

Advies van 6 juni 2016¹

POSITIEVE ACTIES ONTWIKKELEN IN DE OVERHEIDSDIENSTEN VAN HET BRUSSELS HOOFDSTEDELIJK GEWEST

Inhoud

1. Doel	2
2. Uittreksels uit de bestaande wetgeving	2
3. Positieve actie is geen discriminatie	3
4. De regering van het BHG en de gewestelijke openbare instellingen kunnen positieve acties uitvoeren	5
5. De bepaling en de uitvoering van positieve acties vereisen een nauwgezette voorbereiding	6
5.1. De manifeste of kennelijke ongelijkheid moet worden geobjectiveerd.	6
5.2. De positieve acties moeten gepaard gaan met duurzame en meetbare doelstellingen	7
5.3. De positieve acties moeten “evenredig” zijn met het legitieme doel	7
5.4. De positieve acties moeten regelmatig worden geëvalueerd	8
6. Conclusie	8
7. Bibliografie	9
8. Contactpersoon bij Unia	9

¹ Het samenwerkingsakkoord tussen de federale overheid, de gewesten en de gemeenschappen voor de oprichting van het Interfederaal Centrum voor gelijke kansen en bestrijding van discriminatie en racisme van 12 juni 2013, geeft aan Unia de bevoegdheid om “onafhankelijke adviezen en aanbevelingen te richten tot elke overheid ter verbetering van de reglementering en de wetgeving.” (art. 5).

1. DOEL

Het is zeker niet de bedoeling om de complexe kwestie van de positieve acties in het kader van de gewestelijke, federale en Europese antidiscriminatie wetten uitputtend te behandelen. Veeleer beperkt dit advies zich ertoe om de grote lijnen van het concept en van het doel van de positieve acties te schetsen volgens de wetteksten die relevant zijn voor het Brussels Hoofdstedelijk Gewest (BHG).²

In tweede instantie wordt voorgesteld om in overleg met het kabinet van mevrouw LAANAN, staatssecretaris van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest belast met het gewestelijk openbaar ambt, na te gaan hoe de denkoefening over de mogelijkheden van positieve acties in het Brussels gewestelijk openbaar ambt kan worden voortgezet.

2. UITTREKSELS UIT DE BESTAANDE WETGEVING

4 SEPTEMBER 2008. - Ordonnantie ter bevordering van diversiteit en ter bestrijding van discriminatie in het Brussels gewestelijk openbaar ambt.

Art. 12. § 1. Onderscheid op grond van de in artikel 4, 6°, genoemde gronden geeft nooit aanleiding tot de vaststelling van enige vorm van rechtstreekse of onrechtstreekse discriminatie, wanneer het onderscheid een door de Regering toegelaten maatregel van positieve actie inhoudt.

§ 2. Een maatregel van positieve actie kan slechts worden uitgevoerd mits naleving van de volgende voorwaarden :

- er is een kennelijke ongelijkheid;
- het verdwijnen van deze ongelijkheid wordt aangewezen als een te bevorderen doelstelling;
- de maatregel van positieve actie is van tijdelijke aard en van die aard zijn dat hij verdwijnt zodra de beoogde doelstelling is bereikt;
- de maatregel van positieve actie beperkt andermans rechten niet onnodig.

Art. 5. (...)

§ 6. Binnen de perken van de begrotingskredieten van het Gewest, verleent de Regering een subsidie aan de openbare instellingen van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest bedoeld in artikel 4, 13°, om er de diversiteit te bevorderen.

Die subsidie wordt verleend aan de voornoemde openbare instellingen die tijdens een kalenderjaar voor de contractuele arbeidsplaatsen voor minstens 10 % van hun aanwervingen werkzoekenden rekruteren die afkomstig zijn uit wijken waar de werkloosheidsgraad gelijk is aan of hoger dan het gemiddelde in het Gewest. (...)

² Verscheidene documenten die in de bibliografische referenties hieronder zijn vermeld bevatten nog internationale vergelijkende studies.

