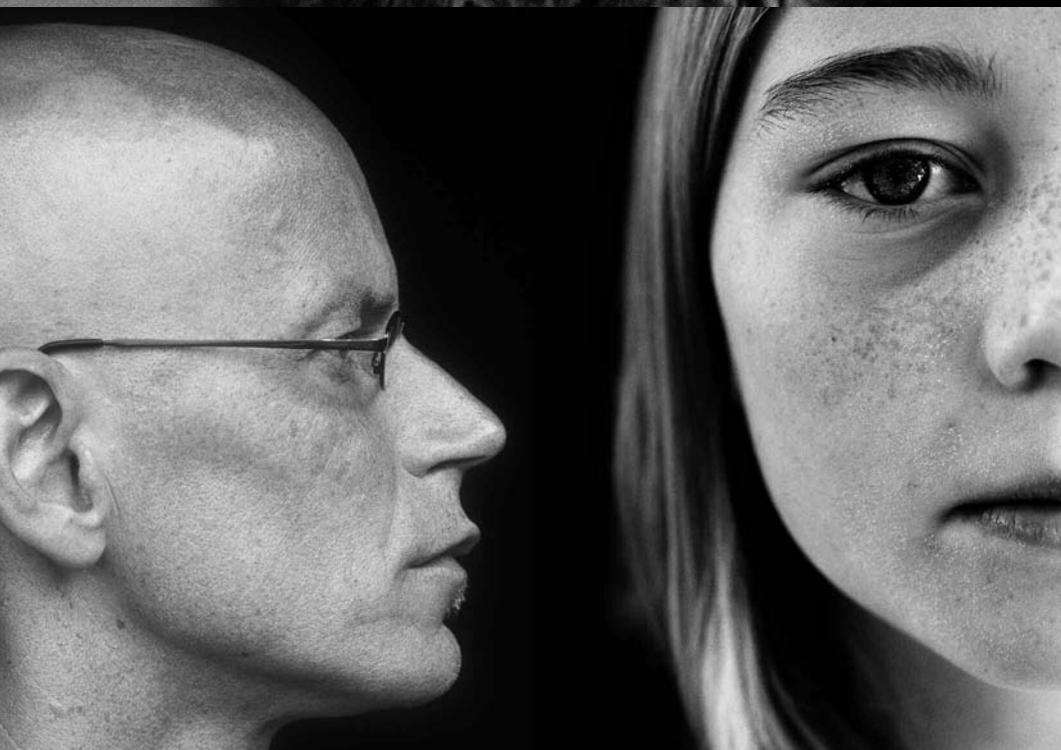




Quantifier les discriminations

Collecte de données
et droit européen sur l'égalité



Commission européenne

Quantifier les discriminations

Collecte de données et droit européen sur l'égalité

Timo Makkonen

Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination

Commission européenne
Direction générale de l'emploi, des affaires sociales
et de l'égalité des chances
Unité G.2

Manuscrit terminé en novembre 2006

Le contenu du présent rapport ne reflète pas nécessairement l'opinion ou la position de la Direction générale de l'Emploi, des Affaires sociales et de l'Égalité des chances de la Commission européenne. Ni la Commission européenne ni aucune personne agissant en son nom ne sont responsables de l'usage qui pourrait être fait des informations contenues dans la présente publication.

Le texte du présent rapport a été rédigé par Timo Makkonen au nom du **Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination** (fondée sur la race ou l'origine ethnique, l'âge, le handicap, la religion ou les convictions et l'orientation sexuelle) géré par:

human european consultancy

Hooghiemstraplein 155

3514 AZ Utrecht

Pays-Bas

Tél. +31 30 634 14 22

Fax +31 30 635 21 39

office@humanconsultancy.com

www.humanconsultancy.com

The Migration Policy Group

Rue Belliard 205, Box 1

1040 Bruxelles

Belgique

Tél. +32 2 230 5930

Fax +32 2 280 0925

info@migpolgroup.com

www.migpolgroup.com

Cette publication a été rédigée à la demande de la Commission européenne, dans le cadre du programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination (2001-2006), destiné à soutenir la mise en œuvre effective de la nouvelle législation européenne visant à combattre les discriminations. Ce programme, d'une durée de six ans, cible tous les intervenants susceptibles de contribuer à l'élaboration de législations et politiques anti-discrimination efficaces et appropriées dans l'ensemble de l'UE des 25, de l'AELE et des pays candidats à l'adhésion.

Ce programme d'action poursuit trois objectifs principaux :

1. Améliorer la compréhension des questions liées aux discriminations
2. Développer la capacité de combattre efficacement les discriminations
3. Promouvoir les valeurs qui sous-tendent la lutte contre les discriminations

Pour plus d'informations, voir:

http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/legis/legln_fr.htm

Si vous souhaitez recevoir la lettre d'information électronique « EMail » de la Direction générale de l'Emploi, des Affaires sociales et de l'Égalité des chances de la Commission européenne, veuillez envoyer un courriel à empl-esmail@ec.europa.eu. Cette lettre d'information paraît régulièrement en anglais, français et allemand.

***Europe Direct est un service destiné à vous aider à trouver des réponses
aux questions que vous vous posez sur l'Union européenne***

Numéro de téléphone gratuit (*):

00 800 6 7 8 9 10 11

(*): Certains opérateurs de téléphonie mobile n'autorisent pas l'accès aux numéros 00 800 ou peuvent facturer ces appels.

De nombreuses autres informations sur l'Union européenne sont disponibles sur l'internet via le serveur Europa (<http://europa.eu>).

Une fiche bibliographique figure à la fin de cet ouvrage.

Luxembourg : Office des publications officielles des Communautés européennes, 2007

ISBN 92-79-03118-X

© Communautés européennes, 2007

Reproduction autorisée, moyennant mention de la source.

© Photographie et conception: Ruben Timman / www.nowords.nl

Printed in Italy

IMPRIMÉ SUR PAPIER BLANCHI SANS CHLORE

Table des matières

	Résumé	5
I	Introduction à la collecte de données	11
1.	Introduction	12
1.1.	Avantages et risques de la collecte de données dans le contexte de la législation anti-discrimination	12
1.2.	Collecte de données : méthodes et concepts	13
1.3.	Contenu de ce rapport	15
II	Droit relatif à l'égalité de traitement et besoins de données	17
2.	Le cadre juridique	18
2.1.	Directives européennes sur l'égalité de traitement	18
2.2.	Le droit international relatif aux droits de l'homme	21
2.3.	Le rôle de la collecte de données dans d'autres contextes pertinents	24
2.4.	Conclusions	25
III	Le rôle des données dans la garantie du respect du droit relatif à l'égalité de traitement	27
3.	Le rôle des statistiques comme preuve de discrimination	28
3.1.	Sources de preuves, charge de la preuve et utilisations de statistiques dans les litiges individuels	28
3.2.	Discrimination directe	31
3.3.	Discrimination indirecte	33
3.4.	Enquêtes menées par des agences	38
3.5.	Conclusions	39
4.	Le rôle des données dans la surveillance des lieux de travail et de la fourniture de services	40
4.1.	Surveillance de la diversité	40
4.2.	Conclusions	41
5.	Le rôle des données dans l'évaluation générale de l'ampleur des discriminations	42
5.1.	Statistiques sociales, économiques et démographiques officielles	42
5.2.	Données sur les plaintes	44
5.3.	Sondages	45
5.4.	Tests de situation	46
5.5.	Conclusions	47
IV	Les risques, contraintes et défis liés à la collecte de données	49
6.	Cas antérieurs et actuels d'usages abusifs de données	50
7.	Protection du droit à la vie privée et droit à la protection des données	52
7.1.	Contexte	52
7.2.	Identification des questions pouvant poser problème	53
7.3.	Protection des données	54
7.3.1.	Directive européenne sur la protection des données	54
7.3.2.	Convention STE n° 108	62
7.3.3.	Législations nationales des États membres de l'UE relatives à la protection des données	64
7.4.	Droit à la vie privée	66
7.4.1.	Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme	66
7.4.2.	Article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques	69
7.4.3.	Articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne	71
7.5.	Conclusions	72
8.	Définitions et catégorisation	72
8.1.	Origine raciale	73
8.2.	Origine ethnique	75
8.3.	Religion et conviction	78
8.4.	Handicap	79
8.5.	Âge	80
8.6.	Orientation sexuelle	80
8.7.	Conclusions	80
V	Conclusions générales	83
	Bibliographie	87
	Annexe I Surveillance de la diversité	95
	Annexe II Exemples de pratiques de surveillance dans les États membres de l'UE	99
	Annexe III Collecte de données par le biais de recensements dans les États membres de l'UE	107

Rivka | 1989

Résumé

La protection contre les inégalités de traitement a été sensiblement renforcée dans toute l'UE grâce à l'adoption de deux directives européennes sur l'égalité de traitement et à leur mise en œuvre au niveau national. Il s'agit de la directive sur l'égalité raciale et de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi. Un aspect important de ces deux directives est qu'elles ne se limitent pas aux préjugés individuels et à leurs conséquences mais abordent aussi les pratiques et schémas institutionnels et sociétaux. Elles privilégient les résultats au niveau des groupes, tant pour diagnostiquer les discriminations que pour mesurer l'efficacité des mesures correctrices. Une telle approche requiert un accès à des données statistiques et la possibilité de faire de ces données un usage qui convienne aux objectifs fixés.

Le présent rapport poursuit un double objectif : 1) déterminer la manière dont les statistiques et autres données peuvent soutenir la mise en œuvre des législations sur l'égalité de traitement ; 2) étudier la manière dont le droit international et le droit européen, en particulier le droit relatif à la protection des données, réglementent la collecte de telles données. Il examine en outre dans quelle mesure les États membres de l'UE collectent actuellement des données et si des données statistiques sont utilisées dans le cadre de poursuites judiciaires.

Ce rapport s'intéresse aux motifs de discrimination couverts par les deux directives européennes précitées : origine raciale ou ethnique, convictions religieuses et philosophiques, handicap, âge et orientation sexuelle. Certaines informations spécifiques à des pays, citées dans le présent rapport, ont été obtenues par le biais d'une enquête envoyée aux membres du Réseau européen des experts juridiques indépendants en matière de non-discrimination.

Dresser la carte des besoins d'informations

Une enquête menée en 2004 par la Commission européenne a révélé que 93% des répondants, pour la plupart des experts dans le domaine de la lutte contre les discriminations, estimaient qu'il était « important » ou « très important » de recueillir des données pour élaborer des politiques efficaces de promotion de l'égalité et de lutte contre les discriminations. Cette reconnaissance quasi unanime de la nécessité de recueillir des données s'explique par les nombreux rôles absolument vitaux que les données statistiques peuvent jouer dans ce contexte :

- Les preuves statistiques peuvent jouer un rôle crucial dans les procès. Les plaignants ont eux-mêmes souvent besoin de preuves statistiques pour étayer leur plainte, surtout lorsque celle-ci porte sur des discriminations indirectes. Les deux directives reconnaissent cet état de fait et stipulent que « [le] droit national ou [les] pratiques nationales [...] peuvent prévoir, en particulier, que la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques ».
- Les données statistiques peuvent jouer un rôle clé dans la reconnaissance de la nécessité de prendre et de planifier des mesures d'action positive. Les deux directives permettent une action positive en autorisant le maintien ou l'adoption de mesures spécifiques visant à prévenir ou à compenser les désavantages liés à l'un ou l'autre des motifs mentionnés dans ces directives.
- Les agences gouvernementales, les entreprises et autres organisations peuvent recueillir des données statistiques aux fins de vérifier le respect des lois sur l'égalité de traitement.
- Des statistiques sont nécessaires pour évaluer l'efficacité des lois et politiques anti-discrimination actuelles et pour guider l'élaboration des politiques et l'évolution de la législation.
- Des statistiques et autres connaissances et preuves scientifiques peuvent considérablement accroître la prise de conscience et les efforts de sensibilisation et fournir une base de référence factuelle probante qui permette un examen de la situation nationale en matière de discrimination.
- Des conventions internationales clés relatives aux droits de l'homme, auxquelles tous les États membres de l'UE sont parties, requièrent, de façon directe ou indirecte, la collecte de données sur les discriminations. Plusieurs conventions exigent que les États contractants remettent aux organes de suivi des traités internationaux des

rapports périodiques nationaux sur la situation relative aux droits de l'homme. Or, pour pleinement respecter ces exigences, il faut recueillir des données statistiques.

Il convient également de noter que, en vertu de l'article 13 de la directive sur l'égalité raciale, les États membres de l'UE sont tenus de désigner un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement, qui doivent notamment avoir compétence pour « conduire des études indépendantes concernant les discriminations » et « publier des rapports indépendants et émettre des recommandations sur toutes les questions liées à ces discriminations ». Pour réussir à satisfaire à ces exigences, il sera utile, voire indispensable, de recueillir des données statistiques.

Le rôle des données dans la garantie du respect du droit relatif à l'égalité de traitement

Le présent rapport procède à un examen plus approfondi de trois contextes dans lesquels des données statistiques peuvent être utilisées pour garantir le respect du droit relatif à l'égalité de traitement: les procès, dans lesquels des données statistiques peuvent permettre de prouver l'existence ou l'absence de discrimination dans des affaires individuelles ; la surveillance interne des pratiques sur les lieux de travail, où des statistiques sur la composition de la main-d'œuvre peuvent révéler une éventuelle sous-représentation susceptible de résulter de discriminations ; enfin, l'analyse des causes, de l'ampleur et des effets des discriminations dans la société en général.

Il est aujourd'hui de notoriété publique que les formes modernes de discrimination sont souvent subtiles et cachées et, dès lors, moins faciles à prouver. Il est rare de trouver des preuves directes de discrimination et lorsque de telles preuves directes existent, il est encore plus rare de les voir corroborées. En outre, dans les procès pour discrimination, c'est généralement le défendeur et non le plaignant qui détient les preuves factuelles ou d'importantes parties de telles preuves. Le partage de la charge de la preuve, tel que prévu dans les deux directives, atténue dans une certaine mesure ces difficultés. Les statistiques peuvent constituer un élément de preuve important, voire décisif, dans des plaintes pour discrimination et sont régulièrement déclarées recevables dans les systèmes juridiques européens. L'analyse montre que les données statistiques peuvent être pertinentes tant pour les discriminations directes que pour les discriminations indirectes.

Toutefois, l'étude menée aux fins de ce rapport par le *Réseau européen des experts juridiques indépendants en matière de non-discrimination* révèle que seuls quelques rares États membres de l'UE ont une solide tradition d'utilisation de données statistiques dans le contexte de procès liés à des discriminations fondées sur les motifs couverts dans ce rapport. Il s'agit du Royaume-Uni, de l'Irlande et des Pays-Bas. L'expérience des autres pays membres de l'UE dans ce domaine est limitée, voire inexistante. L'utilisation des données statistiques requiert quelques processus assez complexes, tels que l'élaboration de groupes témoins et le calcul du désavantage relatif, qui figure au cœur des plaintes pour discrimination indirecte. Le non-recours à des données statistiques ne semble toutefois pas imputable à ces difficultés mais semble plutôt découler directement du manque de données dans ce domaine. Peu de pays pratiquent une collecte systématique de données via l'établissement de statistiques officielles (telles que des recensements ou enquêtes nationales ventilées par motif de discrimination), la surveillance des pratiques sur les lieux de travail et la recherche (par exemple des enquêtes sur les victimes et des tests sur les discriminations). Parfois, il est en théorie possible de réunir les données nécessaires à un procès spécifique grâce à des tests ou à des observations ponctuelles mais, dans la pratique, ce n'est souvent pas une option viable car le déploiement de telles méthodes exige trop de ressources financières et de savoir-faire spécialisé des plaignants concernés. Certains pays ont tenté de résoudre ce problème en désignant des organes spécifiques qui ont été investis du pouvoir de mener des enquêtes et d'aider les plaignants à réunir des preuves.

Les données statistiques peuvent également être utilisées dans le contexte de la surveillance quantitative des lieux de travail. La surveillance est certainement la mesure la plus efficace qu'un organe gouvernemental, une entreprise ou toute autre organisation puisse prendre pour s'assurer du respect des lois sur l'égalité de traitement.

La surveillance quantitative désigne un processus par lequel une organisation recueille des données sur la composition de ses effectifs, par exemple en termes d'âge et d'origine ethnique, afin de détecter d'éventuels déséquilibres dans la composition de son personnel. Une telle surveillance présente de nombreux avantages et les expériences des pays qui ont imposé de tels devoirs de surveillance sont en grande majorité positives. Toutefois, seuls quelques rares pays européens ont instauré ces devoirs de surveillance et, même dans ces pays, ces devoirs ont une portée assez limitée en termes d'organismes et de motifs de discrimination couverts.

Outre leur rôle potentiellement central dans les procès et dans la surveillance des pratiques sur les lieux de travail, les données statistiques sont indispensables pour étudier les causes, l'ampleur et les conséquences des discriminations à un niveau plus général. Les données utiles dans ce contexte peuvent être tirées de diverses sources, telles que les statistiques officielles, les données relatives aux plaintes (telles que les données de l'appareil judiciaire) et la recherche. Ce type de données fournit des informations importantes, au niveau sociétal, sur la mesure dans laquelle les lois sur l'égalité de traitement sont respectées dans la pratique et sur l'impact qu'elles ont sur la situation de groupes vulnérables aux discriminations. Bon nombre d'États membres, pour ne pas dire la plupart des États membres, fournissent certaines informations dans ce domaine. En général, ils collectent et publient des données sur le nombre de plaintes pour discrimination déposées auprès de la police ou auprès de tout autre organe compétent et mènent parfois des enquêtes sur les victimes et/ou des sondages d'opinion. Mais la collecte de données réalisée à ces fins a tendance à être incomplète, en particulier pour ce qui est des motifs couverts et de la méthode utilisée pour la collecte de données.

Il est dès lors justifié de conclure de façon générale que, dans les trois contextes examinés, la collecte de données, en tant qu'outil pour garantir et promouvoir la concrétisation de l'égalité de traitement, est trop peu utilisée.

Protection des données et droit à la vie privée

Bon nombre s'opposent à la collecte de données sur les motifs d'égalité en soutenant que les lois relatives à la protection des données et au droit à la vie privée interdisent de recueillir des données à caractère aussi personnel et le plus souvent sensible. Pour examiner le bien-fondé de cet argument, le présent rapport analyse les normes juridiques pertinentes à l'échelon international et européen ainsi que, dans une certaine mesure, au niveau national.

Le droit à la protection de la vie privée est garanti dans plusieurs conventions internationales relatives aux droits de l'homme. Les plus importantes d'entre elles dans le contexte européen sont la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP).

L'article 8(1) de la CEDH stipule que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale », ce qui englobe le droit au respect des informations concernant la vie privée. La collecte, le stockage, l'usage et la divulgation de données à caractère personnel tombent dans le champ d'application de l'article 8. Le traitement de données à caractère personnel sans le consentement de la personne concernée ou à l'insu de celle-ci constituera probablement une atteinte aux droits prévus par cet article 8, surtout si les données sont de nature telle qu'elles pourraient présenter la personne concernée sous un jour défavorable ou pourraient entraîner une restriction de sa liberté de choix. Le droit au respect de la vie privée n'est pas absolu : une ingérence dans l'exercice de ce droit peut être justifiée en vertu de l'article 8(2). Pour ne pas enfreindre l'article 8, une telle ingérence doit 1) être conforme au droit, 2) poursuivre un objectif légitime et 3) être nécessaire dans une société démocratique pour atteindre ledit objectif. En pratique, vu que tous les États membres de l'UE ont adopté des lois sur la protection des données et que la lutte contre les discriminations constitue un « objectif légitime », les activités de collecte de données respecteront l'article 8 si elles peuvent être considérées comme nécessaires dans une société démocratique pour atteindre ledit objectif. Le présent rapport conclut que la collecte de données liées aux motifs d'égalité ne porte en général pas atteinte à l'article 8 dès lors que le principe de proportionnalité est respecté. Cela présuppose, par exemple, de recourir, par principe, aux moyens les moins intrusifs pour recueillir les données.

L'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit que nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée et que toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions. Pour respecter l'article 17, une immixtion dans la vie privée doit donc reposer sur une loi – qui doit elle-même respecter les dispositions, buts et objectifs du Pacte – et doit être raisonnable au vu des circonstances spécifiques. Tous les États membres de l'UE ont adopté des lois dans le domaine de la protection des données et tous ont créé des autorités de contrôle du respect de ces lois, de sorte qu'ils fournissent – tout au moins a priori – les garanties requises par l'article 17. En outre, la collecte de données destinée à la lutte contre les discriminations satisfait par présomption à l'exigence du caractère raisonnable et est conforme aux buts et objectifs du PIDCP. En conséquence, le présent rapport conclut que l'article 17 du PIDCP ne pose pas d'obstacles majeurs à la collecte de données, à condition que le principe de proportionnalité soit respecté dans toutes les opérations de traitement de données à caractère personnel.

Si les conventions relatives au droit à la vie privée traitent de la collecte de données à caractère personnel à un niveau assez général, les documents qui concernent la protection des données donnent des orientations plus détaillées à cet égard. La directive européenne sur la protection des données constitue un instrument essentiel dans ce domaine. Avec les 34 paragraphes de son dispositif et ses 72 considérants, cette directive est un texte législatif remarquablement complexe. Le présent rapport met en évidence et analyse deux aspects clés de cette directive : premièrement, les conditions dans lesquelles sont autorisés la collecte et autre traitement de données sensibles et, deuxièmement, les principes qualitatifs à respecter dans le traitement de données à caractère personnel.

L'article 8 de cette directive énonce les critères qui légitiment le traitement de données sensibles. La notion de « données sensibles » (appelées « catégories particulières de données » dans le libellé de la directive) désigne les données à caractère personnel qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que la santé ou la vie sexuelle. L'article 7 fixe les critères, quelque peu moins stricts, qui s'appliquent au traitement de données à caractère personnel considérées comme non sensibles (telles que l'âge d'une personne). L'article 8(1) se base sur le principe selon lequel le traitement de données portant sur des données sensibles est interdit mais des exceptions sont énoncées à l'article 8(2). Ce dernier cite plusieurs conditions, dont l'une au moins doit être remplie pour légitimer le traitement de données à caractère personnel considérées comme sensibles. Point crucial, l'article 8(2) autorise le traitement de données sensibles si la personne concernée a donné son consentement, sauf dans le cas où la législation de l'État membre s'y oppose. Le traitement de données sensibles est également autorisé lorsque de telles données sont nécessaires à l'établissement, à l'exercice ou à la défense d'un droit. D'autres dérogations à l'interdiction de principe de traiter des données sensibles peuvent être prévues par le droit national ou par décision de l'autorité nationale de contrôle, sous réserve de « garanties appropriées ».

L'article 6 énonce cinq principes qualitatifs à respecter lors du traitement de données à caractère personnel. Ces principes requièrent que les données à caractère personnel soient a) traitées loyalement et licitement ; b) collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes ; c) adéquates, pertinentes et non excessives ; d) exactes et, si nécessaire, mises à jour ; e) conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée qui ne soit pas plus longue que nécessaire. Le présent rapport conclut qu'en vertu de ces principes, les personnes effectuant les opérations de collecte de données devraient, par principe, privilégier une collecte de données secondaires plutôt que primaires, des enquêtes anonymes plutôt que non anonymes, des échantillonnages plutôt que des enquêtes à grande échelle et des enquêtes volontaires plutôt qu'obligatoires, à moins qu'une telle approche ne compromette la réalisation des objectifs de l'opération.

Tous les pays de l'UE ont transposé la directive européenne sur la protection des données dans leur droit national, de sorte que les lois nationales de protection des données comportent beaucoup de points communs au niveau tant de la structure que du contenu. Quelques variations peuvent toutefois être observées parce que maintes dispositions de la directive laissent une marge d'interprétation. Il est important de noter qu'un examen des lois générales de chaque pays relatives à la protection des données révèle que la plupart des États membres de l'UE n'ont pas exclu le traitement de données sensibles sur la base du consentement de la personne concernée, respectant en cela une des dérogations prévues dans la directive européenne sur la protection des données.

Certains pays ont toutefois limité l'applicabilité de cette règle, par exemple en exigeant le respect de critères supplémentaires.

Le présent rapport évoque en outre des situations passées et présentes où l'on a utilisé ou tenté ou projeté d'utiliser les systèmes de données démographiques pour cibler des individus ou des groupes de populations à des fins illégitimes ou abusives et il examine si, au vu de ces exemples, il convient de renoncer à la collecte de données relatives aux motifs d'égalité. À cet égard, il conclut que s'il est nécessaire de réduire au minimum la possibilité d'usages abusifs, surtout par un respect scrupuleux des lois sur la protection des données, la collecte de données relatives aux motifs d'égalité ne semble pas, lorsque les précautions nécessaires sont prises, présenter une menace supplémentaire crédible.

Définitions et catégorisation

Avant de collecter des données, que ce soit par la surveillance des pratiques sur les lieux de travail, par des recensements, sondages ou observations, il faut décider des catégories pertinentes qui seront utilisées. La constitution de catégories et la définition des principes en fonction desquels les individus peuvent être regroupés en différentes catégories se sont révélées être deux des aspects les plus difficiles de la collecte de données relatives aux motifs d'égalité, en particulier à l'origine ethnique. Face à ces difficultés, dans nombre de pays, les questions de recensement portant sur l'ethnicité ont changé d'un recensement à l'autre.

Les deux directives ne définissent pas « l'origine raciale », « l'origine ethnique », « le handicap », « la religion », « les convictions », « l'âge » ni « l'orientation sexuelle ». Le présent rapport constate que cela ne signifie pas pour autant que les États soient libres de définir ces concepts et de créer les catégories utilisées aux fins de collectes de données comme bon leur semble. Ils doivent constituer les catégories sur la base de critères fondés sur des facteurs objectifs et doivent faire preuve de cohérence dans l'application de ces critères. C'est particulièrement vrai lorsque la collecte de données est liée à l'attribution de droits, d'obligations, de ressources ou de charges, comme c'est souvent le cas dans un recensement.

L'approche de la collecte de données basée sur les droits de l'homme souligne le droit au contrôle de ses données sensibles. En vertu du droit humanitaire international, personne ne peut être contraint de révéler son origine ethnique ou sa religion, et ce principe peut s'appliquer aussi à d'autres types de données sensibles. En ce qui concerne l'origine ethnique, le droit humanitaire international soutient le principe de l'auto-identification, selon lequel c'est à l'individu concerné de décider à quel groupe ethnique il appartient.

Conclusions

Le présent rapport conclut qu'il existe une demande considérable et impérieuse de collecte de données relatives aux motifs d'égalité. Actuellement, cette demande n'est pas satisfaite et il semble que cet état de fait n'ait pas été bien compris dans les cultures juridiques et politiques des États membres. Le point de vue maintes fois répété selon lequel le droit international et le droit européen sur le respect de la vie privée et sur la protection des données interdisent la collecte de données à caractère personnel relatives aux motifs d'égalité s'est révélé faux. Les lois pertinentes se bornent à énoncer le cadre juridique et les critères qualitatifs à respecter lors de la collecte ou du traitement de données. Dès lors, le présent rapport reconnaît la nécessité de se lancer dans une collecte de données pour œuvrer à la concrétisation de l'égalité de traitement.

Steven | 1977

Partie I

Introduction à la collecte de données

1. Introduction

La législation anti-discrimination a élargi sa portée, jadis centrée sur les préjugés individuels, pour englober les pratiques et schémas institutionnels et sociétaux. Elle privilégie les résultats au niveau des groupes, tant pour diagnostiquer les discriminations que pour mesurer l'efficacité des mesures correctrices. Une telle approche requiert un accès à des données collectives et la possibilité de faire de ces données un usage correspondant aux objectifs fixés. La présente étude se propose d'examiner dans quelle mesure les données peuvent participer à l'établissement de la preuve d'une discrimination, à l'élaboration de stratégies d'action positive, à la surveillance des pratiques sur les lieux de travail et à l'évaluation de l'efficacité des directives européennes sur l'égalité raciale et l'égalité en matière d'emploi dans la lutte contre les discriminations. Elle abordera les difficultés liées à la collecte et à l'interprétation de données dans ce contexte et proposera d'éventuels moyens de résoudre ces difficultés, en s'appuyant sur l'expérience des États membres de l'UE et, le cas échéant, sur celle d'autres juridictions pertinentes.

1.1. Avantages et risques de la collecte de données dans le contexte de la législation anti-discrimination

Une enquête récente menée par la Commission européenne a révélé que 93% des répondants estimaient qu'il était « important » ou « très important » de recueillir des données pour élaborer des politiques efficaces de promotion de l'égalité et de lutte contre les discriminations¹. Cette reconnaissance quasi unanime de la nécessité de recueillir des données s'explique par les nombreux rôles absolument vitaux que les données statistiques peuvent jouer dans ce contexte.

Les données relatives aux discriminations peuvent concourir à la réalisation d'un vaste éventail d'objectifs :

1. Prouver l'existence d'une discrimination : les plaignants ont eux-mêmes souvent besoin de preuves statistiques pour étayer leur plainte, surtout lorsque celle-ci porte sur une discrimination indirecte.
2. Guider l'élaboration des politiques et des lois : les décideurs au niveau tant européen que national ont besoin d'informations complètes et fiables lorsqu'ils doivent répondre à des questions sur les politiques appropriées, les législations et les remèdes efficaces pour résoudre le problème des discriminations. Les organes nationaux chargés de l'égalité des chances, les médiateurs ainsi que les ONG en ont également besoin pour planifier et exécuter leur travail avec efficacité.
3. Élaborer des stratégies d'action positive.
4. Surveiller au niveau national la situation, les pratiques sur les lieux de travail et d'autres schémas institutionnels.
5. Évaluer l'efficacité des directives européennes sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi pour combattre les discriminations.
6. Mener des activités de sensibilisation et permettre aux chercheurs d'améliorer notre compréhension de la discrimination en tant que phénomène, condition préalable à l'élaboration de politiques plus efficaces de lutte contre les discriminations.

En résumé, nous sommes en droit de conclure que les données statistiques peuvent porter la lutte contre les discriminations à un niveau totalement neuf (voir figure 1).

¹ Statistiques des réponses au Livre vert sur la non-discrimination et l'égalité de traitement. Disponibles sur le site Internet de la Commission européenne, à l'adresse : http://ec.europa.eu/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/green/stats_fr.pdf

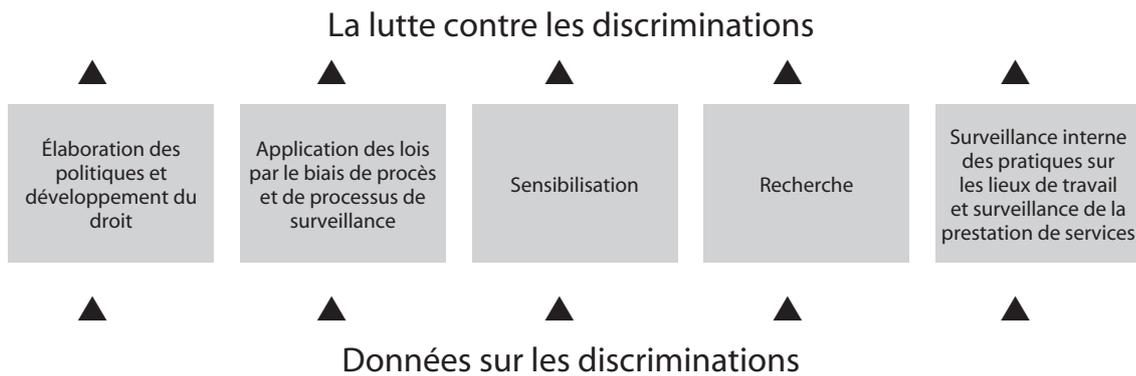


Figure 1. Usages des données statistiques dans la lutte contre les discriminations

Toutefois, l'idée même de recueillir des données sensibles suscite de nombreuses craintes et préoccupations parce que ces données, par leur nature même, permettent des usages tant légitimes qu'illégitimes et que, par le passé, des données sensibles ont fait l'objet d'usages abusifs en plusieurs occasions. Dès lors, certaines personnes estiment qu'il ne faudrait recueillir aucune donnée concernant l'origine raciale ou ethnique, les convictions religieuses ou philosophiques, le handicap, ou l'orientation sexuelle, pas même aux fins de l'élaboration de lois et politiques anti-discrimination. Par ailleurs, selon une idée largement répandue, la collecte de données sensibles est interdite par le droit international, européen et/ou national relatif à la protection des données. C'est pour cette raison que des garanties importantes ont été instaurées afin de permettre le recueil des fruits de la collecte de données sans courir de risques.

Alors que ces questions sont de plus en plus évoquées ces dernières années, à ce jour, il n'existe que peu voire pas d'analyses juridiques complètes 1) des utilisations de données statistiques dans ce contexte et 2) des restrictions qu'impose le droit, en particulier le droit sur la protection des données, à la collecte de données. Il est impossible de procéder à une analyse approfondie et exhaustive des questions juridiques pertinentes dans les limites d'un seul rapport mais nous espérons néanmoins que le présent rapport permettra, quant à lui, de porter les discussions à un nouveau niveau.

1.2. Collecte de données: méthodes et concepts

Tout d'abord, il convient de définir les concepts clés. Comme il n'existe aucun consensus universel sur la définition de la plupart de ces concepts, les définitions qui suivent ne s'appliquent qu'au présent rapport.

On entend par « donnée » toute information, présentée sous une forme chiffrée ou autre. Les données ont pour fonction de révéler quelque chose sur un aspect de la réalité et peuvent dès lors être utilisées à des fins d'analyse, de raisonnement ou de prise de décision. Lorsque les données concernent une personne identifiable, on les appelle des données à caractère personnel. L'individu à qui se rapportent ces données est appelé « la personne concernée ». Lorsque les données à caractère personnel se rapportent à des matières telles que l'origine raciale ou ethnique, les convictions religieuses ou philosophiques, le handicap ou l'orientation sexuelle, elles sont dites « sensibles », bien qu'il convienne de noter que la directive européenne sur la protection des données² ne parle pas de données sensibles mais bien de « catégories particulières de données ». Toute opération effectuée sur des données à caractère personnel, en ce compris la collecte, l'enregistrement, la divulgation et la destruction des données, est couverte par le terme « traitement » dans le présent rapport. Les données initialement liées à une

² Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, Journal officiel L 281 du 23.11.1995 (ci-après « la directive sur la protection des données »).

personne identifiée sont dites anonymes si elles ont été traitées de telle manière qu'elles ne sont plus associées à une personne identifiée ou identifiable.

Il existe une vaste gamme de sources de données qui sont utiles dans le contexte des lois et politiques anti-discrimination, notamment :

- les sources de statistiques officielles, telles que les données recueillies par le biais de recensements de la population et autres grandes enquêtes nationales, telles que l'Enquête sur les forces du travail (EFT) et l'Enquête sur les revenus et les conditions de vie (ERCV ou SILC, de l'anglais *Survey on Income and Living Conditions*) ;
- les registres administratifs, tels que les registres centraux et locaux de la population ;
- les données relatives aux plaintes, telles que les statistiques émanant de la police, des dossiers et registres des parquets et des tribunaux ; les données des registres des médiateurs, d'organismes spécialisés et d'ONG ;
- les recherches universitaires et ponctuelles, telles que des enquêtes sur échantillons qui dressent un tableau des expériences de groupes exposés à des discriminations ; des sondages sur la prévalence des préjugés ; des tests sur les discriminations et des recherches qualitatives comprenant des interviews approfondis ;
- les données recueillies via la surveillance des pratiques sur les lieux de travail et la surveillance de la prestation de services.

Il convient d'établir une distinction entre collecte de données primaires et collecte de données secondaires. La collecte de données primaires désigne la collecte de données « initiale », tandis que la collecte de données secondaires désigne la collecte de données déjà en possession d'une entité, c'est-à-dire de données qui ont été collectées antérieurement. Dans la collecte de données primaires, les données sont recueillies directement auprès des personnes concernées (« collecte primaire directe ») ou auprès d'individus proches de celles-ci ou liés à celles-ci, qui répondent à leur place (« collecte primaire indirecte »), ou encore par le biais d'une « observation directe »³. Les données sont habituellement recueillies au moyen de questionnaires, d'interviews ou par l'observation.

Il existe en gros deux objectifs, à ne pas confondre, pour lesquels on effectue des collectes de données :

- permettre de tirer des conclusions et/ou de prendre des décisions à un niveau individuel ; par exemple, un employeur peut noter le handicap d'un travailleur pour pouvoir offrir à ce dernier des aménagements appropriés raisonnables, ou un hôpital peut noter qu'un patient refuse l'administration d'une transfusion sanguine pour des motifs religieux ;
- permettre de tirer des conclusions et/ou de prendre des décisions au niveau du groupe ; par exemple, des données peuvent révéler des schémas de sous-représentation, en particulier dans des métiers ou des institutions d'enseignement, et ces données pourront ensuite être utilisées pour étayer une plainte pour discrimination indirecte ou pour planifier une stratégie d'action positive⁴.

Ce dernier but souligne l'objet même des statistiques. Les statistiques visent à révéler, sous une forme globale, des informations sur une population définie (par exemple le taux d'emploi moyen des jeunes immigrés) ou sur un phénomène spécifique (par exemple le nombre de plaintes pour discrimination déposées en un an). L'objectif est de fournir des informations anonymes et consolidées, mais si les informations sont – ou tout au moins devraient être – rendues disponibles sous une forme telle qu'il soit impossible d'associer une personne spécifique et une donnée (une série de données) précise, cela n'élimine en rien la nécessité de respecter les lois sur la protection des données au cours de la production des statistiques car les données agrégées reposent toujours sur des micro-données, généralement des données à caractère personnel.

³ Conseil de l'Europe, Recommandation concernant la protection des données à caractère personnel collectées et traitées à des fins statistiques. Recommandation n° R (97) 18 et exposé des motifs, p. 31.

⁴ L'établissement de cette distinction est crucial car les données collectées uniquement à des fins statistiques ne peuvent normalement pas, en vertu des lois européennes sur la protection des données, servir à la prise de décisions relatives à des personnes physiques spécifiques. Dès lors, il n'est généralement pas permis d'utiliser les résultats de recensements comme éléments de preuve dans des procès.

1.3. Contenu de ce rapport

Voici les questions auxquelles cette étude se propose de répondre :

- La collecte de données est-elle nécessaire ou utile pour répondre aux obligations juridiques découlant des instruments anti-discrimination du droit européen ou international ? Ces questions seront examinées au chapitre 2.
- De quelles manières les données peuvent-elles être utilisées pour garantir le respect de la législation anti-discrimination ? En particulier, quel est le rôle des données a) dans les procès, b) dans la surveillance des pratiques sur les lieux de travail et la surveillance de la fourniture de services et c) dans la détection de l'ampleur, des formes et des conséquences des discriminations dans la société en général ? Ces questions seront examinées aux chapitres 3, 4 et 5.
- Quels sont les risques, contraintes et défis liés à la collecte de données ? Comment les données à caractère personnel ont-elles été utilisées à des fins abusives par le passé ? Quelles limites et conditions le droit européen et international des droits de l'homme et la législation sur la protection des données posent-ils à la collecte de données ? Ces questions seront examinées aux chapitres 6, 7 et 8.

Enfin, le présent rapport formule plusieurs conclusions sur la base de ces analyses.

Le présent rapport s'intéresse surtout à la pertinence de la collecte de données pour la directive 2000/78/CE du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (ci-après dénommée la directive sur l'égalité en matière d'emploi) et la directive 2000/43/CE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (ci-après dénommée « la directive sur l'égalité raciale »). La première de ces deux directives interdit toute discrimination basée sur les convictions religieuses ou philosophiques, l'âge, le handicap et l'orientation sexuelle dans les domaines de l'emploi et du travail, tandis que la deuxième interdit toute discrimination basée sur l'origine raciale ou ethnique, concernant l'emploi, le travail, l'éducation, la protection sociale, les avantages sociaux et l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services, à la disposition du public, y compris en matière de logement⁵.

La collecte de données présente un intérêt pour plusieurs aspects clés de ces deux directives :

- les concepts de discrimination, surtout celui de la discrimination indirecte ;
- les dispositions relatives à l'action positive, qui permettent de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques afin de prévenir ou de compenser des désavantages liés à l'un ou l'autre des motifs mentionnés dans ces directives⁶ ;
- l'exigence de « favoriser le dialogue social entre les partenaires sociaux en vue de promouvoir l'égalité de traitement, y compris par la surveillance des pratiques sur le lieu de travail... »⁷ ;
- l'exigence, imposée par l'article 13 de la directive sur l'égalité raciale, de désigner un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement, qui doivent notamment avoir compétence pour « conduire des études indépendantes concernant les discriminations » et « publier des rapports indépendants et émettre des recommandations sur toutes les questions liées à ces discriminations ».

Les informations contenues dans le présent rapport reposent en partie sur les réponses à une enquête envoyée aux membres du Réseau européen des experts juridiques indépendants en matière de non-discrimination, qui a été créé et est financé dans le cadre du programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination (2001-2006) et est coordonné par *Human European Consultancy* et par le *Migration Policy Group* (MPG).

⁵ Voir les directives respectives pour obtenir une description précise des matières qu'elles couvrent.

⁶ Article 5 de la directive sur l'égalité raciale ; article 7 de la directive sur l'égalité en matière d'emploi.

⁷ Article 11 de la directive sur l'égalité raciale et article 13 de la directive sur l'égalité en matière d'emploi.

Henk | 1954

Partie II

Droit relatif à l'égalité de traitement et besoins de données

2. Le cadre juridique

2.1. Directives européennes sur l'égalité de traitement

La structure opérationnelle de fond de ces deux directives repose sur deux pierres angulaires. La première pourrait être formulée en ces termes : « application du droit anti-discrimination mû par les plaintes ». Les deux directives présentent une caractéristique importante : elles visent à garantir que les individus qui se sentent victimes de discrimination puissent bénéficier d'un accès effectif à la justice. Dès lors, elles tentent d'éliminer nombre des obstacles auxquels se heurtaient jadis ceux qui voulaient ester en justice pour discrimination. Parmi ces aspects clés des directives, citons la présence d'une définition opérationnelle, efficace et relativement large de la discrimination, et des dispositions qui interdisent la victimisation, réduisent la charge de la preuve et exigent que des procédures judiciaires et/ou administratives soient disponibles pour l'application de la législation anti-discrimination, que des associations et autres entités puissent engager des poursuites judiciaires ou des procédures administratives telles que prévues par les directives et les lois nationales, qu'il existe au niveau national un organe de promotion de l'égalité des chances compétent pour fournir une aide indépendante aux victimes de discrimination raciale ou ethnique et que la législation prévoie des sanctions effectives et proportionnées.

Les statistiques peuvent jouer un rôle en tant qu'élément de preuve important dans le cadre de plaintes de personnes, surtout dans le cas d'une discrimination indirecte, où l'attention se porte sur les résultats pour le groupe, c'est-à-dire sur les effets de diverses mesures et pratiques sur des groupes spécifiques. En approfondissant cette question, le chapitre 2 révèle que, dans certains cas, il est quasi impossible d'identifier et d'établir une discrimination en l'absence de données pertinentes. Dès lors, le préambule merveilleusement libellé de chacune de ces directives prévoit au considérant (15) que « [le] droit national ou [les] pratiques nationales [...] peuvent prévoir, en particulier, que la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques ».

Les aspects des deux directives axés sur les plaintes de personnes garantissent en grande partie l'égalité de traitement mais ils n'offrent pas une garantie totale. Les procès sont lents, onéreux et sources de stress pour le plaignant. Les victimes de discrimination ne sont pas toujours conscientes d'avoir fait l'objet d'une discrimination ou n'en sont peut-être pas suffisamment certaines. Une partie importante des discriminations passent donc inaperçues et ne donneront pas lieu à réparation. Même lorsqu'un individu porte une affaire en justice ou devant tout autre organe compétent, les réparations visent principalement à compenser le dommage subi par le plaignant concerné et n'ont pas nécessairement pour effet de modifier les schémas et structures discriminatoires qui ont donné lieu à la discrimination en question.

C'est pourquoi le modèle de loi anti-discrimination basé sur les plaintes doit être complété. Comme l'affirme une récente étude, le fait que les discriminations se perpétuent – certes, à une échelle plus modeste que par le passé –, alors même que certains pays disposent de lois anti-discrimination nationales depuis plus de 30 ans, prouve que les discriminations ne vont pas simplement « disparaître » sans une approche plus proactive⁸.

La seconde approche, à savoir le modèle de « promotion de l'égalité », vise à remédier à certains des défauts du modèle basé sur les plaintes. Le concept opérationnel sur lequel repose ce modèle est la proactivité. Ce modèle ne vise pas à réagir à des cas spécifiques de discrimination, mais se propose d'identifier et de modifier des schémas et pratiques institutionnels et sociétaux et s'intéresse au statut et à la position de groupes de personnes. En d'autres termes, il a une orientation plus collective⁹. Les statistiques jouent donc dans cette approche un rôle plus important et multidimensionnel.

⁸ Dex, Shirley, et Purdam, Kingsley, *Equal Opportunities and Recruitment. How Census data can help employers to assess their practices* (York : York Publishing Services, 2005).

⁹ Pour un examen général de cet aspect, voir Fredman, Sandra, *Equality : A New Generation*, *Industrial Law Journal* 2001 30(2).

Des aspects essentiels de cette seconde approche sont également présents dans les directives et en constituent la deuxième pierre angulaire. Comme le montrent ces deux directives, toutes les dispositions qui favorisent l'égalité nécessitent la collecte de données ou tirent avantage d'une telle collecte. En voici quelques illustrations :

- les directives autorisent les États membres à adopter des actions positives, c'est-à-dire à maintenir ou adopter des mesures spécifiques visant à prévenir ou à compenser les désavantages liés à l'un ou l'autre des motifs de discrimination couverts par les directives « pour assurer la pleine égalité dans la pratique »¹⁰ ;
- les employeurs sont tenus, en vertu de l'article 5 de la directive sur l'égalité en matière d'emploi, de fournir des aménagements raisonnables aux personnes handicapées, ce qui signifie qu'ils doivent prendre les mesures appropriées pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou de suivre une formation, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée;
- les États membres sont tenus, en vertu de l'article 13 de la directive sur l'égalité raciale, de désigner un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement et ayant notamment compétence pour « conduire des études indépendantes concernant les discriminations » et « publier des rapports indépendants et émettre des recommandations sur toutes les questions liées à ces discriminations » ;
- les États membres sont tenus par les directives de prendre des mesures appropriées pour promouvoir le dialogue entre les partenaires sociaux en vue de favoriser l'égalité de traitement, « y compris par la surveillance des pratiques sur le lieu de travail, par des conventions collectives, des codes de conduite et par la recherche ou l'échange d'expériences et de bonnes pratiques »¹¹ ;
- les deux directives imposent aux États membres d'encourager le dialogue, dans le cadre des pratiques nationales, avec « les organisations non gouvernementales concernées » qui ont un intérêt légitime à contribuer à la lutte contre les discriminations¹² ;
- la Commission européenne a besoin de données qui lui permettent d'évaluer l'efficacité de la législation anti-discrimination actuelle de l'UE car elle est chargée de formuler, le cas échéant, des propositions de révision et d'actualisation des deux directives sur l'égalité de traitement¹³.

