

Paris, le 10 octobre 2025

Décision du Défenseur des droits n°2025-182

La Défenseure des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la directive n°2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004, mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès des biens et services et la fourniture de biens et services et la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail ;

Vu la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Après consultation du collège compétent en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité ;

S'étant saisie des résultats d'une expérimentation menée par les associations Global Witness, Fondation des femmes et Femmes Ingénieures portant sur la diffusion sur les réseaux sociaux du groupe Meta de publicités pour des offres d'emploi, qui seraient discriminatoires car les personnes destinataires seraient choisies, directement ou indirectement, en fonction de critères prohibés de discrimination, dont le sexe ;

Constate que le système mis en œuvre pour diffuser les offres d'emploi traite différemment les utilisateurs de la plateforme Facebook à raison de leur sexe et constitue une discrimination indirecte en lien avec le sexe ;

Recommande aux sociétés Meta Irlande et Facebook France de mettre en œuvre toute mesure de nature à garantir le caractère non-discriminatoire de la diffusion de publicités pour des offres d'emploi ;

Demande qu'il lui soit rendu compte des suites données à ces recommandations dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'C. Hédon', with a stylized flourish at the end.

Claire HÉDON

Recommandation du Défenseur des droits en application de l'article 25 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011

1. La Défenseure des droits s'est saisie des résultats d'une expérimentation menée par les associations Global Witness, Fondation des femmes et Femmes Ingénieures portant sur la diffusion sur les réseaux sociaux du groupe Meta de publicités pour des offres d'emploi, qui seraient discriminatoires car les personnes destinataires seraient choisies, directement ou indirectement, en fonction de critères prohibés de discrimination, dont le sexe.

I. Rappel des faits

2. Un service payant de création et de diffusion de publicités est proposé sur le réseau social Facebook. Il peut par exemple permettre à un employeur de diffuser une offre d'emploi pour un poste vacant auprès des utilisateurs de la plateforme. Au terme de cette diffusion, le service permet à l'employeur d'obtenir des informations sur les personnes à qui l'annonce a été diffusée, notamment leur nombre et leur sexe.
3. Les trois associations précitées ont décidé de tester ce service. Leur expérimentation menée en France a ainsi consisté à créer cinq publicités renvoyant à des offres d'emplois et à les faire diffuser, les 28 et 29 mars 2022, ainsi que du 14 au 16 et du 25 au 27 avril 2023, par ce service. Le même procédé a été mené aux Pays-Bas, au Royaume-Uni, en Irlande, en Inde, en Indonésie et en Afrique du Sud.
4. Dans les publicités ainsi créées, l'intitulé des emplois et l'image associée ne donnaient aucune indication sur les caractéristiques de la personne à recruter telles que le sexe, l'âge, le lieu de résidence ou la situation de famille.
5. Certaines informations étaient à remplir obligatoirement lors de la création des publicités. À ce titre, il a été demandé par les associations que les publicités soient diffusées à des utilisateurs majeurs sur le territoire français.
6. Au moment du choix des destinataires de ces publicités, les associations ont également dû choisir un « objectif de diffusion » et ont sélectionné l'objectif « trafic », lequel vise à diriger les internautes vers une destination, comme votre site web, application ou événement Facebook. Ici, il s'agissait de diriger les internautes vers le site internet où l'offre d'emploi était publiée. Les options choisies par les associations permettaient donc que les publicités soient diffusées au maximum de personnes de la façon la plus neutre possible.

7. Au terme de l'expérimentation de mars 2022, il ressort des données de diffusion fournies aux associations par le groupe Meta que :
 - La publicité « Auxiliaire petite enfance » a été présentée à des femmes à 94% ;
 - La publicité « Secrétaire » a été présentée à des femmes à 92% ;
 - La publicité « Responsable infrastructure informatique » a été présentée à des hommes à 68% ;
 - La publicité « Psychologue » a été présentée à des femmes à 80% ;
 - La publicité « Pilote » a été présentée à des hommes à 85%.
8. Au terme de l'expérimentation d'avril 2023, il est constaté que :
 - La publicité « Auxiliaire petite enfance » a été présentée à des femmes à 93% ;
 - La publicité « Responsable infrastructure informatique » a été présentée à des hommes à 76% ;
 - La publicité « Psychologue » a été présentée à des femmes à 86% ;
 - La publicité « Pilote de ligne » a été présentée à des hommes à 74%.

II. Saisine, enquête et compétence du Défenseur des droits

9. Le Défenseur des droits a décidé de se saisir d'office de cette situation en application de l'article 5 de la loi organique n°2011-333, par décision n°2023-147 du 13 juillet 2023.
10. En vertu des pouvoirs d'instruction prévus aux articles 18 et 20 de la même loi, les services du Défenseur des droits ont demandé aux sociétés Meta Platforms Ireland Ltd (ci-après « Meta Irlande ») et Facebook France de transmettre un certain nombre d'éléments par courrier du 7 novembre 2023.
11. Meta Irlande a répondu au Défenseur des droits le 12 janvier 2024 par l'intermédiaire de son conseil.
12. L'ensemble des éléments demandés à Meta Irlande n'ayant pas été transmis et la société Facebook France n'ayant pas répondu, les services du Défenseur des droits leur ont adressé un courrier de relance respectivement les 12 et 18 mars 2024.
13. Meta Irlande y a répondu le 29 mars 2024 par l'intermédiaire de son conseil. Facebook France n'a pas répondu.

