



Chapitre d'actes

2024

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Droit du travail et intelligence artificielle : défis des décisions automatisées pour les employeurs

Hirsch, Célian

How to cite

HIRSCH, Célian. Droit du travail et intelligence artificielle : défis des décisions automatisées pour les employeurs. In: La protection des données dans les relations de travail à la lumière de la nouvelle loi fédérale sur la protection des données. Dunand, Jean-Philippe ; Défago, Valérie ; Mahon, Pascal ; Posse, Samah ; Raedler, David (Ed.). Neuchâtel. Zurich : Schulthess, 2024. p. 95–121. (Centre d'étude des relations du travail)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:176867>

C
E
R
T

Valérie Défago | Jean-Philippe Dunand
Pascal Mahon | Samah Posse | David Raedler (éds)

François Charlet | Frédéric Erard
Célian Hirsch | Sylvain Métille
Samah Posse | David Raedler

La protection des données dans les relations de travail à la lumière de la nouvelle loi fédérale sur la protection des données





Valérie Défago
Jean-Philippe Dunand
Pascal Mahon

Volume 19

Valérie Défago | Jean-Philippe Dunand | Pascal Mahon
Samah Posse | David Raedler (éds)

François Charlet | Frédéric Erard
Célian Hirsch | Sylvain Métille
Samah Posse | David Raedler

La protection des données dans les relations de travail à la lumière de la nouvelle loi fédérale sur la protection des données



Schulthess § 2024
ÉDITIONS ROMANDES

Citation suggérée de l'ouvrage: VALÉRIE DÉFAGO / JEAN-PHILIPPE DUNAND / PASCAL MAHON / SAMAH POSSE / DAVID RAEDLER (éds), *La protection des données dans les relations de travail à la lumière de la nouvelle loi fédérale sur la protection des données*, « Collection CERT », Genève/Zurich 2024, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8976-0

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich 2024
www.schulthess.com

Diffusion en France : Lextenso Éditions, La Grande Arche, Paroi Nord 1 Parvis de La Défense 92044 Paris – La Défense
www.lextenso-editions.com

Diffusion en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine, 119, avenue Milcamps, 1030 Bruxelles

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek : La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Table des matières

Table des abréviations.....	IX
-----------------------------	----

Première partie : Principes généraux et enjeux

Loi fédérale sur la protection des données révisée : principes généraux et nouveautés.....	3
---	----------

Sylvain Métille

Docteur en droit, avocat, professeur associé à l'Université de Lausanne

Protection des données : enjeux et risques pour les entreprises.....	49
---	-----------

François Charlet

Chief Privacy & Data Protection Officer, co-fondateur de l'Association suisse des délégués à la protection des données

Deuxième partie : Questions spécifiques

La collecte des données relatives à la santé des travailleurs par l'employeur privé.....	65
---	-----------

Frédéric Erard

Professeur associé à l'Université de Lausanne

Droit du travail et intelligence artificielle : défis des décisions automatisées pour les employeurs.....	97
--	-----------

Célian Hirsch

Docteur en droit, avocat, maître-assistant à l'Université de Genève, lecteur à l'Université de Fribourg

La surveillance numérique des employés – Entre risques et opportunités.....	123
--	------------

Samah Posse

Docteure en droit, chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel, Chargée de cours & Data Protection Officer à UniDistance Suisse

**Les nouvelles procédures de la LPD révisée et leur impact
dans les rapports de travail**153

David Raedler

Docteur en droit, avocat, spécialiste FSA en droit du travail, Lausanne

Droit du travail et intelligence artificielle : défis des décisions automatisées pour les employeurs

Sommaire	Page
I. Introduction	98
II. Aperçu du régime juridique de la décision individuelle automatisée	99
A. La notion de décision individuelle automatisée (DIA)	99
B. L'art. 22 RGPD	100
C. L'art. 21 LPD	101
III. La mise en œuvre par l'employeur du régime juridique de la DIA	103
A. La vérification du processus décisionnel automatisé	103
1. L'employeur prend une décision...	103
2. ...exclusivement automatisée...	105
3. ...qui déploie des effets significatifs	106
B. Le respect du régime juridique de la DIA	107
1. Le respect de l'art. 22 RGPD	107
a) L'application du RGPD	107
b) L'exception pour justifier la DIA	108
2. Les devoirs découlant de la DIA	109
a) L'information de la DIA	109
b) L'information de la logique sous-jacente	110
c) Le droit d'être entendu par un humain	111
d) L'analyse d'impact	112
IV. Les sanctions en cas de violation des obligations légales	113
A. Les sanctions RGPD	113
B. Les sanctions LPD	114
V. Perspectives	116
VI. Conclusion	118
Bibliographie	120

* Dr Célian Hirsch, avocat, est maître-assistant au Centre de droit bancaire et financier de l'Université de Genève ; il est également lecteur à l'Université de Fribourg. Les développements présentés dans cette publication se recourent en partie avec ceux exposés dans l'article du même auteur, intitulé « Intelligence artificielle et automatisation des décisions dans le secteur financier : implications de la LPD et du RGPD » et publié dans la RSDA 2/2024.

I. Introduction

L'intelligence artificielle constitue pour les entreprises un outil sophistiqué afin d'améliorer l'efficacité et la performance. L'automatisation de processus peut en particulier être utilisée par l'employeur à diverses étapes pour sa relation avec les employées¹.

Premièrement, afin de sélectionner l'employée, l'IA peut trier les candidatures reçues, voire en rejeter directement. Une fois l'employée engagée, l'algorithme peut lui donner des instructions, en particulier d'effectuer certaines tâches (par exemple indiquer à un chauffeur d'aller chercher un client). Un processus automatisé peut aussi déterminer le salaire variable de l'employée, que celui-ci dépende de sa performance ou qu'il soit discrétionnaire. Enfin, l'IA peut prononcer un avertissement à l'employée, voire la licencier.

Ces situations soulèvent de délicates questions juridiques : l'employeur a-t-il le droit d'utiliser l'IA pour ces diverses tâches ? La candidate malheureuse et l'employée peuvent-elles contester cette décision algorithmique ? Et peuvent-elles savoir quels critères ont été déterminants pour l'IA afin de prendre sa décision ?

Afin de répondre à ces questions, la présente contribution expose le régime juridique des décisions individuelles automatisées (DIA) dans le droit du travail, à l'aune tant du droit de l'Union européenne que du droit suisse.

Même pour l'employeur suisse, l'analyse du droit de l'UE est pertinente à double titre. En premier lieu, le Règlement général sur la protection des données prévoit un important effet extraterritorial : il s'applique aux responsables du traitement sis en Suisse lorsqu'ils offrent des biens ou des services à des personnes domiciliées dans l'UE ou lorsqu'ils suivent le comportement de ces personnes (art. 3 par. 2 RGPD)². En second lieu, le droit suisse de la DIA est grandement inspiré de celui adopté par l'UE à l'art. 22 RGPD³. Le droit de l'UE est donc pertinent pour interpréter le droit suisse⁴.

Dans cette contribution, nous examinons d'abord sommairement le cadre juridique actuel des DIA (*infra* II). Nous développons ensuite sa mise en œuvre pour les employeurs et

¹ Par souci de cohérence, le masculin sera utilisé pour l'employeur (qui est un responsable du traitement au sens de la LPD) et le féminin pour la candidate ou l'employée (qui est la personne concernée au sens de la LPD).

² CEPD, Application territoriale du RGPD ; PFPDT, Le RGPD et la Suisse ; MÉTILLE/ACKERMANN ; BENHAMOU/JACOT-GUILLARMOD.

³ Concernant l'influence du RGPD dans la révision totale de la LPD, cf. HIRSCH, pp. 126 ss.

⁴ Sur l'influence du RGPD dans l'interprétation de la LPD, cf. HIRSCH, pp. 130 ss.

employées (III), et présentons les sanctions en cas de violation de la loi (IV). Nous terminons avec quelques perspectives (V) avant de conclure (VI).

II. Aperçu du régime juridique de la décision individuelle automatisée

La notion de décision individuelle automatisée provient de la nouvelle Loi fédérale sur la protection des données, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2023. Cette loi a été grandement influencée par la législation de l'Union européenne⁵, à savoir le Règlement général sur la protection des données (RGPD)⁶. Le législateur suisse a expressément repris la notion européenne de décision individuelle automatisée, mais a prévu un régime différent.

A. La notion de décision individuelle automatisée (DIA)

Selon l'art. 22 RGPD et l'art. 21 LPD, il y a une décision individuelle automatisée aux trois conditions cumulatives suivantes :

- Il s'agit d'une décision individuelle⁷ ;
- La décision est prise sans intervention humaine ;
- Elle déploie des effets juridiques pour la personne concernée ou l'affecte de manière significative⁸.

Le considérant 71 du RGPD mentionne expressément comme exemple de DIA « des pratiques de recrutement en ligne sans aucune intervention humaine »⁹.

⁵ HIRSCH, pp. 126 ss.

⁶ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.

⁷ BRKAN souligne qu'une décision concernant un groupe peut effectivement être envisagée comme un « ensemble de décisions individuelles ». Selon une interprétation téléologique, la « décision automatisée collective » relève du champ d'application de l'Art. 22 du RGPD (BRKAN, p. 9). Ainsi, le terme « individuel » signifie simplement que la décision a un effet sur au moins une personne, mais n'exclut pas les décisions ayant des conséquences sur plus d'un individu. Pour une analyse de la notion de « décision » au sens de la DIA en droit suisse, cf. SUTER, X.3.2.

⁸ Art. 22 par. 1 RGPD ; art. 21 al. 1 LPD ; art. 9 par. 1 let. a Convention Modernisée 109 ; G29, Lignes directrices sur la DIA, pp. 20 ss ; Message LPD, FF 2017 6674.

