

Discrimination au travail et égalité des chances

Pourquoi le suivi de la diversité culturelle au sein de votre personnel européen n'est pas en contradiction avec le RGPD ?

Auteur : Prof. Lokke Moerel*

Lokke Moerel, professeure de droit des TIC à l'université de Tilburg et avocat chez Morrison & Foerster (Bruxelles), a été invitée à publier un article sur le blog de la FPF. Ce blog est le résumé d'un article académique plus long qui peut être téléchargé [ici](#).

Ce blog invité reflète uniquement l'opinion de son auteure. Les articles invités du blog ne reflètent pas nécessairement les opinions de la FPF.

"On dit que les chiffres gouvernent le monde. Peut-être. Mais je suis sûr que les chiffres nous montrent s'il est bien ou mal gouverné." - Johann Wolfgang von Goethe

I. Introduction

Il est avéré que la discrimination persiste sur le marché actuel du travail,¹ en dépit des lois européennes contre la discrimination et pour l'égalité - telles que la Directive sur l'Égalité Raciale - prohibant de manière expresse les pratiques qui désavantagent les employés en raison de leur origine raciale ou ethnique.² Sur un marché où la pénurie de talents est criante,³ nous voyons les services des ressources humaines se débattre avec la question de savoir comment éliminer la discrimination au travail et créer une culture d'intégration afin de pouvoir recruter et soutenir un effectif de plus en plus diversifié. Aujourd'hui, de nombreuses organisations ont adopté des politiques visant à

* Mme Moerel remercie Annabel Gillham, associée chez Morrison & Foerster à Londres, pour sa précieuse contribution à une version précédente de cet article.

¹ Pour des statistiques récentes, voir "A Union of equality : EU anti-racism action plan 2020-2025", https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/a_union_of_equality_eu_action_plan_against_racism_2020_-2025_en.pdf, p. 2, faisant référence à une large gamme d'enquêtes menées par l'Agence des droits fondamentaux de l'UE indiquant des niveaux élevés de discrimination dans l'UE, avec le niveau le plus élevé sur le marché du travail (29%), à la fois en ce qui concerne la recherche d'un emploi mais aussi au travail.

² Voir, en particulier, la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'**égalité de traitement** entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ("**directive sur l'égalité raciale**"), *Journal officiel* L 180, 19/07/2000 P. 0022-0026. La lutte contre la discrimination et les autres types d'intolérance au niveau européen repose sur un cadre juridique communautaire établi, basé sur un certain nombre de dispositions des traités européens (articles 2 et 9 du traité sur l'Union européenne (TUE), articles 19 et 67(3) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), et les principes généraux de non-discrimination et d'égalité, également réaffirmés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (en particulier, les articles 20 et 21).

³ WEF, Jobs of Tomorrow, Mapping Opportunity in the New Economy, Jan. 2020 ("**Rapport WEF**"), [WEF_Jobs_of_Tomorrow_2020.pdf](#) (weforum.org). Voir aussi [ici](#).

promouvoir la *diversité, l'équité et l'inclusion (DEI)* en leur sein et ont dès lors besoin de suivre et d'évaluer leurs efforts en matière de DEI.

En l'absence d'un suivi adéquat, les efforts en matière de DEI peuvent s'avérer vains, voire même contre-productifs.⁴ Pour prendre un exemple simple, l'on sait que le mentorat informel est un facteur important pour les promotions internes, mais qu'il est moins disponible pour les femmes et les minorités.⁵ Les organisations qui mettent en place un programme formel de mentorat interne pour remédier à ce déséquilibre souhaiteraient pouvoir vérifier si le programme attire les minorités et atteint son objectif de promotion de l'équité. Si ce n'est pas le cas, le programme pourrait involontairement ne faire qu'exacerber les inégalités existantes. Un suivi est donc nécessaire pour évaluer si le mentorat se traduit effectivement par des promotions plus équitables au sein du personnel ou si des modifications doivent être apportées au programme.

La question cruciale que doivent se poser les dirigeants d'entreprise est la suivante :
Voulons-nous vraiment attendre d'être poursuivis en justice pour apprendre que notre bilan en matière de DEI est problématique ?

**Harvard Business Review,
Juillet 2022**

Les organisations hésitent à contrôler ces politiques dans l'UE en raison d'un mythe apparemment persistant selon lequel le règlement général sur la protection des données 2016/679 de l'UE (**RGPD**) interdirait de telles pratiques. Cet article montre que c'est en fait l'inverse. Lorsque la discrimination, l'absence d'égalité des chances ou l'inégalité salariale au travail sont omniprésentes, le contrôle des données DEI est un prérequis pour que les employeurs puissent se conformer aux lois anti-discrimination et pour l'égalité des salariés, et se défendre de manière appropriée contre toute réclamation.⁶

Pour des raisons historiques,⁷ la collecte de données raciales ou ethniques est considérée comme particulièrement sensible dans de nombreux États membres de l'UE. Les lois européennes sur la

⁴ Pour une liste d'exemples de raisons pour lesquelles les politiques de diversité peuvent échouer : <https://hbr.org/2016/07/why-diversity-programs-fail>. Voir également Data-Driven Diversity (hbr.org) : "Selon Iris Bohnet, de la Harvard Kennedy School, les entreprises américaines dépensent environ 8 milliards de dollars par an pour la formation à l'IED, mais accomplissent remarquablement peu de choses. Ce phénomène n'est pas nouveau : Une étude influente menée en 2006 par Alexandra Kalev, Frank Dobbin et Erin Kelly a révélé que de nombreux programmes d'éducation à la diversité n'entraînaient que peu ou pas d'augmentation de la représentation des femmes et des minorités dans le management."

⁵ La recherche montre que le manque de réseaux sociaux, de mentorat et de parrainage est un facteur limitant pour la promotion des femmes, mais cela est encore plus vrai pour la diversité culturelle, en raison de l'absence d'un "réseau social de liaison", un réseau qui permet d'établir des liens avec d'autres groupes sociaux, voir Putnam, R.D. (2007) "E Pluribus Unum : Diversity and Community in the Twenty-first Century", *Scandinavian Political Studies*, 30 (2), pp. 137-174. Alors que les hommes blancs ont tendance à trouver des mentors par eux-mêmes, les femmes et les minorités ont plus souvent besoin de l'aide de programmes formels. L'introduction du mentorat formel donne des résultats concrets : <https://hbr.org/2016/07/why-diversity-programs-fail>.

⁶ La citation est tirée de <https://hbr.org/2022/03/data-driven-diversity>.

⁷ Historiquement, il y a eu des cas d'utilisation abusive des données collectées par les bureaux nationaux de statistiques (et d'autres), avec des conséquences extrêmement préjudiciables pour les droits humains, voir Luebke, D. & Milton, S. 1994, "Locating the Victim : An Overview of Census-Taking, Tabulation Technology, and Persecution in Nazi Germany". *IEEE Annals of the History of Computing*, Vol. 16 (3). Voir également W. Seltzer et M. Anderson, "The dark side of numbers : the role of population data systems in human rights abuses", *Social Research*, Vol. 68, No. 2 (été 2001), les auteurs rapportent que pendant la Seconde Guerre mondiale, plusieurs pays européens, dont la France, l'Allemagne, les Pays-Bas, la Norvège, la Pologne et la Roumanie, ont abusé des systèmes d'enregistrement de la population pour aider les nazis à persécuter les Juifs,

protection de la vie privée prévoient un régime spécial pour la collecte de catégories de données sensibles telles que les données révélant l'origine raciale ou ethnique, le handicap et la religion, sur la base d'un présupposé sous-jacent selon lequel la collecte et le traitement de ces données augmentent le risque de discrimination.

Toutefois, lorsque l'origine raciale ou ethnique est un fait "visible" pour les recruteurs et les responsables hiérarchiques, les personnes appartenant à des groupes minoritaires peuvent faire l'objet d'une discrimination *sans qu'aucune* donnée ne soit enregistrée. Ce n'est donc qu'en enregistrant les données qu'une discrimination potentielle peut être révélée et que les biais peuvent être éliminés des pratiques existantes.⁸

L'origine raciale, comme le sexe, est une question de fait... Les registres ethniques doivent donc être considérés comme un outil essentiel pour parvenir à l'égalité raciale, car sans eux, il serait difficile d'établir la nature ou l'étendue de l'inégalité, les domaines où l'action est la plus nécessaire et si les mesures visant à réduire l'inégalité sont couronnées de succès.

Commission britannique pour l'égalité raciale, 2000

Une question similaire a été soulevée lors de l'utilisation d'outils basés sur l'intelligence artificielle (IA). Il est souvent évoqué dans l'actualité que le déploiement d'algorithmes aboutit à des résultats discriminatoires.⁹ Si les algorithmes d'auto-apprentissage sont discriminatoires, ce n'est pas parce qu'il y a une erreur dans l'algorithme, mais parce que les données utilisées pour former l'algorithme sont "biaisées". Ce n'est que lorsque l'on sait quels individus appartiennent à des groupes vulnérables que les biais au sein des données peuvent être rendus transparents et que les algorithmes peuvent être entraînés correctement.¹⁰ Ici aussi, ce n'est pas l'enregistrement des données sensibles

qui est le problème ; ce sont les humains qui font de la discrimination, et l'enregistrement des données *permet de détecter* ce biais. Les organisations doivent savoir que le principe de « loyauté » prévu par le RGPD ne peut pas être respecté sans conscience. En d'autres termes, **l'ignorance de la race** n'est pas **la neutralité face aux races**, et **l'ignorance** n'est pas synonyme de **loyauté**. Le fait que des

les Tziganes et d'autres groupes de population. Aux Pays-Bas, le taux de mortalité de la population juive a atteint 73 %. Aux États-Unis, l'utilisation abusive de données démographiques sur les Amérindiens et les Américains d'origine japonaise pendant la Seconde Guerre mondiale est bien documentée. En Union soviétique, des microdonnées (y compris des noms et des adresses spécifiques) ont été utilisées pour cibler des populations minoritaires en vue d'une migration forcée et d'autres violations des droits humains. Au Rwanda, les catégories de tribus Hutu et Tutsi introduites dans le système d'enregistrement par l'administration coloniale belge dans les années 1930 ont été utilisées pour planifier les massacres de 1994 et y contribuer.