14. Par courrier recommandé du 22 avril 2025, les services du Défenseur des droits ont adressé à Meta Irlande et Facebook France une note soumise au contradictoire, reprenant la situation en fait et en droit et les invitant à répondre dans un délai d'un mois. Meta Irlande a répondu le 26 mai 2025 ne pas souhaiter apporter d'éléments nouveaux. Facebook France n'a pas répondu.

15. Dans ses réponses au Défenseur des droits, Meta Irlande soutient que le Défenseur des droits n'est pas compétent territorialement pour instruire ce dossier car le siège de l'entreprise est en Irlande. En effet, selon Meta Irlande, le « principe du pays d'origine » prévu dans la directive européenne 2000/31¹ s'opposerait à la compétence du Défenseur des droits et à l'application de la loi française au profit de l'application du droit irlandais par les autorités irlandaises.

Or :

- (i) Le Défenseur des droits a également instruit auprès de Facebook France, qui n'a pas répondu ;
- (ii) Meta Irlande ne démontre pas que la directive 2000/31 ferait obstacle à l'intervention du Défenseur des droits ;
- (iii) La discrimination alléguée présente des liens de rattachement avec la France, donnant compétence au Défenseur des droits ;
- (iv) En procédant par analogie avec un litige international soumis à un tribunal français, les règles de droit international privé désignent les autorités françaises comme compétentes et la loi française comme applicable.

i. Le Défenseur des droits a également instruit auprès de Facebook France, qui n'a pas répondu

16. Le Défenseur des droits a sollicité la société Facebook France, qui est établie en France. Celle-ci n'a pas répondu à ce jour. La société Meta Irlande quant à elle ne démontre pas que la société Facebook France n'aurait pas qualité pour répondre au Défenseur des droits, se limitant à affirmer que « *Facebook France ne fournit pas Facebook [...]* ». Il apparaît néanmoins que Facebook France a son siège à Paris, avec pour objet social la gestion de publicité sur les plateformes du groupe Meta, qu'elle emploie plusieurs centaines de personnes et détient un chiffre d'affaires de plus de 900 millions d'euros².

¹ Directive n° 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

² Site annuaire-entreprises.data.gouv.fr ; Capital, Lourd redressement fiscal pour la filiale française de Facebook, sur <https://capital.fr>, 24 août 2020.

17. Ces éléments laissent penser que Facebook France est la filiale du groupe Meta établie en France et qu'elle est donc tenue de répondre au Défenseur des droits en application de la loi organique n°2011-333.

ii. Meta Irlande ne démontre pas que la directive 2000/31 ferait obstacle à l'intervention du Défenseur des droits

18. Il convient de relever que la directive 2000/31, dans sa version en vigueur au moment des faits faisant l'objet de la présente décision, et sous réserve de son applicabilité à ces faits, suscite des difficultés d'application au sein des États membres. Ainsi, en France, plusieurs questions préjudicielles ont récemment été transmises par le Conseil d'État à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), concernant la question de l'accès par des mineurs en France à des contenus pornographiques diffusés sur des sites internet basés dans d'autres pays de l'Union européenne³.

19. Dans son arrêt, le Conseil d'État a jugé, sans poser de question préjudicielle sur ce point, que la possibilité pour une autorité administrative française (l'Arcom) de mettre en demeure une société étrangère de cesser de diffuser des contenus illicites, ne méconnaissait pas la directive 2000/31.

En effet, le Conseil d'État a rappelé les termes de l'article 14 de cette directive :

« Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation et n'affecte pas non plus la possibilité, pour les États membres, d'instaurer des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible. »

Le considérant 45 de la même directive énonce également en ce sens que :
« Les limitations de responsabilité des prestataires de services intermédiaires prévues dans la présente directive sont sans préjudice de la possibilité d'actions en cessation de différents types. Ces actions en cessation peuvent notamment revêtir la forme de décisions de tribunaux ou d'autorités administratives exigeant qu'il soit mis un terme à toute violation ou que l'on prévienne toute violation, y compris en retirant les informations illicites ou en rendant l'accès à ces dernières impossible ». Le considérant 48 poursuit ainsi :
« La présente directive n'affecte en rien la possibilité qu'ont les États membres d'exiger des prestataires de services (...) qu'ils agissent avec les précautions

³ CE, 6 mars 2024, n°461193, 461195. Dans une affaire similaire, la cour d'appel de Paris vient de surseoir à statuer dans l'attente de la réponse de la CJUE aux questions préjudicielles posées par le Conseil d'État : CA Paris, 17 octobre 2024, n° 23/17972.

que l'on peut raisonnablement attendre d'eux et qui sont définies dans la législation nationale, et ce afin de détecter et d'empêcher certains types d'activités illicites. »

Ces dispositions montrent que le « principe du pays d'origine » posé par la directive n'apparaît pas faire obstacle à une procédure telle que celle initiée par le Défenseur des droits en application des pouvoirs qu'il tient de la loi organique n°2011-333.

