

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

Le recrutement à l'ère de l'IA : l'éthique au secours du droit ?

Desbarats Isabelle

PROFESSEUR DES UNIVERSITES

Centre de Droit des Affaires (CDA)

Université Toulouse Capitole

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Le recrutement à l'ère de l'IA : l'éthique au secours du droit ?

Alors qu'après le charbon et la vapeur, l'énergie électrique, l'électronique et les technologies de l'information, l'Intelligence Artificielle (IA) annoncerait la 4^e révolution industrielle ou plutôt numérique, quel impact en milieu de travail ? Si le recours à des dispositifs mobilisant de l'IA est de nature à impacter toutes les étapes de la relation de travail, tel est particulièrement le cas au stade de l'embauche.

Isabelle DESBARATS

Professeur des Universités, Université Toulouse-I Capitole, CDA

« *Que l'intelligence artificielle (IA) s'apprête à bouleverser le monde du travail, nul n'en doute. Mais personne ne connaît encore le - visage de cette révolution technologique. Donnera-t-elle naissance à un homme « remplacé », (...) ? Un homme « dominé » qui perdra le contrôle de son destin (...) ? Un homme « augmenté », comme en rêvent aujourd'hui les transhumanistes ? Ou un homme « réhumanisé » valorisant son intuition et son imaginaire (...) » (1) ?*

Plus précisément - et alors que l'intelligence artificielle et la robotique vont accroître l'impact de la digitalisation de l'économie sur l'emploi (2) sans que l'on puisse encore en mesurer le réel impact (3) , - quels sont les enjeux et les risques liés à un recours à des dispositifs mobilisant l'IA en milieu de travail : des dispositifs qui, « *permettant de simuler de l'intelligence, peuvent remplacer l'humain dans certaines de ses actions cérébrales* » (4) ?

Certes, la question n'est pas celle de savoir si le droit du travail peut s'appliquer aux robots, encore que « *la question (soit) intéressante pour se rendre compte combien (CE) droit protège les corps et les esprits, la personne humaine, la personne physique(...)* et que cela n'aurait aucun sens d'appliquer (ici) le droit de la durée du travail ou du repos dominical (...) » (5) . En revanche, il s'agit de s'interroger sur la manière dont le droit du travail répond, d'ores et déjà, aux préoccupations générées par l'intrusion de l'IA en milieu de travail, et d'explorer, au-delà, les pistes susceptibles d'être suivies pour pallier d'éventuelles lacunes et/ou amplifier la portée des dispositifs protecteurs déjà en vigueur.

Alors que les sources de questionnements sont multiples, qu'il s'agisse de l'utilisation d'objets connectés en milieu de travail, de la transformation des emplois et du travail à l'ère de l'IA, des défis lancés à la santé au travail en cas de travail connecté (6) , ou encore des problématiques liées aux plateformes d'intermédiation conduisant à l'éviction du salariat au profit de l'entrepreneuriat (7) , l'objectif est de se focaliser, ici, sur les seuls enjeux d'un recours à l'IA au stade du recrutement. En effet, et alors que se développent des outils d'aide au recrutement axés sur des algorithmes mobilisant du big Data, voire le recours à des robots conversationnels ou « chatbots » tel que le robot Véra (8) , à quelles nouvelles interrogations les entreprises et les salariés sont-ils confrontés ? Les règles sociales en vigueur garantissent-elles la protection des candidats à l'embauche ? Au-delà, quelles pistes emprunter en vue d'une IA « éthique » ?.

I. - Le recrutement, l'algorithme et le robot

Une certitude liminaire : celle selon laquelle « *les droits des personnes ne sont pas virtuels dans le monde virtuel. Ce qui s'applique en matière de recrutement doit s'appliquer, y compris (lorsque celui-ci) est éventuellement dématérialisé* » (9) . Reste qu'une réponse nuancée doit être apportée à la question de savoir si les droits des candidats confrontés à ce type de recrutement sont parfaitement protégés : à cet égard, on distinguera les solutions classiquement prônées par le droit du travail de celles résultant de la mise en œuvre du RGPD.

