

LES ALGORITHMES ET LA DISCRIMINATION DANS LES RELATIONS DE TRAVAIL

Célia ZIMBILE,
Assistante à l'ULiège et avocate à Liège



CONTENU

INTRODUCTION	127
I. LE RISQUE DE DISCRIMINATION	129
II. LES RESSOURCES DU R.G.P.D.	133
III. LES RESSOURCES DU DROIT DE LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS	134
A. La preuve de la discrimination algorithmique	135
1. La répartition de la charge de la preuve et le contenu de la preuve	136
2. L'obligation de production de l'algorithme	137
3. La compréhension de l'algorithme produit en justice	142
4. La nécessité de la production de l'algorithme	143
5. L'article 8.4 du Code civil	143
B. L'imputabilité de la discrimination algorithmique	144
IV. LA DISCRIMINATION ALGORITHMIQUE SUR LA SCÈNE SUPRANATIONALE	146
CONCLUSION	149



Les algorithmes constituent un défi pour l'avenir. Utilisés dans les relations de travail, ils contribuent à prendre des décisions importantes en matière de recrutement, de sanctions disciplinaires, voire de licenciement. Bien qu'ils soient d'apparence neutre, il est connu que leur utilisation peut entraîner des effets discriminatoires. Pour endiguer ce risque, il peut être tiré profit de deux corps de règles : le Règlement général sur la protection des données (R.G.P.D.) et le droit anti-discrimination, dont le régime particulier d'aménagement de la charge de la preuve est conçu pour alléger le fardeau de la victime. Il reste que celle-ci sera confrontée à divers obstacles : non-production en justice de l'algorithme par l'employeur, difficultés de compréhension de l'algorithme s'il est produit, imputabilité de la discrimination, etc. L'adoption de règles juridiques supranationales contraignantes pourrait aider à réguler cette problématique.

Algoritmen vormen een uitdaging voor de toekomst. Wanneer ze in arbeidsverhoudingen worden gebruikt, helpen ze bij het nemen van belangrijke beslissingen op het gebied van aanwerving, disciplinaire sancties en zelfs ontslag. Hoewel ze schijnbaar neutraal zijn, is het bekend dat het gebruik ervan discriminerende effecten kan hebben. Om dit risico tegen te gaan, kunnen de Algemene Verordening Gegevensbescherming (A.V.G.) en de antidiscriminatiewetgeving worden gebruikt, waarvan het specifieke regime voor de aanpassing van de bewijslast bedoeld is om de last voor het slachtoffer te verlichten. Het slachtoffer zal echter met verschillende obstakels worden geconfronteerd: het feit dat de werkgever het algoritme niet aan de rechter voorlegt, moeilijkheden om het algoritme te begrijpen als het wel wordt overgelegd, toerekenbaarheid van de discriminatie enz. Het aannemen van bindende supranationale rechtsregels zou deze aangelegenheid kunnen helpen regelen.



INTRODUCTION

1. L'utilisation des algorithmes se déploie de nos jours dans tous les domaines. Les relations de travail n'y font indéniablement pas exception ⁽¹⁾. Or, leur utilisation entraîne un risque de discrimination au détriment des candidats à l'embauche et des travailleurs aussi difficile à comprendre qu'à déceler. Pourtant, l'employeur est susceptible d'utiliser des algorithmes à chaque stade de la relation de travail ⁽²⁾.

En effet, dans le processus de recrutement ⁽³⁾, les algorithmes peuvent être utilisés pour présenter des annonces d'offres d'emploi à des candidats préalablement ciblés ou encore pour leur envoyer des notifications de ces annonces ⁽⁴⁾. Dans un second temps, l'algorithme peut trier et classer les candidatures ⁽⁵⁾. Lors d'entretiens d'embauche en vidéo, il existe des algorithmes capables de mesurer la performance des candidats en analysant leurs réponses aux questions posées, le ton qu'ils utilisent ou encore leurs expressions faciales ⁽⁶⁾. Dans la phase de sélection, l'on trouve aussi des algorithmes qui procèdent à des vérifications des antécédents des candidats, notamment en analysant le contenu disponible sur les réseaux sociaux, afin de prédire s'ils risquent d'adopter des comportements délétères sur le lieu de travail (violence ou harcèlement sexuel, par exemple) ⁽⁷⁾. Lorsque le candidat est sélectionné, l'employeur peut alors faire usage d'un algorithme afin de rédiger une proposition d'emploi susceptible d'intéresser le candidat et donc d'être acceptée par lui ⁽⁸⁾.

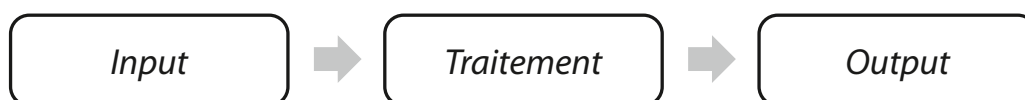
Lors de l'exécution du contrat, les algorithmes peuvent intervenir dans la répartition des tâches. Par exemple, la plateforme Uber propose au chauffeur le plus proche du client d'accomplir la course demandée ⁽⁹⁾. Quant à la plateforme Deliveroo, *Frank* – ainsi est nommé son algorithme – attribue les courses en calculant le temps de trajet estimé, en tenant compte notamment du lieu où se situent le restaurant, les coursiers potentiels et le client, du temps estimé pour la préparation de la commande par le restaurant et du véhicule utilisé par les coursiers potentiels ⁽¹⁰⁾. Un algorithme peut aussi intervenir dans le contrôle des

-
- (1) Seules les relations de travail salariées retiendront notre attention. Néanmoins, certains exemples sont issus du travail de plateformes où les algorithmes interviennent sans conteste, même si le statut des travailleurs de plateformes fait couler beaucoup d'encre.
- (2) L. MALFETTES, « Gestion du personnel par algorithmes et droits du salarié », *Droit social*, 2019, p. 591.
- (3) Pour un aperçu détaillé de l'impact des algorithmes dans toutes les phases du recrutement, voy. M. BOGEN et A. RIEKE, « Help Wanted. An Examination of Hiring Algorithms, Equity and Bias », Upturn, 2018, disponible sur <https://www.upturn.org/static/reports/2018/hiring-algorithms/files/Upturn%20--%20Help%20Wanted%20-%20An%20Exploration%20of%20Hiring%20Algorithms,%20Equity%20and%20Bias.pdf>, pp. 13 à 43 ; M. KULLMANN, « Discriminating job applicants through algorithmic decision-making », 2019, disponible sur <https://ssrn.com/abstract=3373533> ; A. LACROUX et C. MARTIN-LACROUX, « L'intelligence artificielle au service de la lutte contre les discriminations dans le recrutement : nouvelles promesses et nouveaux risques », *Management & Avenir*, 2021, n° 2, pp. 12 à 132.
- (4) M. BOGEN, « All the ways hiring algorithms can introduce bias », *Harvard Business Review*, 2019, disponible sur <https://hbr.org/2019/05/all-the-ways-hiring-algorithms-can-introduce-bias>.
- (5) M. BOGEN, « All the ways hiring algorithms can introduce bias », *op. cit.* et S. SERENO, « Focus sur les discriminations par algorithme », *Revue de droit du travail*, Dalloz, 2020, p. 680.
- (6) M. BOGEN et A. RIEKE, « Help Wanted. An Examination of Hiring Algorithms, Equity and Bias », *op. cit.*, pp. 36 à 38.
- (7) M. BOGEN et A. RIEKE, « Help Wanted. An Examination of Hiring Algorithms, Equity and Bias », *op. cit.*, pp. 39 à 40.
- (8) M. BOGEN, « All the ways hiring algorithms can introduce bias », *op. cit.*
- (9) J. CLESSE, Q. CORDIER et F. KÉFER, « Le statut social des travailleurs de plateformes numériques », in J. CLESSE et F. KÉFER (dir.), *Enjeux et défis juridiques de l'économie de plateforme*, CUP, vol. 187, Liège, Anthemis, 2019, p. 144.
- (10) Trib. trav. fr. Bruxelles (25e ch.), 8 décembre 2021, *J.L.M.B.*, 2022, pp. 392, 393 et 412.

prestations du travailleur⁽¹¹⁾ ou encore dans l'attribution de la rémunération, voire dans la détermination de son montant⁽¹²⁾.

Enfin, les algorithmes sont aussi susceptibles de jouer un rôle dans la rupture du contrat de travail, notamment en cas de travail jugé de mauvaise qualité ou pas assez performant⁽¹³⁾. Par exemple, la presse américaine a dévoilé en 2019 qu'Amazon utilise des systèmes automatisés pour mesurer la productivité des travailleurs de ses entrepôts. Si le système les considère comme trop peu productifs⁽¹⁴⁾, ils reçoivent un avertissement. Si un travailleur accumule six avertissements sur une période de douze mois, un message lui est envoyé automatiquement et sans intervention humaine pour mettre fin au contrat de travail⁽¹⁵⁾.

2. Un algorithme est une suite d'étapes ou de règles appliquées pour résoudre un problème donné⁽¹⁶⁾. L'objectif de l'utilisation d'algorithmes est d'augmenter l'efficacité et la rapidité dans le rapprochement de l'offre et de la demande⁽¹⁷⁾. Il existe différentes manières de construire un algorithme et donc différents types d'algorithmes ; leur fonctionnement peut être extrêmement complexe ou, au contraire, très simple, mais il peut toujours être décrit par une figure en trois temps :



Cette représentation illustre le principe selon lequel le produit de l'algorithme (*output*) est obtenu à la suite du traitement de nombreuses données (*input*). Autrement dit, le résultat obtenu est directement dépendant de la qualité, de la pertinence et de la fiabilité des données qui alimentent l'algorithme ainsi que des modalités de traitement de celles-ci⁽¹⁸⁾. Les données constituent donc l'enjeu majeur du bon fonctionnement des algorithmes, c'est-à-dire, en ce qui nous concerne, d'un fonctionnement non discriminatoire.

3. Les risques de discrimination au détriment des candidats à l'embauche et des travailleurs ont des causes et des manifestations variées (I). Des ressources juridiques pour juguler ce risque peuvent être trouvées, du moins en apparence, dans le Règlement

(11) Sur ce sujet, voy. A. ALOISI et E. GRAMANO, « Artificial intelligence is watching you at work : digital surveillance, employee monitoring, and regulatory issues in the EU context », *Comparative Labour law and Policy Journal*, 2019, n° 1, pp. 95 à 122.

(12) M. KULLMANN, « Platform work, algorithmic decision-making and EU gender equality law », *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2018, n°1, p. 10 et Bureau international du travail, *Emploi et questions sociales dans le monde. Le rôle des plateformes numériques dans la transformation du monde du travail*, Genève, PRODOC, 2021, disponible sur https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/WCMS_771749/lang--en/index.htm.

(13) Bureau international du travail, *Emploi et questions sociales dans le monde. Le rôle des plateformes numériques dans la transformation du monde du travail*, op. cit., p. 65.

(14) Le taux de productivité attendu est d'une centaine de paquets emballés par heure.

(15) F. G'SELL, « Les décisions algorithmiques », in F. G'SELL (dir.), *Le big data et le droit*, Paris, Dalloz, 2020, p. 87.

(16) S. DESMOULIN-CANSELIER, *Décider avec les algorithmes : quelle place pour l'Homme, quelle place pour le droit ?*, Paris, Dalloz, 2020, p. 259. Voy. également R. DEVILLE, N. SERGEYSSELS et C. MIDDAG, « Basic Concepts of AI for Legal Scholars », in J. DE BRUYNE et C. VANLEENHOVE, *Artificial Intelligence and the Law*, Mortsel, Intersentia, 2021, pp. 1 à 22.

(17) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme, 9 décembre 2021, COM/2021/762 final, pp. 2 et 3.

(18) J. GERARDS et R. XENIDIS, *Algorithmic discrimination in Europe : Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, Commission européenne, 2020, disponible sur <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/082f1dbc-821d-11eb-9ac9-01aa75ed71a1>, pp. 42 à 44.

(UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (ci-après, « R.G.P.D. »)⁽¹⁹⁾ (II) ainsi que dans le dispositif de règles anti-discrimination (III). En outre, de nouvelles ressources pourraient apparaître à l'avenir au niveau supranational, sous l'impulsion de l'Organisation internationale du travail et de l'Union européenne (IV).