20. De plus, la CJUE a interprété la directive 2000/31 comme signifiant seulement que le prestataire du service ne doit pas être soumis à des exigences plus strictes que celles du droit de l'État membre où il est établi⁴. Or, en matière d'interdiction des discriminations dans l'emploi, les mêmes directives de l'Union européenne s'appliquent en Irlande et en France. Meta Irlande n'explique pas en quoi le droit français serait plus strict que le droit irlandais.

21. Rappelons enfin que le droit français, le droit irlandais et le droit de l'Union européenne, dont relève la directive 2000/31, doivent respecter le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui prévoit en son article 8 que « *Pour toutes ses actions, l'Union cherche à éliminer les inégalités, et à promouvoir l'égalité, entre les hommes et les femmes* », le Traité sur l'Union européenne, qui consacre l'égalité entre hommes et femmes comme une « *valeur fondamentale* » et un « *objectif* » (articles 2 et 3), mais également la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, opposable depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, qui prohibe les discriminations liées au sexe dans la mise en œuvre le droit de l'Union (articles 21 et 51). L'interdiction des discriminations constitue également un principe général du droit de l'Union européenne⁵.

iii. La discrimination alléguée présente des liens de rattachement avec la France, donnant compétence au Défenseur des droits

22. Il ressort de la loi organique n°2011-333 qu'aucune limite n'est posée à la compétence territoriale du Défenseur des droits, qui peut donc solliciter la société Meta Irlande. Le service de publicités proposé par Meta est à destination des utilisateurs français sur le territoire français, la discrimination alléguée présente donc des liens de rattachement avec la France. Par conséquent, rien ne s'oppose à la compétence du Défenseur des droits pour instruire.

⁴ CJUE, 25 octobre 2011, grande chambre, n° C-509/09 et C-161/10, §§ 53 à 68

⁵ CJUE gde ch., 19 janv. 2010, Küçükdeveci, C-555/07 ; CJUE, 22 mai 2014, Wolfgang Glatzel c. Freistaat Bayern, C-356/12, § 43

iv. En procédant par analogie avec un litige international soumis à un tribunal français, il ressort des règles de droit international privé que les autorités françaises sont compétentes et que la loi française est applicable.

23. Si l'on admet que la compétence territoriale du Défenseur des droits suit celle des juridictions françaises, il peut être opportun de rechercher si une juridiction française saisie de la discrimination alléguée en l'espèce serait compétente, et si la loi française serait applicable.

24. Une juridiction saisie de cette affaire devra pour cela appliquer les règles de droit international privé.

25. Or, le droit international privé désigne les juridictions françaises comme compétentes en matière civile si le lieu du dommage est en France, ou encore lorsque le demandeur a la qualité de consommateur⁶. Ainsi, dans un autre litige opposant une association à Meta Irlande, le tribunal judiciaire et la cour d'appel de Paris ont retenu la compétence du juge français pour prononcer des mesures provisoires en application de ce règlement⁷.

26. De même, le droit international privé désigne la loi française comme applicable en matière civile dès lors que le lieu du dommage est en France, ou encore lorsque le demandeur a la qualité de consommateur⁸.

27. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que le Défenseur des droits peut ainsi demander toutes les explications et pièces nécessaires à Meta Irlande et Facebook France et appliquer le droit européen et le droit français pour apprécier l'existence d'une discrimination.

III. Cadre juridique et contexte

1. L'interdiction des discriminations liées au sexe dans l'emploi

⁶ Règl. (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, 12 décembre 2012, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte) (« Bruxelles I bis »), art. 7 § 1 et 2.

⁷ TJ Paris, 5 janvier 2023, n°22/57472 ; CA Paris, 21 décembre 2023, n° 23/06581.

