



Sentrum vir
**GRONDWETLIKE
REGTE**

DIE SYFERSPELETJIE VAN DIE WYSIGINGSWETSONTWERP OP BILLIKE INDIENSNEMING

Deur Christine Botha: Waarnemende Direkteur, Sentrum vir Grondwetlike Regte

Die Sentrum vir Grondwetlike Regte (die Sentrum) het onlangs 'n geskrewe voorlegging aan die Departement van Arbeid (die Departement) gemaak oor die *Wysigingswetsontwerp op Billike Indiensneming* (die Wetsontwerp), gelees saam met die konsepregulasies betreffende billike indiensneming van 2018.

Die Wetsontwerp stel verskeie kritiese wysigings aan die *Wet op Billike Indiensneming* van 1998 voor wat maatreëls vir billike indiensneming betref. Ten spyte van die potensieële uitwerking van die Wetsontwerp, blyk dit dat hierdie voorgestelde wysigings ongemerk verbygegaan het. 'n Belangrike voorgestelde wysiging is die daarstelling van sektorale numeriese teikens deur die Minister van Arbeid. Dit is voorgestel ten einde “*billike verteenwoordiging van geskikte gekwalifiseerde persone van aangewese groepe (swart Suid-Afrikaners, vroue en persone met gestremdhede) op alle beroepsvlakke in die werksmag te verseker*”. Die konsepregulasies stel kriteria daar wat deur die Minister oorweeg moet word wanneer die numeriese teikens vir sulke nasionale ekonomiese sektore bepaal word.

Twee wesenlike vrae ontstaan met die Wetsontwerp. Eerstens, is die voorgestelde maatreël rasioneel? Val dit binne die grondwetlike beperkings van artikel 9(2) van die Grondwet (die gelykeheidsbepaling) wat toelaat dat “wetgewende maatreëls” (dit wil sê regstellende aksie-maatreëls) ingestel word om “*persone of kategorieë persone wat deur onbillike diskriminasie benadeel is*”, te beskerm of te bevorder? Tweedens, sal sulke sektorale numeriese teikens substantiewe gelykheid teweegbring? Is dit die pad vorentoe?

Die Wetsontwerp vereis van “aangewese werkgewers” (werkgewers wat moet voldoen aan regstellende aksie) om te verseker dat die “numeriese doelwitte” in hul gelyke indiensnemingsplan voldoen aan die spesifieke sektorale numeriese teiken. “Numeriese doelwitte” in die *Wet op Billike Indiensneming* beteken basies waar daar ‘n “*onderverteenwoordiging*” van persone van die aangewese groepe bestaan, is die werkgewer verplig om numeriese doelwitte van gekwalifiseerde mense uit die groepe op alle beroepsvlakke in sy gelyke indiensnemingsplan te vestig.

Om die eerste vraag te beantwoord, het die Sentrum die drie-stap-toets wat in *Minister of Finance and Others v Van Heerden* (Van Heerden-toets) bepaal is, toegepas. As dit die Van Heerden-toets slaag, val so 'n maatreël binne die grense van artikel 9(2) van die Grondwet en kom dit nie neer op onregverdige diskriminasie nie.*

Met oorweging van die aanhef van die Wetsontwerp, wat die noodsaaklikheid van die voorstel uiteensit, is die volgende duidelik. Daar is ontevredenheid oor die gebrek aan “billike verteenwoordiging” van spesifieke “aangewese groepe”, op “middel-tot-hoër beroepsvlakke” in die privaatsektor. Daar word verwys na die gebrek van verteenwoordiging van swart- en bruin Suid-Afrikaners, en persone met gestremdhede op die genoemde vlakke. Die groepe se verteenwoordiging op hierdie vlakke is met betrekking tot hul demografiese



Sentrum vir
**GRONDWETLIKE
REGTE**

ekonomiese deelname laag. Data van die jaarverslae van die Kommissie vir Diensbillikheid (die Kommissieverslae) word as ondersteuning gebruik.

As mens slegs op top- en seniorbestuursvlakke in die privaatsektor fokus, en slegs op die verteenwoordiging van swart en bruin Suid-Afrikaners, is hul verteenwoordiging onbetwisbaar laag. Dit is volgens die 2017-18 Kommissieverslag, met verwysing na bevolkingsgroepe se nasionale ekonomiese deelname (78% vir swart Suid-Afrikaners, 10% vir bruin Suid-Afrikaners, 9% vir wit Suid-Afrikaners en 3% vir Indiër Suid-Afrikaners). Op middelbestuursvlak, die professioneel gekwalifiseerde vlak en laer vlakke, wys die uitslae 'n ander invalshoek. Hierdie inligting is nie in die aanhef ingesluit nie.