⁸ La citation est tirée de la Commission pour l'égalité raciale (2000), Why Keep Ethnic Records ? Questions et réponses pour les employeurs et les employés (Londres, Commission for Racial Equality).

⁹ Aux États-Unis, par exemple, les "outils de prédiction de la criminalité" se sont révélés discriminatoires à l'égard des minorités ethniques. La police a arrêté et fouillé davantage de minorités ethniques et, par conséquent, ce groupe a également fait l'objet d'un plus grand nombre de condamnations. Si vous utilisez ces données pour former un algorithme, celui-ci attribuera un score de risque plus élevé à ce groupe. La discrimination par les algorithmes est donc le reflet d'une discrimination qui a déjà lieu "sur le terrain". <https://www.cnsnews.com/news/article/barbara-hollingsworth/coalition-predictive-policing-supercharges-discrimination>.

¹⁰ Voir L. Moerel, "Algorithms can reduce discrimination, but only with proper data," Op-ed IAPP Privacy Perspectives, Nov. 16, 2018, <https://iapp.org/news/a/algorithms-can-reduce-discrimination-but-only-with-proper-data/>.

données sensibles puissent être légitimement collectées à ces fins en vertu de la loi européenne sur la protection des données¹¹ est explicitement prévu dans la proposition de loi sur l'IA.¹²

Il n'est donc pas surprenant que les groupes d'intérêts minoritaires qui représentent les groupes dont la protection de la vie privée est réellement en jeu, plaident activement en faveur de cette collecte de données et de ce suivi. De même, les institutions européennes et internationales considèrent sans équivoque que la collecte des données DEI est indispensable à des fins de suivi et d'établissement de rapports pour lutter contre la discrimination. Les institutions de l'UE confirment en outre explicitement que le RGPD ne doit pas être considéré comme un obstacle empêchant la collecte des données sur les DEI, mais qu'il fixe au contraire les conditions dans lesquelles la collecte et le traitement de ces données sont autorisés.

À partir de 2024, les grandes entreprises de l'UE seront soumises à des obligations d'information sur le respect des normes environnementales, sociales et de gouvernance (**ESG**) en vertu de la future Directive européenne sur l'Information en matière de Développement Durable des Entreprises (**CSRD**). Cette directive exige des entreprises qu'elles rendent compte des effets négatifs réels ou potentiels sur leur personnel en matière d'égalité de traitement et d'opportunités, qui sont difficiles à mesurer sans la collecte et le suivi des données DEI.

Actuellement, la réglementation de la collecte et du traitement des données DEI est principalement du ressort des États membres. Les lois européennes relatives à la lutte contre la discrimination et à l'égalité n'imposent pas aux organisations l'obligation de collecter les données DEI à des fins de suivi, mais elles n'interdisent pas non plus la collecte de ces données. En l'absence d'exigence ou d'interdiction expresse, le traitement des données DEI est régi par le RGPD. Le RGPD laisse aux États membres de larges pouvoirs discrétionnaires pour fixer, dans leur législation nationale, les bases légales pour le traitement des données DEI à des fins de suivi. Dans la pratique, la plupart des États membres n'ont toutefois **pas** saisi l'occasion offerte par le RGPD pour prévoir une base juridique spécifique dans leur législation nationale pour le traitement des données raciales ou ethniques à des fins de suivi (à quelques exceptions notables près).¹³ Par conséquent, la collecte et le traitement des

¹¹ Voir également les orientations du commissaire britannique à l'information (ICO) sur l'IA et la protection des données, *Guidance on AI and data protection* | ICO. Dans des publications antérieures, j'ai fait valoir que le régime spécifique de traitement des données sensibles prévu par le RGPD n'avait plus de sens. Il est de plus en plus difficile de savoir si des éléments de données spécifiques sont sensibles. L'accent devrait plutôt être mis sur la question de savoir si l'utilisation de ces données est sensible. Le traitement de données raciales et ethniques en vue d'éliminer la discrimination sur le lieu de travail est un exemple d'utilisation non sensible, à condition que des mesures techniques et organisationnelles strictes soient mises en œuvre pour garantir que les données ne sont pas utilisées à d'autres fins. Voir <https://iapp.org/news/a/RGPD-conundrums-processing-special-categories-of-data/> et <https://iapp.org/news/a/11-drafting-flaws-for-the-ec-to-address-in-its-upcoming-RGPD-review/>.

¹² L'article 10(2) sub. 5 du projet de loi sur l'IA autorise la collecte de catégories spéciales de données à des fins de contrôle des préjugés, à condition que des garanties appropriées soient mises en place, telles que la pseudonymisation.

¹³ Une exception notable est le Royaume-Uni qui, bien avant sa sortie de l'UE, a légiféré pour la collecte de données raciales et ethniques afin de répondre aux exigences de *la condition d'intérêt public substantiel à des fins d'"égalité des chances ou de traitement"* et de *"diversité raciale et ethnique aux niveaux supérieurs"* et a également prévu des critères pour le traitement des données ethniques à des fins statistiques, voir l'annexe 1 de la loi britannique sur la protection des données de 2018 (héritée de son prédécesseur, la loi sur la protection des données de 1998), et le guide du commissaire britannique à l'information (ICO) sur les données de catégorie spéciale de 2018. L'annexe 1 prévoit également des critères spécifiques pour répondre aux

données DEI à des fins de suivi se font sur une base volontaire, les employés étant invités à répondre à des enquêtes basées sur l'auto-identification. Cela est conforme au RGPD, qui prévoit une exception générale permettant aux organisations de traiter les données DEI sur la base du consentement explicite des personnes concernées, à condition que les États membres n'aient pas exclu cette option dans leur législation nationale. Dans la pratique, les États membres n'ont pas fait usage de ce pouvoir discrétionnaire ; ils n'ont pas exclu la possibilité de s'appuyer sur le consentement explicite pour la collecte des données DEI. Le consentement explicite reste donc une option valable, mais aussi la seule pratiquement viable, pour collecter les données DEI à des fins de suivi.¹⁴ Les textes encadrant la protection des droits humains et le RGPD facilitent ce suivi, à condition qu'il y existe des garanties pour protéger l'utilisation abusive des données pertinentes conformément aux exigences de minimisation des données et de *respect de la vie privée dès la conception*.¹⁵ Nous assistons aujourd'hui au développement de bonnes pratiques sur la manière de suivre les données DEI tout en limitant l'impact sur la vie privée des employés, et ce à juste titre. Dans la littérature, la collecte de données raciales ou ethniques à des fins de contrôle est décrite à juste titre comme "une nécessité problématique, un processus qui nécessite lui-même un contrôle constant".¹⁶

2. Vers une obligation de surveillance de la discrimination sur le lieu de travail

Lorsque la discrimination sur le lieu de travail est omniprésente, le suivi des données DEI pour quantifier la discrimination est essentiel afin que les employeurs puissent se conformer aux lois anti-discrimination et sur l'égalité. Comme indiqué ci-dessus, la Directive relative à l'Égalité Raciale ne prévoit pas d'obligation générale de collecter, d'analyser et d'utiliser les données DEI. Cette directive prévoit toutefois un renversement de la charge de la preuve.¹⁷ Lorsqu'un plaignant établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination, il incombe à l'employeur de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement. Lorsque la discrimination au travail est généralisée, il sera facile d'établir une présomption et il incombera à l'employeur de la réfuter, ce qui

exigences de la condition relative aux fins statistiques. Voir ici. Une autre exception est constituée par les Pays-Bas, qui autorise un traitement limité des données raciales et ethniques (limité au pays de naissance et aux pays de naissance des parents ou des grands-parents) pour des raisons d'*intérêt public majeur*.

¹⁴ Par exemple, aux Pays-Bas, il est généralement admis que la collecte de données sur les DEI peut se faire sur une base volontaire. Voir le Conseil économique et social néerlandais, "Meten is Weten, zicht op effecten van diversiteits- en inclusiebeleid," Charter Document, pp. 7-10, Dec. 2021. Voir également le rapport intitulé "Het moet wel werken", p. 30, <https://goldschmeding.foundation/wp-content/uploads/Rapport-Het-Moet-Wel-Werken-Vergelijkende-analyse-juli-2021.pdf>.

¹⁵ Le Manuel européen sur les données relatives à l'égalité (2016) donne un aperçu complet de la manière dont les données relatives à l'égalité peuvent être collectées, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/cd5d60a3-094d-11e7-8a35-01aa75ed71a1/language-en> ; Groupe de haut niveau de l'UE sur la non-discrimination, l'égalité et la diversité, "Lignes directrices sur l'amélioration de la collecte et de l'utilisation des données relatives à l'égalité", 2021, https://commission.europa.eu/system/files/2022-02/guidance_note_on_the_collection_and_use_of_equality_data_based_on_racial_or_ethnic_origin_final.pdf. Voir également les rapports énumérés dans la note de bas de page précédente.

¹⁶ Bonnett et Carrington 2000, p. 488.

¹⁷ Article 8 de la directive sur l'égalité raciale.

sera difficile en l'absence de collecte de données et de contrôle. L'argument selon lequel le RGPD n'autorise pas le traitement de ces données ne dispensera pas l'employeur de la charge de la preuve. Voir, dans le même ordre d'idées, *Comité européen des droits sociaux, Centre européen des droits des Roms c. Grèce*¹⁸ :

« **Collecte de données**

27. Le Comité note que, dans le cadre de son souhait d'évaluer l'allégation de discrimination à l'égard des Roms formulée par l'organisation plaignante, le gouvernement a déclaré jusqu'à récemment qu'il n'était pas en mesure de fournir une quelconque estimation de la taille des groupes concernés. Pour justifier sa position, il se réfère à des obstacles juridiques et plus particulièrement constitutionnels. Le Comité considère que lorsque la collecte et le stockage de données à caractère personnel [sont] empêchés pour de telles raisons, mais qu'il est également généralement admis qu'un groupe particulier est, ou pourrait être, victime de discrimination, il incombe aux autorités de trouver d'autres moyens d'évaluer l'ampleur du problème et les progrès accomplis en vue de sa résolution, non soumis à de telles restrictions constitutionnelles. »

Depuis 1989¹⁹, toutes les institutions européennes et internationales concernées ont, de manière de plus en plus urgente, publié des déclarations selon lesquelles la collecte de données DEI à des fins de suivi et d'établissement de rapports est indispensable à la lutte contre la discrimination.²⁰ Voir, par exemple, le Plan d'action de l'UE contre le racisme 2020-2025²¹ (le "**Plan d'action**") dans lequel la Commission européenne déclare explicitement :

« Des données précises et comparables sont essentielles pour permettre aux décideurs politiques et au public d'évaluer l'ampleur et la nature des discriminations subies et pour concevoir, adapter, suivre et évaluer les politiques. Pour ce faire, il est nécessaire de ventiler les données par origine ethnique ou raciale.²² »

¹⁸ Plainte n° 15/2003, décision sur le fond, 8 décembre 2004, § 27.