3 MAART 2011. - Besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering tot uitvoering van de ordonnantie van 4 september 2008 ter bevordering van diversiteit en ter bestrijding van discriminatie in het Brussels gewestelijk openbaar ambt

Art. 2. (...)

§ 3. Naar aanleiding van de gestelde diagnose, definieert de openbare instelling de algemeen te bereiken doelstellingen inzake bevordering van diversiteit, op basis van de in § 1 vermelde hoofdlijnen.

De instelling kan eveneens doelstellingen definiëren om een gediagnosticeerde manifeste ongelijkheid te verhelpen.

De Regering kan, voor de periode die zij vastlegt, op gewestelijk niveau prioritaire doelstellingen definiëren betreffende de bevordering van diversiteit. De openbare instelling integreert deze prioritaire gewestelijke doelstellingen in de doelstellingen van haar actieplan diversiteit. (...)

§ 4. De openbare instelling concretiseert de vastgelegde doelstellingen bij middel van te voeren acties.

Drie soorten van actie worden voorzien :

- de prioritaire acties, betreffende de prioritaire doelstellingen, zoals bepaald in § 3, derde en vierde lid;
- de in artikel 12 van de ordonnantie bedoelde positieve acties;
- de complementaire acties ter correctie of opheffing van ongelijke behandelingen, ter versteviging of vernieuwing inzake diversiteit.

↳ 12/5/2011: Nota aan de leden van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering over de bepaling van prioritaire doelstellingen waarvoor de actieplannen rond diversiteit van de gewestelijke openbare instellingen moeten worden opgesteld

Deze nota, betreffende de gewestelijke prioritaire doelstellingen die moeten worden behaald op het vlak van de promotie van de diversiteit voor de periode 2012-2015, maakt gewag van de prioriteit die moet worden gegeven aan “de doorstroom van vrouwen naar het midden- en topkader”, aan “de aanwerving en doorstroom van personen van buitenlandse origine” (om “de ondervertegenwoordiging in het ambtenarenkorps” te bestrijden en “de proportionele deelname aan de arbeidsmarkt” te bevorderen), aan “de aanwerving van kortgeschoolde jongeren”, en aan “de aanwerving en tewerkstelling van personen met een handicap”.

3. POSITIEVE ACTIE IS GEEN DISCRIMINATIE

De hierboven aangehaalde uittreksels tonen aan dat de wetgever en de Brusselse Gewestexecutieve zich de middelen hebben verschaft om “positieve acties” op het niveau van het gewestelijk openbaar ambt toe te staan en uit te voeren.

Die positieve acties kaderen duidelijk in de Europese antidiscriminatie richtlijnen 2000/78/EU (werk), 2000/43/EU (zogenaamde “raciale” criteria) en 2002/73/EU (gender). Dit is geen toeval, aangezien ook de *ordonnantie ter bevordering van de diversiteit en ter bestrijding van discriminatie in het Brussels gewestelijk openbaar ambt* van 4 september 2008 (hierna: “de ordonnantie OABG 2008”) tot doel had om het Europees antidiscriminatie recht om te zetten in het bevoegdheidsdomein van het Brussels Gewest. Er bestaat trouwens een rechtspraak op het niveau van het Europees Hof van Justitie die de draagwijdte van de positieve acties nader bepaalt.³

De restrictieve voorwaarden die worden bepaald in §2 van artikel 12 van de ordonnantie OABG 2008 bakenen de positieve acties duidelijk af tegenover wat ook wel eens wordt aangeduid als “positieve discriminatie”, met andere woorden discriminatie waarbij een persoon of een groep personen niet wordt “benadeeld” tegenover anderen, maar integendeel “bevoordeeld”. Nu is discriminatie in alle gevallen verboden, ongeacht het feit of het erom gaat een persoon te bevoordelen of hem nadelig te behandelen.

