

8. Conclusions

The margin of appreciation and judicial activism are part and parcel of the interpretative practice of the Court. Where the interpretative sources, including the text of the Convention and Protocols, other international law sources, the decisions of the Council of Europe or other international organizations, the comparative practice, the case law or even scientific sources provide the Court with information precise enough to enable it to answer the submitted question, there exists no margin of appreciation, but only exceptionally. The absence of sufficiently precise information, which can be derived from the mentioned sources, leaves the discretionary power of the Contracting States to give their own answers to the question. The absence of sufficiently precise information in one moment does not mean the absence forever. Emerging new comparative practices can narrow the margin.

Such interpretative practice might be seen as the adjustment of Articles 31 – 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties to special characteristics of human rights provisions. The use of other international law sources is in line with Article 31, paragraph 3 (c) which requires an interpreter to take into account any rule of international law which is applicable to the issue. Having in view that the Court is satisfied with enough converging practices of the majority of the Contracting States, the use of the comparative practice might rely on Article 32, since the International Law Commission considered subsequent practice of some parties in the application of a treaty as supplementary means of interpretation.

A measure of creativity is inherent in the interpretations. It is manifested in particular in collating information from less precise sources, such as the preamble of a treaty, or from the object and purpose of a treaty, or from the principles underlying a treaty, etc. Thus, for example, the ECtHR found that the fair balance of the interests of individuals and the general interest of community is inherent in the whole text of the Convention. Really, the prohibition of the abuse of rights in Article 17 of the Convention as well as the limitations of some rights justify the finding of the balance of interest as inherent to the Convention. However, the text of the Convention does not include a clause of “the fair balance of interests” and it might be said thus the clause is a product of the creative interpretation. The margin of appreciation and the fair balance of interests are closely interrelated.

It is not easy to find evidence of judicial activism in the practice of the ECtHR beyond certain creativity in the interpretation, although the line between the interpretation of law and the creation of law might easily be blurred. But, as long as the Court finds reasons for its decisions in interpretative sources, including its previous practice, the Court remains on the terrain of interpretation. It is the case also when the Court finds that the Convention guarantees a right or imposes an obligation which had not been envisaged originally by the Contracting States during the negotiations of the Convention. The margin of appreciation, the autonomous concepts or the evolutive interpretation are thus only the explanations of the interpretative practice of the ECtHR.

*Elena LAZĂR**

L’impact de l’intelligence artificielle sur les relations de travail à la lumière du système CEDH

L’intelligence artificielle (IA) a pour but de créer des machines capables de simuler de l’intelligence, en vue de remplacer l’humain dans certaines de ses actions cérébrales. C’est dans le programme d’une conférence scientifique organisée à Dartmouth (USA) que le terme « intelligence artificielle » fut utilisé pour la première fois¹.

Toutefois, il n’existe pas à l’heure actuelle de définition communément admise de l’intelligence artificielle, mais on peut quand même la décrire comme un ensemble de sciences, de théories et de techniques dont le but est d’améliorer la capacité des machines à réaliser des tâches requérant des facultés cognitives.

De nos jours, les machineries dotées de l’IA pouvant imiter le comportement humain sont capables d’un apprentissage automatique perceptuel et seront utilisées dans les systèmes experts, dans les systèmes de commandement militaire, dans l’aide au diagnostic et aux décisions, dans l’évaluation des risques, dans la gestion financière et même exprimer des émotions artificielles et seront capables de résoudre des problèmes complexes.

Du logiciel SIRI d’Apple, aux voitures autonomes, drones ou même sous-marins, l’intelligence artificielle n’arrête pas de progresser, fait qui montre l’actualité d’un tel sujet. Et c’est cette actualité-là qui génère des lacunes juridiques s’agissant de la réglementation de l’intelligence artificielle au niveau de la communauté des Etats. Il n’existe pas de cadre juridique qui prévoit une procédure à suivre par les autorités étatiques pour évaluer l’impact de l’IA sur les droits de l’homme.

Tous ces évolutions soulèvent de nouvelles questions quant à leurs implications pour les droits de l’homme et la dignité humaine et, souvent, la délimitation des frontières entre l’être humain et un système IA.

C’est dans ce contexte que Thorbjorn Jagland a affirmé que l’« intelligence artificielle (IA) va révolutionner notre manière de vie. Dans des domaines tels que la médecine, les communications et les transports, les nouvelles opportunités abondent. Mais les conséquences des progrès de l’IA sur la démocratie, les droits de l’homme et l’État de droit restent à clarifier »².

S’agissant du domaine des droits de l’homme, en vue de respecter les obligations positives et procédurales leur incombant au titre de la Convention européenne des droits de l’homme (CEDH), les États devraient appliquer les mesures nécessaires pour protéger

* *Asistentă la Facultatea de Drept, Universitatea din București*
 Email: lazar_elena2@yahoo.com
 Manuscris primit la 25 septembrie 2019.

1 <https://www.welcometothejungle.co/fr/articles/intelligence-artificielle-quel-impact-sur-le-monde-du-travail>, site consulté le 30 juillet 2019.

2 <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/home>, site consulté le 28 août 2019.

leurs citoyens contre les violations commises par des acteurs de l'IA et garantir l'existence d'un cadre juridique qui assure le respect concret et effectif des droits de l'homme face aux effets de l'IA. Toutefois, vu la nouveauté des technologies et des systèmes d'IA, la plupart des pays n'ont pas encore mis en place un cadre juridique au niveau national permettant d'assurer la protection des individus.

