n bevorderingspos genooi, maar is nie aangestel nie.³¹⁸ Die gegriefde werknemer het beweer dat 'n onbillike arbeidspraktyk plaasgevind het omdat die departement strydig met 'n omsendbrief opgetree het en omdat die onderhoudspaneel nie behoorlik saamgestel was nie.³¹⁹ Die omsendbrief het bepaal dat die onderhoudsinstrument op die oggend van die onderhoude opgestel moet word, wat nie gedoen is nie aangesien die onderhoudspaneel laat opgedaag het.³²⁰ Die kollektiewe ooreenkoms in die werkplek het bepaal dat as die werknemer nie kan bewys dat hy of sy die beste kandidaat was nie, dat hy of sy moet bewys dat die optrede arbitrêr was of deur onaanvaarbare redes gemotiveer is.³²¹ Die werknemer het dus die prosedurele billikheid aangeveg. Hy was nie die beste kandidaat nie, maar derde op die lys van aanbevole kandidate.³²² Die Opvoedkunde Arbeidsverhoudingraad

bevind egter dat die werkgewer wel 'n onbillike arbeidspraktyk gepleeg het deur nie aan die riglyne te voldoen nie.³²³ Gevolglik is Moime se aanstelling tersyde gestel³²⁴ en die werkgewer is beveel om die keuring en onderhoudproses te herhaal en hierdie keer die beleid na te kom.³²⁵

Nie alle kandidate wat op grond van prosedurele onbillikheid eis, is egter so gelukkig nie. Die geskil in *Barlow v Department of Education Eastern Cape*³²⁶ is vir arbitrasie verwys na die Opvoedkunde Arbeidsverhoudingraad kragtens artikel 186(2) van die WAV.³²⁷ Me. Barlow het geëis dat die bevorderingsposisie heradverteer moet word en vir 'n bevel dat die bevorderingsproses moet oor begin.³²⁸ Die raad beslis dat die applikant moet bewys dat was dit nie vir die prosedurele onreëlmatighede in die onderhoudsproses nie, sy aangestel sou gewees het. Met ander woorde sy moet bewys dat sy 'n beter kandidaat as die suksesvolle kandidaat was.³²⁹ Sover dit prosedurele billikheid behels, moet die applikant bewys dat daar 'n onbillike arbeidspraktyk op grond van haar niebevordering was, voortspruitend uit die beweerde prosedurele onreëlmatighede.³³⁰ Die applikant was vir drie jaar sonder addisionele vergoeding waarnemende departementshoof.³³¹ Desnieteenstaande is me. Mapaling – die suksesvolle kandidaat – vir die pos aanbeveel.³³² Laasgenoemde was glo na afloop van die onderhoud ook nie tevrede met die onderhoudsproses nie en het ook gevoel dat die pos weer geadverteer en onderhoude weer gevoer behoort te word.³³³ Wat substantiewe billikheid aanbetref het die applikant nie bewys dat sy beter gekwalifiseerd was, meer ervaring het of die beste persoon was om in die posisie aan te stel nie.³³⁴ Ontevredenheid of 'n persepsie van onbillikheid is nie deurslaggewend nie.³³⁵ Ten einde te bewys dat een applikant meer gekwalifiseerd is as die ander een moet getuienis op die spesifieke punt aangevoer word.³³⁶ Ten opsigte van wat die applikant moet bewys, het waarnemende regter Wallis in *Ndlovu v CCMA*³³⁷ beslis³³⁸ dat die feit dat die gegriefde werknemer voorheen in die pos opgetree het, nie 'n reg op voorkeurbehandeling of 'n reg op bevordering tot gevolg het nie.³³⁹ Die arbiter het ook nie aanvaar dat daar growwe onbillikheid in die proses was nie. Daar moet 'n kousale verband wees tussen die onbillikheid en die versuim om te bevorder. Selfs as daar onbillike optrede deur die werkgewer is, beteken dit nie dat daar substantiewe onbillikheid is nie. Die prosedurele kwessies wat geopper is, was na die arbiter se mening uiters beuselagtig. Verder was daar nie 'n kousale verband tussen die prosedurele onreëlmatighede en die billikheid van die aanstellingsproses nie.³⁴⁰ Daar was geen onbillike arbeidspraktyk nie.³⁴¹ Die besluit om nie die applikant aan te stel nie en om wel die suksesvolle kandidaat aan te stel is regmatig en regverdig bevind.³⁴² Gevolglik is die aansoek van die hand gewys.³⁴³

Voordat daar 'n aanspraak kan wees op enige remedie, buiten dat die werkgewer aangesê word om die proses te herhaal maar nie weer die gewraakte optrede te herhaal nie,³⁴⁴ moet die gegriefde werknemer bewys dat as dit nie vir die onreëlmatigheid of onbillikheid was nie, hy of sy aangestel of bevorder sou gewees het.³⁴⁵ In *Sun International Management (Edms) Bpk v CCMA*³⁴⁶ verklaar die hof dat die hoofoorweging by onbillike-arbeidspraktyksake ingevolge artikel 186(2) is of die gegriefde werknemer aangestel sou gewees het as die suksesvolle kandidaat nie aangestel is nie. Die regter merk op dat die gegriefde werknemer in hierdie geval nie eens aan die minimumstandaarde vir die pos voldoen het nie. Die KVBA-kommissaris se afleiding dat omdat die respondent-werknemer oor die vereiste kwalifikasies beskik het, hy die beste kandidaat was, is nie volgens die hof logies nie. Die kommissaris het dit ook geïgnoreer dat die werknemer nie net moet bewys het dat hy 'n geskikte kandidaat vir aanstelling is nie, maar dat hy die beste kandidaat is in vergelyking met al die ander kandidate.³⁴⁷ Om te bewys dat as dit nie vir die werkgewer se gewraakte optrede was nie, hy of sy in die posisie aangestel sou gewees het, is baie moeilik, veral as daar aansoek gedoen is

vir bevordering deur ander kandidate buiten die gegriefde werknemer en die suksesvolle kandidaat.³⁴⁸

Skadevergoeding mag toegeken word indien die werkgever skuldig is aan 'n onbillike arbeidspraktyk ingevolge artikel 186(2). In *KwaDukuza Municipality v SA Local Government Bargaining Council*³⁴⁹ het die werkgever nie die betrokke pos behoorlik geadverteer nie en die kandidaat het nie aansoek gedoen nie. Die Arbeidshof bevind dat 'n bevel vir die betaling van 'n *solatium* die mees gepaste remedie in hierdie omstandighede is. Die hof bepaal dat die bedrag van die *solatium* onderhewig is aan die 12 maande salarisbeperking soos gestel in artikel 194 van die WAV.

In die geval van ernstige substantiewe onbillikheid mag die hof wel in uitsonderlike omstandighede intree en 'n bevel vir bevordering of beskermde bevordering van die gegriefde kandidaat maak. Die meerderheid van die Konstitusionele Hof in *Solidarity v Department of Correctional Services*³⁵⁰ het byvoorbeeld, nadat die hof bevind het dat daar onbillik teen die kandidate gediskrimineer is, beskermde bevordering met terugwerkende krag vir die meeste van die onsuksesvolle kandidate beveel.³⁵¹ Die enigste drie werknemers wat nie deur die hof bevorder is nie, was een wat reeds in elk geval intussen bevorder is, een wat nie vir bevordering aanbeveel is nie en die blanke man wat in 'n groep geval het wat reeds oorverteenvoerdig was.³⁵² Die minderheid³⁵³ het egter gemeen dat al die werknemers dieselfde remedie moes gekry het, aangesien daar onbillik teen hulle almal gediskrimineer is.³⁵⁴

In *De Nysschen v General Public Service Sector Bargaining Council*³⁵⁵ het die gegriefde kandidaat aansoek gedoen om 'n opgegradeerde pos wat sy reeds vir jare gevul het. Die seleksiekomitee het haar vir aanstelling aanbeveel, maar eerder 'n ander kandidaat aangestel. Die arbiter het bevind dat die suksesvolle kandidaat meer geskik was vir die pos. Op hersiening het regter Revelas opgemerk dat daar nie oortuigende bewyse was dat die suksesvolle kandidaat wel meer geskik was nie.³⁵⁶ Die werkgever se optrede is as 'n onbillike arbeidspraktyk verklaar, en die werkgever is beveel om die onsuksesvolle kandidaat in die bevorderingspos aan te stel of om aan haar die salaris wat sy sou ontvang het as sy suksesvol in haar bevorderingsaansoek was, te betaal.³⁵⁷