Dans chaque cas, la collecte de données s'avère nécessaire ou bénéfique. C'est particulièrement vrai pour les dispositions relatives aux actions positives. Aux termes des directives, les États membres peuvent adopter des mesures spécifiques afin de « prévenir ou compenser les désavantages » liés aux motifs d'égalité couverts par les directives. Lorsque les preuves empiriques pertinentes ne révèlent aucun désavantage ni l'existence d'une discrimination ou d'un autre phénomène suffisamment répandu pour générer des désavantages à l'avenir, une action positive n'est pas autorisée. La détermination de l'existence de désavantages justifiant l'adoption d'une action positive relève essentiellement d'un processus empirique, qui peut s'appuyer sur des données pertinentes, telles que, lorsqu'elles sont disponibles, des statistiques socio-économiques ventilées par race, origine ethnique, âge, religion, convictions religieuses, handicap et/ou orientation sexuelle. Il convient de noter qu'il s'agit surtout de montrer l'existence d'une inégalité dans les résultats de différents groupes¹⁴. Les directives n'exigent pas que les désavantages soient imputables à la discrimination ; l'existence de désavantages suffit. Toutefois, il peut aussi exister des preuves de discrimination répandue, même en l'absence de statistiques sur les résultats du groupe. L'existence d'une discrimination répandue constitue certainement un « désavantage » en soi et dès lors, d'autres éléments de preuve, démontrant la prévalence de la discrimination, peuvent être utiles¹⁵. Veuillez noter par ailleurs que les directives permettent aussi aux États de prendre des mesures spécifiques pour prévenir

¹⁰ Article 5 de la directive sur l'égalité raciale, article 7 de la directive sur l'égalité en matière d'emploi.

¹¹ Article 13(1) de la directive sur l'égalité en matière d'emploi, article 11 de la directive sur l'égalité raciale.

¹² Article 14 de la directive sur l'égalité en matière d'emploi, article 12 de la directive sur l'égalité raciale.

¹³ Voir les articles 17(2) de la directive sur l'égalité raciale et 19(2) de la directive sur l'égalité en matière d'emploi.

¹⁴ Le fait qu'il s'agisse ici de traiter de désavantages au niveau du groupe ressort clairement des considérants pertinents des deux directives, qui parlent expressément de prévenir ou compenser des « désavantages chez un groupe de personnes » d'une origine ethnique, d'une religion, etc. spécifique. Voir les considérants (26) de la directive sur l'égalité en matière d'emploi et (17) de la directive sur l'égalité raciale.

¹⁵ Ici aussi, il faut des preuves d'un désavantage pour le groupe, dans ce cas en rapport avec une discrimination. Voir note de bas de page précédente. Il ne faut toutefois pas que chaque membre du groupe ait subi une discrimination, mais il est tout aussi clair que quelques cas isolés ne suffiront pas non plus.

des désavantages, c'est-à-dire d'agir avant même que les désavantages ne se concrétisent. Dans ce dernier cas de figure, il faudrait toutefois disposer de preuves d'une discrimination suffisamment répandue, ou de quelque autre facteur à un macro-niveau, susceptible de générer des désavantages à l'avenir. En effet, une action positive n'est autorisée que pour garantir la pleine égalité dans la pratique. Non seulement les données statistiques contribuent à détecter le désavantage nécessaire pour déclencher la prise de mesures spécifiques, mais elles jouent aussi un rôle important dans la conception et l'exécution de mesures spécifiques, telles que la fixation d'objectifs chiffrés vers lesquels les organismes doivent tendre pour parvenir à un équilibre dans leurs effectifs.

Deuxièmement, la fourniture d'aménagements raisonnables peut, elle aussi, exiger une collecte de données. Elle requerra peut-être le recensement des travailleurs handicapés, des types déterminés de handicap et des formes particulières d'aménagements nécessaires.

Le troisième grand domaine dans lequel la collecte de données contribue à assurer le respect des directives concerne le rôle des organismes en charge de l'égalité qui, aux termes de l'article 13 de la directive sur l'égalité raciale, doivent avoir compétence pour conduire des « études indépendantes concernant les discriminations ». Ce prescrit est complété par le 24^e considérant de la directive, qui stipule que ces organismes doivent avoir « compétence pour analyser les problèmes en cause, étudier les solutions possibles et apporter une assistance concrète aux victimes ». Cette phrase semble clairement indiquer que la compétence de mener des études doit inclure la compétence de collecter des données, sinon, l'organisme n'aurait pas la compétence requise pour analyser les problèmes en cause et étudier les solutions possibles.

Le quatrième grand domaine dans lequel la collecte de données s'avère utile découle des dispositions relatives au dialogue social, en vertu desquelles « les États membres prennent les mesures appropriées pour promouvoir le dialogue entre les partenaires sociaux en vue de favoriser l'égalité de traitement, y compris par la surveillance des pratiques sur le lieu de travail, par des conventions collectives, des codes de conduite et par la recherche ou l'échange d'expériences et de bonnes pratiques ». S'il est clair que la surveillance n'est à ce titre qu'une option parmi d'autres, il est tout aussi manifeste que les États doivent réunir les partenaires sociaux afin de discuter sérieusement des moyens à mettre en œuvre pour concrétiser l'égalité de traitement dans la vie professionnelle. Étant donné que la surveillance des pratiques sur les lieux de travail est un moyen indispensable à l'employeur pour s'assurer que ses politiques ou ses modes de fonctionnement ne produisent pas, dans les faits, une inégalité pour certains groupes de son personnel, on peut dire qu'il existe en réalité une pression indirecte pour mener une surveillance.

Enfin, la Commission européenne a besoin de données lui permettant d'évaluer l'efficacité de la législation anti-discrimination actuelle de l'UE, car elle est chargée de formuler, le cas échéant, des propositions de révision ou d'actualisation des deux directives¹⁶. La Commission européenne s'est montrée intéressée par ce sujet ; elle a constitué un Groupe de travail sur la collecte de données en 2003 et a ensuite commandé et financé plusieurs études sur ce sujet¹⁷. La Commission a en outre abordé la question de la collecte de données dans son Livre vert intitulé « Égalité et non-discrimination dans l'Union européenne élargie »:

Vu l'absence de mécanismes de collecte des données et de suivi des tendances et des progrès dans les États membres, il est actuellement difficile d'évaluer l'importance réelle des défis existants et de mesurer l'efficacité de la législation et des politiques antidiscriminatoires.

¹⁶ Voir les articles 17(2) de la directive sur l'égalité raciale et 19(2) de la directive sur l'égalité en matière d'emploi.

¹⁷ Voir les études suivantes : Simon, Patrick, *Étude comparative de la collecte de données visant à mesurer l'étendue et l'impact de la discrimination aux États-Unis, Canada, Australie, Grande-Bretagne et Pays-Bas*. Projet Medis; disponible sur: http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/pubst/compstud04_fr.pdf (consulté le 1.1.2006); Reuter, Niklas, Makkonen, Timo, et Oosi, Olli, *Study on Data collection to measure the extent and impact of discrimination in Europe*. Final Report 7.12.2004, disponible sur: http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/pubst/compstud04fin.pdf (consulté le 1.1.2006); Olli, Eero, et Kofod Olsen, Birgitte, *Towards common measures for discrimination*, 27.11.2005, disponible sur: http://www.smed.no/commonmeasures/TowardsCommonMeasures_2005.pdf (consulté le 1.1.2006).

Cette situation traduit en partie un souci bien compréhensible du respect de la vie privée et des règles applicables à la collecte de données. Toutefois, la disponibilité accrue de données quantitatives et qualitatives pourrait favoriser l'élaboration de politiques antidiscriminatoires en permettant de définir les situations initiales qui serviront de référence, d'identifier les conséquences des inégalités et d'analyser leur ampleur. Il serait également utile de disposer de données permettant de suivre l'incidence des politiques et des financements¹⁸.

Si les aspects des deux directives énumérés ci-dessus n'incarnent pas totalement le modèle de « promotion de l'égalité », notamment parce qu'une action positive n'est seulement qu'autorisée et non pas exigée, il convient de garder à l'esprit que les directives fixent des exigences minimums, ce qui laisse aux États membres la possibilité d'instaurer ou de maintenir des dispositions plus favorables¹⁹. La Grande-Bretagne et la Finlande ont ainsi imposé aux pouvoirs publics des obligations spécifiques de promouvoir activement l'égalité. En Grande-Bretagne, cette obligation concerne principalement la surveillance des pratiques sur les lieux de travail.

2.2. Le droit international relatif aux droits de l'homme

Les États membres de l'UE sont parties aux grandes conventions relatives aux droits de l'homme conclues sous les auspices des Nations Unies et du Conseil de l'Europe. Le principe de la non-discrimination sert de fil conducteur à tous les instruments relatifs aux droits de l'homme. La non-discrimination est à la fois un droit en soi et un élément constitutif de tous les droits de l'homme en ce que l'exercice de ces droits doit être garanti sur une base non discriminatoire²⁰.

En vertu du droit international relatif aux droits de l'homme, des données sur les discriminations devraient être collectées dans trois contextes. Premièrement, certains des instruments les plus récents relatifs aux droits de l'homme appellent expressément les États à recueillir les données nécessaires. Ensuite, la protection et le respect de certains droits prévus dans les instruments relatifs aux droits de l'homme peuvent, dans la pratique, requérir la collecte de données. Enfin, le respect total de l'obligation incombant aux États parties à ces instruments de publier des rapports nationaux périodiques, comme le prévoient plusieurs conventions, requiert en pratique que les États publient – et donc collectent – des données sur les discriminations. Ces trois contextes sont examinés brièvement ci-dessous.

Pour commencer par un exemple d'un instrument relatif aux droits de l'homme qui préconise la collecte de données sur les discriminations, nous pouvons mentionner la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées, entrée dans les dernières étapes du processus d'adoption au moment où nous écrivons ce rapport. L'article 31 de cette Convention, intitulé « Statistiques et collecte des données », est libellé comme suit :

Les États parties s'engagent à recueillir des informations appropriées, y compris des données statistiques et résultats de recherches, qui leur permettent de formuler et d'appliquer des politiques visant à donner effet à la présente Convention.

Par ailleurs, il y est précisé que les données sont utilisées pour évaluer la façon dont les États parties s'acquittent des obligations qui leur incombent en vertu de la présente Convention et pour identifier et lever les obstacles que rencontrent les personnes handicapées dans l'exercice de leurs droits. Les États parties ont la responsabilité de

¹⁸ Commission des Communautés européennes, Égalité et non-discrimination dans l'Union européenne élargie. Livre vert, Bruxelles, 28.05.2004. COM(2004)379 final.

¹⁹ Article 6(1) de la directive sur l'égalité raciale, article 8(1) de la directive sur l'égalité en matière d'emploi.

²⁰ Scheinin, Martin, et Krause, Catarina, *The Right not to be Discriminated Against: The Case of Social Security*, in Orlin, Ted, Scheinin, Martin, *The Jurisprudence of Human Rights Law: A Comparative Approach* (Jyväskylä : Gummerus, 2000). Pour un examen de l'interdiction des discriminations en vertu du droit européen relatif aux droits de l'homme, voir, par exemple, De Schutter, Olivier, *L'interdiction de discrimination dans le droit européen des droits de l'homme*, Réseau européen des experts en matière de non-discrimination. Human European Consultancy & Migration Policy Group (Luxembourg : Communautés européennes, 2005).

diffuser ces statistiques, et il leur incombe de veiller à ce qu'elles soient accessibles « aux personnes handicapées et autres personnes ». Cet article précise en outre que toutes les procédures de traitement des données doivent respecter les garanties légales, y compris celles qui découlent de la législation sur la protection des données.

Dans un ordre d'idées similaire mais lié à la discrimination raciale, la Déclaration et le Programme d'action de Durban, adoptés en 2001 par la Conférence mondiale des Nations unies contre le racisme, engagent vivement les États

à recueillir, compiler, analyser, diffuser et publier des données statistiques fiables aux niveaux national et local et à prendre toutes les autres mesures connexes qui sont nécessaires pour évaluer régulièrement la situation des individus et des groupes qui sont victimes [...] de discrimination raciale, [...]»²¹.

Cette Déclaration invite également les États à « améliorer les concepts et méthodes de collecte et d'analyse des données » et à « définir des indicateurs des progrès réalisés et de la participation des individus et des groupes qui, dans la société, sont en butte au racisme ». Elle approuve les recherches quantitatives et qualitatives²², mais il existe encore d'autres instruments qui préconisent la collecte de données en rapport avec les discriminations.²³

Deuxièmement, certaines dispositions précises de traités impliquent, en pratique, la nécessité de recueillir des données. Par exemple, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) et la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CIEDR) imposent aux États parties l'obligation non seulement de ne se livrer à aucun acte de discrimination mais aussi de prendre des mesures positives afin de mettre en application le droit de ne pas subir de discriminations. Les États sont tenus de prendre des mesures efficaces pour assurer le respect du principe de non-discrimination entre autres en matière d'emploi, d'éducation et de prestation de services. En vertu de la jurisprudence bien établie du Comité CEDR de l'ONU, les États parties sont tenus de soumettre toute allégation de discrimination raciale à une enquête approfondie et effective, avec la diligence et la célérité raisonnables²⁴. L'enquête effective sur la discrimination peut, selon les circonstances de l'affaire, requérir la collecte de données appropriées. En outre, le Comité des droits de l'homme de l'ONU a, dans son Observation générale n° 18, émis l'avis suivant : « Le principe d'égalité suppose parfois de la part des États parties l'adoption de mesures en faveur de groupes désavantagés, visant à atténuer ou à supprimer les conditions qui font naître ou contribuent à perpétuer la discrimination²⁵. » Tant l'identification des circonstances néfastes que la surveillance des progrès réalisés en vue de les éliminer, exigent la collecte de données empiriques.

Les États parties peuvent aussi devoir produire des données statistiques pour pouvoir se défendre efficacement devant les instances internationales des droits de l'homme en cas de plaintes déposées par des individus à leur encontre. L'affaire ERRC c. Grèce, jugée par le Comité européen des droits sociaux, illustre bien ce cas de figure. Cette affaire concernait le droit à un logement adéquat et les conditions factuelles d'hébergement des Roms en Grèce²⁶. Un aspect clé de la procédure devant le Comité a été l'évaluation des preuves liées à la situation factuelle des Roms en matière de logement. L'organisation qui avait introduit la réclamation a pu, à bien des égards, présenter des preuves, y compris des données statistiques, pour étayer sa plainte, alors que l'État défendeur a éprouvé des difficultés à fournir les informations nécessaires et, dans bien des cas, n'a ni commenté ni contredit les informations fournies par l'auteur de la réclamation. Le gouvernement défendeur a plaidé que sa législation, en particulier la Constitution, lui interdisait de collecter des données sur les Roms. Le Comité a toutefois estimé que de telles restrictions ne constituaient pas une défense acceptable car les États ont la responsabilité d'enquêter sur des suspicions de discrimination et, pour évaluer la situation, d'autres moyens auraient pu être utilisés :

Le Comité considère que, si des données personnelles ne peuvent être recueillies et conservées pour de tels motifs, bien que l'on sache qu'une certaine catégorie de personnes fait ou pourrait faire l'objet d'une

²¹ Paragraphe 92.

²² Paragraphes 93 et 94.

²³ Notamment les Règles pour l'égalisation des chances des handicapés, adoptées par résolution de l'Assemblée générale. Résolution 48/96 du 20 décembre 1993. Voir la règle 13 en particulier.

²⁴ Voir L. K. c. Pays-Bas, Communication n° 4/1991 ; M^{me} M. B. c. Danemark, Communication n° 20/2000 (15/03/2002) ; et Ziad Ben Ahmed Habassi c. Danemark, Communication n° 10/1997.

²⁵ Comité des Droits de l'Homme, Observation générale n°18. Non-discrimination. 10/11/89, HRI/GEN/1/Rev.7 (12 mai 2004), paragraphe 10.

²⁶ Comité européen des droits sociaux, ERRC c. Grèce, Plainte n°15/2003, décision sur le bien-fondé le 8 décembre 2004.

discrimination, il est du devoir des autorités de rechercher, pour mesurer l'ampleur du problème et les progrès réalisés pour y remédier, d'autres moyens qui ne soient pas soumis à ces restrictions constitutionnelles²⁷.

Étant donné que nombre d'organes de suivi des traités ont adopté le concept de discrimination indirecte et que d'autres semblent sur le point de leur emboîter le pas, les données statistiques joueront probablement un rôle de plus en plus important dans les futures procédures portant sur des discriminations²⁸.

Troisièmement, les États parties doivent recueillir des données en vue de rédiger des rapports nationaux périodiques qu'ils doivent remettre aux organes de suivi des traités. Les organes vérifiant le respect des conventions relatives aux droits de l'homme ont à maintes reprises demandé aux États parties de fournir les données nécessaires. Voici quelques-unes des demandes générales de renseignements :

- Le Comité des droits de l'homme des Nations unies, dans ses directives concernant l'établissement des rapports des États, rappelle aux États parties que leurs rapports doivent contenir « suffisamment de données et de statistiques » pour permettre au Comité d'évaluer les progrès accomplis dans l'exercice des droits²⁹.
- Dans son Observation générale sur les rapports des États parties, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU parle d'étude et de collecte d'informations et souligne que « le premier pas vers la concrétisation des droits économiques, sociaux et culturels consiste donc à prendre conscience de la situation réelle et à porter un diagnostic sur cette situation »³⁰.
- Dans sa Recommandation générale concernant les rapports des États parties, le Comité de l'ONU pour l'élimination de la discrimination raciale « invite les États parties à s'efforcer d'inclure dans leurs rapports [...] des renseignements pertinents sur la composition démographique de la population » protégée par la Convention³¹. Dans sa Recommandation générale sur les Roms, le Comité demande aux États parties d'« inclure dans leurs rapports périodiques, sous une forme appropriée, des données relatives aux communautés roms relevant de leur juridiction, en particulier des statistiques ventilées par sexe sur la participation des Roms à la vie politique et sur leur situation économique, sociale et culturelle »³². Le Comité préconise également de faire des « enquêtes périodiques » sur la discrimination fondée sur l'ascendance³³.
- Dans son Schéma pour les rapports des États, le Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales appelle à la collecte des données nécessaires. D'après ce Schéma, les États doivent fournir « des renseignements factuels [...] tels que des statistiques et des résultats d'enquêtes ». Le document souligne en outre que « lorsque des statistiques exhaustives n'existent pas, les gouvernements peuvent fournir des données ou des estimations basées sur des études ad hoc, des enquêtes spéciales ou sondages ou sur toutes autres méthodes scientifiquement valables, s'ils considèrent utiles les informations ainsi recueillies »³⁴.

²⁷ Ibid., paragraphe 27.

²⁸ Pour le Comité des droits de l'homme, voir Cecilia Derksen en son nom et au nom de sa fille Kaya Marcelle Bakker c. Pays-Bas, Communication n° 976/2001. Pour le Comité CEDR, voir B. M. S. c. Australie, Communication n° 8/1996, et L. R. et al. c. Slovaquie, Communication n° 31/2003. Pour le Comité européen des droits sociaux, voir Association internationale autisme-Europe (AIAE) c. France, réclamation collective n° 13/2002. Pour la CEDH, voir Building Societies c. Royaume-Uni, arrêt du 23 octobre 1997 et Jordan c. Royaume-Uni, arrêt du 4 avril 2001.

²⁹ Comité des droits de l'homme, Directives unifiées concernant les rapports présentés par les États parties, CCPR/C/66/GUI/Rev.2 (26 février 2001), paragraphe C.6.

³⁰ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 1, HRI/GEN/1/Rev.7 (12 mai 2004).

³¹ Comité CEDR de l'ONU, Recommandation générale IV, HRI/GEN/1/Rev.7 (12 mai 2004). Dans ses autres directives générales pour l'établissement des rapports, le Comité souligne que « les États qui ne recueillent pas d'informations sur ces caractéristiques dans leurs recensements, sont donc priés de fournir des renseignements sur les langues maternelles en tant qu'indicateurs de différences ethniques, ainsi que tous renseignements sur la race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique tirés d'enquêtes sociales. En l'absence de données d'information chiffrées, il faudrait fournir une description qualitative des caractéristiques ethniques de la population ». CEDR/C/70/Rev.5 (5 décembre 2000).

³² Comité CEDR, Recommandation générale n° XXVII concernant la discrimination à l'égard des Roms, HRI/GEN/1/Rev.7 (12 mai 2004).

³³ Comité CEDR, Recommandation générale n° XXIX concernant la discrimination fondée sur l'ascendance, sur l'article 1, paragraphe 1 de la Convention, HRI/GEN/1/Rev.7 (12 mai 2004).

³⁴ Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, Schéma pour les rapports devant être soumis conformément à l'article 25, paragraphe 1, de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales. Adopté par le Comité des Ministres le 30 septembre 1998, lors de la 642^e réunion des Délégués des Ministres.

2.3. Le rôle de la collecte de données dans d'autres contextes pertinents

Les pays européens ont reconnu l'importance de la coopération internationale dans le domaine de la surveillance des discriminations, en particulier en ce qui concerne les discriminations basées sur l'origine ethnique, et ont par exemple créé deux grands organes de surveillance, l'ECRI et l'EUMC.

Les États membres du Conseil de l'Europe ont créé la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) en 1993. Ses compétences couvrent toutes les mesures nécessaires pour combattre la violence, les discriminations et préjugés auxquels sont confrontées des personnes ou des groupes de personnes, notamment en raison de la race, de la couleur, de la langue, de la religion, de la nationalité et de l'origine nationale ou ethnique.

La recommandation de politique générale n°4 de l'ECRI est spécifiquement consacrée à la nécessité d'enquêtes nationales sur l'expérience et la perception de la discrimination et du racisme. L'ECRI y recommande que

les gouvernements des États membres prennent des dispositions pour assurer l'organisation d'enquêtes nationales sur l'expérience et la perception du racisme et de la discrimination par les victimes potentielles.

De plus l'ECRI estime que « les données statistiques sur les actes racistes et discriminatoires et sur la situation des groupes minoritaires dans tous les secteurs de la vie en société sont indispensables pour l'identification des problèmes et la formulation de politiques » et affirme être « convaincue que ce type de données statistiques devraient être complétées par des données relatives aux attitudes, opinions et perceptions »³⁵.

L'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes (EUMC) a été créé en 1997. La mission première de l'EUMC est de fournir à l'UE et à ses États membres des informations et données objectives, fiables et comparables sur le racisme, la xénophobie, l'islamophobie et l'antisémitisme au niveau européen³⁶. Pour mener à bien cette mission, l'EUMC effectue principalement des collectes de données secondaires par le biais de son Réseau d'information sur le racisme et la xénophobie (RAXEN), constitué de 25 points focaux nationaux. Le processus de conversion de l'EUMC en une Agence des droits fondamentaux est en cours à l'heure où nous écrivons ces lignes.

Le travail de l'EUMC a été considérablement entravé par l'absence de données adéquates produites par les États. Dans son Rapport annuel 2005, l'EUMC note une « grande réticence » de la part des États membres de l'UE à recueillir des statistiques sur l'origine ethnique et nationale.³⁷ Néanmoins, le rapport montre que les États ont été disposés à recueillir des données directes sur la discrimination sous la forme d'incidents signalés, de plaintes officielles et d'affaires portées devant les tribunaux. Ce rapport révèle en outre que tous les États membres disposent d'enquêtes et d'études sur la discrimination ethnique. Il conclut toutefois que « dans l'état actuel des choses, il est difficile de chiffrer la discrimination dans les domaines de l'emploi, de l'éducation et du logement [les principaux domaines ciblés par ce rapport] par pays et de faire une comparaison entre ces derniers, en raison de l'absence d'indices statistiques sur la nationalité et l'origine ethnique »³⁸.

³⁵ ECRI, Recommandation de politique générale n° 4, CRI(98)30 (06/03/1998).

³⁶ L'EUMC a publié plusieurs études ayant trait par exemple aux attitudes majoritaires vis-à-vis des migrants et des minorités et aux discriminations dans les divers secteurs de la vie, en ce compris les domaines de l'emploi et de l'éducation. Voir <http://eumc.eu.int>

³⁷ EUMC, Racisme et xénophobie dans les États membres de l'UE : Tendances, évolutions et bonnes pratiques, Rapport annuel 2005, 2^e partie, p. 99 et sq.

³⁸ Idem.

Il convient aussi de noter que nombre d'ONG et de groupes de revendication ont réclamé de façon très directe la collecte de données³⁹, même si les avis sont partagés parmi les ONG⁴⁰.

2.4. Conclusions

Comme l'a révélé le présent rapport, il existe une vaste gamme de contextes dans lesquels la collecte de données est pertinente et souvent nécessaire pour prouver une discrimination et y remédier. Les organes en charge de l'égalité, créés par les États membres de l'UE, doivent avoir la compétence nécessaire pour mener des enquêtes sur l'ampleur et la nature des discriminations. Les États parties aux conventions internationales des droits de l'homme, groupe qui inclut tous les États membres de l'UE, sont tenus de faire rapport et donc de recueillir des données sur les discriminations afin de pleinement satisfaire à leurs obligations découlant du droit international. En cas de suspicion de discrimination, par exemple lorsqu'un groupe particulier ne bénéficie pas d'une égalité de traitement en matière d'accès à l'emploi, à l'éducation, au logement ou à d'autres services, les États concernés ont l'obligation de mener une enquête effective sur ce problème, ce qui, dans la pratique, peut exiger la collecte de données. Des données socio-économiques, ventilées selon les motifs d'égalité, sont nécessaires pour documenter les désavantages auxquels les États membres doivent remédier, dans certaines circonstances, par l'adoption de mesures spéciales. Les plaignants ont besoin de données statistiques pour réussir à faire valoir leur point de vue devant les tribunaux et autres organes compétents, surtout dans des cas de discrimination indirecte. En outre, des documents internationaux essentiels concernant les droits de l'homme, des intervenants internationaux clés, tels que l'EUMC et l'ECRI, et nombre d'ONG et d'organisations de revendication ont appelé à la collecte de données. Il convient toutefois de noter que cela ne signifie pas nécessairement que les États seraient d'office obligés de s'engager sur la voie de la collecte de données à caractère personnel; les données recueillies par d'autres méthodes, telles que des enquêtes anonymes, peuvent répondre à nombre des besoins de données précités.

³⁹ Une des organisations faisant le plus ouvertement campagne en faveur de la collecte de données relatives à l'origine ethnique est le Centre européen pour les droits des Roms (CEDR), un organisme juridique d'intérêt public international menant une série d'activités visant à combattre le racisme à l'égard des Roms et les violations des droits humains des Roms. Voir <http://www.errc.org>

⁴⁰ D'après Goldston, les objections les plus souvent émises vis-à-vis de la collecte de données sur l'origine raciale ou ethnique sont : 1) l'inexactitude inhérente aux classifications raciales et aux données sur lesquelles celles-ci reposent; 2) les usages abusifs passés des statistiques raciales; 3) les prétendues violations du droit à la vie privée et à l'auto-détermination ; 4) les obstacles à la collecte et au maintien de statistiques raciales posés par le droit international et/ou les législations nationales. Goldston, James, *Race and Ethnic Data : A Missing Resource in the Fight Against Discrimination* in Andra Krizsan et Iván Székely (eds), *Ethnic Monitoring and Data Protection : The European Context* (Budapest : Central European University Press, 2001), p. 24. En effet, un des buts les plus importants des organisations de défense des droits civils aux États-Unis avant le milieu des années 1960 était de supprimer les désignations raciales des formulaires publics et des données recueillies à partir de ces formulaires. Petersen, William, *The Protection of Privacy and the United States Census's*, in Martin Bulmer (ed), *Censuses, surveys and Privacy* (London, Macmillan Press, 1979), p. 178.

Faitha | 1982

Partie III

Le rôle des données dans la garantie du respect du droit relatif à l'égalité de traitement

La partie III est consacrée au rôle des données dans la garantie du respect du droit relatif à l'égalité de traitement dans trois contextes :

- les preuves dans les procédures judiciaires (chapitre 3) ;
- la surveillance des lieux de travail et de la prestation de services (chapitre 4) ;
- l'évaluation des causes, de l'ampleur et des conséquences des discriminations au niveau général (chapitre 5).

Pour chacun de ces thèmes, nous abordons les types de données nécessaires, les instruments permettant de recueillir ces données et les utilisations qui peuvent être faites de ces données dans ces trois contextes.

3. Le rôle des statistiques comme preuve de discrimination

3.1. Sources de preuves, charge de la preuve et utilisations de statistiques dans les litiges individuels

Dans les États membres de l'UE, les procès portant sur des litiges individuels sont un des principaux moyens de lutte contre les discriminations. Toutefois, la capacité des plaignants à effectivement exercer leurs droits dépend de plusieurs facteurs, dont la disponibilité des preuves nécessaires. Il est aujourd'hui de notoriété publique que les formes modernes de discrimination sont de plus en plus subtiles et cachées et, dès lors, moins faciles à prouver⁴¹. Il est rare de trouver des preuves directes de discrimination et, lorsqu'elles existent, il est encore plus rare de les voir corroborées⁴².

Dans les procédures au pénal, le fait que la charge de la preuve incombe au plaignant ne pose pas de problème majeur car c'est généralement à la police, au procureur ou au tribunal d'enquêter sur les faits. La plupart des États membres de l'UE ont toutefois transposé les deux directives sur l'égalité de traitement principalement dans leur droit civil ou leur droit du travail⁴³, dont le respect est généralement imposé dans des procédures contradictoires où la charge de la preuve d'un fait incombe à la partie qui souhaite invoquer ce fait⁴⁴, ce qui pose un problème : dans les procès pour discrimination, c'est généralement le défendeur et non le plaignant⁴⁵ qui détient les preuves factuelles, ou d'importantes parties de telles preuves – pour autant, bien sûr, que les informations nécessaires existent. La grande majorité des pays de l'UE ont résolu ce problème en adoptant des règles relatives à la production de documents, en vertu desquelles un tribunal peut, de sa propre initiative ou à la demande d'une des parties, ordonner à l'autre partie de produire des informations concernant l'affaire qui

⁴¹ Voir, par exemple, Deitch, Elizabeth, *et al.*, *Subtle yet significant: The existence and impact of everyday racial discrimination in the workplace*, *Human Relations*, Vol. 56(11), 2003.

⁴² Alemu, Fitsum, *Testing to prove racial discrimination: methodology and application in Hungary*. Article en ligne consultable sur le site <http://www.errc.org/cikk.php?cikk=1016> (consulté le 1.1.2006).

⁴³ Cormack, Janet et Bell, Mark, Le développement de la législation contre les discriminations en Europe. Réseau européen des experts juridiques indépendants en matière de non-discrimination (human european consultancy & Migration Policy Group 2005), p. 14, consultable en ligne : http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/legnet/05compan_fr.pdf

⁴⁴ D'aucuns laissent entendre que cette différence entre procédures au civil et au pénal concernant la charge de la preuve a engendré une situation où les victimes de discrimination préfèrent engager des poursuites au pénal plutôt qu'au civil. Voir, par exemple, Latraverse, Sophie, *Report on Measures to Combat Discrimination : Country Report – France* (Réseau européen des experts juridiques indépendants en matière de non-discrimination, décembre 2004). Consultable à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/legnet/frrep05_en.pdf (consulté le 1^{er} septembre 2006).

⁴⁵ Le terme « plaignant », utilisé dans ce chapitre par souci de simplicité, ne préjuge en rien de la nature des procédures en question et est à prendre au sens large.

sont en sa possession⁴⁶. Dans certains pays, la portée de cette obligation est limitée dans certaines circonstances spécifiques par les lois nationales relatives à la protection des données. Lorsque le défendeur refuse de fournir au tribunal les informations demandées, sans apporter de justification satisfaisante à son refus, le tribunal est habituellement en droit d'apprécier librement les inférences qu'il en tire. Ce type d'arrangement est crucial pour éviter que ne se crée un déséquilibre qui, dans les faits, permettrait au défendeur de ne fournir au tribunal que les informations qui lui sont favorables.

Toutefois, l'arrangement précité ne résout que partiellement le problème. En effet, dans la plupart des cas, le plaignant potentiel aurait déjà besoin des données nécessaires *avant* d'engager des poursuites, et ce afin d'évaluer s'il est possible d'établir une présomption de discrimination. Certaines juridictions ont adopté des solutions spécifiques à cet égard. En Suède, un candidat malheureux à un emploi, à une promotion ou à une opportunité de formation a le droit de demander et de recevoir des informations écrites de l'employeur concernant la formation, l'expérience professionnelle et les autres qualifications de la personne sélectionnée, afin de pouvoir comparer les qualifications. Le Royaume-Uni prévoit un autre type d'arrangement, à savoir la possibilité d'exiger qu'un présumé auteur de discrimination fournisse des informations, y compris des données statistiques, par le biais de la « procédure par questionnaire », avant ou après le début du procès. Dans ce type de procédure, si le défendeur ne répond pas au questionnaire ou donne des réponses qui ne sont pas raisonnables, le tribunal peut estimer qu'il existe des motifs suffisants pour tirer des inférences et renverser la charge de la preuve. Bien que non officiels, ces questionnaires ont permis à beaucoup de plaignants de gagner leur procès pour discrimination au Royaume-Uni parce que les défendeurs n'y avaient pas apporté de réponse satisfaisante, et les organismes spécialisés dans l'égalité de traitement y recourent régulièrement⁴⁷. Les avocats qui plaident des affaires de discrimination dans d'autres pays européens ont adopté des questionnaires similaires si ce n'est que le formalisme y est moins poussé⁴⁸.

Les deux directives reconnaissent qu'il est intrinsèquement difficile de prouver une discrimination et partagent la charge de la preuve dans les procédures non pénales⁴⁹. L'application correcte de la règle de la charge de la preuve peut parfois décharger le plaignant de la nécessité d'invoquer des informations qui sont en possession du défendeur, pour autant que d'autres preuves soient disponibles. Les directives prévoient que lorsqu'un plaignant établit « des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement »⁵⁰. Cela signifie que le plaignant doit produire suffisamment de preuves, de « faits » pour établir une présomption de discrimination⁵¹. Ensuite, la charge de la preuve passe à la partie défenderesse. En pratique, les instances judiciaires nationales disposent d'une marge de liberté pour déterminer à quel stade elles estiment que les preuves réunies par le plaignant établissent une présomption de discrimination.

Les directives stipulent par ailleurs que les règles ou pratiques du droit national « peuvent prévoir, en particulier, que la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques »⁵². Ce libellé se borne à autoriser les États à accepter des données statistiques comme preuves recevables mais il ne les y oblige nullement. Certaines lois nationales autorisent expressément le recours aux statistiques : en Belgique,

⁴⁶ Le défendeur, par exemple un employeur, n'est habituellement pas tenu de fournir des documents lorsque ceux-ci ne sont pas immédiatement disponibles ou lorsqu'il devrait entamer un processus de collecte de données qui rendrait les débats inutilement longs et onéreux. C'est notamment le cas en Grande-Bretagne. Voir *Carrington v. Helix Lighting Ltd* [1990] ICR 125. En outre, dans le cas de procédures au pénal, en vertu du principe de protection contre l'auto-incrimination, une personne accusée d'une infraction ne peut être contrainte de produire des preuves de nature à l'incriminer.

⁴⁷ *ERRC – Interights – MPG, Strategic Litigation in Europe: From Principles to Practice* (Nottingham, Russell Press, 2004), p. 72. Pour un commentaire critique, voir FREDMAN, Sandra, *Discrimination Law* (Oxford, Oxford University Press, 2002), p. 165.

⁴⁸ *Idem* (ERRC).

⁴⁹ Les États membres peuvent ne pas appliquer la règle du partage de la charge de la preuve à des procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à toute autre instance compétente. Article 10(5) de la directive sur l'égalité en matière d'emploi, article 8(5) de la directive sur l'égalité raciale.

⁵⁰ Article 8 de la directive sur l'égalité raciale, article 10 de la directive sur l'égalité en matière d'emploi.

⁵¹ Voir les considérants 31 de la directive sur l'égalité en matière d'emploi et 21 de la directive sur l'égalité raciale.

⁵² Voir les considérants identiques (15) de la directive sur l'égalité en matière d'emploi et de la directive sur l'égalité raciale.

la loi fédérale en vigueur cite les « données statistiques » et « les tests de situation » comme deux exemples de preuves pouvant entraîner le renversement de la charge de la preuve⁵³. La législation italienne applicable prévoit également explicitement l'utilisation de données statistiques. Des données statistiques sont régulièrement déclarées recevables également dans d'autres juridictions, même si les lois applicables ne le prévoient pas explicitement. Les données statistiques peuvent toutefois ne pas être acceptées ou prises en considération pour constituer une preuve suffisante ou convaincante dans certaines circonstances, comme en témoigne cette affaire jugée en République tchèque :

Pendant huit mois, le Centre européen des droits des Roms (ERRC) et ses organisations partenaires ont mené des recherches détaillées pour fournir une base statistique exhaustive à la plainte de 18 enfants roms de la ville tchèque d'Ostrava contre le système de ségrégation raciale appliqué dans les écoles tchèques, en vertu duquel les enfants roms se retrouvent en grande majorité dans des écoles spéciales destinées aux élèves présentant des difficultés d'apprentissage. Le programme enseigné dans les écoles spéciales est de loin inférieur à celui des écoles « normales ». Les données recueillies par les requérants montraient qu'à Ostrava, la probabilité d'être dans une école spéciale était 27 fois plus élevée pour les enfants roms que pour les autres enfants. Ni la procédure administrative ni une requête subséquente devant la cour constitutionnelle tchèque n'ont abouti car ces instances se sont déclarées incompétentes pour juger de preuves statistiques⁵⁴.

Il est rare que des données statistiques soient utilisées dans des procès pour discrimination fondée sur les motifs couverts par les deux directives. D'après l'enquête menée aux fins du présent rapport par le Réseau européen des experts juridiques indépendants en matière de non-discrimination, seul le Royaume-Uni a une approche relativement bien établie et raisonnablement systématique dans ce domaine. L'Irlande et les Pays-Bas ont certes une expérience considérable de l'utilisation de statistiques dans ce contexte mais, en Irlande, l'essentiel de la jurisprudence est antérieur aux directives, et, aux Pays-Bas, l'expérience paraît plutôt limitée à la Commission pour l'égalité de traitement, les tribunaux réguliers n'ayant que rarement utilisé des statistiques⁵⁵. Quatre autres pays, à savoir la République tchèque, la Finlande, la France et la Hongrie, ont connu un ou deux procès où les statistiques ont joué un rôle majeur⁵⁶. Dans le reste de l'UE, c'est-à-dire dans la grande majorité des États membres, aucune jurisprudence n'a pu être trouvée où des statistiques auraient joué un rôle essentiel.

Les cas trouvés concernent le plus souvent une discrimination sur la base de l'âge ou de l'origine raciale ou ethnique, quelquefois aussi de la religion, mais il a été beaucoup plus difficile de trouver des exemples de cas traitant de l'orientation sexuelle, du handicap ou des convictions philosophiques. Les statistiques ont servi dans le cadre de plaintes pour discrimination directe et indirecte. Elles provenaient de diverses sources : ensembles de données officielles de macro-niveau, tels que les recensements et les enquêtes sur les forces du travail, recherches publiées par des instances officielles, par des chercheurs universitaires et par des organes chargés de l'égalité, données provenant de la surveillance interne effectuée par les organisations concernées, preuves ad hoc réunies par des chercheurs ou des plaignants par le biais d'interviews et d'observations comme dans le cas précité d'Ostrava⁵⁷.

⁵³ Cormack, Janet, et Bell, Mark, *Le développement de la législation contre les discriminations en Europe*. Réseau européen des experts juridiques indépendants en matière de non-discrimination (human european consultancy & Migration Policy Group, 2005), p. 70.

⁵⁴ Voir ERRC – Interights – MPG, *Strategic Litigation in Europe: From Principles to Practice* (Nottingham, Russell Press, 2004), p. 82.

⁵⁵ Sur la situation générale aux Pays-Bas, voir Guiraudon, Virginie, Phalet, Karen, et Ter Waal, Jessika, *Rapport final Pays-Bas*. Projet Medis, juin 2004, p. 67.

⁵⁶ Le cas français pourrait toutefois être considéré comme « limite » (voir note suivante).

⁵⁷ Un autre cas d'observation in situ pourrait être mentionné ici : dans une affaire française, les preuves apportées au tribunal reposaient sur les résultats d'enquêtes visuelles menées par un membre de l'Inspection du travail. Ces preuves montraient que le personnel du service de salle et du bar était à 97% européen tandis que les travailleurs « de couleur » étaient nombreux dans les cuisines et, dans une conversation téléphonique enregistrée, le directeur affirmait ne pas embaucher de personnel « de couleur » pour le service de salle et le bar. Le Tribunal de Grande Instance de Paris a estimé qu'une discrimination illégale menant à une gestion raciste de la main-d'œuvre était établie. CA Paris 17/10/2003 / appel du TGI Paris 22/11/2002, DO, juillet 2003, p. 284, Affaire « Moulin Rouge », SOS Racisme et Marega c/Beuzit et Association du Moulin.

Pour prouver la violation du principe de l'égalité de traitement, certaines juridictions autorisent le recours à des tests de situation. Menés à grande échelle, ceux-ci produisent également des données statistiques. La méthode du « testing » pour établir l'existence d'une discrimination est un concept assez simple⁵⁸ et peut être utilisée pour étudier l'existence d'une discrimination dans ou hors du contexte d'un procès (testing à des fins de recherche par opposition au testing à des fins de procès)⁵⁹. Les résultats du testing sont considérés comme des preuves recevables dans plusieurs pays de l'UE⁶⁰.

Ce chapitre examine comment les données statistiques peuvent être utilisées et ont été utilisées dans des procédures judiciaires pour discrimination directe ou indirecte.

3.2. Discrimination directe

Les deux directives définissent le concept de discrimination directe de la même manière. Combinées, ces définitions ressembleraient à ceci⁶¹ :

Une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable en raison de sa race ou de son origine ethnique, de sa religion, de ses convictions, de son handicap, de son âge ou de son orientation sexuelle.

Les législations adoptées par la plupart des États membres de l'UE suivent de près cette définition⁶², qui repose sur un raisonnement purement comparatif en ce que les motivations ou intentions qui ont mené au traitement moins favorable n'y jouent aucun rôle⁶³. Cette définition se fonde sur le concept d'égalité pris dans le sens de la cohérence, ce qui le rend essentiellement relatif⁶⁴. Tant qu'il y a cohérence, le résultat est sans importance⁶⁵. Ce n'est pas le traitement en soi qui importe mais le fait qu'une personne soit traitée de façon moins favorable qu'une autre pour l'un des motifs cités⁶⁶.

L'utilisation de données statistiques n'est généralement pas requise pour établir une présomption de discrimination directe car il suffit de montrer qu'un seul individu a été traité de façon inéquitable par rapport à un autre. Les statistiques portent sur un niveau agrégé de l'analyse et, en tant que telles, ne prouvent pas de façon

⁵⁸ Il faut tout d'abord constituer des paires d'« enquêteurs » chez qui toutes les caractéristiques pertinentes sont aussi similaires que possible sauf une: celle pour laquelle le test tente de déterminer l'existence d'une discrimination. Par exemple, si un test vise à détecter une discrimination à la location d'un logement, les deux « enquêteurs » auront des situations financières, des parcours professionnels, des voitures, une tenue vestimentaire et une formation similaires et seront à peu près du même âge, mais ils différeront par leur origine raciale ou ethnique. Ces « enquêteurs » seront ensuite envoyés, à bref intervalle, au même complexe d'appartements. Si l'« enquêteur » de l'ethnie majoritaire se voit proposer un appartement mais que celui de l'ethnie minoritaire reçoit pour réponse qu'aucun appartement n'est disponible, il y a là une preuve de discrimination au logement. Si ce test est répété plusieurs fois et se solde par les mêmes résultats, la preuve d'une discrimination sera plus solide. *Lodato Kathryn et al., Investigatory Testing as a Tool for Enforcing Civil Rights Statutes. Current Status and Issues for the Future.* Public Law Research Institute. *PLRI Reports* (1998). Un exemple de ce qu'implique un testing dans le contexte de l'accès à l'emploi est donné dans Alemu, Fitsum, *Testing to prove racial discrimination; methodology and application in Hungary.* Article en ligne accessible à l'adresse : <http://www.errc.org/cikk.php?cikk=1016> (consulté le 1.1.2006).

⁵⁹ Voir *ibid.* (Alemu). Pour les tests à des fins de recherche, voir le chapitre 4.

⁶⁰ Un de ces pays est la France, où la Cour de Cassation, dans une importante décision du 11 juin 2002, a arrêté que les témoignages recueillis par le procédé dit de « testing » étaient recevables. En fonction des règles nationales en vigueur en matière de qualité pour ester, les « enquêteurs » peuvent eux-mêmes provoquer l'engagement de poursuites et/ou comparaître à titre de témoins.

⁶¹ Les définitions exactes sont données à l'article 2(2) de chacune des directives.

⁶² Cormack, Janet, et Bell, Mark, *Le développement de la législation contre les discriminations en Europe.* Réseau européen des experts juridiques indépendants en matière de non-discrimination (human european consultancy & Migration Policy Group, 2005), p. 26-27.

⁶³ Il n'en demeure pas moins vrai qu'il peut être utile de prouver un préjugé ou une intention discriminatoire dans le chef du défendeur pour établir une présomption de discrimination.

⁶⁴ *Fredman, Sandra, Discrimination Law* (Oxford, Oxford University Press, 2002), p. 92 et *suiv.*

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ *Idem.*

concluante qu'un individu spécifique a subi ou non une discrimination. En particulier, les statistiques produites par le défendeur, révélant par exemple une main-d'œuvre équilibrée, ne devraient pas suffire – tout au moins à elles seules – pour débouter un plaignant. L'absence de pratique régulière de discrimination de la part d'un employeur ne prouve en effet pas que ce dernier n'ait pas eu une attitude discriminatoire dans un cas particulier.

