



HAL
open science

Le droit des données à caractère personnel au secours du droit de la non-discrimination ? Stratégies et enjeux du contentieux des plateformes

Robin Medard Inghilterra

► To cite this version:

Robin Medard Inghilterra. Le droit des données à caractère personnel au secours du droit de la non-discrimination ? Stratégies et enjeux du contentieux des plateformes. Matteo Bartolucci; Yoann Nabat; Kieran Van Den Bergh. Les droits et libertés face aux transformations technologiques, vol. 182, IFJD, pp.235-249, 2023, Colloques & essais, 978-2-37032-385-9. hal-04317090

HAL Id: hal-04317090

<https://hal.science/hal-04317090v1>

Submitted on 23 Feb 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le droit des données à caractère personnel au secours du droit de la non-discrimination ? Stratégies et enjeux du contentieux des plateformes

Robin Medard Inghilterra

Maître de conférences en droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (ISJPS – UMR 8103)

Rapidité, objectivité, traitement massif de données... Les atouts du recours aux algorithmes sont connus. Leur mobilisation présente néanmoins de sérieux défis quant aux discriminations susceptibles d'en résulter en raison de l'ampleur de leurs effets dans le cadre de décisions automatisées¹. Quoique possiblement plus objectifs que des appréciations humaines, les techniques algorithmiques peuvent être biaisées puisque, après tout, « *an algorithm is only as good as the data it works with* »². Solon Barocas et Andrew Selbst ont ainsi identifié dans un article majeur plusieurs sources prédominantes des biais algorithmiques³. Ces derniers peuvent conduire à des discriminations automatisées.

Face à cette configuration nouvelle, la doctrine fut prompte à s'interroger sur l'opérationnalité du droit de la non-discrimination⁴, corpus d'énoncés juridiques qui a historiquement été développé pour sanctionner des comportements humains. La conclusion récurrente est que « le recours croissant aux traitements algorithmiques crée de nouveaux risques discriminatoires à part entière, appelant un renouvellement du droit anti-discriminatoire »⁵. Reste que ce renouvellement peut être endogène comme exogène. Au titre des éléments endogènes, des réflexions utiles émergent quant aux apports des qualifications de discrimination systémique et d'injonction à la discrimination pour appréhender les discriminations automatisées⁶. Des appels à une inflexion de la charge de la preuve qui pèse sur le requérant ainsi qu'à une extension du champ d'application des législations antidiscriminatoires, notamment pour inclure sans ambiguïté les travailleurs des plateformes,

¹ V. entre autres Orwat, C., *Risks of Discrimination through the Use of Algorithms*, Berlin, Federal Anti-discrimination Agency, 2019, 121 p. ; Kleinberg, J. & al., "Discrimination in the Age of Algorithms", *Journal of Legal Analysis*, vol. 10, 2018, p. 113-174.

² Barocas, S. & Selbst, A., "Big Data's Disparate Impact", *California Law Review*, vol. 104, 2016, p. 671.

³ *Idem*, p. 677-694. V. encore Rovatsos, M. & al., *Bias in Algorithmic Decision-Making*, Centre for data Ethics and Innovation, 2021, 70 p.

⁴ V. par exemple Leong, N. & Belzer, A., « The New Public Accommodations: Race Discrimination in the Platform Economy », *The Georgetown Law Journal*, vol. 105, 2017, p. 1271-1322 ; plus radicalement, Leese, M., "The new profiling: Algorithms, black boxes, and the failure of anti-discriminatory safeguards in the European Union", *Security Dialogue*, vol. 45, 2014, p. 494-511.

⁵ Porta, J., « Algorithme et risques discriminatoires », in Mercat-Bruno, M. (dir.), *Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination et accès au droit*, Paris, Société de législation comparée, 2020, p. 62.

⁶ Not. *idem* et Xenidis, R., "Two round holes and a square peg: An alternative test for algorithmic discrimination in EU equality law" (on file with the author).

alimentent encore ce renouvellement – de l’intérieur – du droit de la non-discrimination⁷. Au titre des éléments exogènes, le renouvellement du contentieux des discriminations – plus que de la législation antidiscriminatoire – pourrait en parallèle procéder d’une mobilisation nouvelle, dans les prétoires, d’instruments juridiques complémentaires. D’autres sources, à commencer par le droit des données à caractère personnel, non nécessairement conçues pour servir l’égalité de traitement, sont en effet susceptibles de permettre un dépassement plus aisé des obstacles posés par les processus numériques d’exclusion.

Pour explorer la pertinence de cette dernière hypothèse, une analyse spécifique des contestations relatives aux effets des gouvernances numériques des plateformes, qui connectent des consommateurs à des fournisseurs de services par l’entremise d’applications, s’avère instructive. Ce contentieux singulier fut alimenté ces deux dernières années par plusieurs décisions portant principalement sur des restrictions d’accès à l’emploi. Sans que des conclusions définitives ne puissent à ce stade être présentées, de premières impressions nécessairement partielles émergent. Elles confirment une effectivité en l’état précaire du droit de la non-discrimination (I) et attestent un secours pour partie inattendu du droit des données à caractère personnel (II).

