

Outeur: MC Stoffels

**EVALUERING VAN REGSTELLEND AKSIE IN KONTEKS VAN
MOONTLIKE ONBILLIKE DISKRIMINASIE TEEN SUBGROEPE
BINNE DIE AANGEWESE GROEP**

eISSN 1727-3781



2015 VOLUME 18 No 5

<http://dx.doi.org/10.4314/pelj.v18i5.24>

EVALUERING VAN REGSTELLENDSE AKSIE IN KONTEKS VAN MOONTLIKE ONBILLIKE DISKRIMINASIE TEEN SUBGROEPE BINNE DIE AANGEWESSE GROEP

MC Stoffels*

1 Inleiding

Artikel 9(1) van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*¹ bepaal dat elkeen gelyk is voor die reg en die reg het op gelyke beskerming en voordeel van die reg.² Volgens artikel 6 van die *Wet op Gelyke Indiensneming*³ mag geen persoon, direk of indirek, onbillik teen 'n werknemer diskrimineer nie.⁴ Daar is 'n verpligting op die werkgever om nie op 'n onbillike wyse teen 'n werknemer te diskrimineer nie. Artikel 6(2)(a) van die WGI bepaal dat indien die aangewese werkgever⁵ regstellende-aksiemaatreëls implementeer, dit nie op onbillike diskriminasie neerkom nie.⁶ 'n Werkgever word verplig om uitvoering te gee aan regstellende-aksiemaatreëls om sodoende diensgelykheid tot stand te bring.⁷ Regstellende-aksiemaatreëls hou in dat die paslik gekwalifiseerde persone van die aangewese groep gelyke geleentheid moet hê en gelyk in alle vlakke van die werkplek van die werkgever verteenwoordig moet

* Myrone Christopher Stoffels. LLB LLM LLD Kandidaat (NWU-Potchefstroomkampus). Junior Lektor, NWU-Potchefstroomkampus, Suid-Afrika. Epos:myrone.stoffels@nwu.ac.za. Hierdie artikel kom uit my LLM skripsie in Arbeidsreg wat voltooi is aan NWU-Potchefstroomkampus. Met dank aan Prof/Dr Monray M Botha (Assosiaat Professor, NWU) vir sy waardevolle insette en kommentaar op 'n vorige konsep van hierdie artikel.

¹ *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996 (*Grondwet*).

² Artikel 9(1) van die *Grondwet*.

³ *Wet op Gelyke Indiensneming* 55 van 1998 (WGI).

⁴ Artikel 6 van die WGI.

⁵ Artikel 1 van die WGI bepaal dat die aangewese werkgever een van die volgende is: "n Werkgever wie 50 of meer werknemers in diens het; 'n werkgever wie minder as 50 werknemers in diens het, wie se jaarlikse omset gelyk is aan die vir klein besighede soos in skedule 4 van die WGI bepaal; 'n munisipaliteit; 'n staatsorgaan of 'n werkgever wie ingevolge 'n kollektiewe ooreenkoms as 'n aangewese werkgever bestempel word." Hierna slegs verwys na as werkgever. Sien ook Truter 2014 <http://www.labourwise.co.za/labour-articles/ee-amendments>: "The total annual turnover thresholds set for employers in various industries (in order to be classified as a 'designated employers' for the purposes of the affirmative action provisions of the Act), has been increased to three times the current amount. This means that several employers that were obliged to comply by virtue of their turnover will no longer have to do so. Employers that employ 50 or more employees will still be regarded as 'designated employers' irrespective of their turnover."

⁶ Artikel 6(2)(a) van die WGI. Sien ook *ILO Discrimination (Employment and Occupation) Convention 111* (1958).

⁷ Artikel 13 van die WGI.

word.⁸ Die aangewese groep bestaan uit swart persone, vroue van alle rasse en persone met gestremdhede. Swart persone sluit swart persone, kleurlinge en Indiërs in.⁹

Ondanks die verbod op onbillike diskriminasie word steeds teen lede van die aangewese groep gediskrimineer. Die bewerings word gemaak in gevalle waar lede van die aangewese groep, meer spesifiek swart persone, onderling om 'n betrekking meeding. In hierdie artikel word ondersoek ingestel na die vraag rakende watter aspekte die werkgever moet oorweeg tydens die samestelling en inwerkingstelling van 'n diensbillikheidsplan in die geval waar lede van die aangewese subgroep *swart persone* onderling om 'n betrekking meeding. Die artikel het ten doel om sekere aspekte te laat uitkristaliseer wat die werkgever moet oorweeg ten einde onbillike diskriminasie teen persone van die aangewese groep tydens die samestelling en inwerkingstelling van regstellende-aksiemaatreëls te voorkom.

2 Regstellende-aksiemaatreëls

2.1 Die omvang van regstellende-aksiemaatreëls

Die inwerkingstelling van regstellende-aksiemaatreëls kom geensins neer op onbillike diskriminasie nie.¹⁰ Daar word daardeur gepoog om onbillike diskriminasie soos in die verlede toegepas, reg te stel deur voorheen benadeelde groepe nou gelyke geleenthede in die werkplek te gun. Daar rus 'n verpligting op die werkgever om regstellende-aksiemaatreëls toe te pas om sodoende die persone van die aangewese groep te bevoordeel. Die maatreëls moet derhalwe van so 'n aard wees dat dit die verwesenliking van gelyke geleenthede binne die werkplek ondersteun.¹¹

Regstellende-aksiemaatreëls word omskryf as:

...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.¹²

⁸ Artikel 15(a) van die *Wet op Gelyke Indiënsneming Wysigingswet 47 van 2013 (Wysigingswet)*.

⁹ Artikel 1 van die WGI. Die aangewese groep moet ook Suid-Afrikaanse burgers wees.

¹⁰ Artikel 6(2) van die WGI.

¹¹ Artikel 13(1) van die WGI.

¹² Artikel 15(a) van die *Wysigingswet*.

Wat belangrik is om hier uit te wys is dat die omskrywing dit duidelik maak dat die maatreëls van so 'n aard moet wees dat slegs die paslik gekwalifiseerde persone van die aangewese groep in diens geneem behoort te word. Dit staan die werkgever vry om te differensieer of voorkeurbehandeling aan enige persoon ingevolge die WGI te gee om sodoende gelykheid binne die werkplek te bewerkstellig, mits die werkgever die voorkeur behoorlik kan motiveer.¹³

2.2 Die aangewese groep

Dit is belangrik dat 'n voorheen benadeelde persoon geïdentifiseer moet word vir die effektiewe inwerkingstelling van regstellende-aksiemaatreëls.¹⁴ Die WGI identifiseer lede van die aangewese groep as swart persone, vroue van alle rasse en persone met gestremdhede.¹⁵ Vir doeleindes van die artikel word slegs op eersgenoemde aangewese subgroep, naamlik *swart persone*, gefokus. Die subgroep *swart persone* moet geïnterpreteer en verstaan word met verwysing na swart persone, kleurlinge en Indiërs.¹⁶ Persone met 'n Chinese afkoms word ook by die subgroep *swart persone* vir doeleindes van regstellende aksie ingesluit.¹⁷ Hierdie uitgekristalliseerde subgroepe gee 'n redelike aanduiding van wie voordeel uit die inwerkingstelling van regstellende-aksiemaatreëls moet ontvang om sodoende die nadelige effek van apartheid teen te werk.