Mais ce n'est pas tout. Dans 50 ans peut-être, si on considère le possible remplacement de l'humain pour des décisions ayant des effets de droit ou dans des tâches généralement accomplies par l'être humain, on se posera peut-être la question suivante: est-ce qu'une entité IA peut agir devant la Cour Européenne des droits de l'homme (CourEDH) comme le titulaire d'une plainte, invoquant une violation?

Et si on se limite aux relations de travail, imaginons-nous qu'un robot « employé » appréciant que l'état a violé un droit garanti par la Convention, souhaite saisir la Cour. Pourra-t-il le faire? A ce moment-là, la réponse à cette question est absolument NON. Mais ce n'est qu'un seul ongle de l'impact de l'IA sur les relations de travail.

La technologie IA a déjà modifié les méthodes du travail. Avec l'avènement de l'intelligence artificielle, nous ne sommes qu'au début d'une mutation sans équivalent non seulement du marché du travail, mais aussi des relations de travail en général³. Alors il faut se poser la question suivante: Qu'est qu'on entend exactement par impact de l'IA sur les relations de travail?

1. La convergence de l'IA avec les relations de travail

Qu'entend-on exactement de l'interaction de l'IA avec les relations de travail? S'agit-il d'appliquer par exemple le droit du travail aux robots? Les robots devraient-ils avoir le droit de travailler 40 heures par semaine? Les robots auront-ils droit à des vacances payées? Qu'en est-il des congés de maladie pour les robots en surchauffe? Non, bien sûr que non ! Sans parler non plus du congé de maternité pour les robots.

A ce moment-là, le droit du travail n'est pas en mesure à régir et régler le travail des systèmes IA. Cependant, d'un autre côté, il devrait être utilisé comme un outil juridique pour guider les changements évidents apportés par l'IA sur les relations de travail, à la vue d'anticiper et intégrer la transformation évidente provoquée par l'introduction de l'IA sur le lieu de travail⁴.

A l'heure actuelle, il n'est pas possible de déterminer si ces nouvelles technologies IA seront bénéfiques quant aux effets sur les relations de travail ou au contraire désastreuses.

Selon des études récentes, environ 47% de l'emploi total aux États-Unis est menacé⁵ par l'IA⁶, par l'évolution technologique rapide et fleurissante. Toutefois, pour des raisons

3 <https://www.soulier-avocats.com/le-droit-du-travail-face-aux-enjeux-de-lintelligence-artificielle-tome-1-dune-trilogie/>, site consulté le 28 août 2019.

4 Idem.

5 Carl Benedikt Frey et Michael A. Osborne, *The Future of Employment: How Susceptible Are Jobs to Computerisation*, 2013, p. 1 (https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf, site consulté le 28 juillet 2019).

6 <https://www.bcgperspectives.com/content/articles/lean-manufacturing-innovation-robots-redefinecompetitiveness/>, site consulté le 2 juin 2019.

économiques, dans la plupart des pays en développement, la mise en œuvre de systèmes autonomes ne sera probablement pas rentable à l'heure actuelle car les coûts salariaux ne sont pas si élevés que les coûts d'acquisition, de développement et de maintenance du matériel nécessaire pour la technique IA.

Ainsi, il convient de souligner que les impacts induits de l'IA sur les emplois peuvent être regardés selon deux perspectives, dont l'une peut être qualifiée d'optimiste et l'autre de pessimiste.

La perspective optimiste montre une IA qui met au centre le travailleur, tout en prenant en compte les avis des personnes qui seront appelées à travailler dans le cadre des nouveaux processus numérique, définit clairement les tâches qui resteront quand même aux mains des travailleurs, facilite le travail des employés et s'assure que les travailleurs ne deviennent pas de simples exécutants⁷. De plus, l'IA va permettre la création de métiers, y compris des emplois non qualifiés, vu qu'il a y toujours besoin des superviseurs de systèmes IA et des gestionnaires d'équipements automatisés.

Bien entendu, IA pourrait également aider les employeurs à être plus diversifiés dans leur processus de recrutement, permettant ainsi aux candidats qui répondent aux critères, mais qui ne sont pas parvenus au stade de l'entretien, en raison d'un préjugé latent leur permettant de surmonter ces obstacles.

Dans une perspective pessimiste l'IA va causer la disparition de beaucoup de métiers, plutôt ceux répétitifs, comme de casier, fabricant pièces, garagiste, etc. Les algorithmes sont aujourd'hui capables d'estimer les coûts de réparation de véhicules accidentés ou les modalités d'assemblage des pièces, avec une marge d'erreur très faible.

On se demande ainsi, dans les usines, fabriques, jusqu'à quel point les machines intelligentes seront-elles toutefois autonomes et quelles seront les formes de complémentarité avec le travail humain? Mais avec l'évolution technologique ce ne sont pas les seuls en péril. Les voitures autonomes, robots chirurgiens, menacent d'autres métiers ou professions, même les professions libérales comme celle d'avocat (on prend en compte les avocats salariés).

En plus, des entreprises en parfaite santé économique seraient donc tentés de justifier des réductions d'effectif par des seuls investissements dans la robotique et l'IA. Alors, la technique IA peut mettre une pression significative sur les travailleurs, en augmentant la demande de main-d'œuvre dans les industries ou les emplois créés ou développés en raison du progrès technologique, afin de pouvoir atteindre les mêmes résultats d'un system IA, de produire mieux, mais autrement.