I/ - Le droit de la non-discrimination : outil classique mal affûté face aux pratiques discriminatoires des plateformes

De premières décisions ont, certes, été rendues ces dernières années par les juridictions en Europe afin de sanctionner les effets, assimilables à des discriminations automatisées, engendrés par des dispositifs algorithmiques utilisés par des autorités publiques. Ces décisions ne prenaient pas nécessairement appui, cela dit, sur le droit classique de la non-discrimination⁸. Par contraste, un jugement prononcé par le tribunal ordinaire de Bologne le 31 décembre 2020⁹ a sanctionné un profilage, permis par un dispositif algorithmique de *scoring* et effectué par une plateforme (Deliveroo), en se fondant sur le droit de la non-discrimination issu des directives européennes et de la législation italienne. Ce jugement laisse espérer une effectivité du droit de la non-discrimination face aux plateformes (A) que d’autres décisions ont néanmoins nuancée (B).

⁷ V. par exemple Leong, N. & Belzer, A., *op. cit.*, p. 1317-1322 ; Barzilay, A. & Ben-David, A., “Platform Inequality: Gender in the Gig-Economy”, *Seton Hall Law Review*, vol. 47, 2017, p. 393-431.

⁸ Pour une violation du droit à la vie privée en raison de l’utilisation aux Pays-Bas du dispositif SyRI de lutte contre la fraude sociale, v. par exemple Hague District Court, *NJCM v. The Netherlands (SyRI)*, 5 février 2020, n° C-09-550982-H1 ZA 18-388. Plus largement v. Gerards, J. & Xenidis, R., *Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, European Commission, 2020, p. 113-117.

⁹ Trib. ord. Bologna, *Filcams CGIL Bologna & al. c. Deliveroo Italia SRL*, 31 décembre 2020, n° 2949/2019.

A/ - L'effectivité du droit de la non-discrimination en cas d'accès aux éléments de preuve

Dans l'affaire évoquée, la pratique litigieuse de l'entreprise Deliveroo consistait à prioriser l'accès à l'emploi et la qualité des conditions de travail en fonction d'un score individuel attribué à chaque livreur. Ce score était calculé sur la base de deux indicateurs : un indicateur de fiabilité mesuré en pourcentage, négativement affecté par l'annulation d'une plage horaire de travail réservée moins de 24 heures avant qu'elle ne débute ainsi que par le retard de connexion de plus de 15 minutes dans la zone de livraison prévue ; un indicateur de participation, oscillant sur une échelle de 0 à 12 en fonction du nombre de vendredi, samedi et dimanche pour lesquels le livreur s'était rendu disponible entre 20 h et 22 h lors des quatre dernières semaines. « Frank », un dispositif algorithmique de *dispatching* et de *scoring*, central au fonctionnement de la plateforme, actualisait en continu la notation et le classement des livreurs. De ce classement dépendait un accès prioritaire – ou non – à une application (*Self-Service Booking*) permettant aux coursiers de choisir, chaque lundi, le nombre d'heures de livraison à effectuer par semaine ainsi que les zones de livraison. À 11 h, une session prioritaire était accessible aux 15 % des livreurs les mieux classés, libres du choix des zones de livraison et en mesure de réserver en moyenne une quarantaine d'heures de travail hebdomadaire. À 15 h, une deuxième session était ouverte aux 25 % de livreurs disposant d'un score « moyen », permettant un choix limité parmi les zones de livraison restantes et une réservation d'une quinzaine d'heures de travail. À 17 h, une ultime session autorisait les 60 % de livreurs disposant des moins bons scores à se répartir les zones délaissées et à planifier en moyenne 2 h de travail par semaine¹⁰.

Plusieurs syndicats contestaient la non-prise en compte de certaines causes légitimes d'abstention de travail (*i.e.* absences ou indisponibilités) qui engendrait un « désavantage particulier »¹¹ constitutif d'une discrimination indirecte fondée sur les convictions syndicales, incluant l'exercice du droit de grève, sur l'état de santé, le handicap ou la situation de famille (*e.g.* proche aidant, parent d'un enfant mineur). Chacun de ces motifs était susceptible de justifier une moindre fiabilité ou une moindre participation pourtant retenue, dans le cadre du dispositif de gouvernance interne de la plateforme, contre le livreur et ayant pour effet de minimiser ses chances d'accéder à l'emploi et de bénéficier de conditions de travail favorables. À défaut de distinction entre ces absences légitimes et celles qui ne l'étaient pas, le tribunal ordinaire de Bologne sanctionna un traitement identique de situations

¹⁰ V. à ce sujet le témoignage de Prisco Antonio, au pt. 4 du jugement précité.

¹¹ Art. 2, pt. 2, b) de la directive 2000/78 définissant la discrimination indirecte.

différentes constitutif d'une discrimination indirecte¹², qu'il estima devoir réparer par l'attribution de 50 000 € de dommages-intérêts.