Die vraag wat egter vervolgens ontstaan, is: wie is die werklike begunstigdes vir doeleindes van regstellende aksie in gevalle waar persone van die subgroep *swart persone*, onderling om dieselfde betrekking meeding? Vervolgens word ondersoek ingestel na wie werklik voorkeur moet geniet wanneer meer as een lid van die subgroep *swart persone* vir 'n betrekking in aanmerking kom.

¹³ Artikel 15(3) van die WGI.

¹⁴ Mushariwa 2011 *Obiter* 439.

¹⁵ Artikel 1 van die WGI.

¹⁶ Artikel 1 van die WGI.

¹⁷ *Chinese Association v Minister of Labour* unreported case number 59251/2007 of 18 June 2008 T. Die hof het bepaal dat persone met 'n Chinese afkoms as voorheen benadeeldes beskou word weens die nadelige effek van apartheid derhalwe word hulle ook as begunstigdes van regstellende aksie beskou. Sien ook Van Niekerk *et al Law@work* 166 "After many years of lobbying, Chinese people who are South African citizens have been declared as falling within the ambit of the definition of 'black' people in section 1 of the Employment Equity Act."

2.2.1 *Paslik gekwalifiseerde persone uit die aangewese groep*

Dit is 'n voorvereiste dat die paslik gekwalifiseerde persone uit die aangewese groep voordeel moet geniet vanweë die toepassing van regstellende aksie.¹⁸ Ten einde te bepaal of die persoon wel paslik gekwalifiseerd is, moet verskeie faktore deur die werkgever in ag geneem word. Artikel 20(3) van die WGI identifiseer die volgende faktore:

- a) formele kwalifikasies;
- b) vorige opleiding;
- c) relevante ondervinding; of
- d) die vermoë om binne 'n redelike tydperk die bevoegdheid te bekom om die werk te verrig.¹⁹

Die werkgever word verplig om al die faktore of enige kombinasie daarvan in ag te neem wanneer vasgestel moet word of die werknemer paslik gekwalifiseerd is al dan nie om die werk te verrig.²⁰ In die geval waar verskeie persone van die subgroep *swart persone* spesifiek paslik gekwalifiseerd is om die werk te verrig word die werkgever gekonfronteer met die verbod op onbillike diskriminasie. Die werkgever moet op so 'n wyse te werk gaan dat daar nie onbillik teen die ander lede van die aangewese groep gediskrimineer word nie. Voortdurend word die bevoegdheid van lede van die subgroep *swart persone*, wat voordeel geniet vanweë regstellende aksie ongeag of hulle paslik gekwalifiseer is al dan nie, bevraagteken.

Alle persone of kategorieë persone wat deur onbillike diskriminasie geraak was, word as die begunstigdes van regstellende aksie beskou.²¹ Dit is onmoontlik vir die werkgever om regstellende-aksiemaatreëls tot voordeel van alle persone of groepe persone wat deur onbillike diskriminasie geraak was, toe te pas. Daar sal voortdurend druk op die werkgever uitgeoefen word om tussen die lede van die aangewese groep

¹⁸ *Willemse v Patelia* 2007 28 ILJ 428 (AH) 50. Sien ook Mushariwa 2012 *PER/PELJ*: Die werkgever moet in die toepassing van regstellende aksie die paslik gekwalifiseerde kandidaat vanuit die aangewese groep op meriete aanstel.

¹⁹ Artikel 20(3) van die WGI.

²⁰ Artikel 20(4) (b) van die WGI.

²¹ Artikel 9(2) van die *Grondwet*.

te kies en ook op 'n wyse wat nie op onbillike diskriminasie neerkom nie.²² Wanneer 'n werkgewer tussen lede van die subgroep moet onderskei ten einde aan een voorkeur te gee, kan daar nie suiwer op die grondwetlike magtiging van regstellende aksie gesteun word nie. Redelikheid en regverdigheid is elemente wat tydens die onderskeid teen mekaar opgeweeg moet word.²³ Wat dus bepaal moet word, is: Wie is die ware begunstigdes van regstellende aksie?

2.2.2 Die ware begunstigdes van regstellende aksie

In die soektog na die voorheen benadeelde persoon wat ook as die begunstigde van regstellende-aksiemaatreëls beskou word ingevolge artikel 9(2) van die *Grondwet*, ontstaan daar twee denkwyses. Die eerste behels dat die begunstigde van regstellende aksie werklike en persoonlike benadeling ervaar het²⁴ en/of bloot dat die individu 'n lid van die aangewese groep moet wees²⁵ om as 'n begunstigde te kwalifiseer.²⁶

Die WGI bepaal nie uitdruklik of die voordeel van regstellende aksie aan die aangewese persoon toegeken behoort te word op grond van individuele benadeling of groepgebaseerde benadeling nie. Die hoofdoel van regstellende aksie is egter die vestiging van 'n gelyk verteenwoordigende werkplek wat ras, geslag en gestremdheid in ag neem en weerspieël.²⁷ Ongeag die vaagheid van die WGI rakende die individuele of groepgebaseerde benadering, moet die hoofdoel van die WGI ten alle tye tydens die inwerkingstelling van regstellende-aksiemaatreëls voor oë gehou word.

2.2.2.1 Individuele benadering

Volgens die individuele benadering word gekyk na die individu se persoonlike en werklike benadeling om te bepaal of die voornemende werknemer deur regstellende aksie bevoordeel moet word. Die houe het voorheen bepaal dat die individuele

²² Pretorius 2001 *JJS* 24.

²³ Pretorius 2001 *JJS* 24.

²⁴ Hierná word verwys na die individuele benadering.

²⁵ Hierná word verwys na die groepgebaseerde benadering.

²⁶ Mushariwa 2011 *Obiter* 441.

²⁷ Aanhef van die WGI.

benadeling as voorvereiste dien om die voordele van regstellende aksie te kan geniet.²⁸

Ten gunste van die individuele benadering was geargumenteer dat die groepgebaseerde benadering oorkoepelend insluitend is deur alle lede van die subgroep in te sluit. Al die lede van die subgroep geniet die voordeel van regstellende aksie, ongeag of hulle werklik benadeel was of nie. Dit mag wees dat nie alle lede van die benadeelde groep weens die onbillike diskriminasie van die verlede in dieselfde mate benadeel was nie. Sommige lede van die benadeelde groep kon moontlik baie min of geensins nadeel ervaar het nie.²⁹ 'n Individue wat bepaalde voordele in die verlede geniet het, kan steeds die voordele van regstellende aksie geniet, bloot omdat hy 'n lid van die subgroep is.³⁰

Die graad van benadeling van die subgroep *swart persone* moet in ag geneem word wanneer bepaal moet word watter individu die voordeel moet ontvang. Hier moet eerstens vasgestel word of die werkgewer regstellende-aksiemaatreëls wat tussen die lede van die subgroep *swart persone* onderskei, mag aanvaar. Die uitvoerbaarheid daarvan op die grondslag van wie meer as die ander benadeel was, moet dan bepaal word. Dit wil voorkom of differensiasie onder die lede van die subgroep *swart persone* as beginsel van regstellende aksie toegelaat en aanvaar word maar dat, ten spyte van hierdie standpunt, die howe huiwerig is om onderskeid tussen die lede van die subgroep te tref.³¹ Regstellende-aksiemaatreëls is egter minder insluitend indien dit slegs sekere groepe ten koste van ander groepe binne die subgroepe bevoordeel.³²

Die howe het aanvaar dat swart persone voorkeur moet geniet wanneer verskeie lede van die subgroepe oorweeg word. In *Motala v University of Natal*³³ was 'n Indiër-student toelating tot die universiteit se mediese skool geweier. Die mediese skool het besluit om die aantal Indiër-studente te beperk. Weens die swak standaard van swart skole sou toelating op grond van meriete tot gevolg gehad het dat besonder min swart

²⁸ *Auf de Heyde v UCT* 2000 21 ILJ 1758 (AH).

