

**‘n KRITIESE ONDERSOEK NA DIE LEEMTES VAN
REGSTELLEND E AKSIE-MAATREËLS IN SUID-AFRIKA: ‘n
REGSV ERGELYKENDE STUDIE.**

LORÈNZE JEAN SIMPSON

**‘n KRITIESE ONDERSOEK NA DIE LEEMTES VAN
REGSTELLEND E AKSIE-MAATREËLS IN SUID-AFRIKA: ‘n
REGSVERGELYKENDE STUDIE.**

DEUR

LORÈNZE JEAN SIMPSON

VOORGELÊ TER VOLDOENING AAN DIE VEREISTES VIR DIE

GRAAD MAGISTER LEGUM

IN DIE

FAKULTEIT REGSGELEERDHEID

DEPARTEMENT HANDELSREG

UNIVERSITEIT VAN DIE VRYSTAAT

STUDIELEIER:

PROF. JV DU PLESSIS

NOVEMBER 2007

DANKBETUIGINGS

EK wil eerstens my studieleier, Prof. JV du Plessis bedank vir sy leiding in die skryf van hierdie verhandeling. Ook 'n spesiale dank aan Prof. JL Pretorius vir sy besondere bydra en leiding in hierdie verhandeling. Hulle was altyd bereid om my op koers te hou met die studie en het gereeld verdere kritiese denke gestimuleer. Onder hulle gevorderde kennis en ervaring op die gebied sou hierdie navorsing nie moontlik kon gewees het nie.

Tweedens wil ek die volgende persone bedank vir hul unieke bydrae en ondersteuning. Me. H van Tonder van die UOVS Sasol Biblioteek wat my dikwels bygestaan het met soektogte veral met die opspoor van buitelandse bronne. Die trustees van die P.A. en Alize Malan Trust wat die studie moontlik kon maak weens die groot finansiële ondersteuning wat die trust gebied het. So ook die Fakulteit Regsgeleerdheid en Departement Handelsreg vir hul finansiële en morele bystand. Al die personeel van die Fakulteit Regsgeleerdheid wat nie net aanmoediging gebied het nie, maar ook vir my as inspirasie gedien het om 'n bydrae te wil lewer tot die akademiese wêreld.

In die besonder 'n woord van dank aan al die familie en vriende. In besonder my ouers en Marti Schoeman vir die ondersteuning en liefde wat hul my deurgaans gebied het gedurende die twee jaar van navorsing. Ten spyte daarvan dat dit soms druk was, was hulle altyd daar om die nodige aanmoediging te bied om die studies te kon voltooi.

Ten slotte dan ook dank aan my Hemelse Vader wat nie net vir my die nodige verstand gegee het nie, maar ook vir my die aansporing gee om 'n verskil te wil maak deur die aanwending van my gawes.

**‘n KRITIESE ONDERSOEK NA DIE LEEMTES VAN
REGSTELLEND E AKSIE-MAATREËLS IN SUID-AFRIKA: ‘n
REGSVERGELYKENDE STUDIE.**

DEUR

LORÈNZE JEAN SIMPSON

STUDIELEIER:

PROF JV DU PLESSIS

**‘n KRITIESE ONDERSOEK NA DIE LEEMTES VAN REGSTELLEND
AKSIE-MAATREËLS IN SUID-AFRIKA: ‘n REGSVERGELYKENDE
STUDIE.**

INHOUDSOPGAWE

Hoofstuk 1: Inleiding

1.	Algemene inleiding	1
2.	Probleemstelling	2
3.	Doel van die studie	4
4.	Die werkswyse	5
5.	Hoofstuk indeling	5

**Hoofstuk 2: Die bevordering van gelykheid as rasionaal vir die ontstaan
van regstellende aksie maatreëls.**

1.	Inleiding	9
2.	Aard en omvang van die konsep “gelykheid”	10
2.1	Gelykheid as ‘n waarde en ‘n reg	11
2.2	Die inhoud van die reg op gelykheid ingevolge artikel 9	13
2.3	Formele gelykheid teenoor substantiewe gelykheid	16
2.3.1	Formele benadering tot gelykheid	17
2.3.2	Substantiewe benadering tot gelykheid	18
3.	Die toepassing van die reg op gelykheid in Suid-Afrika en die betekenis van diskriminasie	22
3.1	‘n Sistematiese gelykheidstoets	22

3.1.1. Differensiasie	23
3.1.2. Diskriminasie	24
3.2 Benadeling as toets vir gelykheid	28
3.3 Die interne toets volgens artikel 9(2)	30
3.3.1 Formulering en kritiek van die “interne toets”	31
4. Samevatting	34

Hoofstuk 3: Billikheidsaspekte rakende regstellende aksie

1. Inleiding	36
2. Omskrywing van die begrip “regstellende aksie”	38
3. Doel van regstellende aksie	42
4. Die rolspelers	45
4.1 Werkgewers	46
4.2 Bevoordeeldes	48
4.2.1 Aangewese groepe	49
4.2.2. Toepaslik gekwalifiseerd	50
5. Die billike toepassing van regstellende aksie in die werkplek	51
5.1 Benadeling as beginpunt	52
5.1.1 Individuele benadeling teenoor groepsbenadeling	53
5.1.2 Grade van benadeling	54
5.2 Onderverteenwoordiging as beginpunt	56
6. Vereistes vir die billike toepassing van regstellende aksie in die werkplek	59
6.1 Billikheidsbenadering	60
6.2 Die interne toets benadering	64
6.3 Die statutêre benadering	65

7.	Verdere billikheidskwessies	67
7.1.	Ekonomiese oorwegings	68
7.2.	Die tydsduur van regstellende aksie	69
7.3.	Meriete-aanstellings teenoor kwota-aanstellings	71
8.	Samevatting	75

Hoofstuk 4: Die regte en verpligtinge van die werkgewer en werknemer met betrekking tot regstellende aksie

1.	Inleiding	77
2.	Die aard en doel van die plan	78
A.	Verpligtinge van die werkgewer	79
3.	Plig om die nodige beplanning te doen	80
3.1	Plig om 'n verantwoordelike bestuurder aan te stel	80
3.2	Kommunikasie met werknemers	81
3.3	Institusionele oudit	83
3.3.1	Kwalitatiewe ondersoek	84
3.3.2	Kwantitatiewe ondersoek	85
4.	Plig om 'n gelyke indiensnemingsplan op te stel en te implementeer	86
4.1	Bepaling van redelike vordering	87
4.2	Stel van doelwitte	87
4.3	Skep van regstellende aksie maatreëls	88
4.4	Uitskakeling van inkomsteverskille	90
4.5	Plig van nie-uitsluiting van persone van nie-aangewese groepe	92
4.6	Geskilbeslegting	92
4.7	Bekendstelling van die plan	93
5.	Plig om die plan te monitor en te evalueer	93

6.	Verdere regstellende aksie verpligtinge	95
6.1	Middellike aanspreeklikheid van die werkgewer	95
6.2	Reg en verpligting ten opsigte van onbehoorlike beïnvloeding	96
B.	Regte van die werknemers	97
7.	Reg om oortredings te monitor	97
8.	Beskerming vir regte van werknemers	97
9.	Samevatting	98

Hoofstuk 5: Regstellende aksie: Reg of Verweer?

1.	Inleiding	100
2.	Regstellende aksie maatreëls as verweer	101
3.1	Regstellende aksie as 'n reg ingevolge die Wet op Gelyke Indiensneming	105
3.2	Argument teen die siening dat regstellende aksie gesien kan word as 'n reg	108
3.3	Regstellende aksie as 'n reg ingevolge 'n gelyke indiensnemingsplan	112
3.4	Regstellende aksie as 'n reg in lig van die huidige beslissing van Minister of Finance v Van Heerden	113
3.5	Die billikheid en ander implikasies van regstellende aksie as 'n reg	114
4.	Samevatting	116

Hoofstuk 6: Regsvergelykende studie: Europese Unie en Kanada

1.	Inleiding	118
2.	Die Europese Unie	118
2.1	Europese siening van gelykheid	119
2.2	Rasionaal vir regstellende aksie	121

2.3	Die aard van regstellende aksie beleide in die Europese Unie	124
2.4	Europese wetgewende maatreëls	125
2.4.1	“Equal Treatment Directive”	125
2.4.2	‘n Meer substantiewe benadering	128
2.4.3	Verdrag van Amsterdam	129
2.4.4	“Race Equality Directive” en die “Employment Equality Directive”	131
2.4.5	“Mainstreaming” as metode vir sosiale bevordering	134
2.5	Regstellende aksie binne die nuwe grondwetlike konteks	135
3.	Kanada	136
3.1	Grondwetlike bepalings	137
3.2	“Employment Equity Act” van 1986	142
3.2.1	Die benaming van die wet	142
3.2.2	Werking van die 1986 Wet	143
3.3	Die 1995 “Employment Equity Act”	143
3.3.1	Doel van die wet	143
3.3.2	Teikengroepe van die wet	144
3.3.3	Die verpligtinge van die 1995 wet	146
3.3.4	Regstellende aksie maatreëls	147
3.3.5	Beskerming van werkgewers	148
3.4	Bevordering van effektiwiteit	149
4.	Samevatting	151

Hoofstuk 7: Gevolgtrekking en aanbevelings

1.	Perspektief op die probleemstelling	153
2.	Die bevordering van gelykheid as rasionaal vir die ontstaan van regstellende aksie maatreëls	153

3.	Billikheidsaspekte rakende regstellende aksie	154
4.	Die regte en verpligtinge van die werkgewer en werknemer met betrekking tot regstellende aksie	156
5.	Regstellende aksie: Reg of Verweer?	156
6.	Regsvergelykende studie: Europese Unie en Kanada	157
7.	Slot	158

Aanhangsel

1.	Bylae	159
1.1	Bylaag A	159
	Fig.1. Sistematiese gelykheidstoets aan die hand van die Harksen v Lane-saak.	159
	Fig.2. Benadeling as grondslag	160
	Fig. 3. Interne toets benadering	160
1.2	Bylaag B	161
	Fig. 1. Skematiese voorstelling vir billike indiensneming	161
1.3	Bylaag C	162
	Fig. 1	162
	Fig. 2	163
2.	Bibliografie	164
2.1	Boeke	164
2.2	Artikels	167
2.3	Ander dokumente	171
2.4	Wetgewing	171
2.4.1	Suid-Afrika	171
2.4.2	Regeringskennisgewings	172

2.4.3	Europese Unie	172
2.4.4	Kanada	174
2.5	Regspraak	174
2.5.1	Suid-Afrika	174
2.5.2	Europese Unie	176
2.5.3	Kanada	176
2.5.4	VSA	176
3.	Opsomming	177
4.	Sleutelwoorde	179

Hoofstuk 1

Inleiding

1. Algemene inleiding

Die era waarin die wêreld hom tans bevind kan moontlik as die era van die bereiking van gelykheid bestempel word. In die laaste 50 jaar of meer het verskillende lande 'n wye verskeidenheid van programme en beleide aangeneem om ongelykhede uit die samelewing te verwyder. Hierdie ongelykhede is egter so oud soos die wêreld self en het goed gevestig geraak in godsdienstige, ekonomiese, politieke en sosiale sfere. Die gevolg van hierdie diskriminerende praktyke is die onderwaardering van sekere weerlose groepe waar vrouens sekerlik al die langste gebuk staan onder ongelyke behandeling.¹

Volgens Béteile kan hierdie tipe ongelykheid getipeer word as kumulatiewe ongelykheid en kan nie binne 'n moderne samelewing bly voortbestaan nie.² Die gevolg is dat diegene wat in beheer van die regering is ook diegene is wat gewoonlik die beste onderrig het en meeste sosiale voordele kry. Sodra so 'n sisteem tot 'n val kom is die grootste uitdaging om mag te versprei sodat daar volgens Béteile 'n meer verspreide vorm van ongelykheid sal heers.³

In verskeie lande is al tot dié besef gekom en verskeie programme is al aangewend om die samelewing te verander. In die VSA byvoorbeeld is slawerny in die 1900's verban en is daar later begin met die konsep van regstellende aksie om gelykheid te herstel.⁴ Die gevolg is dat baie lande insluitende Suid-Afrika in hul voetspore gevolg het.

Vanaf 1991 is daar in Suid-Afrika verskeie pogings aangewend om te verseker dat verskeie diskriminerende praktyke verwyder word. Dit het uiteindelik gelei tot 'n

¹ Modise 2003: 23-24.

² Béteile 1993: 86.

³ Béteile 1993: 86.

⁴ Beckman 2004: xlvi.

demokratiese grondwet en daaruit ook ander wetgewing insluitende die Wet op Gelyke Indiensneming⁵ wat ten doel het om gelykheid te bevorder.

2. Probleemstelling

Daar bestaan verskeie opinies oor die bestaan van regstellende aksie. Diegene wat ten gunste daarvan is meen dat dit die enigste manier is om sosiale geregtigheid, demokrasie en diversiteit te bevorder.⁶ Starks meen dat weens die onderdrukking wat verskillende groepe ervaar het, dit geregverdig is om hierdie groepe dan ook te bevoordeel deur 'n sekere mate van voorkeur te gee by indiensneming en onderrig.⁷ Verder lei regstellende aksie daartoe dat die hele samelewing bevoordeel word weens die dinamika wat loskom by diversiteit en die verwydering van diskriminasie.⁸

Volgens Green meen diegene wat teen regstellende aksie is, dat dit niks anders is as omgekeerde diskriminasie nie.⁹ Ras en geslag word die kriteria waarvolgens seleksie gemaak word en daar word al hoe meer van die "kleurblind" konsep wegbeweeg. Daar bestaan die gevoel dat indien regstellende aksie dan nodig is behoort dit net tydelik te wees. Verder ontstaan daar 'n sekere stigma dat aangewese groepe in werklikheid nie goed genoeg is nie, maar tog word daar 'n verwagting geskep dat 'n persoon uit hierdie groep verseker is van werk.

Tans is daar 'n algemene gevoel van antagonisme in Suid-Afrika veral onder nie-aangewese groepe weens die feit dat daar nie voldoende beskerming vir hierdie groep gebied word nie en daar nie volgens billikheid opgetree word nie.¹⁰ Die gevolg is dat van hierdie groepe Suid-Afrika verlaat met die hoop om werk te kry in 'n ander

⁵ Wet 55/1998. Daar word in hierdie studie gebruik gemaak van die benaming "Wet op Gelyke Indiensneming". Daar bestaan egter nie 'n erkende Afrikaanse weergawe van die "Employment Equity Act" nie. Die ander populêre Afrikaanse benaming is die "Wet op Billike Werksgeleenthede". Daar moet gelet word daarop dat die begrip "equity" op veel meer dui as bloot gelykheid. Dit sluit ook billikheid en regverdigheid in. Daar word egter volstaan met die benaming "Wet op Gelyke Indiensneming" weens die algemene gebruik daarvan. Daar word ook in kort verwys na die "Wet".

⁶ Starks 2004: 18.

⁷ Starks 2004: 18.

⁸ Starks 2004: 19,

⁹ Green 2004: 20-22.

¹⁰ Vermeulen en Coetzee 2003: 11.

land. Dit lei daartoe dat baie vaardighede verlore gaan wat weer kan lei tot ander negatiewe gevolge in die ekonomie.¹¹

Die rede hoekom daar nie voldoende beskerming is nie kan aan verskeie redes toegeskryf word. Die Wet op Gelyke Indiensneming is hoofsaaklik gerig op die bevordering van aangewese groepe en maak geringe voorsiening vir die beskerming van nie-aangewese groepe.¹² Dit kan 'n gevoel laat ontstaan van onbillike werksreservering en oortolligheid van nie-aangewese groepe.

'n Verdere gevolg is dat nie-aangewese werknemers met verloop van tyd uit die arbeidsmark geskuif sal word weens die feit dat daar nie op enige beroepsvlak uitdruklik voorsiening gemaak word vir die aanstelling van nie-aangewese lede nie.

Verder word artikel 9 van die Grondwet so toegepas, veral na die saak van Minister of Finance and another v Van Heerden¹³, dat dit selfs die arbitrêre ontneming van regte van nie-aangewese groepe tot gevolg kan hê. Dit laat die vraag ontstaan wat behoort die konsep van gelykheid te wees om te voorkom dat groepe onbillik benadeel word ter bereiking van gelykheid?

Verder word daar nie voldoende vordering gemaak met gelyke indiensneming nie en werkgewers word al hoe meer onder politieke druk geplaas om vordering te maak. Dit kan weer lei tot die onbillike aanstelling van aangewese lede deur gebruik te maak van 'n kwota-stelsel ter voorkoming van sanksies wat ingevolge die Wet afdwinging kan word.¹⁴

Die rede hoekom vordering soms traag is kan wees as gevolg van die feit dat werkgewers en werknemers nie volkome bewus is van elkeen se rol by die implementering van gelyke indiensneming nie en dat alle partye nie ingesluit word by

¹¹ Charoux en Moerdyk 1997: 37.

¹² Wet op Gelyke Indiensneming: artikel 2(b).

“The purpose of this Act is to achieve equity in the workplace by implementing affirmative action measures to redress the disadvantages in employment experienced by designated groups, in order to ensure their equitable representation in all occupational categories and levels in the workforce.”

Sien hoofstuk 3 par. 7.3 en hoofstuk 4 par. 4.3 en artikel 15(4) van die Wet.

¹³ [2004] 12 BLLR 1181 (CC).

¹⁴ Plattner en Tjiramba 2005: 24.

die proses nie.¹⁵ Die proses kan maklik ondermyn word deurdat dit bloot onder die inisiatief van bestuur geskied en alle werknemers word nie behoorlik ingesluit nie.

Verder word daar hoofsaaklik gefokus op die bevordering van voorheen benadeeldes. Die natuurlike gevolg hiervan is dat voorheen bevoorreedes dan benadeel word. Gevolglik word 'n nuwe voorheen benadeelde groep geskep en die werklike probleem word nie behoorlik aangespreek nie.

'n Meer neutrale fokuspunt kan wees deur die onderverteewoordiging van die werkplek vas te stel en dit as beginpunt te gebruik ter bevordering van gelykheid. Hierna kan daar byvoorbeeld vasgestel word welke werknemers die nodige ontwikkeling en opleiding nodig het om effektief te kan funksioneer.

Ten slotte is die probleem ook dat daar te veel klem gelê word op indiensneming as 'n regstellende aksie maatreël. Die fokus moet meer holisties wees deurdat dit meer fokus op ander gebiede soos sosiale ontwikkeling.

Die probleem lê gevolglik nie in die bestaan van regstellende aksie nie, maar eerder in die onbillike toepassing daarvan.

3. Doel van die studie

Hierdie studie is nie daarop gemik om te bewys dat regstellende aksie beëindig moet word nie. Dit is ook nie daarop gemik om te bewys dat regstellende aksie nog strenger toegepas moet word nie.

Die doel van hierdie studie is om die onbillike aard van regstellende aksie te bepaal deur die leemtes in die toepassing van regstellende aksie te identifiseer en gevolglik op maniere te fokus om 'n meer billike toepassing daar te stel.

Dit moet gebeur deur eerstens die aard en omvang van regstellende aksie behoorlik binne die breër konsep van gelykheid te bepaal. Tweedens moet daar ondersoek gedoen word na die leemtes in die Wet om dit gevolglik te kan wysig. Laastens moet daar aandag geskenk word aan hoe die Wet billik geïmplementeer moet word deur die regte prosedure en gelyke indiensnemingsplan te volg.

¹⁵ Bews en Martins 1997: 28.

Hierdie studie gaan uit van die veronderstelling dat die Wet 'n ewigdurende riglyn kan wees vir werkgewers en gevolglik nie geskrap hoef te word nie. Dit kan egter slegs gebeur indien die Wet voorsiening maak vir alle groepe en daar werklik meer gefokus word op die bevordering van gelykheid deur die werkplek meer verteenwoordigend te maak van alle groepe in plaas daarvan om slegs te fokus op voorheen benadeelde groepe.

Hierdie studie is nie bedoel om die finale siening op hierdie gebied te wees of 'n waterdigte oplossing te bied nie. Dit moet tot die gesprek bydra met die hoop om 'n nuwe en ander perspektief te gee en idees te genereer om regstellende aksie beter te kan toepas.

4. Die werkswyse

Regstellende aksie is 'n konsep wat verskeie sfere omvat. Daar is 'n politieke siening, 'n geregtelike siening en 'n bedryfsielkundige siening. In hierdie studie is daar hoofsaaklik gefokus op die gebiede van die Arbeidsreg en Staatsreg binne nasionale en internasionale grense deur ook kortliks aandag te gee aan die Europese en Kanadese benaderings.

Hierdie studie is verder 'n kritiese ondersoek wat poog om die mees neutrale oplossings te vind vir die leemtes wat daar tans bestaan. Daar word ruim gebruik gemaak van hofbeslissings en interpretasie van die Wet sowel as 'n wye verskeidenheid van skrywers wat soms kontrasterend maar tog aanvullend tot mekaar is.

5. Hoofstuk indeling

Hoofstuk 2 skep die basis van regstellende aksie maatreëls. Daar word ondersoek gedoen na die bevordering van gelykheid as die rasionaal vir die ontstaan van regstellende aksie maatreëls. Die belang van hierdie studie lê daarin dat die manier hoe die aard en toepassing van 'n reg op gelykheid in 'n land verstaan word ook die aard en toepassing van regstellende aksie maatreëls in daardie land sal beïnvloed. Daar word onder andere ondersoek gedoen na die ware aard van gelykheid en hoe dit toegepas moet word in Suid-Afrika.

Die ondersoek begin deur vas te stel of gelykheid 'n formele aard of substantiewe aard moet aanneem. Regstellende aksie is duidelik 'n uitvloeisel van substantiewe gelykheid. Die vraag wat dan hiermee verband hou is hoe moet substantiewe gelykheid dan benader word? Tweedens word daar gevra of die huidige toepassing soos uiteengesit in die saak van Minister of Finance and another v Van Heerden¹⁶ nie juis lei tot onbillikheid nie?

Dit noodsaak dan 'n ondersoek na die billikheid van regstellende aksie wat in hoofstuk 3 onderneem word. Regstellende aksie is in werklikheid niks anders as diskriminasie met die doel om gelykheid te bevorder nie. Dit is dus van groot belang dat regstellende aksie nie so toegepas sal word dat dit heeltemal arbitrêr van aard sal wees nie.

Hoofstuk 3 begin deur eers 'n behoorlike omskrywing te bied vir regstellende aksie en wat die doel daarvan is binne die werkplek. Daar word dan vasgestel dat regstellende aksie 'n algemene en spesifieke betekenis het.

Gevolgtrek hou regstellende aksie veel meer in as bloot indiensneming. Regstellende aksie word beskou as die manier om gelykheid te bereik of te bevorder in verskeie sferes van die samelewing. Gevolgtrek sal sosiale ontwikkeling, gelyke indiensneming en grondhervorming elkeen beskou kan word as 'n vorm van regstellende aksie.

Elkeen van hierdie vorme sal ook verskeie grondslae hê waarvolgens dit funksioneer. Grondhervorming sal byvoorbeeld arbitrêre ontneming as grondslag hê terwyl sosiale ontwikkeling onder-ontwikkeling as grondslag het. Netso word daar bepleit dat gelyke indiensneming, ondervertegenwoordiging as beginpunt het vir die transformasie van die werkplek in plaas van benadeling soos die Van Heerden saak en ander skrywers meen.

Hoofstuk 3 gaan verder deur te bepaal of daar onbillike regstellende aksie in die werkplek kan wees. Dit word ondersoek deur 'n onderskeid te maak tussen die Wet as instrument of medium van regstellende aksie en die daadwerklike implementering daarvan.

¹⁶ [2004] 12 BLLR 1181 (CC).

Daar word vervolgens ondersoek ingestel na die verskillende benaderings wat gevolg kan word om die billikheid van die implementering te bepaal deur tussen die billikheidsbenadering, die interne toets benadering en die statutêre benadering te onderskei.

Ten slotte poog hoofstuk 3 ook om vrae soos die volgende te beantwoord: Tot welke mate het die werkgewer 'n diskresie by aanstellings, juis as gevolg van die ekonomiese impak wat dit kan hê? Hoe lank behoort gelyke indiensneming nog toegepas te word? Kom gelyke indiensneming nie maar op kwotas neer nie?

Die Wet op Gelyke Indiensneming gee die inhoud aan substantiewe gelykheid binne die werkplek. Dit beskryf hoe diskriminasie verwyder moet word en hoe regstellende aksie toegepas moet word.

Hoofstuk 4 fokus hoofsaaklik op die aspekte wat verband hou met die implementering van regstellende aksie. Dit beskryf die regte en verpligtinge van werkgewers en werknemers sodat alle betrokke partye bewus is van hul rol en die aard van die proses wat gevolg moet word. Die belang van die gelyke indiensnemingsplan word ook ondersoek as 'n kardinale instrument vir sukses wat beide werknemer en werkgewer raak.

Hierdie hoofstuk ondersoek ook vraagstukke oor die volledigheid van die Wet met betrekking tot hoe dit voorsiening maak vir werklike billike indiensneming van alle groepe.

Uit die studie kan daar afgelei word dat nie-aangewese werknemers ook onderverteenwoordig is in sekere sektore. Die vraag is hoe kan hierdie onderverteenwoordiging aangespreek word as die Wet nie dieselfde regte en verpligtinge vir en teenoor hierdie groep skep nie?

In hoofstuk 5 word die vraag gevra of regstellende aksie 'n individuele reg kan wees waarop daar aanspraak gemaak kan word? Hierdie vraag het hoofsaaklik ontstaan weens die uitspraak van die saak van Harmse v City of Cape Town.¹⁷ Hierna het verskeie beslissings gevolg om die teendeel te bewys.

¹⁷ (2003) 24 ILJ 1130 (LC).

Hoofstuk 5 ondersoek dus die implikasies van regstellende aksie as 'n reg sowel as die betekenis van regstellende aksie as 'n verweer. Daar word ondersoek ingestel na die moontlikheid dat regstellende aksie as 'n blote verweer moontlik aangewese groepe weerloos laat en regstellende aksie as 'n reg weer tot onbillikheid kan lei. Verder word daar ondersoek gedoen na die belangrikheid van 'n gelyke indiensnemingsplan om hierdie probleem aan te spreek.

Ten slotte word daar in hoofstuk 6 'n regsvergelende studie gedoen met die posisie in die Europese Unie en Kanada. Hierdie studie is nie bedoel om 'n in diepte studie te wees nie. Daar word hoofsaaklik gefokus op die aard en omvang van regstellende aksie soos dit ontwikkel het en toegepas word in die Europese Unie en Kanada. Daar word dan sekere leemtes wat ontstaan het aangedui asook hoe hierdie leemtes aangespreek is.

Ten slotte word verskeie voorstelle oorweeg oor hoe om regstellende aksie meer effektief en billik toe te pas wat 'n belangrike rol sal speel om die Suid-Afrikaanse posisie te verbeter.¹⁸

¹⁸ Let daarop dat die Kanadese wet ook die Employment Equity Act genoem word. Daar sal egter met verwysing na die Kanadese wette gebruik gemaak word van die afkorting "EEA".

Hoofstuk 2

Die bevordering van gelykheid as rasionaal vir die ontstaan van regstellende aksie maatreëls.

1. Inleiding

“Gelykheid” is ‘n eeue-oue konsep waarvoor daar al heelwat teorieë gevorm is veral oor die inhoud en die toepassing daarvan in verskeie gemeenskappe. Die debatte rondom die konsep “gelykheid” is relevant aangesien daar reeds sedert Aristoteles se tyd daarvoor geredeneer is en dit tot vandag toe nog aktueel is. Die konsep “gelykheid” het ook oor die eeue heelwat verandering ondergaan van ‘n meer konserwatiewe benadering soos formele gelykheid na ‘n meer liberale benadering soos substantiewe gelykheid wat veral heelwat debat in verskeie lande ontlok het.

In Suid-Afrika is daar ook al ‘n goeie bydrae tot die debat gelewer, veral na die instelling van die nuwe demokratiese bestel. Die vraag wat ontstaan het is hoe jare se ongelyke behandeling reggestel kan word in die lig van die nuwe demokrasie. In verskeie lande soos die VSA, Kanada en verskeie Europese lande het dieselfde vraag ontstaan.

In die lig hiervan het ‘n verdere konsep ontwikkel wat deel vorm van die konsep “gelykheid” naamlik, regstellende aksie. In hierdie studie sal dit duidelik word dat ‘n land se benadering tot regstellende aksie afhanklik is van daardie land se siening oor wat gelykheid behels. Om die benadering in Suid-Afrika tot regstellende aksie dus beter te kan verstaan moet daar dus eers deeglik aandag gegee word aan die konsep “gelykheid”.

Hierdie hoofstuk fokus eerstens op die aard en omvang van gelykheid. Daar sal gefokus word op die aard daarvan as ‘n reg en ‘n waarde en ook die formele en substantiewe benadering tot gelykheid. Die rede vir hierdie ondersoek is eenvoudig omdat gelykheid

een van die fundamentele boustene van die Grondwet is.¹ Die inhoud van die konsep “gelykheid” is hedendaags van so ‘n aard dat dit as ‘n universele waarde tot demokrasie gesien word en verskeie vroeë wettelike wentel rondom hierdie inhoud.

Tweedens sal aandag geskenk word aan die toepassing van die reg tot gelykheid in Suid-Afrika soos beslis deur hof en soos gekritiseer deur skrywers. In die lig hiervan moet daar bepaal word of die toepassing van substantiewe gelykheid in Suid-Afrika nie die perke van billikheid oorskry nie en of die huidige interpretasie van die gelykheidsbeginsel soos vervat in die Grondwet nie juis bydra tot onbillikheid nie.² Dit laat dan verdere vroeë oor die siening van diskriminasie in Suid-Afrika oop.

2. Aard en omvang van die konsep “gelykheid”

Die konsep “gelykheid” word in ‘n sekere mate universeel dieselfde verstaan en word gedurig nog ontwikkel. Veral in die laaste paar jaar het die hof in Suid-Afrika ‘n aantal beslissings gemaak om ‘n beter begrip te kry van die reg op gelykheid.³ Die interpretasie van die reg het egter al van so aard geword dat dit gekritiseer word om eerder ongelykheid voor te staan. Die toepassing van die reg op gelykheid en maatreëls om gelykheid te bevorder is grootliks afhanklik van ‘n behoorlike begrip van die inhoud van die konsep.

Verder is die toepassing van die reg op gelykheid ook grootliks afhanklik van die benadering wat gevolg word in die lig van die sosio-ekonomiese en politieke omstandighede van ‘n land.⁴ Gevolglik kan die konsep van “gelykheid” ook verskil van

¹ Die Grondwet van die Republiek van Suid Afrika Wet 108/1996: artikel 7(1): “Hierdie Handves van Regte is ‘n hoeksteen van die demokrasie in Suid-Afrika. Dit verskans die regte van alle mense in ons land en bevestig die demokratiese waardes van menswaardigheid, gelykheid en vryheid.” (Hierna bekend as die Grondwet).

² Daar word veral in hoofstuk 3 meer gefokus op die konsep billikheid.

³ Sien onder andere *Brink v Kitshoff* NO 1996 (4) SA 197 (CC), *Harksen v Lane* 1997 (11) BCLR 1489 (CC), *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* 1998 (12) BCLR 1517 (CC), *Minister of Finance and another v Van Heerden* [2004] 12 BLLR 1181 (CC).

⁴ Currie en De Waal 2005: 231.

land tot land. Dit verklaar hoekom Kanada se toepassing van gelykheid verskil van Europese lande se toepassing daarvan en ook hoekom Suid-Afrika se toepassing daarvan sal verskil. Die rede vir hierdie verskil lê waarskynlik in die transformasieproses wat elke land sal volg weens ongelykhede in die verlede.

In die uitspraak van *Brink v Kitshoff* NO⁵ het O' Regan R beslis dat:

“[o]ur history is of particular relevance to the concept of equality. The policy of apartheid, in law and in fact, systematically discriminated against black people in all aspects of social life. Black people were prevented from becoming owners of property or even residing in areas classified as ‘white’, which constituted nearly 90% of the landmass of South Africa; senior jobs and access to established schools and universities were denied to them; civic amenities, including transport systems, public parks, libraries and many shops were also closed to black people. Instead, separate and inferior facilities were provided. The deep scars of this appalling programme are still visible in our society. It is in the light of that history and the enduring legacy that it bequeathed that the equality clause needs to be interpreted.”⁶

Gevolglik moet daar eers ‘n behoorlike waardering wees van die aard en omvang van gelykheid as ‘n reg en waarde sowel as die benadering wat in Suid-Afrika gevolg word om te kan verstaan hoekom die toepassing van gelykheid in die howe die huidige karakter aangeneem het.

2.1 Gelykheid as ‘n waarde en ‘n reg

Volgens Krieglér R is gelykheid die sentrale fokus van die Grondwet weens Suid-Afrika se verlede van ongelykheid.⁷ In die lig van hierdie verlede is die ideaal geskep om ‘n gemeenskap tot stand te bring gegrond op waardes soos gelykheid, menswaardigheid en vryheid.

⁵ 1996 (6) BCLR 752 (CC).

⁶ 1996 (6) BCLR 752 (CC): par. 40.

⁷ *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 (6) BCLR 708 (CC): par. 74.

In artikel 1 van die Grondwet word Suid-Afrika beskryf as “ een, soewereine, demokratiese staat gegrond op die volgende waardes: menswaardigheid, die bereiking van gelykheid en die uitbou van menseregte en vryhede.” Hierdie artikel maak dus melding van die bereiking van gelykheid as ‘n waarde. Ook artikel 7(1) van die Grondwet maak melding van gelykheid as ‘n demokratiese waarde waarop die regte in die Handves van Regte gebaseer word.⁸

Verder bepaal artikel 39 dat “by die uitleg van die Handves van Regte moet 'n hof, tribunaal of forum die waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid ten grondslag lê, bevorder.”⁹

Artikel 9(1) van die Grondwet bepaal egter elkeen “is gelyk voor die reg en het die reg op gelyke beskerming en voordeel van die reg.” Ingevolge artikel 9 word gelykheid gesien as ‘n reg.

Die Grondwet maak dus ‘n duidelike onderskeid tussen gelykheid as ‘n waarde en gelykheid as ‘n reg. Volgens Albertyn en Goldblatt gee gelykheid as waarde inhoud aan die visie van die Grondwet en gelykheid as ‘n reg bied die metode om hierdie waarde te bereik.¹⁰

Gelykheid as ‘n waarde is dus ‘n norm of ideaal wat bereik wil word en gelykheid as ‘n reg is die praktiese instrument om daardie ideaal te bereik. Die waarde en die reg tree dus permanent in wisselwerking met mekaar.

Die waarde word dus bloot gebruik om die reg te interpreteer en net so is die toepassing van die reg op gelykheid van belang om betekenis te gee aan gelykheid as ‘n waarde.

Die belang van hierdie onderskeid en wisselwerking dui daarop dat gelykheid nie bloot net ‘n abstrakte beginsel is nie, maar ook ‘n realiteit wat prakties toegepas word in Suid-

⁸ “Hierdie Handves van Regte is 'n hoeksteen van die demokrasie in Suid-Afrika. Dit verskans die regte van alle mense in ons land en bevestig die demokratiese waardes van menswaardigheid, gelykheid en vryheid”

⁹ Die Grondwet: artikel 39.

¹⁰ Albertyn en Goldblatt 1998: 249.

Afrika. Sou die praktiese toepassing daarvan tot growwe onbillikheid lei sal die waardes in die Grondwet beïnvloed word en so ook die demokrasie.

Volgens Albertyn en Goldblatt lê die belang daarvan om gelykheid as 'n waarde en 'n reg te sien in die lig van transformasie.¹¹ Die betekenis wat dus aan die konsep "gelykheid" geheg word sal die pas, aard en omvang van transformasie bepaal.¹²

Dit is dus van kardinale belang dat die regsprekende en wetgewende gesag 'n geskikte betekenis heg aan gelykheid as 'n reg. Met ander woorde die toepassing van gelykheid. Dit beïnvloed immers die onderliggende waardes en die transformasieproses. Sou die betekenis van die konsep "gelykheid" te eng wees sal die transformasieproses waarskynlik vertraag word. Sou die betekenis van die konsep "gelykheid" egter te liberaal wees kan dit lei tot menseregte skendings.

2.2 Die inhoud van die reg op gelykheid ingevolge artikel 9

Met die inwerkingtreding van die interim Grondwet¹³ in 1994 en later artikel 9 van die finale Grondwet het die reg tot gelykheid 'n realiteit geword. Die waarde van hierdie reg is van kardinale belang in 'n moderne en demokratiese Suid-Afrika eerstens omdat dit deel uitmaak van die Handves van Regte,¹⁴ tweedens is dit ook die eerste reg in die Handves wat dus oor hoër status beskik as ander regte¹⁵ en laastens word die reg gebruik om transformasie te bevorder. Gevolglik is dit van kardinale belang dat hierdie reg korrek geïnterpreteer en benader sal word.

Volgens die Grondwet behels die reg tot gelykheid die volgende:¹⁶

“(1) Elkeen is gelyk voor die reg en het die reg op gelyke beskerming en voordeel van die reg.

¹¹ Albertyn en Goldblatt 1998: 250.

¹² Albertyn en Goldblatt 1998: 250.

¹³ Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika Wet 200 van 1993.

¹⁴ Die Grondwet: Hoofstuk 2.

¹⁵ Devenish 1999: 37.

¹⁶ Die Grondwet: artikel 9.

(2) Gelykheid sluit die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede in. Ten einde die bereiking van gelykheid te bevorder, kan wetgewende en ander maatreëls getref word wat ontwerp is vir die beskerming of ontwikkeling van persone, of kategorieë persone, wat deur onbillike diskriminasie benadeel is.

(3) Die staat mag nie regstreeks of onregstreeks onbillik teen iemand diskrimineer op een of meer gronde nie, met inbegrip van ras, geslagtelikheid, geslag, swangerskap, huwelikstaat, etniese of sosiale herkoms, kleur, seksuele georiënteerdheid, ouderdom, gestremdheid, godsdiens, gewete, oortuiging, kultuur, taal en geboorte.

(4) Geen persoon mag regstreeks of onregstreeks onbillik teen iemand op een of meer gronde ingevolge subartikel (3) diskrimineer nie. Nasionale wetgewing moet verorden word om onbillike diskriminasie te voorkom of te belet.

(5) Diskriminasie op een of meer van die gronde in subartikel (3) vermeld, is onbillik, tensy daar vasgestel word dat die diskriminasie billik is.”

Die reg op gelykheid is nie bloot so eenvoudig soos mens dit in die eenvoudige betekenis van die woord sal verstaan nie. In Suid-Afrika is die reg op gelykheid ook aansienlik meer volledig as die Kanadese eweknie. Verder is bepalings meer kompleks en soms ook dubbelsinnig met die gebruik van terme soos “billike” en “onbillike diskriminasie”.

Currie e.a. maak die volgende afleidings uit hierdie bepalings.¹⁷

a) Subartikel 1 dui op die beskerming van gelykheid teenoor elkeen, wat gevolglik natuurlike sowel as regspersone moet insluit weens ‘n gebrek aan behoorlike definiëring van die begrip “elkeen”.¹⁸ Die bewoording van artikel 9(1) is van so aard dat daar nie op

¹⁷ Currie e.a. 2001: 349.

¹⁸ Rautenbach 2006: par. 1A57.1: “All natural persons are bearers of the right. In principle, juristic persons are also bearers of the right. The right to equality of juristic persons may be at issue at three different levels, namely unequal treatment with regard to, respectively, (a) natural persons, (b) other juristic persons and (c) different legal fields. Differences between the nature of juristic persons and the nature of natural persons, and between the nature of various juristic persons, will undoubtedly play an important role in the application of the limitation clauses to the unequal treatment of juristic persons. However, juristic persons may also be protected by the prohibition of unfair discrimination in section 9(3). Unfair

'n duidelike substantiewe benadering dui nie maar tog meen Devenish dat die frase "gelyke voordeel van die reg" dui op 'n substantiewe benadering wat meer fokus op die inhoud van gelykheid as die vorm daarvan.¹⁹ Artikel 9(1) bied in werklikheid die nodige beskerming teen die misbruik van die reg om teen persone te diskrimineer.

b) Subartikel 2 dui op moontlike maatreëls wat getref kan word om gelykheid te bereik. Verskeie regsliu²⁰ beskryf ook hierdie artikel as 'n sogenaamde "regstellende aksie-artikel". Dit is egter belangrik om daarop te let dat nie hierdie artikel of enige ander artikel van die Grondwet melding maak van regstellende aksie nie. Dit laat dus die opsie oop om ander maatreëls in te stel wat byvoorbeeld die sosio-ekonomiese omstandighede kan verbeter met die doel om gelykheid te bevorder.

'n Verdere belangrike aspek van artikel 9(2) is dat alhoewel dit voorsiening maak vir maatreëls om gelykheid te bevorder, maak dit geensins in die artikel self voorsiening daarvoor dat die maatreëls onbillik mag wees nie. Gevolglik sal maatreëls wat geskep word om gelykheid te bevorder steeds moet voldoen aan vereistes soos billikheid en redelikheid ingevolge die faktore soos bepaal word in die beperkingsklousule.²¹

c) Subartikel 3 lys die verbode gronde waarop die staat nie mag diskrimineer nie. Hierdie gronde is egter nie die enigste verbode gronde waarop daar gediskrimineer kan word nie. Die gelyste gronde is in die verlede gebruik om persone van hul menswaardigheid te stroop indien die gronde so gemanipuleer is.²² Gevolglik sal enige ander gronde wat nie gelys is nie kan kwalifiseer as verbode gronde mits die diskriminasie gebaseer is op

discrimination not only consists of the infringement of human dignity but also of "[o]ther forms of differentiation, which in some other way affect persons adversely in a comparative serious manner".⁵ This covers instances which are by definition not instances in which human dignity has been infringed. Juristic persons may be protected against this form of unfair discrimination."

¹⁹ Devenish 1999: 40.

²⁰ Devenish 1998: 48; Currie en De Waal 2005: 235.

²¹ Dit is in die lig van hierdie aspek dat die beslissing in *Minister of Finance v Van Heerden* [2004] 12 BLLR 1181 (CC) gekritiseer word weens die onbillike aard daarvan.

²² *Harksen v Lane* NO 1997 (11) BCLR 1489 (CC): par. 49.

soortgelyke gronde as die wat gelys is en dit die menswaardigheid aantast of 'n ernstige benadeling vir die persoon veroorsaak.²³

d) Subartikel 4 is soortgelyk aan subartikel 3 behalwe dat dit bepaal dat persone nie mag diskrimineer teenoor ander persone nie. Hierdie bepaling dui dus daarop dat die Grondwet beide 'n horisontale sowel as 'n vertikale toepassing het.²⁴ Verder bepaal artikel 9(4) dat wetgewing ingestel moet word om onbillike diskriminasie te voorkom.²⁵ Dit het wel al plaasgevind deur die inwerkingtreding van die Wet op Gelyke Indiensneming²⁶ en die Wet op Bevordering van Gelykheid en Voorkoming van Onbillike Diskriminasie.²⁷

e) Ten slotte stel subartikel 5 die vermoede dat diskriminasie onbillik is, indien dit op een van die verbode gronde gemaak word.²⁸

2.3 Formele gelykheid teenoor substantiewe gelykheid

Naas die onderskeid van gelykheid as 'n reg en 'n waarde bestaan daar ook 'n aantal benaderings wat gevolg word om hierdie konsep behoorlik te verstaan. Die belang van die benaderings lê daarin dat die tipe benadering die toepassing van gelykheid in regspraak en die interpretasie daarvan in wetgewing drasties raak.

Met die eerste oogopslag wil dit voorkom asof artikel 9 van die Grondwet so vertolk moet word dat alle persone deur die bank gelyk behandel moet word ongeag die individuele verskille tussen elkeen. Die realiteit is egter dat hierdie verskille wel in ag geneem moet

²³ Harksen v Lane NO: par. 46. Sien ook Currie en De Waal 2005: 257.

²⁴ Currie en De Waal 2005: 235.

²⁵ In die lig hiervan is dit belangrik om te noem dat selfs wetgewing wat ten doel het om gelykheid te bevorder kan lei tot onbillike diskriminasie in die toepassing daarvan. Dit beklemtoon die belangrikheid daarvan om in sulke wetgewing die nodige billikheidskriteria uiteen te sit sodat die toepassing daarvan nie tot arbitrêre benadeling van sekere groepe sal lei nie.

²⁶ Wet 55/1998. (Hierna bekend as die Wet).

²⁷ Wet 4/2000.

²⁸ Die werking en belang van hierdie bepaling is egter onduidelik in die lig van die beslissing in Minister of Finance v Van Heerden en die nuwe interne toets wat daar gestel is.

word en dat dit dan selfs tot diskriminasie kan lei wat billik of onbillik kan wees. Die verskil in hierdie toepassing van gelykheid kan gevind word in die formele of substantiewe benaderings tot gelykheid.

2.3.1 Formele benadering tot gelykheid

Formele gelykheid kom basies neer op “sameness of treatment” wat behels dat elke individu in soortgelyke omstandighede dieselfde behandeling moet kry.²⁹ Die formele benadering is hoofsaaklik ‘n liberale benadering en individualisties gesentreer.³⁰ Dit ignoreer groepsverskille en behels dat elke individu ooreenkomstig sy individuele talente moet presteer.³¹

Volgens die formele benadering sou die toepassing van gelykheid in die praktyk beteken dat alle persone absoluut gelyk behandel moes word. Dit sal byvoorbeeld behels dat dieselfde belastingkoers vir alle persone geld ongeag wat hul inkomste mag wees en dat alle beskuldigdes wat dieselfde misdaad gepleeg het presies dieselfde straf moes kry ongeag hul omstandighede en die erns van die saak. Gestremde mense sou verder geen spesiale vergunning in die gemeenskap geniet nie. So gesien is dit nie meer gelykheid nie, maar ernstige ongelykheid.

Formele gelykheid kom dus neer op identies of simmetriese behandeling en gevolglik sal eienskappe soos byvoorbeeld geslag, ras, geestesvermoëns en gestremdheid irrelevant wees tot die behandeling van individue wat verskil. Hierdie benadering volg verder ‘n eng tekstuele benadering tydens die interpretasies van wetgewing wat handel met gelykheid. Die gevolg is dat regstellende aksie maatreëls soos gelyke indiensneming en ander sosiale bevordering nie onder die formele benadering geregverdig sal wees nie en gevolglik sal die ongelykhede van die verlede nie herstel kan word nie.³²

²⁹ Currie en De Waal 2005: 232.

³⁰ Albertyn en Goldblatt 1998: 254.

³¹ Pretorius e.a. 2001: par. 2.1.

³² Arnardóttir 2003: 22.