Die arbeidsforum of die Arbeidshof moet egter ook, wanneer daar besluit word op die gepaste remedie, oorweeg wat die uitwerking van 'n toekenning op die werkgever sal wees. Die volgende saak dien as voorbeeld. Mnr. M is op posvlak 8 aangestel, maar later is hy verkies om in die kantoor van die Lid van die Uitvoerende Raad op posvlak 9 te werk. Omtrent vier jaar later is M teruggeplaas by sy voormalige eenheid, maar hy het steeds die posvlak 9-salaris getrek. Die 24 werknemers in *KwaZulu-Natal Department of Transport v Hoosen*³⁵⁸ het 'n onbillikebevoeringsgeskil na 'n bedingingsraad verwys. Hul bede was vir 'n bevel dat ook hulle opgegradeer moet word soos M, of dat M se bevordering tersyde gestel moet word. By die arbitrasie is daar ontdek dat M nie oor die minimumkwalifikasies beskik het om selfs aangestel te gewees het in sy oorspronklike pos nie. Die arbiter het benadruk dat M nooit in enige pos aangestel behoort te gewees het nie, en dat hy definitief nie tot 'n hoër posvlak bevorder moes geword het nie. Hy het bevind dat daar wel 'n bevordering plaasgevind het wat voldoen het aan die voorgeskrewe prosedure soos vervat in die Publieke Diens Regulasies. Die arbiter het tot die slotsom gekom dat die werkgever se gedrag neergekom het op 'n onbillike arbeidspraktyk jeens die ander inspekteurs wat nie toegelaat is om aansoek te doen vir bevordering tot die pos wat M gevul het nie. Die arbiter het die

departement beveel om met 'n nuwe aanstellingsproses vir 'n ander hoof provinsiale inspekteur te begin. Op hersiening het die Arbeidshof aanvaar dat M se skuif 'n bevordering was, maar dat die bevordering onbillik was. Die Arbeidshof het egter gevoel dat die arbiter gefouteer het deur nie vir M uit sy pos te verwyder nie. Die arbiter se toekenning het genoodsaak dat 'n ander pos geskep moes word. Die hof beslis dat dit onbillik is om dit van die werkgewer te verwag, en dat dit nie logies verband hou met die aard van die onbillikheid en gepaardgaande nadeel wat die werknemers gely het nie.³⁵⁹ Die Arbeidshof beklemtoon dat die respondent-werknemers nie geëis het dat hulle in die pos aangestel moes gewees het nie, maar eerder dat M nie bevorder behoort te gewees het nie.³⁶⁰ Gevolglik beslis die hof dat die arbiter se remedie onredelik was en vervang die toekenning met 'n bevel dat die departement M se rang moet verlaag, maar dat sy salaris onveranderd moet bly.³⁶¹

Wat uit hierdie sake afgelei kan word, is dat arbeidsforums gewoonlik nie net vereis dat die gegriefde werknemer moet bewys dat die werkgewer se optrede onbillik was nie, maar ook dat hy of sy moet bewys dat hy of sy bevorder sou gewees het as dit nie vir die werkgewer se gewraakte optrede was nie; met ander woorde, nie net 'n bevinding van substantiewe billikheid nie, maar ook prosedurele billikheid is afhanklik daarvan. Die vervaging van die onderskeid tussen prosedurele billikheid en substantiewe billikheid, wat ook nie deur die Arbeidsappèlhof in *Ncane* uitgewis is nie, het nie tot gevolg dat substantiewe remedies meer toeganklik is nie. Alhoewel die Arbeidsappèlhof steeds aan *Ncane* die vergoeding toegeken het, bevestig die hof dat substantiewe remedies soos bevordering en beskermde bevordering slegs in baie uitsonderlike omstandighede beveel behoort te word.³⁶² Watter (ander) remedie die arbeidsforum toeken, hang van die arbeidsforum of Arbeidshof se persepsie rakende die onbillikheid en die graad van onbillikheid van die werkgewer se optrede af. Enige geldelike vergoeding of skadevergoeding wat beveel word ingevolge artikel 186(2) van die WAV is beperk, aangesien dit onderhewig is aan die beperking in artikel 194 van die wet.

4.2.2.4 Die onderskeid tussen mededingende bevorderings en interne bevorderings vir doeleindes van die remedies

Die Arbeidsappèlhof het in *Ncane* die doeleindes van bevorderings geïdentifiseer.³⁶³ Die doel kan wees óf om 'n vakante pos op 'n hoër posvlak te vul óf dat werknemers wat werksaam is in die organisasie op 'n laer vlak die kwalifikasies, vaardighede en bekwaamheid het om 'n hoër pos te beklee. In ag genome die doel van interne bevordering – om werknemers in die onderneming wat aan die vereistes van die volgende posvlak voldoen, in die hoër posisie te plaas – is dit argumentshalwe billik om te sê dat 'n kandidaat vir interne bevordering wat voldoen aan die objektiewe vereistes wat vir die hoër posvlak gestel word, *prima facie* 'n aanspraak sou hê om bevorder te word. Werknemers by interne bevorderings waar daar 'n spesifieke beleid is, of kollektiewe ooreenkomste wat vir werkprogressie op grond van persoonlike vordering voorsiening maak, het wel, anders as by mededingende bevordering, 'n versterkte aanspraak of reg op bevordering. Terwyl daar by mededingende bevorderings meegeding word om 'n posisie, aangesien ook eksterne kandidate die reg moet hê om vir 'n bevorderingsaanstelling in ag geneem te word en daarvoor mee te ding, sal dit nie by interne bevorderings die geval wees nie. By mededingende bevorderings, soos in *Ncane* se geval, is die eienskappe van verskeie kandidate, insluitend maar nie beperk nie tot, die gegriefde kandidaat en die suksesvolle kandidaat s'n, deur die werkgewer vergelyk by die neem van die besluit. Daarom maak dit sin dat die Arbeidsappèlhof meen dat die gevalle waar die hof behoort in te tree, hoogs uitsonderlik sal wees. By interne bevorderings word slegs die onsuksesvolle kandidaat se prestasies aan die objektiewe faktore gemeet. Derhalwe behoort

substantiewe remedies, soos terugwerkende of beskermde bevordering, meer geredelik toegeken te word in geval van interne bevorderings as by mededingende bevorderings.

Selfs wanneer daar bevind is dat werknemers in sekere omstandighede 'n aanspraak op bevordering het, word werkgewers se regte en belange nogtans in ag geneem.³⁶⁴ Dit sou onregverdig wees indien by interne bevorderings soveel klem gelê word op die bestuursprerogatief wat werkgewers geniet dat werknemers se belange om bevorder te word as hul werkprestasie en vordering dit regverdig, heeltemal geïgnoreer word. Dit sal ook geen doel dien om by interne bevorderings, indien daar bevind is dat die werkgewer skuldig is aan 'n onbillike arbeidspraktyk, bloot te vereis dat die werkgewer in so 'n geval net die onderhoudsproses moet herhaal nie. Veral in omstandighede waar aangewese werkgewers hulself op regstellende aksie as verweer vir onbillike optrede beroep, behoort daar aan die benadeelde werknemers substantiewe remedies toegestaan te word. In omstandighede waar dit die verteenwoordiging in die werkplek nadelig sal beïnvloed, of waar dit nie prakties is om die betrokke werknemer te bevorder nie, kan 'n beskermde bevorderingsbevel gemaak word.

