

Avis du 6 juin 2016¹

**DÉVELOPPER LES ACTIONS POSITIVES
DANS LES SERVICES PUBLICS EN RÉGION DE BRUXELLES -CAPITALE**

Contenu

1. Objet.....	2
2. Extraits de la législation existante	2
3. L'action positive n'est pas une discrimination.....	3
4. Le Gouvernement de la RBC et les institutions publiques régionales peuvent mettre des actions positives en œuvre	5
5. La définition et la mise en œuvre d'actions positives nécessite une préparation rigoureuse	6
5.1. « L'inégalité manifeste » doit être objectivée.....	6
5.2. Les actions positives doivent être assorties d'objectifs durables et mesurables	6
5.3. Les actions positives doivent être « proportionnées » au but légitime.....	7
5.4. Les actions positives doivent être évaluées régulièrement	7
6. Conclusion.....	8
7. Références bibliographiques	8
8. Contact Unia.....	9

¹ L'Accord de coopération du 12 juin 2013, entre l'Autorité fédérale, les Régions et les Communautés, visant à créer un Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations, confère notamment à Unia la mission « d'adresser des avis et recommandations indépendants à tout pouvoir public en vue de l'amélioration de la réglementation et de la législation » (art. 5).

1. OBJET

Loin de prétendre épuiser la question complexe des actions positives dans le cadre des législations antidiscrimination régionales, fédérales et européennes, cet avis se limite à présenter les grandes lignes du concept et de la finalité des actions positives selon les textes légaux pertinents pour la Région de Bruxelles-Capitale (RBC)².

Il est proposé de déterminer dans un deuxième temps, en concertation avec le cabinet de Madame LAANAN, secrétaire d'Etat à la Région de Bruxelles-Capitale, chargée notamment de la Fonction publique régionale, comment poursuivre la démarche de réflexion à propos des possibilités d'action positive dans la fonction régionale bruxelloise.

2. EXTRAITS DE LA LÉGISLATION EXISTANTE

4 SEPTEMBRE 2008. - Ordonnance visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise.

Art. 12. § 1er. Une distinction sur la base des motifs mentionnés à l'article 4, 6°, ne s'analyse jamais en une quelconque forme de discrimination directe ou indirecte lorsque la distinction constitue une mesure d'action positive autorisée par le Gouvernement.

§ 2. Une mesure d'action positive ne peut être mise en œuvre que moyennant le respect des conditions suivantes :

- il existe une inégalité manifeste;
- la disparition de cette inégalité est désignée comme un objectif à promouvoir;
- la mesure d'action positive est de nature temporaire et de nature à disparaître dès que l'objectif visé est atteint;
- la mesure d'action positive ne restreint pas inutilement les droits d'autrui.

Art. 5. (...)

§ 6. Dans les limites des crédits budgétaires régionaux, le Gouvernement attribue un subside aux institutions publiques de la Région de Bruxelles-Capitale telles que visées à l'article 4, 13°, afin de promouvoir la diversité au sein de celles-ci.

Ce subside est attribué aux institutions publiques précitées qui, au cours d'une année civile, engagent dans des emplois contractuels un minimum de 10 % de demandeurs d'emploi issus des quartiers dont le taux de chômage de la population est égal ou supérieur à la moyenne régionale. (...)

² Plusieurs documents mentionnés dans les références bibliographiques ci-dessous comportent par ailleurs des études comparatives internationales.

↳ [3 MARS 2011. - Arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale portant exécution de l'ordonnance du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise](#)

[Art. 2.](#) (...)

§ 3. A la suite du diagnostic établi, l'institution publique définit des objectifs généraux à atteindre en matière de promotion de la diversité, sur les axes mentionnés au § 1er.

L'institution peut également définir des objectifs destinés à faire disparaître une inégalité manifeste ayant été diagnostiquée.

Le Gouvernement peut, pour la période qu'il détermine, définir au niveau régional des objectifs prioritaires liés à la promotion de la diversité.

L'institution publique intègre ces objectifs régionaux prioritaires dans les objectifs de son plan d'action diversité.