Pour autant, la perspective de destruction d'emplois en lien avec l'intelligence artificielle est bien réelle et susceptible d'affecter plus rapidement et drastiquement certains emplois. Au Canada par exemple, le service postal réfléchit à l'utilisation de drones pour la distribution du courrier, ce qui aura pour effet la destruction d'un nombre important d'emplois de conducteurs⁸. Qu'en est-il des droits des personnes qui seront remplacés par des systèmes IA? Pourront-ils se prévaloir de la CEDH afin de pouvoir

7 <https://www.cadrescfdt.fr/sites/default/files/inline-files-two/AVIS%20FR%202018-01473-00-00-AS-TRA-FR.pdf>, site consulté le 28 juillet 2019.

8 <https://crises.uqam.ca/wp-content/uploads/2019/06/Article-Bettache-Foisy.pdf>, site consulté le 12 juin 2019.

garder leur travail? Quels sont les moyens dont les êtres humains disposent pour faire face aux défis de l'IA?

Pour ce qui est du domaine juridique, on entend souvent de nos jours que les avocats ou les juges se trouvent en péril d'être remplacés par des robots ou d'autres systèmes IA. S'agit-il d'un péril réel ou pas? On est d'avis que dans ce cas-là, l'existence des machineries IA vient d'aider les avocats ou bien les juges dans leurs efforts.

Par exemple, Lex Machina⁹, qui appartient maintenant à LexisNexis, utilise l'analyse juridique pour prévoir les tendances et les résultats des litiges de propriété intellectuelle, et s'étend maintenant à d'autres types de litiges complexes. Wolters Kluwer s'appuie sur une base de données volumineuse contenant les enregistrements de facturation des cabinets d'avocats pour fournir des bases de référence, des analyses comparatives et des gains d'efficacité pour les avocats internes et externes des cabinets d'avocats en matière de recrutement, de facturation et de délais pour diverses questions juridiques.

Ravel Law¹⁰, également récemment acheté par LexisNexis, utilise l'analyse juridique des opinions judiciaires pour prédire comment des juges spécifiques peuvent trancher des affaires, notamment en proposant des recommandations sur des précédents spécifiques.

Legal Bots ou plus précisément, les Bots¹¹ sont des programmes en ligne interactifs conçus pour interagir avec un public afin d'aider à une fonction spécifique ou pour fournir des réponses personnalisées à la situation spécifique du destinataire. Déjà, de nombreux cabinets d'avocats développent des robots pour aider leurs clients actuels ou potentiels à résoudre un problème juridique en fonction circonstances du cas.

ROSS est un outil de recherche en ligne utilisant le traitement du langage naturel, développé par IBM Watson¹², qui permet aujourd'hui d'effectuer des recherches et des analyses juridiques pour plusieurs cabinets d'avocats. Il est en mesure de lire et de traiter plus d'un million de pages juridiques par minute. Il a d'abord été adopté publiquement par le cabinet d'avocats Baker Hostetler pour l'aider dans sa pratique de la faillite.

En plus, l'IA contribue à la prise de décision par les juges de plusieurs manières. Par exemple, la Cour suprême du Wisconsin a récemment confirmé l'utilisation des algorithmes dans les décisions de condamnation pénale¹³.

Toutefois, on est encore témoins de la crainte et la réticence de l'homme vers ces nouveaux outils. Ainsi, dans une intervention surprenante visant à limiter le secteur émergent de l'analyse et de la prévision des contentieux judiciaire, le gouvernement français a interdit la publication d'informations statistiques sur les décisions des juges¹⁴ - une peine de cinq ans d'emprisonnement étant la peine maximale prévue pour quiconque enfreint la nouvelle loi. Les sociétés propriétaires de technologie juridique IA spécialisées

9 European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment adopted by the CEPEJ during its 31st Plenary meeting (Strasbourg, 3-4 December 2018).

10 <http://www.precisement.org/blog/Intelligence-artificielle-en-droit-derriere-la-hype-la-realite.html>, site consulté le 2 septembre 2019.

11 Idem.

12 Idem.

13 *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016).

14 <https://www.artificiallawyer.com/2019/06/04/france-bans-judge-analytics-5-years-in-prison-for-rule-breakers/>, site consulté le 2 septembre 2019.

dans l'analyse des litiges sont les plus susceptibles d'être affectés par cette nouvelle mesure.

La nouvelle réglementation¹⁵, codifiée à l'article 33 de la loi sur la réforme de la justice, vise à empêcher quiconque - en particulier les sociétés de technologie juridique spécialisées dans la prévision et l'analyse des litiges - de révéler publiquement le comportement des juges à l'égard des décisions de justice.

Prenant en compte tous ces outils présentés ci-dessus, on se pose la question s'ils menacent vraiment la profession d'avocat ou de juge? Afin de répondre à cette question on fait l'analogie suivante. Au cours des années 1940, de nombreux pilotes craignaient de perdre leur emploi en raison de la montée en puissance de la technologie du pilote automatique. Cela n'a pas été le cas, même 80 ans plus tard, nous avons toujours des pilotes qui exploitent les avions, même si le pilote automatique les aide énormément. On apprécie que la situation des avocats et juges est pareil, comme la plupart des tâches pouvant être automatisées, tandis que tout ce qui nécessite une prise de décision et une responsabilité avancée nécessitera toujours un avocat-être humain- spécialisé. La technologie peut aider avec les tâches que personne n'aime faire, tandis que les humains auront tous les « bons éléments » d'un travail.