⁸ Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil, 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), art. 6 ; Règl. (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil, 11 juillet 2007, sur loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), art. 4 § 1, 5, 6.

i. En droit de l'Union européenne

28. En droit de l'Union européenne, la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail rappelle, dans son considérant 2, que : « *L'égalité entre les hommes et les femmes est un principe fondamental du droit communautaire en vertu de l'article 2 et de l'article 3, paragraphe 2, du traité, et la jurisprudence de la Cour de justice. Selon lesdits articles du traité, l'égalité entre les hommes et les femmes constitue une "mission" et un objectif de la Communauté et elle a l'obligation positive de la promouvoir dans toutes ses actions* ».
29. Le considérant 19 de cette directive rappelle quant à lui que : « *Garantir un accès égal à l'emploi et à la formation professionnelle y menant est essentiel à l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail. Par conséquent, toute exception à ce principe devrait être limitée aux activités professionnelles qui nécessitent l'emploi d'une personne d'un sexe donné, en raison de leur nature ou du contexte dans lequel elles sont exercées, pour autant que l'objectif soit légitime et conforme au principe de proportionnalité* ».
30. L'article 14, 1° a) de cette directive prohibe toute discrimination directe ou indirecte liée au sexe à l'embauche. Sont en effet concernées par la directive :
- « *les conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle* ».
31. L'« accès à l'emploi » est également mentionné dès le premier article de la directive qui en présente l'objet : « *La présente directive vise à garantir la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail. À cette fin, elle contient des dispositions destinées à mettre en œuvre le principe de l'égalité de traitement en ce qui concerne : a) l'accès à l'emploi, y compris la promotion, et à la formation professionnelle. [...]* ».
32. L'article 19 de la directive pose le principe de l'aménagement de la charge de la preuve en matière de discrimination liée au sexe : « *1. Les États membres, conformément à leur système judiciaire, prennent les mesures nécessaires afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence*

d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement.

2. Le paragraphe 1 n'empêche pas les États membres d'imposer un régime probatoire plus favorable à la partie demanderesse. »

33. L'interdiction des discriminations est également consacrée à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et constitue un principe général du droit de l'Union européenne⁹.

ii. En droit français

34. L'article 1^{er} de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations dispose que *« Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de [...] son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable »*. Cette loi précise en son article 2, 3° être applicable au domaine de l'*« accès à l'emploi »*.

35. L'article L. 1132-1 du code du travail, tel que modifié par la loi n°2008-496 précitée, définit le principe général de non-discrimination : *« Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement « ou de nomination » ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte telle que définie à l'article 1er de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations [...] en raison de son sexe [...] »*.

36. Dans le prolongement du principe général de non-discrimination, des dispositions spécifiques du code du travail prohibent la discrimination fondée sur le sexe. Ainsi, l'article L. 1142-1 du code du travail dispose que :

« Sous réserve des dispositions particulières du présent code, nul ne peut :

1° Mentionner ou faire mentionner dans une offre d'emploi le sexe ou la situation de famille du candidat recherché. Cette interdiction est applicable pour toute forme de publicité relative à une embauche et quels que soient les caractères du contrat de travail envisagé ;

⁹ CJUE gde ch., 19 janv. 2010, Küçükdeveci, C-555/07 ; CJUE, 22 mai 2014, Wolfgang Glatzel c. Freistaat Bayern, C-356/12, § 43

2° Refuser d'embaucher une personne, prononcer une mutation, résilier ou refuser de renouveler le contrat de travail d'un salarié en considération du sexe, de la situation de famille ou de la grossesse sur la base de critères de choix différents selon le sexe, la situation de famille ou la grossesse ;

3° Prendre en considération du sexe ou de la grossesse toute mesure, notamment en matière de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle ou de mutation. »

Ce texte s'applique ainsi aux publicités proposant un emploi, quelle que soit leur forme.

37. Les seules exceptions au principe énoncé à l'article L. 1142-1 du code de travail sont énumérées à l'article R. 1142-1 du même code : *« Les emplois et activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante sont les suivants : 1° Artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin ; 2° Mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires ; 3° Modèles masculins et féminins. ».*

38. Concernant l'embauche, l'article L. 1221-6 du même code ajoute que *« Les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles. Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles. »*

39. En outre, la prohibition des discriminations pour les candidats à un emploi intervient quel que soit le mode de recrutement (direct ou par un intermédiaire) et la qualité de l'entité qui intervient, c'est-à-dire qu'elle soit ou non l'employeur final. Autrement dit, la loi est applicable aux employeurs qui recrutent directement ainsi qu'à tous les *« intermédiaires intervenant dans la phase de recrutement »*¹⁰. Ainsi, dans une décision n°2018-176, le Défenseur des droits a adressé des recommandations à un intermédiaire de l'emploi ayant communiqué à un candidat une condition d'embauche discriminatoire décidée par un employeur¹¹.

40. L'aménagement de la charge de la preuve est prévu en droit français par les articles 4 de la loi n°2008-496 et L. 1134-1 du code du travail.

¹⁰ Direction Régionale du Travail, Circulaire n°93-10, 15 mars 1993, relative à l'application des dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles.

¹¹ Défenseur des droits, déc. n° 2018-176, 18 juillet 2018.

41. Il ressort de l'ensemble de ce qui précède que l'emploi est l'un des domaines dans lesquels les discriminations liées au sexe sont sanctionnées. La notion d'emploi inclut les conditions d'accès à un emploi, c'est-à-dire le processus d'embauche et de sélection de candidats. Par conséquent, la diffusion des publicités créées par les trois associations est couverte par l'ensemble des dispositions juridiques prohibant les discriminations en matière d'emploi.

