

# MÉMOIRE POUR LE PRIX SKADDEN DE LA DIVERSITE 2021

***Comment permettre aux entreprises  
de mesurer et de rendre compte de  
la diversité en leur sein, afin d'en  
améliorer la représentation, tout en  
respectant le droit à la vie privée  
des personnes concernées ?***

NICOLAS Aurore

LISSAN Marlyse

## Résumé

La question de la diversité s'est progressivement posée au sein des différentes institutions sociales, au point de devenir aujourd'hui incontournable pour les entreprises. Pour celles-ci, il s'agit d'un enjeu stratégique et éthique, qui peut concrètement conditionner le succès d'une campagne publicitaire ou l'obtention d'un partenariat commercial important. Il est donc nécessaire pour les entreprises de mesurer la diversité au sein de leurs effectifs, afin d'en tirer le meilleur parti.

Toutefois, cette mesure ne doit être réalisée au détriment du droit à la vie privée des salariés. La mesure de la diversité s'avère en outre délicate dans la mesure où l'appartenance révélée à un groupe d'identité minoritaire peut rendre les salariés vulnérables à des pratiques discriminatoires.

Dans cet article, nous revenons sur la notion de « diversité » ainsi que sur le cadre juridique applicable en France. Cette analyse nous permet de formuler dix propositions pour un système de mesure de la diversité en entreprise cohérent, efficace et protecteur de la vie privée des salariés.

## Mots-clés :

Diversité – Mesures – Vie privée – RGPD

## Abstract:

*The subject of diversity has gradually been raised within the various social institutions, to the point of becoming essential for companies today. For companies, it is a strategic and ethical matter, which can in practice determine the success of an advertising campaign or the acquisition of an important commercial partnership. It is therefore necessary for companies to measure the diversity within their workforce, in order to get the best out of it.*

*However, such measurement must not be done at the expense of employees' right to privacy. Measuring diversity can also be tricky, as belonging to a minority identity group can make employees vulnerable to discriminatory practices.*

*In this article, we review the concept of "diversity" and the legal framework applicable in France in relation to it. This analysis allows us to formulate ten proposals for a coherent, effective and privacy-friendly corporate diversity measurement system.*

## Keywords:

Diversity - Measures - Privacy - GDPR

## Introduction : enjeux de la diversité et de sa représentation

« En luttant contre les discriminations, nous agissons pour bâtir une France plus égalitaire, où chacun puisse trouver sa place par-delà ses origines, sa couleur de peau, son lieu de résidence ou de naissance, son orientation sexuelle ou son identité de genre. »

- **Elisabeth Moreno**, Ministre déléguée auprès du Premier ministre chargée de l'Égalité entre les femmes et les hommes, de la Diversité et de l'Égalité des chances<sup>1</sup>

La question de la diversité et de l'inclusion est avant tout une question de cohésion sociale. Elle concerne directement la manière dont un ensemble de personnes qui diffèrent les unes des autres par de nombreux facteurs, qu'il s'agisse de leur origine géographique, socio-culturelle ou religieuse, leur âge, la présence d'un handicap, leur genre, ou encore leur orientation sexuelle, sont amenées à co-exister en société et dans le monde professionnel.

Ces différences, qui peuvent être innées ou acquises au cours de la vie, forgent ensemble l'expérience de vie des individus. Elles sont parties intégrantes de l'identité des individus qui nous entourent et avec lesquels chacun est amené à interagir.

Ces différences sont une force, mais elles peuvent aussi exposer les personnes concernées à la discrimination. Si la Constitution garantit l'égalité de chacun devant la loi<sup>2</sup>, cette égalité n'est pas toujours respectée dans les faits. Une étude réalisée en janvier 2020 sur la discrimination dans le recrutement des grandes entreprises a mis en évidence, pour l'ensemble des entreprises testées, une discrimination significative et robuste selon le critère de l'origine, en particulier à l'encontre du candidat français présumé maghrébin, dans tous les territoires testés<sup>3</sup>. Ainsi, la lutte contre les discriminations est nécessaire afin d'être à la hauteur des principes d'égalité et de non-discrimination prônés en France.<sup>4</sup>

**La question de la diversité et la représentation de celle-ci, en tant qu'enjeux de société, sont devenus un impératif pour les entreprises, quelle que soit la nature de leur clientèle :**

- **Dans les relations entre professionnels (en B2B) :** Les clients professionnels exigent de plus en plus, dès leurs appels d'offre, des garanties en matière de diversité des équipes qui seront amenées à travailler pour elles. L'incapacité à répondre de manière efficace à ces questions peut mener à la perte d'opportunités ou de bénéfices, car certains clients pourraient demander un rabais lorsque l'entreprise en question n'est pas à même de faire valoir la prise en compte de la diversité en son sein.  
Ces exigences peuvent aussi s'inscrire sur la durée, avec des évaluations annuelles demandées par les entreprises clientes.  
En outre, les entreprises clientes peuvent aussi exiger ces informations afin de répondre à leurs propres impératifs en matière de Responsabilité Sociale des Entreprises (« **RSE** »). Il s'agit d'une sorte de cascade dont les effets vont se répercuter dans les relations avec les fournisseurs et / ou prestataires.
- **Dans les relations entre professionnel et consommateurs (en B2C) :** Pour les consommateurs, les produits qu'ils choisissent de consommer reflètent leurs systèmes de valeurs. Leurs choix de consommation sont faits en fonction de leurs croyances. Une entreprise qui est capable de montrer qu'elle prend au sérieux ces questions sociétales pourra attirer une plus grande clientèle, en particulier celle soucieuse de la prise en compte réelle de ces questions.