I. LE RISQUE DE DISCRIMINATION

4. Les algorithmes sont perçus dans l'inconscient collectif comme des outils informatiques exempts de biais inconscients⁽²⁰⁾. La réalité est pourtant bien moins flatteuse. Mais pour apercevoir le potentiel discriminatoire des algorithmes, il est nécessaire de s'affranchir de l'illusion technologique⁽²¹⁾ consistant à les considérer comme plus neutres que le cerveau humain⁽²²⁾. En effet, le risque de discrimination est bien réel et non hypothétique ; dans des hypothèses où l'algorithme intervient dans la détermination du montant de la rémunération, il a par exemple été mis en exergue par des recherches empiriques que les travailleurs de plateformes de sexe féminin reçoivent une rémunération inférieure à celle des travailleurs de plateformes de sexe masculin⁽²³⁾. Ce risque emporte avec lui une série de corollaires : fiabilité relative des algorithmes, opacité⁽²⁴⁾, désengagement de l'humain, déshumanisation des pratiques et appauvrissement des interactions sociales, déresponsabilisation, nuisance en matière d'épanouissement dans le travail, etc.⁽²⁵⁾. Pour l'appréhender, ses causes doivent être identifiées, et l'on s'aperçoit qu'elles sont toutes liées à ce que l'on peut appeler « le facteur humain »⁽²⁶⁾. En effet, la faiblesse de tout algorithme réside dans les êtres humains qui les conçoivent, les programment, les entraînent et les utilisent, car, ce faisant, ils risquent d'y transposer – consciemment ou non – leurs attitudes discriminatoires⁽²⁷⁾.

Après avoir décrit comment l'utilisation d'un algorithme peut générer un traitement discriminatoire, l'on s'attachera à étudier les différents biais qui peuvent être introduits dans l'algorithme à tous les stades de son développement et de son utilisation.

5. L'on identifie trois types de causes du traitement discriminatoire qui peut résulter de l'implémentation d'algorithmes dans les relations de travail : l'utilisation de l'algorithme dans le but de discriminer, l'introduction inconsciente de biais dans l'algorithme au cours de sa conception ou encore la combinaison de critères neutres.

(19) Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.

(20) M. KULLMANN, « Platform work, algorithmic decision-making and EU gender equality law », *op. cit.*, p. 7 et S. SERENO, « Focus sur les discriminations par algorithme », *op. cit.*, p. 680.

(21) A. LACROUX et C. MARTIN-LACROUX, « L'intelligence artificielle au service de la lutte contre les discriminations dans le recrutement : nouvelles promesses et nouveaux risques », *op. cit.*, pp. 123 et 135.

(22) L. RATTI et M. PEYRONNET, « Controverse : algorithmes et risque de discrimination : quel contrôle du juge ? », *Revue de droit du travail*, Dalloz, 2021, p. 81.

(23) M. KULLMANN, « Platform work, algorithmic decision-making and EU gender equality law », *op. cit.*, p. 10. Voy. également N. COUNTOURIS et L. RATTI, « The sharing economy and EU anti-discrimination law », in N. M. DAVIDSON, M. FINCK et J. J. INFRANCA (eds.), *The Cambridge handbook of the law of the sharing economy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 486.

(24) F. G'SELL, « Les décisions algorithmiques », *op. cit.*, pp. 97 à 99.

(25) G. COURTOIS et al., *Anticiper les impacts économiques et sociaux de l'intelligence artificielle. Intelligence artificielle, enjeux juridiques*, Paris, France Stratégie, 2017, disponible sur <https://www.strategie.gouv.fr/publications/anticiper-impacts-economiques-sociaux-de-lintelligence-artificielle>, pp. 6 à 9.

(26) J. GERARDS et R. XENIDIS, *Algorithmic discrimination in Europe : Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, *op. cit.*, p. 41.

(27) J. GERARDS et R. XENIDIS, *Algorithmic discrimination in Europe : Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, *op. cit.*, pp. 41 et 42.

En premier lieu, il se peut que la discrimination soit intentionnelle, c'est-à-dire qu'un critère discriminatoire soit directement intégré dans l'algorithme ⁽²⁸⁾. Ainsi, ce dernier pourrait recevoir la consigne de rejeter systématiquement les candidatures des personnes musulmanes – ou du moins des personnes qu'il reconnaîtrait comme telles.

Ensuite, la discrimination peut résulter de biais ⁽²⁹⁾ intégrés inconsciemment dans l'algorithme par son concepteur ⁽³⁰⁾. Comme indiqué précédemment, dans la phase d'entraînement de l'algorithme, il reçoit une très grande quantité de données qui peuvent être biaisées ⁽³¹⁾. Or, la qualité de l'algorithme est directement liée à la qualité des données avec lesquelles il est alimenté ⁽³²⁾, on va y revenir.

Enfin, la combinaison de critères neutres dans l'algorithme peut être à l'origine de discriminations indirectes ⁽³³⁾. Par exemple, un algorithme qui sélectionnerait des candidatures en tenant notamment compte du lieu de résidence pourrait indirectement mener à traiter différemment des personnes originaires de quartiers moins favorisés sans justification apparente ⁽³⁴⁾. Or, les personnes issues de l'immigration peuplant davantage ces quartiers, il pourrait s'agir d'une discrimination indirecte sur la base d'une prétendue race, de l'origine ethnique ou encore de l'origine sociale ⁽³⁵⁾. Grâce à la combinaison de critères en apparence neutres, l'algorithme est donc capable de cerner certaines caractéristiques et de prendre une décision sur la base de celles-ci qui peuvent être proches des critères protégés. Autrement dit, le fait de retirer certaines informations telles que le sexe ou le lieu

(28) F. ZUIDERVEEN BORGESIUŠ, *Discrimination, intelligence artificielle et décision algorithmiques*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2018, disponible sur <https://www.coe.int/fr/web/artificial-intelligence/-/news-of-the-european-commission-against-racism-and-intolerance-ecri>, pp. 23 et 24 ; S. SERENO, « Focus sur les discriminations par algorithme », *op. cit.*, p. 680 ; Défenseur des droits, *Algorithmes : prévenir l'automatisation des discriminations*, Paris, Défenseur des droits en partenariat avec la CNIL, 2020, disponible sur <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports/2020/05/algorithmes-prevenir-lautomatization-des-discriminations>, p. 4.

(29) Voy. *infra*, point 6.

(30) S. SERENO, « Focus sur les discriminations par algorithme », *op. cit.*, p. 680 ; L. RATTI et M. PEYRONNET, « Controverse : algorithmes et risque de discrimination : quel contrôle du juge ? », *op. cit.*, p. 81. Dans le même sens, voy. not. F. G'SELL, « Les décisions algorithmiques », *op. cit.*, pp. 97 et 98 et J. GERARDS et R. XENIDIS, *Algorithmic discrimination in Europe : Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, *op. cit.*, p. 41.

(31) J. GERARDS et R. XENIDIS, *Algorithmic discrimination in Europe : Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, *op. cit.*, p. 42 à 44.

(32) EIGE, *Gender equality index 2020 : digitalisation and the future of work*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2020, disponible sur <https://eige.europa.eu/publications/gender-equality-index-2020-digitalisation-and-future-work>, p. 112 et Bureau international du travail, *Emploi et questions sociales dans le monde. Le rôle des plateformes numériques dans la transformation du monde du travail*, *op. cit.*, p. 66.

(33) S. SERENO, « Focus sur les discriminations par algorithme », *op. cit.*, p. 680 ; Défenseur des droits, *Algorithmes : prévenir l'automatisation des discriminations*, *op. cit.*, p. 5. Voy. également J. GERARDS et R. XENIDIS, *Algorithmic discrimination in Europe : Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, *op. cit.*, pp. 44 et 45. Ce dernier auteur qualifie ce phénomène de « *proxies challenge* ».

(34) Comp. avec l'utilisation de la plateforme « Parcoursup » en France pour l'affectation des élèves à des établissements d'enseignement supérieur, qui a mis en exergue le fait que le critère du lycée d'origine peut indirectement mener l'algorithme à discriminer sur la base du lieu de résidence (S. SERENO, « Focus sur les discriminations par algorithme », *op. cit.*, p. 680). Sur cette plateforme, voy. également Y. MENECEUR, *L'intelligence artificielle en procès*, Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 149 à 157. Il convient de souligner que, à la différence du droit belge, le lieu de résidence est un critère protégé en droit français (voy. not. art. 1er de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations et l'art. L1132-1 du Code du travail).

(35) Art. 4, 4°, de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie et art. 4, 4°, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

de naissance du *curriculum vitae* n'est pas de nature à garantir l'absence de discrimination sur la base de ces critères ⁽³⁶⁾.

6. Les biais, c'est-à-dire les travers qui peuvent être adjoints à l'algorithme et qui sont susceptibles de mener à une discrimination, peuvent être introduits dans l'algorithme à tous les stades de son développement ⁽³⁷⁾.

Au moment de la conception, de la programmation et du développement de l'algorithme, les choix des êtres humains peuvent être affectés, consciemment ou non, par des « biais préexistants ». Ces biais proviennent soit de la personnalité des personnes qui imaginent l'algorithme, comme l'informaticien ou le client pour lequel l'algorithme est conçu ⁽³⁸⁾, soit résultent de la traduction mathématique de pratiques discriminatoires ayant cours au sein de la société ⁽³⁹⁾. Certains systèmes de reconnaissance faciale échouent ainsi à reconnaître des femmes, et encore plus celles de couleur, car les données utilisées pour construire l'algorithme sont majoritairement des photographies d'hommes blancs ⁽⁴⁰⁾.

Des biais se matérialisent également lors de l'utilisation de l'algorithme. Il en est ainsi notamment de la difficulté touchant aux biais préexistants. Appliqués au recrutement des travailleurs, ces biais, qui affectent les données d'entraînement, ont pour conséquence de reproduire les caractéristiques de la population de salariés existante ⁽⁴¹⁾. Par exemple, les femmes sont moins représentées dans les postes à responsabilité. Un algorithme de recrutement entraîné grâce à des données par définition historiques pourrait en déduire que les femmes n'occupent que peu de postes à responsabilité et donc rejeter les candidatures féminines pour de tels postes ⁽⁴²⁾. En fonctionnant, l'algorithme ne fait donc que reproduire les biais présents dans les données d'apprentissage ⁽⁴³⁾. De la même manière, dans les années 80, une école de médecine britannique s'est dotée d'un algorithme afin de trier les candidatures dont les données d'apprentissage étaient fondées sur les admissions pré-

(36) J. GERARDS et R. XENIDIS, *Algorithmic discrimination in Europe : Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, op. cit., pp. 44 et 45. Dans le même sens, voy. J. GRAHAM, « Risk of discrimination in AI systems : Evaluating the effectiveness of current legal safeguards in tackling algorithmic discrimination », in A. LUI et N. RYDER (eds.), *Fintech, Artificial intelligence and the law. Regulation and crime prevention*, Oxon, Routledge, 2021, pp. 220 et 221.

(37) J. GERARDS et R. XENIDIS, *Algorithmic discrimination in Europe : Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, op. cit., p. 37 et S. SERENO, « Focus sur les discriminations par algorithme », op. cit., p. 680. Sur les biais qui peuvent exister, voy. not. B. FRIEDMAN et H. NISSENBAUM, « Bias in Computer Systems », *ACM transactions on information systems*, 1996, vol. 14, n° 3, pp. 333 à 336 (et particulièrement le tableau synthétique aux pages 334 et 335), ainsi que A. LACROUX et C. MARTIN-LACROUX, « L'intelligence artificielle au service de la lutte contre les discriminations dans le recrutement : nouvelles promesses et nouveaux risques », op. cit., pp. 127 à 132.

(38) B. FRIEDMAN et H. NISSENBAUM, « Bias in Computer Systems », op. cit., p. 333.

(39) Défenseur des droits, *Algorithmes : prévenir l'automatisation des discriminations*, op. cit., p. 4.

(40) Défenseur des droits, *Algorithmes : prévenir l'automatisation des discriminations*, op. cit., p. 4 et J. GERARDS et R. XENIDIS, *Algorithmic discrimination in Europe : Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, op. cit., p. 43. Voy. aussi J. GRAHAM, « Risk of discrimination in AI systems : Evaluating the effectiveness of current legal safeguards in tackling algorithmic discrimination », op. cit., pp. 216 et 217 et J. BUOLAMWINI et T. GEBRU, « Gender Shades : Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification », *Proceedings of Machine Learning Research*, 2018, vol. 81, pp. 1 à 15.

(41) A. LACROUX et C. MARTIN-LACROUX, « L'intelligence artificielle au service de la lutte contre les discriminations dans le recrutement : nouvelles promesses et nouveaux risques », op. cit., p. 128.