2. L'interdiction des discriminations liées au sexe dans la fourniture d'un service

42. La discrimination liée au sexe est également prohibée dans le domaine de l'accès et la fourniture de biens et services, aux termes de l'article 2, 3° de la loi n°2008-496 précitée, transposant la directive 2004/113/CE¹² :

« 3° Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un motif mentionné à l'article 1^{er} est interdite en matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et services ou de fourniture de biens et services.

Ce principe ne fait pas obstacle à ce que des différences soient faites selon l'un des motifs mentionnés au premier alinéa du présent 3° lorsqu'elles sont justifiées par un but légitime et que les moyens de parvenir à ce but sont nécessaires et appropriés. »

43. La notion de biens ou de services est entendue largement et recouvre la totalité des activités économiques. L'article 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en donne la définition suivante : *« Au sens des traités, sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes. Les services comprennent notamment : a) des activités de caractère industriel, b) des activités de caractère commercial, c) des activités artisanales, d) les activités des professions libérales. [...] »*

44. Le principe d'aménagement de la charge de la preuve est également applicable au domaine de la fourniture de services¹³.

45. Il ressort de l'ensemble de ce qui précède que l'accès et la fourniture de services est un autre domaine dans lequel les discriminations liées au sexe sont

¹² Dir. n°2004/113/CE du Conseil, 13 décembre 2004, mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès des biens et services et la fourniture de biens et services.

¹³ Dir. n°2004/113/CE du Conseil, 13 décembre 2004, art 9 ; L. n° 2008-496 du 27 mai 2008, art. 4.

sanctionnées. Un service payant proposant la création et la diffusion de publicités en ligne entre dans cette catégorie. Par conséquent, la diffusion des publicités créées par les trois associations est également couverte par les dispositions juridiques prohibant les discriminations en matière d'accès et de fourniture de services.

46. Rappelons enfin qu'en matière civile, une discrimination peut être constituée sans que soit démontrée l'intention de son auteur.

3. Motifs susceptibles de justifier un traitement moins favorable en matière de non-discrimination

47. En droit de l'Union européenne tel que transposé par la loi n°2008-496, une différence de traitement peut être justifiée et donc ne pas être considérée comme une discrimination, si :

- Dans le cas d'une discrimination directe en matière d'emploi, elle constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ;
- Dans le cas d'une discrimination indirecte, elle est justifiée par un objectif légitime et les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires¹⁴.

4. Les discriminations issues de l'utilisation d'algorithmes

i. Contexte

48. Selon la CNIL, un algorithme se définit comme : *« la description d'une suite d'étapes permettant d'obtenir un résultat à partir d'éléments fournis en entrée. Par exemple, une recette de cuisine est un algorithme permettant d'obtenir un plat à partir de ses ingrédients ! Dans le monde de plus en plus numérique dans lequel nous vivons, les algorithmes mathématiques permettent de combiner les informations les plus diverses pour produire une grande variété de résultats : simuler l'évolution de la propagation de la grippe en hiver, recommander des livres à des clients sur la base des choix déjà effectués par d'autres clients,*

¹⁴ Dir. 2006/54/CE, 5 juillet 2006, sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes (refonte), art. 2 b) et art. 14 § 2 ; L. 2008-496, 27 mai 2008, art. 2.

comparer des images numériques de visages ou d'empreintes digitales, piloter de façon autonome des automobiles ou des sondes spatiales, etc. »¹⁵.

49. Ainsi que le relève l'Agence des droits fondamentaux de l'UE¹⁶, l'utilisation d'algorithmes va de pair avec certains risques notamment le risque de biais, soit la tendance à produire des résultats qui entraînent un désavantage pour certains groupes, comme les femmes, les minorités ethniques ou les personnes handicapées. Les biais dans les systèmes algorithmiques peuvent donc conduire à des discriminations.

50. Ces biais ont également le potentiel d'amplifier les inégalités, en raison de leur échelle d'application ou à cause des possibles « boucles de rétroaction », c'est-à-dire en raison du fait que, dans ce cas, un algorithme reproduit et amplifie ses propres biais au fur et à mesure de son utilisation. Une boucle de rétroaction se produit lorsque les résultats obtenus par le système algorithmique influencent les données utilisées pour mettre à jour ce même système. En d'autres termes, les algorithmes influencent les algorithmes, car leurs résultats influencent la réalité du terrain. Ce risque d'« automatisation des discriminations » par le recours aux algorithmes a été largement identifié par les chercheurs ainsi que de nombreuses autorités nationales et internationales¹⁷, aboutissant à l'évolution récente du droit européen en la matière¹⁸.

51. Les biais algorithmiques peuvent conduire à de la discrimination quand le système tend à traiter moins favorablement les personnes relevant de groupes protégés par le droit de la non-discrimination. On distingue deux situations :

-soit les paramètres du code utilisé et/ou les données d'entraînement et les données d'entrée incluent des caractéristiques qui correspondent directement

¹⁵ Algorithme, sur <https://www.cnil.fr/>.