⁹ GLATTHAAR souligne à juste titre que cet exemple peut aussi être repris pour le droit suisse (GLATTHAAR, p. 46).

Les conséquences d'une qualification comme DIA diffèrent entre le droit de l'UE et le droit suisse. Pour cette raison, ces deux régimes sont présentés successivement (*infra* B et C).

B. L'art. 22 RGPD

L'art. 22 par. 1 RGPD prévoit une interdiction de principe de toute DIA¹⁰. Cette interdiction repose sur l'idée que les algorithmes ne devraient pas décider du sort des humains¹¹. Cependant, comme tout principe juridique, celui-ci admet des exceptions. L'art. 22 par. 2 RGPD prévoit qu'un responsable du traitement peut prendre une DIA lorsqu'une condition alternative suivante est remplie :

- La DIA est « nécessaire » à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat (art. 22 par. 2 let. a RGPD).
- Le droit de l'UE ou des Etats membres le permet (art. 22 par. 2 let. b RGPD)¹².
- La personne concernée a donné son consentement explicite (art. 22 par. 2 let. c RGPD)¹³.

Lorsque le responsable du traitement prend une DIA (en application de l'une de ces trois exceptions), le RGPD impose des obligations spécifiques de transparence et de responsabilité.

Premièrement, la personne concernée par une telle décision doit être informée spontanément non seulement de l'existence de la décision automatisée, mais aussi de la

¹⁰ Ce principe remonte à l'art. 2 de la Loi française n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (cf. ég. SUTER, VII). La doctrine européenne a débattu de longues années afin de déterminer si l'art. 22 RGPD impose une interdiction de principe ou prévoit uniquement un droit en faveur des personnes concernées (cf. not. TOSONI). La CJUE a récemment tranché (très brièvement) cette controverse : « Cette disposition édicte une interdiction de principe dont la méconnaissance ne nécessite pas d'être invoquée de manière individuelle par une telle personne. » (CJUE, affaire C-634/21 du 7 décembre 2023 (SCHUFA Holding AG), par. 52, commenté *in* : cdbf.ch/1316/).

¹¹ BENSAMOUN/LOISEAU, p. 281 ; MARTINI, *Blackbox Algorithmus*, p. 170. Pour une brève analyse d'un point de vue éthique, cf. THOUVENIN/FRÜH/GEORGE, pp. 7 ss N 16 ss.

¹² Le législateur allemand a par exemple prévu une telle possibilité en matière de contrats d'assurance : § 37 (*Automatisierte Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling*) de la *Bundesdatenschutzgesetz* (BDSG) ; DSGVO Grosskommentar-SCHOLZ, art. 22 DSGVO N 48 ss.

¹³ Le consentement doit être « libre, spécifique, éclairée et univoque » (art. 4 par. 11 RGPD) et peut être retiré en tout temps (art. 7 par. 3 RGPD), ce qui en fait une base juridique potentiellement fragile (HIRSCH/MERLINO, p. 46).

« logique sous-jacente » (*the logic involved ; die involvierte Logik*) de la DIA¹⁴. Le responsable du traitement doit « trouver des moyens simples d’informer la personne concernée de la raison d’être de la décision ou des critères sur lesquels elle est fondée »¹⁵. Cela étant, ce droit d’être informé n’est pas absolu. En effet, le considérant 63 du RGPD souligne deux limites : le secret des affaires et la propriété intellectuelle.

Deuxièmement, la personne concernée doit être informée de « l’importance et [d]es conséquences prévues » de la DIA (*the significance and the envisaged consequences ; die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen*)¹⁶.

Troisièmement, la personne concernée a le droit de demander une intervention humaine, d’exprimer son point de vue et de contester la DIA, incarnant un droit d’être entendu par un humain (art. 22 par. 3 RGPD).

Enfin, le responsable du traitement qui envisage de mettre en œuvre des DIA doit effectuer une analyse d’impact relative à la protection des données (art. 35 RGPD)¹⁷. Cette analyse évalue les conséquences potentielles pour les personnes concernées et identifie les mesures susceptibles de minimiser les impacts négatifs¹⁸. Elle ne doit cependant pas être rendue publique ou mise à disposition des personnes concernées¹⁹, mais peut devoir être communiquée à l’autorité de protection des données compétente²⁰.

C. L’art. 21 LPD

Contrairement à l’UE, qui connaît une interdiction de principe des DIA, le législateur suisse a choisi de ne pas reprendre cette interdiction, privilégiant la transparence et le droit à l’information.

¹⁴ Art. 13 par. 2 let. f RGPD ; art. 14 par. 2 let. g RGPD et art. 15 par. 1 let. h RGPD.

¹⁵ G29, Lignes directrices sur la DIA, p. 28. Cf. en particulier WACHTER/MITTELSTADT/RUSSEL, p. 878. Cf. ég. HIRSCH/MERLINO, pp. 47 ss.

¹⁶ Art. 13 par. 2 let. F RGPD ; art. 14 par. 2 let. g RGPD et art. 15 par. 1 let. h RGPD.

¹⁷ G29, Lignes directrices sur la DIA, p. 33.

¹⁸ Art. 35 par. 7 RGPD. Pour un exemple suisse d’une telle analyse d’impact, cf. le *Data Protection Impact Assessment* du 1^{er} mai 2020 effectué par *id est avocats* concernant le modèle *Decentralized Privacy-Preserving Proximity Tracing* (https://github.com/DP-3T/documents/blob/master/data_protection/DP-3T%20Model%20DPIA.pdf). Cf. ég. DI TRIA, pp. 119 ss.

¹⁹ MARTINI, *Blackbox Algorithmus*, p. 210.

²⁰ G29, Lignes directrices concernant l’AIPD, p. 21.

Tout d'abord, le responsable du traitement doit informer la personne concernée qu'elle fait l'objet d'une telle DIA. Cette information peut être communiquée tant avant qu'après la DIA²¹.

Contrairement au droit de l'UE, l'information de la logique sous-jacente ne doit pas être donnée spontanément. Il appartient à la personne concernée de requérir auprès du responsable du traitement des explications sur « la logique sur laquelle se base la décision » (art. 25 al. 2 let. f LPD).

D'une manière semblable au RGPD, la personne concernée peut « faire valoir son point de vue » et exiger une vérification humaine (art. 21 al. 2 LPD)²². Le responsable du traitement devrait informer la personne concernée de ses droits²³. Bien que la LPD ne prévoit pas de délai pour respecter le droit d'être entendu de la personne concernée, la doctrine estime qu'un délai de 30 jours pourrait s'appliquer²⁴.

Enfin, contrairement au droit de l'UE qui impose systématiquement une analyse d'impact²⁵, le responsable du traitement devra procéder à une analyse d'impact uniquement si la mise en œuvre des DIA présente un risque élevé pour les personnes concernées (art. 22 LPD).

Les exceptions prévues par l'art. 21 al. 3 LPD permet au responsable du traitement de se soustraire à deux obligations : le devoir d'informer et le droit octroyé à la personne concernée de « faire valoir son point de vue » et d'exiger une vérification humaine. En revanche, le droit d'être informé de la logique sur laquelle se fonde la DIA persiste (art. 25 al. 2 let. f LPD).

En premier lieu, l'exception s'applique si la DIA est en « relation directe » avec le contrat et « la demande est satisfaite » (art. 21 al. 3 let. a LPD).

En second lieu, le consentement exprès constitue également une exception. Ce consentement est similaire au consentement explicite de l'UE²⁶, et est soumis aux mêmes

²¹ Message LPD, FF 2017 6675 ; BSK DSG-HENSELER/VASELLA, art. 21 N 36.

²² Selon le Conseil fédéral, le but de ce droit est « entre autres d'éviter que le traitement de données soit effectué sur la base de données incomplètes, dépassées ou non pertinentes » (Message LPD, FF 2017 6675).

²³ ROSENTHAL, p. 43 N 112 ; BSK DSG-HENSELER/VASELLA, art. 21 N 36 ; CR LPD-FLÜCKIGER, art. 21 N 8 ; SHK DSG-PÄRLI/FLÜCK, art. 21 N 36.

²⁴ Stricte : CR LPD-FLÜCKIGER, art. 21 N 9 ; moins stricte : BSK DSG-HENSELER/VASELLA, art. 21 N 46.

²⁵ Cf. *contra* CR LPD-GILLIÉRON, art. 22 N 15, qui considère que l'art. 22 al. 1 LPD « est une copie conforme de l'art. 35 par. 1 RGPD ».

²⁶ CR LPD-MEIER/TSCHUMY, art. 6 N 93 ss.

complexités et défis²⁷. En particulier, afin que le consentement soit éclairé, la personne concernée devra obtenir préalablement les informations nécessaires à la compréhension des implications des futures DIA la concernant²⁸.

III. La mise en œuvre par l'employeur du régime juridique de la DIA

Après ce bref survol du régime juridique de la DIA, il convient de le développer pour sa mise en œuvre par l'employeur. Cet examen de mise en œuvre commence par déterminer si les processus (décisionnels) automatisés utilisés par l'employeur constituent des DIA (A). Le cas échéant, l'employeur doit respecter le régime juridique de la DIA (B). S'il est soumis au RGPD (B.1.a, il doit invoquer une exception afin de prendre des DIA (B.1.b). Dans tous les cas, il doit respecter les devoirs découlant de l'existence d'une DIA (B.2), à savoir (a) informer de la DIA, (b) informer de la logique sous-jacente, (c) respecter le droit d'être entendu par un humain et (d) effectuer une analyse d'impact.

A. La vérification du processus décisionnel automatisé

1. L'employeur prend une décision...

Premièrement, pour chaque processus automatisé, l'employeur doit examiner si le résultat du processus constitue une décision (*decision* ; *Entscheidung*)²⁹. Dès que le résultat du processus déploie un effet sur une employée en raison d'une marge d'appréciation de l'employeur³⁰, le résultat sera considéré comme une décision. Par exemple, l'algorithme qui indique une course à un chauffeur constitue une décision. Il en va de même pour l'IA qui rejette une candidature, qui donne une instruction à une employée, qui choisit le montant de la rémunération variable, ou qui met fin au contrat de travail.