¹⁹ Voir, par exemple, la Recommandation de politique générale n° 4 de l'ECRI sur les enquêtes nationales sur l'expérience et la perception de la discrimination et du racisme du point de vue des victimes potentielles, adoptée le 6 mars 1998.

²⁰ Voir le rapport préparé pour la Commission européenne, "Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union Data collection in the field of ethnicity", 2017, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/cd5d60a3-094d-11e7-8a35-01aa75ed71a1#:~:text=The%20European%20Handbook%20on%20Equality,to%20achieve%20progress%20towards%20equality>. Par exemple, le Manuel européen sur les données relatives à l'égalité, datant initialement de 2007, indiquait déjà que "le suivi est peut-être la mesure la plus efficace qu'une organisation puisse prendre pour s'assurer qu'elle est en conformité avec les lois sur l'égalité". Le manuel a été mis à jour en 2016 et fournit un aperçu complet de la manière dont les données sur l'égalité peuvent être collectées, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/cd5d60a3-094d-11e7-8a35-01aa75ed71a1/language-en>.

²¹ Plan d'action de l'UE contre le racisme 2020-2025, p. 15.

²² Voir une déclaration plus longue mais similaire dans le rapport 2021 de la Commission européenne évaluant la directive sur l'égalité raciale, p. 14, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/report_on_the_application_of_the_racial_equality_directive_and_the_employment_equality_directive_en.pdf.

Dans le plan d'action, la Commission européenne note que les données sur l'égalité restent rares, "certains États membres collectant de telles données *tandis que d'autres évitent sciemment cette approche*". Le plan d'action prévoit ensuite des mesures importantes pour garantir la collecte de données fiables et comparables sur l'égalité au niveau européen et national.²³

Nous ne pouvons suivre les progrès que si nous disposons de données ventilées par le sexe, l'âge, la race, l'origine ethnique, le revenu, le statut migratoire, le handicap et les autres caractéristiques liées aux motifs de discrimination interdits par la législation sur les droits humains. Ce n'est qu'en suivant les progrès réalisés par les différents groupes de population, dans tous les pays, que nous pourrions nous assurer que personne n'est laissé pour compte.

**Zeid Ra'ad Al Hussein,
Haut-Commissaire des Nations unies
aux droits humains (2018)**

Au niveau international, l'Organisation des Nations unies (**ONU**) adopte une approche encore plus forte, considérant que la collecte de données DEI permettant l'obtention d'information non agrégées pour différents groupes de population fait partie des obligations des gouvernements en matière de droits humains. Voir le rapport 2018 de l'ONU, "Une approche des données fondée sur les droits humains, ne laisser personne de côté dans l'agenda 2030 pour le développement durable" (le "**rapport de l'ONU**")²⁴.

La collecte de données non agrégées, qui permettent de comparer les groupes de population, sont au cœur de l'approche fondée sur les droits humains et font partie des obligations des États en matière de droits humains.²⁵ Les

données peuvent renseigner sur l'ampleur d'éventuelles inégalités et discriminations.

Le rapport de l'ONU note que cela était implicite dans les traités antérieurs, mais que « les traités adoptés plus récemment font spécifiquement référence à la nécessité de collecter des données et des statistiques non agrégées. Voir, par exemple, l'article 31 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées ». ²⁶

Bon nombre des rapports susmentionnés indiquent explicitement que le RGPD ne devrait pas constituer un obstacle à la collecte de ces données. Par exemple, en 2021, le Groupe de haut niveau de l'UE sur la non-discrimination, l'égalité et la diversité a publié des « lignes directrices sur

²³ Plan d'action de l'UE contre le racisme 2020-2025, p. 21, en référence à : Niall Crowley, Making Europe more Equal : A Legal Duty ? https://www.archive.equineteurope.org/IMG/pdf/positivequality_duties-finalweb.pdf, qui fait état des États membres prévoyant déjà une telle obligation légale positive. Voir p. 16 pour un aperçu des obligations préventives explicites exigeant des organisations qu'elles prennent des mesures non spécifiées pour prévenir la discrimination, déplaçant la responsabilité d'agir des personnes victimes de discrimination vers les employeurs. Ces obligations peuvent stimuler l'introduction de nouvelles politiques, procédures et pratiques organisationnelles sur ces questions.

²⁴ <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/HRIndicators/GuidanceNoteonApproachtoData.pdf>

²⁵ Par exemple, la cible 17.18 de l'Agenda 2030 demande que les indicateurs des objectifs de développement social soient ventilés en fonction du revenu, du sexe, de l'âge, de la race, de l'appartenance ethnique, du statut migratoire, du handicap, de la situation géographique et d'autres caractéristiques pertinentes dans les contextes nationaux.

²⁶ <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/HRIndicators/GuidanceNoteonApproachtoData.pdf>, p. 15, note de bas de page 27.

l'amélioration de la collecte et l'utilisation des données relatives à l'égalité », ²⁷ qui indiquent explicitement :

« Parfois, les exigences en matière de protection des données sont comprises comme interdisant la collecte de données à caractère personnel telles que l'origine ethnique, la religion ou l'orientation sexuelle d'une personne. Cependant, comme le montre l'explication ci-dessous, le règlement général européen sur la protection des données (RGPD), qui est directement applicable dans tous les États membres de l'UE depuis mai 2018, établit les conditions dans lesquelles la collecte et le traitement de ces données [sont] autorisés. »

Le rapporteur spécial des Nations Unies sur l'extrême pauvreté et les droits humains a même estimé que la Commission européenne devrait engager une procédure d'infraction lorsqu'un État membre continue d'interpréter de manière erronée les lois sur la protection des données comme n'autorisant pas la collecte de données sur la base de l'origine raciale et ethnique. ²⁸

Le cinquième mythe est que le RGPD exclut les données relatives à l'égalité. Il s'agit d'un mythe dangereux, qui est parfois instrumentalisé et utilisé comme excuse. Le RGPD est en réalité un instrument plus sophistiqué qu'on ne le pense et il est essentiel de consulter les autorités chargées de la protection des données lors de l'élaboration des politiques relatives à la collecte des données.

Michael O'Flaherty,
Directeur de l'agence des droits
fondamentaux (ADF) (2021)

À la lumière de ce qui précède, les employeurs qui se réfèrent aux exigences du RGPD pour éviter de collecter des données DEI à des fins de suivi peuvent apparaître comme étant davantage guidés par le souhait d'éviter le contrôle de leur organisation que par de véritables préoccupations pour la vie privée de leurs employés. ²⁹ Les employés dont le respect de la vie privée est en jeu sont précisément ceux qui sont potentiellement exposés à la discrimination. Au risque d'énoncer une évidence, invoquer le RGPD comme fondant une interdiction de la collecte de données DEI avec pour résultat que les organisations évitent ou sont empêchées de détecter la discrimination des groupes concernés, va à l'encontre de l'objectif même du

RGPD. Le RGPD vise à préserver la vie privée des employés tout en les protégeant contre la discrimination.

²⁷ Groupe de haut niveau de l'UE sur la non-discrimination, l'égalité et la diversité, "Lignes directrices sur l'amélioration de la collecte et de l'utilisation des données relatives à l'égalité", 2021, p.11, https://commission.europa.eu/system/files/2022-02/guidance_note_on_the_collection_and_use_of_equality_data_based_on_racial_or_ethnic_origin_final.pdf.

²⁸ Nations unies, Déclaration de fin de mission sur la Roumanie, Professeur Philip Alston, rapporteur spécial du Conseil des droits humains des Nations unies sur l'extrême pauvreté et les droits humains, <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16737&LangID=E#sthash.42v5AeFT.dpuf>.

²⁹ La citation est tirée de Michael O'Flaherty, directeur de l'Agence des droits fondamentaux (FRA), Equality data round table report, 30 décembre 2021, https://commission.europa.eu/system/files/2021-12/roundtable-equality-data_post-event-report.pdf.

« Sans mesurer et quantifier l'ampleur des discriminations et des inégalités en Europe, il devient très difficile de s'y attaquer efficacement. Les données relatives à l'égalité peuvent constituer de puissants outils de lutte contre la discrimination et l'exclusion, en mettant en lumière la situation des groupes exposés au risque de discrimination. C'est pourquoi nous demandons davantage de données pour mesurer la discrimination et garantir l'égalité des résultats. »

**Réseau européen contre le racisme,
déclaration politique sur le site web**

Il n'est pas surprenant que les groupes d'intérêts minoritaires, qui représentent les groupes dont la vie privée est réellement en jeu, plaident activement en faveur d'une telle collecte de données et d'un tel contrôle.³⁰ En fait, ce qui les préoccupe dans la collecte des données DEI à des fins de contrôle, c'est que ces groupes ne se sentent souvent pas représentés dans la **catégorisation** des données collectées.³¹ Si ces catégories sont trop génériques ou ne permettent pas de distinguer des inégalités qui s'entrecroisent (comme le fait d'être une femme et d'appartenir à une minorité), certains groupes spécifiques vulnérables risquent de ne pas être pris en compte dans le suivi du DEI et donc de rester hors du champ des mesures potentielles de la politique DEI. Il est

largement reconnu que la *définition des catégories* peut déjà représenter un biais, et l'un des principes fondamentaux des droits humains, pertinent pour la collecte des données DEI, est d'impliquer les parties prenantes minoritaires concernées dans un processus ascendant de sélection des indicateurs (le principe des droits humains de la participation),³² et aussi de s'assurer que la collecte des données est basée sur le principe de *l'auto-identification*, qui exige que les enquêtes permettent toujours des réponses libres (y compris l'absence de réponse) ainsi que l'indication d'identités multiples (voir la section 4 sur le principe des droits humains de l'auto-identification).