**Au-delà de cette nécessité stratégique de traiter attentivement la question de la diversité et de l'inclusion, il s'agit d'un impératif avant tout moral. Dès lors, les entreprises ont tout intérêt à évaluer la diversité qui existe en leur sein.**

Nicolas A., Lissan M., 2021, Comment permettre aux entreprises de mesurer et de rendre compte de la diversité en leur sein, afin d'en améliorer la représentation, tout en respectant le droit à la vie privée des personnes concernées ?, *Revue Internationale de Management et de Stratégie*, <http://www.revue-rms.fr/>.

Cependant, toute mesure implique la collecte de données concernant les salariés de l'entreprise, et en particulier de données personnelles. La mesure de la diversité concerne directement l'**identité** des personnes, et a pour objectif d'identifier les facteurs de diversité, ces mêmes facteurs qui les rendent vulnérables aux pratiques discriminatoires. Dès lors, elle présente aussi de réels enjeux pour ces personnes. **En résumé, si certaines personnes pourraient être réticentes à partager certaines données intimes dans le cadre professionnel, elles y ont *in fine* intérêt.**

Pour certains individus, ces facteurs sont visibles, mais ce n'est pas systématiquement le cas. Beaucoup de critères d'appartenance à des groupes sous-représentés sont invisibles, et ne peuvent être révélés que par la personne concernée.

C'est, par exemple, le cas de l'orientation sexuelle ou romantique des individus et de certains handicaps et maladies. Mais cela peut aussi être le cas de l'appartenance à un groupe ethnique ou à une religion. Quel que soit leur degré de visibilité, ces éléments font toujours partie de l'identité de la personne, et cette dernière pourrait souhaiter ne pas partager cette facette de son identité dans un contexte professionnel.

**En ce sens, la mesure de la diversité touche directement à l'intimité des personnes, et doit donc être réalisée avec le plus grand soin, afin de respecter leur droit à la vie privée. Il s'agit par ailleurs d'une pratique relativement nouvelle en France pour les employeurs, qui nécessite le développement d'outils spécifiques et distincts de l'approche traditionnelle, laquelle se concentre sur l'égalité femme-homme et le handicap.**

Afin de réaliser une mesure efficace et respectueuse du droit à la vie privée des personnes, il est nécessaire de clarifier le cadre juridique et social dans lequel elle s'inscrit. En effet, la question de la mesure de la diversité est entourée de postulats qui doivent être remis en question (1). Une fois ce cadre défini, 10 propositions seront formulées pour permettre de bâtir un système de mesure cohérent (2).

## 1. Mesure de la diversité en France : cadre et clarifications

Les discours entourant la diversité et la mesure des inégalités sont souvent faussés par des croyances juridiques et sociales approximatives qu'il est nécessaire de clarifier afin, d'une part, de poser les bases d'un débat sain et, d'autre part, d'identifier une solution respectueuse des besoins et intérêts de toutes les parties en cause.

Ainsi, les employeurs peuvent collecter des données sensibles (1.1) et contrairement à ce qui est communément affirmé, les statistiques permettent de mesurer la diversité en France (1.2). Ces statistiques ne prennent cependant pas en compte la race, un concept dépourvu de réalité scientifique mais aux conséquences sociales avérées (1.3). Dans le cadre du travail de mesure, les entreprises devraient privilégier des catégories inclusives (1.4). Enfin, la mesure de la diversité n'implique pas nécessairement la mise en place de mesures de discriminations positives (1.5).

### 1.1. Les employeurs peuvent collecter des données sensibles

**La réglementation relative à la protection des données personnelles interdit par principe le traitement de données dites « sensibles »<sup>5</sup>.** Il s'agit notamment des données qui révèlent la prétendue origine raciale ou l'origine ethnique, ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique, dont le traitement est dès lors primordial dans le cadre d'outils de mesure de la diversité.

Il convient, en premier lieu, de remarquer que tous les facteurs de discrimination listés à l'article L. 1132-1 du code du travail<sup>6</sup> ne sont pas des données sensibles au sens du RGPD, de sorte qu'elles ne sont

Nicolas A., Lissan M., 2021, Comment permettre aux entreprises de mesurer et de rendre compte de la diversité en leur sein, afin d'en améliorer la représentation, tout en respectant le droit à la vie privée des personnes concernées ?, *Revue Internationale de Management et de Stratégie*, <http://www.revue-rms.fr/>.

pas soumises à son régime restrictif. Par exemple, la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique n'est pas une donnée sensible au sens de l'article 9 du RGPD.

**Par exception, ces données peuvent être traitées lorsque la personne concernée a donné son consentement explicite.**

Pour qu'un consentement soit valable, le RGPD impose notamment qu'il soit donné librement. Or, dans le contexte professionnel, l'existence du lien hiérarchique entre l'employeur et ses subordonnés crée de fait un déséquilibre dans les relations susceptible d'affecter le caractère libre du consentement. Pour cette raison, la CNIL considère que le consentement ne peut que très rarement être retenu en tant que fondement juridique d'un traitement de données sur le lieu de travail, sans pour autant l'exclure par principe. Selon la CNIL, un employeur qui souhaiterait se fonder sur le consentement des salariés devra tout particulièrement s'assurer de l'existence d'une véritable liberté de choix pour ces derniers, sans qu'aucune conséquence (négative comme positive) ne puisse influencer ce choix.<sup>7</sup> Le traitement de telles données sensibles serait donc envisageable sur la base du consentement des personnes concernées.