Motif d'espoir salué par la doctrine¹³, cette sanction contentieuse novatrice ne peut pour autant permettre d'affirmer une efficacité absolue du droit de la non-discrimination face aux pratiques discriminatoires qui s'appuient sur des dispositifs algorithmiques. Une spécificité du litige, centrale à sa résolution, reposait sur l'accessibilité des éléments de preuve pour les requérants. Les modalités concrètes du profilage et de ses répercussions (décisions individuelles automatisées) via le système de *Self-Service Booking* étaient explicitées dans les clauses des contrats types des livreurs ainsi que sur le site internet de Deliveroo. Pour retenir l'existence d'une présomption de discrimination indirecte, qui s'est révélée injustifiée à l'examen¹⁴, le tribunal de Bologne a ainsi pu fonder sa décision sur ces éléments de preuve écrits, considérés aux côtés de plusieurs témoignages.

Pour autant, cette configuration est loin d'être systématique. Les plateformes entretiennent fréquemment l'opacité de leur mode de gouvernance interne numérique. Cette opacité ne permet pas, à défaut de transparence et de collaboration, d'avoir connaissance des étapes précises qui aboutissent à l'adoption de décisions individuelles automatisées susceptibles d'être contestées en raison de leur caractère discriminatoire. Comme l'ont relevé Raphaële Xenidis et Janneke Gerards, la délicate identification des causes comme des effets discriminatoires des dispositifs algorithmiques complexifie l'effort probatoire nécessairement attendu des requérants. Nombreux sont les obstacles : défaut de transparence de la part du responsable, entraves constituées par les règles de propriété intellectuelle et le secret des affaires¹⁵, manque d'intelligibilité de l'algorithme, difficile explicabilité du processus auprès des victimes, avocats ou magistrats, évolutions des *outputs*, notamment en cas d'apprentissage profond, isolement et dispersion des sujets du profilage, *a fortiori* pour les travailleurs des plateformes. À elles d'ajouter : « even in cases that qualify as indirect discrimination where there is no need to open the algorithmic 'black box' but only to provide *prima facie* evidence that discrimination might be happening and where the burden of proof shifts to the defendant, it might be difficult for individual victims, and even monitoring bodies [...], to gather

¹² Sur l'appréhension des traitements identiques de situations différentes par la qualification de discrimination indirecte, v. Medard Inghilterra, R., *La réalisation du droit de la non-discrimination*, Paris, LGDJ, p. 206-210.

¹³ E.g. Pietrogiovanni, V., "Deliveroo and Riders' Strikes: Discriminations in the Age of Algorithms", *International Labor Rights Case Law*, vol. 7, 2021, p. 317-321 ; Purificato, I., "Behind the Scenes of Deliveroo Algorithm: the Discriminatory Effect of Frank's Blindness", *Italian Labour Law E-Journal*, Iss. 1, vol. 14, 2021, p. 169-194.

¹⁴ V. à ce sujet le pt. 4 du jugement précité.

¹⁵ Pour une illustration sur un refus de communication des données d'entraînement d'un algorithme de reconnaissance faciale, v. England & Wales Court of Appeal (Civ. Div.), R. (*Bridges*) v. *South Wales Police*, 11 juillet 2020, n° C1/2019/2670, [2020] EWCA Civ 1058, pt. 196 et pt. 199.

the necessary evidence »¹⁶. Un récent contentieux étatsunien illustre ce propos et vient tempérer l'efficacité du droit de la non-discrimination à défaut d'éléments de preuve immédiatement accessibles.

B/ - La difficulté du droit de la non-discrimination à dépasser l'opacité des décisions automatisées

Au-delà des dispositifs de *scoring* qui reposent sur des techniques de profilage, les plateformes fondent fréquemment leur gouvernance numérique interne sur des mécanismes de réputation, notamment sur des systèmes de notation oscillant de 0 à 5 étoiles, alimentés par les appréciations et les préférences des clients. Dans la mesure où les indicateurs produits sont généralement pris en compte par la plateforme pour adopter des décisions individuelles affectant les conditions d'emploi, voire le maintien en emploi de ses travailleurs, ils érigent de ce fait les clients en « middle-managers »¹⁷. Les mécanismes de réputation facilitent alors la sélection des meilleurs prestataires employables, ou du moins des personnes perçues comme telles, d'une manière parfois brutale (*e.g.* déconnexion), laquelle est rendue possible par la disponibilité d'une masse de travailleurs « de réserve ».

Uber permet en ce sens aux consommateurs d'évaluer les chauffeurs VTC à la fin de la course par l'intermédiaire de son application. Les travailleurs sont ainsi crédités d'une notation moyenne qui évolue au fil des courses. Lorsque ce « taux de satisfaction » passe sous le seuil de 90 %, soit 4,5 étoiles sur 5, la connexion du chauffeur à son compte Uber peut être bloquée, le privant radicalement de tout accès à son outil de travail¹⁸. Thomas Liu, ancien chauffeur à San Diego, d'origine asiatique, avait vu son compte désactivé en raison d'un taux de satisfaction insuffisant. Il avait en réaction engagé une *class action* pour dénoncer les effets discriminatoires de cette gouvernance interne numérique – sans mise en cause directe d'un processus algorithmique ici. Se prévalant des dispositions du Titre VII du *Civil Rights Act*, législation antidiscriminatoire par excellence, il soutenait que le dispositif avait pour effet d'entériner les biais racistes des clients et les notations moindres attribuées aux chauffeurs perçus comme non blancs, que cette sous notation fondée sur la prétendue race soit consciente ou inconsciente. Sa requête fut néanmoins rejetée par

¹⁶ Gerards, J. & Xenidis, R., *op. cit.*, p. 75.