De plus, le cadre juridique actuel nous protège-t-il des erreurs, biais, discriminations, infractions, des IA qui prennent la place des avocats ou juges? Comment sanctionner un système IA, un robot-juge qui rend une décision en interprétant des algorithmes d'une façon erronée? Les systèmes d'IA sont souvent protégés par le secret des affaires ou par les droits de propriété intellectuelle. Ainsi, cette protection pourrait entraver le déroulement même d'une enquête disciplinaire. Et si dans les rapports de travail actuelles, on dispose des sanctions disciplinaires, est-ce qu'on dispose d'un mécanisme similaire en cas des décisions prises par des systèmes IA? Comment protéger nos droits? Peut-être en modifiant la législation et admettre davantage d'exceptions au secret d'affaires/droits de propriété intellectuelle, en vue d'assurer un équilibre entre l'intérêt privé de protéger les droits de l'homme et l'intérêt commercial, la confidentialité.

2. Les droits des travailleurs affectés par l'IA

Les droits de l'homme régissent le comportement entre l'Etat et ses citoyens et s'adressent ainsi en premier lieu aux Etats. Selon l'art. 1 CEDH, l'Etat a le devoir de garantir et assurer tous les droits inscrits dans Convention européenne des droits de l'homme. Cette obligation s'étend à tous les pouvoirs publics, législatifs, judiciaires ainsi qu'à l'administration. Mais comment la jurisprudence de Strasbourg pourrait-elle donc rendre des décisions en matière de droit du travail s'il n'y a pas un droit consacré directement dans la Convention, touchant ce domaine ?

Par conséquent on se demande si le secteur privé, par exemple les employeurs sont

15 Art. 33 de la Loi « Les données d'identité des magistrats et des membres du greffe ne peuvent faire l'objet d'une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées. La violation de cette interdiction est punie des peines prévues aux articles 226-18, 226-24 et 226-31 du code pénal, sans préjudice des mesures et sanctions prévues par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. » ;

liés par la même obligation que l'Etat? On dirait que la réponse à cette question est non, il n'a lui aucune obligation directe en lien avec la CEDH. Toutefois, cela ne signifie pas pour autant que les litiges de droit civil, portant plus précisément sur une relation de droit du travail privée, ne peuvent être portés devant la Cour. Mais conformément à jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ce sont toujours les États qui doivent garantir la protection des droits de la Convention, également dans les rapports privés comme devoir de protection positive et notamment dans le domaine du droit du travail. Il peut donc y avoir violation de la CEDH quand les tribunaux nationaux n'ont pas effectué dans le litige en cause une juste pesée entre les intérêts en jeu, c'est-à-dire celui de l'employeur et ceux des employés. Ainsi, au regard des avantages présentés par l'utilisation par les employeurs des robots autonomes/d'autres systèmes IA et des risques bien réels pour la vie des employés, il conviendra souvent d'instaurer une balance entre les intérêts.

La Cour interprète la CEDH en tant qu'« instrument vivant »¹⁶. Cela signifie que les dispositions de la Convention sont interprétées en considération du contexte social actuel, et non pas selon les conditions propres à l'époque où elles ont été édifiées. Ainsi le contexte social peut être dominé par une évolution rapide des systèmes IA et par leur impact et implications sur les relations de travail, impact qui va mettre son empreinte aussi sur la jurisprudence de la Cour dans un futur proche.

Après avoir constaté que la CEDH s'applique également aux relations de travail (même si d'une manière indirecte), il faut naturellement s'interroger, quelles seront les droits défiés par l'IA dans le contexte du travail ?

La juridiction européenne conçoit la notion de « vie privée » très largement. La Cour n'a pas seulement reconnu le droit à une sphère privée sur le lieu de travail, mais également le droit à accéder à un poste de travail sans discrimination aucune (art. 8 associé à l'art 14.), précisant que le refus d'embauche pour des raisons discriminantes représente une violation de la CEDH¹⁷.

Imaginons un responsable du recrutement confronté à un millier de demandes d'emploi à trier - AI peut aider les ressources humaines à filtrer les curriculums vitae et à identifier les candidats appropriés. La sélection de candidats assistée par AI a également un grand potentiel pour réduire le risque que les candidats soient écartés en raison de préjugés implicites que les gestionnaires d'embauche humains pourraient inconsciemment conserver¹⁸.

Toutefois, donner tous ces emplois à des robots et à des algorithmes soulève d'intéressantes questions éthiques. Comment pouvons-nous garantir qu'il n'y a pas de biais dans le profilage de données ou dans la manière dont les données sont hiérarchisées, conduisant à une discrimination supplémentaire du système?

Le profilage, en soi, signifie l'extrapolation des données disponibles sur Internet par le biais de processus de collecte automatisée d'informations, puis de la construction et

16 CEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, req n° 5856/72, 25 avril 1978.

17 CEDH, *Sidabras et Dziutas c. Lituanie*, req n° 55480/00, 59330/00, 27 juillet 2004.

18 <https://www.humanrights.ch/fr/droits-humains-suisse/interieure/politique-sociale/droits/signification-cedh-droit-travail-suisse>, site consulté le 18 août 2019.

de l'application de profils. Les techniques de profilage peuvent profiter aux individus et à la société en permettant, par exemple, une meilleure segmentation du marché ou en permettant une analyse des risques et de la fraude¹⁹.

Toutefois, la question des biais des algorithmes et des données d'apprentissage et les possibles effets pervers de discrimination, demeurent controversés²⁰. Pour certains, les algorithmes et autres logiciels de recrutement prédictifs peuvent s'avérer utiles dans la réduction des discriminations à l'embauche et favoriser des recrutements plus « intelligents ». Pour d'autres, elles risquent toujours de refléter, les biais des programmeurs de ces robots recruteurs, les biais de ces personnes qui sont responsables de la façon dont les algorithmes fonctionnent, parce que les machineries IA n'ont pas de conscience.

