

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Quand le casier séquestre nos libertés

Van der Plancke, Véronique; Rouvroy, Antoinette

Published in:
Le casier judiciaire

Publication date:
2011

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Van der Plancke, V & Rouvroy, A 2011, Quand le casier séquestre nos libertés. dans *Le casier judiciaire: approches critiques et perspectives comparées*. Crimen, Larcier , Bruxelles, pp. 71-100.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

QUAND LE CASIER SÉQUESTRE NOS LIBERTÉS

Véronique VAN DER PLANCHE

Chercheuse au Centre Droits fondamentaux & Lien social des Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix – Namur, chercheuse associée au Centre de philosophie du droit de l'Université catholique de Louvain et avocate au Barreau de Bruxelles

et

Antoinette ROUVROY

Chercheuse qualifiée du F.R.S. – FN.R.S. auprès du Centre de Recherche Informatique et Droit (CRID) des Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix – Namur

avec la collaboration de

Volérie VERBRUGGEN

Membre de la Ligue des droits de l'homme

73	Introduction
76	I. Le «droit à l'oubli» : de l'aspiration légitime à un droit fondamental consacré?
81	II. De la protection de la vie privée et des données judiciaires
87	III. Le droit à la non-discrimination sur la base des antécédents judiciaires
98	Conclusion

INTRODUCTION

«A History of Violence»¹ : certains se souviendront de ce film jouant d'emblée sur l'ambiguïté de son titre. *Une histoire de (la) violence*, certes ; mais l'expression anglaise «*to have a history of violence*» signifie parallèlement «avoir un passé violent», autrement dit «avoir un casier judiciaire». Dans cette fiction, le protagoniste Tom Stall, patron apprécié d'un restaurant modeste dans l'Indiana, père et mari irréprochable, se voit, à la suite d'événements fracassants, contraint de révéler à ses proches son passé criminel tenu secret jusqu'alors. Très vite, sa famille, traumatisée par cette image nouvelle supplantant soudainement toutes les autres, se détourne de lui et Tom Stall, en exil, redevient pour un temps tueur d'exception. Sans vouloir dérouler l'ensemble, exposons simplement le processus identitaire que le film suggère. Nous évoluons et nous nous transformons, parfois radicalement, au gré des représentations successives – et dissonantes – que notre entourage projette sur nous² : le regard d'autrui – approuvateur ou réprobateur, tolérant ou inquisiteur – sans pour autant atteindre la prophétie auto-réalisatrice, affecte substantiellement la construction de ce que nous sommes et devenons.

On le sait et on le sent : la vie n'est éprouvée pleinement que lorsqu'elle donne lieu à la possibilité d'inventer des rapports nouveaux entre les hommes et les choses, entre les hommes entre eux, lorsque l'individu peut expérimenter divers modes de vie sans pour autant être mis au ban de la société ni privé des ressources et opportunités qui lui sont nécessaires et lorsqu'il peut lui-même peser sur les représentations collectives qui le forment et l'informent tout à la fois. Nous sommes davantage des processus que des phénomènes et nous nous constituons comme sujets à travers les «performances identitaires» que nous adaptons aux divers contextes qui nouent nos expériences quotidiennes. Nous sommes à la fois cohérents par la mémoire, la responsabilité et l'engagement, et multiples pour le reste. Faire droit à cette multiplicité que nous sommes requiert, au-delà de la mesure nécessaire à la cohérence, d'éviter que nos actions passées et les traces qui en restent ne nous soient assignées au titre d'un destin identitaire auquel nous ne pourrions échapper : chacun doit avoir droit à plus d'une chance et, s'il le souhaite, à changer de route. Le passé ne devrait pas indéfiniment bloquer l'avenir, ni dis-

¹ Film américain réalisé par David Cronenberg et diffusé en 2005.

² Pour une description du synopsis et de la reprise de son idée maîtresse, voy. entre autres : [http://fr.wikipedia.org/wiki/A_History_of_Violence_\(film\)](http://fr.wikipedia.org/wiki/A_History_of_Violence_(film)). Consulté le 19 novembre 2009.

criminer l'ex-détenu ou condamné dans l'accès aux ressources et opportunités considérées par tous comme relevant du besoin ou de l'idéal. Pourtant, le casier judiciaire, aujourd'hui, fait obstacle bien souvent, comme un mur «dont aucune pierre ne pouvait être déplacée»³, à l'accès au logement, au travail et aux autres sphères de la vie. Par l'effet rémanent d'une stigmatisation subsistant bien après la commission du crime ou du délit et bien après que la peine aura été purgée, clichant l'individu en négatif dès que l'enfermement, par exemple, excède quelques semaines⁴ et entravant substantiellement les possibilités de réintégration, les choses se passent comme si le comportement déviant absorbait, dissolvait ou effaçait les multiples facettes de la personnalité et de l'identité sociale.

Lorsqu'il sort de prison, l'ex-détenu est généralement en état de paupérisation accrue⁵, aggravée ensuite par la difficulté à décrocher un emploi ou à récupérer son droit aux allocations sociales⁶. Certains prétendent que, pour dissuader, la peine doit prolonger ses effets au-delà de sa temporalité première et ses stigmates au-delà de la prison⁷. D'autres au contraire, dénonçant l'indignité de cette situation et de ses effets délétères, réclament une disparition, un oubli rapide de l'étiquette du condamné et épinglent dès lors le recours excessif aux extraits du casier judiciaire; «le casier judiciaire est devenu dans la société moderne l'incarnation même du stigmate de la criminalité. C'est l'étiquette qui colle à la peau du justiciable longtemps après l'exécution de sa peine et même lorsque notre mémoire collective a consommé l'oubli de son geste criminel»⁸. Le risque du casier judiciaire réside ainsi dans la survalorisation de la vérité de l'information enregistrée, au-delà de la valeur du sujet lui-même, désormais classé selon une dangerosité présumée sur cette base. Dans une société fascinée par le mythe du «risque zéro», la

³ G. LE BLANC, «Penser la condition anthropologique aujourd'hui», conférence aux FUNDP, 13 octobre 2008.

⁴ P. COMBESSE, *Sociologie de la prison*, Paris, Éd. La Découverte, 2009, p. 109.

⁵ A.-M. MARCHETTI, *Pauvreté en prison*, coll. Trajets, Toulouse, Erès, 1997.

⁶ À ce sujet, nous nous permettons de renvoyer à l'ouvrage suivant : V. VAN DER PLANCKE et G. VAN LIMBERGHE, *La sécurité sociale des (ex-)détenus et de leurs proches*, coll. Droit en mouvement, Bruxelles, La Chartre, 2008.

⁷ Il en va ainsi des tenants de la «less eligibility» selon lesquels il importe que l'ex-détenu subisse encore les embûches de la peine à la sortie. Pour des développements sur cette théorie, voy. notamment E.W. SIEH, «Less Eligibility: The Upper Limits Of Penal Policy», *Criminal Justice Policy Review*, 1989, vol. 3, n° 2, pp. 177-178; H.-O. HUBERT et V. VAN DER PLANCKE, «Peine et sécurité sociale : le jeu de la less eligibility», in V. VAN DER PLANCKE et G. VAN LIMBERGHE (dir.), *Les limitations au droit à la sécurité sociale des détenus : une double peine?*, coll. Dossier de la Revue de droit pénal et de criminologie, Bruges, La Chartre/Die Keure, 2010, pp. 218 et s.

⁸ H. DUMONT, «Le casier judiciaire : criminel un jour, criminel toujours?», in *Les journées Maximilien-Caron*, Montréal, Thémis, 1995, p. 108.

personne affublée d'un casier judiciaire reste alors inexorablement marquée, car le tiers qui a l'opportunité d'accéder à cette information se sent obligé d'y recourir et donc de la solliciter (employeur ou bailleur potentiel). S'y soustraire reviendrait en effet à endosser, un jour peut-être, la responsabilité de l'éventuelle réalisation du risque craint : que l'individu qu'on aurait dû savoir dangereux ou négligent récidive.

Ainsi, la première question qui nous occupe est la suivante : existe-t-il un droit à l'oubli, positivement défini ici comme le droit de reconstruire son identité dans le temps, sans être machinalement rattrapé par son passé? Un droit à l'oubli qui laisserait la chance d'exister au «moi tout autre». Le droit à l'oubli serait-il, dès lors et formellement, une variation du droit à la protection de la vie privée, en ce que le premier comme le second participeraient à l'épanouissement de l'autonomie et à l'auto-détermination personnelle (I)? Le droit à la protection de la vie privée trouvant dans les régimes de protection des données à caractère personnel l'un des instruments de sa protection, l'étape suivante, s'ouvrant naturellement à nous, revient à examiner brièvement le traitement réservé au «casier» – lorsqu'il est «manié» par des acteurs n'émanant pas du pouvoir judiciaire – à l'aune de celui que connaissent les données sensibles que sont les données judiciaires (II). Enfin, outre la protection du «droit de devenir soi-même»⁹ ou du droit d'expérimenter divers modes de vie qui, sans être illégaux, peuvent être impopulaires aux yeux de la majorité, le droit à la protection de la vie privée et des données personnelles fonctionne, et ce, de façon croissante, pour protéger les personnes contre toute une série de distinctions de traitement parfois «économiquement rationnelles», mais qui n'en demeurent pas moins arbitraires, dans l'accès à diverses ressources et opportunités sociales jugées indispensables à une vie décente et à la participation à la vie sociale... Ainsi, alors que le caractère «sensible» des données est très intimement lié au potentiel discriminatoire de leur divulgation, on interrogera l'absence, souvent constatée, des «antécédents judiciaires» de la liste des critères prohibés de distinction recensés dans les normes de lutte contre la discrimination (III). Le droit à l'égalité n'a-t-il pourtant pas comme dessein de conférer aux droits sociaux fondamentaux – au travail, au logement, à la sécurité sociale... – leur efficacité contentieuse?

⁹ L'expression est empruntée à S. GUTWIRTH, Voy. S. GUTWIRTH, *Privacyvrijheid! De vrijheid om zichzelf te zijn*, Den Haag, Rathenau Instituut, 1998, p. 152.

I. LE « DROIT À L'OUBLI » : DE L'ASPIRATION LÉGITIME À UN DROIT FONDAMENTAL CONSACRÉ

Le casier judiciaire laisse une trace là où l'ex-condamné voudrait l'oubli¹⁰. La question se pose naturellement de savoir si l'on peut faire de l'oubli une valeur collective. Pourquoi, finalement, serions-nous conduits à l'ériger en « droit » ? Dans un premier temps, nous soutiendrons que c'est parce qu'en réalité, nous faisons l'expérience que la possibilité d'oublier et d'être oublié conditionne la vitalité humaine¹¹. Dans un second temps, nous verrons dans quelle mesure le droit à l'oubli est, au-delà d'une aspiration légitime, plus formellement consacré.