¹⁷ Rosenblat, A. & al., "Discriminating Tastes: Uber Customer Ratings As Vehicle for Workplace Discrimination", *Policy & Internet*, vol. 9, iss. 3, 2017, p. 260. V. aussi p. 257.

¹⁸ Pour davantage de détails sur le fonctionnement du dispositif, v. *idem*, p. 258-260.

la cour de district californienne le 30 juillet 2021 à défaut de pouvoir établir le commencement de preuve nécessaire¹⁹.

En cas de discrimination indirecte (*disparate impact*), le *Civil Rights Act* impose de démontrer trois éléments : un désavantage significatif au détriment d'un groupe protégé ; une pratique spécifique en matière d'emploi ; un lien de causalité *a minima* probable entre ladite pratique et le désavantage identifié. Le ciblage de la pratique litigieuse, en l'occurrence la déconnexion consécutive à un taux de satisfaction insuffisant calculé à partir du dispositif de notation, ne posait guère de difficulté. Pas plus que l'allégation d'un lien de causalité crédible entre un désavantage, à savoir le licenciement disproportionné des chauffeurs perçus comme non blancs, et cette pratique litigieuse. De ce point de vue, la Cour de district se dit convaincue du raisonnement avancé par le requérant. Ce dernier mobilisait plusieurs études académiques démontrant l'existence de biais racistes en matière de services. La Cour se référa non exhaustivement à trois d'entre elles, concernant respectivement la plus faible attribution de pourboires aux serveurs noirs dans la restauration²⁰, aux chauffeurs de taxi noirs²¹, et aux revenus inférieurs des « hôtes » asiatiques proposant des logements à la location sur la plateforme AirBnB pour des résidences équivalentes²². Ces éléments furent considérés comme suffisants pour permettre, par analogie, de laisser supposer l'existence de biais susceptibles d'expliquer une notation dégradée des chauffeurs VTC noirs et, par voie de conséquence, leur déconnexion. Mais Thomas Liu n'était pas en mesure de démontrer quantitativement et de manière représentative l'existence d'un plus grand nombre de déconnexions subies par les chauffeurs perçus comme noirs ou asiatiques en application du *star rating system*. L'élément de preuve essentiel faisait donc défaut.

Dans le cadre d'une réflexion prospective antérieure à ce contentieux, Alex Rosenblat et al. avaient insisté sur les faibles chances de succès d'une action – alors éventuelle – dirigée contre cette gouvernance interne de Uber, notamment en raison du manque d'accès aux données pertinentes²³. Lorsque le juge attend que soit démontré un impact quantitativement disproportionné pour un groupe cible protégé par la législation antidiscriminatoire, il est en pratique extrêmement complexe

¹⁹ US District Court (Northern District of California), *Thomas Liu v. Uber Technologies Inc.*, 30 juillet 2021, n° 20-cv-07499-VC.

²⁰ Lynn, M., Sturman, M. & al., "Consumer Racial Discrimination in Tipping : A Replication and Extension", *Journal of Applied Social Psychology*, n° 38, vol. 4, 2008, p. 1045-1060.

²¹ Ayers, I. & al., "To Insure Prejudice: Racial Disparities in Taxicab Tipping", *Yale Law Journal*, n° 114, 2005, p. 1613 et s.

²² Wang D. & al., "The Model Minority? Not on Airbnb.com: A Hedonic Pricing Model to Quantify Racial Bias Against Asian Americans", *Technology Science*, September 1, 2015.

²³ Rosenblat, A. & al., *op. cit.*, p. 266-269, spéc. p. 268.

pour le requérant de satisfaire cette exigence sans le concours de la plateforme. Par ailleurs, comme le juge Chhabria l'a lui-même relevé dans l'affaire commentée : « It's also worth acknowledging that the nature of working for Uber creates particular challenges for a plaintiff seeking to plead a disparate impact claim. Unlike a worker in an office or on a factory floor, Liu cannot just look around himself to see that all of his minority colleagues have been fired or discover over happy hour drinks that his white colleagues all have higher ratings than he does »²⁴. Dans ce secteur spécifique des plateformes, la difficulté du recueil des données quant aux effets des politiques d'entreprise est en somme accrue par l'éclatement des forces de travail. Lorsque le juge attend par contraste la simple démonstration d'une mesure intrinsèquement suspecte – comme ce fut le cas pour le tribunal de Bologne qui n'est pas allé jusqu'à exiger une mesure quantitative du désavantage pour les grévistes et les personnes malades –, il est néanmoins nécessaire de connaître les modalités concrètes de fonctionnement du dispositif afin d'identifier des biais essentiels. Dans les deux cas, le refus de transparence de la part du défendeur tend à neutraliser l'action des victimes. Des difficultés souvent rédhibitoires amoindrissent en conséquence l'effet utile du droit de la non-discrimination²⁵, *a fortiori* à défaut de concours appuyé lors de l'instruction et à défaut de soutien institutionnel d'ampleur (*e.g.* syndicat, association, *equality body*). Face à ces obstacles, le contentieux récent des plateformes permet de mettre en évidence la plus-value essentielle d'un outil contentieux complémentaire qui semble à certains égards se révéler plus efficace : le Règlement général sur la protection des données (RGPD).