Plus délicate est la question de l'algorithme qui procède uniquement à une évaluation. Par exemple, une IA peut classer les candidatures reçues, proposer des bonus selon la performance des employées, ou encore, dans le cadre de licenciements, indiquer les employées les moins essentielles pour l'entreprise. A priori, si l'IA ne procède qu'à une évaluation, cela ne constitue pas (encore) une décision³¹. Cela étant, si l'humain se fonde

²⁷ Sur le consentement éclairé, libre et déterminé, cf. CR LPD-MEIER/TSCHUMY, art. 6 N 84 ss.

²⁸ BSK DSG-HENSELER/VASELLA, art. 21 N 45.

²⁹ Pour une analyse approfondie de cette condition en droit suisse, cf. SUTER, X.3.2.

³⁰ ROSENTHAL, p. 41 N 107 ; DSG Kommentar-BIERI/POWELL, art. 21 N 5 ; MEHMEDOVIC, N 28.

³¹ FRANK/HEINE, p. 935.

ensuite « de manière déterminante » sur cette évaluation, il n'est pas exclu que cette évaluation constitue déjà une décision, du moins selon la récente jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

En effet, dans l'arrêt C-634/21 du 7 décembre 2023 (SCHUFA Holding AG), la CJUE a considéré que le *credit scoring* effectué par l'entreprise allemande SCHUFA constitue déjà une DIA³². Concrètement, SCHUFA « établit un pronostic sur la probabilité d'un comportement futur d'une personne (« score »), tel que le remboursement d'un prêt, à partir de certaines caractéristiques de cette personne, sur la base de procédures mathématiques et statistiques »³³. Dans la procédure, SCHUFA soutenait qu'elle ne prend pas de décision d'octroi de crédit, mais communique simplement ce score à un partenaire contractuel. Ce dernier se fonde alors « de manière déterminante » sur le score de solvabilité communiqué afin de décider de l'octroi d'un crédit³⁴. Cette argumentation n'a pas convaincu la Cour, qui a retenu que la notion de « décision » revêt une portée « suffisamment large pour englober le résultat du calcul de la solvabilité d'une personne sous la forme d'une valeur de probabilité concernant la capacité de cette personne à honorer des engagements de paiement à l'avenir »³⁵.

Cette jurisprudence nous semble élargir considérablement (et à tort) la portée de la notion de décision³⁶ ; celle-ci inclurait l'évaluation automatisée qui sert de façon déterminante pour une décision subséquente. A suivre cette jurisprudence, l'employeur qui utilise une IA afin d'évaluer des candidatures ou la performance d'employées prendrait déjà une décision, lorsque cette évaluation serait déterminante afin de prendre une décision subséquente à l'égard des candidates ou employées.

Comme susmentionné³⁷, la notion de DIA en droit suisse a été reprise du RGPD³⁸. Cela étant, l'interprétation effectuée par la CJUE de la notion de DIA ne lie pas directement les tribunaux suisses³⁹. Ces derniers ne devraient pas se contenter de reprendre l'interprétation de la CJUE, mais devraient effectuer leur propre interprétation de cette notion. Or, aucune

³² CJUE, affaire C-634/21 du 7 décembre 2023 (SCHUFA Holding AG), par. 45, commenté *in* : cdbf.ch/1316/.

³³ *Idem*, par. 14.

³⁴ *Idem*, par. 45.

³⁵ *Idem*, par. 46.

³⁶ Pour une critique de cette décision, cf. HENSELER, Schufa ; *contra* MONTAVON. Pour une critique de la décision de l'avocat général, qui proposait également cette notion large de décision, cf. PAAL, *Kreditscoring* ; PAAL, *Case Note*.

³⁷ Cf. *supra* II.A.

³⁸ HIRSCH/MERLINO, p. 44 ; cf. ég. BSK DSG-HENSELER/VASELLA, art. 21 N 8.

³⁹ Sur l'influence du droit RGPD dans l'interprétation de la LPD, cf. HIRSCH, pp. 130 ss.

des méthodes d'interprétation⁴⁰ ne permet de retenir qu'une évaluation automatisée constitue déjà une décision⁴¹. La décision arrive uniquement dans un second temps, par exemple si l'humain se fie aveuglément à cette évaluation afin de rejeter une candidature, de déterminer les bonus des employées, voire de prononcer un licenciement. Dans ce cas, l'évaluation est interprétée par l'humain comme une proposition de décision automatisée. Il convient encore de déterminer si la décision « humaine », qui intervient après l'évaluation automatisée, constitue, ou non, une décision « exclusivement automatisée ».

2. ...exclusivement automatisée...

Deuxièmement, l'employeur doit distinguer entre les décisions exclusivement automatisées (*based solely on automated processing*; *die ausschliesslich auf einer automatisierten Bearbeitung beruht*⁴²) et celles prises par un humain. Seules les premières peuvent être qualifiées de DIA⁴³. Cette distinction peut s'avérer délicate. En effet, un humain qui ne fait que confirmer les décisions proposées par un algorithme ne suffit pas pour exclure le caractère « exclusivement automatisé » de la décision⁴⁴.

La doctrine soutient qu'en cas de proposition automatisée de décision, typiquement par une IA, l'intervention humaine (*human in the loop*) exclut l'existence d'une DIA si les cinq conditions cumulatives suivantes sont réunies :

- L'humain peut s'écarter de la proposition automatisée ; en d'autres termes, il dispose d'une marge d'appréciation ;
- Il dispose de la compétence appropriée pour prendre la décision ;
- Il dispose des qualifications et aptitudes professionnelles pour pouvoir vérifier la proposition automatisée ;

⁴⁰ Concernant les diverses méthodes d'interprétation, cf. CR CC I-WERRO, art. 1 N 65 ss ; BSK ZGB I-HONSELL, art. 1 N 9 ss.

⁴¹ Cf. not. DUNAND/RAEDLER qui considèrent qu'il n'y a pas de DIA « lorsque l'algorithme est uniquement utilisé pour proposer certaines candidatures, mais que tous les dossiers sont examinés par une personne physique » (Commentaire du contrat de travail-DUNAND/RAEDLER, art. 328b N 57) ou lorsque « n'est utilisé que pour examiner le travail des employés, sans que des décisions formelles ne soient elles-mêmes automatiquement prises sur cette base » (Commentaire du contrat de travail-DUNAND/RAEDLER, art. 328b N 110).

⁴² Les textes français et allemand du RGPD diffèrent très légèrement du texte suisse : « fondée exclusivement sur un traitement automatisé » ; « *ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhenden Entscheidung* ».

⁴³ Pour une analyse approfondie de cette condition en droit suisse, cf. SUTER, X.3.3.

⁴⁴ G29, Lignes directrices sur la DIA, p. 23.

- Il est suffisamment instruit et connaît les données nécessaires à la prise de proposition automatisée ; et
- Il intervient avant la prise de décision, mais après la proposition automatisée⁴⁵.

L'employeur peut choisir et former une personne compétente pour chaque processus automatisé. Celle-ci devra effectivement revoir les décisions proposées par le processus automatisé afin d'exclure l'existence d'une DIA. En pratique, démontrer le respect des cinq conditions susmentionnées peut toutefois s'avérer délicat. Une possibilité pour l'employeur consiste à documenter les décisions (humaines) qui s'écartent des propositions automatisées. S'il en existe suffisamment, cela peut démontrer qu'il existe une réelle intervention humaine. Par conséquent, celle-ci exclut l'existence d'une DIA⁴⁶.

Cela étant, le but de certains processus automatisés est précisément d'éviter le temps et le coût engendrés par un travail humain. Si une employée doit revoir chaque décision automatisée, par exemple chaque candidature ou chaque course octroyée à un chauffeur, le processus automatisé perd une grande partie de son intérêt. L'employeur peut décider de se passer de l'intervention humaine. Afin de déterminer si la décision sans intervention humaine correspond à une DIA, il convient encore d'examiner la dernière condition développée ci-dessous.

3. ...qui déploie des effets significatifs

Troisièmement, lorsque l'employeur décide de se passer d'une intervention humaine, il convient de vérifier si la décision automatisée déploie des effets juridiques pour l'employée ou l'affecte de manière significative (*produces legal effects concerning him or her or significantly affects him or her ; die für sie mit einer Rechtsfolge verbunden ist oder sie erheblich beeinträchtigt*⁴⁷)⁴⁸. Si cette dernière condition est remplie, il s'agit d'une DIA.

Un licenciement déploie incontestablement des effets juridiques. En revanche, le refus d'une candidature n'a pas d'effets juridiques, mais affecte de manière significative la candidate⁴⁹. Pour sa part, l'instruction au sens de l'art. 321d CO n'a en principe pas d'effets

⁴⁵ HENSELER, automatisierte Entscheidung, pp. 306 ss ; BeckOK-VON LEWINSKI, art. 22 N 24 ss.

⁴⁶ HIRSCH/MERLINO, pp. 41 s.

⁴⁷ Le texte du RGPD diffère ici très légèrement du texte suisse. Le premier indique que la décision doit affecter la personne concernée « de façon similaire » (*similarly ; in ähnlicher Weise*) à une décision qui produit des effets juridiques. Malgré cette différence de texte, la notion suisse de DIA correspond à celle du RGPD (BSK DSG-HENSELER/VASELLA, art. 21 N 8).

⁴⁸ Pour une analyse approfondie de cette condition en droit suisse, cf. SUTER, X.3.2.d.