En tout état de cause, le RGPD permet aux États membres de prendre des mesures spécifiques pour le traitement des données personnelles des employés dans le cadre des relations de travail, et notamment aux fins de l'égalité et de la diversité sur le lieu de travail.<sup>8</sup>

Ainsi, dans le cas où le consentement n'apparaîtrait pas comme un fondement juridique viable au traitement de données sensibles par des employeurs, un tel traitement pourrait être *in fine* permis par l'adoption d'une loi, prise sur le fondement de l'article 88 du RGPD, qui autoriserait les employeurs à collecter des données sensibles en vue de mesurer la diversité au sein de leur effectif.

## 1.2. Les statistiques ethniques ne sont pas catégoriquement interdites

« *En France, les statistiques ethniques sont interdites.* » Qu'elle soit source de critiques ou de fierté, il s'agit d'une affirmation répétée si fréquemment qu'elle est devenue une vérité généralement acceptée. Elle devrait pourtant d'être examinée avec plus d'attention.

En effet, les membres du Conseil constitutionnel ont effectivement considéré que les études sur la mesure de la diversité et sur la discrimination ne pouvaient pas **reposer sur l'origine** ethnique ou la race, mais elles pouvaient tout à fait porter sur des **données objectives**<sup>9</sup>, telles que le nom, l'origine géographique ou la nationalité antérieure à la nationalité française.<sup>10</sup> En outre, des **données subjectives**, par exemple celles fondées sur le « **ressenti d'appartenance** », peuvent aussi être traitées dans ce cadre.<sup>11</sup>

**L'affirmation énoncée plus tôt appelle donc de la nuance.** La définition d'un référentiel ethno-racial, que ce soit par l'État ou par un employeur, serait contraire à la Constitution française<sup>12</sup>, mais il est incorrect d'affirmer que toute étude en lien avec les origines des individus est interdite en France.

Ainsi, l'INSEE publie depuis longtemps des statistiques sur la base de « données objectives » que sont la nationalité à la naissance et le pays de naissance des personnes ou de leurs parents, mais aussi sur la base de « données subjectives » que les sentiments d'injustice ou de discrimination éprouvés par les personnes concernant leur origine ou leur couleur de peau, ce qui permet d'avoir un panorama de la diversité d'origine des Français.<sup>13</sup> Ces études pourraient certes aller plus loin, mais elles ne sont pas inexistantes. Il existe donc des premières bases pour assier de nouveaux outils de mesure de la diversité en entreprise.

**Par ailleurs, il est important de souligner que la question des statistiques ethniques n'a jamais fait l'objet d'un examen approfondi, prenant en compte tous les enjeux qu'elle présente.** En effet, le Conseil constitutionnel a rapidement écarté la disposition qui concernait l'établissement de telles statistiques car il s'agissait d'un « cavalier législatif ».

Nicolas A., Lissan M., 2021, Comment permettre aux entreprises de mesurer et de rendre compte de la diversité en leur sein, afin d'en améliorer la représentation, tout en respectant le droit à la vie privée des personnes concernées ?, *Revue Internationale de Management et de Stratégie*, <http://www.revue-rms.fr/>.

La Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (la « CNIL ») a déjà pu aborder cette question. Elle a considéré, dans le cadre du recensement en Nouvelle-Calédonie, que « *le recueil de l'appartenance ethnique des personnes, compte tenu des caractéristiques socio-démographiques propres au territoire [...], répond à un motif d'intérêt public [...]* ». <sup>14</sup> La question mériterait donc d'être posée pour la France métropolitaine, un territoire lui aussi ethniquement divers.

Si cette question des statistiques ethniques devait être revue à l'avenir dans le cadre d'une proposition de loi, comme tel est le cas dans la solution que nous proposons, il serait crucial d'assumer l'importance de cette question afin de permettre un réel débat républicain.

### 1.3. L'origine raciale est une réalité sociale qui ne peut être ignorée pour mesurer efficacement la diversité

En France, la race, définie comme une catégorie de classement de l'espèce humaine selon des critères morphologiques tels que la couleur de peau, n'est pas admise comme une réalité scientifique ou juridique. Il n'existe qu'une race, la race humaine. À ce titre, l'origine ne figure pas au recensement ou encore sur les documents administratifs, comme cela peut être le cas aux États-Unis ou au Royaume Uni.

En ce sens, les députés ont voté, en juillet 2018, la suppression du mot « race » et une nouvelle formulation du premier article de la Constitution. En cas de révision de cette dernière, cet article disposera que la France « *assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction de sexe, d'origine ou de religion* ». <sup>15</sup>

**Pourtant, il s'agit d'un critère invoqué dans près du tiers des cas de discriminations signalés en 2019 au Défenseur des droits.** <sup>16</sup> Il s'agit en outre du critère perçu comme étant le plus discriminant dans le monde du travail. <sup>17</sup> Partant, cette notion présente une réalité sociale et sociologique dont le déni participe au sentiment de marginalisation des personnes racisées, minorités visibles auxquelles les caractéristiques d'une race sont assignées par des tiers et/ou résulte de leur propre auto-identification. <sup>18</sup>

Une personne ne peut subir un comportement ou une discrimination à caractère raciste que dans la mesure où ce dernier est, effectivement, basé sur sa race, qu'elle soit réelle ou supposée. De même, une personne considérée socialement comme étant Noire, notamment en raison de sa couleur de peau, de ses caractéristiques physiques et de ses origines, s'identifiera fréquemment (quoique non systématiquement) comme étant Noire.