5. Slot

Die beslissing in *Ncane* het verskeie belangrike punte rakende niebevordering van kandidate vir bevordering in die verbygaan aangeraak. By nadere ondersoek van hierdie aspekte en teen die agtergrond van ander beslissings en menings word dit duidelik dat daar nie regsekerheid is oor baie van die kwessies rakende onbillike bevordering wat mens sou dink reeds uitgestryk behoort te gewees het nie. Daar is nie sekerheid oor die toepassingsgebied van die remedie in artikel 186(2) van die WAV nie, omdat daar nie 'n duidelike omskrywing is vir wat "bevordering" en onbillikheid vir doeleindes van die toepassing van die bepaling behels nie. Dit is nie duidelik of daar 'n onderskeid gemaak kan word tussen prosedurele en substantiewe billikheid sover dit die bepaling van die toepaslike remedie betref nie, en dit lyk of, soos dit in regsforums en die hof toegepas word, die remedie in artikel 186(2) slegs daarop gemik is om prosedurele onreëlmatighede aan te spreek. Gewoonlik word daar geen substantiewe remedies om die substantiewe onbillikheid aan te spreek aan werknemers wat kan bewys dat die werkgewer skuldig aan 'n onbillike arbeidspraktyk is, verleen nie. Die onsekerheid wat heers oor die behoorlike toepassing van artikel 186(2), en die aantal sake wat in die openbare sektor verwys word, noop mens om te vra of Cheadle nie dalk 'n punt beet gehad het toe hy toentertyd aanbeveel het dat "bevordering" eerder uit die lys onbillike arbeidspraktyke in die WAV verwyder moet word nie, en dat daar eerder op 'n ander, meer toereikende wyse billikheid by bevorderings verseker moet word.³⁶⁵ Wanneer daar oor nuwe wetgewing of riglyne vir doeleindes van bevordering besin word, moet die inherente verskille tussen interne bevorderings en bevorderingsaanstelling in gedagte gehou word. Verder moet daar herbesin word oor die wyse waarop regstellende-aksie-maatreëls toegepas word in die geval van mededingende bevorderings teenoor gevalle van interne bevordering om die belangrike doel van die WAV om harmonie in die werkplek te bevorder,³⁶⁶ te verweselik.

Bibliografie

- Benjamin, P. en Gruen, C. 2006. The regulatory efficiency of the CCMA: a statistical analysis. https://open.uct.ac.za/bitstream/handle/11427/7351/DPRU_WP06-110.pdf?sequence=1 (12 June 2017 geraadpleeg).
- Business Management Daily. 2017. Choosing employees for promotion: a 6-step legal process. <http://www.businessmanagementdaily.com/9766/choosing-employees-for-promotion-a-6-step-legal-process> (10 April 2017 geraadpleeg).
- Cheadle, H. 2006. Regulated flexibility: revisiting the LRA and the BCEA. *Industrial Law Journal*, 27:663–703.
- Department of Labour. 2017. Commission for Employment Equity 17th Annual Report 2016–2017. <http://www.labour.gov.za/DOL/documents/annual-reports/Commission%20for%20Employment%20Equity%20Report/2016-2017/commission-for-employment-equity-report-2016-2017> (4 Desember 2017 geraadpleeg).
- De Vos, P. 2012. The past is unpredictable: race, redress and remembrance in the South African Constitution. *South African Law Journal*, 129(1):73–104.
- Dierks v University of South Africa* 1999 4 BLLR 304 (AH) 1999. (Toegang by [saflii.org.za](http://www.saflii.org.za) as *Dierks v University of SA* 1998 ZALC 126 (20/09/2016). <http://www.saflii.org/za/cases/ZALC/1998/126.html> (14 November 2017 geraadpleeg).
- Du Plessis, J.V. en M.A. Fouché 2015. *A practical guide to labour law*. 8ste uitgawe. Durban: LexisNexis.
- Du Toit, D., S. Godfrey, C. Cooper, G. Graham, C. Tamara, B. Conradie en A. Steenkamp. 2015. *Labour relations law – A comprehensive guide*. 6de uitgawe. Durban: LexisNexis.
- Garbers, C. 1999. Promotions: keeping abreast with ambition. An overview of the current law on promotion of employees. *Contemporary Labour Law*, 9(3):21–30.
- Grogan, J. 2014. *Workplace law*. 11de uitgawe. Lansdowne: Juta.
- Internasionale Arbeidsorganisasie. 2017. Konvensie C111 van 195 rakende diskriminasie in werk en beroep. http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111 (14 November 2017 geraadpleeg).
- Mokabane M.J., K. Odeku en N. Yokyo. 2012. Employer's failure to adhere to its promotional policy and procedure: Implications for fair labour practices. *African Journal of Business Management*, 6(46):11437–45. <http://www.academicjournals.org/journal/AJBM/article-full-text-pdf/68163CC23051> (1 Augustus 2017 geraadpleeg).
- Rheeder, J. 2017. Promotion, a right or a privilege? <http://www.jrattorneys.co.za/south-african-labour-law-articles/employment-contracts-and-employment-conditions/does-an-employee-have-a-right-to-be-promoted.html> (23 Maart 2017 geraadpleeg).

Rycroft, A. 2007. Rethinking the requirements of a fair appointment or promotion: *Arries v CCMA & others* (2006) 27 ILJ 2324 (LC). *Industrial Law Journal*, 28:2189–93.

Statistics South Africa. 2017. QLFS 3rd Quarter. <http://www.statssa.gov.za/?p=10658> (4 Desember 2017 geraadpleeg).

Steyn, G.M. 2002. A theoretical analysis of educator motivation and morale. *Educare*, 31(1 & 2):82–101.

Strauss, E. 2006. Generiese riglyne vir die implementering van gelyke geleentede by 'n groep nie-aangewese werknemers. MCom (Human Resources Management)-skripsie, Universiteit van Pretoria. <http://repository.up.ac.za/handle/2263/23205> (10 April 2017 geraadpleeg).

Strydom, E.M.L. 1998. The origin, nature and ambit of employer prerogative (Part 1). *South African Mercantile law Journal*, 11(1):40–58.

Universiteit van Kaapstad. 2017. Performance planning, performance reviews and staff development (academic staff). http://www.hr.uct.ac.za/hr/performance/management/academic_staff/performance_planning/#review (10 April 2017 geraadpleeg).

Van der Walt, S. 2017. Landdros kry pos nie omdat hy wit is. *Beeld*. 22 Augustus, bl. 4.

Van Niekerk, André. 2007. Regulating flexibility and small business: Revisiting the LRA and the BCEA. A response to Halton Cheadle's concept paper. http://www.humanities.uct.ac.za/sites/default/files/image_tool/images/36/DPRU%20WP07-119.pdf (16 Augustus 2017 geraadpleeg).

Eindnotas

¹ Zondo RP het skynbaar in *Department of Justice v CCMA* 2004 4 BLLR 297 (AAH) par. 58 die vraag oor wat 'n "bevordering" van 'n "aanstelling" onderskei, tot ruste gebring. Hy beslis dat indien 'n werkgewer 'n posisie binne en buite die onderneming adverteer, 'n suksesvolle buitestander-aansoeker in die geadverteerde pos aangestel word. Daarteenoor kan 'n bestaande werknemer wat aansoek doen om die pos wat hoër in rang is as die pos wat hy of sy tans vul, sou hy of sy suksesvol wees, bevorder word.

² Art. 186(2)(a) van die Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995 (WAV). Optrede wat met bevordering verband hou, sluit beide bevordering en niebevordering in, asook omstandighede waar 'n persoon redelikerwys bevorder moes gewees het. Sien in hierdie verband *Department of Justice v CCMA* 2004 BLLR 297 (AAH) parr. 55 e.v.; *SAPS v SSSBC* 2010 8 BLLR 892 (AH); 2010 31 ILJ 2711 (AH) par. 15.

³ Die bevoegdheid van kommissarisse om met die besluitneming van werknemers in te meng is deur die KH in *Sidumo v Rustenburg Platinum Mines Bpk* 2007 12 BLLR 1097 (KH) parr. 98–100 oorweeg.

⁴ In art. 1 van die WGI word "aangewese werkgewer" gedefinieer as 'n werkgewer wat meer as 50 werknemers in diens het en wat 'n jaarlikse omset het wat gelykstaande is aan, of meer is as, die bedrag wat vir kleinbesighede van hul klas voorgeskryf word in sked. 4 van die wet. Werkgewers wat nie in die klassifikasie val nie, kan ook vrywillig kragtens art. 13(1) aansoek doen om as aangewese werkgewers te kwalifiseer.

⁵ Du Plessis en Fouché (2015:359).

⁶ 2017 38 ILJ 907 (AAH).

⁷ Sien die bespreking onder par. 2.

⁸ Bespreek onder par. 3.

⁹ Onder par. 4.1.

¹⁰ Bespreek onder par. 4.2.

¹¹ Onder par. 4.3.1.

¹² Bespreek onder par. 4.4.

¹³ Soos bespreek onder par. 5.

¹⁴ Die KH het "beskermdede bevordering" beskryf as 'n regs middel wat aan die begunstigde die voordele verbonde aan bevordering verskaf. Dit sou bv. wees 'n bevel vir verhoging van die werknemer se salaris of 'n verandering in sy of haar titel (*Khumalo en MEC for Education KwaZulu-Natal* 2013-12-18 saaknr. CCT10/13 (KH) vn. 2). In *KwaDukuza Municipality v SA Local Government Bargaining Council* 2009 30 ILJ 356 (AH) parr. 10–1 verduidelik die Arbeidshof dat dit nie 'n tipe kompensasie is wat beveel sal word in omstandighede waar die werknemer hom of haar nie van die bewyslas gekwyt het dat hy of sy wel bevorder sou geword het nie. Dit sal dus nie oorweeg word in omstandighede waar die werknemer net nie 'n billike geleentheid gebied is om mee te ding om die bevorderingspos nie. Sien ook Du Toit e.a. (2015:553–4).