Om goed te begrijpen hoe positieve actie zich onderscheidt van discriminatie, is het nuttig op te merken dat *“de rechtsleer een onderscheid maakt tussen twee soorten van gelijkheid: de formele gelijkheid en de substantiële gelijkheid. De eerste vorm eist dat er geen enkel onderscheid wordt gemaakt tussen personen: iedereen is gelijk voor de wet. Die gelijkheid is, in zekere zin, een minimale waarborg voor het individu. De substantiële gelijkheid (of ook materiële of nog reële gelijkheid), daarentegen, impliceert een gelijkheid door de wet, met andere woorden, ze houdt altijd verband met de omstandigheden: ze heeft betrekking op de uitvoeringsprocedure en bijgevolg op de feitelijke discriminatie.”* (Crosby 2013: pagina 7 - vrije vertaling).

Anders gezegd, het verbod op discriminatie, met andere woorden het feit om een ongunstige - of gunstige - behandeling voor te behouden aan een persoon of aan een groep personen in vergelijking met anderen, is enkel een toepassing van het principe van *formele* gelijkheid. De individuen worden als gelijk beschouwd *“in rechte”* en het is niet toegestaan om hen op een verschillende manier te behandelen. Het gebeurt echter ook dat individuen zich *“feitelijk” (de facto)* - in werkelijkheid dus - in ongelijke situaties bevinden.

Indien de overheidsdienst zich bijgevolg tot doel stelt om bij te dragen aan de *substantiële* gelijkheid tussen de individuen in de samenleving, dan zal hij proactievere strategieën moeten aanwenden die beogen om de feitelijke ongelijkheden (waarvan er sommige trouwens inderdaad te wijten zijn aan discriminatie op grond van een of meer criteria die door de antidiscriminatie wetten zijn beschermd) te compenseren, te verminderen of te doen verdwijnen. Een verschillende behandeling wordt dan als legitiem beschouwd om bij te dragen aan *“het actief scheppen van kansen”* (Crosby 2013: pagina 8). Die *“verschillende behandeling”* mag dus nooit worden gezien als de toekenning van een voorrecht, maar

³ Zie bijvoorbeeld: Samenvatting Badeck, C-158/97, van 28 maart 2000, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?qid=1466065408413&uri=CELEX:61997CJ0158>

integendeel als een poging om een vooraf bestaand nadeel waarmee sommige individuen of sommigen groepen te maken hebben te verminderen of te doen verdwijnen.

Het zijn dus wel degelijk de bovenvermelde restrictieve voorwaarden die de positieve acties onderscheiden van de verboden discriminatie en hun naleving is van essentieel belang, want « (...) de positieve actie heeft grenzen die zij niet mag overschrijden zonder dat ze discriminerend wordt. Het beginsel van non-discriminatie en dat van positieve actie kunnen immers met elkaar in conflict komen, aangezien dit laatste vereist dat verschillen worden aangetoond, terwijl het eerste impliceert dat persoonlijke kenmerken worden verborgen om de onpartijdigheid te waarborgen (...). Wanneer bijzondere maatregelen worden genomen, moet men zich ervan vergewissen dat die noodzakelijk zijn en ten goede komen aan degenen die er nood aan hebben, zonder dat nieuwe onderscheiden worden gemaakt. Ze mogen geen rechten scheppen voor leden van de doelgroep(en) die er geen nood aan hebben en ze mogen geen personen uitsluiten die niet tot die groep(en) behoren maar er wel nood aan hebben. In geen geval mogen personen verstoken blijven van fundamentele behoeften met als voorwendsel dat een benadeelde groep wordt geholpen (...).

Zo moeten volgens de internationale teksten alle maatregelen van positieve actie tijdelijk zijn en worden stopgezet zodra de nagestreefde doelstellingen bereikt zijn. Het idee achter die beperking is dat de continuïteit van de positieve actie tot stigmatisering kan leiden, of zelfs tot het ontstaan van volwaardige groepen die parallel met de rest van de maatschappij leven, wat ook een bron van conflicten kan vormen (...).