3. Rapports ESG

Dans le cadre du futur CSRD,³³ les grandes entreprises³⁴ seront soumises à des obligations d'information sur les questions ESG à partir de 2024 (c'est-à-dire dans leurs rapports annuels publiés

³⁰ Voir la déclaration politique sur le site web du Réseau européen contre le racisme (ENAR) ; ainsi que la déclaration datée du 28 septembre 2022 publiée par Equal@Work Partners appelant l'UE à mettre en œuvre des cadres juridiques propices qui apporteront une certitude opérationnelle et juridique aux organisations désireuses de mettre en œuvre des mesures de collecte de données sur l'égalité sur la base de la race, de l'appartenance ethnique et d'autres catégories connexes. <https://www.enar-eu.org/about/equality-data>. Voir également ici.

³¹ Pour un excellent article sur toutes les questions liées à la catégorisation ethnique, voir Bonnett, A., & Carrington, B. (2000), "Fitting into categories or falling between them ? Rethinking ethnic classification", *British Journal of Sociology of Education*, 21(4), pp. 487-500.

³² Haut-Commissariat des Nations unies aux droits humains (HCDH), "Indicateurs des droits humains, Guide de mesure et de mise en œuvre", 2012 (Guide du HCDH), chapitre III, sous A (Considérations éthiques, statistiques et relatives aux droits humains dans la sélection des indicateurs), p. 46. A (Considérations éthiques, statistiques et relatives aux droits humains dans la sélection des indicateurs), p. 46. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Human_rights_indicators_en.pdf.

³³ Voir la directive sur les rapports de durabilité des entreprises (10 novembre 2022), au point (4) de l'article 1, disponible ici.

³⁴ Les nouvelles exigences de l'UE en matière de rapports sur le développement durable s'appliqueront à toutes les grandes entreprises qui remplissent deux des trois critères suivants : plus de 250 employés, 40 millions d'euros de chiffre d'affaires net et plus de 20 millions d'euros de bilan, qu'elles soient ou non cotées en bourse. Des normes moins strictes s'appliqueront aux petites et moyennes entreprises cotées en bourse.

en 2025).³⁵ La Commission européenne est chargée de définir les normes d'information et a demandé au Groupe consultatif pour l'information financière en Europe (**EFRAG**) de formuler des recommandations pour ces normes. En novembre 2022, l'EFRAG a publié le premier projet de normes. La Commission européenne consulte actuellement les organes compétents de l'UE et les États membres, avant d'adopter les normes sous la forme d'actes délégués en juin 2023.

L'un des projets prévoit une norme de reporting sur le personnel d'une entreprise (European Sustainability Reporting Standard S1 (**ESRS S1**)).³⁶ Cette norme exige une explication générale de l'approche adoptée par l'entreprise pour identifier et gérer tout impact matériel, réel et potentiel sur son propre personnel en matière *d'égalité de traitement et d'opportunités pour tous*, y compris "l'égalité des sexes et l'égalité de rémunération pour un travail de valeur égale" et la "diversité". D'après les définitions de l'ESRS S1, il est clair que "l'égalité de traitement" exige qu'il n'y ait "aucune discrimination directe ou indirecte fondée sur des critères tels que le sexe et l'origine raciale ou ethnique" ; "l'égalité des chances" fait référence à l'accès égal et non discriminatoire aux possibilités d'éducation, de formation, d'emploi, de développement de carrière et d'exercice du pouvoir sans qu'aucun individu ne soit désavantagé sur la base de critères tels que le sexe et l'origine raciale ou ethnique.

L'ESRS S1 contient un chapitre spécifique sur les mesures et les objectifs, qui exige la **publication** obligatoire de mesures sur un ensemble de caractéristiques spécifiques du personnel d'une entreprise, y compris le sexe, mais pas l'origine raciale ou ethnique.³⁷ Toutefois, à la lecture de toutes ces normes, il est difficile d'imaginer comment les entreprises pourraient se conformer aux normes sans collecter et contrôler **en interne** les données DEI.

Par exemple, les exigences générales de divulgation de l'ESRS S1 imposent à l'entreprise de divulguer toutes ses politiques relatives à l'égalité de traitement et des chances,³⁸ , y compris :

« d) si et comment ces politiques sont mises en œuvre par le biais de procédures spécifiques afin de garantir la prévention, l'atténuation et l'action contre la discrimination lorsqu'elle est détectée, ainsi que la promotion de la diversité et de l'inclusion en général. »

Il est difficile de comprendre comment les entreprises peuvent se conformer à l'obligation de communiquer les informations visées à la clause (d), qui exige d'indiquer **comment** les politiques sont

³⁵ Voir l'article 1 (Modifications de la directive 2013/34/UE) sub. (8), qui introduit un nouveau chapitre 6a, Normes d'information sur le développement durable, en vertu duquel la Commission européenne adoptera un acte délégué, précisant les informations que les entreprises doivent publier sur les facteurs sociaux et humains, qui comprennent l'égalité de traitement et de chances pour tous, y compris les dispositions relatives à la diversité.

³⁶ Voir European Financial Reporting Advisory Group, Draft European Sustainability Reporting Standard S1 Own Workforce, Nov. 2022, [ici](#)

³⁷ La version initiale de l'ESRS S1 publiée par l'EFRAG pour consultation publique comprenait une exigence de déclaration publique du nombre total de "salariés appartenant à des groupes vulnérables, lorsque cela est pertinent et qu'il est légalement permis de le déclarer" (voir l'exigence de déclaration 11), Télécharger ([efrag.org](#)). Cette exigence a été supprimée des projets de normes présentés par l'EFRAG à la Commission européenne.

³⁸ Voir S1-1 - Politiques relatives au personnel propre.

prises en œuvre **pour garantir la prévention, l'atténuation et l'action en cas de détection d'une discrimination**, sans collecter des données DEI.

L'ESRS S1 clarifie en outre la manière dont les informations fournies au titre de l'ESRS S1 sont liées aux informations fournies au titre de l'ESRS S2, qui inclut des informations lorsque les impacts potentiels sur personnel d'une entreprise ont un impact sur la stratégie et le(s) modèle(s) économique(s) de l'entreprise. Voir aussi :

Annexe B.1 du document S1 sur les exigences d'application pour les informations liées à l'ESRS 2, qui comprend :

"**Diversité** : Représentation des femmes et/ou des groupes ethniques ou des minorités dans son propre effectif. Répartition des âges au sein de l'effectif. Pourcentage de personnes handicapées au sein de l'effectif propre »

Annexe B.4 : Exigences d'application pour l'ESRS S1-5 "Objectifs liés à la gestion des impacts négatifs importants, à la promotion des impacts positifs et à la gestion des risques et opportunités importantes" qui inclut :

"**Diversité** : Augmenter le % de groupes sous-représentés au sein du personnel et de l'encadrement supérieur »

Sur la base des obligations de *reporting* susmentionnées, la collecte et le contrôle des données DEI seront nécessaires, ce qui constitue une base juridique en vertu du RGPD pour la collecte de ces données, à condition que les autres dispositions du RGPD soient respectées ainsi que les principes plus larges des droits humains. Avant de présenter les exigences du RGPD, nous résumons brièvement les principes généraux des droits humains qui s'appliquent à la collecte des données DEI à des fins de suivi.

4. Les principes des droits humains

Les trois grands principes des droits humains relatifs aux processus de collecte de données sont l'auto-identification, la participation et la protection des données.³⁹ Le principe d'auto-identification exige que les personnes aient la possibilité de s'identifier elles-mêmes lorsqu'elles sont confrontées à une question visant à obtenir des informations personnelles sensibles les concernant. Dès 1990, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a déclaré que l'identification en tant que membre d'un groupe ethnique particulier "doit, sauf justification contraire, être fondée sur l'auto-identification de l'intéressé".⁴⁰ Un sentiment personnel d'identité et d'appartenance ne peut en principe être limité ou contredit par une identité imposée par le gouvernement et ne doit pas être attribué par imputation ou

³⁹ Guide du HCDH, p. 46, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Human_rights_indicators_en.pdf.

⁴⁰ Recommandation générale 8, Appartenance à des groupes raciaux ou ethniques sur la base de l'auto-identification, 1990, <https://www.legal-tools.org/doc/2503f1/pdf/>.

par procuration. Cela signifie que toutes les questions sur l'identité personnelle, qu'elles soient posées dans le cadre d'enquêtes ou de données administratives, doivent permettre des réponses libres (y compris l'absence de réponse) ainsi que des identités multiples.⁴¹ En outre, en raison de la nature sensible des questions portant sur les caractéristiques de la population, les personnes collectant les données doivent faire preuve d'une attention particulière pour démontrer aux répondants que des mesures appropriées de protection des données et de contrôle de la divulgation sont en place.⁴²

5. Exigences de la législation européenne en matière de protection des données

La collecte de données raciales ou ethniques à des fins de suivi est décrite à juste titre dans la littérature comme "une nécessité problématique, un processus qui nécessite lui-même une surveillance constante".⁴³ La collecte et l'utilisation de données raciales et ethniques pour lutter contre la discrimination n'est pas une pratique "innocente".⁴⁴ Même si elle est effectuée sur une base anonyme ou agrégée, elle peut contribuer à l'exclusion et à la discrimination. C'est le cas, par exemple, lorsque des hommes politiques affirment, sur la base de statistiques, qu'il y a "trop" de personnes d'une certaine catégorie dans un pays.⁴⁵

La collecte et le traitement de données raciales et ethniques ne sont pas illégaux dans l'UE. De manière générale, aucun État membre n'impose une interdiction absolue de collecter ces données.⁴⁶ La directive relative à l'égalité raciale ne prévoit pas non plus d'obligation générale de collecter, d'analyser et d'utiliser les données relatives à l'égalité. L'obligation de collecter des données raciales ou

⁴¹ <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/HRIndicators/GuidanceNoteonApproachtoData.pdf> pp. 12-13. Voir également le groupe de haut niveau de l'UE sur la non-discrimination, l'égalité et la diversité, "Guidelines on improving the collection and use of equality data", 2021, p.11, https://commission.europa.eu/system/files/2022-02/guidance_note_on_the_collection_and_use_of_equality_data_based_on_racial_or_ethnic_origin_final.pdf.