¹⁵ Sien die besprekings onder parr. 4.1.4, 4.2.

¹⁶ *Ncane* par. 3.

¹⁷ *Ncane* par. 4.

¹⁸ *Ncane* parr. 5, 6.

¹⁹ *Ncane* par. 7.

²⁰ *Ncane* par. 8.

²¹ *Ncane* par. 12.

²² *Ncane* par. 13.

²³ Wet 55 van 1998. Hierna die WGI.

²⁴ *Ncane* par. 14.

²⁵ *Ncane* par. 16.

²⁶ *Ncane v Lyster* 2014 ZALCD 75 parr. 13, 14, 18; *Ncane* par. 31.

²⁷ *Ncane v Lyster* 2014 ZALCD 75 par. 18; *Ncane* par. 18.

²⁸ *Ncane v Lyster* 2014 ZALCD 75 parr. 18–22.

²⁹ *Ncane v Lyster* 2014 ZALCD 75 par. 22; *Ncane* par. 20.

³⁰ *Ncane* par. 21.

³¹ *Ncane* par. 22.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ncane* par. 19.

³⁵ In hierdie geval het die geskil onder die jurisdiksie van 'n bedingingsraad (*Safety and Security Sectoral Bargaining Council*) geval.

³⁶ *Ncane* par. 27.

³⁷ *Ncane* par. 38.

³⁸ *Ncane* par. 29.

³⁹ 2006 27 ILJ 2324 (AH) par. 17.

⁴⁰ Par. 1.82.

⁴¹ Par. 1.83.

⁴² Par. 1.84.

⁴³ *Ncane* par. 34.

⁴⁴ *Ncane* parr. 34–6.

⁴⁵ *Ncane v Lyster* 2014 ZALCD 75 par. 14.

⁴⁶ *Ncane* par. 36.

⁴⁷ *Ncane* par. 38.

⁴⁸ *Ncane* par. 37.

⁴⁹ *Ncane* par. 14.

⁵⁰ *Ncane* par. 36.

⁵¹ *Ncane* par. 38.

⁵² *Ncane* par. 24.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ In tersiêre akademiese instellings word daar dikwels na hierdie tipe bevordering verwys as *ad hominem*-bevorderings wat geskied op grond van persoonlike vordering van die kandidaat.

⁵⁵ Art. 9 van die Grondwet, oftewel die gelykheidsklousule, het ten doel om volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede te verwesenlik. Ten einde gelykheid te bewerkstellig, moet wetgewing en ander maatreëls gebruik kan word om beskerming te verleen aan persone en kategorieë persone en om mense en kategorieë mense wat deur onbillike diskriminasie benadeel is, te bevorder.

⁵⁶ Artt. 9(4), 7(2), 9(1) en 9(2) van die Grondwet; art. 195 van die WAV, artt. 42–5, 50(1)(g) en sked. 1 van die Wet op Gelyke Indiensneming (WGI). Raadpleeg ook oor die algemeen Rheeder (2017).

⁵⁷ *George v Liberty Life Association of Africa Bpk* 1996 17 ILJ 571 (NH); Grogan (2014:75).

⁵⁸ Parr. 1–2.

⁵⁹ *Leonard Dingler Employee Representative Council v Leonard Dingler (Edms) Bpk* 1997 BLLR 1438 (AH).

⁶⁰ Alhoewel daar geen definisie verstrekkend word vir “onbillike arbeidspraktyk” nie, word daar algemeen aanvaar dat ’n praktyk “billik” is as dit nie wispelturig, arbitrêr of inkonsekwent blyk te wees nie. Du Toit e.a. (2015:539).

⁶¹ 2013 34 ILJ 1156 (AH).

⁶² Grogan (2014:75).

⁶³ Par. 1.85.

⁶⁴ *Goliath v Medscheme (Edms) Bpk* 1996 17 ILJ 760 (NH). Sien ook oor die algemeen Mokabane e.a. (2012).

⁶⁵ *Coetzee v Suid-Afrikaanse Polisie* 2004 2 BALR 139 (SSSBR); *Manana v The Department of Labour* 2010 6 BLLR 664 (AH); *Minister of Home Affairs v GPSSBC* 2008 JOL 21773 (AH).

⁶⁶ *Sukhdeo and Department of Social Welfare & Population Development (KZN)* 2006 5 BALR 525 (PHWSBC).

⁶⁷ *SACSAAWU obo Nguyuzza v Premier Loss Control BK* 1998 9 BALR 1190 (KVBA); Du Plessis en Fouché (2015:358).

⁶⁸ *Mashegoane v The University of the North* 1998 3 LLD76 (AH) 77G–77I; *Jele v Premier of the Province of KwaZulu–Natal* 2003 24 ILJ 1392 (AH) par. 28.

⁶⁹ 1997 18 ILJ 1137 (KVBA).

⁷⁰ 1141B-D.

⁷¹ Grogan (2014:77).

⁷² *Ibid*; *Truter and SAPS* 2005 26 ILJ 821 (BCA) 834–5.

⁷³ 2002 23 ILJ 214 (KVBA).

⁷⁴ Raadpleeg ook *Nainaar v Department of Works, KZN* 2015 ZALCD 26 par. 26; *Mzimni v Municipality of Umtata* 1998 7 BLLR 780 (Tk) 784G-H; *Vereniging van Staatsamptenare nmns Badenhorst v Departement van Justisie* 1999 20 ILJ 253 (KVBA); Garbers (1999:22).

⁷⁵ *Ncane* par. 24.

⁷⁶ 2013 34 ILJ 1548 (AH).

⁷⁷ Par. 3.

⁷⁸ Par. 8.

⁷⁹ 2013 34 ILJ 1548 (AH).

⁸⁰ Vir 'n bespreking van die onderskeid tussen regtegeskille en belangedispute, sien Rycroft en Jordaan (1992:168–9) Kennelik het die onderskeid tussen regtedispute en belangedispute geleidelik begin vervaag.

⁸¹ 2015 36 ILJ 1215 (AAH).

⁸² Par. 19.

⁸³ Parr. 25–6.

⁸⁴ 2015 36 ILJ 2893 (AH).

⁸⁵ Parr. 11–2.

⁸⁶ Par. 57.

⁸⁷ Parr. 51–3.

⁸⁸ Parr. 56–7.

⁸⁹ Par. 58.

⁹⁰ Parr. 59–62.

⁹¹ Parr. 70–1.

⁹² 2004 4 BLLR 297 (AAH).

⁹³ Du Plessis en Fouché (2015:158); *Jele v Premier of the Province of KwaZulu-Natal* 2003 7 BLLR 723 (AH); *City of Cape Town v SAMWU obo Jacobs* 2009 9 BLLR 882 (AAH).

⁹⁴ 2003 24 ILJ 1392 (AH); 2003 7 BLLR 723 parr. 49–2.

⁹⁵ Du Toit e.a. (2015: 547).

⁹⁶ Du Toit e.a. (2015:548). Raadpleeg *City of Cape Town v SAMWU obo Jacobs* 2009 9 BLLR 882 (AAH) parr. 29–31. Sien t.o.v. privaatinstellings *Cullen v Distell (Edms) Bpk* 2001 8 BALR 834 (KVBA) 836.

⁹⁷ Cheadle (2006:663, 667, 668).

⁹⁸ 2009 18 SALGBC 6.9.8.

⁹⁹ 2016-03-22 saaknr. PSES520-14/15LP (ELRC).

¹⁰⁰ Parr. 4, 15.

¹⁰¹ *Ncane* par. 24.

¹⁰² Dit is wat bv. by die Universiteit van Kaapstad gedoen word (sien Universiteit van Kaapstad 2017).

¹⁰³ Business Management Daily (2017).

¹⁰⁴ Skygbaar word hierdie siening nie universeel aanvaar nie. Vir 'n teenoorgestelde benadering raadpleeg Du Plessis en Fouché (2015:359).

¹⁰⁵ Art. 1 van die WGI.

¹⁰⁶ Art. 15(2) van die WGI.

¹⁰⁷ Grogan (2014:121).