De vraag die deze beperkingen oproepen, is de volgende: wanneer zijn die doelstellingen bereikt? Dit stelt de volgende problemen: 1) hoe worden de doelstellingen herkend? 2) hoe worden ze gemeten?" (Crosby 2013: pagina's 8-9)

4. DE REGERING VAN HET BHG EN DE GEWESTELIJKE OPENBARE INSTELLINGEN KUNNEN POSITIEVE ACTIES UITVOEREN

De ordonnantie OABG 2008 en het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke regering van 3 maart 2011 die hierboven worden aangehaald, bepalen wie positieve acties voor het Brussels gewestelijk openbaar ambt mag uitvoeren en hoe:

De regering mag:

1. positieve acties toelaten (art. 12, §1 van de ordonnantie);
2. de prioritaire doelstellingen definiëren die moeten worden opgenomen in de diversiteitsplannen van de openbare instellingen die onder het toepassingsgebied van de ordonnantie vallen (art. 2 van het besluit van 3 maart 2011). Zoals kan worden vastgesteld in de bovenvermelde nota van 12/5/2011 aan de leden van de regering, worden die doelstellingen bepaald in termen van doelgroepen die te maken krijgen met manifeste discriminatie of sociale ongelijkheid. De acties waarmee die doelstellingen worden nagestreefd, mogen dus positieve acties zijn;

3. rechtstreeks positieve acties definiëren en uitvoeren, zoals bijvoorbeeld een financiële stimulans (subsidie) verlenen voor de aanwerving van personen afkomstig uit wijken met een hoge werkloosheidsgraad (art. 5 van de ordonnantie).

De openbare instellingen verbonden aan het BHG, van hun kant, mogen:

1. *“doelstellingen definiëren om een gediagnosticeerde manifeste ongelijkheid te verhelpen”* in het kader van hun diversiteitsplannen (art. 2 van het besluit van 3 maart 2011);
2. positieve acties uitvoeren in het kader van hun diversiteitsplannen (art. 4 van hetzelfde besluit).

Het principe van de uitvoering van positieve acties in het Brussels gewestelijk openbaar ambt is vanuit juridisch standpunt dus verworven.

5. DE BEPALING EN DE UITVOERING VAN POSITIEVE ACTIES VEREISEN EEN NAUWGEZETTE VOORBEREIDING

Op methodologisch niveau mag voor de uitvoering van positieve acties niet worden geïmproviseerd. Om de uitvoeringsvoorwaarden van artikel 12, §1 van de ordonnantie AOBG 2008 na te leven, moet immers op meerdere aspecten nauwlettend worden toegezien:

5.1. DE MANIFESTE OF KENNELIJKE ONGELIJKHEID MOET WORDEN GEOBJECTIVEERD.

Vanuit kwantitatief oogpunt kan een diagnose worden gesteld van de participatiegraad van de prioritaire doelgroepen zowel op het niveau van de nationale en van de gewestelijke arbeidsmarkt, als op het niveau van het gewestelijk openbaar ambt of van een openbare instelling. Door de vergelijking te maken van die niveaus kunnen dan sectoren worden bepaald waar de over- of ondervertegenwoordiging van bepaalde groepen toeneemt of integendeel afneemt.

Vanuit kwalitatief oogpunt moet worden gezocht naar de aanwezigheid van “glazen plafonds” (ondervertegenwoordiging van bepaalde groepen in de hogere functies binnen een organisatie of een sector) en van “kleverige vloeren” (oververtegenwoordiging van bepaalde groepen in de lagere functies).

Het is van essentieel belang om krachtige monitoringtools te ontwikkelen, die aan de schaal van de analyse zullen moeten worden aangepast om meer bepaald op het “microniveau” rekening te houden met de eis van de bescherming van het privéleven.

Er moet worden opgemerkt dat hoewel de meting van de participatiegraden voor sommige doelgroepen vrij eenvoudig kan zijn, bijvoorbeeld in het geval van gender of leeftijd, er een

complexere modelvorming vereist is voor de herkomst of het migratietraject. Unia pleit in dit geval voor een gelijkschakeling van de meetmodellen zoals die werden uitgewerkt in het kader van de [socio-economische monitoring](#) (FOD Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg & UNIA 2015).