Face à l'IA en milieu de travail : des remparts fragiles

Si deux dispositifs peuvent contribuer à contenir les risques liés au recours à des dispositifs mobilisant de l'IA lors de l'évaluation de candidats à l'embauche, seul le premier paraît opérationnel. Il s'agit de celui visé par [l'article L. 1221-8 du code de travail](#) dont il ressort que tout employeur doit informer les candidats et leurs représentants préalablement à l'utilisation de tels dispositifs et que ceux-ci doivent être pertinents au regard des finalités poursuivies : un principe de solution applicable notamment aux données collectées puisque celles-ci doivent être « *strictement nécessaires à l'évaluation des capacités du candidat à occuper le poste proposé, (ce qui implique que) les formulaires de candidature ne peuvent imposer (par exemple) la divulgation de la situation matrimoniale d'un candidat ou l'étendue de sa paternité* » (10) . Plus précisément, et si l'employeur est autorisé à collecter toutes informations utiles à la gestion administrative du personnel (11) , à l'organisation du travail (12) ou à l'action sociale exercée par l'entreprise (13) , il lui est en revanche interdit de demander à un candidat son numéro de sécurité sociale étant entendu, de surcroît, que seules peuvent accéder aux informations d'un candidat les personnes intervenant lors de son recrutement (notamment, les administrations informées de l'embauche : assurance chômage, maladie, retraite, mutuelles) (14) .

En revanche et bien qu'a priori plus substantiel puisque relatif à la lutte contre les pratiques discriminatoires, l'impact du second dispositif susceptible de limiter les risques liés au recours à l'IA lors d'une embauche paraît plus modeste : un constat regrettable alors même que « *l'IA (tend) à reproduire, voire à accentuer les erreurs humaines en matière de discrimination* » (15) . Le fait est que, si [l'article L. 1131-2 du code de travail](#) instaure dans certains cas une obligation de formation à la non-discrimination à l'embauche, son application est évidemment évincée en cas de recours « *à un logiciel de recrutement faisant appel à l'IA* » (16) . Voilà pourquoi la question de « *l'éthique des algorithmes* » revêt une importance croissante, qu'il s'agisse de « *s'intéresser tant à la nature des données qu'à leur combinaison et aux résultats au sortir de leur traitement par (ces) algorithmes* » (17) . Le fait est qu'algorithmes et données forment un tout indissociable, à l'image d'un moteur et de son carburant : « *la donnée est à l'Intelligence Artificielle ce que l'uranium est au nucléaire, avec la même problématique des usages qui en sont faits (civils ou militaires)* » (18) .

Conséquences ? « *Face à ces risques réels et reconnus de tous les acteurs, il apparaît indispensable d'intégrer l'éthique à l'intelligence artificielle* » (19) : un objectif à la réalisation duquel, on le verra, certaines autorités sont déjà sensibilisées.

RGPD et droit du travail : un double volet

Si le respect du principe de non-discrimination et l'obligation de transparence imposés aux recruteurs mobilisant de l'IA peuvent contribuer à préserver les droits des candidats y étant confrontés, une attention particulière doit être portée à une autre idée-force dont toutes les conséquences doivent être tirées. Il s'agit de celle selon laquelle les dispositifs d'IA reposant sur l'utilisation de données à caractère personnel, ils doivent être évalués au regard des nouveaux principes de protection des données issus du RGPD, lequel introduit un changement de logique notable : le glissement d'une logique de formalités préalables (déclaration, autorisation, avis, normes simplifiées...) à une logique de responsabilisation renforcée et de conformité continue, tout au long du cycle de vie de la donnée, dont les acteurs sont comptables et, au premier chef, le responsable de traitement.