²⁹ Cooper 2004 ILJ 838.

³⁰ Partington and Van der Walt 2006 *Obiter* 599.

³¹ Partington and Van der Walt 2006 *Obiter* 600.

³² Pretorius 2001 *JJS* 24.

³³ *Motala v University of Natal* 1995 3 BCLR 374 (D) (*Motala* saak).

studente toelating tot die mediese skool kon verkry. Daar was geargumenteer dat die Indiër-gemeenskap ook deur apartheid benadeel was en dat die voorkeur van swart studente ten koste van Indiër-studente op onbillike diskriminasie neerkom. Die hof was van mening dat die toelatingsbeleid van die mediese skool ontwerp was om die bevordering en gelyke beskerming van die groep wat die ergste deur onbillike diskriminasie benadeel was, te bewerkstellig. Die hof het erken dat Indiërs deur die apartheidsstelsel benadeel was maar dat dit duidelik was dat swart leerders slegter daaraan toe was gedurende en met die afskaffing van die apartheidsera. Die grade van benadeling waaraan swart persone onderworpe was, was dus bepaald groter as dié van Indiërs.³⁴

Swart persone hoef nie te bewys dat hulle benadeel was nie. Die verwoestende effek wat apartheid op die swart gemeenskappe gehad het, benodig geen verdere bewyse nie. Op grond van die ernstige graad van benadeling wat swart persone ervaar het, moet hulle voorkeur geniet weens die inwerkingstelling van regstellende aksie.³⁵ Die hof in *Stoman v Minister of Safety and Security*³⁶ het aangevoer dat as 'n samelewing wat nadelig deur 'n lang geskiedenis van diskriminasie geraak was, welke plaasgevind het op 'n individuele, sistematiese en stelselmatige wyse, kan daar nie aanvaar word dat alle persone gelyk is en dat enige onderskeid ten opsigte van sodanige persone neerkom op onbillike diskriminasie nie.³⁷

Die standpunt dat die doel van regstellende aksie aangewend moet word om te bepaal wie die begunstigdes is, is deur die hof in *George v Liberty Life Association of Africa Ltd*³⁸ bevestig. Die voorheen benadeeldes moet bygestaan word om die nadelige effek van die samelewing te probeer normaliseer. In daardie stadium kon die afleiding gemaak word dat die hof geneig het na die individuele benadering as maatstaf om die ware begunstigdes van regstellende aksie te bepaal.

³⁴ *Motala* saak 383.

³⁵ Cooper 2004 *ILJ* 838.

³⁶ *Stoman v Minister of Safety and Security* 2002 23 *ILJ* 1010 (T) (*Stoman*-saak).

³⁷ *Stoman*-saak 1029.

³⁸ *George v Liberty Life Association of Africa Ltd* 1996 8 *BLLR* 985 (IH).

Hierteenoor is in *Auf der Heyde v UCT*³⁹ weg beweeg van die individuele benadering af. Die hof het bepaal dat die benadeling nie so eng geïnterpreteer moet word dat daar van elke individu verwag word om te bewys dat hy werklik benadeel was nie. Die toepassing van regstellende aksie word nie beïnvloed deur die individuele persoonlike omstandighede nie.⁴⁰ Om te bepaal of die begunstigdes van regstellende aksie lede is van die sub-groep wat in die geheel deur die onbillike diskriminasie van die verlede benadeel was, word die groepgebaseerde benadering toegepas.

2.2.2.2 Groepgebaseerde benadeling

Indien die persoon 'n lid van die subgroep is, kwalifiseer daardie persoon outomaties vir die voordeel van regstellende aksie ingevolge die groepgebaseerde benadering.⁴¹ Die groepgebaseerde benadering mag persone bevoordeel wat geensins direk as individu benadeel was nie. Die geval mag voorkom waar sekere individue minder as ander benadeel was, maar in die algemeen is dit die groep as geheel wat benadeel was en daarom moet die benadering tot voordeel van die groep as geheel aangewend word.⁴² In *Minister of Finance v van Heerden*⁴³ het die hof bepaal dat die *Grondwet* regstellende aksie wat op die bevoordeling van die groep as geheel gerig is, toelaat. Hierdie beslissing in *Van Heerden* strook met die vroeëre beslissing in *Stoman*. Die hof in die *Stoman*-saak het bepaal dat die grondwetlike erkenning wat aan die inwerkingstelling van die regstellende aksie verleen word, nie op die individuele omstandighede van elke begunstigde in individuele kapasiteit gerig is nie. Die klem ten opsigte van die voordeel weens die toepassing van regstellende aksie val op die subgroep waarvan die individu 'n lid is.⁴⁴

Daar is geen manier waarop die graad van benadeling gemeet en bepaal kan word nie. Daar bestaan geen maatstaf om die nadeel van een individu bo 'n ander te bereken nie. In die lig van laasgenoemde behoort die fokus op die doel van die WGI

³⁹ *Auf de Heyde v UCT* 2000 21 ILJ 1758 (AH).

⁴⁰ *Stoman*-saak 1035.

⁴¹ McGregor 2004 *JJS* 139.

⁴² Cooper 2004 *ILJ* 838.

⁴³ *Minister of Finance v van Heerden* 2004 6 SA 121 (KH). (*Van Heerden-saak*)

⁴⁴ *Stoman*-saak 1035.

te rus naamlik om demografiese verteenwoordiging⁴⁵ van die lede van die subgroep te bewerkstellig ongeag die geskiedenis van elke individuele lid van die subgroep.⁴⁶ Dit, egter, is voldoende vir 'n individu om die voordeel van regstellende aksie te geniet, deurdat die individu 'n lid is van 'n groep wat deur die apartheidsregering blootgestel was aan onbillike diskriminasie.⁴⁷

3 Evaluering van regstellende aksie binne die konteks van moontlike onbillike diskriminasie

Die uiteindelijke doel van regstellende aksie is die vestiging van 'n werkplek wat op 'n gelyke wyse die bevolking van Suid-Afrika weerspieël.⁴⁸ Erkenning word verleen aan die argument dat die subgroep eweredig in die werkplek deur die demografiese verteenwoordiging in ag te neem verteenwoordig moet wees. Die gelyke verteenwoordiging van persone van die aangewese groep moet op alle beroepsvlakke en kategorieë geskied en vorm 'n integrale deel van regstellende aksie. Regstellende aksie moet in belang van die applikante van die aangewese groep toegepas word.⁴⁹

Die vraag of die werkgever kan differensieer tussen lede van die aangewese groep is in *IMAWU v Greater Louis Trichardt Transitional Local Council* hanteer.⁵⁰ Die hof was van mening dat in gevalle waar differensiasie onder die lede van die aangewese groep moet plaasvind, die aangeleentheid benader moet word met verwysing na meriete en die ondervinding⁵¹ van die lede. Die beste moontlike kandidaat van die aangewese groep moet in die proses aangestel word om regstellende aksie met goeie gevolg in werking te stel:

For affirmative action to succeed and help achieve the desired objective, merit and experience would remain relevant insofar as the applicants previously disadvantaged

⁴⁵ Demografiese verteenwoordiging sluit in beide die nasionale en streeks demografie.