(42) Défenseur des droits, *Algorithmes : prévenir l'automatisation des discriminations*, op. cit., p. 5. Sur les biais de genre, voy. not. T. BOLUKBASI, K.-W. CHANG, J. ZOU, V. SALIGRAMA et A. KALAI, « Man is to computer programmer as woman is to homemaker ? Debiasing word embeddings », 2016, disponible sur <https://arxiv.org/abs/1607.06520>.

(43) F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Discrimination, intelligence artificielle et décision algorithmiques*, op. cit., p. 19 et Bureau international du travail, *Emploi et questions sociales dans le monde. Le rôle des plateformes numériques dans la transformation du monde du travail*, op. cit., p. 66.

cédentes. L'algorithme s'est ensuite révélé défavorable aux femmes et aux immigrés⁽⁴⁴⁾, ce qui peut s'expliquer en raison du fait que les femmes et les migrants étaient moins représentés dans les données d'apprentissage ayant permis de construire l'algorithme. Pour citer un ultime exemple, en 2015, la plateforme Amazon a découvert que l'algorithme qu'elle utilisait pour trier les candidatures à des postes techniques, tels que celui de développeur de logiciels, discriminait les femmes. En effet, les données historiques sur la base desquelles l'algorithme a été entraîné reflétaient la population du monde de la technologie de pointe de la décennie précédente composée majoritairement d'hommes. L'algorithme a donc répété ce schéma⁽⁴⁵⁾. Certains résument ce phénomène par la maxime « *bias in, bias out* »⁽⁴⁶⁾.

D'autres biais additionnels peuvent apparaître lors de l'utilisation d'un algorithme tels que les « biais techniques » liés aux limites actuelles de l'informatique⁽⁴⁷⁾. À titre d'exemple, la taille d'un écran n'est pas extensive si bien que seuls les premiers résultats d'une liste sont présentés à l'être humain placé derrière la machine⁽⁴⁸⁾. Il a été démontré, en phase de recrutement, que les premiers candidats affichés dans une liste sont avantagés. L'on peut dans ce cas parler de « biais de présentation »⁽⁴⁹⁾. Il va sans dire qu'au stade de l'utilisation, les biais préexistants qui ont grevé la conception et le développement de l'algorithme continueront de se manifester également.

7. Si les algorithmes peuvent discriminer, cela peut résulter d'un défaut de conception de l'algorithme ou d'anticipation de son évolution⁽⁵⁰⁾. Par exemple, l'utilisation de voitures équipées de caméras détectant les automobilistes stationnés irrégulièrement, également appelée « scan-cars », peut être à l'origine d'une discrimination sur la base du handicap. En effet, les personnes handicapées peuvent solliciter du Service public fédéral Sécurité sociale la délivrance d'une carte, non liée à une plaque d'immatriculation, les autorisant à stationner gratuitement le véhicule grâce auquel elles se déplacent dans les zones où le parking est en principe payant. Cette carte, qui n'est liée à aucune plaque d'immatriculation afin de faciliter le déplacement de ces personnes sans avoir égard au véhicule utilisé, doit être apposée sur le pare-brise. Or, les caméras équipant les scan-cars ne sont pas en mesure de détecter la carte. En conséquence, de nombreuses personnes handicapées ont été contraintes d'introduire des recours contre des redevances de stationnement mises à tort à leur charge, pour certaines jusqu'à dix fois⁽⁵¹⁾.

(44) F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Discrimination, intelligence artificielle et décision algorithmiques*, op. cit., pp. 18 et 19.

(45) J. DASTIN, « Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women », Reuters, 11 octobre 2018, disponible sur <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G>. Voy. également A. ALOISI et V. DE STEFANO, *Your Boss Is an Algorithm. Artificial Intelligence, Platform work and Labour*, Oxford, Hart Publishing, 2022, p. 43.

(46) Voy. not. J. GERARDS et R. XENIDIS, *Algorithmic discrimination in Europe : Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, op. cit., p. 43 (et les auteurs cités) ; EIGE, *Gender equality index 2020 : digitalisation and the future of work*, op. cit., p. 112 ; A. LACROUX et C. MARTIN-LACROUX, « L'intelligence artificielle au service de la lutte contre les discriminations dans le recrutement : nouvelles promesses et nouveaux risques », op. cit., pp. 127 à 129.

(47) B. FRIEDMAN et H. NISSENBAUM, « Bias in Computer Systems », op. cit., p. 333 et A. LACROUX et C. MARTIN-LACROUX, « L'intelligence artificielle au service de la lutte contre les discriminations dans le recrutement : nouvelles promesses et nouveaux risques », op. cit., pp. 130 et 131.

(48) B. FRIEDMAN et H. NISSENBAUM, « Bias in Computer Systems », op. cit., pp. 335 et 336.

(49) A. LACROUX et C. MARTIN-LACROUX, « L'intelligence artificielle au service de la lutte contre les discriminations dans le recrutement : nouvelles promesses et nouveaux risques », op. cit., pp. 131 et 132.

(50) L. RATTI et M. PEYRONNET, « Controverse : algorithmes et risque de discrimination : quel contrôle du juge ? », op. cit., p. 81.

(51) Civ. fr. Bruxelles (réf.), 2 mai 2022, disponible <https://www.unia.be/fr/articles/les-scan-cars-jugees-discriminatoires-pour-les-personnes-en-situation-de-ha>.

Puisque la discrimination peut résulter de la carence de conception de l'algorithme, il devrait donc être possible d'y remédier en identifiant les biais dans les systèmes informatiques et en mettant sur pied des méthodes pour corriger les systèmes biaisés. En réalité, il serait judicieux, pour les informaticiens qui conçoivent l'algorithme, de s'interroger sur les biais qui peuvent affecter un algorithme dès les premières phases de la conception de celui-ci, lorsque le client décrit ce qu'il attend du concepteur, afin de tenter de les minimiser autant que possible ⁽⁵²⁾.

8. Dans les hypothèses où le risque de discrimination n'est pas enrayé, il reste à identifier les ressources juridiques qui peuvent être mobilisées pour lutter contre la discrimination algorithmique. Dans l'état actuel du droit positif, nous en identifions deux : le R.G.P.D. et les ressources du droit de la lutte contre les discriminations.

II. LES RESSOURCES DU R.G.P.D.

9. Le R.G.P.D. pourrait constituer une base légale intéressante pour endiguer le risque de discrimination induit par l'utilisation des algorithmes ⁽⁵³⁾, même s'il demeure difficile d'évaluer son intérêt en pratique ⁽⁵⁴⁾.

Ainsi, les articles 5, 13 et 14 obligent à traiter de manière transparente les données personnelles ⁽⁵⁵⁾, ce qui mène le responsable du traitement notamment à établir des déclarations de confidentialité fournissant de nombreuses informations à la personne concernée, et lui expliquant entre autres comment un algorithme prend une décision sur la base de données personnelles ⁽⁵⁶⁾.

À côté de l'obligation de transparence qui peut se traduire par la communication d'informations à la personne concernée, le R.G.P.D. contient un article 22 relatif aux décisions individuelles automatisées, dont le premier paragraphe énonce que « la personne concernée a le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, produisant des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire ». Certains considèrent que cette disposition pose une interdiction et ne se limite pas à conférer un droit, ce qui permet à la personne concernée de jouir de sa protection sans devoir de manière proactive faire valoir son droit ⁽⁵⁷⁾. Elle implique par exemple l'interdiction du rejet automatique et sans intervention humaine d'une candidature en ligne ⁽⁵⁸⁾.

(52) B. FRIEDMAN et H. NISSENBAUM, « Bias in Computer Systems », *op. cit.*, pp. 343 à 345.

(53) F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Discrimination, intelligence artificielle et décision algorithmiques*, *op. cit.*, pp. 33 à 50.

(54) Concernant le R.G.P.D., voy. H. PARVIAINEN, « Can algorithmic recruitment systems lawfully utilise automated decision-making in the EU ? », *E.L.L.J.*, 2022, n° 2, pp. 225 à 248 et S. TAES, « Robotiseren en artificiële intelligentie op de werkvloer. Het recht op privacy van werknemers in het licht van de mensgerichte agenda », *R.D.S.*, 2022, n° 1, pp. 20 à 27.

(55) F. G'SELL, « Les décisions algorithmiques », *op. cit.*, pp. 101 et 103 à 105.

(56) F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Discrimination, intelligence artificielle et décision algorithmiques*, *op. cit.*, p. 41.

(57) M. OTTO, « Workforce analytics v. fundamental rights protection in the EU in the age of big data », *Comparative Labour law and Policy Journal*, 2019, n° 3, pp. 398 et 399. Dans le même sens, voy. F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Discrimination, intelligence artificielle et décision algorithmiques*, *op. cit.*, pp. 43 et 44 (et auteurs cités en note subpaginale 135) ainsi que F. G'SELL, « Les décisions algorithmiques », *op. cit.*, pp. 101 et 102.

(58) F. G'SELL, « Les décisions algorithmiques », *op. cit.*, pp. 101 et 102.

Des exceptions existent, au rang desquelles figurent le consentement explicite de la personne concernée ou la nécessité pour la conclusion ou l'exécution d'un contrat entre la personne concernée et le responsable du traitement ⁽⁵⁹⁾. Cependant, ces exceptions ne mettent pas fin aux obligations du responsable du traitement dès lors qu'il doit notamment sauvegarder le droit de la personne concernée d'obtenir une intervention humaine, d'exprimer son point de vue et de contester la décision ⁽⁶⁰⁾. À titre d'exemple, le candidat qui a fait l'objet d'une procédure de recrutement algorithmique devrait pouvoir requérir l'intervention d'un être humain ⁽⁶¹⁾. Néanmoins, à défaut de clarté du texte, sa portée demeure floue. Selon F. G'Sell, il ne peut pas être tiré de cette disposition un droit à voir sa situation réévaluée ou un droit à un recours particulier exorbitant du droit commun ⁽⁶²⁾.

Enfin, lorsque l'interdiction de principe de l'article 22, premier paragraphe, n'est pas applicable en raison du second paragraphe, le quatrième paragraphe prévoit que les décisions – licites, donc – fondées exclusivement sur un traitement automatisé ne peuvent, par principe, être fondées sur certaines catégories de données à caractère personnel, telles que les données révélant l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale, ou encore les données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne. Cependant, l'interdiction n'est pas absolue puisque ces « données sensibles » peuvent tout de même être utilisées dans certaines conditions ⁽⁶³⁾.

10. Si cet article 22 semble offrir une certaine protection contre la discrimination, encore faudra-t-il observer s'il en sera fait usage en pratique, au contraire de la disposition au contenu similaire qui a précédé le R.G.P.D. qui était quant à elle restée lettre morte ⁽⁶⁴⁾. Par ailleurs, pour diverses raisons qu'il est trop long de détailler ici, il n'est pas certain que le R.G.P.D. offre des garanties efficaces ⁽⁶⁵⁾. Il semble dès lors indispensable d'apprécier si les règles anti-discrimination jouissent d'une plus grande effectivité que le R.G.P.D. pour paralyser le risque de discrimination résultant de l'utilisation d'algorithmes dans la relation de travail.

III. LES RESSOURCES DU DROIT DE LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS

11. Sans développer l'ensemble des dispositions destinées à lutter contre les discriminations, l'on s'intéressera à deux questions : la charge de la preuve (A) et l'imputabilité de la discrimination (B). Par souci de clarté, nous nous limiterons à évoquer les règles fédérales applicables aux relations de travail, c'est-à-dire deux lois du 10 mai 2007 et une loi du

(59) Art. 22, § 2, du R.G.P.D.

(60) Art. 22, § 3, du R.G.P.D. et F. ZUIDERVEEN BORGESIOUS, *Discrimination, intelligence artificielle et décision algorithmiques*, *op. cit.*, p. 45.

(61) Il existe des hésitations quant à la question de savoir si l'application du droit à obtenir une intervention humaine en cas de procédure de recrutement algorithmique peut se justifier par la nécessité pour la conclusion d'un contrat. À cet égard, voy. L. GROZDANOVSKI, « In search of effectiveness and fairness in proving algorithmic discrimination in EU law », *Common Market Law Review*, 2021, n° 58, pp. 122 et 123. Par ailleurs, l'application de l'exception liée au consentement exprès de la personne, qui ouvre également le droit à obtenir une intervention humaine, ne nous semble pas exclue.

(62) F. G'SELL, « Les décisions algorithmiques », *op. cit.*, p. 105.

(63) Art. 22, § 4 et 9, § 2, du R.G.P.D. Voy. également F. G'SELL, « Les décisions algorithmiques », *op. cit.*, pp. 105 et 106.