Volgens Arnardóttir³³ is die voordele van die formele benadering dat dit eenvoudig en effektief is om diskriminasie teen te staan. Arnardóttir meen egter dat die nadele veel meer is. Eerstens is dit normatief onbepaalbaar deurdat die inhoud onbekend is en dit nie spesifiek aandui wie gelyk is en wie ongelyk is nie. Tweedens word 'n probleem ondervind sodra vergelykings getref moet word, omdat dit onduidelik is wie vergelykbaar is. Die gevolg is dat sekere mense uitgesluit sal word. Die derde swakpunt loop nou saam met die tweede. Dit behels dat die formele model nie die heersende sosiale en politieke strukture kritiseer nie en onomwonde aanvaar. Die gevolg is dus dat die heersende norm die vergelykbare een is, bv. 'n man word die norm om geslagsgelykheid mee te meet.

2.3.2 Substantiewe benadering tot gelykheid

Aan die hand van regspraak is dit duidelik dat die Grondwet nie 'n formele benadering volg nie maar wel 'n substantiewe benadering.³⁴ 'n Goeie voorbeeld van die benadering is toe die hof in *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* beslis het dat dit nie onbillik is om sekere vroue-gevangenes vroeër vry te laat om na hul minderjarige kinders om te sien en nie dieselfde vergunning aan mans-gevangenes toe te staan nie.³⁵

Die hof het ook onlangs nog bevestig dat “our Constitution, and in particular section 9 thereof, read as a whole, embraces for good reason a substantive conception of equality inclusive of measures to redress existing inequality.”³⁶

³³ Arnardóttir 2003: 22.

³⁴ *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* 1998 (12) BCLR 1517 (CC): par. 62.

“Section 9 of the 1996 Constitution, like its predecessor, clearly contemplates both substantive and remedial equality. Substantive equality is envisaged when section 9(2) unequivocally asserts that equality includes ‘the full and equal enjoyment of all rights and freedoms.’

³⁵ *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 (6) BCLR 708 (CC).

³⁶ *Minister of Finance and another v Van Heerden*: par. 31.

Die uitgangspunt van dié siening is dat gelykheid kontekstueel benader moet word en dat die groepsverskille 'n sentrale rol speel. Individue moet dus gesien word in die lig van elkeen se unieke verskille en die sosio-ekonomiese verskille van die groep waartoe die individu behoort. Elke individu word volgens Albertyn en Goldblatt eerstens gesien binne sy spesifieke groep wat benadeel is en dan moet hy binne ander groepe ondersoek word.³⁷

Die hele gedagte dat mense identies gelyk behandel moet word, word sterk gekritiseer³⁸ deur die aanhangers van die substantiewe siening.³⁹ In die Hugo-saak het die hof ook beslis dat gelykheid nie bereik sal word indien mense identies behandel word nie.⁴⁰

Volgens hierdie benadering kan individue slegs 'n gelyke geleentheid geniet sodra elkeen se verskille soos byvoorbeeld ras, geslag en sosio-ekonomiese faktore in ag geneem word. In kort is die substantiewe benadering dus meer gesentreer rondom groepe en enige diskriminerende behandeling moet die impak van sulke behandeling in ag neem. Die hoofdoel is die bereiking van gelykheid en enige diskriminerende behandeling moet hierteen gemeet word.

Gevolgtrek meen Pretorius e.a. dat sekere faktore in ag geneem moet word om substantiewe gelykheid te bereik.⁴¹ Dit behels naamlik die individu se posisie in die samelewing, sy historiese agtergrond, kwesbaarheid, die doel, aard en geskiedenis van

³⁷ Albertyn en Goldblatt 1998: 260-261.

³⁸ Pretorius e.a. 2001: par. 2.1.

³⁹ Albertyn en Goldblatt 1998: 251. Die "Critical Legal Studies" beweging is 'n voorbeeld van so groep.

⁴⁰ *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo*: par. 41:

"We need, therefore, to develop a concept of unfair discrimination which recognises that although a society which affords each human being equal treatment on the basis of equal worth and freedom is our goal, we cannot achieve that goal by insisting upon identical treatment in all circumstances before that goal is achieved. Each case, therefore, will require a careful and thorough understanding of the impact of the discriminatory action upon the particular people concerned to determine whether its overall impact is one which furthers the constitutional goal of equality or not. A classification which is unfair in one context may not necessarily be unfair in a different context."

⁴¹ Pretorius e.a. 2001: par. 2.1.

die diskriminerende bepaling en die mate waartoe die benadeelde se regte aangetas is.⁴²

’n Interessante onderskeid wat gemaak word by die substantiewe benadering is dié van Kimber wat in Arnardóttir bespreek word.⁴³ Daar word onderskei tussen die sogenaamde “substantive difference approach” en die “substantive disadvantage approach”.

Die ‘difference’ benadering word gesien as “identical treatment combined with special treatment”.⁴⁴ Die vraag wat ontstaan is of hierdie dan wel substantiewe behandeling is aangesien dit ’n formele uitgangspunt het met sekere substantiewe elemente. Daar word geredeneer dat die normatiewe element wat verskille in ag neem daartoe lei dat ‘equality of results’ bereik word en gevolglik substantiewe gelykheid.⁴⁵ Hierdie model beweeg ook verder weg van die formele individualistiese model en fokus meer op groepsbelange. Dit maak dan die deur oop vir positiewe stappe soos regstellende aksie maatreëls en voorkoming van diskriminerende behandeling.⁴⁶

Die “difference” benadering is basies gefokus daarop om remediërende maatreëls te gebruik om gelykheid te bereik. Volgens O’Regan R is dit ook een van die redes hoekom die Grondwet ’n reg op gelykheid bevat.

“Section 8 was adopted then in the recognition that discrimination against people who are members of disfavoured groups can lead to patterns of group disadvantage and harm. Such discrimination is unfair: it builds and entrenches inequality amongst different groups in our society. The drafters realised that it was necessary both to proscribe such forms of discrimination and to permit positive steps to redress the effects of such discrimination. The need to prohibit such patterns of discrimination and to remedy their results are the primary purposes of section 8 and, in particular, subsections (2), (3) and (4).”⁴⁷

⁴² Pretorius e.a. 2001: par. 2.1.

⁴³ Arnardóttir 2003: 24-29.

⁴⁴ Arnardóttir 2003: 24.

⁴⁵ Arnardóttir 2003: 24.

⁴⁶ Arnardóttir 2003: 25.

⁴⁷ Brink v Kitshoff NO: par. 42. Sien ook: National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others: par 61:

Die kritiek teen dié model is dat dit onduidelik is oor welke tipe verskille spesiale behandeling moet kry en tweedens skep dit 'n stigma van bevoordeling van sekere groepe wat tot 'n mate van ongelykheid lei.

Die 'disadvantage' benadering is ook 'n kontekstuele benadering wat meer fokus op die beëindiging van benadeling van benadeelde groepe deur die verandering van sosiale en politieke strukture. Hierdie sosiale en politieke rekonstruksie word bereik deur die verwydering van verhoudinge wat gebaseer is op dominansie en hiërargie veral tussen mans en vroue.⁴⁸ Verder is spesiale behandeling nie bloot 'n uitsondering nie, maar eerder 'n reël om diskriminasie te voorkom.⁴⁹ Arnardóttir kritiseer hierdie benadering as te radikaal van aard en dat dit nie meer herkenbaar is as gelykheid nie.⁵⁰

Die onderskeid tussen hierdie twee vorme van substantiewe gelykheid word nie so streng toegepas in Suid-Afrika nie. Bogenoemde onderskeid is meer teoreties van aard, maar dit is tog van belang deurdat die onderskeid illustreer dat substantiewe gelykheid self ook op verskeie maniere geïnterpreteer kan word.

Gevolgtik word formele gelykheid 'n vorm van ongelykheid omdat dit nie die magdom verskille tussen groepe in ag neem nie. 'n Meer formele benadering sal in teorie dalk na 'n meer billike vorm van gelykheid lyk, maar nie in praktyk nie. Die Grondwet maak self melding van "die bereiking van gelykheid" wat duidelik daarop neerkom dat gelykheid die resultaat moet wees van verskeie stappe om ongelykheid te bestry en te voorkom. Gelyke Indiensneming is dus een van hierdie maatreëls om substantiewe gelykheid te bevorder in die arbeidsektor.

In die lig hiervan word daar nou gefokus op die toepassing van substantiewe gelykheid in Suid-Afrika.

"The need for such remedial or restitutionary measures has therefore been recognised in sections 8(2) and 9(3) of the interim and 1996 Constitutions respectively."

⁴⁸ Arnardóttir 2003: 28.

⁴⁹ Arnardóttir 2003: 28.

⁵⁰ Arnardóttir 2003: 29.

3. Die toepassing van die reg op gelykheid in Suid-Afrika en die betekenis van diskriminasie

Die toepassing van gelykheid is al op verskeie maniere aangepak in Suid-Afrika en daar bestaan steeds onsekerheid oor wat die korrekte manier behoort te wees. Gevolglik word die toepassing van gelykheid verdeel in die sistematiese gelykheidstoets, die benadeling van persone as gelykheidstoets en die meer resente interne toets benadering.

3.1 'n Sistematiese gelykheidstoets⁵¹

In die saak van *Harksen v Lane NO and Others* het die hof 'n sistematiese benadering gevolg om te toets of daar inbreuk gemaak is op die reg op gelykheid. Die hof het in die ondersoek 'n onderskeid gemaak tussen terme soos diskriminasie, onbillike diskriminasie en blote differensiasie. Die hof het hierdie drie konsepte saam gebruik in die toets vir gelykheid deur vas te stel of 'n handeling wel onbillike diskriminasie sou uitmaak.

Die hof het die ondersoek as volg gestel:⁵²

“(a) Does the provision differentiate between people or categories of people? If so, does the differentiation bear a rational connection to a legitimate government purpose? If it does not then there is a violation of section 8(1). Even if it does bear a rational connection, it might nevertheless amount to discrimination.

(b) Does the differentiation amount to unfair discrimination? This requires a two stage analysis:

(i) Firstly, does the differentiation amount to “discrimination”? If it is on a specified ground, then discrimination will have been established. If it is not on a specified ground, then whether or not there is discrimination will depend upon whether, objectively, the ground is based on attributes and characteristics which have the

⁵¹ Sien hieronder bylaag A figuur 1 ter verduideliking.

⁵² *Harksen v Lane NO* 1997 (11) BCLR 1489 (CC): par. 53. (Let daarop dat artikel 8 van die Interim-Grondwet in hierdie uitspraak gewysig is deur die nuwe artikel 9 van die 1996 Grondwet)

potential to impair the fundamental human dignity of persons as human beings or to affect them adversely in a comparably serious manner.

(ii) If the differentiation amounts to “discrimination”, does it amount to “unfair discrimination”? If it has been found to have been on a specified ground, then unfairness will be presumed. If on an unspecified ground, unfairness will have to be established by the complainant. The test of unfairness focuses primarily on the impact of the discrimination on the complainant and others in his or her situation. If, at the end of this stage of the enquiry, the differentiation is found not to be unfair, then there will be no violation of section 8(2).

(c) If the discrimination is found to be unfair then a determination will have to be made as to whether the provision can be justified under the limitations clause (section 33 of the interim Constitution).”

Hierdie ondersoek behels dus ‘n vooraf-ondersoek om eerstens vas te stel of daar differensiasie is, sou daar nie gedifferensieer word nie kan daar nie diskriminasie wees nie.⁵³ Die tweede deel van die ondersoek bestaan uit twee fases; eerstens moet vasgestel word of daar diskriminasie bestaan en tweedens of hierdie diskriminasie onbillik is en of die onbillike diskriminasie geregtig kan word. Hierdie verskeie fases van die ondersoek verg nadere ondersoek.

3.1.1. Differensiasie

In die saak van *Prinsloo v Van der Linde* het die hof verklaar:

“[t]he idea of differentiation (to employ a neutral descriptive term) seems to lie at the heart of equality jurisprudence in general and of the section 8 right or rights in particular. Taking as comprehensive a view as possible of the way equality is treated in section 8, we would suggest that it deals with differentiation in basically two ways: differentiation which does not involve unfair discrimination and differentiation which does involve unfair discrimination.”⁵⁴

⁵³ Currie en De Waal 2005: 236.

⁵⁴ 1997 6 BCLR 759 (CC): par 23.

Aan die hand hiervan blyk dit dat 'n ondersoek na differensiasie ten doel het om 'n vooraf-ondersoek te doen om vas te stel of 'n onderskeid getref word tussen persone of groepe persone wat moontlike diskriminerende kenmerke besit. Alhoewel differensiasie op die eerste oogopslag mag lyk na diskriminasie in die lig van formele gelykheid is hierdie vorm nie so 'n streng model nie. Dit word aan die hand van Harksen v Lane-saak ook gesien as die eerste stap om onbillike diskriminasie vas te stel.⁵⁵

Differensiasie word in die lig van die substantiewe benadering tot gelykheid beskou. Hierdie benadering lyk per se na diskriminasie, maar omdat dit streef na gelykheid as 'n resultaat deur tussen groepe te onderskei behoort dit regverdig te wees aan die hand van die Grondwet.

Blote differensiasie hoef nie billik te wees nie dit moet slegs 'n rasonele verbinding hê met 'n legitieme doelwit van die regering.⁵⁶ As daar nie so verbinding is nie word gelykheid in gedrang gebring en maak dit dan eers die deur oop vir diskriminasie deur die bestaan van arbitrêre differensiasie.

Volgens Pretorius e.a. blyk dit dat sodra daar getoets word vir die billikheid en regverdigbaarheid van 'n maatreël moet die openbare belang gedien word. Gevolglik sal 'n legitieme doelwit een wees wat die openbare belang dien.⁵⁷

Verder moet die doelwit rationeel verbind wees met hierdie maatreël. Gevolglik sal 'n doelwit irrasioneel wees indien dit arbitrêr van aard is.⁵⁸ Aan die hand van die Harksen-saak meen Pretorius e.a. dat daar aan rasionaliteit voldoen sal word indien dit "appropriate and effective" is.⁵⁹ Gevolglik moet die maatreël die nodige stap wees wat gevolg moet word om die doel van die regering te bereik.

⁵⁵ Par. 53.

⁵⁶ Currie en De Waal 2005: 239

⁵⁷ Pretorius e.a. 2001: par. 2.5.1.

⁵⁸ Municipality of the City of Port Elizabeth v Rudman 1998 4 BCLR 451 (SE): 461.

⁵⁹ Pretorius e.a. 2001: par. 2.5.2.

3.1.2. Diskriminasie

Ingevolge artikel 1 van die “Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act” word diskriminasie omskryf as:

“any act or omission, including a policy, law, rule, practice, condition or situation which directly or indirectly-

- (a) imposes burdens, obligations or disadvantage on; or
- (b) withholds benefits, opportunities or advantages from,

any person on one or more of the prohibited grounds”⁶⁰

Volgens die Harksen-saak sal diskriminasie in twee gevalle ontstaan.⁶¹ Eerstens sal daar diskriminasie wees indien dit differensiasie is wat gemik is op ‘n gelyste grond soos in artikel 9(3) van die Grondwet bepaal is naamlik: ras, geslagtelikheid, geslag, swangerskap, huwelikstaat, etniese of sosiale herkoms, kleur, seksuele georiënteerdheid, ouderdom, gestremdheid, godsdiens, gewete, oortuiging, kultuur, taal en geboorte.

Die tweede deel van die ondersoek behels om vas te stel of die diskriminasie onbillik is. Volgens die hof bestaan daar ‘n vermoede van onbillikheid indien die diskriminasie op een van die verbode gronde is. Die vraag wat gevra word om diskriminasie te bepaal en die vraag na die billikheid daarvan is egter dieselfde. Volgens Albertyn en Goldblatt dui dit op ‘n gebrek in die ondersoek na billikheid en stel ‘n ander toets wat benadeling as grondslag gebruik voor.⁶²

Die tweede manier om diskriminasie vas te stel in die eerste fase van die ondersoek sal wees sodra “objectively, the ground is based on attributes and characteristics which have the potential to impair the fundamental human dignity of persons as human beings or to affect them adversely in a comparably serious manner.”⁶³

⁶⁰ Wet 4/2000.

⁶¹ Harksen v Lane NO: par. 53.

⁶² Sien hieronder par. 3.2.

⁶³ Harksen v Lane NO: par. 53.

Die hof moes in die Leonard Dingler-saak bepaal of dit diskriminasie is indien die werkgewer verskillende aftreefondse het vir verskeie groepe werknemers.⁶⁴ Aanvanklik het dit voorgekom asof die onderskeid in die fondse gebaseer was op grond daarvan of persone wekeliks of maandeliks betaal word. Dit het later geblyk dat dit in werklikheid indirekte diskriminasie was gegrond op ras. Die hof het beslis dat diskriminasie voorkom as persone nie as individue behandel word nie en daar word aan hulle sekere karakter eienskappe toegeskryf wat veralgemeen is t.o.v sekere groepe mense.⁶⁵

Die tweede manier om diskriminasie dus vas te stel behels 'n ondersoek na die impak wat dit het op 'n persoon se menswaardigheid. Die onbillikheid word dan bepaal deur vas te stel wat die impak van die maatreël op die klaer is.

In die Harksen v Lane-saak word faktore in ag geneem om billikheid vas te stel soos die posisie van die klaer in die samelewing, die aard en doel van die diskriminasie en die mate waartoe die klaer se belange aangetas is om die impak op die individu vas te stel.⁶⁶ Volgens Pretorius e.a. moet die geheel van hierdie faktore en ander gebruik word om die onbillikheid daarvan te bepaal.⁶⁷

Die laaste stap wat gevolg moet word nadat onbillike diskriminasie vasgestel is, is om te bepaal of dit geregverdig kan word i.t.v die beperkingsklousule naamlik artikel 36 van die Grondwet.⁶⁸ Hierdie ondersoek behels eerstens om vas te stel of daar wel 'n inbreuk

⁶⁴ Leonard Dingler Employee Representative Council v Leonard Dingler (Pty) Ltd and others (1998) 19 ILJ 285 (LC).

⁶⁵ Leonard Dingler Employee Representative Council v Leonard Dingler (Pty) Ltd and others (1998) 19 ILJ 285 (LC): 290.

⁶⁶ Harksen v Lane NO: par. 51.

⁶⁷ Pretorius e.a. 2001: par. 2.6.2.2.

⁶⁸ "(1) Die regte in die Handves van Regte kan slegs kragtens 'n algemeen geldende regsvoorskrif beperk word in die mate waarin die beperking redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid, met inagneming van alle tersaaklike faktore, met inbegrip van-

- (a) die aard van die reg;
- (b) die belangrikheid van die doel van die beperking;
- (c) die aard en omvang van die beperking;
- (d) die verband tussen die beperking en die doel daarvan; en

gemaak is op regte en indien daar wel inbreuk gemaak is moet dit tweedens geregverdig kan word.⁶⁹ Volgens Pretorius e.a. behels hierdie stap 'n ondersoek na proporsionaliteit deur 'n afweging van belange soos beslis is in die Makwanyane-saak.⁷⁰

In *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* verduidelik die hof hoe die afwegingsproses moet werk.

“On the one hand there is the right infringed; its nature; its importance in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; and the nature and extent of the limitation. On the other hand there is the importance of the purpose of the limitation. In the balancing process and in the evaluation of proportionality one is enjoined to consider the relation between the limitation and its purpose as well as the existence of less restrictive means to achieve this purpose.⁷¹”

Volgens Currie en De Waal bestaan daar egter twyfel of artikel 36 enigsins relevant is tot artikel 9 omdat artikel 9 dieselfde kriteria gebruik as artikel 36 wanneer dit kom by die regverdiging van 'n beperking.⁷² Die probleem kom daarby in dat dit moeilik is om te sien hoe artikel 36 diskriminasie wat alreeds as onbillik bestempel is, kan regverdig in 'n demokratiese gemeenskap wat onbillike diskriminasie as onaanvaarbaar beskou weens die impak wat dit het op 'n persoon se menswaardigheid.

Dit is egter nie die enigste kritiek wat bestaan teenoor die ondersoek wat die hof in *Harksen v Lane* toegepas het nie. Daar bestaan ook kritiek oor die gebruik van menswaardigheid in die eerste fase van ondersoek as 'n alternatiewe manier om diskriminasie vas te stel. Albertyn en Goldblatt stel vervolgens 'n ander model voor.

(e) 'n minder beperkende wyse om die doel te bereik.”

(2) Behalwe soos n subartikel (1) of in enige ander bepaling van die Grondwet bepaal. mag geen regsvoorskrif enige reg wet in die Handves van Regte verskans is, beperk nie.”

⁶⁹ Currie en De Waal 2005: 237.

⁷⁰ Pretorius e.a. 2001: par. 2.6.3.1. *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR (CC): par. 104.

⁷¹ *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others*: 1539D.

⁷² Currie en De Waal 2005: 237-238.

3.2. Benadeling as toets vir gelykheid⁷³

Volgens Albertyn en Goldblatt moet onbillike diskriminasie nie vasgestel word deur gebruik te maak van menswaardigheid nie, maar eerder benadeling as 'n manier om vas te stel of 'n individu se belange aangetas is.⁷⁴ Hulle redenasie is dat die substantiewe benadering tot gelykheid in Suid-Afrika gevolg word en omdat die belange van verskillende groepe in ag geneem moet word behoort benadeling en verskille die basiese elemente van substantiewe gelykheid uit te maak.⁷⁵

Menswaardigheid as 'n norm vir onbillike diskriminasie fokus merendeels op die individu en nie op die groep nie. Albertyn en Goldblatt is van mening dat O'Regan R in *Brink v Kitshoff* die korrekte benadering gevolg het deur gebruik te maak van groepsbenadeling as die kern van gelykheid.⁷⁶

Die klem het in die Hugo-saak⁷⁷ verskuif na menswaardigheid as die kern van gelykheid toe die hof verklaar het dat:

“equality means that our society cannot tolerate legislative distinctions that treat certain people as second-class citizens, that demean them, that treat them as less capable for no good reason, or that otherwise offend fundamental human dignity.”

Selfs in die onlangse uitspraak in *Minister of Finance and another v Van Heerden* het die hof steeds menswaardigheid as die kern van substantiewe gelykheid gesien.⁷⁸

“A substantive approach to equality eschews preoccupation with formal technical exactitude. It is algebraic rather than geometric, relational rather than linear. Its rigour lies in determining in a rational, objective way the impact the measures will have on the position in society and sense of self-worth of those affected by it.

⁷³ Sien hieronder bylaag A figuur 2 ter verduideliking.

⁷⁴ Albertyn en Goldblatt 1998: 256.

⁷⁵ Albertyn en Goldblatt: 1998: 256 en 258-259.

⁷⁶ Albertyn en Goldblatt 1998: 257.

⁷⁷ *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo*: par. 41.

⁷⁸ *Minister of Finance v Van Heerden*: par. 146.

The critical factor is not sameness or symmetry, but human dignity, a quality which by its very nature prospers least when caged.”

Die probleem hiermee is dat die reg tot gelykheid bepaal word deur die waarde van menswaardigheid en nie die waarde van gelykheid nie. Dit bring mee dat menswaardigheid as ‘n waarde die reg op gelykheid verminder tot die reg op menswaardigheid.⁷⁹ Hierdie standpunt kan ernstige leemtes laat in die reg op gelykheid.

Een van hierdie leemtes bestaan by die beskerming van regspersone omdat artikel 9(1) ook regspersone insluit. Sou die reg op gelykheid in terme van menswaardigheid gemeet word sal dit tot gevolg hê dat alle regspersone uitgesluit sal wees van die reg op gelykheid, omdat regspersone nie oor menswaardigheid beskik nie.

Hierop meen Rautenbach die volgende:

“The right to human dignity does not protect juristic persons. The reputation of juristic persons is protected by aspects of the concept ‘reputation’ that do not involve human dignity.”⁸⁰

Alhoewel die waardes van die Grondwet saam gebruik moet word in die interpretasie van regte sal dit moeilik wees om regspersone se reg op gelykheid te kan beskerm onder menswaardigheid as ‘n demokratiese waarde.

Albertyn en Goldblatt het die volgende model voorgestel as ‘n moontlike toets vir die reg op gelykheid gegrond op benadeling.

1. The equal protection subsection of the clause must be interpreted in the light of a more integrated approach to the clause as a whole.
2. Discrimination must not be presumed but must be given its proper connotation of harm and prejudice. Unlisted grounds must be considered on the basis of harm caused to the individual due to his or her membership of a group rather than with reference to the value of dignity.
3. The court should consider the location of the complainant within his or her social group and the interests affected by the impugned act when considering

⁷⁹ Albertyn en Goldblatt 1998: 258.

⁸⁰ Rautenbach 2006: par. 1A58.1.

whether the impact of an act has resulted in a disadvantage. The court should look at whether the discrimination was permissible (fair) or impermissible (unfair) by focusing on disadvantage rather than on dignity. This stage of the enquiry should be based on moral and political values underlying the equality right.

4. If the act is found to be unfair the limitations clause should then be used to consider whether the act is justifiable for important social ends.⁸¹

Hierdie ondersoek blyk grondwetlik meer korrek te wees deurdat dit die onderliggende waarde van gelykheid gebruik om te bepaal of 'n persoon se reg op gelykheid beïnvloed is deur die benadeling wat hy ervaar. Alhoewel hierdie ondersoek meer prakties is en nie net teoreties nie bly dit grootliks 'n feitevraag wat beantwoord moet word in die lig van vae en wye begrippe soos 'benadeling' en 'onderliggende morele en politieke waardes'.

Hulle kom tot die gevolgtrekking dat met substantiewe gelykheid gestreef word na transformasie, maar as die klem lê op die belange van die individu en nie die van die groep nie sal transformasie baie moeilik volg.⁸²

3.3 Die interne toets volgens artikel 9(2)⁸³

In 'n onlangse uitspraak het die Grondwethof in *Minister of Finance and another v Van Heerden* 'n nuwe toets voorgestel wat drasties verskil van die uitspraak in *Harksen v Lane* en wat moontlik ernstige gevolge kan meebring in die toepassing van die reg op gelykheid. Die hof het in die *Van Heerden*-saak heelwat onduidelikheid geskep oor die interpretasie van artikel 9 van die Grondwet en wat die ware toets vir gelykheid behoort te wees. In hierdie saak het die hof ook 'n sogenaamde interne toets geskep wat die vraag laat ontstaan of die *Harksen*-toets nog van toepassing is.

Die saak handel oor die diskriminasie teenoor twee groepe persone wat in die parlement gedien het en wat pensioenvoordele moet kry. Die eerste groep het hoofsaaklik bestaan uit diegene wat aan 'n spesifieke geslote fonds voor 1994 behoort het en die tweede

⁸¹ Albertyn en Goldblatt 1998: 273.

⁸² Albertyn en Goldblatt 1998: 260.

⁸³ Sien hieronder bylaag A figuur 3 ter verduideliking.

groep was nuwe parlamentslede wat vir die eerste keer in parlement dien wat aan 'n nuwe fonds na 1994 behoort.

Die respondent was van mening dat daar teen sekere persone wat in die pre-1994 groep val gediskrimineer is op grond van ras en politieke affiliasie en dat hulle gevolglik minder pensioen as die nuwe lede in parlement kry. In die hof a quo is beslis dat die maatreël wel *prima facie* onbillik is weens die feit dat dit arbitrêr is in die sin dat daar nie voldoende redes bestaan nie en tweedens is daar diskriminasie op verbode gronde ingevolge artikel 9(3).⁸⁴ Verder het die hof a quo beslis dat die persoon wat artikel 9(2) as 'n verweer wil gebruik moet die onus dra om te bewys dat dit regverdig is.

Die meerderheid uitspraak in die Grondwethof is gelewer deur Moseneke R en die verweer van diskriminasie is daarop gegrond dat die maatreël wat getref is in die verskillende pensioenvoordele 'n vorm van regstellende aksie is. Die meerderheid van die regters in die Grondwethof het dieselfde beslissing gegee maar het in sekere opsigte ten opsigte van die beredenering van die saak verskil.

3.3.1 Formulering en kritiek van die “interne toets”

Moseneke R stel die volgende drie vrae wat beantwoord moet word om maatreëls ingevolge artikel 9(2) te regverdig.

“The first yardstick relates to whether the measure targets persons or categories of persons who have been disadvantaged by unfair discrimination; the second is whether the measure is designed to protect or advance such persons or categories of persons; and the third requirement is whether the measure promotes the achievement of equality”⁸⁵

Hierdie toets word basies gekritiseer vir die geïsoleerde interpretasie van artikel 9, die verontagsaming van billikheid en die gebruik van menswaardigheid as toetskriterium.

⁸⁴ Minister of Finance v Van Heerden: par. 12.

⁸⁵ Minister of Finance v Van Heerden: par. 37.

Die hof het in sy uitspraak veral klem daarop gelê dat artikel 9(2) en 9(3) nie saamgelees moet word nie.⁸⁶ Die hof bepaal onder andere dat “[a] measure which is part of the framework for the advancement of equality cannot ever be said to discriminate unfairly. That being the case, once a measure can properly be said to satisfy the internal test in section 9(2) and fall within the ambit of the section, the scrutiny that other measures are subjected to in terms of section 9(3) does not apply.”⁸⁷

Mokgoro R het ook verder bepaal dat artikel 9(2) die onus van die staat verwyder om te bewys dat ‘n regstellende aksie maatreël billik is.⁸⁸ Dit beklemtoon die feit dat artikel 9 nie in geheel oorweeg is nie omdat artikel 9(3) juis die staat belet om onbillik te diskrimineer en artikel 9(5) ‘n vermoede van onbillike diskriminasie skep op grond van verbode gronde.

Die hof is egter dubbelsinnig oor die interpretasie van artikel 9 aangesien Mokgoro R later bepaal dat artikel 9 tog in geheel gesien moet word.

“The main judgment has made it clear that section 9(2) is part of a unified view of the right to equality in section 9. I support that view. A measure enacted in terms of section 9(2) is not an exception to our notion of equality; it is an integral part of it. From this must follow that section 9 must be viewed as a whole and any matter which engages the issue of equality engages the whole section. This is not to say that all five subsections will always be relevant to every enquiry. Certain forms of discrimination might be so irrational that they do not even survive challenge in any of the terms of section 9. Other forms might attract a presumption of unfairness which can be rebutted. A measure might fall squarely under section 9(2) in which case it will not attract a presumption of unfairness and will not need to be tested in terms of section 9(3). What is important is to avoid a notion of equality which divides section 9 into artificial parts.”⁸⁹

⁸⁶ Minister of Finance v Van Heerden: par. 82.

⁸⁷ Minister of Finance v Van Heerden: par. 87.

⁸⁸ Minister of Finance v Van Heerden: par. 90.

⁸⁹ Minister of Finance v Van Heerden: par. 95.

Sachs R stem nie saam met die siening om artikel 9(2) in isolasie te sien nie.⁹⁰ Hierdie siening blyk meer korrek te wees en in lyn met 'n kontekstuele benadering. Om 'n behoorlike geheelbeeld te kry van die ware betekenis van gelykheid is dit van kardinale belang om die geheel van artikel 9 te gebruik as daar bewerings is dat die reg tot gelykheid geskend is. Gevolglik word die geldigheid van die "interne toets" bevraagteken op grond van hierdie verkeerde interpretasie.

Om artikel 9 geïsoleerd te interpreteer lei daartoe dat die toepassing van die reg onbillik kan wees. Die hof beslis onder andere dat maatreëls wat gemaak is ooreenkomstig artikel 9(2) vermoed nie onbillik te wees nie omdat "[t]heir primary object is to promote the achievement of equality. To that end, differentiation aimed at protecting or advancing persons disadvantaged by unfair discrimination is warranted provided the measures are shown to conform to the internal test set by section 9(2)."⁹¹

Enige maatreël wat dus gemaak word om gelykheid te bereik kan dus geldig wees ongeag die impak wat dit mag hê op enige ander groep. Die bepaling van artikel 9(2) maak geensins melding van billikheid nie en die hof maak dus 'n aanname dat artikel 9(2) reeds oor billikeidskriteria beskik.⁹²

Om bloot te aanvaar dat artikel 9(2) alreeds oor billikeidskriteria beskik lei daartoe dat artikel 9(5) basies sy waarde verloor aangesien 'n maatreël wat diskriminerend is ingevolge die verbode gronde in artikel 9(3) nie onbillik sal wees nie mits dit bydra tot die bereiking van gelykheid ingevolge artikel 9(2).⁹³

⁹⁰ Minister of Finance v Van Heerden: par. 149:

"Applying section 9 in an holistic manner to the present matter, and in particular integrating sections 9(2) and 9(3), leads me to the conclusion that in most, if not all, cases like the present, the very factors that would answer the question whether a measure was designed to promote equality under section 9(2), would serve to indicate whether it was unfair under section 9(3). Thus, a measure taken for improper or corrupt motives would not pass muster under either section, even if done under the guise of advancing the disadvantaged."

⁹¹ Minister of Finance v Van Heerden: par. 32.

⁹² Pretorius e.a. 2006: par. 9.3.4.

⁹³ Pretorius e.a. 2006: par. 9.2.3.

Dit kon egter nie die bedoeling van die wetgewer gewees het om 'n interne regverdiging te skep nie juis as gevolg van die bestaan van artikel 9(5). Gevolglik sal maatreëls ingevolge artikel 9(2) billik moet wees of dit moet geregverdig kan word ingevolge die beperkingsklousule.

Ten slotte hou hierdie toets in dat dit altyd 'n groep sal bevoordeel en 'n ander groep benadeel.⁹⁴ Daar is dus nie sprake van 'n kompromie om beide groepe in 'n sekere sin te akkommodeer nie. Gevolglik behels die bereiking van gelykheid altyd die benadeling van 'n ander groep wat mag dui op selfs arbitrêre benadeling afhange van hoe die maatreël 'n persoon van daardie groep se menswaardigheid aantast.⁹⁵

Daar word met Pretorius e.a. saamgestem dat daar nog altyd 'n mate van proporsionaliteit gehandhaaf moet word om te verseker dat billikheid sal geskied.⁹⁶ Om billikheid heeltemal uit die toets te laat kan tot gevolg hê dat die ideaal van die bereiking van gelykheid in gedrang sal wees.⁹⁷

4. Samevatting

Die belangrikheid van 'n substantiewe benadering blyk duidelik aangesien 'n formele benadering meer ongelykheid sal veroorsaak as gelykheid. Die howe moet egter daarop let dat hierdie benadering nie so ver gevat moet word dat dit tot ongelykheid sal lei nie.

⁹⁴ Minister of Finance v Van Heerden: par. 44.

⁹⁵ Minister of Finance v Van Heerden: par. 101:

“It cannot be said that a measure which creates no disadvantages unfairly discriminates unless it attracts one of the other characteristics which this Court has held in previous equality cases to constitute a violation of section 9, such as a negative impact on the complainant’s dignity. Moseneke J correctly points out that the measures do not impact negatively on the dignity of the complainants. The scheme does not have an impact on their dignity, because it does not negatively impact on the complainants’ sense of self-worth.”

⁹⁶ Pretorius e.a. 2006: par. 9.3.4.

⁹⁷ Pretorius e.a. 2006: par. 9.3.4.

Dit bly 'n debatteerbare vraag of 'n perfekte gemeenskap behoorlik gereguleer kan word deur middel van formele gelykheid. Die realiteit is dat 'n perfekte gemeenskap bloot fiktief is en dat substantiewe gelykheid altyd deel sal wees van enige gemeenskap wat werklik streef na gelykheid. Die eintlike kwessie handel eerder rondom die toepassing van gelykheid in so 'n mate dat dit nie die perke van billikheid sal oorskry nie.

Daarom sal selfs maatreëls soos regstellende aksie wat 'n bydrae maak tot die bereiking van gelykheid moet voldoen aan die perke wat billikheid stel.

Die toepassing van gelykheid soos uiteengesit is in die saak van Harksen v Lane is 'n deeglik geformuleerde toets wat dalk selfs as te uitgebreid bestempel kan word. Dit word verder gekritiseer weens die gebruik van menswaardigheid en die dubbelsinnige bepaling van onbillikheid.

Dit word sterk aanbeveel dat die reg tot gelykheid gemeet moet word aan gelykheid as 'n waarde en nie menswaardigheid as 'n waarde nie. Gevolglik word daar saamgestem met die siening van Albertyn en Goldblatt wat 'n eenvoudige dog effektiewe toets voorstel. Dit maak die deur oop dat die howe opnuut sal moet kyk na die toets vir gelykheid. Die toets moet derhalwe so geformuleer word dat beide regspersone en natuurlike persone deeglike beskerming sal kry. Om dit te kan doen behoort benadeling in plaas van menswaardigheid gebruik te word as norm waarteen diskriminasie gemeet moet word.

Ten slotte skep die "interne toets" aan die hand van die Van Heerden-saak onduidelikhede oor die posisie van billikheid in die toepassing van gelykheid. Dit is 'n oorvereenvoudigde toets wat heelwat leemtes laat en moontlik nog baie probleme sal veroorsaak wat verband gaan hou met billikheidsvraagstukke in die toepassing van regstellende aksie maatreëls. Die howe sal hierdie nuwe benadering moet heroorweeg om sodoende nie die ware betekenis van gelykheid in gedrang te stel nie en billikheid as 'n norm wat moet nagestreef word sal verontagsaam nie.

Hoofstuk 3

Billikheidsaspekte rakende regstellende aksie.

1. Inleiding

Artikel 9 van die Grondwet het as oogmerk die bereiking van substantiewe gelykheid en nie formele gelykheid nie. Substantiewe gelykheid lei egter soms daartoe dat daar onder sekere groepe persone gedifferensieer word of selfs gediskrimineer word op grond van die verbode gronde van artikel 9(3) van die Grondwet om gelykheid te bereik. In die lig hiervan is dit dus noodsaaklik om die billikheid van hierdie diskriminasie vas te stel aangesien artikel 9(5) billike diskriminasie toelaat, maar nie onbillike diskriminasie nie.

In die *Harksen v Lane*-saak¹ en die beperkingsklousule van die Grondwet² word hiervoor voorsiening gemaak aangesien artikel 9 van die Grondwet nie uitdruklik die vereistes uiteensit om die billikheid vas te stel van maatreëls wat aangewend word om gelykheid te bevorder nie.

Gevolglik sal enige tipe wetgewing of maatreël wat ten doel het om die bereiking van gelykheid te bevorder soos bepaal word deur artikel 9(2) moet voldoen aan die nodige billikheidsvereistes.

Regstellende aksie word beskou as sodanige maatreël ingevolge artikel 9(2) van die Grondwet wat verder in lyn is met die Internation Labour Organisation wat bepaal dat:

“(t)he adoption of an affirmative action programme stems from the observation that the banning of discrimination is not in itself enough to eliminate it in actual practice . . . the concept of affirmative action views these measures as the means to promote equality of opportunity of certain social groups which are subject to recognised discrimination, and which are applicable as long as the

¹ 1997 (11) BCLR 1489 (CC).

² Die Grondwet van die Republiek van Suid Afrika Wet 108/1996: artikel 36.

target social groups are not in a position to exercise their rights to equality in practice”³

Hierdie bepaling is dus in lyn met artikel 9(2) en die wetgewer het verder gestalte gegee aan sulke maatreëls deur middel van die Wet op Gelyke Indiensneming.⁴ Regstellende aksie is dus ‘n instrument om die bereiking van gelykheid mee te bring.⁵ Dit word ook bevestig deur Jordaan dat die reg op gelykheid bloot formele gelykheid sal wees sonder regstellende aksie maatreëls.⁶

Regstellende aksie is egter niks anders as diskriminasie op grond van verbode gronde soos ras en geslag en gestremdheid nie. Die Wet op Gelyke Indiensneming het egter voorsiening gemaak daarvoor dat regstellende aksie maatreëls nie beskou sal word as onbillike diskriminasie nie.⁷ Die Wet bly egter in gebreke om duidelike billikheidsvereistes uiteen te sit om te verhoed dat regstellende aksie maatreëls moontlike arbitrêr kan word.

Gevolgtlik moet die regstellende aksie maatreëls van die Wet voldoen aan die dieselfde billikheidsvereistes as die Grondwet.

Hierdie hoofstuk sal eerstens fokus op die definiëring en die algemene doel van regstellende aksie aangesien dit van kardinale belang is om te weet wat dit presies is wat geregverdig moet word en hoe ver die regverdiging kan strek sodat die doel van regstellende aksie maatreëls nie die billikheidsgrens sal oorskry nie.

³ ILO C111/1996: Artikel 289.

⁴ Wet 55/1998. (Hierna bekend as die Wet).

⁵ *George v Liberty Life of Africa* [1996] 8 BLLR 985 (IC): 1006:

“Non-discrimination is a value and a Constitutional right. Affirmative action is a means to an end and not an end in itself.”

Alhoewel die hof dit plegtig verklaar ontstaan die vraag tog of Suid-Afrika nie dalk die doel uit oog verloor het nie? Sien hieronder en hierbo die bespreking van die Van Heerden-saak wat regstellende aksie as noodsaaklik ag vir die bereiking van gelykheid.

⁶ Jordaan 2005: 83.

⁷ Wet 55/1998: artikel 6(2)(a).

Tweedens sal aandag aan die toepassing van hierdie algemene doel in die werkplek gegee word deur die verskeie rolspelers wat betrokke is by regstellende aksie te identifiseer en te evalueer asook tot welke mate hulle deur hierdie maatreëls geraak word. Daar sal verder gefokus word op verskeie benaderings wat met regstellende aksie gevolg word in die toepassing daarvan in die werkplek.

Ten slotte sal ondersoek ingestel word na die billike toepassing van regstellende aksie. Dit behels 'n ondersoek na die nodige vereistes om billikheid vas te stel, die relevansie van billikheid en sake wat moontlik die billike toepassing van regstellende aksie kan beïnvloed.

2. Omskrywing van die begrip “regstellende aksie”

Om die doel van regstellende aksie te verstaan is dit nodig om eers behoorlik ondersoek in te stel na die betekenis van regstellende aksie en hoe dit gedefinieer moet word. Daar bestaan egter 'n aantal probleme wat die definiëring van regstellende aksie beïnvloed.

a) Eerstens lê die probleem daarin dat die Wet self nie 'n behoorlik definisie bied vir regstellende aksie nie. Dit definieer wel “regstellende aksie maatreëls”, maar nie “regstellende aksie” nie.

Volgens die Wet beteken regstellende aksie maatreëls die volgende:

“[m]easures designed to ensure that suitably qualified people from designated groups have equal employment opportunities and are equitably represented in all occupational categories and levels in the workforce of a designated employer.”⁸

Die maatreëls in artikel 15 van die Wet is dus meer gefokus as die wyer bepaling van artikel 9(2) van die Grondwet. Hierdie definisie is dus gemik op die bereiking van gelykheid en is spesifiek gefokus op indiensneming van aangewese groepe.

Faandez het voor die inwerkingtreding van die Wet gepoog om regstellende aksie te definieer as “treating persons belonging to a specific group differently so that they obtain

⁸ Wet 55/1998: Artikel 15(1).

an equitable share of a specified good. In the area of employment, its object is generally to ensure that the target group should be equitably represented in the workforce of a particular employer.”⁹

Hierdie definisie dui ook op die bevordering van spesifieke groepe ten opsigte van indiensneming. Hoe dit ook al sy, bestaan daar geen formele regsdefinisie vir regstellende aksie nie.

b) Die tweede probleem lê daarin dat die Wet dubbelsinnig is oor die gebruik van terme soos “employment equity” en “affirmative action”. Die Suid-Afrikaanse “Employment Equity Act” en die Kanadese eweknie is baie soortgelyk aan mekaar. Tydens die samestelling van die Kanadese “Employment Equity Act” het die Abella-kommissie besluit om nie gebruik te maak van die term ‘affirmative action’ nie, maar eerder “employment equity”.¹⁰

Die rede daarvoor was om die negatiewe konnotasie te vermy wat in die VSA ondervind is met die gebruik van die begrip “affirmative action”. In die VSA is “affirmative action” vereenselwig met kwotas en kwessies wat verband hou met gelykheid het dikwels ‘n emosionele reaksie ontlok.¹¹ In die verslag van die Abella-kommissie is daar gesê:

“[o]ften the words rather than the issue trigger intellectual resistance. Their use almost instantly produces a protective wall through which reason cannot easily penetrate. In such cases it is sometimes worth changing the language in order to allow the debate to unfold on a more reasonable level.”¹²

Die begrip is dus verander juis om weg te beweeg van die kwota-stelsel van die VSA.

“In most people’s minds, it has become associated with the imposition of quotas. In creating our own program in Canada, we might not wish to use quotas and we should therefore seriously consider calling it something else if we want to avoid some of the intellectual resistance and confusion.”¹³

⁹ Faundez 1994: 1187.

¹⁰ Sien hieronder hoofstuk 7 vir verdere bespreking.

¹¹ Commission on Equality in Employment 1984: 6-7.

¹² Commission on Equality in Employment 1984: 7.

¹³ Commission on Equality in Employment 1984: 7.

In Suid-Afrika het die wetgewer egter die fout gemaak om die Wet die “Employment Equity Act” te noem, maar in die Wet self word daar gebruik gemaak van die term “affirmative action measures”. Dit verklaar waarskynlik hoekom daar dikwels verwarring bestaan oor die aard en doel van die Wet.

c) Laastens het die hof in die beslissing van die Van Heerden-saak bevestig dat regstellende aksie nie bloot beperk is tot indiensneming nie, maar wel verder strek deur alle artikel 9(2) maatreëls in te sluit.¹⁴

Dit het ontstaan toe die hof beslis het dat diskriminerende pensioenskemas wat ten doel het om gelykheid te bevorder sogenaamde regstellende aksie maatreëls is.¹⁵ Hierdie beslissing het dus pertinent wegbeweeg van die tradisionele siening dat regstellende aksie beperk word tot indiensneming en dit uitgebrei om ‘n wyer betekenis te hê.

Alhoewel die term “regstellende aksie” ‘n Amerikaanse term is meen Jordaan dat daar nie in Suid-Afrika dieselfde siening van regstellende aksie sal wees as in die VSA nie.¹⁶ Die hoof rede daarvoor is dat die howe in die VSA eers die grondwetlikheid van regstellende aksie maatreëls moet toets voor dit geslaagd toegepas kan word. In Suid-Afrika word regstellende aksie uit hoofde van wetgewing bedryf wat reeds grondwetlik moet wees voor dit gepromulgeer kan word.¹⁷

¹⁴ Sien ook *Motala and another v University of Natal* 1995 (3) BCLR 374 (D) waar die toelating tot tersiêre onderrig in die lig van regstellende aksie verstaan is. Voorbeelde van ander regstellende aksie maatreëls sal onder andere grondhervorming en alle vorme van sosio-ekonomiese ontwikkeling insluit.

¹⁵ *Minister of Finance & another v Van Heerden*: par. 2.

“The equality challenge is contested on the basis that the differentiation in the rules of the Fund is not unfairly discriminatory because it constitutes a “tightly circumscribed affirmative action measure” permissible under the equality provisions of our Constitution.”

¹⁶ Jordaan 2005: 88.

¹⁷ Wet 108/1996: artikel 39(3).