§ 4. L'institution publique concrétise les objectifs fixés au travers d'actions à mener.

Trois types d'actions sont envisagés :

- les actions prioritaires, liées aux objectifs prioritaires, tels que stipulés au § 3, alinéas 3 et 4;

- les actions positives visées à l'article 12 de l'ordonnance;

- les actions complémentaires de correction ou de suppression des discriminations, de renforcement ou d'innovation en matière de diversité. (...)

↳ [12/5/2011: Note aux membres du gouv. RBC concernant la fixation d'objectifs prioritaires pour les plans d'action diversité des institutions publiques régionales](#)

Cette dernière note, relative aux objectifs prioritaires régionaux liés à la promotion de la diversité pour la période 2012-2015, fait état de la priorité à accorder à « *l'accession des femmes au cadre moyen et supérieur* », à « *l'engagement et la promotion des personnes d'origine étrangère* » (pour lutter contre « *la sous-représentation dans le corps des fonctionnaires* » et favoriser « *la participation proportionnelle au marché de l'emploi* »), au « *recrutement de jeunes peu qualifiés* », ainsi que « *d'encourager le recrutement et l'emploi de personnes ayant un handicap* ».

3. L'ACTION POSITIVE N'EST PAS UNE DISCRIMINATION

Les extraits cités ci-dessus montrent que le législateur et l'exécutif régional bruxellois se sont donnés les moyens d'autoriser et de mettre en œuvre des « actions positives » au niveau de la fonction publique régionale.

Ces actions positives s'inscrivent clairement dans le cadre des directives européennes antidiscrimination 2000/78/UE (emploi), 2000/43/UE (critères dits « raciaux ») et

2002/73/UE (genre). Ce n'est pas dû au hasard, dans la mesure où *l'ordonnance visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise* du 4 septembre 2008 (ci-après: « l'ordonnance FPRB 2008 ») avait aussi pour but de transposer le droit antidiscrimination européen dans le champ de compétence régional bruxellois. Il existe par ailleurs une jurisprudence au niveau de la Cour de justice européenne qui précise la portée des actions positives³.

Les conditions restrictives mentionnées au §2 de l'article 12 de l'ordonnance FPRB 2008 démarquent clairement les actions positives de ce que l'on a pu désigner par ailleurs comme des « discriminations positives », c'est-à-dire des discriminations où une personne ou un groupe de personnes ne seraient non pas « défavorisés » par rapport à d'autres, mais au contraire « favorisés ». Or, la discrimination est interdite dans tous les cas, qu'il s'agisse de favoriser quelqu'un ou de lui réserver un traitement défavorable.

Pour bien comprendre comment l'action positive se différencie de la discrimination, il est utile de remarquer que « *la doctrine juridique fait la distinction entre deux sortes d'égalités: l'égalité formelle et l'égalité substantielle. La première exige qu'aucune distinction ne soit faite entre personnes : tout le monde est égal devant la loi. Cette égalité est, en quelque sorte, une garantie minimale pour l'individu. En revanche, l'égalité substantielle (ou matérielle, ou encore réelle) implique une égalité par la loi, c'est-à-dire qu'elle est toujours en rapport avec les circonstances : elle s'intéresse à la procédure d'implémentation et par cela à la discrimination de facto* » (Crosby 2013 : page 7).

Autrement dit, l'interdiction de discriminer, c'est-à-dire de réserver un traitement défavorable - ou favorable - à une personne ou un groupe de personnes par rapport à d'autres, est une mise en application seulement du principe d'égalité *formelle*. Les individus sont considérés comme égaux « *en droit* » et il n'est pas permis de leur appliquer un traitement différencié. Or, il se trouve que les individus se trouvent « *de fait* » - en réalité - dans des situations inégales.