II/ - Le droit des données à caractère personnel : nouvel outil prometteur face aux pratiques discriminatoires des plateformes

D'autres actions, légèrement plus récentes, ont contesté des décisions individuelles automatisées imputables aux plateformes en se prévalant exclusivement du RGPD de 2016. Les issues favorables auxquelles ces actions ont abouti esquissent les contours d'une nouvelle stratégie contentieuse et attestent l'utilité complémentaire de ce nouvel instrument. Tant les garanties procédurales qu'il énonce (A) que les obligations positives qu'il recèle (B) témoignent en effet d'une meilleure adéquation face à certains enjeux contentieux en vue de la sanction des pratiques discriminatoires.

²⁴ *Thomas Liu v. Uber Technologies Inc.*, *op. cit.*

²⁵ En ce sens, v. Maxwell, J. & Tomlinson, J., "Proving Algorithmic Discrimination in Government Decision-Making", *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol. 20, iss. 2, 2020, p. 353-354.

A/ - La sanction procédurale des décisions entièrement automatisées

Les instruments de gouvernance automatisée déployés par Uber en Europe, au Royaume-Uni, ont également été visés. Plusieurs décisions ont ainsi été rendues en 2021 par la cour d'Amsterdam, lieu d'implantation du siège de la société, au sujet d'un dispositif algorithmique de reconnaissance faciale²⁶. Un dispositif de vérification de l'identité en temps réel (*Real Time ID Check*) développé par Microsoft était utilisé par Uber depuis avril 2020 afin d'éviter que des chauffeurs agréés ne prêtent leurs comptes professionnels à d'autres chauffeurs pour effectuer des courses. Un processus de sécurité conditionnait l'accès au compte à la transmission d'une photographie instantanée, comparée par un système algorithmique de reconnaissance faciale à de précédentes photographies du chauffeur agréé. En cas de non-correspondance, ledit compte faisait l'objet d'une désactivation automatique, engendrant *de facto* une cessation de la relation d'emploi²⁷. Plusieurs chauffeurs contestaient la désactivation de leur compte à l'issue de ce procédé et considéraient que l'absence de reconnaissance faciale était liée à leur race. De multiples travaux scientifiques ont démontré à cet égard les performances moindres de certains programmes de reconnaissance faciale face aux personnes non blanches, notamment des programmes développés à partir du *machine learning* dont les données d'entraînement étaient insuffisamment diversifiées²⁸. Le taux disproportionné en l'espèce de faux négatifs pour les chauffeurs non blancs et la désactivation subséquente de leurs comptes était assimilable à une discrimination fondée sur la prétendue race au sens de l'*Equality Act* de 2010, dont auraient pu se prévaloir les victimes²⁹.

Pour autant, leur contestation portait exclusivement sur l'article 22 du RGPD de 2016 qui dispose 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 ». Or, aucune intervention humaine n'avait eu lieu en l'espèce, ni pour acter l'absence de correspondance des personnes photographiées ni pour traiter les contestations subséquentes à titre gracieux des chauffeurs. La cour d'Amsterdam, dans le cadre d'un jugement par défaut rendu

²⁶ Not. Court of Amsterdam, *Uber BV*, 24 février 2021, n° C/13/69010/HAZA21-81. Pour deux décisions non commentées ayant abouti à un rejet des requêtes, v. Court of Amsterdam, *Uber BV*, 11 mars 2021, nos C/13/692003/HARK20-302 et C/13/687315/HARK20-207.

²⁷ Sur la qualification des travailleurs des plateformes comme salariés au Royaume-Uni, v. UK Supreme Court, *Uber BV and others v. Aslam and others*, 19 février 2021, [2021] UKSC 5.

²⁸ V. Buolamwini, J. & Timnit, G., "Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification", *Proceedings of Machine Learning Research*, vol. 81, 2018, p. 1-15 ; Leslie, D., *Understanding Bias in Facial Recognition Technologies. An Explainer*, The Alan Turing Institute, 2020, 49 p. Pour un cas contentieux, v. R. (*Bridges*) v. *SWP*, *op. cit.*, pt. 193-198.

²⁹ Art. 83(2) : "Employment" means – (a)employment under a contract of employment, a contract of apprenticeship or a contract personally to do work".

le 24 février 2021, a logiquement considéré que les décisions de déconnexion des six requérants avaient été prises à l'issue d'un processus exclusivement automatisé³⁰. Elle décida en conséquence de les annuler et ordonna sous astreinte la réactivation des comptes ainsi que le versement de 8 000 à 20 000 euros de dommages-intérêts en fonction des situations individuelles.