C'est ainsi que l'introduction du concept d'« *accountability* » a profondément renouvelé l'environnement juridique des entreprises puisque, désormais, celles-ci n'auront plus à s'acquitter de certaines formalités préalables à la mise en œuvre d'un traitement de données personnelles mais qu'elles devront être en mesure de démontrer, le cas échéant, qu'elles respectent le RGPD, à la lumière des cinq grands principes suivants : principes de finalité ; de proportionnalité et de pertinence ; principes d'une durée de conservation limitée et de sécurité et de confidentialité ; droits des personnes. À noter que, pour être en mesure de justifier de l'intégration de cette logique de responsabilisation, les entreprises sont néanmoins tenues du respect de certaines obligations, les unes concernant le traitement des données personnelles des salariés, les autres, leur protection. Les premières sont de trois sortes : obligation de mise en œuvre préalable d'une étude d'impact en cas de « *traitements comportant un risque élevé pour les droits et libertés des personnes concernées* » ; sous certaines conditions, obligations de création et de

maintenance d'un registre des traitements (20) et de désignation d'un Délégué à la Protection des Données (DPD) (21) . Quant aux secondes, elles couvrent un large champ. En effet, non seulement tenu d'une obligation d'information, de protection des données personnelles traitées (22) et de notification à la CNIL en cas de violation de celles-ci (23) , l'employeur (24) est également garant du respect de certains droits conférés aux salariés : droit d'accès aux données (25) et de rectification (26) , droit à leur éventuel effacement (27) , droit à la limitation du traitement (28) , à la portabilité des données (29) ou encore d'opposition à leur traitement (30) . À noter que, plus précisément encore, l'article 13-2-f du RGPD prévoit que le responsable de traitement doit informer la personne concernée de « *l'existence d'une prise de décision automatisée, y compris un profilage (...) et, au moins en pareils cas, des informations utiles concernant la logique sous-jacente, ainsi que l'importance et les conséquences prévues de ce traitement pour la personne concernée* ». Ce faisant, l'enjeu est de permettre aux personnes concernées de mesurer l'impact d'un recours aux dispositifs mobilisant de l'IA, quitte à « *mettre (celle-ci) sous contrainte juridique* » (31) . L'objectif est le même que celui poursuivi par le Parlement européen selon lequel « *tout système d'IA doit être développé dans le respect des principes de transparence et de la responsabilité des algorithmes, de manière à permettre la compréhension de ses actions par les êtres humains* » (32) .

Le respect du principe de non-discrimination et l'obligation de transparence imposés aux recruteurs mobilisant de l'IA peuvent contribuer à préserver les droits des candidats y étant confrontés

S'il existe donc une base textuelle de nature à circonscrire les risques liés au recours à l'IA, enrichie par les articles 1 et 10 de la loi informatique et libertés, loin s'en faut cependant qu'une totale protection des droits et libertés en résulte au regard du traitement des données à caractère personnel des candidats à l'embauche : des zones d'ombres demeurent, que le recours à une IA « éthique » ambitionne de combler.

II. - Vers une IA « éthique » ? Une préoccupation croissante

« *En IA, il convient de distinguer les processus des algorithmes, dits "systèmes", des données. Il est difficile de savoir ce que font les systèmes. Ce que l'on peut savoir, c'est quelles données ont été utilisées pour faire apprendre ce système* » (33) .

Nul doute que cette approche est celle aujourd'hui privilégiée tant par les acteurs publics que par les entreprises, tous souhaitant saisir les enjeux éthiques sous-jacents à l'utilisation d'algorithmes en lien avec l'IA, même si, pour l'heure, ces préoccupations n'aboutissent qu'à de simples proclamations, dénuées d'effet contraignant.

Propositions publiques

Si, de façon globale, le rapport Villani (34) recommande la création d'un « *comité d'éthique des technologies numériques et de l'IA* » pour éclairer les choix technologiques des chercheurs, des acteurs économiques et industriels, deux autres initiatives entretiennent des rapports plus étroits avec l'emploi et le travail : l'une au niveau national, l'autre au niveau communautaire.

Au niveau national d'abord, et alors que le risque de dérives en matière de discrimination est, selon elle, réel, la CNIL (35) propose, dans une logique préventive, le respect de deux principes fondateurs « *pour une intelligence artificielle éthique au service de l'homme* » : la vigilance et la loyauté, au nom desquelles tout algorithme, qu'il traite ou pas de données personnelles, doit être respectueux du droit des personnes dont l'intérêt devrait toujours primer. Ces deux principes se déclinent sous la forme de recommandations parmi lesquelles, dans les entreprises, le renforcement de la fonction éthique, via la mise en place de comités d'éthique ou l'adoption de chartes de bonnes pratiques sectorielles ou déontologiques. Au-delà, soulignons que c'est sous un angle différent que les pouvoirs publics devraient également se préoccuper de l'impact croissant du big Data et de son utilisation via des algorithmes. Est concerné le système national de formation qui continue de reposer, pour l'essentiel, sur la délivrance de diplômes et les référentiels métiers, alors même que « *la puissance de frappe des algorithmes permet*

de s'affranchir (de ceux-ci) pour privilégier les compétences disponibles et leur niveau de maturité » (36) avec, pour conséquence, un risque d'obsolescence du système et, à tout le moins une exigence d'adaptation de celui-ci.