Si le pouvoir public se donne dès lors pour but de contribuer à l'égalité *substantielle* entre les individus dans la société, il devra mettre en place des stratégies plus proactives qui visent à compenser, à réduire ou à faire disparaître les inégalités de fait (dont certaines sont d'ailleurs en effet dues à la discrimination fondée sur un ou plusieurs critères protégés par les lois antidiscrimination). Un traitement différencié est alors considéré comme légitime pour contribuer à « une création *active* des chances » (Crosby 2013 : 8). Ce « traitement différencié » n'est donc jamais à comprendre comme l'octroi d'un privilège, mais au contraire comme une tentative de réduire ou de faire disparaître un désavantage préexistant, subi par certains individus ou certains groupes.

Ce sont donc bien les conditions restrictives susmentionnées qui différencient les actions positives de la discrimination interdite, et leur observance est capitale, car « (...) l'action

³ Voir par exemple : Sommaire Badeck, C-158/97, dd. 28 mars 2000, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:61997CJ0158&from=FR>

positive a des limites qu'elle ne peut dépasser sans devenir discriminatoire. En effet, le principe de non-discrimination et celui d'action positive peuvent entrer en conflit étant donné que cette dernière requière de mettre en évidence des différences, là où le premier implique la dissimulation de caractéristiques personnelles afin de garantir l'impartialité (...). Dans la prise de mesures spéciales, il faut s'assurer que celles-ci soient nécessaires et bénéficient à ceux qui en ont besoin, sans créer des nouvelles distinctions. Elles ne peuvent créer des droits pour des personnes appartenant au groupe(s) ciblé(s) qui n'en ont pas besoin, et elles ne peuvent pas exclure des personnes n'appartenant pas à ce(s) groupe(s) qui en ont besoin. En aucun cas, des personnes ne peuvent être privées de besoins fondamentaux sous prétexte d'aider un groupe désavantagé (...).

Ainsi, selon les textes internationaux, toutes les mesures d'action positive doivent être temporaires et être cessées dès lors que les objectifs auxquels elles répondaient sont atteints. Le principe derrière cette limitation est que la continuité de l'action positive peut mener à une stigmatisation, voire à l'émergence de groupes à part entière, vivant parallèlement au reste de la société et que ceci peut aussi être source de conflits (...).

La question que ces limitations évoquent est la suivante : quand ces objectifs sont-ils atteints? Cela pose les problèmes suivants : 1) comment identifier les objectifs ? 2) comment les mesurer ?» (Crosby 2013 : 8-9)

4. LE GOUVERNEMENT DE LA RBC ET LES INSTITUTIONS PUBLIQUES RÉGIONALES PEUVENT METTRE DES ACTIONS POSITIVES EN ŒUVRE

L'ordonnance FPRB 2008 et l'arrêté du gouvernement du 3 mars 2011 cités ci-dessus définissent qui peut mettre en œuvre des actions positives pour la fonction publique régionale bruxelloise, et comment :

Le gouvernement peut :

1. autoriser des actions positives (art. 12, §1 de l'ordonnance) ;
2. déterminer des objectifs prioritaires qui doivent être intégrés dans les plans diversité des institutions publiques qui relèvent du champ d'application de l'ordonnance (art. 2 de l'arrêté du 3 mars 2011). Comme on le voit dans la note du 12/5/2011 aux membres du gouvernement, citée ci-dessus, ces objectifs sont définis en termes de publics cibles soumis à des discriminations ou des inégalités sociales importantes. Les actions poursuivant ces objectifs pourront donc être des actions positives ;
3. définir et mettre en œuvre directement des actions positives, tel par exemple l'incitant financier pour l'engagement de publics issus des quartiers subissant un fort taux de chômage (art. 5 de l'ordonnance) ;

Les institutions publiques liées à la RBC peuvent, quant à elles :

1. « *définir des objectifs destinés à faire disparaître une inégalité manifeste ayant été diagnostiquée* » dans le cadre de leurs plans diversité (art. 2 de l'arrêté du 3 mars 2011) ;
2. mettre en œuvre des actions positives dans le cadre de leurs plans diversité (art. 4 du même arrêté).

Le principe de mise en œuvre des actions positives dans la fonction publique régionale bruxelloise est donc acquis du point de vue juridique.