L'oubli importe parce que, comme nous l'avons déjà évoqué, l'une des conditions nécessaires à l'épanouissement de l'autonomie individuelle repose sur la possibilité d'envisager son existence non pas comme la confirmation ou la répétition de ses propres traces, mais comme la possibilité d'explorer des modes de vie et façons d'être nouveaux, autrement dit, d'aller là où on ne l'attend pas. C'est bien ce « droit à une seconde chance », la possibilité de « remettre les compteurs à zéro » qu'il faut restaurer ou préserver non seulement pour les personnes ayant purgé une peine inscrite au casier, mais plus généralement aussi pour l'ensemble de la population dès lors qu'augmente la capacité de mémoire digitale. Un « droit » ou un « intérêt légitime » à oublier et à se faire oublier traduit ainsi l'inquiétude de la personne *que nous sommes* pour la personne *que nous entendons* ou *que nous espérons devenir* dans l'avenir. C'est, pour le dire autrement, le souci que ce que l'on dit ou ce que l'on fait ne puisse être retenu éternellement contre nous, que l'« actuel » ne se perpétue pas indéfiniment, au point de bloquer toute possibilité de « devenir autre ». Il y a un danger dans la possibilité à tout

moment de « réactiver » les traces d'actions et événements passés, abolissant même les notions temporelles de passé et de présent dans un éternel « présent » immédiatement accessible. C'est d'ailleurs, probablement, parce que nous comptons sur cette possibilité d'être oubliés et d'oublier, que nous nous sentons libres d'être et d'agir aujourd'hui, que nous pouvons « faire événement » et que nous pouvons penser aussi que l'innovation sociale, au niveau collectif, reste toujours possible. Les entrecroisements de la subjectivité (sphère intime et individuelle) et l'émancipation politique (sphère publique) sont les lieux où peuvent se dessiner les virtualités (comme possibilités signifiant la contingence de « l'actuel ») du sujet humain et les utopies collectives (comme puissances d'activation du changement social dessinant un horizon jamais atteint mais faisant néanmoins office de force mobilisatrice des énergies transformatrices). Il faut, dès lors, empêcher le processus qui ferait à jamais de nous des copies enregistrées de nous-mêmes, par l'assignation rigide de nos traces, au titre d'un destin identitaire suggérant une lisibilité performative de l'avenir de l'individu « classé et profilé » devenu prévisible.

Ainsi évoquée, une certaine forme d'oubli est, sans aucun doute, un intérêt partagé entre les hommes, mais cet intérêt fait-il formellement l'objet d'un droit consacré ? En réalité, on pourrait considérer plusieurs manifestations du droit à l'oubli en droit privé¹², comme la prescription extinctive, l'« accouchement sous X » (non autorisé en Belgique à l'heure actuelle), ou encore la procédure en changement de nom qui permet de rompre, en partie, avec une certaine renommée. En matière pénale, c'est plus clair encore : la prescription des poursuites ou des peines¹³, par exemple, s'autorise « des vertus pacificatrices de l'oubli »¹⁴, de même que la réhabilitation ou l'effacement des mentions de condamnations pénales, après un certain temps, du casier judiciaire¹⁵.

Dans une société de l'information dotée désormais d'une « mémoire digitale virtuellement illimitée », portant sur tout et tous, à la faveur d'une contamination progressive de la logique de l'instruction pénale par la logique du renseignement, le « droit à l'oubli » est parfois revendiqué

¹⁰ À travers l'enregistrement d'un casier et son accès aisé est soulevée la question d'une inversion des rapports entre la mémoire et l'oubli : la « capacité d'oubli », biologiquement inscrite dans l'être humain, ne va-t-elle pas progressivement céder le pas à une « faculté de mémoire » non biologique ? Plusieurs auteurs ont déjà suggéré qu'alors que l'humanité avait jusqu'à présent toujours semblé manquer de mémoire, l'oubli prévalant par défaut, nous serions actuellement engagés dans un processus d'inversion du rapport entre oubli et mémoire dans la mesure où, par défaut, toute information (sonore, visuelle, textuelle) serait bientôt enregistrée et conservée. Voy. A. ROUVROY, « Réinventer l'art d'oublier et de se faire oublier dans la société de l'information ? », in S. LACOUR (dir.), *La sécurité de l'individu numérisé. Réflexions prospectives et internationales*, Paris, L'Harmattan, 2008, pp. 249-278.

¹¹ Pour ce qui suit, *ibid.*, pp. 249-278. Voy. aussi A. ROUVROY et T. BERNIS, « Détecter et prévenir : de la digitalisation des corps et de la docilité des normes », in G. LEBER et J. MORIAU (éd.), *(Se) Gouverner. Entre souci de soi et action publique*, Bruxelles-Berlin-Oxford, Éditions Peter Lang, à paraître.

¹² F. OST, *Le temps du droit*, Paris, Éd. Odile Jacob, 1999, p. 129.

¹³ En guise d'illustration, voy. Cour eur. D.H. (gde ch.), req. n° 67335/01, *Achour c. France*, arrêt du 29 mars 2006, § 39 ; disponible en ligne sur le site de la Cour (www.echr.coe.int/). Il y est indiqué, au sujet de la législation nationale française, « qu'il s'agit d'un délai d'épreuve ou de prescription, le condamné peut revendiquer un droit à l'oubli lorsque le délai prévu par les textes relatifs à la récidive est expiré [...] ». Voy. également Cour eur. D.H., req. n° 44069/98, *G.B. c. France*, décision du 16 mai 2000, p. 3.

¹⁴ F. OST, *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 151.

¹⁵ Sur ce point, voy. la contribution de O. VENET dans le présent ouvrage.

par l'individu, pour peu, bien entendu, qu'il se sache « fiché » et que la banalité et la généralisation des enregistrements n'aient pas trop érodé sa sensibilité aux nouveaux types de « surveillance » ou d'« observation » dont il fait l'objet. Ainsi, au nom de ce qu'il qualifie sans détour de droit « à l'*habeas data* ou d'un droit à l'oubli », Frayssinet affirme, déjà en 1992, que l'individu ne peut pas être empêché « toute sa vie durant par des informations fichées et utilisées à son insu »¹⁶. Wacquant dénonce, pour sa part, le mépris, en France, du « droit à l'oubli » par le projet d'adoption du fichier national des délinquants sexuels contenant les empreintes génétiques des mineurs, des individus acquittés et des personnes mises en cause mais non condamnées pour infraction à caractère sexuel¹⁷. Le rapport rendu par le Sénat français en 2008, relatif à « la vie privée à l'heure des mémoires numériques »¹⁸, se réfère, à son tour, à la nécessité de renforcer un droit à l'oubli « battu en brèche par la révolution numérique », et ce, pour retrouver un équilibre, lorsque des données sont stockées sur des sites internet par exemple, entre respect de la vie privée, droit à l'oubli et protection de la liberté d'expression et d'information, tout en précisant cependant que « le droit à l'oubli ne signifie pas que chacun pourrait réécrire à sa guise son histoire personnelle »¹⁹. Il serait intéressant, à tout le moins, de revenir sur cette notion de « réécriture de l'histoire personnelle », dans la mesure où, notamment, depuis un certain nombre d'années, le témoignage, l'aveu, l'expertise, tous ces actes de langage ou ces récits qui pouvaient faire « autorité » ou être « autorisés » à attester d'une réalité en justice, se voient progressivement décredibiliser au profit de systèmes rendant le monde signifiant sans recours au langage ni au récit et contournant souvent le prisme de la conscience humaine (nous pensons par exemple à la « preuve » biométrique, au profilage statistique...). Mais approfondir ce thème nous emmènerait trop loin de notre objet. Le rapport français poursuit en affirmant que ce droit à l'oubli pourrait s'exercer devant le juge à tout moment : « le demandeur démontrerait par exemple que les faits ou les propos rapportés ne correspondent plus à son mode de vie

ou à ses opinions et qu'ils lui causent un préjudice dans sa vie familiale ou professionnelle. Il appartiendrait au juge d'apprécier si la demande de retrait porte atteinte à la liberté d'expression »²⁰. Le tribunal de grande instance de Paris a déjà pu établir clairement, en réponse à la demande d'une personne qui souhaitait échapper à la réactualisation répétée, par les médias, de faits passés, « [...] que toute personne qui a été mêlée à des événements publics peut, le temps passant, revendiquer le droit à l'oubli ; que le rappel de ces événements et du rôle qu'elle a pu y jouer est illégitime s'il n'est pas fondé sur les nécessités de l'histoire ou s'il peut être de nature à blesser sa sensibilité ; [...] que le droit à l'oubli qui s'impose à tous, y compris aux journalistes, doit aussi profiter à tous, y compris aux condamnés qui ont payé leur dette à la société et tentent de s'y réinsérer »²¹.

Parallèlement, dans un avis rendu le 18 février 2008 à propos de la conservation de données scolaires des enfants, le Groupe de travail dit de l'article 29, car institué par l'article 29 de la directive européenne 95/46/CE sur la protection des données à caractère personnel²², affirmait qu'« il convient de garder à l'esprit le "droit à l'oubli" qui protège toute personne concernée, et particulièrement les enfants. [...] Dans la mesure où les enfants sont en développement, leurs données changent et peuvent être rapidement dépassées et non pertinentes pour l'objectif initial de la collecte de données. Dans ce cas, les données ne devraient pas être conservées »²³. En Belgique, la Commission de la protection de la vie privée (CPVP) mobilise également le « droit à l'oubli » dans certains de ses avis et recommandations²⁴, tantôt pour prôner la suppression, dans les listes noires, de données dont la pertinence est douteuse²⁵, tantôt pour mettre en évidence la nécessité de préserver les chances de réin-

²⁰ *Ibid.*, p. 109. Sur la portée du droit à l'oubli en France et la façon dont la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) y fait ou non référence, voy. notamment L.-X. RANO, *La force du droit à l'oubli*, Mémoire de D.E.A. Informatique et Droit, 2003/2004, sous la direction de J. FRAYSSINET, Université d'Aix-Marseille III, disponible sur le site *Droit-TIC*, consulté le 7 janvier 2010. URL : http://www.droit-ntic.com/trav/info.php?id_trav=95.

²¹ Voy. Trib. gde inst. Paris, 20 avril 1983, *Mme M. C. Filipacchi et Cogedipresse*, JCP, 1983, II, p. 20434.

²² Groupe d'experts européens de protection des données institué en application de l'article 29 de la directive européenne 95/46/CE.

²³ Document de travail 1/2008 sur la protection des données à caractère personnel de l'enfant (Principes généraux et cas particulier des écoles), 18 février 2008, point a.3.

²⁴ L'énumération qui suit est illustrative et ne prétend pas à l'exhaustivité. Ainsi, par exemple, mentionne également le droit à l'oubli l'avis n° 11/2004 du 4 octobre 2004 relatif à deux avant-projets de loi instituant la banque de données Phénix, n° réf. : 10/A/2004/011. De façon générale, les avis de la Commission de la protection de la vie privée sont disponibles sur son site internet. URL : <http://www.privacycommission.be/>.

²⁵ Commission de la protection de la vie privée, Avis n° 09/2005 du 15 juin 2005 relatif à une demande d'avis sur un encadrement des listes noires, p. 15.

¹⁶ J. FRAYSSINET, *Informatique, fichiers et libertés*, Paris, Litec, 1992, p. 74.

¹⁷ L. WACQUANT, *Punir les pauvres. Le nouveau gouvernement de l'insécurité sociale*, Marseille, Agone, 2004, p. 43.

¹⁸ *La vie privée à l'heure des mémoires numériques. Pour une confiance renforcée entre citoyens et société de l'information*, Rapport d'information d'Y. DÉTRAIGNE et A.-M. ESCOFFIER, fait au nom de Commission des lois du Sénat, 27 mai 2009, n° 441 (2008-2009), 153 p.; disponible sur le site du Sénat, consulté pour la dernière fois le 1^{er} janvier 2010. URL : <http://www.senat.fr/noticerap/2008/r08-441-noiicc.html>.

¹⁹ *Ibid.*, p. 104. Le rapport mentionne que le droit à l'oubli a été évoqué à de nombreuses reprises lors des auditions, et que cette perte de mémoire sollicitée a vocation à protéger l'individu par rapport à son passé.

sersion sociale des détenus condamnés face aux velléités d'informer les victimes des «sorties» de ces derniers²⁶ ou encore, toujours dans un objectif de réinsertion optimale d'ex-condamnés, pour délimiter le temps raisonnable de conservation de données dans un programme d'analyse criminelle²⁷ ou pour justifier les restrictions légales rigoureuses d'accès au casier judiciaire central²⁸. La CPVP affirma également que la mention des arrêts de réhabilitation dans le casier judiciaire central, parmi les informations accessibles aux autorités habilitées, constitue une exception au principe du droit à l'oubli en ce qu'elle signifie que même la réhabilitation d'une personne condamnée ne fait pas disparaître complètement la condamnation encourue. La CPVP ajoute toutefois que le non-respect du principe du droit à l'oubli paraît en l'espèce justifié car, permettant une individualisation de la peine (c'est en tout cas le but poursuivi par le législateur), il serait en principe favorable à l'intérêt²⁹.