¹⁶ European Union Agency for Fundamental Rights, rapport, « *Bias in algorithms - Artificial intelligence and discrimination* », 8 décembre 2022.

¹⁷ Défenseur des droits, guide pratique pour les professionnels du recrutement, *Recruter avec des outils numériques sans discriminer*, décembre 2015 ; Rapport, *Algorithmes : prévenir l'automatisation des discriminations*, 31 mai 2020 ; Global Privacy Assembly, Resolution, *Artificial Intelligence and Employment*, octobre 2023 ; Allen Robin, Masters Dee, Equinet, *Regulating for an equal AI: A new role for equality bodies*, 2020.

Conseil des droits de l'homme, ONU, résolution A/HRC/53/L.27/Rev.1, *Nouvelles technologies numériques et droits de l'homme*, 12 juillet 2023 ;

Assemblée générale, ONU, résolution A/78/L.49, *Saisir les possibilités offertes par des systèmes d'intelligence artificielle sûrs, sécurisés et dignes de confiance pour le développement durable*, 11 mars 2024.

¹⁸ Règl.(UE) n°2022/2065 du Parlement européen et du Conseil, 19 octobre 2022, sur les services numériques ;

Règl. (UE) n°2024/1689 du Parlement européen et du Conseil, 13 juin 2024, établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (...);

Conseil de l'Europe, Convention-cadre n°STCE 225, 5 septembre 2024, sur l'intelligence artificielle et les droits de l'homme, la démocratie et l'État de droit.

à un motif protégé par le droit de la non-discrimination (par exemple si l'algorithme a été paramétré pour prendre en compte le sexe ou la situation de handicap des personnes). De telles informations peuvent être facilement repérées lorsqu'elles sont directement incluses ;

-soit, de manière moins facilement détectable, du fait de l'utilisation de proxys. Un proxy est un élément apparemment neutre, contenant néanmoins des informations qui peuvent être liées à un motif protégé par le droit de la non-discrimination. Par exemple, un indicateur sur les personnes ayant acheté des tampons périodiques peut permettre d'identifier les femmes (d'une certaine tranche d'âge) et de cibler ces dernières le cas échéant. Le croisement de plusieurs indicateurs, même moins explicites, pourrait également conduire à un ciblage. La discrimination résultant du recours à des proxys est plus difficile à identifier et à prévenir, car il existe un nombre potentiellement illimité de proxys et leur corrélation avec un motif protégé par le droit de la non-discrimination sera évidente à des degrés divers.

52. Comme le relève le Conseil d'État dans son rapport de 2022¹⁹, la non-discrimination constitue une exigence centrale en matière d'intelligence artificielle. Elle implique d'identifier, de prévenir et d'éliminer les biais discriminatoires prohibés qui peuvent survenir lors de la conception et la mise en service d'un système d'IA. Selon le Conseil d'État, « *La principale famille de risques concerne les biais affectant les données initialement employées. Une donnée n'est jamais un fait totalement objectif. Ainsi, l'existence même d'une donnée, loin d'être seulement factuelle, matérielle et objective, est le produit d'un arbitrage humain, qui peut être conditionné par des considérations culturelles, morales, politiques ou économiques – tout autant de considérations sujettes aux préjugés, conscients ou inconscients. Il en va de même du traitement de la donnée et, en particulier, de son annotation (pour les systèmes d'intelligence artificielle basés sur l'apprentissage supervisé). Ces opérations sont tributaires du contexte, de la mentalité et des valeurs des intervenants, d'une organisation sociale et des préjugés collectifs, plus ou moins conscients. Le modèle algorithmique entraîné à l'aide des données disponibles est, en quelque sorte, un reflet du passé et une reproduction synthétique de la structure mentale et des raisonnements de celles et ceux qui les ont produites.* » Ce risque est « *particulièrement aigu pour les modèles basés sur l'« apprentissage machine » (machine learning), où la pondération des facteurs qui déterminent la décision est fixée par la machine elle-même au regard de l'expérience humaine passée* ».

¹⁹ Conseil d'État, *Intelligence artificielle et action publique : construire la confiance, servir la performance*, 31 août 2022.

53. Le Conseil d'État donne l'exemple d'un modèle de présélection de candidatures pour l'accès à un emploi entraîné sur la base de données résultant de décisions humaines discriminatoires (en ne recrutant pas ou peu de femmes, nonobstant leurs compétences). Selon le Conseil d'État, ce système « *risque fort de produire des résultats eux-mêmes discriminatoires en faisant du sexe du ou de la candidate un critère plus déterminant que les compétences. C'est ce qu'il s'est passé, au milieu des années 2010, avec le logiciel d'appui au recrutement utilisé par Amazon, finalement abandonné* ». L'exemple de la société Amazon sera explicité *infra*.