⁴⁶ Mushariwa 2011 *Obiter* 446. Sien ook a 2 van die WGI en a 2 van die *Wysigingswet*.

⁴⁷ van Niekerk *et al Law@work* 167. Sien ook *Van Heerden*-saak. Sien ook Du Toit *et al Labour Relations Law* 688. "Disadvantage imposed on a group will *prima facie* attach to every member of that group ... Affirmative action, thus, seeks to promote equity and redress in a social sense rather than at individual level."

⁴⁸ Aanhef van die WGI.

⁴⁹ Dupper *et al Essential Employment Discrimination Law* 266.

⁵⁰ *IMAWU v Greater Louis Trichardt Transitional Local Council* 2000 21 ILJ 1119 (AH) (*Louis Trichardt*-saak).

⁵¹ Dit beklemtoon die voorvereiste dat die begunstigde paslik gekwalifiseerd moet wees.

by unfair discrimination are concerned in their own group. In other words the successful candidate should be the best candidate out of the group previously disadvantaged by unfair discrimination. In view of this situation it would be prudent therefore in affirmative action appointments to consider the qualification and potential to develop as crucial and that successful candidates from previously disadvantaged groups are the best from those groups.⁵²

Aan die ander kant is daar 'n aanduiding dat howe, soos in die *Matola-saak*, huiwerig sal wees om in te meng indien 'n werkgewer kategorieë of grade van benadeling in sy regstellende-aksiebeleid instel.⁵³ Om verder enige gekompliseerde situasies te vermy sal die werkgewer beter daaraan toe wees indien hy/sy die verteenwoordigende benadering aanwend. Hierdie benadering hou verband met die grade van ondervteenwoordiging van sekere rasgroepe in die werkplek. Dit sal aan die werkgewer bystand verleen om sodoende te bepaal wat die toepaslike regstellende-aksiemaatreëls ten gunste van die applikante van die spesifieke groep sal wees.⁵⁴

In *Baxter v National Commissioner: Correctional Service*⁵⁵ was die applikant 'n kleurling-man in diens van die Departement Korrektiewe Dienste⁵⁶ in die Vrystaat en het aangevoer dat daar op grond van sy ras onbillik teen hom gediskrimineer is deurdat hy nie in die pos waarvoor hy aansoek gedoen het, aangestel was nie. Volgens die respondente was daar slegs plek vir 'n swart man op die salaris- en bestuursvlak. Die betrekking was op versoek van die Kommissaris weer geadverteer. Die applikant het weer om die betrekking aansoek gedoen, maar het hierdie keer nie die kortlys gehaal nie.⁵⁷

Die doel van die DKD se diensbillikheidsplan was om gelykheid in die werkplek te bewerkstellig by wyse van die bevordering van gelyke geleenthede en regverdige behandeling van werknemers deur onbillike diskriminasie uit te skakel. Dit kon ook

⁵² *Louis Trichardt-saak* 1129B-D.

⁵³ Dupper *et al Essential Employment Discrimination Law* 266.

⁵⁴ Dupper *et al Essential Employment Discrimination Law* 268. Sien ook Du Toit en Potgieter *Unfair Discrimination* 88: "Because of historical inequities, significant imbalances have risen in the representation of African, coloured and Indian employees in different occupational categories and at different levels. The criteria of 'equitable representation' set out in section 42(a) of the Employment Equity Act made it clear that, where necessary, employment equity targets and affirmative action measures should seek to redress imbalances of this nature".

⁵⁵ *Baxter v National Commissioner: Correctional Service* 2006 27 ILJ 1833 (AH) (*Baxter-saak*).

⁵⁶ Hierna genoem DKD.

⁵⁷ *Baxter-saak*.

bereik word deur die inwerkingstelling van regstellende-aksiemaatreëls om die benadeling van die subgroep te ondervang om sodoende gelyke verteenwoordiging in alle vlakke en kategorieë van die werkplek te verseker.⁵⁸

Die hof het beslis dat met die toepassing van die gelykediens-billikheidsplan dit duidelik geblyk het dat die DKD differensiasie op grond van ras en kleur aangewend het om direkteure aan te stel. In hierdie geval moes regstellende aksie die oorwegende faktor gewees het om die paslik gekwalifiseerde kandidate vir die betrekking te oorweeg en aan te stel. Deurdat die applikant as kleurling vir die pos oorgesien was weens voorsiening wat gemaak was in die diensbillikheidsplan vir 'n swart man, was daar onbillik teen hom gediskrimineer.⁵⁹

Die optrede van die DKD in die *Baxter*-saak was nie in ooreenstemming met die WGI nie. Die demografiese verdeling moes in ag geneem word om die gelyke verteenwoordiging van alle rasgroepe op alle vlakke en kategorieë te bewerkstellig. Indien die kleurling-man aangestel sou word, sou daardie doelwit nagestreef en bereik gewees het. Daar was sewe direkteursposte beskikbaar waarvan ses posisies deur swart persone bekleed was. Dit het 'n duidelike aanduiding gegee dat weens die demografiese verdeling dit onbillik sou wees om net swart persone as direkteure in diens te hê. Hier blyk dit dat die hof na die demografiese verteenwoordiging as beginsel geneig het om 'n diensbillikheidsplan te implementeer in gevalle waar daar meer as een lid van die subgroep *swart persone* om dieselfde betrekking onderling meeding. Daar mag tussen die lede van die aangewese groep in 'n mate gedifferensieer word, maar dit moet ten doel hê om gelyke verteenwoordiging volgens die demografiese verdeling van die land te bewerkstellig.

Die *Louis Trichardt*-beslissing bevestig die benadering dat in gevalle waar lede van die aangewese groep onderling meeding, die beste kandidaat uit die subgroep geselekteer en aangestel word op grond van meriete en ondervinding met inagneming van demografiese verdeling. Regstellende aksie word egter beperk tot voorkeurbehandeling van die paslik gekwalifiseerde persone van die aangewese

⁵⁸ *Baxter*-saak para 7.

⁵⁹ *Baxter*-saak para 46.

groep.⁶⁰ Artikel 20 (3) van die WGI lys die faktore wat in ag geneem behoort te word om te bepaal of die persoon paslik gekwalifiseerd is al dan nie.⁶¹ Al hierdie faktore, of 'n kombinasie daarvan, moet deur die werkgever oorweeg word om te bepaal of die persoon as paslik gekwalifiseerd geag word.⁶²

Die toepassing van die bepalings van artikel 20(3) is egter tweeledig. Eerstens, wanneer 'n keuse tussen die paslik gekwalifiseerde applikante gemaak moet word, moet regstellende aksie ingevolge 'n diensbillikheidsplan aangewend word om persone uit die groep aan te stel. Dit moet op so 'n wyse aangewend word dat dit die onderverteenwoordiging in die werkplek onderskep.⁶³

In *Govender v Minister of Safety and Security*⁶⁴ was die applikant die respondent in die saak waar die respondent aangevoer het dat daar onbillik by bevorderings tydens die tydperk van Februarie 2000 tot Junie 2001 teen hom gediskrimineer was.⁶⁵ Hy het aangevoer dat hy onsuksesvol was weens die werkgever se versuim om aan die diensbillikheidsplan te voldoen en ook dat daar in gevolge artikel 6 van die WGI op grond van ras, geslag en/of politieke oortuiging teen hom gediskrimineer was.⁶⁶ Die hof in *Govender* het die beginsel bevestig dat die werkgever wat 'n diensbillikheidsplan aanvaar, dit wel moet interpreteer en toepas om die voorheen benadeelde lede van die subgroep te bevoordeel en sodoende gelyke verteenwoordiging in die werkplek te vestig. Die werkgever moet die paslik gekwalifiseerde kandidaat uit die subgroep aanstel asook die nasionale en streeksdemografiese verdeling in ag neem.