**Il est nécessaire d'accepter que la racisation, le phénomène racial, ne soient pas exclusivement une réalité anglo-saxonne, qui n'existerait pas en France.**

En tant que réalité sociale, elles transcendent les caractéristiques « objectives » que sont la nationalité ou l'origine géographique. Si les classifications raciales dépendent aussi de l'histoire de chaque pays, une personne sera souvent considérée comme telle, qu'elle soit en France, au Royaume-Uni et en Chine. De même, une personne dite « issue de l'immigration », née en France de parents et grands-parents Français pourra se sentir entièrement française, mais aussi s'identifier en tant qu'Arabe.

**La racisation est fluide, mais toujours présente.** Les difficultés rencontrées par les personnes racisées, et qui se trouvent en position de minorité, sont identiques quel que soit le pays, y compris en France : désavantages dans l'accès à l'emploi, au logement et à l'éducation, relations avec les forces de l'ordre dégradées, etc. <sup>19</sup>

La racisation englobe l'ensemble de la personne, et ne peut pas non plus être limitée à des caractéristiques partagées par plusieurs groupes d'individus, comme la couleur de peau. Par exemple, les personnes blanches et les personnes Asiatiques peuvent avoir la peau claire, mais ne seront pas traités de la même manière. De même, l'analyse du nom de famille n'est pas non plus entièrement fiable

Nicolas A., Lissan M., 2021, Comment permettre aux entreprises de mesurer et de rendre compte de la diversité en leur sein, afin d'en améliorer la représentation, tout en respectant le droit à la vie privée des personnes concernées ?, *Revue Internationale de Management et de Stratégie*, <http://www.revue-rms.fr/>.

car elle ne permet pas d'inclure les personnes qui ont changé de nom (à la suite d'un mariage ou pour éviter les discriminations sur la base de la consonance d'un nom de famille perçu comme étranger), ou encore qui sont issues de mariages mixtes et dont le nom de famille n'indique pas une origine pouvant être perçue comme étrangère à la France.

**À ce titre, les outils statistiques actuels, qui ne prennent pas en compte la race de manière directe, ne sont pas suffisants pour mesurer l'expérience vécue des personnes racisées et lutter de manière effective contre les discriminations.**

#### 1.4. Le piège de l'exhaustivité : parfois, « moins, c'est mieux »

L'origine raciale est une réalité sociale qui doit être mesurée dans le cadre du combat contre les discriminations, comme mentionné dans la section 1.2 ci-dessus. Mais elle est aussi subjective.

**Il en est de même pour beaucoup de différences qui peuvent faire l'objet de discriminations.**

Par exemple, en matière d'identification de genre, une personne peut s'identifier comme une femme cisgenre, un homme cisgenre, une femme trans, un homme trans, une personne non-binaire, une personne intersexe. Elle peut aussi s'identifier comme n'appartenant à aucune de ces catégories.

Pour une entreprise qui souhaite mesurer la diversité de ses effectifs dans l'optique d'en améliorer la représentation, le traitement de ces typologies multiples peut présenter un véritable défi. En effet, il est naturel pour une entreprise engagée dans cette démarche de représentation de vouloir offrir l'opportunité à chacun de cocher la case qui lui correspond exactement.

**Cependant, l'exhaustivité est illusoire en matière d'identité.** Aucune catégorisation ne peut parfaitement capturer l'essence d'une personne, dès lors que (i) l'identité est, par essence, fluide, et que (ii) même deux individus présentant, en apparence, des caractéristiques identiques pourront les ressentir de manière différente.

Une sous-catégorisation excessive n'aura donc pas nécessairement l'avantage d'être plus exacte. En revanche, elle résultera systématiquement en des formulaires plus longs, plus fastidieux à remplir et moins attractifs pour les personnes concernées.

En outre, des catégories excessivement granulaires augmenteront les risques de réidentification des individus concernés, notamment par croisement avec d'autres informations qu'ils auraient pu communiquer pour les besoins de la mesure.

L'entreprise qui souhaite produire une mesure respectueuse de chacun a besoin de données collectées volontairement dans ce cadre, comme cela sera examiné dans la Proposition n°1 ci-dessous. La participation des salariés est l'une des clés du succès de cette opération, et celle-ci est intrinsèquement liée à la simplicité des formulaires qu'il leur est demandé de remplir, à leur clarté et à leur inclusivité.

Par exemple, si une personne ne souhaite pas indiquer son orientation sexuelle spécifiquement, elle pourra cocher une catégorie plus large telle que « Je suis membre de la famille LGBTQI+ ». L'entreprise aura ainsi obtenu une donnée supplémentaire, à laquelle elle n'aurait pas nécessairement eu accès en utilisant uniquement des catégories restreintes.

**Il sera donc nécessaire de proposer des catégories larges pour la mesure, qui permettent d'inclure le plus grand nombre de personnes.**

#### 1.5. Mesurer la diversité ne revient pas à mettre en œuvre une politique de discrimination positive

Nicolas A., Lissan M., 2021, Comment permettre aux entreprises de mesurer et de rendre compte de la diversité en leur sein, afin d'en améliorer la représentation, tout en respectant le droit à la vie privée des personnes concernées ?, *Revue Internationale de Management et de Stratégie*, <http://www.revue-rms.fr/>.

Certains employeurs peuvent craindre que toute action en lien avec la diversité et la discrimination consiste elle-même en une discrimination au bénéfice de personnes perçues comme marginalisées. Cette crainte est infondée ; la notion de discrimination positive (ou « action positive ») doit être clairement distinguée de la question de la mesure de la diversité.