Le droit à l'oubli prend ainsi incontestablement racine dans le droit à la vie privée, à l'auto-détermination et à la protection des données personnelles dont il est une des expressions et vocations. Mis en balance avec d'autres objectifs légitimes, il est à l'origine, par exemple, du principe d'effacement des données enregistrées après un certain temps (celui

²⁶ Les «sorties» visées ne sont pas tant la libération conditionnelle pour laquelle l'information des victimes est déjà légalement prévue, mais bien les permissions de sortie, congé pénitentiaire, semi-liberté (aujourd'hui rebaptisée «détention limitée») et libération provisoire. Voy. Commission de la protection de la vie privée, Avis n° 28/2000 du 14 septembre 2000 relatif à l'information des victimes lors de «sorties» de détenus condamnés.

²⁷ Commission de la protection de la vie privée, Avis n° 15/1999 du 10 mai 1999 relatif au Programme «VICLAS» d'analyse criminelle, p. 7. VICLAS («Violent Crime Linkage Analysis System») est un programme d'appui à la recherche judiciaire axé sur la détection de crimes graves touchant à l'intégrité physique des personnes et susceptibles d'être commis en série (meurtres, violences sexuelles, rapt non parentaux).

²⁸ Commission de la protection de la vie privée, Avis n° 22/2000 du 28 juin 2000 d'initiative relatif au traitement de données personnelles par certaines sociétés de renseignement commercial à partir des informations inscrites au rôle général des cours et tribunaux du travail, p. 2. La Commission de la protection de la vie privée précise ainsi que le traitement (la mémorisation, la compilation ou le stockage) des données relatives à des condamnations, même prononcées publiquement, doit rester confidentiel, sous peine de porter atteinte à la réinsertion de personnes condamnées et à leur droit à l'oubli.

²⁹ La Commission de la protection de la vie privée rapporte que cette exception au principe du droit à l'oubli est expliquée de la manière suivante dans l'exposé des motifs de la loi sur le casier judiciaire : «Il est [...] indispensable aux autorités judiciaires d'avoir à tout le moins connaissance des condamnations ayant précédemment frappé les individus qu'elles ont à juger, en vue d'une application personnalisée des peines». Commission de la protection de la vie privée (Avis n° 28/98 du 25 septembre 1998 relatif au projet d'arrêt royal portant exécution de la loi du 8 août 1997 relative au Casier judiciaire central).

nécessaire à la finalité pour laquelle elles ont été recueillies)³⁰; par ailleurs, le non-respect du droit à l'oubli au bénéfice d'une mémoire «perpétuelle» ne serait, le cas échéant, légitime que si le but poursuivi est l'intérêt de la personne concernée.

II. DE LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE ET DES DONNÉES JUDICIAIRES

Nous l'avons vu, le droit à l'oubli se présente comme l'une des facettes du droit fondamental à la protection de la vie privée. Le droit à la protection de la vie privée et ses ramifications, dont le droit à la protection des données personnelles³¹, ambitionnent, au fond, de respecter les capacités autonomiques de l'individu et conditionnent la jouissance

³⁰ Traditionnellement, le principe de proportionnalité consacré, en Belgique, par l'article 4 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel est invoqué. Les données traitées doivent être pertinentes, le cas échéant, mises à jour, et ne pas être conservées au-delà de la durée nécessaire à la réalisation de la finalité pour laquelle elles ont été collectées.

³¹ L'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, consacrant le droit au respect de la vie privée et familiale, a été interprété par la Cour européenne des droits de l'homme comme incluant la protection des individus en cas de recueil et de conservation de données personnelles les concernant. Voy. Cour eur. D.H. (gde ch.), req. n° 30562/04 et 30566/04, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, arrêt du 4 décembre 2008; Cour eur. D.H. (gde ch.), *Rotaru c. Roumanie*, arrêt du 4 mai 2000. Sur ce dernier arrêt, voy. O. DE SCHUTTER, «Vie privée et protection de l'individu vis-à-vis des traitements de données à caractère personnel», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, n° 45, pp. 137-183. La reconnaissance, au niveau international, d'un droit à la protection des données personnelles est également garantie par la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981 (dite «Convention n° 108»), adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe et entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1985. Cette convention est le premier texte contraignant en matière de protection des données. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a par ailleurs adopté plusieurs recommandations en ce domaine (dont la recommandation n° R(97)18 du Comité des ministres concernant la protection des données personnelles collectées et traitées à des fins statistiques, adoptée le 30 septembre 1997). Le droit à la protection des données est apparu, dans un premier temps, comme une déclinaison du droit au respect de la vie privée. Ce constat ressort également de la lecture du considérant n° 10 de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données – directive amplifiant et détaillant les principes de la Convention n° 108 – qui rappelle que «l'objet des législations nationales relatives au traitement des données à caractère personnel est d'assurer le respect de droits et libertés fondamentaux, notamment du droit à la vie privée reconnu également dans l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et dans les principes généraux du droit communautaire». On a ensuite assisté à une autonomisation du droit fondamental à la protection des données personnelles. Ainsi, la Charte européenne des droits fondamentaux proclamée initialement le 7 décembre 2000 reconnaît, à côté du droit au respect de la vie privée et familiale, garanti par son article 7, un droit à la protection des données à caractère personnel, reconnu à l'article 8; *Journal officiel des Communautés européennes*, série C, n° 364, 18 décembre 2000, pp. 1-22. Entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, le nouvel article 6, §1, du Traité sur l'Union européenne, inséré par le Traité de Lisbonne, dispose que la Charte a désormais la même valeur juridique que les traités.

effective de l'ensemble des droits et libertés fondamentaux³². Ils protègent les comportements, attitudes et modes de vie minoritaires ou marginaux qui, sans être illégaux ni causer dommage à autrui, exposeraient ceux qui s'y adonnent à l'animosité ou à des réactions discriminatoires ou stigmatisantes de la part de tiers s'ils en avaient connaissance. Dans la même veine, ils confèrent à l'individu une certaine maîtrise sur l'image de lui-même qu'il projette sur le monde, en préservant la possibilité pour lui de ne pas tout révéler de son passé, surtout lorsque ce passé n'est plus pertinent pour évaluer ses capacités, besoins, performances et mérites actuels. Le respect du droit à la protection de la vie privée n'est donc pas seulement un instrument permettant à chacun de s'isoler par rapport aux autres, mais il outille aussi l'individu pour satisfaire son besoin de participer et d'interagir avec autrui et de participer à la coopération sociale³³; autrement dit, il est une condition (nécessaire mais non suffisante) du développement personnel des individus, impliquant tout à la fois une séparation d'avec le monde et l'intégration dans la vie sociale. Concrètement, en permettant par exemple de garder secrètes certaines informations *invisibles*, le droit à la vie privée prémunit contre une série de distinctions de traitements dans l'accès à divers biens sociaux essentiels; sauf exception, au nom du droit à la vie privée, personne ne pourrait être contraint de révéler, à un particulier, sa conviction religieuse ou politique, son orientation sexuelle ou son passé judiciaire lors d'un entretien d'embauche dès lors que ces données personnelles n'auraient aucune pertinence pour le poste à pourvoir³⁴.

La Commission belge de la protection de la vie privée s'est ainsi prononcée, à plusieurs reprises, sur la question de la sollicitation et du traitement subséquent, par des particuliers, des extraits de casier judiciaire d'autrui, autrefois baptisés «certificats de bonne vie et mœurs». On relève préliminairement, et c'est d'importance, que l'extrait de casier judiciaire est naturellement rangé, par la CPVP, parmi des «données judiciaires», données dites *sensibles*³⁵. En application de l'article 8 de

³² Y. FOULLET et A. ROUVROY, «Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel : une réévaluation de l'importance du droit à la protection de la vie privée pour la démocratie», in K. BIENKHELEF et P. TRUDEL (dir.), *État de droit et virtualité*, Montréal, Thémis, 2009, p. 221.

³³ *Ibid.*, p. 221.

³⁴ Voy., par exemple, l'article 11 de la convention collective de travail n° 38 du 6 décembre 1983 concernant le recrutement et la sélection de travailleurs, selon lequel «la vie privée des candidats doit être respectée lors de la procédure de sélection. Cela implique que des questions sur la vie privée ne se justifient que si elles sont pertinentes en raison de la nature et des conditions d'exercice de la fonction».

³⁵ De manière générale, les régimes de protection des données à caractère personnel distinguent, parmi les données à caractère personnel, une catégorie de données auxquelles une protection accrue

la loi belge du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (LVP), le traitement de ces données judiciaires³⁶ est donc, par principe, interdit (art. 8, §1^{er} de la LVP) sauf dans quelques hypothèses énumérées limitativement (art. 8, §2 de la LVP), parmi lesquelles le traitement effectué sous le contrôle d'une autorité publique ou dans le cadre de la réalisation de finalités fixées par ou en vertu d'une loi (loi comprise au sens large)³⁷. Dans les cas de figure restreints où le traitement des données judiciaires est autorisé, encore faudra-t-il, afin que soit pleinement préservé le droit à la vie privée de l'individu dont les données sont recueillies, veiller à ce que la finalité du traitement soit légitime, que les mesures adoptées soient proportionnées au but poursuivi et entourées de mesures de sécurité adéquates et que soient respectés l'obligation d'information et les droits d'accès et de correction au bénéfice de l'individu³⁸.

Dans son avis du 11 février 2002 relatif au traitement de données à caractère personnel par les sociétés privées d'intérim³⁹, la CPVP confirme donc, logiquement, qu'il n'est en principe pas permis aux employeurs de récolter et de conserver les certificats de bonne vie et mœurs (même vierges) de leurs employés (art. 8, §1^{er} de la LVP) sauf

est accordée. Ces données sont qualifiées de «sensibles». Alors même que les régimes de protection des données à caractère personnel sont conçus pour encadrer le traitement de ces dernières de garanties (traitement légitime, ayant une finalité précise, entouré de mesures de sécurité adéquates, etc.), le traitement des données dites «sensibles» est, sauf exception, interdit. On distingue classiquement les données sensibles au sens strict – l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que les données relatives à la vie sexuelle (art. 6 de la LVP) – des données sensibles au sens large : pour celles-ci, on ajoute aux précédentes les données relatives à la santé (art. 7 de la LVP) et les données judiciaires (art. 8 de la LVP).

³⁶ Les données judiciaires couvrent, en vertu de l'article 8, §1^{er} de la LVP, les «données à caractère personnel relatives à des litiges soumis aux cours et tribunaux ainsi qu'aux juridictions administratives, à des suspicions, des poursuites ou des condamnations ayant trait à des infractions, ou à des sanctions administratives ou des mesures de sûreté».

³⁷ Article 8, §2 de la LVP, respectivement points a) et b). La Convention n° 108 du Conseil de l'Europe prévoit pour sa part, dans son article 6, que les données à caractère personnel concernant des condamnations pénales ne peuvent être traitées automatiquement à moins que le droit interne ne prévoit des garanties appropriées. Enfin, les données judiciaires font l'objet d'un article distinct dans la directive 95/46/CE. Ainsi, en application de son article 8, §5, «le traitement de données relatives aux infractions, aux condamnations pénales ou aux mesures de sûreté ne peut être effectué que sous le contrôle de l'autorité publique ou si des garanties appropriées ou spécifiques sont prévues par le droit national, sous réserve des dérogations qui peuvent être accordées par l'État membre sur la base de dispositions nationales prévoyant des garanties appropriées et spécifiques. Toutefois, un recueil exhaustif des condamnations pénales ne peut être tenu que sous le contrôle de l'autorité publique [...]».