Tweedens, moet paslik gekwalifiseerd nie outomaties gelykgestel word aan die hoogste moontlike kwalifikasie nie. Paslik gekwalifiseerd verwys na die vlak van

⁶⁰ *Louis Trichardt*-saak 1129.

⁶¹ "20(3) For purposes of this Act, a person may be suitably qualified for a job as a result of any one of, or any combination of that person's-
a) formal qualifications;
b) prior learning;
c) relevant experience; or
d) capacity to acquire, within a reasonable time, the ability to do the job."

⁶² Artikel 20(4)(a) van die WGI.

⁶³ Du Toit *et al Labour Relations Law* 733.

⁶⁴ *Govender v Minister of Safety and Security* 2001 4 SA 273 (HHA).

⁶⁵ *Govender v Minister of Safety and Security* 2001 4 SA 273 (HHA) para 1.

⁶⁶ *Govender v Minister of Safety and Security* 2001 4 SA 273 (HHA) para 2.

vaardigheid en kennis wat vereis word om die werk op 'n doeltreffende en bevoegde wyse te verrig.⁶⁷

In die *Christiaans*-saak het die applikant (kleurling-man) en Mashingo (swart-man) aansoek gedoen om dieselfde betrekking en was dienooreenkomstig op die kortlys geplaas en vir onderhoude genooi. Albei kandidate het aan die voorgeskrewe vereistes voldoen en was sodoende as paslik gekwalifiseerd beskou. Die onderhoudspaneel het die applikant (die kleurling-man) die hoogste telling gegee en die hom gevolglik vir die posisie aanbeveel. Die senior bestuurder het egter verkies om Mashingo in die posisie aan te stel. Die applikant was egter ongelukkig oor die aanstelling van Mashingo en was van mening dat hy aangestel moes word.⁶⁸ Die applikant het aangevoer dat hy deel van die aangewese groep, soos uiteengesit in die diensbillikheidsplan en die WGI, was en derhalwe voorheen benadeel was.⁶⁹ Ten gunste van die respondent was geargumenteer dat die respondent die werkplek in so 'n mate probeer herstruktureer het om die demografiese verdeling van die bevolking in Suid-Afrika te verteenwoordig. Die respondent het die demografie van die Wes-Kaap oorweeg en gesien dat die onderskeie groepe in sy werkplek onderverteenvoerdig was.

In die *Christiaans*-saak het die hof verwys na *Harksen v Lane*.⁷⁰ Hier het die hof 'n ondersoek geloods na gevalle waar daar 'n skending van artikel 8 van die *Tussentydse Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1993⁷¹ voorgekom het.⁷² Dit is belangrik om te noem dat artikel 8 van die tussentydse *Grondwet* die voorganger van artikel 9 van die 1996 *Grondwet* is. Alle regspraak en ontledings met betrekking tot die

⁶⁷ Du Toit *et al Labour Relations Law* 733.

⁶⁸ *Solidarity obo Christiaans and Eskom Holdings Ltd* 2006 27 ILJ 1291 (ARB) 1295.

⁶⁹ *Solidarity obo Christiaans and Eskom Holdings Ltd* 2006 27 ILJ 1291 (ARB) 1297.

⁷⁰ *Harksen v Lane* 1998 1 SA 300 (KH) (*Harksen-saak*).

⁷¹ *Tussentydse Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 200 van 1993 (hierna genoem *tussentydse Grondwet*).

⁷² *Harksen-saak* para 54.

interpretasie van artikel 8⁷³ van die tussentydse *Grondwet* vind toepassing by die interpretasie van artikel 9⁷⁴ van die *Grondwet*.⁷⁵

Die ondersoek in *Harksen*⁷⁶ na 'n skending van artikel 8 van die tussentydse *Grondwet* was soos volg: Daar moet vasgestel word of die optrede van die werkgewer tussen persone of kategorieë persone onderskei. Indien dit wel die geval is, moet die vraag gestel word of daar 'n verband bestaan tussen die differensiasie en die doel van die *Grondwet* om gelykheid te handhaaf. Indien daar nie 'n verband tussen die differensiasie en doel van die *Grondwet* bestaan nie, kom dit op 'n skending van artikel

⁷³ Artikel 8 van die tussentydse *Grondwet*.

"(1) Every person shall have the right to equality before the law and to equal protection of the law.

(2) No person shall be unfairly discriminated against, directly or indirectly, and, without derogating from the generality of this provision, on one or more of the following grounds in particular: race, gender, sex, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture or language.

(3) (a) This section shall not preclude measures designed to achieve the adequate protection and advancement of persons or groups or categories of persons disadvantaged by unfair discrimination, in order to enable their full and equal enjoyment of all rights and freedoms. (b) Every person or community dispossessed of rights in land before the commencement of this Constitution under any law which would have been inconsistent with subsection (2) had that subsection been in operation at the time of the dispossession, shall be entitled to claim restitution of such rights subject to and in accordance with sections 121, 122 and 123.

(4) Prima facie proof of discrimination on any of the grounds specified in subsection (2) shall be presumed to be sufficient proof of unfair discrimination as contemplated in that subsection, until the contrary is established."

⁷⁴ Artikel 9 van die *Grondwet*.

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

(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."

⁷⁵ *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* 1999 1 SA 6 (KH).

⁷⁶ Die hof in *UNISA v Reynardt* 2010 12 BLLR 1272 (AHH) 1276 (*UNISA*-saak) het verwys na die formulering van die toets in die *Harksen*-saak. Die hof in die *UNISA*-saak het die volgende vrae ookbeoordeel in die proses om vas te stel of die diskriminasie deur middel van regstellende aksie in 'n gegewe geval neerkom op onbillike diskriminasie:

"1. Does the measure target personal categories of persons who have been disadvantaged by unfair discrimination?

2. Is the measure designed to protect or advance such persons or categories of persons?

3. Does the measure promote the achievement of equality?"

8(1) van die tussentydse *Grondwet* neer. Verder moet daar bepaal word of die differensiasie op onbillike diskriminasie neerkom. Indien die differensiasie op 'n gespesifiseerde grond⁷⁷ geskied, sal dit aanvaar word dat dit op diskriminasie neerkom en dat daardie diskriminasie onbillik is.⁷⁸

In die *Christiaans-saak* het die respondent aangevoer dat daar wel 'n verband bestaan het tussen die diensbillikheidsplan en die doel van die *Grondwet*.⁷⁹ Weens die feit dat daar 'n verband tussen die twee bestaan, kan daar nie sprake van 'n skending van artikel 9(1) wees nie. Die respondent het verder aangevoer dat die applikant se saak vanuit 'n ander oogpunt beskou moet word. Die applikant was 'n lid van die subgroep wat die hoogste telling in die onderhoud behaal het en deur die onderhoudspaneel aanbeveel was. Die respondente het in argumente na die volgende regspraak verwys ter ondersteuning van hul argument in die *Christiaans-saak*.