5.2. DE POSITIEVE ACTIES MOETEN GEPAARD GAAN MET DUURZAME EN MEETBARE DOELSTELLINGEN

In zijn hierboven al geciteerde studie maakt Andrew Crosby een onderscheid tussen drie types van complementaire doelstellingen (Crosby 2013: pp. 13-14):

1. De verbetering van de participatiegraad van de ondervertegenwoordigde doelgroepen.

De statistische metingen van de participatiegraad geven wel alleen maar statische momentopnamen van de situatie op een gegeven ogenblik. De doelstellingen hieronder zijn dus noodzakelijk om rekening te houden met de evolutie doorheen de tijd en met de interne mobiliteit in de organisaties.

2. De verbetering van de retentie (micro) of van de stabiliteit van de betrekking (macro).

Hier gaat het erom toe te zien op de duurzaamheid van de beoogde resultaten, doordat men ernaar streeft om het bestaan van ongelijkheden niet alleen tijdelijk te compenseren, maar ook om deze te doen “verdwijnen”.

3. De verbetering van de-stratificatiegraad (macro) of de promotiegraad, en van de proportionele vertegenwoordiging op alle niveaus van de onderneming (micro).

Hier gaat het erom actie te ondernemen tegen de glazen plafonds en de kleverige vloeren.

De meest relevante actieplannen zijn de plannen die erin slagen de drie types doelstellingen te integreren.

5.3. DE POSITIEVE ACTIES MOETEN “EVENREDIG” ZIJN MET HET LEGITIEME DOEL

In de regel wordt een verschillende behandeling in het antidiscriminatierecht niet als een discriminatie beschouwd als wordt aangetoond dat ze is ingegeven door *een legitiem doel* en als de *middelen* die worden gebruikt om dit doel te bereiken voor het concrete geval *passend* (doeltreffend om het doel te verwezenlijken) en *noodzakelijk* (het doel kan met geen andere middelen worden bereikt) zijn – met andere woorden dat die middelen “evenredig” zijn. In geval van een geschil is het de rechter die in laatste instantie beslist of dit op een geldige manier werd aangetoond.

Indien de legitimiteit van het doel van een positieve actie afdoende werd aangetoond door de doelstelling om een manifeste ongelijkheid te doen verdwijnen, moet ook nog worden

nagegaan of de middelen die daarvoor worden aangewend wel degelijk passend en noodzakelijk zijn (Sottiaux 2008), met name om de voorwaarde na te leven dat “*de maatregel van positieve actie (...) andermans rechten niet onnodig [beperkt]*” (art.12, §2 van de ordonnantie OABG 2008 – zie ook: Arbitragehof 9/94 van 27 januari 1994, B.6.2).

De tijdelijke aard van de positieve actie draagt overigens bij aan die evenredigheid: de actie wordt stopgezet wanneer ze niet meer noodzakelijk is.

5.4. DE POSITIEVE ACTIES MOETEN REGELMATIG WORDEN GEËVALUEERD

Deze voorwaarde wordt niet alleen ingegeven door vanzelfsprekende methodologische redenen, maar ook door de verplicht tijdelijke aard van de positieve actie (art. 12, §3 van de ordonnantie OABG 2008.)

Die evaluatie moet duidelijk gestructureerd zijn voor het hele gewestelijk openbaar ambt om te verzekeren dat de procedure en de evaluatiecriteria gemeenschappelijk en transparant zijn, en dat de opvolging doorheen de tijd coherent gebeurt... waardoor rechtszekerheid dus wordt gewaarborgd.

6. CONCLUSIE

Naast de sensibilisering en de vorming, alsook de versterking van de doeltreffendheid van het toezicht op de naleving van het verbod op discriminatie die het beginsel van formele gelijkheid uitvoert, zijn de positieve acties een noodzakelijk middel om actieplannen te ontwikkelen die de substantiële gelijkheid beogen, en die kunnen worden geëvalueerd in termen van “positieve” doelstellingen (*te verwezenlijken doelen* veeleer dan gewoonweg *te vermijden gedragingen*).