En effet, la discrimination positive, définie par le Conseil d'État comme la mise en œuvre, par une politique volontariste, d'une discrimination envers une catégorie de personnes dont l'objectif est la disparition d'une inégalité<sup>20</sup>, est un **moyen de correction des inégalités**. Par contraste, la mesure de la diversité est un diagnostic préalable à la détermination, le cas échéant, d'une politique visant à corriger les discriminations que la mesure aura permis d'identifier.

**Ces deux méthodes n'interviennent dès lors pas au même stade, et ne doivent pas être confondues.**

## 2. Notre proposition : 10 mesures au service de la mesure

Notre proposition peut être segmentée en 10 propositions indépendantes mais complémentaires. La Proposition n°1ci-dessous constitue l'essence même de notre proposition générale : elle sera utilement complétée par les propositions suivantes, mais pourrait demeurer fonctionnelle si certaines propositions étaient modifiées, supplantées ou écartées.

### 2.1. Proposition n°1 : la consultation anonyme des salariés sur leurs ressentis d'appartenance à des groupes d'identité *a priori* minoritaires

Objectif : à partir des constats développés précédemment, la consultation anonyme des salariés sur leurs ressentis d'appartenance à des groupes d'identité *a priori* minoritaires nous semble concilier les restrictions légales applicables et les besoins des entreprises de connaître la diversité en leur sein.

Pour le salarié, la participation à cette consultation anonyme pourrait permettre, si cela est son choix, de partager certaines informations personnelles, participant à la définition de son identité, sans que ces informations ne lui soient directement rattachées.

Pour l'employeur, les résultats de cette consultation lui permettraient de disposer de données précises sur l'état de la diversité du point de vue de certains facteurs au sein de l'entreprise. Disposant de ces données agrégées, l'employeur pourrait alors cibler les mesures qui pourraient participer à une meilleure inclusion de groupes d'identité *a priori* minoritaires (voir la Proposition n°10ci-dessous).

Dispositif : comme expliqué précédemment, il nous semble qu'il faille :

- **Privilégier des questionnaires succincts**, à la fois dans le nombre de questions posées et dans le choix de réponses à la disposition des salariés ;
- **Recueillir des données subjectives**, se focalisant sur le ressenti de la personne quant à son appartenance à des groupes considérés comme minoritaires.

Par exemple, si les critères de diversité retenus étaient l'origine ou l'orientation sexuelle, les questions et réponses soumises aux salariés pourraient être formulées ainsi :

1. *Considérez-vous être une personne blanche ? oui / non / ne souhaite pas répondre*
2. *Considérez-vous être une personne LGBTQI+ ? oui / non / ne souhaite pas répondre*

Ces questions pourraient être posées sur une base régulière, par exemple **annuellement**, afin de disposer de données à jour.

Conditions de mise en œuvre : pour mener à bien ces consultations, les entreprises doivent au préalable créer un **cadre de confiance**, qui permettra aux salariés de s'exprimer librement sur des éléments éminemment personnels, et qui ne sont habituellement pas partagés formellement à l'employeur. L'enjeu sera alors de trouver un équilibre entre la nécessité d'expliquer aux salariés qu'il est dans leur intérêt de répondre à de telles questions, tout en préservant leur **liberté de choix** quant à la participation ou non à ces consultations.

À cet égard, il conviendra pour l'employeur d'expliquer comment ces données seront **anonymisées**, dans la mesure où il ne disposera *in fine* que de résultats chiffrés ne pouvant être rattachés à tel ou tel salarié. En effet, une personne pourrait tout à fait ne pas souhaiter faire son *coming-out* auprès de son employeur, tout en souhaitant que soit mieux prise en compte la question de l'inclusion des personnes LGBTQI+. Ainsi, le salarié sera amené à répondre à la consultation via un outil qui n'enverra que la réponse donnée à l'employeur, sans qu'il ne puisse être fait de lien avec l'identité du répondant.

Nicolas A., Lissan M., 2021, Comment permettre aux entreprises de mesurer et de rendre compte de la diversité en leur sein, afin d'en améliorer la représentation, tout en respectant le droit à la vie privée des personnes concernées ?, *Revue Internationale de Management et de Stratégie*, <http://www.revue-rms.fr/>.

Pour que cette consultation soit réellement anonyme, il est nécessaire qu'elle concerne un échantillon suffisamment large de personnes, afin que soit exclue toute réidentification des participants. Dès lors, certaines conditions doivent nécessairement être respectées :

- De telles consultations ne devraient avoir lieu que dans des entreprises présentant une masse salariale significative ;
- Chaque question devrait être traitée indépendamment : par exemple, la question relative à l'orientation sexuelle ou l'identité de genre ne doit être traitée concomitamment à la question relative à l'origine, dans la mesure où tout recoupement de données augmente le risque de réidentification.

## 2.2. Proposition n°2 : la consultation anonyme des salariés sur leur perception de la diversité au sein de l'entreprise et de sa prise en compte

Objectif : au-delà de la mesure de la diversité par l'employeur, il nous semble essentiel de recueillir l'avis des salariés quant à leur **perception de la diversité** au sein de l'entreprise et de sa prise en compte. Interroger les salariés en tant qu'observateurs de la diversité permet également d'illustrer que **la diversité est l'affaire de tous**, et non seulement des personnes issues des groupes d'identité minoritaires.