⁴⁹ Commentaire du contrat de travail-DUNAND/RAEDLER, art. 328b N 57. Cf. ég. WYLER/HEINZER/WITZIG, II., ch. 6, 3.12.7.

juridiques pour l'employée⁵⁰, mais peut l'affecter de manière significative⁵¹, par exemple si l'employeur lui ordonne un travail supplémentaire⁵². La détermination de la rémunération par l'IA affecte également l'employée de manière significative. Enfin, l'avertissement ne déploie pas en tant que tel d'effets juridiques, mais affecte de manière significative l'employée, puisqu'il est pris en compte pour déterminer la licéité d'un licenciement immédiat⁵³.

Si l'employeur arrive à la conclusion que ces trois conditions sont remplies, il doit respecter le régime juridique de la DIA.

B. Le respect du régime juridique de la DIA

Le régime juridique de la DIA a été présenté de manière générale ci-dessus⁵⁴. Sa concrétisation pour l'employeur est développée ci-dessous en deux étapes. Premièrement, sous l'angle de l'application du RGPD et de son régime d'exceptions (1) puis au regard des devoirs de l'employeur, qu'ils proviennent du RGPD ou de la LPD (2).

1. Le respect de l'art. 22 RGPD

a) L'application du RGPD

Premièrement, l'employeur doit déterminer s'il est soumis au champ d'application du RGPD pour le traitement des données de ses employées (art. 3 RGPD)⁵⁵. L'employeur ne sera pas soumis au RGPD du simple fait qu'il emploie des frontaliers (qu'ils soient de nationalité suisse ou européenne)⁵⁶ ou qu'il propose des offres d'emplois sur des plateformes européennes⁵⁷. En revanche, s'il engage des personnes qui travaillent effectivement au sein de l'Union européenne, et non en Suisse, cela pourrait être considéré comme un établissement au sens de l'art. 3 par. 1 RGPD, ce qui déclenche l'application de ce règlement⁵⁸.

⁵⁰ *Contra* FRANK/HEINE, p. 937.

⁵¹ LANG/REINBACH, p. 1278.

⁵² MEYER, p. 1847.

⁵³ Pour le droit allemand, cf. MEYER, p. 1847.

⁵⁴ Cf. *supra* II.

⁵⁵ CEPD, Application territoriale du RGPD ; PFPDT, Le RGPD et la Suisse ; MÉTILLE/ACKERMANN ; BENHAMOU/JACOT-GUILLARMOD.

⁵⁶ MÉTILLE/ACKERMANN, pp. 88 s. ; CEPD, Application territoriale du RGPD, p. 21.

⁵⁷ GLATTHAAR, p. 51.

⁵⁸ MÉTILLE/ACKERMANN, p. 89 ; CEPD, Application territoriale du RGPD, p. 7.

b) L'exception pour justifier la DIA

Lorsque le RGPD s'applique, l'employeur doit nécessairement justifier toute DIA par l'une des trois exceptions susmentionnées⁵⁹ (art. 22 par. 2 RGPD). En pratique, seule la première exception peut s'appliquer à l'employeur suisse (« nécessaire à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat » au sens de l'art. 22 par. 2 let. a RGPD). En effet, l'employeur sis en Suisse ne pourra pas invoquer le droit de l'Union ou le droit d'un Etat membre afin de justifier une DIA (art. 22 par. 2 let. b RGPD)⁶⁰. Par ailleurs, il ne pourra généralement pas obtenir un consentement valide de la part de l'employée (art. 22 par. 2 let. c RGPD). En effet, le consentement n'est pas libre « lorsqu'il existe un déséquilibre manifeste entre la personne concernée et le responsable du traitement »⁶¹, ce qui est souvent – mais pas nécessairement – le cas dans une relation employeur-employée⁶² ou dans la phase de recrutement⁶³.

Afin que la DIA soit nécessaire à la conclusion ou à l'exécution du contrat, l'employeur doit démontrer qu'il n'existe pas d'autres moyens efficaces et moins intrusifs pour atteindre le même but⁶⁴.

Par exemple, s'il reçoit un nombre très important de candidature, l'employeur peut justifier que l'utilisation d'un algorithme est nécessaire pour établir une liste restreinte de candidats⁶⁵. A notre avis, ce n'est pas le nombre absolu de candidatures qui est déterminant⁶⁶, mais le nombre de candidatures reçu par rapport à la taille de l'entreprise. En effet, plus l'écart entre le nombre de candidatures et la taille de l'entreprise est grand, plus il sera justifié pour l'entreprise de procéder à un premier tri automatisé. Cela est également dans l'intérêt de la candidate, qui pourra plus rapidement être informée de la décision de refus⁶⁷.

Concernant la DIA comme moyen nécessaire à la conclusion du contrat, cette exception se justifie selon nous notamment pour la mise en relation des chauffeurs de taxi avec les

⁵⁹ Cf. *supra* II.B.

⁶⁰ GLATTHAAR, p. 48.

⁶¹ Considérant 43 du RGPD.

⁶² CEPD, Consentement, p. 10 N 21 ; MALORNY, p. 177.

⁶³ GLATTHAAR reconnaît une exception lorsqu'il existe une pénurie de main-d'œuvre qualifiée et un « *Seller's Market* » (GLATTHAAR, p. 49).

⁶⁴ G29, Lignes directrices sur la DIA, p. 26.

⁶⁵ G29, Lignes directrices sur la DIA, p. 26.

⁶⁶ Le G29 parle d'un cas de « dizaines de milliers de candidatures » (G29, Lignes directrices sur la DIA, p. 26) ; GLATTHAAR se demande à raison quelles entreprises reçoivent autant de candidatures pour un seul poste (GLATTHAAR, p. 48).

⁶⁷ FRANK/HEINE, p. 938.

clients⁶⁸. En effet, un humain ne pourrait efficacement procéder à un tel travail. Ce motif justificatif peut être admis lorsque l'employeur doit donner des instructions automatisées à ses nombreuses employées à très grande échelle. Cela devrait à notre avis s'appliquer en particulier à la répartition du travail, à condition que le nombre d'employées soit important et que cette répartition doive se faire de manière fréquente.

2. Les devoirs découlant de la DIA

Que l'employeur soit soumis au RGPD ou uniquement à la LPD, il doit respecter plusieurs devoirs légaux en sa qualité de responsable du traitement :

- a) Il doit informer la personne concernée qu'elle fait l'objet d'une DIA ;
- b) Il doit l'informer de la logique sous-jacente ;
- c) Il doit octroyer à la personne concernée un droit d'être entendu par un humain ;
- d) Il peut devoir procéder à une analyse d'impact.

a) L'information de la DIA

Le texte de la loi indique simplement que le responsable du traitement doit informer la personne concernée de l'existence d'une DIA la concernant⁶⁹. Mais concrètement, quelles informations doivent être communiquées ?

Premièrement, le responsable du traitement doit expliquer à la personne concernée qu'elle fait l'objet d'une DIA. Comme toute communication en matière de protection des données, celle-ci doit être effectuée « d'une façon concise, transparente, compréhensible et aisément accessible, en des termes clairs et simples »⁷⁰. Il faut éviter d'utiliser uniquement un jargon juridique. Ainsi, une communication qui indique « vous faites l'objet d'une décision individuelle automatisée » est en principe insuffisante. Le responsable du traitement doit expliquer à la personne concernée que la décision a été prise sans intervention humaine.

Deuxièmement, le responsable du traitement doit également indiquer à la personne concernée ses droits consacrés par l'art. 21 al. 2 LPD⁷¹. L'employeur ne peut donc pas se

⁶⁸ Cf. sur cette problématique des DIA prises par Uber : arrêt du *Gerechthof Amsterdam* 200.295.747/01 du 4 avril 2023 (<https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:GHAMS:2023:796>).

⁶⁹ Art. 21 al. 1 LPD ; art. 13 par. 2 let. f RGPD ; art. 14 par. 2 let. g RGPD et art. 15 par. 1 let. h RGPD.

⁷⁰ Art. 12 par. 1 RGPD. Cf. ég. l'art. 13 OPDo : « Le responsable du traitement communique aux personnes concernées les informations sur la collecte de données personnelles de manière concise, transparente, compréhensible et facilement accessible ».

⁷¹ ROSENTHAL, p. 43 N 112 ; BSK DSG-HENSELER/VASELLA, art. 21 N 38. CR LPD-FLÜCKIGER, art. 21 N 8 ; SHK DSG-PÄRLI/FLÜCK, art. 21 N 12.

contenter d'informer la candidate ou l'employée qu'elle fait l'objet d'une DIA. Il doit l'informer de ses droits, en particulier du droit d'être informé de la logique sous-jacente (cf. *infra* b) et de son droit d'être entendu par un humain (cf. *infra* c).

Quand ces informations doivent-elles être communiquées ? Le RGPD impose une information en même temps que la communication des autres informations dues par le responsable du traitement à la personne concernée⁷². Pour sa part, la LPD permet d'informer tant avant qu'au moment de la DIA⁷³.

Enfin, le RGPD – et non la LPD – impose que l'information comprenne aussi « l'importance et les conséquences prévues » de la DIA⁷⁴. Ainsi, l'employeur doit prévenir les candidates qu'il utilise une DIA afin d'effectuer une première sélection des candidatures, avec comme conséquence le potentiel refus de leur dossier sans vérification humaine. Une société qui gère des courses de taxi devrait expliquer à ses chauffeurs les conséquences des DIA, en particulier que cela peut influencer sur leur revenu.

En pratique, l'employeur devrait préciser dans une directive interne l'utilisation de DIA au sein de l'entreprise, par exemple que les DIA sont utilisées dans la répartition du travail, ou pour effectuer des évaluations afin de déterminer la rémunération variable. Cette directive devrait détailler l'importance et les conséquences de ces DIA. Enfin, elle devrait rappeler aux employés leurs droits en cas de DIA⁷⁵.

b) L'information de la logique sous-jacente

Lorsque l'employeur prend une DIA, le RGPD impose à l'employeur d'informer spontanément la personne concernée de la « logique sous-jacente » de la DIA (*the logic involved ; die involvierte Logik*)⁷⁶. Pour sa part, la LPD n'impose pas un devoir d'informer spontanément de « la logique sur laquelle se base la décision » (*die Logik, auf der die Entscheidung beruht ; a logica su cui si fonda la decisione*), mais uniquement si la personne concernée le demande⁷⁷.