(64) F. ZUIDERVEEN BORGESIOUS, *Discrimination, intelligence artificielle et décision algorithmiques*, *op. cit.*, pp. 43 et 47. La disposition précédant le R.G.P.D. est l'article 15 de la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

(65) Sur les raisons d'en douter, voy. V. DE STEFANO, « Negotiating the algorithm : Automation, artificial intelligence, and labor protection », *Comparative Labour Law and Policy Journal*, 2019, n° 1, pp. 38 et 39 et F. G'SELL, « Les décisions algorithmiques », *op. cit.*, pp. 106 à 109.

30 juillet 1981⁽⁶⁶⁾, bien que les normes adoptées par les entités fédérées soient également pertinentes⁽⁶⁷⁾. Ces lois sont le fruit de la transposition de nombreuses directives européennes⁽⁶⁸⁾.

A. La preuve de la discrimination algorithmique

12. La question de la preuve de la discrimination algorithmique ne peut se poser que si la victime a conscience qu'elle en est une⁽⁶⁹⁾. Or s'en apercevoir n'est pas aisé en raison du manque de transparence et de l'opacité qui caractérisent les algorithmes⁽⁷⁰⁾. Par exemple, une personne dont la candidature à un poste d'ingénieur en informatique⁽⁷¹⁾ serait rejetée par un logiciel d'aide à la gestion des ressources humaines pourrait ne pas s'apercevoir qu'une grande partie des candidatures de femmes est rejetée et donc ne pas réaliser qu'elle est en réalité victime d'une discrimination sur la base du sexe⁽⁷²⁾.

Les lignes qui suivent sont donc consacrées au cas où une personne, consciente du problème, entend prouver sa qualité de victime d'une discrimination. Après avoir rappelé les règles gouvernant la répartition de la charge de la preuve, nous nous intéresserons au contenu de la preuve qui doit être apportée par le demandeur en justice (1). Puisque le risque de discrimination naît au cœur de l'algorithme, l'on s'interrogera sur la possibilité de contraindre l'employeur à produire l'algorithme qu'il a utilisé dans le cadre des relations de travail (2). En cas de production de celui-ci, encore faut-il le comprendre, ce qui est loin d'être simple (3). Compte tenu des multiples difficultés liées à la production et à la compréhension de l'algorithme, l'on tentera de déterminer s'il n'est pas possible, pour le demandeur, d'apporter la preuve qui lui incombe en faisant l'économie de l'analyse de l'algorithme en lui-même (4). Enfin, l'on examinera ce que les nouvelles dispositions du Code civil sur la preuve peuvent offrir à la victime alléguée d'une discrimination (5).

(66) Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination ; loi du 10 mai 2007 visant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes ; loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie.

(67) Pour un aperçu de la répartition des compétences et des règles établies par les entités fédérées, voy. S. VAN DROOGHENBROECK et J. VELAERS, « La répartition des compétences dans la lutte contre la discrimination », in C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten – Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Bruxelles, la Charte, 2008, pp. 101 à 127 et L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0. Gelijke monniken, gelijke kappen*, Bruxelles, Intersentia, 2020, pp. 10 à 12.

(68) J. CLESSE et F. KÉFER, *Manuel de droit du travail*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 371 à 373. Il s'agit entre autres des directives 76/207/CEE, 97/80/CE, 2000/43/CE, 2000/78/CE, 2002/73/CE et 2006/54/CE ; ces dernières ont donné lieu à des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne rendues sur questions préjudicielles qui sont analysées *infra*, points 16 et suivants.

(69) F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Discrimination, intelligence artificielle et décision algorithmiques*, op. cit., p. 38 ; Défenseur des droits, *Algorithmes : prévenir l'automatisation des discriminations*, op. cit., p. 6 et J. GERARDS et R. XENIDIS, *Algorithmic discrimination in Europe : Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, op. cit., p. 75.

(70) J. GERARDS et R. XENIDIS, *Algorithmic discrimination in Europe : Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, op. cit., pp. 45 et 46. Voy. également C. LANGLOIS et S. VAN DROOGHENBROECK, « Digitalisation et discrimination : enjeux d'une rencontre, agenda d'une réforme », in J. RINGELHEIM et P. WAUTELET (dir.), *Redynamiser la lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Intersentia, n^o 64 et suivants (à paraître).

(71) Il y a moins de femmes que d'hommes dans ces secteurs (voy. EIGE, *Gender equality index 2020 : Digitalisation and the future of work*, op. cit., pp. 77 à 83).

(72) Comp. avec le cas où une personne demande un crédit sur le site d'une banque qui utilise un algorithme pour accepter ou rejeter ces demandes. Le demandeur n'est pas en mesure de savoir si la banque rejette plus souvent les demandes émanant de femmes (F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Discrimination, intelligence artificielle et décision algorithmiques*, op. cit., p. 38).

1. La répartition de la charge de la preuve et le contenu de la preuve

13. Pour celui qui s'estime victime d'une discrimination, la question de la preuve est cruciale puisqu'en dépend directement la reconnaissance du droit dont il prétend être titulaire⁽⁷³⁾. En matière de discrimination, le principe selon lequel chaque partie doit prouver ce qu'elle allègue⁽⁷⁴⁾ connaît un aménagement afin d'assurer l'effectivité des règles protectrices⁽⁷⁵⁾. En effet, il peut être malaisé pour la victime de récolter les preuves nécessaires à démontrer la discrimination⁽⁷⁶⁾. L'article 28, § 1er, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, fruit de la transposition d'une directive européenne, prévoit donc que lorsqu'une personne qui s'estime victime d'une discrimination invoque devant la juridiction compétente des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'un des critères protégés, il incombe au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination⁽⁷⁷⁾.

14. Le demandeur en justice doit donc invoquer des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination, mais il doit également les prouver⁽⁷⁸⁾. Selon les cas, la présomption de discrimination naît soit grâce à un faisceau d'indices, c'est-à-dire plusieurs éléments convergeant dans le sens de l'existence d'une discrimination, soit grâce à un seul fait⁽⁷⁹⁾.

La loi précise qu'en cas de discrimination directe, ces faits peuvent notamment être ceux qui révèlent une certaine récurrence de traitement défavorable à l'égard de personnes partageant un critère protégé ou que la situation de la victime du traitement plus défavorable est comparable avec la situation de la personne de référence⁽⁸⁰⁾. La doctrine qualifie ces modes de preuve de tests de récurrence et de tests de comparabilité⁽⁸¹⁾. La lecture de la loi nous enseigne qu'en matière de discrimination indirecte, la victime peut notam-

(73) M. MINÉ, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 677 et L. GROZDANOVSKI, « In search of effectiveness and fairness in proving algorithmic discrimination in EU law », *op. cit.*, p. 135.

(74) Art. 870 du Code judiciaire.

(75) J. RINGELHEIM et V. VAN DER PLANCKE, « Prouver la discrimination en justice », in P. WAUTELET et J. RINGELHEIM (dir.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, CUP, vol. 184, Liège, Anthemis, 2018, pp. 138 à 141 et J. CLESSE et F. KÉFER, *Manuel de droit du travail*, *op. cit.*, pp. 384 et 385.

(76) J. RINGELHEIM et V. VAN DER PLANCKE, « Prouver la discrimination en justice », *op. cit.*, pp. 138 à 140 ; M. MINÉ, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, *op. cit.*, pp. 677 et 678 ; F. KÉFER et A. FARCY, « La présomption de discrimination et la collecte des informations et documents en possession de l'employeur », in J. RINGELHEIM et P. WAUTELET (dir.), *Redynamiser la lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Intersentia, n° 4 (à paraître).

(77) Les articles 33, § 1er, de la loi du 10 mai 2007 visant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes et 30, § 1er, de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie aménagent de la même manière la charge de la preuve. Voy. aussi C. BAYART et I. BOSMANS, « De federale antidiscriminatiewetten en arbeidsbetrekkingen in de private sector : algemeen overzicht », in C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten – Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Bruxelles, la Charte, 2008, pp. 562 à 578 et S. DE REY, I. SAMOY et P. FOUBERT, « Afdwinging van de antidiscriminatiewetgeving in private rechtsverhoudingen : heeft het privaatrecht iets te bieden ? », *R.W.*, 2021-2022, pp. 1213 et 1214.

(78) F. KÉFER et A. FARCY, « La présomption de discrimination et la collecte des informations et documents en possession de l'employeur », *op. cit.*, n°3 (à paraître).

(79) J. RINGELHEIM et V. VAN DER PLANCKE, « Prouver la discrimination en justice », *op. cit.*, pp. 142 à 144.

(80) Art. 28, § 2, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination ; art. 33, § 2, de la loi du 10 mai 2007 visant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes ; art. 30, § 2, de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie.

(81) Sur les tests de récurrence et de comparabilité, voy. J. RINGELHEIM et V. VAN DER PLANCKE, « Prouver la discrimination en justice », *op. cit.*, pp. 145 à 152 et M. ASSELBOURG et M. BORRES, « La charge de la preuve en matière de discrimination : quels sont les faits permettant de présumer une discrimination », in D. CASTIAUX et D. LIEFOOGHE (dir.), *Quinze années d'application des lois anti-discrimination*, Limal, Anthemis, 2022, pp. 75 à 81.

ment produire des statistiques⁽⁸²⁾. Rien ne fait cependant obstacle à ce que ces statistiques soient également utilisées dans le cadre des discriminations directes⁽⁸³⁾. Les statistiques ainsi utilisées doivent être suffisamment qualitatives, notamment en termes de représentativité de l'échantillon utilisé⁽⁸⁴⁾.

Dans le cadre des relations de travail, les tests de situation et la méthode du client mystère peuvent également être utilisés⁽⁸⁵⁾. Le test de situation consiste, avec des personnes présentant les mêmes antécédents notamment en matière de qualification et d'expérience, à créer deux groupes : un groupe expérimental et un groupe de contrôle. Ce qui distingue ces deux groupes est que les membres du groupe dit expérimental présentent une caractéristique protégée qui est susceptible de mener à une discrimination (par exemple, leur origine ethnique). Si les membres du groupe expérimental sont traités de manière moins favorable que les membres du groupe de contrôle, une présomption de discrimination pourrait naître. Quant à la méthode du client mystère, il s'agit pour une personne de jouer le rôle d'un client auprès d'un intermédiaire – par exemple auprès d'une agence de travail intérimaire ou même d'une plateforme de travail – pour déterminer si l'intermédiaire fait droit aux demandes illégales de ses clients, comme celle formulée dans l'objectif de n'avoir à son service que des travailleurs blancs ou de sexe masculin⁽⁸⁶⁾.

15. Si plusieurs possibilités s'offrent à la victime pour établir des faits permettant de présumer une discrimination, dans le contexte particulier de la discrimination algorithmique, l'on pourrait se demander si l'algorithme lui-même pourrait être soumis à l'appréciation du juge. La difficulté réside dans le fait que celui-ci est généralement détenu par l'employeur, voire par un tiers⁽⁸⁷⁾. Il convient donc de s'intéresser aux moyens de droit qui peuvent être avancés pour mettre la victime – et surtout le juge – en possession de l'algorithme litigieux.

2. L'obligation de production de l'algorithme

16. L'article 877 du Code judiciaire prévoit que lorsqu'il existe des indices sérieux et précis de la détention, par une partie ou un tiers, d'un document contenant la preuve d'un fait pertinent, le juge peut ordonner que ce document ou une copie de celui-ci certifiée

(82) Art. 28, § 3, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination ; art. 33, § 3, de la loi du 10 mai 2007 visant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes ; art. 30, § 3, de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie.

(83) J. RINGELHEIM et V. VAN DER PLANCKE, « Prouver la discrimination en justice », *op. cit.*, pp. 165 et 166 et M. ASSELBOURG et M. BORRES, « La charge de la preuve en matière de discrimination : quels sont les faits permettant de présumer une discrimination », *op. cit.*, p. 81.

(84) J. RINGELHEIM et V. VAN DER PLANCKE, « Prouver la discrimination en justice », *op. cit.*, pp. 166 et 167, citant C.J.C.E., arrêt *Enderby*, 27 octobre 1993, C-127/92, § 17. Cons. également M. ASSELBOURG et M. BORRES, « La charge de la preuve en matière de discrimination : quels sont les faits permettant de présumer une discrimination », *op. cit.*, pp. 81 à 84.