En tout état de cause, c'est au niveau communautaire que le Comité économique et social européen estime également que l'utilisation de systèmes mobilisant de l'IA doit se faire dans « *la protection des droits et des libertés concernant le traitement des données des travailleurs (et), le respect des principes de non-discrimination* » (37) . Évoquant à son tour la question des « *biais des algorithmes* » (38) liée au risque que le code reproduise les croyances de son concepteur/développeur, le CESE préconise, pour le juguler, une formation à l'éthique des ingénieurs et concepteurs de machines intelligentes, ainsi que la création d'une entité de contrôle. On observe ainsi que « *le sujet de la transparence est au cœur des débats en réponse, notamment, aux craintes exprimées envers l'objectivité des algorithmes susceptibles de biais, de discriminations, ou encore de risque pour la diversité de l'information sélectionnée* » (39) . Reste à cerner les contours d'une telle exigence de « transparence », dont le respect s'impose d'autant plus qu'elle peut constituer un avantage compétitif pour les entreprises, en même temps qu'une source de risques juridiques et/ou de réputation : la multiplication d'initiatives privées en ce sens témoigne de cette prise de conscience.

Initiatives privées

2016 : initiative commune, Facebook / Microsoft / Amazon / IBM / Apple / Google pour un « *partenariat pour l'intelligence artificielle au bénéfice des citoyens et de la société* » .

2018 : publication, par Google, d'une liste de 7 principes éthiques liés au développement de l'IA, pour éviter tout impact « injuste » / discriminant sur les personnes.

2019 : création, par Google, d'un comité d'éthique de l'intelligence artificielle, cependant dissous quelques jours après son lancement, en raison d'une pétition signée par plus de 2 000 employés de la firme exigeant le départ de plusieurs de ses membres controversés (40) .

Alors que certains soulignent que « *l'intégration dans les codes éthiques/chartes de déontologie d'un chapitre dédié aux enjeux soulevés par les algorithmes et les systèmes d'IA (devrait) s'imposer comme un minimum requis* » (41) , il ne s'agit là cependant que des initiatives privées les plus retentissantes qui ont éclos. Dans une approche collective plus marquée, d'autres sont appelées à se développer, dès lors que l'article 88 du RGPD envisage un recours possible aux conventions collectives, permettant de faire de la protection des données des travailleurs un enjeu de négociation syndicale et de démocratie sociale.

Il faut dire qu'il y a urgence à s'interroger sur la régulation des données et l'éthique des algorithmes - ou plutôt celle de leurs concepteurs - comme le confirme le recours à certains dispositifs opérant des « *croisements de données (...) non pas nécessairement en quantité, mais bien en qualité (...) (tels ceux liant) par exemple des données de compétences* » (41) : une pratique d'autant plus problématique dans le champ du recrutement que ces croisements peuvent être effectués à l'insu des individus, ce dont ressort une « *asymétrie de service* ». En effet, si, d'un côté, les utilisateurs disposent de données dont le croisement a été permis par un algorithme, dans leur intérêt et à l'insu des titulaires de ces données, ceux-ci, en revanche, ne disposent pas d'informations sur les premiers, ce qui « *ne peut que générer tension (et) déséquilibre* » (42) .

Cela étant, le recours à l'éthique comme outil de régulation peut être ambigu. La raison en est, selon le CESE, que, pour l'heure, « *le développement de l'IA se déroule dans un environnement homogène, composé principalement de jeunes hommes blancs, ce qui contribue à ancrer (sciemment ou non) les disparités culturelles et de genre dans l'IA, notamment du fait que les systèmes d'IA apprennent sur la base de données de formation* » (43) . Dès lors, « *le préalable à une démarche éthique (devrait être) de s'assurer, (non seulement) du caractère non discriminatoire des données, mais également (de) leur pondération dans le résultat général* » (44) .