Sans surestimer la portée de ce jugement, il possède à tout le moins le mérite de démontrer qu'il est possible de contester efficacement certains effets discriminatoires des dispositifs algorithmiques des plateformes sans convoquer le droit de la non-discrimination, fût-ce pour des motifs procéduraux telle l'absence d'intervention humaine. Dans cette configuration, surtout, la mobilisation alternative du RGPD permet aux victimes d'éviter la rugosité de l'effort probatoire attendu d'eux en vertu des règles classiques d'aménagement de la charge de la preuve dans le procès pour discrimination. Sans avoir à démontrer l'existence d'un traitement défavorable disproportionné imputable au fonctionnement du dispositif de reconnaissance faciale, la seule allégation d'une absence d'intervention humaine suffit à inverser la charge de la preuve. C'est alors à la plateforme qu'il appartient de démontrer que son processus de décision n'était pas exclusivement automatisé et que des garanties permettaient de neutraliser les biais raciaux possibles – et non certains – du dispositif. Si ce concours spécifique du RGPD ne suffit à résoudre l'ensemble des difficultés pour d'autres configurations discriminatoires, le potentiel du droit des données à caractère personnel fut néanmoins confirmé par de nouvelles décisions.

B/ - La sanction des manquements aux obligations positives énoncées par le RGPD

Quelques autorités de protection des données à caractère personnel ont également eu à se prononcer sur des pratiques – possiblement – discriminatoires des plateformes et semblent ouvrir la voie à la consécration d'obligations positives bien plus vastes au service de l'égalité de traitement. Tel est notamment le cas du Garante per la protezione dei dati personali en Italie (ci-après « le Garante »). Par une décision du 10 juin 2021³¹, ce dernier a notamment infligé une amende record de 2,6 millions d'euros à l'entreprise Foodinho, qui assure des prestations de livraison de repas à domicile, en raison de l'illégalité de son mode de traitement des données à caractère personnel des travailleurs de la plateforme. Parmi les manquements sanctionnés (*e.g.* défaut d'information quant aux des données collectées et aux modalités de leur traitement, temps excessif de conservation,

³⁰ *Uber BV*, 24 février 2021, *op. cit.*

³¹ Garante per la protezione dei dati personali, Ordinanza ingiunzione nei confronti di Foodinho s.r.l., 10 juin 2021, n° 9675440.

vérification périodique insuffisante de l'exactitude et de la précision des résultats des systèmes algorithmiques, protection défailante de la vie privée), plusieurs concernaient le droit à la non-discrimination.

La société Foodinho avait mis en place un système de *scoring* de ses livreurs, fondé à la fois sur des indicateurs de performances (disponibilité durant les périodes de haute activité les soirs de fin de semaine, réactivité lors de l'attribution de commandes, nombre de commandes effectivement livrées) et les évaluations des livreurs par les restaurateurs et les consommateurs. À l'instar de l'affaire tranchée par le tribunal de Bologne, le score individuel attribué conditionnait l'accès prioritaire – ou non – à l'emploi par le biais d'une application (*i.e.* réservation prioritaire – ou non – des plages horaires de travail hebdomadaire). De manière similaire à ce qu'avait été le raisonnement de la cour d'Amsterdam dans l'affaire opposant des chauffeurs à Uber, le Garante acte l'absence d'intervention humaine en l'espèce, tant au stade de la supervision de l'attribution du score que du traitement des éventuelles contestations à ce sujet. Il considère que « la société, se prévalant d'une plateforme numérique fonctionnant par le biais d'algorithmes, adopte des décisions fondées *uniquement sur le traitement automatisé*, y compris le profilage, des données à caractère personnel des coureurs »³², ce qui s'avère contraire à l'article 22, § 3, du RGPD.

Mais l'apport de cette décision ne se borne pas à réaffirmer une possible sanction procédurale de la gouvernance numérique dont les effets discriminatoires sont contestés. Elle semble étendre bien au-delà le spectre des obligations positives incombant aux plateformes. Toujours au titre du § 3 de l'article 22 du RGPD, le Garante invoque de manière plus large l'obligation pour le responsable du traitement de mettre « en œuvre des mesures appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés et des intérêts légitimes de la personne concernée », y compris le droit à la non-discrimination. Cette obligation est lue au regard du considérant 71 qui précise que « le responsable du traitement devrait utiliser des procédures mathématiques ou statistiques adéquates aux fins du profilage, appliquer les mesures techniques et organisationnelles appropriées [...] d'une manière qui tienne compte des risques susceptibles de peser sur les intérêts et les droits de la personne concernée *et qui prévienne*, entre autres, *les effets discriminatoires* à l'égard des personnes physiques »³³. Constatant que la société Foodinho, responsable du traitement n'avait pas minimisé « le risque d'effets biaisés ou discriminatoires, en ce qui concerne le fonctionnement de la plateforme numérique, y compris le système de notation et le système d'attribution des commandes »³⁴, l'autorité italienne retient en

³² *Ibidem*, pt. 3.3.6.

³³ *Ibidem* (nous soulignons).