Jordaan meen verder dat regstellende aksie in Suid-Afrika 'n remediërende doelwit het en gevolglik meen hy dat in Suid-Afrika nie gebruik gemaak moet word van die term "affirmative action" nie, maar eerder "remedial" of "restitutional equality".¹⁸

Regstellende aksie het egter nie net ten doel om remediërend van aard te wees teenoor diegene wat benadeel is nie, maar dit is grootliks 'n proses om gelykheid te bereik. Gevolglik word die term "restitutional equality" verkies bo "remedial equality" juis weens die feit dat artikel 9 ten doel het om gelykheid te herstel.

Dit wil dus voorkom asof die term "regstellende aksie" eerstens nie oor 'n behoorlike definisie beskik nie. Tweedens bestaan daar onduidelikheid weens die dubbelsinnige gebruik van "employment equity" en "affirmative action". Laastens beskik dit oor 'n spesifieke betekenis deur die term te gebruik in die lig van indiensneming en oor 'n algemene betekenis in die lig van algehele transformasie.

Na die beslissing in die Van Heerden-saak wil dit dus voorkom asof die term 'regstellende aksie' gebruik word as 'n omvattende konsep van alle maatreëls onder artikel 9(2) van die Grondwet. "Employment equity" moet dus liefs gebruik word as 'n omskrywing spesifiek gerig op die transformasie en die bereiking van gelykheid in die werkplek as een van hierdie "regstellende aksie" maatreëls onder artikel 9(2).

Weens die verwarring wat die term "regstellende aksie" of "affirmative action" veroorsaak word Jordaan se term "restitutional equality" ondersteun as 'n beter term om te gebruik sodra dit dui op enige maatreëls ingevolge artikel 9(2). "Regstellende aksie" moet dus eerder nie in enige hoedanigheid gebruik word nie.

Dit word gevolglik aanbeveel dat artikel 15(1) van die Wet gewysig moet word om dan as volg te lees: "Employment Equity measures are restitutional equality measures designed to ensure that suitably qualified people from designated groups have equal employment opportunities and are equitably represented in all occupational categories and levels in the workforce of a designated employer."

¹⁸ Jordaan 2005: 88.

Die Wet sal dus konsekwent gebruik moet maak van die term “employment equity measures” om te dui op daardie maatreëls wat gelykheid by indiensneming bevorder.

Die gevolgtrekking is dat weens ‘n gebrek aan ‘n behoorlike omskrywing en onderskeid van verskeie begrippe wat handel rondom maatreëls om substantiewe gelykheid te bevorder, lei dit daartoe dat heelwat misverstand nog sal voorkom. Daar sal dus ‘n poging aangewend moet word om vir hierdie verskeie begrippe behoorlike omskrywings te skep wat in sy spesifieke konteks gebruik moet word.

Heroldt en Marx meen dat daar soveel definisies van regstellende aksie sal bestaan as wat daar benaderings is tot die saak.¹⁹ Gevolglik sal daar definisies wees wat fokus op gelykheid, die bevordering van diversiteitbestuur²⁰, ander fokus op die herstel van die verlede of bemagtiging en ontwikkeling van benadeeldes.²¹ Dit is dus belangrik om ‘n behoorlike begrip te hê van die doel van regstellende aksie om die konsep behoorlik te kan omskryf.

3. Doel van regstellende aksie

Die formulering van ‘n doel vir regstellende aksie is ‘n moeisame taak deels as gevolg van ‘n gebrek aan ‘n behoorlike omskrywing van die konsep en ook weens die feit dat regstellende aksie in verskeie lande anders verstaan word weens elkeen se unieke omstandighede.²²

So verstaan die Europese lande “positive action” as maatreëls wat kan wissel van maatreëls wat substantiewe gelykheid bevorder deur onderverteenwoordigende groepe

¹⁹ Heroldt en Marx 1999: 9.

²⁰ Daniel 1994: 14-19. Diversiteitbestuur is veel meer as net die aanvaarding van verskille in ‘n organisasie. Dit is ‘n lewenstyl wat hom in die werkomgewing weerspieël deur die aanvaarding van alle persone en die waardering van hul uniekheid en die aanwending van hierdie uniekheid tot voordeel van die organisasie.

²¹ Heroldt en Marx 1999: 9-14; 49-57.

²² Sien hoofstuk 6 vir ‘n meer volledige bespreking van die Europese en Kanadese benadering tot regstellende aksie.

beter kans te bied tot maatreëls wat omgekeerde diskriminasie daarstel deur onder andere gebruik te maak van kwotas.²³

In die VSA word regstellende aksie weer beskou as die bereiking van gelyke werkseleenthede en om die hindernisse van die verlede wat gebruik is om sekere groepe bo ander te bevoordeel, te verwyder.²⁴ In Kanada het regstellende aksie maatreëls ten doel om die posisie van voorheen benadeeldes te verbeter.²⁵

In Suid-Afrika kan die doel van regstellende aksie maatreëls ingevolge artikel 9 van die Grondwet hoofsaaklik in twee hoofgroepe opgedeel word naamlik a) 'n remediërende doelwit en b) 'n bevorderingsdoelwit.

a) In die National Coalition-saak het die hof regstellende aksie as remediërend van aard beskou toe beslis is dat “[t]he need for such remedial or restitutionary measures has therefore been recognised in sections 8(2) and 9(3) of the interim and 1996 Constitutions respectively. One could refer to such equality as remedial or restitutionary equality.”²⁶

Die remediërende siening van regstellende aksie val baie nou saam met klassifisering van regstellende aksie as 'n uitsondering op die reg op gelykheid.²⁷ Currie en De Waal meen egter dat hierdie vorm, beter bekend as “reverse discrimination”, gewoonlik inhou dat voorheen benadeeldes begunstig word en teen voorheen bevoordeeldes gediskrimineer word.²⁸

²³ Ellis 2005: 297.

²⁴ Griggs v Duke Power Co. 91 SCt 849 (1971): 853.

²⁵ Constitution Act 1982, Schedule B: artikel 15(2):

“Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.”

²⁶ National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice 1998 12 BCLR 1517 (CC): 1546.

²⁷ Currie en De Waal 2005: 264.

²⁸ Currie en De Waal 2005: 264.

Hierdie vorm van regstellende aksie fokus dus op 'n tipe vergoedingsbasis wat ten doel het om as't ware voorheen benadeeldes die voordeel tot indiensneming te gee op grond van die feit dat hulle benadeel is in die verlede. Hierdie vorm behandel egter net die simptome van diskriminasie en nie die ware probleem nie.

Die hof het egter in die Dudley-saak bepaal dat regstellende aksie nie ten doel het om enkele persone te vergoed nie, maar gemik is op 'n groep as geheel.²⁹ Die hof het in die Dudley-saak beslis dat die doel van regstellende aksie goed geformuleer is in die Amerikaanse saak van Local 28, Sheetmetal Workers' Industrial Association v EEOC³⁰:

“The purpose of affirmative action is not to make identified victims [of past discrimination] whole, but rather to dismantle prior patterns of employment discrimination and to prevent discrimination in the future. Such relief is provided to the class as a whole rather than to individual members; no individual is entitled to relief, and the beneficiaries need not show that they were victims of discrimination.”³¹

Hierdie definisie dui merendeels op 'n sogenaamde bevorderingsdoelwit of ontwikkelingsdoelwit.

b) Die bevorderingsdoelwit behels hoofsaaklik die verwydering van diskriminerende praktyke en tweedens die bevordering van gelykheid deur middel van transformasie.³² Hierdie siening is dus meer toekomsgerig om voorsiening te maak dat alle persone gelyke geleenthede sal hê³³ en soos Cooper dit stel “...an employment equity

²⁹ Dudley v City of Cape Town & another [2004] 5 BLLR 413 (LC): par. 69.

³⁰ 478 US 421 (1986): 424.

³¹ Dudley v City of Cape Town & another: par. 69.

³² Finmore en Van Rensburg 1999: 542.

³³ Harksen v Lane NO: 1510:

“If its purpose is manifestly not directed, in the first instance, at impairing the complainants in the manner indicated above, but is aimed at achieving a worthy and important societal goal, such as, for example, the furthering of equality for all...”

programme is an attempt to ensure that future applicants and workers from the affected group would not face the same insidious barriers that blocked their forebears.”³⁴

Hierdie benadering is weer in lyn met Currie en De Waal se siening dat regstellende aksie ‘n manier is om ‘n gelyke gemeenskap as doel te bereik.³⁵ Dit is ook meer in lyn met die Grondwet en die Wet op Gelyke Indiensneming en verseker dat gelykheid ‘n langtermyn doel is wat bereik word deur die verwydering van ongelykhede.³⁶

Die doel van regstellende aksie moet dus nooit in die lig van vergoeding verstaan of toegepas word nie. Dit moet eerder ten doel hê om struikelblokke te verwyder en diversiteit en sosiale ontwikkeling te bevorder deur middel van transformasie en opleiding. Net soos die regbank moet toesien dat hierdie doel gedien sal word by regspleging moet werkgewers hierdie doel bevorder in die werkplek.

Gevolglik sal daar nou gefokus word op hoe die algemene doel van regstellende aksie binne die werkplek van toepassing is deur te kyk na die rolspelers en die verskeie benaderings wat gevolg word om regstellende aksie in die werkplek te implementeer.

4. Die rolspelers

Die wet word so geformuleer dat dit verskeie groepe op verskeie maniere affekteer. Hoofstuk twee van die Wet is, met enkele uitsonderings, van toepassing op alle werkgewers en alle werknemers terwyl hoofstuk drie van die Wet slegs op aangewese werkgewers en aangewese werknemers van toepassing is.³⁷

Die Wet fokus egter uitsluitlik op die bevordering van aangewese werknemers en nie alle werknemers nie. Dit veroorsaak dat persone wat nie aan die aangewese groepe behoort nie, deel vorm van ‘n minderheidsgroep wat moontlik benadeel kan word omdat die Wet nie vir hulle beskerming bied nie.

³⁴ Cooper 2004: 837.

³⁵ Currie en De Waal 2005: 264.

³⁶ Currie en De Waal 2005: 264; Wet 55/1998: artikel 2.

³⁷ Wet 55/1998: artikel 3.

Sonder die billike toepassing van regstellende aksie in die werkplek kan dit lei tot uitbuiting en arbitrêre behandeling van hierdie werknemers. Dit laat dus die deur oop vir onbillike regstellende aksie. Dit laat ook die vraag oop of die Wet steeds billik kan wees as dit eksklusief beskerming en bevordering bied vir uitgesoekte groepe?

Die “Employment Equity Act” van Kanada maak soortgelyk voorsiening maar sluit egter persone van minderheidsgroepe in.³⁸ Hierdie minderheidsgroepe word gedefinieer as “persons, other than aboriginal peoples, who are non-Caucasian in race or non-white in colour.”³⁹ Die Kanadese wet bied egter steeds nie voldoende beskerming vir alle groepe nie omdat blanke mans as ‘n groep nie by hierdie wet ingesluit word nie.

Daar bestaan dus leemtes in die Wet met betrekking tot die beskerming van alle werknemers en ook tot ‘n mate werkgewers. Gevolglik word daar nou gekyk na die rol van werkgewers en werknemers en hoe die Wet hulle posisie beïnvloed.⁴⁰

4.1 Werkgewers

Artikel 5 plaas verpligtinge op alle werkgewers om onbillike diskriminasie te verwyder en positiewe stappe te neem om gelykheid te bevorder.⁴¹ Artikel 6 bied dan verder die geleentheid vir die werkgewer deur te bepaal dat regstellende aksie maatreëls nie onbillike diskriminasie is nie.⁴² Net soos by werknemers is hoofstuk twee van die Wet

³⁸ Employment Equity Act 1995 (Kanada): artikel 2:

“The purpose of this Act is to achieve equality in the workplace so that no person shall be denied employment opportunities or benefits for reasons unrelated to ability and, in the fulfilment of that goal, to correct the conditions of disadvantage in employment experienced by women, aboriginal peoples, persons with disabilities and members of visible minorities...”

³⁹ Employment Equity Act 1995 (Kanada): Artikel 3.

⁴⁰ Sien hoofstuk 4 en 5 oor die regte en verpligtinge van werkgewers en werknemers met betrekking tot regstellende aksie.

⁴¹ Wet 55/1998: artikel 5. “Every employer must take steps to promote equal opportunity in the workplace by eliminating unfair discrimination in any employment policy or practice”

⁴² Wet 55/1998: artikel 6(2):

“It is not unfair discrimination to-

van toepassing op alle werkgewers en hoofstuk drie is van toepassing op alle aangewese werkgewers.⁴³

Die Wet definieer aangewese werkgewers as volg:⁴⁴

- a) 'n werkgewer met 50 of meer werknemers in diens,
- b) 'n werkgewer met minder as 50 werknemers maar wie se omset 'n spesifieke bedrag oorskry,⁴⁵
- c) 'n munisipaliteit soos gedefinieer in die Grondwet⁴⁶,
- d) 'n staatsorgaan soos gedefinieer deur die Grondwet,⁴⁷ uitgesluit hiervan is die Nasionale Verdedigingsmag, Nasionale Intelligensie Diens en die Suid-Afrikaanse Geheime diens,
- e) 'n werkgewer wat in terme van 'n kollektiewe ooreenkoms soos bepaal deur artikel 23 of 31 van die Wet op Arbeidsverhoudinge aangewys is as 'n aangewese werkgewer.

Die Wet maak dit ook moontlik vir 'n werkgewer om te funksioneer as 'n aangewese werkgewer alhoewel hy nie kwalifiseer ingevolge die Wet nie.⁴⁸ Die rede hiervoor is waarskynlik om meer in aanmerking te kom vir staatskontrakte.⁴⁹

-
- (a) take affirmative action measures consistent with the purpose of this Act; or
 - (b) distinguish, exclude or prefer any person on the basis of an inherent requirement of a job.”

(Daar word later meer breedvoerig die regte en verpligtinge van die werkgewer bespreek.)

⁴³ Wet 55/1998: artikel 4(1) en 4(2).

⁴⁴ Wet 55/1998: artikel 1.

⁴⁵ Volgens skedule 4 van die Wet kan dit wissel van R2,00m in die Landbou-sektor tot R25,00m in die Groothandel-sektor.

⁴⁶ Die Grondwet: Hoofstuk 7.

⁴⁷ Die Grondwet: artikel 239: "staatsorgaan"-

- (a) enige staatsdepartement of administrasie in die nasionale, provinsiale of plaaslike regeringsfeer; of
- (b) enige ander funksionaris of instelling-
 - (i) wat ingevolge die Grondwet of 'n provinsiale grondwet 'n bevoegdheid uitoefen of 'n funksie verrig; of
 - (ii) ingevolge wetgewing 'n openbare bevoegdheid uitoefen of 'n openbare funksie verrig, maar nie ook 'n hof of 'n regterlike beampte nie;

Volgens Janet Dickman⁵⁰ moet die getal van 50 werknemers verhoog word na 250 om 'n meer realistiese benadering te hê tot die vereistes van die Wet wat nagekom moet word. Die rede vir hierdie benadering is dat hoe meer verpligtinge op die werkgever geplaas word hoe hoër moet die afsnypunt wees.⁵¹

Die voorgestelde doel van regstellende aksie, naamlik die bevordering van diversiteit moet nie uit oog verloor word nie. Die gevolg is dus dat dit in werklikheid nie van kardinale belang is waar die afsnypunt behoort te wees nie, maar wel dat die werkplek verteenwoordigend genoeg gemaak sal word van alle groepe.⁵²

4.2 Bevoordeeldes

Werknemers⁵³ is diegene wat hoofsaaklik die voordeel trek uit die Wet en sluit permanente sowel as tydelike werknemers in.⁵⁴ Dupper e.a. meen dat regstellende aksie volgens artikel 9(2) van die Grondwet op "persone en kategorieë persone wat deur onbillike diskriminasie benadeel is" fokus en dat die Wet 'n enger toepassing het deur dit te beperk tot aangewese groepe wat toepaslik gekwalifiseerd is.⁵⁵

⁴⁸ Wet 55/1998: artikel 14.

⁴⁹ Wet 55/1998: artikel 53; Du Toit e.a. 2006: 662.

⁵⁰ Verteenwoordiger van SACOB

⁵¹ Dickman 1998: 5.

⁵² Sien hieronder die bespreking van ondervteenwoordiging as benadering.

⁵³ Wet 55/1998: artikel 1:

"employee' means any person other than an independent contractor who works for another person or for the State and who receives, or is entitled to receive, any remuneration; and in any manner assists in carrying on or conducting the business of an employer, and 'employed' and 'employment' have corresponding meanings."

⁵⁴ GN 480/2006: par. 1.4: Tydelike werknemers kan gedefinieer word as werknemers wat in diens is vir minder as 24 uur per maand of diegene wat betrokke is by werk vir minder as drie aaneenlopende maande

⁵⁵ Dupper e.a. 2004: 262.

Die twee vereistes waaraan persone sal moet voldoen om bevorder te word is dat hulle moet behoort aan 'n aangewese groep en tweedens moet daardie persone toepaslik gekwalifiseerd wees.

4.2.1 Aangewese groepe

Die Wet bepaal dat aangewese groepe swart mense, vrouens en mense met gestremdhede omvat. Swart mense is 'n versameling van sogenaamde, "Africans, Coloureds and Indians." Mense met gestremdhede word gedefinieer as "people who have a long-term or recurring physical or mental impairment which substantially limits their prospects of entry into, or advancement in, employment."⁵⁶

Die enigste groep waarvoor daar nie beskerming gebied word nie, is blanke mans. Die vraag ontstaan ook hoe dit byvoorbeeld Chinese, Portugese, Griekse en ander mans affekteer wat Suid-Afrikaanse burgers is, maar nie uitdruklik omskryf word in die Wet nie? Dit is waarskynlik dat hierdie groepe nie ingesluit word as aangewese-groepe nie, juis omdat die Wet nie hul spesifiek insluit by die definisie van aangewese groepe nie. Die groep wat dus nie bevoordeel word deur die Wet nie bestaan dus uit alle mans wat nie swart, kleurling, Indiër of gestremd is nie.

By die definiëring van aangewese groepe ontstaan die vraag of aangewese persone slegs tot Suid-Afrikaners beperk word en of dit ook buitelanders insluit?

Die hof het in *Auf der Heyde v University of Cape Town* beslis dat burgerskap 'n essensiële en legitieme beperkingskriteria is.⁵⁷ Na hierdie beslissing word burgerskap nie meer net as 'n beperkende kriteria gesien nie, maar ingevolge die 2006 regulasies op gelyke indiensneming word aangewese werknemers wat nie burgers van Suid-Afrika is nie pertinent uitgesluit van die definisie van aangewese werknemers.⁵⁸ Hierdie ontwikkeling het tot gevolg dat plaaslike werknemers nie onnodig benadeel sal word nie.

⁵⁶ Wet 55/1998: artikel 1.

⁵⁷ *Auf der Heyde v University of Cape Town* (2000) 21 ILJ 1758 (LC): par. 69.

⁵⁸ GN 480/2006: par. 1.5.

Buitelanders moet egter nie in geheel uitgesluit word nie omdat hul spesialis-kennis en ondervinding in sekere dele van die arbeidsektor tot groot voordeel kan wees.

4.2.2. Toepaslik gekwalifiseerd

Die Wet sit die volgende faktore uiteen vir 'n werknemer om toepaslik gekwalifiseerd te wees:⁵⁹

- a) Formele kwalifikasies
- b) Vorige kundigheid wat opgedoen is
- c) Toepaslike ondervinding
- d) Die vermoë om binne redelike tyd die werk te kan verrig

Die werkgewer moet verder die werknemer meet aan al bogenoemde faktore en hy moet in die lig van een of meer van hierdie faktore bepaal of die werknemer wel die werk sal kan doen.⁶⁰

Die inhoud van die faktore is redelik duidelik behalwe vir die laaste een. Volgens Tinarelli sal 'n redelike tyd bepaal moet word in 'n ooreenkoms tussen die werknemer en die werkgewer.⁶¹ Tinarelli meen verder dat hierdie faktor ook moontlik 'n toepaslike verweer skep vir 'n werkgewer om psigometriese toetse te doen om vas te stel of die werknemer wel die werk sal kan doen.⁶² Die werkgewer sal dan net moet voldoen aan die formele vereistes vir sodanige toetsing.⁶³

⁵⁹ Wet 55/1998: artikel 20(3).

⁶⁰ Wet 55/1998: artikel 20(4).

⁶¹ Tinarelli 2000: 37.

⁶² Tinarelli 2000: 38.

⁶³ Wet 55/1998: artikel 8:

“Psychological testing and other similar assessments of an employee are prohibited unless the test or assessment being used-

- (a) has been scientifically shown to be valid and reliable;
- (b) can be applied fairly to all employees; and
- (c) is not biased against any employee or group.”

Alhoewel hierdie faktore dit vir die werkgewer in 'n sekere sin makliker maak om keuring van applikante te doen plaas dit ook in sekere omstandighede 'n las op die werkgewer. Die Wet maak dit regtig nie moontlik vir die werkgewer om enige werknemer of applikant te weier op grond daarvan dat die persoon nie toepaslike ondervinding het nie.⁶⁴ Sou dit gebeur kan dit onbillike diskriminasie uitmaak ingevolge artikel 20(5).

In die saak van *George v Liberty Life* het die hof hierdie tegniese term ondersoek.

“A distinction must clearly be drawn between eligibility and suitability. An eligible candidate must meet certain formal requirements. There may even be a number of eligible candidates. A suitable candidate would generally be someone who is acceptable to the employer as the person who should get the job.”⁶⁵

Alhoewel hierdie saak reeds voor die inwerkingtreding van die Wet beslis is, is dit wel van belang om daarop te let dat die werkgewer nie ingeperk moet word deur die Wet oor wie hy glo toepaslik gekwalifiseerd is nie. Die Hof het verder ook bevestig dat dit steeds die werkgewer se plig is om self te bepaal wie toepaslik gekwalifiseerd is.⁶⁶

Alhoewel 'n persoon dus dink dat hy toepaslik gekwalifiseerd is, sal hy slegs kwalifiseer indien hy in die oë van die werkgewer met inagneming van die Wet toepaslik gekwalifiseerd is. Die beslissing in die *Crotz*-saak het hierdie diskresie verduidelik aan die hand van kontrak-vryheid.⁶⁷

5. Die billike toepassing van regstellende aksie in die werkplek

Soos reeds bespreek is, vorm gelyke indiensneming bloot 'n onderafdeling van verskeie regstellende aksie maatreëls om gelykheid in die samelewing te bevorder. Artikel 9(2) van die Grondwet bepaal dat diegene wat deur onbillike diskriminasie benadeel is moet deur middel van verskeie maatreëls beskerm of ontwikkel word.

⁶⁴ Wet 55/1998: artikel 20(5).

⁶⁵ *George v Liberty Life* [1996] 8 BLLR 985 (IC): 1012.

⁶⁶ *George v Liberty Life*: 1012. “That a candidate regards her or himself as “suitable” is not decisive. It is Liberty Life’s decision.”

⁶⁷ *Crotz v Worcester Transitional Local Council* [2001] 8 BALR 824 (CCMA): 828.

Dupper e.a. vra dan die vraag af of hierdie bepaling van toepassing moet wees op individue en of dit op 'n groep as geheel van toepassing moet wees.⁶⁸ Die implikasie is dat indien dit slegs op individue van toepassing is kan die proses baie onprakties wees. Sou dit egter op 'n groep as geheel van toepassing wees kan dit daartoe lei dat persone wat aan daardie groep behoort en nie benadeel is nie, onbillik bevoordeel sal word.

Twee denkrigtings het al ontstaan ten opsigte van die implementering van regstellende aksie maatreëls in die werkplek en wie bevoordeel moet word by indiensneming.⁶⁹ Die een denkrigting meen dat benadeling van individue die beginpunt moet wees om regstellende aksie te implementeer terwyl die ander denkrigting eerder die onderverteenwoordiging van 'n groep as die beginpunt beskou.⁷⁰

5.1 Benadeling as beginpunt

Volgens hierdie benadering is benadeling die beginpunt of dominante faktor wanneer indiensneming oorweeg word. In die praktyk sal dit behels dat persone wat voorheen benadeel is as gevolg van apartheid en ander diskriminerende praktyke bevoordeel sal word. Hierdie benadering is dus in lyn met die sogenaamde remediërende doelwit.

In hierdie benadering ontstaan daar twee belangrike vra. Die eerste is: wanneer indiensneming oorweeg word, moet die kandidaat individueel ondersoek word vir benadeling of moet daar bloot oorweging gegee word aan die benadeelde groep waaraan hy behoort? Die tweede is: kan daar 'n sogenaamde hiërargie geskep word van benadeelde persone of groepe?

⁶⁸ Dupper e.a. 2004: 263-264.

⁶⁹ Sien hoofstuk een vir 'n bespreking oor die kwalifiserende faktore vir die verskeie vorme van regstellende aksie.

⁷⁰ Hier word gebruik gemaak van die term "beginpunt" omdat benadeling of onderverteenwoordiging nie die enigste oorwegende faktor is by die implementering van regstellende aksie nie.

5.1.1 Individuele benadeling teenoor groepsbenadeling

In die vraag rondom individuele benadeling teenoor groepsbenadeling is die volgende van belang. Diegene wat nie ten gunste van die individuele benadeling toets is nie meen dat dit te gekompliseerd raak om elke individu om die beurt te toets aan die hand van vorige benadeling.⁷¹

Om 'n groep as 'n geheel te bevoordeel hou weer in dat sekere persone wat aan daardie groep behoort onregverdig bevoordeel sal word bo ander kandidate omdat hulle nie werklik in die verlede benadeel is nie.⁷² Met ander woorde persone wat nie noodwendig as lid van 'n benadeelde groep gesien word nie word dan onregmatig teen gediskrimineer op grond van ras of geslag.

Dupper e.a. meen egter dat daar weerlegbaar vermoed kan word dat persone wat aan die aangewese groepe behoort wel in die verlede benadeel is en gevolglik vir spesiale voorkeur kan kwalifiseer.⁷³

Die kritiek teen hierdie benadering is dat die klem fokus op benadeling. Benadeling kom egter nie net voor weens diskriminasie nie, maar is 'n algemene verskynsel van lae sosio-ekonomiese ontwikkeling. Die probleem wat dus volg hou in dat daar altyd een groep bo 'n ander groep bevoordeel sal word wat dan tot gevolg het dat 'n nuwe "voorheen-benadeelde groep" geskep sal word. Dit kan dus maklik tot sogenaamde "reverse discrimination" lei.⁷⁴

'n Tweede probleem wat hiermee verband hou is dat daar selfs binne die voorheen bevoordeelde groepe, individue bestaan wat ook weens lae sosio-ekonomiese omstandighede nie dieselfde geleenthede gehad het as diegene wat beter omstandighede gehad het nie. Hierdie benadering spreek dus nie die ware probleem

⁷¹ Dupper e.a. 2004: 264.

⁷² Dupper e.a. 2004: 264.

⁷³ Dupper e.a. 2004: 264.

⁷⁴ Sien hierbo hoofstuk 3 par. 3 die bespreking van die remediërende doel van regstellende aksie. Sien ook Currie en De Waal 2005: 264.

aan nie naamlik onder-ontwikkeling en die verbetering van sosio-ekonomiese omstandighede.

Laastens hou hierdie benadering in dat daar nie werklik 'n tydsbeperking vasgestel kan word nie. Op watter punt kan daar gesê word dat diegene wat voorheen benadeel is nou voldoende bevoordeling ontvang het? Suid-Afrika is reeds twaalf jaar 'n demokratiese land en die aantal persone wat deur die verlede benadeel is word al hoe minder en gevolglik sal hierdie redenasie binnekort nie meer veel gewig dra nie.

5.1.2 Grade van benadeling

Die tweede vraag gaan oor die sogenaamde hiërargie of grade van benadeling onder die aangewese groepe. Volgens die uitspraak in die Crotz-saak wil dit voorkom asof dit onregmatig is om so hiërargie te skep.⁷⁵ Volgens Du Toit e.a. wil dit voorkom dat die saak van Durban Metropolitan Council (Parks Department) and SAMWU obo Lootzy⁷⁶ egter bepaal het dat dit wel regmatig is om 'n hiërargie van benadeeldes te bepaal.⁷⁷

Die vraagstuk het eerste na vore gekom in die saak van Motala and another v University of Natal waar 'n Indiërstudent toelating tot mediese onderrig by die universiteit geweier is op grond daarvan dat hulle slegs veertig Indiërstudente gaan toelaat.⁷⁸ Die rede is om meer swart studente toe te laat omdat hulle in die verlede meer benadeel is. Die hof het beslis dat dit nie onbillike diskriminasie uitmaak nie.⁷⁹

Die Wet maak egter geensins direk melding van 'n sogenaamde hiërargie van benadeling nie. Die howe het self sodanige hiërargie geskep. Pretorius e.a. meen "it

⁷⁵ Crotz v Worcester Transitional Local Council: 825.

⁷⁶ (1998) 7 ARB 6.9.5.

⁷⁷ Du Toit e.a. 2003b: 22.

⁷⁸ Motala and another v University of Natal 1995 (3) BCLR 374 (D).

⁷⁹ Motala and another v University of Natal: 383:

"While there is no doubt whatsoever that the Indian group was decidedly disadvantaged by the apartheid system, the evidence before me establishes clearly that the degree of disadvantage to which African pupils were subjected under the "four tier" system of education was significantly greater than that suffered by their Indian counterparts."

does not seem advisable, or indeed possible, to attempt any abstract ranking of different forms of disadvantage in order to devise an order of preference regarding designated groups.”⁸⁰

Gevolgtlik ontstaan die vraag of ‘n werkgewer wie se indiensnemingsbeleid voorsiening maak vir so hiërargie die gevaar loop om diskriminerend op te tree?

In die McInnes-saak het Technikon Natal se beleid as volg bepaal:

“[t]he Technikon defines Affirmative Action as the upliftment and advancement of all previously disadvantaged communities by seeking to address the imbalances of the past. The first disadvantaged community to be considered at Technikon Natal is the African community (indigenous people who were here before European colonisation). Other disadvantaged communities include, amongst others, Indians, Coloureds, women and disabled people. The Technikon is committed to affirmative action as a policy to create a corporate culture of mutual acceptance, understanding, trust and respect amongst our people to redress the imbalances of the past. The initial aim is to reflect or achieve an acceptable representative distribution within all levels of the organisation.”⁸¹

Die definisie van regstellende aksie in die beleid is nie totaal verkeerd nie omdat dit wel beoog om die werkplek verteenwoordigend te maak. Die kritiek is egter teen die hiërargie wat geskep is. Die vraag wat ontstaan is waar eindig die verskeie grade van benadeling? Beteken dit dat ‘n blanke vrou met gestremdhede meer benadeel is as die van ‘n gewone Indiër vrou? Die redenasie het dus heelwat leemtes en raak gekompliseerd.

Die voorgestelde oplossing volgens Dupper e.a. is die konsep van ondervteenwoordiging wat ook bepleit word deur Darcy du Toit.⁸²

⁸⁰ Pretorius e.a. 2006: Par. 9.3.1.

⁸¹ McInnes v Technikon Natal [2000] 6 BLLR 701 (LC): 712.

⁸² Dupper e.a. 2004: 266; Du Toit e.a. 2006: 577.

5.2 Onderverteenwoordiging as beginpunt

Die ander denkrigting meen dat onderverteenwoordiging van 'n spesifieke groep of individu eerder die maatstaf is om te bepaal of regstellende aksie toegepas moet word in 'n spesifieke werkplek. Die fokus is dus nie welke groep of individu die meeste benadeel is nie, maar eerder welke groepe of persone is onderverteenwoordig met inagneming van die demografie van daardie streek en die nasionale demografie.

Hierdie denkrigting is waarskynlik die mees korrekte benadering omdat dit nie pertinent 'n diskriminerende karakter het nie en dit meer in lyn is met die doel van die Wet.

Die Wet dien as 'n instrument wat gebruik moet word om prakties te voorsien dat transformasie plaasvind in die werkplek. Hiervoor stem die doel van die Wet ook ooreen met die bevorderingsdoelwit van regstellende aksie. Artikel 2 van die Wet bepaal:

“The purpose of this Act is to achieve equity in the workplace by-

- (a) promoting equal opportunity and fair treatment in employment through the elimination of unfair discrimination; and
- (b) implementing affirmative action measures to redress the disadvantages in employment experienced by designated groups, in order to ensure their equitable representation in all occupational categories and levels in the workforce.”⁸³

Die doel van die Wet word reeds voorafgegaan en aangevul deur die voorrede wat ook in lyn is met die bevorderingsdoelwit van regstellende aksie.⁸⁴

Die Wet bepaal ook verder dat regstellende aksie maatreëls die volgende ten doel het:

⁸³ Wet 55/1998: artikel 2.

⁸⁴ Wet 55/1998: “...promote the constitutional right of equality and the exercise of true democracy; eliminate unfair discrimination in employment; ensure the implementation of employment equity to redress the effects of discrimination; achieve a diverse workforce broadly representative of our people; promote economic development and efficiency in the workforce; and give effect to the obligations of the Republic as a member of the International Labour Organisation,”

“that suitably qualified people from designated groups have equal employment opportunities and are equitably represented in all occupational categories and levels in the workforce of a designated employer.”⁸⁵

Hierdie artikel bepaal dus duidelik dat regstellende aksie maatreëls ten doel moet hê om die werkplek verteenwoordigend te maak. Met die toepassing van hierdie benadering is daar egter twee belangrike sake wat aandag moet geniet.

Eerstens moet onderverteenwoordiging bloot gesien word as die beginpunt vir die toepassing van gelyke indiensneming en nie die deurslaggewende of enigste faktor nie. Dit Wet bepaal dat die werkplek “equitably represented”⁸⁶ sal wees wat inhou dat ander billikheidsfaktore ook in oorweging moet kom. Wanneer ‘n werkgewer dus ‘n gelyke indiensnemingsplan opstel om ongelykhede te elimineer sal hy dus eerstens moet vasstel of en tot watter mate die verskeie beroepskategorieë en –vlakke onderverteenwoordig is. Hiermee saam moet hy dan ook ander faktore oorweeg soos:⁸⁷

- a) die demografiese profiel van die nasionale en streeksbevolking wat ekonomies aktief is
- b) die poel van toepaslik gekwalifiseerde werknemers⁸⁸
- c) ekonomiese en finansiële faktore wat relevant is tot die spesifieke sektor
- d) ekonomiese en finansiële omstandighede van die werkgewer
- e) die getal vakante poste en die omset van personeel.

⁸⁵ Wet 55/1998: artikel 15(1).

⁸⁶ Wet 55/1998: artikel 15(1).

⁸⁷ Wet 55/1998: artikel 42(a).

⁸⁸ Dit kan moontlik wees dat sekere groepe nie tradisioneel sekere beroepe sal volg nie. Byvoorbeeld daar sal aansienlik minder vroue in die konstruksie bedryf wees en moontlik minder mans in sekretariële poste. Gevolglik kan die voorkeur van werknemers ook ‘n relevante faktor wees wat met die poel van beskikbare kandidate verband hou. Dit laat egter nie die deur oop vir werkgewers om te stereotipeer oor watter tipe werk by sekere groepe pas of nie. Die probleem is dus baie gekompliseerd omdat dit maklik kan lei tot diskriminasie. Daar moet dus bloot daarop gelet word dat alle beroepsvlakke en kategorieë nie noodwendig verteenwoordigend sal wees nie, maar daar moet ook nie ‘n absolute struikelblok geplaas word voor diegene wat wel in sulke poste wil werk nie.

Tweedens moet die begrip “billike verteenwoordiging” daadwerklik voorsiening maak vir die verteenwoordiging van alle aangewese en nie-aangewese groepe. Die grootste kritiek teen die Wet is dat dit eksklusiewe beskerming bied deurdat daar slegs vir aangewese groepe voorsiening gemaak word. Blanke mans en ander minderheidsgroepe kry dus geensins bevordering ingevolge die Wet nie.

In die tydperk van 2004-2005 het statistieke getoon dat daar wel nie voldoende verteenwoordiging is van aangewese persone in die meer professionele beroepe en hoër beroepsvlakke nie.⁸⁹ Die rede hiervoor kan moontlik wees dat daar nog nie voldoende opleiding beskikbaar is nie en/of dat die poel van gekwalifiseerde werknemers in daardie kategorieë en vlakke te klein is. Ter selfder tyd is daar egter ook ‘n groot onderverteenvoording van nie-aangewese werkers op die laer vlakke en minder professionele beroepe. Sou die Wet dan nie voorsiening maak dat hierdie dissonansie reggestel word nie, kan dit binnekort gebeur dat nie-aangewese groepe al hoe meer uit die arbeidsmark geskuif sal word omdat daar nie vir hulle voorsiening gemaak word op lae of hoër beroepsvlakke en –kategorieë nie.

Dit is dus nodig dat die doel van die Wet se fokus wyer gemaak sal moet word sodat alle groepe ingesluit sal wees. Om dus meer in lyn te kom met die verteenwoordiging van alle groepe persone word daar aanbeveel dat artikel 2(b) as volg gewysig moet word:

“implementing affirmative action measures to redress the imbalances in employment experienced by unrepresented groups, in order to ensure their equitable representation in all occupational categories and levels in the workforce.”

Indien die Wet vir die bevordering en die beskerming van alle groepe voorsiening maak sal die gevolg wees dat die Wet dan moontlik ‘n ewigdurende riglyn ten opsigte van indiensneming kan word.

Die verdere gevolg van so ‘n wysiging sal wees dat werkgewers wie se werkplek oorverteenvoording word deur byvoorbeeld swart vrouens genoop sal wees om persone van ander aangewese groepe en nie-aangewese groepe in diens te neem. Dit moet

⁸⁹ “Employment Equity Analysis of Reports” van 2005 soos opgestel deur die Departement van Arbeid. Sien bylaag C.

egter nie gesien word as 'n streng kwota wat gevolg moet word nie, maar bloot 'n beginpunt in die vraag na onderverteenvoordiging en of regstellende aksie nodig mag wees.

Die onderverteenvoordiging benadering moet nie gesien word as 'n minder effektiewe manier om die benadeling van die verlede aan te spreek nie. Die voordeel van hierdie benadering is dat dit in elke geval tot gevolg sal hê dat voorheen benadeelde persone en groepe bevorder en beskerm sal word. Dit los ook die probleem op van grade van benadeling. Verder sal dit verhoed dat sekere groepe persone uitgesluit sal wees en outomaties 'n negatiewe houding teenoor gelyke indienseneming inneem.

Die Wet moet dus gebruik word as 'n instrument om transformasie te bevorder deur onderverteenvoordiging reg te stel sodat daar billike verteenvoordiging van alle groepe persone sal wees ongeag of hulle deel is van aangewese of nie-aangewese groepe.

6. Vereistes vir die billike toepassing van regstellende aksie in die werkplek

Voordat daar gefokus kan word op wat die vereistes is vir die billike toepassing van regstellende aksie in die werkplek, is dit eers nodig om aandag te gee aan die volgende belangrike sake.

Eerstens is dit nie noodsaaklik om die billikheid van 'n aanstelling te bewys in gevalle waar 'n persoon van die aangewese groepe op meriete aangestel word nie. Die rede daarvoor is dat die aanstelling wel die beste een is en geen ander kandidaat sal werklik daarteen kan beswaar maak nie. Dit word slegs 'n vereiste sodra dit 'n regstellende aksie aanstelling of bevordering is omdat regstellende aksie prima facie diskriminerend van aard is.

Tweedens moet daar gelet word op die vermoede dat daar 'n onderskeid is tussen algemene regstellende aksie maatreëls ingevolge artikel 9(2) en spesifieke regstellende aksie maatreëls soos gelyke indienseneming ingevolge die Wet.⁹⁰

⁹⁰ Sien die bespreking hierbo hoofstuk 3 par. 2 & 3.

Derdens moet daar ook 'n onderskeid gemaak word tussen die Wet self as 'n metode of instrument om diversiteit in die werkplek te bevorder en die werklike toepassing van die Wet deur die aanstellings en bevorderings wat gemaak word met transformasie as doel. Alhoewel die bepalings van die Wet geregverdig kan word aan die hand van artikel 9(2) en artikel 36 van die Grondwet kan die arbitrêre toepassing van die Wet steeds lei tot onbillike diskriminasie. Dit is belangrik om hierdie onderskeid in ag te neem in die lig van die verskeie uitgangspunte wat ontstaan het rondom die vereistes vir die billike toepassing van regstellende aksie.

Laastens moet daar ook opgelet word dat daar sekere ooreenkomste bestaan tussen die faktore wat oorweeg word vir die toepassing van regstellende aksie en die faktore wat gebruik word om onbillike diskriminasie te bepaal.⁹¹

Daar kan onderskei word tussen 'n billikheidsbenadering, die interne toets benadering en die statutêre benadering.

6.1 Billikheidsbenadering

Pretorius e.a. het in die 2001 uitgawe van "Employment Equity Law" rasionaliteit, billikheid en regverdigheid neergelê as vereistes vir die billike toepassing van regstellende aksie.⁹²

Dit is weens die diskriminerende effek wat regstellende aksie kan hê op nie-aangewese groepe dat dit nodig is om hierdie vereistes te oorweeg by die indiensneming en bevordering van werknemers. Regstellende aksie is bedoel om substantiewe gelykheid te bevorder. Die rede hoekom hierdie vereistes ontwikkel is, is omdat artikel 9(2) in

⁹¹ Vergelyk hoofstuk 2.

⁹² Pretorius e.a. 2001: hoofstuk 9. (In die 2006 uitgawe van "Employment Equity Law" word daar in hoofstuk 9 meer gefokus op die Van Heerden-saak of te wel die interne-toets benadering. Die 2001 uitgawe is 'n verouderde siening, maar is steeds van belang vir hierdie studie om die vergelyking te tref met ander uitgangspunte en te bewys dat die billikheidsbenadering wel 'n geskikte model is om te gebruik).

werklikheid net die legitimiteit vir die regstellende optrede bepaal het.⁹³ Om dus volkome aan substantiewe gelykheid gehoor te gee moet daar ook billikheid en proporsionaliteit wees. Hierdie vereistes verseker dus dat die hele artikel 9 saamgelees word om sodoende te verseker dat regstellende aksie nie te breed of selfs onbillik toegepas sal word nie.⁹⁴

Die posisie het egter verander weens die uitspraak in die Van Heerden-saak, maar die vereistes word steeds bespreek vir volledigheidsonthalwe om sodoende 'n vergelyking te kan tref met die huidige posisie.⁹⁵

a) Rasionaliteit⁹⁶

Volgens Pretorius e.a. behels rasionaliteit met betrekking tot regstellende aksie dat die voorkeurbehandeling van die een groep 'n logiese verbintenis moet hê met die doel om persone of 'n sekere groep persone te bevorder as gevolg van die benadeling wat onbillike diskriminasie veroorsaak het.⁹⁷ Die probleem wat egter volg is dat werkgewers baie maklik arbitrêr kan optree. Om dit te vermy moet werkgewers behoorlike maatreëls tref om dit te voorkom.

“What is confirmed is that an employer cannot appoint blacks, females or disabled people at the expense of qualified white males and simply say that it is acting fairly because the appointees are black, female or disabled. Such appointments must be shown (and the onus rests on the employer) to be a rational means of attaining the objective of affirmative action...”⁹⁸

⁹³ Pretorius e.a. 2001: par. 9.1.

⁹⁴ Pretorius e.a. 2001: par. 9.1.

⁹⁵ In die 2006 uitgawe van “Employment Equity” bespreek Pretorius e.a. die huidige posisie soos ontwikkel is uit die Van Heerden-saak.

⁹⁶ Sien ook Coetzer and others v Minister of Safety and Security and another (2003) 24 ILJ 163 (LC) en Stoman v Minister of Safety and Security (2002) 23 ILJ 1020 (T):1031 H.

“There must indeed be a rational connection between the measures and the aim they are designed to achieve.”

⁹⁷ Pretorius e.a. 2001: Par. 9.2. Stoman v Minister of Safety and Security (2002) 23 ILJ 1020 (T).

⁹⁸ Grogan 1997: 2.

Die hof het ook in *McInnes v Technicon Natal* bevestig dat die onus op die werkgewer rus om rasionaliteit te bewys.⁹⁹ Die hof bepaal verder dat daar behoorlik oorweging geskenk moet word aan die indiensnemingsbeleid as deel van die ondersoek na die bewyslas. Die werkgewer behoort homself dus te kan beskerm indien hy 'n behoorlike indiensnemingsbeleid of plan het. In die afwesigheid van so plan kan dit moontlik tot gevolg hê dat regstellende aksie arbitrêr toegepas word.¹⁰⁰

'n Werkgewer moet egter nie net die plan in plek hê nie, maar hy sal moet bewys dat hy ooreenkomstig sy gelyke indiensnemingsplan optree om rasionaliteit te bewys. In die *Harmse*-saak het die hof beslis dat die gelyke indiensnemingsplan 'n legitieme verwagting skep dat die werkgewer dienooreenkomstig sal optree.¹⁰¹ Sou hy dus nie daarvolgens optree nie, sal hy goeie redes moet aantoon hoekom hy nie die plan gevolg het nie.

b) Billikheid¹⁰²

Die ondersoek na billikheid behels grootliks 'n ondersoek na die belange van die benadeelde.¹⁰³ Die gevolg is dat elke persoon wat dus benadeling beweer 'n feitevraag laat ontstaan wat 'n individuele ondersoek behels en nie bloot 'n vae ondersoek gemeet aan groepsbelange nie. Die standaard van die toets is verder gesetel in die vraag of dit die grondwetlike belange van gelykheid dien.¹⁰⁴

⁹⁹ *McInnes v Technicon Natal*: 710.

¹⁰⁰ *Public Servant's Association v Minister of Justice* 1997 5 BCLR 577 (T).

¹⁰¹ *Harmse v City of Cape Town*: 1146.

¹⁰² *Pretorius e.a.* 2001: Par. 9.3.

¹⁰³ *President of the Republic of South Africa v Hugo*: 730:

“To determine whether that impact was unfair it is necessary to look not only at the group who has been disadvantaged but at the nature of the power in terms of which the discrimination was effected and, also at the nature of the interests which have been affected by the discrimination.”

¹⁰⁴ *President of the Republic of South Africa v Hugo*: 729.