Dispositif : les questions posées dans le cadre de cette consultation pourraient être posées ainsi :

1. *Pensez-vous faire partie d'une entreprise présentant de la diversité au sein de ses effectifs ? oui / non / ne souhaite pas répondre*
2. *Pensez-vous que la diversité au sein des effectifs devrait être mieux prise en compte ? oui / non / ne souhaite pas répondre*

Conditions de mise en œuvre : bien que les données collectées dans le cadre de cette consultation n'entrent pas dans la catégorie légale des données sensibles, il nous semble que cette consultation doive bénéficier des mêmes conditions de mise en œuvre que celles énoncées dans la Proposition n°12.1.

## 2.3. Proposition n°3 : la participation volontaire puis obligatoire des entreprises à ces exercices de mesure

Objectif : dans la mesure où un tel outil de mesure de la diversité nous semble peu traditionnel en France, il nous semble indispensable qu'une démarche volontariste précède une participation obligatoire des entreprises à ces exercices de mesure.

Dispositif : la participation volontaire des entreprises devrait être encouragée par les pouvoirs publics, avant d'être rendue obligatoire par une loi.

Cette même loi permettrait ainsi de fournir la base légale aux traitements de données sensibles par des employeurs, dans le cas où le consentement du salarié n'apparaîtrait pas comme pouvant être donné librement dans le cadre d'une relation de travail.

Dans la mesure où le gouvernement actuel est fortement impliqué sur ces sujets, comme en témoigne la consultation citoyenne sur les discriminations lancée le 8 avril 2021, le contexte nous semble idéal pour un projet de loi en la matière.

#### 2.4. Proposition n°4 : l'absence de notation et d'obligation de résultat

Objectif : bien que l'objectif soit de rendre la mesure de la diversité obligatoire, nous ne considérons pas qu'il faille assigner aux entreprises une notation ou des obligations de résultat en la matière, dans la mesure où cela pourrait *in fine* conduire à créer un sentiment, chez les personnes se reconnaissant au sein de groupes minoritaires, d'avoir été recrutées sur leurs caractéristiques personnelles plutôt que sur leurs compétences professionnelles.

Dispositif : l'absence d'obligation de résultat est une proposition qui prend en compte le fait que les données recueillies sur le sentiment d'appartenance des personnes, même agrégées, ne peuvent être résumées à des informations purement quantitatives.

Cette proposition visant à exclure toute obligation de résultat en matière de diversité implique nécessairement l'absence de sanction de l'entreprise, quelle que soit la représentation de la diversité en son sein. En outre, l'absence de notation permet d'éviter que l'entreprise ne soit tentée de ne se préoccuper que de la manière d'avoir une « bonne note ».

À titre de comparaison, dans le cadre de l'index de l'égalité hommes-femmes, la pondération des indicateurs occulte certaines réalités, dans la mesure où une entreprise pourrait avoir une bonne note globale, alors même que certaines inégalités seraient patentées.

#### 2.5. Proposition n°5 : la création d'une "taskforce" réunissant les pouvoirs publics compétents pour accompagner les entreprises

Objectif : cette proposition vise à centraliser les compétences complémentaires de différentes instances publiques, afin d'accompagner les entreprises dans leur mesure de la diversité.

Dispositif : la *taskforce* rassemblerait des agents issus :

- Du ministère du travail, des DREETS et de l'inspection du travail ;
- Du Défenseur des droits ;
- De la CNIL ;
- Des services de la Ministre déléguée auprès du Premier ministre chargée de l'Égalité entre les femmes et les hommes, de la Diversité et de l'Égalité des chances.

La *taskforce* aurait pour mission de publier des documents pouvant guider les entreprises dans la mesure de leur diversité, tels que des formulaires-types ou des modèles d'analyse d'impact de ces nouveaux traitements de données sur les personnes concernées.

Elle permettrait d'être un point de contact pour les entreprises, qui auront besoin de conseils dans le cadre de cette démarche nouvelle.

#### 2.6. Proposition n°6 : la publication des résultats par zone géographique ou secteur économique

Objectif : en encourageant la publication des résultats par zone géographique ou secteur économique plutôt que la publication individuelle par les entreprises, nous souhaitons éviter l'écueil dangereux du « *diversity washing* ». Ce phénomène désigne l'instrumentalisation du besoin réel de reconnaissance des personnes en situation de minorité dans la société civile par les entreprises pour servir leurs propres intérêts de communication.

Nicolas A., Lissan M., 2021, Comment permettre aux entreprises de mesurer et de rendre compte de la diversité en leur sein, afin d'en améliorer la représentation, tout en respectant le droit à la vie privée des personnes concernées ?, *Revue Internationale de Management et de Stratégie*, <http://www.revue-rms.fr/>.

Dispositif : la publication des résultats par zone géographique ou secteur économique permettrait de disposer de données permettant la réalisation d'études transverses sur le thème de la diversité en entreprise.

Conditions de mise en œuvre : l'agrégation des données et la publication des résultats pourraient être réalisées avec l'aide de la *taskforce* présentée dans la Proposition n°5ci-dessus.

## **2.7. Proposition n°7 : la mise en perspective des données sur le sentiment d'appartenance à des minorités avec d'autres données relatives au déroulé de carrière**

Objectif : cette proposition vise à permettre, à terme, de croiser certaines données sur le sentiment d'appartenance des salariés avec d'autres données relatives au déroulé de carrière. Nous considérons qu'il convient dans un premier temps de faire accepter le mécanisme de mesure sur le sentiment d'appartenance, d'assurer son bon déroulé, avant de pouvoir dans un second temps élargir les questions posées. La simplicité de la consultation nous semble faciliter son acceptation.