À cet égard, une attention croissante est portée à la thématique de l'IA en lien avec celle du genre, dès lors que « *la capacité des machines à apprendre seules ou de façon supervisée (le machine learning), repose, d'une part, sur les données qu'on leur fournit et, d'autre part, sur la façon dont elles sont programmées* », alors que « ces deux

aspects (sont) défavorables aux femmes » (45) pour les raisons suivantes : d'une part, des données sur les femmes quantitativement insuffisantes, comparativement à celles relatives aux hommes ; d'autre part, « *des données (véhiculant) des stéréotypes que les algorithmes intègrent... et reproduisent* » (46) .

Dans ces conditions, on comprend pourquoi émerge l'idée selon laquelle « *le déploiement des (dispositifs d'IA) (pourrait conduire) à repenser la manière dont on recrute, dont on fait le sourcing et pense les profils* » (47) : un questionnement qui se révèle cependant équivoque. En effet, si, d'un côté, celui-ci pourrait conduire à une plus grande diversité du personnel au nom d'une société dite « inclusive », ce pourrait être au prix cependant d'un recours à des dispositifs - des algorithmes - reposant sur l'idée de discrimination positive : une pratique qui, si elle vise à supprimer une discrimination subie par un groupe de personnes en les faisant bénéficier d'un traitement préférentiel, est cependant strictement encadrée sur le plan juridique. C'est dire que, susceptible d'être renouvelée à l'ère de l'IA, la problématique inhérente aux discriminations positives reste aigüe en raison de son ambivalence : mesure d'éradication des préjugés dans la société versus dispositif stigmatisant pour la catégorie visée.

(1)

A. Chemin, mutations du travail : les différents profils de l'intelligence artificielle, Le monde, 23 nov. 2018.

(2)

CESE, L'intelligence artificielle : anticiper ses impacts sur le travail pour assurer une transition équitable, Avis, 19 sept. 2018.

(3)

COE, Automatisation, numérisation et emploi, Rapport 2017.

(4)

IA & protection des données : conseils pratiques (en ligne : <<https://www.avocats-mathias.com/technologies-avancees/intelligence-artificielle>>).

(5)

Propos attribués à L. Gamet, par B. Margaritelli, révolution des robots : quel cadre juridique pour l'intelligence artificielle, Journal spécial des sociétés, juin 2018 (<<http://www.jss.fr/>>).

(6)

Cass. soc., 12 avr. 2018, n° 16-28.766.

(7)

[Cass. soc., 28 nov. 2018, n° 17-20.079](#), publié au bulletin ; en dernier lieu : CA Paris, pôle 6, ch. 2, 4 juill. 2019, RG n° 18/14112.

(8)

Créé en 2016 par une start-up russe, le logiciel d'intelligence artificiel Vera vise à réduire le temps et le coût du recrutement en entreprise. Grâce à son algorithme, Vera présélectionne, à partir de cinq sites dédiés au recrutement, 10 % des profils correspondant le mieux aux prérequis de l'employeur. « *Puis, une fois le choix établi, le logiciel propose aux candidats retenus de fixer un entretien par Skype ou par téléphone. (...) Vera se limitant à la première phase de la sélection, la décision finale d'embauche du candidat revient invariablement au recruteur* » (Vera, l'intelligence artificielle qui recrute (presque) à la place des DRH, La Croix, 5 avr. 2018).

(9)

S. Bénichou, cité in H. Isaac et J. Chrétien, L'éthique dans l'emploi à l'ère de l'intelligence artificielle (Renaissance Numérique, oct 2017).

(10)

L'impact du RGPD sur la gestion des données personnelles des salariés, Les cahiers Lamy du CE, 14 mars 2018, n° 179.

(11)

Coordonnées de personnes à prévenir en cas d'urgence.

(12)

Par exemple, photographie facultative du salarié pour les annuaires internes et/ou organigrammes.

(13)

Par exemple, informations concernant les ayants droit du salarié.