L'employeur devrait utiliser des algorithmes qui permettent de justifier le résultat, à savoir donner les facteurs déterminants et leur pondération respective (cf. XAI⁷⁸) ; une *black box* IA serait incompatible avec ce devoir d'informer. Si l'employeur recourt à un prestataire

⁷² Art. 13 par. 2 let. f RGPD ; art. 14 par. 2 let. g RGPD *cum* art. 14 par. 3 RGPD.

⁷³ Message LPD, FF 2017 6675 ; BSK DSG-HENSELER/VASELLA, art. 21 N 36.

⁷⁴ Art. 13 par. 2 let. f RGPD ; art. 14 par. 2 let. g RGPD et art. 15 par. 1 let. h RGPD.

⁷⁵ Cf. ég. la *AI policy* proposée par ROSENTHAL/MÜHLEMANN/BAERISWYL.

⁷⁶ Art. 13 par. 2 let. f RGPD ; art. 14 par. 2 let. g RGPD et art. 15 par. 1 let. h RGPD.

⁷⁷ Art. 25 al. 2 let. f LPD.

⁷⁸ Sur sa relation avec le devoir d'informer découlant du RGPD, cf. BYGRAVE, p. 182.

externe afin de bénéficier de son IA, il doit prévoir contractuellement un droit d'accès à la logique sous-jacente. En l'absence d'un tel droit contractuel, l'employeur viole son devoir d'informer et peut être sanctionné de ce fait⁷⁹.

Que l'employeur utilise directement l'IA ou qu'il recourt à un prestataire externe, l'information de la logique sous-jacente pourrait porter atteinte aux secrets d'affaires⁸⁰. La question du contenu de cette information, y compris l'algorithme et sa relation avec le secret d'affaires, fait précisément l'objet d'une procédure pendante devant la CJUE⁸¹. Celle-ci devrait prochainement éclaircir cette tension entre, d'une part, le devoir d'expliquer la DIA, en particulier la pondération des divers facteurs, et, d'autre part, le secret d'affaires et le droit d'auteur protégeant l'algorithme⁸².

Une solution pratique pourrait consister à donner une explication hypothétique⁸³. Par exemple : si vous aviez eu un diplôme de cette université, respectivement si vous aviez obtenu ce certificat, votre candidature aurait été retenue pour un premier entretien. De cette manière, sans dévoiler l'algorithme, l'employeur peut expliquer au candidat de quelle façon elle aurait pu bénéficier d'un entretien, respectant ainsi son devoir d'informer.

c) Le droit d'être entendu par un humain

Troisièmement, la personne concernée a le droit d'obtenir une intervention humaine, d'exprimer son point de vue et de contester la DIA⁸⁴. Ainsi, le candidat rejeté peut contester son refus et exiger qu'un humain vérifie sa candidature. Il en va de même pour l'employée qui reçoit de manière automatisée une instruction, un avertissement, voire un licenciement. L'employeur doit dès lors mettre en place un processus qui permette à l'employée, respectivement à la candidate rejetée, d'exercer valablement ce droit d'être entendu. Il doit prévoir qu'une personne compétente puisse « procéder à une évaluation approfondie de toutes les données pertinentes, y compris toute information supplémentaire fournie par la personne concernée »⁸⁵.

⁷⁹ Cf. *infra* IV.

⁸⁰ Ce secret est expressément protégé au niveau de l'UE par la Directive 2016/943.

⁸¹ Demande de décision préjudicielle présentée par le *Verwaltungsgericht* de Vienne le 16 mars 2022 – CK, Affaire C-203/22.

⁸² Sur cette tension, cf. GÖZDE.

⁸³ WACHTER/MITTELSTADT/RUSSEL, p. 844. Cf. ég. Commentaire du contrat de travail-DUNAND/RAEDLER, art. 328b N 57.

⁸⁴ Art. 21 al. 2 LPD ; art. 22 par. 3 RGPD.

⁸⁵ G29, Lignes directrices sur la DIA, p. 28 ; BeckOK-VON LEWINSKI, art. 22 N 48 ss ; Beck'sche-MARTINI, art. 22 N 39c.

L'employeur non soumis au RGPD peut s'éviter en théorie la mise en place de tels droits et du devoir d'informer si (a) la DIA en relation directe avec la conclusion ou l'exécution d'un contrat et que la demande de la personne concernée est satisfaite ou (b) la personne concernée a expressément consenti à ce que la décision soit prise de manière automatisée (art. 22 al. 3 LPD). En pratique, il sera compliqué pour l'employeur d'invoquer valablement le consentement de l'employée⁸⁶. Par ailleurs, la première exception ne pourrait s'appliquer que rarement dans une relation de travail, ou alors qu'en faveur de certaines employées (par exemple celles qui reçoivent le bonus espéré), mais non aux autres, ce qui rend l'exception peu utile. En résumé, l'employeur devrait respecter son devoir d'informer et le droit d'être entendu par un humain, plutôt que tenter d'invoquer une exception.

d) L'analyse d'impact

Enfin, avant de mettre en œuvre un processus de DIA, l'employeur peut devoir effectuer une analyse d'impact relative à la protection des données (AIPD)⁸⁷.

Alors que l'art. 35 RGPD impose systématiquement une AIPD en cas de DIA, l'employeur non soumis au RGPD devra procéder à une AIPD uniquement si la mise en œuvre des DIA présente un risque élevé pour les personnes concernées (art. 22 LPD)⁸⁸. Afin de déterminer si le système de DIA présente un risque élevé, l'employeur doit procéder à une première analyse sommaire du risque. Pour établir le risque, il faut multiplier la probabilité d'un événement (*probability*) par l'atteinte (*impact*)⁸⁹. En matière de DIA, cela revient à examiner (1) la probabilité qu'une décision ait un impact négatif sur la personne concernée et (2) l'importance de cet impact.

Grâce à l'AIPD, l'employeur peut prouver qu'il est conscient des risques liés aux DIA et qu'il a identifié et pris les mesures qui réduisent dans la mesure du possible les conséquences négatives découlant du processus automatisé. A notre avis, il peut par exemple déterminer dans l'AIPD les moyens de communication de l'information idoine et

⁸⁶ Cf. not. Commentaire du contrat de travail-DUNAND/RAEDLER, art. 328b N 49 : « Pour que le consentement du travailleur soit valable, il faut ainsi qu'il porte sur une atteinte qui puisse être considérée comme étant dans son propre intérêt ». Cf. ég. CR LPD-MEIER/TSCHUMY, art. 6 N 90 : « s'il existe un déséquilibre structurel dans la relation juridique (existence d'une partie faible, comme dans une relation entre un employeur et un travailleur, entre un bailleur et un locataire ou face à une entreprise monopolistique), il faut être particulièrement exigeant dans l'analyse de la liberté du consentement ».

⁸⁷ Art. 35 RGPD ; art. 22 LPD ; G29, Lignes directrices sur la DIA, p. 33 ; PFPDT, AIPD ; G29, Lignes directrices concernant l'AIPD ; CNIL, Guides AIPD.

⁸⁸ Cf. *contra* CR LPD-GILLIÉRON, art. 22 N 15, qui considère que l'art. 22 al. 1 LPD « est une copie conforme de l'art. 35 par. 1 RGPD ».

⁸⁹ HIRSCH, p. 79 ; CR LPD-GILLIÉRON, art. 22 N 24 ss.

son contenu, selon que celle-ci soit transmise préalablement à l'employée – typiquement dans une directive interne – ou au moment de la DIA. L'AIPD devrait aussi identifier les interventions humaines qui permettent de réduire les potentielles conséquences négatives découlant du processus automatisé, par exemple à l'aide d'une vérification par une employée d'un échantillon de décisions.

IV. Les sanctions en cas de violation des obligations légales

A. Les sanctions RGPD

La candidate ou l'employée affectée par une violation du régime juridique de la DIA peut exiger de l'employeur (soumis au RGPD) des dommages-intérêts en se fondant sur l'art. 82 RGPD, notamment pour indemnisation du « préjudice moral »⁹⁰. Cependant, les montants accordés ne sont généralement pas substantiels⁹¹.

En revanche, les amendes administratives représentent une sanction plus sévère, pouvant atteindre jusqu'à 20 millions d'euros ou 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial du responsable du traitement, le montant le plus élevé étant retenu (art. 83 par. 5 let. b RGPD)⁹². A notre connaissance, bien qu'aucune amende n'ait été imposée à des entités suisses depuis l'entrée en vigueur du RGPD, la possibilité demeure en raison de l'application extraterritoriale du règlement⁹³. Cela étant, la mise en œuvre d'une telle

⁹⁰ Concernant ce préjudice moral, cf. HIRSCH, p. 473 : « la CJUE a considéré que l'art. 82 RGPD n'exigeait pas que le dommage moral atteigne un certain degré de gravité afin de pouvoir être réparé. Cela étant, il est nécessaire qu'un tel dommage soit prouvé ; autrement dit, « la simple violation des dispositions [du RGPD] ne suffit pas pour conférer un droit à réparation » [CJUE, C-300/21 (UI contre Österreichische Post AG), 04.05.2023, par. 51]. Par ailleurs, l'établissement du montant du dommage n'est pas réglé par le RGPD. Partant, chaque Etat membre est libre de déterminer « les critères permettant de déterminer l'étendue de la réparation due dans ce cadre, sous réserve du respect des (...) principes d'équivalence et d'effectivité » ».