Die hof het in *Fourie v Provincial Commissioner of the SA Police Service (North West Province)*⁸⁰ aangedui dat diskriminasie billik is indien dit gerig en in ooreenstemming met die doelstellings van die WGI is. Die *Motala-saak* was ook aangewend om ondersteuning aan die respondent se standpunt te verleen. In die saak was geargumenteer dat Indiër-studente ook deur apartheid benadeel was en dat maatreëls wat swart leerders ten koste van Indiër-studente bevoordeel, onbillik teen laasgenoemde diskrimineer. Die hof was van mening dat daar wel in die apartheids-era teen Indiërs gediskrimineer was, maar dat die graad van benadeling van swart persone hoër as dié teen Indiërs was.⁸¹

Die arbiter in die *Christiaans-saak* was ook van mening dat die applikant misluk het daarin om te bewys dat daar *prima facie* diskriminasie was. Die respondent het daarop gewys dat die aanstelling van Mashingo deur die bepalinge van artikel 9(2) van die

⁷⁷ Ras, geslagtelikheid, geslag, swangerskap, huwelikstaats, etniese of sosiale herkoms, kleur, seksuele georiënteerdheid, ouderdom, gestremdheid, godsdiens, gewete, oortuiging, kultuur, taal en geboorte.

⁷⁸ *Harksen v Lane* 1998 1 SA 300 (KH) para 54.

⁷⁹ Die doel is om diensbillikheid te bereik en dit te bevorder op so mate dat dit die voorheen benadeelde lede van die aangewese groep kan bevoordeel en bevorder.

⁸⁰ *Fourie v Provincial Commissioner of the SA Police Service (North West Province)* 25 2004 ILJ 1716 (AH) (*Fourie-saak*).

⁸¹ *Motala v University of Natal* 1995 3 BCLR 374 (D) 383.

Grondwet gesteun word deurdat dit 'n persoon wat deur onbillike diskriminasie benadeel was, in ag geneem het. Dit was ook verder ontwerp om bogenoemde persone te bevorder en sodoende ook die bereiking van gelykheid te bevorder, soos beoog deur die WGI.⁸² In die *Christiaans-saak* is dit duidelik dat beide die kleurlinge en swart persone deel van die subgroep is wat deur die ongelykhede van die verlede benadeel was. Daar word aanvaar dat swart persone meer benadeel was as enige ander lid van die subgroep. Die demografiese verdeling was ook onder bespreking en daar was geargumenteer dat dit belangrik is om die nasionale en streeksdemografiese verdeling in ag te neem. In hierdie stadium was daar 'n sterk aanduiding dat die nasionale en streeksdemografie deur die werkgewer in ag geneem moet word wanneer 'n diensbillikheidsplan saamgestel en in werking gestel word.

Artikel 42 van die WGI is deur die *Wysigingswet* gewysig.⁸³ Ingevolge artikel 42 (1) van die *Wysigingswet*⁸⁴ mag onder andere die mate waarin die paslik gekwalifiseerde persone uit die aangewese groep gelyk verteenwoordig word op elke beroepsvlak in die werkplek met betrekking tot die nasionale en streeksdemografie van die ekonomies aktiewe populasie⁸⁵ in ag geneem word om te bepaal of die paslik gekwalifiseerde persone uit die subgroep gelyk binne die werkplek verteenwoordig word. Die vernaamste en belangrikste wysiginge vir doeleindes van hierdie artikel wat deur die *Wysigingswet* meegebring is, is dat die werkgewer by die samestelling en inwerkingstelling van 'n gelyke diensbillikheidsplan, nasionale en streeksdemografie in

⁸² *Solidarity obo Christiaans and Eskom Holdings Ltd* 2006 27 ILJ 1291 (ARB) 1308.

⁸³ Artikel 42 van die *Wysigingswet*.

⁸⁴ "In determining whether a designated employer is implementing employment equity in compliance with this Act, the Director-General or any person or body applying this Act may, in addition to the factors stated in section 15, take the following into account:

(a) The extent to which suitably qualified people from and amongst the different designated groups are equitably represented within each occupational level in that employer's workforce in relation to the demographic profile of the national and regional economically active population;

(b) reasonable steps taken by a designated employer to train suitably qualified people from the designated groups;

(c) reasonable steps taken by a designated employer to implement its employment equity plan;

(d) the extent to which the designated employer has made progress in eliminating employment barriers that adversely affect people from designated groups;

(dA) reasonable steps taken by an employer to appoint and promote suitably qualified people from the designated groups; and

(e) any other prescribed factor."

⁸⁵ Artikel 42(1)(a) van die *Wysigingswet*.

ag mag neem.⁸⁶ Ingevolge artikel 42 van die WGI was daar egter 'n verpligting op die werkgewer om die nasionale en streeksdemografie in ag te neem deurdat die WGI bepaal het dat die werkgewer dit in ag moet neem.⁸⁷ Die bewoording van die gewysigde artikel 42 maak dit duidelik dat daar nie meer 'n verpligting deur wetgewing gestel word met betrekking tot die inagneming van nasionale en streeksdemografie nie.

Die aangeleentheid rakende die inagneming van die nasionale en streeksdemografie het onlangs in *Solidariteit v Departement van Korrektiewe Dienste*⁸⁸ weer onder bespreking gekom. Hierdie saak was egter beslis voor die inwerkingtrede van die *Wysigingswet*. Sommige appellante het aansoek gedoen om verskeie betrekkings binne die DKD, welke aansoeke onsuksesvol was. Die applikante het aangevoer dat hul nie-aanstelling op onbillike arbeidspraktyke neerkom, gebaseer op diskriminasie. Verder was die DKD se diensbillikheidsplan⁸⁹ van 2010 af tot 2014 bevraagteken deurdat beweer was dat die plan strydig was met die bepalings van die WGI.⁹⁰ Die appellante het geargumenteer dat die DKD ooreenkomstig hulle plan opgetree het, welke plan strydig was met die WGI. Die plan het vereis dat daar 'n rigiede toepassing van kwotas moet wees op grond van die demografiese verteenwoordiging. Verder was geargumenteer dat die plan nie die streeksdemografiese verteenwoordiging in ag geneem het nie.⁹¹

Die hof *a quo* het die DKD beveel om onmiddellike stappe te doen om te verseker dat hul plan die nasionale en streeksdemografie van lede van die subgroep in ag neem wanneer doelwitte gestel word om gelykheid binne die werkplek te bewerkstellig.⁹²

⁸⁶ Artikel 42(1)(a) van die *Wysigingswet*. Sien ook Reg 6 van SK R595 in GG 37873 van 1 August 2014:

"When a designated employer conducts the analysis as required by section 19 of the Act, the employer may refer to -

(a) EEA8, a guide on the applicable national and regional economically active population (EAP); and

(b) EEA9, which contains a description of occupational levels."

⁸⁷ Artikel 42(a)(i) van die WGI.

⁸⁸ *Solidariteit v Departement van Korrektiewe Dienste* (AHH) saaknommer CA23/2013 (DKD-saak).

⁸⁹ Hierna genoem die plan.

⁹⁰ DKD-saak para 2

⁹¹ DKD-saak para 3.