5. LA DEFINITION ET LA MISE EN ŒUVRE D' ACTIONS POSITIVES NÉCESSITE UNE PRÉPARATION RIGOUREUSE

Au niveau méthodologique, la réalisation d'actions positives ne s'improvise pas. En effet, pour respecter les conditions de mise en œuvre de l'article 12, §1 de l'ordonnance FPRB 2008, plusieurs aspects sont à surveiller :

5.1. « L'INÉGALITÉ MANIFESTE » DOIT ÊTRE OBJECTIVÉE.

Du point de vue quantitatif, l'on peut faire des diagnostics du taux de participation des groupes cibles prioritaires tant au niveau du marché de l'emploi national ou régional, qu'au niveau de la fonction publique régionale ou encore au niveau d'une institution publique. La comparaison de ces niveaux permet par ailleurs d'identifier des secteurs où la sur- ou sous-représentation de certains groupes s'accroît ou au contraire s'atténue.

Du point de vue qualitatif, on recherchera à identifier les « plafonds de verre » (sous-représentation dans un organisme ou un secteur de certains groupes aux postes supérieurs) et les « planchers collants » (sureprésentation de certains groupes aux postes inférieurs).

Le développement d'outils performants de monitoring est essentiel, qui devront être adaptés à l'échelle de l'analyse, pour tenir compte notamment au niveau « micro » de l'impératif de protection de la vie privée.

Il est à noter que si la mesure des taux de participation de certains groupes cibles peut s'avérer relativement simple, comme par exemple dans le cas du genre ou de l'âge, elle requiert une modélisation plus complexe pour l'origine ou le parcours migratoire. Unia plaide dans ce cas pour une harmonisation des modèles de mesure, tels qu'ils ont été élaborés dans le cadre du [monitoring socio-économique](#) (SPF Emploi, Travail et Concertation Sociale & UNIA 2015).

5.2. LES ACTIONS POSITIVES DOIVENT ÊTRE ASSORTIES D'OBJECTIFS DURABLES ET MESURABLES

Dans son étude déjà citée, Andrew Crosby distingue trois types d'objectifs complémentaires (Crosby 2013 : pp. 13-14) :

1. L'amélioration du taux de participation des groupes cible sous-représentés.

Les mesures statistiques du taux de participation ne donnent toutefois que des photos statiques - globales et instantanées - de la situation à un moment donnée. Les objectifs qui suivent sont donc nécessaires pour tenir compte de l'évolution dans le temps et de la mobilité interne dans les organisations.

2. L'amélioration de la rétention (micro) ou de la stabilité de l'emploi (macro).

Il s'agit de veiller ici à la durabilité des résultats visés, dans la mesure où l'on recherche non seulement à compenser de manière momentanée l'existence d'inégalités, mais encore à les faire « disparaître ».

3. L'amélioration du degré de dé-stratification (macro) ou de promotion, voire de représentation proportionnelle à tous les niveaux de l'entreprise (micro).

Il s'agit, en l'occurrence, d'agir sur les plafonds de verre et les planchers collants.

Les plans d'action les plus pertinents sont ceux qui parviennent à intégrer les trois types d'objectifs.

5.3. LES ACTIONS POSITIVES DOIVENT ÊTRE « PROPORTIONNÉES » AU BUT LÉGITIME

De façon générale, dans le droit antidiscrimination, un traitement différencié n'est pas considéré comme une discrimination s'il est démontré qu'il est motivé par *un but légitime* et que les *moyens* pour atteindre ce but sont en l'occurrence *appropriés* (ils sont efficaces pour atteindre le but) et *nécessaires* (il n'y a pas moyen d'atteindre le but autrement) - c'est-à-dire que ces moyens sont « proportionnés ». En cas de litige, c'est le juge qui décide en dernier ressort si la démonstration est valide ou non.

Si la légitimité du but d'une action positive est établie à suffisance par l'objectif de faire disparaître une inégalité manifeste, il reste donc encore à vérifier que les moyens qu'elle met en œuvre sont bien appropriés et nécessaires (Sottiaux 2008), notamment afin de respecter la condition que « *la mesure d'action positive ne restreint pas inutilement les droits d'autrui* » (art.12, §2 de l'ordonnance FPRB 2008 – voir aussi : Cour d'Arbitrage 9/94 dd. 27 janvier 1994, B.6.2).