De eerste stap bestaat er ongetwijfeld in om een monitoringsysteem in te voeren, waardoor diagnoses kunnen worden gesteld, gecijferde doelstellingen kunnen worden bepaald en vervolgens de verwezenlijking ervan kan worden geëvalueerd. De initiatieven om een “observatorium van de werkgelegenheid in het gewestelijke openbaar ambt” op te richten en om uitgaande daarvan een statistische monitoring te ontwikkelen, lijken ons dan ook bijzonder relevant, met name in het kader van doelstelling 2 van de Strategie 2025 voor Brussel.

Voor de ontwikkeling van positieve actieplannen binnen het gewestelijk openbaar ambt zal vervolgens een nauwe samenwerking vereist zijn tussen verschillende bevoegdheden en deskundigheden: het kabinet van de staatssecretaris belast met het openbaar ambt, de verantwoordelijken voor personeelsbeleid en/of diversiteit, vertegenwoordigers van de leidende ambtenaren, vertegenwoordigers van de werknemers, wetenschappelijke en juridische experts,... Een grondige voorbereiding en een onafgebroken opvolging doorheen de tijd zijn noodzakelijk.

Unia kan binnen zijn mogelijkheden een bijdrage leveren aan dit initiatief.

Hoewel de rechtvaardiging van sommige positieve acties complex kan zijn, mag ook niet de indruk worden gewekt dat positieve acties altijd zeer moeilijk uit te voeren en te rechtvaardigen zijn. De stimulansen onder de vorm van subsidies die afhankelijk zijn van de tewerkstelling van talrijke doelgroepen, bijvoorbeeld, of ook de sociale clausules in overheidsopdrachten worden door de overheid in België en elders al sinds lang en op grote schaal toegepast.

7. BIBLIOGRAFIE

CROSBY, A. (2013). Etude comparative sur les modèles de politique publique relatifs à la notion d'action positive en matière de politique de discrimination et de diversité sur le marché de l'emploi. Studie gemaakt op aanvraag van de vroegere Cel diversiteit van het Territoriaal pact voor tewerkstelling (vandaag opgenomen in Actiris).

DEVOS, M. (2008). Au-delà de l'égalité formelle - l'action positive au titre des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE. Office des publications officielles des Communautés européennes.

<http://www.google.be/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiLsZfH4KfNAhUBrxoKHYS5MQFggBMAA&url=http%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fsocial%2FblobServlet%3FdocId%3D2025%26langId%3Dfr&usg=AFQjCNHczjIa6-XFPCnZzaW1IMCp8gA&bvm=bv.124272578,d.d2s>

EUROPEAN COMMISSION (2009). International perspectives on positive action measures. A comparative analysis in the European Union, Canada, the United States and South Africa. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities.

<http://www.google.be/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiM7v24afNAhVLHxoKHcRmDywQFggBMAA&url=http%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fsocial%2FblobServlet%3FdocId%3D2745%26langId%3Den&usg=AFQjCNG6cpPj6zx5XJbpdvGLTv7yCULYzA&bvm=bv.124272578,d.d2s>

FOD Werk en sociaal overleg & Unia (2015). Socio-economische Monitoring. Arbeidsmarkt en origine. http://unia.be/files/legacy/monitoring_2015_nl_finaal.pdf

RINGELHEIM, J. (2008). « Recueil de données personnelles et lutte contre les discriminations », in "De Nieuwe federale Antidiscriminatiewetten", Die Keure 2008, Brugge, Editors: C. BAYART, S. SOTTIAUX, S. VAN DROOGHENBROECK, pp. 76 – 78.

SOTTIAUX, S. (2008). "De Rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht", in "De Nieuwe federale Antidiscriminatiewetten", Die Keure 2008, Brugge, Editors: C. BAYART, S. SOTTIAUX, S. VAN DROOGHENBROECK, p. 247.

8. CONTACTPERSOON BIJ UNIA

bruno.martens@unia.be