³⁸ Pour une description du régime belge de protection des données, voy. notamment C. DE TERWANGNE et S. LOUVEAUX, «Protection de la vie privée face au traitement de données à caractère personnel : le nouvel arrêté royal», *Journal des tribunaux*, 2001, pp. 457-469.

³⁹ Commission de la protection de la vie privée, Avis d'initiative n° 8/2002 du 11 février 2002 relatif au traitement de données à caractère personnel par les sociétés privées d'intérim.

si la profession exercée par ceux-ci est réglementée (fonctionnaire, militaire, agent de gardiennage, avocat...) et nécessite un casier judiciaire vide ou exempt de certaines condamnations (art. 8, §2, b) de la LVP). La Commission ajoute encore qu'à défaut de réglementation appropriée, l'employeur ou la société de placement ne pourra que prendre connaissance, avec le consentement de la personne concernée, du contenu du certificat, sans le noter, ni conserver de mention à ce sujet, la simple production et lecture d'un document n'entrant, en principe, pas dans le champ d'application de la loi du 8 décembre 1992⁴⁰. Elle insiste, enfin, sur la réalité du danger que ces données ne soient utilisées à des fins discriminatoires⁴¹.

Outre la question de ses interférences sur l'accès à l'emploi, la CPVP s'est récemment penchée sur l'impact négatif du casier sur l'accès au logement. De nombreux dossiers individuels soumis à la Commission pour avis révèlent que de plus en plus d'informations, dont la pertinence doit être analysée, sont demandées par les bailleurs (particuliers ou agences immobilières) aux candidats locataires dans le but de vérifier leur solvabilité, ou plus généralement de s'assurer que l'immeuble sera «bien» loué. À la suite de ce constat, la compatibilité de ces pratiques avec la législation relative à la protection de la vie privée fut, à raison, soulevée et analysée par la Commission dans sa Recommandation du 18 mars 2009⁴². La CPVP commença par rappeler que le logement est un «besoin ou un intérêt qui doit être considéré, sans contestation sérieuse possible, comme essentiel à la vie en société» et que le droit d'y avoir accès revêt un caractère fondamental consacré dans l'article 23 de la Constitution. Elle souligna ensuite que ce droit fondamental «ne peut s'accorder avec des pratiques qui risqueraient de mettre en péril son exercice, tout particulièrement lorsque ce péril se doublerait d'une atteinte à la protection de la vie privée de l'intéressé, droit reconnu par

⁴⁰ La Commission remarque, à ce titre, qu'un apport législatif concernant le contrôle par un employeur des antécédents judiciaires d'un employé est souhaitable puisque, à l'heure actuelle, aucune base légale ne permet de manière générale explicitement ni même implicitement ce traitement.

⁴¹ Ce danger s'est d'ailleurs déjà produit dans le secteur des agences d'intérim. La Commission de la protection de la vie privée mentionne aussi que la justification avancée généralement par les agences d'intérim, à savoir que ce critère officieux de sélection serait imposé par leurs clients, n'enlève rien au caractère délictueux de ces faits et donc ne pourrait justifier le traitement de ces données. La Commission rappelle que toutes les dispositions légales réprimant les actes de discrimination ont été prises pour lutter contre ce genre d'attitude et faire évoluer les mentalités. Le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme soulignait justement le rôle primordial des services de placement dans cette matière.

⁴² Commission de la protection de la vie privée, Recommandation n° 01/2009 du 18 mars 2009 aux bailleurs et agents immobiliers relative au traitement des données des candidats locataires (SE/08/128).

l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...]»⁴³. Et finit par conclure qu'aucune des hypothèses autorisant le traitement de données judiciaires ne permettait de justifier le traitement d'extraits de casier judiciaire collectés par un bailleur auprès des candidats locataires⁴⁴. Il y a là l'affirmation d'une protection claire, bien que partielle. Nous y reviendrons.

Enfin, sans aborder frontalement la collecte des extraits de casier, c'est sur la répercussion d'un éventuel passé judiciaire sur la protection de la santé et l'aide médicale que la CPVP dut également se prononcer⁴⁵. Le ministre des Affaires sociales et de la Santé publique demanda, en avril 2005, à la Commission d'émettre un avis relatif à la tenue, par des associations de médecins, de listes de patients réputés avoir été cause d'insécurité pour les médecins de garde et d'indiquer à cet égard la méthode la plus compatible avec les règles de protection de la vie privée⁴⁶. Pour la Commission, suivant en cela la position du «Groupe article 29», il ne fait pas de doute que la multiplication de «listes noires», pour des raisons et dans des contextes différents, peut discriminer les personnes recensées en les privant d'accès à un service déterminé ou en portant

⁴³ *Ibid.*, n° 4. Dans le même sens, voy. Commission de la protection de la vie privée, Avis n° 52/2002 du 19 décembre 2002 relatif à la constitution d'un fichier externe des locataires défaillants.

⁴⁴ Voy. Commission de la protection de la vie privée, Recommandation n° 01/2009 du 18 mars 2009 aux bailleurs et agents immobiliers relative au traitement des données des candidats locataires (SE/08/128), n° 76 et 77, p. 16. Notons ici que, parce que les certificats de bonne vie et mœurs étaient fréquemment réclamés par les bailleurs aux candidats locataires, le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme sollicita, en 2006 déjà, un avis de la Commission de la protection de la vie privée sur la légalité de ces pratiques. Dans son avis rendu le 24 janvier 2007, la Commission rappelait que le certificat de bonne conduite, vie et mœurs est une donnée judiciaire, donc «sensible», tandis que le droit au logement est un droit fondamental consacré à l'article 23 de la Constitution. En conséquence, ajoutait la CPVP, «faire dépendre l'accès au logement de l'absence d'antécédents judiciaires d'une personne pose la question de la légitimité du traitement des données ainsi effectué». Le courrier concluait ainsi : «il semble donc que, compte tenu des articles 4 et 8 de la LVP, le fait pour un propriétaire de demander un certificat de bonne vie et mœurs à un candidat locataire excède ce que la LVP autorise».

⁴⁵ Commission de la protection de la vie privée, Avis n° 11/2005 du 27 juillet 2005 relatif à la tenue par des associations de médecins de listes de patients réputés avoir été cause d'insécurité pour les médecins de garde.

⁴⁶ Le Conseil national de l'Ordre des médecins s'était penché, en février 2005, sur la problématique de la mise en œuvre de ce type de liste, déclarant ne pas s'opposer à son élaboration pour autant que : le patient enregistré constitue un danger réel et démontré pour l'intégrité physique du médecin; la dangerosité repose sur un rapport circonstancié du praticien faisant état de sérieux problèmes pour l'exercice de sa profession; il y ait eu une concertation entre le praticien concerné, le médecin traitant et le responsable du service de garde; l'enregistrement soit limité dans le temps et régulièrement réexaminé; l'information du patient ait été effectuée par le responsable du service de garde; la liste soit dressée et conservée par les médecins qui organisent le service de garde et sécurisée lors de la communication éventuelle de données; l'accès soit limité aux médecins concernés et uniquement lors de leurs services de garde; et enfin, qu'un règlement d'ordre intérieur détermine la confection et la mise en application d'une telle liste et les modalités selon lesquelles les problèmes de sécurité y sont traités et enregistrés. Voy. l'avis précité de la CPVP, n° 11/2005 du 27 juillet 2005.

préjudice à leur réputation⁴⁷. Dans un avis portant spécifiquement sur l'édification de ces listes, la Commission eut l'occasion de préciser qu'en sus du respect strict des règles de la loi du 8 décembre 1992, ces listes devaient faire l'objet d'un encadrement approprié⁴⁸ et, lorsqu'elles sont susceptibles de porter atteinte à un droit fondamental garantissant l'accès aux services essentiels, être subordonnées, avant leur mise en œuvre, à une autorisation délivrée par la Commission⁴⁹. Or, en l'espèce, le droit fondamental à la protection de la santé et à l'aide médicale – également prévu par l'article 23 de la Constitution – serait directement menacé. La Commission ajouta qu'une législation spécifique serait en outre requise pour autoriser, le cas échéant, le traitement de données judiciaires dans ces listes noires, dès lors qu'aucune des hypothèses, énumérées dans l'article 8, §2 de la LVP, levant l'interdiction de traiter de telles données ne trouve à s'appliquer en l'occurrence.

À travers ses différents avis et recommandations, la CPVP pose à l'évidence que conditionner l'accès à un droit fondamental – au travail, au logement, à la santé – à l'absence de casier judiciaire, donnée collectée et traitée, est contraire au droit à la vie privée et source de discrimination des individus, à la fois touchés dans leur patrimoine mais également dans leur dignité et leur personnalité⁵⁰. Le droit fondamental à la protection de la vie privée et des données personnelles n'offre toutefois pas une pleine protection pour endiguer le risque discriminatoire. Ainsi, la LVP ne s'applique qu'aux traitements de données à caractère personnel automatisés en tout ou en partie ainsi qu'aux traitements non automatisés de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier (art. 3, §1^{er} de la LVP); or, si les données récoltées par un agent immobilier, par exemple, font généralement l'objet d'un traitement automatisé ou, à défaut, d'un traitement non automatisé de don-

nées par le biais d'un fichier, il se peut néanmoins que des données collectées personnellement par un bailleur n'entrent dans aucune des hypothèses d'application de la loi, parce qu'elles sont simplement sollicitées par ce dernier sans intention de les conserver systématiquement. Si, à l'instar du candidat à l'emploi, le candidat-locataire peut certes se retrancher derrière son droit à la vie privée pour refuser de divulguer au bailleur des informations sensibles, force est d'admettre que l'effectivité de ce droit fondamental est largement hypothéquée par la logique de la compétition : il faut craindre que de nombreux candidats renonceraient librement à leur droit à la vie privée, en présentant spontanément un extrait de casier judiciaire vierge, afin de se placer en «position utile» comparativement à ceux qui désireraient conserver le secret.

III. LE DROIT À LA NON-DISCRIMINATION SUR LA BASE DES ANTÉCÉDENTS JUDICIAIRES

En couplant les différentes sources – et leur *ratio legis* – consacrant le droit à la protection de la vie privée et des données personnelles, il apparaît clairement, à notre estime, que les données sensibles que constituent les données judiciaires méritent une protection renforcée en raison de leur nature, des atteintes aux libertés fondamentales que leur traitement peut engendrer, mais aussi du *risque de discrimination* que peut impliquer leur traitement, ce risque étant à tout le moins plus élevé que pour le traitement de données non sensibles.

Ainsi, le Rapport explicatif de la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe rappelle que les données sensibles sont celles dont le traitement peut, en tant que tel et indépendamment du contexte dans lequel elles sont utilisées, porter préjudice aux droits et intérêts des individus; c'est en ce sens que les États doivent en interdire ou en restreindre le traitement dans leur législation interne (points 43 et s.). Dans son considérant n° 33, la directive européenne 95/46/CE pose à son tour l'interdiction de principe de traitement des données sensibles en ce qu'elles sont «susceptibles par leur nature de porter atteinte aux libertés fondamentales [...]». Les Principes directeurs des Nations-Unies pour la réglementation des fichiers informatisés contenant des données à caractère personnel (1990) énoncent pour leur part, sous le titre «Non-discrimination», un cinquième principe selon lequel, sous réserve des cas limitativement prévus par la disposition générale relative à la faculté de dérogation, les données pouvant engendrer une discrimination illégitime ou arbitraire ne devraient pas être collectées. Une liste non exhaus-

⁴⁷ Document de travail sur les listes noires, adopté le 3 octobre 2002, disponible sur le site de la Commission européenne : http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2002/wp65_fr.pdf (consulté le 20 octobre 2008). Voy. aussi Commission de la protection de la vie privée, Avis n° 09/2005 du 15 juin 2005 relatif à une demande d'avis sur un encadrement des listes noires.