Dispositif : lors de la consultation prévue par la Proposition n°1ci-dessus, il pourrait être à terme également posé une question relative au déroulé de carrière de la personne (augmentation de salaire, promotion), afin de voir si certaines corrélations peuvent être faites entre ces deux jeux de données.

Conditions de mise en œuvre : pour éviter toute réidentification, en complément des garanties énoncées dans la Proposition n°1ci-dessus, les réponses sur le déroulé de carrière devraient être données par fourchettes.

## **2.8. Proposition n°8 : la mesure de la diversité dans les conseils d'administration et de surveillance des sociétés du CAC 40 assurée par l'Autorité des Marchés Financiers**

Objectif : cette proposition vise à connaître la représentation de la diversité dans les instances dirigeantes des grandes entreprises françaises. Dans la mesure où les conseils d'administration ou de surveillance sont des instances trop restreintes en nombre pour que soient menées en leur sein des consultations anonymes, le recours à une institution agréant les différentes données permettrait d'exclure le risque de réidentification des personnes, tout en apportant une image précise de la représentation de la diversité au sein de ces instances importantes dans la vie économique française.

Dispositif : cette proposition vise à confier à l'Autorité des Marchés Financiers la réalisation de consultations régulières, reprenant le principe de consultation décliné dans la Proposition n°1, en lien avec la *taskforce* (Proposition n°5ci-dessus).

## **2.9. Proposition n°9 : la mesure de la diversité dans les recrutements assurée par les organismes de formation et Pôle Emploi**

Objectif : dans la mesure où il nous semble difficile en pratique pour une entreprise de mener des consultations fiables auprès de la population des candidats non retenus à un poste, cette proposition vise à mesurer les incidences que peuvent avoir le sentiment d'appartenance à certaines minorités sur le recrutement, alors même qu'il s'agit d'un temps où le risque de discrimination est élevé.

Dispositif : cette proposition vise à inclure, dans les questionnaires réalisés par les universités et les écoles pour connaître le taux d'insertion de leurs anciens étudiants, des questions relatives aux

Nicolas A., Lissan M., 2021, Comment permettre aux entreprises de mesurer et de rendre compte de la diversité en leur sein, afin d'en améliorer la représentation, tout en respectant le droit à la vie privée des personnes concernées ?, *Revue Internationale de Management et de Stratégie*, <http://www.revue-rms.fr/>.

sentiments d'appartenance à certaines minorités (sur la base des questions développées dans la Proposition n°1ci-dessus), afin de prendre en compte les éventuelles incidences de certaines caractéristiques personnelles sur le recrutement.

De même, afin que la mesure de la diversité dans les recrutements soit effectuée de manière plus exhaustive, il nous semble important d'inclure Pôle Emploi dans cette démarche, pour viser spécifiquement les demandeurs d'emplois hors sortie de formation initiale.

Conditions de mise en œuvre : la sensibilisation et l'accompagnement des universités et des écoles d'une part et de Pôle Emploi d'autre part sur ces mesures pourraient être faites par la *taskforce* (Proposition n°5ci-dessus).

## 2.10. Proposition n°10 : la mise à disposition de ressources pour permettre aux entreprises de mettre en place des bonnes pratiques en lien avec l'inclusion et la diversité

Objectif : alors que certaines entreprises pourraient considérer qu'elles n'ont pas les moyens pour mettre en œuvre certaines actions en lien avec l'inclusion et la diversité, cette proposition vise à mettre à leur disposition des ressources humaines, financières ou matérielles à cet effet.

Dispositif : cette mise à disposition de moyens, qui pourrait être coordonnée par la *taskforce* (Proposition n°5ci-dessus), viserait à subventionner la mise en place de groupes de discussion, de mentorat ou de canaux d'échange dédiés à la diversité et à l'inclusion. Ces pratiques permettraient de contribuer à la mise en place d'un cadre de confiance, indispensable au bon déroulé des consultations (Propositions n°1ci-dessus et n°2ci-dessus).

Conditions de mise en œuvre : en contrepartie des moyens reçus, l'entreprise devra **rendre compte** des actions concrètement mises en œuvre à ce titre, ce qui permettra *in fine* à la *taskforce* (Proposition n°5ci-dessus) de recueillir l'ensemble des bonnes pratiques mises en œuvre par les entreprises françaises.

## Conclusion : la mesure c'est bien, des mesures c'est mieux.

Nous avons principalement traité la question de la diversité sous l'angle des origines ethniques, dans la mesure où cette caractéristique nous semble être celle cristallisant le plus le débat sur la diversité en France, tout en étant celle qui évoque *a priori* le plus les difficultés de traitement de données sensibles. **Néanmoins, les autres caractéristiques, comme l'orientation sexuelle ou l'identité de genre ainsi que la religion, devraient également retenir toute l'attention des entreprises dans leur mesure de la diversité.**

**La mesure de la diversité est une première étape nécessaire, mais insuffisante.** Elle est nécessaire car elle permet d'assoir la démarche d'une entreprise en faveur de la diversité sur une réalité concrète. Mais c'est une étape insuffisante dans la mesure où l'appréhension de la diversité par sa mesure ne peut permettre son entière et véritable compréhension, qui nécessite inévitablement l'adoption de mesures. Il existe en effet toute une variété de mesures de discrimination positive pouvant être prises pour permettre une meilleure prise en compte de la diversité, dont les quotas seraient alors la forme la plus poussée. En outre, des mesures égalitaires générales pourraient avoir des externalités positives pour les personnes en situation de minorité. C'est par exemple le cas du congé parental égal pour les hommes et les femmes, qui permettrait d'offrir aux parents faisant partie de la communauté



Nicolas A., Lissan M., 2021, Comment permettre aux entreprises de mesurer et de rendre compte de la diversité en leur sein, afin d'en améliorer la représentation, tout en respectant le droit à la vie privée des personnes concernées ?, *Revue Internationale de Management et de Stratégie*, <http://www.revue-rms.fr/>.