⁴² Guide du HCDH, p. 48.

⁴³ Bonnett et Carrington 2000, p. 488.

⁴⁴ The Dutch Young Academy, Antidiscrimination data collection in academia : and exploration of survey methodology practices outside of the Netherlands, <https://www.dejongeakademie.nl/en/publications/2300840.aspx?t=Antidiscrimination-data-practices-world-wide-and-views-of-students-and-staff-of-colour>.

⁴⁵ Voir des exemples plus anciens dans Bonnett et Carrington 2000.

⁴⁶ Commission européenne, Analyse et examen comparatif des pratiques de collecte de données sur l'égalité dans l'Union européenne Collecte de données dans le domaine de l'ethnicité, p. 14, https://commission.europa.eu/system/files/2021-09/data_collection_in_the_field_of_ethnicity.pdf. Même en France, souvent considérée comme un cas d'interdiction absolue, la collecte de données ethniques est possible sous certaines exceptions. Il en va de même en Italie. L'article 8 de la loi italienne sur les travailleurs (loi italienne n° 300/1970) interdit expressément aux employeurs de collecter et d'utiliser des données ethniques pour décider de l'embauche d'un candidat et pour décider de tout autre aspect de la relation de travail déjà en place (comme les promotions). La collecte de ces données pour contrôler la discrimination sur le lieu de travail et l'égalité des chances ne tombe pas sous le coup de l'interdiction (à condition qu'il soit garanti que ces données ne puissent être utilisées à d'autres fins).

ethniques ne semble pas non plus être codifiée en droit dans les États membres, à l'exception notable de la Finlande, de l'Irlande et (avant le Brexit) du Royaume-Uni.⁴⁷

En l'absence d'interdiction et d'exigence spécifique dans le droit de l'UE et des États membres, le traitement des données raciales et ethniques est régi par le RGPD, qui prévoit un régime spécifique pour le traitement de "catégories particulières de données" telles que les données révélant l'origine raciale ou ethnique.^{48/49}

L'article 9 du RGPD interdit le traitement de catégories particulières de données, sauf exception. L'interdiction ne s'applique pas (dans la mesure où cela est pertinent ici)⁵⁰ lorsque :

- La personne a donné son **consentement explicite** au traitement des données à caractère personnel pour une ou plusieurs finalités déterminées, sauf si le droit de l'UE ou de l'État membre prévoit que l'interdiction ne peut être levée par la personne concernée (article 9, paragraphe 2, point a), du RGPD).
- Le traitement est nécessaire pour des motifs d'**intérêt public important sur la base du droit de l'UE** ou de l'État membre (article 9, paragraphe 2, point g), du RGPD).

⁴⁷ Trois exceptions notables, la Finlande, l'Irlande et le Royaume-Uni (avant de quitter l'UE), imposent aux organismes publics une obligation de collecte de données sur l'égalité dans le cadre de leur planification en matière d'égalité, voir https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/data_collection_in_the_field_of_ethnicity.pdf, p. 16.

⁴⁸ Les données révélant l'origine raciale ou ethnique constituent une "catégorie particulière" de données à caractère personnel au sens de l'article 9 du règlement RGPD. Les données relatives à la nationalité ou au lieu de naissance d'une personne ou de ses parents ne sont pas considérées comme des catégories particulières de données et peuvent, en règle générale, être collectées sans le consentement de la personne interrogée. Toutefois, si elles sont utilisées pour prédire l'origine ethnique ou raciale, elles sont soumises au régime de l'article 9 du RGPD pour le traitement des catégories spéciales de données.

⁴⁹ Il ne fait aucun doute que le résumé des exigences présenté ici reflète correctement les exigences du RGPD. Un résumé similaire des dispositions pertinentes du groupe de haut niveau de l'UE sur la non-discrimination, l'égalité et la diversité figure dans ses lignes directrices de 2021, p. 12, <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/en-guidelines-improving-collection-and-use-of-equality-data.pdf> et dans sa note d'orientation de 2021 sur la collecte et l'utilisation de données relatives à l'égalité fondées sur l'origine raciale ou ethnique, p. 30, https://commission.europa.eu/system/files/2022-02/guidance_note_on_the_collection_and_use_of_equality_data_based_on_racial_or_ethnic_origin_final.pdf. Voir également les lignes directrices publiées par le Conseil économique et social néerlandais en décembre 2021, "Meten is Weten, zicht op effecten van diversiteits- en inclusiebeleid", document de la Charte, pp. 7-10, décembre 2021 ; et un rapport antérieur de PWC pour le compte du gouvernement néerlandais, "Onderzoek Vrijwillige vastlegging van culturele diversiteit", <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2017/12/22/onderzoek-vrijwillige-vastlegging-van-culturele-diversiteit>.

⁵⁰ Il convient de noter que l'article 9, paragraphe 2, point b), du RGPD prévoit une condition pour la collecte de données raciales et ethniques lorsqu'elle est "nécessaire aux fins de l'exécution des obligations et de l'exercice des droits propres au responsable du traitement ou à la personne concernée en matière de droit du travail, de la sécurité sociale et de la protection sociale, dans la mesure où ce traitement est autorisé par le droit de l'Union, par le droit d'un État membre..." Il n'existe actuellement aucune loi de l'Union ou d'un État membre qui prévoit l'obligation pour l'employeur de collecter des données raciales ou ethniques à des fins de contrôle. Toutefois, les législateurs de l'UE ont considéré qu'il s'agissait d'une exception valable que les États membres pouvaient mettre en œuvre dans leur législation nationale. L'art. 88 du RGPD stipule que les États membres peuvent, par voie législative ou par voie de conventions collectives, prévoir des règles plus spécifiques pour assurer la protection des droits et libertés des travailleurs en ce qui concerne le traitement des données à caractère personnel des travailleurs dans le contexte de l'emploi. Ces règles peuvent notamment être prévues à des fins d'égalité et de diversité sur le lieu de travail.

- Le traitement est nécessaire à des **fins statistiques** conformément à l'article 89, paragraphe 1, du RGPD, sur la base du droit de l'UE ou des États membres (article 9, paragraphe 2, point j), du RGPD).

Pour que ces conditions s'appliquent, la législation de l'UE ou des États membres doit contenir des dispositions autorisant le traitement lorsque celui-ci est nécessaire pour des raisons d'intérêt public important ou à des fins statistiques. Dans la pratique, la plupart des États membres n'ont **pas** fait usage du pouvoir discrétionnaire que leur confère le RGPD pour prévoir, dans leur droit national, une base légale pour le traitement des données raciales ou ethniques à ces fins.⁵¹ Toutefois, les États membres **n'ont pas non plus** utilisé la possibilité offerte par le RGPD de prévoir dans leur droit national que l'interdiction prévue à l'article 9 **ne peut** être levée par le consentement. Le consentement explicite reste donc une option valable, mais aussi la seule viable en pratique, pour collecter des données DEI à des fins de suivi.⁵² Cela est conforme aux principes des droits humains, à condition que la collecte de données soit basée sur l'auto-identification.

Une fois que le CSRD aura été mis en œuvre dans les législations nationales des États membres, la collecte des données sur les DEI sera requise pour les divulgations ESG obligatoires, qui seront alors autorisées en vertu de l'article 9, paragraphe 2, point g), du RGPD (motif d'intérêt public important). Lorsque les organisations collectent ces données, les principes des droits humains énoncés ci-dessus doivent être respectés, en particulier le fait que les rapports doivent être basés sur l'auto-identification. Dans la pratique, la base juridique de l'intérêt public important reflétera donc largement la base juridique du consentement explicite et les garanties et mesures de protection décrites ci-dessous s'appliqueront également.

5.1 Consentement explicite

Les conditions d'un consentement valable sont strictes, en particulier au travail.⁵³ Par exemple, le consentement doit être "librement donné", ce qui est considéré comme problématique compte tenu du déséquilibre des pouvoirs entre l'employeur et l'individu.⁵⁴ Le terme "explicite" fait référence à la manière dont le consentement est exprimé par la personne. Cela signifie que la personne concernée

⁵¹ Voir note de bas de page 13.

⁵² Par exemple, aux Pays-Bas, il est généralement admis que la collecte des données sur les DEI peut se faire sur une base volontaire, voir Conseil économique et social néerlandais, déc. 2021, "Meten is Weten, zicht op effecten van diversiteits- en inclusiebeleid," Charter Document, pp. 7-10, déc. 2021. Voir également le rapport intitulé "Het moet wel werken", p. 30, <https://goldschmeding.foundation/wp-content/uploads/Rapport-Het-Moet-Wel-Werken-Vergelijkende-analyse-juli-2021.pdf>

⁵³ L'article 4, paragraphe 11, du RGPD définit le consentement comme "toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement".

⁵⁴ Le Conseil européen de la protection des données a explicitement indiqué dans une série de documents d'orientation que, pour la majorité des traitements de données au travail, le consentement n'est pas une base juridique appropriée en raison de la nature de la relation entre l'employeur et l'employé. Voir également l'avis 2/2017 sur le traitement des données au travail (WP249), paragraphe 3.3.1.6.2, à l'adresse https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf.

doit fournir une déclaration expresse de consentement. Une manière évidente de s'assurer que le consentement est explicite serait de le confirmer expressément dans une déclaration écrite, un formulaire électronique ou un courrier électronique.⁵⁵

Pour que le consentement du salarié soit valable, il faut que celui-ci ait véritablement le choix de fournir ou non l'information sans que cela n'ait d'effets préjudiciables. Cela implique qu'il n'y ait aucune conséquence négative pour le salarié si celui-ci refuse de donner son consentement, ce qui ne serait pas le cas si le refus de consentement excluait par exemple ce dernier de toute initiative d'action positive.⁵⁶ Pour s'assurer que le consentement est effectivement donné librement, la nature volontaire de la fourniture des données pour les employés doit être double : (1) l'acte de remplir une enquête ou un questionnaire relatif à l'origine raciale ou ethnique d'une personne doit être volontaire et (2) l'enquête ou le questionnaire doit inclure des options permettant à l'employé de répondre par (l'équivalent de) "Je choisis de ne pas répondre". Le statut individuel d'une enquête ou d'un questionnaire (c'est-à-dire rempli ou non), ainsi que les réponses fournies, ne doivent pas être visibles pour l'employeur sur une base individuelle. Dans la pratique, cela se traduit par des mesures de *protection de la vie privée dès la conception* (voir ci-dessous).