⁴⁸ Les principes indiqués par la Commission de la protection de la vie privée dans l'avis précité n° 09/2005 du 15 juin 2005 doivent être pris en considération.

⁴⁹ Dans ce cadre, celle-ci souhaite pouvoir procéder à l'analyse de la légitimité du traitement qui serait fondé sur l'article 5, f) de la LVP par la balance des intérêts en présence, et compte tenu des problèmes de sécurité concrets auxquels les médecins de garde s'exposent. Notons toutefois que dans des avis ultérieurs, la Commission de la protection de la vie privée semble revenir sur la nécessité d'une autorisation préalable en son chef.

⁵⁰ Y. POULLET et A. ROUVROY, «Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel : une réévaluation de l'importance du droit à la protection de la vie privée pour la démocratie», in K. BEMEKHLEP et P. TRUDEL (dir.), *État de droit et virtualité*, op. cit., p. 222.

tive des données visées est établie en ce qu'elle englobe notamment les informations sur l'origine raciale ou ethnique, la couleur, la vie sexuelle, les opinions politiques, les convictions religieuses, philosophiques ou autres ainsi que l'appartenance à une association ou un syndicat⁵¹. La liste des données sensibles peut en effet s'étoffer dans le temps et l'espace, le degré de sensibilité des catégories de données dépendant sans conteste du contexte juridique et sociologique du pays concerné⁵². Enfiu, le dernier exemple en date, connectant «données sensibles» et risque de discrimination, réside dans le Principe 13 de la Résolution de Madrid – *International Standards on the Protection of Personal Data and Privacy: the Madrid Resolution* – adoptée par la Conférence internationale des Commissaires à la protection de la vie privée et des données à caractère personnel le 5 novembre 2009⁵³.

Conséquence logique du précédent constat, les données sensibles au sens de la Convention n° 108 et de la directive 95/46/CE sont, pour la quasi-totalité d'entre elles, retenues comme critères prohibés de distinction – dits également «critères protégés» – dans les directives européennes d'égalité de traitement : la discrimination sur la base de l'origine raciale ou ethnique dans les différentes sphères sociales que sont l'emploi,

⁵¹ Voy. également, pour un exemple national, l'article 35, §1 de la Constitution du Portugal : «L'informaticque ne peut être utilisée pour le traitement de données concernant les convictions philosophiques ou politiques, l'affiliation à un parti ou à un syndicat, la foi religieuse, la vie privée et l'origine ethnique. Il est fait exception à ce principe lorsque les données sont traitées avec le consentement exprès de la personne concernée, dans les conditions prévues par la loi et garantissant la non-discrimination [...]». L'article 7, §1^{er} et 2 de la loi portugaise de protection des données prévoit à son tour : «§1^{er}. Le traitement de données à caractère personnel qui révèle l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement de données relatives à la santé et à la vie sexuelle, y compris les données génétiques, sont interdits. §2. Par disposition légale ou autorisation de la CNPD [Commission nationale de protection des données], le traitement de données visées au § précédent peut être autorisé lorsque, pour des motifs d'intérêt public important, il est indispensable à l'exercice des fonctions légales ou statutaires de son responsable ou lorsque la personne concernée a donné son consentement exprès au traitement, dans les deux cas avec des garanties de non-discrimination et moyennant les mesures de sécurité [...]».

⁵² Voy. Rapport explicatif de la Convention n° 108, point 48.

⁵³ Voy. le site de la 31^e Conférence internationale de la protection des données et de la vie privée et le site de l'agence espagnole de la protection des données, consultés le 1^{er} janvier 2010. URL : <http://www.privacyconference2009.org> et <http://www.agpd.es> (pour plus d'informations sur cette initiative et le processus ayant abouti à cette proposition de standards internationaux – et non pas à seule vocation européenne – de protection des données). Voy. «Principe 13 : Sensitive Data» : The following personal data shall be deemed to be sensitive :
– Data which affect the data subject's most intimate sphere; or
– Data likely to give rise, in case of misuse, to :
• Unlawful or arbitrary discrimination; or
• A serious risk to the data subject.

Même si le paragraphe suivant mentionne, en particulier les données relatives à l'origine ethnique, les convictions religieuses ou philosophiques et les données relatives à la santé, les données judiciaires, sont, à notre avis, susceptibles de tomber sous la définition du principe 13.1.

l'éducation, l'offre de biens et services... est interdite par la directive 2000/43/CE⁵⁴ tandis que la directive 2000/78/CE⁵⁵ bannit, dans l'emploi, toute discrimination sur la base de la religion ou des convictions, du handicap et de l'orientation sexuelle notamment⁵⁶. S'il n'est pas contesté que le terme «conviction» – au sens de la directive 2000/78/CE – puisse englober les opinions politiques, philosophiques et syndicales⁵⁷ – l'ensemble de ces dernières étant recensées parmi les données sensibles –, il faut en revanche admettre que le «handicap» ne correspond pas exactement à la donnée sensible de la santé⁵⁸, même s'il présente une affiliation évidente. Bien plus encore, c'est l'absence des «antécédents judiciaires» – la seule «véritable absence» – parmi les critères européens de discrimination qui pose ici question. Cette carence

⁵⁴ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race et d'origine ethnique, *Journal officiel des Communautés européennes*, série L, n° 180, 19 juillet 2000.

⁵⁵ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail; *Journal officiel des Communautés européennes*, série L, n° 303, 2 décembre 2000.

⁵⁶ Cette directive interdit, en outre, la discrimination sur la base de l'âge (non repris parmi les «données sensibles»). Encore faut-il mentionner le dépôt, le 2 juillet 2008, par la Commission européenne d'une Proposition de Directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle (voy. COM (2008) 426 final), qui étend l'interdiction de discrimination fondée sur ces différents critères, dans les domaines de la sécurité sociale et les soins de santé, les avantages sociaux, l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à la disposition du public, y compris en matière de logement et d'éducation.

⁵⁷ En Belgique, cette question avait été débattue lors des travaux préparatoires et le gouvernement n'avait pas estimé nécessaire d'introduire explicitement le critère de l'affiliation ou conviction syndicale dans la loi, dès lors qu'il serait inclus dans «les convictions religieuses, philosophiques et politiques». Voy. Projet de loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, Projet de loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, Projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, Projet de loi modifiant le Code judiciaire à l'occasion de la loi du ... tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, de la loi du ... tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, et de la loi du ... modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Chambre des représentants, 19 mars 2007, n° 51-2720/009, p. 49. Par souci de justesse, notons toutefois que la liste fédérale des critères protégés devra pourtant être revue, à la suite de l'arrêt cardinal rendu en la matière par la Cour constitutionnelle le 2 avril 2009, requérant l'introduction explicite de la conviction syndicale dans la législation belge antidiscriminatoire. Voy. Cour const., arrêt n° 64/2009 du 2 avril 2009; disponible en ligne sur son site internet, consulté le 17 décembre 2009. URL : <http://www.arbitrage.be>.

⁵⁸ Selon la Cour de justice des Communautés européennes, en utilisant la notion de «handicap» dans la directive 2000/78/CE – devant être entendu comme une «limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle» –, le législateur européen a délibérément choisi un terme qui diffère de celui de «maladie». Voy. C.J.C.E. (gde ch.), *Sonia Chacón Navas c. Euresit Colectividades SA*, affaire C-13/05, décision du 11 juillet 2006 (demande de décision préjudicielle du Juzgado de lo Social de Madrid – Espagne). Ainsi, dans l'article 4, 4^e de la loi belge du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, l'«état de santé actuel ou futur» figure aux côtés du critère du «handicap». Cette démarche s'inscrit, plus généralement, dans une dynamique relative des États identifiant souvent des «critères protégés» supplémentaires à ceux que recensent les directives européennes.

est-elle justifiable alors qu'en les classant parmi les données sensibles, on reconnaît le potentiel discriminatoire que comporte tout traitement des antécédents judiciaires? On a montré par ailleurs que les législations de protection de la vie privée ne permettaient pas, à elles seules, de conférer une protection suffisante à l'encontre des discriminations; les normes anti-discriminatoires ne constituent-elle dès lors pas, indéniablement, un complément nécessaire dans l'arsenal protecteur?

Certains justifieront l'absence des antécédents judiciaires parmi les critères prohibés de distinction en prétendant que ceux-ci comptent essentiellement des caractéristiques liées à l'état des personnes, «hors contrôle» (race, sexe, handicap et santé...); seule l'inégalité de traitement sur pareilles bases serait assurément arbitraire dès lors qu'il s'agit de critères qu'il n'est pas loisible à l'individu de façonner, et dont il ne peut dès lors être tenu pour responsable. On ne peut exiger d'une personne qu'elle se détache d'une caractéristique innée et/ou «indisponible». Soulever l'interrogation étiologique, celle des causes du critère à l'origine de la discrimination et de la liberté subséquente du sujet, revient pourtant dangereusement, et de toute évidence, à déboucher sur la question de la responsabilité d'un individu dans le sort «discriminatoire» qui lui est réservé⁵⁹. Cette dernière remarque porte une résonance toute particulière lorsqu'on questionne l'inclusion ou non des «antécédents judiciaires» parmi les «critères protégés»: d'aucuns prétendront qu'il n'appartient pas au législateur de prémunir une personne contre les conséquences néfastes d'un stigmate qu'elle se serait infligé librement, mais bien à l'individu de supporter socialement les conséquences de ses choix⁶⁰. Force est pourtant de constater qu'à côté des «donnés naturels» sur lesquels l'individu n'a pas prise, les législateurs – européens et nationaux – ont progressivement ajouté, dans les normes anti-discriminatoires, des critères «choisis», relatifs à l'exercice d'une liberté fondamentale (liberté d'opinion politique, philosophie, syndicale...). Si faire des choix expose, certes, à la critique, il s'agit notam-

ment ici, par l'interdiction de discriminer sur la base de ces choix, de garantir une liberté réelle d'en poser. En l'absence d'une telle protection, les individus seraient en effet enclins à renoncer à leurs libertés ou, au contraire, à en exercer certaines, non par conviction mais par opportunisme des avantages comparatifs qui en découleraient; dans un cas, la liberté fondamentale serait perdue, dans l'autre, elle serait pervertie. Sur ce plan, l'analogie avec le «passé judiciaire» se grippe certes naturellement puisqu'à l'évidence le «choix de la délinquance» – pour autant qu'on puisse parler de choix – ne peut recevoir la même portée que celui du bouddhisme ou de telle famille syndicale. Mais interdire de discriminer sur la base de libertés fondamentales revient également à ajuster la protection «non pas en raison d'une donnée essentiellement statique, mais bien d'une réalité relationnelle», celle du régime d'infériorité imposé à l'identité sociale commune des groupes discriminés⁶¹. Or, c'est sur cette base précisément que se justifierait l'introduction des «antécédents judiciaires» dans les lois anti-discriminatoires.