LGBTQI+ une prise en charge équivalente à celle des familles hétéroparentales, tout en déstigmatisant les femmes s'agissant de la question de la parentalité dans le monde du travail.

## Bibliographie

---

<sup>1</sup> Elisabeth Moreno, Les priorités du ministère – Le mot de la ministre, site internet du Ministère chargé de l'Égalité entre les femmes et les hommes, de la Diversité et de l'Égalité des chances, accessible à : <https://www.egalite-femmes-hommes.gouv.fr/les-priorites-du-ministere-le-mot-de-la-ministre/>

<sup>2</sup> Article de la Constitution du 4 octobre 1958, accessible à : [https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article\\_lc/LEGIARTI000019240999/](https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article_lc/LEGIARTI000019240999/)

<sup>3</sup> Laetitia Challe, Sylvain Chareyron, Yannick l'Horty, Pascale Petit, Discrimination dans le recrutement des grandes entreprises : une approche multicanal, Janvier 2020, accessible à : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02441144/document>

<sup>4</sup> Notamment, à travers (i) le préambule et les articles 1 et 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, accessible à : <https://www.un.org/fr/universal-declaration-human-rights/>

(ii) les articles 2 à 7 de la Convention relative à l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, accessible à : <https://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/cerd.aspx>

(iii) l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, accessible à : [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_fra.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_fra.pdf)

(iv) et les articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, accessible à : <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:FR:PDF>

<sup>5</sup> Article 9 du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) (JO L 119 du 4.5.2016, p. 1-88), accessible à <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679> ;

Article 6 de la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, accessible à [https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article\\_lc/LEGIARTI000037822942](https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article_lc/LEGIARTI000037822942)

<sup>6</sup> Article L. 1132-1 du code du travail, accessible à : [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000042026716/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000042026716/)

<sup>7</sup> CNIL, Le contrôle d'accès biométrique sur les lieux de travail, 28 mars 2019, accessible à : <https://www.cnil.fr/fr/le-controle-dacces-biometrique-sur-les-lieux-de-travail>

<sup>8</sup> Article 88.1 du RGPD, accessible à : <https://www.cnil.fr/fr/reglement-europeen-protection-donnees/chapitre9>

<sup>9</sup> Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, considérant 29, accessible à : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2007/2007557DC.htm>

<sup>10</sup> Les Cahiers du Conseil constitutionnel, Cahier n° 24, Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, accessible à : [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/commentaires/cahier24/ccc\\_557dc.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier24/ccc_557dc.pdf)

<sup>11</sup> *Ibid*

<sup>12</sup> Article 1<sup>er</sup> de la Constitution de 1958 et alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946, accessible à : [https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article\\_lc/LEGIARTI000019240997/](https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article_lc/LEGIARTI000019240997/)

---

<sup>13</sup> INSEE, *Oui, la statistique publique produit des statistiques ethniques – Panorama d'une pratique ancienne, encadrée et évolutive*, 31 juillet 2020, accessible à : <https://blog.insee.fr/statistique-publique-produit-des-statistiques-ethniques/>

<sup>14</sup> CNIL, Délibération n°2009-317 du 7 mai 2009 portant avis sur un projet d'arrêté relatif au traitement automatisé réalisé à l'occasion du recensement de la population de Nouvelle-Calédonie en 2009, accessible à : <https://www.legifrance.gouv.fr/cnil/id/CNILTEXT000020996609/>

<sup>15</sup> Assemblée Nationale, XVe législature, Session extraordinaire de 2017-2018, Séance du jeudi 12 juillet 2018, Adoption de l'Amendement n° 199 soutenu par M. Jean-Christophe Lagarde, accessible à : <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/comptes-rendus/seance/session-extraordinaire-de-2017-2018/deuxieme-seance-du-jeudi-12-juillet-2018>

<sup>16</sup> Défenseur des Droits, *Rapport 2019 de l'observatoire du Défenseur des droits*, juin 2020, p. 37, accessible à : <https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/rap-obs-num-04.06.20.pdf>

<sup>17</sup> Défenseur des Droits, *13ème Baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi*, décembre 2020, p. 4, accessible à : [https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd\\_13e-barometre-discriminations-emploi\\_2020.pdf](https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_13e-barometre-discriminations-emploi_2020.pdf)

<sup>18</sup> Colette Guillaumin, *L'idéologie raciste – Genèse et langage actuel*, Collection IDERIC, 1972, accessible à : [https://www.persee.fr/doc/ierii\\_1764-8319\\_1972\\_mon\\_2\\_1](https://www.persee.fr/doc/ierii_1764-8319_1972_mon_2_1)

<sup>19</sup> Pour la France, voir Défenseur des Droits, *Discriminations et origines : l'urgence d'agir*, juin 2020, accessible à : <https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/rap-origine-num-15.06.20.pdf>

<sup>20</sup> Conseil d'État, *Rapport public 1996 : Sur le principe d'égalité*, p. 87