Par exemple, au but de reconnaître un visage, et à l'inscrire dans différentes catégories, comme le genre ou l'âge, les systèmes IA s'entraînent sur des bases de données existantes. Ainsi, une fois que le système a vu un certain nombre de visages, associés au qualificatif « femme », il sera capable reconnaître une femme sur une photo qu'elle n'a jamais traitée. Mais si la base de données n'est pas assez complexe, par exemple si elle ne comporte pas suffisamment d'images de femmes noires, le système sera mal entraîné²¹. C'est ce qui a par exemple mené un système de reconnaissance faciale de Google, à classer l'image d'une femme afro-américaine dans la catégorie « gorille »²².

La discrimination issue de l'utilisation des systèmes IA est présente non seulement à l'embauche, à la sélection des candidats, mais aussi au cours des relations de travail, par exemple en cas d'avancement des salaires et même au licenciement. Prenons-nous un autre exemple - les personnes défavorisées ou pauvres habitent d'habitude à la banlieue de villes et pas au centre-ville et par conséquent viennent de plus loin que les autres salaires, en arrivant plus tard au travail, en raison des embouteillages ou de problèmes de transports publics. Ainsi, si l'employeur choisit d'évaluer les performances d'un employé en vue d'un licenciement pour des causes économiques, par l'étiquette « rarement ou souvent en retard », les pauvres seront bien sûr désavantagés, même s'ils font mieux que les autres employés à d'autres égards. On note alors que la discrimination peut s'introduire dans un système d'IA en raison de la façon dont une entreprise définit les variables des algorithmes.

Supposons qu'une entreprise veuille sélectionner par prédiction automatisée les candidats qui seront promus et en vue de faire ça, elle choisit de retenir certaines caractéristiques applicables à chaque dossier- les personnes qui ont fait leurs études dans l'une des grandes universités comme Harvard, Oxford, Columbia, etc.- ce qui vient d'introduire un biais contre certains groupes, parce que les membres de certains groupes raciaux ou les individus avec peu de moyens financiers ne fréquentent pas ces établissements. Le système aura alors des effets discriminatoires dès lors qu'un employeur

19 <https://rm.coe.int/etude-sur-discrimination-intelligence-artificielle-et-decisions-algori/1680925d84>, site consulté le 18 août 2019.

20 Idem .

21 <https://start.lesechos.fr/actus/digital-technologie/la-discrimination-cote-obscur-de-l-intelligence-artificielle-11242.php>, site consulté le 11 août 2019.

22 <https://www.lci.fr/high-tech/google-photos-le-service-confond-les-personnes-noires-avec-des-gorilles-1526408.html>, site consulté le 2 août 2019.

se fonde sur la fréquentation d'une grande université pour sélectionner les salariés qui vont recevoir une promotion. C'est pour ce raison-là que Amazon a abandonné un système d'IA pour le recrutement de son personnel en raison d'un biais défavorable aux femmes. Selon Reuters²³, l'entreprise s'est rendu compte que son nouveau système n'évaluait pas les candidats à des postes d'informaticiens de façon non sexiste et les données historiques avaient enseigné au système d'Amazon que les candidats étaient préférables aux candidates.

La CEDH interdit la discrimination directe comme indirecte. La juridiction européenne précise que pour qu'il y ait discrimination directe, « il doit y avoir une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations analogues ou comparables », et cette différence de traitement doit être fondée sur une « caractéristique identifiable »²⁴.

Pour ce qui est de la discrimination indirecte, elle est définie par la Cour comme: « [...] une différence de traitement [peut] consister en un effet préjudiciable disproportionné occasionné par une politique ou une mesure qui, bien que formulée de manière neutre, opère une discrimination à l'égard d'un groupe [...]. Une telle situation s'analyse en une "discrimination indirecte" qui n'exige pas nécessairement qu'il y ait une intention discriminatoire »²⁵.

Dans les exemples fictifs illustrés ci-dessus, c'était la discrimination indirecte en cause, car les décisions d'IA aboutissent la plupart de temps à des discriminations accidentelles qu'intentionnelles. Toutefois, ce n'est qu'une discrimination en théorie, car en pratique la possibilité de démontrer la présomption de discrimination indirecte peut aussi susciter des difficultés. Prenons-nous un des cas déjà illustres ci-dessus- une femme se voit rejetée par une entreprise sa candidature pour une poste de technicien. Cette dernière utilise un système d'IA pour filtrer toutes les postulations des candidats. Si sa postulation de candidature est rejetée automatiquement, elle ne voit pas le motif du refus. De plus, il ne saura pas si le système d'IA de l'entreprise, rejette les candidatures à un nombre disproportionné de femmes. Ainsi, même si elle sait que la décision a été prise par un système d'IA et non pas par un employé, il lui sera difficile de déterminer si elle est discriminatoire.

De plus, le dispositif de réglementation de la non-discrimination comporte des lacunes en ce qui concerne l'IA. La plupart des lois visant la lutte contre la discrimination ne prennent en compte que certains critères de discrimination, comme la race, le genre ou l'orientation sexuelle. Elles ne s'appliquent pas à la discrimination au motif de l'état de fortune, ce qui vient de montrer qu'au niveau national on n'a pas un cadre législatif effectif pour combattre la discrimination.