Probablement la dialectique «choix»/«non-choix» – délicate éthiquement et inépuisable lorsqu'on connaît tous les déterminismes qui nous gouvernent – devrait-elle être définitivement transcendée pour ne s'en tenir désormais qu'à une seule préoccupation: protéger les catégories de personnes qui, sur la base d'un critère commun, sont sujettes à des distinctions arbitraires et massives. Cette démarche se rapprocherait de celle de la Cour suprême américaine qui, à travers sa jurisprudence, a livré quelques indications pour sélectionner les «critères protégés». La Cour pose ainsi que les classifications suspectes ou quasi suspectes, sujettes à la protection la plus étroite, se distinguent des autres, en ce que les individus qui en sont les victimes présentent tout ou partie des caractéristiques suivantes: ils ont subi, dans l'histoire, un traitement intentionnel inégal qui leur a imposé un stigmate d'infériorité; ils sont l'objet d'une hostilité significative; le traitement inégal dont ils furent ou sont les victimes résulte d'affirmations stéréotypées quant à leurs aptitudes; ils constituent une minorité distincte et isolée, qui n'a pu bénéficier d'une participation politique en raison des préjugés dont elle a fait l'objet⁶²; et, le cas échéant, la classification repose sur une caractéristique personnelle immuable⁶³.

⁵⁹ R. SAMSON, «Oser dire l'homosexualité en droit... et la rendre intelligible», *McGill Law Journal*, 2004, n° 49, pp. 818-819.

⁶⁰ Certains auteurs ont ainsi relégué qu'il était peu probable que les ex-condamnés reçoivent le statut de catégorie protégée au sein de la législation fédérale américaine anti-discriminatoire (le Titre VII du Civil Rights Act de 1964) dès lors que le législateur avait affirmé que les «traits immuables innocents» – tels que la race ou le sexe – devaient être traités différemment que les «conséquences collatérales d'une conduite criminelle volontaire». Voy. T.M. KRUTZ, «The Unwisdom of the Wisconsin Fair Employment Act's Ban of Employment Discrimination on the Basis of Conviction Records», *Marquette Law Review*, 2002, n° 85, pp. 779-858; E.A. GERLACH, «The Background Check Balancing Act: Protecting Applicants with Criminal Convictions While Encouraging Criminal Background Checks in Hiring», *University of Pennsylvania Journal of Labor & Employment Law*, 2006, n° 8, pp. 981-1000.

⁶¹ R. SAMSON, «Oser dire l'homosexualité en droit... et la rendre intelligible», *op. cit.*

⁶² *United States v. Carolene Products*, 304 US 144, 152 n. 4 (1938).

⁶³ Voy., par ex., *Parham v. Hughes*, 441 US 347 (1979).

Dans cette perspective, accoler aux côtés des autres critères protégés celui d'«antécédents judiciaires» s'imposerait logiquement, tant les discriminations sur cette base sont avérées en de nombreux domaines. Le casier judiciaire hypothèque la sédentarisation comme la libre circulation de son détenteur, puisqu'il rend difficile l'accès au logement loué, mais aussi les déplacements transfrontaliers. Le casier judiciaire comme obstacle à l'assurance a en outre été largement démontré au Canada. Selon J.-C. Bernheim, les assureurs allèguent, pour justifier leur refus d'assurer, que le fait de détenir un casier représente un «risque moral» sans en avoir jamais apporté la preuve; et, ne souhaitant pas publiciser le fait qu'ils ont des antécédents judiciaires, les ex-condamnés discriminés sont extrêmement réticents à introduire un litige devant les tribunaux⁶⁴. Quant à l'accès au marché du travail, «les conséquences négatives d'un casier judiciaire sur l'emploi sont extraordinairement stables à travers le temps et l'espace»⁶⁵. Ainsi, bien que ne faisant l'objet d'aucune mention expresse dans un instrument de protection des droits de l'homme interdisant la discrimination, les (ex-)détenus sont fréquemment présentés comme un groupe vulnérable par les comités onusiens⁶⁶ et le critère des «antécédents judiciaires» n'en demeure pas moins repris dans cer-

taines législations anti-discriminatoires étrangères, américaines⁶⁷ et canadiennes⁶⁸ par exemple.

Généraliser l'inclusion des «antécédents judiciaires» parmi les critères protégés énumérés dans les législations anti-discriminatoires présenterait

⁶⁴ J.-C. BERNHEIM, K. CYR et M.-C. FOURNIE, *Les assurances multirisques et le casier judiciaire*, Canada, MNH Groupe Édition, 2008. Les chercheurs soulignent en outre que, bien souvent, aucun lien n'est tracé entre la nature du casier judiciaire et celle de l'assurance : ainsi, une personne condamnée pour un délit lié au trafic de stupéfiants sera exposée à de nombreuses difficultés pour assurer son véhicule au même titre qu'un individu condamné pour conduite dangereuse. Ils évoquent aussi un problème supplémentaire : cette pratique discriminatoire frappe également les individus vivant avec des personnes qui possèdent un casier (discrimination par association).

⁶⁵ T. HATTEM, A. NORMANDEAU et C. PARENT, «Les conséquences d'une condamnation pénale dans le domaine du travail», *Déviante et Société*, 1982, vol. 6, n° 3, p. 311. Voy. également T. HATTEM et C. PARENT, «Les effets négatifs d'un casier judiciaire au niveau de l'emploi», *Les Cahiers de l'École de criminologie*, 1982, n° 8, Université de Montréal, p. 36 : «de façon générale, l'employeur, placé devant un choix entre deux candidats dont le premier a déjà subi une condamnation pénale et l'autre pas, peu importe la cause, va embaucher le second». Du côté de la littérature américaine, voy. J. KLING, B. WESTERN et D. WEDMAN, «The Effect of Mass Incarceration in the Labor Market», Paper presented at the Urban Institute Roundtable on Prisoner Reentry, Washington DC, 12 et 13 octobre 2000. Dans ce papier, les auteurs estiment qu'une période d'incarcération peut conduire à une perte d'opportunité d'emploi de 20 à 30% comparativement à une personne de compétence égale mais sans casier judiciaire, et à un déficit salarial s'échelonnant entre 10 et 30%. Voy. également B. WESTERN, J. KLING et D. WEDMAN, «The Labor Market Consequences of Incarceration», *Crime and Delinquency*, 2001, n° 47, pp. 410-428; S. DAVIES et J. TANNER, «The Long Arm of the Law: Effects of Labeling on Employment», *Sociological Quarterly*, 2003, n° 44, pp. 385-405; B. HARRISON et R.C. SCHNEIDER, «Offenders and Post-Release Jobs: Variables Influencing Success and Failure», *Journal of Offender Rehabilitation*, 2004, n° 39, pp. 35-68.

⁶⁶ Voy. General Comment n° 20, *Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights* (art. 2, para. 2), E/C.12/GC/20, 10 juin 2009, §27.

⁶⁷ S'il n'existe aucune loi fédérale américaine en la matière, cinq États ont adopté des standards – tantôt par le biais de législations anti-discriminatoires, tantôt au sein d'autres normes – encadrant la possibilité pour un employeur privé de refuser un candidat à l'emploi sur la base de ses antécédents judiciaires, et ce afin d'enrayer la longue histoire de discrimination dont sont victimes les ex-condamnés. Voy. K. LUCKEN et L.M. PONTE, «A Just Measure of Forgiveness: Reforming Occupational Licensing Regulations for Ex-Offenders Using BFOQ Analysis», *Law & Policy*, 2008, vol. 30, n° 1, pp. 53 et s. Ainsi, les législations du Wisconsin («Wisconsin's Fair Employment Act»), de New York («New York's Human Rights Law»), de Pennsylvania, de Hawaii et du Delaware («Title 24 of the Delaware Code relating to professions and occupations») protègent l'accès à l'emploi privé des ex-condamnés en interdisant l'usage du casier judiciaire dans les décisions d'embauche, excepté si les faits pour lesquels le candidat a été condamné sont «substantiellement apparentés» («substantially related») aux tâches et responsabilités professionnelles convoitées. Sur ces législations, voy. notamment : J.R. TODD, «It's Not My Problem: How Workplace Violence and Potential Employer Liability Lead to Employment Discrimination of Ex-Convicts», *Arizona State Law Journal*, 2004, n° 36, pp. 726-763; S.B. BARNETT, «Negligent Retention: Does the Imposition of Liability on Employers for Employee Violence Contradict the Public Policy of Providing Ex-felons with Employment Opportunities?», *Suffolk University Law Review*, 2004, n° 37, pp. 1067-1085; E.A. GERLACH, «The Background Check Balancing Act: Protecting Applicants with Criminal Convictions While Encouraging Criminal Background Checks in Hiring», *University of Pennsylvania Journal of Labor & Employment Law*, 2006, n° 8, pp. 981-1000. Encore faut-il ajouter que l'*Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC) a soutenu à plusieurs reprises que l'usage de casier judiciaire dans les décisions de recrutement pouvait conduire à de la discrimination indirecte («disparate impact») illégale (voy. *EEOC Policy Guidance*, 1987; *EEOC Policy Guidance*, 1990). Cela signifie que même dans les États où les antécédents judiciaires ne sont pas repris parmi les «critères prohibés de distinction», appliquer ce critère, en apparence neutre, à l'ensemble des candidats à l'embauche, aurait un impact disproportionné sur certaines classes protégées telles que les afro-américains ou les hispaniques, celles-ci étant surreprésentées et faisant l'objet d'un traitement différencié dans le système pénal. Dès lors que le recours aux antécédents judiciaires ne serait pas justifié objectivement et raisonnablement, on devra conclure, du fait de ce désavantage particulier à l'égard de catégories protégées, à l'existence de discrimination indirecte. Voy. notamment *Green v. Missouri Pacific Railroad Co.*, 523 F.2d 1290 (8th Cir. 1975); *Gregory v. Litton Systems, Inc.*, 316 F. Supp. 401 (CD Cal 1970), modified, on other grounds, 472 F.2d 631 (9th Cir. 1972).

⁶⁸ Les législations canadiennes recourent à une pluralité de formulations – ne recouvrant pas toutes la même réalité – pour identifier le passé judiciaire comme critère prohibé de distinction. L'interdiction de discriminer sur cette base est tantôt limitée à l'emploi, tantôt étendue à d'autres sphères sociales. Voy. notamment : l'article 18.2 de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne énonçant que «nul ne peut congédier, refuser d'embaucher ou autrement pénaliser dans le cadre de son emploi une personne du seul fait qu'elle ait été déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle, si cette infraction n'a aucun lien avec l'emploi ou si cette personne en a obtenu le pardon»; l'article 5 du Code des droits de la personne (Ontario) – L.R.O. 1990, ch. H.19, qui prohibe la discrimination en matière d'emploi fondée sur plusieurs motifs, dont l'existence d'un «casier judiciaire»; le paragraphe 3, (1) de la Loi sur les droits de la personne (Territoires du Nord-Ouest – L.T.N.-O., 2002, ch. 18), qui interdit la discrimination fondée sur «une condamnation pour laquelle un pardon a été obtenu» et ce, dans tous les domaines visés; l'article 3 de la Loi canadienne sur les droits de la personne (L.R.C. 1985, ch. H-6) interdisant, dans tous les domaines visés, la discrimination fondée sur «l'état d'une personne gracée». En matière d'emploi, l'article 7 de cette même loi considère discriminatoire le fait de (a) «refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu» qui a obtenu son pardon ou (b) «de le dévaloriser en cours d'emploi». La Loi canadienne sur les droits de la personne ne s'applique qu'au niveau fédéral. Voy. également trois arrêts instructifs de la Cour suprême canadienne : *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, 2001 CSC 35, par. 145; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, [2003] 3 R.C.S., p. 228; *Montréal (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2008 CSC 48.

plusieurs avantages dont la soumission du bailleur, de l'employeur..., bref, du décideur, à l'épreuve de la réflexivité. En effet, ces différents acteurs ne pourraient désormais adosser leur décision de refus sur les antécédents judiciaires de la personne refoulée qu'en cas de justification objective et raisonnable, voire, dans le domaine de l'emploi, d'« exigence professionnelle essentielle et déterminante »⁶⁹.