Volgens Pretorius e.a. moet die volgende faktore oorweeg word: die posisie van die benadeelde in die samelewing, die doel van die regstellende aksie maatreël en die mate waarin die benadeelde se regte en belange aangetas word deur die regstellende aksie maatreëls.¹⁰⁵

Die praktiese ondersoek behels dus om te kyk na die weerbaarheid van die benadeeldes hetsy hulle aan aangewese groepe behoort of nie. Verder moet die posisie van die benadeelde nie net gemeet word aan praktyke van die verlede nie, maar ook aan die huidige praktyke.¹⁰⁶ Dit sal volgens Pretorius e.a. verhoed dat 'n veralgemening sal ontstaan dat alle blanke mans byvoorbeeld in die verlede bevoordeel is.¹⁰⁷

Die doel van die regstellende aksie maatreël is verder 'n feitevraag wat volgens Pretorius e.a. in elke geval oorweeg moet word en dit kan nie net as billik geag word in die lig van die algemene doel wat regstellende aksie wil bereik nie.¹⁰⁸

Die mate waarin die benadeelde se regte en belange aangetas word deur die regstellende aksie maatreëls dui daarop dat hoe meer diskriminerend daar opgetree word hoe meer onbillik sal dit wees.¹⁰⁹

c) Regverdigbaarheid¹¹⁰

Regverdigbaarheid vereis hoofsaaklik dat die diskriminerende optrede van die werkgewer moet voldoen aan die vereistes van artikel 36 van die Grondwet.¹¹¹ Volgens

¹⁰⁵ Pretorius e.a. 2001: Par. 9.3.1- 9.3.3. Sien ook Woolworths (Pty) Ltd v Whitehead [2000] 6 BLLR 640 (LAC): par. 124.

¹⁰⁶ Pretorius e.a. 2001: Par. 2.6.2.2.

¹⁰⁷ Pretorius e.a. 2001: Par. 9.3.1.

¹⁰⁸ Pretorius e.a. 2001: Par. 9.3.2.1.

¹⁰⁹ Pretorius e.a. 2001: Par. 9.3.3.

¹¹⁰ Pretorius e.a. 2001: Par. 9.4.

¹¹¹ Die Grondwet: artikel 36(1): "Die regte in die Handves van Regte kan slegs kragtens 'n algemeen geldende regsvoorskrif beperk word in die mate waarin die beperking redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid, met inagneming van alle tersaaklike faktore, met inbegrip van-

Pretorius e.a. sal hierdie fase 'n ondersoek na proporsionaliteit vereis deur 'n afweging van belange en die oorweging van die faktore in artikel 36 van die Grondwet.¹¹²

6.2 Die interne toets benadering

Soos vroeër bespreek is hierdie benadering geformuleer in die Van Heerden-saak.¹¹³ Die vereistes wat die hof in hierdie geval neergelê het is dat die maatreël eerstens fokus op persone of kategorieë persone wat voorheen benadeel is weens onbillike diskriminasie. Tweedens moet die maatreël ontwerp wees om hierdie persone te beskerm of te bevorder. Laastens moet die maatreëls bydra tot die bereiking van gelykheid.

Volgens Currie en De Waal sal 'n maatreël wat differensieer op grond van enige gelyste gronde nie onbillike diskriminasie wees indien daar bewys kan word dat hierdie maatreël 'n regstellende aksie maatreël is nie.¹¹⁴ Die doel is dus die bereiking van gelykheid en daarom is dit nie onbillik om voorheen bevoordeelde persone ongelyk te behandel nie.¹¹⁵

Dit wil voorkom asof hierdie benadering voorsiening maak vir enige algemene regstellende aksie maatreël. Vir die arbeidsmark sal dit beteken dat 'n werkgewer enige toepaslik gekwalifiseerde persoon van die aangewese groepe moet aanstel indien die aanstelling slegs voldoen aan die bogenoemde drie vereistes.

Daar bestaan egter heelwat kritiek teen hierdie benadering. Soos vroeër bespreek is hierdie benadering gefokus op benadeling en nie onderverteenvoordiging nie.

-
- (a) die aard van die reg;
 - (b) die belangrikheid van die doel van die beperking;
 - (c) die aard en omvang van die beperking;
 - (d) die verband tussen die beperking en die doel daarvan; en
 - (e) 'n minder beperkende wyse om die doel te bereik."

¹¹² Pretorius e.a. 2001: Par. 9.4.1.

¹¹³ Minister of Finance and another v Van Heerden: par. 37.

¹¹⁴ Currie en De Waal 2005: 265.

¹¹⁵ Currie en De Waal 2005: 265.

Tweedens maak hierdie benadering geensins voorsiening vir billikheid nie. Dit kan dus lei tot onbillike regstellende aksie weens die arbitrêre aard wat dit aanneem.

Hierdie benadering voldoen ook bloot aan die rasionaliteit vereiste of daar word aangeneem dat artikel 9(2) oor 'n tipe interne billikheidskriteria beskik.¹¹⁶

Alhoewel die bepalings van die Wet voldoen aan artikel 9(2) kan dit steeds gebeur dat die toepassing van hierdie bepalings tot onbillikheid kan lei. Die geldigheid van hierdie toets word dus betwyfel in die lig van enige moontlike arbitrêre toepassing daarvan. Met hierdie toets is dit selfs moontlik dat 'n kwota-sisteem goedgekeur kan word omdat so 'n stelsel wel aan die drie vereistes voldoen. Dit is inderdaad moeilik om te sien hoe billikheid nie deel kan vorm van die bevordering van substantiewe gelykheid in die werkplek nie.¹¹⁷

6.3 Die statutêre benadering

Volgens Du Toit e.a. word die billikheid van diskriminerende gedrag deur die werkgewer bepaal deur van die bepalings van die Wet op Gelyke Indiensneming in artikel 6 gebruik te maak.¹¹⁸ Volgens hierdie siening is die toetsing van billike diskriminasie by indiensneming nie dieselfde as die toetsing daarvan in grondwetlike sake nie. Volgens hierdie siening het die Grondwethof in die meeste gevalle die billikheid van wette bepaal en die arbeidshowe is meer gefokus op die maatreëls wat gebruik is deur werkgewers by indiensneming in die lig van die Wet.¹¹⁹

Volgens Du Toit e.a. word die billikheid van diskriminasie in die werkplek bloot getoets deur gebruik te maak van die bepalings van die Wet.¹²⁰

¹¹⁶ Pretorius e.a. 2006: par. 9.3.4. en Minister of Finance & another v Van Heerden: par. 42.

“[t]he text requires only that the means should be designed to protect or advance. It is sufficient if the measure carries a reasonable likelihood of meeting the end”

¹¹⁷ Pretorius e.a. 2006: par. 9.3.4.

¹¹⁸ Du Toit e.a. 2006: 596-598.

¹¹⁹ Du Toit e.a. 2006: 593.

¹²⁰ Du Toit e.a. 2006: 596.

Onbillike diskriminasie word vasgestel indien dit op enige van die verbode gronde plaasvind ingevolge artikel 6(1) van die Wet.¹²¹ Ongelyste gronde kan ook lei tot onbillik diskriminasie deur 'n ondersoek in te stel na die belange van die benadeelde.¹²² Sodra daar dan op een van hierdie gronde gediskrimineer word is dit onbillik tensy dit billik bewys word.

Die statutêre benadering verskil egter van die billikheidsbenadering se regverdiging van die werkgewer se optrede. Volgens die billikheidsbenadering word vereis dat die faktore in artikel 36 oorweeg moet word terwyl die statutêre benadering slegs vereis dat dit moet voldoen aan artikel 6(2).¹²³

Gevolgtik sal 'n onbillike diskriminerende handeling van 'n werkgewer geregverdig kan word indien dit 'n regstellende aksie maatreël is of geregverdig kan word as 'n inherente werksvereiste.¹²⁴ Daar word dus nie apart getoets vir die billikheid van die optrede nie. Volgens Du Toit e.a. word die vraag na billikheid en regverdigbaarheid nie geskei soos by die billikheidsbenadering nie, maar word gekombineer deur bloot die beweerde onbillikheid op te weeg teen die verweer van die werkgewer.¹²⁵

Die kritiek teen hierdie toets is dat alhoewel 'n regstellende aksie maatreël billik en regverdig mag wees kan die toepassing van so 'n maatreël steeds onbillik en onregverdig wees. Tans word regstellende aksie toegepas om slegs aangewese groepe te bevorder en dit word meestal gedoen op grond van benadeling as grondslag.

Na aanleiding van die bewoording van die Wet in artikel 2 wat die doel uiteensit en artikel 15 wat regstellende aksie maatreëls definieer wil dit voorkom asof die Wet streef na die gelyke verteenwoordiging van aangewese groepe.

¹²¹ Du Toit e.a. 2006: 585.

¹²² Du Toit e.a. 2006: 592.

¹²³ Du Toit e.a. 2006: 596.

¹²⁴ Wet 55/1998: artikel 6(2).

¹²⁵ Du Toit e.a. 2006: 596.

Die probleem lê dus daarin dat die bepalings van die Wet en die toepassing daarvan met mekaar verskil. Gevolglik sal die Wet voorsiening moet maak vir alle groepe en die howe sal die Wet korrek moet interpreteer en toepas.

Sou die Wet dus toegepas word met die oog op verteenwoordiging van alle groepe en nie net die bevordering van aangewese groepe weens hul vorige benadeling nie, kan hierdie statutêre benadering gevolg word om die billikheid te bepaal van regstellende aksie maatreëls.

Weens die leemtes in die Wet sowel as die verkeerde toepassing en interpretasie van die Wet deur die howe is die billikheidsbenadering waarskynlik die meer billike een om te volg. Al drie bogenoemde benaderings is nie noodwendig verkeerd nie, maar dit is verkieslik dat 'n kombinasie van al drie gevolg moet word.

Die interne toets skep die basis om regstellende aksie maatreëls daar te stel; naamlik die rasionaliteitsvereiste. Hiermee saam sal daar egter steeds getoets moet word of die maatreël billik is en of dit regverdigbaar is.

Die statutêre benadering moet ook nie heeltemal afgeskryf word nie, maar indien die Wet gewysig sal word deur alle groepe te beskerm, skep die Wet 'n goeie uitgebreide model om gelykheid te bevorder soos die Grondwet beoog. Daar sal egter steeds in hierdie geval getoets moet word vir billikheid of die Wet self moet billikheidskriteria neerlê, omdat die toepassing van die Wet steeds onbillik of arbitrêr kan wees.

7. Verdere billikheidskwessies

Daar bestaan sekere faktore wat 'n groot vraagteken laat oor die billike toepassing van regstellende aksie in die werkplek. Dit behels die ekonomiese oorwegings van werkgewers, die tydsduur van regstellende aksie en die vrae rondom meriete-aanstellings en kwota-aanstellings.

7.1. Ekonomiese oorwegings

Die Wet bepaal dat wanneer daar ondersoek ingestel word na die nakoming van die Wet deur werkgewers moet daar ook ag geslaan word op die ekonomiese en finansiële faktore wat relevant is tot daardie sektor sowel as die ekonomiese en finansiële omstandighede van die werkgewer.¹²⁶

Omdat regstellende aksie nie net werknemers raak nie is dit net regverdig om die werkgewer se posisie as 'n verdere faktor te oorweeg om voorsiening te maak dat alle persone gelyk behandel moet word en partye nie onnodig belas word nie. 'n Probleem wat veral ontstaan is dat 'n werkgewer nie poste vakant kan hou totdat 'n geskikte kandidaat van die aangewese groepe in diens geneem word nie.¹²⁷ Die gevolg is onproduktiwiteit en oneffektiwiteit van die organisasie.

In die lig hiervan meen Rycroft dat “[e]ven before the Employment Equity Act, it had become an accepted corporate norm that there should be an affirmative action policy; the earlier debates on the ideology, difficulties and merits of these policies had given way to a widely held perception that it was now an economic imperative for an institution or corporation to have a functioning and effective affirmative action policy. The economic imperative is stressed because for many businesses and organizations, contracts and funding depends, or shortly will depend, on an affirmative action policy.”¹²⁸

Die toestaan van veral staatskontrakte word tans onderhewig gestel aan die nakoming van die Wet.¹²⁹ Die werkgewer kan dus in twee opsigte benadeel word naamlik, indien die werkgewer oneffektiewe werknemers in diens stel net vir die blote feit om sy getalle verteenwoordigend genoeg te maak.¹³⁰ Die tweede geval is die weiering van

¹²⁶ Wet 55/1998: artikel 42(a)(iii) en (iv).

¹²⁷ Coetzer & others v Minister of Safety & Security & another [2003] 2 BLLR 173 (LC).

¹²⁸ Rycroft 1999: 1413.

¹²⁹ Wet 55/1998: artikel 53.

¹³⁰ Dit is vir hierdie rede dat ondervteenwoordiging nie die enigste faktor is wat oorweeg moet word by die toepassing van regstellende aksie in die werkplek nie. Dit is bloot die beginpunt en nie die eindpunt nie.

staatskontrakte omdat sekere vereistes ten opsigte van regstellende aksie nie nagekom is nie.

Volgens Barker is regstellende aksie basies 'n verlaging van standarde met die doel om meer kandidate 'n kans te gun. Barker meen dat die tydperk wat standarde verlaag word vir die doel van regstellende aksie sal 'n belangrike rol speel ten opsigte van die ekonomiese impak wat regstellende aksie kan veroorsaak. Die gevolg is dat hoe langer die standarde verlaag word hoe groter is die waarskynlikheid dat die organisasie benadeel kan word.¹³¹

'n Werkgewer sal dus 'n aanstelling kan maak wat aanvanklik nie vir hom die beste is nie, maar wat op die lange duur vir alle partye voordelig sal wees. In hierdie geval ontstaan die vraag ook tot welke mate het 'n werkgewer nog diskresie om 'n persoon aan te stel op grond van die feit dat die persoon 'n goeie kliënte basis het of oor die vaardighede beskik wat vir 'n werkgewer 'n ekonomiese voordeel gaan inhou?

Ekonomiese oorwegings is nie noodwendig 'n verweer vir die nie-nakoming van die werkgewer se verpligtinge nie, maar bloot 'n enkele faktor wat oorweeg moet word by die aanstelling van 'n kandidaat.

7.2. Die tydsduur van regstellende aksie

Die vraag oor die tydsduur van regstellende aksie word reeds lank gevra maar geen duidelike antwoord word gegee nie. Die belangrikheid hiervan is daarin gesetel dat hoe langer regstellende aksie voortduur hoe meer waarskynlik sal die arbitrêre aard daarvan teenoor sekere groepe na vore kom.

Die hof het onder andere in *Public Servants Association of SA v Minister of Justice*¹³² bevind dat regstellende aksie maatreëls nie verder behoort te gaan as wat nodig is om ongelykhede uit te wis nie. Gevolglik mag werkgewers nie onbeperk persone van die nie-aangewese groepe benadeel nie.

¹³¹ Barker 1999: 265-266.

¹³² 1997 18 ILJ 241 (T).

In *United Steelworkers of America v Weber* het die hof die tydperk wat regstellende aksie toegepas moet word deur middel van indiensnemingsplanne beskryf as 'n tydelike en beperkte maatreël wat afwyk van die meriete beginsel.¹³³

In *George v Liberty Life* het die hof ook verklaar dat regstellende aksie gesien moet word as 'n tydelike maatreël omdat dit bloot 'n maatreël is en nie 'n "waarde" of 'n "reg" nie.¹³⁴ Volgens Dupper e.a. maak die Grondwet in artikel 9 gebruik van die term "maatreëls" wat dui daarop dat dit tydelik en pragmaties is.¹³⁵ Hierteenoor is 'n "waarde" of 'n "reg" ewigdurend.¹³⁶

Die hof het in *George v Liberty Life* verder beslis dat regstellende aksie nodig is "until a state of general equality has been achieved" en "fair representation of all sectors of South African society at all levels and in all fields in proportion to their presence in the population " bereik word.¹³⁷

'n Belangrike gevolgtrekking wat gemaak kan word is dat regstellende aksie nie tyd gebonde is nie, maar eerder resultaat gebonde.¹³⁸ Dit kan verder nie ewigdurend wees nie aangesien dit 'n blote maatreël is en nie 'n "waarde" of 'n "reg" opsigself nie. Gevolglik sal regstellende aksie nie meer nodig wees sodra die arbeidsektor meer verteenwoordigend is van alle groepe en gelykheid bereik is nie. Die vraag is dan oop of meriete-aanstellings die algemene riglyn vir indiensneming sal word sodra diè resultaat bereik is?

¹³³ 443 US 193 (1979): "The plan is acceptable to the court insofar as it is flexible, is not an absolute bar to employment of persons who are not in the target group and it has a limited duration. According to this interpretation, affirmative action is thus a temporary and limited departure from the merit principle in order to eliminate racial imbalance in the workforce."

¹³⁴ *George v Liberty Life*: 987en 1006: "[a]ffirmative action was not a value in itself but a procedure or means to an end..."

¹³⁵ Dupper e.a. 2004: 282.

¹³⁶ Sien hieronder hoofstuk 5 die bespreking van regstellende aksie as 'n reg of 'n verweer.

¹³⁷ *George v Liberty Life*: 1008.

¹³⁸ Dupper e.a. 2004: 262.

Die tydperk van regstellende aksie het onlangs groot debat ontlok toe daar versoek is dat die Wet heroorweeg of geskrap moet word omdat die effek van die Wet is dat Suid-Afrika te veel vaardige werknemers verloor.¹³⁹ Die Minister van Arbeid, Mnr. Mdladlana, het egter die skraping van die Wet skerp gekritiseer weens die gebrek van werkgewers om ongelykhede te verwyder.

Hierop het hy gesê dat "(c)ontrary to Parliamentary calls by opposition Democratic Alliance (DA), affirmative action and current employment equity legislation would never be repealed but would be intensified instead."¹⁴⁰ In die woorde van die Bussiness Report word die afleiding gemaak dat "without eternal affirmative action, black people will never be able to compete equally in a market free of state interference."¹⁴¹ So gesien is hierdie uitlating van die Minister niks minder as 'n belediging vir aangewese werknemers nie.

Om regstellende aksie maatreëls op 'n permanente basis toe te laat sal 'n skending wees van die ILO se beleid van regstellende aksie wat dit bloot sien as 'n tydelike maatreël om ongelykhede te verwyder.¹⁴² Die Minister se uitlatings wys egter daarop dat indien daar nie voldoende vordering gemaak word om onderverteenwoordiging aan te spreek nie sal die realiteit moontlik wees dat regstellende aksie 'n permanente verskynsel sal word.

7.3. Meriete-aanstellings teenoor kwota-aanstellings

Tradisioneel word meriete-aanstellings beskou as aanstellings waar die mees geskikte kandidaat die pos moet kry. Die probleem is egter dat daar weens verskeie redes nie billike verteenwoordiging is van alle groepe persone nie en meriete-aanstellings kan nie

¹³⁹ Quintal en Webb 2007.

¹⁴⁰ "Mdladlana: Affirmative-action here to stay": 2007.

¹⁴¹ "Affirmative action with no end in sight is twaddle": 2007.

¹⁴² ILO C111/1996: Artikel 136. "Once adopted, the special measures should be re-examined periodically, in order to ascertain whether they are still needed and remain effective. It should be borne in mind that such measures are clearly of a temporary nature inasmuch as their objective is to compensate for imbalances resulting from discrimination against certain workers or certain sectors."

noodwendig hierdie probleem aanspreek nie. Dit is juis om hierdie rede dat die Wet op Gelyke Indiensneming geskep is.

Die Wet bepaal in artikel 2(2)(b) dat dit onder andere ten doel het om die arbeidsektor billik verteenwoordigend te maak. Alhoewel die Wet nie uitdruklik 'n definisie gee vir "billike verteenwoordiging" nie bepaal artikel 42 dat daar sekere faktore is wat oorweeg moet word om te bepaal of die werkplek verteenwoordigend is.¹⁴³

Volgens Duppers e.a. dui hierdie faktore daarop dat dit hoofsaaklik gaan oor getalle en ook die omstandighede van die werkgewer.¹⁴⁴ In die lig van hierdie getalle moet daar egter onderskei word tussen kwotas en numeriese doelwitte.

Pretorius e.a. meen "[q]uotas' refer to all preferential techniques that have the effect of reserving all or a fixed percentage of job opportunities for designated groups."¹⁴⁵ In praktyk kan kwotas ontstaan deurdat werkgewers die werkplek verteenwoordigend laat lyk deur bloot persone aan te stel van die aangewese groepe sonder dat hulle toepaslik gekwalifiseerd is met die doel om sanksies te voorkom.

Alhoewel kwotas die nodige resultate bied skep dit veel meer probleme. Dit bied onder andere 'n ongewenste manier van remediëring, dit ondermyn die waarde van diegene wat daarby baat en dit maak die deur oop vir verdere vorme van diskriminasie.¹⁴⁶ Barker meen verder dat die gevolg van kwota-aanstellings werkstandaarde onnodig lank sal verlaag en verdere spanning onder rasse-groepe bevorder.¹⁴⁷

¹⁴³ Hierdie faktore sluit in die demografiese profiel van die ekonomiese aktiewe bevolking, die poel van toepaslik gekwalifiseerde aangewese groepe, ekonomiese en finansiële faktore wat die werkgewer en sy betrokke sektor mag beïnvloed, die getal vakante poste wat bestaan en verwag word, die vordering wat gemaak is ten opsigte van 'n gelyke indiënsneming sowel as die werklike pogings aangewend en die mate waartoe struikelblokke by indiënsneming verwyder is.

¹⁴⁴ Dupper e.a. 2004: 259.

¹⁴⁵ Pretorius e.a. 2006: Par. 9.3.4.

¹⁴⁶ Ellis 2005: 303.

¹⁴⁷ Barker 1999: 266.

Volgens Faundez sal kwota-aanstellings heelwat negatiewe gevolge veroorsaak weens die volgende redes: “[f]irst, because it is economically inefficient and could well

endanger the health and safety of a large number of persons. Second, because it generally involves excluding an otherwise qualified person, thus giving credibility to the allegation of reverse discrimination. And thirdly, because it is generally counter-productive as the individual who benefits from such 'token' appointment is often the target of open hostility and isolation among colleagues. Appointing or promoting unqualified persons is rejected because it contravenes the merit principle which requires that the best qualified be chosen. Since affirmative action involves preferential treatment for certain individuals, it would appear that it is inconsistent with the merit principle.”¹⁴⁸

Daar bestaan egter 'n verskil tussen kwotas en numeriese doelwitte. Volgens die Europese benadering lê die verskil tussen kwotas en numeriese doelwitte daarin dat kwotas 'n definitiewe verpligting op die werkgewer plaas en laasgenoemde bied 'n diskresie.¹⁴⁹

Artikel 15 van die Wet bepaal dat regstellende aksie maatreëls ook maatreëls is om billike verteenwoordiging te verseker.¹⁵⁰ Artikel 15(3) bepaal verder dat “[t]he measures referred to in subsection (2)(d) include preferential treatment and numerical goals, but exclude quotas.”

Volgens Pretorius e.a. is dit debatteerbaar of hierdie bepaling kwotas verbied.¹⁵¹ Artikel 15(3) bepaal bloot net dat kwotas nie regstellende aksie maatreëls is nie. 'n Werkgewer behoort dus steeds kwotas te kan gebruik. Dit skep dan veral 'n probleem omdat dit geregverdig kan word in terme van die toets van die Van Heerden-saak. Hierdie feit beklemtoon dus ook die belang daarvan om billikheid steeds deel te maak van die toets.

¹⁴⁸ Faundez 1994 ILJ:1191.

¹⁴⁹ Ellis 2005: 302.

¹⁵⁰ Wet 55/1998: artikel 15(2)(d)(i): “subject to subsection (3), measures to ensure the equitable representation of suitably qualified people from designated groups in all occupational categories and levels in the workforce.”

¹⁵¹ Pretorius e.a. 2006: Par. 9.3.4.

Nietemin speel numeriese doelwitte 'n belangrike rol ook met die opstel van gelyke indiensnemingsplanne. Tinarelli meen dat die belang van numeriese doelwitte daarin gesetel is dat dit eerstens die onderverteenvoordigde groepe meer verteenwoordigend maak en tweedens 'n behoorlike demografiese weerspieëling gee van die relevante gebied.¹⁵² Ellis meen verder dat numeriese doelwitte handig is om diversiteit te bevorder en ook vorige diskriminasie te elimineer.¹⁵³

Numeriese doelwitte is dus 'n maatreël om werkgewers by te staan terwyl kwota-aanstellings net 'n skyn oplossing bied.

Voor die beslissing in die Van Heerden-saak het Pretorius e.a. die volgende vereistes neergelê om te voorkom dat numeriese doelwitte nie onbillik sal wees nie: die omvang van die doel moet relatief wees tot die tydperk om dit te bereik, die indiensnemingsposisie van diegene wat daardeur geraak word en die finansiële en ander faktore wat die organisasie kan raak.¹⁵⁴ Werkgewers moet ook daarteen waak dat die gaping tussen 'n aangewese en nie-aangewese kandidate nie so groot is dat die aanstelling van 'n minder gekwalifiseerde kandidaat onbillik en irrasioneel sal wees nie.¹⁵⁵

Numeriese doelwitte vereis egter nie dat 'n werkgewer in daardie tydperk wat hy sy verteenwoordiging reg stel, kandidate moet afwys omdat hulle nie aan die aangewese groepe behoort nie.¹⁵⁶

Die hof het in die Coetzer-saak bepaal dat “[t]he National Commissioner’s refusal to promote the applicants was based purely on the imperatives contained in the EEP to promote representivity. His decision overlooked... a consideration of the constitutional imperative that the service maintain its efficiency. On an overall conspectus, the National Commissioner should have been alert to the fact that

¹⁵² Tinarelli 2000: 54-55. Sien: Code of Good Practice for the Preparation, Implementation and Monitoring of Employment Equity Plans, Notice R.1394. 1999, vir die faktore by die bepaling van numeriese doelwitte.

¹⁵³ Ellis 2005: 302.

¹⁵⁴ Pretorius e.a. 2001: Par. 9.5.2.

¹⁵⁵ Stoman v Minister of Safety & Security and Others (2002) 23 ILJ 1020 (T): 1021.

¹⁵⁶ Wet 55/1998: artikel 15(4).

extensive affirmative action measures... were insufficient, at this stage, to address the vacancies and operational needs of the explosives unit.”¹⁵⁷

Gevolgtlik kan ‘n werkgewer nie poste aan persone van nie-aangewese groepe weier indien daar geen suksesvolle kandidate van die aangewese groepe is nie. Die werkgewer moet verder steeds aandag gee aan effektiwiteit van die beskikbare kandidate.

As die werkplek dus onderverteenvoordig is moet die onderverteenvoordiges voorkeur kry ooreenkomstig die numeriese doelwitte en mits hulle toepaslik gekwalifiseerd is en die vereistes van redelikheid, billikheid en proporsionaliteit nie oorskry word nie.¹⁵⁸ Nadat die werkplek verteenwoordigend is van alle groepe sal werkgewers moet begin meriete-aanstellings maak om te voorkom dat aanstellings arbitrêr sal word. Werkgewers sal egter nog deurgaans die werkplek moet monitor om te verseker dat die werkplek nie dalk weer met verloop van tyd onderverteenvoordig sal word nie.

8. Samevatting

Met betrekking tot indiensneming kan gelyke indiensneming tans gedefinieer word as remediërende maatreëls wat gebruik word om sekere voorheen bevoordeelde groepe minder gunstig te behandel om sodoende aangewese groepe wat gepas gekwalifiseerd is ‘n beter kans op indiensneming te gee met die doel om die ongelykhede van diskriminasie uit te wis deur gelykheid as ‘n resultaat te verkry.

“Apartheid was a desperate ill and desperate ills require desperate remedies. If whites could use job reservation to promote their interests, why shouldn't blacks? One obvious answer is that two wrongs do not make a right, but the rather more subtle one is that job reservation, pervasive though it was, nevertheless had a much smaller impact than the present Act will.”¹⁵⁹

¹⁵⁷ Coetzer and others v Minister of Safety and Security: par. 40.

¹⁵⁸ Sien bylaag B figuur 1 as ‘n moontlike model vir billike indiensneming wat regstellende aksie akkommodeer.

¹⁵⁹ Brassey 1998: 1366.

Hierdie voorbode van Brassey mag dalk vergesog klink, maar die realiteit blyk tog dat die Wet op Gelyke Indiensneming oor heelwat leemtes beskik wat drastiese gevolge mag hê indien hulle nie aangespreek word nie.

Alhoewel die Wet 'n manier bied om diskriminasie te voorkom en ongelykhede in die werkplek aan te spreek sal die wetgewer daaraan moet aandag skenk om behoorlike billikheidsvereistes in die Wet uiteen te sit om sodoende arbitrêre toepassing te voorkom.¹⁶⁰ Die Wet sal ook moet voorsiening maak vir die beskerming van alle groepe om tereg bekend te kan staan as die Wet op Gelyke Indiensneming en as 'n ware riglyn vir werkgewers te kan dien.

Die wysiging van die Wet alleen sal egter nie voldoende wees om die leemtes in gelyke indiensneming aan te spreek nie. Daar word met respek nie saamgestem met die uitspraak in die Van Heerden-saak nie weens die hof se onderwaardering van billikheid. Artikel 9(2) kan nie opsigselfstaande 'n toets uitmaak nie, maar is bloot deel van 'n groter toets wat billikheid voorstaan. Enige praktyk of beleid sal moet voldoen aan die vereistes wat duidelik in die Grondwet voorkom.

Die howe sal moet fokus daarop om nie hul eie interpretasie te heg aan wetgewing wat nie die demokratiese waardes van die Grondwet ondersteun nie. Die howe sal dus net soos die wetgewer moet heroorweeg wat die ware betekenis van billikheid is in die lig van regstellende aksie.

In die lig hiervan behoort gelyke indiensneming ten doel te hê om alle persone te bevorder wat onderverteengewordig is in die werkplek deur middel van tydelike maatreëls wat werksgeleenthede en verdere ontwikkeling bied om sodoende substantiewe gelykheid te bevorder ooreenkomstig die grondwetlike beginsels van redelikheid, billikheid en proporsionaliteit.¹⁶¹

¹⁶⁰ Artikel 14 van die "Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4/2000" kan moontlik oorweeg word as 'n klousule wat ingesluit kan word om te verseker dat billikheid altyd oorweeg sal word by die toepassing van die Wet op Gelyke Indiensneming"

¹⁶¹ Sien bylaag B figuur 1.

Hoofstuk 4

Die regte en verpligtinge van die werkgewer en werknemer met betrekking tot regstellende aksie.

1. Inleiding

Ingevolge artikel 13 van die Wet op Gelyke Indiensneming¹ is een van die verpligtinge van 'n aangewese werkgewer² om 'n gelyke indiensnemingsplan³ op te stel. Die primêre rede vir die opstel van so plan is om redelike vordering te maak ten opsigte van gelyke indiensneming in die betrokke werkgewer se werkplek.⁴

Hierdie hoofstuk sal eerstens fokus op die aard en doel van die gelyke indiensnemingsplan. Daarna sal aandag gegee word aan die pligte wat met die plan verband hou sowel as enkele ander pligte wat van belang is met betrekking tot regstellende aksie. Ten slotte sal aandag geskenk word aan die regte van die werknemer met betrekking tot regstellende aksie.

Hierdie hoofstuk fokus net op die regte en verpligtinge wat verband hou met regstellende aksie en daar sal gevolglik nie aandag gegee word aan ander regte en verpligtinge in die Wet wat byvoorbeeld met onbillike diskriminasie verband hou nie.

¹ Wet op Gelyke Indiensneming 55/1998.

² Die Wet maak in artikel 14 daarvoor voorsiening dat nie-aangewese werkgewers ook vrywilliglik die verpligtinge van die aangewese werkgewer ingevolge hoofstuk drie van die Wet kan nakom nadat hy die Direkteur-generaal in kennis gestel het. Die gevolg is dus dat nie-aangewese werkgewers ook deurgaans die verpligtinge rondom indiensnemingsplanne moet nakom, nadat hulle so bekendmaking gemaak het.

³ Hierna bekend as die "plan".

⁴ Wet op Gelyke Indiensneming: artikel 20(1).

2. Die aard en doel van die plan

In sy kommentaar op die Amerikaanse hof se uitspraak in *United Steelworkers of America v Weber*⁵ gee Faundez die volgende uiteensetting oor die wanpersepsie van indiensnemingsplanne.

“The court acknowledged that although there had been no finding of discrimination, there was a serious underutilization of blacks in the relevant job categories. The plan did not unnecessarily trammel the interests of white employees as it did not require their discharge and replacement with black employees. The plan did not absolutely bar the employment or advancement of white employees.”⁶

Faundez gaan verder en gee ‘n uiteensetting van die eienskappe van so plan:

“[T]he plan was a temporary measure which would end when the goals set in the plan were achieved. The four factors outlined above can be seen, in my view, as an attempt by the Supreme Court to reconcile affirmative action with the merit principle. The plan is acceptable to the court insofar as it is flexible, is not an absolute bar to employment of persons who are not in the target group and it has a limited duration.”⁷

Die plan moet egter nie net gesien word as ‘n passiewe beleidsdokument van die werkgewer nie. Hierop het die hof in die Harmse-saak beslis dat ‘n plan ‘n legitieme verwagting skep by werknemers dat die werkgewer dienooreenkomstig sal optree.⁸ Dit beteken egter nie dat ‘n werknemer ‘n reg het om aangestel te word nie en die plan moet deurgaans gesien word as ‘n riglyn wat die werkgewer gebruik om gelykheid te bevorder.

⁵ 443 US 193 (1979).

⁶ Faundez 1994: 1191-1192.

⁷ Faundez 1994: 1191-1192.

⁸ Harmse v City of Cape Town (2003) 24 ILJ 1130 (LC).

Ingevolge die Goeie Praktykskode op Gelyke Indiensnemingsplanne⁹ is die doel van so 'n plan tweevoudig.¹⁰ Eerstens is dit 'n weerspieëling van die werkgewer se indiensenemingsbeleid. Tweedens bied dit ook die verbinding tussen huidige werkersprofiel, enige stuikelblokke en remediërende stappe wat nodig is om die nodige gelykheid te bereik.

Die plan moet egter nie gesien word as 'n manier om nie-aangewese werknemers uit te skakel nie, maar eerder as 'n manier om gelyke geleenthede vir alle werknemers te skep. As die plan wel gebruik word om nie-aangewese-werknemers uit te skakel raak sodanige plan niks meer as 'n instrument vir onbillike diskriminasie nie.

Die belangrikheid van die plan blyk verder uit Faundez se mening van 'n swak opgestelde plan:

“[A] poorly designed or badly administered affirmative action policy can bring about enormous economic and political hardship both to individuals and to society. Affirmative action, on the other hand, can also be a necessary and useful policy tool to bring about social justice and to further the process of national reconciliation. Affirmative action, however, is a powerful and delicate instrument which ought to be used with caution.”¹¹

Dit is dus belangrik dat 'n plan nie opgestel sal word met die doel om skynbaar te voldoen aan die verpligtinge van die Wet nie. Die plan self kan nie 'n verskil maak nie, maar wel die implementering daarvan. Vervolgens 'n bespreking van die verpligtinge van die werkgewer.

A. Verpligtinge van die werkgewer

Die verpligtinge wat die Wet op die werkgewer plaas met betrekking tot regstellende aksie sentreer hoofsaaklik rondom die gelyke indiensenemingsplan. Hierdie verpligtinge kan hoofsaaklik in drie hoofpligte verdeel word naamlik: die plig om beplanning te doen,

⁹ Code of Good Practice: Preparation, implementation and monitoring of Employment Equity Plans, GN R. 1394 Government Gazette 1999: (20626). Hierna bekend as die “Kode”

¹⁰ GN R. 1394/1999: Items 4.1 en 4.2.

¹¹ Faundez 1994: 1188.

die plig om die plan op te stel en te implementeer en die plig om die plan te monitor en te evalueer.¹² Onder elk van hierdie pligte ressorteer daar dan verdere pligte wat van belang is in die hele proses.

3. Plig om die nodige beplanning te doen

3.1 Plig om 'n verantwoordelike bestuurder aan te stel

Die eerste stap in die implementering van die gelyke indiensnemingsplan is om 'n senior bestuurder aan te stel wat verantwoordelik sal wees om die plan te ontwikkel, te implementeer en te monitor.¹³ Die bestuurder moet 'n permanente werknemer wees wat direk aan die hoof uitvoerende direkteur rapporteer.¹⁴ Die werkgewer sal gevolglik moet verseker dat die hele topbestuur hulle daartoe sal verbind om transformasie te bevorder.¹⁵

Die aanstel van so bestuurder beteken nie dat die werkgewer verlos word van sy verpligtinge ingevolge die Wet nie.¹⁶ Die aangewese werkgewer sal dus steeds al die ander verpligtinge van regstellende aksie dra en die bestuurder sal omsien na die funksionering van die indiensnemingsplan.

Vir die bestuurder om sy verpligtinge behoorlik na te kom moet hy oor die nodige gesag, hulpbronne soos 'n begroting en vaardighede soos diversiteitsbestuur en leierskap beskik en 'n behoorlike begrip hê van alle vorme van diskriminasie.¹⁷ Werkgewers sal behoorlik aan die bestuurders hul verpligtinge moet verduidelik en indien die bestuurder nie oor die nodige vaardighede beskik nie moet die werkgewer opleiding voorsien.¹⁸

¹² Hierdie drie pligte kan ook gesien word as die drie fases waarin die ontwikkeling van die plan geskied.

¹³ Wet op Gelyke Indiensneming: artikel 24(1).

¹⁴ GN R. 1394/1999: Item 7.1.1.

¹⁵ Herholdt en Marx 1999: 47-49. Sien ook Human, Bluen en Davies 1999: 31.

¹⁶ Artikel 24(2).

¹⁷ Pretorius e.a. 2001: par. 10.3.11

¹⁸ GN R. 1394/1999: Item 7.2.4.

Om te verseker dat die bestuurder sy verpligtinge nakom kan die werkgewer sekere uitkomstestel waaraan die bestuurder moet voldoen deur byvoorbeeld gebruik te maak van 'n werkverrigtingskontrak.¹⁹

3.2 Kommunikasie met werknemers

Kommunikasie is van kardinale belang by die ontwikkeling en implementering van die plan en sluit die deelname van beide aangewese sowel as nie-aangewese groepe in.²⁰ Volgens Heroldt en Marx behoort die deelname van alle partye te verseker dat regstellende aksie meer suksesvol sal wees omdat werknemers meer deel voel van die proses en waarskynlik minder weerstand sal bied.²¹

Weerstand en onsekerheid kan ook oorkom word deur die nodige opleiding te verskaf aan werknemers en bestuur om hulle behoorlik voor te berei en in te lig oor die voordele, die prosedures, die moontlike impak wat die plan mag hê op elke persoon en wat die gevolge kan wees indien dit nie toegepas word nie.²²

Kommunikasie behels eerstens 'n bewusmaking van sake wat verband hou met die plan en gelyke indiensneming. Dit sluit onder andere in die bepalings van die Wet, kwessies rakende gelyke indiensneming, die proses wat gevolg gaan word, die voordele en noodsaaklikheid wat volg op samewerking van alle werknemers.²³

Tweedens behels kommunikasie dat werkgewers met werknemers sal konsulteer oor die plan met die oog op die ontwikkeling daarvan.²⁴ Konsultasies vind plaas in 'n forum wat moet bestaan uit verteenwoordigers van al die belanghebbende partye.²⁵

¹⁹ GN R. 1394/1999: Item 7.1.2.

²⁰ GN R. 1394/1999: Items 7.2.1, 7.2.3 en 7.2.6.

²¹ Heroldt en Marx 1999: 47-49.

²² Levy 1999: 80.

²³ GN R. 1394/1999: Item 7.2.1.

²⁴ GN R. 1394/1999: Item 7.2.2.

²⁵ GN R. 1394/1999: Items 7.2.8 en 7.2.9.

Hierdie konsultasies moet so gou en gereeld moontlik gehou word om te verseker dat werknemers behoorlik ingelig sal wees.²⁶ Die werkgever sal al die tersaaklike inligting moet openbaar wat noodsaaklik is vir die ontwikkeling en implementering van die plan onderworpe aan sekere beperkings.²⁷

Ingevolge artikel 16 van die Wet moet daar gekonsulteer word en konsensus²⁸ bereik word oor sake in artikel 17, naamlik: die oudit, die voorbereiding van die plan en die verslag wat aan die Direkteur-generaal gedoen moet word. Die konsultasies maak voorsiening vir geleenthede om verslag te doen aan werknemers en bestuur, sowel as geleenthede om met die werkgever te vergader deur die verteenwoordigende werknemers en die aanvra, ontvangs en oorweging van tersaaklike inligting.²⁹

Tydens gesprekvoering het die verteenwoordigers van die werknemers die geleentheid om kritiek te lewer, voorstelle te maak en moontlike probleme te bespreek.³⁰ Dit moet egter nie ligtelik opgeneem word deur die forum of die bestuur nie en alle sake moet ernstig oorweeg word.³¹ Sou dit gebeur dat die bestuur nie 'n voorstel goedkeur nie moet daar goeie redes verskaf word hoekom dit nie aanvaar word nie.³²

²⁶ GN R. 1394/1999: Items 7.2.7 en 7.2.11.

²⁷ GN R. 1394/1999: Item 7.2.12.; Wet 66 van 1995: Artikel 16(5). Hierdie beperkings is inligting wat regtens geprivilegeer is sowel as inligting rakende die besigheidsomgewing van die werkgever die ekonomiese sektor of industrie, die demografiese profiel van die bevolking wat ekonomies aktief is, die moontlike groei of vermindering sowel as die omset van die werkgever se arbeidsmag, die beskikbaarheid van die aantal toepaslik gekwalifiseerde persone van die aangewese groepe vir aanstellings of promosies, die graad van verteenwoordiging van die aangewese groepe binne die verskeie beroepskategorieë en enige indiensnemingsbeleide en praktyke van die werkgever.

²⁸ Pretorius e.a. 2001: par. 10.3.3. Konsultasie hou bloot in dat daar 'n poging aangewend sal word om konsensus te bereik of verskeie sienings op sake te kry en behels nie noodwendig dat 'n ooreenkoms bereik sal word nie.

²⁹ GN R. 1394/1999: Item 7.2.10.

³⁰ Tinarelli 2000: 65.

³¹ GN R. 1394/1999: Item 7.2.13.

³² Tinarelli 2000: 65.

Tinarelli meen dat daar tydens konsultasies heelwat konflik kan ontstaan en die werkgewer sal dit anders moet hanteer as gewone arbeidsgeskille.³³ Daar sal gepoog moet word om 'n wen-wen uitkoms te bereik deur samewerking en behoorlike kommunikasie tussen die partye en wedersydse respek te hê vir taalverskille en ook ander verskille in ideologieë, kultuur en selfs die vlak van onderrig.

3.3 Institusionele audit

Die institusionele audit is sekerlik een van die belangrikste verpligtinge van die werkgewer omdat dit van kardinale belang is in die opstel van die plan. Die werkgewer kan gebruik maak van 'n interne ouditspan met meer persoonlike kennis van die werkplek of 'n eksterne ouditspan wat meer objektief is om die inligting in te samel.³⁴ Hierdie ondersoek word gedoen ingevolge artikel 19 van die Wet en bestaan uit 'n kwalitatiewe en 'n kwantitatiewe ondersoek.

3.3.1 Kwalitatiewe ondersoek

Die kwalitatiewe ondersoek hou verband met die werksomgewing sowel as die bestaande beleide, prosedures en praktyke wat met indiensneming verband hou.³⁵ Hierdie ondersoek word gedoen uit hoofde van artikel 19(1) van die Wet met die doel om enige struikelblokke te identifiseer wat persone van die aangewese groepe mag affekteer in die toepassing van sodanige prosedures, beleide en praktyke.³⁶

³³ Tinarelli 2000: 66.

³⁴ Tinarelli 2000: 87-88.

³⁵ Daar moet onder andere ondersoek ingestel word na indiensneming- en bevorderingsbeleide, die deelname van aangewese persone aan werkopdragte, vergoeding en ander voordele, dissiplinêre stappe en diensbeëindiging van aangewese persone wat verband hou met billikheidsvereistes, werksomstandighede en sosiale faktore binne die werkplek. GN R. 1394/1999: Item 7.3.1(a).

³⁶ Wet op Gelyke Indiensneming: artikel 19(1)

“A designated employer must collect information and conduct an analysis, as prescribed, of its employment policies, practices, procedures and the working environment, in order to identify employment barriers which adversely affect people from designated groups.”

Dit sal struikelblokke wees waar aangewese persone nie behoorlik gebruik of verteenwoordig word nie, of praktyke wat diversiteit bevorder of belemmer en enige ander omstandighede wat aangewese persone kan affekteer.³⁷

Volgens Pretorius e.a. kon hierdie struikelblokke ontstaan het as gevolg van kwaadwillige praktyke, maar dit kon ook wees as gevolg van 'n gebrek aan kennis wat ontstaan het as gevolg van sosiale of historiese omstandighede.³⁸

Voorbeelde van struikelblokke wat in praktyke van die organisasie kan voorkom sluit byvoorbeeld in swangerskap wat vrouens verhoed om volkome deel te hê aan die werkplek, eksklusiewe taalgebruik, struikelblokke wat met HIV/Vigs verband hou,³⁹ ontoeganklikheid vir fisiese gestremde persone tot inligting en geriewe⁴⁰ en advertensies wat sekere groepe mag uitsluit.⁴¹

Die kwalitatiewe ondersoek hou hoofsaaklik verband met die invordering van inligting en kan geskied deur middel van vraelyste en gespreksgroepe met werknemers.⁴² Daar kan ook volledige ondersoek ingestel word in die dokumente wat betrekking het op die beleide, praktyke en prosedures van die organisasie.⁴³

Volgens Levy is die invordering van inligting 'n baie gespesialiseerde tipe taak wat heelwat kostes behels en gevolglik dien werknemers bloot as 'n bron van inligting en speel 'n minder aktiewe rol in hierdie deel van die proses.⁴⁴

³⁷ GN R. 1394/1999: Item 7.3.

³⁸ Pretorius e.a. 2001: par. 10.4.2.3.

³⁹ In hierdie verband moet werkgewers die "Code of Good Practice on Key Aspects of HIV/AIDS and Employment" raadpleeg. GN R1298 Government Gazette 2000: (21815).

⁴⁰ In hierdie verband moet werkgewers die "Code of Good Practice on the Employment of People with Disabilities" raadpleeg. GN 1064 Government Gazette 2002: (23718).

⁴¹ Pretorius e.a. 2001: par. 10.4.2.3.

⁴² Pretorius e.a. 2001: par. 10.4.2.3.

⁴³ Tinarelli 2000: 87.

⁴⁴ Levy 1999: 17.

3.3.2 Kwantitatiewe ondersoek

Die volgende deel van die oudit het hoofsaaklik te doen met statistieke en data verwerking veral met betrekking tot die profiel van die organisasie se werksmag.⁴⁵ Dit word gedoen uit hoofde van artikel 19(2) van die Wet met die doel om die onderverteenwoordiging van die aangewese groepe in die verskillende beroepskategorieë en vlakke te identifiseer.⁴⁶

Die eerste stap van hierdie ondersoek behels dat die werkgewer sal vasstel watter werknemers lede is van die aangewese groepe.⁴⁷ Hierdie is basiese inligting wat gaan oor die ras en geslag, burgerskap en enige moontlike gestremdheid wat werknemers kan hê.⁴⁸ Die werkgewer sal veral op hierdie punt moet let op burgerskap omdat nie-Suid-Afrikaanse burgers uitgesluit word en tydelike werknemers weer ingesluit moet word.⁴⁹

Die tweede stap rakende hierdie deel van die oudit gaan hoofsaaklik daarvoor om die werkgewer se werksplek-profiel te vergelyk met die relevante demografiese inligting van die ekonomies-aktiewe bevolking om sodoende onderverteenwoordiging vas te stel.⁵⁰

⁴⁵ GN R. 1394/1999: Item 7.3.