Aussi, « droit de maintenir son lieu de travail » se trouve protégée par l'article 8 CEDH comme domaine de la vie privée, la perte du travail à cause d'une automatisation et de l'usage des machineries IA ayant des conséquences sur la dignité des personnes. De même, l'arrêt *SW c/ Royaume-Uni*²⁶ de la juridiction européenne affirme que la dignité

23 <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G>, site consulté le 8 septembre 2019.

24 CEDH, *Biao c. Danemark (Grande Chambre)*, req n° 38590/10, 24 mai 2016, § 89.

25 Ibidem, § 103.

26 CEDH, *SW c. Royaume-Uni*, req. n° 20166/92, 22 novembre 1995, § 44.

constitue l'essence même de la Convention. Ainsi, cette situation de perte du travail face à des robots autonomes qui seraient même en mesure de communiquer, laissera alors à l'homme un sentiment de crainte, d'être dépassé ou mis hors-jeu par ces machineries.

En outre, l'article 8 CEDH promeut une protection contre le licenciement abusif²⁷, qui pourra même aboutir à un droit de réintégration²⁸. Peut-on considérer qu'un licenciement à cause de l'automatisation du travail et de l'existence des systèmes IA qui exécutent leurs tâches plus rapidement que l'homme, comme abusive? On dirait que la réponse à cette question doit être affirmative.

Une protection effective contre le licenciement abusif signifie à ne pas déposséder le travailleur de son travail, de ne pas déqualifier les travailleurs et de s'assurer que le travail procure à ceux qui l'exercent la satisfaction de contribuer bien-être de l'entreprise, même en présence des machineries dotés d'IA. A priori, il n'est pas éthiquement acceptable qu'un être humain soit contraint par l'IA ou qu'il soit considéré comme un exécutant de la machine qui lui dicterait les tâches à accomplir, la manière de les accomplir et les délais dans lesquels ces tâches doivent être exécutées. Pourtant, cette frontière éthique semble parfois dépassée. C'est pourquoi il convient de formuler clairement cette frontière éthique dans les lignes directrices de l'IA en matière d'éthique.

Une autre question qui se trouve ancrée sur le terrain de l'article 8 de la Convention, concerne la surveillance et le contrôle managérial. Tout le monde s'accorde sur la nécessité d'une surveillance raisonnée du travail effectué, comme c'est une des prérogatives de l'employeur, mais tout en respectant certaines limites bien sûr²⁹. Aujourd'hui, la possibilité de mettre en place des systèmes IA de contrôle total en temps réel des travailleurs, posent le risque d'une surveillance et d'un contrôle qui deviendraient disproportionnés.

En fin, on s'interroge si l'article 1 du Protocole 1 de la Convention peut couvrir le domaine des relations de travail? Peut-on considérer le « droit de maintenir son travail » face à l'automatisation de plus en plus prégnante, comme un « bien »? Est-ce que la juridiction européenne considérait comme recevable une requête d'une personne licenciée allégeant la violation de l'article 1 du Protocole 1, au motif qu'elle a été remplacée par un système IA qui est capable remplir d'une façon plus rapide tous les tâches qu'elle accomplissait au travail? Afin de répondre à cette question, il faut mentionner que la Cour a apprécié comme un « bien » une pension de retraite³⁰: La Cour constate que l'article 1 du Protocole n° 1 ne garantit pas en lui-même le droit à une pension de retraite d'un montant particulier. Toutefois, la reconnaissance par l'Etat d'un droit à la retraite fait naître un intérêt patrimonial passant sous la protection de la Convention³¹.

De plus, La Cour a estimé qu'une personne affiliée à un régime de pension de vieillesse, fondé sur l'adhésion obligatoire à une organisation professionnelle (avocat) durant l'exercice d'une profession, peut nourrir une espérance légitime de percevoir une pension au moment de la retraite, ce qui s'analyse donc en un bien au sens de l'article 1

27 CEDH, *Schiith c. l'Allemagne et Obst c. l'Allemagne*, req. n° 1620/03, 23 septembre 2010.

28 CEDH, *Volkov c. Ukraine*, req. n° 21722/11, 9 avril 2013.

29 CEDH, *Barbulescu c. Roumanie*, req. n° 61496/08, 5 Septembre 2017.

30 CEDH, *Valkov et autres c. Bulgarie*, req. n° 2033/04, 19125/04, 19475/04, 19490/04, 19495/04, 19497/04, 24729/04, 171/05 et 2041/05, 25 octobre 2011.

31 Ibidem, § 84

du Protocole 1 de la Convention³².

Ainsi, on pourrait déduire par analogie que le « droit de maintenir son travail » peut représenter un « bien » au sens de la Convention.

On a pu noter à travers cette section que les relations de travail face à l'IA se trouvent protégées seulement de manière indirecte sur le terrain de la CEDH. En plus, il ne faut pas oublier que ce sont les Etats eux-mêmes les garants des droits prévus dans la Convention et alors c'est premièrement au niveau national qu'il faut avoir un cadre législatif qui assure et protège les relations de travail contre les périls posés par l'IA. Malheureusement au niveau national, ce cadre législatif va encore s'attarder, car il y a toujours des questions sans réponse pour l'instant: Quel est le droit applicable à l'IA en droit? Le droit nous protège-t-il des dommages causés par les intelligences artificielles? Le cadre juridique actuel nous protège-t-il des erreurs, et discriminations des IA? Les décisions des IA doivent-elles être prises en compte dans les chaînes de responsabilité? Quelle transparence peut-on exiger des IA? Supposons qu'une machine IA cause un accident de travail. Est-ce qu'on a le cadre légal au niveau des états membres qui nous permet d'engager sa responsabilité? On est d'avis que la réponse à cette question est-pas encore.