⁹¹ Cf. en particulier le tableau, tenu à jour, de l'étude d'avocats Latham (Latham DSGVO-Schadensersatztabelle) : <https://www.lw.com/de/people/admin/upload/SiteAttachments/Latham-DSGVO-Schadensersatztabelle.pdf>.

⁹² Concernant cette amende administrative, cf. HIRSCH, pp. 515 ss.

⁹³ CEPD, Application territoriale du RGPD ; PFPDT, Le RGPD et la Suisse ; MÉTILLE/ACKERMANN, pp. 81 ss ; BENHAMOU/JACOT-GUILLARMOD, pp. 142 ss.

amende contre un responsable du traitement ou sous-traitant suisse soulève quelques problèmes, qui ne seront toutefois pas développés ici⁹⁴.

B. Les sanctions LPD

Comme dans l'UE, les victimes d'une violation de l'art. 21 LPD peuvent théoriquement réclamer des dommages-intérêts grâce à l'art. 41 CO. Néanmoins, la majorité des violations de cette disposition n'entraînera probablement pas de préjudice réparable⁹⁵. Ainsi, la candidate qui voit sa candidature rejetée par une IA ne pourra que difficilement prouver un préjudice. Il lui sera en particulier difficile de prouver au niveau de la vraisemblance prépondérante qu'elle aurait été engagée si l'employeur avait respecté l'art. 21 LPD, par exemple s'il avait fait revoir le refus par un humain. Pour sa part, l'employée qui s'estime discriminée par une IA à raison du sexe bénéficie de la LEg et de son allègement du fardeau de la preuve⁹⁶.

Par ailleurs, la nouvelle législation suisse confère au Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence des pouvoirs étendus, incluant la possibilité d'ordonner la suspension du traitement des données ou la suppression des données collectées en violation de la LPD⁹⁷. A notre avis, le PFPDT pourra en particulier ordonner à l'employeur d'arrêter purement et simplement son système de DIA en cas de violation crasse de l'art. 21 LPD. Une telle mesure nécessite toutefois de respecter le principe de proportionnalité et ne constitue que l'*ultima ratio*.

La conséquence la plus notable en Suisse est la possibilité de sanctions pénales contre la personne physique responsable de la violation⁹⁸. En effet, l'art. 60 al. 1 LPD prévoit une amende de CHF 250'000.- au plus à l'encontre de la personne privée qui a contrevenu à ses obligations prévues à l'art. 21 LPD en fournissant intentionnellement des renseignements inexacts ou incomplets (let. a) ou en omettant intentionnellement d'informer la personne concernée conformément à l'art. 21 al. 1 LPD (let. b ch. 1). Le dol

⁹⁴ Cf. HIRSCH, pp. 522 ss.

⁹⁵ Il sera particulièrement compliqué pour la personne concernée de prouver la causalité et son préjudice. En outre, le tort moral est admis en Suisse de manière bien plus restrictive que l'est le préjudice moral au sein de l'Union européenne (cf. HIRSCH, pp. 463 ss concernant le tort moral et p. 473 concernant le préjudice moral).

⁹⁶ Cf. p.ex. TF 4A_59/2019 du 12 mai 2020 qui retient un licenciement en violation de la LEg.

⁹⁷ Concernant les mesures pouvant être prises par le PFPDT, cf. HIRSCH, pp. 500 ss. Cf. ég. JACOT-GUILLARMOD/THORENS ; OEHRI/FANGER.

⁹⁸ Cf. PAHUD/PITTET, N 76 ss.

éventuel suffit⁹⁹, ce qui pourrait faciliter l'ouverture de procédures pénales contre les individus responsables. Cela étant, cette sanction nécessite une plainte pénale de la part de la personne concernée.

En raison du renvoi de l'art. 64 LPD aux art. 6 et 7 DPA pour les infractions commises dans une entreprise, la norme pénale s'applique « aux personnes physiques qui ont commis l'acte » (art. 6 al. 1 DPA)¹⁰⁰. Pour la relation avec les employées, cela vise généralement les ressources humaines. Ces dernières pourraient ainsi être sanctionnées pénalement si elles rejettent une candidature sans notifier la candidate que cette décision a été prise par une IA. Elles pourraient aussi engager leur responsabilité pénale si elles notifient une instruction, un avertissement ou un licenciement décidé par une IA, sans informer l'employée que la décision provient d'une IA.

La sanction pénale prévue par l'art. 60 al. 1 LPD s'applique-t-elle également lorsque la personne responsable a informé la personne concernée qu'elle avait fait l'objet d'une DIA, mais sans pour autant l'informer de ses droits prévus par l'art. 21 al. 2 LPD ?

La réponse n'est pas évidente. D'une part, la doctrine unanime soutient que le devoir d'informer prévu par l'art. 21 al. 1 LPD comprend également le devoir d'indiquer à la personne concernée ses droits consacrés par l'art. 21 al. 2 LPD¹⁰¹. D'autre part, le principe de légalité exige que la norme pénale soit formulée de manière suffisamment précise pour permettre au citoyen d'orienter sa conduite et de connaître les conséquences d'un comportement donné avec un degré de certitude adapté aux circonstances (*nulla poena sine lege certa*)¹⁰². A notre avis, et malgré l'interprétation doctrinale du devoir d'informer imposé par l'art. 21 LPD, le principe de légalité prime. Vu que le texte de la loi n'impose pas expressément au responsable du traitement d'informer la personne concernée de ses droits prévus par l'art. 21 al. 2 LPD, la violation du devoir d'informer de ces droits ne peut pas tomber sous le coup de l'art. 60 al. 1 LPD. Partant, seule la violation du devoir d'informer quant à l'existence d'une DIA peut être sanctionnée pénalement¹⁰³.

En plus de la responsabilité pénale de la personne compétente au sein des ressources humaines, le supérieur hiérarchique peut aussi se retrouver sanctionné¹⁰⁴. En effet,

⁹⁹ La jurisprudence récente semble admettre un seuil relativement bas pour retenir un dol éventuel, cf. en particulier TF 6B_899/2021 du 26 janvier 2023, rendu à la suite d'une audience publique mais non destiné à publication (sur cet arrêt, cf. ég. LawInside.ch/1297/ et cdbf.ch/1273/).

¹⁰⁰ Cf. PAHUD/PITTET, N 76 ss.

¹⁰¹ ROSENTHAL, p. 43 N 112 ; BSK DSG- HENSELER/VASELLA, art. 21 N 38. CR LPD-FLÜCKIGER, art. 21 N 8 ; SHK DSG-PÄRLI/FLÜCK, art. 21 N 12 ; PC LPD-JACCOUD/FANTI/STAEGGER, art. 21 LPD N 27.

¹⁰² ATF 144 I 242, c. 3.1.2, résumé in : LawInside.ch/640/.

¹⁰³ Dans le même sens, cf. BSK DSG-HENSELER/VASELLA, art. 21 N 69 ; *contra* ROSENTHAL/GUBLER, p. 54.

¹⁰⁴ CR LPD-MÉTILLE, art. 64 N 12.

l'art. 64 LPD renvoie aux art. 6 et 7 DPA pour les infractions commises dans une entreprise. Or, l'art. 6 al. 2 DPA prévoit que le chef d'entreprise, l'employeur, le mandant ou le représenté qui, intentionnellement ou par négligence et en violation d'une obligation juridique, omet de prévenir une infraction commise par le subordonné, le mandataire ou le représentant ou d'en supprimer les effets, tombe sous le coup des dispositions pénales applicables à l'auteur ayant agi intentionnellement ou par négligence. Partant, les membres de la direction ou du conseil d'administration qui n'exerceraient pas les tâches de haute surveillance pour s'assurer du respect de la LPD, à tout le moins dans ses grandes lignes, peuvent voir leur responsabilité pénale engagée en cas de violation du devoir d'informer au sens de l'art. 60 al. 1 LPD¹⁰⁵.

V. Perspectives

En Suisse, trois éléments centraux détermineront la mise en œuvre du régime juridique des DIA :

- Les personnes concernées vont-elles exercer leurs droits, en particulier leur droit d'être entendu et celui d'avoir accès à la logique sous-jacente ?
- Le PFPDT va-t-il exercer son rôle de surveillant et ouvrir, le cas échéant, des procédures d'*enforcement* ?
- Les personnes concernées dont les droits sont violés vont-elles porter plainte ? Le cas échéant, les autorités pénales compétentes vont-elles réussir à condamner les personnes responsables ?

Si le responsable du traitement respecte son devoir d'informer en cas de DIA, certaines personnes concernées exerceront très probablement leur droit d'être entendu et, sur la base du droit d'accès, demanderont la logique sous-jacente. L'exercice de ces droits devrait être gratuit, ce qui laisse supposer qu'ils seront bien utilisés en pratique. Les employeurs devraient ainsi se préparer à réagir à de telles demandes. S'ils ne respectent pas ces droits, l'employée concernée pourrait dénoncer l'employeur au PFPDT.

Une fois informées d'un tel cas, quelle sera la réaction de l'autorité ? Probablement, les violations mineures du régime de la DIA ne seront pas sa priorité. Cela étant, selon la taille de l'employeur et en fonction du nombre d'employées, le PFPDT pourrait réagir fermement afin d'établir un précédent. Partant, même si la probabilité peut sembler faible,

¹⁰⁵ CR LPD-MÉTILLE, art. 64 N 14. Pour une application récente de l'art. 6 al. 2 DPA, cf. TF 6B_1176/2022, TF 6B_1198/2022 du 5 décembre 2023 (violation par négligence de l'obligation de communiquer au sens de l'art. 37 LBA), commenté *in* : cdbf.ch/1317/.

les conséquences de l'ouverture d'une procédure par le Préposé fédéral pourraient être importantes, compte tenu de ses pouvoirs.