Il existe toutefois une exception très importante à la règle principale énoncée ci-dessus. Les instances judiciaires savent qu'il peut être difficile pour un plaignant de produire des preuves permettant d'établir une présomption de discrimination et peuvent autoriser l'utilisation de données statistiques pour inférer une discrimination directe. Des données statistiques peuvent ainsi être utilisées pour établir l'existence d'une constante dans le traitement d'un groupe bien précis. Ainsi, la récurrence de situations où promotions ou désignations ne sont pas attribuées à un groupe ou l'existence de preuves manifestes de sous-représentation dans certains grades peut amener à conclure à une discrimination. Dans l'affaire britannique *Marshall c. F. Woolworth & Co. Ltd*, la plaignante a estimé qu'elle n'avait pas été sélectionnée pour un emploi parce qu'elle était noire, c'est-à-dire en raison d'une discrimination raciale directe. Un tribunal du travail a inféré l'existence d'une discrimination directe du fait qu'aucun travailleur noir n'était occupé dans le magasin en question, alors même qu'une importante communauté noire vit dans ce quartier et que la moitié des candidats à un emploi étaient noirs⁶⁷. Le cas échéant, un tribunal peut utiliser les rapports de surveillance d'un employeur, révélant un déséquilibre par exemple dans le profil ethnique de la main-d'œuvre, pour conclure à l'existence d'une discrimination. Prenons l'affaire *West Midland Passenger Transport Executive c. Singh*, également du Royaume-Uni, dans laquelle les Lords juges de la Cour d'Appel de Balcombe ont déclaré :

Les statistiques obtenues par surveillance ne sont pas concluantes en soi mais si elles révèlent un déséquilibre ou des disparités raciales ou ethniques, elles peuvent signaler des domaines de discrimination raciale. [...] En l'absence d'explication satisfaisante dans une affaire, il est raisonnable d'inférer que le plaignant en tant que membre du groupe a été traité moins favorablement pour des motifs raciaux. En effet, des preuves de conduite discriminatoire vis-à-vis du groupe en matière de promotion peuvent constituer des éléments de preuve plus convaincants d'une discrimination dans l'affaire en question que le traitement antérieur du candidat, qui peut être révélateur de facteurs personnels spécifiques au candidat et n'être pas nécessairement motivé par l'origine raciale⁶⁸.

Voici à présent un autre exemple, cette fois des États-Unis, impliquant des statistiques établies par le biais d'un testing à grande échelle:

En 1989, le Washington Lawyer's Committee (Comité des avocats de Washington) a adapté le procédé du testing, avec la collaboration de la communauté locale et d'experts de la Howard University, afin de prouver l'existence d'une discrimination dans la prestation de services de taxi dans le District de Columbia. Ce travail a exigé beaucoup de recherches reposant sur l'utilisation d'équipes de deux personnes qui ont testé si le refus du service était motivé par l'origine raciale du passager. Pendant deux mois et demi, l'équipe a formé et soigneusement constitué des équipes d'« enquêteurs » blancs et noirs, qui ont finalement effectué 292 tests. Ceux-ci ont révélé que les « enquêteurs » n'avaient pas été pris par les taxis dans 20% des cas lorsqu'ils étaient noirs, contre 3% des cas lorsqu'ils étaient blancs. À la suite de ce testing, une procédure a été engagée contre trois sociétés de taxis, dont les pratiques reflétaient des niveaux particulièrement élevés de discrimination. À la veille de l'ouverture du procès, un règlement extrajudiciaire a été conclu, impliquant un paiement de près de 50.000 dollars de dommages-intérêts et une importante mesure injonctive⁶⁹.

Dès lors, s'il est vrai que dans la plupart des cas de discrimination directe, les statistiques ne jouent pas un rôle majeur, la situation n'est pas aussi simple qu'il y paraît. Comme le montrent également les exemples ci-dessus, les statistiques aident parfois la ou les personnes concernées à établir une présomption, notamment lorsqu'il existe une habitude de discrimination directe touchant plusieurs personnes appartenant à un groupe spécifique. Dans

⁶⁷ COIT 1404/80, ET.

⁶⁸ *West Midland Passenger Transport Executive v Singh* [1988] ICR 614 à 619.

⁶⁹ Voir Alemu, Fitsum, *Testing to prove racial discrimination: methodology and application in Hungary* (article en ligne consultable sur le site <http://www.errc.org/cikk.php?cikk=1016> (consulté le 1.1.2006)), et les références qui y sont citées.

de telles situations, les données statistiques peuvent se révéler une condition sine qua non pour pouvoir réussir à poursuivre une affaire, surtout s'il n'existe aucun autre élément de preuve ou si les autres éléments de preuves sont trop ténus⁷⁰. Les statistiques peuvent aussi largement contribuer à montrer que la justification donnée par le défendeur n'est qu'un prétexte⁷¹. Le défendeur peut, à son tour, déposer des données statistiques pour mettre en doute la pertinence, l'exactitude ou l'exhaustivité des statistiques invoquées par le plaignant.

3.3. Discrimination indirecte

Tout comme pour la discrimination directe, les deux directives donnent de la notion de discrimination indirecte des définitions quasi identiques, qu'il est possible de combiner en une seule définition, que voici⁷² :

Une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée, ou ayant une religion, des convictions ou un handicap, un âge ou une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que :

- i) cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires,
- ii) ou que, dans le cas de personnes présentant un handicap donné, l'employeur ou toute personne ou organisation ne soit obligé de prendre des mesures appropriées pour fournir des aménagements raisonnables afin d'éliminer les désavantages qu'entraîne cette disposition, ce critère ou cette pratique.

Le concept de discrimination indirecte, créé à l'origine aux États-Unis, fait partie du droit britannique depuis 1975. Il a été progressivement intégré dans le droit de l'UE via la jurisprudence de la CEJ sur les questions d'égalité entre les hommes et les femmes et d'égalité de rémunération. Le concept est cependant relativement nouveau dans bien des États membres de l'UE. La plupart des États membres ont à présent adopté une définition généralement proche de celle que nous avons citée ci-dessus⁷³, mais n'ont encore que peu d'expérience de l'application de cette définition. Par conséquent, l'examen ci-dessous repose en grande partie sur l'expérience britannique et sur celle de la CEJ en matière de discrimination entre les femmes et les hommes (dite discrimination « de genre », ou « fondée sur le sexe »).

Il convient tout d'abord de noter que la définition donnée dans les deux directives modifie sur deux points des définitions antérieures de la discrimination indirecte, telles que celles qui figuraient précédemment dans la législation britannique. Premièrement, au lieu d'exiger la preuve d'une règle ou d'une condition stricte, la définition de l'UE utilise la notion plus souple de pratique neutre. Deuxièmement, l'ancienne approche utilisée au Royaume-Uni exigeait la preuve qu'un groupe déterminé comptait nettement plus de membres incapables de satisfaire à cette condition que les autres groupes. Il fallait dès lors pratiquer des comparaisons de statistiques. La définition de l'UE parle plutôt d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique neutre qui induit pour des membres d'un groupe donné *un désavantage particulier par rapport à d'autres personnes*. Par conséquent, il est possible d'établir une discrimination indirecte sans recourir à des statistiques. Dans la pratique, toutefois, les statistiques joueront un rôle central dans un procès pour discrimination indirecte.

La définition de la discrimination indirecte repose sur une logique relative et comparative. Elle diffère du concept de discrimination directe en ce que la comparaison a maintenant principalement lieu au niveau du groupe plutôt

⁷⁰ À cet égard, le droit européen et le droit fédéral américain ont des pratiques différentes. Aux États-Unis, les statistiques sont souvent déclarées recevables dans des affaires liées à des différences de traitement d'individus mais elles sont rarement déterminantes en l'absence de preuves empiriques supplémentaires vu la nécessité de prouver une intention discriminatoire. Voir Waks, Jay W., et al., *The Use of Statistics in Employment Discrimination Cases*, *The Trial Lawyer*, Vol. 24 (2001), p. 261.

⁷¹ Idem.

⁷² Pour les définitions mêmes, voir les articles 2(2) des deux directives.

⁷³ Cormack, Janet, et Bell, Mark, *Le développement de la législation contre les discriminations en Europe*. Réseau européen des experts juridiques indépendants en matière de non-discrimination (human european consultancy & Migration Policy Group, 2005), p. 28-29.

qu'à un échelon individuel. En conséquence, il faudra identifier et mesurer d'éventuels écarts de performances, susceptibles d'exister entre deux groupes de personnes. La discrimination indirecte s'intéresse plus aux résultats de fond qu'à la cohérence formelle du traitement⁷⁴. En effet, elle reconnaît que parfois une application formellement cohérente de critères apparemment neutres peut, dans les faits, avoir des effets discriminatoires.

Alors que le raisonnement comparatif de la définition invite à l'utilisation de données statistiques, de telles données ne sont pas requises dans toutes les affaires ni même dans la plupart. Dans certaines circonstances, les instances compétentes peuvent tenir compte du « bon sens » pour émettre des hypothèses sur le comportement ordinaire, sans exiger de données statistiques. Ainsi, dans l'affaire britannique *Panesar c. Nestlé co Ltd*, le juge a accepté que les personnes d'origine pakistanaise avaient une plus grande probabilité de porter la barbe et étaient, dès lors, en droit de déposer une plainte pour discrimination indirecte contre une règle interdisant aux travailleurs de porter la barbe⁷⁵. Dans les affaires *Mandla c. Lee*⁷⁶ et *Singh c. British Rail Engineering*⁷⁷, les interdictions de port de turbans ont été traitées comme justifiant une plainte pour discrimination raciale indirecte contre les Sikhs. La Commission néerlandaise pour l'égalité de traitement a même été jusqu'à déclarer que lorsqu'il existe un déséquilibre dans la composition de la main-d'œuvre, dans la mesure où les travailleurs appartiennent en majorité à l'ethnie dominante, on peut suspecter qu'il y a eu discrimination indirecte si une personne d'une minorité allègue des faits ressemblant à des pratiques d'exclusion parce qu'il est « de notoriété publique » que les membres des minorités tendent à se faire exclure des lieux de travail où la majorité des travailleurs sont d'une autre origine ethnique⁷⁸. Point important, dans sa jurisprudence dans le domaine de la discrimination fondée sur le sexe, la Cour européenne de justice a confirmé que, dans certaines circonstances, il n'est pas nécessaire d'analyser les conséquences spécifiques de l'application d'un critère ou d'une pratique pour révéler une discrimination indirecte⁷⁹.

Dans certains cas, les données statistiques, sous une forme ou une autre, peuvent jouer un rôle important. Dans le contexte de l'emploi, elles peuvent notamment remplir les fonctions suivantes : a) en cas de suspicion de pratiques discriminatoires dans les procédures de recrutement ou de sélection, les statistiques permettent de comparer le profil des candidats ou de tous les travailleurs, ou d'une partie d'entre eux, avec celui de l'ensemble de la population ou d'une partie de celle-ci (par exemple les personnes ayant des qualifications suffisantes ou celles qui habitent dans une zone donnée ou les deux à la fois), afin de révéler une éventuelle sous-représentation ; cette méthode requiert l'existence de données « internes » d'une organisation, ventilées par motif d'égalité pertinent, et l'existence de données « externes » d'un macro-niveau, également ventilées par motif d'égalité pertinent (et éventuellement aussi par domicile et par qualifications) ; b) en cas de suspicion de discrimination en matière de rémunération, de promotion ou de licenciement, les données internes seules sont utilisées pour comparer les situations respectives des différents groupes de travailleurs ; cette méthode suppose que l'employeur ait les données nécessaires sur son personnel, ventilées par motif d'égalité pertinent ; c) lorsqu'il faut instruire les effets d'une disposition ou d'un critère spécifique, on peut analyser et comparer les proportions des différents groupes au sein de l'ensemble de la population ou de parties de celle-ci, qui peuvent satisfaire à la disposition ou au critère concerné. Les trois méthodes principales susmentionnées, c'est-à-dire l'utilisation de données internes ou externes, seules ou combinées, s'appliquent aussi *mutatis mutandis* aux domaines de l'éducation et de la prestation de services.

⁷⁴ Un examen général de cet aspect est donné dans FREDMAN, Sandra, *Discrimination Law* (Oxford, Oxford University Press, 2002), p. 106 et sq.

⁷⁵ [1980] IRLR 482.

⁷⁶ [1983] IRLR 209.

⁷⁷ [1986] ICR 22.

⁷⁸ ETC, Oordeel 99-72.

⁷⁹ Voir, par exemple, l'affaire *Schnorbus*, dans laquelle la procédure de sélection relative à l'accès à une formation juridique pratique était discriminatoire pour les femmes parce qu'elle donnait la préférence à des candidats ayant accompli leur service militaire ou civil obligatoire, critère auquel seuls les hommes pouvaient satisfaire. La cour a déclaré : « Il n'est cependant pas nécessaire, en l'espèce, d'analyser les conséquences concrètes de l'application du [critère de sélection]. Il suffit en effet de constater que, en accordant une priorité aux candidats qui ont effectué un service militaire ou civil obligatoire, les dispositions litigieuses révèlent, par elles-mêmes, une discrimination indirecte dès lors que, en vertu du droit national applicable, les femmes ne sont pas soumises à l'obligation de service militaire et ne peuvent donc bénéficier de la priorité prévue par les dispositions susmentionnées de la JAO, au titre des cas de rigueur. » CEJ, affaire C-79/99, *Schnorbus*, Recueil de jurisprudence 2000, p. I-10997, paragraphe 38.

Lorsque les données internes applicables ne sont pas disponibles, par exemple lorsqu'un employeur ne tient pas à jour un registre de ses travailleurs comprenant des informations relatives au motif d'égalité susceptible de le concerner, il se peut qu'il faille « aller chercher » ces données au moyen d'une observation ou d'une instruction. En l'absence de données externes applicables, le seul moyen d'obtenir les données utiles est d'effectuer des enquêtes sur échantillon ou d'autres types de recherches.

Considérons les quatre affaires suivantes, l'une de Finlande, les deux suivantes, de Grande-Bretagne et la dernière, d'Irlande.

La ville de Vantaa devait réduire le nombre de ses travailleurs en raison de problèmes financiers. Elle avait publié des critères de sélection spécifiques en fonction desquels elle se séparerait de certains de ses travailleurs. Parmi ces critères figuraient le souhait de la personne de prendre une retraite anticipée, le dépassement d'une certaine limite d'âge et l'importance du travailleur pour l'employeur. D'après les instructions, les évaluations devaient être faites sur une base individuelle. Les statistiques ont révélé que la probabilité d'un licenciement était plus de deux fois supérieure dans la tranche d'âge 50-59 ans que dans les autres tranches d'âge. Comme la ville ne pouvait fournir de justification objective à ce déséquilibre, le Tribunal administratif suprême de Finlande a estimé qu'il s'agissait d'une discrimination fondée sur l'âge⁸⁰.

Dans l'affaire *Hussein c. Saints Complete House Furnitures*⁸¹, un magasin de meubles de Liverpool a refusé de prendre en considération les candidatures provenant d'un district postal de Liverpool où le taux de chômage était élevé. Le magasin s'était justifié en faisant valoir que les amis chômeurs des travailleurs issus de ce quartier pourraient traîner autour du magasin et décourager les clients. Les enquêtes sur les forces du travail ont révélé que ce district postal comptait 50% d'habitants noirs, alors que l'ensemble de la région de Liverpool en compte 2%. Un tribunal du travail a estimé que ces données statistiques étaient suffisantes pour prouver que l'employeur pratiquait une discrimination indirecte fondée sur la race en appliquant à ce district postal une règle d'exclusion d'embauche, règle que le tribunal a jugée non justifiée.

Dans l'affaire *Aina c. Employment Service*, un travailleur africain de couleur noire a postulé à la fonction de directeur de l'égalité des chances de son organisation. L'évaluation a révélé qu'il avait les qualifications et aptitudes requises pour cette fonction. Toutefois, sa candidature a été rejetée parce que ce poste n'était accessible qu'au personnel travaillant sous contrat à durée indéterminée à des niveaux supérieurs au sien, ce que le candidat ignorait. Des données de surveillance ont révélé que l'organisation n'avait aucun travailleur noir africain sous contrat à durée indéterminée aux niveaux en question. Le tribunal du travail a estimé que cette exigence n'était pas justifiée et était assimilable à une discrimination indirecte pour motif racial⁸².

Dans l'affaire *Martin c. Concern*, le plaignant, un homme de plus de 40 ans, alléguait une discrimination indirecte fondée sur l'âge. Le défendeur avait reçu 148 candidatures pour un emploi. Les treize candidats interviewés avaient tous moins de 40 ans. Parmi l'ensemble des candidats, 70 avaient entre 20 et 29 ans, 65 appartenaient à la tranche des 30-39 ans, 10 à celle des 40-49 ans et 3 à celle des plus de 50 ans. Le responsable de l'égalité a attesté que 13 (9%) des candidats avaient plus de 40 ans et 133 (91%) moins de 40 ans. Il a également été prouvé que les 20 candidats retenus pour l'interview avaient moins de 40 ans. L'examen des données a révélé que 29 candidats répondant à tous les critères essentiels n'avaient pas été invités à une interview. Parmi eux, 6 (21%) étaient âgés de plus de 40 ans, ce qui représentait 4% du nombre total de candidats. Sur cette base, le responsable de l'égalité a estimé que le plaignant n'avait pas pu établir une présomption de discrimination et l'a débouté⁸³.

Groupes témoins. Les directives ne donnent pas beaucoup d'indications quant à la façon d'effectuer les comparaisons. Plusieurs questions se posent : Quand faut-il considérer les personnes comme ayant une caractéristique spécifique, par exemple un handicap *particulier* ? Devons-nous nous limiter à comparer des

⁸⁰ 08.08.2001/1766 KHO : 2001 : 38. Cette affaire a été jugée avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi transposant la directive européenne sur l'égalité en matière d'emploi. Une discrimination directe aurait en théorie aussi pu être justifiée car l'ancienne loi nationale le prévoyait, contrairement à la directive.

⁸¹ [1979] IRLR 337.

⁸² *Aina v Employment Service* [2002] DCLD 103D. Cité dans Commission for Racial Equality, *Statutory Code of Practice on Racial Equality in Employment* (Belmont Press, 2005), p. 19.

⁸³ *Martin v. Concern*, DEC-E2005/029.

grandes catégories, telles que « les handicapés » et « les non-handicapés » ? Et comment sélectionner l'échantillon de comparaison ?

Dans son acception courante, le terme « particulier » désigne quelque chose qui n'est pas universel ou général, mais qui est propre ou spécifique à une personne, à un groupe ou à une catégorie. Cela laisse entendre que nous ne devons pas nous contenter de comparer de grandes catégories ou groupes représentant les différents motifs⁸⁴. De plus, la définition de la discrimination donnée dans les deux directives évite le terme de « groupes » en tant que tel pour privilégier la notion de « personnes ». Certains avancent que ces deux faits impliquent qu'il n'y a pas de règle empirique universellement applicable pour déterminer le degré de « différence » qui doit exister entre deux groupes de personnes ou entre leurs situations respectives. Tout dépend du fond de l'affaire : qui subit les conséquences d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique, dans quelle mesure ces personnes se distinguent-elles du reste de la population en termes d'origine raciale ou ethnique, de handicap, de religion ou de convictions, d'orientation sexuelle ou d'âge. S'il existe une corrélation entre un désavantage et l'une des caractéristiques d'une des grandes catégories de motifs, il y a présomption de discrimination. Ainsi, l'obligation d'avoir un permis de conduire ne porte pas préjudice à tous les handicapés, mais uniquement à des sous-groupes spécifiques au sein de cette catégorie générale (comme les malvoyants) mais, en l'absence de justification objective, elle constitue néanmoins une discrimination indirecte fondée sur le handicap.

En Europe, la jurisprudence compte peu d'affaires portant sur ces questions, mais le peu de matière dont nous disposons soutient l'approche pragmatique et souple susmentionnée. Par exemple, pour la discrimination fondée sur l'âge, la catégorisation a toujours suivi les circonstances spécifiques de l'affaire concernée. Dans l'affaire précitée jugée par le Tribunal administratif suprême de Finlande, la comparaison décisive a opposé les personnes âgées de 50 à 59 ans à toutes les autres. Dans l'affaire *Perry c. Garda Commissioner*⁸⁵, la situation d'une personne de 59 ans a été comparée à celle d'une personne de 60 ans. Dans *Martin c. Concern*⁸⁶, la comparaison décisive s'est faite entre les personnes de plus de 40 ans (l'âge du candidat) et celles de moins de 40 ans. La jurisprudence sur l'origine ethnique laisse aussi place à une approche souple. Parfois, le groupe témoin pertinent est le grand groupe des « Noirs », parfois un groupe plus limité, tel que celui des « Roms » ou « les personnes d'origine pakistanaise ». Si une approche souple en ces matières semble donc être généralement acceptée, il ne faut pas en déduire pour autant que la délimitation du groupe pertinent soit une tâche facile. Ainsi, la Commission néerlandaise pour l'égalité de traitement n'a pas adopté une approche uniforme des questions de délimitation ; de surcroît, ses approches ont souvent été critiquées par les tribunaux et par les commentateurs universitaires.

À l'évidence, la sélection de l'échantillon témoin est une partie très importante d'une action pour discrimination indirecte. On voit cependant que la plupart des pays de l'UE n'ont rien qui ressemble à une approche bien établie de cette question. Alors que, par exemple, la Commission néerlandaise pour l'égalité de traitement a une vaste expérience de l'utilisation des statistiques relatives à des plaintes pour discrimination indirecte, il semble qu'elle n'ait pas adopté de pratique cohérente à cet égard mais ait eu recours à plusieurs approches différentes. La difficulté de définir les groupes témoins s'est révélée un des principaux défis auxquels les tribunaux américains ont été confrontés en cette matière.⁸⁷

Ce n'est qu'au Royaume-Uni que la situation semble un peu plus claire. Dans l'affaire *Allonby c. Accrington and Rossendale College*, la Cour d'Appel a estimé qu'« une fois l'exigence ou la condition contestée définie, il n'y aura probablement qu'un seul échantillon [de comparaison] qui permettra au mieux d'en tester les effets »⁸⁸. Il est acquis que la sélection de cet échantillon incombe au tribunal ou à la cour et qu'elle exigera la prise en considération des circonstances factuelles en cause. Dans l'affaire pour discrimination fondée sur le sexe *Price c. Civil Service Commission*, la Cour d'Appel a arrêté que lors de la sélection des deux groupes témoins, l'échantillon de comparaison approprié se composerait de personnes qui satisferaient aux critères d'octroi de l'allocation sollicitée

⁸⁴ Voir aussi Whittle, Richard, *The Framework Directive for equal treatment in employment and occupation: an analysis from a disability rights perspective*, 27 *European Law Review*, juin 2002, p. 309.

⁸⁵ DEC-E2001-029.

⁸⁶ DEC-E2005/029.

⁸⁷ National Research Council, *Measuring Racial Discrimination*, Panel on Methods for Assessing Discrimination (Washington DC, National Academies Press, 2004), p. 120.

⁸⁸ [1998] IRLR 364, 368.

ou pourraient prétendre à une telle allocation si la disposition contestée n'était pas d'application⁸⁹. L'approche adoptée par la CEJ dans l'affaire *Seymour Smith* pour discrimination fondée sur le sexe est généralement appliquée par les tribunaux britanniques à tous les motifs d'égalité. Ainsi, la comparaison se fait habituellement entre les membres d'un groupe désavantagé qui satisfont à l'exigence en question et la part générale de membres de ce groupe désavantagé que compte la main-d'œuvre, et non pas uniquement ceux qui sont directement touchés par la mesure en question⁹⁰. La sélection des personnes entrant dans ce groupe variera en fonction des circonstances. Si une seule condition d'emploi est contestée (par exemple que tous les candidats admissibles doivent avoir un diplôme universitaire de premier cycle), dans la logique de la décision Price, il semble que les groupes témoins doivent compter, d'une part, ceux qui, dans l'ensemble de la population nationale, ont les qualifications requises pour ce poste et appartiennent à un groupe désavantagé et, d'autre part, ceux qui, dans la population nationale, n'ont pas les qualifications requises et appartiennent à ce même groupe désavantagé. Si la contestation porte sur au moins deux conditions d'emploi ou critères de recrutement, alors les groupes témoins réuniront, d'une part, ceux qui ont les qualifications requises et, d'autre part, ceux qui auraient eu les qualifications requises en l'absence de ces conditions ou critères, ou ceux qui auraient pu souhaiter postuler si ces conditions ou critères contestés n'avaient pas existé. Les groupes témoins pourraient aussi être limités à une zone géographique locale ou englober l'ensemble de la population nationale, selon la nature du poste à pourvoir. Les groupes peuvent être restreints à ceux qui ont un ensemble particulier de qualifications ou à un groupe plus large.

Mesure du désavantage. De quelle ampleur doit être l'écart pour qu'il y ait désavantage *particulier* ? Ici aussi, le qualificatif « particulier » indique simplement une condition qui est spécifique, c'est-à-dire qui n'est pas partagée par tous. Si tout le monde est désavantagé de la même façon, il n'y a pas de désavantage particulier. C'est à la CEJ de décider en définitive si tel est bien le sens induit ou si, par exemple, il est fait allusion à un certain degré de gravité. À cet égard aussi, il existe très peu de jurisprudence dans les pays de l'UE.

Aux Pays-Bas, la Commission pour l'égalité de traitement (Commissie Gelijke Behandeling) a fort insisté sur le fait que le désavantage doit être calculé sur la base de proportions relatives et non sur celle de chiffres absolus⁹¹. Dans plusieurs affaires, la CGB a pris pour règle générale que les personnes dans le groupe présumé victime d'une discrimination indirecte doivent être désavantagées par la règle ou la pratique apparemment neutre au moins 1,5 fois plus souvent que les personnes du groupe témoin. Toutefois, depuis 2004, la CGB semble avoir commencé à utiliser d'autres méthodes de calcul, surtout dans des affaires où les chiffres absolus sont très faibles⁹². Ces méthodes ont été élaborées par l'Université d'Utrecht et comprennent des modes compliqués de calcul de la probabilité qu'un groupe particulier subisse plus de répercussions négatives qu'un autre. Certains craignent que ce changement de politique de la CGB ne rende les choses extrêmement et inutilement complexes, ce qui entraînerait une diminution de la transparence et de l'acceptabilité générale des décisions.

Au Royaume-Uni, les tribunaux ont rejeté toute règle qui serait automatiquement applicable à ces questions, ce qui a engendré une jurisprudence assez complexe. L'ampleur de l'écart statistique requis pour déterminer l'existence d'une disparité d'impact dépendra du groupe témoin sélectionné et constitue une question factuelle à trancher en fonction des circonstances pertinentes. Dans le domaine de la discrimination fondée sur le sexe, la Chambre des Lords a estimé qu'une différence de 5% par rapport à l'ensemble de la population nationale suffisait pour établir un cas de discrimination indirecte⁹³. Il est probable qu'une approche similaire soit adoptée concernant les autres motifs.

⁸⁹ [1977] IRLR 291.

⁹⁰ Dans *Seymour Smith*, la Cour a déclaré : « Pour établir si une mesure adoptée par un État membre affecte différemment les hommes et les femmes dans une mesure telle qu'elle équivaut à une discrimination indirecte au sens de l'article 119 du Traité, le juge national doit vérifier si les statistiques disponibles indiquent qu'un pourcentage considérablement plus faible de travailleurs féminins que de travailleurs masculins est en mesure de remplir la condition imposée par ladite mesure. Si tel est le cas, il y a discrimination indirecte fondée sur le sexe, à moins que ladite mesure ne soit justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. » Affaire C-167/97, paragraphe 4 de l'arrêt.

⁹¹ La CGB illustre cette approche en citant l'exemple d'une société qui emploie 10 femmes et 1 000 hommes. Si 9 femmes et 9 hommes travaillent à temps partiel dans cette société, la situation est « égale » en termes absolus mais inégale en termes de pourcentage de femmes et d'hommes travaillant à temps partiel.

⁹² Voir, par exemple, Oordeel 2003-91 et 2003-92.

⁹³ *Seymour-Smith* [2000] 1 WLR 435.

Expériences de comparaisons. L'utilisation de données statistiques n'est pas dénuée de problèmes même là où elle est courante. L'expérience des États-Unis en matière de discrimination raciale montre que les parties en cause et les experts en statistiques auxquels elles recourent, ainsi que les tribunaux et les commentateurs universitaires ont des avis souvent profondément divergents sur la manière d'établir des statistiques correctes, notamment sur la constitution des groupes témoins. Or, les analyses utilisées dans les affaires judiciaires ne requièrent souvent que des comparaisons simples entre la composition raciale d'un ensemble de candidats à un emploi ou à une promotion et un ensemble de résultats de sélection (dans le cadre d'un recrutement ou d'une promotion). Une évaluation rigoureuse, des analyses par régression multiple ou à variables multiples sont rarement nécessaires⁹⁴. Plusieurs méthodes d'évaluation de l'impact négatif sont utilisées aux États-Unis. La Commission américaine pour l'égalité des chances au travail (EEOC) a publié un guide pour codifier l'ensemble des procédures de recrutement (*Uniform Guidelines on Employee Selection Criteria*), qui relève un impact négatif si le taux de sélection des membres d'une catégorie protégée est inférieur à quatre cinquièmes (80%) de celui d'un autre groupe. Selon la méthode de l'écart-type, appliquée par la plupart des tribunaux, il y a impact négatif lorsque la différence entre le nombre de sélectionnés parmi la classe protégée et le nombre que produirait une sélection aléatoire atteint le double voire le triple de l'écart-type⁹⁵. Il existe d'autres méthodes d'évaluation de l'impact négatif, telle que l'analyse par régression multiple⁹⁶.

Bien que les juges attendent des plaignants qu'ils produisent des données statistiques dans les affaires de discrimination en matière d'emploi, ils sont souvent sceptiques sur ces statistiques. Nelson et Bennett ont analysé 178 procès jugés par des instances fédérales entre 2000 et 2002 et ont découvert que les juges n'ajoutaient pas foi aux données statistiques, et ce au détriment des plaignants. Les raisons principales invoquées pour ne pas asseoir le jugement du tribunal sur les données statistiques étaient : 1) la taille relativement petite des échantillons, 2) la difficulté de définir les groupes témoins et 3) l'utilisation de données agrégées concernant des niveaux d'emploi multiples dans un recours collectif⁹⁷.

3.4. Enquêtes menées par des agences

Certains des problèmes liés aux procès contradictoires axés sur les conditions d'application peuvent être pris en charge en octroyant à une agence déterminée les compétences nécessaires pour instruire des cas de présomption de discrimination⁹⁸. C'est particulièrement le cas lorsqu'une procédure peut être engagée sans qu'une plainte officielle ait été déposée et lorsque l'agence concernée a d'importantes compétences en matière de collecte d'informations, y compris la capacité d'exiger des preuves écrites ou orales et la production de documents, ce qui résout les problèmes posés par l'absence des données statistiques nécessaires ou le manque de coopération du défendeur. En outre, les enquêtes menées par des agences ont la possibilité de s'attaquer à des schémas et structures discriminatoires au lieu de remédier rétrospectivement aux préjudices qu'une personne a subis.

Des fonctions de médiateur ou, d'une manière générale, des institutions équivalentes ont été créées dans de nombreux pays de l'UE⁹⁹. Souvent, ces instances ont compétence pour mener des enquêtes de leur propre initiative ou sur la base de plaintes concrètes. Certaines de ces instances peuvent imposer une amende lorsqu'il n'est pas donné suite à leur requête de fournir les informations appropriées. La constatation d'une discrimination mène généralement à la formulation de recommandations ou de conseils et ne porte en rien préjudice au droit de la victime d'engager une procédure judiciaire, par exemple en vue d'obtenir compensation.

⁹⁴ National Research Council, *Measuring Racial Discrimination*, Panel on Methods for Assessing Discrimination (Washington DC, National Academies Press, 2004), p. 120.

⁹⁵ La méthode de l'écart-type consiste en un calcul statistique assez complexe de la probabilité de l'apparition aléatoire de différences de résultats entre des groupes similaires.

⁹⁶ Pour plus d'informations sur ces méthodes, voir Waks, Jay W., *et al. The Use of Statistics in Employment Discrimination Cases*, *The Trial Lawyer*, Vol. 24 (2001).

⁹⁷ National Research Council, *Measuring Racial Discrimination*, Panel on Methods for Assessing Discrimination (Washington DC, National Academies Press, 2004), p.120.

⁹⁸ Voir un aperçu général dans Fredman, Sandra, *Discrimination Law* (Oxford, Oxford University Press, 2002), p. 175.

⁹⁹ Il s'agit des pays suivants: Chypre, Estonie, Finlande, Grèce, Lituanie, Slovaquie et Suède. Une analyse de l'existence, de l'indépendance et de l'efficacité de ces organes est donnée dans Holtmaat, Rikki, *Catalysts for Change ? Equality Bodies according to Directive 2000/43/EC* (Luxembourg, Commission européenne, 2007).

Plusieurs pays ont donné à l'inspection du travail ou à une institution équivalente mission de superviser le respect de la législation sur l'égalité en matière d'emploi¹⁰⁰. Ces autorités ont habituellement des compétences larges pour mener des enquêtes *in situ* et exiger des documents qui sont en possession de l'employeur. Généralement, l'inspection du travail exécute ses missions de supervision générale en continu, menant des enquêtes plus précises lorsqu'elle soupçonne que ce pourrait être nécessaire ou lorsqu'elle a été incitée à le faire, souvent par le biais du dépôt d'une plainte informelle.

Nombre des bureaux des plaintes créés par les États membres de l'UE sont aussi dotés de pouvoirs d'investigation¹⁰¹. En général, les procédures devant ces organismes sont déclenchées par le dépôt d'une plainte officielle mais cela ne nuit en rien au droit du plaignant d'engager ensuite un autre type de procédure judiciaire pour le même motif, par exemple aux fins d'obtenir compensation.

Il existe toutefois d'autres types d'agences et de procédures. Ainsi, au Royaume-Uni, la Commission pour l'égalité raciale (Commission for Racial Equality) est compétente pour mener deux types d'enquêtes officielles : les « enquêtes sur personnes désignées » et les « enquêtes générales »¹⁰². Si la CRE suspecte qu'une entreprise ou une organisation particulière pratique une discrimination fondée sur la race, elle peut lancer une enquête officielle. Au cours de son enquête, la CRE peut ordonner aux défendeurs de produire des documents et de fournir des éléments de preuve, y compris des données statistiques. Si elle est convaincue que des actes illicites de discrimination ont eu lieu, la CRE peut adresser un préavis de non-discrimination aux défendeurs, enjoignant ceux-ci de prendre des mesures spécifiques pour éviter toute nouvelle discrimination¹⁰³. La CRE est aussi compétente pour s'intéresser à un domaine d'activité déterminé par des « enquêtes générales » qui ne ciblent pas une société ou une organisation particulière. Dans le cadre de cette compétence, la CRE peut aussi ordonner aux défendeurs de produire des documents et de fournir des éléments de preuve, après avoir d'abord obtenu l'autorisation du Secrétaire d'État pour exercer cette compétence. Elle peut aussi émettre des recommandations à toutes les entités et publier un rapport.

Alors que les enquêtes menées par des agences telles que celles décrites ci-dessus peuvent constituer un important moyen d'établissement des faits, l'expérience, surtout du Royaume-Uni, a révélé que la réalisation effective d'une enquête ne requiert pas uniquement l'existence de compétences officielles mais aussi et surtout la disponibilité de ressources financières considérables, sans quoi le travail ne pourra jamais atteindre le degré approprié d'exhaustivité¹⁰⁴.

3.5. Conclusions

Dans ce chapitre, nous avons examiné le rôle des données statistiques dans le contexte des procédures judiciaires pour discrimination. Les statistiques peuvent être utilisées pour établir ou rejeter une présomption de discrimination. Dans le cas d'une discrimination directe, elles peuvent révéler l'existence d'un schéma discriminatoire et ainsi constituer une preuve indirecte d'une discrimination directe en relation avec une plainte particulière. Dans le cas d'une discrimination indirecte, un plaignant peut utiliser les statistiques pour démontrer les effets néfastes que l'application d'une disposition ou d'un critère a sur un groupe spécifique et pour montrer les effets discriminatoires de pratiques même informelles, en révélant les déséquilibres que celles-ci provoquent dans la composition de la main-d'œuvre ou de la clientèle, par exemple. Le défendeur peut, quant à lui, présenter d'autres données statistiques pour mettre en doute le bien-fondé, l'exactitude ou la fiabilité des statistiques invoquées par le plaignant.

¹⁰⁰ Les pays concernés sont la Belgique, la Finlande, la Hongrie, Malte, la Pologne et le Portugal.

¹⁰¹ Des bureaux des plaintes existent en Autriche, au Danemark, en Finlande, en Hongrie et aux Pays-Bas.

¹⁰² Le lecteur intéressé par ces matières est invité à se familiariser avec les pratiques et compétences d'autres instances encore, telles que la Commission pour les droits des personnes handicapées (DRC) au Royaume-Uni, la nouvelle Commission pour l'égalité et les droits de l'homme (en projet) au Royaume-Uni, la Commission de l'égalité d'Irlande du Nord (ECNI) et l'Autorité de l'égalité d'Irlande.

¹⁰³ La CRE peut aussi émettre des recommandations en vue d'améliorer le comportement et publier un rapport sur l'enquête, même si aucune discrimination spécifique n'a été constatée.

¹⁰⁴ Il convient aussi de noter que les commissions britanniques ont été gênées dans leur travail par le fait qu'une « enquête sur personne désignée » ne peut avoir lieu tant que la Commission ne suspecte pas l'existence d'une discrimination illicite.

Malgré l'utilité potentielle des données statistiques, la vaste majorité des pays de l'UE n'ont à ce jour aucune expérience, ou ont seulement une expérience très limitée, de l'utilisation de tels éléments de preuve dans ce contexte. Cette situation contraste avec l'utilisation très répandue des statistiques dans les affaires engagées pour discrimination fondée sur le sexe en Europe¹⁰⁵ et avec l'usage tout aussi répandu des statistiques dans les affaires pour discrimination raciale aux États-Unis. Des changements pourraient toutefois intervenir à mesure que la notion de discrimination indirecte s'ancre dans la culture juridique des États membres. Cependant, comme l'a montré ce chapitre, les États membres vont devoir effectuer d'autres adaptations pour garantir une transition en douceur, dans le respect du droit de l'UE. Il faudra, au préalable, régler plusieurs problèmes. Premièrement, il faut que les plaignants et les instances judiciaires aient accès aux informations pertinentes, surtout aux données statistiques, que possède le défendeur. À cet égard, l'existence d'un devoir de divulgation des informations pertinentes revêt une grande importance, surtout avant le lancement d'une procédure judiciaire. Seuls de rares États membres ont mis en place des mécanismes visant à répondre à cette nécessité. Il est tout aussi capital de donner aux agences en charge de l'égalité ou à des institutions similaires le pouvoir d'engager une procédure en vue de révéler des schémas discriminatoires, y compris le pouvoir d'obtenir des documents pertinents de la part des employeurs ou des prestataires de services. Deuxièmement, il faut davantage œuvrer à donner aux parties en cause et même aux tribunaux des orientations susceptibles de les intéresser pour identifier les groupes témoins corrects, surtout en l'absence d'une ligne d'interprétation bien établie à cet égard. Troisièmement, il faut prévoir la recevabilité des données statistiques comme éléments de preuve dans les procédures judiciaires.

Enfin, et c'est le point le plus important, des efforts considérables doivent être consentis pour garantir la disponibilité des données permettant d'établir dans ce contexte des statistiques utiles. Les sources à exploiter devraient comprendre, d'une part, les ensembles de données de macro-niveau, telles que les données issues de recensements et des enquêtes sur les forces du travail, susceptibles d'être ventilées par motif d'égalité, de domicile et de qualifications et, d'autre part, les données des registres administratifs (tels que les registres de la population), qui peuvent être ventilées par motif d'égalité. Il serait également utile de recueillir les données de la surveillance interne pratiquée par les employeurs, les écoles et les prestataires de services, y compris des données sur leur main-d'œuvre et leurs fournitures de services, ventilées par motif de discrimination, ainsi que des informations produites au cours de divers types de recherches sur les discriminations. Parfois, il est en théorie possible de réunir les données nécessaires de manière ponctuelle au moyen d'un testing ou d'observations mais, dans la pratique, ce n'est souvent pas une option viable car le déploiement de telles méthodes exige des plaignants concernés trop de ressources financières et de savoir-faire spécialisé.

Certaines de nos constatations révèlent que si les statistiques sont peu utilisées dans les affaires de discrimination, c'est précisément faute de données nécessaires et non à cause d'obstacles de nature juridique ou technique, par exemple. Premièrement, l'utilisation de données statistiques est le plus fréquente dans les pays (Royaume-Uni et Pays-Bas) qui ont en général pratiqué le plus activement la collecte de données concernant les motifs d'égalité, notamment par le biais de la surveillance des pratiques sur les lieux de travail. Deuxièmement, l'utilisation de données statistiques la plus fréquente concerne les motifs de discrimination pour lesquels des informations statistiques existent le plus souvent (tout au moins dans les pays précités), à savoir l'âge et l'origine ethnique et – en dehors du champ de la présente étude – le sexe, tandis que peu d'informations statistiques d'une précision suffisante sont établies au sujet de l'orientation sexuelle, du handicap et de la religion ou des convictions. Compte tenu de ces constatations, il est probable qu'une grande partie des discriminations passent actuellement inaperçues et restent non combattues en raison de l'indigence des données collectées.

4. Le rôle des données dans la surveillance des lieux de travail et de la fourniture de services

4.1. Surveillance de la diversité

Alors que les deux directives ne prévoient pas, pour les employeurs, une obligation directe de surveiller la diversité de leurs effectifs, le libellé identique de l'article 11(1) de la directive sur l'égalité raciale et de l'article 13(1)

¹⁰⁵ ERRC – Interights – MPG, *Strategic Litigation in Europe: From Principles to Practice* (Nottingham, Russell Press, 2004), p. 82.

de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi stipule que les États membres doivent prendre « les mesures appropriées afin de favoriser le dialogue [...] en vue de promouvoir l'égalité de traitement, y compris par la surveillance des pratiques sur les lieux de travail ». Le Guide sur la surveillance ethnique, publié par la Commission britannique pour l'égalité raciale, souligne le rôle essentiel de la surveillance dans tout engagement à appliquer l'égalité :

Sans surveillance ethnique, une organisation ne saura jamais si son programme ou sa politique d'égalité raciale fonctionne effectivement. Le risque existe que les gens ne perçoivent cette politique que comme un engagement purement formel en faveur de l'égalité raciale. Se doter d'une politique d'égalité sans assurer de surveillance ethnique revient à se fixer un objectif de bonne gestion financière sans tenir de registres comptables¹⁰⁶.

La surveillance quantitative des travailleurs et de la fourniture de services désigne fondamentalement un processus par lequel l'administration d'une organisation suit l'évolution de la composition de son personnel ou des bénéficiaires de ses services en recueillant les données nécessaires. Comme la surveillance de la main-d'œuvre couvre souvent aussi le recrutement, les données nécessaires sont également recueillies au sujet de tous les candidats à un emploi. La surveillance peut générer d'importants avantages. Elle aide les employeurs et les prestataires de services à éviter des procès pour discrimination en permettant de détecter les pratiques discriminatoires au sein de l'organisation à un stade précoce. Elle est quasi indispensable lorsqu'une organisation a adopté un plan d'égalité et s'est fixé des objectifs en vue de garantir une représentation égale de tous les groupes dans ses effectifs ou des bénéficiaires de ses services. Il est permis de penser que la surveillance des lieux de travail et la diversité de la main-d'œuvre qui en découle sont également judicieuses d'un point de vue commercial car elles garantissent une exploitation par l'employeur du réservoir de talents le plus large possible. Une description et une analyse des méthodes possibles de surveillance des lieux de travail et de la fourniture de services sont présentées à l'annexe I.

Seuls quelques rares États membres de l'UE ont adopté des dispositions légales explicites qui exigent une surveillance des lieux de travail et de la fourniture de services, comme le révèle l'exploration des pratiques nationales présentée à l'annexe 2. De plus, même dans les pays où elles existent, ces obligations ne portent généralement que sur une gamme limitée d'entités. Toutefois, ce n'est pas parce qu'une surveillance n'est pas imposée explicitement par la loi dans certains États membres ou certaines entités qu'elle ne peut y être effectuée. Lorsque les lois nationales en vigueur, entre autres sur l'égalité, ne réglementent pas les aspects concernés, la légalité de l'application d'une surveillance relève des lois sur la protection des données, que celles-ci soient générales ou spécifiques au domaine de l'emploi. Tant que ce type de législation est respecté, il est possible pour toutes les organisations publiques et privées de mener une surveillance. Des formes anonymes de surveillance ouvrent une autre voie¹⁰⁷.

Les expériences des pays qui ont imposé des obligations de surveillance montrent qu'il s'agit en effet d'un moyen efficace de concrétiser l'égalité, en particulier lorsqu'il existe un large soutien du public en faveur de ce processus. Ces expériences sont analysées dans l'annexe I¹⁰⁸.

4.2. Conclusions

Malgré les nombreux avantages que peut offrir la surveillance et malgré les expériences majoritairement bonnes, seuls de rares États membres de l'UE ont à ce jour instauré des obligations de surveillance, probablement

¹⁰⁶ Commission pour l'égalité raciale, *Ethnic Monitoring. A guide for public authorities* (Londres, CRE, 2002), p. 3.

¹⁰⁷ Il convient de noter à ce propos que le célèbre rapport Bébéar en France a recommandé que les sociétés françaises mènent, sur une base annuelle, une surveillance anonyme des lieux de travail. Voir Bébéar, Claude, *Des entreprises aux couleurs de la France—Minorités visibles: relever le défi de l'accès à l'emploi et de l'intégration dans l'entreprise*. Disponible à l'adresse suivante : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/044000573/0000.pdf> (consulté le 1.5.2006).