La nature temporaire de l'action positive contribue par ailleurs à cette proportionnalité : il est mis fin à l'action lorsque celle-ci n'est plus nécessaire.

5.4. LES ACTIONS POSITIVES DOIVENT ÊTRE ÉVALUÉES RÉGULIÈREMENT

Cet impératif est motivé non seulement par d'évidentes raisons méthodologiques, mais aussi par le respect de la nature obligatoirement temporaire de l'action positive (art. 12, §3 de l'ordonnance FPRB 2008.)

Une structuration de cette évaluation pour l'ensemble de la fonction publique régionale devrait être prévue, de façon à garantir une procédure et des critères d'évaluation communs et transparents, ainsi qu'un suivi cohérent dans le temps... et donc une sécurité juridique.

6. CONCLUSION

A côté de la sensibilisation et de la formation, ainsi que du renforcement de l'efficacité du contrôle du respect de l'interdiction de discriminer qui met en œuvre le principe d'égalité formelle, les actions positives sont un moyen nécessaire pour développer des plans d'action qui visent l'égalité substantielle et qui soient évaluables en termes d'objectifs « positifs » (*des buts à réaliser, plutôt que seulement des comportements à éviter*).

La première étape est certainement de mettre en place un système de monitoring, qui permette d'établir des diagnostics, de définir des objectifs chiffrés et d'évaluer ensuite leur réalisation. Aussi les initiatives de créer un « observatoire de l'emploi dans la fonction publique régionale » et de développer à partir de là un monitoring statistique nous semblent-elles des plus pertinentes, notamment dans le cadre de l'objectif 2 de la Stratégie 2025 pour Bruxelles.

Le développement de plans d'actions positives au sein de la fonction publique régionale demandera ensuite une convergence entre différentes compétences et expertises : cabinet de la secrétaire d'Etat chargée de la fonction publique, responsables GRH et/ou diversité, représentants des fonctionnaires dirigeants, représentants des travailleurs, experts scientifiques et juridiques,... Un travail de préparation et puis de suivi soutenu dans le temps est nécessaire.

Dans la mesure de ses moyens, Unia peut contribuer à cet effort.

D'autre part, si certaines actions positives peuvent s'avérer exigeantes en matière de justification, il ne faudrait pas non plus créer l'illusion que les actions positives sont toujours très lourdes à mettre en œuvre ou à justifier. Les incitants sous forme de subsides conditionnés par des mises à l'emploi de nombreux groupes cibles, par exemple, ou encore les clauses sociales dans les marchés publics, sont pratiqués largement et de longue date par les pouvoirs publics en Belgique et ailleurs.

7. REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

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. Réalisé à la demande de l'ancienne *Cellule diversité du Pacte territorial pour l'emploi* (aujourd'hui intégrée à Actiris).



Interfederaal Gelijkekansencentrum
Centre interfédéral pour l'égalité des chances
Interföderales Zentrum für Chancengleichheit

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.

Téléchargement :

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=AFQjCNHczjl_a6-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. Téléchargement :

<http://www.google.be/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjm7v24afNAhVLHxoKHcRmDyWQFggBMAA&url=http%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fsocial%2FblobServlet%3FdocId%3D2745%26langId%3Den&usg=AFQjCNG6cpPj6zx5XJbpdvGLTv7yCULyZA&bvm=bv.124272578,d.d2s>

SERVICE PUBLIC FEDERAL EMPLOI, TRAVAIL ET CONCERTATION SOCIALE & UNIA (2015), Monitoring socio-économique. Marché du travail et origine. http://unia.be/files/Documenten/monitoring_2015_fr_final.compressed.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", dans "De Nieuwe federale Antidiscriminatiewetten", Die Keure 2008, Brugge, Editors: C. BAYART, S. SOTTIAUX, S. VAN DROOGHENBROECK, p. 247.

8. CONTACT UNIA

Bruno.Martens@unia.be