⁹² DKD-saak para 6

Die hof het verder beslis dat artikel 42 van die WGI vereis dat nasionale en streeksdemografie in ag geneem moet word. Die nasionale demografie voorsien 'n veiligheidsnet deurdat dit aandui dat daar wel 'n meerderheid swart persone in die land, is maar die streeksdemografie van die Wes-Kaap moes ook in ag geneem word wat aandui dat daar 'n meerderheid kleurlinge in die Wes-Kaap is. Die hof het tot die gevolg gekom dat die plan van die DKD onbillik was deurdat dit nie erkenning verleen het aan die streeksdemografie nie; derhalwe was die optrede van die DKD diskriminerend van aard – verder ook dat die diskriminerende optrede van die DKD nie beskerm was deur artikel 9(2) van die *Grondwet* of artikel 6(2) van die WGI nie.⁹³ Die appèlhof het die bevinding van die hof *a quo* bevestig. Die appèlhof het bevind dat die plan van die DKD misluk weens hul versuim om die streeksdemografie in ag te neem in die oorweging van wie deel van die subgroep is en wie voordeel moet geniet weens die plan.⁹⁴

Dit is belangrik om te meld dat die *DKD*-saak deur Solidariteit na die Konstitusionele Hof verwys was.⁹⁵ Die hof het beslis dat nasionale en streeksdemografie deur die departement in ag geneem moet word wanneer regstellende-aksiedoelwitte gestel word.⁹⁶ Die hof in *DKD* het egter geen remedies, soos deur die applikante versoek was, toegestaan nie en bevind dat daar nie duidelike bewyse was wat aangedui het dat die applikante aangestel sou word indien die streeksdemografie as riglyn gebruik was nie.⁹⁷ Solidariteit appelleer spesifiek teen laasgenoemde deel van die beslissing deur die hof in *DKD* en nie teen die beslissing in die geheel nie. Hierdie saak dien voor die Konstitusionele Hof op 3 November 2015⁹⁸ en of die Konstitusionele Hof hom gaan uitspreek oor die bevinding rakende die inagneming van die nasionale en streeksdemografie en veral in die lig van die *Wysigingswet*, is egter in hierdie stadium onduidelik.

⁹³ *DKD*-saak para 20.

⁹⁴ *DKD*-saak para 63.

⁹⁵ Solidariteit 2015 <https://solidariteit.co.za/en/solidarity-will-tackle-dcs-in-constitutional-court/>.

⁹⁶ *DKD*-saak para 63.

⁹⁷ *DKD*-saak paras 63, 64.

⁹⁸ Solidariteit 2015 <https://solidariteit.co.za/en/solidarity-will-tackle-dcs-in-constitutional-court/>.

In die *DKD-saak* was die volgende opmerking gemaak ten opsigte van die *Wysigingswet* met betrekking tot die inagneming van die nasionale en streeksdemografiese verdeling:

...even though the word "must" has been replaced by "may", there will be factual contexts in which it is difficult to envisage how a plan could pass legal muster without a consideration of regional demographics.⁹⁹

Alhoewel die saak voor die inwerkingtreding van die *Wysigingswet* beslis was, het die hof die opmerking gemaak dat die vervanging van die woord "must" met "may" in die *Wysigingswet* met betrekking tot die inagneming van die nasionale en streeksdemografiese verdeling geen impak het op die samestelling en inwerkingstelling van die diensbillikheidsplan van 'n werkgewer nie, aangesien dit in elk geval noodsaaklik is om die nasionale en streeksdemografie in ag te neem.¹⁰⁰

Daar bestaan geen twyfel oor die feit dat die werkgewer nie onbillik teen 'n werknemer mag diskrimineer nie. Die reg om nie teen gediskrimineer te word nie maak deel uit van die reg op gelykheid en is 'n noodsaaklikheid vir die inherente reg op menswaardigheid ingevolge artikel 10¹⁰¹ van die *Grondwet*. Die reg om nie teen onbillik gediskrimineer te word nie, is 'n reg wat aan alle werknemers toegeken word, ongeag of hulle aan die aangewese groep soos geïdentifiseer deur die WGI behoort, of nie.¹⁰²

Indien die aangewese werkgewer daarin misluk om regstellende-aksiemaatreëls te toepas om die bereiking van gelykheid te bewerkstellig, kan aanvaar word dat die werkgewer die reg van die werknemers om nie teen gediskrimineer te word nie, welke werknemer 'n lid van die aangewese groep is, geskend het deur nie regstellende-

⁹⁹ *DKD-saak* para 58. Die hof het verder gegaan: "Within the Western Cape, where some 50% of the economically active population come from the 'Coloured' group, an application of the present plan would result in significant discrimination in that the plan only envisages that 8.8% of the workforce should come from the Coloured population. Similarly, in a province where more than 79.3% of the population are African. This could result in a significant reduction of African employees in the province, which plan would again manifestly work to their disadvantage and constitute a clear infringement on dignity to those who were the very target of Apartheid's racist policies."

¹⁰⁰ *DKD-saak* para 58

¹⁰¹ Elkeen het ingebore waardigheid en die reg dat daardie waardigheid gerespekteer en beskerm word.

¹⁰² *Harmse v City of Cape Town* 2003 24 ILJ 1130 (AH).

aksiemaatreëls toe te pas nie. Daar word van elke aangewese werkgewer verwag om 'n diensbillikheidsplan aan te neem en binne die werkplek toe te pas. Die versuim van die werkgewer om daardie diensbillikheidsplan toe te pas kom nie noodwendig op onbillike diskriminasie neer nie. Indien meer as een lid van die aangewese groep om dieselfde betrekking aansoek doen, moet die werkgewer die mees paslik gekwalifiseerde lid van die aangewese groep aanstel met inagneming van die nasionale en streeksdemografiese verdeling.

4 Gevolgtrekking

Gevalle kom voor waar meer as een persoon van die subgroep *swart persone* aansoek doen om dieselfde betrekking. Die nie-aanstelling van 'n lid kan moontlik bewerings van onbillike diskriminasie ontlok. Die werkgewer moet 'n werkswyse vasstel wat aangewend kan word sodat daar geen bewerings van onbillike diskriminasie by die aanstel van 'n lid van 'n subgroep gemaak kan word nie. Hierdie werkswyse wat deur die werkgewer aangewend word, moet die effek daarvan op die subgroep *swart persone* evalueer. Die werkgewer moet 'n aantal aspekte oorweeg tydens die aanstel van regstellende-aksiekandidate uit die subgroep *swart persone* om daardeur bewerings van onbillike diskriminasie te voorkom.

Daar is aanduidende gesag dat lidmaatskap van die aangewese groep voldoende is om voordeel uit regstellende aksie te put. Daar hoef geensins individuele ondersoeke na elke lid se persoonlike omstandighede ingestel te word om te bepaal of die persoon werklik deur die diskriminerende praktyke van die verlede benadeel was nie. 'n Ondersoek na die individu se persoonlike omstandighede en die impak wat die diskriminerende praktyke van die verlede op daardie individu gehad het, sal nie die werkgewer in staat stel om te onderskei tussen lede van die aangewese subgroep *swart persone* nie. Die rede hiervoor is bloot dat daar geen wyse bestaan waarop die individue se benadeling gemeet en bepaal kan word nie. Verder ook dat die benadeling van een individu nie vergelyk kan word met dié van 'n ander nie.

'n Belangrike aspek wat deur die werkgewer in gedagte gehou moet word, is dat die paslik gekwalifiseerde persone uit die aangewese groep deur regstellende aksie bevoordeel moet word. In die oorweging of 'n lid van die aangewese subgroep *swart*

persone paslik gekwalifiseer is, moet die werkgewer bepaalde faktore oorweeg, onder andere formele kwalifikasies, vorige opleiding, relevante ondervinding of die vermoë om binne 'n redelike tydperk die bevoegdheid te kan bekom om die werk te kan verrig. Die kennis, vaardighede en ondervinding van 'n lid wat nodig is om die werk op 'n kundige, doeltreffende en bevoegde wyse te verrig is belangrik wanneer vasgestel moet word of die lid wel paslik gekwalifiseerd is.