³⁴ *Ibidem*.

complément une violation du volet substantiel – et non plus procédural – de l'article 22, § 3, du RGPD. La position est renouvelée spécifiquement au sujet des mécanismes de réputation : « en ce qui concerne le mécanisme de feedback, qui détermine 20 % de la note d'excellence, il ne semble pas que l'entreprise ait pris des mesures appropriées pour éviter les utilisations abusives ou discriminatoires »³⁵. Les obligations positives qui découlent de l'article 22, selon le Garante, sont dès lors bien plus vastes que la simple obligation de prévoir une intervention humaine. Le respect du RGPD exige en outre de satisfaire une obligation préventive pour le responsable du traitement de mettre en place divers garde-fous – à déterminer, sur mesure – afin de minimiser les risques, ce qui peut être rapproché d'une recherche de l'*Equality by Design*³⁶.

Cette interprétation audacieuse et novatrice fut étendue à l'article 35 du RGPD, lequel impose, en cas de risque élevé pour les droits et libertés, la conduite d'une analyse d'impact relative aux opérations de traitement envisagées et à leurs effets sur la protection des données à caractère personnel. L'analyse doit alors contenir, entre autres, une évaluation des risques et préciser les mesures envisagées pour y faire face³⁷. Pour retenir que l'activité de Foodinho représente bien un « risque élevé pour les droits et libertés », l'autorité de protection des données retient classiquement plusieurs éléments : le très grand nombre de données traitées, leurs natures différentes, le nombre important de personnes concernées, leur caractère « vulnérable », la dimension automatisée du profilage, ainsi que le caractère innovant de l'activité. À ce titre, elle insiste particulièrement sur le fait que « le caractère innovant de la technologie utilisée et, partant, de l'activité exercée par la société », réside « dans la gestion de l'activité de travail [...] par le biais d'une plateforme numérique dont le fonctionnement repose sur des algorithmes complexes (dont le mécanisme de fonctionnement n'a été connu que partiellement) »³⁸. L'analyse d'impact est en somme conçue comme une charge raisonnable à faire peser sur le responsable du traitement qui recourt à des algorithmes complexes. La solution retenue contraste manifestement avec l'exigence classique, en droit de la non-discrimination, d'une démonstration des biais algorithmiques ou de leurs effets disproportionnés, tâche le plus souvent inaccessible à une victime dont les données font l'objet d'un traitement automatisé. Par ailleurs, le Garante soutient encore l'assimilation du fonctionnement de Foodinho à une activité à « risque élevé pour les droits et libertés », précisément car « le traitement est susceptible de créer une discrimination »³⁹. Il rappelle ce faisant la lettre du

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Barzilay, A. & Ben-David, A., *op. cit.*, spec. p. 427-431.

³⁷ Art. 35, § 7 du RGPD.

³⁸ GPD, Ordinanza ingiunzione nei confronti di Foodinho s.r.l., précitée, pt. 3.3.5.

³⁹ *Ibidem*.

considérant 75 du RGPD selon lequel « des risques pour les droits et libertés des personnes physiques, dont le degré de probabilité et de gravité varie, peuvent résulter du traitement de données à caractère personnel qui est susceptible d’entraîner des dommages physiques, matériels ou un préjudice moral, *en particulier lorsque le traitement peut donner lieu à une discrimination* ». Ce faisant, il assimile sans ambiguïté les traitements automatisés potentiellement discriminatoires à des procédés devant *nécessairement* faire l’objet d’une analyse d’impact au sens de l’article 35 du RGPD pour en évaluer les risques et esquisser les solutions propres à les limiter. À défaut d’analyse conduite en l’espèce par la société visée, la reconnaissance d’une violation de l’article 35 fut inévitablement retenue.

Cette décision pourrait, certes, demeurer un coup d’éclat isolé. Les interprétations évoquées ci-dessus ont toutefois été réaffirmées un mois plus tard par la même autorité, dans une décision du 22 juillet 2021 rendue à l’encontre de Deliveroo⁴⁰ qui a abouti au prononcé d’une amende de 2,5 millions d’euros – ce qui apparaît de prime abord plus dissuasif que les 50 000 euros de dommages-intérêts retenus par le tribunal de Bologne⁴¹. Plus probablement, ces décisions pourraient tracer le sillon d’un mouvement jurisprudentiel plus large, confirmant l’utilité manifeste – voire préférentielle – des instruments de protection des données à caractère personnel afin de contester et faire sanctionner les pratiques discriminatoires des plateformes.

*

**

C’est en résumé une triple utilité stratégique que semble revêtir le RGPD face aux enjeux contentieux rencontrés lors de la contestation des effets discriminatoires des gouvernances automatisées des plateformes. Ce nouvel outil permet, d’abord, un renversement précoce de la charge de la preuve. Ce n’est pas au subordonné ou au salarié d’apporter la preuve d’un effet ou d’un biais discriminatoire du dispositif algorithmique. C’est à la plateforme qu’il appartient de démontrer qu’elle a mis en œuvre les moyens nécessaires pour se prémunir des possibles effets discriminatoires. Le RGPD tend en conséquence à déplacer l’objet du litige en amont, à un stade préventif. Ce revirement, qui constitue le deuxième apport essentiel du Règlement, implique d’envisager l’acquiescement par le défendeur de plusieurs obligations positives : instauration, au titre de l’article 22, d’une intervention humaine permettant de valider ou de réexaminer les décisions

⁴⁰ GPDP, Ordinanza ingiunzione nei confronti di Deliveroo Italy s.r.l., 22 juillet 2021, n° 9685994.

