SYNTHÈSE

AVIS DE DROIT « PROTECTION CONTRE LA DISCRIMINATION ALGORITHMIQUE »

Les systèmes algorithmiques sont utilisés dans de nombreux domaines, tant par les institutions publiques que les acteurs privés, par exemple dans l'administration fiscale, le domaine des assurances sociales, l'enseignement, le recrutement de personnel, le secteur financier ou encore sur des plateformes numériques. Ils servent en particulier à l'établissement de prévisions ainsi qu'à la génération de recommandations et de décisions entièrement ou partiellement automatisées. S'ils offrent des opportunités, ils posent également un certain nombre de défis, dans la mesure où ils peuvent engendrer des discriminations.

Les autrices et l'auteur de l'avis de droit « Protection contre la discrimination algorithmique avec une attention particulière accordée à la discrimination raciale et à la discrimination fondée sur le genre » (2025) ont été chargés d'examiner dans quelle mesure le cadre juridique suisse offre une protection contre la discrimination algorithmique, en particulier contre la discrimination raciale et la discrimination fondée sur le genre. L'un des principaux objectifs de l'étude était d'identifier les éventuelles modifications législatives nécessaires, et d'esquisser les contours des autres mesures à mettre en œuvre pour améliorer la protection contre la discrimination algorithmique.

Cadre juridique suisse

Le droit suisse contient de nombreuses dispositions qui permettent d'appréhender et de prévenir la discrimination, au premier rang desquelles l'interdiction générale de la discrimination inscrite à l'art. 8, al. 2, de la Constitution (Cst.), qui vaut pour toute action des autorités, à tous les niveaux étatiques. L'applicabilité de cette disposition à la discrimination indirecte et intersectionnelle n'est toutefois pas clairement établie sur le plan juridique[1]. On peut donc légitimement se demander si la réglementation actuelle fournit une protection suffisante contre la discrimination algorithmique émanant des autorités.

Le droit suisse contient en outre des dispositions pouvant être invoquées en cas de discrimination par des particuliers. Une protection relativement étendue contre la discrimination fondée sur le genre est notamment garantie dans les rapports de travail. En cas de soupçon de discrimination fondée sur le genre, les travailleurs et travailleuses peuvent invoquer les dispositions de la loi sur l'égalité (Leg), le devoir d'assistance de l'employeur (art. 328 du code des obligations, CO) et la protection contre le licenciement (art. 366 CO). Pour ce qui concerne le traitement des données, le principe de traitement non discriminatoire est certes inscrit dans la loi fédérale sur la protection des données (LPD), mais celle-ci ne constitue pas une base solide ni convaincante en la matière. D'autres prescriptions permettent de déceler d'éventuels effets discriminatoires, sans offrir de réelle protection contre la discrimination. C'est le cas par exemple des dispositions relatives à la décision individuelle automatisée (art. 21 LPD). Les clauses contractuelles discriminatoires et les refus de conclure un contrat sur la base d'une discrimination peuvent quant à eux être considérés comme des violations des art. 19 et 20 CO, et de l'art. 2, al. 2, du code civil (CC). Le droit pénal offre également une protection directe contre certaines formes de discrimination. Ainsi, la norme pénale contre la discrimination et

[1] Le Tribunal fédéral parle de discrimination indirecte lorsqu'une réglementation, qui ne désavantage pas directement un groupe déterminé, défavorise tout particulièrement, par ses effets et sans justification objective, les personnes appartenant à ce groupe. Il y a discrimination intersectionnelle lorsque plusieurs formes d'exclusion interagissent et se renforcent mutuellement.

l'incitation à la haine (art. 261bis du code pénal, CP) peut s'appliquer en cas de refus d'une prestation destinée au grand public par un système de décision algorithmique.

Une interdiction générale de discrimination pour les particuliers peut être déduite de l'art. 28 CC (protection de la personnalité). Les formes de discrimination algorithmique concernées ne sont toutefois pas clairement définies. Les discriminations dans les relations entre particuliers sont donc difficiles à appréhender, qu'il s'agisse de discriminations algorithmiques ou autres. Pour être efficaces, les mesures de lutte contre la discrimination ne doivent pas se limiter à la discrimination algorithmique. Elles doivent être conçues d'une manière globale et indépendante de la technologie utilisée.