'n Verdere belangrike aspek wat deur die werkgewer in ag geneem moet word, is die gelyke verteenwoordiging van die subgroep in die werkplek. Dit moet op alle vlakke van die werkplek bewerkstellig word. Die enigste sinvolle wyse waarop gelyke verteenwoordiging binne die werkplek verseker kan word, is deur die inagneming van die nasionale en streeksdemografiese verdeling. Die vervanging van "must" met "may" in die *Wysigingswet* met betrekking tot die inagneming van die nasionale en streeksdemografiese verdeling het geen impak op die samestelling en inwerkingstelling van die diensbillikheidsplan van 'n werkgewer nie, aangesien dit in elk geval noodsaaklik is om die nasionale en streeksdemografie in ag te neem. Na aanleiding van die hofuitspraak in die *DKD*-saak kan die afleiding verder gemaak word dat, ongeag die wysiginge, 'n diensbillikheidsplan selde geldig sal wees sonder die inagneming van die nasionale en streeksdemografie.

Ten slotte kan geargumenteer word dat hierdie werkswyse sal verseker dat indien die geval voorkom waar meer as een lid van die aangewese groep aansoek doen om dieselfde betrekking, die mees paslik gekwalifiseerde lid van die aangewese groep voordeel moet geniet met inagneming van die nasionale en streeksdemografiese verdeling om sodoende gelyke verteenwoordiging te bewerkstellig. Verder sal minder bewerings van onbillike diskriminasie teen die werkgewer gemaak kan word deur lede van die subgroep *swart persone*, waar hulle onderling om dieselfde betrekking meeding.

BIBLIOGRAFIE**Literatuur**

Cooper 2004 *ILJ*

Cooper C "The Boundaries of Equality in Labour Law" 2004 *ILJ* 833-843

Du Toit en Potgieter *Unfair Discrimination*

Du Toit D en Potgieter M *Unfair Discrimination in the Workplace* (Juta Kaapstad 2014)

Du Toit *et al Labour Relations Law*

Du Toit D *et al Labour Relations Law: A Comprehensive Guide* 6^{de} uitg (LexisNexis Durban 2015)

Dupper *et al Essential Employment Discrimination Law*

Dupper G *et al Essential Employment Discrimination Law* 2^{de} uitg (Juta Kaapstad 2007)

McGregor 2004 *JJS*

McGregor M "Actual Past Discrimination or Group Membership as a Requirement to Benefit from Affirmative Action" 2004 *JJS* 122-148

Mushariwa 2011 *Obiter*

Mushariwa M "Who are the True Beneficiaries of Affirmative Action?" 2011 *Obiter* 439-452

Mushariwa 2012 *PER/PELJ*

Mushariwa M "UNISA v Reynhardt (2010) 12 BLLR 1272 (LAC): Does Affirmative Action have a Lifecycle?" 2012 *PER/PELJ* 412-428

Partington and Van der Walt 2006 *Obiter*

Partington J and Van der Walt A "The Development of Defences in Unfair Discrimination Cases (Part 2)" 2006 *Obiter* 595-608

Pretorius 2001 *JJS*

Pretorius JL "Legal Evaluation of Affirmative Action in South Africa" 2001 *JJS*
12-28

Van Niekerk *et al Law@work*

Van Niekerk A *et al Law@work* 3^{de} uitg (LexisNexis Durban 2014)

Regspraak

Auf der Heyde v UCT 2000 21 ILJ 1758 (AH)

Baxter v National Commissioner: Correctional Service 2006 27 ILJ 1833 (AH)

Chinese Association v Minister of Labour unreported case number 59251/2007 of 18
June 2008

Fourie v Provincial Commissioner of the SA Police Service (North West Province) 2004
25 ILJ 1716 (AH)

George v Liberty Life Association of Africa Ltd 1996 8 BLLR 985 (IH)

Govender v Minister of Safety and Security 2001 4 SA 273 (HHA)

Harksen v Lane 1998 1 SA 300 (KH)

Harmse v City of Cape Town 2003 24 ILJ 1130 (AH)

IMAWU v Greater Louis Trichardt Transitional Local Council 2000 21 ILJ 1119 (AH)

Minister of Finance v van Heerden 2004 6 SA 121 (KH)

Motala v University of Natal 1995 3 BCLR 374 (D)

National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice 1999 1 SA 6 (KH)

Solidariteit v Departement van Korrektiewe Dienste (AHH) saaknommer CA23/2013

Solidarity obo Christiaans and Eskom Holdings Ltd 2006 27 ILJ 1291 (ARB)

Stoman v Minister of Safety and Security 2002 23 ILJ 1010 (T)

UNISA v Reynardt 2010 12 BLLR 1272 (AHH)

Willemse v Patelia 2007 28 ILJ 428 (AH)

Wetgewing

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996

Tussentydse Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993

Wet op Gelyke Indiensneming 55 van 1998

Wet op Gelyke Indiensneming Wysigingswet 47 van 2013

Suid-Afrikaanse staatspublikasies

SK R595 in GG 37873 van 1 August 2014

International instruments

ILO Discrimination (Employment and Occupation) Convention 111 (1958)

Internetbronne

Solidariteit 2015 <https://solidariteit.co.za/en/solidarity-will-tackle-dcs-in-constitutional-court/>

Solidariteit 2015 *Solidarity Will Tackle DCS in Constitutional Court*
<https://solidariteit.co.za/en/solidarity-will-tackle-dcs-in-constitutional-court/>
besoek op 11 September 2015

Truter 2014 <http://www.labourwise.co.za/labour-articles/ee-amendments>

Truter J 2014 *Employment Equity Act Amendments Effective from 1 August 2014* <http://www.labourwise.co.za/labour-articles/ee-amendments> besoek op 12 September 2015

LYS VAN AFKORTINGS

DKD	Departement Korrektiewe Dienste
ILJ	Industrial Law Journal
ILO	International Labour Organisation
JJS	Journal for Judicial Science
PER/PELJ	Potchefstroom Elektroniese Regstydskrif / Potchefstroom Electronic Law Journal
WGI	Wet op Gelyke Indiensneming

EVALUATION OF AFFIRMATIVE ACTION IN THE CONTEXT OF POSSIBLE UNFAIR DISCRIMINATION AGAINST SUBGROUPS IN THE DESIGNATED GROUP

MC Stoffels*

SUMMARY

The implementation of affirmative action measures can give rise to unfair discrimination. In cases where members of the “designated groups” compete with one another for the same position, there can be allegations of unfair discrimination. The question arises as to how the employer needs to act in order to avoid unfair discrimination in cases where more than one person from the designated group applies for the same position. The purpose of this article is to evaluate the impact of unfair discrimination on the designated group, specifically with regard to the subgroup “black people” as well as how the employer can avoid unfair discrimination in the implementation of the affirmative action measures aimed at advancing “black people” by selecting the most suitably qualified person from the sub group black people based on the national and regional demographics.

KEYWORDS: unfair discrimination, affirmative action measures, designated groups, suitably qualified, affirmative action candidates.

* Myrone Christopher Stoffels. LLB LLM LLD Kandidaat (NWU-Potchefstroomkampus). Junior Lektor, NWU-Potchefstroomkampus, Suid-Afrika. Epos:myrone.stoffels@nwu.ac.za. Hierdie artikel kom uit my LLM skripsie in Arbeidsreg wat voltooi is aan NWU-Potchefstroomkampus. Met dank aan Prof/Dr Monray M Botha (Assosiaat Professor, NWU) vir sy waardevolle insette en kommentaar op 'n vorige konsep van hierdie artikel.