¹⁰⁸ Art. 1 van die WGI. Die definisie is uitgebrei om Chinese persone te dek wat voor 1994 Suid-Afrikaanse burgers geword het. Raadpleeg *Chinese Association of South Africa v Minister van Arbeid* N 59251/2007 18/06/2007 TPD.

¹⁰⁹ Art. 15 van die WGI.

¹¹⁰ Ingevolge art. 20(3) van die WGI is 'n persoon "voldoende gekwalifiseerd" vir 'n pos op grond van een of 'n kombinasie van die volgende redes: hy of sy beskik oor die vereiste formele kwalifikasies; hy of sy het gelykstaande vorige geleerdheid; hy of sy het toepaslike ervaring; of hy of sy beskik oor die bevoegdheid om binne 'n redelike tyd die vermoë te bekom om die werk te kan verrig.

¹¹¹ Art. 15(1) van die WGI.

¹¹² Ingevolge art. 20 van die WGI moet aangewese werkgewers 'n gelyke-indiensnemingsplan opstel en implementeer.

¹¹³ Art. 15(2) vereis dat aangewese werkgewers numeriese doelwitte moet stel waar aangewese groepe werknemers onderverteenvoerdig is. Hierdie doelwitte moet ten doel hê om verteenwoordiging in alle werkskategorieë en op alle werksvlakke te bewerkstellig. Raadpleeg ook art. 2 van die WGI wat die doel van die wetgewing uiteensit.

¹¹⁴ Art. 15 van die WGI. Daar is geen definisie vir "kwota" in die WGI nie, maar daar mag nie 'n absolute verbod op bevordering of aanstelling gestel word vir nie-aangewese werknemers nie. *SAPS v Solidarity obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae)* 2014 6 SA 123 (KH) parr. 42, 52.

¹¹⁵ *SAPS v Solidarity obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae)* 2014 6 SA 123 (KH) par. 96. Die hof merk in par. 81 van hierdie saak op dat alhoewel ras 'n belangrike oorweging is om benadeling te meet, daar 'n tyd sal moet kom wanneer ons as land kan wegbeweeg van ras as maatstaf. In par. 89 oorweeg die hof die impak wat niebevordering op 'n persoon se menswaardigheid het. Die hof benadruk ook dat meriete en die bevoegdheid van kandidate nie geïgnoreer mag word by besluitneming oor wie die mees geskikte kandidaat vir bevordering is nie (par. 65). In par. 111 verduidelik die hof hoe werkgewers 'n balans moet tref tussen verteenwoordiging en ander faktore wat by bevordering oorweeg moet word. Die faktore wat die hof identifiseer wat werkgewers in ag moet neem vir 'n besluit om billik te wees, sluit in: effektiwiteit en bevoegdheid van die onderskeie kandidate (par. 41); of die werknemer in die aangewese groep voldoende gekwalifiseerd is (par. 41); die impak van die besluit op sy of haar menswaardigheid om iemand wat nie in een van die onderverteenvoerdigde aangewese groepe werknemers is nie, te bevorder (parr. 76, 186).

¹¹⁶ Department of Labour (2017:8–9).8ALE

¹¹⁷ Art. 15 van die WGI verbied die stel van kwotas en absolute hindernisse. Raadpleeg ook *Du Preez v Minister of Justice and Constitutional Development* 2006 3 All SA 271 (SE);

2006 9 BCLR 1094 (SE); 2006 8 BLLR 767 (SE) par. 39; *SAPS v Solidarity obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae)* 2014 6 SA 123 (KH) parr. 42, 87.

¹¹⁸ 2003 24 ILJ 1130 (AH).

¹¹⁹ Parr. 1, 2.

¹²⁰ Par. 49.

¹²¹ Par. 48.

¹²² *SAPS v Solidarity obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae)* 2014 6 SA 123 (KH) par.88.

¹²³ Die reg op gelykheid in art. 9(2) van die Grondwet het ten doel om substantiewe gelykheid te bewerkstellig en nie om teenoorgestelde diskriminasie in die werkplek daar te stel nie. Om te bepaal of 'n regstellende aksie-maatreël aan die vereistes van die Grondwet voldoen, moet dit ten doel hê om persone wat voorheen benadeel is deur regstellende aksie te beskerm of te bevoordeel en om gelykheid te bewerkstellig (*Minister van Finansies v Van Heerden* 2004 12 BLLR 1181 (KH)). Ons Grondwet maak nie slegs vir formele gelykheid voorsiening nie. Die feit dat benadeling voortdurend is, vereis dat positiewe stappe gedoen word om gelykheid te bevorder. Regstellende aksie is ingestel om substantiewe gelykheid te bevorder (*SAPS v Solidarity obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae)* 2014 6 SA 123 (KH) parr. 28–9, 35, 138).

¹²⁴ 2014 6 SA 123 (KH).

¹²⁵ Cameron R, Froneman R en Majiedt WR.

¹²⁶ Par. 148; *SAPS v Solidarity obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae)* 2014 6 SA 123 (KH) par. 77.

¹²⁷ *SAPS v Solidarity obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae)* 2014 6 SA 123 (KH) parr. 39, 143, 149.

¹²⁸ Par. 14.

¹²⁹ 2007 2 BLLR 164 (AH); 2007 28 ILJ 428 (AH).

¹³⁰ Parr. 1, 18.

¹³¹ Par. 8.

¹³² Parr. 90–3.

¹³³ Du Toit e.a. (2014:551 vn. 117); Du Plessis en Fouché (2015: 360).

¹³⁴ Inherente vereiste vir die werk en regstellende aksie word gelys as verwerre teen 'n onbillike diskriminasieklag wat kragtens art. 6 van die WGI teen 'n werkgewer ingestel is.

¹³⁵ Du Toit e.a. (2014: 550).

¹³⁶ *SAPS v Solidary obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae)* 2014 6 SA 123 (KH) parr. 36–7.

¹³⁷ Art. 6(2)(a) van die WGI en art. 9(2) van die Grondwet maak uitdruklik daarvoor voorsiening dat die verwesenliking van substantiewe gelykheid vereis dat maatreëls ingestel moet word by wyse van wetgewing ten einde die ongelykhede in die verlede aan te spreek. Dit sluit in die nadeel wat sekere groepe werknemers ondervind het wat verhoed het dat formele kwalifikasies behaal is. Raadpleeg ook *Alexandre v Provincial Administration of the Western Cape Department of Health* 2005 ZALC 57 par. 41; *SAPS v Solidarity obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae)* 2014 6 SA 123 (KH) parr. 126, 136; *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* 1999 1 SA 6 (KH); 1998 12 BCLR 1517 (KH) par. 60.

¹³⁸ *SAPS v Solidarity obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae)* 2014 6 SA 123 (KH) parr. 51–3, 145.

¹³⁹ Art. 2 van die Internasionale Arbeidsorganisasie (2017) vereis van alle lidstate wat die konferensie bekragtig het, om nasionale wetgewing aan te neem wat diskriminasie in die werkplek teenwerk na gelang van die spesifieke vereistes in die land.

¹⁴⁰ Inherente vereistes van die werk word ook spesifiek uitgesonder as omstandighede wat nie as diskriminasie kwalifiseer nie. Raadpleeg art. 1(2) van die Internasionale Arbeidsorganisasie (2017) rakende diskriminasie in werk en beroep.

¹⁴¹ 2002 3 SA 468 (T).

¹⁴² *Stoman* 477F-H.

¹⁴³ Die Konstitusionele Hof het in *Barnard* par. 40 die vereistes vir 'n geldige gelyke-indiensnemingsplan oorweeg.

¹⁴⁴ Art. 15 van die WGI; *SAPS v Solidarity obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae)* 2014 6 SA 123 (KH) parr. 42, 52.

¹⁴⁵ 2010 2 BLLR 194 (AH).

¹⁴⁶ 2000 6 BLLR 701 (AH).

¹⁴⁷ Par. 22.

¹⁴⁸ De Vos (2012:88).

¹⁴⁹ *SAPS v Solidarity obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae)* 2014 6 SA 123 (KH) parr. 30–2.

¹⁵⁰ Par. 38.

¹⁵¹ Par. 36.

¹⁵² *SAPS v Solidarity obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae)* 2014 6 SA 123 (KH) par. 140.

¹⁵³ 2004 7 BLLR 708 (AH).

¹⁵⁴ Par. 17.

¹⁵⁵ *SAPS v Solidarity obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae)* 2014 6 SA 123 (KH) par. 39.