3. Le cadre juridique du droit du travail roumain face aux défis de l'IA

Dans cette section là je me suis penchée d'une cote sur les questions liées à la fin du contrat de travail et plus précisément sur la question de savoir si le droit du travail roumain actuel prévoit des gardes fous contre le risque de suppression des emplois, par l'IA, et d'autre cote sur la possibilité des machineries IA de saisir les instances.

Le licenciement peut être ordonné pour des raisons liées à la personne du salarié ou pour des raisons étrangères à la personne (art. 58, paragraphe 2 Code du Travail³³). Le licenciement pour des raisons non liées à la personne de l'employé est défini à l'art. 65 alinéa 1 du Code du travail³⁴ comme la résiliation du contrat de travail individuel déterminé par le démantèlement de la position occupé par le salarié, pour une ou plusieurs raisons, sans lien avec la personne.

Un de ces raisons peut être issu de l'automatisation du travail, de l'utilisation des systèmes IA qui peuvent effectuer les tâches spécifiques à certains métiers plus rapidement et même à un coût plus bas. Ainsi, la raison de la cessation d'emploi (transformations technologiques, modernisation et ou automatisation des processus de production, etc.) ne peut pas être imputée à l'employeur, mais elle est déterminée par des causes objectives. Dans ces conditions, on se demande quelle est la protection accordée aux employés dans une telle situation?

Il semble raisonnable de supposer que, pour déterminer si le licenciement pour motif économique dû à des modifications techniques est justifié, les juges de demain examineront avec attention et avec une soucie visible, les efforts déployés par les entreprises pour s'adapter aux enjeux de l'IA sans recourir au licenciement de leur salariés

32 CEDH, *Klein c. Autriche*, req. n° 57028/00, 3 mars 2011.

33 Loi n° 53/2003, publiée au Journal Officiel n° 345 du 18 mai 2011, art. 58.

34 Loi n° 53/2003, publiée au Journal Officiel n° 345 du 18 mai 2011, art. 65.

comme première option. Cela devrait être particulièrement vrai chaque fois que l'emploi est supprimé à la suite de l'introduction d'un outil lié à l'IA. Il résulte alors obligation de résultat portant sur la tentative d'adapter un employé à un nouveau poste avant de procéder à un licenciement pour des raisons économiques, de favoriser l'anticipation des risques, de faciliter l'accès des travailleurs à la formation au sein de l'entreprise. Quand même, la législation roumaine dans le domaine des relations de travail ne prévoit pas ce genre des garanties expresses.

Pour ce qui est de la possibilité d'une machinerie dotée d'IA de saisir une juridiction nationale, en cas d'une potentielle violation de ces droits dans le contexte des relations de travail, on entend faire les suivantes précisions: l'article 10 du Code du travail stipule que « Le contrat individuel de travail est le contrat en vertu duquel une personne physique, appelée salariée, s'engage à effectuer un travail pour et sous l'autorité d'un employeur, d'une personne physique ou morale, en échange d'une rémunération appelé salaire »³⁵. Ainsi la notion de « personne physique » utilisée par le législateur roumain ne laisse pas de place à une interprétation extensive. Seulement une personne physique peut conclure un contrat de travail et par conséquent, saisir la juridiction compétente en cas de litige.

Toutefois, la loi no. 81/2018³⁶ du télétravail, définit cette notion comme « une forme d'organisation qui permet au salarié de remplir les attributions spécifiques à ses fonctions, de manière régulière et volontaire, dans un endroit autre que le lieu de travail organisé par l'employeur, au moins un jour par mois, grâce aux technologies de l'information et de la communication ». On peut remarquer ici, que le législateur a remplacé la syntagme « personne physique » avec le salariat, ce qui vient de montrer un changement de conception, vue qu'un salariat pourrait inclure même d'une façon hypothétique, aussi un robot.

4. Les systèmes IA-possibles titulaires des plaintes devant la CEDH ?

Comme on a déjà précisé au début de notre démarche, l'impact de l'IA sur les relations de travail à la lumière du système CEDH doit être analysé d'une double perspective. Ainsi, il faut non seulement s'interroger quels droits des travailleurs seront affectés par l'IA, mais aussi si une machinerie autonome, un robot, pourrait-il être titulaire d'une plainte devant la Cour? Peut-on parler des personnes électroniques titulaires des droits garantis par la Convention?

La Convention utilise l'expression des requêtes individuelles, introduites par une personne physique, organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers estimant que leurs droits ont été violés³⁷. Alors tous ces notions viennent d'exclure les entités dotées d'IA.

Classiquement, afin d'attribuer la personnalité juridique à une entité, on tente de la

35 Loi n° 53/2003, publiée au Journal Officiel n° 345 du 18 mai 2011, art. 10

36 Loi n° 81/2018 régissant l'activité de télétravail, publiée au Journal Officiel n° 296 du 2 avril 2018.

37 Art. 34 de la Convention « La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit ».

rapprocher de l'homme. Tel est par exemple le cas pour le droit des animaux, puisque les partisans de cette idée apprécient que la personnalité juridique doive leur être attribuée en ce que certains d'entre eux disposent d'une conscience, d'une capacité à souffrir, donc finalement de sentiments propres.

Plus encore, quels droits attribuer au robot en liaison aux relations de travail: le droit à la vie – c'est-à-dire le droit à la non-destruction à cause d'utilisation excessive –, le droit à la dignité, le droit à la retraite, le droit au versement d'une rémunération ?