(85) L'article 42/1 du Code pénal social permet aux inspecteurs sociaux de mettre en œuvre des tests de situation et la méthode du client mystère dans certaines conditions, mais ne prévoit par contre pas de possibilité de faire de même pour la victime. En Région de Bruxelles-Capitale, ces deux méthodes peuvent être utilisées par les inspecteurs sociaux mais également par la victime (art. 4/3 de l'ordonnance du 30 avril 2009 relative à la surveillance des réglementations en matière d'emploi qui relèvent de la compétence de la Région de Bruxelles-Capitale et à l'instauration d'amendes administratives applicables en cas d'infraction à ces réglementations et art. 22, § 3, de l'ordonnance du 4 septembre 2008 relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi) (J. RINGELHEIM et V. VAN DER PLANCKE, « Prouver la discrimination en justice », *op. cit.*, pp. 158 à 165).

(86) J. RINGELHEIM et V. VAN DER PLANCKE, « Prouver la discrimination en justice », *op. cit.*, pp. 152 à 160.

(87) L'on songe par exemple à la personne qui a développé l'algorithme.

conforme soit déposé au dossier de la procédure⁽⁸⁸⁾ ⁽⁸⁹⁾. L'employeur ou un tiers peuvent-ils se voir imposer, sur la base de cette disposition, de produire l'algorithme qui a été utilisé ?

Cette base légale peut être mobilisée dans des procédures judiciaires en matière de discrimination⁽⁹⁰⁾. Néanmoins, son application suppose l'existence d'indices sérieux et précis de la détention d'un document contenant la preuve d'un fait pertinent : cela met en échec toute tentative des plaideurs de solliciter la production de documents à des fins exploratoires, pour partir à la pêche aux informations – ce que l'on appelle « *fishing expedition* » ; le juge civil n'est en effet pas un juge d'instruction⁽⁹¹⁾.

Dans son arrêt *Kelly*, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que la directive 97/80/CE⁽⁹²⁾, la directive 76/207/CEE⁽⁹³⁾ et la directive 2002/73/CE⁽⁹⁴⁾ ne prévoient pas le droit, pour un candidat à une formation professionnelle qui estime que l'accès à cette formation lui a été refusé en violation du principe d'égalité de traitement, d'accéder à des informations détenues par l'organisateur de la formation concernant les qualifications des autres candidats à celle-ci pour qu'il soit en mesure d'établir des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination⁽⁹⁵⁾. La Cour de justice précise cependant qu'il revient au juge national de vérifier si le refus d'accès à l'information ne risque pas de priver la directive de son effet utile⁽⁹⁶⁾ ⁽⁹⁷⁾. Après avoir reçu la réponse de la Cour de justice, le juge irlandais a rejeté la demande de monsieur Kelly d'accéder aux informations détenues par l'employeur en considérant que le droit au respect de la vie privée des autres candidats devait prévaloir, sans analyser si, ce faisant, la directive ne risquait pas d'être privée de son effet utile⁽⁹⁸⁾.

(88) La question de l'accès à la preuve se pose dans d'autres contextes que celui de la discrimination algorithmique ; en matière d'embauche par exemple, comment apporter la preuve de faits permettant de présumer une discrimination sans disposer des documents que l'employeur a utilisés pendant le recrutement ou des autres candidatures ? Voy. en ce sens C. CANAZZA et L. MARKEY, *Droit du travail européen*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 565.

(89) Pour une approche de cette disposition en droit comparé, cons. W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Bruxelles, Intersentia, 2017, pp. 383 à 421.

(90) S. DE REY, I. SAMOY et P. FOUBERT, « Afdwinging van de antidiscriminatiewetgeving in private rechtsverhoudingen : heeft het privaatrecht iets te bieden ? », *op. cit.*, p. 1226.

(91) D. MOUGENOT, « Les "fishing expeditions", toujours aussi peu populaires », *R.D.J.P.*, 2019, p. 113. Voy. également Trib. trav. Liège, div. Verviers (1re ch.), 6 janvier 2021, *J.L.M.B.*, 2021, p. 1376.

(92) Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe.

(93) Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

(94) Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

(95) C.J., arrêt *Kelly c. National University of Ireland*, 21 juillet 2011, C-104/10, en particulier §§ 38 et 48.

(96) C.J., arrêt *Kelly c. National University of Ireland*, 21 juillet 2011, C-104/10, en particulier § 39.

(97) Voy. J. JACQMAIN qui déplore que la Cour de justice fasse primer le principe de confidentialité des données personnelles sur le droit à la non-discrimination (J. JACQMAIN, « Preuve de la discrimination : "il faut qu'une porte soit ouverte ou fermée" », *Chron. D.S.*, 2012, p. 54, obs. sous C.J., arrêt *Kelly c. National University of Ireland*, 21 juillet 2011, C-104/10).

(98) L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0. Gelijke monniken, gelijke kappen*, *op. cit.*, p. 31. La décision de la *High Court of Ireland* du 9 mai 2012 est disponible à l'adresse suivante : https://www.courts.ie/acc/alfresco/311f8e25-7cd0-4b67-9469-3ec21480bc94/2012_IEHC_169_1.pdf/pdf#view=fitH.

Dans une espèce ayant donné lieu à l'arrêt *Meister*⁽⁹⁹⁾, la Cour de justice de l'Union européenne a été interrogée sur la question de savoir si la directive 2000/43/CE⁽¹⁰⁰⁾, la directive 2000/78/CE⁽¹⁰¹⁾ et la directive 2006/54/CE⁽¹⁰²⁾ doivent être interprétées en ce sens qu'elles prévoient un droit, pour un travailleur alléguant de manière plausible qu'il remplit les conditions d'un avis de recrutement et dont la candidature n'a pas été retenue, d'accéder à l'information précisant si l'employeur a embauché un autre candidat à l'issue de la procédure et, dans l'affirmative, sur la base de quels critères⁽¹⁰³⁾. En l'espèce, la candidate évincée souhaitait accéder au dossier du candidat recruté pour démontrer qu'elle était plus qualifiée que lui⁽¹⁰⁴⁾. Si la Cour de justice a répondu par la négative à la question préjudicielle, elle n'a toutefois pas manqué de préciser qu'« il ne saurait être exclu qu'un refus de tout accès à l'information de la part d'une partie défenderesse peut constituer l'un des éléments à prendre en compte dans le cadre de l'établissement des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte »⁽¹⁰⁵⁾. La directive ne contraint donc pas les États à prévoir un droit d'accès aux informations détenues par l'employeur, mais le refus opposé par l'employeur à une demande d'un candidat malheureux ou d'un travailleur peut, en lui-même, constituer un fait permettant de présumer l'existence d'une discrimination⁽¹⁰⁶⁾. Après avoir pris connaissance de la réponse de la Cour, le juge allemand a considéré, malgré le refus de l'employeur de donner accès aux informations sollicitées par la candidate malheureuse, que madame Meister ne mettait pas en avant des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination⁽¹⁰⁷⁾.

Il résulte donc de la jurisprudence de la Cour de justice que la personne qui se considère victime d'une discrimination ne jouit pas d'un droit d'accès général aux informations détenues par son employeur, et singulièrement à l'algorithme qu'il détient, mais que le refus de l'employeur est un élément qui peut être pris en compte pour l'établissement de la présomption de discrimination⁽¹⁰⁸⁾.

La priorité donnée par la jurisprudence de la Cour de justice et de certains États membres au droit au respect de la vie privée des autres travailleurs empêche d'atteindre pleinement l'objectif du législateur lorsqu'il a organisé un partage spécifique de la charge de la preuve en matière de discrimination⁽¹⁰⁹⁾. À l'inverse, s'il n'était pas du tout tenu compte du droit au respect de la vie privée des tiers dans le but de faciliter au plus haut point l'établissement de la preuve par la victime, cela porterait atteinte à un droit fondamental de ces tiers. Il importe donc de trouver un certain équilibre et d'apprécier chaque situation individuellement.

(99) C.J., arrêt *Meister c. Speech Design*, 19 avril 2012, C-415/10. Sur cet arrêt, voy. not. L. GROZDANOVSKI, « In search of effectiveness and fairness in proving algorithmic discrimination in EU law », *op. cit.*, pp. 118 à 120.

(100) Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

(101) 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.

(102) Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

(103) C.J., arrêt *Meister c. Speech Design*, 19 avril 2012, C-415/10, § 32.

(104) C.J., arrêt *Meister c. Speech Design*, 19 avril 2012, C-415/10, § 29.

(105) C.J., arrêt *Meister c. Speech Design*, 19 avril 2012, C-415/10, §§ 46 et 47.

(106) C. CANAZZA et L. MARKEY, *Droit du travail européen*, *op. cit.*, p. 569.

(107) L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0. Gelijke monniken, gelijke kappen*, *op. cit.*, p. 33. La décision est disponible en allemand à l'adresse suivante : <https://www.bundesarbeitsgericht.de/en/entscheidung/8-azr-287-08/>.

(108) F. KÉFER et A. FARCY, « La présomption de discrimination et la collecte des informations et documents en possession de l'employeur », *op. cit.*, n° 8 (à paraître).

(109) L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0. Gelijke monniken, gelijke kappen*, *op. cit.*, pp. 33 et 34.

Dans l'affaire *Draehmpaehl*, plusieurs questions préjudicielles ont été posées à la Cour concernant la réparation du préjudice subi par la victime d'une discrimination sur la base du sexe dans le cadre d'une procédure de recrutement. La Cour distingue, dans son raisonnement, deux catégories de candidats : d'une part, ceux qui, en raison de la supériorité de la qualification du candidat recruté, n'auraient pas obtenu le poste même en l'absence de discrimination et, d'autre part, ceux qui auraient pu obtenir le poste en l'absence de discrimination. Le préjudice subi par la première catégorie de candidat est moindre que celui subi par la seconde catégorie. La Cour conclut que la directive 76/207/CEE ne s'oppose pas à une disposition nationale en vertu de laquelle le préjudice subi par un candidat de la première catégorie ne peut excéder un plafond de trois mois de salaire. La Cour rappelle cependant « qu'il incombe à l'employeur, qui dispose de l'ensemble des dossiers de candidature présentés, de rapporter la preuve que le candidat n'aurait pas obtenu le poste à pourvoir, même en l'absence de toute discrimination »⁽¹¹⁰⁾.

17. La question de la production de l'algorithme fait également naître des frictions entre d'une part le droit au procès équitable, dans ses composantes du principe de l'égalité des armes et du principe du contradictoire et, d'autre part, les règles régissant la confidentialité de certains documents, comme la protection des données à caractère personnel, le secret d'affaires⁽¹¹¹⁾ ou encore le secret professionnel^{(112) (113)}.

Dans un arrêt du 19 septembre 2007⁽¹¹⁴⁾, la Cour constitutionnelle a rappelé que « le principe du contradictoire implique en règle le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée devant le juge et de la discuter »⁽¹¹⁵⁾. Selon la Cour, « si le droit à un procès équitable est violé lorsque des documents essentiels à la solution du litige ne sont pas communiqués à l'une des parties à la cause (...), ce principe doit céder lorsque son application stricte engendrerait une violation manifeste du droit au respect de la vie privée de certaines personnes, en leur faisant courir un risque particulièrement grave et très difficilement réparable »⁽¹¹⁶⁾. Dans ces hypothèses, le juge doit veiller à faire une balance entre les exigences du procès équitable, qui incluent le principe du contradictoire, et celles du secret d'affaires⁽¹¹⁷⁾; ainsi, si certaines pièces ne sont pas soumises au principe du contradictoire, des garanties doivent être accordées à la partie qui ne peut pas prendre connaissance de ces pièces afin de préserver le caractère équitable du procès⁽¹¹⁸⁾.

(110) C.J.C.E., arrêt *Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice OHG*, 22 avril 1997, C-180/95, §§ 31 à 36. Pour une critique de cet arrêt, voy. L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0. Gelijke monniken, gelijke kappen*, op. cit., pp. 30 et 31.

(111) Nous partons du postulat qu'un algorithme peut être considéré comme répondant aux conditions du secret d'affaires, mais une analyse au cas par cas demeure nécessaire. Sur les conditions du secret d'affaires, voy. not. O. RUCKAERT et A. WESPES, « La directive (UE) 2016/943 sur la protection des secrets d'affaires et son impact en droit du travail belge », in L. DEAR et E. PLASSCHAERT (dir.), *Le contrat de travail revisité à la lumière du XXI^e siècle*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 130 à 136 et V. CASSIERS, « La transposition de la Directive 2016/943/UE du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires en droit belge », in N. BERTHOLD (dir.), *Droit de la propriété intellectuelle*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 261 à 278.

(112) La jurisprudence citée ne concerne pas seulement des hypothèses où la demande de production de documents est émise dans le cadre d'un litige en matière de discrimination. Néanmoins, ces exemples jurisprudentiels permettent d'illustrer les difficultés qui peuvent être rencontrées.