54. Il convient enfin de relever que le règlement sur l'intelligence artificielle adopté par l'Union européenne en 2024 prévoit que les algorithmes utilisés pour l'emploi et le recrutement sont considérés « *à haut risque* », en particulier ceux visant à publier des offres d'emploi ciblées, à analyser et filtrer les candidatures et à évaluer les candidats. À ce titre, les développeurs et les déployeurs de ces systèmes seront tenus de respecter des obligations particulières, lorsque cette partie du règlement entrera en vigueur²⁰.

ii. Exemples de discriminations issues de l'utilisation d'algorithmes

55. En matière d'emploi, le tribunal de Bologne en Italie s'est prononcé sur l'algorithme de la société Deliveroo qui classait les performances des livreurs. Certains d'entre eux étaient considérés comme peu performants par l'algorithme au motif qu'ils avaient annulé leurs livraisons moins de 24 heures avant leur début. Or, dès lors que la raison de l'annulation était l'exercice de leur droit de grève, le tribunal a jugé que l'algorithme pénalisait le livreur pour un motif discriminatoire²¹.

56. Aux États-Unis, un recours en discrimination contre Meta Platforms Inc. avait été initié en 2019 devant un tribunal new-yorkais concernant des offres de logement diffusées sur Facebook selon l'origine, la religion, le sexe, la situation de famille, ou encore le handicap des utilisateurs. La procédure s'est terminée par la signature d'un accord en 2022 entre le ministère de la justice et Meta Platforms Inc. qui s'est engagée à modifier son système²².

²⁰ Règl. (UE) 2024/1689 du Parlement européen et du Conseil, 13 juin 2024, établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle. Le « *Digital Services Act* » (Règl. (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil, 19 octobre 2022) est également postérieur aux faits faisant l'objet de la présente décision.

²¹ Tribunal de Bologne, Italie, jugement n° 2949/2019, 31 décembre 2020

²² United States Department of Justice, « Justice Department Secures Groundbreaking Settlement Agreement with Meta Platforms, Formerly Known as Facebook, to Resolve Allegations of Discriminatory Advertising », communiqué de presse, 21 juin 2022

57. Début 2023, une action de groupe également intentée contre Meta au Canada pour discrimination en matière de ciblage publicitaire a été jugée recevable par la cour d'appel du Québec. Plusieurs utilisateurs canadiens de Facebook reprochent à la plateforme de permettre aux annonceurs de sélectionner l'audience de diffusion en fonction de l'âge, du sexe ou de l'origine des utilisateurs de Facebook, notamment pour les publicités pour des emplois²³.
58. Des autorités indépendantes se sont également prononcées sur ces questions. Des risques de discrimination ont été identifiés par l'autorité de protection des données personnelles en Italie concernant un algorithme mis en place par la société Foodinho²⁴, par l'homologue du Défenseur des droits en Finlande²⁵, et par le Défenseur des droits en France²⁶.
59. Enfin, des risques de discrimination par algorithmes sont identifiés dans de nombreuses études. L'une d'elles, publiée en 2023 par des chercheurs de la Princeton School of Public and International Affairs, concerne les publicités d'emploi diffusées sur Facebook aux États-Unis. Cette étude a montré que les auteurs de publicités avaient tendance à intégrer à leurs publicités une photographie représentant une femme pour des emplois considérés de façon stéréotypée comme « féminins » et d'hommes pour ceux considérés « masculins ». Cette étude rappelle également les résultats de travaux antérieurs indiquant que les algorithmes de diffusion de publicités orientaient chaque publicité vers un utilisateur du sexe correspondant à celui représenté sur la photographie²⁷.
60. Concernant l'emploi, la presse a également révélé qu'un algorithme de sélection de candidats à l'embauche au sein de l'entreprise Amazon rejetait les profils féminins. Pour sélectionner les candidats les plus prometteurs, l'algorithme se basait sur les profils des meilleurs salariés de l'entreprise dans les années précédentes. Or, ceux-ci étaient en majorité masculins en raison de la prédominance masculine dans le secteur des nouvelles technologies.

²³ B. Polge, « Ciblage publicitaire : un recours collectif contre Facebook au Canada pour discrimination », *Les Numériques*, 2023. L'affaire serait toujours en cours après le rejet par la Cour suprême du Canada d'un recours de Meta contre cette action : R. Harkavi, « Meta to answer discrimination claims as court refuses to toss out claim », *CDR News*, 2023.

²⁴ Garante per la protezione dei dati personali, n° 9675440, *Ordinanza ingiunzione nei confronti di Foodinho s.r.l.*, 10 juin 2021

²⁵ National Non-discrimination and Equality Tribunal of Finland, Finlande, décision n°xx16/2017, *Multiple discrimination in the assessment of creditworthiness*, 2018

²⁶ Défenseur des droits, déc. n° 2019-021, 18 janvier 2019

²⁷ Rao, Korolova, « Discrimination through Image Selection by Job Advertisers on Facebook », *FACCT '23: Proceedings of the 2023 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, 2023, Pages 1772 – 1788

L'algorithme de ce fait écartait les candidatures féminines et la société Amazon aurait cessé de l'utiliser²⁸.

iii. Discriminations algorithmiques directes et/ou indirectes

61. Le droit européen, transposé par la loi précitée du 27 mai 2008 a défini la discrimination directe comme la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable, sur le fondement d'un des critères de discrimination prohibés.