¹⁵⁶ 2006 9 BLLR 844 (AH).

¹⁵⁷ Par. 15.

¹⁵⁸ Par. 45.

¹⁵⁹ Par. 46.

¹⁶⁰ Parr. 54–5.

¹⁶¹ 2015-05-18 saaknr. PSES501-14/15NW (ELRC).

¹⁶² Wet 76 van 1998.

¹⁶³ Par. 11.

¹⁶⁴ 2015 11 BLLR 1129 (AAH).

¹⁶⁵ *Naidoo v Minister of Safety and Security* 2013 5 BLLR 490 (AH).

¹⁶⁶ Par. 47.

¹⁶⁷ Par. 54.

¹⁶⁸ Ncane par. 24.

¹⁶⁹ 2006 3 All SA 271 (SE); 2006 9 BCLR 1094 (SE); 2006 8 BLLR 767 (SE). Kennelik het hierdie saak gehandel oor aanstellings en nie bevordering nie, maar die beginsels t.o.v. die toepassing van regstellende aksie is nietemin relevant.

¹⁷⁰ Par. 3.

¹⁷¹ Parr. 12–5.

¹⁷² Artt. 1 en 13 van die Wet op Voorkoming van Onbillike Diskriminasie.

¹⁷³ Par. 27.

¹⁷⁴ Parr. 36–8.

¹⁷⁵ Parr. 43–4.

¹⁷⁶ Parr. 44–5.

¹⁷⁷ 2005 6 BLLR 539 (AH).

¹⁷⁸ Ingevolge art. 6(1) van die WGI.

¹⁷⁹ Parr. 40–2.

¹⁸⁰ Aangesien hierdie geskil handel oor beweerde diskriminasie teen ’n landdros wat nie as ’n “werknemer” kwalifiseer vir doeleindes van die WGI nie, sal die Wet op Gelykheid en Voorkoming van Onbillike Diskriminasie 4 van 2000 toepassing vind. Diskriminasie word in hierdie stuk wetgewing omskryf as enige optrede, insluitende ’n beleid of praktyk, wat enige persoon hetsy direk of indirek benadeel of wat hom of haar van voordele ontnem op een of meer van die verbode gronde, wat ras en geslag insluit. Die wetgewing bepaal voorts dat die bewyslas op die respondent-werkgewer rus om te bewys dat die diskriminasie billik is.

¹⁸¹ Van der Walt (2017). Landdros kry pos nie omdat hy wit is.

¹⁸² 2010 5 BLLR 561 (AH).

¹⁸³ *SAPS v Solidarity obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae)* 2014 6 SA 123 (KH) par. 21.

¹⁸⁴ Die KH se beslissing in *Sidumo v Rustenburg Platinum Mines Bpk* 2007 12 BLLR 1097 (KH) par. 110 bepaal dat daar ’n logiese verband tussen die werkgewer se besluit en die werklike redes vir die besluit moet wees. Die werkgewer moet kan aanvoer waarom een kandidaat bo ’n ander verkies is. Raadpleeg *PSA obo Dalton v Department of Public Works* 1998 9 BALR 1177 (KVBA) 1180G; *SAPS v Solidarity obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae)* 2014 6 SA 123 (KH) par. 192.

¹⁸⁵ *SAPS v Solidarity obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae)* 2014 6 SA 123 (KH) par. 22.

¹⁸⁶ *Solidarity obo Barnard v South African Police Service* 2013 ZASCA 177; 2014 2 SA 1 (HHA).

¹⁸⁷ *SAPS v Solidarity obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae)* 2014 6 SA 123 (KH) par. 23.

¹⁸⁸ 2016 37 ILJ 1012 (AH).

¹⁸⁹ Par. 88.

¹⁹⁰ *SAPS v Solidarity obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae)* 2014 6 SA 123 (KH) parr. 65, 66.

¹⁹¹ Department of Labour (2017:1, 39–40).

¹⁹² Department of Labour (2017:41, 46). Blanke vroue kry die meeste opleiding vir die ontwikkeling van vaardighede.

¹⁹³ In 2016 was 45,5% van die bevorderings in die blanke bevolkingsgroep, 23,5% swart (*African*), 6,5% Indiërs en 5,7% kleurlinge (Department of Labour 2017:45).

¹⁹⁴ Meer as die helfte van nuwe aanstellings is swart (41,7%) gevolg deur blankes (26,8%) en buitelanders (18,7%) (Department of Labour 2017:45).

¹⁹⁵ Hierdie feitestel stem baie ooreen met dié in *SAPS v Solidarity obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae)* 2014 6 SA 123 (KH).

¹⁹⁶ 2014 6 SA 123 (KH).

¹⁹⁷ Par. 13.

¹⁹⁸ *Solidarity obo Barnard v South African Police Service* 2013 ZASCA 177; 2014 2 SA 1 (HHA) par. 78; *SAPS v Solidarity obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae)* 2014 6 SA 123 (KH) par. 26.

¹⁹⁹ Par. 15.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ Par. 62.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ *SAPS v Solidarity obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae)* 2014 6 SA 123 (KH) par. 12.

²⁰⁴ *SAPS v Solidarity obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae)* 2014 6 SA 123 (KH) parr. 65, 66.

²⁰⁵ Par. 67.

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ Die KH het ook al erken dat die toepassing van regstellende aksie vir werknemers 'n emosionele aangeleentheid kan wees. Raadpleeg in hierdie verband *SAPS v Solidarity obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae)* 2014 6 SA 123 (KH) parr. 1, 74, 127.

²⁰⁸ *SAPS v Solidarity obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae)* 2014 6 SA 123 (KH) parr. 80, 110.

²⁰⁹ Strauss (2006:3, 51–2). Sien ook Steyn (2002:82, 87, 91, 97, 99).

²¹⁰ Strauss (2006:53–4).

²¹¹ AK 393 SK 40817 van 28 April 2017. www.gponline.co.za.

²¹² In die polisdien word daar bv. in die Nasionale Instruksie daarvoor voorsiening gemaak dat die nasionale kommissaris poste vir persone in die onderverteenwoordigde aangewese groepe werknemers reserveer. Dit word dan so in die advertensie vir die pos bekend gemaak. *SAPS v Solidarity obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae)* 2014 6 SA 123 (KH) vn. 9 en par. 10. In Barnard se geval was die pos egter nie dienooreenkomstig vir spesifieke aangewese werknemers gereserveer nie.

²¹³ Items 1(b), 4.2, 6(a), 6.1.2 van die kode maak dit duidelik dat konsultasie noodsaaklik is met die oog op deursigtigheid. In *PSA obo Badenhorst v Department of Justice* 1999 20 ILJ 253 (KVBA) het die kommissaris opgemerk dat behoorlike konsultasie met werknemers ten minste die persepsie van onbillikheid van die werkgewer se optrede kan uitsluit. In *SAPS v Solidarity obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae)* 2014 6 SA 123 (KH) par. 68 het die KH die feit dat Barnard geweet het dat regstellende aksie toegepas word, en dat sy die implikasies daarvan verstaan het, benadruk.

²¹⁴ Du Plessis en Fouché (2015:158).

²¹⁵ *Ibid.* Raadpleeg ook *Monyakeni v SA Police Service* 2008 29 ILJ3111 (BCA) en *Lotter v SA Police Service* 2005 26 ILJ578 (BCA).

²¹⁶ 2014 6 SA 123 (KH).

²¹⁷ In par. 42 het die hof die belang van opleiding en ontwikkeling van werknemers in die aangewese groepe ten einde regstellende aksie te verwesenlik, oorweeg.

²¹⁸ In *PSA v Minister of Justice* 1997 18 ILJ 241 (T) is bevestig dat gelyke indiensneming nie die aanstelling van 'n persoon regverdig wat glad nie die werk kan doen nie.

²¹⁹ 'n Bespreking van verskeie opsies wat al deur die arbeidsforum of die hof toegepas is, volg onder par. 4.2.2.3.

²²⁰ *Minister of Safety and Security v SSSBC* 2010 4 BLLR 428 (AH) par. 19.

²²¹ 2005 26 ILJ 234 (AH) 240G–241B.