⁴¹ V. à cet égard les directives européennes qui préconisent l’adoption de sanctions « effectives, proportionnées et dissuasives » (art. 15, 17, 14 et 25 des directives 2000/43, 2000/78, 2004/113 et 2006/54).

potentiellement discriminatoires issues des gouvernances numériques ; conception et mise en œuvre, toujours au titre de l'article 22, « des mesures appropriées pour la sauvegarde » du droit à la non-discrimination ; mise en place, au titre de l'article 35, d'une analyse d'impact quant aux effets possiblement discriminatoires des gouvernances automatisées. Enfin, le RGPD fournit également les outils nécessaires pour ouvrir la « boîte noire » du fonctionnement algorithmique en favorisant la transparence et l'accès à l'information. Son article 15 dispose un droit d'accès aux données traitées, aux finalités du traitement et à ses destinataires, ainsi que, le cas échéant, un droit d'être informé de l'importance et des conséquences du profilage. L'article 30 dispose en complément une obligation de conservation d'un registre des activités de traitement des données utilisées. La combinaison de ces deux dispositions permet en somme un accès facilité aux éléments de preuve et aux éléments de compréhension des dispositifs numériques. Ensemble, elles apparaissent plus efficaces que les traditionnelles mesures d'instruction, y compris *in futurum*, dont le prononcé demeure en pratique plus aléatoire.

Partant du constat que « l'aménagement de la preuve actuellement prévue par le droit positif n'est [...] pas satisfaisant », Jérôme Porta appelait en 2020 à une évolution juridique afin de faire peser la preuve de l'absence de « risque discriminatoire » sur l'utilisateur de l'algorithme, notamment en imposant une étude d'impact (*Discrimination Impact Assessment*)⁴². Certaines décisions rendues depuis semblent exaucer ce vœu, sans même que n'intervienne une modification du droit de la non-discrimination, des fondements juridiques étant d'ores et déjà à disposition au sein du RGPD, pour peu qu'ils fassent l'objet d'une interprétation audacieuse. D'aucuns n'ont pas manqué, cependant, de souligner le caractère non exhaustif des motifs de discrimination mentionnés dans le Règlement, susceptible de minimiser le potentiel des interprétations ci-dessus commentées⁴³. L'introduction d'obligations positives équivalentes à celles induites par le RGPD au sein d'une loi de consolidation antidiscriminatoire – qui fait encore défaut en France⁴⁴ – pourrait alors s'avérer utile. Quelques dispositions de l'*Equality Act* au Royaume-Uni, notamment l'article 149 qui impose un *Public Sector Equality Duty*⁴⁵, pourraient dans ce cas servir de modèle. Cette dernière disposition fut notamment interprétée par les juridictions britanniques comme imposant, en cas de recours à des dispositifs algorithmiques, l'obligation de conduire, entre autres, une analyse d'impact incluant une révision

⁴² Porta, J., *op. cit.*, p. 74-75.

⁴³ Gerards, J. & Xenidis, R., *op. cit.*, p. 48-49.

⁴⁴ Sur cette question, v. Medard Inghilterra, R., *op. cit.*, p. 143-158.

⁴⁵ “A public authority must, in the exercise of its functions, have due regard to the need to – (a) eliminate discrimination, harassment, victimisation and any other conduct that is prohibited by or under this Act; (b) advance equality of opportunity between persons who share a relevant protected characteristic and persons who do not share it; (c) foster good relations between persons who share a relevant protected characteristic and persons who do not share it”.

R. Medard Inghilterra, « Le droit des données à caractère personnel au secours du droit de la non-discrimination ? Stratégies et enjeux du contentieux des plateformes » in Bartolucci, M., Nabat, Y. & van den Bergh, K. (dir.), *Les droits et libertés face aux transformations technologiques*, Paris, IFJD, colloques & essais, 2023, p. 235-249

des données d'entraînement⁴⁶ – ce qui se rapproche de l'interprétation de l'article 35 du RGPD retenue par le Garante per la protezione dei dati personali.

Dans l'attente d'une telle modification – éventuelle – des législations, le contentieux relatif aux effets discriminatoires des gouvernances numériques des plateformes semble tracer son chemin au creux d'une conciliation stratégique indispensable entre le droit classique de la non-discrimination et le droit des données à caractère personnel⁴⁷. Le succès de cette conciliation dépendra, à l'évidence, de l'appropriation du RGPD par les plaideurs et magistrats comme des interprétations authentiques qui seront retenues par les juridictions et les autorités de protection des données à caractère personnel.

⁴⁶ EWCA, R. (*Bridges*) v. *South Wales Police*, *op. cit.*, not. § 163-202, au sujet des effets d'un dispositif de reconnaissance faciale utilisé à des fins de surveillance par la police galloise, commentée in Maxwell, J. & Tomlinson, J., *op. cit.*

⁴⁷ Pour un plaidoyer précoce en vue d'une telle conciliation, v. Le Clainche, J. & Le Métayer, D., « Données personnelles, vie privée et non-discrimination : des protections complémentaires, une convergence nécessaire », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 90, 2013.