(113) Concernant les limites de la production de documents, voy. T. TOREMANS, « GER.W. ART. 877 », in *Ge-rechtelijk recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2019, pp. 91 à 97.

(114) Voy. S. JOCHEMS, « De bescherming van het zakengeheim erkend door het Grondwettelijk Hof », *R.A.B.G.*, 2008, p. 389 à 392, note sous C.C., 19 septembre 2007, n° 118/2007.

(115) C.C., 19 septembre 2007, n° 118/2007, B.7.3.

(116) C.C., 19 septembre 2007, n° 118/2007, B.9.2.

(117) S. JOCHEMS, « De bescherming van het zakengeheim erkend door het Grondwettelijk Hof », op. cit., p. 389.

(118) C.C., 19 septembre 2007, n° 118/2007, B.9.3.

Le Conseil d'État, qui était l'auteur de la question préjudicielle ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 19 septembre 2007, avait également posé une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne. Celle-ci a tranché dans un sens comparable à celui de la Cour constitutionnelle en décidant que « l'instance responsable des recours (...) doit garantir la confidentialité et le droit au respect des secrets d'affaires au regard des informations contenues dans les dossiers qui lui sont communiqués par les parties à la cause, notamment par le pouvoir adjudicateur, tout en pouvant elle-même connaître de telles informations et les prendre en considération. Il appartient à cette instance de décider dans quelle mesure et selon quelles modalités il convient de garantir la confidentialité et le secret de ces informations, en vue des exigences d'une protection juridique effective et du respect des droits de la défense des parties au litige »⁽¹¹⁹⁾.

Dans l'arrêt *Kelly* précité, la Cour de justice précise que même si les directives applicables ne prévoient pas le droit d'accéder aux informations détenues par l'employeur, si ce droit d'accès est accordé par un juge national pour préserver l'effet utile d'une directive, il peut être affecté par les règles du droit de l'Union en matière de confidentialité, comme celles applicables en matière de protection des données à caractère personnel⁽¹²⁰⁾.

La Cour de cassation a tranché dans le même sens dans un arrêt du 2 novembre 2012 où elle a considéré que la protection du secret d'affaires d'une partie est un intérêt que le juge peut prendre en compte pour décider que certaines pièces ne doivent pas être communiquées à la partie adverse⁽¹²¹⁾. Ainsi, il pourrait être envisagé que l'algorithme soit produit devant le juge mais que le demandeur ne puisse pas prendre connaissance de son contenu.

Dans une autre affaire, un conseiller en prévention, assigné en responsabilité civile, s'est opposé à la production de documents qu'il considérait comme couverts par le secret professionnel. La Cour constitutionnelle a eu égard au droit d'accès au juge et au principe de l'égalité des armes, soit deux composantes du procès équitable qui supposent « l'obligation de garantir un juste équilibre entre les parties au procès et d'offrir à chaque partie la possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son ou ses adversaires »⁽¹²²⁾. En l'espèce, la Cour considère que si la disposition imposant une obligation de secret professionnel aux conseillers en prévention devait être interprétée comme étant de nature à mettre en échec l'application de l'article 877 du Code judiciaire, cette disposition violerait les articles 10 et 11 de la Constitution. La Cour propose néanmoins une interprétation compatible : le juge peut demander que les documents lui soient d'abord remis afin qu'il apprécie la nécessité de leur production pour garantir le droit au procès équitable, en tenant compte du secret professionnel qui entoure ces documents ; s'il considère leur production comme indispensable, ils peuvent alors être produits, le cas échéant en ayant été purgés des informations dont la communication pourrait porter atteinte à d'autres droits fondamentaux que le juge estime devoir protéger⁽¹²³⁾.

Enfin, concernant le secret d'affaires, l'existence d'un article 871*bis*, inséré dans le Code judiciaire par une loi du 30 juillet 2018, doit être mentionnée. Le premier alinéa du premier paragraphe de cette disposition prévoit que toutes les parties au sens large à une procédure judiciaire – y compris notamment leurs avocats, le personnel judiciaire ou encore les témoins – qui ont eu connaissance d'un secret d'affaires ou d'un secret d'affaires allégué

(119) C.J.C.E., arrêt *Varec c. État belge*, 14 février 2008, C-450/06, point 55.

(120) C.J., arrêt *Kelly c. National University of Ireland*, 21 juillet 2011, C-104/10, §§ 53 à 56.

(121) Cass. (1re ch.), 2 novembre 2012, *J.T.*, 2013, p. 174. Voy. également E. DE LOPHEM, « Couvrez cette pièce que je ne saurais voir », *J.T.*, 2013, pp. 176 à 180.

(122) C.C., 23 janvier 2019, n° 2/2019, B.9.

(123) C.C., 23 janvier 2019, n° 2/2019, B.13.3.

au sens du Code de droit économique que le juge a qualifié de confidentiel, ne sont pas autorisées à l'utiliser ou à le divulguer⁽¹²⁴⁾. Cette disposition transpose, en droit belge, la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites⁽¹²⁵⁾. L'article 9 de cette directive oblige les États à protéger les secrets d'affaires dans le cadre de procédures judiciaires relatives à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires, mais le législateur belge est allé plus loin en accordant cette protection dans toutes les procédures judiciaires, puisqu'il peut exister beaucoup de litiges dans lesquels des secrets d'affaires risquent d'être dévoilés⁽¹²⁶⁾. Il semble que cette disposition pourrait au besoin être usitée pour pallier les difficultés résultant du refus d'une partie de produire l'algorithme sous prétexte de la protection du secret d'affaires. Cela étant, un équilibre doit être trouvé entre le principe du contradictoire et le respect de la confidentialité caractérisant une pièce, ce qui signifie que si une pièce n'apparaît pas utile à la solution du litige, sa production ne devrait pas être ordonnée⁽¹²⁷⁾.

En conclusion, le juge confronté à une demande de production de document doit tenir compte de différents éléments : il doit veiller à préserver l'effet utile des directives en matière de non-discrimination, ce qui implique qu'il doit veiller à ce qu'une partie qui s'estime victime d'une discrimination soit en mesure d'établir des faits permettant de la présumer, mais il doit également tenir compte de la confidentialité qui peut caractériser certains documents dont la production est demandée. Le juge doit donc procéder à une balance des intérêts en ayant comme boussole le caractère équitable de la procédure dans son ensemble.

3. La compréhension de l'algorithme produit en justice

18. Au-delà de la question de savoir si le juge doit faire droit à une demande de production d'un algorithme, se pose la question de savoir si, même en étant en possession de l'algorithme, il serait possible pour un profane d'y déceler un quelconque indice de discrimination. Cette question paraît appeler une réponse négative au vu de la complexité qui caractérise les algorithmes⁽¹²⁸⁾. Face à ce constat, l'on peut s'interroger sur la possibilité et sur la pertinence de recourir à une expertise, mesure d'instruction régie par les articles 962 et suivants du Code judiciaire.

19. En premier lieu, il faut avoir égard au premier alinéa de l'article 875bis du Code judiciaire qui consacre le principe de subsidiarité des mesures d'instruction⁽¹²⁹⁾. Il prévoit en effet que le juge limite le choix de la mesure d'instruction et le contenu de cette mesure à ce qui est suffisant pour la solution du litige, à la lumière de la proportionnalité entre les coûts attendus de la mesure et l'enjeu du litige et en privilégiant la mesure la plus simple, la plus rapide et la moins onéreuse. Face à une demande de désignation d'un expert judi-

(124) Sur cette disposition, voy. not. V. CASSIERS, « La transposition de la Directive 2016/943/UE du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires en droit belge », *op. cit.*, pp. 310 à 313 et W. DERIJCKE et O. MALHERBE, « "Vous me copierez cent fois..." », l'article 871bis du Code judiciaire et la protection du secret d'affaires dans les procédures judiciaires », *J.T.*, 2020, pp. 837 à 848.

(125) W. DERIJCKE et O. MALHERBE, « "Vous me copierez cent fois..." », l'article 871bis du Code judiciaire et la protection du secret d'affaires dans les procédures judiciaires », *op. cit.*, pp. 837 et 838.

(126) W. DERIJCKE et O. MALHERBE, « "Vous me copierez cent fois..." », l'article 871bis du Code judiciaire et la protection du secret d'affaires dans les procédures judiciaires », *op. cit.*, p. 841.

(127) V. CASSIERS, « La transposition de la Directive 2016/943/UE du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires en droit belge », *op. cit.*, p. 313.

(128) D. RESTREPO AMARILES, « Le droit algorithmique : sur l'effacement de la distinction entre la règle et sa mise en œuvre », in F. G'SELL (dir.), *Le big data et le droit*, Paris, Dalloz, 2020, pp. 141 et 142.

(129) G. CLOSSET-MARCHAL, « Le procès civil après la loi du 19 octobre 2015 », *R.G.D.C.*, 2016, p. 78.

cière pour analyser l'algorithme, le juge devra donc tenir compte du coût – souvent non négligeable – de l'expertise ainsi que de l'enjeu du litige.

20. Si le juge refuse d'ordonner une expertise judiciaire, une partie pourrait le cas échéant choisir de produire le rapport d'un conseiller technique. Dans une espèce ayant donné lieu à un jugement du 8 décembre 2021 du tribunal du travail francophone de Bruxelles ⁽¹³⁰⁾, l'auditorat du travail avait requis les services d'un expert informatique afin qu'il analyse les spécifications fonctionnelles de *Frank* – l'algorithme de l'application utilisée par les coursiers Deliveroo –, le contenu de la base de données relative aux coursiers et à leurs prestations ainsi que les évaluations des coursiers et leurs conséquences éventuelles. Ensuite, l'expert a informé l'auditorat du fait qu'il ne voyait pas l'utilité de rédiger un rapport car il n'avait rien remarqué de spécial ou d'anormal dans ce qu'il avait analysé ⁽¹³¹⁾. Cette réponse de l'expert peut s'expliquer de deux manières : soit l'algorithme de Deliveroo ne produit pas d'effets discriminatoires, soit l'expert n'est pas parvenu à mettre en lumière des éléments permettant de présumer l'existence d'une discrimination, ce qu'il n'est pas absurde de penser compte tenu de l'opacité caractérisant le fonctionnement des algorithmes ⁽¹³²⁾.

4. *La nécessité de la production de l'algorithme*

21. Au vu des multiples problèmes auxquels la production et l'analyse de l'algorithme en justice peuvent être confrontées, l'on peut s'interroger sur la possibilité d'établir des faits permettant de présumer une discrimination sans examiner l'algorithme lui-même.

Dans une ordonnance rendue le 31 décembre 2020, le tribunal de Bologne a utilisé une méthodologie qui retient l'attention ⁽¹³³⁾. Plutôt que de tenter d'obtenir l'algorithme, le juge a admis, au titre de faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination, le contrat liant les coursiers à la plateforme Deliveroo, les conditions générales d'utilisation ou encore les réponses aux questions fréquemment posées, soit des documents qui expliquent aux utilisateurs comment l'algorithme fonctionne. Ces documents ont permis de faire naître une présomption de discrimination. En l'absence de justification par la plateforme, le tribunal a considéré que Deliveroo Italia avait discriminé les coursiers pour avoir participé à une grève, donc pour raisons syndicales ⁽¹³⁴⁾. Cette approche pourrait inspirer d'autres juges dès lors qu'elle semble être de nature à éviter la plupart des écueils qui ont été décrits plus haut.

5. *L'article 8.4 du Code civil*

22. Enfin, l'on peut se demander si le dernier alinéa de l'article 8.4 du Code civil peut venir en aide à la victime alléguée de discrimination algorithmique. Cette disposition énonce que « le juge peut déterminer, par un jugement spécialement motivé, dans des circonstances exceptionnelles, qui supporte la charge de prouver lorsque l'application des règles énoncées aux alinéas précédents serait manifestement déraisonnable. Le juge ne

(130) Trib. trav. fr. Bruxelles (25e ch.), 8 décembre 2021, *J.L.M.B.*, 2022, p. 390.

(131) Cette difficulté avait déjà été décrite dans la littérature. Voy. par exemple J. GERARDS et R. XENIDIS, *Algorithmic discrimination in Europe : Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, *op. cit.*, p. 74.

(132) J. GERARDS et R. XENIDIS, *Algorithmic discrimination in Europe : Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, *op. cit.*, p. 45.

(133) L'ordonnance est disponible en italien à l'adresse suivante : <https://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2021/01/Ordinanza-Bologna.pdf>.