(14)

CNIL, 2018, Le recrutement et la gestion du personnel.

(15)

E. Ducorps-Prouvost, Le droit du travail face aux enjeux de l'intelligence artificielle : Tome 3 d'une trilogie (<<https://www.soulier-avocats.com/droit-travail-face-aux-enjeux-de-lintelligence-artificielletome-3-dune-trilogie/>>).

(16)

E. Ducorps-Prouvost, Le droit du travail face aux enjeux de l'intelligence artificielle, art préc.

(17)

H. Isaac et J. Chrétien, L'éthique dans l'emploi à l'ère de l'intelligence artificielle (Renaissance Numérique, oct 2017).

(18)

Compte-rendu de l'événement de lancement du cycle de débats publics sur les enjeux éthiques des algorithmes, CNIL, 23 janv. 2017.

(19)

E. Ducorps-Prouvost, Le droit du travail face aux enjeux de l'intelligence artificielle, art préc.

(20)

RGPD, art. 30.

(21)

<https://www.cnil.fr/fr/designer-un-pilote>.

(22)

Sécurité physique des serveurs, des lieux et des dispositifs informatiques ; contrôle de l'accès aux données (RGPD, art. 32).

(23)

À la CNIL dans les 72 heures, si la violation est susceptible d'engendrer un risque pour les droits et libertés d'une personne physique ; à la personne concernée dans les meilleurs délais, si la violation est susceptible d'engendrer un risque élevé pour ses droits et libertés.

(24)

Placé dans la position de « responsable du traitement », (RGPD, art. 4).

(25)

RGPD, art. 15.

(26)

RGPD, art. 16.

(27)

RGPD, art. 17.

-
- (28)
RGPD, art. 18.
- (29)
RGPD, art. 18.
- (30)
RGPD, art. 21.
- (31)
A. Bensoussan, L'intelligence artificielle menacée par la réglementation sur les données personnelles (<<http://www.larevuedudigital.com/lintelligence-artificielle-menacee-par-la-reglementation-sur-les-donnees-personnelles/>>).
- (32)
Résolution sur une politique industrielle européenne globale sur l'intelligence artificielle, 12 févr. 2019, n° 158.
- (33)
H. Isaac et J. Chrétien, L'éthique dans l'emploi à l'ère de l'intelligence artificielle, préc.
- (34)
Donner un sens à l'intelligence artificielle, rapport de C. Villani rendu public le 28 mars 2018.
- (35)
CNIL, Comment permettre à l'homme de garder la main, rapport d'activités 2017.
- (36)
L'intelligence artificielle au service du recrutement (<<https://www.focusrh.com/logiciels-rh/autres-logiciels/l-intelligence-artificielle-au-service-du-recrutement-27490.html>>).
- (37)
CESE, L'intelligence artificielle : anticiper ses impacts sur le travail pour assurer une transition équitable, Avis, 19 sept. 2018.
- (38)

E. Ducorps-Prouvost, Le droit du travail face aux enjeux de l'intelligence artificielle : Tome 3 d'une trilogie, préc.

(39)

G. Loiseau, France Stratégie, Intelligence artificielle enjeux juridiques, Contribution au groupe de travail « Anticiper les impacts économiques et sociaux de l'intelligence artificielle », mars 2017.

(40)

H. Guillaud, Le recrutement et la productivité à l'épreuve des big Data, Les echos, 11 mai 2013.

(41)

H. Guillaud, préc.

(42)

H. Guillaud, préc.

(43)

CESE, L'intelligence artificielle : les retombées de l'intelligence artificielle pour le marché unique (numérique), la production, la consommation, l'emploi et la société, Avis, 31 mai 2017.

(44)

H. Isaac et J. Chrétien, L'éthique dans l'emploi à l'ère de l'intelligence artificielle, préc.

(45)

<<https://www.capital.fr/votre-carriere/les-ia-de-recrutementsont-elles-misogynes-1345655>>.

(46)

<<https://www.capital.fr/votre-carriere/les-ia-de-recrutementsont-elles-misogynes-1345655>>.

(47)

H. Isaac et J. Chrétien, L'éthique dans l'emploi à l'ère de l'intelligence artificielle, préc.