L'interdiction de discriminer sur cette nouvelle base, loin de refuser toute prise en considération du passé judiciaire, conduirait à un meilleur équilibre entre, par exemple, le respect de la liberté réelle de travailler pour l'ex-condamné et la nécessité d'empêcher l'accès à certains postes pour certaines personnes. Ainsi, les législations précitées des provinces canadiennes ou des États américains autorisent naturellement le refus d'embauche, par un recruteur public ou privé, d'un candidat doté d'un casier judiciaire si l'infraction commise a un lien (substantiel) avec la nature du travail convoité ou les conditions de son

⁶⁹ Dans les directives européennes d'égalité de traitement, l'« exigence professionnelle essentielle et déterminante » (EPED) est, avec l'action positive, la seule exception admissible à l'interdiction d'opérer, dans la sphère de l'emploi, une distinction directe sur la base d'un critère protégé. Cette exception doit être interprétée de manière stricte et appliquée avec parcimonie. Une caractéristique liée à un critère protégé peut être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante sur la base (1) de la nature des activités professionnelles spécifiques concernées et (2) du contexte dans lequel les activités professionnelles spécifiques sont réalisées. L'exigence repose sur un objectif légitime et est proportionnée par rapport à celui-ci. Voy. l'article 4 de la directive 2000/43/CE; l'article 4 de la directive 2000/78/CE; l'article 14.2 de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre de principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte). À travers la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et des juridictions nationales, les justifications suivantes ont entre autres été acceptées comme objectifs légitimes pour l'édiction d'une EPED : la protection de la vie privée; le respect de la sensibilité du patient; la sécurité publique; le maintien de la force de combat dans l'armée; la garantie de la liberté artistique on de l'authenticité dans le monde culturel; la garantie, dans le monde commercial, de la publicité visant certains groupes cibles... Ainsi, une personne âgée pourrait exiger que ce soit une femme qui procède à sa toilette, une troupe de théâtre solliciter exclusivement une personne d'origine africaine pour interpréter Othello et une compagnie publicitaire ne recruter que des hommes pour incarner le « spot » vantant les mérites de telle mousseline à raser... Dans le processus de transposition des directives européennes, les États membres de l'Union européenne ont introduit pareil système de justification « fermé » (l'EPED) chaque fois que les directives communautaires l'exigent, et dans la mesure où elles l'exigent, mais ont maintenu, en principe, un système de justification « ouvert » dans les autres cas. En Belgique, par exemple, la loi fédérale du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discriminations autorise, dans l'emploi, les distinctions directes sur la base des critères protégés non européens – la fortune, l'état de santé actuel et futur, l'origine sociale... – dès qu'elles sont l'objet d'une justification objective et raisonnable, sans qu'il soit nécessaire que les conditions, plus strictes, de l'EPED soient réunies. C'est moyennant ce système de justification ouvert qu'en Belgique, la Communauté française fut tentée d'introduire les « antécédents judiciaires » dans la liste de critères protégés de son décret anti-discriminatoire du 12 décembre 2008, sans toutefois aller jusqu'à concrétiser cet objectif. Voy. J. SAUTJOS et V. VAN DER PLANCKE, « Extension du domaine de la lutte contre les discriminations. Les nouvelles normes en Communauté française, en Région wallonne et en Région bruxelloise », in S. VAN DROOCHENBROECK, S. SOTIAUX et C. BAYART (dir.), *Actualité du droit de la lutte contre la discrimination*, Bruges, La Charte/Die Keure, 2010, pp. 147-149.

exercice⁷⁰. Un ex-condamné pour violence intra-familiale ou commis à l'égard d'individus vulnérables (jeunes, personnes âgées, handicapés...) ne pourrait, par exemple, pas travailler dans une garderie d'enfants ou un home pour personnes âgées; un ex-détenu pour faits de pédophilie ne pourrait, à l'évidence, pas plus être engagé dans toute profession le confrontant à la présence d'enfants (enseignant...); la personne coupable de faits de criminalité économique et financière (blanchiment d'argent, détournement de fonds...) serait logiquement évincée d'un emploi dans le milieu bancaire, et celle condamnée pour atteinte à l'intégrité physique n'en serait pas moins écartée de tout poste impliquant la maîtrise de soi du fait de port d'arme autorisé (emploi de la force publique, services de sécurité...).

En revanche, toute norme interdisant, de manière générale, l'accès aux emplois publics, parapublics ou à certains emplois privés, aux personnes qui ne peuvent se targuer de la virginité de leur casier, sans distinguer selon la nature de l'infraction recensée, devrait être révisée à l'aune de l'existence ou non d'une justification objective et raisonnable à cette interdiction⁷¹. De la même manière, l'interdiction légale de discriminer sur la base des antécédents judiciaires renforcerait la tendance à découpler, dans la fonction publique, « exigence d'une conduite irrépro-

⁷⁰ K. LUCKEN et L. M. PONTE, « A Just Measure of Forgiveness : Reforming Occupational Licensing Regulations for Ex-Offenders Using BFOQ Analysis », *op. cit.*, pp. 46-72. Les auteurs sont toutefois conscients que l'extension, dans l'ensemble des États des États-Unis, d'une interdiction de discriminer sur la base des antécédents judiciaires peut se heurter à une réticence rationnelle : comment concilier cette interdiction avec l'obligation pour l'employeur de faire preuve de la diligence requise afin d'éviter les dommages prévisibles que causerait un travailleur violent à l'égard de ses collègues, des clients, des usagers, de toutes personnes avec lesquelles les employés interagissent ? Les auteurs estiment que les employeurs pourraient désormais contracter une assurance plus large pour faire face au nouveau risque engendré et, en guise de compensation pour leur contribution à l'intégration d'ex-condamnés, bénéficier d'une déduction fiscale de la part de l'État. Voy. spéc. pp. 51 et 64.

⁷¹ On relèvera ici, à titre exemplatif, qu'en vertu d'un arrêté du gouvernement wallon du 3 juin 2009, les chauffeurs de taxi en Région wallonne devront désormais posséder un « certificat de capacité », revalidé annuellement, pour exercer leur profession. Or, en application de l'article 9 de cet arrêté, la délivrance ou revalidation du certificat de capacité sera refusée notamment si l'extrait de casier judiciaire de « modèle 1 » laisse apparaître des condamnations qui ne permettent plus de considérer le chauffeur comme présentant les garanties de moralité. Il faut regretter qu'on ne retrouve pas, parmi ces condamnations, de distinctions selon qu'elles auraient ou non un lien avec les aptitudes nécessaires pour exercer le métier de chauffeur. Voy. arrêté du gouvernement wallon du 3 juin 2009 portant exécution du décret du 18 octobre 2007 relatif aux services de location de voitures avec chauffeur, *Moniteur belge*, 8 septembre 2009. Les médias dénoncèrent, en date du 10 février 2010, les faits suivants : on estimait à Charleroi, par exemple, à 10 % le nombre de chauffeurs de taxi qui ont un casier judiciaire et qui risquaient dès lors de perdre leur emploi. Voy. le site de la RTBF, consulté le 11 février 2010. URL : <http://www.rtbf.be/info/regions/charleroi/inquiétude-chez-les-taxis-carolo-186126>.

chable», d'une part, «absence de mention sur le casier judiciaire», d'autre part⁷².

Ériger les personnes ayant des antécédents judiciaires en «catégorie protégée» aurait une visée opératoire : en mettant désormais l'accent sur les inégalités qu'elles subissent, l'objectif serait de les combattre prioritairement, au moyen de dispositifs procéduraux et sanctionnels adaptés, à l'instar de ceux prévus en matière de lutte contre la discrimination raciale, sexuelle ou autre⁷³. Ainsi, les normes européennes d'égalité de traitement disposent d'un arsenal de mesures destinées à faciliter le repérage des discriminations et leur réparation, telles que l'aménagement de la charge de la preuve, la protection contre les représailles, la promotion de l'action d'intérêt collectif, l'obligation de créer des organismes autonomes de lutte contre la discrimination et de prévoir des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives à l'égard des agents discriminants⁷⁴.

⁷² Sur ce point, il est intéressant de consulter la jurisprudence suivante : C.E. (8^e ch.), *Noël c. la Communauté française*, arrêt n° 153.702 du 12 janvier 2006. En l'espèce, répondant à un appel aux candidats à une désignation à titre temporaire dans l'enseignement de la Communauté française, le requérant posa sa candidature en vue d'être désigné pour l'année scolaire 2000-2001 aux fonctions de professeur de pratique professionnelle aux niveaux inférieur et supérieur de l'enseignement de plein exercice. Le requérant transmit ensuite à l'administration un certificat de bonne conduite, vie et mœurs mentionnant l'existence de deux condamnations pénales à sa charge. Le 3 octobre 2000, le ministre ayant l'enseignement secondaire dans ses attributions décida que, compte tenu des condamnations du prénommé, notamment sur le plan correctionnel, le requérant ne remplissait pas la condition de «conduite irréprochable» prescrite par l'article 18, 2 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 pour pouvoir être désigné là où il avait postulé. Le Conseil d'État jugea que le refus de prendre en considération une candidature au motif que le candidat ne serait pas de conduite irréprochable était une mesure grave et que, pour vérifier le respect de cette condition dans le chef du candidat, l'autorité ne pouvait en principe pas se satisfaire de la seule constatation de l'existence d'une ou de plusieurs condamnations pénales à sa charge : «elle doit en outre vérifier s'il existe un rapport entre l'infraction constatée par la juridiction répressive et la fonction que le candidat entend exercer et si, compte tenu de la publicité plus ou moins large qui leur a été donnée, les faits pénalement sanctionnés sont ou non de nature à nuire à la réputation de l'intéressé et, indirectement, à celle du service public où il souhaite occuper un emploi». Voy. également C.E., *Bronlet c. la commune de Walmeis*, arrêt n° 192.417 du 20 avril 2009; C.E., *Bronlet c. la commune de Walmeis*, arrêt n° 198.825 du 10 décembre 2009. Ce dernier arrêt aborde la nécessité de renouveler l'examen de la conduite irréprochable (au sens de l'art. 20, §1^{er}, du décret du 6 juin 1994 fixant le statut des membres du personnel subsidiaire de l'enseignement officiel subventionné) plutôt que de reposer sur une analyse effectuée un an auparavant. Ces arrêts du Conseil d'État sont accessibles sur son site internet. URL : <http://www.madyst-conseil.be/>.

⁷³ Les ex-détenus, groupe vulnérable, ne sont certes pas dépourvus de toute protection juridique à l'heure actuelle. En effet, la théorie civiliste de l'abus de droit peut servir de fondement à la sanction de comportements qui, dans les rapports horizontaux entre particuliers, sont constitutifs de discriminations prohibées par une norme internationale comportant une liste ouverte de critères de discrimination. Dans cette hypothèse toutefois, les mécanismes procéduraux et sanctionnels énoncés ci-après ne seront pas d'application, ce qui peut sembler peu justifié au regard de ce qui vient d'être exposé.