Pour que le consentement soit valable, il doit être accompagné d'informations claires sur les raisons pour lesquelles les données sont collectées et sur la manière dont elles seront utilisées (le consentement doit être "*spécifique et éclairé*").⁵⁷ En outre, les employés doivent être informés que leur consentement peut être retiré à tout moment et que tout retrait de consentement n'affectera pas la légalité du traitement effectué avant le retrait.⁵⁸

Lorsque le consentement est retiré, tout traitement de données à caractère personnel (dans la mesure où elles sont identifiables) devra cesser à partir du moment où le consentement est retiré. Toutefois, lorsque les données sont collectées et traitées de manière agrégée (voir le point 5.2 ci-dessous sur les exigences en matière de respect de la vie privée dès la conception), les employés ne seront plus identifiables ou traçables et, par conséquent, le retrait du consentement ne sera pas effectif en ce qui concerne les données déjà collectées et incluses dans de tels rapports agrégés.

5.2 Principes généraux de protection des données

L'obtention du consentement n'annule ni ne diminue en rien l'obligation du responsable du traitement des données de respecter les principes inscrits dans le RGPD, en particulier l'article 5 du RGPD en ce qui concerne la loyauté, la nécessité et la proportionnalité, ainsi que l'exactitude des données.⁵⁹ Les

⁵⁵ Lignes directrices de l'EDPB 05/2020 sur le consentement en vertu du règlement 2016/679, adoptées le 4 mai 2020 (**lignes directrices de l'EDPB sur le consentement**), p. 21, https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf.

⁵⁶ WP249, paragraphe 6.2.

⁵⁷ Lignes directrices de l'EDPB sur le consentement, p. 13-15.

⁵⁸ Article 7, paragraphe 3, du RGPD.

⁵⁹ Lignes directrices de l'EDPB sur le consentement, p. 5.

employeurs devront en outre se conformer aux principes du respect de la vie privée dès la conception.⁶⁰ En pratique, cela signifie que les employeurs ne doivent traiter que les données à caractère personnel dont ils ont strictement besoin pour les finalités poursuivies, et ce de la manière la plus respectueuse de la vie privée. Par exemple, les employeurs peuvent collecter des données DEI sans faire référence à des employés individuels (c'est-à-dire sans que les employés ne fournissent leur nom ou un autre identifiant unique, tel qu'un numéro de personnel ou une adresse électronique). De cette manière, les employeurs se conformeront aux exigences de minimisation des données et de respect de la vie privée dès la conception, en limitant tout impact sur la vie privée de leurs employés. Dans la pratique, nous constatons également que les employeurs font appel à des prestataires de services tiers et demandent aux employés d'envoyer les informations directement au prestataire tiers. Le prestataire de services tiers ne partage ensuite que des informations agrégées avec l'employeur.

D'un point de vue technique, il est possible de réaliser une séparation des tâches similaire dans le système RH interne de l'entreprise (tel que Workday ou SuccessFactors), où les données sont collectées sur une base non personnelle et où seulement un ou deux employés du département en charge de mesurer la diversité ont accès aux données DEI non personnelles pour l'analyse statistique, et font ensuite un rapport à la direction sur une base agrégée uniquement (en veillant à ce que les employés individuellement ne puissent pas être identifiés ou ré-identifiés).⁶¹ Cela nécessite une adaptation des systèmes de ressources humaines, qui est actuellement en cours. Lorsque les employeurs disposent d'un comité d'entreprise, celui-ci devra donner son accord préalable à toute politique de l'entreprise relative au traitement des données des employés. Dans le cadre du processus d'approbation du comité d'entreprise, les mesures de protection de la vie privée dès la conception peuvent être vérifiées.

Par souci d'exhaustivité, il convient de noter que lorsque la collecte et le traitement des données se font sur une base véritablement anonyme, les dispositions du RGPD ne s'appliquent pas.⁶² Le seuil fixé par le RGPD pour que les données soient réellement anonymes est toutefois très élevé et il est peu probable que les employeurs collectent de telles données auprès de leurs employés. L'application de techniques d'anonymisation, telles que la pseudonymisation (par exemple, la suppression ou le remplacement d'identifiants et de noms uniques) ne fait donc pas sortir le traitement des données du champ d'application du RGPD, mais constitue plutôt des mesures nécessaires pour répondre aux exigences de minimisation des données et de prise en compte du respect de la vie privée dès la conception.

⁶⁰ Article 25 du RGPD.

⁶¹ Voir l'avis 05/2014 du groupe de travail "Article 29" sur les techniques d'anonymisation, adopté le 10 avril 2014.

⁶² Le considérant 26 du RGPD stipule que les principes de protection des données ne doivent pas s'appliquer aux informations anonymes qui ne se rapportent pas à une personne physique identifiée ou identifiable, ou qui se rapportent à des données à caractère personnel rendues anonymes de telle sorte que la personne concernée n'est pas ou plus identifiable. Le considérant 26 précise en outre que le RGPD ne concerne pas le traitement de ces informations anonymes, y compris à des fins statistiques ou de recherche.

6. La voie à suivre

Il n'est plus possible de se retrancher derrière le RGPD pour éviter de collecter des données DEI à des fins de suivi. La direction à suivre est celle de la mise en place de politiques, de suivis et de rapports en matière de DEI (comme dans le cadre de la CSRD). La collecte de données relatives à l'origine raciale et ethnique a été qualifiée de "nécessité problématique, un processus qui nécessite lui-même un contrôle constant". Il s'agit là d'une manière négative de qualifier la collecte et le suivi des données. Selon une approche positive fondée sur les droits humains, les processus de collecte de données devraient être basés sur l'*auto-identification*, la *participation* et la *protection des données*. Lorsque ces trois principes sont respectés, le processus est contrôlé et l'on peut s'y fier sans qu'il soit intrinsèquement problématique ou qu'il nécessite une surveillance constante. Il est nécessaire d'établir la confiance avec les membres du personnel (et leurs comités d'entreprise et syndicats). Si la confiance n'est pas déjà acquise, il est recommandé de commencer modestement (dans des pays où la législation est moins stricte), d'échanger avec les comités d'entreprise ou avec l'ensemble des travailleurs et, compte tenu de l'imminence du CRSD, de ne pas attendre.⁶³

Auto-identification : Une entreprise doit bénéficier de la pleine confiance de ses employés pour pouvoir collecter des données DEI représentatives sur la base de l'auto-identification. Si l'introduction de la collecte de données DEI est perçue par les employés comme abrupte et contre-culturelle, ou comme un exercice consistant à cocher des cases, peu susceptible d'entraîner des changements significatifs, les enquêtes ne seront pas couronnées de succès. Pour que les employés répondent aux enquêtes en divulguant des données sensibles, il faut qu'ils soient convaincus que leur employeur est sérieusement engagé dans les efforts menés en matière de DEI et que la collecte et le suivi des données *complètent* ces efforts, conformément à l'aphorisme "Nous mesurons ce que nous chérissons". La pratique montre que lorsqu'un certain point de basculement est atteint, les employés sont fiers de s'identifier et de contribuer aux statistiques DEI de leur entreprise.

La confiance sera *ébranlée* si les employés ne se reconnaissent pas dans les catégories prédéfinies. Une auto-identification correcte implique que les catégories prédéfinies soient pertinentes pour personnel au sein d'un pays donné, qu'elles permettent de donner des réponses libres (y compris l'absence de réponse) et qu'elles autorisent l'identification avec des identités multiples. La confiance des employés sera *renforcée* si l'entreprise a bien réfléchi aux paramètres de reporting, en veillant à ce que le reporting puisse réellement informer sur les domaines dans lesquels l'entreprise peut concentrer ses interventions afin d'apporter un changement significatif. Par exemple, il est important de s'assurer que les indicateurs de reporting ne sont pas uniquement *basés sur les résultats* (suivi des données démographiques, sans savoir où se situe le problème), mais qu'ils sont également *basés sur les process*. Les mesures basées sur les process peuvent mettre en évidence des problèmes dans les process de gestion des employés tels que l'embauche, l'évaluation, la promotion et le parrainage par la

⁶³ Pour un article informatif sur les aspects pratiques de la mise en œuvre de propositions de diversité fondées sur des données, voir Data-Driven Diversity (hbr.org). La distinction entre les mesures basées sur les résultats et les mesures basées sur les processus est fondée sur cet article.

direction. Si les indicateurs de *résultats* indiquent à une entreprise qu'elle a des pourcentages limités de minorités spécifiques, les indicateurs de *process* peuvent montrer dans quelle partie de ces process (par exemple quelle partie du processus d'embauche) une entreprise doit se concentrer pour apporter un changement significatif. Parmi les exemples de ces mesures, citons la vitesse à laquelle les minorités gravissent les échelons de l'entreprise et les écarts de salaire entre différentes catégories dans des emplois comparables.

La participation : La confiance requiert un processus ascendant inclusif dans lequel les employés (et leur comité d'entreprise) ont leur mot à dire dans la collecte des données et la procédure de suivi. Par exemple, lors de la définition des catégories d'une enquête, afin de s'assurer que les employés issus de minorités puissent se "reconnaître" dans ces catégories, lors de la définition des indicateurs de rapport, afin de s'assurer qu'ils peuvent entraîner des changements significatifs, ainsi que lors de la définition des garanties en matière de protection des données (voir ci-dessous).

Protection des données : Pour gagner la confiance des employés, les principes de protection des données, tels que la sécurité des données, la minimisation des données et le respect de la vie privée dès la conception, doivent être pleinement mis en œuvre. Une entreprise devra soumettre un protocole de collecte et de traitement des données à son comité d'entreprise et recevoir son approbation, en spécifiant toutes les mesures organisationnelles, contractuelles et techniques garantissant que les données sont collectées sur une base dépersonnalisée, et que des contrôles d'accès sont en place pour garantir que l'accès aux données est limité à un ou deux employés de l'équipe chargée de la diversité afin de générer des statistiques uniquement.