⁴⁶ Wet op Gelyke Indiensneming: artikel 19(2)

“An analysis conducted in terms of subsection (1) must include a profile, as prescribed, of the designated employer's workforce within each occupational category and level in order to determine the degree of underrepresentation of people from designated groups in various occupational categories and levels in that employer's workforce.”

⁴⁷ GN R. 1394/1999: Item 7.3.2. Dit kan vasgestel word deur die werknemers te versoek om die voorgeskrewe verklaring te voltooi of deurdat die werkgewer enige reeds bestaande inligting kan gebruik wat hy op sy databasis beskikbaar het nadat werknemers die geleentheid gehad het om te verifieer of die inligting korrek is.

⁴⁸ GN 480 Government Gazette 2006: 491 (28858). Vorm EEA 1.

⁴⁹ Sien hierbo hoofstuk 3.

⁵⁰ Tinarelli 2000: 73.

Dit gaan egter nie net oor die algehele verteenwoordiging van aangewese groepe in die werkgewer se organisasie nie, maar ook oor die proporsionele verteenwoordiging in die verskeie beroepskategorieë en -vlakke van alle groepe so ver moontlik.⁵¹

Indien daar nie behoorlike verteenwoordiging is nie sal die struikelblokke wat moontlik nog bestaan 'n aanduiding kan gee of dit die oorsaak van die onderverteenwoordiging is of nie. 'n Ander moontlike rede kan wees dat die poel van beskikbare kandidate nie groot genoeg is nie.⁵²

Die verskil tussen die eerste deel en die tweede deel van die oudit blyk dus duidelik in die sin dat die eerste deel handel rondom die organisasie se beleide en moontlike struikelblokke en die tweede deel rondom die graad van verteenwoordiging van werknemers in die organisasie.

Die kritiek teen artikel 19 is dat dit nie ten doel het om onderverteenwoordiging vas te stel van lede van nie-aangewese groepe nie. As die Wet werklik streef na billikheid, sal die aangewese werkgewer moet ondersoek instel by sy werkplek om onderverteenwoordiging in die algemeen vas te stel.⁵³

4. Plig om 'n gelyke indiensnemingsplan op te stel en te implementeer

Die tweede verpligting van die werkgewer gaan hoofsaaklik rondom die praktiese ontwikkeling en implementering van die plan om sodoende redelike vordering ingevolge artikel 20 van die Wet te maak.

Nadat die werkgewer fase een voltooi het behoort hy heelwat inligting te hê wat hom sal help om sekere doelwitte te stel en effektiewe maatreëls in te stel sodat hy enige struikelblokke kan verwyder wat diversiteit en gelyke indiensneming kan belemmer.

⁵¹ Pretorius e.a. 2001: par. 10.4.2.5.

⁵² Pretorius e.a. 2001: par. 10.4.2.5

⁵³ Sien hoofstuk 3 wat in die besonder meer aandag gee aan die beginsel van onderverteenwoordiging.

Die Kode stel voor dat die werkgewer die uitkomst van die beplanningsfase in gedagte behoort te hou tesame met die werkgewer se unieke omstandighede en ook sy breër besigheidstrategie wanneer daar doelwitte gestel word met die oog op redelike vordering.⁵⁴

4.1 Bepaling van redelike vordering

Dit is van uiterse belang dat daar konsensus moet wees onder die verskillende partye oor wat redelike vordering sal behels wanneer daar doelwitte gestel word en regstellende aksie maatreëls ontwikkel word.⁵⁵ Nie die Wet of die Kode gee 'n spesifieke definisie oor wat redelike vordering behels nie, waarskynlik omdat elke werkgewer se omstandighede uniek is. Die bepaling in artikel 42 van die Wet bied 'n goeie riglyn vir die bepaling van redelike vordering.⁵⁶

Gelyke verteenwoordiging kan maklik verwar word met redelike vordering. Op hierdie punt is dit belangrik om te besef dat gelyke verteenwoordiging bloot net 'n platform skep vir gelyke indiensneming en dat dit in samewerking met ander maatreëls gebruik sal word. As werknemers byvoorbeeld nie bemagtig word om die poste te kan beklee waarin hul aangestel is nie is Suid-Afrika bloot besig om 'n skynbare voorstelling te maak deur die sogenaamde "numbers game" te speel of "icing the rotten cake".⁵⁷

4.2 Stel van doelwitte

Nadat daar duidelikheid is oor wat redelike vordering behels moet doelwitte gestel word ter bereiking van gelykheid.⁵⁸ Gedurende die stel van doelwitte moet die werkgewer daarteen waak om nie numeriese doelwitte met kwotas te verwar nie.⁵⁹

⁵⁴ GN R. 1394/1999: Item 8.2.

⁵⁵ GN R. 1394/1999: Item 8.5.

⁵⁶ Dit sluit onder andere in die mate waartoe aangewese groepe verteenwoordig word in vergelyking met byvoorbeeld die demografiese profiel, ekonomiese en finansiële faktore, die vordering wat ander aangewese werkgewers gemaak het, die redelike pogings wat reeds aangewend is en die mate waartoe daar reeds sukses bereik is om struikelblokke te verwyder.

⁵⁷ Human, Bluen en Davies 1999: 9-11.

⁵⁸ Artikel 20(2)(a).

Met die stel van numeriese doelwitte gee die Kode heelwat faktore wat die werkgewer moet oorweeg wat strek van die profiel van die werkplek tot persoonlike finansiële faktore.⁶⁰ Tesame hiermee sal werkgewers ook die bepalings van die Broad-based Black Economic Empowerment Act van 2003 sowel as die regulasies wat daarmee saamgaan in gedagte moet hou wanneer sy plan opgestel word.⁶¹

4.3 Skep van regstellende aksie maatreëls

Om hierdie doelwitte te bereik moet die nodige tydsraamwerk⁶² gestel word waarbinne die doelwitte bereik moet word sowel as die regstellende aksie maatreëls⁶³ wat gebruik sal word om die doelwitte te bereik.

Die doel van hierdie maatreëls is om struikelblokke te identifiseer, diversiteit te bevorder, redelike akkommodasie vir persone van die aangewese groepe te verseker, ontwikkelingsprogramme in te stel met die oog op die verbetering van bekwaamheid sowel as om gelyke verteenwoordiging te verseker in die verskeie beroepskategorieë en -vlakke.⁶⁴

⁵⁹ Pretorius e.a. 2001: par. 10.5.5. Sien ook hierbo hoofstuk 3 par. 7.3 vir verdere bespreking.

⁶⁰ GN R. 1394/1999: Item 8.4.2. Dit sluit onder andere in die graad van ondervteenwoordiging, huidige en toekomstige vakante poste, die ekonomiese aktiewe bevolking en hoe die werwingspoel vergroot kan word. Hy moet ook omsien na sy persoonlike sowel as die relevante nywerheid se ekonomiese en finansiële faktore. Laastens moet hy die groei van sy arbeidsmag in ag neem tesame met die omset van sy werknemers en die onderliggende redes vir die neiging in die arbeidsomset.

⁶¹ Die bepalings van hierdie wet sowel as die regulasies val buite die bestek van hierdie studie en word dus nie bespreek nie ten spyte daarvan dat dit tog aandag moet geniet by die bepaling van doelwitte.

⁶² Artikel 20(2)(c)-(e). Die werkgewer het tussen een en vyf jaar om die plan te gebruik met die doel om gelyke indiensneming te bevorder deur die bereiking van die verskeie doelwitte.

⁶³ Artikel 20(2)(b).

⁶⁴ Artikel 15(2).

Die Goeie Praktykskode skep 'n wye verskeidenheid van maatreëls wat strek van werwing, opleiding en ontwikkeling tot die bevordering van diversiteit.⁶⁵ Die werkgewer sal ook spesiale maatreëls moet instel vir werknemers met gestremdhede. Hiervoor kan die Goeie Praktykskode vir die Indiensneming van Persone met Gestremdhede geraadpleeg word.⁶⁶

Die maatreëls moet verder behoorlik in die plan vervat word en mag nie van so aard wees dat dit 'n verbod plaas op indiensneming van nie-aangewese werknemers nie.⁶⁷

Dit is van groot belang dat die werkgewer nie net enkele maatreëls toepas nie, maar eerder 'n kombinasie van maatreëls. Dit sal dan verhoed dat daar nie net klem gelê word op indiensneming nie, maar ook ander belangrike maatreëls wat verband hou met

⁶⁵ GN R. 1394/1999: Item 8.3.1. Daar word voorsiening gemaak vir die volgende:

- Die daarstelling van 'n deursigtige en onbevooroordeelde werwingstrategie met die oog op die aanstelling van persone uit die aangewese groepe.
- Die vergroting van die werwingspoel van toepaslik gekwalifiseerde persone deur meer te belê in die gemeenskap en oorbruggingsprogramme daar te stel.
- 'n Wye ontwikkeling en opleiding van persone van die aangewese persone om sodoende hul vaardighede te verbeter sowel as opleiding aan bestuurders om diversiteitsbestuur te kan toepas.
- Die bevordering van aangewese persone in die werkplek.
- Die behoud van aangewese werknemers deur die bevordering van 'n meer diverse kultuur in die organisasie, interaktiewe kommunikasie te bevorder en gereelde ondersoek in te stel in die arbeidsomset.
- Die werkgewer moet redelike akkommodasie maak vir gestremde persone deur byvoorbeeld aanpassing aan die gebou te maak.
- Aangewese werknemers moet deel wees van die bestuur van die organisasie om sodoende aktief in besluitneming daarvan deel te neem.
- Die neem van stappe om 'n diverse en korporatiewe kultuur te skep deur 'n sensitiwiteit te skep vir diskriminerende gronde soos ras, geslag, gestremdheid ensovoorts.

⁶⁶ Code of Good Practice on the Employment of People with Disabilities GN 1064 Government Gazette 2002 (23718): item 2.

⁶⁷ GN R. 1394/1999: Items 8.3.2 en 8.3.3. Vergelyk met artikel 15(4) van die Wet op Gelyke Indiensneming.

ontwikkeling en opleiding. Dit behoort te verseker dat daar nie net voldoen sal word aan die letter van die Wet nie, maar ook aan die gees daarvan.⁶⁸

4.4 Uitskakeling van inkomsteverskille

Die uitskakeling van inkomsteverskille word in artikel 27 van die Wet hanteer as 'n afsonderlike struikelblok wat verwyder moet word deur middel van maatreëls.⁶⁹ Die werkgewer dra die verpligting om sodanige verskille te verminder in samewerking met die Kommissie vir Diensvoorwaardes.

Die inkomste verskille het hoofsaaklik ontstaan weens ras- en geslag-diskriminasie van die verlede.⁷⁰ Onder hierdie groepe is vrouens waarskynlik die meeste benadeel en veral nie-blanke vroue wat dit die ergste ondervind het.⁷¹

Die vraag wat soms ontstaan is of 'n werkgewer 'n aangewese persoon meer sal kan besoldig⁷² en dit dan te regverdig as 'n regstellende aksie maatreël?

Volgens Landman sal regstellende aksie gebruik kan word as 'n moontlike verweer in sulke gevalle, maar dit moet in lyn met die doel van die Wet wees en dit sal waarskynlik net van toepassing wees op aangewese werkgewers aangesien regstellende aksie slegs ingevolge hoofstuk 3 mag plaasvind.⁷³

⁶⁸ Zinn 2003: 12-13.

⁶⁹ Artikel 27(3). Die maatreëls sluit onder andere in: kollektiewe onderhandeling, die nakoming van sektorale vasstellings, die nakoming van die voorskrifte van die Kommissie vir Diensvoorwaardes en ander maatreëls wat voorkom in vaardigheidsontwikkelingswetgewing.

⁷⁰ Landman 2004: 138 en 147-151.

⁷¹ Levy 1999: 62.

⁷² Wet op Gelyke Indiensneming: artikel 1.

“Remuneration' means any payment in money or in kind, or both in money and in kind, made or owing to any person in return for that person working for any other person, including the State.”

⁷³ Landman 2004: 149-150.

Die implikasie hiervan is dat werknemers van die aangewese groepe meer betaling sal kan kry as blanke mans wat dieselfde kwalifikasies en ondervinding as aangewese lede het. Volgens Landman behoort dit teoreties nie onbillike diskriminasie te wees nie, maar sodra daar meer betaling gegee word aan lede van sekere aangewese groepe en nie ook aan al die ander aangewese groepe nie sal dit onbillike diskriminasie uitmaak.⁷⁴

Die rede vir die regverdiging daarvan is eenvoudig dat blanke mans nie kragtens die Wet as aangewese lede kwalifiseer en beskerm word nie en gevolglik sal dit nie onbillike diskriminasie uitmaak om hulle minder te betaal nie mits dit natuurlik as 'n regstellende aksie maatreël bewys kan word.⁷⁵

Tinarelli meen dat dit nie billik is om direk of indirek teen werknemers te diskrimineer op grond van vergoeding nie.⁷⁶ Die enigste moontlike rede wat geldig behoort te wees is markkragte, senioriteit, voorgeskrewe salarisse volgens wet, meriete, prestasiebestuur vergoeding en ander verbandhoudende redes.

Alhoewel 'n werkgever moet toesien dat inkomsteverskille verwyder word, sal werkgevers nie die daarstelling van verhoogde inkomste aan persone van aangewese groepe kan regverdig as 'n regstellende aksie maatreël nie. Inkomsteverskille kan selfs ingevolge artikel 15(4) eerder gesien word as 'n struikelblok wat bevordering van nie-aangewese lede in die werkplek stuit.

Artikel 15 gelas dus glad nie dat inkomsteverskille geëlimineer moet word deur persone van aangewese groepe meer te betaal as nie-aangewese groepe nie. Om werklik billikheid na te streef behoort alle persone dus oor dieselfde kam geskeer te word met betrekking tot vergoeding.

⁷⁴ Landman 2004: 150.

⁷⁵ Landman 2004: 150.

⁷⁶ Tinarelli 2000: 42.

4.5 Plig van nie-uitsluiting van persone van nie-aangewese groepe

Artikel 15(4) bepaal as volg:

“[S]ubject to section 42, nothing in this section requires a designated employer to take any decision concerning an employment policy or practice that would establish an absolute barrier to the prospective or continued employment or advancement of people who are not from designated groups.”

Omdat regstellende aksie 'n proses is sal werkgewers oor 'n sekere termyn aanstellings moet maak uit beide aangewese en nie-aangewese groepe. Hierdie artikel plaas 'n verpligting in die sin dat 'n werkgewer nie net 'n nie-aangewese persoon kan afkeur en eerder gebruik maak van kwota-aanstellings om sy werkplek verteenwoordigend te laat lyk nie.

Hierdie artikel maak ook in die wydste sin voorsiening dat persone van nie-aangewese groepe nie afgedank kan word om plek te maak vir regstellende aksie kandidate nie.⁷⁷ Die werknemer sal dan moontlik kan ageer op grond van artikel 186 van die Wet op Arbeidsverhoudinge⁷⁸ as gevolg van onbillike arbeidspraktyke of selfs op grond van artikel 6(1) van die Wet op Gelyke Indiensneming op grond van onbillike diskriminasie.

4.6 Geskilbeslegting

Tydens die beplanningsfase en ontwikkelingsfase kan daar heelwat konflik ontstaan juis omdat opinies verskil en regstellende aksie reeds 'n sensitiewe saak is.⁷⁹ Daarom is dit dus noodsaaklik dat daar geskilbeslegting-metodes is om sulke gevalle aan te spreek.⁸⁰

⁷⁷ Tinarelli 2000: 50. Dit kan geskied as 'n direkte afdanking of op grond van konstruktiewe ontslag deurdat die werkgewer dit te ondraaglik gemaak het vir die werknemer om met sy diens voort te gaan.

⁷⁸ Wet 66 van 1995.

⁷⁹ Daar moet onderskeid gemaak word tussen konflik wat ontstaan tydens die gesprekvoering by die beplanningsfase en geskille wat kan ontstaan tydens die ontwikkeling van die plan.

⁸⁰ Artikel 20(2)(g).

Die partye sal moet ooreenkom op die interne prosedure wat gevolg sal word indien daar 'n geskil by die implementering of interpretasie van die plan sou ontstaan.⁸¹

Daar kan gebruik gemaak word van bestaande meganismes mits hulle geskik is andersins moet daar 'n ander meganisme ontwikkel word wat verteenwoordigend is van beide werknemer en werkgewer.⁸²

4.7 Bekendstelling van die plan

Die laaste stap in hierdie fase is die kommunikasie van die plan.⁸³ Die plan moet behoorlik bekend wees aan al die werknemers en ander belanghebbendes wat nie noodwendig by die beplanning betrokke was nie. Dit moet op skrif gestel word en verkieslik ook mondelings bekend gemaak word met die oog op ongeletterde werknemers.⁸⁴

Die partye behoort voldoende kennis te hê oor wie verantwoordelik is vir die plan, waar hulle inligting kan kry oor die plan, die doelwitte en tydsduur, meganismes vir geskilbeslegting, en wat die rol van al die belanghebbende partye is.⁸⁵

5. Plig om die plan te monitor en te evalueer

Die plig om die plan te monitor en te evalueer is deel van die laaste fase van die ontwikkeling van die plan.⁸⁶ Werknemers word steeds betrokke gehou by die evaluering deur middel van die gespreksforum of diversiteitskomitee, maar hierdie verantwoordelikheid rus hoofsaaklik op die werkgewer en topbestuur.⁸⁷

⁸¹ GN R. 1394/1999: Item 8.8.1.

⁸² GN R. 1394/1999: Items 8.8.2 en 8.8.3.

⁸³ GN R. 1394/1999: Item 8.9.

⁸⁴ Pretorius e.a. 2001: par. 10.5.10.

⁸⁵ GN R. 1394/1999: 8.9.1. Sien ook Tinarelli 2000: 78.

⁸⁶ Artikel 20(2)(f).

⁸⁷ Pretorius e.a. 2001: par. 10.5.11.2.

Hiermee gaan daar sekere verpligtinge saam waaraan die werkgewer moet voldoen.⁸⁸

a) Die werkgewer moet eerstens seker maak dat hy behoorlik rekord hou van sy arbeidsmag, sy gelyke indiensnemingsplan en ander rekords wat relevant is met die oog daarop om die plan te kan monitor en te kan evalueer.⁸⁹ Volgens Levy behoort dit vir 'n tydperk van 3 jaar gehou te word.⁹⁰

b) Verder moet die werkgewer ooreengekome meganismes in plek stel om die implementering van die plan te monitor en te evalueer en vordering te meet.⁹¹ Die evaluering moet gereeld plaasvind en moet geïntegreer word in die ander meganismes wat die werkgewer gebruik om sy werksaamhede te meet.⁹²

c) Die gespreksforum moet steeds op 'n gereelde basis bymekaarkom om vorderingsverslae te ontvang.⁹³ Daar moet op 'n gereelde basis vergaderings gehou word met werknemers om hulle op hoogte te hou van die vordering wat gemaak is en die verloop van die implementeringsproses.⁹⁴ Die werkgewer moet verseker dat die volgende dokumente op 'n prominente plek in sy werkplek bekend gemaak sal word:

- die nuutste verslag van die werkgewer aan die Direkteur-generaal,
- enige nakomingsbevele, arbitrasietoekennings of ander bevele van die Arbeidshof,
- ander dokumente wat die Wet voorskryf soos byvoorbeeld die Gelyke Indiensnemingsplan.

d) Die plan moet ook, soos nodig, hersien word by wyse van verdere gesprekvoering.⁹⁵ Die werkgewer moet verseker dat 'n opvolgplan reeds beskikbaar is voor die verstryking van sy huidige plan.⁹⁶

⁸⁸ GN R. 1394/1999: Items 9.1-9.6.

⁸⁹ Artikel 26; GN R. 1394/1999: Item 9.1.

⁹⁰ Levy 1999: 35.

⁹¹ GN R. 1394/1999: Item 9.2.

⁹² GN R. 1394/1999: Item 9.3.

⁹³ GN R. 1394/1999: Item 9.4.

⁹⁴ Artikel 25.

⁹⁵ GN R. 1394/1999: Item 9.5.

⁹⁶ Artikel 23.

e) Die finale verpligting in hierdie fase behels dat werkgewers 'n verslag ooreenkomstig die voorgeskrewe formaat moet opstel.⁹⁷ 'n Onderskeid word ook tussen kleiner aangewese werkgewers met minder as 150 werknemers en groter aangewese werkgewers met meer as 150 werknemers gemaak.⁹⁸ Eersgenoemde is verplig om elke twee jaar op die eerste dag van Oktober verslag te doen terwyl die groter werkgewers jaarliks op die eerste dag van Oktober verslag moet doen.

Die verslag is nie net 'n verpligting wat die werkgewer moet nakom nie, maar is ook 'n baie handige bron van inligting vir die werkgewer self om sy vordering te meet en verdere stappe toe te pas om gelyke indiensneming te bevorder.

6. Verdere regstellende aksie verpligtinge

Buiten die verpligtinge wat verband hou met die gelyke indiensnemingsplan skep die Wet ook verdere verpligtinge wat op regstellende aksie betrekking het.

6.1 Middellike aanspreeklikheid van die werkgewer

Uit die bewoording van artikel 60 kan daar afgelei word dat die werkgewer 'n verpligting dra in gevalle waar 'n werknemer wat in diens van die werkgewer is die Wet oortree het. Artikel 60(2) verplig die werkgewer om met die partye te beraadslaag en dan stappe te neem om die oortreding te hanteer.

As die werkgewer nie die nodige stappe neem nie word hy ook aanspreeklik gehou.⁹⁹ Voorbeelde van sulke stappe kan wees om beleide te implementeer wat diskriminasie verhoed of om dissiplinêre ondersoeke te doen.¹⁰⁰

⁹⁷ GN R. 1394/1999: Item 9.6. Die voorgeskrewe formaat is vervat in GN 480/2006: vorm EEA 2.

⁹⁸ Artikel 21 en GN R. 1394/1999: Items 9.6.1 en 9.6.2.

⁹⁹ Artikel 60(3).

¹⁰⁰ Du Toit e.a. 2003a: 586.

Hierdie artikel is 'n vorm van middellike aanspreeklikheid en ingevolge artikel 60(4) kan die werkgewer oorgesien word indien hy alle redelike stappe gedoen het om te verseker dat die werknemer nie die Wet sou oortree nie. Dit sal behels dat daar 'n balans getref moet word tussen die verskeie belange om vas te stel of die voorsorg wel redelik is.¹⁰¹

6.2 Reg en verpligting ten opsigte van onbehoorlike beïnvloeding

Artikel 61(1)(a) skep vir werkgewers 'n reg maar ook 'n verpligting. Dit bepaal dat “[n]o person may obstruct or attempt to improperly influence any person who is exercising a power or performing a function in terms of this Act”

Hierdie artikel skep 'n reg deurdat iemand wat 'n werkgewer verhoed om byvoorbeeld regstellende aksie maatreëls in te stel 'n boete van tot R10 000,00 opgelê kan word.¹⁰²

Dit skep ook 'n verpligting deurdat 'n werkgewer nie byvoorbeeld onbehoorlike beïnvloeding of intimidasie mag gebruik om werknemers te laat afsien van die gebruik van die Wet nie.

Artikel 61(1)(b) maak dit ook 'n oortreding vir enige persoon om verkeerde inligting te gee wat aan die Direkteur-generaal of 'n arbeidsinspekteur verstrek moet word.

Laastens verbied artikel 61(2) dat 'n werkgewer stappe kan neem om nie aangewese status te verkry nie. Dit sou kon gebeur deurdat die werkgewer byvoorbeeld sy werknemers onder 50 hou of selfs sy besigheid in kleiner besighede opdeel om so te voorsien dat elke besigheid minder as 50 werknemers het. Die werkgewer kan die bepaling van die Wet ontduik deur ekonomiese stappe te doen sodat hy onder die skaal sal wees wat in skedule 4 van die Wet vasgestel is.

¹⁰¹ Du Toit e.a. 2003a: 586.

¹⁰² Artikel 61(3).

B. Regte van die werknemers

Ingevolge hoofstuk drie word daar nie werklik regte vir werknemers geskep nie. Daar het wel na die saak van Harmse v City of Cape Town¹⁰³ die vraag ontstaan of regstellende aksie self nie 'n reg daar stel nie.¹⁰⁴ Die regte wat wel duidelik na vore kom met betrekking tot regstellende aksie is vervat in hoofstuk vyf van die Wet.

7. Reg om oortredings te monitor

Artikel 34 bepaal dat indien die Wet oortree is kan so oortreding deur 'n werknemer of 'n vakbondverteenwoordiger onder die aandag van 'n ander werknemer, 'n werkgewer, 'n vakbond, 'n werkplekforum, 'n arbeidsinspekteur, die Direkteur-generaal, of die Kommissie vir Gelyke Indiensneming gebring word.¹⁰⁵ Hierdie artikel voorsien basies daarvoor dat werkgewers hul verpligtinge sal nakom veral daardie verpligtinge vervat in hoofstuk 3 van die Wet.¹⁰⁶

Sou 'n werkgewer dus byvoorbeeld nie die Wet nakom nie, sou hierdie artikel as 'n begin dien om 'n nakomingsbevel teen die werkgewer te kry. Hierdie artikel is dus nie noodwendig 'n reg nie, maar kan gesien word as 'n tipe dwangmaatreël om toe te sien dat die Wet nagekom word.

8. Beskerming vir regte van werknemers

Die Wet skep laastens heelwat beskerming vir werknemersregte ingevolge artikel 51. Hierdie beskerming is ook beskikbaar vir voormalige werknemers en voornemende werknemers en nie net vir huidige werknemers nie.¹⁰⁷

¹⁰³ (2003) 24 ILJ 1130 (LC).

¹⁰⁴ Sien die in diepte bespreking van reg of verweer op hierdie vraagstuk in hoofstuk 5.

¹⁰⁵ Hierdie artikel skep egter nie vir 'n werknemer of 'n werksoeker die reg om in diens geneem te word op grond van 'n reg tot regstellende aksie nie Sien hierbo: Reg of verweer hoofstuk 5.

¹⁰⁶ Sien byvoorbeeld Dudley v City of Cape Town (2004) 25 ILJ 305 (LC).

¹⁰⁷ Artikel 51(5). "For the purposes of this section 'employee' includes a former employee or an applicant for employment."

Artikel 51 voorsien eerstens dat niemand teen 'n werknemer mag diskrimineer as hy sy regte ingevolge die Wet uitoefen nie.¹⁰⁸ Hierdie bepaling is ook in lyn met die bepalings van hoofstuk 2 van die Wet wat heelwat maatreëls insluit om onbillike diskriminasie te verhoed. Hierdie artikel bepaal egter net dat 'n persoon nie teen 'n werknemer mag diskrimineer nie.

Tweedens bepaal artikel 51(2) en (3) dat niemand 'n werknemer kan verhoed of benadeel om sy regte uit te oefen nie. Derdens mag 'n persoon nie 'n werknemer benadeel as hy inligting openbaar wat hy gemagtig is om te openbaar nie. Laastens mag niemand enige bevoordeling gee of belowe vir die nie-uitoefening van werknemersregte nie.

Artikel 51 is dus van groot belang in die versekering dat werknemers deur die Wet beskerm word en nie weerloos gelaat word nie.

9. Samevatting

Uit bogenoemde is die belangrikheid van die gelyke indiensnemingsplan duidelik uit die spreekwoord van "he who fails to plan, plans to fail". Dit is van onskatbare waarde dat werkgewers die voordele van so plan sal besef. Dit is nie veronderstel om gesien te word as 'n instrument om slegs werknemers van aangewese groepe te bevoordeel nie, maar om die organisasie in sy geheel te bevorder met 'n diverse arbeidsmag op alle vlakke.

As die plan behoorlik opgestel is en geïmplementeer word met die nodige samewerking en agting van al die partye in die organisasie se unieke omstandighede behoort die plan 'n instrument van sukses te wees.

Die Wet se sukses is hoofsaaklik afhanklik van die nakoming van die werkgewer se verpligtinge en daar word aanbeveel dat werkgewers meer gemotiveer kan word deur byvoorbeeld die daarstelling van belastingtoegewings en nie net sanksies by nie-nakoming nie.

¹⁰⁸ Artikel 51(1).

Die Wet bied voldoende beskerming aan aangewese werknemers deur hoofstuk 2 wat fokus op die uitskakeling van onbillike diskriminasie, en die maatreëls om regstellende aksie af te dwing ingevolge hoofstuk 5.

Die kritiek teen die Wet is dat dit nie met betrekking tot regstellende aksie voldoende beskerming bied vir nie-aangewese groepe nie. 'n Enkele uitsondering is artikel 15(4) en dan natuurlik hoofstuk 2 van die Wet. Dit word aanbeveel dat die Wet so hersien moet word dat die verpligtinge van die werkgewer ook daarop gerig sal wees om gelyke verteenwoordiging van nie-aangewese groepe te verseker. Dit sal dan verder tot gevolg hê dat gelyke indiensnemingsplanne ook nie-aangewese werknemers moet akkommodeer.

'n Groot uitdaging wat dus voorlê is dat planne so opgestel sal moet word om beide aangewese en nie-aangewese werknemers se onderverteenvoordiging aan te spreek. Dit is van kardinale belang om sodoende te verhoed dat spesialis kennis nie verlore sal gaan nie en ook dat daar nie in die poging om gelykheid te bevorder 'n nuwe aangewese groep geskep sal word nie.¹⁰⁹

Ten slotte behoort gelyke indiensneming nie as tydelik gesien te word nie, alhoewel regstellende aksie 'n tydelike maatreël is. Die rede hiervoor is dat elke werkgewer 'n beleid sal moet hê oor sy indiensneming waar billikheid altyd die uitgangspunt behoort te wees. Dit sal verseker dat onbillike diskriminasie 'n praktyk van die verlede bly en dat die billikheid van indiensneming bevorder sal word.

Die gelyke indiensnemingsplan sal met tyd al hoe meer geïntegreer kan word met 'n algemene menslike hulpbronbeleid met billikheid en die bereiking van gelykheid as die uitgangspunt, juis omdat die plan baie meer inhou as net indiensneming.

¹⁰⁹ Charoux en Moerdyk 1997: 35.

Hoofstuk 5

Regstellende aksie: Reg of Verweer?

1. Inleiding

In hierdie hoofstuk word daar aandag geskenk aan die vraag of regstellende aksie 'n reg kan wees en of dit bloot 'n verweer is. Voor die uitspraak in die saak van Harmse v City of Cape Town¹ was die posisie redelik duidelik dat regstellende aksie bloot 'n verweer is. Met ander woorde regstellende aksie is slegs 'n tydelike maatreël om gelykheid mee te bereik. In die Harmse-saak is daar hoofsaaklik weens 'n verkeerde interpretasie van die Wet beslis dat regstellende aksie wel 'n reg vir werknemers uitmaak. Hierna het verskeie sake gevolg om die posisie te probeer opklaar, waarvan Dudley v City of Cape Town² en Cupido v Glaxosmithkline SA (PTY) LTD³ die eerstes was.

Om regstellende aksie te beskou as 'n reg hou byvoorbeeld heelwat billikheidskwessies veral vir die werkgewer in. Dit kan onder andere beteken dat alle werkgewers hetsy aangewese of nie 'n verpligting sal hê om aan al die vereistes te voldoen wat in hoofstuk drie van die Wet voorkom. Hulle sal onder andere gelyke indiensnemingsplanne moet opstel, gereeld verslag moet doen aan die Direkteur-generaal en mense moet aanstel wat spesifiek vir regstellende aksie verantwoordelik is.

'n Verdere implikasie sal wees dat persone wat toepaslik gekwalifiseerd is en aan 'n aangewese groep behoort kan aanspraak maak op indiensneming. Dit bring weer ernstige beperkings vir die werkgewer se ekonomiese vryheid mee.

Om regstellende aksie net te beskou as 'n verweer beteken basies dat dit in die eerste plek vir die werkgewer die nodige magtiging gee om tydelike regstellende aksie

¹ Harmse v City of Cape Town (2003) 24 ILJ 1130 (LC).

² Dudley v City of Cape Town (2004) 25 ILJ 305 (LC).

³ Cupido v Glaxosmithkline SA (PTY) LTD (2005) 26 ILJ 868 (LC).

maatreëls te neem. Tweedens word die gevoel geskep dat regstellende aksie op hierdie manier nie werklik gelykheid sal bevorder nie en in werklikheid die aangewese werknemers weerloos laat.

Vervolgens sal daar gefokus word op wat die implikasies sal wees indien regstellende aksie as 'n reg of verweer gesien word en sal daar gefokus word op die beslissings van die howe in bogenoemde sake en die kritiek wat daarmee gepaardgaan.

2. Regstellende aksie maatreëls as verweer

Volgens Grogan het werkgewers verskeie roetes om te volg indien hul beskuldig word van onbillike diskriminasie.⁴ Die eerste verweer wat 'n werkgewer kan bring teen 'n bewering van onbillike diskriminasie sal wees dat hy geensins diskriminerend opgetree het nie. Byvoorbeeld dat die verskil in betaling van werknemers nie weens hul ras is nie, maar as gevolg van senioriteit in die organisasie.

Die tweede verweer kan geopper word in gevalle waar 'n werknemer self diskriminerend opgetree het deur byvoorbeeld seksuele teistering in die werkplek te pleeg.⁵ Hier moet die werkgewer bewys dat hy wel redelike stappe geneem het, met al die relevante partye gekonsulteer het en die nodige stappe geneem het.⁶ Hierdie blyk 'n vorm van middellike aanspreeklikheid te wees wat die werkgewer kan opdoen.

Die derde verweer is om te bewys dat dit daar wel gediskrimineer is, maar dat dit nie onbillike diskriminasie ingevolge artikel 6(2) van die Wet is nie.⁷

Voor die inwerkingtreding van die Wet het werknemers hoofsaaklik gebruik gemaak van die herroepe item 2(1) van skedule 7 van die Wet op Arbeidsverhoudinge wanneer daar bewerings van onbillike diskriminasie was.⁸ Dit het bepaal dat:

⁴ Grogan 2005: 285.

⁵ Grogan 2005: 285.

⁶ Wet op Gelyke Indiensneming 55/1998: artikel 60(2). (hierna bekend as die Wet)

⁷ Grogan 2005: 286.

⁸ Wet 66/1995.

“[f]or the purposes of this item, an unfair labour practice means any unfair act or omission that arises between an employer and employee, involving the unfair discrimination, either directly or indirectly, against an employee on any arbitrary ground, including, but not limited to race . . .”

Hiervolgens kon werknemers dus onbillike diskriminasie beweer op grond van enige of ‘n kombinasie van verbode gronde. Hierdie item is egter deur artikel 6 van die Wet op Gelyke Indiensneming herroep wat soortgelyke bepalings bevat en ook ‘n voortvloeiende is van artikel 9 van die Grondwet.⁹

Regstellende aksie is niks anders as diskriminasie op grond van bv. ras, geslag en gestremdheid nie. Daarom bepaal artikel 6(2) van die Wet “[i]t is not unfair discrimination to take affirmative action measures consistent with the purpose of this Act.”

Hiervolgens kan ‘n werkgewer dus soms by indiense neming of bevordering *prima facie* diskriminerend optree, maar dit word geregverdig as regstellende aksie om die bereiking van gelykheid te bevorder.

Dit sal byvoorbeeld die geval wees waar die een kandidaat die nodige kwalifikasies en werksondervinding het en behoort aan ‘n voorheen bevoordeelde groep. Die tweede kandidaat behoort aan ‘n aangewese groep en het nie dieselfde kwalifikasies en ondervinding as die eerste kandidaat nie. Die werkgewer kan nou die tweede kandidaat aanstel of bevorder bo die meer geskikte kandidaat mits die tweede kandidaat toepaslik ingevolge artikel 20(3)-20(5) van die Wet gekwalifiseerd is.¹⁰

⁹ Wet op Gelyke Indiense neming: artikel 6(1).

“[n]o person may unfairly discriminate, directly or indirectly, against an employee, in any employment policy or practice, on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, family responsibility, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, HIV status, conscience, belief, political opinion, culture, language and birth.”

¹⁰ Daar is vroeër bepleit dat billikheidsoorwegings ook aandag moet geniet, maar dit is nie die huidige geval nie.

Voor die Harmse-saak het verskeie sake daarop gedui dat regstellende aksie slegs gesien kan word as 'n verweer. In die saak van *Abbott v Bargaining Council for the Motor Industry (Western Cape)* het die hof beslis:

“[a]ffirmative action of persons belonging to disadvantaged groups or categories is a defence against the principal injunction not to discriminate in employment ... an applicant for employment derives no right from a contractual or negotiated affirmative action policy, as policies envisaged by this sub-item are called.”¹¹

Die Wet op Gelyke Indiensneming het veral in hoofstuk 3 daarvoor voorsiening gemaak dat aangewese werkgewers verskeie stappe moet neem om substantiewe gelykheid te bevorder deur regstellende aksie maatreëls.¹² Hoofstuk 3 is die gevolg van artikel 6 wat basies twee spesifieke verwerpe skep vir werkgewers naamlik die gebruik van regstellende aksie maatreëls en inherente werksvereistes.¹³

Regstellende aksie as 'n verweer is ook in lyn met die algemene betekenis van substantiewe gelykheid en die doel van die Wet wat in artikel 2 bepaal dat:

“[t]he purpose of this Act is to achieve equity in the workplace by implementing affirmative action measures to redress the disadvantages in employment experienced by designated groups, in order to ensure their equitable representation in all occupational categories and levels in the workforce.”

Die hof het in *IMAWU v Greater Louis Trichardt Transitional Local Council* beslis dat 'n werkgewer slegs op regstellende aksie as 'n verweer kan staatmaak indien die organisasie 'n gelyke indiensnemingsplan of beleid in plek het en dit ten doel het om sekere benadeelde groepe te bevorder.¹⁴

¹¹ *Abbott v Bargaining Council for the Motor Industry (Western Cape)* [1999] 2 BLLR 115 (LC): par. 12.

¹² Artikel 13.

¹³ Inherente werksvereistes as 'n verweer is buite die bestek van hierdie hoofstuk, maar dit is nogtans belangrik om daarop te let dat dit 'n statutêre verweer is wat tot die werkgewer se beskikking is.

¹⁴ (2000) 21 ILJ 1119 (LC): par. 19.

“There appears to be no doubt therefore that for affirmative action to survive judicial scrutiny the following is relevant:

Hierdie siening word ondersteun behalwe dat dit eerder ten doel moet hê om die werkplek beter verteenwoordigend te maak van alle groepe en nie net om benadeelde groepe te bevorder nie.¹⁵

Die hof het verder die belangrikheid van 'n indiensneminingsplan en beleide bevestig deur te beslis dat:

“[t]hese requirements ensure that there is accountability and transparency. They ensure that there is a measure or standard against which the implementation of affirmative action is measured or tested. They ensure that no arbitrary or unfair practices occur under the guise of affirmative action. They also ensure full knowledge and participation in the establishment and implementation of the programme.”¹⁶

In *Gordon v Departement of Health, KwaZulu Natal* het die hof egter beslis dat 'n indiensneminingsplan nie gesien moet word as 'n voorvereiste om regstellende aksie toe te pas nie omdat die magtiging om regstellende aksie toe te pas reeds in die Grondwet vervat is.¹⁷ 'n Gelyke indiensneminingsplan is wel 'n goeie bewys daarvan dat die werkgewer nie arbitrêr optree nie en dat daar 'n rasonele verbinding is tussen sy besluit en die rede vir sy besluit.¹⁸

19.1 there must be a policy or programme through which affirmative action is to be effected;

19.2 the policy or programme must be designed to achieve the adequate advancement or protection of certain categories of persons or groups disadvantaged by unfair discrimination.”

¹⁵ Sien hierbo die bespreking oor die billikheid van regstellende aksie hoofstuk 3.

¹⁶ *IMAWU v Greater Louis Trichardt Transitional Local Council*: par. 20.

¹⁷ [2004] 7 BLLR 708 (LC): par. 26.

“In other words, if there is no affirmative action plan, it cannot mean that a disadvantaged person can have no right to substantive equality in terms of section 8(1). Or that a privileged person will be unfairly discriminated against in terms of section 8(2) if substantive equality is afforded to a disadvantaged person.”

¹⁸ *Gordon v Departement of Health, KwaZulu Natal*: par. 44 en 48.

Die saak van *McInnes v Technikon Natal* is 'n goeie voorbeeld daarvan dat 'n werkgewer steeds onbillik kan optree ongeag die feit dat die organisasie 'n indiensnemingsplan of beleid in plek mag hê.¹⁹ 'n Indiensnemingsplan of beleid skep dus nie 'n absolute verweer vir 'n werkgewer nie en dit verseker ook nie dat die werkgewer dienooreenkomstig die beleid sal handel nie.

Nietemin word so plan sterk aanbeveel aangesien dit 'n beter bewys lewer dat regstellende aksie nie net per geleentheid gebruik word nie, maar dat dit deel is van die werkgewer se doelbewuste poging om die werkplek verteenwoordigend te maak van alle groepe.²⁰ Dit dien ook as 'n hulpmiddel vir die werkgewer om homself deurgaans te monitor ten opsigte van die vordering wat gemaak word en te verseker dat die regstellende aksie maatreëls wat hy toepas nie die billikheid daarvan sal oorskry nie.

3.1 Regstellende aksie as 'n reg ingevolge die Wet op Gelyke Indiensneming

In die *Harmse*-saak het die hof die eerste keer die moontlikheid geskep vir regstellende aksie om 'n reg te wees waarop werknemers of voornemende werknemers vir indiensneming of bevordering kon staatmaak. Die hof het dit hoofsaaklik gedoen deur middel van afleidings wat gemaak is tydens die interpretasie van artikels uit die Wet op Gelyke Indiensneming.

Wagley R beslis as volg:

“Chapter II of the Act deals with the prohibition of unfair discrimination in s 6. Section 6 of the Act provides that it is not unfair discrimination to take affirmative action measures consistent with the purpose of the Act. Section 5 of the Act (also part of chapter II) obliges every employer to take steps to promote equal opportunity in the workplace by eliminating unfair discrimination in any employment policy or practice. This section is peremptory and applies to all employers. One of the ways in which an employer can eliminate unfair discrimination is by taking affirmative action measures consistent with the

¹⁹ [2000] 6 BLLR 701 (LC).

²⁰ Sien hieronder regstellende aksie as 'n reg volgens gelyke indiensnemingsplanne.

purposes of the Act. However neither s 6 nor any of the other sections of chapter II, defines 'affirmative action measures'. It is in chapter III of the Act and in s 15 that we find a definition of 'affirmative action measures'²¹

Wagley R probeer gevolglik om 'n verbinding te maak tussen hoofstuk 2, wat van toepassing is op alle werkgewers, en hoofstuk 3 wat van toepassing is op aangewese werkgewers. Die verbinding lê eerstens daarin dat artikel 6 regstellende aksie nie as onbillike diskriminasie tipeer nie. Verder verplig artikel 5 alle werkgewers om onbillike diskriminasie te verwyder. Wagley R lees dan in dat artikel 5 regstellende aksie maatreëls verpligtend maak vir alle werkgewers omdat regstellende aksie een van menigte metodes is om onbillike diskriminasie te verwyder.

Die rede hiervoor is waarskynlik om te bewys dat indien elke werkgewer 'n verpligting het om regstellende aksie in te stel, dan behoort alle aangewese werknemers regstellende aksie as 'n reg te kan eis. Met ander woorde 'n aangewese werknemer behoort dan indiensneming te kan afdwing mits hy toepaslik gekwalifiseerd is. Dit sal egter drastiese gevolge inhou aangesien werkgewers nie meer voldoende beskerming sal hê nie.

Wagley R maak verder die afleiding dat die definisie van regstellende aksie 'n reg daar stel omdat dit 'n positiewe verpligting impliseer.

"The definition of affirmative action in s 15 indicates a role for affirmative action that goes beyond the passivity of its status as a defence. Affirmative action measures include measures to 'eliminate employment barriers', to 'further diversity' in the workplace and to ensure 'equitable representation'. In these respects affirmative action involves more than just a defensive posture."²²

Uit bogenoemde blyk dit dus asof die hof die afleiding maak dat die Wet bloot 'n passiewe maatreël is. Die kritiek hierteen is dat regstellende aksie nog altyd as aktiewe handeling gesien is binne die omvang van hoofstuk 3, maar dit veronderstel nie dat 'n werknemer daaruit 'n reg verkry nie. In die Europese lande word telkens van die term

²¹ Harmse v City of Cape Town: 1141.

²² Harmse v City of Cape Town: 1142.

'positive action' in Europese wetgewing gebruik gemaak juis om regstellende aksie se aktiewe karakter te beklemtoon.

Wagley R maak 'n verdere afleiding uit die bepalings van artikel 20(3)-20(5) van die Wet by die interpretasie van 'toepaslik gekwalifiseerd.'

"The concept of 'suitably qualified' is not described nor defined elsewhere in the Act. Accordingly the concept of suitably qualified, as elaborated in s 20(3)-20(5) applies to the Act as whole and is not limited to chapter III. The prohibition against unfair discrimination solely on the grounds of a person's lack of relevant experience, as contained in s 20(5) of the Act, applies to all employers and is not limited to designated employers. Similarly, the taking of affirmative action measures is the duty of every employer and is not limited to designated employers. This conclusion is based on s 5 of the Act, which obliges every employer 'to promote equal opportunity in the workplace by eliminating unfair discrimination in any employment policy or practice'."²³

Die hof meen dus dat artikel 20(5) van die Wet 'n verbode grond van diskriminasie daarstel. Verder is artikel 20(5) deel van hoofstuk drie van die Wet wat op sy beurt weer voorsiening maak vir die implementering van regstellende aksie. Hy maak weereens die verbinding met artikel 5 wat werkgewers verplig om onbillike diskriminasie te verwyder. Die afleiding is dus dat hoofstuk drie nie net op aangewese werkgewers van toepassing is nie, maar op alle werkgewers.

Die Wet bepaal egter uitdruklik dat hoofstuk drie slegs op aangewese werkgewers van toepassing is tensy die wet anders bepaal.²⁴ Die interpretasie van die hof is egter veronderstellings wat nie suiwer gegrond kan word nie. Vervolgens die argument teen hierdie siening.

²³ Harmse v City of Cape Town: 1143.

²⁴ Wet op Gelyke Indiensneming: artikel 4(2)

3.2 Argument teen die siening dat regstellende aksie gesien kan word as 'n reg.

Na die uitsprake in die Harmse en Van Heerden-sake het die regters 'n ander beredenering gevolg in die Dudley-saak wat later onder andere in die Cupido-saak bevestig is.