¹⁰⁸ Voir aussi Commission For Racial Equality, *Ethnic Monitoring. A guide for public authorities* (Londres, CRE, 2002), p. 3; Dex, Shirley, et Purdam, Kingsley, *Equal Opportunities and Recruitment: How Census data can help employers to assess their practices* (York, York Publishing Services, 2005), p. 10; Collins, Evelyn, *The Role of Equality Bodies in Advancing the Case for Data*, in Simo Mannila (ed), *Data to Promote Equality* (Helsinki, Edita, 2005).

parce que l'idée même de recueillir des données, surtout dans les contextes de l'emploi et de la fourniture de services, n'a pas encore rallié un grand soutien et qu'elle est considérée par la plupart comme une question sensible. Néanmoins, au vu des preuves glanées dans de nombreux pays, il est possible de relever les quelques défis pratiques que pose l'instauration d'une surveillance des lieux de travail et de la fourniture de services. Il faut reconnaître que les sensibilités concernées peuvent varier en fonction des différents motifs d'égalité et qu'il faudra peut-être du temps avant que l'acceptation de la surveillance ne commence à gagner du terrain. Dans bien des cas, pour instaurer une surveillance, il peut s'avérer viable de recourir à une méthode anonyme, bien que les objectifs de surveillance soient nettement mieux servis par des formules non anonymes.

Au final, les partenaires sociaux de chaque pays devraient entamer un dialogue sur ces questions, comme l'exigent les deux directives, et devraient sérieusement songer à demander aux gouvernements respectifs d'instaurer des obligations de surveillance ou à adopter eux-mêmes des codes de conduite volontaires.

5. Le rôle des données dans l'évaluation générale de l'ampleur des discriminations

Outre leur rôle potentiellement central dans les procès et dans la surveillance des pratiques sur les lieux de travail, les données statistiques sont indispensables pour étudier les causes, l'ampleur et les conséquences des discriminations à un niveau plus général. Elles peuvent, par exemple, nous aider à répondre aux questions suivantes :

- Tout d'abord, quelle est la taille des groupes en question ? Quelle est leur situation socio-économique et comment soutiennent-ils la comparaison avec les autres groupes ? Pour répondre à ces questions, le mieux est de disposer de statistiques démographiques et socio-économiques basées sur des données de recensement, des données d'enquêtes et des données administratives, dans la mesure où celles-ci tiennent compte des variables pertinentes (par exemple l'origine ethnique).
- Combien de plaintes pour discrimination les instances compétentes reçoivent-elles par exemple sur une base annuelle ? Quels sont les profils respectifs des plaignants et des auteurs de faits discriminatoires ? Des « données sur les plaintes » permettront de répondre à ces questions.
- De quelle ampleur et de quel type sont les discriminations que subissent les membres de groupes particulièrement sujets à discrimination ? Que font les victimes en réaction à la discrimination qu'elles ont subie ? La réponse à ces questions viendra des données d'enquêtes sur les victimes.
- Dans quelle mesure les préjugés sont-ils courants dans un groupe particulier ou dans la société en général ? Les gens ont-ils connaissance de l'existence des lois sur l'égalité de traitement ? Des enquêtes sur les attitudes et des sondages d'opinion permettront de répondre à ces questions.
- Les employeurs et les prestataires de services appliquent-ils des pratiques discriminatoires ? Les lois sur l'égalité sont-elles respectées ou est-il nécessaire d'adopter des lois plus strictes ? Des recherches basées sur le testing des discriminations apporteront des éléments de réponse à ces questions.

Ce chapitre examine les différents instruments utilisables pour établir les statistiques susmentionnées¹⁰⁹.

5.1. Statistiques sociales, économiques et démographiques officielles

Tous les États membres de l'UE publient des statistiques nationales sur l'emploi, le niveau d'instruction, le revenu, la santé et la richesse. Ces statistiques livrent des informations importantes sur le statut socio-économique de

¹⁰⁹ Pour une analyse des différentes sources de données et de leur utilité, voir par exemple Wrench, John, *The Measurement of Discrimination: Problems of Comparability and the Role of Research* in Simo Mannila (ed.) : *Data to Promote Equality: Proceedings of the European Conference* (Helsinki : Edita, 2005). Voir aussi Wrench, John, et Modood, Tariq, *The Effectiveness of Employment Equality Policies in Relation to Immigrants and Ethnic Minorities in the UK*. *International Migration Papers 38* (Genève : OIT, 2000).

la population. Ventilées selon l'âge, le handicap, l'origine raciale ou ethnique et/ou les convictions religieuses ou philosophiques, elles constituent un point de départ capital pour une analyse de la situation des groupes vulnérables aux discriminations¹¹⁰.

L'utilisation de ces statistiques présente deux avantages majeurs. Premièrement, les données nécessaires sont souvent publiées par l'État sur une base régulière, ce qui permet une élaboration de données longitudinales en continu et donc une analyse des tendances. Deuxièmement, les données socio-économiques livrent d'importantes indications sur les effets de discriminations directes, indirectes et structurelles ainsi que sur toutes les autres causes de désavantages. C'est important car il est notoirement difficile d'évaluer les discriminations indirectes et structurelles, en particulier.

Bien qu'intéressante, cette source de renseignements recèle aussi ses limites. Premièrement, étant donné que toutes les discriminations ne génèrent pas des différences observables au niveau des résultats, certaines formes de discrimination ne sont pas visibles dans des statistiques socio-économiques¹¹¹. Ensuite, il est difficile de déterminer clairement quelle part du désavantage subi par un groupe, tel que révélé par les statistiques, résulte d'une discrimination. Si l'on est fondé à penser que les groupes victimes de discriminations sont moins bien lotis qu'ils ne le seraient en l'absence de discriminations, il est extrêmement difficile de déterminer dans quelle mesure leur désavantage socio-économique est imputable à des discriminations. Certains chercheurs ont pratiqué des analyses à variables multiples¹¹² pour tenter de maîtriser les autres variables pertinentes, telles que le niveau moyen d'instruction, afin de pouvoir estimer dans quelle mesure les disparités par exemple de revenus et de niveau d'emploi résultent de discriminations. La réalisation effective d'une analyse de régression accroît les besoins de collecte de données, car elle requiert la disponibilité d'une vaste gamme de données, par exemple sur les niveaux d'instruction, ventilées motif d'égalité. Actuellement, de telles données sont rarement disponibles. En outre, la méthode elle-même a essuyé quelques critiques¹¹³.

Quoi qu'il en soit, il est déjà très important en soi, du point de vue d'autres objectifs de politique, d'établir s'il existe des différences observables dans les statuts socio-économiques de divers groupes, même s'il n'est pas toujours possible de déterminer avec certitude dans quelle mesure ces disparités résultent d'une discrimination¹¹⁴.

L'existence de disparités requiert une étude plus approfondie de la question et, éventuellement, l'adoption de mesures correctrices appropriées, surtout lorsque les statistiques révèlent des disparités de résultats dans de multiples aspects de la vie, tels que l'emploi, le logement et la santé¹¹⁵.

Le degré de disponibilité des données susmentionnées varie d'un pays à l'autre. Il existe trois sources primaires possibles de données sociales, économiques et démographiques : les recensements de la population, les enquêtes sur les ménages et les documents administratifs. Outre la fourniture de données de base pour les statistiques socio-économiques, ces sources jouent deux autres rôles majeurs du point de vue de la lutte contre

¹¹⁰ L'orientation sexuelle n'est pas mentionnée ici parce qu'il paraît improbable que les États membres de l'UE tiennent compte de cette variable dans l'établissement de leurs statistiques officielles dans un avenir proche.

¹¹¹ Ce serait assurément le cas, par exemple, d'un refus d'accès à un restaurant sur la base de l'origine ethnique, peu susceptible de se traduire par des différences de statut socio-économique. Une personne peut aussi subir des discriminations régulières en matière d'accès à l'emploi, sauf en une occasion, et donc parvenir à obtenir un poste qui réponde à ses qualifications. Par conséquent, même des cas récurrents de discrimination n'engendrent pas toujours des différences observables dans les résultats.

¹¹² Dans une analyse à variables multiples, la discrimination est révélée par l'écart résiduel inexplicable qui subsiste entre deux groupes, même après la prise en considération et la neutralisation des effets de toutes les variables dont on peut raisonnablement supposer qu'elles peuvent avoir eu une influence.

¹¹³ Voir Riach, P. A., et Rich, J., *Field Experiments of Discrimination in the Market Place*, *The Economic Journal* 112, novembre 2002, p. F481. D'un point de vue théorique, une des limites de cette méthode réside dans le fait qu'elle ne tient pas compte de la mesure dans laquelle les variables neutralisées reflètent une discrimination.

¹¹⁴ En vertu du modèle d'égalité appelé « égalité des résultats », qui n'est toutefois pas couvert en tant que tel par les deux directives, une différence de statut socio-économique prouve d'office l'existence d'une inégalité.

¹¹⁵ Il convient de réitérer ici que les directives européennes lient l'adoption de mesures d'action positive à l'existence non d'une discrimination mais d'un désavantage.

les discriminations. D'une part, elles fournissent les données de référence externes nécessaires aux employeurs et aux prestataires de services pour évaluer leurs données internes, évoquées en rapport avec la surveillance (chapitre 4). D'autre part, les recensements et documents administratifs peuvent servir à définir la base de sondage pour les divers types d'enquêtes destinées à cartographier les expériences ou les attitudes en matière de discrimination.

Les recensements de la population. Les recensements sont une importante source de statistiques sociales et démographiques. Ils sont menés périodiquement dans presque tous les pays du monde, en général tous les cinq ou dix ans¹¹⁶. Un recensement livre habituellement des informations sur la taille, la composition et la répartition spatiale de la population, plus des caractéristiques socio-économiques et démographiques. Un guide de l'ONU sur les recensements, faisant autorité, comprend une liste de sujets à inclure en priorité dans les questionnaires de recensement (sujets dits « prioritaires ») et une liste d'autres sujets que les pays devraient envisager d'inclure¹¹⁷. L'emploi, le parcours scolaire et le niveau d'instruction sont repris dans les sujets prioritaires, de même que le lieu de naissance, la nationalité, le sexe et l'âge. La langue, la religion, le groupe national et/ou ethnique et le handicap appartiennent à la deuxième catégorie. En pratique, comme l'annexe III le précise, tous les États membres de l'UE recueillent des données sur l'âge (date de naissance), et une majorité d'entre eux collectent des données liées au handicap, à la religion et à l'origine nationale ou ethnique. Pour le moment, aucun État membre ne recueille directement des données sur l'orientation sexuelle.

Les enquêtes sur les ménages. Les enquêtes sur les ménages offrent une méthode souple de collecte de données et sont devenues une source majeure de données sur les phénomènes sociaux ces 60-70 dernières années. Les enquêtes sur échantillon recueillent des données dans une partie sélectionnée de la population et des extrapolations en sont ensuite tirées pour l'ensemble de la population. Les enquêtes sur échantillon permettent de couvrir des sujets particuliers plus en profondeur que les recensements. Les enquêtes sur les ménages couvrent généralement des sujets tels que les activités de la main-d'œuvre et le handicap. Elles peuvent être ponctuelles ou périodiques¹¹⁸.

Les documents administratifs. De nombreux types de statistiques sociales sont établis à partir de divers processus administratifs. À titre d'exemples de documents administratifs, citons les registres centraux et locaux de la population, les statistiques de l'état civil élaborées à partir du système d'enregistrement des déclarations d'état civil¹¹⁹ et les statistiques sur l'éducation établies à partir des registres d'inscription scolaire des ministères de l'éducation. Les documents administratifs présentent l'avantage de fournir des renseignements précis et à jour, car ils reposent sur des processus continus. La combinaison des différents documents administratifs peut constituer une source de renseignements très riche. La plus importante source administrative de données est le registre de la population, quand il existe. Le registre de la population tient à jour des bases de données sur la vie de toutes les personnes et de tous les ménages du pays. Il est actualisé en continu lorsque des changements se produisent dans les caractéristiques d'une personne ou d'un ménage. Parmi les pays qui disposent de tels systèmes, citons le Danemark, la Finlande, l'Allemagne, les Pays-Bas, la Norvège et la Suède. Dans la plupart de ces pays, les recensements reposent sur le système d'enregistrement¹²⁰.

5.2. Données sur les plaintes

Des renseignements de base sur l'ampleur et la nature des discriminations sont fournis par ce qui pourrait être appelé, au sens large, les « données sur les plaintes ». Elles peuvent provenir de diverses sources, comme

¹¹⁶ Pendant le recensement de 2000, 184 pays et régions ont procédé à des recensements. ONU, *Principes et recommandations concernant les recensements de la population et de l'habitat*, Première révision. Études statistiques Série M n°67/Rev.1 (New York, 1998), p. 3. Également disponible à l'adresse : http://unstats.un.org/unsd/publication/SeriesM/SeriesM_67rev1F.pdf

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ Ibid., p. 3.

¹¹⁹ Presque tous les pays du monde ont un système d'enregistrement des déclarations d'état civil, telles que les naissances vivantes, les décès (y compris les décès fœtaux), les mariages et les divorces.

¹²⁰ ONU, *Designing Household Survey Samples : Practical Guidelines* (New York, 2005), p. 5. Également disponible à l'adresse suivante : <http://unstats.un.org/unsd/demographic/sources/surveys/Handbook23June05.pdf>

les registres des plaintes de la police, les dossiers de poursuites, les registres et dossiers des cours et tribunaux et les registres des diverses instances traitant les plaintes, telles que les commissions pour l'égalité ou les médiateurs. Elles renseignent en général sur les nombres et types de plaintes déposées auprès d'une institution donnée. D'autres données peuvent aussi être disponibles, telles que les profils agrégés des auteurs des faits et des plaignants, ventilés en fonction de variables telles que l'âge, le sexe, la nationalité, etc. Le recoupement des sources de données de la police, des procureurs et des cours et tribunaux peut livrer des informations supplémentaires considérables car il permet de voir combien de plaintes pour discrimination sont déposées auprès de la police chaque année (dans les pays où la discrimination est un délit), combien de ces plaintes sont portées devant les tribunaux par les procureurs et combien de ces affaires se clôturent par un verdict reconnaissant l'existence d'une discrimination.

Les données sur les plaintes recèlent toutefois une grave limite en ce qu'elles ne révèlent, au mieux, que des cas de discrimination *signalés*, alors que la discrimination est l'exemple parfait d'une activité qui reste souvent cachée. Deux raisons principales expliquent cet état de fait. Premièrement, il semblerait que les gens n'aient parfois même pas conscience de subir une discrimination et il ne faut dès lors pas s'attendre à ce qu'ils déposent une plainte. Maints chercheurs soutiennent que suite à l'augmentation des mesures législatives et autres dans ce domaine, la discrimination prend des formes de plus en plus subtiles et moins reconnaissables¹²¹. Ensuite, même lorsqu'une personne a conscience d'avoir subi une discrimination, elle peut, pour diverses raisons, ne pas tenter de poursuites ou ne pas déposer plainte.

Des données sur les plaintes (au sens large) peuvent aussi être obtenues via le travail d'organes autres que les pouvoirs publics. En effet, beaucoup d'organisations actives dans des pays de l'UE ont mis en place des services d'assistance téléphonique ou d'autres moyens de prodiguer aide et conseils aux victimes de discrimination. Ces organisations tiennent habituellement des registres des cas qui leur ont été signalés et des mesures prises. Elles présentent l'avantage d'avoir souvent un ancrage local et d'être facilement accessibles, c'est-à-dire que le seuil psychologique à franchir pour les contacter n'est pas très élevé¹²².

5.3. Sondages

Par sondages, nous entendons les études qui, par le biais d'enquêtes par correspondance, d'interviews par téléphone ou en tête-à-tête, recueillent des informations sur les expériences, les habitudes, les opinions, les attitudes et/ou la situation socio-économique d'un groupe de personnes. Le répertoire technico-méthodologique s'est récemment enrichi des enquêtes via l'internet (en ligne) et des enquêtes par courrier¹²³. Ces types d'enquête sont très répandus et les méthodes y afférentes bien affinées. Les enquêtes sur les victimes et enquêtes d'auto-évaluation constituent sans doute les types les plus importants d'enquêtes du point de vue de la collecte de données sur les discriminations.

Les enquêtes sur les victimes. Les enquêtes sur les victimes constituent un excellent moyen de mettre au jour la criminalité cachée car elles recueillent les données directement auprès des personnes particulièrement susceptibles d'être victimes de discriminations. Elles offrent un bon aperçu de l'ampleur et de la nature de la discrimination subie. Elles peuvent donner des informations détaillées, telles que des renseignements sur les obstacles rencontrés dans l'accès à la justice et sur les effets, psychologiques et autres, des discriminations. Il convient de souligner que les enquêtes sur les victimes ne peuvent révéler que les expériences des répondants : la prévalence réelle de la discrimination peut être plus élevée que ne le révèlent les réponses car les répondants n'ont peut-être pas toujours conscience d'avoir été victimes de discrimination ; elle peut aussi être moindre

¹²¹ Voir, par exemple, National Research Council, *Measuring Racial Discrimination*, Panel on Methods for Assessing Discrimination (Washington DC, National Academies Press, 2004), p.71.

¹²² Triesscheijn, Cyril, *Multi agency monitoring of discrimination; factors and actors in the local setting*. Article rédigé pour le Forum international de lutte contre l'intolérance organisé à Stockholm les 29 et 30 janvier 2001.

¹²³ Voir Duffy, Bobby, *et al.*, *Comparing data from online and face-to-face surveys*, International Journal of Market Research, Vol 47, n° 6, p. 616 et les références qui y sont citées.

que ne le laissent penser les réponses car les individus attribuent parfois erronément un événement négatif à une discrimination, alors même que la discrimination n'y a joué aucun rôle. Quoi qu'il en soit, les résultats des enquêtes sur les victimes ont largement contribué à faire entrer le problème de la discrimination dans les priorités politiques et comptent parmi les formes les plus courantes de recherches menées sur les discriminations.

Les enquêtes d'auto-évaluation. Les enquêtes d'auto-évaluation dans le contexte de la lutte contre les discriminations servent à établir les graphiques de la prévalence et des différents types de 1) préjugés et stéréotypes ou 2) de comportements suspects dans une population spécifique. Ces enquêtes peuvent cibler l'ensemble de la population au niveau local, régional, national ou, par exemple européen, ou un groupe spécifique. Les enquêtes ciblées d'auto-évaluation étudient en général des groupes professionnels qui ont un rôle crucial (groupes qui ont une action de gatekeeper, de « gardien ») afin de mesurer la prévalence de stéréotypes, préjugés ou participation à des pratiques suspectes. Les enquêtes d'opinions présentent notamment l'avantage de pouvoir mesurer les attitudes vis-à-vis de tous les groupes vulnérables aux discriminations. Lorsqu'elles sont effectuées à intervalles réguliers, elles renseignent sur l'évolution des attitudes et peuvent donc fonctionner comme un système d'alerte précoce. Bien qu'il n'existe pas de correspondance univoque entre les attitudes négatives et les comportements discriminatoires, les deux présentent une corrélation positive et il est fondé de dire qu'une augmentation de l'acceptabilité sociale des préjugés signale un danger de hausse des niveaux de discrimination.

5.4. Tests de situation

Les tests de situation¹²⁴ sont une forme d'expérimentation sociale en situation réelle. Un test de situation associe deux personnes ou plus ayant exactement le même profil pour toutes les caractéristiques pertinentes à l'exception de celle que l'on soupçonne de donner lieu à discrimination (par exemple le handicap ou l'origine ethnique)¹²⁵. Ces « enquêteurs » posent leur candidature à un emploi, pour un logement ou quelque autre bien et les résultats ainsi que la façon dont ils sont traités sont surveillés de près¹²⁶. Ce type de test jumelé permet de bien maîtriser différentes variables causales, ce qui réduit la possibilité que des différences de traitement soient dues à des variables que le chercheur ne peut observer¹²⁷ : la mesure directe et univoque ne laisse place à aucune autre explication¹²⁸. Le test de situation a servi à étudier les discriminations dans divers domaines : emploi, logement en location ou occupé par le propriétaire, assurance incendie pour propriétaire occupant, crédit hypothécaire, vente de voitures, accès aux hôtels, aux banques, aux entreprises de services, à un service de taxi, possibilité d'adhérer à un club de culture physique, accès aux bars et aux discothèques¹²⁹. Dans l'UE, cette méthode a été appliquée au moins en Grande-Bretagne, en France, en Allemagne, en Italie, en Espagne et aux Pays-Bas. L'Organisation internationale du travail (OIT) a approuvé son utilisation. À l'origine, cette méthode a été élaborée comme outil pour vérifier le respect du droit. Elle peut servir comme moyen d'évaluer l'efficacité des lois anti-discrimination¹³⁰. Elle est déjà bien développée et est utilisée depuis plus de 35 ans¹³¹.

La méthodologie des tests de situation présente de nombreux avantages. Si elle a été principalement appliquée pour étudier et prouver des discriminations fondées sur l'origine ethnique ou le sexe, elle se prête aussi bien à

¹²⁴ Aussi appelés « sondages », « tests de discrimination », « études de vérification *in situ* » et « tests jumelés ».

¹²⁵ Fix, Michael, et Turner, Margery, *Testing for Discrimination : The Case for a National Report Card*, Civil Rights Journal, automne 1999.

¹²⁶ *Idem.*

¹²⁷ *Idem.*

¹²⁸ Bovenkerk, Frank, *The Research Methodology*, in de Beijl, Roger Zegers (ed) *Documenting discrimination against migrant workers in the labour market ; A comparative study of four European countries* (Genève, Bureau international du travail, 2000), p. 17.

¹²⁹ Foster, Angela Williams, et al., *Measuring Housing Discrimination in a National Study: Report of a Workshop* (Washington DC: National Academy Press, 2002), 9; Riach, P. A., et Rich, J., *Field Experiments of Discrimination in the Market Place*, The Economic Journal 112, novembre 2002, p. F515 ; Fix, Michael, et Turner, Margery, *Testing for Discrimination: The Case for a National Report Card*, Civil Rights Journal, automne 1999 ; Bovenkerk (ibid), p. 13.

¹³⁰ Colectivo IOE, *Labour market discrimination against migrant workers in Spain*, International Migration Papers 9 (Genève, Bureau International du Travail, 1995).

¹³¹ Riach, P. A. et Rich, J., *Field Experiments of Discrimination in the Market Place*, The Economic Journal 112, novembre 2002, p. F515.

une application à l'étude de discriminations fondées sur le handicap, l'orientation sexuelle, l'âge et la religion¹³². C'est important car il est très difficile de mesurer autrement les discriminations fondées sur ces motifs. Le test de situation est aussi un outil particulièrement précieux parce qu'il peut être utilisé pour révéler des formes bien cachées de discrimination. De plus, les résultats de tels tests sont souvent très généralisables, c'est-à-dire que l'on peut en tirer des conclusions sur les niveaux réels de discrimination dans une société¹³³.

Le test de situation présente peu d'inconvénients. Une des limites de la méthode est qu'elle s'applique surtout à l'étude de politiques de recrutement ou de l'accès à des services. Il est en effet difficile d'imaginer comment elle pourrait servir à révéler des écarts salariaux ou des inégalités de traitement en matière de promotion, car l'examen de ces questions requerrait la conclusion d'un contrat d'emploi, ce qui dépasse les limites d'une expérience. L'acceptabilité éthique de la méthode a soulevé débat mais il semble justifié de conclure qu'il n'y a pas de problèmes majeurs à cet égard, surtout dans la mesure où le dérangement causé aux personnes associées à l'étude est minime¹³⁴. L'utilisation du test de situation a été largement approuvée et s'est révélée utile. Riach et Rich concluent que les tests de discrimination ont livré « des preuves probantes de discriminations persistantes et généralisées en matière d'emploi » aux États-Unis, où le taux net de discrimination à l'encontre des Noirs, des Asiatiques et des Arabes ne s'est jamais avéré inférieur à 25%¹³⁵. D'après Bovenkerk, les tests de situation ont « exercé une forte influence sur l'élaboration et l'amélioration subséquente de politiques publiques visant à contrer les discriminations illégales et illicites »¹³⁶.

5.5. Conclusions

Les données statistiques provenant de sources de données officielles et de recherches révèlent des informations importantes, au niveau sociétal, sur la mesure dans laquelle les lois sur l'égalité de traitement sont respectées dans la pratique et sur l'impact qu'elles ont sur la situation de groupes vulnérables aux discriminations. C'est la collecte de ce type d'informations que les organes de suivi des traités internationaux et les organisations de surveillance réclament à cor et à cri depuis des années. Or, de nombreux États membres, pour ne pas dire la plupart des États membres, semblent produire certaines informations dans ces matières. En général, ils recueillent et publient des données sur le nombre de plaintes pour discrimination déposées auprès de la police ou de toute autre instance compétente et, à l'occasion, mènent des enquêtes sur les victimes ou des enquêtes d'opinion ou les deux à la fois¹³⁷. Il semble toutefois que de telles données soient recueillies et publiées le plus souvent au sujet de la discrimination fondée sur l'origine ethnique et, dans une moindre mesure, au sujet de la discrimination fondée sur l'âge et sur le handicap. La discrimination fondée sur la religion et l'orientation sexuelle semble être la moins fréquemment étudiée. Il manque aussi manifestement des données de référence sur la taille et la position socio-économique des différents groupes. En fait, il convient de conclure que, dans ce contexte également, la collecte de données, en tant qu'outil pour garantir et promouvoir la concrétisation de l'égalité de traitement, est une possibilité gravement sous-utilisée.

¹³² Ibid., p. 484, 485, 505 et sq., 515.

¹³³ National Research Council, *Measuring Racial Discrimination*, Panel on Methods for Assessing Discrimination (Washington DC, National Academies Press, 2004), p. 72.

¹³⁴ Riach, P. A. et Rich, J., *Deceptive Field Experiments of Discrimination : Are they Ethical ?*, *Kyklos*, Vol. 57, 2004, p. 457-470.

¹³⁵ Riach, P. A. et Rich, J., *Field Experiments of Discrimination in the Market Place*, *The Economic Journal* 112, novembre 2002, p. F499.

¹³⁶ Bovenkerk, Frank, *The Research Methodology* in de Beijl, Roger Zegers (ed) *Documenting discrimination against migrant workers in the labour market ; A comparative study of four European countries* (Genève, Bureau International du Travail, 2000), p. 39.

¹³⁷ Voir les rapports par pays et les rapports généraux publiés par les organes de suivi des traités internationaux et des organes tels que l'EUMC et l'ECRI, ainsi que les rapports périodiques nationaux remis aux organes de suivi des traités par les États parties. Ces sources d'informations résument souvent les informations les plus récentes disponibles au sujet des différents pays concernés.

Joni | 1989

Partie IV

Les risques, contraintes et défis liés à la collecte de données

On dit souvent : « Qui a l'information, a le pouvoir. » Dans les chapitres précédents, nous avons exploré les multiples façons dont les données peuvent renforcer la position de ceux qui aspirent à faire de l'égalité de traitement une réalité. Toutefois, d'un point de vue théorique, tout comme les données peuvent servir des fins bénéfiques et légitimes, de même elles peuvent être utilisées à des fins nuisibles et illégitimes. Des exemples passés d'usages abusifs de données sensibles ont montré que leur collecte recèle des dangers réels et non négligeables. C'est pourquoi beaucoup estiment qu'il ne faudrait pas recueillir de données sensibles. Nombreux sont aussi ceux qui affirment que la collecte de données va à l'encontre des lois sur la vie privée et la protection des données.

Il convient toutefois de souligner que ce n'est pas le contenu des données qui présente un risque ; ce qui importe, c'est le contexte et le but dans lequel les données sont utilisées. Il faut donc concilier le besoin légitime de données et le besoin tout aussi légitime de protéger ces données contre des usages abusifs. C'est précisément l'objectif des lois internationales et nationales relatives au droit à la vie privée et à la protection des données : toutes tentent de trouver un juste équilibre entre ces différents besoins.

En conséquence, la présente partie porte sur les cas antérieurs et actuels d'usages abusifs de données (chapitre 6) et analyse les limites et conditions que les lois sur la vie privée et la protection des données imposent aux opérations de collecte de données (chapitre 7). Les lois sur la protection des données ont une forte incidence sur la collecte de données, mais elles ne sont pas les seuls éléments du droit à réglementer cette matière. Un des aspects les plus controversés de la collecte de données concerne la façon de classer les individus en groupes déterminés. De toute évidence, la fiabilité et les objectifs de toute collecte de données seront gravement compromis si la classification se fait sur une base non normalisée, que ce soit par les individus eux-mêmes ou par d'autres personnes. Dès lors, des lignes directrices sont nécessaires et le présent rapport examine quelle incidence les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ont sur le problème de la classification (chapitre 8).

6. Cas antérieurs et actuels d'usages abusifs de données

Il est compréhensible que l'idée de recueillir des données sensibles suscite des préoccupations et des inquiétudes au vu des nombreux exemples passés et des quelques exemples contemporains d'usages abusifs de données dans le contexte de violations des droits de l'homme. Dans plusieurs situations bien connues, certains ont utilisé – ou tenté ou projeté d'utiliser – les systèmes de données démographiques pour cibler des groupes vulnérables au sein de la population. Dans 17 cas identifiés par Selzer et Anderson, un ciblage d'individus ou de sous-groupes au sein de la population par le biais des systèmes de données démographiques a été pratiqué ou a été sérieusement envisagé, ou des efforts en ce sens ont été entrepris¹³⁸. Parmi les exemples, citons l'extermination et la migration forcée des Juifs, des Roms et d'autres groupes dans six pays européens pendant la deuxième guerre mondiale, l'internement et la migration forcée des Américains d'origine japonaise entre 1941 et 1945, l'apartheid en Afrique du Sud, la Révolution culturelle en Chine et le génocide de 1994 au Rwanda¹³⁹.

Les recherches montrent que des usages abusifs ou des tentatives d'usages abusifs des données démographiques ont eu lieu tant dans les pays totalitaires que dans les pays démocratiques bien que, dans les sociétés démocratiques, de tels abus tendent à se produire surtout en temps de stress national¹⁴⁰. Les groupes ciblés ont été, entre autres, les minorités raciales et ethniques, les minorités linguistiques, les populations indigènes, les populations soumises, telles que les populations africaines, « indiennes » et « de couleur » en Afrique du Sud et les individus issus de la « mauvaise » classe sociale. En termes de portée géographique, toutes les régions du monde sont concernées, à l'exception de l'Amérique latine et de l'Asie occidentale, bien que cette exception puisse être liée au manque de recherches sur ces régions. Si presque tous les exemples d'usages abusifs, avérés ou suspectés, des systèmes de données démographiques relèvent du passé, l'utilisation effective ou projetée

¹³⁸ Selzer, William, *On the use of Population Data Systems to Target Vulnerable Population Subgroups for Human Rights Abuses*, Coyuntura Social n° 30, 2005.

¹³⁹ Idem. Voir aussi Selzer, William, et Anderson, Margo, *After Pearl Harbor: The Proper Role of Population Data Systems in Time of War. 2000*. Un article de recherche consultable à l'adresse suivante : <http://www.uwm.edu/~margo/govstat/newpaa.pdf>

¹⁴⁰ Idem.

des enquêtes et données administratives pour enquêter sur les présumés terroristes et les poursuivre après le 11 septembre aux États-Unis est aussi incluse dans la liste des 17 cas¹⁴¹.

Un autre exemple contemporain d'une pratique controversée vient de Chypre, même s'il est manifestement différent de certains des cas antérieurs mentionnés ci-dessus. En novembre 2004, le ministère chypriote de l'Éducation a publié, à la demande des services de l'immigration, une circulaire demandant à tous les directeurs des écoles primaires et secondaires de signaler aux services de l'immigration les enfants étrangers inscrits et les coordonnées de leurs parents afin de permettre de vérifier si ces derniers séjournaient légalement dans le pays. Le médiateur de Chypre a instruit cette affaire. Dans son rapport du 12 avril 2005, il invoque les instruments du droit international et national garantissant le droit à l'éducation et interdisant toute discrimination en matière d'éducation et d'exercice des droits. Il affirme que même si la circulaire ne refuse pas explicitement l'accès à l'éducation aux enfants étrangers, dans la pratique, elle pousse une partie des immigrants à ne pas inscrire leurs enfants à l'école par crainte d'être poursuivis par les services de l'immigration. Il a dès lors recommandé le retrait de cette circulaire.

Les exemples précités invitent à la prudence vis-à-vis de certaines formes de collecte de données, surtout celles qui mènent à la tenue à jour d'énormes bases de données contenant des renseignements sur la nationalité, l'ethnicité, la religion et leurs substituts potentiels, tels que la langue et le lieu de naissance. L'existence de telles bases de données peut représenter une menace lorsque les choses tournent vraiment mal et qu'un groupe souhaitant cibler certains autres groupes à des fins abusives parvient à exercer le pouvoir et lorsque les dispositifs législatifs et organisationnels ordinaires de protection des droits de l'homme ne peuvent plus empêcher ou arrêter de tels abus.

Néanmoins, plusieurs autres points de vue méritent d'être pris en considération. Premièrement, le ciblage abusif d'individus ou de groupes spécifiques n'est pas tributaire de l'existence de registres contenant des informations sensibles : il existe d'autres moyens, certes généralement plus laborieux, pour réaliser un tel ciblage. Dès lors, l'absence de données sensibles dans les bases de données démographiques ne garantit pas l'absence de violations des droits de l'homme. Deuxièmement, maintes formes de collecte de données sur les discriminations n'impliquent pas la collecte de données sensibles ou à caractère personnel et celles qui recueillent de telles données ne mènent souvent pas à la tenue du type de grande base de données susceptible d'être utilisé aux fins abusives précitées. Troisièmement, presque tous les pays du monde, y compris la totalité des pays de l'UE, disposent déjà de vastes bases de données contenant des données à caractère personnel, dont des « indicateurs de substitution » de l'ethnicité tels que la nationalité, la langue maternelle et le lieu de naissance, et il est peu probable qu'ils suppriment les données existantes et cessent de recueillir de telles données car celles-ci sont indispensables à la réalisation de plusieurs grands objectifs de politique. Il convient aussi de noter que beaucoup de pays du monde, en ce compris les États-Unis, le Canada, le Royaume-Uni et maints pays d'Europe centrale et orientale, pratiquent déjà une collecte directe de données sur la race et l'origine ethnique ou nationale dans leurs recensements. Au lieu de se concentrer sur le « risque supplémentaire » que représente l'introduction de nouvelles données sensibles dans les bases de données nationales, il faudrait dès lors accorder la priorité à sécuriser la confidentialité des données existantes et futures. Quatrièmement, ce sont précisément les pratiques précitées, en particulier celles qui ont eu lieu pendant la deuxième guerre mondiale, qui ont mené à la mise en place du système moderne des droits de l'homme, avec ses garanties juridiques et organisationnelles contre de tels abus. De plus, les technologies modernes de protection des données offrent d'importants moyens de protéger les bases de données contre tout accès non autorisé et de rendre les données inutilisables (en obscurcissant ou masquant les données personnelles) en cas d'accès par un tiers non autorisé¹⁴². En fait, bien qu'il subsiste quelques préoccupations et qu'aucun système ne puisse être totalement étanche, il convient de reconnaître qu'il existe une différence qualitative entre le présent et le passé à cet égard.

Au final, vu qu'il est nécessaire 1) de faciliter et de pratiquer une collecte de données pour pouvoir mieux combattre les discriminations et 2) de réduire au minimum le risque d'usages abusifs de ces données, quand bien même un tel risque ne pourrait se matérialiser que dans des circonstances exceptionnelles, il faut trouver un

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² Toutefois, il faut aussi garder à l'esprit que les techniques utilisées pour obtenir un accès non autorisé à de telles données et pour lier les données rendues anonymes à des personnes identifiables (ré-identification des données) ne cessent de se développer également.

bon équilibre entre ces deux intérêts légitimes. Le droit international, européen et interne sur la protection de la vie privée et des données à caractère personnel vise à créer cet équilibre et sera dès lors exploré dans les pages qui suivent.

7. Protection du droit à la vie privée et droit à la protection des données

7.1. Contexte

Le droit à la vie privée repose sur deux notions centrales : le concept libéral de liberté et l'idée d'un individu autonome exerçant une souveraineté absolue sur lui-même et sur toutes ses actions qui ne gênent pas autrui¹⁴³. Le développement du droit à la vie privée a connu une certaine évolution. Alors qu'à l'origine, il avait été défini comme couvrant la protection du domicile, de la famille et du secret de la correspondance, il a fini par être étendu au secret des télécommunications et à la protection générale des données à caractère personnel. Les instruments internationaux fondamentaux relatifs aux droits de l'homme qui protègent le droit à la vie privée et s'appliquent aux pays de l'UE sont tout d'abord la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) du Conseil de l'Europe, et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) de l'ONU.

Les craintes relatives à l'effet potentiel du traitement automatique des données sur le droit à la vie privée ont commencé à croître, dans les cercles tant nationaux qu'internationaux, à la fin des années 1960 et au début des années 1970¹⁴⁴. La nouvelle capacité de traitement des données que recelait la technologie informatique soulevait manifestement des problèmes qu'il était impossible de résoudre de façon appropriée au moyen d'un droit général à la vie privée¹⁴⁵. À partir des années 1970, certains pays européens, surtout l'Allemagne et la France, ont élaboré leurs propres approches singulières en matière de protection des données. La première loi générale sur la protection des données a été adoptée en Suède en 1973. En 1983, la cour constitutionnelle allemande a rendu un arrêt historique, dans lequel elle déclare que tout traitement de données à caractère personnel (en l'espèce, des données de recensement) constitue une ingérence dans le droit à l'autodétermination en matière d'information (*informationelle Selbstbestimmung*) et requiert dès lors une justification particulière¹⁴⁶. Au niveau international, la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel a été adoptée par le Conseil de l'Europe en 1981. La directive européenne relative à la protection des données a été adoptée en 1995¹⁴⁷.

Les instruments internationaux et les lois nationales sur la protection des données régissent la façon dont les informations peuvent être recueillies, enregistrées, utilisées et diffusées. Seules des informations personnelles, c'est-à-dire des renseignements liés à des personnes physiques identifiées ou identifiables, sont généralement couvertes par les lois sur la protection des données¹⁴⁸.

Étant donné que la plupart des instruments internationaux et nationaux relatifs à la protection des données et au droit à la vie privée revêtent la forme d'instruments-cadres, ils posent un défi particulier à toute tentative d'en analyser les implications concrètes. Au lieu de fixer, sur un mode interprétatif, des dispositions détaillées sur le traitement des données à caractère personnel, ils tendent à énoncer des règles générales au libellé assez diffus¹⁴⁹. Étant donné ce manque de précision et l'absence quasi totale d'analyses juridiques ou de jurisprudence en rapport avec ces questions dans le contexte de la collecte de données sur les discriminations, il a fallu procéder à un examen approfondi et détaillé de ces aspects dans le présent rapport.

¹⁴³ Voir Nowak, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights : CCPR Commentary* (Kehl, Engel, 1993), p. 287.

¹⁴⁴ Michael, James, *Privacy and Human Rights* (Hampshire, Dartmouth, 1994), p. 32.

¹⁴⁵ Bainbridge, David, *EC Data Protection Directive* (Londres, Butterworths, 1996), p. 14.

¹⁴⁶ Albers, Marion, *Informationelle Selbstbestimmung*. Nomos-Verlag, 1^{re} édition (Baden-Baden, 2005).

¹⁴⁷ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, Journal officiel L 281 du 23.11.1995.

¹⁴⁸ Bainbridge, David, *EC Data Protection Directive* (Londres, Butterworths, 1996), p. 2.

¹⁴⁹ Voir *ibid.*, p. 3.

7.2. Identification des questions pouvant poser problème

La collecte et les autres aspects du traitement de données liées aux discriminations sont effectués en vue de pouvoir tirer des conclusions au niveau général, collectif, et non au niveau individuel¹⁵⁰. Les statistiques visent à livrer des résultats agrégés concernant une population donnée ou un phénomène précis. Ce n'est toutefois pas parce que les statistiques, telles que publiées, ne divulguent habituellement pas d'informations sur une personne particulière que la réalisation des opérations statistiques échappe aux règles régissant la protection des données à caractère personnel¹⁵¹. En effet, les statistiques reposent sur des micro-données, qui sont généralement des données à caractère personnel¹⁵².

Comme les lois sur la protection des données ne s'appliquent qu'aux opérations impliquant le traitement de données à caractère personnel, une distinction élémentaire a été établie entre ces opérations et les autres. En général, ce dernier groupe comprend la plupart des types de testing des discriminations, d'enquêtes anonymes et de surveillance anonyme des lieux de travail, bien qu'il faille évaluer minutieusement la conception de chaque activité pour déterminer si des données à caractère personnel seront traitées à l'un ou l'autre stade du processus. En général, ces opérations ne tombent pas sous le coup des lois sur la protection des données, sauf dans les rares cas où les résultats publiés (rendus anonymes) de ces activités permettent d'identifier les données concernant des individus spécifiques par quelque moyen indirect. Dans la mesure où, pour éviter ce dernier cas de figure, il suffit de bien planifier et exécuter les activités concernées, nous ne nous attarderons pas sur cette exception dans ce rapport.

Beaucoup d'autres formes de collecte de données requièrent toutefois le traitement de données à caractère personnel et doivent dès lors respecter les lois sur la protection des données. Il s'agit ici des collectes de données effectuées par recensement ou par la surveillance non anonyme des lieux de travail ou de la prestation de services et des collectes de données réalisées pour les besoins de divers types de documents administratifs tenus par des autorités centrales ou locales, par exemple les écoles. Alors que les données d'enquêtes sur échantillons sont généralement rendues anonymes à un stade précoce, la conduite d'enquêtes requiert souvent le traitement de données à caractère personnel au stade de l'élaboration de la base de sondage ou de l'introduction des données, ou des deux, de sorte que certaines parties du processus peuvent aussi être régies par les lois sur la protection des données. Une fois que les données ont été rendues anonymes, par exemple lorsqu'elles sont publiées sous forme agrégée, elles ne sont généralement plus des données à caractère personnel et sortent donc du champ d'application des lois relatives à la protection des données.

Il convient de noter que les activités de collecte de données, qu'elles concernent ou non des données personnelles et soient par conséquent régies ou non par les lois sur la protection des données, doivent respecter le droit commun du pays concerné. Ainsi, dans des cas extrêmes, le mode de collecte de données peut en lui-même enfreindre la loi. Des tentatives exagérément persistantes ou répétées d'obtenir une interview, des techniques du pied dans la porte, etc. – c'est-à-dire essentiellement tout refus d'accepter d'essayer un « non » – peuvent constituer une violation du droit au respect du domicile. Toutefois, cette préoccupation ne se pose que dans le cadre de techniques très exceptionnelles de collecte de données. Comme la plupart des collectes de données, surtout dans le domaine de l'évaluation des discriminations, sont effectuées par un institut de statistiques, une instance spécialisée, un institut de recherche ou une équipe de recherche dirigée par un département universitaire, le déploiement de telles techniques est hautement improbable. Par ailleurs, la plupart des pays prévoient des sanctions pénales pour toute violation de la vie privée ou du domicile et protègent donc contre de telles activités.

¹⁵⁰ Il y a bien sûr l'exception du traitement de données aux fins de fournir des aménagements raisonnables, et par ailleurs, la mise en œuvre de systèmes d'action positive oblige souvent les décideurs à utiliser des données pour pouvoir prendre des décisions concernant des personnes précises.

¹⁵¹ Un élément clé des lois sur la protection des données et des lois régissant les activités statistiques sont les règles et principes qui interdisent et empêchent l'établissement d'un lien entre une donnée particulière – en soi « anonyme » – et tout individu spécifique, par des moyens directs ou indirects (« ré-identification »).

¹⁵² Voir, par exemple, l'exposé des motifs de la recommandation n° R(97) 18 du Conseil de l'Europe concernant la protection des données à caractère personnel, collectées et traitées à des fins statistiques (30 septembre 1997).

7.3. Protection des données

7.3.1. Directive européenne sur la protection des données

La directive européenne relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (ci-après la directive sur la protection des données) a été adoptée le 24 octobre 1995. Les États membres devaient mettre leurs systèmes juridiques respectifs en conformité avec les dispositions de cette directive avant le 24 octobre 1998¹⁵³. Or, à cette date, seuls quatre pays avaient rempli cette obligation. En janvier 2006, tous les États membres, en ce compris tous les nouveaux États membres, avaient globalement transposé la directive. Celle-ci a en fait exercé une énorme influence car presque tous les États membres ont adopté de nouvelles lois sur la protection des données pour en assurer la transposition.

Cette directive est étonnamment complexe. Outre son dispositif de 34 paragraphes, elle compte 72 considérants et présente une structure où une règle est presque toujours suivie de plusieurs exceptions, restrictions et possibilités de dérogation, ce qui rend une analyse complète très difficile, d'autant plus difficile que si la directive vise à instaurer une « protection équivalente résultant du rapprochement des législations nationales », elle laisse aux États membres une « marge de manœuvre » et prévoit que des « disparités pourront se produire dans la mise en œuvre de la directive »¹⁵⁴. Cette prévision est devenue réalité car il existe de nettes différences de fond dans la manière dont les États membres ont interprété certaines dispositions de la directive et, de surcroît, tous les États membres n'ont pas une législation totalement conforme à toutes les dispositions de la directive¹⁵⁵.

L'article 2 a) de la directive définit les « données à caractère personnel » :

On entend par « données à caractère personnel » toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (personne concernée) ; est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale.

Cette définition des données comme étant « toute information » est large et s'étend aux images et autres informations non textuelles¹⁵⁶. Deux conditions doivent être remplies pour qu'une information soit considérée comme étant à caractère personnel : les données doivent être liées à ou concerner une personne physique et cette personne doit être identifiable soit directement, soit par quelque moyen indirect. Aux termes du 26^e considérant, « pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens susceptibles d'être raisonnablement mis en œuvre, soit par le responsable du traitement, soit par une autre personne, pour identifier ladite personne »¹⁵⁷. La directive ne s'applique pas aux données rendues anonymes d'une manière telle que la personne concernée n'est plus identifiable.

¹⁵³ Article 32 §1.

¹⁵⁴ Considérant 9 de la directive.

¹⁵⁵ Commission des Communautés européennes, *Premier rapport sur la mise en œuvre de la directive relative à la protection des données (95/46/CE)*. COM(2003) 265 final. Voir aussi Korff, Douwe, *EC Study on Implementation of Data Protection Directive : Comparative Summary of National Laws*. Septembre 2002, disponible en anglais à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/lawreport/consultation/univessex-comparativestudy_en.pdf (consulté le 1^{er} mai 2006).

¹⁵⁶ Considérant 14 de la directive.

¹⁵⁷ Ce considérant demande une évaluation de la probabilité que le responsable du traitement des données ou toute tierce personne puisse utiliser la gamme de techniques disponibles, telles que la combinaison de diverses sources, pour identifier les personnes concernées. Même dans le cas où cette probabilité ne concerne pas une situation où un pirate informatique parvient à combiner de multiples sources de données d'une manière totalement inattendue, le seuil pour déterminer si un ensemble particulier de données doit être considéré comme étant à caractère personnel et donc dans le champ d'application de la directive n'est pas particulièrement bas non plus. Si les résultats, par exemple, d'une surveillance anonyme ou d'une enquête ou de statistiques officielles, bien que rendus anonymes, permettent d'identifier des individus, ils entrent dans le champ d'application de la directive.