Rapports par pays

Nous présentons ci-dessous un résumé des bases juridiques disponibles en vertu des lois de la Belgique, de la France, de l'Allemagne, de l'Italie, de l'Espagne et des Pays-Bas, pour collecter des données sur l'origine raciale et ethnique de leurs employés à des fins de suivi de leurs politiques DEI (**Finalités de Suivi DEI**). Il convient de noter que, dans tous les cas, les principes généraux de traitement des données s'appliquent également (tels que les exigences en matière de respect de la vie privée dès la conception), comme indiqué au point 5.2, mais qu'ils ne sont pas répétés ici.

BELGIQUE

Olivia Vansteelant & Damien Stas de Richelle, Laurius

Résumé des exigences relatives au traitement des données sur l'origine raciale et ethnique

En droit belge, il n'existe pas d'obligation légale spécifique pour les employeurs de collecter des données révélant l'origine raciale ou ethnique de leurs employés, ni d'interdiction générale pour les employeurs de collecter de telles données.

Les entreprises ayant leur siège social, ou au moins un bureau opérationnel dans la Région de Bruxelles-Capitale, peuvent légalement traiter des données à caractère personnel sur la nationalité ou

l'origine étrangère pour les Finalités de Suivi DEI sur le fondement de la nécessité d'exercer leurs droits et obligations en matière de droit du travail. Toutes les entreprises peuvent légalement traiter des données relatives à la race ou à l'origine ethnique pour les Finalités de Suivi DEI sur le fondement du consentement explicite de leurs employés. Les employeurs dotés d'un comité d'entreprise doivent consulter ce dernier avant de mettre en œuvre une politique de traitement des données révélant l'origine raciale ou ethnique de leurs employés, mais aucune approbation du comité d'entreprise n'est exigée par la loi.

Nécessité d'exercer les droits et obligations découlant du droit du travail (art. 9(2) b) du RGPD). Le fondement de cette exception se trouve dans l'Arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 7 mai 2009 relatif aux plans de diversité et au label de diversité, mais aussi dans l'Ordonnance du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 septembre 2008 relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi.

Conformément à cet Arrêté, les entreprises ayant leur siège social ou au moins un bureau opérationnel dans la région de Bruxelles-Capitale sont autorisées à élaborer un plan de diversité pour traiter la question de la discrimination à l'embauche et développer la diversité au travail. Aucune réglementation similaire n'existe actuellement dans les régions flamande et wallonne. De nombreuses ONG flamandes exhortent le gouvernement flamand à œuvrer en faveur d'un marché du travail pérenne et inclusif, avec un suivi et des rapports qui constituent une base importante dans l'évaluation de la diversité. Elles demandent au gouvernement flamand de peser de tout son poids sur cette question avant les élections de 2024.

En vertu de cet Arrêté, les employeurs sont autorisés à analyser le niveau de diversité au sein de leur personnel en classant leurs employés par catégories, y compris celle de la nationalité ou de l'origine étrangère. Ceci afin de classer les employés dans cette catégorie et, par conséquent, collecter des données sur la nationalité ou l'origine étrangère. Il est possible que les employeurs collectent indirectement des données révélant l'origine raciale ou ethnique en raison d'un lien ou d'une déduction issue des informations relatives à la nationalité ou à l'origine. Toutefois, l'Arrêté ne couvre pas les données révélant l'origine raciale ou ethnique et aucune condition n'autoriserait une telle collecte en vertu de l'article 9(2)(b) du RGPD.

Consentement explicite. La Loi d'Application belge n'exclut pas expressément la possibilité de traiter des données d'information concernant la race et l'ethnie sur la base du consentement des employés. Pour toutes les autres finalités du traitement des données d'information sur la race et l'ethnie, les employeurs peuvent donc s'appuyer sur le consentement explicite et les déclarations volontaires des employés. Nous renvoyons aux conditions du consentement explicite exposées ci-dessus au point 5.1, car elles s'appliquent de la même manière à la Belgique. Pour s'assurer que le consentement est effectivement donné librement, la nature volontaire de la déclaration des employés devrait être envisagée sous deux angles : (i) l'acte de remplir une enquête ou un questionnaire relatif à l'origine raciale ou ethnique doit être volontaire et (ii) l'enquête ou le questionnaire doit inclure des options permettant à l'employé de répondre par (ou l'équivalent de) "Je choisis de ne pas répondre".

FRANCE

Hélène Delabarre & Sylvain Naillat, Nomos, Société d'Avocats

Résumé des règles relatives au traitement des données révélant les origines raciales ou ethniques

En droit français, le traitement des données révélant les origines raciales ou ethniques est par principe interdit en vertu (i) d'une disposition générale de la de la Constitution française et (ii) de certaines dispositions spécifiques de la loi française sur la protection des données. Il s'agit également de la position publique de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (**CNIL**). Le droit français ne reconnaît aucune catégorisation des personnes en fonction de leur race ou de leur ethnie (présumée) et l'interdiction de traiter les données relatives à la race et à l'ethnie a été réaffirmée par le Conseil constitutionnel français dans une décision relative à des études publiques dont l'objectif était de mesurer la diversité et les minorités. Toutefois, si les données relatives à la race et à l'ethnie ne peuvent être collectées ou traitées, des critères objectifs relatifs aux origines géographiques et/ou culturelles, tels que le nom, la nationalité, le lieu de naissance, la langue maternelle, etc., peuvent être pris en compte par les employeurs afin de mesurer la diversité et de lutter contre les discriminations.

Dans un document public datant de 2012⁶⁴ (qui n'a pas été contredit depuis), la CNIL a confirmé que les employeurs peuvent collecter et traiter des données portant sur des critères objectifs relatifs à « **l'origine** », tels que le lieu de naissance de la personne interrogée et de ses parents, sa langue maternelle, sa nationalité et celle de ses parents, etc. si ce traitement est nécessaire à la réalisation d'études statistiques visant à mesurer et à lutter contre les discriminations. La CNIL considère également que les questions relatives à l'autoidentification et la façon dont la personne interrogée se sent perçue par les autres peuvent être posées si nécessaire, compte tenu de la finalité de la collecte et des autres questions posées. Voir le document de la CNIL :

*« Conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 15 novembre 2007 et aux éclairages des Cahiers du Conseil, les études sur la mesure de la diversité ne sauraient, sans méconnaître l'article 1er de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou raciale des personnes. Il convient dès lors d'écarter toute nomenclature qui pourrait être interprétée comme un référentiel ethno-racial. **Il est néanmoins possible d'aborder le critère de « l'origine » à partir de données objectives telles que le lieu de naissance et la nationalité à la naissance de l'intéressé et de ses parents, mais également, si nécessaire, par des données subjectives portant sur le ressenti d'appartenance ou sur la manière dont la personne estime être perçue par autrui.** »⁶⁵*

Sur la base des recommandations de la CNIL, plusieurs études publiques ont été menées en s'appuyant sur la collecte d'informations considérées comme autorisées par la CNIL, à savoir (i) si les personnes interrogées se sentent ou non discriminées en raison de leurs origines ou de la couleur de leur peau ; (ii) la façon dont la personne interrogée s'identifie ; et (iii) des statistiques sur les origines

⁶⁴ https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_gui_20120501_egalite_chances_o.pdf

⁶⁵ https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_gui_20120501_egalite_chances_o.pdf, p. 70

géographiques et/ou culturelles des personnes interrogées.⁶⁶ La fourniture d'informations doit être entièrement volontaire et les règles relatives au consentement explicite énoncées à la section 5.1 ci-dessus s'appliquent de la même manière à la France. Toute question relative à la collecte de données concernant les origines géographiques et/ou culturelles doit être objective et, en l'absence de besoin d'identifier (directement ou indirectement) les individus, le processus de collecte doit être devrait être entièrement anonyme.

ALLEMAGNE

Hanno Timmer, Morrison & Foerster

Base juridique pour le traitement des données révélant les origines raciales ou ethniques

Le droit allemand ne prévoit pas d'obligation légale spécifique pour les employeurs de collecter des données sur l'origine raciale et ethnique de leurs employés, ni d'interdiction générale pour les employeurs de collecter de telles données.

En Allemagne, les employeurs peuvent légalement traiter des données d'origine raciale et ethnique à des fins de contrôle de DEI sur la base (i) de la nécessité d'exercer leurs droits et obligations en matière de droit du travail ou (ii) sur la base du consentement explicite de leurs employés. Si l'employeur dispose d'un comité d'entreprise, celui-ci dispose d'un droit de co-détermination pour la mise en œuvre d'enquêtes et de questionnaires sur la diversité, conformément à l'article 94 de la loi sur les comités d'entreprise (*Betriebsverfassungsgesetz* - "**BetrVG**"), si les informations ne sont pas collectées de manière anonyme et sur une base volontaire. Si les informations sont collectées par voie électronique, le comité d'entreprise peut disposer d'un droit de codétermination conformément à l'article 87(1), n° 6 de la BetrVG.

Nécessité d'exercer des droits ou des obligations en matière de droit du travail. Conformément à l'article 26, paragraphe 3, de la loi fédérale allemande sur la protection des données (*Bundesdatenschutzgesetz* - "**BDSG**"), le traitement des données d'origine raciale et ethnique dans le contexte de l'emploi n'est autorisé que si le traitement est nécessaire à l'employeur pour exercer des droits ou respecter des obligations légales découlant du droit du travail, de la sécurité sociale et de la protection sociale, et s'il n'y a aucune raison de penser que la personne concernée a un intérêt légitime prépondérant à ne pas traiter les données. L'un des droits de l'employeur découle de l'article 5 de la loi générale allemande sur l'égalité de traitement (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* - "**AGG**"), en vertu duquel les employeurs ont le droit d'adopter des mesures positives pour prévenir et faire cesser la discrimination fondée sur la race ou l'appartenance ethnique. Comme condition préalable à

⁶⁶ Cet article de la CGT fait référence à une étude menée par le Défenseur des droits (un organisme public) qui a notamment cosigné le document de 2012 de la CNIL mentionné dans les notes de bas de page 80 et 81 ci-dessus.