²²² Sien verder *Naudé v Member of the Executive Council, Department of Health Mpumalanga* 2009 30 ILJ 910 (AH) par.113; *Allpass v Mooikloof Estates (Edms) Bpk h/a Mooikloof Equestrian Centre* 2011 32 ILJ 1637 (AH) par. 77; *University of South Africa v Reynhardt* 2010 31 ILJ 2368 (AAH) par. 14; *Reynhardt v University of South Africa* 2008 29 ILJ 725 (AH) par.145; *Viney v Barnard Jacobs Mellet Securities (Edms) Bpk* 2008 29 ILJ 1564 (AH) parr. 81–2; *Chemical Energy Paper Printing Wood and Allied Workers Union v Glass and Aluminium* 2000 BK 2002 23 ILJ695 (AAH) parr. 48–51.

²²³ 2012 33 ILJ 2597 (AAH).

²²⁴ Par. 14.5.

²²⁵ Cheadle (2006:663, 667, 668).

²²⁶ Cheadle (2006:667).

²²⁷ *Tshwane Metropolitan Council v SALGBC* 2011 12 BLLR 1176 (AH) par. 27; *Du Toit e.a.* (2015:554).

²²⁸ *Ncane* par. 37.

²²⁹ *George v Liberty Life Association* 1996 8 BLLR 985 (NH).

²³⁰ *Kadiaka v ABI* 1999 20 ILJ 373 (AH); *Ncane* par. 12.

²³¹ *Grogan* (2014:77); *Msobo and Independent Municipal & Allied Trade Union* 2008 29 ILJ 459 (KVBA).

²³² 1996 BLLR 603 (NH).

²³³ Par. 3.

²³⁴ Saaknr. 817/01 2005 JOL 15727 (ELRC).

²³⁵ Par. 24.

²³⁶ *NEHAWU obo Thomas v Department of Justice* 2001 22 ILJ 306 (BCA).

²³⁷ Par. 9; *Public Service Association of SA obo Helberg v Minister of Safety and Security* 2004 25 ILJ 2373 (AH) par. 12.

²³⁸ 2015 36 ILJ 1215 (AAH).

²³⁹ Par. 12.

²⁴⁰ 2010-10-27 saaknr. P426/08 (ELRC).

²⁴¹ Par. 22.

²⁴² Par. 22.1.

²⁴³ 2005 26 ILJ 821 (BCA).

²⁴⁴ 2004 5 BALR 537 (SSSBC).

²⁴⁵ 2005 26 ILJ 207 (BCA).

²⁴⁶ *Grogan* (2014:78); *Joint Affirmative Action Management Forum v Pick 'n Pay Supermarket* 1997 18 ILJ 1149 (KVBA); *Van Niekerk v Medicross Health Care Group*

(Edms) Bpk 1998 8 BALR 1038 (KVBA); *Visser v Vodacom* 2002 10 BALR 1031 (AMSSA)).

²⁴⁷ Grogan (2014:77–8); *SAMWU obo Govender v Durban Metro Council* 1999 6 BALR 762 (IMSSA); *TWU obo Geldenhuys v Metrorail* 1998 11 BALR 1542 (IMMSA); *PSA obo Plaatjies v Department of Home Affairs* 1999 7 BALR 823 (KVBA); *SAPS v Public Servant's Association* 2006 27 ILJ 2241 (KH); *Spoornet (Joubert Park) v Salstaff (Johannesburg)* 1998 4 BALR 513 (IMSSA).

²⁴⁸ 1998 19 ILJ 1655, 1673–4.

²⁴⁹ *Sien bv. SADTU obo Dinoge v Department of Education North West* 2015-05-18 saaknr. PSES501-14/15NW (ELRC) par. 11.

²⁵⁰ *Gurarnah v SA Weather Services* 2004 4 BALR 454 (KVBA); *Limekaya v Department of Education* 2004 5 BALR 586 (GPSSBC).

²⁵¹ 2001 7 BALR (KVBA).

²⁵² *Diphiko v University of the North-West* 2001 3 BALR 229 (KVBA); *Dumisa v University of Durban Westville* 2001 7 BALR 753 (KVBA); *Pascoe v Minister for the Public Service and Administration* 2002 8 BLLR 791 (AH).

²⁵³ Dikwels bepaal werkgewers in advertensies dat hulle die reg voorbehou om nie die pos te vul as geskikte kandidate nie aansoek doen nie. Verder: as daar geen vakante pos is nie, kan dit persone wat waargeneem het in die posisie, of wat op vastetermykontrakte is, geensins baat om op grond van redelike verwagting van permanente aanstelling, selfs na die wysiging van art. 186(1)(b) van die WAV, aksie in te stel nie. Raadpleeg *Department of Justice v CCMA* 2004 4 BLLR 297 (AAH). In *Dierks v University of South Africa* 1999 4 BLLR 304 (AH); 1999 20 ILJ 1227 parr. 39–40, 155 het die Arbeidshof beslis dat op die feite die vastetermywerknemer nie 'n redelike verwagting kon gehad het nie, omdat daar nie 'n pos vir die werknemer was om te vul nie.

²⁵⁴ 2017-07-10 saaknr. JA 96/15 (AAH).

²⁵⁵ Art. 198A is in die WAV ingesluit ten einde beskerming te bied aan werknemers wat vir arbeidsmakelaars of tydelike werkverskaffingsdienste werk en wat tydelike dienste verskaf. Art. 198(1)(a) verskaf definisies vir hierdie konsepte (Wysigingswet op Arbeidsverhoudinge 6 van 2014 kl. 37–8). Werknemers wat deur werkverskaffingsdienste tydelike dienste aan kliënte verskaf, is werknemers van die tydelike werkverskaffingsdiens totdat 'n werknemer geag word 'n werknemer van die kliënt te wees ingevolge art. 198A(3)(b) van die WAV.

²⁵⁶ Art. 198B(4) van die WAV. Dieselfde regverdigingsgronde wat by vastetermyndienskontrakte toepassing vind, is ook van toepassing op werknemers wat by arbeidsmakelaars werk. Die redes waarvoor hierdie tipe tydelike kontrakte gebruik mag word, sluit in vir doeleindes van vervangingsarbeid, vir korttermynprojekte, die aanstelling van studente vir opleiding, seisoenale werk, projekte wat afhanklik is van eksterne befondsing, en kontrakaanstellings van werkers wat alreeds die normale aftree-ouderdom bereik het.

²⁵⁷ Die drumpelbedrag is tans R205 433, 30. Sien art. 198A(2), 198B(2)(a), 198C(2) van die WAV saamgelees met art. 6(3) van die Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997.

²⁵⁸ Die werknemers moet in die geheel beskou nie op swakker of minder gunstige diensvoorwaardes werk as ander werknemers wat vir die kliënt werk nie, tensy daar regverdige redes is om hulle anders te behandel (art. 198A(5) van die WAV).

²⁵⁹ Art. 198A(5), 198B(9), 198C(3)(a) van die WAV.

²⁶⁰ 2004 13 AAH 1.11.6.

²⁶¹ *PSA obo Badenhorst v Department of Justice* 1998 3 LLD 425 (KVBA); *Van Rensburg v Northern Cape Provincial Administration* 1997 18 ILJ 1421 (KVBA); *NEHAWU obo Thomas v Department of Justice* 2001 22 ILJ 306 (BCA). Du Toit e.a. (2015:551).

²⁶² Grogan (2014:77); *PSA obo Dalton v Department of Public Works* [1998] 9 BALR 1177 (KVBA).

²⁶³ Grogan (2014:77); *Mabatha en Durban Institute of Technology* 2005 26 ILJ 2454 (KVBA).

²⁶⁴ 2017-03-03 saaknr. PSES 285-16/17 NW (ELRC).

²⁶⁵ Par. 1.71.

²⁶⁶ Die bestuursprerogatief van werkgewers word sowel substantief as prosedureel beperk sover dit bevordering en niebevordering van kandidate vir bevordering betref (Du Plessis en Fouché 2015:357).

²⁶⁷ Par. 1.73.

²⁶⁸ 2000 21 ILJ 1653 (AH).

²⁶⁹ Parr. 11–2.

²⁷⁰ *Ncane* par. 24.

²⁷¹ Dié beginsel is in so 'n mate deel van ons reg dat daar aanvaar is dat die verpligting tot regverdige optrede of behandeling (*fair dealing*) 'n geïmpliseerde bepaling van elke dienskontrak is (*SA Maritime Safety Authority v McKenzie* 2010 ILJ 529 (HHA)). Die hof het ook al beslis dat daar kontraktueel 'n geïmpliseerde wedersydse vertrouensverpligting (*implied term of mutual trust and confidence*) tussen werkgewers en werknemers is (*Murray v Minister of Defence* 2008 ILJ 1369 (HHA)).