Die applikant in die Dudley-saak was 'n lid van die aangewese groepe ('n swart vrou) en was onsuksesvol met die aanstelling as Direkteur: Gesondheid van Kaapstad. Die suksesvolle kandidaat was 'n blanke man en die applikant eis onder andere dat sy aanstelling ter syde gestel word en dat die applikant aangestel moet word op grond daarvan dat sy die beste kandidaat was en die respondent onbillik teen haar gediskrimineer het. Die applikant eis verder dat die respondent sy regstellende aksie verpligtinge sal nakom en 'n behoorlike indiensnemingsplan sal opstel wat sal verhoed dat soortgelyke diskriminerende praktyke sal voorkom.

Die applikant se eis was dus op grond van onbillike diskriminasie en 'n reg op regstellende aksie gebaseer. Die applikant het die bewering van onbillike diskriminasie gegrond op 'n bewering dat sy voldoen aan die nodige vereistes en dat sy dus toepaslik gekwalifiseer is ingevolge artikel 20(3)- 20(5) van die Wet.

Die reg op regstellende aksie word ondersteun deur haar bewering dat die respondent nie artikel 5 en 6 van die Wet nagekom het nie. Die applikant beweer verder dat haar reg op regstellende aksie ingevolge hoofstuk drie van die Wet gegrond is en dat die respondent versuim het om sy regstellende aksie beleid te volg deur haar voorkeur bo Dr. Toms te weier op grond van ras en geslag.

Die respondent het hom verweer deur te bewys dat die aard van regstellende aksie verkeerdelik verstaan is deur die applikant.²⁵ Regstellende aksie is nie 'n individuele reg of swaard wat deur 'n persoon gebruik kan word om indiensneming of bevordering af te dwing nie.

²⁵ Dudley v City of Cape Town: 427-428.

Die respondent redeneer ook verder:

“[a]n employer’s failure to apply affirmative action by failing to advantage or prefer a member of a designated group who has applied for employment cannot in law constitute unfair discrimination in terms of sections 6(1) and (2) of the EEA.”²⁶

Gevolglik maak die versuim om regstellende aksie toe te pas nie ‘n grond vir onbillike diskriminasie uit nie. Regter Tip het beslis dat daar geen logiese verbinding is tussen artikel 20(3)-20(5) en hoofstuk twee van die Wet soos wat regter Wagley in die Harmse-saak gemaak het nie. Tip R meen dat regstellende aksie maatreëls bepaal word deur kollektiewe onderhandeling tussen werkgewers en werknemers wat deel uitmaak van die werkgewer se verpligtinge ingevolge hoofstuk drie van die Wet.²⁷

Verder het die applikant verkeerdelik hoofstuk twee en hoofstuk drie van die Wet se afdwinging verstaan. Die hof het vervolgens beslis:

“[t]he substantive distinction between Chapter II unfair discrimination and Chapter III affirmative action is mirrored in the distinction drawn by the legislature in the EEA. Enforcement of the first is undertaken through the declaration of a dispute in terms of section 10, which posits the CCMA as the initial forum. In the event of unsuccessful conciliation, the dispute then falls to be adjudicated by this Court. Precisely that route has been followed by the applicant and – insofar as her claim is one based on unfair discrimination – no complaint has been raised. Section 10 governs only disputes that concern Chapter II. Conversely, it is plain that any issue arising in respect of Chapter III falls within the framework of Chapter V.”²⁸

Hoofstuk drie skep dus nie die geleentheid vir ‘n individu om direk hof toe te gaan nie, maar die nie-nakoming van hoofstuk drie is ‘n kwessie wat onder andere ondersoek moet word deur arbeidsinspekteurs en afdwinging word deur die Direkteur Generaal van

²⁶ Dudley v City of Cape Town: 425.

²⁷ Dudley v City of Cape Town: 428 en 436.

²⁸ Dudley v City of Cape Town: 431-432 en 435.

Arbeid. Eers nadat die maatreëls in hoofstuk vyf uitgeput is kan 'n saak na die hof verwys word sou die werkgewer steeds in versuim bly.²⁹

Op die bewering dat die applikant die beste kandidaat was en dat die werkgewer nie sy regstellende aksie verpligtinge nakom nie beweer die respondent dat die bewerings mekaar weerspreek.

“Since these two allegations have not been made in the alternative, the City raises the contention that they are ‘mutually inconsistent and/or contradictory claims and are accordingly vague, embarrassing and bad in law’. The basis for this contention is that, if indeed the applicant was the best candidate for the position, then no need would have arisen for her to have been preferred because she was black and/or a woman.”³⁰

Die saak wat die applikant uitgemaak het is 'n voorbeeld van hoe die Wet verkeerd toegepas kan word. Die applikant moes dus eerder óf gebruik gemaak het van artikel 10 en slegs onbillike diskriminasie beweer het óf ingevolge hoofstuk vyf van die Wet opgetree het en beweer het dat die werkgewer nie sy verpligtinge nagekom het nie.

Die Cupido-saak het kort na die Dudley-saak gevolg en ook die beslissing in die Harmse-saak verwerp. Die hof beslis eerstens dat regstellende aksie nie 'n individuele reg vir persone skep nie.³¹ Verder skep hoofstuk drie van die Wet nie direkte toegang tot die hof nie, maar moet hanteer word ingevolge hoofstuk vyf van die Wet.³²

Hierdie siening is meer onlangs bevestig in twee sake. In die saak van Kariem v SA Police Service & another is beslis dat 'n aangewese werknemer nie 'n individuele reg op regstellende aksie het nie en verder kan 'n werknemer nie direk hof toe gaan indien die werkgewer nie sy verpligtinge nakom nie.³³

²⁹ Dudley v City of Cape Town: 438.

³⁰ Dudley v City of Cape Town: 426.

³¹ Cupido v Glaxosmithkline SA (PTY) LTD: 873.

³² Cupido v Glaxosmithkline SA (PTY) LTD: 872 en 875.

³³ (2007) 28 ILJ 158 (LC).

In die saak van *Thekiso v IBM South Africa (Pty) Ltd* is 'n soortgelyke benadering gevolg deurdat daar beslis is dat 'n aangewese werknemer nie 'n voorreg het om steeds in diens te bly bo nie-aangewese werknemers tydens oortollighedsprosedures nie.³⁴ Laasgenoemde saak hou basies verband met die "eerste-in-laaste-uit" beginsel.

Dupper en Garbers bied die volgende verduideliking aan om duidelik die interpretasie van die Wet te verstaan.³⁵ Eerstens sit artikel 20(3) van die Wet wel die definisie uiteen vir "toepaslik gekwalifiseerd" en alle werkgewers moet hierdie definisie gebruik. Die term moet egter nie so verstaan word dat dit die verskeie doelwitte en hoofstukke van die Wet met mekaar verbind nie, maar dat die term wel op die hele Wet van toepassing is slegs waar dit toepaslik gebruik word.³⁶

Tweedens is Dupper en Garbers van mening dat die hof in die Harmse beslissing 'n verkeerde verbinding maak met hoofstuk drie en artikel 5 van die Wet. Die Wet hanteer hoofsaaklik twee sake naamlik die uitskakeling van onbillike diskriminasie en die implementering van regstellende aksie maatreëls en dat hierdie twee sake sover moontlik apart gehou moet word.

Dupper en Garbers meen dat artikel 2(a) bepaal dat die Wet ten doel het om die werkplek billik verteenwoordig te kry deur die bevordering van gelyke geleentheid en die billike behandeling tydens indiensneming deur die uitskakeling van onbillike diskriminasie. Die artikel is nou verbonde aan artikel 5 wat werkgewers verplig om onbillike diskriminasie te elimineer. Hierdie twee artikels is in lyn met hoofstuk twee van die Wet en moet apart gehou word van die tweede doel van die Wet.

Die tweede doel word in artikel 2(b) uiteengesit naamlik die implementering van regstellende aksie maatreëls met die doel om benadeling by indiensneming wat aangewese groepe moes verduur het in die verlede reg te stel en om billike verteenwoordiging in die werkplek te bevorder. Hierdie doel is weer in lyn met hoofstuk drie van die Wet.

³⁴ (2007) 28 ILJ 177 (LC).

³⁵ Dupper en Garbers 2004: 283-284.

³⁶ Hierdie artikels sluit in artikels 15, 20 en 42.

Gevolgtlik moet artikel 2(a) en 2(b) apart gehou word net soos hoofstuk twee en drie apart gehou moet word. Hieruit is dit dus duidelik dat 'n diskriminerende praktyk ingevolge hoofstuk twee van die Wet en 'n nie-nakoming van regstellende aksie maatreëls ingevolge hoofstuk drie van die Wet nie te gelyke tyd kan werk nie en dat hoofstuk twee en drie afsonderlik gehou moet word van mekaar.

Dit is dus duidelik dat regstellende aksie nie op alle werkgewers van toepassing is nie en verder dat die Wet nie 'n reg op regstellende aksie skep soos in die Harmse-saak beslis is nie.³⁷

3.3 Regstellende aksie as 'n reg ingevolge 'n gelyke indiensnemingsplan

Die hof het in die Harmse-saak die moontlikheid oopgestel dat daar op regstellende aksie aanspraak gemaak kan word indien die werkgewer 'n gelyke indiensnemingsplan het.

“If however an employer adopts an employment equity plan that regulates appointments and promotions, then the employees may have a legitimate expectation that the respondent will act in accordance with the plan.”³⁸

Aan die hand van die saak van Abbott het die hof bepaal dat 'n werkgewer moontlik gebind kan wees aan sy indiensnemingsplan of beleid.

“[I]n assessing whether an applicant was a victim of a residual unfair labour practice the existence and scope of an affirmative action policy and the obligations which it placed on the employer are vital considerations. From an equity and labour relations point of view an employer should be bound by such a policy.”³⁹

Daar word saamgestem met die hof dat sodanige indiensnemingsplan of beleid wel 'n legitieme verwagting skep en dat daar redelikerwys verwag sal word van 'n werkgewer om dienooreenkomstig te handel.

³⁷ Dudley v City of Cape Town: 438.

³⁸ Harmse v City of Cape Town: 1146.

³⁹ Abbott v Bargaining Council for the Motor Industry (Western Cape): 118.

Sou hy egter nie so optree nie, dan behoort 'n werknemer egter steeds nie 'n individuele reg te hê om aangestel te word nie en tweedens behoort die werknemer steeds nie direkte toegang tot die hof te hê nie.

Die benadeelde behoort waarskynlik 'n klag van onbillike diskriminasie te kan lê ingevolge artikel 6 of ingevolge hoofstuk 5 te kan optree deur 'n klag te lê by die Direkteur-generaal.⁴⁰

3.4 Regstellende aksie as 'n reg in lig van die huidige beslissing van Minister of Finance v Van Heerden⁴¹

In die saak van Minister of Finance v Van Heerden het die hof wel beklemtoon dat maatreëls ingevolge artikel 9(2) van die Grondwet nie 'n uitsondering op die reël is nie, maar 'n pertinente rol in die reg tot gelykheid verteenwoordig.⁴² Alhoewel hierdie stelling regstellende aksie as 'n reg kan laat lyk is dit belangrik om in gedagte te hou dat die reg op gelykheid nie sinoniem aan 'n reg op regstellende aksie is nie.

Regstellende aksie is bloot 'n maatreël om gelykheid te bereik en gevolglik kan regstellende aksie nie as 'n afsonderlike reg gesien word nie. Die klem lê op 'n maatreël ter bevordering van gelykheid. Dit beklemtoon dan ook verder dat regstellende aksie nie passief is nie, maar 'n aktiewe maatreël wat 'n groot realiteit is.

Dupper en Garbers volg dieselfde redenasie en bespreek vier redes hoekom gelykheid ingevolge artikel 9(2) nie sinoniem moet wees aan regstellende aksie nie.⁴³ Eerstens maak die Grondwet in artikel 9 melding dat maatreëls geneem kan word om die verlede reg te stel. Met ander woorde die Grondwet stel nie 'n absolute verpligting nie.

Tweedens gebruik die Grondwet die term "maatreëls". In *George v Liberty Life Association of Africa* het die hof bepaal dat "[n]on-discrimination is a value and a

⁴⁰ Wet op Gelyke Indiensneming: artikel 34.

⁴¹ [2004] 12 BLLR 1181 (CC).

⁴² Minister of Finance & another v Van Heerden: par. 95.

⁴³ Dupper en Garbers 2004: 281-282.

Constitutional right. Affirmative action is a means to an end and not an end in itself.”⁴⁴
Hiermee word bedoel dat regstellende aksie nie gesien moet word as ‘n waarde of ‘n reg nie, maar slegs ‘n metode om ‘n sekere resultaat te bereik.

Derdens bepaal die Grondwet nie uitdruklik op wie die verpligting om regstellende aksie te implementeer rus nie. Die Grondwet bepaal slegs dat dit ‘n wetgewende vorm kan aanneem en gevolglik is dit ‘n politieke saak wat deur die howe en die uitvoerende gesag bepaal moet word. Dit laat die vraag ontstaan of daar nie te veel verwag word van werkgewers om regstellende aksie se sukses te verseker nie.

Laastens word die term “regstellende aksie” nie in die Grondwet gebruik nie.

Gevolglik is die Wet op Gelyke Indiensneming slegs een manier om gelykheid te bevorder. Dit plaas dan verder ‘n groter verpligting op die staat om verdere maatreëls te ontwikkel in die lig van billikheid wat nie noodwendig individue soos werkgewers en nie-aangewese groepe onnodig sal benadeel nie. Dit kan byvoorbeeld die vorm aanneem van meer werkverskaffing, beter onderwys en meer geleenthede vir opleiding en ontwikkeling.

Die afleiding wat gemaak kan word van Dupper en Garbers se studie is dat regstellende aksie nie ‘n reg uitmaak nie. Om regstellende aksie as ‘n reg te gebruik kan verreikende gevolge hê wat die billikheid van regstellende aksie optredes mag beïnvloed.

3.5 Die billikheid en ander implikasies van regstellende aksie as ‘n reg

Van die implikasies wat regstellende aksie mag hê is as volg:

‘n Aangewese, onsuksesvolle kandidaat behoort ‘n eis te kan instel om hom in diens te neem op grond van regstellende aksie mits hy natuurlik toepaslik gekwalifiseerd is, maar nie noodwendig die beste kandidaat is nie.

⁴⁴ [1996] 8 BLLR 985 (IC): 1006.

Volgens Cooper is daar duidelik 'n reg tot regstellende aksie en die eintlike vraag wentel eerder rondom die toepassing en die grense van so 'n reg.⁴⁵ Die billikheid hiervan word bevraagteken veral in die lig van werkgewersregte en die korrekte interpretasie en doel van die Wet op Gelyke Indiensneming en die Grondwet.

Een van die probleme wat kan ontstaan is dat 'n werknemer nie behoorlike kennis dra van 'n werkgewer se langtermyn plan vir indiensneming nie. As elke aangewese werknemer regstellende aksie as 'n reg kan afdwing kan dit lei tot 'n gejaagde proses wat dan veral ekonomiese benadeling en oneffektiwiteit vir die werkgewer se besigheid kan inhou.

'n Verdere probleem met regstellende aksie as 'n reg is dat dit uit oog verloor dat regstellende aksie 'n tydelike maatreël is om gelykheid te bereik.⁴⁶ 'n Reg word hoofsaaklik ondersteun deur onderliggende waardes. Om regstellende aksie dan 'n reg te maak moet dit ondersteun kan word deur 'n waarde wat demokrasie voorstaan. Verder sal so reg beteken dat dit nie meer 'n tydelike maatreël is nie, maar 'n vereiste van indiensneming sal word.

Een van die groot probleme wat die Harmse-saak veroorsaak het is om te veronderstel dat die verbode gronde in artikel 6 van die Wet nie net verbode gronde skep nie, maar dat dit ook gronde kan wees vir die bevordering van regstellende aksie deur voorkeurbehandeling op daardie gronde. Die gevolg is dat 'n persoon sal kan eis om aangestel te word op grond van sy ras, geslag of gestremdheid soos wat gebeur het in onder andere die Dudley-saak.

In die saak van FAGWUSA and another v Hibiscus Coast Municipality and others het die applikant ook 'n eis ingestel om aangestel te word op grond van sy ras.⁴⁷ Die hof het egter bevind dat die eis nie kan slaag nie en dat die applikant nie kan eis om 'n onderhoud te kry of aangestel te word nie want volgens die hof is dit nie 'n behoorlike interpretasie van die kollektiewe ooreenkoms of die Wet op Gelyke Indiensneming nie.⁴⁸

⁴⁵ Cooper 2004: 852.

⁴⁶ George v Liberty Life [1996] 8 BLLR 985 (IC).

⁴⁷ FAGWUSA and another v Hibiscus Coast Municipality and others(2003) 24 ILJ 1976 (LC).

⁴⁸ FAGWUSA and another v Hibiscus Coast Municipality and others: 1978.

Dupper en Garbers ondersoek die moontlikheid dat 'n werknemer weerloos gelaat sal wees indien regstellende aksie nie 'n reg is nie.⁴⁹ Hulle kom tot die volgende gevolgtrekking. Eerstens is hoofstuk 3 van die Wet so geformuleer dat dit selfregulerend is en afgedwing word deur boetes en die verlies aan staatskontrakte. Tweedens beskik 'n werknemer steeds oor die reg om nie teen gediskrimineer te word nie sou daar iets verkeerd loop met die regstellende aksie proses. Laastens kan 'n reg op regstellende aksie slegs bedoel wees dat 'n toepaslik gekwalifiseerde werknemer ernstig opgeneem kan word onderhewig aan die werkgewer se diskresie.

Dus is daar voldoende beskerming vir 'n werknemer deur gebruik te maak van die verskeie meganismes wat die Wet in hoofstuk 2 en hoofstuk drie afsonderlik voorsien.

4. Samevatting

Die debat rondom regstellende aksie as 'n reg is aan die hand van bogenoemde sake waarskynlik op 'n einde. Daar is oorweldigend goeie gesag dat regstellende aksie nie 'n individuele reg is nie. Die teenkant maak hoofsaaklik staat op verwronge interpretasies van die Wet en 'n wye siening van substantiewe gelykheid. Dit sal egter eers duidelik wees wat die werklike posisie is nadat die kwessie op appèl uitgeklaar is.

Die uiteensetting van die Wet is juis in verskeie hoofstukke opgedeel waarskynlik om kleiner doelwitte binne sekere omgewings te bereik naamlik die uitskakeling van onbillike diskriminasie en bereiking van billike verteenwoordiging deur middel van regstellende aksie. Saam bevorder hierdie twee doelwitte die groter doel van substantiewe gelykheid.

'n Voorgestelde oplossing is om 'n behoorlike beleid en plan op te stel en daarvolgens te handel. 'n Benadeelde werknemer of aplikant het dan 'n legitieme verwagting dat 'n werkgewer daarvolgens sal handel. Sou die werkgewer dan versuim kan die saak of 'n versuim van verpligtinge wees ingevolge hoofstuk drie en moet dan hanteer word ingevolge hoofstuk vyf of sou dit onbillike diskriminasie wees, behoort 'n benadeelde ingevolge artikel 10 te kan optree.

⁴⁹ Dupper en Garbers 2004: 285-286.

Die hof behoort derhalwe nie meer in die Wet in te lees as wat nodig is nie. Die Wet is wel nog ver van volmaak af, maar die uiteensetting en doel daarvan is duidelik en die hof moet liefs die Wet veel eerder net binne sy spesifieke raamwerk interpreteer en nie 'n nuwe raamwerk in die geheel skep nie.

Alhoewel hierdie studie poog om te bewys dat regstellende aksie nie 'n reg kan wees nie, laat dit nie werknemers weerloos nie. Om regstellende aksie egter net as 'n verweer te sien sou opsigself 'n onreg uitmaak.

'n Belangrike punt wat nie uit fokus verloor moet word nie is dat regstellende aksie toegepas moet word as 'n maatreël sowel as 'n verweer. Hierdie siening is steeds in lyn met substantiewe gelykheid en dit bied die nodige beskerming vir werkgewers en dit voorsien dat regstellende aksie nie net 'n passiewe beleid is nie.

Hoofstuk 6

Regsvergelykende studie: Europese Unie en Kanada

1. Inleiding

In die Europese Unie (EU) en Kanada is daar jare lank reeds ontwikkeling op die gebied van regstellende aksie veral deur middel van verskeie stukke wetgewing, beleidsdokumente en regspraak. In hierdie hoofstuk word die ontwikkeling van regstellende aksie in die EU en Kanada ondersoek met die doel om sekere beginsels vas te stel wat moontlik in Suid-Afrika gebruik kan word.

Die ontwikkeling wat plaasgevind het in die EU het reeds in die sewentigerjare begin en het plaasgevind deur die verskeie verdrae, wetgewing, direktiewe wat opgestel is sowel as die beslissings van die Europese geregshof.

In Kanada het daar ook reeds meer as twintig jaar se ontwikkeling op die gebied van gelykheid en regstellende aksie plaasgevind. Wat Kanada so kenmerkend maak is die groot ooreenkomste wat daar met die posisie in Suid-Afrika bestaan. Dit behoort ook 'n goeie vooruitskouing te gee oor hoe Suid-Afrika self oor die jare moontlik gaan ontwikkel. Hierdie studie wys ook waar die Suid-Afrikaanse wetgewing met Kanadese wetgewing aangevul kan word en andersom.

2. Die Europese Unie

Enige vergelyking met die posisie in die EU mag onwaarskynlik lyk veral omdat Suid-Afrika nie dieselfde sosio-ekonomiese en politieke milieu het as enige van die Europese lande nie. In Europa word daar ook merendeels gefokus op gelykheid tussen mans en vroue waar daar in Suid-Afrika bykomend met rasse ongelykheid gewerk moet word. Dit is eers onlangs dat die EU 'n uitdruklike standpunt ingeneem het ten opsigte van die

bevordering van rasse en etniese gelykheid deur middel van die “Race Equality Directive” (RED)¹

Gevolgtik word daar gefokus op die enkele direktiewe wat in die EU gebruik is om ongelykheid te elimineer en regstellende aksie te bevorder. Daar word ook op regspraak wat met hierdie kwessies handel gefokus omdat die howe heelwat interpretasies maak van wetgewing in hul uitsprake. In die lig van al die verskille wat daar bestaan tussen Suid-Afrika en Europa moet daar dus eerder gefokus word op die beginsels wat van belang is ten opsigte van regstellende aksie².

2.1 Europese siening van gelykheid

Die tipe regstellende aksie maatreëls wat aangewend word in ‘n gemeenskap is grootliks afhanklik van daardie gemeenskap se siening van gelykheid. Gelykheid is weer op sy beurt afhanklik van die sosiale omstandighede in daardie gemeenskap.³

Sedert 1976 het die siening van gelykheid in die EU heelwat verander wat verduidelik hoekom die EU se regstellende aksie beleid ook tot vandag toe heelwat ontwikkeling ondergaan het.

In die algemeen draai die debat rondom die formele of substantiewe siening van gelykheid.⁴ Tot en met die saak van *Badeck v Hessen*⁵ is Trelogan van mening dat daar in Europa in die algemeen ‘n formele siening van gelykheid gehandhaaf is.⁶ Ander

¹ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin.

² In Europa word daar hoofsaaklik gepraat van “positive action”, “positive discrimination” of “reverse discrimination”. Daar word in hierdie studie egter gepraat van regstellende aksie om eenvormigheid te behou.

³ Sien veral Ackers se siening dat regstellende aksie meer kontekstueel toegepas moet word.

⁴ Sien hierbo hoofstuk 2 vir ‘n in diepte bespreking oor die onderskeid.

⁵ *Badeck v Hessen*, Case C-158/97[2000] ECR I-1875 (ECJ).

⁶ Trelogan e.a. 2004: 35 vn. 30.

skrywers soos Cohn⁷ is weer van mening dat daar in Europa steeds 'n meer formele benadering geld soos geïllustreer in die onlangse Abrahamsson-saak.⁸

Daar word egter nie hiermee saamgestem nie aangesien die Verdrag van Amsterdam in 1997 reeds soos volg voorsiening gemaak het:

“[w]ith a view to ensuring full equality in practice between men and women in working life, the principle of equal treatment shall not prevent any Member State from maintaining or adopting measures providing for specific advantages in order to make it easier for the under-represented sex to pursue a vocational activity or to prevent or compensate for disadvantages in professional careers.”⁹

Hierdie bepaling het dus reeds daarvoor voorsiening gemaak dat substantiewe gelykheid 'n realiteit is deurdat lidlande maatreëls kon aanneem om vroue te bevorder waar hulle onderverteenvoerdig is. Selfs in die sake van Kalanke¹⁰ en Marschall¹¹ onder die bepalings van die voormalige Equal Treatment Directive¹² (ETD) is daar reeds voorsiening gemaak vir substantiewe gelykheid deur voorkeurbepalings vir vroue toe te staan.

Volgens Burrows en Robison is daar in Europa hoofsaaklik drie aanvaarbare konsepte van gelykheid.¹³ Die eerste hiervan is gelyke behandeling wat hoofsaaklik formeel van aard is en 'n geslag-neutrale standpunt inneem. Die tweede is die skepping van gelyke geleenthede. Hulle meen dat hiervolgens word struikelblokke uit die weg geruim om sodoende 'n gelyke beginpunt vir almal te skep. Dit word egter steeds gesien as 'n formele benadering alhoewel dit oor elemente van substantiewe gelykheid beskik. Die

⁷ Cohn 2003: 281-285.

⁸ Abrahamsson & Anderson v Fogelqvist, Case C-407/98 [2000] ECR I-5539 (ECJ).

⁹ Treaty of Amsterdam 1997: artikel 141(4).

¹⁰ Kalanke v Freie Hansestadt Bremen, Case C-450/93 [1995] ECR I-3051 (ECJ).

¹¹ Marschall v Land Nordrhein-Westfalen, Case C-409/95 [1997] ECR I 6363 (ECJ).

¹² Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions.

¹³ Burrows & Robison 2006: 26-28.

derde vorm fokus op gelykheid van resultaat en probeer vorige benadeling aan te spreek deur remediërende maatreëls te skep.¹⁴

Dit is dus duidelik dat daar verskeie vlakke van gelykheid bestaan wat afwisselend meer formeel of meer substantief van aard is. In 'n gemeenskap waar daar byna geen sprake van diskriminasie is nie en waar daar al 'n geruime tyd reeds remediërende maatreëls bestaan om voorheen benadeeldes te bevorder kan 'n te streng navolging van substantiewe gelykheid selfs tot groot ongelykheid lei.¹⁵

Net so sal formele gelykheid groot benadeling veroorsaak in 'n gemeenskap wat nog gebuk gaan onder diskriminerende praktyke. Soos daar reeds hierbo gemeld is, sal die regstellende aksie maatreëls en ook die benadering tot gelykheid grootliks afhang van die sosio-ekonomiese en politieke konteks waarin dit toegepas word.¹⁶

Dit is as gevolg van hierdie onduidelike posisie ten opsigte van gelykheid dat daar in die EU steeds nie duidelikheid is oor die aanvaarbare regstellende aksie maatreëls in Europa nie. Ten spyte hiervan kan daar steeds heelwat geleer word uit die beginsels wat met die verloop van tyd vasgelê is.

2.2 Rasionaal vir regstellende aksie

In Europa is die hoofrede vir regstellende aksie grootliks die gevolg van 'n onderverteenwoordiging van vroue. Dit het daartoe gelei dat verskeie lande soos Duitsland 'n streng kwota van 50% mans en 50% vroue deel van die algemene regstellende aksie beleid gemaak het.¹⁷

¹⁴ Hierdie drie vorme hou nou verband met die drie konsepte van gelykheid soos hierbo bespreek aan die hand van Kimber se gelykheidsmodelle in Anardottir.

¹⁵ Sien hieronder waar die Abella-verslag meen dat absolute gelykheid onmoontlik is, maar die uitskakel van ongelykheid is nie.

¹⁶ Ackers 2000: 356.

¹⁷ Sien in hierdie geval die saak van Kalanke v Freie Hansestadt Bremen.

Ackers het 'n deeglike ondersoek gedoen na die moontlike redes vir die ondervteenwoordiging van vroue veral op nagraadse vlak in tersiêre inrigtings.¹⁸ Die bevinding het hoofsaaklik gedui op verskeie sosiale redes en dat die graad van ondervteenwoordiging gestyg het namate die poste meer senior van aard was.

Die studie het gewys dat die sosiale redes hoofsaaklik sentreer rondom sake soos die verantwoordelikheid van kinders, huweliksverpligtinge, dienspraktyke soos lang ure en die onsekerheid van kontrakte.¹⁹

Rozof het weer die probleem geïdentifiseer as 'n stereotipering van die vrou se rol in die gemeenskap waar mans van mening is dat "besigheid nie die plek van 'n vrou is nie".²⁰

'n Ander groot probleem wat reeds in die 1970's vasgestel is, was die onderontwikkeling van vroue weens 'n gebrek aan behoorlike onderrig en opleiding vir 'n spesifieke werk.²¹ 'n Verdere rol wat nie altyd in ag geneem word nie is dat mans en vroue fisies en biologies verskil, maar hierdie verskille moet nie onnodig struikelblokke daarstel nie.²²

Ackers stel die volgende voor as 'n moontlikheid om die probleem te ondervang:

"...attention needs to be paid to the relationship between these life-course events and changing labour market situations, career structures and expectations, as well as developments at the level of national economies and social policy. Sensitive understanding of the processes leading to female withdrawal or failure to progress is likely to lead to a more tailored and effective policy response at the appropriate level."²³

Dit is dus van kardinale belang dat daar ag geslaan sal word op die unieke sosiale omstandighede van die vrou wat haar moontlik kan benadeel in die praktyk. Verder moet

¹⁸ Ackers 2000:347-360.

¹⁹ Ackers 2000: 348-349.

²⁰ Rozof 1998: 1507-1508.

²¹ Koback 1999: 468.

²² Rozof 1998: 1533.

²³ Ackers 2000: 349-350.

daar vasgestel word hoe hierdie unieke omstandighede so effektief as moontlik aangewend kan word tot voordeel van die werknemer en werkgever. Netso behoort Suid-Afrika ag te slaan op die unieke omstandighede van verskeie groepe om sosiale probleme beter aan te spreek en ook so indirek die kwessie met indiensneming aan te spreek.

Dit is verder belangrik dat 'n streng kwota nie gesien sal word as die oplossing om onderverteengewordiging aan te spreek nie. Tydens een van die onderhoude wat gevoer is met Ackers se navorsing het een van die vroue gesê: “I don't really see the necessity to support women artificially to do science. [If] women do not want to do science then they shouldn't do science’.”²⁴

Om dus 'n streng kwota te stel gaan nie noodwendig die probleem van onderverteengewordiging aanspreek nie. As 'n sekere groep persone wat onderverteengewordig is nie 'n voorkeur het vir 'n spesifieke werk nie, dan moet 'n regstellende aksie beleide nie werkgevers of daardie werknemers dwing om 'n streng en arbitrêre kwota te vul nie. Hierdie kwotas sal slegs daartoe lei dat die werkplek kunsmatig verteengewordigend sal word.

Die volgende aanhaling bevestig die finale bevinding van Ackers:

“this research emphasizes the importance of assessing not just the statistical outcome of social processes (female under-representation) but the appropriate level for policy-response. In that context, an understanding of the ‘pool’ of potential applicants is fundamental to our evaluation of the burden of any quota-based measures. Reference to the fact that women make up over half of the population provides an inadequate justification for positive discrimination at the level of doctoral grant allocation (although it may be grounds for policy intervention at another level). One should also keep in mind that competitiveness should be the first point for research – in order to catch up with the US the EU should promote quality in science even if this sometimes conflicts with social aims’.”²⁵

²⁴ Ackers 2000: 352.

²⁵ Ackers 2000: 352 en 354.

Die doel van regstellende aksie is dus om onderverteengewording aan te spreek. Uit die voorafgaande is dit belangrik dat die onderverteengewording op so manier aangespreek word dat die hele konteks in ag geneem sal word tydens die proses.

2.3 Die aard van regstellende aksie beleide in die Europese Unie

In Europa word regstellende aksie as volg omskryf:

“all measures which aim to counter the effects of past discrimination, to eliminate discrimination and to promote equality of opportunity between women and men, particularly in relation to types or levels of jobs where members of one sex are significantly underrepresented.”²⁶

Hierdie definisie is baie na aan die siening wat in Suid-Afrika ten opsigte van regstellende aksie in die werkplek geld. Die fokuspunte lê op beide die uitskakeling van diskriminasie en die bevordering van gelykheid.

Rozof se siening is soortgelyk aan die beleid wat in Suid-Afrika moet geld dat regstellende aksie slegs ‘n tydelike maatreël is wat noodsaaklik is vir billikheid in die werkplek en slegs regverdigbaar is totdat billikheid bereik is.²⁷

Die debat wat regstellende aksie in Europa ontlok handel hoofsaaklik rondom die vraag na die geldigheid van kwotas en tot welke mate ‘n kwota-beleid kan dien as remediërende maatreël om gelykheid te bevorder.

Hierdie debat het veral ontstaan uit die interpretasie van die Equal Treatment Directive²⁸ wat die Europese lande geïnkorporeer het in hul plaaslike regstellende aksie beleide. Die aard van regstellende aksie kan verder duideliker vasgestel word aan die hand van die ontwikkeling wat plaasgevind het in hierdie direkteiewe en die hoewe se interpretasie daarvan.

²⁶ Trelogan e.a. 2004: 24-25.

²⁷ Rozof 1998: 1533.

²⁸ Council Directive 76/207/EEC.

2.4 Europese wetgewende maatreëls

2.4.1 Equal Treatment Directive²⁹

Die eerste relevante direktief wat hoofsaaklik verband gehou het met regstellende aksie was die “Equal Treatment Directive” wat ontstaan het weens sosiale beleid wat in Europa ontwikkel is met die doel om werksomstandighede, indiensneming en ander sosiale omstandighede te verbeter.³⁰

Die doel van die ETD is as volg:

“to put into effect in the Member States the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, including promotion, and to vocational training and as regards working conditions and, on the conditions referred to in paragraph 2, social security.”³¹

Ingevolge artikel 2 van hierdie direktief word enige direkte of indirekte diskriminasie op grond van geslag verbied.³² Ter selfde tyd maak die artikel egter voorsiening vir drie uitsonderings op hierdie reël.³³

Die eerste uitsondering is waar geslag ‘n deurslaggewende rol speel.³⁴ Tweedens mag die direktief nie vroue benadeel weens hul swangerskap of moederskap nie.³⁵ Laastens

²⁹ Council Directive 76/207/EEC. Hierna ETD genoem.

³⁰ Koback 1999: 468.

³¹ Council Directive 76/207/EEC: Artikel 1(1).

³² Council Directive 76/207/EEC: Artikel 2(1).

“For the purposes of the following provisions, the principle of equal treatment shall mean that there shall be no discrimination whatsoever on grounds of sex either directly or indirectly by reference in particular to marital or family status.”

³³ Barnard 2000: 239.

³⁴ Council Directive 76/207/EEC: Artikel 2(2).

“This Directive shall be without prejudice to the right of Member States to exclude from its field of application those occupational activities and, where appropriate, the training leading thereto, for which, by reason of their nature or the context in which they are carried out, the sex of the worker constitutes a determining factor.”

ingevolge artikel 2(4) word regstellende aksie programme van die staat nie gesien as direkte of indirekte diskriminasie nie.³⁶

In 1984 is artikel 2(4) verder ondersteun deur 'n aanbeveling van die Raad op die Europese Gemeenskap. Die aanbeveling het hoofsaaklik bepaal dat lidstate regstellende aksie beleide sal aanneem om ongelykhede tussen mans en vroue uit te skakel en vroue aan te moedig om deel te neem in gebiede waar hul onderverteenvoordig is.³⁷

Volgens Barnard het die saak van *Commission v France*³⁸ dit duidelik gemaak dat artikel 2(4) van die ETD slegs bedoel is om maatreëls daar te stel, hetsy diskriminerend van

³⁵ Council Directive 76/207/EEC: Artikel 2(3).

“This Directive shall be without prejudice to provisions concerning the protection of women, particularly as regards pregnancy and maternity.”

'n Voorbeeld waar hierdie artikel van belang is sal wees waar vroue beskerming kry weens swangerskap en gevolglik op kraamverlof kan gaan en 'n staatstoelae ontvang, maar dit is nie onbillik om so toelae aan mans te weier nie. Barnard 2000: 242.

³⁶ Council Directive 76/207/EEC: Artikel 2(4).

“This Directive shall be without prejudice to measures to promote equal opportunity for men and women, in particular by removing existing inequalities which affect women's opportunities in the areas referred to in Article 1 (1).”

³⁷ Council recommendation of 13 December 1984 on the promotion of positive action for women 84/635/EEC.

“1. To adopt a positive action policy designed to eliminate existing inequalities affecting women in working life and to promote a better balance between the sexes in employment, comprising appropriate general and specific measures, within the framework of national policies and practices, while fully respecting the spheres of competence of the two sides of industry, in order:

(a) to eliminate or counteract the prejudicial effects on women in employment or seeking employment which arise from existing attitudes, behaviour and structures based on the idea of a traditional division of roles in society between men and women;

(b) to encourage the participation of women in various occupations in those sectors of working life where they are at present under-represented, particularly in the sectors of the future, and at higher levels of responsibility in order to achieve better use of all human resources.”

³⁸ Case C-312/86 [1988] ECR I-6315 (ECJ).

aard of nie, om ongelykheid in die praktyk te verwyder.³⁹ Die bedoeling van hierdie bepaling was nie om spesiale regte vir vroue te skep of te waarborg nie.

Met die saak van *Kalanke v Freie Hansestadt Bremen*⁴⁰ het die debat grootliks gegaan of regstellende aksie elemente van voorkeurbehandeling toelaat en voorsiening maak vir substantiewe gelykheid.

In hierdie saak het die vraag ontstaan of vroue outomaties voorkeurbehandeling kan kry ingevolge artikel 2(1) en 2(4) van die ETD indien hulle gelyke kwalifikasies het as mans wat saam met hulle gekortlys is en hulle onderverteenwoordig is.⁴¹

Die voorsittende beampte se mening was dat artikel 2(1) en 2(4) van die ETD eerstens saam gelees moes word en dat proporsionaliteit nie verontagsaam moet word nie.⁴² In hierdie geval beteken proporsionaliteit dat “the national measure in question must not exceed that which is appropriate and necessary to achieve the intended aim.”⁴³

Hy was verder van mening dat voorkeurbehandeling op grond van geslag waar beide persone dieselfde kwalifikasies het neerkom op diskriminasie en dat artikel 2(4) slegs bedoel is om beide geslagte ‘n gelyke beginpunt te gee.⁴⁴ Hy het dus ‘n meer formele benadering gevolg deur gelyke geleenthede te waarborg.

Hy maak vervolgens die volgende gevolgtrekking:

“[P]ositive action must therefore be directed at removing the obstacles preventing women from having equal opportunities by tackling, for example, educational guidance and vocational training. In contrast, positive action may not be directed towards guaranteeing women equal results from occupying a job, that is to say, at points of arrival, by way of compensation for historical discrimination. In sum,

³⁹ Barnard 2000: 245-246.

⁴⁰ Case C-450/93 [1995] ECR I-3051 (ECJ).

⁴¹ Onderverteenwoordiging in hierdie konteks beteken dat vroue nie ten minste 50% van die personeel binne daardie beroepsvlak uitmaak nie.

⁴² *Kalanke v Freie Hansestadt Bremen*: par. 6.

⁴³ *Kalanke v Freie Hansestadt Bremen*: par. 23.

⁴⁴ Case C-450/93 [1995] ECR I-3051 (ECJ): par. 10 en 13.

positive action may not be regarded, even less employed, as a means of remedying, through discriminatory measures, a situation of impaired inequality in the past.”⁴⁵

Hierdie uitspraak het heelwat kritiek gekry van die Europese Kommissie weens die streng formele benadering en die kommissie het ‘n ander interpretasie aan die saak gegee. Die kommissie was van mening dat absolute en outomatiese voorkeur van vroue word verbied deur streng kwotas en gevolglik kan lande steeds regstellende aksie beleide aanneem.⁴⁶

2.4.2 ‘n Meer substantiewe benadering

Hierna het die EU probeer om ‘n meer substantiewe benadering te implementeer aan die hand van die Marschall-saak⁴⁷ en die Verdrag van Amsterdam wat ‘n wysiging aan die Verdrag van Rome aangebring het.⁴⁸

In die saak van Marschall was die feite soortgelyk aan die Kalanke-saak. Die beleid van Nordrhein-Westfalen het ook voorsiening gemaak dat in gevalle waar vroue onderverteenwoordig is en dieselfde kwalifikasies het as mans wat ook op die kortlys is, moet vroue voorkeur kry tensy dit bewys kan word dat ‘n man eerder die pos moet kry.

Hierdie voorkeurbehandeling of te wel “priority rule” was volgens die hof noodsaaklik omdat vroue nie altyd gelyke geleenthede het nie, ten spyte van die feit dat hul gelyke kwalifikasies mag hê.⁴⁹ Dit ontstaan weens verskeie sosiale redes soos stereotipering en familie verantwoordelikhede.⁵⁰

⁴⁵ Case C-450/93 [1995] ECR I-3051 (ECJ): par. 19.

⁴⁶ McColgan 2005: 160.

⁴⁷ Case C-409/95 [1997] ECR I 6363 (ECJ).

⁴⁸ Treaty of Rome 1957.

⁴⁹ Marschall v Land Nordrhein-Westfalen: par. 16.

⁵⁰ Marschall v Land Nordrhein-Westfalen: par. 29 en 30.

Die hof het egter beslis dat artikel 2(4) van die ETD steeds net 'n uitsondering is op die reël van gelyke behandeling soos bepaal deur artikel 2(1) van die ETD.⁵¹ Die Marschall-saak is egter anders as die Kalanke-saak deurdat daar in die Marschall-saak 'n sogenaamde "savings clause" geskep is wat voorkeurbehandeling verbied indien daar rede is om eerder 'n man in diens te stel.⁵²

Die hof het verder beslis dat hierdie klousule voorsiening maak daarvoor dat die grense van artikel 2(4) van die ETD nie oorskry word nie. Die rede hiervoor is dat hierdie klousule eerstens voorsiening maak vir objektiewe beoordeling en dat 'n man steeds die skaal in sy guns kan laat swaai. Hierdie gunstige kriteria moet egter nie diskriminerend wees teenoor vroue nie.⁵³

Die hof het dus ten gunste van die "priority rule" beslis mits daar 'n "savings clause" is. Cohn kritiseer egter hierdie "savings clause" in die lig daarvan dat dit in werklikheid 'n beperking plaas op substantiewe gelykheid.⁵⁴ Ten spyte hiervan word daar saamgestem met Ginsburg en Merritt dat hierdie klousule voorsiening maak daarvoor dat geslag en ras nie 'n absolute voorkeur waarborg nie, maar dat dit eerder 'n plus punt in gevalle van onderverteenwoordiging is.⁵⁵

2.4.3 Verdrag van Amsterdam

Kort na die beslissing in die Marchall-saak het die Europese Unie in die Verdrag van Amsterdam voorsiening gemaak vir verskeie klousules wat weer verder deur direkteive uitgebrei is.

Ten opsigte van geslagsgelykheid het die Verdrag as volg bepaal:

"3. The Council, acting in accordance with the procedure referred to in Article 251, and after consulting the Economic and Social Committee, shall adopt measures to ensure the application of the principle of equal opportunities and

⁵¹ Marschall v Land Nordrhein-Westfalen: par. 21, 22 en 26.

⁵² Marschall v Land Nordrhein-Westfalen: par. 24.

⁵³ Marschall v Land Nordrhein-Westfalen: par. 33.

⁵⁴ Cohn 2003: 302-304 en 307.

⁵⁵ Ginsburg en Merritt 1999: 279-280.

equal treatment of men and women in matters of employment and occupation, including the principle of equal pay for equal work or work of equal value.

4. With a view to ensuring full equality in practice between men and women in working life, the principle of equal treatment shall not prevent any Member State from maintaining or adopting measures providing for specific advantages in order to make it easier for the underrepresented sex to pursue a vocational activity or to prevent or compensate for disadvantages in professional careers.”⁵⁶

Hierdie bepalings maak voorsiening vir die wyer toepassing van regstellende aksie en dit word bevestig aan die hand van die daaropvolgende beslissings. In die saak van Badeck moes die hof besluit of ‘n vaste doelwit gebruik kon word om vroue voorkeur te gee waar hul onderverteenvoerdig is.⁵⁷

Die hof het beslis dat voorkeurbehandeling van onderverteenvoerdigde vroue wat dieselfde kwalifikasies het nie ongeldig is nie mits daar ‘n objektiewe beoordeling plaasgevind het.⁵⁸

Die hof het ook verder beslis dat daar pro rata soveel vroue in die opleidingsposte in diens geneem moet word as wat daar vroue is wat opleiding ontvang.⁵⁹ Die hof het verder beslis dat die kwota wat gestel is om opleiding te verskaf aan vroue nie in stryd is met die ETD nie solank dit nie mans absoluut verbied om aansoek te doen nie.⁶⁰ Sou dit wel ‘n absolute beperking plaas op mans sou dit ‘n onbuigsame kwota wat in stryd met die ETD is uitmaak.

⁵⁶ Treaty of Amsterdam 1997: artikel 141(3) en 141(4).

⁵⁷ Badeck and Others v Hessische Ministerpräsident and Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen Case C-158/97 [2000] ECR I-1875 (ECJ).

⁵⁸ Badeck and Others v Hessische Ministerpräsident and Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen: par. 37-38.

⁵⁹ Badeck and Others v Hessische Ministerpräsident and Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen: par. 40-44.

⁶⁰ Badeck and Others v Hessische Ministerpräsident and Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen: par. 51-55.

Die hof het ook beslis dat die versekering van 'n werksonderhoud in gevalle van onderverteening nie ongeldig sal wees nie.⁶¹ Volgens Hodapp e.a. is hierdie bepaling nie ongeldig nie, omdat dit nie 'n onbuigsame kwota daar stel nie en dit bied slegs gelyke geleentheid.⁶² Die hof beklemtoon die feit dat regstellende aksie nie uitgevoer moet word deur gebruik te maak van streng en verpligte kwotas nie, maar eerder doelwitte waarna werkgewers kan streef.⁶³

Die Abrahamsson-saak het 'n verdere belangrike bydra gelewer tot die vraag rondom kwota-aanstellings. In hierdie saak het die hof beslis dat dit ongeldig is om 'n toepaslik gekwalifiseerde vrou aan te stel bo 'n beter gekwalifiseerde man ongeag die feit dat vrouens onderverteening is.⁶⁴

2.4.4 “Race Equality Directive”⁶⁵ en die “Employment Equality Directive”⁶⁶

In 2000 het die Europese Unie twee belangrike direktiewe aangeneem met die oog daarop om diskriminasie verder uit te skakel en gelyke behandeling te bevorder ten opsigte van die artikel 13 gronde in die Verdrag van Amsterdam.⁶⁷

⁶¹ Badeck and Others v Hessische Ministerpräsident and Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen: par. 60-63.

⁶² Hodapp e.a. 2002: 40-41.