<https://www.cgt.fr/actualites/france/interprofessionnel/discriminations/le-defenseur-des-droits-denonce-un-racisme> . Voir également les études récentes menées par les institutions publiques INED et INSEE :

https://te0.site.ined.fr/fichier/s_rubrique/29262/te02_questionnaire.fr.pdf

l'adoption de telles mesures, les employeurs peuvent collecter des données afin d'identifier leurs besoins en matière de DEI.

Consentement explicite. Pour toutes les autres finalités du traitement des données d'origine raciale et ethnique, les employeurs devront s'appuyer sur le consentement explicite et la participation volontaire des employés. Nous renvoyons aux conditions du consentement explicite exposées ci-dessus au point 5.1, car elles s'appliquent de la même manière à l'Allemagne. En outre, l'article 26, paragraphe 2, de la BDSG précise que le niveau de dépendance de l'employé dans la relation de travail et les circonstances dans lesquelles le consentement a été donné doivent être pris en compte pour déterminer si le consentement de l'employé a été donné librement. Selon l'article 26, paragraphe 2, de la BDSG, le consentement peut être donné librement, en particulier, s'il est associé à un avantage juridique ou économique pour l'employé, ou si l'employeur et l'employé poursuivent les mêmes intérêts. Cela peut être le cas si la collecte de données profite également aux employés, par exemple si elle conduit à la mise en place d'une gestion globale du DEI au sein de l'entreprise de l'employeur.

ITALIE

Marco Tesoro, Tesoro and Partners

Résumé des règles relatives au traitement des données révélant les origines raciales ou ethniques

Le code italien de protection des données (**CIPD**) régit le traitement des données à caractère personnel visées à l'article 9 du RGPD, stipulant que la base juridique pour le traitement de ces données doit respecter une loi ou un règlement (art. 2-ter(1), CIPD), ou des motifs d'intérêt public importants. En droit italien, aucune base juridique spécifique n'a été mise en œuvre pour traiter les données raciales ou ethniques pour des motifs d'intérêt public.

Consentement explicite. Nous renvoyons aux conditions du consentement explicite exposées ci-dessus au point 5.1, car elles s'appliquent de la même manière à l'Italie. Le CIPD n'exclut pas expressément la possibilité de traiter des données relatives à la race et à l'origine ethnique sur la base du consentement des employés. Les employeurs qui souhaitent collecter et traiter des données relatives à la race et à l'origine ethnique sur la base du consentement des employés en vertu de l'art. 9 du RGPD, doivent toutefois s'assurer que le consentement est accordé sur une base libre et, si possible, impliquer les syndicats auxquels ils sont associés (ainsi que leur comité d'entreprise, le cas échéant). Les syndicats devraient être en mesure i) de vérifier et de certifier que le consentement des employés a été donné librement ; et ii) de s'assurer que les employés sont pleinement conscients de leurs droits et des conséquences de la fourniture de ces données. En l'absence de syndicats associés, les employeurs peuvent informer le représentant local des associations syndicales qui ont signé la convention collective applicable (le cas échéant). En outre, les employeurs doivent s'assurer que les employés ont la possibilité de "*preferer ne pas dire*".

Statut des travailleurs. Il convient également de noter qu'en droit italien, il existe une interdiction générale de collecter des informations qui ne sont pas strictement liées ou nécessaires à l'évaluation

de la capacité professionnelle du travailleur. Conformément à l'article 8 de la loi 23 mai 1970, no. 300 "**Statut des travailleurs**", les données relatives à la race et à l'origine ethnique ne doivent pas être collectées ou utilisées par les employeurs pour influencer de quelque manière que ce soit sur la décision d'embaucher un candidat ou pour gérer les conditions de la relation de travail.

ESPAGNE

Laura Castillo, Gómez-Acebo & Pombo

Résumé des règles relatives au traitement des données révélant les origines raciales ou ethniques

En vertu de la loi organique 3/2018 du 5 décembre sur la protection des données à caractère personnel et la garantie des droits numériques (SDPL), il est généralement interdit de collecter des informations sur l'origine raciale et ethnique, sauf si : (i) il existe une obligation légale de le faire (conformément à l'article 9 de la SDPL) ; ou (ii) les employés ont donné leur consentement explicite (bien que cette dernière option ne soit pas sans risque).

Respect d'une obligation légale. La loi 15/2022 du 12 juillet sur l'égalité de traitement et la non-discrimination (la "**loi sur l'égalité de traitement**") garantit et promeut le droit à l'égalité de traitement et à la non-discrimination. Cette loi stipule expressément qu'aucune limitation, ségrégation ou exclusion ne peut être faite sur la base de l'appartenance ethnique ou raciale, c'est-à-dire que personne ne peut faire l'objet d'une discrimination fondée sur la race ou l'appartenance ethnique. Dans ce contexte, toutes les mesures de discrimination positive mises en œuvre à la suite de la loi sur l'égalité de traitement ont été incluses dans les conventions collectives ou les accords collectifs convenus avec les syndicats ou les représentants des travailleurs concernés. Lorsque la convention collective exige la collecte de données sur la race et l'origine ethnique des employés, les employeurs peuvent le faire, car il s'agit d'une obligation légale. Dans les cas où la convention collective n'exige pas spécifiquement la collecte de ce type d'informations, les employeurs peuvent soit chercher à inclure une telle disposition dans les termes de la convention collective et collaborer avec les syndicats ou les représentants légaux pour ce faire, soit adopter une autre approche et s'appuyer sur le consentement explicite, comme indiqué immédiatement ci-dessous.

Consentement explicite. En principe, le consentement d'un employé n'est pas suffisant en soi pour lever l'interdiction générale de traitement des données sensibles prévue par la loi sur la protection des données. Toutefois, l'un des principaux objectifs de l'interdiction prévue par la loi est d'éviter la discrimination. Par conséquent, si l'objectif de la collecte est de promouvoir la diversité, on peut soutenir (bien que cela n'ait pas encore été testé en Espagne) que les employeurs peuvent s'appuyer sur un consentement explicite, et nous renvoyons aux conditions du consentement explicite exposées ci-dessus au point 5.1, car elles s'appliquent de la même manière à l'Espagne. Outre les conditions énoncées à la section 5.1, la jurisprudence espagnole a établi que le niveau de dépendance de l'employé dans le cadre de la relation de travail et les circonstances dans lesquelles le consentement est donné doivent être pris en compte pour déterminer si le consentement de l'employé est donné librement. Il n'est donc pas recommandé aux employeurs d'obtenir ou de traiter des données relatives

à la race et à l'origine ethnique de leurs employés au cours de la procédure de recrutement ou d'embauche, ou avant la fin de la période d'essai, à moins qu'une convention collective ne réglemente cette question d'une manière différente. Les employeurs doivent également s'assurer que les employés ont la possibilité de "préférer ne pas dire" et doivent être en mesure de prouver que le consentement est réellement volontaire, comme expliqué à la section 5.1 ci-dessus.

LES PAYS-BAS

Marta Hovanesian, Morrison & Foerster

Résumé des règles relatives au traitement des données révélant les origines raciales ou ethniques

Le droit néerlandais ne prévoit pas d'obligation légale spécifique pour les employeurs de collecter des données sur l'origine raciale et ethnique de leurs employés, ni d'interdiction générale pour les employeurs de collecter de telles données.

Aux Pays-Bas, les employeurs peuvent légalement traiter les données relatives à la race et à l'origine ethnique de leurs employés à des fins de contrôle du DEI sur la base (i) d'un intérêt public important en vertu de la loi néerlandaise ou (ii) du consentement explicite des employés. Les employeurs dotés d'un comité d'entreprise doivent s'assurer que ce dernier approuve toute politique liée au traitement des données relatives à l'égalité.

Intérêt public substantiel. Les Pays-Bas ont mis en œuvre les conditions de l'article 9, paragraphe 2, du RGPD pour le traitement des données d'origine raciale et ethnique dans la loi néerlandaise de mise en œuvre du RGPD (la "**loi néerlandaise de mise en œuvre**"). Plus précisément, l'article 25 de la loi néerlandaise de mise en œuvre prévoit que les données d'origine raciale et ethnique (limitées au pays de naissance et aux pays de naissance des parents ou des grands-parents) peuvent être traitées (sur la base d'un intérêt public important) si le traitement est nécessaire pour rétablir la position désavantagée d'un groupe minoritaire, et uniquement si la personne ne s'est pas opposée au traitement. Pour se prévaloir de cette condition, l'employeur doit, entre autres, (i) démontrer que certains groupes de personnes sont désavantagés ; (ii) mettre en œuvre une politique d'entreprise plus large visant à rétablir ce désavantage ; et (iii) démontrer que le traitement des données relatives à la race et à l'origine ethnique est nécessaire à la mise en œuvre et à l'exécution de cette politique.

Consentement explicite. Les employeurs peuvent collecter des données sur les antécédents raciaux et ethniques de leurs employés à des fins de suivi de la DEI sur la base d'un consentement explicite et d'une participation volontaire de la part des employés. Les conditions de consentement énoncées au point 5.1 ci-dessus s'appliquent de la même manière aux Pays-Bas.

Baromètre de la diversité culturelle. Il est à noter que les employeurs néerlandais de plus de 250 salariés ont la possibilité de demander à Statistics Netherlands des informations sur leur propre entreprise. À la demande du ministère des affaires sociales et de l'emploi, Statistics Netherlands a créé le "Baromètre de la diversité culturelle". Ce baromètre permet aux employeurs de divulguer certaines

données personnelles non sensibles à Statistics Netherlands qui, à son tour, communiquera aux employeurs concernés un aperçu statistique et anonyme de la diversité culturelle de l'entreprise (par exemple, le pourcentage d'employés (i) d'origine néerlandaise, (ii) issus de l'immigration occidentale et (iii) issus de l'immigration non-occidentale). Statistics Netherlands peut fournir des informations sur la diversité culturelle dans l'ensemble de l'organisation ou dans des départements spécifiques de l'organisation (à condition que les départements individuels comptent plus de 250 employés).