L'article 2 b) de la directive définit le traitement de données à caractère personnel :

on entend par « traitement de données à caractère personnel » (« traitement ») toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction.

Cette définition du traitement est large, une caractéristique aggravée par la non-exhaustivité de la liste d'exemples. La directive s'applique aux secteurs public et privé. Elle ne s'applique pas au traitement de données à caractère personnel ayant pour objet la sécurité publique, la défense et les activités de l'État relatives à des domaines du droit pénal¹⁵⁸. La tenue de fichiers manuels, que ce soit de travailleurs ou de clients, tombe dans le champ d'application de la directive¹⁵⁹.

L'examen effectué dans les pages qui suivent concerne les dispositions de la directive qui fixent les règles de licéité du traitement des données sensibles à caractère personnel. Nombre de ces dispositions laissent aux États membres un degré considérable de latitude pour établir les modalités d'application de ces règles dans la législation nationale. À cet égard, il convient de noter que l'article 5 de la directive stipule explicitement que les États membres « précisent, dans les limites des dispositions du présent chapitre, les conditions dans lesquelles les traitements de données à caractère personnel sont licites ».

La directive sur la protection des données énonce plusieurs exigences à respecter lors du traitement de données, exigences qui sont nettement plus strictes dans le cas de « données sensibles », notamment des données à caractère personnel qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que la santé ou la vie sexuelle. En résumé, tout traitement (en ce compris la collecte) de toute forme de données à caractère personnel doit respecter les conditions de l'article 6. L'une de ces conditions est la « licéité » du traitement des données. Les conditions de licéité sont précisées à l'article 7 (applicable à tout type de données autres que les données sensibles) et à l'article 8 (pour les données sensibles), qui est nettement plus strict. Dès lors, la collecte de données sensibles doit satisfaire à la fois à l'article 6 et à l'article 8. Ces exigences sont exposées en détail ci-dessous.

L'article 6 de la directive prévoit ceci :

Les États membres prévoient que les données à caractère personnel doivent être :

- a) traitées loyalement et licitement ;

Tout d'abord, toutes les opérations de traitement de données doivent être « licites ». Les conditions de légitimité de tout traitement de données sont énoncées à l'article 7 et, pour les données sensibles, à l'article 8 (voir ci-dessous). Ensuite, toutes les données à caractère personnel doivent être traitées « loyalement ». Le sens du terme « loyalement » est un peu moins évident mais potentiellement plus large. À un niveau très général, cette notion de loyauté signifie que, dans leurs efforts en vue d'atteindre les objectifs du traitement de données, les responsables du traitement doivent tenir compte des intérêts et des attentes raisonnables des personnes concernées¹⁶⁰. La notion de loyauté induit des exigences d'équilibre et de proportionnalité : la collecte et les autres opérations de traitement des données doivent être effectuées de manière telle que, dans les circonstances d'espèce, elles n'entraînent pas d'ingérence déraisonnable dans la vie privée de la personne concernée ni n'entravent déraisonnablement l'autonomie et l'intégrité de ladite personne¹⁶¹.

On considère aussi que l'exigence de loyauté implique qu'il est interdit d'exercer des pressions indues sur une personne pour que celle-ci fournisse des données la concernant à un responsable de traitement ou pour qu'elle

¹⁵⁸ Voir article 3 §2.

¹⁵⁹ Voir article 3 §1.

¹⁶⁰ Bygrave, Lee A., *Data Protection Law : Approaching its Rationale, Logic and Limits* (La Haye, Kluwer, 2002), p. 58.

¹⁶¹ *Idem*.

accepte que les données soient utilisées par ce dernier à des fins déterminées¹⁶². L'exigence de loyauté est aussi perçue comme favorisant, au départ, une approche où les données à caractère personnel sont recueillies directement auprès des personnes concernées¹⁶³. Lorsque les personnes concernées ont le droit d'être informées d'une activité particulière de traitement de données, la loyauté implique en outre d'informer ces personnes dans une langue et sous une forme qui soient intelligibles pour elles, ce qui constitue une condition importante surtout pour les étrangers et les personnes présentant certains handicaps.

- b) collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités. Un traitement ultérieur à des fins historiques, statistiques ou scientifiques n'est pas réputé incompatible pour autant que les États membres prévoient des garanties appropriées ;

Cette exigence, souvent appelée le « principe de spécification des finalités », regroupe en réalité quatre principes : 1) les finalités pour lesquelles les données sont collectées doivent être spécifiées ; 2) ces finalités doivent être explicites, c'est-à-dire exprimées clairement et en détail ; 3) les finalités doivent être légitimes ; 4) les finalités pour lesquelles les données sont traitées ultérieurement ne peuvent être incompatibles avec les celles pour lesquelles les données ont été collectées à l'origine. Point important, cet alinéa reconnaît explicitement que le traitement ultérieur des données à des fins statistiques ou scientifiques n'est pas considéré comme incompatible, pour autant que des « garanties appropriées » soient prévues. Ces garanties peuvent, par exemple, comprendre les mesures suivantes : l'exigence légale que les données ne soient pas utilisées pour prendre des décisions sur les personnes concernées ; l'obligation de notifier les projets de traitement de données à l'autorité nationale de protection des données ou à un comité d'éthique ; l'obligation d'obtenir une autorisation préalable de l'autorité nationale de protection des données ; l'exigence de réussir un test particulier d'équilibre ; l'exigence de désigner sous un pseudonyme les personnes à qui se rapportent les données ou de rendre les données anonymes, dans la mesure du possible¹⁶⁴. Il convient de souligner qu'il s'est avéré que certains États membres offrent des garanties trop faibles ou inexistantes à cet égard¹⁶⁵. Il faut aussi noter que, conformément à l'article 8 de la directive, un traitement ultérieur de données *sensibles* à des fins statistiques ou scientifiques doit *en outre* soit 1) avoir lieu sur la base du consentement des personnes concernées ou 2) être considéré comme répondant à un « motif d'intérêt public important ».

- c) adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement ;

L'alinéa c) énonce le principe de la proportionnalité, qui précise qu'on ne peut recueillir que les données à caractère personnel nécessaires pour atteindre les finalités de l'opération de collecte de données. Le responsable du traitement devrait, dans la mesure où ce choix ne compromet par les objectifs d'une opération particulière, opter pour une collecte de données secondaire plutôt que primaire¹⁶⁶, pour des enquêtes anonymes plutôt que nominatives, pour des enquêtes sur échantillon plutôt que des enquêtes à grande échelle et pour des

¹⁶² Bygrave, Lee A., *Data Protection Law : Approaching its Rationale, Logic and Limits* (La Haye, Kluwer, 2002), p. 58.

¹⁶³ Ibid. p. 59. Ce principe est également soutenu par l'article 9.2 de la recommandation n°R(97) 18 du Conseil de l'Europe concernant la protection des données à caractère personnel, collectées et traitées à des fins statistiques. Cette recommandation, telle qu'interprétée dans son exposé des motifs, va en fait jusqu'à exiger que les données sensibles ne puissent être recueillies par d'autre moyen que la collecte directe auprès des personnes concernées. Voir p. 58 de l'exposé des motifs.

¹⁶⁴ La liste de mesures n'est donnée qu'à titre indicatif et ne préjuge en rien d'une évaluation quant à la capacité de l'une quelconque de ces mesures de suffire à elle seule ou en combinaison avec une autre mesure à satisfaire aux exigences posées par la directive. La liste décrit quelques-unes des mesures adoptées par les États membres de l'UE à cet égard, telles que résumées dans, par exemple, Korff, Douwe, *EC Study on Implementation of Data Protection Directive : Comparative Summary of National Laws*. Septembre 2002, disponible en anglais à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/lawreport/consultation/univessex-comparativestudy_en.pdf (consulté le 1^{er} mai 2006).

¹⁶⁵ Ibid., p. 66 et sq.

¹⁶⁶ La collecte primaire de données désigne la collecte « originale » de données, tandis que la collecte secondaire de données désigne l'utilisation de certains ensembles de données composés de données qui avaient déjà été collectées (voir section 1.2 du présent rapport). Il convient de noter en particulier que la « collecte secondaire de données » diffère de la « collecte de données primaire indirecte » car cette dernière désigne la collecte de données auprès de personnes autres que la personne concernée elle-même.

enquêtes volontaires plutôt qu'obligatoires¹⁶⁷. L'exigence que les données soient adéquates pourrait être perçue comme favorisant, au départ, des méthodes de collecte de données qui partent d'une base d'auto-classification. Toutefois, si l'utilisation de l'auto-classification mène, dans un cas particulier, à une situation où un grand nombre de personnes choisissent de ne pas se classer (par exemple en termes d'origine ethnique), ou se classent dans des catégories qui ne correspondent manifestement pas à la « réalité objective », des méthodes recourant à une identification par tiers peuvent être appliquées car elles peuvent en fait mieux satisfaire à l'exigence de justesse des données¹⁶⁸.

- d) exactes et, si nécessaire, mises à jour ; toutes les mesures raisonnables doivent être prises pour que les données inexactes ou incomplètes, au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement, soient effacées ou rectifiées ;

Toutes les mesures raisonnables doivent être prises pour garantir que les données ne soient pas trompeuses sur le plan des faits. En général, on peut présumer que les données obtenues directement de la personne concernée sont correctes¹⁶⁹. Lorsque des données sont traitées à des fins autres que statistiques, en particulier lorsqu'elles sont traitées aux fins de prendre des décisions à un niveau individuel (par exemple lorsqu'un employeur offre une formation à certaines personnes pour un motif d'égalité dans le cadre d'un programme d'action positive), toutes les mesures raisonnables doivent être prises pour garantir l'exactitude des données.

- e) conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement. Les États membres prévoient des garanties appropriées pour les données à caractère personnel qui sont conservées au-delà de la période précitée à des fins historiques, statistiques ou scientifiques.

L'alinéa e) est un corollaire logique de l'alinéa c). Tous deux visent à garantir que le traitement des données à caractère personnel reste minimal, l'alinéa c) couvrant le stade de la collecte de données et l'alinéa e), les étapes subséquentes. Les données à caractère personnel doivent être effacées ou rendues anonymes une fois qu'elles ne sont plus requises pour les finalités pour lesquelles elles ont été conservées¹⁷⁰. Lorsque la conception d'un projet scientifique ou statistique l'exige, les données d'identification nécessaires peuvent être conservées, pour autant que des garanties nationales spécifiques et « appropriées » soient prévues. Dans la mesure du possible, les responsables du traitement doivent utiliser les technologies permettant d'accroître le respect de la vie privée¹⁷¹.

Ces exigences donnent des orientations essentielles sur les types de données qui peuvent être collectées et sur la façon dont elles peuvent l'être. En vertu de l'article 6 §2 de la directive, c'est au responsable du traitement qu'il incombe d'assurer le respect de ces principes de qualité.

Les articles 7 et 8 énoncent les critères de légitimation du traitement des données, l'article 8 s'appliquant au traitement de données sensibles et l'article 7 au traitement de tous les autres types de données à caractère personnel. L'article 7 stipule :

Les États membres prévoient que le traitement de données à caractère personnel ne peut être effectué que si :

- a) la personne concernée a indubitablement donné son consentement ; ou
- b) il est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci ; ou

¹⁶⁷ Voir la Recommandation n°R(97) 18 du Conseil de l'Europe concernant la protection des données à caractère personnel, collectées et traitées à des fins statistiques, ainsi que l'exposé des motifs, p. 62.

¹⁶⁸ Commission for Racial Equality, *Ethnic Monitoring: A guide for public authorities* (Londres, CRE, 2002), p. 69.

¹⁶⁹ *Idem*.

¹⁷⁰ Bygrave, Lee A., *Data Protection Law : Approaching its Rationale, Logic and Limits* (La Haye, Kluwer, 2002), p. 60.

¹⁷¹ Au sujet du concept de technologies permettant d'accroître le respect de la vie privée, voir par exemple Borking, John, *Privacy-Enhancing Technologies (PET) – Darf es ein Bitchen weniger sein ? Datenschutz und Datensicherheit*, Volume 25, n° 10, octobre 2001.

- c) il est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis ; ou
- d) il est nécessaire à la sauvegarde de l'intérêt vital de la personne concernée ; ou
- e) il est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique, dont est investi le responsable du traitement ou le tiers auquel les données sont communiquées ; ou
- f) il est nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le ou les tiers auxquels les données sont communiquées, à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée, qui appellent une protection au titre de l'article 1^{er}, paragraphe 1.

Il suffit que l'activité planifiée de traitement de données impliquant le traitement de données à caractère personnel réponde à un des critères de la liste susmentionnée. La plupart des opérations liées à la collecte de données sur les discriminations seront probablement justifiées au titre des critères a), c), e) ou f). Toutefois, si l'opération implique aussi le traitement de données sensibles, comme c'est souvent le cas, ce sont les conditions plus strictes énoncées à l'article 8 qui devront être respectées.

L'article 8 §1 se base sur le principe de l'interdiction du traitement de données sensibles (appelées « catégories particulières de données » dans le libellé de la directive) :

Les États membres interdisent le traitement de données à caractère personnel qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données relatives à la santé et à la vie sexuelle.

Les catégories énumérées comme « catégories particulières de données » diffèrent quelque peu des catégories couvertes par les deux directives sur l'égalité de traitement, excepté que les deux instruments couvrent l'origine raciale et ethnique de la même manière. Il semble que les notions utilisées à l'article 8 §1 doivent être interprétées de façon large plutôt qu'étroite¹⁷². Les données concernant l'orientation sexuelle sont très clairement couvertes par l'expression « données relatives à la vie sexuelle » et les « données relatives à la santé » seront sans doute interprétées comme couvrant les données relatives au handicap. Les « convictions philosophiques » ainsi que les « opinions politiques » sont probablement très proches de l'acception dans laquelle le terme « convictions » est utilisé dans la directive sur l'égalité en matière d'emploi. Il convient de noter que l'utilisation du verbe « révèlent » dans la directive laisse entendre que les données doivent être considérées comme sensibles même si elles ne donnent qu'une indication indirecte au sujet de l'origine raciale ou ethnique ou de la religion ou des convictions. Par exemple, le nom ou le lieu de naissance d'une personne ou sa photographie peuvent révéler l'origine ethnique. L'âge n'est pas classé comme donnée sensible.

L'article 8 §2 énonce les exceptions à l'article 8 §1. Il cite cinq conditions, dont l'une au moins doit être remplie pour légitimer le traitement de données à caractère personnel considérées comme sensibles. L'article 8 §2 stipule :

Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque :

- a) la personne concernée a donné son consentement explicite à un tel traitement, sauf dans le cas où la législation de l'État membre prévoit que l'interdiction visée au paragraphe 1 ne peut être levée par le consentement de la personne concernée; ou

¹⁷² Le considérant 33 lié à l'article 8 de la directive ne parle pas de « données sensibles » ou de « catégories particulières de données » mais plus généralement de « données qui sont susceptibles par leur nature de porter atteinte aux libertés fondamentales ou à la vie privée » ; il constitue dès lors un test qui peut être appliqué pour déterminer la portée des notions mentionnées à l'article 8 §1. Ainsi, comme il est notoire que les personnes souffrant d'un handicap sont fréquemment victimes de traitements inéquitables, on est fondé à soutenir que la notion de « santé », telle qu'utilisée dans la directive sur la protection des données, englobe le handicap.

L'article 2 h) de la directive définit le « consentement de la personne concernée » comme « toute manifestation de volonté, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement ». L'exigence que l'octroi du consentement soit spécifique et explicite signifie que ce consentement ne peut jamais être simplement supposé acquis mais qu'il doit avoir été exprimé clairement et en détail¹⁷³. L'exigence que le consentement ait été « libre » signifie qu'il faut laisser aux personnes concernées un réel choix et qu'aucune pénalité ne peut être imposée si celles-ci refusent de coopérer: les individus auxquels on demande des informations ne peuvent être soumis, directement ou indirectement, à aucune forme de contrainte, d'influence ou de pression¹⁷⁴. La condition que le consentement donné doive être « informé » signifie que la personne à laquelle le consentement est demandé doit savoir clairement et exactement ce à quoi elle consent. La partie demandant les données sensibles doit préciser que la divulgation d'informations sensibles n'est pas obligatoire et elle doit informer la personne concernée des finalités pour lesquelles les informations sont demandées ainsi que des utilisations qui seront faites de ces informations et si celles-ci seront divulguées à des tiers.

Ce paragraphe laisse à chaque État membre le soin de décider s'il considère que l'octroi du consentement constitue une condition suffisante pour justifier le traitement de données sensibles. C'est une restriction importante étant donné que les avis sont partagés à cet égard¹⁷⁵ dans les pays de l'UE et que l'article 8 §2 a) est concrètement le paragraphe le plus important justifiant la collecte de données relatives aux discriminations dans la plupart des pays de l'UE.

- b) le traitement est nécessaire aux fins de respecter les obligations et les droits spécifiques du responsable du traitement en matière de droit du travail, dans la mesure où il est autorisé par une législation nationale prévoyant des garanties adéquates ; ou

Les lois sur l'égalité de traitement imposent aux employeurs le respect de plusieurs obligations susceptibles d'exiger le traitement de données sensibles¹⁷⁶. Toutefois, un traitement de telles données n'est justifié que s'il est *nécessaire* aux fins de respecter ces obligations ; il ne suffit pas que le traitement de données sensibles soit simplement *utile* aux dites fins. Le traitement de données concernant les travailleurs handicapés répond manifestement au critère de la nécessité : les employeurs ont l'obligation légale de fournir des aménagements raisonnables et, pour s'acquitter de cette obligation, ils doivent souvent, dans les faits, recueillir des données pertinentes. Le traitement de données peut aussi être requis lorsque le droit national impose des obligations d'action positive, telles que des quotas ou un objectif chiffré, notamment en matière d'emploi de personnes handicapées. La collecte de données sensibles peut aussi être nécessaire dans certaines autres circonstances, notamment lorsqu'un employeur doit examiner une plainte concernant le harcèlement d'un travailleur par un autre.

Une surveillance plus générale de la diversité par les employeurs pourrait toutefois ne pas répondre au critère de la nécessité. En effet, un employeur peut recourir à d'autres moyens pour s'efforcer de garantir que ses pratiques ou les critères et dispositions qu'il a adoptés ne sont pas discriminatoires. Parmi ces moyens, citons la surveillance anonyme et l'analyse préalable des pratiques de recrutement et critères de sélection¹⁷⁷. Bien que la surveillance

¹⁷³ Toutefois aucune exigence ne stipule que le consentement explicite doive être donné par écrit. Un consentement oral explicite suffira sans doute.

¹⁷⁴ Voir aussi la Recommandation n°R(97) 18 du Conseil de l'Europe concernant la protection des données à caractère personnel, collectées et traitées à des fins statistiques, ainsi que l'exposé des motifs, p. 69.

¹⁷⁵ Voir Korff, Douwe, *EC Study on Implementation of Data Protection Directive : Comparative Summary of National Laws*. Septembre 2002, disponible en anglais à l'adresse suivante :

http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/lawreport/consultation/univessex-comparativestudy_en.pdf (consulté le 1^{er} mai 2006).

Voir aussi la section sur les lois nationales relatives à la protection des données dans le présent rapport.

¹⁷⁶ Il convient toutefois de noter que cette disposition ne s'applique pas uniquement aux obligations et aux droits des employeurs mais qu'elle a une portée plus large dans le contexte du droit du travail. Par exemple, dans les pays où des inspections du travail existent, celles-ci peuvent devoir traiter des données sensibles pour exécuter leurs fonctions de supervision.

¹⁷⁷ Il convient de noter que la condition de « nécessité » du traitement impose d'utiliser le moyen applicable le moins intrusif, autrement dit, il faut que l'information ne puisse raisonnablement être obtenue par un moyen moins intrusif.

non anonyme puisse être perçue comme un moyen de faciliter le respect de la législation anti-discrimination, elle ne peut pas être considérée, dans des circonstances normales, comme strictement nécessaire à cet objectif et n'est donc pas justifiée en vertu de ce paragraphe¹⁷⁸.

- c) le traitement est nécessaire à la défense des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne dans le cas où la personne concernée se trouve dans l'incapacité physique ou juridique de donner son consentement ; ou

Un point clé à cet égard est l'interprétation de ce que l'on entend par « intérêts vitaux », car cette expression peut revêtir deux significations. Pris littéralement, le terme « vital » signifie quelque chose qui est nécessaire au maintien de la vie ; pris dans un sens figuré, il désigne quelque chose qui est simplement essentiel ou très important¹⁷⁹. Si l'on tient compte de l'exigence supplémentaire que la personne concernée se trouve dans l'incapacité physique ou juridique de donner son consentement, notre thèse est que ce paragraphe ne s'appliquera très probablement que dans les cas d'urgence médicale et lorsque le travailleur ou une autre personne court de graves risques pour sa santé. Le traitement de données sensibles dans le cadre de la législation sur l'égalité de traitement ne peut que très rarement être justifié en vertu de cette condition. Cette remarque s'entend sans préjuger du fait que les praticiens de la santé peuvent devoir collecter et conserver des données sensibles à caractère personnel à des fins purement médicales, par exemple pour consigner que la foi d'un patient interdit l'utilisation de transfusions sanguines ou de quelque autre type de traitement.

- d) le traitement est effectué dans le cadre de leurs activités légitimes et avec des garanties appropriées par une fondation, une association ou tout autre organisme à but non lucratif et à finalité politique, philosophique, religieuse ou syndicale, à condition que le traitement se rapporte aux seuls membres de cet organisme ou aux personnes entretenant avec lui des contacts réguliers liés à sa finalité et que les données ne soient pas communiquées à des tiers sans le consentement des personnes concernées ; ou

Bien qu'importante en soi, cette exception en tant que telle n'a pas d'incidence sur les questions traitées dans la présente étude.

- e) le traitement porte sur des données manifestement rendues publiques par la personne concernée ou est nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice.

Bien qu'à première vue cet alinéa ne semble pas revêtir une importance particulière dans le contexte de la législation anti-discrimination, la première partie de cet alinéa e) soulève quelques questions. De nombreux groupes ethniques et religieux tentent de se distinguer des autres par le port d'un type de vêtement particulier : les Roms de certains pays portent des vêtements distinctifs, les femmes musulmanes portent en général un voile et les hommes sikhs portent le turban. On peut se demander si le port de ces attributs vestimentaires constitue un exemple d'un cas où l'origine ethnique ou la religion d'une personne est « manifestement rendue publique ».

Il convient de rappeler que l'article 6 de la directive exige que les données soient adéquates, exactes et pertinentes et que le traitement lui-même soit « loyal ». Les inférences tirées sur la base d'indicateurs indirects ont peu de chance de satisfaire pleinement à ces critères. On peut aussi soutenir que l'exigence selon laquelle les données doivent être « manifestement rendues publiques » requiert que la personne concernée pose un acte délibéré pour rendre ces données publiques, ce qui n'est possible que si une personne peut exercer un choix mais on est fondé à penser que ce n'est pas le cas dans nombre de groupes religieux ou ethniques et encore moins parmi les personnes souffrant d'un handicap visible. Sur la base de ces considérations, notre thèse est que la première partie de l'alinéa e) ne peut s'appliquer que de façon très limitée au contexte de la collecte de données sur les discriminations. Qui plus est, selon nous, cette première partie de l'alinéa e) ne légitimerait probablement pas des pratiques telles que le dénombrement des enfants roms dans une école sur la base d'indicateurs visibles d'identification ethnique ou la surveillance, par un prestataire de services, du pourcentage des bénéficiaires qui appartiennent à des minorités visibles.

¹⁷⁸ Jay, Rosemary, et Hamilton, Angus, *Data Protection Law and Practice*, deuxième édition (Londres, Sweet & Maxwell, 2003), p. 192.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 183.

La deuxième partie de l'alinéa e) pourrait toutefois s'appliquer plus largement. Elle permet le traitement de données sensibles par les employeurs et autres contrôleurs du traitement de données quand c'est nécessaire aux fins ou dans le contexte de l'exercice d'un droit en justice. La directive ne fixe aucune restriction concernant le type de procédures judiciaires relevant de l'alinéa e). Il est donc raisonnable de supposer que cet alinéa s'applique à tous les types de procédures, en ce compris les procédures administratives et de règlement extrajudiciaire. Lorsqu'un tribunal ou une autre instance compétente est habilitée à demander au responsable du traitement de divulguer des documents ou d'autres informations aux fins de découvrir une éventuelle violation des lois sur l'égalité de traitement, la collecte et le traitement nécessaires des données sont justifiés en vertu de cet alinéa. Un responsable du traitement n'est pas autorisé à effectuer les activités nécessaires de collecte de données pour défendre ses droits. Le texte ne précise toutefois pas aussi clairement si les responsables du traitement sont autorisés à conserver des fichiers à des fins de surveillance, même avant le dépôt d'une plainte, à titre de mesure de précaution. À cet égard, il convient de noter que l'expression « constatation » d'un droit en justice est quelque peu ambiguë, car elle pourrait impliquer qu'il faille prouver l'existence d'un droit en justice déjà applicable ou la création de nouveaux droits en justice¹⁸⁰. Vu que le traitement doit être *nécessaire* pour la défense ou la constatation d'un *droit* en justice et que les exceptions prévues à ce qui constitue essentiellement des consécration de droits de l'homme doivent être interprétées dans un sens étroit, il est peu probable que la surveillance générale de la diversité de la main-d'œuvre puisse être justifiée en vertu de cette disposition en l'absence d'une plainte formelle, car il est possible de collecter les données nécessaires après le dépôt d'une plainte. En ce qui concerne la surveillance dans le contexte du *recrutement*, la conclusion contraire semble justifiée étant donné que, sans données appropriées, un employeur ne peut pas se défendre contre une éventuelle plainte pour discrimination, que la collecte *a posteriori* des données nécessaires est difficile, voire impossible, et qu'une interdiction complète de la collecte de données rendrait donc les employeurs incapables de se défendre correctement eux-mêmes devant les tribunaux.

La liste susmentionnée de situations dans lesquelles il est permis de traiter des données sensibles n'est pas exhaustive. L'article 8 §3 autorise les praticiens de la santé à traiter des informations sensibles dans le cadre de leurs activités quotidiennes, sous réserve de certaines conditions. En outre, l'article 8 §4 de la directive prévoit ceci :

Sous réserve de garanties appropriées, les États membres peuvent prévoir, pour un motif d'intérêt public important, des dérogations autres que celles prévues au paragraphe 2, soit par leur législation nationale, soit sur décision de l'autorité de contrôle.

L'article 8 §4 est très important pour notre propos. Le traitement de données sensibles est autorisé en vertu de cet alinéa pour autant qu'il soit satisfait à trois conditions. Premièrement, il doit y avoir un « intérêt public important ». Il va sans dire que la garantie et la promotion de l'égalité de traitement présentent en elles-mêmes un intérêt public important. Deuxièmement, le traitement des données doit être prévu dans le droit national ou être autorisé par l'autorité nationale de contrôle si celle-ci a reçu les compétences nécessaires. Troisièmement, des garanties appropriées doivent être en vigueur pour protéger les droits et libertés des individus. Ce point requiert que soient prises des mesures techniques et organisationnelles appropriées, surtout pour assurer la sécurité des données et ainsi prévenir toute transmission non autorisée des données ou tout accès non autorisé à ces données¹⁸¹.

Un des objectifs de l'article 8 §4 est de faciliter la recherche scientifique et l'établissement de statistiques gouvernementales, en rendant légitimes le traitement et la conservation de données sensibles dans les registres centraux de la population, les registres fiscaux, les registres de recensement, etc. La surveillance ethnique au Royaume-Uni a été justifiée en vertu de cet article¹⁸².

Il convient de rappeler ici que toute collecte de données, quel que soit le motif qui la justifie, doit respecter les exigences qualitatives énoncées dans l'article 6, y compris le principe de la proportionnalité.

¹⁸⁰ Ibid., p. 198.

¹⁸¹ Voir les considérants 34 et 46 de la directive.

¹⁸² Jay, Rosemary, Hamilton, Angus, *Data Protection Law and Practice*, deuxième édition (Londres, Sweet & Maxwell, 2003), p. 190 et sq.

La directive sur la protection des données énonce plusieurs autres règles importantes, notamment sur le droit d'accès de la personne concernée aux données (article 12) et aux informations que le responsable du traitement doit donner à la personne concernée (articles 10 et 11). L'article 28 exige que chaque État membre prévoie qu'une ou plusieurs autorités publiques soient chargées de surveiller l'application, sur son territoire, des dispositions adoptées conformément à la directive. En fait, il existe des commissaires pour la protection des données ou d'autres autorités dans les 25 États membres de l'Union européenne¹⁸³.

Conclusions. Bien que la directive contienne un principe de base selon lequel le traitement des données sensibles est interdit, elle prévoit aussi de larges et importantes exceptions à cette règle principale. Le traitement est, surtout et avant tout, autorisé sur la base du consentement des personnes concernées, à moins que le droit national applicable ne stipule le contraire. Dans les pays qui autorisent le traitement de données sensibles sur la base du consentement, cette justification est, dans la pratique, probablement le principal motif sur la base duquel la collecte de données sur les discriminations a lieu. La collecte de données est aussi légitime, même sans le consentement des personnes concernées, dans deux cas : 1) lorsqu'une telle collecte de données est nécessaire pour la constatation, l'exercice ou la défense d'un droit en justice et 2) lorsqu'elle est prévue dans d'autres circonstances par le droit national ou par une décision de l'autorité nationale de contrôle.

En fait, du point de vue juridique, il est possible de recueillir et de traiter des données sensibles obtenues par le biais de recensements, de processus administratifs, d'enquêtes, de surveillance des lieux de travail et autres méthodes, sans enfreindre la directive.

Les principes qualitatifs énoncés dans la directive sur la protection des données ont un impact majeur sur la conception des opérations de collecte de données. Le responsable du traitement devrait privilégier une collecte de données secondaire plutôt que primaire, des enquêtes anonymes plutôt que non anonymes, des enquêtes sur échantillons plutôt que des enquêtes à grande échelle et des enquêtes volontaires plutôt qu'obligatoires, à moins qu'une telle approche ne compromette la réalisation des objectifs de l'opération. Les données dont la conservation n'est plus nécessaire doivent être supprimées.

7.3.2. Convention STE n° 108

La Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (Convention STE n° 108) est le seul traité international traitant spécifiquement de la protection des données. Son adoption a été une réalisation majeure et cette Convention, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1985, reste considérée comme la référence pour une norme minimum de protection en droit national. Tous les États membres de l'UE sont parties à cette Convention¹⁸⁴.

L'article 3 §1 précise le champ d'application de la Convention. La Convention s'applique aux fichiers et aux traitements automatisés de données à caractère personnel dans les secteurs public et privé. Trois limites ressortent de cette phrase. Premièrement, la Convention ne concerne que le traitement de « données à caractère personnel ». L'article 2 a) de la Convention définit les données à caractère personnel comme toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (« personne concernée »). Le Rapport explicatif de la Convention précise que, conformément à l'article 2 a) de la Convention, une personne identifiable est une personne qui peut être facilement identifiée¹⁸⁵. Les données qui ont été rendues anonymes n'entrent pas dans

¹⁸³ Une liste de ces autorités peut être consultée sur: http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/privacy/nationalcomm/index_fr.htm

¹⁸⁴ Certains États membres ont publié des déclarations au sujet de cette Convention. Bien que celle-ci ait été critiquée pour ne pas avoir précisé suffisamment clairement quel était le droit applicable aux flux transfrontaliers de données et pour ne pas avoir exigé la création d'autorités nationales de contrôle (voir par exemple Bainbridge 1996, 18 *et sq.*), ces faiblesses d'origine ont maintenant été en grande partie compensées par l'adoption d'un Protocole additionnel, qui régit précisément ces questions. Huit États membres de l'UE ont ratifié ce Protocole, tandis que les autres États membres, à quelques exceptions près, l'ont signé (situation au 1.1.2006).

¹⁸⁵ Paragraphe 28. Ce que l'on entend par « facilement » dépend vraisemblablement non seulement des possibilités techniques mais aussi du temps et des ressources financières qu'une identification pourrait requérir.

le champ d'application de la Convention. Deuxièmement, la Convention s'intéresse surtout au traitement et à la conservation de données à caractère personnel, et non aux pratiques mêmes de collecte de données. La seule exception à cette approche est l'article 5 a), qui exige que les données à caractère personnel soient « *obtenues et traitées loyalement et licitement* »¹⁸⁶. Troisièmement, la Convention établit une distinction entre le traitement manuel et automatisé des données en excluant quasi totalement le traitement manuel (non automatisé)¹⁸⁷.

L'article 6, relatif aux « catégories particulières de données », est une disposition dont le rôle est crucial aux yeux de la présente étude :

Les données à caractère personnel révélant l'origine raciale, les opinions politiques, les convictions religieuses ou autres convictions, ainsi que les données à caractère personnel relatives à la santé ou à la vie sexuelle, ne peuvent être traitées automatiquement à moins que le droit interne ne prévoie des garanties appropriées. Il en est de même des données à caractère personnel concernant des condamnations pénales.

La liste des « catégories particulières de données » n'est pas exhaustive, mais représente une liste minimum. On peut en conclure qu'elle inclut les informations personnelles relatives à l'un quelconque des motifs couverts par l'article 13 dans chacune des deux directives, à l'exception de l'âge.

Les données relatives à ces motifs ne peuvent être traitées à moins que « le droit interne ne prévoie des garanties appropriées ». La Convention ou le Rapport explicatif y afférent ne précisent pas davantage ce qu'il faut entendre par « garanties appropriées ». Vu que la Convention ne porte pas sur la collecte même de données, l'orientation principale de cette disposition pourrait donc bien être interprétée comme requérant la prise de mesures de précaution en vue de prévenir et de sanctionner tout *usage* préjudiciable des données et la *divulgation* intentionnelle ou non intentionnelle de données à des tiers non autorisés. Les exigences qui découlent de l'article 6 ne sont pas particulièrement difficiles à respecter dans la pratique, ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, l'expression « droit interne » doit être prise au sens large, c'est-à-dire comme couvrant non seulement la législation mais aussi les réglementations appropriées ou spécifiques ou des directives administratives, pour autant que le niveau nécessaire de protection soit garanti¹⁸⁸. Ensuite, comme le précise le qualificatif « appropriées », les États parties bénéficient d'une marge de manœuvre pour décider quelles mesures prendre, bien qu'il faille garder à l'esprit qu'en tant qu'exigence découlant d'une convention relative aux droits de l'homme, les garanties fournies doivent être efficaces. Enfin, la Convention elle-même prévoit une série de dérogations. Ainsi, une dérogation est possible, par exemple, lorsqu'elle est prévue par le droit interne et constitue une mesure nécessaire dans une société démocratique, entre autres, pour réprimer les infractions pénales ou pour protéger la personne concernée ou les droits et libertés d'autrui. La répression des infractions pénales peut aller au-delà de la détection et inclure au moins des éléments de prévention¹⁸⁹.

En vertu de l'article 8 de la Convention, « toute personne » doit pouvoir connaître l'existence d'un fichier automatisé de données à caractère personnel, obtenir la confirmation de l'existence ou non dans ce fichier de données à caractère personnel la concernant, obtenir ces données et les faire rectifier ou effacer lorsqu'elles ont été traitées en violation des obligations découlant des articles 5 et 6 de la Convention. Il est possible de restreindre ces droits des personnes concernées dans le cas de traitements ne présentant aucun risque réel pour les personnes concernées, par exemple lorsque les données sont utilisées à des fins statistiques ou de recherche vu que, dans ces situations, les données sont présentées sous forme agrégée et sont séparées des identifiants¹⁹⁰.

Les obligations et principes fondamentaux énumérés ci-dessus permettent de nombreuses variations dans leur mise en œuvre au niveau national afin de tenir compte des différents systèmes constitutionnels et juridiques¹⁹¹.

¹⁸⁶ C'est nous qui soulignons.

¹⁸⁷ Article 3 § 2 c) de la Convention.

¹⁸⁸ Rapport explicatif, paragraphe 46.

¹⁸⁹ Michael, James, *Privacy and Human Rights* (Hampshire, Dartmouth, 1994), p. 137.

¹⁹⁰ Rapport explicatif, paragraphe 59.

¹⁹¹ Michael, James, *Privacy and Human Rights* (Hampshire, Dartmouth, 1994), p. 35.

Si certains commentateurs observent que, dans l'ensemble, les obligations générales sont respectées par les États, il n'existe, dans la pratique, aucun mécanisme international de contrôle pour garantir que ce soit toujours le cas¹⁹². En conséquence, d'importantes différences subsistent dans les niveaux de protection¹⁹³. L'élimination de ces différences était un des motifs majeurs à la base de la rédaction et de l'adoption de la directive européenne sur la protection des données¹⁹⁴.

Implications pour la collecte de données liées aux discriminations. La Convention STE n° 108 exige que des garanties appropriées soient prises pour rendre légitime le traitement des données sensibles. D'un point de vue général, comme tous les États membres de l'UE ont adopté des garanties à la fois juridiques et organisationnelles au travers de lois sur la protection des données et en créant des autorités nationales de protection des données, la conclusion générale suivante se justifie : la Convention ne devrait pas faire obstacle au traitement de données sensibles aux fins de la législation et des politiques anti-discrimination. Au final, toutefois, c'est en fonction de la qualité (« caractère approprié ») des garanties nationales prévues par le pays concerné que le traitement sera permis. Nous examinons dans la sous-section suivante quelle peut être la teneur concrète de ces garanties.

7.3.3. Législations nationales des États membres de l'UE relatives à la protection des données

Tous les pays de l'UE ont ratifié la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe et ont transposé la directive européenne sur la protection des données dans leur droit national, de sorte que leurs lois nationales de protection des données comportent beaucoup de points communs au niveau tant de la structure que du contenu. Ainsi, toutes établissent une distinction entre données à caractère personnel « courantes » et les « catégories particulières » de données à caractère personnel et soumettent ces dernières à un régime de protection plus strict. Elles autorisent le traitement des données sensibles, par exemple, lorsque les « intérêts vitaux » de la personne concernée sont en jeu et lorsque le traitement est nécessaire pour respecter les obligations et les droits spécifiques du responsable du traitement découlant du droit du travail. Quelques variations peuvent toutefois être observées parce que maintes dispositions des instruments précités laissent une marge d'interprétation et que peu d'orientations faisant autorité sont disponibles à ce jour. De plus, du point de vue de la présente étude, il est très important d'examiner si les États membres ont utilisé l'opportunité que leur offre l'article 8 § 2 a) de la directive de prévoir que l'interdiction de traiter des données sensibles ne peut être levée par le consentement de la personne concernée.

Un examen des lois générales de protection des données adoptées par les États membres de l'UE ne semble pas révéler une utilisation considérable de cette opportunité d'exclure la collecte de données sensibles sur la base du consentement de la personne concernée¹⁹⁵. Dans tous les États membres de l'UE, les lois générales sur la protection des données autorisent, à titre de règle principale, le traitement de données sensibles sur la base du consentement. Cette règle a toutefois été assortie de quelques limites :

- 1) dans certains pays, tels que l'Autriche, le Danemark, l'Estonie, la Grèce, l'Italie et le Portugal, le libre octroi du consentement ne suffit pas en soi car une autorisation de l'instance nationale de protection des données est également requise¹⁹⁶;
- 2) dans plusieurs pays, l'applicabilité de la règle principale est ou peut être limitée au moyen de lois sectorielles. C'est le cas en Belgique, à Chypre, en République tchèque, en France, en Grèce, au Luxembourg, en Slovaquie et au Royaume-Uni. Ces limitations peuvent avoir d'importantes implications dans certains contextes. Ainsi,

¹⁹² Bainbridge, David, *EC Data Protection Directive* (Londres, Butterworths, 1996), p. 17.

¹⁹³ Ibid., p. 23.

¹⁹⁴ Idem.

¹⁹⁵ Cette constatation repose sur un examen pays par pays des lois nationales de protection des données. Une liste de ces lois est consultable sur : http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/law/implementation_en.htm (consulté le 1.5.2006).

¹⁹⁶ Cette exigence ne s'applique pas nécessairement à tous les cas, notamment lorsque le traitement repose sur une loi spécifique ou que le responsable du traitement est un organisme public.

en Belgique, un Arrêté d'exécution pris par le gouvernement prévoit que le consentement ne peut justifier le traitement de données sensibles lorsque ce consentement ne peut être considéré comme ayant été « librement » donné¹⁹⁷. Ce serait le cas dans le contexte d'une relation d'emploi car on estime qu'il existe un déséquilibre des rapports de force dans la relation entre employeur et travailleur¹⁹⁸. Le gouvernement belge a adopté cette position malgré deux avis contraires préalables de la Commission belge pour la protection de la vie privée¹⁹⁹;

3) en Hongrie, en Italie, en Lettonie et en Slovaquie, le consentement doit être donné par écrit.

De nombreux pays autorisent explicitement le traitement de données sensibles également dans des circonstances autres que celles où la personne concernée a donné son consentement explicite. Aux Pays-Bas, le traitement de données liées à l'origine raciale ou ethnique est autorisé même sans le consentement de la personne concernée, à condition que ledit traitement soit nécessaire pour remédier à des inégalités existantes, que l'identification des personnes concernées se fasse sur la base de critères objectifs, tels que le lieu de naissance des parents, et que les personnes concernées n'aient signifié par écrit aucune objection à un tel traitement²⁰⁰. Parmi les lois sur la protection des données des États membres, plusieurs contiennent des dispositions d'application générale autorisant le traitement de données sensibles dans le respect des (autres) lois ou d'un règlement subsidiaire. C'est le cas en Autriche, à Chypre, en Espagne aux Pays-Bas, en Pologne, en Slovénie et en Suède. L'Autriche, l'Allemagne, la Belgique, Chypre, le Danemark, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, la Pologne et la Suède autorisent explicitement le traitement de données sensibles à des fins statistiques et scientifiques. Il convient de noter que, dans certains pays, le traitement à de telles fins est subordonné à une autorisation préalable de l'autorité nationale de protection des données. Quelques pays, tels que le Danemark, la Grèce, Malte et la Suède, ont doté l'autorité nationale de protection des données des compétences nécessaires pour autoriser le traitement de données sensibles également dans d'autres contextes que ceux explicitement mentionnés dans la loi.

Le Royaume-Uni semble être le seul pays où les lois sur la protection des données stipulent clairement que la surveillance des lieux de travail est une forme légitime de traitement de données sensibles. En vertu du droit britannique, les données doivent être recueillies avec le consentement de la personne concernée et doivent être conservées d'une manière qui n'identifie pas cette personne.

Il convient de rappeler que le droit européen exige à maintes reprises que des garanties « adéquates » ou « appropriées » soient fournies par chaque État membre en vue de légitimer la collecte de données sensibles. Dès lors, il ne suffit pas que la collecte soit légitime en vertu du droit national car ce dernier peut présenter des lacunes au regard du droit de l'UE. Cette possibilité est bien réelle, comme l'a révélé une étude de 2002, qui a constaté que les garanties fournies par nombre d'États membres étaient insuffisantes voire inexistantes²⁰¹. Le fait qu'une loi nationale adopte une approche libérale du traitement de données sensibles ne peut donc être un argument pour dire qu'aucun obstacle juridique ne s'oppose à la collecte de données sensibles, ce serait plutôt l'inverse.

¹⁹⁷ Article 27 de l'arrêté d'exécution du 13 février 2001 portant exécution de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

¹⁹⁸ Idem. Le texte prévoit toutefois une exception importante à cette règle: il lève l'interdiction lorsque le traitement de données vise l'octroi d'un avantage au travailleur concerné. Cette exception englobe la légitimité de la collecte de données lorsque celle-ci est nécessaire aux fins d'offrir des aménagements raisonnables, par exemple.

¹⁹⁹ Commission de la protection de la vie privée, avis n°8/99 du 8 mars 1999; avis n°25/99 du 23 juillet 1999.

²⁰⁰ Article 18 de la loi sur la protection des données du 6 juillet 2000, telle qu'amendée.

²⁰¹ Voir Korff, Douwe, *EC Study on Implementation of Data Protection Directive: Comparative Summary of National Laws*. Septembre 2002,

disponible en anglais à l'adresse suivante :

http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/lawreport/consultation/univessex-comparativestudy_en.pdf (consulté le 1^{er} mai 2006).

7.4. Droit à la vie privée

7.4.1. Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme

La Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) a été ratifiée par 45 États, dont les 25 États membres de l'Union européenne²⁰². L'article 8 de cette Convention traite du droit au respect de la vie privée et familiale :

Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Sur les quatre intérêts protégés (vie privée, vie familiale, domicile et correspondance), le plus vaste est la vie privée²⁰³ car il englobe le droit au respect des informations liées à la vie privée. Une décision de 1982 de la Commission européenne des droits de l'homme avait déjà montré que la collecte d'informations sur une personne physique identifiée pouvait tomber dans le champ d'application de l'article 8. Dans *X c. Royaume-Uni*, la Commission a estimé :

qu'un recensement public et obligatoire, où figurent notamment des questions sur le sexe, la situation de famille, le lieu de naissance et d'autres détails personnels sur les membres d'un ménage, constitue, à première vue, une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale, garanti par l'article 8, paragraphe 1, de la Convention et que cette ingérence doit se justifier au regard du paragraphe 2 de ce même article²⁰⁴.

La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH) révèle que les « informations liées à la vie privée » doivent être entendues au sens large pour inclure quasi toute information liée à une personne physique identifiée ou identifiable. De telles informations peuvent concerner, par exemple des anciennes activités politiques voire des transactions commerciales, comme le montre clairement l'affaire suivante:

Dans *Amann c. Suisse*, le requérant avait saisi la Cour, soutenant que l'établissement d'une fiche à son sujet, consécutif à l'interception d'un appel téléphonique qu'il avait reçu d'une personne travaillant dans une ambassade étrangère, et la conservation de cette fiche dans un fichier avaient entraîné une violation de l'article 8 de la Convention. Cette fiche avait apparemment été établie pour des raisons liées à la sécurité nationale, alors que l'appel téléphonique concernait en fait une transaction commerciale légitime. La Cour a estimé que l'établissement et la conservation d'une fiche mentionnant que le requérant avait été en contact avec l'ambassade et avait fait des affaires avec une personne travaillant dans cette ambassade, équivalaient à un traitement de données relatives à la vie privée du requérant et a souligné que « la mémorisation par une autorité publique de données relatives à la vie privée d'un individu constitue une ingérence au sens de l'article 8 ». Il importait peu que les données aient été de nature sensible ou non, que le requérant ait subi ou non d'éventuels inconvénients, qu'il y ait eu ou non divulgation ultérieure²⁰⁵.