⁶³ Badeck and Others v Hessische Ministerpräsident and Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen: par. 64-66.

⁶⁴ Abrahamsson & Anderson v Fogelqvist: par. 56.

⁶⁵ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin.

⁶⁶ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.

⁶⁷ Treaty of Amsterdam 1997: artikel 13:

“[W]ithout prejudice to the other provisions of this Treaty and within the limits of the powers conferred by it upon the Community, the Council, acting unanimously on a proposal from the Commission and after consulting the European Parliament, may take appropriate action to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation.”

Die “Race Equality Directive” en die “Employment Equality Directive” is byna identies in formaat en inhoud met enkele verskille wat voorkom.⁶⁸

Hierdie direktiewe het in die eerste plek ‘n behoorlike definisie van direkte en indirekte diskriminasie geformuleer en verder ook teistering as ‘n vorm van diskriminasie bestempel.⁶⁹ Beide direktiewe het verder ‘n wye omvang deurdat dit van toepassing is op die private en publieke sektor ten opsigte van indiensneming, opleiding, werkstoestande en lidmaatskap van werkersorganisasies.⁷⁰

Die “Race Equality Directive” maak selfs voorsiening vir sosiale beskerming en voordele, onderrig en ander openbare dienste soos behuising.⁷¹ Hierdie bepaling dui dus daarop dat dit van ewe groot belang is om ander sosiale belange te bevorder en nie net klem te lê op indiensneming nie. Dit beklemtoon die belang daarvan dat daar meer aandag geskenk moet word aan sosiale ontwikkeling in ‘n land soos Suid-Afrika waar daar groot agterstande is.

Die “Employment Equality Directive” het ook spesiale voorsiening gemaak vir persone met gestremdhede. Dit bepaal as volg:

“employers shall take appropriate measures, where needed in a particular case, to enable a person with a disability to have access to, participate in, or advance in employment, or to undergo training, unless such measures would impose a disproportionate burden on the employer. This burden shall not be disproportionate when it is sufficiently remedied by measures existing within the framework of the disability policy of the Member State concerned.”⁷²

⁶⁸ As gevolg van die ooreenkomste sal ‘n verwysing na die een ook dui op die ander tensy daar uitdruklik verwys word na ‘n spesifieke een.

⁶⁹ Council Directive 2000/78/EC: artikel 2, Council Directive 2000/43/EC: artikel 2.

⁷⁰ Council Directive 2000/78/EC: artikel 3(1)(a)-(d), Council Directive 2000/43/EC: artikel 3(1)(a)-(d).

⁷¹ Council Directive 2000/43/EC: artikel 3(1)(e)-(h).

⁷² Council Directive 2000/78/EC: artikel 5.

Dit bepaal ook verder dat lidlande regstellende aksie maatreëls mag behou of instel om die gesondheid en veiligheid en die inskakeling van gestremde persone in die werkplek te verseker.⁷³

Wat merkwaardig is van hierdie bepalings is dat daar gepoog word om gestremde persone so ver moontlik in te sluit by die werkplek, maar dat daar terselfdertyd beskerming gebied word vir werkgewers deur nie 'n te swaar las op hul te plaas nie. Suid-Afrika kan heelwat leer uit hierdie poging om terselfdertyd werknemers te bevorder en steeds werkgewers te beskerm.

Ten spyte daarvan dat die direktiewe diskriminasie uitdruklik verbied word daar voorsiening gemaak dat daar in sommige gevalle pertinent op een van die spesifieke verbode gronde gediskrimineer mag word sonder dat dit diskriminasie sal uitmaak. Die direktiewe voorsien egter dat dit slegs regmatig is indien “such a characteristic constitutes a genuine and determining occupational requirement, provided that the objective is legitimate and the requirement is proportionate.”⁷⁴

In die Briheche-saak het die hof ondersoek ingestel na die betekenis van proporsionaliteit en het as volg beslis:⁷⁵

“in determining the scope of any derogation from an individual right such as the equal treatment of men and women laid down by the Directive, due regard must be had to the principle of proportionality, which requires that derogations must remain within the limits of what is appropriate and necessary in order to achieve the aim in view and that the principle of equal treatment be reconciled as far as possible with the requirements of the aim thus pursued.”⁷⁶

Met ander woorde volgens die hof behels proporsionaliteit dat 'n maatreël 'n geskikte en noodsaaklike manier sal wees om die doel te bereik en slegs in die lig hiervan sal

⁷³ Council Directive 2000/78/EC: artikel 7(2).

⁷⁴ Council Directive 2000/43/EC: artikel 4, Council Directive 2000/78/EC: artikel 4(1)

⁷⁵ Briheche v Ministre de l'Interieur, Ministre de l'Education nationale and Ministre de la Justice, Case C-319/03 [2004] ECR I-08807.

⁷⁶ Briheche v Ministre de l'Interieur, Ministre de l'Education nationale and Ministre de la Justice: par. 24.

laasgenoemde artikel kan slaag. In vergelyking met die huidige posisie wat in Suid-Afrika heers na die beslissing in die Van Heerden-saak⁷⁷ moet die vraag gevra word of dit nie tog noodsaaklik is om faktore soos proporsionaliteit, billikheid en regverdigheid te oorweeg by die instelling van regstellende aksie maatreëls nie.

Met hierdie direktiewe is ook 'n stap verder gegaan ten opsigte van regstellende aksie maatreëls deurdat lidlande nie net voorkomende maatreëls kan aanneem nie, maar ook maatreëls om vergoeding te bied vir diskriminasie op die bepaalde verbode gronde.⁷⁸ Dit is egter onduidelik in welke vorm hierdie vergoeding sal voorkom. Dit sal waarskynlik ook aan die vereistes van legitimiteit en proporsionaliteit moet voldoen.

2.4.5 “Mainstreaming” as metode vir sosiale bevordering⁷⁹

Ten slotte weerspieël die direktiewe ook die Europese Unie se toewyding daaraan om die bevordering van gelykheid meer deel te maak van die algemene sosiale beleid en die direktiewe so aktueel as moontlik te hou by wyse van voorstelle om dit te verbeter.⁸⁰

McColgan verwys hierna as “mainstreaming” en definieer dit as ‘n klem op gelykheid in alle beleide en programme om sodoende vas te stel wat die moontlike effek kan wees op beskermdes groepe.⁸¹

Volgens Bell moet daar duidelike prosedures wees oor die formulering, implementering en administrasie van beleide deur die daarstelling van behoorlike meganismes. Sou dit ontbreek kan dit bloot toevallig en willekeurig toegepas word afhangende van die betrokke kwessie of individue.⁸² Hy meen verder dat dit ook al hoe meer deel moet word van nasionale wetgewing om werklik suksesvol te wees.⁸³

⁷⁷ Minister of Finance and another v Van Heerden [2004] 12 BLLR 1181 (CC).

⁷⁸ Council Directive 2000/43/EC: artikel 5, Council Directive 2000/78/EC: artikel 7(1).

⁷⁹ Weens 'n gebrek aan 'n soortgelyke Afrikaanse begrip wat dieselfde betekenis het, word daar eerder volhou met die begrip “mainstreaming”.

⁸⁰ Council Directive 2000/43/EC: artikel 17(2), Council Directive 2000/78/EC: artikel 19.

⁸¹ McColgan 2005: 171.

⁸² Bell 2004: 209.

⁸³ Bell 2004: 210.

“Mainstreaming” is wel nie ‘n absolute antwoord op die uitskakeling van ongelykheid en diskriminasie nie, maar dit bied ‘n geleentheid om ag te slaan op die behoeftes van diegene wat soms verontagsaam word.⁸⁴

Na die implementering van hierdie direktiewe is die “Equal Treatment Directive” van 1976 ook gewysig met die doel om dit meer in lyn te bring met al die ontwikkeling wat plaasgevind het ten opsigte van die uitskakeling van diskriminasie en die bevordering van gelykheid.⁸⁵

Die wysigings het eerstens daarop gefokus om ‘n behoorlike definisie vir diskriminasie uiteen te sit wat soortgelyk is aan die direktiewe van 2000.⁸⁶ Verder het dit merendeels daarop gekonsentreer om die algemene sosiale omstandighede te bevorder deur voorsiening te maak dat diskriminasie verwyder word uit die sosiale konteks.⁸⁷ Dit bied ook wye beskerming vir die gesondheid en werksomstandighede van vroue tydens swangerskap.⁸⁸

2.5 Regstellende aksie binne die nuwe grondwetlike konteks

Op 29 Oktober 2004 is ‘n nuwe verdrag deur verskeie lande in Rome geteken met die oog daarop om ‘n volledige grondwet vir Europa daar te stel en die 1997 Verdrag van Amsterdam te vervang.⁸⁹ Alhoewel hierdie verdrag nog nie in werking getree het nie is dit van groot belang ten opsigte van die ontwikkeling wat tans in Europa plaasvind.

⁸⁴ McColgan 2005: 184.

⁸⁵ Council Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions. Sien die voorrede in verband met die omstandighede wat die wysiging meegebring het.

⁸⁶ Council Directive 2002/73/EC: artikel 2(2).

⁸⁷ Council Directive 2002/73/EC: artikel 3.

⁸⁸ Council Directive 2002/73/EC: artikel 2(7).

⁸⁹ Treaty Establishing a Constitution for Europe as signed in Rome on 29 October 2004.

Die Grondwet van Europa maak voorsiening vir uitgebreide bepalings ten opsigte van gelykheid tussen mans en vroue veral met betrekking tot arbeid, die bekamping van diskriminasie op grond van 'n wye verskeidenheid van verbode gronde, die bevordering van persone met gestremdhede en die bevordering van diversiteit.

Gelykheid word nie net erken as een van die fundamentele menseregte wat beskerm moet word nie, maar dit word ook gesien as een van die waardes waarop die Europese Unie berus.⁹⁰

In die lig hiervan is dit duidelik dat gelykheid al hoe meer 'n gesogte waarde is wat nagestreef moet word in elke sfeer van die samelewing en dit behoort opsigself heelwat verdere ontwikkeling op die gebied van regstellende aksie te bring.

3. Kanada

Die posisie in Kanada ten opsigte van regstellende aksie stem in verskeie opsigte ooreen met die posisie in Suid-Afrika. Twee van die grootste ooreenkomste is die diversiteit wat daar bestaan tussen die verskeie bevolkingsgroepe en die diskriminasie wat daarmee gepaardgegaan het en tweedens is daar heelwat ooreenkomste ten opsigte van die wetgewende bepalings wat met regstellende aksie verband hou.

Die hoofrede vir die bestaan van regstellende aksie maatreëls in Kanada is om gelykheid in die werkplek te bevorder.⁹¹ Hierdie ongelykheid is duidelik sigbaar in die onderverteenwoordiging van vroue, etniese groepe en gestremde persone as gevolg van jare se stereotipering en diskriminerende indiensnemingspraktyke wat daarmee saamgegaan het.⁹² Diskriminasie het die vorm aangeneem van onder-ontwikkeling, onder-betaling, ongelyke indiensneming en uitsluiting van die arbeidsmark.⁹³

⁹⁰ Constitutional Treaty 2004: artikel 2.

⁹¹ Employment Equity Act 1995: artikel 2.

⁹² Echevarria en Huq 2001: 62. Sien ook Minister of Supply and Services Canada (1984). Report of the Commission on Equality in Employment:1-3. (Commission on Equality in Employment1984).

⁹³ Commission on Equality in Employment 1984: 17.

Alhoewel rassediskriminasie streng veroordeel word in Kanada en daar ruimte geskep word vir diversiteit word daar tog gepoog om die nog bestaande rassediskriminasie uit die openbare oog te hou.⁹⁴ Diskriminasie is dikwels baie subtiel deurdat werkgewers byvoorbeeld indirek teen persone diskrimineer deur gebruik te maak van irrelevante seleksiekriteria.⁹⁵

Dit was as gevolg van hierdie onderverteenwoordiging dat Rosalie Silberman Abella aangestel is as hoof van 'n kommissie om ongelykheid en diskriminasie by indiensneming te ondersoek. Uit die Abella-verslag het dit duidelik geword dat meer positiewe stappe geneem moet word om ongelykhede in die Kanadese arbeidsmark aan te spreek.⁹⁶ Dit het daartoe gelei dat die Employment Equity Act⁹⁷ in 1986 in werking getree het en weer in 1995 hersien en gewysig is.

3.1 Grondwetlike bepalings

In Kanada is daar net soos in Suid-Afrika grondwetlik voorsiening gemaak vir gelykheid en het dit ook byna dieselfde toepassing.⁹⁸ Dit het duidelik geword uit die saak van *Law v Canada*⁹⁹ dat daar in Kanada 'n substantiewe siening op gelykheid bestaan. Volgens Porter het dit reeds uit die saak van *Schachter v Canada*¹⁰⁰ duidelik geword dat gelykheid nie net as 'n "negatiewe" reg gesien moet word om diskriminasie te voorkom nie, maar ook as 'n "positiewe" verpligting wat op die staat rus om gelykheid te bevorder.¹⁰¹

Porter meen dat die gestalte van gelykheid ook begin verander het van 'n burgerlik reg na 'n meer sosiale reg.¹⁰² Die rede hiervoor lê waarskynlik daarin dat gelykheid baie

⁹⁴ Beck e.a. 2002: 375.

⁹⁵ Beck e.a. 2002: 375.

⁹⁶ Commission on Equality in Employment 1984.

⁹⁷ Employment Equity Act, 1986.

⁹⁸ Canadian Charter of Rights and Freedoms. Constitution Act 1982: artikel 15.

⁹⁹ *Law v Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1999) 1 S.C.R. 497.

¹⁰⁰ *Schachter v Canada* (1992) 2 S.C.R. 679: 721.

¹⁰¹ Porter 2005: 151.

¹⁰² Porter 2005: 152.

abstrak is en volgens “The Constitutional Law Group” van Kanada is daar ‘n gebrek aan ‘n behoorlike definisie vir gelykheid.¹⁰³ Die rede vir die omstredenheid van regstellende aksie lê waarskynlik daarin dat individue se siening van gelykheid verskil en weens die gebrek aan ‘n duidelike definisie sal die siening van regstellende aksie ook verander soos wat die begrip van gelykheid verander.

Artikel 15(1) van die Kanadese Handves van Regte fokus hoofsaaklik op die bevordering van benadeelde persone en die voorkoming van diskriminasie.¹⁰⁴ Artikel 15(1) bepaal as volg:

“[E]very individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.”

Artikel 15(1) het vier betekenisse aan gelykheid gegee naamlik: “equal before the law”, “equal under the law”, “equal protection of the law” en “equal benefit of the law”. Volgens Hogg is die rede hiervoor om die interpretasie van gelykheid so wyd as moontlik te maak.¹⁰⁵ In die Abella-verslag is daar ook bepaal dat hierdie bewoording daarop dui dat die reg op gelykheid nie net prosedureel van aard is nie, maar dat dit ook inhoud het.¹⁰⁶

Die hoofdoel van artikel 15(1) is om seker te maak dat die reg nie een individu slegter sal behandel as ‘n ander nie.¹⁰⁷ Sodra ‘n persoon diskriminasie beweer ingevolge artikel 15(1) moet drie faktore oorweeg word.¹⁰⁸ Eerstens moet oorweeg word of die program of reg differensieer tussen die klaer en ‘n ander party. Tweedens moet hierdie differensiasie gebaseer wees op enige van die gelyste gronde. Alhoewel artikel 15(1) spesifieke gronde lys kan daar ook indirekte diskriminasie plaasvind op grond van ongelyste gronde indien ‘n persoon benadeel word deur anders behandel te word.¹⁰⁹

¹⁰³ The constitutional Law Group 2003: 1150.

¹⁰⁴ Totten 2003: 46.

¹⁰⁵ Hogg 1992: 1158-1159.

¹⁰⁶ Commission on Equality in Employment 1984: 11.

¹⁰⁷ Meehan e.a. 1995: 410.

¹⁰⁸ Lovelace v Ontario [2000] 1. S.C.R. 950.

¹⁰⁹ Hogg 1992: 1164- 1165.

Derdens moet daar oorweeg word of die diskriminerende handeling 'n doel het wat substansieel diskriminerend van aard is.

Artikel 15(1) kan slegs beperk word ingevolge artikel 1 indien dit redelik en regverdigbaar is en dit gedoen word by wyse van 'n wetgewende bepaling.¹¹⁰

Die Kanadese grondwet het 'n meer eenvoudige gelykheidsartikel en volg 'n meer logiese roete om dit te beperk as die Suid-Afrikaanse grondwet. Die probleem met die posisie in Suid-Afrika is dat artikel 9 van die Grondwet verwarring skep deur onderskeid te maak tussen billike en onbillike diskriminasie en tesame hiermee 'n beperkingsklousule te hê. Die posisie is ook onlangs nog meer vertroebel met die sogenaamde interne-toets wat in die saak van Minister of Finance and another v Van Heerden geskep is.¹¹¹

Artikel 15(2) van die Kanadese grondwet en ook die Employment Equity Act¹¹² van Kanada maak voorsiening vir die nodige bevordering van individue wat in die verlede benadeel is.

Artikel 15(2) bepaal as volg:

“[S]ubsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.”

In die saak van Lovelace v Ontario¹¹³ is daar behoorlike oorweging geskenk aan die verhouding tussen artikel 15(1) en 15(2). Die hof moes oorweeg of artikel 15(2) aanvullend is tot artikel 15(1) deurdat dit die substantiewe aard van gelykheid

¹¹⁰ Constitution Act 1982: artikel 1.

“The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.”

¹¹¹ [2004] 12 BLLR 1181 (CC). Sien hoofstuk 2 vir meer besonderhede oor hierdie toets.

¹¹² Employment Equity Act 1995.

¹¹³ [2000] 1. S.C.R. 950.

beklemtoon en gevolglik 'n dieper betekenis te gee aan artikel 15(1).¹¹⁴ Aan die ander kant moes die hof oorweeg of artikel 15(2) ook beskou kan word as 'n onafhanklike bepaling met die oog op die bevordering van substantiewe gelykheid.¹¹⁵ Die vraag het dus gegaan daaroor of artikel 15(2) aan die een kant beskou moet word as 'n integrale deel van gelykheid en of dit beskou moet word as 'n uitsondering op gelykheid.¹¹⁶

Die hof het egter as volg beslis:

“...s. 15(2) as an interpretive aid to s. 15(1), since taking the exemptive approach means that affirmative action programs are construed as somehow conflicting with the purpose of s. 15(1).”¹¹⁷

Die hof het verder beslis dat sou artikel 15(2) onafhanklik bestaan lei dit daartoe dat artikel 1 van die Charter oorbodig is. Die hof beslis dat dit nie die geval kan wees nie en gevolglik is artikel 15(1) en 15(2) inter-afhanklik van mekaar in die behoorlike verstaan van gelykheid.¹¹⁸

Ter samevatting kom die hof tot die volgende gevolgtrekking:

“... I see s. 15(2) as confirmatory of s. 15(1) and, in that respect, claimants arguing equality claims in the future should first be directed to s. 15(1) since that subsection can embrace ameliorative programs of the kind that are contemplated by s. 15(2). By doing that one can ensure that the program is subject to the full scrutiny of the discrimination analysis, as well as the possibility of a s. 1 review.”¹¹⁹

Hierdie beslissing beklemtoon dus die belang daarvan om gelykheid binne 'n geheel te beskou. Dit laat dan veral vrae ontstaan oor Suid-Afrika se huidige posisie met betrekking tot artikel 9 van die Grondwet weens die geïsoleerde interpretasie wat gevolg word na aanleiding van die Van Heerden-saak.

¹¹⁴ Lovelace v Ontario: par. 93.

¹¹⁵ Lovelace v Ontario: par. 97.

¹¹⁶ Lovelace v Ontario: par. 101 en 102.

¹¹⁷ Lovelace v Ontario: par. 104.

¹¹⁸ Lovelace v Ontario: par. 107.

¹¹⁹ Lovelace v Ontario: par. 108.

Nie artikel 9(2) van die Suid-Afrikaanse Grondwet of artikel 15(2) van die Kanadese Grondwet lê klem op die benadeling van een groep om sodoende 'n ander te bevorder nie. Die klem lê op wetgewing en ander maatreëls wat ten doel het om gelykheid te bevorder. Tog word die toepassing van regstellende aksie in die praktyk dikwels geassosieer met die benadeling van voorheen bevoorreedes met die oog op die bevoordeling van voorheen benadeeldes.

Dit is dus belangrik dat die Employment Equity Act¹²⁰ van Kanada nie eksklusiewe toepassing sal hê nie, maar dat dit so geïnterpreteer sal word om alle groepe te bevoordeel en nie 'n onderskeid te maak tussen persone wat bevoordeel kan word en diegene wat nie bevoordeel word nie. Regstellende aksie moet ook meer betekenis hê as bloot bevordering van aangewese groepe by indiensneming.

In die Abella-verslag is dit gestel dat dit nodig is om verskillende maatreëls te implementeer vir verskillende groepe om gelyke geleenthede te bevorder.¹²¹ So moet daar byvoorbeeld behoorlik vasgestel word wat die vrou se rol in die werkplek is deur stereotipering te vernietig. Vir etniese groepe sal daar voldoende en relevante onderrig en opleiding verskaf moet word. By minderheidsgroepe sal rassisme aangespreek moet word en by gestremde persone moet daar behoorlike akkommodasie en tegniese bystand verleen word.

So gesien sal wetgewende instrumente wat met gelykheid handel aangepas moet word om meer spesifiek te werk vir spesifieke behoeftes en wyer toegepas word as bloot net indiensneming. In die Abella-verslag is daar bevind dat absolute gelykheid 'n onwaarskynlikheid is, maar dat uitskakeling van ongelykheid 'n werklikheid kan wees.¹²² In die lig hiervan het die Employment Equity Act in 1986 in werking getree om dan juis ongelykheid in die werkplek aan te spreek.

¹²⁰ Employment Equity Act 1995.

¹²¹ Commission on Equality in Employment 1984: 4-5.

¹²² Commission on Equality in Employment 1984: 6.

3.2 Employment Equity Act van 1986

3.2.1 Die benaming van die wet

Tydens die samesprekinge van die Commission on Equality het daar 'n debat ontstaan oor die korrekte term wat gebruik moet word. Daar is besluit op die term “employment equity” in plaas van “affirmative action”. Die rede daarvoor was dat die term “affirmative action” dubbelsinnig is, dit ontlok dikwels emosionele reaksie, die term veroorsaak weerstand en word gewoonlik geassosieer met kwotas.¹²³

Die kommissie was van mening dat dit in werklikheid nie 'n verskil maak wat die term is nie, maar dat beide dui op die uitskakeling van struikelblokke en die bevordering van gelyke geleenthede by indiensneming.¹²⁴ Soos reeds bespreek moet daar tog 'n onderskeid gemaak word tussen die twee terme.¹²⁵

“Regstellende aksie” moet eerder gesien word as die wye uitskakeling van diskriminasie en bevordering van gelykheid binne en buite indiensneming terwyl “gelyke indiensneming” spesifiek fokus op gelykheid binne die werkplek. Hierdie onderskeid sal maak dat die verwarring wat daar bestaan rondom die begrip en verkeerde toepassing van regstellende aksie verwyder sal word.

'n Gebrek aan behoorlike begrip van hierdie twee terme het ook tot gevolg gehad dat Suid-Afrika byvoorbeeld 'n “Employment Equity Act” het en binne die wet word daar gepraat van regstellende aksie. Dit verklaar waarskynlik die soms verwarrende siening van wat gelyke indiensneming werklik is en ook die weerstand teen die wet wat soms ondervind word.

¹²³ Commission on Equality in Employment 1984: 6-7.

¹²⁴ Commission on Equality in Employment 1984: 7.

¹²⁵ Sien hierbo hoofstuk 3 par. 2.

3.2.2 Werking van die 1986 wet

Die 1986 wetgewing het hoofsaaklik gefokus op drie aspekte.¹²⁶ Eerstens kon niemand geleenthede op indiensneming of ander indiensnemingsvoordele geweier word wat nie verband hou met vermoë nie. Tweedens moet die indiensnemingsituasie van aangewese groepe verbeter word by wyse van spesiale maatreëls en laastens moet daar redelike akkomodasie gemaak word vir hierdie groepe.

Die grootste kritiek teen hierdie wet was hoofsaaklik die beperkte mate waarin dit van toepassing was. Verder het dit nie behoorlike afdwingingsmaatreëls gehad nie en dit was meer gefokus op verslaggewing as die bereiking van gelykheid.¹²⁷

Die 1986 wetgewing het egter baanbrekerswerk verrig en het die weg gebaan vir die “Employment Equity Act” van 1995.

3.3 Die 1995 “Employment Equity Act”

3.3.1 Doel van die wet

Die 1995 “Employment Equity Act” van Kanada is in verskeie opsigte aansienlik beter as die 1986 Wet. Gevolglik sal daar gefokus word op die impak van die 1995 Wet op werknemers en meer spesifiek aangewese groepe en nie-aangewese groepe en werkgewers.

Artikel 2 van die 1995 Wet bepaal dat die doel van die wet is “to achieve equality in the workplace so that no person shall be denied employment opportunities or benefits for reasons unrelated to ability and, in the fulfilment of that goal, to correct the conditions of disadvantage in employment experienced by women, aboriginal peoples, persons with disabilities and members of visible minorities by giving effect to the principle that employment equity means more than treating

¹²⁶ Busby 2006: 49.

¹²⁷ Busby 2006: 50.

persons in the same way but also requires special measures and the accommodation of differences.”

Dit wil dus voorkom dat hierdie wet eerstens diskriminerende indiensnemingspraktyke wil verwyder en dat die wyse waarop dit bereik moet word is deur die benadeling aan te spreek wat hoofsaaklik ervaar is deur aangewese groepe. Dit blyk ook verder dat die wet gefokus is op die bereiking van substantiewe gelykheid deur gebruik te maak van spesiale maatreëls.¹²⁸

3.3.2 Teikengroepe van die wet

Die 1995 Employment Equity Act (EEA) is hoofsaaklik gefokus op die bevordering van sogenaamde aangewese groepe. Die wet definieer aangewese groepe in artikel 3 as: “women, aboriginal peoples, persons with disabilities and members of visible minorities”.

“Aboriginal people” sluit in “Indians, Inuit or Métis” en “members of visible minorities” beteken “persons, other than aboriginal peoples, who are non-Caucasian in race or non-white in colour”. Laasgenoemde groep is hoofsaaklik die Chinese bevolking in Kanada.

“Persone met gestremdhede” word gedefinieer as:

“persons who have a long-term or recurring physical, mental, sensory, psychiatric or learning impairment and who consider themselves to be disadvantaged in employment by reason of that impairment, or believe that an employer or potential employer is likely to consider them to be disadvantaged in employment by reason of that impairment, and includes persons whose functional limitations owing to their impairment have been accommodated in their current job or workplace.”

Die 1995 EEA swyg egter oor wie kwalifiseer as nie-aangewese groepe en daar word aangeneem dat die term hoofsaaklik fokus op blanke mans. Op hierdie punt word

¹²⁸ Die 1995 EEA is baie soortgelyk aan die Suid-Afrikaanse Wet op Gelyke Indiensneming. Suid-Afrika het egter ‘n stap verder gegaan deur die wet in twee dele op te deel waarvan die eerste gefokus is op die verwydering van struikelblokke en die tweede voorsiening maak vir regstellende aksie maatreëls.

dieselfde kritiek gelewer as op die Suid-Afrikaanse eweknie. As die 1995 EEA werklik gefokus is op die bereiking van gelykheid en billikheid behoort dit die posisie duidelik te maak van nie-aangeswese groepe. Dit behoort ook voorsiening te maak vir billike verteenwoordiging van hierdie groep in beroepe waar hulle onderverteenvoortwoordig is.

Echevarria en Huq bepleit ook die integrasie van mans in werkplekke waar vroue oorverteenvoortwoordig is op dieselfde wyse as wat vroue in werkplekke geïntegreer moet word waar mans dominant is.¹²⁹

Hierdie integrasie stem ooreen met die doel van die 1995 EEA waarvolgens dit onbillik is om indiensneming te weier op gronde wat nie met vermoë verband hou nie. Echevarria en Huq meen dat mans op dieselfde wyse as ander groepe struikelblokke ondervind om aangestel te word in werk wat tradisioneel as 'n vrou se werk gesien word soos bv. sekretariële werk, verpleging en onderwys. Die rede vir hierdie integrasie is bloot vir die bevordering van billikheid.¹³⁰

Om hierdie billikheid te bereik moet die klem verskuif van die indiensneming van sekere teikengroepe en dat alle regstellende aksie maatreëls eerder sal fokus op die integrasie van onderverteenvoortwoordigdes.¹³¹ Dit sal vereis dat werkgewers ook sal moet fokus daarop om opleiding te verskaf aan mans en hulle aan te moedig om vir werk aansoek te doen wat hoofsaaklik deur vroue gedomineer word.¹³²

Indien hierdie klemverskuiwing nie plaasvind nie sal dit slegs lei tot verdere skeiding tussen aangewese en nie-aangewese groepe in plaas van integrasie en sal sekere tradisionele "mansposte" dominerend word van vroue terwyl mans al hoe meer uit die arbeidsmark verdwyn omdat daar nie vir hul voorsiening gemaak word nie.¹³³ Hulle meen ten slotte dat sodanige klemverskuiwing sal voorsien dat die sogenaamde "reverse diskriminasion" stigma sal verdwyn.

¹²⁹ Echevarria en Huq 2001: 53.

¹³⁰ Echevarria en Huq 2001: 54.

¹³¹ Echevarria en Huq 2001: 54.

¹³² Echevarria en Huq 2001: 61.

¹³³ Echevarria en Huq 2001: 60-61.

3.3.3 Die verpligtinge van die 1995 wet

Die verpligtinge wat die 1995 EEA skep vir werkgewers is soortgelyk aan die verpligtinge van die Suid-Afrikaanse Wet op Gelyke Indiensneming. Die toepassingsgebied van die 1995 EEA is wyer gemaak as die vorige 1986 EEA deur meer werkgewers in te sluit by die verpligtinge wat die wet skep.¹³⁴ Die 1995 EEA het deeglike bepalings uiteengesit vir die vasstelling van welke werkgewers onder hierdie verpligtinge val en sluit werkgewers van die privaat sektor sowel as die openbare sektor in.¹³⁵

Die 1995 EEA vereis onder andere dat redelike vordering gemaak moet word met gelyke indiensneming¹³⁶ en die implementering van gelyke indiensnemingsplanne wat gemonitor en gereeld hersien moet word.¹³⁷ Verder word daar ook van werkgewers verwag om inligting aangaande gelyke indiensneming beskikbaar te stel aan die werknemers en ook gereelde konsultasies met werknemers te hou met die oog op die ontwikkeling van die plan.¹³⁸

In die Suid-Afrikaanse Wet op Gelyke Indiensneming is daar egter voorsiening gemaak vir baie meer gedetailleerde bepalings oor hierdie verpligtinge waar Kanada se bepalings in sekere gevalle baie vaag en oorvereenvoudig is. Die Suid-Afrikaanse wet skep dus baie meer duidelikheid oor wat presies verwag word van aangewese werkgewers.

Die belangrikste verpligting wat die 1995 EEA stel fokus merendeels op die gelyke indiensnemingsplan. Dit het ten doel om onderverteenwoordiging aan te spreek van aangewese groepe deur gebruik te maak van positiewe beleide en praktyke.¹³⁹ Die plan moet verder bepaal watter maatreëls aangewend sal word om struikelblokke te verwyder.¹⁴⁰

¹³⁴ Mentzer 2002: 42-43.

¹³⁵ Employment Equity Act 1995: artikel 4.

¹³⁶ Employment Equity Act 1995: artikel 11.

¹³⁷ Employment Equity Act 1995: artikel 12 en 13.

¹³⁸ Employment Equity Act 1995: artikel 14 en 15.

¹³⁹ Employment Equity Act 1995: artikel 10(1)(a).

¹⁴⁰ Employment Equity Act 1995: artikel 10(1)(b).

Vir beide die maatreëls sowel as die beleide en praktyke moet daar roosters wees om die tydperk vas te stel waarin die implementering moet plaasvind.¹⁴¹ Die werkgewer moet ook kort termyn en lang termyn numeriese doelwitte stel sowel as strategieë bepaal om ondervteenwoordiging aan te spreek.¹⁴²

3.3.4 Regstellende aksie maatreëls

Volgens Beck is dit nodig om sistematiese diskriminasie aan te spreek deur middel van sistematiese remediëring.¹⁴³ Sistematiese remediëring voorsien dat jare lange diskriminerende praktyke van sekere groepe verwyder word en verhoed dat dit voortbestaan. Hierdie tipe maatreëls het ten doel om individue se omstandighede te verbeter weens benadeling wat hul ondervind het omdat hulle aan 'n spesifieke groep behoort.¹⁴⁴

Hierdie diskriminerende stelsels het dus veroorsaak dat sekere groepe persone as 'n geheel nie ten volle gelykheid kon geniet nie. Vervolgens is dit dus noodsaaklik om die omstandighede van die hele groep aan te spreek.¹⁴⁵ Daar moet egter in gedagte gehou word dat daar wel uitsonderings is en gevolglik kan die affiliasie aan 'n sekere groep nie outomaties bevoordeling waarborg nie.

In Kanada is daar oor die jare gebruik gemaak van drie tipe maatreëls naamlik: a) maatreëls wat struikelblokke verwyder deur byvoorbeeld die identifisering van steeds bestaande diskriminerende praktyke, b) ondersteunende maatreëls soos buigsame werksure en c) positiewe maatreëls wat gemik is op die verwydering van negatiewe gevolge.¹⁴⁶

¹⁴¹ Employment Equity Act 1995: artikel 10(1)(c).

¹⁴² Employment Equity Act 1995: artikel 10(1)(d) en (e).

¹⁴³ Beck e.a. 2002: 384.

¹⁴⁴ Commission on Equality in Employment 1984: 9-10.

¹⁴⁵ Commission on Equality in Employment 1984: 9.

¹⁴⁶ Beck e.a. 2002: 384.

Beck meen dat positiewe maatreëls gewoonlik meer kontroversieel is omdat dit slegs sekere groepe bevoordeel, maar hierdie maatreëls is slegs tydelike van aard.¹⁴⁷

Dit is dus belangrik om nie te veel aandag te vestig op hierdie positiewe maatreëls nie juis as gevolg van die tydelike aard daarvan en omdat dit hoofsaaklik ten doel het om vinnige resultate met indiensneming te bereik. Daar moet dus 'n onderskeid gemaak word tussen die aard en omvang van tydelike maatreëls en permanente maatreëls.

Verder moet regstellende aksie nie verwar word met die toepassing van slegs tydelike maatreëls nie en moet tydelike maatreëls tydelik bly en nie permanente van aard word nie. Dit is moontlik die rede hoekom regstellende aksie dikwels so 'n negatiewe konnotasie het.

Hierdie maatreëls vereis dat daar sekere korttermyn numeriese doelwitte gestel moet word en vereis dat werkgewers sekere faktore in ag moet neem by die bepaling daarvan.¹⁴⁸ Dit sluit in die graad van onderverteenvoordiging van aangewese groepe in verskeie beroepskategorieë, die beskikbaarheid van gekwalifiseerde aangewese persone, die verwagte groeikoers van die werkgewer se arbeidsmag, die verwagte omset van werknemers in die arbeidsmag en enige ander relevante faktore.¹⁴⁹

Hierdie faktore bied belangrike riglyne en stel die grense waarbinne werkgewers geplaas word om sodoende beskerming te bied sodat daar nie van werkgewers verwag word om indiensneming te behartig wat moontlik 'n las op hul sal plaas nie.

3.3.5 Beskerming van werkgewers

Ten spyte van al die verpligtinge wat die Kanadese wet skep is daar uitsonderings wat geskep is om werkgewers te beskerm.¹⁵⁰ Ingevolge artikel 6 van die 1995 EEA sluit dit onder andere die verpligting in om nie van 'n werkgewer te vereis om sekere maatreëls te implementeer wat sogenaamde "undue hardship" kan veroorsaak nie.

¹⁴⁷ Beck e.a. 2002: 385.

¹⁴⁸ Employment Equity Act 1995: artikel 10(1)(d).

¹⁴⁹ Employment Equity Act 1995: artikel 10(2).

¹⁵⁰ Employment Equity Act 1995: artikel 6.

Verder hoef werkgewers nie persone in diens te neem of te bevorder wat nie die nodige kwalifikasie het nie. In die openbare sektor word werkgewers ook beskerm deurdat hulle nie aanstellings of bevorderings hoef te maak wat nie op meriete gebaseer is nie indien die Public Service Employment Act meriete-aanstellings vereis. Laastens is werkgewers ook nie verplig om nuwe posisies te skep in die arbeidsmag nie.

Die 1995 EEA gaan selfs verder deur te bepaal dat in gevalle waar 'n tribunaal bevind het dat 'n werkgewer nie sy verpligtinge nakom nie kan 'n werkgewer nie gedwing word om af te sien van die beskerming wat artikel 6 bied nie.¹⁵¹ 'n Tribunaal kan ook nie 'n bevel gee dat 'n werkgewer 'n kwota¹⁵² moet instel nie en in gevalle waar die werkgewer nie sy numeriese doelwitte nakom nie moet die tribunaal self die artikel 10(2) faktore in ag neem.¹⁵³

Nie die Kanadese EEA of die Suid-Afrikaanse Wet op Gelyke Indiensneming is perfek nie, maar beide kan by mekaar leer in die leemtes wat daar in wetgewing mag wees. Dit kan moontlik die algemene effektiwiteit van regstellende aksie in die werkplek verbeter en meer beskerming bied aan somtyds weerlose partye soos werkgewers en nie-aangewese groepe wat nie voldoende beskerming kry in enige van die lande se wetgewing nie.

3.4 Bevordering van effektiwiteit

Alhoewel regstellende aksie grondwetlik erkenning kry in Kanada en ook verder ondersteun word deur ander wetgewende maatreëls word die billikheid en effektiwiteit daarvan steeds gekritiseer deur menigte akademiese skrywers.¹⁵⁴

Die onbillikheid is soortgelyk aan dit wat in Suid-Afrika ondervind word en is hoofsaaklik gegrond op die ongelyke behandeling van nie-aangewese groepe en die soms swaar

¹⁵¹ Employment Equity Act 1995: artikel 33(1)(a)-(d).

¹⁵² Artikel 33(2) definieer 'n kwota as "a requirement to hire or promote a fixed and arbitrary number of persons during a given period."

¹⁵³ Employment Equity Act 1995: artikel 33(1)(e)-(f).

¹⁵⁴ Sien onder andere: Porter 2005, Mentzer 2002, Echevarria en Huq 2001, Beck 2002.

administratiewe verpligtinge wat dit op werkgewers plaas. In die lig hiervan het daar al verskeie voorstelle gekom juis om hierdie probleme te onderskep en effektiwiteit te verhoog.

Die eerste hiervan is om nie-aangewese groepe soos blanke mans in te sluit by die bepalings van die 1995 Wet.¹⁵⁵ Dit sal lei tot daadwerklike gelyke behandeling van alle persone deur onderverteewoordiging aan te spreek en nie regstellende aksie op voorheen benadeling te vestig nie. In hierdie siening sal die term “employment equity” ten volle waarde hê juis omdat dit dan sal streef na billikheid by indiensneming.

‘n Tweede en sekerlik die belangrikste maatreël wat getref kan word is om die sosiale en ekonomiese omstandighede van die samelewing te verbeter. Die Abella-verslag het ‘n groot deel afgestaan aan hierdie tipe maatreëls.¹⁵⁶ Die voordeel van hierdie tipe maatreëls is dat dit mense bemagtig om vir hulself te kan voorsien. Dit behoort ook daartoe te lei dat voorkeur by indiensneming iets van die verlede sal word omdat mense op meriete met mekaar sal kan kompeteer.

Om hierdie tipe maatreëls te bevorder spreek dan ook die probleem aan by die oorsprong van ongelyke behandeling naamlik sosiale agterstand. Dit behandel dus die werklike probleem en nie bloot net die gevolge van die probleem nie.

Voorbeelde van sosiale bevordering is beter beskerming vir deeltydse werknemers en vroue ten opsigte van swangerskap en moederskap, verbetering van gesondheidsdienste en ‘n vars benadering tot werkloosheidsversekering, gelyke betaling, beter pensioene, regstellende aksie in beide die openbare en private sektor, kwaliteit kinderversorging, behoorlike staat-gesubsidieerde opleiding en opvoeding en die uitbrei van lenings aan minder gegoede studente.¹⁵⁷

Veral met inagneming van die posisie in Suid-Afrika sal dit al hoe meer belangrik word om ook alternatiewe oplossings te bied en ander probleme aan te spreek wat direk of indirek indiensneming beïnvloed.

¹⁵⁵ Sien in die verband veral Echevarria en Huq 2001.

¹⁵⁶ Sien ook: Commission on Equality in Employment 1984: deel II.

¹⁵⁷ Porter 2005: 159 en 163-165.

Derdens moet die reg tot gelykheid nie net gesien word as 'n politieke en burgerlike reg nie, maar ook as 'n sosio-ekonomiese reg. So word artikel 15 van die Kanadese grondwet meer as net 'n manier om gelykheid te beskerm maar ook 'n manier om sosio-ekonomiese bevordering te verseker.¹⁵⁸

Porter maak in die lig hiervan sekere voorstelle om so 'n paradigma skuif te maak. Eerstens moet die regering meer verantwoordelikheid aanvaar om die omstandighede van mense te bevorder en dus nie net wetgewende maatreëls instel nie, maar daadwerklik optree. Verder sal daar vasgestel moet word wat die behoeftes is van verskeie groepe en daarvolgens konkrete verandering meebring.

Laastens moet menseregte meer afdwingbaar gemaak word deur meer verantwoordelikheid op die howe te plaas en die howe se rol ten opsigte van die bevordering van benadeelde groepe beter te definieer.¹⁵⁹

In lig van die huidige Suid-Afrikaanse Grondwet en ook verskeie wetgewende maatreëls wat sosio-ekonomiese regte bevorder het Suid-Afrika reeds 'n behoorlike fondament gelê om voorheen benadeelde groepe te bevorder.¹⁶⁰ Uit Kanadese ondervinding kan ons dus leer dat die staat meer verantwoordelikheid sal moet aanvaar om meer daadwerklike optrede te neem en nie net die plig in wetgewing te vervat nie. Dieselfde voorstelle wat hierbo gemaak is vir Kanada kan feitlik net so gebruik word om die Suid-Afrikaanse posisie te verbeter.

4. Samevatting

Die Europese Unie se siening op gelykheid is van so aard dat dit wil voorkom asof substantiewe gelykheid en formele gelykheid nie teenoor mekaar staan nie, maar eerder aanvullend tot mekaar. Die wisselwerking veroorsaak dat voorheen benadeelde groepe steeds bevorder kan word sonder dat ander groepe onbillik behandel word. Dit hou

¹⁵⁸ Porter 2005: 153.

¹⁵⁹ Porter 2005: 172-173.

¹⁶⁰ Sien onder andere artikels 9, 22, 23, 26, 27, 28 en 29 van die Grondwet, Wet 108 van 1996.

verder in dat gelyke indiensneming nie sal lei tot streng kwotas nie, maar eerder buigbare doelwitte.

Hierdie wisselwerking hou verder in dat persone van aangewese groepe slegs voorkeur kan kry mits hul oor gelyke kwalifikasies (formeel of informeel) beskik en die groep onderverteenvoerdig is. 'n Werkgewer behou egter steeds die reg voor om nie-aangewese persone aan te stel mits daar goeie rede daarvoor bestaan. Dit beteken dat werkgewers die indiensnemingsproses objektief sal moet beoordeel en dat aangewese status 'n plus punt is wat sterk oorweging kry, maar nie deurslaggewend is nie.

Tweedens moet die rol van werkgewers, werknemers en die staat behoorlike gedefinieer word in die bevordering van gelykheid. Dit hou verder in dat wetgewing ook meer beskerming sal moet bied vir werkgewers en nie-aangewese groepe om te verseker dat billikheid sal geskied.

Laastens, wanneer dit kom by gelyke indiensneming gaan die vraag dikwels rondom wie is benadeel of waar is die aangewese groepe onderverteenvoerdig. 'n Beter benadering sal eerder wees om te kyk waar die werklike probleem lê. Uit Kanada en die EU kan daar geleer word dat verskillende groepe se behoeftes verskil en dat daar voorsiening gemaak moet word daarvoor.

Regstellende aksie se sukses berus nie net op gelyke indiensneming nie, maar in die algemene sosio-ekonomiese bevordering van mense binne en buite die arbeidsmark. In 'n land soos Suid-Afrika moet daar dus 'n paradigma skuif plaasvind deur meer klem te lê op sodanige bevordering en nie net op gelyke indiensneming te fokus as die enigste uitweg tot die bevordering van gelykheid nie.

Regstellende aksie as 'n algemene bevorderingsmaatreël moet dus 'n meer holistiese benadering volg om mense te bevorder op alle vlakke van die samelewing en op so manier die werklike gebrek in gelykheid aan te spreek.

Hoofstuk 7

Gevolgtrekking en aanbevelings

1. Perspektief op die probleemstelling

Hierdie verhandeling het daarop gefokus om te bewys dat, in 'n land soos Suid-Afrika waar erge ongelykheid bestaan het en waarvan die impak daarvan steeds gevoel word, daar maatreëls getref moes word om dit te herstel. Hierdie ongelykheid is sigbaar in alle sfere van die samelewing insluitende die arbeidsmark.

Gevolglik is daar dan gebruik gemaak van regstellende aksie as die metode om dit te herstel. Dit het gelei tot die instelling van die Wet op Gelyke Indiensneming as die instrument om gelykheid te bereik binne die werkplek.

Hierdie verhandeling bewys dan dat alhoewel hierdie maatreëls noodsaaklik is, is die toepassing daarvan soms onbillik en moet gevolglik hersien word. Daar sal vervolgens kortliks oorweging geskenk word aan die leemtes wat geïdentifiseer is in die verskeie hoofstukke en hoe hierdie leemtes aangevul kan word.

2. Die bevordering van gelykheid as rasionaal vir die ontstaan van regstellende aksie maatreëls

Die toepassing van regstellende aksie binne 'n gemeenskap sal grootliks afhanklik wees van daardie gemeenskap se siening van gelykheid wat op sy beurt weer afhanklik sal wees van die verlede en van huidige omstandighede. Wat van kardinale belang is by gelykheid is die inhoud wat daaraan gegee word maar nog meer ook die toepassing daarvan.

Alhoewel substantiewe gelykheid die sambreel is waaronder maatreëls soos regstellende aksie funksioneer sal dit nodig wees om te verseker dat substantiewe gelykheid nie te wyd toegepas moet word nie. Dit kan moontlik lei tot erge ongelykheid soos die moontlikheid nou bestaan na die beslissing in die Van Heerden-saak.

Dit vra moontlik dat daar eerder 'n ewewig gehandhaaf moet word tussen elemente van formele gelykheid en substantiewe gelykheid. Dit behoort dan te verseker dat die grense van billikheid nie oorskry sal word by die toepassing van regstellende aksie maatreëls nie.