Ainsi, l'attribution de droits permettrait-elle qu'un robot employé en milieu dangereuse comme une centrale nucléaire refuse de traverser une zone susceptible de l'endommager ou même le détruire, qu'un robot technicien exige d'avoir des congés, ou qu'un robot assistant médical demande un salaire avant de commencer à s'occuper du traitement d'une personne malade? Et s'ils sont refusés, est-ce qu'ils pourront invoquer l'article 8 ou l'article 1 du Protocole 1 de la Convention? Pour l'instant on pourrait affirmer certainement que la réponse à cette question est Non.

Toutefois, cette idée n'est pas si loin de nous. En fait, le Parlement européen vient d'adopter une proposition de résolution contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique³⁸ (2015/2103 (INL) et le point 31 f) de cette résolution demande la création d'une personnalité juridique spécifique aux robots³⁹. De plus, le Parlement considère que vu cette autonomie des robots, se « pose la question de leur nature et de leur appartenance à l'une des catégories juridiques existantes (personnes physiques, personnes morales, animaux ou objets ?) »⁴⁰.

Dans la même optique, se trouve l'initiative de Riyad, qui a accordé la nationalité saoudienne à un robot, Sophia, lors d'une conférence sur les nouvelles technologies⁴¹. C'est là que le débat sur les droits de l'homme prend le pas sur le débat sur l'éthique et les effets des nouvelles technologies⁴². Si dans un pays où règne un régime islamique rigoureux et une ségrégation des sexes cette option (d'accorder citoyenneté à un robot) qui paraissait jusqu'à ce moment la fiction, est devenu une réalité, on se demande si dans une future proche Sophia pourra saisir la Cour pour une violation de ces droits ?

Pour répondre à cette question, on reprenne les mots de la rapporteuse, Mady Delvaux, en soulignant qu' : « *Il faut rappeler aux gens que le robot n'est pas un être humain et qu'il n'en sera jamais un. S'il peut montrer de l'empathie, il n'en ressent pas.* »⁴³. De plus, au cœur de la protection offerte par le droit du travail et bien sûr par les droits de l'homme, se trouve encore l'être humain.

38 http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-582443_EN.pdf?redirect, site consulté le 8 septembre 2019.

39 https://iatranshumanisme.com/wp-content/uploads/2017/02/p8_ta20170051.pdf, site consulté le 2 juin 2019.

40 http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-582443_EN.pdf?redirect, Liability Section (T), site consulté le 8 septembre 2019.

41 https://www.lexpress.fr/actualite/monde/proche-moyen-orient/le-robot-sophia-citoyenne-saoudienne-a-plus-de-droits-que-les-femmes-de-son-pays_1955877.html, site consulté le 2 septembre 2019.

42 Idem.

43 <https://www.droit-technologie.org/actualites/parlement-europeen-souhaite-creer-droit-robots/>, site consulté le 12 septembre 2019.

5. Conclusion

Notre conclusion postulera que l'impact de l'IA ne consistera pas en une révolution des relations de travail, mais se présentera plutôt comme une reconfiguration de celles-ci avec un meilleur encadrement juridique de l'IA au niveau national. Au-delà des questions éthiques qu'elle implique, l'IA constitue un véritable défi pour le droit, en ce sens que les règles et, plus spécifiquement, le cadre juridique actuellement en vigueur peuvent se révéler inadaptés ou insuffisants pour encadrer cette nouvelle réalité.

En conclusion, nous estimons que l'impact de l'IA ne consistera pas en une révolution des relations de travail, mais se présentera plutôt comme une reconfiguration de celles-ci avec un meilleur encadrement juridique de l'IA au niveau national. Au-delà des questions éthiques qu'elle implique, l'IA constitue un véritable défi pour le droit, en ce sens que les règles et, plus spécifiquement, le cadre juridique en vigueur actuellement peuvent se révéler inadaptés ou insuffisants pour encadrer cette nouvelle réalité.

D'un côté, l'appréhension de l'automatisation sur le marché du travail sous le seul angle des emplois potentiellement remplaçables par des systèmes et machines et l'affectation des droits de l'homme nous paraît quelque peu réductrice. En termes de l'impact de l'IA sur la transformation des relations de travail, il est important de mettre en exergue d'autres aspects parmi lesquels la possibilité pour une machine dotée d'IA de saisir dans le futur proche une juridiction en cas de violation de ses « droits » ou la nécessité de mettre en place un cadre légal protecteur pour les dommages causés par l'IA. Quels garde-fous prévoit actuellement le droit en ce qui concerne l'IA? Il n'y en a pas beaucoup, on dirait... Par ailleurs, les droits de l'homme vont devoir aussi faire l'objet de nouveaux positionnements, en s'ajustant aux changements et impacts de l'IA sur les relations de travail.

De l'autre côté, ce que nous devons finalement comprendre c'est le fait que les systèmes IA dotés de sens sont en fait notre propriété et nous devons donc nous préoccuper d'utiliser ladite propriété en notre faveur. Qui plus est, si nous voulons que le travail humain survive à l'ère de l'IA⁴⁴ avec les nouveaux emplois et technologies, se pose la question de savoir quel genre de place sera réservée à l'être humain: quelles compétences, quelles aptitudes, quelles qualités seront requises pour être « employable »?

44 <https://www.soulier-avocats.com/le-droit-du-travail-face-aux-enjeux-de-lintelligence-artificielle-tome-1-dune-trilogie/>, site consulté le 28 juillet 2019.