

Indiensname en ontslag van buitelanders

Om 'n buitelanders wettig in diens te neem, moet die persoon toestemming hê om in Suid-Afrika te woon en te werk; byvoorbeeld, oor 'n geldige werkspermit beskik, of vlugtelingstatus geniet. Wat doen 'n werknemer indien 'n werkspermit op die punt van verval staan, of reeds verval het? En wat van 'n geval waar die persoon aanvanklik sonder 'n werkspermit aangestel is? Geniet die persoon werknemerstatus? Kan die werknemer ontslaan word en, indien wel, hoe gaan 'n mens daarmee te werk?

Dit is geen geheim nie dat die Departement van Binnelandse Sake strenger met die uitreik en verlenging van werkspermitte raak. Hulle verskerp ook hulle toepassingsmaatreëls. Baie buitelandse werkers, wat onlangs hulle werkspermitte verleng het, is ingelig dat dit die laaste keer sou wees. Dit is 'n teken dat werkgewers die vereistes vir die indiensname en ontslag van buitelandse werknemers van nader moet beskou.

Aanstelling op vastetermykontrak

Die Wet op Arbeidsverhoudinge verskaf 'n lys met "regverdigbare redes" vir die indiensname van iemand op 'n vastetermykontrak. Die indiensname van "n nieburger aan wie 'n tydelike werkspermit toegestaan is", is een van die regverdigbare redes wat die Wet noem. Dit maak sin om buitelanders op hierdie grondslag aan te stel. Diens sal outomaties staak wanneer die tydelike werkspermit verval.

Maar nie elke buitelanders word op 'n vastetermykontrak aangestel nie. Dink maar aan die geval waar 'n buitelanders op 'n onbepaalde grondslag aangestel is en van wie die werkpermit dan verval, of 'n werknemer wat uit die staanspoor nie oor 'n geldige werkpermit beskik het nie. Waar laat dit dus die werkgewer?

Effek van onwettige indiensneming

Die eerste aspek om te oorweeg is die regstatus van iemand sonder 'n geldige werkspermit. Werkgewers het vir geruime tyd aanvaar dat "onwettige" immigrante nie enige beskerming ingevolge ons arbeidswette geniet nie. Hierdie kwessie is te berde gebring in die Arbeidshofsaak van **Discovery Health Limited v CCMA & others (2008)**. Toe die werknemer se tydelike werkspermit verval het, het die maatskappy hom soos volg in kennis gestel: "*Ons het daarvan bewus geraak dat u werksvisum, wat u toelaat om in Suid-Afrika te werk, verval het. Gevolglik wil ons u ongelukkig in kennis stel dat daar nie meer 'n wetlike grondslag vir u diens by Discovery is nie. As sodanig moet u diens by Discovery onmiddellik beëindig word.*"

Die hof het erken dat, ingevolge Artikel 38(1)(a) van die Immigrasiewet, daar 'n verbod is op die indiensname van –

(a) 'n onwettige buitelanders;

(b) 'n buitelanders wie se status hom of haar nie magtig om deur sodanige persoon in diens geneem te word nie; en

2.

(c) 'n buitelanderswet op bepalings, voorwaardes, of in 'n hoedanigheid wat verskil van dié wat in sodanige buitelanderswet se status bedoel word".

Die Immigrasiewet maak daarvoor voorsiening dat 'n werkgewer wat oortree, 'n stewige boete of tronkstraf opgelê kan word.

Die Arbeidshof het beslis dat, deur die optrede van die werkgewer, wat 'n buitelanderswet sonder 'n werkspermit in diens neem, te kriminaliseer, die wetgewing nie bedoel het om die onderliggende kontrak ongeldig te verklaar nie. Die hof het tot die gevolgtrekking gekom dat daar wel 'n geldige dienskontrak bestaan, en dat buitelandse werknemers boonop beskerming teen onbillike ontslag geniet, ten spyte daarvan dat hulle onwettig in diens is. In hierdie besondere saak is die kwessie na die KVBA terugverwys, sodat 'n beslissing oor die prosedurele en substantiewe billikheid van die ontslag gemaak kon word. Die hof het egter geen riglyne gegee oor hoe 'n werkgewer onder hierdie omstandighede met diensbeëindiging te werk moet gaan nie.

Prosedures vir diensbeëindiging

Wat staan 'n werkgewer dus te doen? Wat die Arbeidshof aangetoon het, is dat 'n mens nie diens sonder meer mag beëindig nie. Indien die werknemer die werkgewer mislei het, byvoorbeeld, deur 'n vervalste werkspermit voor te lê, of te belowe dat die werkgewer die dokumentasie sou ontvang, terwyl dit nie bestaan nie, kan die werknemer weens wangedrag ontslaan word (ná die regte prosedure gevolg is).

In 'n onskuldiger situasie, byvoorbeeld, waar 'n geldige werkspermit verval, is die antwoord minder voor die hand liggend. Sodanige situasie pas nie netjies in enige van die erkende "geen skuld"-gronde vir diensbeëindiging nie.

'n Mens kan die mening toegedaan wees dat 'n werknemer sonder 'n werkspermit nie aan die bedryfsvereistes van die werkgewer voldoen nie, naamlik om slegs wettig-aangestelde persone in diens te hou – in welke geval die toepaslike manier sou wees om die inkortingsproses te volg. 'n Ander benadering is om dit as 'n vorm van ongeskiktheid te behandel. Maar, anders as 'n klassieke geval van ongeskiktheid, wat tipies sekere werknemerkenmerke (soos onbevoegdheid, of 'n mediese toestand) behels, moet 'n mens nou 'n eksterne faktor in berekening bring – die feit dat die werkgewer nie die persoon wettig in diens mag hou nie. Na ons mening pas die ongeskiktheidsproses beter. Die inkortingsproses is egter meer vrygewig, want daar is 'n skeidingsloon ter sprake.

In albei gevalle sal die werkgewer egter met die werknemer in interaksie moet tree voor diens beëindig word. Beide prosesse vereis dat maniere ondersoek word om diensbeëindiging te verhoed. Dit blyk dus dat, in die geval van 'n vervalde permit, daar van die werkgewer verwag sal word om die werknemer by te staan in 'n poging om die permit te verleng.

Artikel verskaf deur Jan Truter van Labourwise

www.labourwise.co.za is 'n aanlyn-diens ten opsigte van arbeidsverhoudinge, wat daarop gemik is om werkgewers met die implementering van doeltreffende arbeidsverhoudinge te help. Kontak hulle via die webtuiste, of by info@labourwise.co.za.