En outre, la personne concernée pourrait, en plus de la dénonciation aux autorités, déposer une plainte pénale. L'autorité pénale compétente devra en principe instruire la cause¹⁰⁶. Elle pourra en particulier ouvrir une procédure tant contre la personne physique qui a concrètement violé le devoir d'informer que contre le supérieur à qui incombait de surveiller le respect de la LPD¹⁰⁷. En raison des lourdes conséquences découlant de l'ouverture d'une procédure pénale, ce risque n'est pas négligeable.

Enfin, certaines révisions législatives sont déjà en cours d'élaboration. Certains parlementaires suisses sont conscients que le champ d'application de la DIA est limité, notamment en raison du critère « exclusivement automatisé ». Ainsi, la Conseillère nationale Marti Min Li a déposé une motion afin que « tout recours à l'IA dans un système ou une application soit clairement signalé, à quelque niveau que ce soit »¹⁰⁸. Bien que le Conseil fédéral en propose le rejet, il a indiqué être en train de dresser un état des lieux relatif à la réglementation de l'intelligence artificielle, lequel « examinera aussi dans quelle mesure il est approprié pour la Suisse, en ce qui concerne l'obligation de déclaration des systèmes d'IA, d'avoir une réglementation qui va au-delà des règles déjà prévues dans la [LPD] »¹⁰⁹. De son côté, le Groupe des Verts-e-s a déposé une initiative parlementaire le 15 juin 2023 visant à ajouter un art. 21^{bis} à la LPD, lequel viserait précisément le devoir d'informer en cas d'utilisation de l'intelligence artificielle¹¹⁰. En fonction des conclusions de l'état des lieux que prépare actuellement le Conseil fédéral, cette initiative pourrait ensuite être intégrée à une révision législative plus large liée à l'intelligence artificielle. En matière de droit du travail aussi, l'utilisation de l'IA préoccupe certains parlementaires. Ainsi, la Conseillère nationale Barbara Gysi a déposé une motion afin « de renforcer au niveau de la loi les droits de participation des travailleurs, lorsque ces systèmes [d'IA] sont utilisés pour des recommandations, des prévisions, des décisions, etc. qui concernent les travailleurs ou qui utilisent des données sur ces derniers »¹¹¹. Le Conseil fédéral a

¹⁰⁶ Sur la portée du principe *in dubio pro duriore*, cf. ATF 143 IV 241 (résumé *in* : LawInside.ch/500/).

¹⁰⁷ Cf. art. 6 al. 1 et al. 2 DPA *cum* art. 64 LPD ; PAHUD/PITTET, N 80 s.

¹⁰⁸ Motion de Marti Min Li 23.3806 « Obligation de déclarer les recours à l'intelligence artificielle et aux systèmes de décision automatisés » du 15 juin 2023.

¹⁰⁹ Avis du Conseil fédéral du 30 août 2023 répondant à la Motion de Marti Min Li 23.3806 « Obligation de déclarer les recours à l'intelligence artificielle et aux systèmes de décision automatisés » du 15 juin 2023.

¹¹⁰ Initiative parlementaire 23.438 du Groupe des Verts-e-s « Loi fédérale sur la protection des données. Ajouter une disposition sur les décisions automatisées qui se fondent sur l'intelligence artificielle » du 15 juin 2023.

¹¹¹ Motion de Barbara Gysi 23.4492 « Intelligence artificielle au travail. Renforcer les droits de participation des travailleurs » du 22 décembre 2023.

cependant proposé son rejet, en raison de la préparation de cet état des lieux sur l'IA. Il a également invoqué ce travail en cours dans sa réponse à l'interpellation du Conseiller national Niklaus-Samuel Gugger sur « Intelligence artificielle et participation des employés. La loi est-elle lacunaire ? »¹¹².

Au sein de l'UE, le futur règlement européen sur l'intelligence artificielle (Loi sur l'IA) pourrait aussi concerner l'automatisation dans le monde du travail. Ce règlement s'appliquera en plus de l'art. 22 RGPD¹¹³. Certains processus automatisés pourront ainsi se trouver dans le champ d'application des deux règlements. Par exemple, « les systèmes d'intelligence artificielle destinés à être utilisés pour le recrutement ou la sélection de personnes physiques, notamment pour publier des offres d'emploi ciblées, pour analyser et filtrer les candidatures, et pour évaluer les candidats » seront considérés comme des systèmes à haut risque par la Loi sur l'IA¹¹⁴. Il en ira de même pour « l'intelligence artificielle destinée à être utilisée pour prendre des décisions concernant les conditions des relations de travail, la promotion et la résiliation des relations contractuelles liées au travail, pour répartir les tâches sur la base du comportement individuel ou de traits ou caractéristiques personnels et pour contrôler et évaluer les performances et le comportement des personnes dans ces relations »¹¹⁵. En outre, son effet extraterritorial, semblable à celui du RGPD, influencera certainement la pratique en Suisse¹¹⁶. Même si cette Loi sur l'IA est sur le point d'être adoptée, le texte final n'a pas encore été officiellement publié¹¹⁷.

VI. Conclusion

L'étude approfondie du régime juridique des DIA dans le droit du travail, à la lumière du droit de l'UE et du droit suisse, révèle quelques points clés relatifs à l'intégration et la gestion de l'IA dans la pratique des entreprises.

Premièrement, l'employeur doit bien identifier et qualifier les processus décisionnels automatisés. Selon le degré d'intervention humaine, et selon l'impact sur l'employée, ces processus doivent être qualifiés de DIA. Par ailleurs, en raison de la jurisprudence récente de la CJUE dans l'affaire SCHUFA, la notion de décision sera peut-être interprétée

¹¹² Interpellation de Niklaus-Samuel Gugger 23.4517 « Intelligence artificielle et participation des employés. La loi est-elle lacunaire ? » du 22 décembre 2023.

¹¹³ BeckOK-VON LEWINSKI, art. 22 DGSVO N 1.2.

¹¹⁴ Annexe III, Art. 4 let. a Loi sur l'IA.

¹¹⁵ Annexe III, Art. 4 let. b Loi sur l'IA.

¹¹⁶ Art. 2 Loi sur l'IA.

¹¹⁷ PARLEMENT EUROPÉEN. Une version presque définitive a néanmoins été dévoilée en ligne fin janvier 2024, ce qui nous a permis d'en prendre connaissance (cf. ég. DAL MOLIN/SILBERSTEIN-LOEB).

largement et comprendra également les évaluations effectuées par l'IA lorsqu'elles sont déterminantes pour une décision subséquente. A notre avis, cette jurisprudence ne devrait pas être reprise par les tribunaux suisses, ce qui permet à l'employeur non soumis au RGPD d'éviter de se conformer au régime de la DIA s'il ne procède qu'à des évaluations automatisées.

Deuxièmement, l'employeur doit informer les employées de l'existence de la DIA, de leurs droits et de la logique sous-jacente. L'employeur doit également leur accorder, sur demande, le droit d'être entendu par un humain. Enfin, il peut devoir procéder à une analyse d'impact avant de mettre en œuvre des DIA. Ces exigences reflètent une préoccupation croissante pour la transparence et la responsabilité de l'IA.

Troisièmement, la personne compétente au sein des ressources humaines peut être condamnée pénalement si elle viole intentionnellement son devoir d'informer de l'existence d'une DIA et si l'employée porte plainte. En outre, la supérieure hiérarchique peut également voir sa responsabilité pénale engagée si elle omet de prévenir une infraction commise par l'employée subordonnée.

L'utilisation de l'IA et des DIA dans le monde du travail pourrait continuer à croître. Les employeurs doivent non seulement se conformer aux réglementations actuelles, mais aussi rester vigilants quant aux évolutions législatives futures, tant au sein de l'UE qu'en Suisse, notamment en ce qui concerne la transparence et l'explicabilité des décisions prises par l'IA.

En pratique, l'employeur peut avoir un intérêt à éviter tout processus exclusivement automatisé afin de ne pas devoir respecter le régime juridique de la DIA. Pour ce faire, il doit impliquer une employée compétente qui puisse revoir toutes les propositions de décisions suggérées par l'IA (*human in the loop*). La vérification humaine lui permet aussi de minimiser les risques d'une IA non supervisée, afin qu'humain et IA forment une collaboration efficace.