(134) L. RATTI et M. PEYRONNET, « Controverse : algorithmes et risque de discrimination : quel contrôle du juge ? », *op. cit.*, p. 81.

peut faire usage de cette faculté que s'il a ordonné toutes les mesures d'instruction utiles et a veillé à ce que les parties collaborent à l'administration de la preuve, sans pour autant obtenir de preuve suffisante ».

Même si le législateur a prévu un régime particulier de preuve en matière de discrimination, il n'est pas exclu qu'il soit fait usage de cette nouvelle disposition⁽¹³⁵⁾. Cette possibilité ne doit toutefois être utilisée qu'en dernier remède et après avoir fait usage de toutes les mesures d'instruction utiles. Cela présuppose également le respect des conditions strictes énoncées par cette disposition⁽¹³⁶⁾ ; ainsi, un simple refus de l'employeur de collaborer à l'administration de la preuve n'est pas suffisant pour mener à un renversement de la charge de la preuve par le juge, mais il peut y contribuer s'il est considéré comme fautif⁽¹³⁷⁾. En tout état de cause, afin de respecter les exigences du droit européen, il nous semble que le juge ne pourrait par contre pas, en se fondant sur l'article 8.4, alourdir la charge de la preuve de la personne s'estimant victime d'une discrimination ; cela aurait en effet pour conséquence d'annihiler le dispositif protecteur mis en place par les directives européennes.

B. L'imputabilité de la discrimination algorithmique

23. Dans l'hypothèse où la victime réussit à établir des faits permettant de présumer une discrimination, il revient à l'auteur présumé de prouver que la mesure contestée repose sur des motifs non discriminatoires⁽¹³⁸⁾. Si le défendeur ne parvient pas à apporter cette preuve, il est alors tenu de verser à la victime l'indemnité forfaitairement fixée par la loi ou une indemnité correspondant au préjudice qu'elle subit réellement⁽¹³⁹⁾. Cela suppose que soit identifiée la personne qui pourrait être tenue responsable de la discrimination⁽¹⁴⁰⁾, personne sur laquelle reposerait donc le poids de l'indemnisation du préjudice subi par la victime.

24. L'algorithme en lui-même ne jouissant pas de la personnalité juridique – malgré les attributs humains dont il peut parfois être doté, comme le nom –, il ne peut être désigné comme étant le responsable de la discrimination⁽¹⁴¹⁾. Il importe plutôt de se demander

(135) S. DE REY, I. SAMOY et P. FOUBERT, « Afdwinging van de antidiscriminatiewetgeving in private rechtsverhoudingen : heeft het privaatrecht iets te bieden ? », *op. cit.*, p. 1228.

(136) V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de Stratego s'annonce », in D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, CUP, vol. 193, Liège, Anthemis, 2019, pp. 26 et 27 ; V. RONNEAU, « La charge de la preuve : dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (dir.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 240 à 243 ; F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (dir.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 186 à 188.

(137) W. VANDENBUSSCHE, « L'obligation de collaborer à l'administration de la preuve : précisions sur la portée d'un principe particulier », *R.C.J.B.*, 2021, pp. 271 et 272. Voy. également S. DE REY, I. SAMOY et P. FOUBERT, « Afdwinging van de antidiscriminatiewetgeving in private rechtsverhoudingen : heeft het privaatrecht iets te bieden ? », *op. cit.*, p. 1228 ; F. KÉFER et A. FARCY, « La présomption de discrimination et la collecte des informations et documents en possession de l'employeur », *op. cit.*, n° 11, spéc. note de bas de page 40 (à paraître).

(138) J. RINGELHEIM et V. VAN DER PLANCKE, « Prouver la discrimination en justice », *op. cit.*, p. 141.

(139) Art. 18 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

(140) Sur le régime de responsabilité, voy. not. L. GROZDANOVSKI, « L'agentivité algorithmique, fiction futuriste ou impératif de justice procédurale ? Réflexions sur l'avenir du régime de responsabilité du fait des produits défectueux dans l'Union européenne », *Réseaux*, 2022, n° 232-233, pp. 99 à 127.

(141) G. COURTOIS et al., *Anticiper les impacts économiques et sociaux de l'intelligence artificielle. Intelligence artificielle, enjeux juridiques*, *op. cit.*, p. 11 et H. JACQUEMIN et J.-B. HUBIN, « Aspects contractuels de responsabilité civile en matière d'intelligence artificielle », in A. DE STREEL et H. JACQUEMIN (dir.), *L'intelligence artificielle et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 116 et 117.

quelle personne morale ou physique, dotée donc de la personnalité juridique, peut être tenue responsable du fait de l'algorithme.

25. En droit commun de la responsabilité civile, l'utilisateur d'un produit d'intelligence artificielle peut être personnellement responsable du dommage causé par celui-ci s'il a violé une norme prescrivant un comportement déterminé ou en cas de manquement à l'obligation générale de prudence qui doit être apprécié au cas par cas⁽¹⁴²⁾. Appliqué à la matière de la non-discrimination, ce principe signifie que l'utilisateur de l'algorithme – par exemple, l'employeur qui procède à un recrutement – pourrait se voir imputer la responsabilité de la discrimination s'il a volontairement utilisé un algorithme pour discriminer. De même, sa responsabilité pourrait être engagée s'il a manqué à son obligation générale de prudence. Cela pourrait être par exemple le cas s'il n'a pas assuré un contrôle suffisant de l'algorithme au cours de son utilisation. En effet, dans une procédure civile⁽¹⁴³⁾, il est suffisant qu'un employeur utilise un algorithme biaisé pour retenir une faute dans son chef, puisque l'intention de discriminer ou la conscience du fait qu'un comportement peut avoir des effets discriminatoires ne sont pas des éléments pertinents pour retenir la qualification de discrimination⁽¹⁴⁴⁾. Un défaut de prudence pourrait être déduit des faits invoqués par la victime alléguée permettant de présumer une discrimination, si l'employeur ne réussit pas à apporter la preuve de l'absence de discrimination.

26. L'employeur cité en justice pour non-respect de la législation anti-discrimination peut se trouver fort démuni s'il n'est pas la personne qui a conçu l'algorithme et qu'il n'en connaît pas le fonctionnement. Dans ce cas, il pourrait former un recours en garantie contre le cocontractant qui lui a vendu l'algorithme. Si ce dernier n'est pas la personne qui a conçu l'algorithme, il pourrait alors agir à son tour en garantie contre son cocontractant, et ainsi de suite. Le nombre de personnes intervenant dans les différentes étapes du fonctionnement de l'algorithme peut en effet être grand : concepteur, fabricant, entraîneur, vendeur, utilisateur final, propriétaire...⁽¹⁴⁵⁾. Chaque demandeur en intervention devra dans ce cas être en mesure de prouver son dommage, la faute commise par son cocontractant, ainsi que le lien causal qui unit ces deux éléments, conformément au droit commun de la responsabilité contractuelle⁽¹⁴⁶⁾ ; en d'autres termes, l'employeur ne peut

(142) H. JACQUEMIN et J.-B. HUBIN, « Aspects contractuels de responsabilité civile en matière d'intelligence artificielle », *op. cit.*, p. 117 ; J. DE BRUYNE, M. FIERENS et E. VAN GOOL, « De regulering van artificiële intelligentie (deel 2) – Een analyse van buitencontractuele aansprakelijkheid », *R.W.*, 2020-2021, pp. 1007 à 1010 ; J. DE BRUYNE, E. VAN GOOL et T. GILS, « Tort Law and Damage Caused by AI Systems », in J. DE BRUYNE et C. VANLEENHOVE, *Artificial Intelligence and the Law*, Mortsels, Intersentia, 2021, pp. 317 à 334 ; J. DE BRUYNE et M. HERBOSCH, « Artificiële intelligentie, aansprakelijkheid en contractenrecht. Enkele aandachtspunten voor bedrijfsjuristen », in *Artificiële intelligentie door de ogen van de bedrijfsjurist/L'intelligence artificielle à travers les yeux des juristes d'entreprise*, Bruxelles, Intersentia, 2022, p. 61.

(143) Pour certains types de discrimination sanctionnés pénalement, un élément intentionnel est requis dans le chef de l'auteur. Voy. J. RINGELHEIM, « Les concepts-clés du droit de la lutte contre les discriminations », in P. WAUTELET et J. RINGELHEIM (dir.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, CUP, vol. 184, Liège, Anthemis, 2018, p. 48 et C. LANGLOIS et S. VAN DROOGHENBROECK, « Digitalisation et discrimination : enjeux d'une rencontre, agenda d'une réforme », *op. cit.*, n°67 (à paraître).

(144) C.J.C.E., arrêt *Dekker*, 8 novembre 1990, C-177/8 ; Cass. (3e ch.), 9 octobre 2017, *J.L.M.B.*, 2018, p. 118 ; C. BAYART et D. DEITEREN, « Direct en indirect onderscheid », in C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten – Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Bruxelles, la Charte, 2008, pp. 216 à 221 ; F. KÉFER et R. LINGUELET, « L'affaire *Achbita c. G4S Secure Solutions* : le suspense continue », *J.L.M.B.*, 2018, pp. 126 et 127, note sous Cass. (3e ch.), 9 octobre 2017 ; J. RINGELHEIM, « Les concepts-clés du droit de la lutte contre les discriminations », in P. WAUTELET et J. RINGELHEIM (dir.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, CUP, vol. 184, Liège, Anthemis, 2018, p. 48.

(145) G. COURTOIS et al., *Anticiper les impacts économiques et sociaux de l'intelligence artificielle. Intelligence artificielle, enjeux juridiques*, *op. cit.*, p. 11 et J. GERARDS et R. XENIDIS, *Algorithmic discrimination in Europe : Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, *op. cit.*, pp. 46 et 47.

(146) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 1135 et suivantes et P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 510 et suivantes.

pas se contenter de prouver des éléments qui laissent présumer qu'une faute a été commise par son cocontractant. Néanmoins, pour éviter qu'une faute lui soit imputée, il est envisageable que l'intervenant prenne fait et cause pour l'employeur afin de l'aider à apporter la preuve de l'absence de discrimination.

27. Enfin, l'on peut se demander si la victime pourrait, de son propre chef, choisir de citer l'employeur ainsi que les personnes qui ont contribué à la création de l'algorithme. Un certain pragmatisme impose de souligner que, pour ce faire, la victime alléguée doit être en mesure d'identifier ces personnes avec suffisamment de précision pour les citer en justice ⁽¹⁴⁷⁾, ce qui est d'autant plus difficile si plusieurs algorithmes sont utilisés simultanément ⁽¹⁴⁸⁾. Or, elles sont le plus souvent inconnues de la victime. Dans ces conditions, il nous semble que la personne qui s'estime victime d'une discrimination devrait concentrer son recours sur l'employeur.

IV. LA DISCRIMINATION ALGORITHMIQUE SUR LA SCÈNE SUPRANATIONALE

28. Le droit supranational n'est pas insensible au risque de discrimination qui résulte de l'utilisation des algorithmes dans différents domaines. De nombreuses discussions se sont particulièrement nouées dans le contexte du travail de plateformes. En effet, surtout pour les plateformes de travail en ligne qui n'impliquent aucune prestation dans le monde réel ⁽¹⁴⁹⁾, il est aisé de s'adonner à un certain *forum shopping* dans le but de contourner la législation d'un État qui serait perçue comme trop contraignante. Ce risque de fuite des plateformes vers des pays dont le droit du travail est moins protecteur des travailleurs ainsi que les enjeux plus généraux du recours aux algorithmes dans les relations de travail ont conduit l'Organisation internationale du travail et l'Union européenne à se saisir de la problématique.

29. Tout d'abord, l'Organisation internationale du travail a consacré son édifiant rapport de 2021 sur l'emploi et les questions sociales dans le monde au rôle des plateformes numériques dans la transformation du monde du travail. Elle y aborde la question des enjeux des algorithmes ⁽¹⁵⁰⁾.

30. Ensuite, la Commission européenne a proposé, le 21 avril 2021, un règlement établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle ⁽¹⁵¹⁾. Selon le considérant 36 de cette proposition, « les systèmes d'IA utilisés pour des questions liées à l'emploi, à la gestion de la main-d'œuvre et à l'accès à l'emploi indépendant, notamment pour le recrutement et la sélection de personnes, pour la prise de décisions de promotion et de licenciement, pour l'attribution des tâches et pour le suivi ou l'évaluation des personnes dans le cadre de relations professionnelles contractuelles, devraient également être classés comme étant à haut risque, car ces systèmes peuvent avoir une incidence considérable sur les perspectives de carrière et les moyens de subsistance de ces personnes. (...) Tout

(147) Cela implique nécessairement de connaître notamment le nom, prénom et le domicile de la personne citée ou convoquée (art. 700 et 1034bis du Code judiciaire).