Dans *MS c. Suède*, la Cour a rappelé que « la protection des données à caractère personnel, et spécialement des données médicales, revêt une importance fondamentale pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention ». Au vu de ces exemples, il est clair que le traitement de données à caractère personnel tombe dans le champ d'application de l'article 8.

²⁰² Nombre de ratifications au 22.11.2005.

²⁰³ Gordon, Richard QC, Ward, Tim et Eicke, Tim, *The Strasbourg Case Law* (Londres, Sweet & Maxwell, 2001), p. 781.

²⁰⁴ *X c. RU* 30 DR 239 1982.

²⁰⁵ Voir paragraphes 69 et 70 de l'arrêt.

La Convention ne prévoit pas que toute personne a un droit à la vie privée mais que toute personne a droit au respect de sa vie privée. En vertu d'une ligne d'interprétation bien établie, confirmée par la CEDH, cela signifie que les États ont non seulement l'obligation de s'abstenir de toute ingérence dans la vie privée mais ont aussi l'obligation positive de protéger les individus contre les ingérences dans leurs droits commises par des personnes ou des entités privées, si nécessaire en recourant au droit pénal²⁰⁶. En conséquence, dans la mesure où le traitement de données tombe dans le champ d'application de l'article 8, des garanties appropriées doivent être mises en place pour réglementer les activités non pas uniquement des pouvoirs publics (que ceux-ci soient nationaux ou municipaux) mais aussi des universités et des instituts privés de recherche. Pour déterminer la portée de ces obligations, il faut tenir compte du juste équilibre à trouver entre l'intérêt général et les intérêts particuliers, tout en gardant à l'esprit que l'État contractant a en toute cause une marge d'appréciation²⁰⁷.

L'article 8 couvre non seulement la collecte de données mais aussi la conservation, l'utilisation et la divulgation de données. Ainsi, dans *MS c. Suède*, la CEDH a estimé que « la législation interne doit ménager des garanties appropriées pour empêcher toute communication ou divulgation de données à caractère personnel relatives à la santé qui ne serait pas conforme aux garanties prévues à l'article 8 de la Convention ». Il est possible que le refus d'accorder la faculté de réfuter des informations incorrectes puisse également constituer une ingérence. Dans *Rotaru c. Roumanie*, la Cour a fait remarquer que « tant la mémorisation par une autorité publique de données relatives à la vie privée d'un individu que leur utilisation et le refus d'accorder la faculté de les réfuter constituent une ingérence dans le droit au respect de sa vie privée garanti par l'article 8 §1 de la Convention²⁰⁸. » Toutefois ni l'article 8 ni aucune disposition de la Convention à ce sujet ne prévoit un droit général et uniforme d'accéder à des informations à caractère personnel conservées dans des fichiers détenus par d'autres et de contester lesdites informations²⁰⁹.

Il convient d'établir une distinction entre des situations dans lesquelles les personnes concernées ont donné leur consentement pour la collecte de données et des situations où le consentement n'a pas été donné. Dans tous les cas où des ingérences ont été constatées, la personne concernée n'avait pas eu conscience de la collecte de données ou n'y avait pas consenti. Une utilisation ou une divulgation ultérieures de données à caractère personnel données volontairement peut aussi tomber dans le champ d'application de l'article 8 si les données sont utilisées à des fins autres que celles dont la personne concernée a été informée ou si les informations sont divulguées à des tiers ou conservées d'une manière qui ne garantit pas la sécurité des données. En général, une ingérence sera constatée lorsque les données en question révèlent des détails sur la personnalité ou le caractère de la personne concernée, sont traitées à l'insu de cette dernière ou sans son consentement et si le traitement risque de placer la personne concernée sous un jour négatif ou pourrait entraîner une restriction de la liberté de choix de la personne concernée²¹⁰. Ces principes sembleraient être d'application, que les informations soient traitées automatiquement ou manuellement. À titre d'exemple d'inférence négative, il semble que la collecte et autre traitement de données à caractère personnel réalisés sur la base d'un consentement libre de la personne concernée ne constituent pas, à première vue, une violation de l'article 8. Voilà qui légitime, par exemple, la collecte de données au moyen d'enquêtes sur échantillons menées sur une base volontaire. Toutefois, les formes de collecte de données à caractère personnel qui ne se fondent pas sur une coopération volontaire, par exemple les recensements, constituent d'emblée une ingérence aux termes de l'article 8 §1.

Le droit au respect de la vie privée n'est pas absolu : une ingérence dans l'exercice de ce droit peut être justifiée en vertu de l'article 8 §2. Pour ne pas enfreindre l'article 8, une ingérence doit 1°) être conforme au droit, 2°) poursuivre un objectif légitime (relatif à la sécurité nationale, à la sûreté publique ou au bien-être économique

²⁰⁶ Gordon, Richard QC, Ward, Tim et Eicke, Tim, *The Strasbourg Case Law* (Londres, Sweet & Maxwell, 2001), p. 781 ; CEDH *Botta c. Italie* (1998) 26 E.H.R.R. 241, paragraphe 33 ; Ovey, Clare et Whyte, Robin *The European Convention on Human Rights. Troisième édition* (Oxford, Oxford University Press, 2002), p. 219.

²⁰⁷ CEDH, *Botta c. Italie* (1998) 26 E.H.R.R. 241, paragraphe 33.

²⁰⁸ CEDH, *Rotaru c. Roumanie* (4 mai 2000), paragraphe 46.

²⁰⁹ Bygrave, Lee A., *Data Protection Pursuant to the Right to Privacy in Human Rights Treaties*, *International Journal of Law and Information Technology*, 1998, p. 23 et suiv.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 17.

du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui) et 3°) être nécessaire dans une société démocratique pour atteindre ledit objectif. Comme l'alinéa 2 de l'article 8 prévoit une exception au droit garanti par la Convention, ces exigences doivent être prises dans un sens étroit²¹¹.

L'expression « prévue par la loi » non seulement requiert que la mesure contestée ait un certain fondement en droit national, mais fait aussi allusion à la qualité de la loi en question, exigeant que celle-ci soit accessible à la personne concernée et que ses effets soient prévisibles, cette loi devant en outre indiquer avec suffisamment de clarté la portée et les conditions d'exercice du pouvoir discrétionnaire des autorités dans le domaine en question²¹². Dans les pays de l'UE, des activités particulières de collecte de données respectant les lois nationales de protection des données devraient, à première vue, facilement satisfaire à cette exigence, pour autant que la loi nationale respecte la directive européenne sur la protection des données, comme ce devrait être le cas. Aucun problème particulier ne devrait être rencontré non plus en ce qui concerne l'exigence de légitimité : on peut affirmer que la collecte de données à des fins de lutte contre les discriminations satisfait à plusieurs des points énumérés dans l'article 8 §2. Pour savoir si une opération particulière de collecte de données considérée comme enfreignant l'article 8 §1 est justifiée aux termes de l'article 8 §2, il suffit donc, dans les faits, de déterminer si l'activité peut être considérée comme « nécessaire dans une société démocratique » pour lutter contre les discriminations. En vertu de la jurisprudence de la Cour, pour que la réponse soit affirmative, il faut qu'il existe un besoin social impérieux justifiant l'ingérence et cette ingérence doit en outre être proportionnée à l'objectif poursuivi²¹³. Il incombe aux autorités nationales de réaliser l'évaluation initiale de ces aspects, bien que l'évaluation finale du caractère pertinent et suffisant des raisons invoquées pour justifier l'ingérence revienne à la CEDH²¹⁴.

Dans l'affaire *X c. Royaume-Uni* susmentionnée, la Commission a estimé que l'exigence d'une fourniture obligatoire d'informations aux fins d'un recensement national, soutenue par des sanctions au pénal, était une ingérence justifiable dans les droits garantis par l'article 8. Le recensement a été considéré comme poursuivant un objectif légitime, à savoir le bien-être économique du pays. La réalisation du recensement a aussi été considérée comme nécessaire dans une société démocratique pour atteindre ledit objectif. La Commission a été particulièrement influencée par le fait que les formulaires de recensement étaient traités dans la plus stricte confidentialité. La Commission a conclu : « lorsque les données du recensement sont traitées avec prudence et discrétion, l'ingérence ainsi occasionnée dans le droit du requérant au respect de sa vie privée et familiale est nécessaire dans une société démocratique pour atteindre les objectifs susmentionnés²¹⁵. »

Implications pour la collecte de données liées aux discriminations. L'article 8 de la Convention européenne est libellé en termes généraux et a une large portée, ce qui rend difficile une analyse détaillée vu la vaste gamme d'activités de collecte de données, les différences dans les méthodes utilisées et, en particulier, le manque de jurisprudence concernant ces aspects. Il est toutefois possible de tirer quelques conclusions provisoires. Premièrement, il existe des formes de collecte de données, telles que les enquêtes anonymes, qui peuvent être menées sans constituer d'ingérence dans les droits garantis par l'article 8²¹⁶. La même conclusion s'applique aux enquêtes sur échantillons, effectuées sur une base volontaire, même si celles-ci impliquent le traitement de données à caractère personnel. Par contre, la surveillance des lieux de travail, même lorsqu'elle repose sur une coopération à première vue volontaire des personnes concernées, peut ne pas être réellement volontaire car il est possible de dire qu'un employeur ou un prestataire de services occupe *de facto* une position dominante. Dès lors, de telles pratiques pourraient devoir être justifiées au titre de l'article 8 §2 de la Convention pour être légitimes.

²¹¹ CEDH, *Rotaru c. Roumanie* (4 mai 2000), paragraphe 47.

²¹² Voir par exemple CEDH, *Rotaru c. Roumanie* (4 mai 2000), paragraphes 52-62 ; *Malone c. Royaume-Uni* (2 août 1984), paragraphe 66.

²¹³ CEDH, *Smith et Grady c. Royaume-Uni* (2000), 29 E.H.R.R. 493 ; *Chassagnou c. France* (2000), 29 E.H.R.R. 615.

²¹⁴ *Idem*.

²¹⁵ Commission européenne des droits de l'homme, *X c. RU* 30 DR 239 1982.

²¹⁶ Dans ce cas, l'auxiliaire « peuvent » est utilisé pour souligner l'argument évident qu'aucune légitimation générale préalable de toute forme particulière de collecte de données n'est possible car toutes les opérations de collecte de données doivent respecter toute la législation pertinente et pas seulement celle qui concerne le droit à la protection de la vie privée.

En ce qui concerne les recensements, il convient de noter qu'en règle générale, il est obligatoire de répondre aux questions d'un recensement, souvent sous peine de sanctions pénales. Par conséquent, les questions des recensements doivent être justifiées au titre de l'article 8 §2 pour être considérées comme légitimes²¹⁷. L'existence ou non d'une justification au titre de l'article 8 §2 dépend des objectifs particuliers et des procédures utilisées pour l'activité de collecte de données en question. Concrètement, l'évaluation de cette justification revient habituellement à vérifier si le principe de la proportionnalité est respecté, c'est-à-dire si les moyens mis en œuvre sont proportionnés aux objectifs. Cette dernière condition présuppose, par exemple, de recourir, par principe, aux moyens les moins intrusifs pour recueillir les données nécessaires.

7.4.2. Article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Alors que l'article 8 de la CEDH approche la question de la vie privée sous l'angle d'un *droit* au respect de la vie privée, l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, modelé sur l'article 12 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, est libellé en termes d'*interdiction* de toute immixtion arbitraire ou illégale dans la vie privée:

1. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur ou à sa réputation.
2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.

Comme l'article 8 correspondant de la CEDH, l'article 17 du PIDCP couvre les violations de la vie privée par des intervenants publics et privés²¹⁸. Comme l'a fait remarquer le Comité dans son Observation générale n° 16 sur le droit à la vie privée, cela signifie en pratique que « les États parties sont eux-mêmes tenus de s'abstenir d'agissements non conformes à l'article 17 du Pacte, et de créer le cadre législatif nécessaire pour empêcher que des personnes physiques ou morales ne s'y livrent »²¹⁹.

Une tâche majeure en rapport avec ce texte consiste à examiner ce que l'on entend par « immixtion arbitraire ou illégale » dans la vie privée. Tout d'abord, toutes les immixtions dans la vie privée doivent être « légales » pour être conformes à l'article 17. En conséquence, aucune immixtion ne peut avoir lieu, hormis dans les limites autorisées par une loi. Une exigence qualitative est également formulée. En effet, une telle loi, ainsi que l'immixtion elle-même, doit respecter les dispositions, buts et objectifs du Pacte pour que cette immixtion ne soit pas arbitraire ou illégale²²⁰. En outre, une immixtion prévue par la loi doit, dans tous les cas, être raisonnable eu égard aux circonstances particulières pour pouvoir satisfaire à l'exigence de ne pas être de nature arbitraire²²¹.

L'évaluation du « caractère raisonnable » inclut nécessairement une notion de discrétion. C'est sur ce point que les éléments indicatifs donnés par le Comité des droits de l'homme sont particulièrement utiles. Dans l'Observation générale n°16, le Comité met en balance le besoin de données et la nécessité de protéger la vie privée et note :

Étant donné que toutes les personnes vivent en société, la protection de la vie privée est nécessairement relative. Toutefois, les autorités publiques compétentes ne doivent pouvoir réclamer que celles des informations touchant la vie privée de l'individu dont la connaissance est indispensable à la société, au sens du Pacte²²².

²¹⁷ Il convient toutefois de noter que, dans bien des pays, les questionnaires de recensement signalent que certaines questions sont facultatives, notamment celles qui ont trait à la religion ou à l'ethnicité.

²¹⁸ Comité des droits de l'homme, *Observation générale n°16 : Le droit au respect de la vie privée, de la famille, du domicile et de la correspondance, et la protection de l'honneur et de la réputation* (art. 17), 08/04/88, paragraphe 1.

²¹⁹ Ibid., paragraphes 1 et 9.

²²⁰ Ibid., paragraphe 3.

²²¹ Ibid., paragraphe 4. Nowak affirme que « si elle est arbitraire, l'immixtion, même si elle est prévue par la loi, recèle des éléments injustes, imprévisibles et déraisonnables ». Nowak, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary* (Kehl, Engel, 1993), p. 292.

²²² Ibid., paragraphe 7.

Si le Comité ne parle ici que d'« autorités publiques », rien ne permet de justifier que le même argument ne puisse s'appliquer aux intervenants privés. Le principe suivi ici par le Comité ne devrait poser aucun obstacle à la collecte de données sur les discriminations. À maintes reprises, en effet, le Comité lui-même a pressé les États parties de collecter ce type de données, et on ne trouverait guère de meilleur exemple de renseignements « indispensables à la société au sens du Pacte ».

Le paragraphe 10 de cette Observation générale va au cœur de la collecte de données, fixant les conditions dans lesquelles de telles opérations peuvent avoir lieu. Nous le citons donc dans son intégralité :

Le rassemblement et la conservation, par des autorités publiques, des particuliers ou des organismes privés, de renseignements concernant la vie privée d'individus sur des ordinateurs, dans des banques de données et selon d'autres procédés, doivent être réglementés par la loi. L'État doit prendre des mesures efficaces afin d'assurer que ces renseignements ne tombent pas entre les mains de personnes non autorisées par la loi à les recevoir, les traiter et les exploiter, et ne soient jamais utilisés à des fins incompatibles avec le Pacte. Il serait souhaitable, pour assurer la protection la plus efficace de sa vie privée, que chaque individu ait le droit de déterminer, sous une forme intelligible, si des données personnelles le concernant et, dans l'affirmative, lesquelles, sont stockées dans des fichiers automatiques de données, et à quelles fins. Chaque individu doit également pouvoir déterminer les autorités publiques ou les particuliers ou les organismes privés qui ont ou peuvent avoir le contrôle des fichiers le concernant. Si ces fichiers contiennent des données personnelles incorrectes ou qui ont été recueillies ou traitées en violation des dispositions de la loi, chaque individu doit avoir le droit de réclamer leur rectification ou leur suppression.

Cette Observation générale n'établit aucune distinction entre les méthodes ou conditions de collecte des données, par exemple entre une divulgation de données volontaire ou non volontaire. L'article 17 et cette Observation générale se concentrent sur les conditions que doit remplir le traitement des données pour être légal, pas tant sur le contenu des données. Cette constatation et le libellé assez large de l'article 17 nous fondent à penser que cet article s'applique également aux renseignements donnés sur une base volontaire. Les principes mentionnés concernent uniquement des « données personnelles », c'est-à-dire des renseignements concernant une personne physique identifiée ou identifiable et, dès lors, l'article 17 ne s'applique pas à des données qui ont été rendues anonymes. Le Comité utilise les termes « données personnelles » et « renseignements concernant la vie privée d'individus » de manière interchangeable et il est manifeste que des renseignements sur le sexe, l'âge, l'origine ethnique ou raciale, le handicap, les convictions religieuses ou autres et l'orientation sexuelle d'une personne sont protégés par l'article 17.

L'article 17 et l'Observation générale mettent l'accent sur les garanties juridiques et institutionnelles qui doivent être instaurées pour protéger les données personnelles : le traitement de données personnelles doit être réglementé par la loi et des mesures efficaces doivent être prises afin d'assurer que ces renseignements ne soient pas utilisés à des fins abusives et qu'ils soient conservés de façon sûre. L'Observation générale va jusqu'à laisser entendre qu'un individu a un droit d'être au fait de tous les registres et fichiers où des données le concernant sont conservées et même un droit de réclamer la rectification ou la suppression de toute donnée incorrecte, droit qui n'existe pas en tant que tel dans la CEDH.

Implications pour la collecte de données liées aux discriminations. L'article 17 du PIDCP ne pose aucun obstacle majeur à la collecte de données concernant les discriminations. Si toutes les formes de collecte de données personnelles tombent dans le champ d'application de l'article 17, la collecte de données liées aux discriminations dans les États membres ne peut guère être tenue pour « illégale » ou « arbitraire ». En effet, tous les États membres de l'UE ont adopté des lois dans le domaine de la protection des données et tous ont créé des autorités de contrôle du respect de ces lois²²³, de sorte qu'ils fournissent – tout au moins à première vue – les garanties requises par l'article 17. En outre, la collecte de données destinée à la lutte contre les discriminations satisfait à

²²³ Une liste de ces autorités est consultable à l'adresse suivante : http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/privacy/nationalcomm/index_fr.htm

l'exigence du caractère raisonnable et est conforme aux buts et objectifs du PIDCP²²⁴. Toutefois, le principe de la proportionnalité doit être respecté dans toutes les opérations impliquant un traitement de données à caractère personnel et le droit national devrait spécifiquement exiger des mesures de protection de la confidentialité et de la sécurité des données.

7.4.3. Articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

Conclue en décembre 2000, cette Charte n'est pas un instrument juridique contraignant mais une « proclamation solennelle »²²⁵. Il s'agit néanmoins d'un important document de politique dans le contexte de l'UE, qui sert aussi d'exemple en tant qu'instrument relativement récent dans ce domaine. L'évolution du droit est perceptible dans cette Charte, qui prévoit des dispositions distinctes pour le respect de la vie privée et familiale (article 7) et pour la protection des données à caractère personnel (article 8). C'est la première fois qu'un document international reconnaît la protection des données à caractère personnel comme un droit fondamental en soi.

L'article 7, intitulé « Respect de la vie privée et familiale », stipule :

Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications.

Les droits garantis par l'article 7 correspondent à ceux qui sont garantis par l'article 8 de la CEDH. Pour tenir compte de l'évolution de la technologie, le terme « correspondance » a été remplacé par « communications »²²⁶. Conformément à l'article 52 §3 de la Charte, le sens et la portée des droits garantis par l'article 7 sont les mêmes que ceux que leur confère l'article 8 de la CEDH et doivent être interprétés de la même manière.

L'article 8, intitulé « Protection des données à caractère personnel », stipule :

1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.
2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification.
3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante.

L'article 8 est basé sur l'article 286 du Traité établissant la Communauté européenne, sur la directive européenne relative à la protection des données, sur l'article 8 de la CEDH et sur la Convention du Conseil de l'Europe relative aux données à caractère personnel. En conséquence, les droits découlant de l'article 8 seront exercés dans les conditions et les limites définies par les instruments communautaires applicables et le sens et la portée de cet article doivent être interprétés d'une manière qui tienne compte des instruments susmentionnés du Conseil de l'Europe et de leur interprétation²²⁷. En vertu de l'article 52 §1 de la Charte, toute limitation de l'exercice des droits doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits.

Vu l'étroite relation qui unit les articles 8 et 9 aux instruments énumérés ci-dessus, dont les principaux sont examinés dans le présent rapport, il ne nous paraît pas nécessaire d'analyser les implications desdits articles à ce stade. Il convient toutefois de noter que la Charte souligne le rôle du consentement en exigeant que toute collecte de données à caractère personnel se fasse « sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi ».

²²⁴ Toutefois, une mise en garde s'impose ici car cette conclusion ne s'applique qu'à un niveau général, étant donné qu'il est possible que des lois sur la protection des données d'un pays particulier ne satisfassent pas, quant au fond, à toutes les exigences du Pacte.

²²⁵ Le texte de cette Charte (2000/C364/01) est disponible sur le site : http://www.europarl.eu.int/charter/pdf/text_fr.pdf.

²²⁶ Page 10 du texte des Explications.

²²⁷ Voir article 52, paragraphes 2 et 3, de la Charte.

7.5. Conclusions

Contrairement à une opinion largement répandue, les règles internationales, européennes et nationales relatives à la protection de la vie privée et des données n'interdisent pas catégoriquement la collecte de données liées aux discriminations²²⁸. Elles se bornent à définir le cadre juridique dans lequel la collecte et autre traitement de données sensibles peuvent avoir lieu. Cette conclusion s'applique à tous les types de collecte de données étudiés : collecte de données par le biais de recensements, de processus administratifs, d'enquêtes et de surveillance des lieux de travail.

Le traitement de données sensibles est autorisé, surtout et avant tout sur la base du consentement de la personne concernée, sauf lorsque le droit national exclut cette option dans des circonstances particulières ou lorsque l'autorisation de l'autorité nationale de protection des données est requise mais n'a pas été obtenue.

Le traitement de données sensibles est autorisé même en l'absence du consentement de la personne concernée lorsqu'il est nécessaire dans le contexte de procédures judiciaires ou lorsque ce traitement est effectué par une autorité publique dans l'intérêt général et dans le respect des dispositions légales, qui légitiment généralement les collectes de données basées sur des recensements et des processus administratifs. Il est aussi permis aux États membres d'adopter des législations spécifiques autorisant le traitement de données sensibles dans la mesure où ce traitement a lieu pour un motif d'intérêt public important et si les garanties appropriées sont prévues. Par ailleurs, il convient de noter qu'il existe des formes de collecte de données qui ne tombent normalement pas dans le champ d'application des lois sur la protection des données, notamment la surveillance anonyme des lieux de travail et les enquêtes anonymes. Il en va de même pour la plupart des types de testing concernant les discriminations. Si la réalisation d'enquêtes d'opinion²²⁹ ne requiert généralement pas le traitement de données sensibles, elle peut (dans les premiers stades du processus) nécessiter le traitement de données à caractère personnel mais il devrait être assez aisé de planifier et d'exécuter de telles enquêtes d'une manière telle qu'elles respectent pleinement la législation sur la protection des données.

Il convient de noter que les conclusions précitées sont de nature générale. Pour qu'une opération particulière de collecte de données soit licite, il faut que 1) les lois applicables adoptées par l'État membre en question prévoient les garanties requises par les instruments internationaux et européens pertinents et 2) le responsable du traitement ait respecté les exigences qualitatives posées par le droit international, européen et national, en ce compris le principe de proportionnalité.

8. Définitions et catégorisation

Avant de collecter des données, que ce soit par la surveillance des lieux de travail, par des recensements, sondages ou observations, il faut décider des catégories pertinentes qui seront utilisées. Loin d'être simplement technique, cette étape soulève des questions juridiques, politiques et philosophiques complexes à trois niveaux:

- Les définitions (niveau générique). Qu'entend-on par les termes « origine raciale », « origine ethnique », « religion », « convictions », « handicap », « âge » et « orientation sexuelle » ?
- La classification (niveau du groupe). Une fois établie la définition du terme « origine ethnique », par exemple, sur la base de quel principe reconnaît-on des groupes particuliers ?
- L'identification (niveau individuel). En fonction de quels critères une personne peut-elle être affectée à un groupe ? Faut-il effectuer cette opération sur la base de l'auto-identification par la personne concernée, sur la base de quelques critères objectifs ou sur la base de la reconnaissance mutuelle entre les membres du groupe ?

²²⁸ Cette conclusion vaut aussi pour les instruments juridiques non contraignants, que nous n'avons pas pu aborder ici, faute de place. Voir, par exemple, Conseil de l'Europe, *La protection des données à caractère personnel, collectées et traitées à des fins statistiques. Recommandation n°R(97) 18 et son Rapport explicatif* (Council of Europe Publishing, 1998).

²²⁹ Axées sur le grand public ou sur des parties du grand public.

Il s'agit là de questions complexes que nous n'examinerons ici que pour 1) permettre de mieux comprendre pourquoi ces questions sont si controversées et 2) indiquer quels sont les principes juridiques qui ont une incidence sur ces matières. Il existe bien entendu de nombreux avis pratiques en rapport avec ces questions mais qui ne peuvent être examinés ici. Par exemple, pour faciliter les vérifications par recoupement et les analyses comparatives, les mêmes principes et catégories devraient être utilisés pour tous les types de collecte de données, si c'était possible. Autres exemple, on ne doit pas se contenter de quelques grandes catégories mais, au contraire, utiliser de nombreuses catégories bien précises parce qu'il existe toujours, dans chaque grande catégorie, des sous-groupes confrontés à des difficultés particulières et dont la situation passe inaperçue si l'on se base sur des catégories trop vastes.

Tout d'abord, il convient d'attirer l'attention sur le fait que les deux directives ne définissent pas « l'origine raciale », « l'origine ethnique », « le handicap », « les convictions religieuses ou philosophiques », « l'âge » ou « l'orientation sexuelle »²³⁰. Les directives ne disent pas qui doit être considéré comme membre d'un certain groupe et sur la base de quels motifs. Le préambule 31 de la directive sur l'égalité en matière d'emploi se borne à dire, à propos des procédures judiciaires, qu'« il n'incombe pas à la partie défenderesse de prouver que la partie demanderesse appartient à une religion donnée, possède des convictions données, présente un handicap donné, est d'un âge donné ou d'une orientation sexuelle donnée ».

8.1. Origine raciale

Le concept d'« origine raciale » illustre bien les problèmes conceptuels et les sensibilités en jeu. L'ambiguïté entourant le concept de la race transparait aussi clairement dans l'instrument que l'on connaît aujourd'hui sous le nom de « directive sur l'égalité raciale ». Le préambule 6 de cette directive déclare que « l'Union européenne rejette toutes théories tendant à déterminer l'existence de races humaines distinctes. L'emploi du mot « race » dans la présente directive n'implique nullement l'acceptation de telles théories ». Dès lors, s'il n'existe pas de races séparées, si tout le monde appartient à la même race, comment les individus pourraient-ils se différencier en fonction de leur « origine raciale » et être l'objet de discriminations sur cette base ?

Cette ambiguïté se comprend si l'on tient compte des origines du concept de race. La réflexion raciale, liée aux présumées supériorité et infériorité héréditaires de différents groupes, est fort probablement née, au départ, de la nécessité de justifier l'exclusion, la subjugation et la domination²³¹. Ce sont les premiers spécialistes de l'anthropologie physique qui ont élaboré les théories raciales, leur donnant ainsi un certain poids scientifique et ces théories se sont rapidement intégrées à l'imagination populaire. Alors que les données mettant en doute la notion de races en tant que groupes fixes, permanents et naturels sont disponibles depuis plus d'un siècle²³², ces constatations scientifiques ultérieures – en ce compris celles qui montrent qu'il n'existe aucune variation génétique significative entre les présumées « races »²³³ – n'ont pas réussi à éliminer les convictions quasi scientifiques qui ont subsisté dans le grand public. Cette situation s'explique sans doute par le fait qu'il existe certaines différences visibles entre les groupes, telles que la couleur de la peau, et que ces différences

²³⁰ La définition correcte de ces termes dans le droit international, européen et national a fait l'objet de vifs débats et le sens de ces termes n'a suscité que peu, voire pas de consensus universel. Pour l'origine ethnique, voir Makkonen, Timo, *Identity, Difference and Otherness. The Concepts of 'People', 'Indigenous People' and 'Minority' in International Law*. Helsinki University Press, Helsinki (2000); pour la religion, voir Gunn, Jeremy, *The Complexity of Religion and the Definition of "Religion" in International Law*. Harvard Human Rights Journal, vol. 16 (2003), 189-215; pour le handicap, voir Mabbett, Deborah, *Definitions of Disability in Europe: A Comparative Analysis. Final Report*. Brunel University, Royaume-Uni (2000). Voir aussi, à un niveau général, le chapitre 2 de l'ouvrage précité de Cormack, Janet, et Bell, Mark (2005), *Le développement de la législation contre les discriminations en Europe* et sa mise à jour rédigée en 2006, à paraître.

²³¹ Dans beaucoup de sociétés, la catégorisation raciale est devenue une question tellement ancrée dans les us et coutumes que même parmi les chercheurs qui élaborent et utilisent ces classifications, peu sont conscients des origines des classifications raciales. Voir Stansfield, John H. II, *Epistemological considerations*, in Stanfield, John H. II, Ruthledge, M. Dennis (eds.), *Race and Ethnicity in Research Methods* (Californie: Sage Publications, 1993).

²³² Mukhopadhyay, Carol C., Moses, Yolanda T., *Re-establishing "Race" in Anthropological Discourse*, *American Anthropologist* 99(3) 1997, p. 518.

²³³ Voir Malik, Kenan, *The Meaning of Race: Race, History and Culture in Western Society* (Basingstoke: Macmillan, 1996), p. 4.

visibles sont supposées signaler des différences plus fondamentales. Alors que ces différences visibles n'ont pas de valeur significative importante d'un point de vue biologique, elles ont acquis une importance *sociale*, à tel point que nombre d'individus et de groupes s'identifient aujourd'hui sur une base raciale et identifient les autres de même. Il est aussi manifeste que les gens se traitent régulièrement sur la base de la race présumée de l'autre personne. Par conséquent, le concept de « race », en tant que notion sociale, a des incidences très concrètes dans la vie réelle. Il est dès lors possible qu'il existe une « discrimination raciale » malgré l'absence de races distinctes au sens biologique du terme.

Comment le concept d'« origine raciale » devrait-il être conçu aux fins de la collecte de données, vu qu'en tant que notion sociale il n'a pas de fondement scientifique valable et que son acception peut varier en fonction des personnes ? Notre thèse est qu'il n'y a aucun moyen « objectif » d'y parvenir. Toutes les distinctions qui pourraient être utilisées vont quasi inévitablement être celles qui prévalent dans la culture populaire ou qui ont été érigées en pratiques administratives dans la société concernée²³⁴. À ce stade, il convient de noter qu'il existe des différences culturelles très nettes en cette matière. Au Royaume-Uni et aux États-Unis, l'utilisation de références à la « race » est courante et largement acceptée tant dans le libellé de la législation que dans le langage de tous les jours, au point que ces pays ont été décrits comme des « sociétés centrées sur la race ».²³⁵ La situation est totalement différente dans certains autres pays, tels que l'Allemagne, l'Autriche, la Finlande et la Suède, où l'on pense généralement qu'il n'est pas approprié d'utiliser des termes « raciaux » dans le langage courant et encore moins dans la législation.

Outre l'utilisation de catégorisations dérivées de croyances populaires propres à la culture et issues de l'histoire, il est possible de collecter des données liées à l'« origine raciale » en reliant ce concept à d'autres notions, quelque peu plus « objectives ». Ainsi, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale inclut dans le concept de « race » les notions connexes de couleur, d'ascendance et d'origine nationale ou ethnique²³⁶. Parmi les pays de l'UE, seul le Royaume-Uni recueille des données sur la race dans ses recensements, bien que même là, la classification utilisée soit un curieux mélange de catégories ethniques et raciales. Dans le questionnaire du recensement de 2001, les répondants devaient décrire leur « groupe ethnique » à partir des choix suivants :

- A. Blanc (Britannique / Irlandais / Toute autre origine blanche),
- B. Métisse (Blanc et Noir des Antilles / Blanc et Noir d'Afrique / Blanc et Asiatique / Toute autre origine métisse),
- C. Asiatique ou Britannique asiatique (Indien / Pakistanais / Bangladeshi / Toute autre origine asiatique),
- D. Noir ou Britannique noir (Antillais / Africain / Toute autre origine noire) et
- E. Chinois ou autre groupe ethnique (Chinois / Tout autre groupe)²³⁷.

²³⁴ Par exemple, l'Office of Management and Budget (OMB, équivalent de la direction du Budget), qui fournit de nombreuses normes officielles de classification en usage aux États-Unis, y compris celles qui sont utilisées dans les recensements, souligne au sujet de la norme de classification raciale que « les catégories de cette classification sont des concepts socio-politiques et ne doivent pas être interprétées comme étant de nature scientifique ou anthropologique ». Office of Information and Regulatory Affairs, *Revisions to the Standards for the Classification of Federal Data on Race and Ethnicity*, 1997, p. 58. Consultable sur : <http://www.whitehouse.gov/omb/fedreg/1997standards.html> (consulté le 1.1.2006).

²³⁵ Stanfield, John H. II, *Methodological Reflections: An Introduction*, in Stanfield, John H. II, Ruthledge, M. Dennis (eds.), *Race and Ethnicity in Research Methods* (Californie: Sage Publications, 1993). D'après Stanfield, dans les sociétés centrées sur la race, « les races sont créées en tant que notions sociales et culturelles et utilisées comme armes politiques. Des générations ont été socialisées dans la conviction qu'il est « naturel » de supposer que des caractéristiques phénotypiques réelles ou imaginées prédisent des valeurs, la personnalité, les traits intellectuels, le comportement, la moralité et les capacités de leadership. De cette manière, la race n'est pas seulement une catégorie mais un principe organisateur de la vie quotidienne parce qu'elle facilite le processus décisionnel dans des matières telles que le concept de soi, le concept des autres, le choix résidentiel, l'embauche ou le licenciement sur les marchés de l'emploi et la sélection de partenaires et d'amis. » Ibid., p. 15.

²³⁶ Article 1 de la Convention. Un exemple du Brésil, sur la relation entre les concepts de « race » et de « couleur » est donné dans Noqueira, Oracy, *Tanto preto quanto branco: estudos de relações raciais* (São Paulo: T. A. Queiroz, 1979).

²³⁷ La formulation des questions du recensement varie selon que le questionnaire est destiné respectivement à l'Angleterre, à l'Irlande du Nord, à l'Écosse ou au Pays de Galles. L'exemple cité dans le texte est tiré du questionnaire utilisé en Angleterre.

Dans leurs recensements, les États-Unis pratiquent une collecte plus directe des données sur la « race ». Au cours du recensement de 2000, une personne pouvait se déclarer par exemple « blanche », « noire », afro-américaine ou « négroïde », « amérindienne » ou « indienne d'Asie » ou « d'une autre race ». Un important débat a eu lieu avant le recensement de 2000 autour de l'introduction de l'option « hispanique » dans les questions et pour savoir si le fait d'être hispanique correspondait à une appartenance à un groupe ethnique ou racial²³⁸. Ces considérations illustrent bien à quel point les catégories raciales et ethniques se chevauchent en l'absence de principes scientifiques clairs sur lesquels baser de telles distinctions.

8.2. Origine ethnique

L'ethnicité, en tant que concept, voit sa popularité croître, surtout dans les sciences sociales, à mesure que la popularité des théories raciales diminue²³⁹. L'ethnicité s'entend généralement en termes d'ascendance et de culture communes, bien que récemment, ce dernier aspect ait gagné en importance au détriment du premier²⁴⁰.

Cependant, tout comme le concept de « race », l'« ethnicité » est une notion sociale. Souvent, les personnes qui se considèrent – ou sont généralement considérées – comme appartenant au même groupe ethnique ont une idée différente de ce qui constitue le groupe et des critères auxquels il faut satisfaire pour en être membre²⁴¹. Bulmer et Solomos résument comme suit l'avis de nombreux chercheurs contemporains dans le domaine de l'étude de l'ethnicité :

La race et l'ethnicité ne sont pas des catégories « naturelles », même si ces deux catégories sont souvent présentées comme si elles l'étaient. Leurs limites ne sont pas fixes et l'appartenance à ces catégories n'est non plus pas incontestée. Les groupes raciaux et ethniques, tout comme les nations, sont des communautés imaginées. Les individus sont définis socialement comme appartenant à un groupe ethnique ou racial particulier, en fonction soit de définitions employées par d'autres ou de définitions que les membres de groupes ethniques particuliers élaborent pour eux-mêmes. Ce sont des entités idéologiques, faites et modifiées dans un contexte de lutte. Ce sont des formations discursives, signalant un langage qui permet de nommer et d'expliquer des différences²⁴².

Ce n'est pas parce que ces concepts sont des abstractions sociales qu'il n'existe pas de groupes ethniques. En effet, nous ne parlons pas de communautés imaginaires mais de communautés que les gens imaginent de façons différentes. Aucun modèle ou principe d'organisation sociale ne s'impose aux individus²⁴³. En fait, comme Ahmad le fait valoir, l'ethnicité, importante facette du moi et de l'identité du groupe, se traduit mal en une question concise, valable et fiable²⁴⁴.

²³⁸ Voir Simon, Patrick, *Étude comparative de la collecte de données visant à mesurer l'étendue et l'impact de la discrimination aux États-Unis, Canada, Australie, Grande-Bretagne et Pays-Bas*. Projet Medis. Disponible sur http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/pubst/compstud04_fr.pdf (consulté le 1.1.2006), p. 55 et sq.

²³⁹ Voir par exemple Malik, Kenan, *The Meaning of Race: Race, History and Culture in Western Society* (Basingstoke: Macmillan, 1996), p. 1, et Makkonen, Timo, *Identity, Difference and Otherness: The Concepts of 'People', 'Indigenous People' and 'Minority' in International Law* (Helsinki: Helsinki University Press, 2000), p. 22 et sq. et les références qui y sont citées.

²⁴⁰ Voir idem (Makkonen) ; voir aussi Rallu, Jean-Luis, Piché, Victor, et Simon, Patrick, *Démographie et ethnicité: une relation ambiguë* in Graziella Caselli, Jacques Vallin et Guillaume Wunsch, (éd.) *Démographie: analyse et synthèse. VI: Population et société* (Paris: Éditions de l'Institut national d'études démographiques, 2004).

²⁴¹ Vermeulen, Hans, et Govers, Cora, *Introduction*, in Vermeulen, Hans, Cora Govers (eds), *The Anthropology of Ethnicity* (Amsterdam: Spinhuis, 1996), p. 5. Liebkind, Karmela, *Maahanmuuttajat ja kulttuurien kohtaaminen* in Liebkind (ed) *Maahanmuuttajat ja kulttuurien kohtaaminen Suomessa* (Helsinki: Gaudeamus, 1994), p. 23.

²⁴² Bulmer, Martin, et Solomos, John, *Introduction: Re-thinking Ethnic and Racial Studies*, *Ethnic and Racial Studies*, Vol. 21, n° 5, 1998, p. 822.

²⁴³ Makkonen, Timo, *Identity, Difference and Otherness: The Concepts of 'People', 'Indigenous People' and 'Minority' in International Law* (Helsinki: Helsinki University Press, 2000).

²⁴⁴ Ahmad, Waqar, *Ethnic Statistics: Better Than Nothing or Worse Than Nothing?* in Daniel Dorling – Stephen Simpson (éd.), *Statistics in Society: The Arithmetics of Politics* (Londres: Arnold, 1999), p. 124.

La directive sur l'égalité raciale interdit toute discrimination fondée sur l'« origine ethnique » et non sur l'« ethnicité ». Ce libellé déplace le centre d'attention du statut actuel d'une personne vers son passé. Mais jusqu'où faut-il remonter dans le temps ? Si l'on remonte de 250 ans dans le temps, ce qui correspond environ à dix générations, toute personne a jusqu'à 1 024 ancêtres. Combien de ces ancêtres devraient-ils être d'Afrique pour qu'un individu actuel soit déclaré d'« origine africaine » ?

Ce sont là, selon nous, des questions auxquelles il est notoirement difficile, voire impossible d'apporter une réponse « objective », reposant sur des arguments scientifiques. Les analyses scientifiques et les expériences quotidiennes laissent toutes entendre qu'il n'existe pas de principe « naturel » unique, universellement applicable qui permettrait de classer objectivement tous les individus dans des groupes ethniques distincts.²⁴⁵ Il existe toutefois des principes juridiques qui offrent quelques lignes directrices.

Premièrement, selon un principe bien établi du droit international relatif aux droits de l'homme, l'existence de minorités ethniques est une question de fait, non de droit. La Cour permanente de Justice internationale a évoqué ce principe déjà dans une décision de 1935²⁴⁶. Ce même principe a été réitéré par le Comité des Droits de l'Homme de l'ONU, qui a affirmé que « l'existence dans un État partie donné d'une minorité ethnique, religieuse ou linguistique ne doit pas être tributaire d'une décision de celui-ci mais doit être établie à l'aide de *critères objectifs* »²⁴⁷. Ce principe, même si beaucoup s'y rallient, n'est pas accepté par tous. La France, en particulier, persiste à soutenir qu'il n'y a pas de minorités sur son territoire²⁴⁸.

Deuxièmement, les États doivent être cohérents dans leur application des critères et doivent éviter d'établir des distinctions arbitraires. Si la reconnaissance est, dans la pratique, liée à l'attribution de droits, de ressources ou d'obligations, un refus de reconnaissance peut constituer une discrimination. Ce point a été souligné, par exemple, par le Comité CEDR de l'ONU, qui, dans sa Recommandation générale XXIV, a déclaré :

Il ressort [...] qu'un certain nombre d'États parties font état de la présence sur leur territoire de certains groupes nationaux ou ethniques ou de populations autochtones, sans mentionner la présence d'autres groupes. Certains critères devraient être appliqués de manière uniforme à tous les groupes, en particulier le nombre des intéressés et le fait qu'ils sont d'une race, couleur, ascendance ou origine nationale ou ethnique différentes de celles de la majorité de la population ou d'autres groupes composant celle-ci.

[...] le Comité appelle l'attention des États parties sur le fait que l'application de critères différents pour la détermination des groupes ethniques ou des populations autochtones, qui mène à reconnaître certains d'entre eux et à refuser d'en reconnaître d'autres, peut aboutir à traiter différemment les divers groupes qui composent la population vivant dans le pays²⁴⁹.

Le Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales a souligné le même point de vue²⁵⁰. Les États doivent donc faire preuve de prudence lors de l'élaboration de nomenclatures, par exemple aux fins des recensements, car les résultats de collectes de données sont régulièrement utilisés pour l'attribution de droits, de ressources ou d'obligations. Le droit international relatif aux droits de l'homme soutient le principe de l'auto-identification, selon lequel c'est à l'individu concerné de décider à quel groupe ethnique il

²⁴⁵ Il existe certes des cas clairs, tels qu'une tribu isolée vivant sur une île isolée. De tels exemples nets sont toutefois de plus en plus difficiles à trouver dans un monde moderne caractérisé par des migrations de masse et une situation où une multitude de groupes différents vivent côte à côte dans la même société.

²⁴⁶ *Minority Schools in Albania* (1935), Cour permanente de Justice internationale, Ser. A/B, n° 64, 17.

²⁴⁷ Comité des droits de l'homme, Observation générale 23, HRI/GEN/1/Rev.7 (12 mai 2004), paragraphe 5.2. C'est nous qui soulignons.

²⁴⁸ Au sujet de la situation en France, voir Blum, Alain, *Resistance to identity categorization in France*, in Daniel Dorling, Stephen Simpson (eds), *Statistics in Society: The Arithmetics of Politics* (Londres: Arnold, 1999).

²⁴⁹ Comité CEDR, *Recommandation générale XXIV concernant l'article premier de la Convention*, cinquante-cinquième session (1999), paragraphes 2 & 3.

²⁵⁰ Voir, par exemple, Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, *Avis sur la Pologne*, Strasbourg, 27 novembre 2003, ACFC/INF/OP/I(2004)005, para. 17.

appartient. Ce principe sous-tend la Recommandation générale VIII du Comité CEDR de l'ONU, dont voici le texte intégral²⁵¹ :

Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Ayant examiné des rapports d'États parties où figuraient des renseignements sur les moyens permettant d'identifier les individus comme appartenant à un groupe ou à des groupes raciaux ou ethniques particuliers, Est d'avis que cette identification doit, sauf justification du contraire, être fondée sur la manière dont s'identifie lui-même l'individu concerné.

Le Comité estime donc que l'auto-identification recèle une présomption réfutable de validité. Malheureusement, il n'a pas développé les justifications susceptibles d'infirmar cette présomption ni les situations dans lesquelles il est permis d'identifier une personne en tant que membre d'un groupe particulier par des observations de tiers ou d'autres techniques équivalentes. Il convient de noter qu'il existe des situations dans lesquelles la simple application de la règle de l'auto-identification génère des résultats problématiques. En Hongrie, l'application de la règle de l'auto-identification pour déterminer les candidats éligibles à des élections aux organes d'administration autonome des minorités et les électeurs pouvant participer à ces élections a, semble-t-il, mené à un usage abusif du système par des individus non membres de minorités. Le phénomène contraire est courant, lui aussi : des individus qui ont bel et bien des liens avec un groupe minoritaire déclarent, dans des recensements et des enquêtes, être membres de la majorité nationale, ce qui entraîne une sous-estimation de la taille des groupes minoritaires²⁵².

Notons que le principe de l'auto-identification a aussi été approuvé par l'ECRI²⁵³ et par la Déclaration et le Plan d'action de Durban²⁵⁴. Il a également été adopté par certaines juridictions nationales²⁵⁵.

La Convention-cadre pour la protection des minorités nationales développe ces aspects et reconnaît à l'article 3 §1 que « toute personne appartenant à une minorité nationale a le droit de choisir librement d'être traitée ou de ne pas être traitée comme telle »²⁵⁶. Cette disposition laisse à chaque personne appartenant à une minorité le soin de décider si elle souhaite ou non se placer sous la protection découlant des principes de la Convention-cadre. Cette phrase a été interprétée comme impliquant que chaque personne a le droit de demander à ne pas être traitée comme appartenant à une minorité²⁵⁷ et que nul ne peut être obligé de divulguer son éventuelle appartenance à une minorité²⁵⁸. Le Comité consultatif de la Convention-cadre a estimé que, par conséquent, il ne peut être obligatoire de répondre à des questions de recensement portant sur l'ethnicité²⁵⁹.