²⁷² *Khumalo v MEC Education* 2014 5 SA 579 (KH) parr. 62–3; *Nainaar v Department of Works, KZN* 2015 ZALCD 26. Raadpleeg ook *Manana v Department of Labour* 2010 6 BLLR 664 (AH); *Ncane* par. 24.

²⁷³ *IMATU obo Xamleko en Makana Municipality* 2003 1 BALR 4 (BR).

²⁷⁴ *Ninaaar v Department of Works, KZN 2015-5-19 saaknr. D839/05 (AH) par. 29; Meyer v SAPS 2002 23 ILJ 974 (BCA); Crotz v Worcester Transitional Local Council National 2001 8 BALR 834 (KVBA); SA Transport & Allied Workers Union and Metrorail Services 2002 23 ILJ 2389 (ARB).*

²⁷⁵ *SA Transport & Allied Workers Union obo Fourie v Transnet 2002 23 ILJ 1117 (ARB).*

²⁷⁶ *Page v SA Police Service 2002 23 ILJ 111 (ARB) 115–6. Sien ook Du Toit e.a. (2015:108).*

²⁷⁷ *Ninaaar v Department of Works, KZN 2015-5-19 saaknr. D839/05 (AH) par. 29.*

²⁷⁸ Rycroft (2007:2192).

²⁷⁹ Alhoewel 'n inherente vereiste van die werk en regstellende aksie nie soos by die toepassing van art. 6 van die WGI dien as regverdigingsgrond of verweer vir onbillike optrede deur die werkgewer ingevolge artikel 186(2) van die WAV nie, is daar al aangevoer dat daar geen rede bestaan hoekom hierdie regverdigingsgronde nie vir werkgewers beskikbaar sal wees wat beweer dat hul optrede nie onbillik is nie (sien Du Toit e.a. 2015:550).

²⁸⁰ *POPCRU obo Kukuk v SAPS 2001 8 BALR 809 (P) (Du Toit e.a. 2015:550).*

²⁸¹ *Ninaaar v Department of Works, KZN 2015-5-19 saaknr. D839/05 (AH) par. 30; SAPS v Solidarity obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as Amicus Curiae) 2014 6 SA 123 (KH) parr. 105–6.*

²⁸² *Rafferty and Department of the Premier 1998 8 BALR 1017 (KVBA).*

²⁸³ *Grogan (2014:77); National Commissioner of the SAPS v Safety and Security Sectoral Bargaining Council 2005 26 ILJ 903 (AH).*

²⁸⁴ Par. 22.2.

²⁸⁵ Par. 22.3.

²⁸⁶ Par. 22.4.

²⁸⁷ 1997 18 ILJ 142 (KVBA).

²⁸⁸ Par. 13.

²⁸⁹ *Grogan (2014:76); IMATU/Greater Pretoria Metropolitan Council 1999 12 BALRE 1459 (IMSSA); Portnet v SALSTAFF obo Lagrange 1998 7 BALR 963 (IMSSA); Du Plooy and National Prosecuting Authority 2006 27 ILJ 409 (AH).*

²⁹⁰ Par. 16.

²⁹¹ 1999 20 ILJ 253 (KVBA).

²⁹² 256G-I.

²⁹³ *Ncane* par. 26.

²⁹⁴ *SAMWU obo Damon v Cape Metropolitan Council* 1999 ILJ 714 (KVBA).

²⁹⁵ 2000 21 ILJ 1653 (AH).

²⁹⁶ *Ndlovu* parr. 11–2; *Ncane* par. 27.

²⁹⁷ 1996 5 BLLR 603 (NH) 609–10, 614G–F.

²⁹⁸ *Ncane* par. 22.

²⁹⁹ 2000 21 ILJ 1653 (AH) par. 11–2.

³⁰⁰ Dieselfde beginsel is bevestig in *Cullen v Distell (Edms) Bpk* 2001 8 BALR 834 (KVBA).

³⁰¹ 2012 33 ILJ 2597 (AAH).

³⁰² Par. 17.

³⁰³ Hierdie beginsel is in *Ncane* parr. 25–7 as korrek aanvaar.

³⁰⁴ 2005 26 ILJ 903 (AH).

³⁰⁵ 2016-11-18 saaknr. JR 939/14 (AH).

³⁰⁶ Ingevolge art. 194 van die WAV moet die vergoedingsbedrag dit wees wat die voorsittende beampte as billik aanskou in die omstandighede, maar mag die bedrag nie 12 maande se salaris oorskry nie.

³⁰⁷ Par. 9.

³⁰⁸ 2003 5 BALR 523 (B).

³⁰⁹ Par. 10.

³¹⁰ *SAMWU obo Damon v Cape Metropolitan Council* 1999 ILJ 714 (KVBA), 1999 3 BALR 255 (KVBA) 263.

³¹¹ *PSA obo Badenhorst v Department of Justice* 1999 ILJ 253 (KVBA).

³¹² Du Plessis en Fouché (2015: 357).

³¹³ *SAMWU obo Damon v Cape Metropolitan Council* 1999 20 ILJ 714 (KVBA); *PSA obo Badenhorst v Department of Justice* 1999 20 ILJ 253 (KVBA).

³¹⁴ Mokabane e.a. (2012).

³¹⁵ 2017-03-03 saaknr. PSES 285-16/17NW (ELRC).

³¹⁶ Par. 1.7.

³¹⁷ Par. 1.9.

³¹⁸ Par. 1.10.

³¹⁹ Parr. 1.1–1.12.

³²⁰ Par. 1.76.

³²¹ Par. 1.74.

³²² Par. 1.75.

³²³ Par. 1.91.

³²⁴ Par. 1.92.

³²⁵ Par. 1.93.

³²⁶ Saaknr. PSES465-16/17EC (ELRC).

³²⁷ Par. 1.

³²⁸ Par. 5.

³²⁹ Par. 5.1.1.

³³⁰ Par. 18.

³³¹ Par. 33.

³³² Par. 40.

³³³ Par. 50.

³³⁴ Par. 69.

³³⁵ Par. 74.

³³⁶ Par. 89.

³³⁷ Parr. 11–2.

³³⁸ Par. 92.

³³⁹ Par. 97.

³⁴⁰ Par. 107.

³⁴¹ Par. 109.

³⁴² Par. 110.

³⁴³ Par. 111.

³⁴⁴ Hierdie remedie kan defekte in die oorspronklike prosedure aanspreek (*PSA obo Badenhorst v Department of Justice* 1998 20 ILJ 253 (KVBA); raadpleeg ook Du Toit e.a. 2015:550).

³⁴⁵ Par. 99.

³⁴⁶ 2016-11-18 saaknr. JR 939/14 (AH).

³⁴⁷ *Nainaar v Department of Works*, KZN 2015-5-19 saaknr. D839/05 (AH) par. 28.

³⁴⁸ Grogan (2014:78); *National Commissioner of the SAPS v Safety and Security Sectoral Bargaining Council* hierbo; *National Commissioner of the SAPS v Basson* 2006 27 ILJ 614 (AH).

³⁴⁹ 2009 ILJ 356 (AH).

³⁵⁰ 2016 37 ILJ 1995 (KH).

³⁵¹ Bevele 5(c) en (d).

³⁵² Parr. 87–95.

³⁵³ Nugent WR en Cameron R.

³⁵⁴ Par. 134. Die regters het egter nie uitgebrei oor watter remedie vir mnr. Davids, die enigste applikant wat nie swart is nie, gepas sou wees nie.

³⁵⁵ 2007 28 ILJ 375 (AH).

³⁵⁶ *De Nysschen v General Public Service Sector Bargaining Council* 2007 28 ILJ 375 (AH)par. 13.

³⁵⁷ *De Nysschen v General Public Service Sector Bargaining Council* 2007 28 ILJ 375 (AH) par. 25; *Nainaar v Department of Works*, KZN 2015-5-19 saaknr. D839/05 (AH) parr. 31–2.

³⁵⁸ 2016 37 ILJ 156 (AH).

³⁵⁹ Parr. 9, 24.

³⁶⁰ Parr. 9, 14, 24.

³⁶¹ Parr. 24–6.

³⁶² *Ncane* par. 38.

³⁶³ *Ncane* par. 24.

³⁶⁴ Strydom (1998: 40); Benjamin en Gruen (2006:6); sien ook *NEHAWU v University of Cape Town* 2003 3 SA 1 (KH) parr. 40–1.

³⁶⁵ Cheadle (2006:663); Van Niekerk (2007).

³⁶⁶ Art. 1 van die WAV.