Bibliographie

- BAERISWYL BRUNO/PÄRLI KURT/BLONSKI DOMINIKA (édit.), *Datenschutzgesetz (DSG) – Bundesgesetz vom 25. September 2020 über den Datenschutz (DSG)*, 2^e éd., Berne 2023 (cité : SHK DSG-AUTEUR, art. ... N ...).
- BENHAMOU YANIV/COTTIER BERTIL (édit.), *Loi fédérale sur la protection des données*, Petit commentaire, Bâle 2023 (cité : PC LPD-AUTEUR, art. ... N ...).
- BENHAMOU YANIV/JACOT-GUILLARMOD EMILIE, *RGPD sur sol suisse : mise en œuvre*, digma 2018, pp. 142 ss.
- BENSAMOUN ALEXANDRA/LOISEAU GREGOIRE, *Droit de l'Intelligence Artificielle*, Paris 2019.
- BIERI ADRIAN/POWELL JULIAN (édit.), *DSG – Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz mit weiteren Erlassen*, Zurich 2023 (cité : DSG Kommentar-AUTEUR, art. ... N ...).
- BLECHTA GABOR-PAUL/VASELLA DAVID (édit.), *Basler Kommentar, Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz*, 4^e éd., Bâle 2024 (cité : BSK DSG-AUTEUR, art. ... N ...).
- BRKAN MAJA, *Do Algorithms Rule the World ? Algorithmic Decision-Making in the Framework of the GDPR and Beyond*, *International Journal of Law and Information Technology*, 2019 27/2.
- BYGRAVE LEE A., *Machine Learning, Cognitive Sovereignty and Data Protection Rights with Respect to Automated Decisions*, in : Ienca *et al.* (édit.), *The Cambridge Handbook of Information Technology, Life Sciences and Human Rights*, Cambridge 2022, pp. 166 ss.
- COMITÉ EUROPÉEN DE LA PROTECTION DES DONNÉES, *Lignes directrices 3/2018 sur l'application territoriale du RGPD (art. 3)*, 12 novembre 2019 (cité : CEPD, Application territoriale du RGPD).
- COMITÉ EUROPÉEN DE LA PROTECTION DES DONNÉES, *Lignes directrices 5/2020 sur le consentement au sens du règlement (UE) 2016/679, Version 1.1*, 4 mai 2020 (cité : CEPD, Consentement).
- COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉS, *Guides AIPD (analyse d'impact relative à la protection des données)*, février 2018, <https://www.cnil.fr/fr/guides-aipd> (cité : CNIL, Guides AIPD).
- DAL MOLIN LUCA/SILBERSTEIN-LOEB JOHNATHAN, *Leaked Draft of EU AI Act Sheds Light on Proposed Regulation*, 26 janvier 2024, <https://www.homburger.ch/en/insights/leaked-draft-of-eu-ai-act-sheds-light-on-proposed-regulation> (consulté le 24.02.2024).
- DI TRIA LIVIO, *L'analyse d'impact relative à la protection des données (AIPD) en droit européen et suisse*, sic ! 3/2020 pp. 119 ss.
- DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, 2^e éd., Berne 2022 (cité : Commentaire du contrat de travail-AUTEUR, art. ... N ...).
- FRANK JUSTUS/HEINE MAURICE, *Das KI-basierte Arbeitsverhältnis*, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2023, pp. 935 ss.
- GEISER THOMAS/FOUNTOLAKIS CHRISTIANA (édit.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I – Art. 1-456 ZGB*, 7^e éd., Bâle 2022 (cité : BSK ZGB I-AUTEUR, art. ... N ...).
- GLATTHAAR MATTHIAS, *Robot Recruiting*, RSDA 2020 pp. 43 ss.
- GÖZDE ARACI, *A Quest for Fair Balance : Testing the Right of Access against IP Rights and Trade Secrets*, MIPLC Master Thesis Series (2018/19), Munich 2019.

- GROUPE DE TRAVAIL « ARTICLE 29 » SUR LA PROTECTION DES DONNÉES, Lignes directrices concernant l'analyse d'impact relative à la protection des données (AIPD) et la manière de déterminer si le traitement est « susceptible d'engendrer un risque élevé » aux fins du règlement (UE) 2016/679 du 4 avril 2017 (cité : G29, Lignes directrices concernant l'AIPD).
- GROUPE DE TRAVAIL « ARTICLE 29 » SUR LA PROTECTION DES DONNÉES, Lignes directrices sur la prise de décision automatisée individuelle et le profilage aux fins du Règlement 2016/679, 6 février 2018 (cité : G29, Lignes directrices sur la DIA).
- HENSELER SIMON, EuGH C-634/21 : Kreditscore (der SCHUFA) als automatisierte Entscheidung, 8 décembre 2023, disponible sous <https://datenrecht.ch/eugh-c-634-21-kreditscore-der-schufa-als-automatisierte-entscheidung/> (cité : HENSELER, Schufa).
- HENSELER SIMON, Was ist eine automatisierte Entscheidung ? Zum Tatbestand von Art. 22 Abs. 1 DSGVO, *in* : Meier/Zurkinder/Staffler (édit.), *Recht und Innovation, Innovation durch Recht, im Recht und als Herausforderung für das Recht*, Zurich 2020 (cité : HENSELER, automatisierte Entscheidung).
- HIRSCH CÉLIAN, Le devoir d'informer lors d'une violation de la sécurité des données – Avec un regard particulier sur les données bancaires, thèse, Genève 2023.
- HIRSCH CÉLIAN/MERLINO NASTASIA, Do Robots Rule Wealth Management ? A Brief Legal Analysis of Robo-Advisors, RSDA 2022 pp. 33 ss.
- JACOT-GUILLARMOD EMILIE/THORENS OLAF, Les nouveaux pouvoirs du PFPDT et son rôle dans la poursuite pénale en vertu de la LPD, *in* : Jusletter du 25 septembre 2023.
- LANG FLAVIA/REINBACH HUBERTUS, Künstliche Intelligenz im Arbeitsrecht, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2023, pp. 1273 ss.
- MALORNY FRIEDERIKE, Datenschutz als Grenze KI-basierter Auswahlentscheidungen im Arbeitsrecht, *Recht der Arbeit* 2022, pp. 170 ss.
- MARTINI MARIO, Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz, Berlin 2019 (cité : MARTINI, Blackbox Algorithmus).
- MEHMEDOVIC SENIDA, Le droit d'accès à une décision individuelle automatisée, *in* : Jusletter du 19 septembre 2022.
- MEIER PHILIPPE/MÉTILLE SYLVAIN (édit.), *Loi fédérale sur la protection des données, Commentaire romand*, Bâle 2023 (cité : CR LPD-AUTEUR, art. ... N ...).
- Message du Conseil fédéral du 15 septembre 2017 concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales (FF 2017 [44] 6565).
- MÉTILLE SYLVAIN/ACKERMANN ANNELEISE, RGPD : application territoriale et extraterritoriale, *in* : Epiney/Rovelli (édit.), *Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) : Tragweite und erste Erfahrungen/Le Règlement général sur la protection des données (RGPD) : portée et premières expériences*, Genève/Zurich/Bâle 2020, p. 81 ss.
- MEYER UWE, Künstliche Intelligenz im Personalmanagement und Arbeitsrecht, *Neu Juristische Wochenschrift*, I/2023 pp. 1841 ss.
- MONTAVON MICHAEL, La CJUE serre la vis au traitement des données par les sociétés de fourniture de renseignements commerciaux, 18 décembre 2023, *in* : www.swissprivacy.law/274.
- OEHRI ISABELLE/FANGER RETO, Die Untersuchung von Datenschutzverstössen durch den EDÖB, *in* : Jusletter du 25 septembre 2023.

- PAAL BORIS, art. 22 DS-GVO Kreditscoring vor dem EuGH, *Zeitschrift für Digitalisierung und Recht* 2023, pp. 114 ss (cité : PAAL, Kreditscoring).
- PAAL BORIS, Case Note : Article 22 GDPR : Credit Scoring Before the CJEU, *Global Privacy Law Review*, 2023/3 vol. 4, pp. 127 ss (cité : PAAL, Case Note).
- PAAL BORIS/PAULY DANIEL (édit.), *Beck'sche Kompakt-Kommentare, Bundesdatenschutzgesetz*, 3^e éd., 2021 (cité : Beck'sche-AUTEUR, art. ... N ...).
- PAHUD JOËL/PITTET SÉBASTIEN, Les infractions pénales de la loi sur la protection des données, *in* : *Jusletter* du 25 septembre 2023.
- PARLEMENT EUROPÉEN, Loi sur l'intelligence artificielle : accord sur des règles globales pour une IA digne de confiance, 9 décembre 2023 (<https://www.europarl.europa.eu/news/fr/press-room/20231206IPR15699/loi-sur-l-intelligence-artificielle-accord-sur-des-regles-globales>).
- PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (édit.), *Commentaire romand, Code civil I – Art. 1-456 CC*, 2^e éd. 2023, Bâle (cité : CR CC I-AUTEUR, art. ... N ...).
- PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE, Le RGPD de l'UE et ses conséquences sur la Suisse, juillet 2018 (cité : PFPDT, Le RGPD et la Suisse).
- PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE, Aide-mémoire concernant l'analyse d'impact relative à la protection des données personnelles (AIPD) au sens des art. 22 et 23 LPD, août 2023 (cité : PFPDT, AIPD).
- ROSENTHAL DAVID, Das neue Datenschutzgesetz, *in* : *Jusletter* du 16 novembre 2020.
- ROSENTHAL DAVID/GUBLER SERAINA, Die Strafbestimmungen des neuen DSG, *RSDA* 2021 pp. 52 ss.
- ROSENTHAL DAVID/MÜHLEMANN ELIAS/BAERISWYL JONAS, AI : 11 principles – and an AI policy for employees, 29 janvier 2024 (<https://www.vischer.com/en/knowledge/blog/part-3-ai-11-principles-and-an-ai-policy-for-employees/>).
- SIMITIS SPIROS/HORNUNG GERRIT/SPIECKER INDRA (édit.), *Datenschutzrecht : DSGVO mit BDSG Grosskommentar*, 2019 (cité : DSGVO Grosskommentar-AUTEUR, art. ... N ...).
- SUTER FABIENNE, Automatisierte Einzelentscheidungen im (Schweizer) Datenschutzrecht Phänomen, Entstehungsgeschichte, Regelungsziele und Begriff, thèse, Zurich 2024 (à paraître).
- THOUVENIN FLORENT/FRÜH ALFRED/GEORGE DAMIAN, Datenschutz und automatisierte Entscheidungen, *in* : *Jusletter* du 26 novembre 2018.
- TOSONI LUCA, The Right to Object to Automated Individual Decisions : Resolving the Ambiguity of Article 22(1) of the General Data Protection Regulation, *International Data Privacy Law*, April 2021, 11/2, pp. 145 ss.
- WACHTER SANDRA/MITTELSTADT BRENT/RUSSEL CHRIS, Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box : Automated Decisions and the GDPR, *Harvard Journal of Law & Technology*, Spring 2018, 31/2.
- WOLFF HEINRICH/BRINK STEPFAN/UNGERN-STERNBERG ANTJE (édit.), *BeckOK Datenschutzrecht*, 46^e éd., 2023 (cité : BeckOK-AUTEUR, art. ... N ...).
- WYLER RÉMY/HEINZER BORIS/WITZIG AURÉLIEN, *Droit du travail*, 5^e éd., Berne 2024 (à paraître).