²⁵¹ Il convient aussi de noter que le principe de l'auto-identification est également conforme à la valeur fondamentale des droits de l'homme que constitue la dignité humaine, dont une partie essentielle repose sur la liberté individuelle et l'auto-détermination.

²⁵² C'est une situation courante dans de nombreux pays. Pour le Canada, voir Potvin, Maryse, et Latraverse, Sophie, *Rapport final Canada. Projet Medis* (mai 2004), p. 36-38.

²⁵³ Gachet, Isil, *The Issue of Ethnic Data Collection From the Perspective of Some Council of Europe Activities*, in Andrea Krizsan (éd.) *Ethnic Monitoring and Data Protection: The European Context* (Budapest: Central European University Press, 2001), p. 54.

²⁵⁴ Article 92 a) de la Déclaration et du Plan d'action de Durban. A/CONF.189/12.

²⁵⁵ L'article 7 de la loi hongroise sur les minorités stipule : « L'identification et l'expression de l'appartenance à une minorité ethnique nationale relèvent du droit exclusif et inaliénable de l'individu. Nul ne peut être contraint de déclarer son identité nationale ou ethnique. Le droit à l'identité nationale ou ethnique et à la reconnaissance et l'expression de l'appartenance à un tel groupe minoritaire n'exclut pas la possibilité de la double identité ou de l'identité multiple ». Cité dans Krizsán, Andrea, *Ethnic Monitoring and Data Protection: The Case of Hungary* in Andrea Krizsán (ed.), *Ethnic Monitoring and Data Protection. The European Context* (Budapest: Central European University Press, 2001), p. 159.

²⁵⁶ Le document de Copenhague adopté par l'OSCE en 1990 prévoit un droit connexe dans son article 32 : « L'appartenance à une minorité nationale est une question relevant d'un choix personnel, et aucun désavantage ne peut résulter de ce choix. »

²⁵⁷ Voir l'*Avis sur Chypre* du Comité consultatif de la Convention-cadre, le 6 avril 2001, ACFC/OP/I(2002)004, paragraphe 18.

²⁵⁸ Voir l'*Avis sur l'Azerbaïdjan* du 22 mai 2003, ACFC/OP/I(2004)001, paragraphe 21 et l'*Avis sur l'Ukraine* du 1^{er} mars 2002 ACFC/OP/I(2002)010, paragraphe 22.

²⁵⁹ Voir l'*Avis sur la Pologne* du Comité consultatif, qui y note : « Tout en reconnaissant la nécessité de disposer de données de qualité dans ce domaine, le Comité consultatif considère que le droit de ne pas être traité comme une personne appartenant à une minorité s'étend également au recensement et qu'une réponse obligatoire à une question sur l'origine ethnique ou à une question sur la langue utilisée n'est pas compatible avec ce principe ». Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, *Avis sur la Pologne*, Strasbourg, 27 novembre 2003, ACFC/INF/OP/I(2004)005, paragraphe 24.

Toutefois, le droit consacré par l'article 3 §1 n'implique pas qu'un individu a le droit de choisir arbitrairement d'appartenir à une minorité ou à un groupe ethnique quelconque. Comme l'indique le Rapport explicatif de la Convention, le choix subjectif de l'individu est indissociablement lié à des critères objectifs pertinents pour l'identité de la personne²⁶⁰. L'application concrète de ces principes est souvent tout sauf évidente et peut engendrer des désaccords politiques et juridiques complexes²⁶¹.

Les principes susmentionnés limitent la marge de liberté des États pour définir des catégories ethniques aux fins de recensements et autres opérations similaires. Principalement lors de collectes de données qui auront une incidence sur l'attribution de droits ou de ressources, les États doivent établir des critères de sélection équitables (notamment dans les questions d'un recensement national), qu'ils présenteront comme des options parmi lesquelles les individus pourront faire leur choix. Les individus doivent aussi avoir la possibilité de refuser toute identification sans qu'il n'en découle de désavantage.

Malgré ces principes, les États gardent une vaste marge de manœuvre. Les pratiques varient énormément d'un État membre à l'autre, et tout pays peut utiliser des méthodes multiples de suivi de la composition ethnique de sa population.

Il existe aussi d'autres types de classifications pour différentes finalités. Les États membres qui ont ratifié la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales ont souvent inclus dans leur législation qui s'y rapporte une définition d'une minorité nationale ou ethnique ou une énumération des groupes reconnus comme tels, ce en dépit du fait que la Convention elle-même ne contient pas de définition de ses bénéficiaires, à savoir les minorités nationales ou les personnes appartenant à ces minorités²⁶². Ces classifications nationales influencent souvent les classifications utilisées à des fins de collecte de données.

Les expériences des États membres et de pays tiers montrent que les pays utilisent des classifications spécifiques à leur histoire, à leur structure démographique actuelle et au système juridique en vigueur. Lorsque des questions ethniques ont été incluses dans les recensements, elles se sont révélées litigieuses et ont été fréquemment modifiées²⁶³.

8.3. Religion et conviction

Le concept de « religion » soulève, lui aussi, des questions difficiles, bien que peut-être pas dans la même mesure que le concept de l'origine ethnique. Comme l'a fait remarquer Southworth, la notion de « religion » n'est pas une entité totalement cohérente, car même les religions officiellement reconnues sont de nature très diverse et se subdivisent en différents groupes et sectes ; il est par conséquent difficile de déterminer à quel niveau on peut dire qu'il existe une communauté²⁶⁴. Il existe aussi des chevauchements entre les concepts de religion et d'ethnicité. La principale difficulté dans le cas de la religion est toutefois de savoir dans quelle mesure des mouvements religieux nouveaux et parfois contestés sont acceptés comme religions à part entière. Selon

²⁶⁰ Rapport explicatif, paragraphes 33-34.

²⁶¹ La situation de l'Irlande du Nord et surtout les modalités de surveillance qui ont été instaurées en application de la législation sur l'égalité illustrent bien ce problème. Voir McCrudden, Christopher, *Consociationalism, Equality and Minorities in the Northern Ireland Bill of Rights Debate*, in Morrison, J.-G. Anthony (eds), *Judges, Transition and Human Rights Cultures* (Oxford: OUP, 2006).

²⁶² Aux termes du Rapport explicatif de la Convention, « il a été décidé d'adopter une approche pragmatique, fondée sur le constat qu'il n'est pas possible, au stade actuel, de parvenir à une définition susceptible de recueillir le soutien global de tous les États membres du Conseil de l'Europe ». Rapport explicatif, paragraphe 12.

²⁶³ Voir Simon, Patrick, *Étude comparative de la collecte de données visant à mesurer l'étendue et l'impact de la discrimination aux États-Unis, Canada, Australie, Grande-Bretagne et Pays-Bas*. Projet Medis. Disponible sur http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/pubst/compstud04_fr.pdf (consulté le 1.1.2006).

Voir aussi Nobles, Melissa, *Racial categorization and censuses* in Kertzer, David I, Dominique Arel, *Census and Identity: The Politics of Race, Ethnicity, and Language in National Censuses* (Cambridge: Cambridge UP, 2002).

²⁶⁴ Southworth, Joanna, *The Religious Question: Representing Reality or Compounding Confusion?* in Dorling, Daniel – Stephen Simpson (eds), *Statistics in Society: The Arithmetics of Politics* (Londres: Arnold, 1999), p. 136 et sq.

nous, l'inclusion du terme « conviction » à côté de « religion » devrait probablement être perçue comme une reconnaissance a priori que l'adhésion à une vaste gamme de convictions, en ce compris les convictions non théistes et athées, tombe sous la protection du droit européen contre les discriminations.

Dans la mesure où la collecte de données relatives à la religion a une incidence sur les droits, privilèges ou avantages de communautés religieuses particulières, notamment en termes de droit d'enseigner la religion dans les écoles ou de droit de conclure des mariages, il faut également garder à l'esprit les principes pertinents régissant la non-discrimination et la liberté de religion et de conviction. L'utilisation d'un système particulier de classification ne doit générer aucune discrimination ni aucun désavantage injustifié. À cet égard, il ne faut pas oublier que le Comité des droits de l'homme de l'ONU a émis l'avis suivant au sujet de l'article 18 du PIDCP, à propos de la liberté de religion et de conviction :

Les termes « conviction » et « religion » doivent être interprétés au sens large. L'article 18 n'est pas limité, dans son application, aux religions traditionnelles ou aux religions et croyances comportant des caractéristiques ou des pratiques institutionnelles analogues à celles des religions traditionnelles. Le Comité est donc préoccupé par toute tendance à faire preuve de discrimination à l'encontre d'une religion ou d'une conviction quelconque pour quelque raison que ce soit, notamment parce qu'elle est nouvellement établie ou qu'elle représente des minorités religieuses susceptibles d'être en butte à l'hostilité d'une communauté religieuse dominante.

En vertu d'un principe bien établi du droit international relatif aux droits de l'homme, nul ne peut être contraint de révéler ses pensées ou son adhésion à une religion ou à une conviction. Le Comité des droits de l'homme de l'ONU l'a confirmé²⁶⁵. Il en découle qu'il devrait être facultatif de répondre à des questions sur la religion, y compris dans les recensements, si rien ne justifie le contraire.

Malgré les difficultés susmentionnées, les classifications sur la base de la religion n'ont pas engendré, dans la pratique, le même type de problèmes que les classifications sur la base de l'origine raciale ou ethnique. Cet état de fait s'explique probablement en partie par le niveau d'institutionnalisation et d'organisation concerné, la plupart des grandes communautés religieuses – bien que pas toutes – étant bien établies et ayant des critères clairs et stables d'adhésion. Pour illustrer la nature relativement peu polémique de la religion dans le contexte de la collecte de données, notons, par exemple, qu'au Canada, la question de l'appartenance religieuse, posée dans les recensements depuis 1871, a peu changé, tandis que les questions sur l'origine ethnique ou « raciale », posées dans les recensements depuis 1871 aussi, ont fort évolué d'un recensement à l'autre²⁶⁶.

8.4. Handicap

Le handicap diffère des autres motifs en ce que les définitions du « handicap » abondent dans les systèmes juridiques des États membres alors que ces mêmes États fournissent rarement des définitions explicites des concepts « origine raciale ou ethnique », « religion » ou « orientation sexuelle ». Certains États, comme la Hongrie et Malte, ont adopté une définition spécifique aux fins de la législation anti-discrimination, tandis que d'autres pays disposent de définitions adoptées aux fins d'autres types de lois. Les définitions du handicap varient fortement d'un État membre à l'autre. Dans la plupart des cas, la loi consacre un modèle médical du handicap centré sur la capacité fonctionnelle de la personne en tant que cause de déficience. Un modèle social, lui, considère le handicap comme découlant de l'interaction entre une personne avec un handicap et l'environnement²⁶⁷.

²⁶⁵ Comité des droits de l'homme, *Observation générale 22*, paragraphe 3.

²⁶⁶ Potvin, Maryse, et Latraverse, Sophie, *Rapport final Canada*. Projet Medis (mai 2004), p. 34.

²⁶⁷ Cormack, Janet, et Bell, Mark, *Le développement de la législation contre les discriminations en Europe*. Réseau européen des experts juridiques indépendants en matière de non-discrimination (human european consultancy & Migration Policy Group, 2005), p. 21. Il est aussi à noter que, dans son jugement du 11 juillet 2006, dans l'affaire C-13/05 Chácón Navas, paragraphe 43, la Cour européenne de justice a défini le handicap, dans le contexte de la directive 2000/78, « comme une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle ».

Nombreux sont les pays qui, dans leurs recensements des dernières décennies, ont suivi la taxonomie élaborée en 1980 par l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS). Cette classification, appelée Classification internationale des déficiences, incapacités et handicaps (CIDIH) et critiquée pour son côté trop médical et trop centré sur l'individu, a été révisée par l'OMS en 2001. Le nouveau système de classification, appelé Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé (CIF), constitue une tentative de réaliser une synthèse des deux modèles du handicap²⁶⁸. Il reste à voir quel impact le nouveau système de classification aura sur les futures activités de collecte de données.

8.5. Âge

Le motif de l'âge est probablement le moins problématique de tous les motifs de discrimination couverts par les deux directives. C'est le plus facile à mesurer et les seuls problèmes susceptibles de se poser concernent la manière de délimiter les différents groupes d'âges aux fins d'établir des comparaisons. Il est clair qu'il ne faudrait donner aucune ligne directrice générale à cet égard car les catégories les plus fonctionnelles ou les plus appropriées peuvent uniquement se définir au cas par cas. Les États membres de l'UE ont choisi de ne pas définir « l'âge » dans leurs lois anti-discrimination²⁶⁹. Tous les États membres qui effectuent des recensements demandent la date de naissance.

8.6. Orientation sexuelle

Le concept de l'orientation sexuelle peut paraître plutôt simple, à première vue. La plupart des États membres ont choisi de ne pas définir l'orientation sexuelle dans leurs lois anti-discrimination respectives²⁷⁰. Seule exception, la législation irlandaise sur l'égalité définit l'orientation sexuelle comme « l'orientation homosexuelle, hétérosexuelle ou bisexuelle » et une définition fondamentalement similaire figure dans la législation britannique²⁷¹.

Dans la pratique, la question de la classification n'est peut-être pas aussi évidente. De nombreux commentateurs ont fait remarquer que le modèle de la classification en trois catégories cache d'importantes variations et que l'orientation sexuelle peut être une question de degré²⁷². De plus, il existe des conceptions différentes de ce qui constitue une orientation sexuelle, tenant compte de critères tels que l'attrance, l'identité, le mode de vie, le partenariat et la communauté²⁷³. En pratique, il faut trouver un équilibre entre la reconnaissance de la diversité des orientations sexuelles et l'élaboration de catégories aux fins de la collecte de données et de la recherche.

8.7. Conclusions

L'élaboration de catégories aux fins de la collecte de données soulève d'importantes difficultés parce que la réalité qui se cache derrière des concepts en apparence simples, tels que « l'origine raciale ou ethnique », « la religion ou les convictions », « le handicap » ou « l'orientation sexuelle », se caractérise par une diversité plus

²⁶⁸ Organisation Mondiale de la Santé, « Vers un langage commun pour le fonctionnement, le handicap et la santé. CIF : Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé », Genève 2002 in *Handicap*, n° 94/95, avril/septembre 2002 (réf. de l'article en anglais : WHO/EIP/GPE/CAS/01.3).

²⁶⁹ Cormack, Janet, et Bell, Mark, *Le développement de la législation contre les discriminations en Europe*. Réseau européen des experts juridiques indépendants en matière de non-discrimination (human european consultancy & Migration Policy Group, 2005), p. 23.

²⁷⁰ Ibid., p. 22.

²⁷¹ Ibid., p. 23.

²⁷² Haslam, Nick, *Evidence that male sexual orientation is a matter of degree*, Journal of Personality and Social Psychology, 1997 Oct. Vol. 73(4), 862-870. McManus, Sally, *Sexual Orientation Research Phase 1: A Review of Methodological Approaches*. National Centre for Social Research. Scottish Executive Social Research (Edimbourg, 2003).

²⁷³ McManus, Sally, *Sexual Orientation Research Phase 1: A Review of Methodological Approaches*. National Centre for Social Research. Scottish Executive Social Research (Edimbourg, 2003).

profonde et plus vaste que ne le laisse supposer l'utilisation essentialiste de ces termes dans les textes juridiques ou le langage courant. Concepts et catégories, d'une part, et réalité empirique, d'autre part, ne s'emboîtent donc pas parfaitement. La diversité humaine et l'organisation sociale ne suivent pas de principes simples et les outils cognitifs (tels que les concepts) que les individus utilisent pour donner un sens à cette diversité varient d'un groupe à l'autre et d'un individu à l'autre. Par conséquent, le contenu exact des notions impliquées restera toujours sujet à débat et les limites entre les groupes pourront toujours être dessinées de différentes manières. Néanmoins, pour être opérationnels, les systèmes de collecte de données doivent adopter une approche pragmatique de ces questions, ce qui signifie qu'il faudra peut-être consentir à des compromis²⁷⁴.

Les États ne sont pas libres d'établir à leur guise les catégories qu'ils utilisent aux fins de la collecte de données. Ils doivent établir ces catégories sur la base de critères basés sur des facteurs objectifs et appliquer ces critères de façon cohérente. C'est particulièrement vrai lorsque la collecte de données est liée à l'attribution de droits, d'obligations, de ressources ou de charges, comme c'est souvent le cas dans un recensement²⁷⁵.

L'approche de la collecte de données basée sur les droits de l'homme souligne le droit au contrôle de ses données sensibles. La collecte de données en rapport avec l'origine raciale ou ethnique devrait, en règle générale, se faire avec le consentement de la personne concernée et devrait tenir compte du principe de l'auto-identification. Un individu n'a toutefois pas de droit subjectif de déclarer appartenir à un groupe lorsque l'appartenance déclarée ne concorde manifestement pas avec les faits objectifs. Dans la pratique, la marge d'auto-identification peut parfois être étroite, notamment aussi parce qu'il se peut que les questionnaires de recensements, par exemple, ne prévoient un choix qu'entre quelques grandes catégories²⁷⁶. De même, les données concernant la religion ne devraient être recueillies qu'avec le consentement de la personne concernée. Il nous semble que ces exemples pourraient impliquer l'existence d'un principe plus large des droits de l'homme, en vertu duquel nul ne peut être obligé ou forcé de divulguer des informations sensibles le concernant.

D'après les expériences pratiques de plusieurs pays, l'élaboration d'un système de classification prend du temps et devrait se faire en étroite collaboration avec les groupes cibles²⁷⁷. Dans ce travail d'élaboration, il faudrait garder à l'esprit les objectifs du droit sur l'égalité de traitement, c'est-à-dire qu'en règle générale, il est souhaitable de suivre les définitions applicables dans ce domaine du droit. Comme les femmes et les hommes appartenant à un même groupe sont souvent confrontés à des types différents de préjugés et de discrimination, il est essentiel que toute collecte de données tienne compte de la dimension de genre²⁷⁸. De plus, dans la mesure du possible, il est vivement recommandé que le système de collecte de données utilisé permette également l'analyse des différents types de discriminations intersectionnelles²⁷⁹.

²⁷⁴ Cf. Olli, Eero, et Kofod Olsen, Birgitte, *Towards common measures for discrimination*, 27.11.2005. Aussi disponible sur: http://www.smed.no/commonmeasures/TowardsCommonMeasures_2005.pdf (consulté le 1.1.2006), p. 9.

²⁷⁵ Les nombreuses violations de ce principe ont été soulignées par Haug, qui a affirmé que « l'histoire des statistiques sur les minorités regorge d'exemples de redéfinitions et de regroupements fondés sur des motifs politiques et destinés à éliminer, gonfler, recréer ou subdiviser des groupes linguistiques, religieux ou ethniques ». [Haug, Werner, *Ethnic, Religious and Language Groups: Towards a Set of Rules for Data Collection and Statistical Analysis*. Article en ligne consultable sur: <http://www.eumap.org/journal/features/2003/april/ethrellangroups> (consulté le 1.1.2006)]. Dans un même ordre d'idées, Mabbett conclut à propos du handicap que « la répartition de personnes dans des catégories peut devenir sujette à manipulation pour des motifs financiers ou politiques, ce qui sape la pertinence morale de la catégorie ». [Mabbett, Deborah, *Definitions of Disability in Europe: A Comparative Analysis. Final Report* (Brunel University, 2002)].

²⁷⁶ Ce point a été soulevé par exemple dans Tronstad, Kristian Rose, et Østby, Lars, *Measuring discrimination in Norway* in Olli, Eero, et Birgitte Kofod Olsen (eds) *Towards common measures for discrimination*. (27.11.2005), p. 22.

²⁷⁷ Potvin, Maryse, et Latraverse, Sophie, *Rapport final Canada*. Projet Medis (mai 2004), p. 36.

²⁷⁸ Voir par exemple Comité CEDR, *Recommandation générale XXV sur la dimension sexiste de la discrimination raciale* et Commission des Communautés européennes, *Égalité et non-discrimination dans l'Union européenne élargie*, Livre vert, Bruxelles, 28.05.2004, COM(2004)379 final.

²⁷⁹ Au sujet de la discrimination intersectionnelle en général et du point de vue des droits de l'homme en particulier, voir Makkonen, Timo, *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore* (Turku: Åbo Akademi Institute for Human Rights, 2002). Disponible sur: http://www.abo.fi/institut/imr/degree_programmes/norfa/timo.pdf

Stefan | 1981

Partie V

Conclusions générales

Le présent rapport a étudié les façons dont la législation et les politiques contre les discriminations requièrent la collecte de données et peuvent en tirer parti. Il a tenté de clarifier les conditions dans lesquelles les données peuvent être collectées. Il a en outre examiné si les États membres de l'UE pratiquent actuellement des collectes de données.

Nous avons constaté que les lois internationales, européennes et nationales régissant l'égalité de traitement exercent des pressions considérables sur les États membres de l'UE pour qu'ils recueillent des données sur les discriminations, pressions qui émanent de sources multiples. Premièrement, la directive sur l'égalité raciale prévoit que les organes en charge de l'égalité doivent avoir compétence pour conduire des enquêtes sur les discriminations. Deuxièmement, les conventions internationales relatives aux droits de l'homme exigent que les États parties instruisent les cas de présomption de discrimination, ce qui, dans certains cas, requiert la collecte de données. Troisièmement, en vertu de leurs obligations d'information, les États membres doivent publier des données statistiques sur la situation de groupes vulnérables aux discriminations. Quatrièmement, la mise en œuvre effective des lois sur l'égalité de traitement requiert souvent l'utilisation et, partant, la collecte de données. Voici les principaux besoins de collectes de données générés par le respect des lois sur l'égalité :

- 1) *Plaignants et défendeurs* ont souvent besoin de données pour pouvoir établir ou réfuter un cas de discrimination. Plusieurs types de données peuvent être utiles à cet égard, notamment les données recueillies au moyen de la surveillance des lieux de travail ou de la prestation de services, les données recueillies par le biais d'enquêtes menées, par exemple, par une agence de mise en œuvre, les données recueillies via des activités de testing de discriminations et les données de recensements ou d'enquêtes.
- 2) *Les employeurs et les prestataires de services* peuvent utiliser des données pour s'assurer qu'ils respectent bien les lois sur l'égalité de traitement et pour mettre en œuvre d'éventuels plans d'égalité. À cette fin, ils doivent disposer de données internes obtenues via une surveillance quantitative et souvent aussi de données externes de référence basées, par exemple sur les données de recensements ou d'enquêtes.
- 3) *Les pouvoirs publics* ont besoin de données pour s'assurer que les lois sur l'égalité de traitement sont respectées et efficaces, pour étudier l'existence de discriminations dans la société en général et pour évaluer la situation de groupes vulnérables aux discriminations en vue d'envisager l'adoption de mesures d'action positive. Une vaste gamme de sources de données peuvent s'avérer utiles dans ce contexte, notamment les données de recensements et d'enquêtes, les fichiers administratifs, les enquêtes sur les victimes, les sondages d'opinion et les données tirées de testing des discriminations.

Des données sont également nécessaires pour un vaste éventail d'objectifs. Ainsi, les décideurs, tant à l'échelon européen qu'à l'échelon national, ont besoin d'informations complètes et fiables lorsqu'ils doivent répondre à des questions sur les politiques appropriées, sur les législations et sur les remèdes efficaces pour traiter le problème des discriminations. Les instances nationales en charge de l'égalité, les médiateurs et les ONG ont également besoin de données sur les discriminations pour pouvoir surveiller la situation au niveau national ainsi que pour planifier et orienter leur travail de façon appropriée. Des données sont en outre requises aux fins d'activités de sensibilisation. Des preuves scientifiques sur l'étendue et la nature des discriminations peuvent servir de base factuelle impérieuse pour étudier les discriminations au niveau national.

Malgré la forte demande et malgré les nombreux objectifs utiles que les données peuvent servir, la collecte de données reste un outil gravement sous-utilisé dans la lutte contre les discriminations. Il semble que les besoins susmentionnés n'aient pas été bien compris dans les cultures juridiques et politiques des États membres. Nous en voulons pour preuve que, dans la grande majorité des États membres, il n'y a pas encore eu un seul procès où ce sont principalement des données statistiques qui ont permis de prouver une discrimination fondée sur l'origine raciale ou ethnique, la religion, les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Cette situation est clairement liée à l'indigence des collectes de données. Il est dès lors plus que probable qu'en l'absence des données nécessaires, une partie importante des discriminations passent inaperçues et/ou ne sont pas remises en cause.

L'absence de données n'est toutefois pas totale. La plupart des pays de l'UE, si pas tous, disposent de certaines informations permettant d'analyser l'ampleur, la nature et les effets des discriminations. Ces informations sont généralement incomplètes car elles sont limitées en termes de motifs couverts (en général l'origine ethnique), de domaines concernés (habituellement l'emploi) et de méthodes utilisées (le plus souvent des statistiques de

la police et des données tirées d'enquêtes sur les victimes). La collecte de données personnelles liées aux motifs d'égalité par le biais de recensements est toutefois relativement courante. Tous les États membres de l'UE qui procèdent à des recensements interrogent sur l'âge et une faible majorité, sur le handicap, la religion et l'origine ethnique ou nationale. Aucun État membre ne pose de questions au sujet de l'orientation sexuelle. Il est, semble-t-il, rare que les informations recueillies au moyen de recensements soient pleinement exploitées aux fins des politiques de lutte contre les discriminations.

Nombreux sont ceux qui pensent que les législations internationales, européennes et nationales sur la protection des données et sur le droit à la vie privée interdisent catégoriquement la collecte de données sensibles. Ce point de vue s'est révélé faux. Les lois pertinentes se bornent à énoncer le cadre juridique et les critères qualitatifs à respecter lors de la collecte ou du traitement de données. Le traitement de données sensibles est autorisé dans la grande majorité des États membres de l'UE à condition que les personnes concernées aient donné leur consentement. Le traitement est autorisé même sans consentement lorsqu'il est nécessaire dans le contexte de procédures judiciaires ou pour des activités que les pouvoirs publics mènent en vue de concrétiser l'application pratique du principe de l'égalité de traitement. Beaucoup d'États membres autorisent aussi explicitement et séparément la collecte et le traitement de données sensibles à des fins statistiques et scientifiques, ce qui rend la plupart des formes de collectes de données légitimes sur la base de ce motif. Les États sont également libres d'adopter des législations qui étendent encore la possibilité de mener des collectes de données sans enfreindre leurs obligations, à condition que les garanties nécessaires soient prévues. En outre, il existe des formes de collecte de données sur les discriminations qui, à aucun moment, pas même au stade de la collecte de données, n'impliquent le traitement de données sensibles ou à caractère personnel sur des individus identifiés ou identifiables, que ce soit directement ou indirectement, et qui donc ne tombent pas dans le champ d'application des lois sur la protection des données.

Les principes qualitatifs fixés dans les instruments européens relatifs à la protection des données offrent des éléments indicatifs essentiels sur la façon de concilier la collecte de données, d'une part, et la protection de la vie privée et la prévention d'usages abusifs des données, d'autre part. Il faudrait toujours tenir compte de ces principes lors de l'élaboration et de la mise en œuvre d'opérations de collecte de données. En résumé, selon ces principes, le responsable du traitement devrait privilégier une collecte de données secondaire plutôt que primaire, des enquêtes anonymes plutôt que non anonymes, des enquêtes sur échantillons plutôt que des enquêtes à grande échelle et des enquêtes volontaires plutôt qu'obligatoires, à moins qu'une telle approche ne compromette la réalisation des objectifs de l'opération. Les données dont la conservation n'est plus nécessaire doivent être supprimées. Il faudrait utiliser, lorsqu'elles sont disponibles, les technologies permettant d'accroître le respect de la vie privée (PET).

Il est probable que, dans la pratique, la plupart des formes de collecte de données se réaliseront sur la base d'une divulgation volontaire des données. Une telle approche est conforme aux principes pertinents du droit international relatif aux droits de l'homme, qui stipulent que, par principe, nul ne peut être obligé de divulguer sa religion ou son origine ethnique. Il en découle deux conséquences. Premièrement, l'efficacité des opérations de collecte de données dépend de la disposition des personnes et groupes concernés à coopérer. Or, pour être disposés à coopérer, il faut notamment qu'ils soient convaincus que des garanties efficaces sont prévues pour prévenir tout usage abusif des données. Deuxièmement, il y aura probablement toujours des individus refusant de coopérer, et la fiabilité des données ne peut que s'en ressentir.

En conclusion, on peut dire que la propension des États membres à mener des activités de collecte de données dépend plus de leurs politiques anti-discrimination que du droit européen ou international régissant la protection des données. Dans une Europe moderne, où le concept de « société de l'information » remonte aux années 1940, et où l'on considère comme normal que les banques, les compagnies d'assurances, les écoles, les hôpitaux, les autorités fiscales, les magasins et autres entités publiques et privées traitent des données à caractère personnel, il est surprenant que l'idée de recueillir des données liées à un élément fondamental des droits de l'homme se heurte à une réticence et à une suspicion aussi généralisées. Il reste beaucoup de difficultés pratiques, théoriques et juridiques à résoudre, notamment en relation avec la définition des motifs d'égalité et avec la nécessité d'encourager une acceptation générale de la collecte de données mais il ne semble pas que beaucoup de pays soient prêts à relever ces défis. Ils devraient pourtant s'y employer car, au final, les données constituent un test de réalité pour vérifier si la société tient sa promesse d'assurer une égalité de traitement.

Leonie | 1995

Bibliographie

Ahmad, Waqar : *Ethnic Statistics: Better Than Nothing or Worse Than Nothing?* in Daniel Dorling – Stephen Simpson (éd.), *Statistics in Society: The Arithmetics of Politics* (London: Arnold, 1999).

Albers, Marion : *Informationelle Selbstbestimmung*. Nomos-Verlag, 1^{re} édition (Baden-Baden, 2005).

Alemu, Fitsum : *Testing to prove racial discrimination: methodology and application in Hungary*. Article en ligne disponible à l'adresse suivante : <http://www.errc.org/cikk.php?cikk=1016> (consulté le 1.1.2006).

Bainbridge, David: *EC Data Protection Directive* (London: Butterworths, 1996).

Bébéar, Claude : *Des entreprises aux couleurs de la France – Minorités visibles: relever le défi de l'accès à l'emploi et de l'intégration dans l'entreprise*. Disponible à l'adresse suivante <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/044000573/0000.pdf> (consulté le 1.5.2006).

Blum, Alain: *Resistance to identity categorization in France* in Dorling-Simpson (1999).

Borking, John: *Privacy-Enhancing Technologies (PET) – Darf es ein Bitchen weniger sein? Datenschutz und Datensicherheit*, volume 25, n° 10, octobre 2001.

Brueckner, Hanna et al.: *The Expression of Biological Concepts of Race*. Article rédigé pour la réunion annuelle de l'American Sociological Association (2005). Disponible sur : <http://www.experimentcentral.org/data/275/genetics.pdf>

Bovenkerk, Frank: *The Research Methodology* in de Beijl, Roger Zegers (éd.), *Documenting discrimination against migrant workers in the labour market; A comparative study of four European countries* (Geneva: International Labour Office, 2000).

Bulmer, Martin – John Solomos: *Introduction: Re-thinking Ethnic and Racial Studies, Ethnic and Racial Studies*, vol. 21, n° 5, 1998.

Bygrave, Lee A.: *Data Protection Pursuant to the Right to Privacy in Human Rights Treaties*, *International Journal of Law and Information Technology*, 1998, volume 6, p. 247-284.

Bygrave, Lee A.: *Data Protection Law: Approaching its Rationale, Logic and Limits* (The Hague: Kluwer, 2002).

Caselli, Graziella, Jacques Vallin, Guillaume Wunsch (éd.) : *Démographie: analyse et synthèse. VI: Population et société* (Paris: Éditions de l'Institut national d'études démographiques, 2004).

Colectivo IOE : *Labour market discrimination against migrant workers in Spain*. *International Migration Papers* 9 (Geneva: International Labour Office, 1995).

Collins, Evelyn: *The Role of Equality Bodies in Advancing the Case for Data* in Manila, Simo (éd), *Data to Promote Equality* (Helsinki: Edita, 2005).

Commission for Racial Equality, *Ethnic Monitoring: A guide for public authorities* (London: CRE, 2002).

Commission for Racial Equality, *Statutory Code of Practice on Racial Equality in Employment* (Belmont Press, 2005).

Commission des Communautés européennes : *Premier rapport sur la mise en œuvre de la directive relative à la protection des données (95/46/CE)*. COM(2003) 265 final.

Commission des Communautés européennes : *Égalité et non-discrimination dans l'Union européenne élargie*. Livre vert. Bruxelles, 28.5.2004 COM(2004) 379 final.

Cormack, Janet et Bell, Mark : *Le développement de la législation contre les discriminations en Europe*. Réseau européen des experts juridiques indépendants en matière de non-discrimination (human european consultancy & Migration Policy Group, 2005).

De Schutter, Olivier : *L'interdiction de discrimination dans le droit européen des droits de l'homme*. Réseau européen des experts juridiques indépendants en matière de non-discrimination. human european consultancy & Migration Policy Group (Luxembourg : Office des publications officielles des Communautés européennes, 2005).

Deitch, Elizabeth *et al.*: *Subtle yet significant: The existence and impact of everyday racial discrimination in the workplace*, Human Relations, Vol. 56(11) 2003.

Dex, Shirley et Kingsley Purdam: *Equal Opportunities and Recruitment. How Census data can help employers to assess their practices* (York: York Publishing Services, 2005).

Dorling, Daniel, Stephen Simpson (éds): *Statistics in Society. The Arithmetics of Politics*. (London: Arnold, 1999).

Duffy, Bobby *et al.*: *Comparing data from online and face-to-face surveys*, International Journal of Market Research Vol. 47, Issue 6.

EUMC: *Racisme et xénophobie dans les États membres de l'UE : Tendances, évolutions et bonnes pratiques*. Rapport annuel 2005, 2^e partie.

Fix, Michael, Margery Turner: *Testing for Discrimination: The Case for a National Report Card*, Civil Rights Journal, Fall 1999.

Fredman, Sandra: *Equality: A New Generation*, Industrial Law Journal 2001 30(2):145-168.

Fredman, Sandra: *Discrimination Law* (Oxford: Oxford University Press, 2002).

Haslam, Nick: *Evidence that male sexual orientation is a matter of degree*, Journal of Personality and Social Psychology, 1997 Oct. Volume 73(4), 862-870.

Haug, Werner: *Ethnic, Religious and Language Groups: Towards a Set of Rules for Data Collection and Statistical Analysis*, Online journal of eumap.org, April 2003.

Gachet, Isil: *The Issue of Ethnic Data Collection From the Perspective of Some Council of Europe Activities*, in Krizsan (2001).

Goldston, James: *Race and Ethnic Data: A Missing Resource in the Fight Against Discrimination* in Krizsan (2001).

Gordon, Richard QC – Tim Ward – Tim Eicke: *The Strasbourg Case Law* (London: Sweet & Maxwell, 2001).

Guiraudon, Virginie, Karen Phalet, Jessika Ter Wal: *Rapport final Pays-Bas*. Projet Medis, juin 2004. Disponible sur: http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/aneval/pb_fr.pdf (consulté le 1.6.2006).

Gunn, Jeremy: *The Complexity of Religion and the Definition of "Religion" in International Law*, Harvard Human Rights Journal, vol. 16 (2003), 189-215.

Harris, D.J. – M. O'Boyle – C. Warbrick: *Law of the European Convention on Human Rights* (London: Butterworths, 1995).

Jay, Rosemary – Angus Hamilton: *Data Protection Law and Practice*, second edition (London: Sweet & Maxwell, 2003), 89.

Korff, Douwe: *EC Study on Implementation of Data Protection Directive: Comparative Summary of National Laws*. Septembre 2002, disponible sur: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/lawreport/consultation/univessex-comparativestudy_en.pdf (consulté le 1^{er} mai 2006).

Krizsan, Andrea (éd): *Ethnic Monitoring and Data Protection. The European Context* (Budapest: Central European University Press, 2001).

Liebkind, Karmela: *Maahanmuuttajat ja kulttuurien kohtaaminen* in Liebkind (éd.), *Maahanmuuttajat ja kulttuurien kohtaaminen Suomessa* (Helsinki: Gaudeamus, 1994).

Lodato, Kathryn et al.: *Investigatory Testing as a Tool for Enforcing Civil Rights Statutes. Current Status and Issues for the Future*. Public Law Research Institute. PLRI Reports, 1998.

Mabbett, Deborah: *Definitions of Disability in Europe: A Comparative Analysis*. Final Report (Brunel University, 2002).

Masons solicitors: *Handbook on Cost Effective Compliance with Directive 95/46/EC*. Disponible sur: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/studies/handbook_en.pdf (consulté le 1.3.2006).

McManus, Sally: *Sexual Orientation Research Phase 1: A Review of Methodological Approaches*. National Centre for Social Research (Edinburgh: Scottish Executive Social Research, 2003).

Makkonen, Timo: *Identity, Difference and Otherness: The Concepts of 'People', 'Indigenous People' and 'Minority' in International Law* (Helsinki: Helsinki University Press, 2000).

Makkonen, Timo: *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore* (Turku: Åbo Akademi Institute for Human Rights, 2002). Disponible sur: http://www.abo.fi/institut/imr/degree_programmes/norfa/timo.pdf

Mannila, Simo (éd.): *Data to Promote Equality. Proceedings of the European Conference* (Helsinki: Edita, 2005).

Malik, Kenan: *The Meaning of Race: Race, History and Culture in Western Society* (Basingstoke: Macmillan, 1996).

Mbogoni, M.-A.Me: *Revising the United Nations Census Recommendations on Disability*. Paper prepared for the first meeting of the Washington Group on Disability Statistics. Washington, 18-20 février 2002.

McCrudden, Christopher: *Consociationalism, Equality and Minorities in the Northern Ireland Bill of Rights Debate* in Morrison, J.-G. Anthony (éd.): *Judges, Transition and Human Rights Cultures* (Oxford: OUP, 2007).

Projet Medis : *Étude comparative de la collecte de données visant à mesurer l'étendue et l'impact de la discrimination aux États-Unis, Canada, Australie, Grande-Bretagne et Pays-Bas*. (Luxembourg : Office des publications officielles des Communautés européennes, 2004).

Michael, James: *Privacy and Human Rights* (Dartmouth: Hampshire, 1994).

Mukhopadhyay, Carol C., Yolanda T. Moses: *Re-establishing "Race" in Anthropological Discourse*, *American Anthropologist* 99(3) 1997.

National Research Council: *Measuring Racial Discrimination*. Panel on Methods for Assessing Discrimination (Washington DC: National Academies press, 2004).

Nobles, Melissa: *Racial categorization and censuses* in David I Kertzer – Dominique Arel: *Census and Identity: The Politics of Race, Ethnicity, and Language in National Censuses* (Cambridge: Cambridge UP, 2002).

Nogueira, Oracy: *Tanto Preto Quanto Branco: estudos de relações raciais* (São Paulo: T. A. Queiroz, 1979).

Nowak, Manfred: *UN Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary* (Kehl: Engel, 1993).

Office of Information and Regulatory Affairs, *Revisions to the Standards for the Classification of Federal Data on Race and Ethnicity* (1997). Disponible sur <http://www.whitehouse.gov/omb/fedreg/1997standards.html> (consulté le 1.1.2006).

Olli, Eero, Birgitte Kofod Olsen (eds): *Towards common measures for discrimination*. Interim Report 27.11.2005. Également disponible sur: http://www.smed.no/commonmeasures/TowardsCommonMeasures_2005.pdf (consulté le 1.1.2006).

Ovey, Clare, Robin Whyte: *The European Convention on Human Rights*, third edition (Oxford: Oxford University Press, 2002).

Petersen, William: *The Protection of Privacy and the United States Census* in Martin Bulmer (ed), *Censuses, Surveys and Privacy* (London: Macmillan Press, 1979).

Potvin, Maryse, Latraverse, Sophie: *Rapport final Canada*. Projet Medis, mai 2004. Disponible sur: http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/aneval/canada_fr.pdf (consulté le 1.1.2006).

Rallu, Jean-Luis, Victor Piché, Patrick Simon : *Démographie et ethnicité: une relation ambiguë*, in Graziella Caselli, Jacques Vallin et Guillaume Wunsch (éd.) (2004).

Reuter, Niklas, Timo Makkonen, Olli Oosi: *Study on Data Collection to measure the extent and impact of discrimination in Europe*. Final Report 7.12.2004. Disponible sur: http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/pubst/compstud04fin.pdf (consulté le 1.1.2006).

Riach, P.A., J. Rich: *Field Experiments of Discrimination in the Market Place*, The Economic Journal 112, November 2002.

Scheinin, Martin, Catarina Krause: *The Right not to be Discriminated Against: The Case of Social Security*, in Orlin, Ted, Martin Scheinin: *The Jurisprudence of Human Rights Law: A Comparative Approach* (Jyväskylä: Gummerus, 2000).

Selzer, William, *On the use of Population Data Systems to Target Vulnerable Population Subgroups for Human Rights Abuses*, Coyuntura Social No. 30, 2005.

Selzer, William, Margo Anderson: *After Pearl Harbor: The Proper Role of Population Data Systems in Time of War* (2000). Article de recherche disponible sur: <http://www.uwm.edu/~margo/govstat/newpaa.pdf>

Simon, Patrick : *Étude comparative de la collecte de données visant à mesurer l'étendue et l'impact de la discrimination aux États-Unis, Canada, Australie, Grande-Bretagne et Pays-Bas*. Projet Medis. Disponible sur: http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/pubst/compstud04_fr.pdf (consulté le 1.1.2006).

Simon, Patrick: *Study on the existing legal and practical framework for ethnic data collection in Council of Europe Member States*, European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) of the Council of Europe, à paraître, mars 2007.

Sloane, P.J., et D. Mackay: *Employment Equity and Minority Legislation in the UK After Two Decades: A Review*, 23 International Journal of Manpower (1997).

Southworth, Joanna: *The Religious Question: Representing Reality or Compounding Confusion?* in Daniel Dorling, Stephen Simpson (eds), *Statistics in Society: The Arithmetics of Politics* (London: Arnold, 1999).

Stanfield, John S. II: *Methodological Reflections: An Introduction*, in John H. Stanfield II – Ruthledge M.Dennis (eds.): *Race and Ethnicity in Research Methods* (California: Sage Publications, 1993).

Stavo-Debaugue, Joan, Sue Scott: *Rapport final Angleterre*. Projet Medis, mai 2004. Disponible sur: http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/aneval/uk_fr.pdf (consulté le 1.1.2006).

Triesscheijn, Cyril: *Multi agency monitoring of discrimination; factors and actors in the local setting*. Article pour le Stockholm International Forum Combating Intolerance, 29-30 janvier, 2001.

Tronstad, Kristian Rose, Lars Østby: *Measuring discrimination in Norway* in Olli-Olsen (2005).

United Nations: *Principles and Recommendations for Population and Housing Censuses*. Revision 1. Statistical Papers Series M No. 67/rev.1 (New York, 1997), p. 3. Également disponible sur: http://unstats.un.org/unsd/publication/SeriesM/SeriesM_67rev1E.pdf

United Nations: *Designing Household Survey Samples: Practical Guidelines* (New York, 2005). Également disponible sur: <http://unstats.un.org/unsd/demographic/sources/surveys/Handbook23June05.pdf>

Waks, Jay W. et al: *The Use of Statistics in Employment Discrimination Cases*, The Trial Lawyer, vol. 24 (2001).

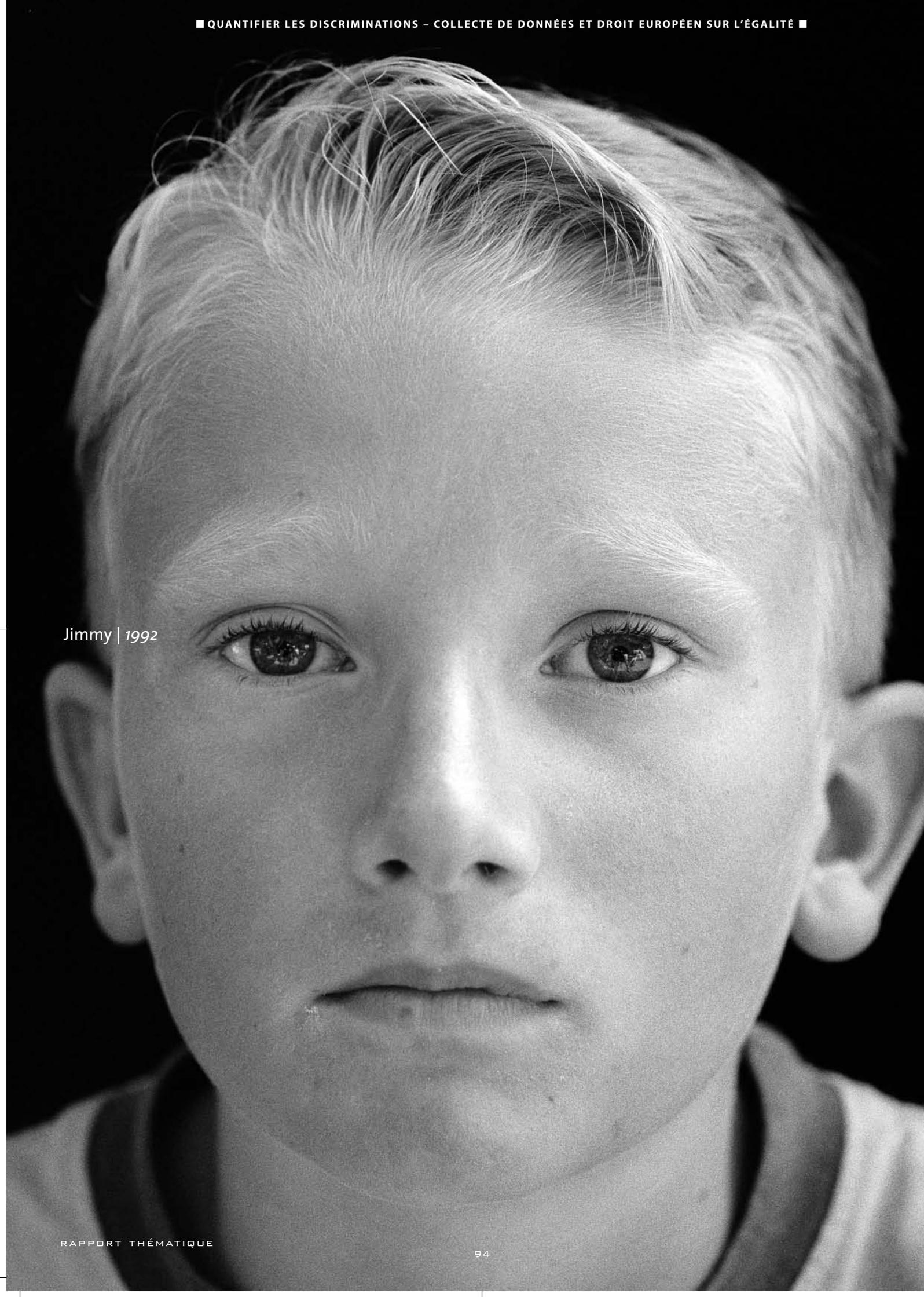
Vermeulen, Hans, Cora Govers (éd.): *Introduction* in Vermeulen, Hans, Cora Govers (eds): *The Anthropology of Ethnicity* (Amsterdam: Spinhuis, 1996).92

Whittle, Richard: *The Framework Directive for equal treatment in employment and occupation: an analysis from a disability rights perspective*, 27 *European Law Review*, June 2002.