(148) J. GERARDS et R. XENIDIS, *Algorithmic discrimination in Europe : Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, op. cit., pp. 46, 47, 51 et 74.

(149) Concernant la distinction entre les plateformes qui proposent des activités dans le monde réel et celles qui proposent des activités exclusivement dans le monde virtuel, c'est-à-dire en ligne, voy. F. KÉFER et Q. CORDIER, « Le travailleur 2.0. Contribution à l'étude du rapport de dépendance dans l'environnement numérique », in L. DEAR et E. PLASSCHAERT (dir.), *Le contrat de travail revisité à la lumière du XXI^e siècle*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 48 à 55.

(150) Voy. la présentation de ce rapport sur <https://www.youtube.com/watch?v=2SqixGASxhg>.

(151) Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union, 21 avril 2021, COM/2021/206 final.

au long du processus de recrutement et lors de l'évaluation, de la promotion ou du maintien des personnes dans des relations professionnelles contractuelles, les systèmes d'IA peuvent perpétuer des schémas historiques de discrimination, par exemple à l'égard des femmes, de certains groupes d'âge et des personnes handicapées, ou de certaines personnes en raison de leur origine raciale ou ethnique ou de leur orientation sexuelle »⁽¹⁵²⁾. Cette proposition de règlement suggère notamment d'imposer une obligation de transparence et d'information concernant les systèmes d'intelligence artificielle à haut risque⁽¹⁵³⁾ (art. 13) ou encore d'imposer aux concepteurs et aux développeurs de ces systèmes l'obligation de permettre un contrôle effectif par des personnes physiques lors de l'utilisation des algorithmes (art. 14).

31. En outre, le 9 décembre 2021 a été publiée une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme⁽¹⁵⁴⁾. Son chapitre III est consacré à la gestion algorithmique. La directive suggère de mettre en place une information, par la plateforme, des travailleurs au sujet de l'utilisation et des principales caractéristiques des systèmes de surveillance automatisés et des systèmes de prise de décision automatisés. Elle prévoit également l'obligation de mettre en place une surveillance humaine des systèmes automatisés et une communication des motifs fondant certaines décisions telles que celles visant à suspendre ou résilier le compte d'un travailleur de plateforme⁽¹⁵⁵⁾. Selon certains, la protection offerte par la directive est perfectible car elle repose sur le postulat que l'utilisation des algorithmes dans la relation de travail doit être par principe autorisée si les exigences de la directive sont rencontrées. Or, selon lui, le principe même de l'introduction d'un algorithme dans la relation de travail devrait être négocié avec les partenaires sociaux⁽¹⁵⁶⁾.

32. Enfin, le 28 septembre 2022, la Commission a adopté deux propositions de directive dont l'on retient, pour le sujet qui nous occupe, les lignes de force suivantes.

La première proposition a pour objectif de réviser la directive 85/374/CEE relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, instaurant un régime de responsabilité objective des fabricants, afin d'adapter les règles de responsabilité notamment à l'ère numé-

(152) Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union, 21 avril 2021, COM/2021/206 final, pp. 30 et 31.

(153) Sur la notion de système d'intelligence artificielle à haut risque, c'est-à-dire sur le champ d'application de la proposition de règlement, voy. J. DE COOMAN, « Humpty Dumpty and High-Risk AI Systems : The Ratione Materiae Dimension of the Proposal for an EU Artificial Intelligence Act », *Market and Competition Law Review*, 2022, n°1, pp. 49 à 88. Sur la proposition, cons. également J. DE BRUYNE et M. HERBOSCH, « Artificiële intelligentie, aansprakelijkheid en contractenrecht. Enkele aandachtspunten voor bedrijfsjuristen », *op. cit.*, pp. 51 à 53, A. KELLY-LYTH, « The AI act and algorithmic management », *Comparative Labour law and Policy Journal*, 2021, n°39 et C. LANGLOIS et S. VAN DROOGHENBROECK, « Digitalisation et discrimination : enjeux d'une rencontre, agenda d'une réforme », *op. cit.* (à paraître).

(154) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme, 9 décembre 2021, COM/2021/762 final. Sur les difficultés d'articulation de cette proposition de directive avec la proposition de règlement évoquée au point 30, cons. V. DE STEFANO, « The EU Commission's proposal for a Directive on Platform Work : an overview », *Italian Labour Law e-Journal*, 2022, n° 1, pp. 8 à 10.

(155) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme, 9 décembre 2021, COM/2021/762 final, en particulier pp. 19 à 21. Sur la proposition de directive, voy. V. DE STEFANO, « The EU Commission's proposal for a Directive on Platform Work : an overview », *op. cit.*, pp. 5 à 8 ; A. ALOISI et N. POTOCKA-SIONEK, « De-gigging the labour market ? An analysis of the "algorithmic management" provisions in the proposed Platform Work Directive », *Italian Labour Law e-Journal*, 2022, n° 1, pp. 29 à 46 ; M. OTTO, « A step towards digital self- & co-determination in the context of algorithmic management systems », *Italian Labour Law e-Journal*, 2022, n° 1, pp. 51 à 62.

(156) A. ALOISI et V. DE STEFANO, *Your Boss Is an Algorithm. Artificial Intelligence, Platform work and Labour*, *op. cit.*, pp. 62 et 63.

rique⁽¹⁵⁷⁾. Elle vise la réparation des dommages corporels, des dommages aux biens et de ceux résultant de la perte ou de l'altération des données causés par des produits défectueux (art. 4). Compte tenu des dommages visés, la proposition de directive ne devrait pas être d'un grand secours pour les personnes qui s'estiment victime d'une discrimination. Il ressort par ailleurs de l'exposé des motifs de la proposition que l'objectif de celle-ci n'est pas d'aborder d'autres types de préjudices tels que la discrimination⁽¹⁵⁸⁾.

La seconde proposition est relative à la responsabilité en matière d'intelligence artificielle⁽¹⁵⁹⁾. Elle s'applique aux actions civiles en réparation de dommages causés par une faute extracontractuelle (art. 1.2). Elle a pour objectif de compléter l'arsenal législatif existant⁽¹⁶⁰⁾. Elle pourrait donc s'ajouter au R.G.P.D. et au droit de la lutte contre les discriminations afin d'aider la victime d'une discrimination à obtenir une indemnisation. Selon le communiqué de presse de la Commission, « les nouvelles règles permettront, par exemple, d'obtenir plus facilement réparation si une personne a subi une discrimination au cours d'une procédure de recrutement faisant appel à une technologie d'intelligence artificielle »⁽¹⁶¹⁾.

La proposition de directive vise à une certaine harmonisation des règles nationales afin de protéger de manière équivalente les personnes qui subissent un dommage causé par un système d'intelligence artificielle et celles qui subissent un dommage en raison d'un produit de manière générale⁽¹⁶²⁾.

Elle contient deux mesures principales. D'une part, elle règle la question du droit d'accès aux éléments de preuve détenus par le défendeur. En effet, elle impose aux États membres d'introduire dans leur ordre juridique national des règles prévoyant que les juridictions nationales sont habilitées à demander à l'utilisateur ou au fournisseur du système d'intelligence artificielle soupçonné d'avoir causé un dommage de divulguer les éléments de preuve pertinents en sa possession. Cette divulgation est soumise à des conditions tenant à la nécessité et à la proportionnalité de la divulgation. D'autre part, l'article 4 prévoit la création d'une présomption réfragable de lien de causalité entre la faute du défendeur et le résultat produit par le système d'intelligence artificielle ou l'incapacité de celui-ci à produire un résultat, lorsque toutes les conditions énoncées par cet article sont rencontrées.

33. L'on peut déduire de ce qui précède que l'Organisation internationale du travail et l'Union européenne s'aperçoivent des enjeux de l'utilisation des algorithmes. Il reste toutefois à voir si cette prise de conscience internationale pourra se traduire, dans un futur proche, dans des instruments juridiques contraignants.

(157) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité du fait des produits défectueux, 28 septembre 2022, COM/2022/495 final, pp. 2, 14 et 15 et communiqué de presse de la Commission européenne du 28 septembre 2022, disponible sur https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_22_5807.

(158) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité du fait des produits défectueux, 28 septembre 2022, COM/2022/495 final, p. 6.

(159) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'adaptation des règles en matière de responsabilité civile extracontractuelle au domaine de l'intelligence artificielle, 28 septembre 2022, COM/2022/496 final.

(160) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'adaptation des règles en matière de responsabilité civile extracontractuelle au domaine de l'intelligence artificielle, 28 septembre 2022, COM/2022/496 final, pp. 11 et 12.

(161) https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_22_5807.

(162) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'adaptation des règles en matière de responsabilité civile extracontractuelle au domaine de l'intelligence artificielle, 28 septembre 2022, COM/2022/496 final, p. 2.

CONCLUSION

34. Les algorithmes sont utilisés dans le cadre des relations de travail où ils peuvent aider à la prise de décision voire prendre des décisions importantes pour les travailleurs, et ce notamment en matière de recrutement, de sanctions disciplinaires ou encore de licenciement. Or les algorithmes sont des boîtes noires ; leur utilisation est complexe et difficilement explicable. Il est incontesté et incontestable que leur utilisation peut entraîner des effets discriminatoires, tantôt en raison d'une intention de discriminer dans le chef du concepteur de l'algorithme ou de l'employeur qui l'utilise, tantôt en l'absence d'une telle intention.

Pour juguler le risque de discrimination, les dispositions du R.G.P.D. peuvent être mobilisées, mais leur effectivité demeure incertaine. Pour cette raison, nous avons concentré notre analyse sur les règles du droit de la lutte contre les discriminations. Les règles anti-discrimination, transposant plusieurs directives européennes, mettent en place un régime d'aménagement de la charge de la preuve au bénéfice de la victime qui se trouve souvent dans une situation délicate. Elle ne doit pas prouver la discrimination mais bien des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'un des critères protégés. Si ces règles peuvent indubitablement être appliquées pour prouver la discrimination par les algorithmes, encore faut-il cerner les possibilités qui s'offrent à la prétendue victime. Peut-elle obtenir en justice la condamnation de l'employeur à produire l'algorithme utilisé ? Selon la Cour de justice de l'Union européenne, la personne qui se considère victime d'une discrimination ne jouit pas d'un droit d'accès général aux informations détenues par l'employeur, mais le refus de ce dernier est un élément à prendre en compte pour l'établissement de la présomption de discrimination. Le juge confronté à une demande de production de document doit également avoir égard à la confidentialité entourant certains documents (protection des données à caractère personnel, secret d'affaires, secret professionnel, etc.), tout en veillant à garantir l'effet utile des directives en matière de non-discrimination et le caractère équitable de la procédure dans son ensemble. L'on constate donc que la possibilité de contraindre l'employeur à produire l'algorithme demeure enserrée dans certaines limites. En tout état de cause, même en cas de production de l'algorithme, des difficultés de compréhension de celui-ci pourraient se faire jour, sans que la désignation d'un expert judiciaire ou que le recours à un conseiller technique soient forcément d'une grande aide. Face à ce constat, un exemple italien retient l'attention en ce qu'il enseigne qu'analyser l'algorithme en lui-même n'est pas nécessairement la seule voie permettant de mener à un constat de discrimination ; l'examen de documents entourant l'utilisation de l'algorithme tels que les conditions générales d'utilisation pourrait, selon les cas, être suffisant. Pour terminer, il reste encore à identifier la personne physique ou morale à qui la discrimination peut être imputée. De manière pragmatique, l'on imagine qu'en cas d'introduction d'une procédure judiciaire, la personne qui se prétend victime agira contre l'employeur, à charge pour ce dernier de mettre à la cause la personne qui lui aurait vendu l'algorithme. En définitive, l'on constate que la personne qui s'estime victime d'une discrimination en raison d'un algorithme emprunte un chemin semé d'embûches sinon insurmontables, en tout cas décourageantes.

L'utilisation des algorithmes dans le cadre des relations de travail est un phénomène auquel sont confrontés de nombreux pays et constitue sans l'ombre d'un doute un défi pour l'avenir. Puisque l'absence de règles entourant cette utilisation conduit inéluctablement à des situations de discriminations cachées derrière une apparente neutralité, il apparaît impérieux de se préoccuper de la problématique pour la réguler. Vu son caractère international, une action internationale est souhaitable. L'Organisation internationale du travail et l'Union européenne semblent être sensibles aux enjeux émergents. L'adoption, on l'espère prochaine, de nouvelles règles juridiques supranationales contraignantes pourrait contribuer, à notre estime, à améliorer la situation des candidats ainsi que celle des travailleurs.