3. Billikheidsaspekte rakende regstellende aksie

Wat van kardinale belang is by die bepaling daarvan of regstellende aksie billik is, is dat daar 'n onderskeid getref moet word tussen die algemene en spesifieke betekenis van regstellende aksie en daar moet 'n onderskeid gemaak word tussen die inhoud en toepassing van regstellende aksie.

In die algemeen is regstellende aksie tydelike maatreëls wat ten doel het om ongelykhede in die samelewing te identifiseer, uit te skakel, en die posisie te herstel of te verbeter. In hierdie studie is daar gefokus op regstellende aksie in sy spesifieke betekenis van "employment equity".

Regstellende aksie is in werklikheid niks meer as diskriminasie nie, maar word geregverdig deur artikel 6 van die Wet weens die resultaat wat dit poog om te bereik. Die probleem kom egter in by die toepassing daarvan. Dit blyk uit hierdie studie dat die manier hoe die toepassing van regstellende aksie en spesifiek "employment equity" geregverdig word soms tot erge onbillikheid lei.

Dit is waarskynlik hoekom daar begin is met 'n sogenaamde hiërargie van benadeeldes en die skep van 'n oorvereenvoudigde toets wat billikheid verontagsaam in die Van Heerden-saak. Dit verklaar ook politiese uitlatings dat regstellende aksie nooit geskrap sal word nie of dat daar in die praktyk gebruik gemaak word van kwotas uit vrees vir sanksies. Daar word verder soveel klem gelê op indiensneming dat daar vergeet word dat Suid-Afrika met ander groter probleme soos sosiale onderontwikkeling en werkloosheid sit.

In die lig hiervan word die volgende aanbevelings beklemtoon:

Regstellende aksie in die vorm van "employment equity" moet eerstens daarop gefokus raak om onderverteenwoordiging in plaas van voorheen benadeling te gebruik as beginpunt vir die toepassing van regstellende aksie in die werkplek.

Natuurlik moet daar ook ander faktore oorweeg word, maar onderverteenvoordiging moet die beginpunt wees in die ondersoek.

Tweedens moet die Wet gewysig word om voorsiening te maak vir alle groepe; aangewese sowel as nie-aangewese. Die klem lê dan by hoe verteenwoordigend die werkplek is en nie by status van die aansoeker nie. Dit sal tot gevolg hê dat werkgewers meer objektief na werksoekers sal kan kyk.

Derdens moet die belang van opleiding en ontwikkeling nie gering geag word nie. Deur dit te beklemtoon word daar meer gefokus op regstellende aksie as 'n bevorderingsmeganisme in plaas van 'n remediëringsmeganisme.

In die 2005 verslag van die Departement van Arbeid oor gelyke indiensneming is heelwat klem gelê op opleiding. In die verslag is bevestig dat “a good, well-designed employment equity program can work effectively in creating an “even playing field”. By putting in place temporary special measures, employers would assist in bringing about a workplace that reflects the demographics of the country. These measures are, in fact, catch-up mechanisms to assist those who have been excluded from employment opportunities in the past.”¹

Regstellende aksie moet dus nie net klem lê op indiensneming nie, maar ook streef na breë sosiale ontwikkeling. Dit laat die vraag oop of die SETA's behoorlik funksioneer en of werkgewers werklik die belang van opleiding besef?

Volgens Levy ontstaan daar nie voldoende vakante poste sodat daar voldoende integrasie van aangewese groepe kan wees nie.² Gevolglik saam met sosiale ontwikkeling moet daar verder meer aandag gegee moet word aan werkskepping.

Laastens moet die belang van faktore soos billikheid, proporsionaliteit en regverdigbaarheid nie buite die toepassing van regstellende aksie geplaas word nie. Dit sal vereis dat daar opnuut gekyk moet word na die beslissing in die Van Heerden-saak en dat hierdie faktore pertinent ingesluit sal word by wetgewing wat regstellende aksie as doel het.

¹ Commission for Employment Equity 2005: 68.

² Levy 1999: 79.

4. Die regte en verpligtinge van die werkgewer en werknemer met betrekking tot regstellende aksie.

Ingevolge artikel 13 van die Wet op Gelyke Indiensneming is een van die verpligtinge van 'n aangewese werkgewer om 'n gelyke indiensnemingsplan op te stel. In der waarheid sentreer byna al die verpligtinge van die werkgewer rondom hierdie plan.

Die belang van hierdie plan kan dus nie onderskat word nie. Dit dien as 'n kompas om koers te gee aan werkgewers oor hoe om die Wet prakties te implementeer en dit dien ook as bloudruk om die werkgewer by te staan om 'n diverse arbeidsmag te skep. Dit dien ook as 'n gewete van 'n organisasie om te verseker dat daar daagliks na gelykheid gestreef sal word en indien die plan korrek gevolg word behoort dit enige dispute met gelyke indiensneming te voorkom.

Die Wet skep nie werklik regte vir werknemers nie. Die enigste regte gaan basies daarvoor om werknemers met meganismes te voorsien wat hul bystaan in die afdwinging van die werkgewer se verpligtinge. Die kritiek is weereens dat die Wet nie werklik billike indiensneming nastreef nie, juis as gevolg van die eksklusiewe beskerming wat dit bied. Gevolglik sal die Wet in hierdie opsig gewysig moet word.

Sou die Wet dan pertinent streef na die billike verteenwoordiging van alle aangewese en nie-aangewese groepe sal dit daadwerklik billikheid bevorder en voldoende beskerming gee aan alle werknemers.

Die gevolg is dat 'n gelyke indiensnemingsplan waarskynlik meer geïntegreer sal kan word met 'n algemene menslike hulpbronbeleid met billike verteenwoordiging as uitgangspunt.

Dit sal dan tot gevolg hê dat die plan nie meer 'n aparte dokument sal wees nie, maar 'n instrument wat diep gesetel sal wees in die werking van die organisasie.

5. Regstellende aksie: Reg of Verweer?

Die konsep van regstellende aksie het in die saak van Harmse v City of Cape Town van so aard geword dat dit beskou is as 'n individuele reg waarop aangewese groepe

aanspraak kan maak. So 'n siening sou dan beklemtoon het dat regstellende aksie in werklikheid niks meer is as 'n manier om benadeeldes te vergoed nie.

Na die Harmse-saak het daaropvolgende beslissings dit duidelik gemaak dat regstellende aksie nie 'n individuele reg is nie. Dit moet wel nog bevestig word deur die appèlhof, maar daar is voldoende gesag om te aanvaar dat regstellende aksie nie 'n reg sal kan wees nie. Die Harmse-saak het verwronge interpretasies aan die Wet gegee. Die Wet is egter nie so dubbelsinnig dat die werklike doel daarvan nie onderskei kan word nie.

Werknemers word egter nie weerloos gelaat weens die feit dat hul nie so reg het nie. Die Wet maak dit duidelik dat regstellende aksie 'n maatreël is en hierdie maatreël verseker voldoende beskerming aan aangewese werknemers. Die bestaan van regstellende aksie as 'n verweer word ook deur die Wet erken as 'n manier om werkgewers te beskerm.

Die gelyke indiensnemingsplan kan in hierdie opsig met groot vrug aangewend word om te voorkom dat sulke dispute sal opduik.

6. Regsvergelykende studie: Europese Unie en Kanada

Alhoewel die Europese Unie en Kanada twee entiteite is wat wêreldse verskil van Suid-Afrika bestaan daar tog ooreenkomste in die manier hoe die bereiking van gelykheid aangepak word.

Uit die Europese en Kanadese studie kan die volgende van groot belang wees in Suid-Afrika:

Ongelykhede in die samelewing kan weens verskeie redes ontstaan wat nie altyd verband hou met diskriminasie nie. So sal verskeie arbeidsektore ondervteenwoordig wees van sekere groepe eenvoudig net omdat dit nie daardie groep se werk van voorkeur is nie.

Regstellende aksie is 'n uitsondering op die reël van gelykheid en moet slegs tot so mate toegepas word dat dit nie die perke van billikheid en proporsionaliteit sal oorskry nie.

Die grootste probleem wat verband hou met regstellende aksie is nie meer diskriminasie nie, maar eerder die sosiale onderontwikkeling en werkloosheid wat in elke gemeenskap voorkom.

Suid-Afrika kan verder gebruik maak van die konsep van “mainstreaming” om te voorsien dat daar in alle beleide en praktyke ‘n duidelike bewustheid sal wees van gelykheid as ‘n waarde wat nagestreef moet word.

Die Wet op Gelyke Indiensneming kan net soos die Kanadese “Employment Equity Act” meer daarop fokus om ook vir werkgewers meer beskerming te bied.

Laastens moet regstellende aksie hetsy direk of indirek nie so ontaard dat dit sal lei tot kwotas wat nie net onbillik is nie, maar ook tot gevolg sal hê dat daar ‘n nuwe voorheen benadeelde groep sal ontstaan.

7. Slot

Geen wetgewing moet ooit tot gevolg hê dat enige groepe onderdruk sal word nie. Suid-Afrikaanse geskiedenis het geleer dat sulke maatreëls nie net rampspoedig is nie, maar dat dit tot ‘n algehele benadeling lei wat die gemeenskap in geheel affekteer. Die blote onderskeid van sogenaamde aangewese en nie-aangewese groepe in wetgewing voorspel dat Suid-Afrika op ‘n baie gevaarlike grens beweeg.

Die eksklusiewe toepassing van billikheid ter bereiking van gelykheid hou nie net ‘n bedreiging vir Suid-Afrika se jong demokrasie in nie, maar dit ondermyn die Afrika filosofie van “ubuntu”.

Na meer as 7 jaar se werking van die Wet op Gelyke Indiensneming en in die lig van die vordering wat gemaak is op die gebiede van transformasie en regsontwikkeling is die tyd ryp om opnuut te kyk na regstellende aksie in die algemeen en ook hoe dit spesifiek van toepassing sal wees by indiense neming.

Aanhangsel

1. Bylae

1.1 Bylaag A

Fig.1. Sistematiese gelykheidstoets aan die hand van die Harksen v Lane-saak.

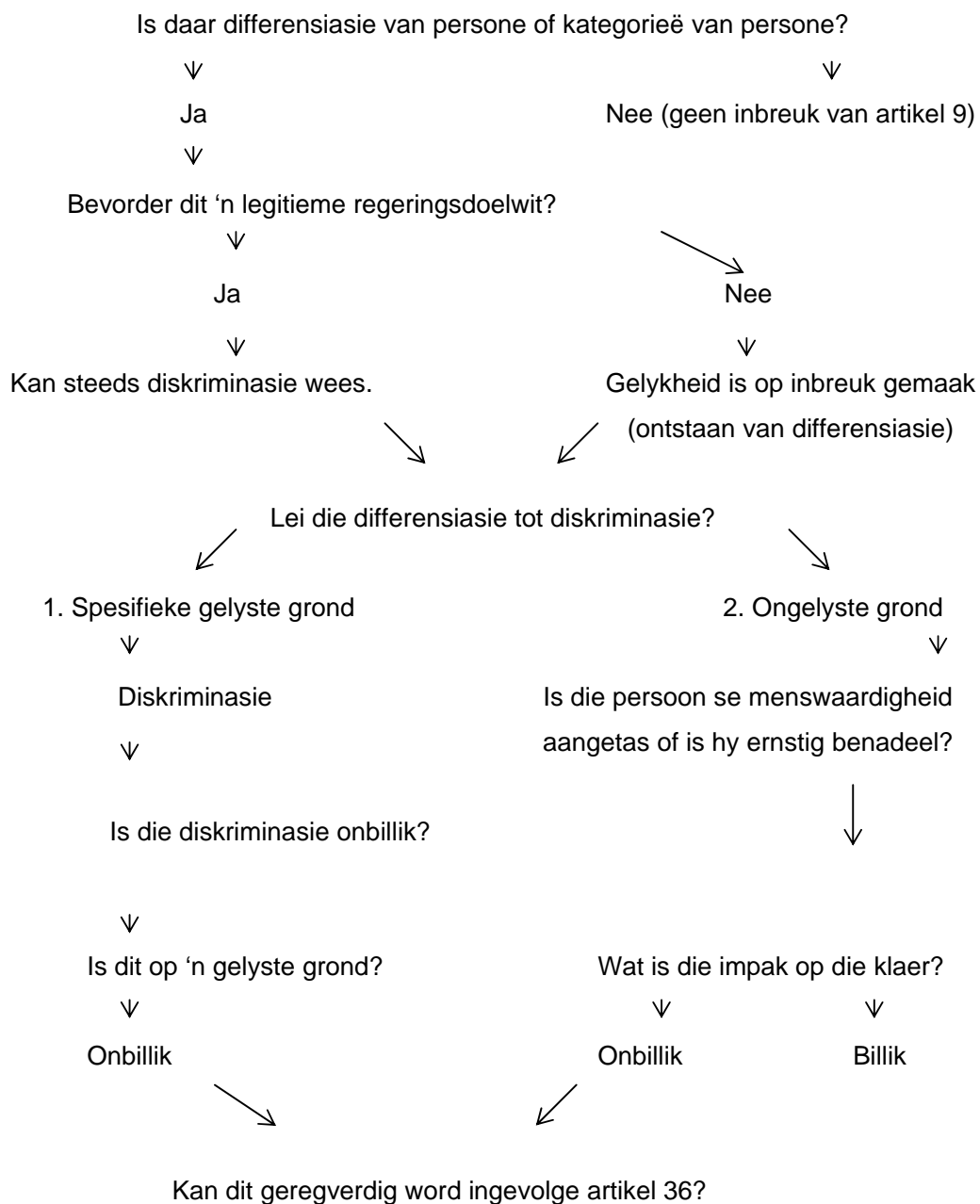


Fig.2. Benadeling as grondslag

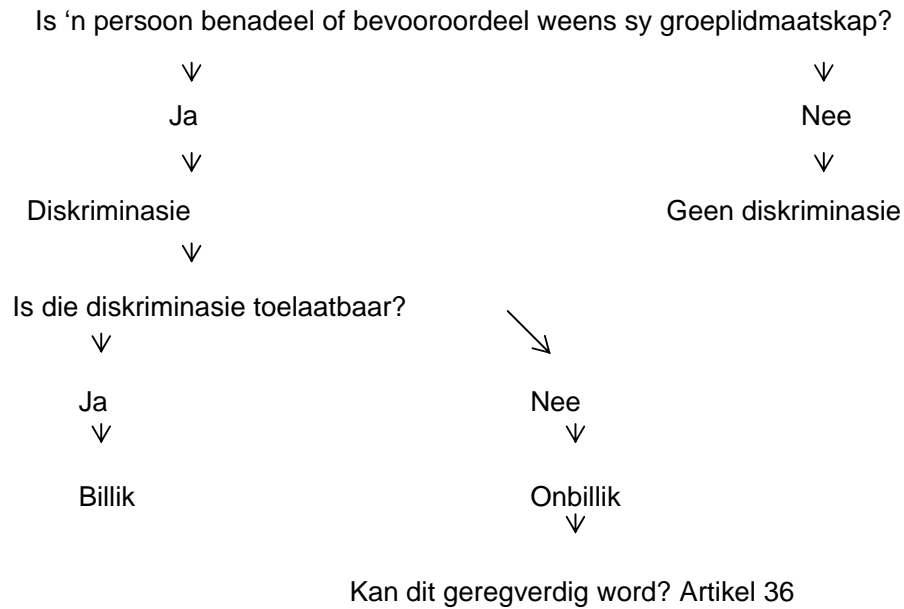
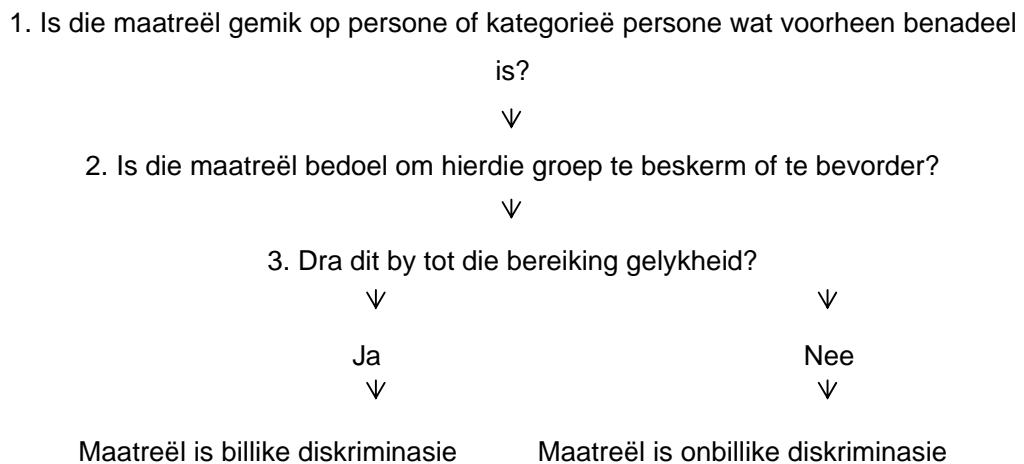
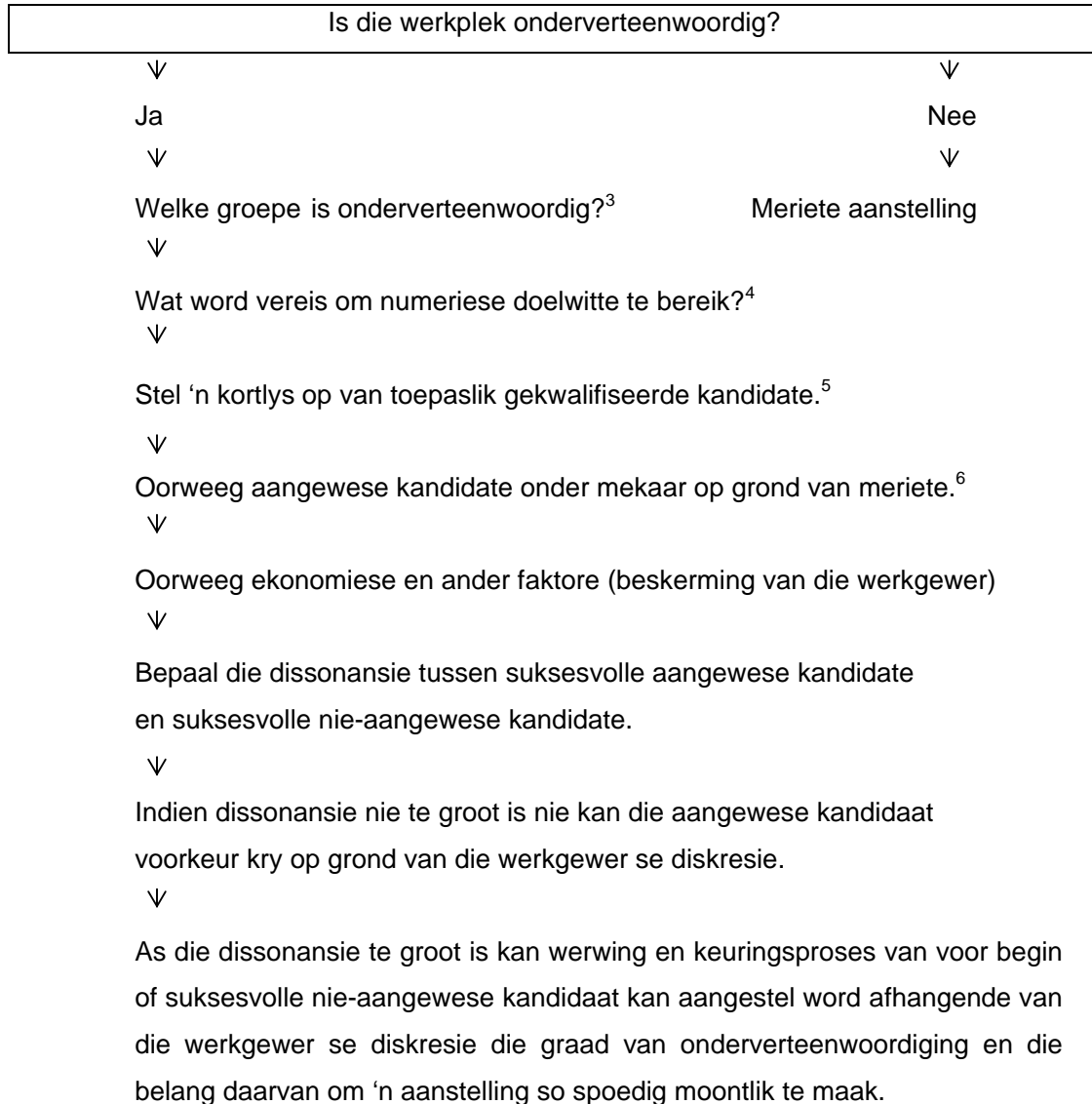


Fig. 3. Interne toets benadering



1.2 Bylaag B

Fig. 1. Skematiese voorstelling vir billike indiensneming



³ Wet 55/1998: artikel 20(2). Die werkgewer moet oorweging gee aan die sukses behaal in terme van sy gelyke indiensnemingsplan.

⁴ Wet 55/1998: artikel 42(a)(i)-(v).

⁵ Wet 55/1998: artikel 20(3)-(5).

⁶ Du Toit e.a. 2003b: 22.

1.3 Bylaag C

Fig. 1

Table 10: Occupational categories, gender & population group (1)

Occupational categories	Male				Female				TOTAL
	African	Coloured	Indian	White	African	Coloured	Indian	White	
Legislators	15,760	5,263	4,606	41,334	6,872	3,965	2,074	16,033	95,907
	16.4%	5.5%	4.8%	43.1%	7.2%	4.1%	2.2%	16.7%	100%
Professionals	23,649	12,118	4,970	41,223	25,790	16,601	3,347	29,598	157,296
	15.0%	7.7%	3.2%	26.2%	16.4%	10.6%	2.1%	18.8%	100%
Technicians	40,798	15,395	10,669	55,463	28,892	15,297	7,091	38,145	211,750
	19.3%	7.3%	5.0%	26.2%	13.6%	7.2%	3.3%	18.0%	100%
Clerks	74,602	25,565	10,643	23,491	89,169	47,636	16,731	80,435	368,272
	20.3%	6.9%	2.9%	6.4%	24.2%	12.9%	4.5%	21.8%	100%
Service	135,373	26,312	9,754	39,583	65,741	28,196	6,505	25,587	337,051
	40.2%	7.8%	2.9%	11.7%	19.5%	8.4%	1.9%	7.6%	100%
Skilled agricultural	12824	1792	292	1639	2982	1753	60	671	22,013
	58.3%	8.1%	1.3%	7.4%	13.5%	8.0%	0.3%	3.0%	100%
Craft	51,348	10,242	3,274	29,030	4,533	1,839	280	808	101,354
	50.7%	10.1%	3.2%	28.6%	4.5%	1.8%	0.3%	0.8%	100%
Plant operators	215,812	26,495	7,745	10,371	23,289	13,392	3,168	1,000	301,272
	71.6%	8.8%	2.6%	3.4%	7.7%	4.4%	1.1%	0.3%	100%
Elementary	253324	29810	2963	3926	95976	27397	1642	2124	417,162
	60.7%	7.1%	0.7%	0.9%	23.0%	6.6%	0.4%	0.5%	100%
TOTAL PERMANENT	823,490	152,992	54,916	246,060	343,244	156,076	40,898	194,401	2,012,077
	40.9%	7.6%	2.7%	12.2%	17.1%	7.8%	2.0%	9.7%	100%
Non-permanent employees	145,030	26,667	7,281	18,958	99,365	30,214	5,814	19,853	353,182
	41.1%	7.6%	2.1%	5.4%	28.1%	8.6%	1.6%	5.6%	100%
TOTAL	968,520	179,659	62,197	265,018	442,609	186,290	46,712	214,254	2,365,259
	40.9%	7.6%	2.6%	11.2%	18.7%	7.9%	2.0%	9.1%	100%

7

⁷ Commission for Employment Equity 2005: 23.

Fig. 2

Table 15: Occupational levels, gender and population group (1)

Occupational levels	Male				Female				TOTAL
	African	Coloured	Indian	White	African	Coloured	Indian	White	
Top management	1600	328	569	7577	564	124	114	1201	12,077
	13.0%	3.0%	5.0%	63.0%	5.0%	1.0%	1.0%	10.0%	100%
Senior management	3,546	1,496	1,867	19,414	1,449	592	552	5,566	34,472
	10.0%	4.0%	5.0%	56.0%	4.0%	2.0%	2.0%	16.0%	100%
Mid-management	19,924	8,050	7,261	56,667	9,368	4,647	3,608	27,121	136,646
	15.0%	6.0%	5.0%	42.0%	7.0%	3.0%	3.0%	20.0%	100%
Skilled	115,728	41,321	18,694	104,882	75,993	42,680	12,087	82,417	493,802
	23.0%	8.0%	4.0%	21.0%	15.0%	9.0%	2.0%	17.0%	100%
Semi-skilled	387,157	69,984	22,357	52,642	138,918	74,053	20,574	74,359	840,024
	46.0%	8.0%	3.0%	6.0%	17.0%	9.0%	2.0%	9.0%	100%
Unskilled	295,313	31,679	4,223	5,383	115,865	33,938	4,080	3,530	494,011
	60.0%	6.0%	1.0%	1.0%	24.0%	7.0%	1.0%	1.0%	100%
TOTAL PERMANENT	823,268	152,838	54,971	246,565	342,157	156,034	41,015	194,184	2,011,032
	41.0%	8.0%	3.0%	12.0%	17.0%	8.0%	2.0%	10.0%	100%
Non-permanent employees	145,370	26,822	7,272	18,943	99,810	30,361	5,750	19,899	354,227
	41.0%	8.0%	2.0%	5.0%	28.0%	9.0%	2.0%	6.0%	100%
TOTAL	968,638	179,660	62,243	265,508	441,967	186,395	46,765	214,083	2,365,259
	40.9%	7.6%	2.6%	11.2%	18.7%	7.9%	2.0%	9.1%	100%

8

⁸ Commission for Employment Equity 2005: 30.

2. Bibliografie

2.1. Boeke

ARNARDÓTTIR OM

2003. *Equality and Non-discrimination under the European Convention on Human Rights*. The Hague: Kluwer Law International.

BARKER F

1999. *The South African Labour Market*. 3rd edition. Pretoria: Van Schaik.

BARNARD C

2000. *EC Employment Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press.

BECKMAN JA

2004. *Affirmative Action: An Encyclopedia*. Volume one: A-I. Westport: Greenwood Publishing Group.

BELL M

2004. *Anti-Discrimination Law and the European Union*. New York: Oxford University Press.

THE CONSTITUTIONAL LAW GROUP

2003. *Canadian Constitutional Law*. 3rd ed. Toronto: Emond Montgomery Publications.

CURRIE I, DE WAAL J en ERASMUS G

2001. *The Bill of Rights Handbook*. Fourth edition. Lansdown: Juta & Co. Ltd.

CURRIE I en DE WAAL J

2005. *The Bill of Rights Handbook*. Fifth edition. Lansdown: Juta & Co. Ltd.

DEVENISH GE

1998. *A Commentary on the South African Constitution*. Durban: Butterworths.

DEVENISH GE

1999. *A Commentary on the South African Bill of Rights*. Durban: Butterworths.

DUPPER OC en GARBERS C

2004. *Affirmative Action*. Strydom 2004: 258-286.

DU TOIT D, BOSCH D, WOOLFREY D, GODFREY S, ROSSOUW J, CHRISTIE S, COOPER C, GILES G en BOSCH C

2006. *Labour Relations Law: A Comprehensive Guide*. 5th edition. Durban: Butterworths.

DU TOIT D, BOSCH D, WOOLFREY D, GODFREY S, ROSSOUW J, CHRISTIE S, COOPER C, GILES G en BOSCH C

2003a. *Labour Relations Law: A Comprehensive Guide*. 4th edition. Durban: Butterworths.

DU TOIT D (ed.), COHEN T, EVERETT W, FOUCHE M, GODFREY S, STEENKAMP A, TAYLOR M en VAN STADEN P.

2003b. *Labour Law Through the Cases*. service issue 1. Durban: Butterworths.

ELLIS E

2005. *EU Anti-Discrimination Law*. New York: Oxford University Press Inc.

FINNEMORE M en VAN RENSBURG R

1999. *Contemporary Labour Law*. Durban: Butterworths.

GREEN DE

2004. *Affirmative Action, Criticism Of*. Beckman 2004: 20-24.

GROGAN J

2005. *Workplace Law*. 8th ed. Lansdown: Juta.

HEROLDT W en MARX M

1999. *Employment Equity in South Africa: A Guide to Affirmative Action Success*. South Africa: Prentice Hall.

HOGG PW

1992. *Constitutional Law of Canada*. 3rd ed. Scarborough: Carswell Thomas Professional Publishing.

HUMAN L, BLUEN S en DAVIES R

1999. *Baking a New Cake: How to Succeed in Employment Equity*. Randburg: Knowledge Resources (Pty) Ltd.

LANDMAN AA

2004. *Equal Pay for Equal Work or Work of Equal Value*. Strydom 2004: 138-153.

LEVY A

1999. *Implementing Employment Equity: A Practical Guide*. Durban: Butterworths.

MCCOLGAN A

2005. *Discrimination Law: Text Cases and Materials*. 2nd ed. Oxford: Hart Publishing.

MEEHAN E, CUDDY KM, ELKIN C, FAIRLEY HS, FERA N, MARTLAND R, RANKIN MS, RICHARDS JD en WAKE D

1995. *The 1995 Annotated Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswell Thomas Professional Publishing.

PRETORIUS JL, KLINCK ME en NGWENA CG

2003. *Employment Equity Law*. service issue 1. Durban: Butterworths.

PRETORIUS JL, KLINCK ME en NGWENA CG

2006. *Employment Equity Law*. service issue 6. Durban: Butterworths.

RAUTENBACH IM

2006. Introduction to the Bill of rights. *Bill of Rights Compendium*, (service issue 18). Durban: Butterworths.

STARKS GL

2004. *Affirmative Action, Arguments For*. Beckman 2004: 18-20.

STRYDOM EML (Ed.)

2004. *Essential Employment Discrimination Law*. Lansdown: Juta.

TINARELLI S

2000. *Employers Guide to the Employment Equity Act*. Pretoria: Van Schaik.

2.2. Artikels

ACKERS L

2000. The development of affirmative action in European Commission policymaking: assessing the risks. *Journal of Social Welfare and Family Law* 22(3): 347–360.

ALBERTYN C EN GOLDBLATT B

1998. Facing the challenges of transformation: Difficulties in the development of an indigenous jurisprudence of equality. *South African Journal of Human Rights* 14: 248-276.

ANONIEM

2007. *Affirmative action with no end in sight is twaddle*. March 12, 2007 <http://www.busrep.co.za/index.php?fSectionId=553&fArticleId=3725748>. (toegang 24/04/07).

ANONIEM

2007. *Mdladlana: Affirmative-action here to stay*. March 04, 2007. http://www.mg.co.za/articlePage.aspx?articleid=300885&area=/breaking_news/breaking_news_business/. (toegang 24/04/07).

BECK JH, REITZ JG en WEINER N

2002. Addressing systematic racial discrimination in employment: The Health Canada case and implications of legislative change. *Canadian Public Policy* 28(3): 373-394.

BÉTEILE A

1993. Affirmative action in India, Malaysia, Sri Lanka and the USA. *Development and Democracy* 6: 1-86

BEWS N en MARTINS N

1997. Affirmative action surveys and audits: useful tools or waste of time. *People Dynamics* 15(3): 20-28.

BRASSEY M

1998. The Employment Equity Act: bad for employment and bad for equity. *Industrial Law Journal* 19(6): 1359-1366.

BURROWS N en ROBISON M

2006. Positive action for women in employment: time to align with Europe?. *Journal of Law and Society* 33(1): 24-41.

BUSBY N

2006. Affirmative action in women's employment: lessons from Canada. *Journal of Law and Society* 33(1): 42-58.

CHAROUX E en MOERDYK A

1997. Special report on employment equity: part 1 changing perceptions. *People Dynamics* 15(2): 32-37.

COHN Y

2003. Affirmative action for woman in the workplace at home and abroad: a comparison of Johnson v. Transportation Agency and Abrahamsson v Foggelqvist. *Columbia Journal of Law and Social Problems* 37(2): 277-328.

COOPER C

2004. The boundaries of equality in labour law. *Industrial Law Journal* 25(1): 813-852.

DANIEL R

1994. Diversity: it's good for business. *Human Resource Management* 11(2): 14-19.

DICKMAN J

1998. Employment Equity Bill: SACOB's viewpoint. *Accountancy SA* July: 5.

ECHEVARRIA C en HUQ M

2001. Redesigning employment equity in Canada: the need to include men. *Canadian Public Policy* 27(1): 53-64.

FAUNDEZ J

1994. Promoting affirmative action. *Industrial Law Journal* 15: 1187-1195.

GINSBURG RB en MERRITT DJ

1999. Affirmative action: an international human rights dialogue. *Cardoza Law Review* 21(1): 253-282.

GROGAN J

1997. Injustice in justice white male rights affirmed. *Employment Law* 13(4): 70-72.

HODAPP P, TRELOGAN T en MAZURANA S

2002. Positive action and European Union law in the year 2000. *Annual Survey of International and Comparative Law* 8(1): 33-51.

JORDAAN B

2005. Employment equity. *Juta's Annual Labour Law Update*: 83-100.

KOBACK TJ

1999. The long, hard road to Amsterdam: effects of *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen* and the Treaty of Amsterdam on positive action and gender equality in European Community law. *Wisconsin International Law Journal* 17(2): 463-488.

MENTZER MS

2002. The Canadian experience with employment equity legislation. *International Journal of Value-Based Management* 15(1): 35-50.

MODISE S

2003. Women's rights are human rights. *People Dynamics* 21(9): 23-24.

PLATTNER IE en TJIRAMBA AM

2005. Psychological challenges of affirmative action. *People Dynamics* 23(8): 23-24.

PORTER B

2005. Twenty years of equality rights: Reclaiming expectations. *Windsor Yearbook of Access to Justice* 23(1): 145-192.

QUINTAL A en WEBB B

2007. *Affirmative action to stay, says Manuel*. March 02, 2007 *Edition 2*. <http://www.capetimes.co.za/index.php?fArticleId=3709028>. (toegang: 24/04/07).

ROZOF MI

1998. Overcoming traditional gender stereotypes in the European Union: The European Court of Justice's ruling in Hellmut Marschall v. Land Nordrhein – Westfalen. *Emory International Law Review* 12(3): 1505-1533.

RYCROFT A

1999. Obstacles to employment equity? The role of judges and arbitrators in the interpretation and implementation of affirmative action policies. *Industrial Law Journal* 20: 1411–1429

TOTTEN CD

2003. Constitutional precommitments to gender affirmative action in the European Union, Germany, Canada and the United States: a comparative approach. *Berkeley Journal of International Law* 21(1): 27-61.

TRELOGAN T, MAZURANA S en HODAPP P

2004. The European Free Trade Association Court and positive action. *Hastings International and Comparative Law Review* 28(25): 25-38.

VERMEULEN L en COETZEE M

2003. Fair selection: new research on the influence of employment equity on the fairness of selection systems. *People Dynamics* 21(9): 8-11.

ZINN S

2003. Worrying signals from the labour market: the struggle for the hearts and minds continues. *People Dynamics* 21(9): 12-13.

2.3. Ander dokumente

COMMISSION ON EQUALITY IN EMPLOYMENT

1984. *Report of the Commission on Equality in Employment*. Minister of Supply and Services. Judge Rosalie Silberman Abella, Commissioner. Ottawa.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION

1996. Convention 111: *Equality in Employment and Occupation*.

http://training.ilo.org/ils/CD_Use_Int_Law_web/Additional/Library/English/ILO_S_B/96frset.htm

COMMISSION FOR EMPLOYMENT EQUITY

2005. *Employment Equity Analysis of Reports received in 2005*. Department of Labour. <http://www.labour.gov.za>

2.4. Wetgewing

2.4.1 Suid-Afrika

Wet op Arbeidsverhoudinge, 66/1995.

Employment Equity Act 55/1998.

Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 200/1993.

Die Grondwet van die Republiek van Suid Afrika, 108/1996.

Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination 4/2000.

2.4.2 Regeringskennisgewings

REPUBLIC OF SOUTH AFRICA

1999. *Code of Good Practice for the Preparation, Implementation and Monitoring of Employment Equity Plans*. Government Gazettes (20626) Notice R.1394.

REPUBLIC OF SOUTH AFRICA

1999. *Code of Good Practice for the Preparation, Implementation and Monitoring of Employment Equity Plans*. Government Gazettes (20626) Notice R.1394.

REPUBLIC OF SOUTH AFRICA

2000. *Code of Good Practice on Key Aspects of HIV/AIDS and Employment*. Government Gazette (21815) GN R1298.

REPUBLIC OF SOUTH AFRICA

2002. *Code of Good Practice on the Employment of People with Disabilities*. Government Gazette (23718) GN 1064.

REPUBLIC OF SOUTH AFRICA

2006. Government Gazette (28858). GN 480

2.4.3 Europese Unie

Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions.

<http://www.ei-ie.org/payequity/EN/docs/EU%20Documents/76%20207.pdf>

Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin.

http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=32000L0043&model=guichett

Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:EN:HTML>

Council Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0073:EN:HTML>

Council recommendation 84/635/EEC of 13 December 1984 on the promotion of positive action for women.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31984H0635:EN:HTML>

Treaty Establishing the European Community Rome, 25.3.1957.

http://www.univie.ac.at/RI/eur/20041101/EN_ECTreaty20041101.pdf

Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, The Treaties establishing the European Communities and related acts official Journal C 340, 10 November 1997.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:11997D/PRO/02:EN:HTML>

Treaty Establishing a Constitution for Europe as signed in Rome on 29 October 2004 and published in the Official Journal of the European Union on 16 December 2004 (C series, No 310).

http://gandalf.aksis.uib.no/~brit/EU-CONST-EN-cc/LinkedDocuments/final_act_en.pdf

2.4.4 Kanada

Canadian Charter of Rights and Freedoms. Constitution Act, 1982.

Employment Equity Act, 1986.

Employment Equity Act, 1995.

2.5. Regspraak

2.5.1 Suid-Afrika

Abbott v Bargaining Council for the Motor Industry (Western Cape) [1999] 2 BLLR 115 (LC).

Auf der Heyde v University of Cape Town (2000) 21 ILJ 1758 (LC).

Brink v Kitshoff NO 1996 (4) SA 197 (CC).

Crotz v Worcester Transitional Local Council [2001] 8 BALR 824 (CCMA).

Coetzer & others v Minister of Safety & Security & another [2003] 2 BLLR 173 (LC).

Cupido v Glaxosmithkline SA (PTY) LTD (2005) 26 ILJ 868 (LC).

Dudley v City of Cape Town & another [2004] 5 BLLR 413 (LC).

Durban Metropolitan Council (Parks Department) and SAMWU obo Lootzy (1998) 7 ARB 6.9.5.

FAGWUSA and another v Hibiscus Coast Municipality and others (2003) 24 ILJ 1976 (LC).

George v Liberty Life Association of Africa [1996] 8 BLLR 985 (IC).

Gordon v Departement of Health, KwaZulu Natal [2004] 7 BLLR 708 (LC).

Harksen v Lane 1997 (11) BCLR 1489 (CC).

Harmse v City of Cape Town (2003) 24 ILJ 1130 (LC).

IMAWU v Greater Louis Trichardt Transitional Local Council (2000) 21 ILJ 1119 (LC).

Kariem v SA Police Service & another (2007) 28 ILJ 158 (LC).

Leonard Dingler Employee Representative Council v Leonard Dingler (Pty) Ltd and others (1998) 19 ILJ 285 (LC).

McInnes v Technikon Natal [2000] 6 BLLR 701 (LC).

Minister of Finance and another v Van Heerden [2004] 12 BLLR 1181 (CC).

Motala and another v University of Natal 1995 (3) BCLR 374 (D).

Municipality of the City of Port Elizabeth v Rudman 1998 4 BCLR 451 (SE).

National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others 1998 (12) BCLR 1517 (CC).

President of the Republic of South Africa and Another v Hugo 1997 (6) BCLR 708 (CC).

Prinsloo v Van der Linde 1997 6 BCLR 759 (CC).

Public Servants' Association of South Africa and Another v Minister of Justice and Others 1997 (5) BCLR 577 (T) 1997 18 ILJ 241 (T).

S v Makwanyane 1995 6 BCLR (CC).

Stoman v Minister of Safety and Security (2002) 23 ILJ 1020 (T).

Thekiso v IBM South Africa (Pty) Ltd (2007) 28 ILJ 177 (LC).

Woolworths (Pty) Ltd v Whitehead [2000] 6 BLLR 640 (LAC).

2.5.2 Europese Unie

Abrahamsson & Anderson v Fogelqvist, Case C-407/98 [2000] ECR I-5539 (ECJ).

Badeck and others v Hessische Ministerpräsident and Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen Case C-158/97 [2000] ECR I-1875 (ECJ).

Briheche v Ministre de l'Interieur, Ministre de l'Education nationale and Ministre de la Justice, Case C-319/03 [2004] ECR I-08807.

Commission v France, Case C-312/86 [1988] ECR I-6315 (ECJ).

Kalanke v Freie Hansestadt Bremen, Case C-450/93 [1995] ECR I-3051 (ECJ).

Marschall v Land Nordrhein-Westfalen, Case C-409/95 [1997] ECR I-6363 (ECJ).

2.5.3 Kanada

Law v Canada (Minister of Employment and Immigration) (1999) 1 S.C.R. 497.

Lovelace v. Ontario, [2000] 1 S.C.R. 950.

Schachter v Canada (1992) 2 S.C.R. 679.

2.5.4 VSA

Griggs v Duke Power Co. 91 SCt 849 (1971).

Local 28, Sheetmetal Workers' Industrial Association v EEOC 478 US 421 (1986).

United Steelworkers of America v Weber 443 US 193 (1979).

3. Opsomming/ Summary

‘n KRITIESE ONDERSOEK NA DIE LEEMTES VAN REGSTELLENDEN AKSIE-MAATREËLS IN SUID-AFRIKA: ‘n REGSVERGELYKENDE STUDIE.

Met die inwerkingtreding van die Grondwet van Suid-Afrika was een van die grootste oogmerke van die Grondwet die bereiking van gelykheid. Dit behels grootliks dat verskeie maatreëls aangewend moet word om ‘n algemene staat van gelykheid te bereik in elke sfeer van die samelewing. Hierdie maatreëls, beter bekend as regstellende aksie, het veral gepoog om die werkplek beter verteenwoordigend te maak van aangewese groepe. Dit het aanleiding gegee tot die inwerkingtreding van die Wet op Gelyke Indiensneming wat ten doel het om onbillike diskriminasie te verwyder en regstellende aksie maatreëls te implementeer om sodoende gelykheid te bevorder in die werkplek. Hierdie studie erken dus die belang van regstellende aksie, maar die toepassing daarvan word grootliks gekritiseer. Die leemtes wat geïdentifiseer is sluit onder andere die volgende in: Die arbitrêre toepassing van gelykheid deurdat die hof nie meer behoorlik oorweging aan billikheid skenk nie en die verkeerde toepassing en begrip van regstellende aksie deur gebruik te maak van indirekte diskriminasie soos voorheen-benadeling in plaas van neutrale gronde soos ondervteenwoordiging van die werkplek. Sommige het ook die wanpersepsie van regstellende aksie as ‘n reg en nie ‘n maatreël en ‘n verweer nie. Verder bestaan daar tans ‘n eksklusiewe toepassing van die Wet op Gelyke Indiensneming wat tot gevolg het dat nie-aangewese groepe indirek uit die arbeidsmark geskuif word. Verder val die klem te veel op indiensneming in plaas daarvan om meer aandag te gee aan werkskepping en sosio-ekonomiese ontwikkeling en opleiding. Laastens is daar ‘n groot onderwaardering van die gelyke indiensnemingsplan as instrument vir die toepassing van regstellende aksie in die werkplek. In die lig van hierdie probleme is dit duidelik dat die Wet op Gelyke Indiensneming gewysig sal moet word deurdat daar duidelike billikheidskriteria neergelê moet word waaraan gelyke indiensneming moet voldoen sowel as die insluiting van nie-aangewese groepe om sodoende te verseker dat ondervteenwoordiging in alle arbeidsektore verwyder sal word. Verder sal daar meer aandag gegee moet word aan ander probleme soos ‘n gebrek aan opleiding en ontwikkeling wat indirek die sukses van regstellende aksie sal beïnvloed. Werkgewers sal ten slotte die belang en voordele van gelyke indiensnemingsplanne moet besef as ‘n instrument wat dien as beskerming sowel as

‘n riglyn vir die toepassing van gelyke indiensneming. Die hervorming van regstellende aksie en meer spesifiek gelyke indiensneming, kan moontlik ‘n meer positiewe houding en meer effektiewe toepassing in Suid-Afrika tot gevolg hê.

A CRITICAL ANALYSIS OF THE GAPS IN AFFIRMATIVE ACTION MEASURES IN SOUTH AFRICA: A COMPARATIVE STUDY

With the coming into force of the Constitution of South Africa one of the main objects was the achievement of equality. This entails the use of different measures in order to achieve a general state of equality in every sphere of society. These measures, better known as affirmative action, aim at making the workplace more representative of designated groups. This led to the coming into force of the Employment Equity Act which aims at eliminating unfair discrimination and implementing affirmative action measures in order to promote equality in the workplace. This study acknowledges the importance of affirmative action, but the application thereof is mostly criticised as being unfair. The gaps that have been identified include the following: The arbitrary application of equality in that the court does not give proper consideration to fairness and the wrong application and notion of affirmative action by making use of indirect discrimination such as previous disadvantage in stead of neutral considerations such as under representation in the workplace. Affirmative action is also understood by some as being a right and not a measure and a defence. The Employment Equity Act is also exclusively utilised which will result in non-designated groups being indirectly drawn from the labour market. Furthermore, too much stress is put on employment and not enough attention is given to job-creation and socio-economic development and training. Lastly there is little consideration of the importance of the employment equity plan in that it is an instrument for the application of affirmative action in the workplace. In considering these problems it is evident that the Employment Equity Act will have to be amended by adding proper criteria in evaluating the fairness of employment equity and providing for the inclusion of non-designated groups in order to insure the elimination of under-representation in all labour sectors. Furthermore, more attention must be paid to other problems like training and development that will add to the success of affirmative action. Finally employers will have to acknowledge the importance and advantages of an employment equity plan in that it is an instrument protecting the employer and assisting him in implementing employment equity. The reform of affirmative action

and more specific employment equity can possibly result in a more positive attitude and a more effective application in South Africa.

4. Sleutelwoorde/ Keywords

Affirmative action measures

Employment Equity

Fairness

Substantive Equality

Under-representation in workplace

Socio-economic problems

Development and training

Meritorious employment

Rights and obligations of employers and employees

Application of Employment Equity Act

Protection of non-designated and designated groups

Discrimination

Employment Equity Plan