World Health Organisation, *Towards a Common Language for Functioning, Disability and Health*. ICF. WHO/EIP/GPE/CAS/01.3

Wrench, John, Tariq Modood: *The Effectiveness of Employment Equality Policies in Relation to Immigrants and Ethnic Minorities in the UK*. International Migration Papers 38. (Geneva: ILO, 2000).

Wrench, John: *The Measurement of Discrimination: Problems of Comparability and the Role of Research*, in Simo Mannila (ed) (2005).



Jimmy | 1992

Annexe I

Surveillance de la diversité

La surveillance de la diversité est le processus par lequel une entité publique ou privée recueille, enregistre et analyse des données sur la composition de sa main-d'œuvre ou de sa clientèle en fonction des motifs d'égalité pertinents. La surveillance est une des mesures les plus efficaces qu'un employeur puisse prendre pour s'assurer qu'il respecte les lois sur l'égalité. Beaucoup d'employeurs, si pas la plupart, recueillent et enregistrent d'emblée des données sur les travailleurs, en particulier des informations concernant leur sexe, leur adresse, leur appartenance syndicale, leur ancienneté et toutes autres données susceptibles d'être nécessaires pour payer les salaires et gérer la main-d'œuvre en général. La surveillance de la diversité implique essentiellement l'extension du champ des informations collectées afin d'y inclure des informations relatives aux motifs d'égalité. Là où des pratiques de surveillance existent, les données les plus couramment recueillies concernent l'origine ethnique et le handicap²⁸⁰, bien qu'il existe quelques cas où la surveillance englobe tous les motifs d'égalité couverts par les deux directives européennes sur l'égalité de traitement. S'il semble dès lors théoriquement et techniquement possible d'effectuer une surveillance sur la base de tous les motifs d'égalité, des difficultés subsistent cependant quant à l'acceptabilité générale et, partant, à la faisabilité pratique de la surveillance se rapportant en particulier à la religion et à l'orientation sexuelle, du moins dans la majorité des États membres de l'UE.

Surveillance dans le cadre du recrutement et de la sélection. Les employeurs qui souhaitent garantir que leurs pratiques de recrutement et de sélection sont exemptes de préjugés doivent répondre aux questions suivantes :

- Nos offres d'emplois attirent-elles des candidatures de membres qualifiés de tous les groupes en nombres proportionnels à la présence de ces groupes dans la population ?
- Vu l'ensemble des candidats qualifiés ayant postulé, chaque groupe a-t-il la même chance d'être sélectionné ?
- Vu la liste des candidats sélectionnés, chaque groupe a-t-il la même chance de se voir offrir le poste²⁸¹ ?

Pour pouvoir répondre à la première question, il faut disposer de données externes à l'organisation. Le pourcentage de candidats d'un groupe protégé doit se comparer au pourcentage de ce groupe dans la population qualifiée en général. À cette fin, l'employeur doit connaître les réservoirs probables de candidats ayant les qualifications requises dans la zone géographique pertinente du marché de l'emploi²⁸². Si les pourcentages de candidats, d'offres ou d'embauches dans les différents groupes divergent des pourcentages de ces groupes au sein des populations ayant les qualifications correspondantes requises, et ce d'une manière statistiquement significative, il peut exister une discrimination, et cette possibilité devra être étudiée de façon plus approfondie²⁸³.

Même lorsqu'il n'est pas possible d'étudier de façon satisfaisante si le réservoir de candidats est représentatif de la population générale qualifiée, la surveillance des candidats peut détecter des irrégularités dans le processus de sélection des candidats, d'invitation à un interview ou d'embauche. La surveillance de la diversité n'est donc pas superflue en l'absence éventuelle de données comparatives externes appropriées.

Il est crucial que l'employeur lie la surveillance à des mesures correctrices concrètes. De telles mesures devraient cibler directement la source du problème identifiée par l'analyse des données de surveillance.

Surveillance de la main-d'œuvre. Une fois que des individus travaillent au sein d'une organisation, il n'est pas difficile de conserver des données sur tous les travailleurs. Si les données pertinentes ont déjà été collectées au stade du recrutement, l'employeur ne devra que transférer les données concernant les individus embauchés dans la base de données des travailleurs, tandis que les données sur les autres candidats peuvent, par exemple, être rendues anonymes et conservées pendant une période déterminée afin que l'employeur puisse répondre efficacement à toute plainte pour discrimination en rapport avec le processus de recrutement.

²⁸⁰ Voir Dex, Shirley et Kingsley Purdam, *Equal Opportunities and Recruitment. How Census data can help employers to assess their practices* (York : York Publishing services, 2005).

²⁸¹ *Ibid.*, p. 7-8.

²⁸² *Ibid.*, p. 1.

²⁸³ *Ibid.*, p. 8.

La surveillance de la diversité de la main-d'œuvre devrait idéalement couvrir tous les aspects liés à l'emploi, y compris les promotions, la rémunération et autres conditions d'emploi et la rupture de la relation d'emploi. Il est de la plus haute importance de surveiller la progression des individus vers les postes les plus élevés²⁸⁴. Pour procéder à une telle surveillance, les employeurs devraient tenir compte des taux de réussite de chaque groupe ethnique, par exemple²⁸⁵. Il se peut aussi qu'ils doivent recueillir des données sur le handicap et la nécessité de fournir des aménagements raisonnables. Il n'est pas nécessaire de disposer de données de référence pour évaluer l'égalité de traitement à ce stade.

Considérations techniques et pratiques. En principe, les aspects internes de la surveillance de la diversité ne posent pas en eux-mêmes de problèmes ou de défis techniques. En fait, on invite par exemple les candidats à un poste vacant à remplir un questionnaire sur l'égalité des chances, généralement sur une base volontaire. Pour atténuer les craintes d'un usage abusif des données au cours de processus de sélection, le traitement de ces informations peut être séparé du traitement des candidatures mêmes et confié à une personne qui ne participe pas au processus de sélection. Une fois que les informations sur la liste des candidats sélectionnés, les désignations, les rémunérations et les promotions sont disponibles, elles peuvent être introduites dans la base de données. Les statistiques générales sur les candidats et la main-d'œuvre, ventilées par motif d'égalité, peuvent alors être comparées avec les données de référence pertinentes.

En pratique, toutefois, les choses ne sont pas aussi simples. Beaucoup d'employeurs hésitent à poser des questions sur des aspects sensibles et beaucoup de travailleurs potentiels hésitent à répondre à de telles questions. L'expérience a montré que là où les informations sur l'ethnicité, le handicap et l'orientation sexuelle sont recueillies sur une base volontaire, elles sont souvent incomplètes²⁸⁶. Comme les données manquantes ont un effet néfaste direct sur la qualité de la surveillance, les employeurs doivent envisager des moyens d'encourager les travailleurs à donner ces renseignements.

Une difficulté technique majeure réside dans l'existence et la disponibilité de données externes appropriées, susceptibles d'être bénéfiques à l'un ou l'autre stade de la surveillance à des fins comparatives. Un employeur ou un prestataire de services a besoin d'une référence, d'une norme, pour pouvoir évaluer ses données internes. Lorsqu'une telle référence basée sur des données officielles existe, elle présente des avantages manifestes pour la réalisation d'une surveillance. Une référence idéale montrerait la proportion de candidats qualifiés appartenant à une certaine catégorie protégée vivant dans le bassin de recrutement²⁸⁷. Elle présuppose l'existence de grandes bases de macrodonnées fiables comprenant des données à caractère personnel concernant le ou les motifs d'égalité protégés, les qualifications (surtout le niveau le plus élevé d'éducation suivi) et le lieu de résidence. De telles données ne pourraient, en théorie, être obtenues que par des recensements, dans les registres centraux de la population ou, éventuellement, par le biais d'enquêtes nationales sur les forces du travail. Là où des données officielles ne sont pas disponibles, des données d'organisation similaires peuvent fournir un point de comparaison utile.

Une analyse comparative fiable ne sera possible que si le processus de surveillance utilise, pour la collecte de données, les mêmes catégories que les bases de données officielles (ou toute autre base de référence utilisée). Ainsi, si le questionnaire de surveillance utilisé par un employeur définit le « handicap » uniquement en termes de déficience physique alors que les données officielles qui l'intéressent reposent sur une définition plus globale, les deux ne fourniront manifestement pas une base de comparaison commune.

²⁸⁴ Ibid., p. 21.

²⁸⁵ Idem.

²⁸⁶ Voir, par exemple *ibid.*, p. 13.

²⁸⁷ En ce qui concerne le bassin de recrutement, il faut noter que les employeurs utilisent différentes stratégies de recrutement en fonction du type de poste vacant. Le marché local est généralement utilisé pour des emplois de bas niveau ou des premiers emplois tandis que le marché national est utilisé pour des premiers emplois plus qualifiés. Certaines des vacances publiées sont si spécialisées qu'il est pratiquement impossible de jamais espérer obtenir des informations d'enquêtes représentatives au niveau national voire des données de recensement sur le réservoir de candidats qualifiés. *Ibid.*, p. 20-21.

Méthode alternative : Surveillance anonyme. Les lacunes dans les déclarations, en particulier de l'identité ethnique, religieuse et sexuelle, rendent l'analyse des données très difficile. Il est possible de contourner ce problème en recourant à la surveillance anonyme plutôt qu'à la surveillance non anonyme. Il s'est avéré que la collecte de données par des enquêtes anonymes, qui ne recueillent aucune donnée sur des personnes identifiées ou identifiables, entraîne une nette hausse des taux de réponse, surtout parmi les *holebis*²⁸⁸. Répétées à intervalles réguliers, ces enquêtes anonymes peuvent aussi livrer des indications sur les tendances, à condition que l'échantillon soit représentatif.

Selon la taille de l'organisation et le niveau d'information demandé, on aura un meilleur taux de réponse et l'anonymat sera mieux garanti avec les enquêtes anonymes qu'avec les enquêtes non anonymes. Dans une organisation petite ou même de taille moyenne, un questionnaire détaillé peut générer une situation où des réponses particulières peuvent malgré tout être reliées à des individus spécifiques, ce qui compromet l'idée même d'une surveillance anonyme et peut entraîner une baisse de la propension à coopérer. Il faut donc évaluer l'utilité de cette méthode au cas par cas.

Par rapport aux registres des travailleurs, les enquêtes anonymes régulières ont comme inconvénients de ne pas permettre une actualisation des informations et d'être une procédure un peu plus lourde tant pour les travailleurs que pour l'employeur. Contrairement à la surveillance anonyme, la surveillance non anonyme peut s'avérer utile pour explorer les obligations de fournir des aménagements raisonnables et pour la mise en œuvre des plans en matière d'égalité (actions positives)²⁸⁹. La surveillance anonyme se heurte en outre aux mêmes défis que son équivalent non anonyme en ce qu'elle requiert aussi des statistiques comparatives appropriées.

Dans l'ensemble, on peut conclure que la surveillance non anonyme présente quelques avantages par rapport à sa variante anonyme et que les avantages de l'anonymat ne se concrétisent peut-être pas lorsque des informations détaillées sont nécessaires ou que l'entreprise ou l'entité est de petite taille. La surveillance anonyme peut toutefois être la seule option disponible lorsque les lois nationales sur la protection des données ne permettent pas d'utiliser la surveillance non anonyme ou que de sérieux problèmes se posent au niveau des taux de réponse²⁹⁰.

Surveillance de la diversité dans la prestation de services. L'interdiction de discrimination imposée par la directive sur l'égalité raciale ne s'applique pas uniquement au domaine de l'emploi mais aussi, entre autres, à l'éducation, à la sécurité sociale, aux soins de santé, aux avantages sociaux et à l'accès aux biens et services ainsi qu'à l'offre de biens et services, notamment en matière de logement. Les entités qui travaillent dans ces domaines pourraient dès lors souhaiter ne pas limiter la surveillance à leur personnel mais l'étendre aussi à leur prestation de services. La surveillance peut fournir des informations utiles, en particulier dans les domaines du logement, de l'éducation et des soins de santé. Elle peut servir à déceler quels groupes utilisent ou reçoivent les services et si certains groupes rencontrent des difficultés particulières. Une agence fournissant des services de logement peut, par exemple, souhaiter établir des profils d'utilisation de services pour vérifier si tous les groupes jouissent d'un accès égal à un logement de qualité égale à des conditions égales. Les écoles peuvent évaluer l'impact de leurs politiques sur les élèves, le personnel et les parents appartenant à différents groupes ethniques. Elles peuvent aussi surveiller les résultats de leurs politiques et de leurs modes de fonctionnement, en mettant surtout l'accent sur les niveaux de réussite des élèves. Les instituts de formation continue et d'enseignement supérieur peuvent surveiller, par groupe ethnique, les admissions et les progrès des étudiants, ainsi que le recrutement et le développement de carrière du personnel²⁹¹.

²⁸⁸ C'est compréhensible vu que la plupart des *holebis* n'ont pas l'habitude de se répandre en informations sur leur orientation sexuelle auprès de toutes les personnes avec lesquelles ils travaillent. Voir Stavo-Debaugé, Joan, et Scott, Sue, *Rapport final Angleterre*. Projet Medis (mai 2004), p. 31.

²⁸⁹ Il convient de noter que les règles de protection des données peuvent être différentes lorsque les données sont utilisées non pas seulement à des fins de surveillance mais aussi à des fins de prise de décisions concernant des individus spécifiques.

²⁹⁰ Une autre solution à la faiblesse des taux de réponse peut être d'utiliser une identification par d'autres plutôt qu'une auto-identification comme base pour la répartition dans les différentes catégories.

²⁹¹ Commission for Racial Equality, *Ethnic Monitoring. A guide for public authorities* (London: CRE, 2002), p. 5. Pour plus d'informations sur la surveillance de la prestation de services, voir p. 47.

Annexe II

Exemples de pratiques de surveillance dans les États membres de l'UE

Pour savoir si les États membres pratiquent une surveillance, le *Réseau européen des experts juridiques indépendants en matière de non-discrimination* a demandé aux experts nationaux de signaler si les États membres ont adopté une législation exigeant ou autorisant la collecte de données dans ce domaine²⁹². Il s'est avéré que peu d'États membres ont adopté des lois ou des dispositions réglementaires spécifiques traitant spécialement de cette question. Dans la plupart des pays, il n'existe aucune exigence spécifique à cet égard dans le cadre des lois sur l'égalité de traitement ou des lois sur l'emploi. Quant à l'autorisation de la surveillance, elle tombe dans le régime général de la loi sur la protection des données.

La présente partie examine les devoirs légaux imposés par les lois nationales des pays de l'UE qui sont a) directement liés à la garantie de l'égalité de traitement, soit en droit soit dans les faits, en ce compris en matière d'actions positives et d'aménagements raisonnables, et b) qui exigent la collecte de données sensibles à caractère personnel.

Belgique. Il n'existe pas d'exigence générale imposée aux secteurs public et privé d'effectuer une surveillance de la main-d'œuvre ou de la prestation de services. Seule exception : les services publics de la Communauté flamande. Ceux-ci doivent soumettre des rapports annuels et des plans d'action sur les progrès engrangés sur la voie d'une représentation proportionnée de tous les groupes cibles dans la main-d'œuvre et ils doivent donc tenir des dossiers sur la représentation des différents groupes. Ces groupes cibles comprennent les personnes originaires de pays tiers ou descendant de ressortissants de pays tiers (« allochtones »), les personnes handicapées, les travailleurs de plus de 45 ans, les personnes non titulaires d'un diplôme de l'enseignement secondaire et les personnes appartenant au sexe sous-représenté dans une profession spécifique.

Hongrie. En vertu du droit hongrois du travail, un employeur peut – en accord avec les syndicats représentés sur le lieu de travail ou, en l'absence d'un tel syndicat, en accord avec le comité d'entreprise – adopter un « plan pour l'égalité des chances » pour une période déterminée. L'objectif de ce plan est d'améliorer la situation des groupes défavorisés sur le lieu de travail. La liste non exhaustive de ces groupes, telle que présentée dans le Code du travail, inclut les femmes, les travailleurs de plus de 40 ans, les travailleurs roms, les handicapés, les travailleurs ayant au moins deux enfants de moins de 10 ans et les travailleurs célibataires ayant un enfant de moins de 10 ans. Ce plan contiendra l'analyse de la situation professionnelle des groupes désavantagés et accordera une attention particulière à leurs salaires, leur promotion, leur formation et leurs allocations familiales. De plus, le plan énoncera les objectifs de l'employeur en matière d'égalité des chances et les moyens mis en œuvre pour atteindre ces objectifs, surtout en ce qui concerne la formation et les programmes de sécurité au travail. Les employeurs peuvent collecter les données nécessaires à l'élaboration de ce plan, tant que le traitement des données respecte la loi sur la protection des données, repose sur le consentement du travailleur concerné et que les informations sont conservées uniquement jusqu'au dernier jour de validité du plan.

Lituanie. Le Code lituanien du travail prévoit des avantages pour des groupes de travailleurs spécifiques. En vertu de l'article 92 de ce Code, les personnes suivantes se voient offrir des garanties supplémentaires sur le marché du travail: les handicapés, les jeunes de 16 à 25 ans qui accèdent à leur premier emploi, les personnes à moins de cinq ans de l'âge légal de la retraite et les diplômés qui entament leur carrière professionnelle. Le respect de cette exigence nécessite la collecte des informations pertinentes.

Portugal. Les entreprises sont tenues de présenter aux représentants des travailleurs un « bilan social » annuel contenant des données sur les ressources humaines, les investissements sociaux et les améliorations des conditions de travail. Cette obligation s'applique aux entreprises de plus de dix travailleurs. Ce bilan social peut livrer quelques informations sur la situation en particulier des travailleurs âgés et des travailleurs handicapés. Pour pouvoir s'acquitter de ce devoir mais aussi d'autres tâches, les employeurs peuvent tenir des dossiers sur leur main-d'œuvre après avoir obtenu l'autorisation de l'Autorité nationale de protection des données.

²⁹² Dans ce contexte, « surveillance » doit s'entendre dans un sens un peu plus large que celui dans lequel ce concept a été utilisé dans l'annexe I.

Pays-Bas. Aux Pays-Bas, la collecte de données concernant le handicap est autorisée et, dans une certaine mesure, encouragée, car il peut être demandé aux employeurs de remettre, sur une base volontaire, des informations sur le nombre de travailleurs handicapés, renseignements qui serviront à la rédaction d'un rapport national spécifique par un institut public de recherche. Par contre, la collecte de données relatives aux convictions religieuses ou philosophiques, à l'orientation sexuelle ou à l'origine ethnique n'est pas autorisée. Une seule exception est prévue à cette règle : la surveillance ethnique est permise, mais pas imposée, aux fins d'actions positives. Il est donc permis de recueillir des données sur les individus d'origine non néerlandaise à condition qu'il soit prouvé que le groupe concerné souffre d'inégalités réelles et qu'une surveillance peut être considérée comme un moyen nécessaire pour combattre ces inégalités.

Il peut être intéressant de comparer la situation actuelle, qui impose des limites strictes à la surveillance, à celle qui prédominait dans les années 1994-2004. La loi sur la promotion d'une participation proportionnelle des allochtones au marché de l'emploi, dite « Wet BEAA », est entrée en vigueur en 1994²⁹³. Cette loi obligeait les employeurs à recenser le nombre de membres de groupes minoritaires employés chez eux et à formuler des politiques en vue d'embaucher davantage de membres de ces groupes et de les garder à leur service. Lors de l'évaluation de la loi en 1996, il s'est avéré que moins de 60% des employeurs avaient introduit l'enregistrement obligatoire de l'origine ethnique des travailleurs et que seuls 14% respectaient pleinement la loi, qui obligeait entre autres les employeurs à déposer un rapport auprès de la Chambre de Commerce. Cette loi a été critiquée sur deux fronts : beaucoup d'entreprises se sont plaintes de la complexité et du volume des procédures et exigences qu'elle imposait, tandis que d'autres intervenants se sont plaints de la médiocrité de la surveillance et du respect de cette loi. Une nouvelle loi a été adoptée en janvier 1998: la loi pour la stimulation de la participation au marché de l'emploi, ou « loi SAMEN ».

La loi SAMEN obligeait les entreprises employant plus de 35 travailleurs à noter l'ethnicité et à rédiger un rapport annuel à soumettre au Comité d'entreprise. En vertu de la loi SAMEN, une représentation proportionnelle des minorités ethniques était atteinte lorsque le pourcentage de travailleurs d'un groupe cible présents dans une entreprise était égal à la part de ce groupe cible dans la population active de la région. Qualifications et compétences étaient aussi prises en considération. Le gouvernement publiait des pourcentages cibles pour chaque région. La loi SAMEN a donné des résultats plus positifs que la loi précédente. Bien que, dans un premier temps, elle se soit apparemment heurtée à la réticence de nombreux employeurs, son application s'est ensuite améliorée grâce à des mécanismes de lobbying et de contrôle. Malgré tout, seul un tiers de tous les employeurs ont remis le rapport annuel requis par la loi. Cette loi a été prorogée une fois, en 2001, mais en 2003, il a été décidé de mettre fin à sa mise en œuvre à compter du 1^{er} janvier 2004, bien qu'elle se soit révélée utile surtout pour la Commission de l'égalité de traitement et pour les ONG.

Royaume-Uni. La plupart des pouvoirs publics britanniques ont l'obligation légale d'éliminer toute discrimination illégale et de promouvoir l'égalité des chances et les bonnes relations entre personnes de groupes ethniques différents. Cette obligation a été introduite par la Loi de 2000 sur les relations raciales (amendement) et a été complétée par des obligations légales spécifiques supplémentaires imposées par le Décret de 2001 relatif à la Loi sur les relations raciales de 1976 (obligations légales). La Commission de l'égalité raciale a publié plusieurs Codes de pratiques statutaires qui précisent ces obligations en matière d'égalité raciale et ethnique. Bien que ces Codes n'imposent pas d'obligations légales en tant que tels ni ne donnent d'exposés du droit faisant autorité, ils constituent des documents pertinents dans toute procédure engagée en vertu de la Loi sur les relations raciales²⁹⁴. Les tribunaux doivent tenir compte de ces Codes et, par conséquent, tout employeur peut tirer avantage d'une adhésion au Code pertinent s'il doit se défendre devant un tribunal du travail dans une affaire de discrimination²⁹⁵.

²⁹³ L'essentiel des informations contenues dans ce paragraphe et le suivant sont basées sur Guiraudon, Virginie, Karen Phalet, Jessika ter Waal, *Rapport final Pays-Bas*. Projet Medis, juin 2004.

²⁹⁴ Voir par exemple art. 1.6 du CRE, *Statutory Code of Practice on Racial Equality in Employment*. Novembre 2005.

²⁹⁵ Comme le fait remarquer le Code de pratique, « les employeurs devraient pouvoir mieux se défendre dans toute affaire de présomption de discrimination raciale engagée contre leur organisation s'il peuvent prouver qu'ils ont pris les mesures recommandées dans le présent Code ». CRE, *Statutory Code of Practice on Racial Equality in Employment*. Novembre 2005, art. 1.7.

L'obligation légale d'égalité raciale impose à un vaste éventail de pouvoirs publics de surveiller leurs fonctions et politiques pour détecter tout impact négatif sur l'égalité raciale²⁹⁶. Ces entités doivent évaluer l'impact que tout projet de politique pourrait avoir sur la promotion de l'égalité raciale. De plus, elles doivent rédiger et publier un Programme d'égalité raciale, exposant la façon dont elles entendent remplir les obligations qui leur sont imposées.

La plupart des pouvoirs publics liés par cette obligation générale ont aussi une obligation spécifique de promouvoir l'égalité raciale en tant qu'employeurs. Ils doivent dès lors effectuer, par groupe ethnique, une surveillance de tous les travailleurs et tous les candidats à un emploi, à une promotion ou à une formation. Les autorités qui emploient plus de 150 personnes doivent surveiller le nombre de travailleurs qui, dans chaque groupe ethnique, reçoivent une formation, tirent profit des évaluations de performance (ou en souffrent), font l'objet de plaintes ou de mesures disciplinaires prises à leur encontre, ou quittent leur emploi auprès de l'autorité. Les pouvoirs publics liés par ces obligations spécifiques sont tenus de surveiller toutes leurs fonctions et politiques couvertes par l'obligation générale. Le Code de pratique de la CRE définit les fonctions comme l'ensemble des devoirs et compétences de l'autorité publique concernée, ce qui signifie que celle-ci doit étendre l'obligation de surveillance à ses principaux domaines de prestation de services.

Les autorités en charge de l'éducation ont aussi l'obligation de surveiller la composition ethnique et les performances de leur personnel et de leurs élèves. Les écoles doivent élaborer et publier une politique en matière d'égalité raciale et surveiller et évaluer l'impact de leurs politiques sur les élèves, le personnel et les parents appartenant à des minorités ethniques. Les instituts de formation continue et d'enseignement supérieur (tels que les universités) doivent évaluer l'impact de toutes leurs politiques sur les étudiants et le personnel. Ils doivent aussi surveiller, par groupe racial, les admissions et les progrès des étudiants, le recrutement ainsi que le développement de carrière du personnel. La CRE a publié un Code de pratique qui guide les autorités publiques dans la mise en œuvre de ces obligations légales et elle a aussi publié des éléments indicatifs sur les modes efficaces de surveillance dans le contexte du respect de ces obligations.

La surveillance n'est pas une obligation légale pour les organismes privés. Le Code de pratique en matière d'emploi se borne dès lors à en recommander l'utilisation, mais on peut dire que cette recommandation a plus de force qu'un simple conseil²⁹⁷. Il faut aussi signaler que la CRE a publié des lignes directrices sur les marchés publics.

La Loi de 2005 sur les discriminations fondées sur le handicap a imposé à tous les pouvoirs publics britanniques une obligation d'éviter toute discrimination illégale fondée sur le handicap et de promouvoir l'égalité des chances pour les handicapés. Le Règlement de 2005 sur la discrimination fondée sur le handicap (Pouvoirs publics) (Obligations légales) impose aux pouvoirs publics une obligation spécifique de rédiger un Programme d'égalité pour les handicapés, qui doit énoncer les mesures prises par ces pouvoirs publics pour mettre en œuvre l'obligation générale. Ce Programme doit aussi préciser les mesures qu'a prises l'autorité pour surveiller l'impact de ses politiques ou pratiques, y compris de ses politiques d'emploi, sur les personnes handicapées. Chaque autorité publique doit faire rapport, une fois par an, sur les résultats de ces mesures de surveillance et, tous les trois ans, sur ses progrès dans l'amélioration de l'égalité appliquée aux handicapés.

Il faut souligner qu'en vertu du droit britannique, personne n'est tenu de divulguer son origine ethnique, son sexe, son orientation sexuelle, son handicap, sa religion ou son âge : la coopération est donc de nature volontaire.

Des obligations de surveillance existent en Irlande du Nord au sujet des convictions religieuses et politiques. La Loi de 1989 sur l'équité en matière d'emploi impose aux entreprises comptant au moins 10 travailleurs une obligation de prendre des mesures en vue d'assurer une juste représentation des deux grandes communautés religieuses d'Irlande du Nord, à savoir les catholiques et les protestants, dans leur main-d'œuvre. Ces entreprises

²⁹⁶ Les autorités concernées sont les départements du gouvernement central, les pouvoirs publics locaux, les instances judiciaires pénales, les organes en charge de l'éducation et les organismes de réglementation.

²⁹⁷ Stavo-Debaugé, Joan, Sue Scott, *Rapport final Angleterre*. Projet Medis (mai 2004), p. 60.

doivent surveiller sur une base annuelle la composition de leur main-d'œuvre et l'échelle de rémunération appliquée et, tous les trois ans, elles doivent analyser leurs pratiques de recrutement, de promotion et de formation. Les travailleurs et les candidats à un emploi doivent être classés en trois catégories : « catholique », « protestant » ou « autre »²⁹⁸.

Dans le cadre de la mise en œuvre des exigences de surveillance imposées aux employeurs d'Irlande du Nord en vertu de cette Loi sur l'équité en matière d'emploi, les employeurs doivent soumettre leurs relevés de surveillance et leurs plans d'égalité à l'approbation de la Commission d'Irlande du Nord pour l'égalité (ECNI). L'ECNI peut demander à un tribunal de rendre une ordonnance pour forcer des employeurs qui ne se sont pas acquittés de cette obligation à soumettre leurs dispositions à la Commission. Celle-ci peut aussi lancer des enquêtes sur les dispositions de surveillance d'un employeur et cette « analyse en vertu de l'article 55 » constitue un mécanisme majeur de promotion de l'égalité dans ce domaine²⁹⁹. En cas de non-respect des dispositions de surveillance imposées par la loi, la principale sanction consiste à refuser des subsides à l'employeur ou à exclure celui-ci des procédures de marchés publics.³⁰⁰

Si des schémas de traitements discriminatoires sont détectés dans le processus de surveillance, les employeurs, après consultation de la Commission de l'égalité, doivent prendre les mesures d'action positive appropriées, telles que la fixation d'objectifs et de calendriers, la mise en œuvre de politiques d'égalité des chances, la révision des politiques, pratiques et procédures d'emploi, ainsi que la prise de mesures pour attirer des candidats de la communauté sous-représentée.

L'article 75 de la Loi de 1998 d'Irlande du Nord impose de vastes obligations aux pouvoirs publics. Ainsi, des pouvoirs publics spécifiques doivent dûment tenir compte de la nécessité de promouvoir l'égalité des chances au titre de tous les motifs d'égalité, y compris le handicap, l'âge, l'orientation sexuelle et les convictions politiques, dans l'exécution de leurs fonctions publiques. Ils doivent aussi promouvoir les bonnes relations en matière de race, de religion et de convictions politiques. Un vaste éventail d'autorités d'Irlande du Nord sont soumises à cette législation. L'annexe 9 de cette Loi énonce les mesures requises pour respecter cette obligation et exige en particulier que toutes les autorités soumises à cette obligation rédigent un « Programme d'égalité ». Ce Programme doit exposer les procédures d'évaluation d'impact, de surveillance, de consultation, de formation et d'accès à l'information que l'autorité projette d'instaurer pour s'acquitter de cette obligation. La Commission d'Irlande du Nord pour l'égalité a publié des lignes directrices détaillées pour la rédaction des Programmes d'égalité, où elle expose en particulier comment les pouvoirs publics doivent surveiller l'impact de leurs politiques et pratiques et, plus précisément, l'effet de leurs politiques et pratiques en matière d'emploi sur les différents groupes et sur la composition de leur personnel. Les résultats de toute surveillance pratiquée dans le cadre de ce Programme doivent être pris en considération lors de la formulation des politiques.

L'obligation imposée par l'article 75 de la loi d'Irlande du Nord exige que tous les programmes d'égalité des pouvoirs publics et toutes les dispositions de surveillance soient soumis à l'approbation de la Commission d'Irlande du Nord pour l'égalité. Si elle n'est pas satisfaite du programme d'égalité d'une autorité publique ou de ses dispositions en matière de surveillance, l'ECNI peut traduire l'autorité en question devant le Secrétaire d'État à l'Irlande du Nord, qui peut imposer, si nécessaire, un autre programme. L'ECNI peut aussi enquêter sur le degré de respect de l'obligation ou d'un programme spécifique ainsi que sur des plaintes pour non-respect déposées par des individus. Si l'autorité ne prend pas les mesures recommandées par l'ECNI à la suite d'une telle enquête, l'ECNI peut transmettre le dossier au Secrétaire d'État. Une mise en œuvre via un contrôle judiciaire et des mécanismes d'audit est également possible.

²⁹⁸ Les employeurs peuvent classer les individus en fonction de leurs convictions religieuses non seulement déclarées mais aussi « présumées ». Cette disposition a été introduite parce que l'on craignait que des individus puissent hésiter à déclarer leurs convictions par peur de subir des menaces externes et que l'on pensait que, dans ces cas, les employeurs devraient être malgré tout tenus de classer leurs travailleurs pour éviter que des schémas d'exclusion ne se perpétuent.

²⁹⁹ Equality Commission for Northern Ireland, *Annual Report 2000-2001*, p. 25.

³⁰⁰ Voir Sloane, P.J., et D. Mackay, *Employment Equity and Minority Legislation in the UK After Two Decades: A Review*, 23 *International Journal of Manpower* (1997), p. 18.

Les expériences de surveillance au Royaume-Uni ont donné des résultats plutôt mitigés. Une grande enquête menée par la CRE en 2003 a révélé qu'un peu plus d'un tiers seulement des organisations respectaient bien à la fois l'esprit et la lettre des nouvelles obligations imposées par la législation de 2001. Or, la grande majorité des organismes publics avaient publié un programme ou une politique d'égalité raciale³⁰¹. Dans le secteur privé, non soumis à la législation de 2001, 38% des directeurs d'entreprise déclaraient que leur organisation collectait des informations sur le nombre de travailleurs par groupe ethnique, tandis que 22% seulement affirmaient que leur organisation recueillait des informations sur la désignation de fonction ou le grade et sur le groupe ethnique³⁰². Relativement peu d'employeurs du secteur privé respectent les recommandations des commissions pour l'égalité ou ont instauré une surveillance intensive.

Beaucoup s'accordent à dire que les obligations d'égalité en matière d'emploi imposées en Irlande du Nord ont été globalement très efficaces. La Commission des Affaires nord-irlandaises de la Chambre des Communes a noté en 1999 que « le degré de respect des obligations réglementaires de cette loi par les employeurs semble impressionnant »³⁰³. Au vu des résultats, on a aussi tout lieu d'être satisfait : les analyses des relevés de surveillance de l'année 2004 montrent que les déséquilibres antérieurs ont à présent disparu. En effet, la composition de la main-d'œuvre se répartit en 57,7% de protestants et 42,7% de catholiques, tandis que les pourcentages de ces catégories dans la population en âge de travailler sont de 57,3% et 42,7%, respectivement. Ce résultat a été salué comme « un exemple révélateur du potentiel d'une intervention des pouvoirs publics »³⁰⁴.

Expériences de l'UE-25 en matière de handicap. Lorsque des données sont collectées, elles concernent souvent le handicap. Tout d'abord, nombre de pays de l'UE, si pas la plupart, ont adopté des programmes spécifiques de promotion de l'emploi de handicapés et le respect de ces programmes ou l'admissibilité à certaines prestations dans ce contexte exige généralement une documentation appropriée. Ensuite, l'adoption de mesures d'aménagements raisonnables, telle que requise par la directive européenne sur l'égalité en matière d'emploi peut, dans la pratique, exiger la collecte et la conservation de données sur les travailleurs handicapés.

Des allocations ou des subsides peuvent être disponibles soit pour les travailleurs handicapés ou pour les entreprises qui les emploient. C'est notamment le cas en Italie, aux Pays-Bas, en Slovaquie et en Espagne. De nombreux pays ont fixé des quotas spécifiques de travailleurs handicapés. En Hongrie, par exemple, les employeurs sont tenus de payer une cotisation dite de « réhabilitation » au Fonds central du marché de l'emploi s'ils emploient plus de 20 travailleurs et que le pourcentage de handicapés dans leur main-d'œuvre est inférieur à 5%. Par contre, si le pourcentage de handicapés dépasse les 5%, les employeurs ont droit à une subvention. En Allemagne, les entreprises de plus de 20 travailleurs doivent veiller à ce que leur personnel compte au moins 5% de personnes handicapées. À Malte, le quota est de 2%. En Autriche, les entreprises comptant au moins 25 travailleurs sont tenues d'employer au moins une personne handicapée.

Beaucoup de pays, notamment la Belgique, la Finlande et la Lituanie, ont adopté des lois sur les entreprises dites sociales, qui ont droit à un soutien financier de l'État³⁰⁵. Il s'agit d'entreprises dont une importante partie de la main-d'œuvre se compose de handicapés ou de personnes désavantagées sur le marché de l'emploi. La Finlande, par exemple, accorde le statut d'entreprise sociale et les avantages qui en découlent à une entreprise dont le personnel se compose d'au moins 30% de handicapés ou de personnes ayant été des chômeurs de longue

³⁰¹ Joan Stavo-Debauge, Sue Scott: *Rapport final Angleterre*. Projet Medis (mai 2004), p. 48.

³⁰² Voir Dex, Shirley, et Kingsley Purdam, *Equal Opportunities and Recruitment. How Census data can help employers to assess their practices* (York: York Publishing Services, 2005), p. 7, et les références qui y sont citées.

³⁰³ House of Commons Northern Ireland Affairs Committee Fourth Report (1999), paragraphe 48.

³⁰⁴ Avant-propos du Commissaire en chef Bob Collins au Rapport de surveillance n° 15 de 2004 publié par la Commission d'Irlande du Nord pour l'égalité, p. 2. <http://www.equalityni.org/uploads/pdf/MonRepNo15P1.pdf>

³⁰⁵ Le Royaume-Uni a introduit une nouvelle législation sur les « Community Interest Companies » (CIC). Ces entreprises se distinguent des « entreprises sociales » en ce que la CIC est un nouveau type d'entreprise, conçu pour les entreprises sociales qui souhaitent utiliser leurs profits et avoirs dans l'intérêt public. Pour plus d'informations, voir <http://www.dti.gov.uk/cics/>

durée. D'après le Livre vert sur l'esprit d'entreprise, publié par la Commission européenne, les entreprises sociales fournissent 3,5 millions d'emplois dans l'Union européenne³⁰⁶.

À cet égard, on pourrait aussi faire remarquer que certains États membres prévoient, ou à tout le moins autorisent, des aménagements raisonnables relatifs à la religion. Il peut s'agir, par exemple, de la fourniture de menus spéciaux et de la prise de dispositions pour l'observance des fêtes religieuses. De telles mesures peuvent exiger la collecte de données sur la religion.

Beaucoup d'entités, en tant que prestataires de services ou employeurs, doivent recueillir des données à caractère personnel dans l'exercice de fonctions qui ne sont pas directement liées à l'égalité de traitement.

Dans beaucoup d'États membres, notamment au Danemark et en Hongrie, les écoles doivent ou peuvent recueillir des données à caractère personnel relatives à la langue maternelle des élèves aux fins d'organiser l'enseignement dans la langue maternelle et l'enseignement de la langue maternelle³⁰⁷. Le ministère chypriote de l'Éducation tient des registres des enfants inscrits à tous les niveaux d'études à Chypre. Ces enfants sont classés en « Chypriotes grecs », « Grecs » (de Grèce) et « non-hellénophones ». Les « non-hellénophones » sont subdivisés en « Chypriotes turcs » et « autres ». Lors de l'inscription des enfants dans les écoles secondaires d'État, la religion doit être déclarée afin que l'école puisse, sur demande, exempter des cours de religion les enfants qui ne sont pas de religion orthodoxe grecque. Au Portugal, certains pouvoirs organisateurs tiennent des registres sur « les enfants d'origine tsigane » (« *crianças de origem cigana* ») afin de leur garantir la possibilité de changer d'école compte tenu de leur mode de vie itinérant. En Slovaquie, les universités doivent tenir des registres de l'origine ethnique, et les écoles secondaires peuvent le faire.

Dans tous les États membres, les autorités en charge de la santé et les prestataires de services de santé bénéficient généralement de dérogations à l'application des règles sur la protection des données et peuvent traiter des données susceptibles d'être nécessaires pour fournir un traitement médical. De telles données peuvent comprendre des informations sur des handicaps, par exemple.

En dehors des secteurs de l'éducation et des soins de santé, il existe bien d'autres exemples de collecte de données sensibles dans un contexte différent des règlements visant à garantir l'égalité de traitement. Ainsi, en Allemagne et dans quelques autres pays, les employeurs sont tenus de recueillir des données sur l'appartenance religieuse aux fins de la collecte de l'impôt destiné à l'église.

Ce n'est pas parce que des entités des secteurs public et privé peuvent donc collecter des informations sensibles concernant leurs travailleurs ou les utilisateurs de leurs services que, pour autant, elles utilisent, voire sont autorisées à utiliser, ces informations à des fins de surveillance de l'égalité.

³⁰⁶ Commission des Communautés européennes, COM(2003) 27 final, p. 23.

³⁰⁷ Dans certains pays, cette règle s'applique aussi aux jardins d'enfants.

Terence | 1981

Annexe III

Collecte de données par le biais de recensements dans les États membres de l'UE

Le tableau ci-dessous indique quels États membres de l'UE recueillent des données liées aux motifs d'égalité via les recensements de la population³⁰⁸:

Motif de discrimination	Origine ethnique ou nationale	Religion	Âge	Handicap	Orientation sexuelle
Autriche	Non	Oui	Oui	Non	Non
Belgique	Non	Non	Oui	Oui	Non
Chypre	Oui	Oui	Oui	Quelques	Non
Rép. tchèque	Oui	Oui	Oui	Non	Non
Estonie	Oui	Oui	Oui	Oui	Non
France	Non	Non	Oui	Non	Non
Allemagne	Non	Oui	Oui	Oui	Non
Grèce	Quelques-uns ³⁰⁹	Non	Oui	Non	Non
Hongrie	Oui	Oui	Oui	Oui	Non
Irlande	Oui	Oui	Oui	Oui	Non
Italie	Non	Non	Oui	Quelques	Non
Lettonie	Oui	Non	Oui	Non	Non
Lituanie	Oui	Oui	Oui	Oui	Non
Luxembourg	Non	Non	Oui	Non	Non
Malte	Non	Non	Oui	Oui	Non
Pologne	Oui	Non	Oui	Oui	Non
Portugal	Non	Oui	Oui	Oui	Non
Slovaquie	Oui	Oui	Oui	Non	Non
Slovénie	Oui	Oui	Oui	Non	Non
Espagne	Non	Non	Oui	Non	Non
Royaume-Uni	Oui	Oui	Oui	Quelques	Non

Deux clarifications s'imposent à ce stade. Premièrement, ce tableau s'appuie sur des informations glanées dans les recensements. Des pays peuvent collecter des informations par d'autres moyens, tels que registres, mini-recensements ou enquêtes. Les données disponibles sont donc plus nombreuses que ne le révèle ce tableau. Le Danemark, la Finlande, la Suède et les Pays-Bas ne sont pas repris dans ce tableau parce qu'ils ne procèdent plus à des recensements³¹⁰.

Deuxièmement, les questions, variables et catégories utilisées varient d'un pays à l'autre. C'est tout particulièrement le cas pour l'origine ethnique ou l'origine nationale³¹¹. Seuls Chypre, l'Irlande et le Royaume-Uni interrogent directement sur l'origine ethnique³¹². En Estonie, en Hongrie, en Lettonie, en Lituanie, en Pologne, en République tchèque, en Slovaquie et en Slovénie, le questionnaire de recensement ne demande pas « l'origine ethnique » mais la « nationalité », qu'il faut toutefois comprendre en termes ethniques et distinguer de la notion officielle de nationalité. C'est pour cette raison que ce tableau mentionne ces pays comme collectant des données sur l'origine ethnique ou nationale.

³⁰⁸ Ce tableau a été établi sur la base d'une analyse par pays des questionnaires de recensement (le dernier recensement réalisé dans le pays avant juin 2006). L'auteur remercie M. Perttu Salmenhaara pour son aide dans le cadre de la collecte et de l'analyse de ces données.

³⁰⁹ Quelques informations limitées sont recueillies, à savoir si la personne est d'origine grecque et quelle était le lieu de résidence de la mère au moment de la naissance.

³¹⁰ Néanmoins, ces pays recueillent des données proches de celles obtenues par recensement sur la base des registres officiels.

³¹¹ Les questions des recensements portant sur le handicap varient aussi énormément: certaines de ces questions sont assez spécifiques tandis que d'autres sont très générales.

³¹² Le libellé des questions diffère quelque peu. La question sur l'origine ethnique dans le recensement britannique, par exemple, a de fortes connotations raciales, tandis que la question du recensement irlandais demande « l'origine ethnique ou culturelle ».

Le questionnaire de recensement grec demande le lieu de résidence de la mère de la personne concernée au moment de la naissance et si la personne concernée est d'origine grecque. Nombre des pays, si pas tous, interrogent sur la nationalité de la personne concernée et sur son lieu de naissance mais l'inclusion de ces variables n'a pas été considérée suffisante pour pouvoir dire qu'un pays recueille des données sur l'origine ethnique ou nationale.

Le tableau montre que tous les États membres qui procèdent à des recensements collectent des données relatives à l'âge (date de naissance) et qu'une grande majorité recueille des données sur la religion. Une étroite majorité collecte des données sur l'origine nationale ou ethnique et sur le handicap. Actuellement, aucun État membre ne recueille de données sur l'orientation sexuelle, bien que l'introduction d'une question sur l'orientation sexuelle ait été envisagée dans certains pays.

Il convient de garder à l'esprit que la collecte de données sur les groupes concernés par les motifs d'égalité n'entraîne pas nécessairement l'utilisation de ces données aux fins de l'application des lois et politiques anti-discrimination.

Commission européenne

Quantifier les discriminations – Collecte de données et droit européen sur l'égalité

Luxembourg : Office des publications officielles des Communautés européennes

2007 – 109 pp. – 21 x 29,7 cm

ISBN 92-79-03118-X

Comment vous procurer les publications de l'Union européenne?

Vous trouverez les publications de l'Office des publications disponibles à la vente sur le site de l'EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu/>), où vous pourrez passer commande auprès du bureau de vente de votre choix.

Vous pouvez également demander la liste des points de vente de notre réseau mondial par télécopie au (352) 29 29-42758.