⁷⁴ Voy. les directives précitées. Pour une transposition de ces dispositifs en droit belge, voy. : C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (éd.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten - Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Bruges/Bruxelles, Die Keure/La

Encore faut-il ajouter que les directives européennes prévoient aussi la possibilité d'adopter des actions positives au bénéfice des «groupes protégés» en vue de prévenir ou de compenser les désavantages dont ils font l'objet⁷⁵. La transposition de ce dispositif au bénéfice des ex-condamnés devrait faire l'objet d'analyses approfondies, une des étapes préalables revenant à autoriser le recueil des données judiciaires à cette fin⁷⁶ et pouvant se heurter à la volonté légitime de la personne intéressée de les garder secrètes. Par analogie, il est toutefois intéressant de mentionner ici qu'aux Pays-Bas et en Belgique, les individus peuvent renoncer par écrit à ce que des données sur l'origine de leurs ascendants

Charte, 2008; P. WAUTELET (dir.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, coll. Commission Université-Palais, vol. 108, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2009; C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (éd.), *Actuele topics discriminatierecht - Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, Bruges/Bruxelles, Die Keure/La Charte, 2010. Pour renforcer l'effectivité du droit anti-discriminatoire, le législateur belge a notamment introduit la barémisation du dommage et l'action en cessation, sur le mode du référé : cette dernière permet d'obtenir rapidement d'une personne qu'elle cesse un comportement ou une pratique discriminatoire, éventuellement sous la contrainte d'une astreinte.

⁷⁵ Voy. notamment l'article 5 de la directive 2000/43/CE et l'article 7 de la directive 2000/78/CE.

⁷⁶ À plusieurs reprises déjà, la Commission de la protection de la vie privée a été amenée à se prononcer sur la compatibilité avec la LVP de collectes et de traitements subséquents de données dites «ethniques», par les employeurs, à des fins de lutte active contre les discriminations (discrimination positive). Voy. Commission de la protection de la vie privée, Avis n° 03/2004 du 15 décembre 2004 relatif au projet de décret du gouvernement flamand autorisant certains membres du personnel de l'Administration de l'Emploi du Ministère de la Communauté flamande à traiter des données à caractère personnel relatives aux personnes issues des «kansengroepen» (groupes à potentiel) en vue de promouvoir une participation proportionnelle sur le marché de l'emploi; Commission de la protection de la vie privée, Avis n° 07/2006 du 22 mars 2006 relatif au projet «monitoring» des «groupes à potentiel» au sein du fichier du personnel du Ministère de la Communauté flamande géré via le système «Vlimpers»; Commission de la protection de la vie privée, Avis n° 05/2008 du 27 février 2008 relatif au monitoring des groupes à potentiel au sein du Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en Beroepsopleiding (Office flamand de l'emploi et de la formation professionnelle). D'aucuns pourraient soulever le paradoxe qu'il y aurait à autoriser la collecte de telles données sensibles dans un objectif de lutte active contre les discriminations alors que la collecte est, sauf exceptions, interdite au nom même de la non-discrimination. Mais c'est précisément dans la possibilité d'exceptions que réside toute l'apparence du paradoxe. De même, les vœux de réinsertion optimale d'un ex-détenu ne pourraient-ils s'accompagner d'un traitement encadré de certaines données relatives à son passé judiciaire? Quelles devraient être ces garanties? Comme une invitation de l'auteur à son lecteur, la question mérite qu'on s'y attarde. Cette problématique est d'autant plus pertinente qu'en Région flamande, les «groupes à potentiel» dont la participation proportionnelle sur le marché de l'emploi est promue par le décret «anti-discriminatoire» du Conseil flamand du 8 mai 2002 inclut, depuis 2006, la «catégorie» des ex-détenus. Voy. notamment l'article 1^{er}, 11^e de l'arrêté du gouvernement flamand du 19 juillet 2007 fixant les critères, les conditions et les modalités de l'octroi de subventions à l'appui et en exécution de la politique de participation proportionnelle au marché de l'emploi et de diversité (*Moniteur belge*, 9 août 2007); l'arrêté du gouvernement flamand du 18 juillet 2008 modifiant l'arrêté du gouvernement flamand du 19 juillet 2007 fixant les critères, les conditions et les modalités de l'octroi de subventions à l'appui et en exécution de la politique de participation proportionnelle au marché de l'emploi et de diversité (*Moniteur belge*, 6 novembre 2008). Voy. également le chapitre sur les aides à l'emploi et à la formation au bénéfice des (ex-)détenus dans V. VAN DER PLANKKE et G. VAN LIMBERGHEEN, *La sécurité sociale des (ex-)détenus et de leurs proches*, op. cit., pp. 157-172.

soient recueillies par l'institution ou l'entreprise qui les emploie aux fins de bénéficier d'une mesure préférentielle⁷⁷.

L'inclusion des antécédents judiciaires dans les législations anti-discriminatoires restreindrait ainsi la latitude des acteurs du marché (emploi, logement, assurance...) à solliciter, auprès des personnes qui se présentent à eux, leur extrait de casier judiciaire, dès lors que l'exigence de détenir une telle information devrait désormais être justifiée, objectivement et raisonnablement, par la personne qui la réclame. Cette auto-restriction à laquelle conduisent les normes anti-discrimination – puisque le fait pour le décideur de demander de façon générale l'extrait de casier peut laisser clairement supposer une intention de ne pas respecter l'interdiction de discriminer – serait bienvenue : en effet, nous l'avons déjà mentionné, il y a un danger dans la survalorisation des informations contenues dans le casier judiciaire qui offre, aux agents économiques, un pouvoir exorbitant de prendre des décisions arbitraires.

CONCLUSION

«L'article du règlement auquel le condamné a contrevenu lui est inscrit sur le corps par la herse. À ce condamné, par exemple (l'officier désigna l'homme), elle inscrira à même le corps :

"Respecte ton supérieur" [...].

Pour que chacun puisse vérifier que la sentence a bien été exécutée, la herse a été faite en verre.

Il s'est présenté quelques difficultés techniques quand il a fallu y fixer des aiguilles [...].

Et maintenant, tout un chacun peut voir à travers le verre comment la sentence s'inscrit dans le corps.»

F. KAFKA, *Dans la colonie pénitentiaire*, Paris, Flammarion, 1993.

Lorsque les «extraits de casier judiciaire» deviennent largement accessibles, il y a perte de contrôle, pour l'individu, de la trajectoire et des codes d'intelligibilité (de l'interprétation qui sera faite) des «traces» qu'il émet dès lors que ces dernières sont potentiellement disséminées

et interprétées hors du contexte social et temporel initial où elles ont été «produites» : «l'information représente pour ceux qui la détiennent un pouvoir vis-à-vis de ceux sur lesquels l'information est détenue»⁷⁸. L'attention portée à la protection de la vie privée et, plus précisément, à la protection des données personnelles sensibles telles les données judiciaires s'expliquerait ainsi par la crainte de voir, au-delà des institutions, des individus utiliser des informations relatives à notre vie privée et porter atteinte à nos libertés ainsi qu'à notre capacité d'auto-détermination⁷⁹.

Pourtant, dans une société obsédée par l'éradication de l'incertitude et prédisposée à faire des caractéristiques individuelles, plus que des circonstances structurelles et socio-économiques, sinon les causes, du moins les critères prédictifs privilégiés de comportements et attitudes socialement «sub-optimaux»⁸⁰, les acteurs du marché (du travail, du logement, des assurances...) éprouvent comme une nécessité rationnelle d'accéder à toute information personnelle susceptible de nourrir l'évaluation des risques «spécifiquement» présentés par chaque individu. En conséquence, tant que le simple accès aux extraits de casier judiciaire restera aisé (en le sollicitant auprès du «titulaire» de cet extrait), il sera à la fois surexploité et survalorisé comme élément permettant d'évaluer le mérite, les capacités, les propensions et perspectives des individus qui en font l'objet. C'est ainsi que l'existence d'un casier porte directement atteinte à l'effectivité des droits tant civils et politiques qu'économiques et sociaux (accès au travail, au logement...).

En matière d'emploi par exemple, la demande, par les employeurs, d'un extrait de casier judiciaire est ubiquitaire, excepté dans certains secteurs en pénurie; et lorsque l'extrait n'est pas vierge, le refus de recruter est quasi automatique. Ces obstacles à l'emploi n'en demeurent pas moins antithétiques avec les attentes implicites ou explicites adressées à l'ex-condamné en termes de citoyenneté responsable et de réintégration sociale, ainsi qu'avec l'importance réelle et symbolique du travail à la fois dans le système pénal et dans l'*ethos* de nos sociétés contempo-

⁷⁸ Y. POUILLET et J.-F. HENROTTE, «La protection des données (à caractère personnel) à l'heure de l'Internet», in J. LAFINEUR (dir.), *Protection du consommateur, pratiques commerciales et T.I.C.*, coll. Commission Université-Palais, vol. 109, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2009, pp. 197-245.

⁷⁹ *La vie privée à l'heure des mémoires numériques. Pour une confiance renforcée entre citoyens et société de l'information*, Rapport d'information d'Y. DÉTRAIGNE et d'A.-M. ESCOFFIER, fait au nom de la Commission des lois du Sénat, op. cit.

⁸⁰ A. ROUVROY, *Human Genes and Neoliberal Governance. A Foucauldian Critique*, Abingdon, Routledge-Cavendish, 2008.

⁷⁷ J. RINGELHEIM, «Recueil de données, catégories ethniques et mesures des discriminations : un débat européen», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2010, n° 82, p. 269.

raines⁸¹. Témoin de cet *ethos*, le fait que l'on assiste actuellement, en Belgique notamment, à une volonté d'augmenter, au bénéfice du détenu, les possibilités de purger sa peine dans la société. En effet, l'objectif légalement affiché de ces modalités d'exécution des peines *extra-muros* consiste principalement à ne pas freiner la (ré)insertion socioprofessionnelle du condamné : la détention limitée donne ainsi au détenu l'occasion d'assumer une tâche professionnelle, tandis que la surveillance électronique lui permet de suivre une formation ou de travailler⁸². Parallèlement, l'avènement de l'État social actif conditionne l'octroi de certaines allocations sociales⁸³ à la participation active à un processus d'insertion (professionnelle)⁸⁴. Dans ce contexte faisant du travail une préoccupation centrale – ce qui ne va d'ailleurs pas sans soulever des critiques fondamentales qui dépassent toutefois le cadre de la présente étude –, il y aurait une incohérence flagrante à ne pas renforcer les dispositifs permettant de lutter contre les discriminations dont font l'objet les personnes dotées d'un casier judiciaire et candidates à l'emploi.

Sans surestimer le changement qu'elles seraient susceptibles d'engendrer, de nouvelles législations antidiscriminatoires constitueraient un premier pas vers une indispensable déstigmatisation. En se détournant de l'obsession de leur dangerosité, pareilles normes permettraient aux ex-condamnés de libérer leurs potentialités et, aux uns et aux autres, de retisser l'essentiel lien social.

⁸¹ Voy. également en ce sens : K. LUCKEN et L. M. PONTE, «A Just Measure of Forgiveness : Reforming Occupational Licensing Regulations for Ex-Offenders Using BFOQ Analysis», *op. cit.*, p. 49.

⁸² Voy. les articles 21 et 22 de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine (*Moniteur belge*, 15 juin 2006) et les articles 21 et 22 de la loi du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental (*Moniteur belge*, 13 juillet 2007).

⁸³ Il en va ainsi en Belgique de l'octroi du revenu d'intégration et des allocations de chômage. Voy. la loi du 26 mai 2002 concernant le droit à l'intégration sociale (*Moniteur belge*, 31 juillet 2002) et l'arrêté royal du 4 juillet 2004 portant modification de la réglementation du chômage à l'égard des chômeurs complets qui doivent rechercher activement un emploi (*Moniteur belge*, 9 juillet 2004).

⁸⁴ Lors de sa demande d'allocation sociale, le fait d'avoir un extrait de casier judiciaire où apparaissent des peines d'emprisonnement ne sera pas considéré comme une circonstance constitutive de raisons sociales impératives dispensant de devoir apporter la preuve d'une disposition au travail. Le candidat bénéficiaire devra apporter la preuve concrète des démarches accomplies qui se sont révélées vaines en raison, notamment, de ses antécédents judiciaires. Voy. Cour trav. Liège, 19 avril 1994, *Journal des tribunaux du travail*, 1995, p. 162.