Die Kommissieverslag van 2016-17 het spesifiek gewys op 'n *“positiewe neiging na billike verteenwoordiging... vir die eerste keer op die vlak van professioneel gekwalifiseerde/middelbestuur”*. Die Kommissie het self hierdie tendens as *“positief teenoor die bereiking van billike verteenwoordiging op senior bestuursvlak”* erken. Volgens die 2017-18 Kommissie-verslag, is die swart Suid-Afrikaner-bevolkingsgroep se verteenwoordiging op die “professioneel gekwalifiseerde vlak” in die privaatsektor hoër as dié van die wit bevolkingsgroep.

Dit wys daarop dat regstellende aksie-maatreëls op hierdie laer vlakke doeltreffend is. Dit is sonder om na die “geskoolde” en “halfgeskoolde” vlakke te verwys. Die tendens op die middelbestuursvlak sal logies mettertyd deurgevoer word tot op senior- en topbestuursvlakke - wat toepaslike vaardighede en ondervinding vereis.

Daarom wys die feite dat sulke maatreëls nie op alle beroepsvlakke ingestel hoef te word nie. Die Kommissie se verslag van 2017-18 het ook spesifiek opgemerk dat die verteenwoordiging van die Indiër bevolkingsgroep op senior- en topbestuursvlakke in die privaatsektor veel hoër is as hul nasionale ekonomiese deelname van 3%. Mens sal aanvaar dat dit positief is, aangesien die Indiër bevolkingsgroep duidelik binne “aangewese groepe” val wat vorige onbillike diskriminasie ervaar het, maar daar word min ophef daarvan in die Kommissie verslag van 2017-18 gemaak.

Dit is met die tweede en derde vereiste van die *Van Heerden*-toets waar die voorgestelde maatreël tekortsiet. As mens volgens die toets vra watter toekomstige uitkoms die maatreël ten doel het, naamlik “billike verteenwoordiging”, kan mens nie sê dat dit nie in elk geval natuurlik sonder die voorgestelde ingryping sou plaasvind nie. Dit is nou gebaseer op die feite soos voorheen genoem. Die *Van Heerden*-toets se laaste vereiste bepaal dat dit *“die bereiking van gelykheid moet bevorder”*. Die *Van Heerden* uitspraak het opgemerk dat hierdie laaste vereiste moontlik teen 'n koste vir die voorheen bevoorreedes sal kom. Die ironie is dat dit in hierdie geval ook teen 'n koste kan kom vir diegene van die voorheen benadeelde groepe, maar wat nie die nodige getalle in die samelewing het nie. Dit kan nie wees wat ons Grondwet poog om te bereik nie - en die voorgestelde maatreël is dus nie wat artikel 9(2) van die Grondwet beoog nie.



Sentrum vir
**GRONDWETLIKE
REGTE**

Laastens is daar die vraag of die sektorale numeriese teikens sal lei tot substantiewe gelykheid. Spreek dit dus die dieper benadeling in ons samelewing aan om te verseker dat geleentheid in gelyke mate geniet word? Ten einde hierdie benadeling aan te spreek, is dit belangrik om te verseker dat die data waarop regstellende aksie gegrond is, hierdie kontemporêre realiteit weerspieël en nie net op ras gegrond is nie. Dit is 'n gebrek in Suid-Afrika se huidige regstellende aksie-maatreëls. In 'n verslag van die VN-komitee in 2016 wat gekyk het na Suid-Afrika se nakoming van die *Internasionale Konvensie oor die Uitskakeling van Alle Vorme van Rassediskriminasie* (wat verwys na regstellende aksie-maatreëls as spesiale maatreëls), is daar kommer uitgespreek oor die gebrek aan omvattend data oor die uitwerking van spesiale maatreëls. Die onlangse Gelykheidsverslag van die Suid-Afrikaanse Menseregtekommissie (SAMRK) het ook aanbeveel dat die *Wet op Billike Indiensneming* gewysig word om “*meer genuanseerde groepe te teiken op grond van behoefte en met inagneming van maatskaplike en ekonomiese aanwysers*”.

Artikel 9(2) van die Grondwet verskaf die maatstaf om substantiewe gelykheid te verwesenlik, maar om dit te doen moet regstellende maatreëls onder andere werklike sosio-ekonomiese ongelykhede aanspreek. Daar is 'n dringende behoefte om die *Wet op Gelyke Indiensneming* te wysig om voorsiening te maak vir 'n meer genuanseerde benadering wat die toepassing van regstellende aksie-maatreëls betref. Daar moet spesifiek gekyk word na sosio-ekonomiese aanwysers. Die voorgestelde bepaling betreffende sektorale numeriese teikens is ver verwyderd van die genuanseerde benadering wat so dringend nodig is.

*Die drie-stap-toets van *Van Heerden* is al gekritiseer deur sommige kenners, maar is egter in daaropvolgende hofsake bevestig en is tans die maatstaf om in hierdie analise te gebruik.