Mesures à prendre

Le risque de discrimination par les systèmes algorithmiques ne peut être réduit que si toutes les parties prenantes, du développement à l'application, sont conscientes du problème. Il est en donc essentiel de sensibiliser l'ensemble des personnes impliquées et de les informer des solutions possibles. Cela nécessite une compréhension générale du fonctionnement technique des systèmes algorithmiques et des dispositions légales relatives à la protection contre la discrimination, ainsi qu'une recherche interdisciplinaire approfondie.

Sensibiliser les développeurs et développeuses et les utilisateurs et utilisatrices de systèmes d'IA, ainsi que les personnes concernées ne constitue qu'une première étape. Il convient également de prendre diverses mesures pour détecter et prévenir la discrimination algorithmique. Celles-ci peuvent être mises en œuvre dans le cadre du droit en vigueur ou nécessiter des mesures législatives.

Parmi les mesures pouvant être mises en œuvre dans le cadre du droit en vigueur, les autrices et l'auteur de l'avis de droit citent l'élargissement de l'interprétation et de l'application de la protection de la personnalité en droit civil (art. 28 CC), à savoir la qualification des discriminations comme des atteintes à la personnalité. Ils soulignent par ailleurs la nécessité de promouvoir la recherche dans le domaine de la discrimination algorithmique et de clarifier plusieurs questions de doctrine juridique (notamment l'approche en cas de discrimination intersectionnelle).

Il est également proposé d'étendre aux décisions semi-automatisées le devoir d'informer et le droit d'accès prévus par la LPD pour les décisions entièrement automatisées. L'élaboration d'une loi générale sur l'égalité de traitement, l'inscription d'un nouveau principe de non-discrimination dans la LPD ou l'application de mesures de droit public (création de registres publics, utilisation uniquement de systèmes d'IA dont l'algorithme est retraçable, renonciation aux décisions entièrement automatisées dans les domaines sensibles, etc.) constituent d'autres mesures possibles.

Conclusion

La protection juridique contre la discrimination – qu'elle soit algorithmique ou traditionnelle – est insuffisante en Suisse. La Constitution fédérale prévoit certes une interdiction générale de la discrimination (art. 8, al. 2, Cst.), mais celle-ci ne s'applique qu'aux acteurs étatiques et non aux particuliers. Diverses dispositions de droit public permettent certes de lutter contre la discrimination, mais il n'est pas certain qu'elles puissent s'appliquer à des systèmes algorithmiques complexes et peu transparents. En droit privé, la protection est fragmentaire. Seule la protection des employés et employées contre la discrimination fondée sur le genre est relativement bien développée. L'application du droit pose en outre des difficultés, particulièrement en droit privé, mais aussi en droit public. Ces problèmes existent déjà dans les formes traditionnelles de discrimination, mais la discrimination algorithmique ajoute d'autres défis, notamment en ce qui concerne la détection et la preuve de la discrimination fondée sur les systèmes d'IA.

Les recommandations formulées dans l'avis de droit ne se limitent pas à la discrimination algorithmique, d'autant plus que la protection contre les formes traditionnelles de discrimination

est déjà lacunaire et relativement peu développée. Pour être efficace, la lutte contre la discrimination algorithmique nécessite plutôt des règles générales et indépendantes de la technologie utilisée qui couvrent la discrimination exercée tant par les autorités que par les particuliers, idéalement sous la forme d'une loi générale sur l'égalité de traitement ou d'une loi antidiscrimination. Une telle loi permettrait de jeter les bases nécessaires pour lutter contre la discrimination dans toutes ses dimensions. La manière dont ces dispositions générales devraient s'appliquer aux systèmes algorithmiques devrait s'appuyer sur les résultats de recherches juridiques encore en voie d'élaboration, lesquelles devraient, à leur tour, faire fond sur les acquis des recherches techniques et sociologiques, de manière à garantir une protection suffisante contre la discrimination algorithmique.

Le présent texte, rédigé par les secrétariats de la Commission fédérale pour les questions féminines CFQF et de la Commission fédérale contre le racisme CFR, est une synthèse de l'avis de droit « Protection contre la discrimination algorithmique, avec une attention particulière accordée à la discrimination raciale et à la discrimination fondée sur le genre » (2025). Cet avis de droit a été établi à la demande des deux commissions par la professeure Nadja Braun Binder, le professeur Florent Thouvenin, la docteure Stephanie Volz et Liliane Obrecht (MLaw), des Universités de Bâle et Zurich.

Il peut être consulté aux adresses www.comfem.ch et www.ekr.admin.ch.