62. La discrimination peut également être indirecte, si « *une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* ».

63. La loi du 27 mai 2008 a ainsi intégré, dans l'ordre juridique national, la définition européenne de la discrimination indirecte résultant des directives²⁹ et de la jurisprudence de la CJUE³⁰. La Cour européenne des droits de l'Homme a également consacré la discrimination indirecte³¹. La Cour de cassation s'est emparée de la discrimination indirecte avant même l'adoption de la loi du 27 mai 2008 sur le critère de l'état de santé³², puis sur celui de l'origine³³, de l'exercice du droit de grève³⁴, du sexe³⁵ et de l'âge³⁶.

64. La première condition à prendre en considération dans le cas de la discrimination indirecte est l'existence d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique apparemment neutre, c'est-à-dire, ne faisant pas référence à un critère de discrimination, et qui s'applique à tous.

²⁸ Les Échos, *Quand le logiciel de recrutement d'Amazon discrimine les femmes*, sur <https://www.lesechos.fr/>, 13 octobre 2018.

²⁹ Article 2, paragraphe 2, point b), de la directive 2000/43 sur l'égalité raciale, article 2, paragraphe 2, point b), de la directive 2000/78 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; article 2, paragraphe 1, point b), de la directive 2006/54 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes (refonte) ; article 2, point b), de la directive 2004/113 sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et aux services.

³⁰ CJUE affaires *Sotgiu* (152/73, 1974), *Jenkins* (96/80, 1981), *Bilka* (170/86, 1986) et *O'Flynn* (C-237/94, 1996), et post. à la loi de 2008 affaires *Johann Odar c. Baxter Deutschland GmbH* (C-152/11, 2012), *Conejero* (C-270/16, 2018).

³¹ CEDH Grande chambre, *D.H. et autres c. République Tchèque*, 13 novembre 2007.

³² Cass. soc., 9 janv. 2007, n° 05-43962, PB ; v. ensuite Cass. soc., 12 févr. 2013, n° 11-27689, PB.

³³ Cass. soc., 3 nov. 2011, n° 10-20.765.

³⁴ Cass. soc., 9 juill. 2015, n° 14-12.779 et suiv, PB.

³⁵ Cass. soc., 30 sept. 2013, n°12-14.752 et 12-14.964, PB ; Cass. soc., 14 nov. 2019, n°18-15.682, PB.

³⁶ Cass. soc., 17 mars 2015, n°13-27.142, PB.

65. La deuxième condition à prendre en considération est la situation particulièrement désavantageuse dans laquelle la disposition, le critère ou la pratique apparemment neutre place un groupe de personnes protégé. Ainsi, la discrimination indirecte diffère de la discrimination directe en ce que n'est pas recherchée l'existence d'un traitement différencié mais l'existence d'effets différenciés désavantageux, réels ou potentiels. L'examen des effets d'une mesure ou d'une règle permet en ce sens de remettre en cause des pratiques afin de repérer les discriminations dissimulées ou invisibilisées. Il n'est pas exigé qu'une victime soit personnellement identifiée ou que toutes les personnes susceptibles d'être défavorisées l'aient été.

66. S'il existe une pratique ou une règle, apparemment neutre, qui est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes relevant d'un critère de discrimination, alors il existe une présomption de discrimination. Pour faire échec à cette présomption, le défendeur devra démontrer, conformément aux directives européennes transposées à l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 précitée, que la pratique ou la règle est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but sont appropriés et nécessaires.

67. Ainsi, dans l'affaire précédemment évoquée jugée par le tribunal de Bologne en Italie, l'algorithme classant les performances des livreurs selon le moment où ils annulaient une course était d'apparence neutre, mais dès lors que la raison de l'annulation était l'exercice du droit de grève, alors le livreur subissait un effet discriminatoire. La discrimination indirecte était donc constituée³⁷.

68. La notion de discrimination indirecte peut donc permettre d'appréhender certaines situations issues de l'usage d'algorithmes, par exemple lorsque des proxys sont utilisés.

IV. Analyse juridique

1. Éléments de présomption d'une discrimination liée au sexe dans la diffusion des offres d'emploi sur Facebook

i. Rappels concernant la notion d'élément de présomption

69. En application des directives européennes transposées à l'article 4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, la personne s'estimant discriminée doit établir des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou

³⁷ Tribunal de Bologne, Italie, jugement n° 2949/2019, 31 décembre 2020.

indirecte. Il incombe alors à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement³⁸.

70. Dans le domaine de l'emploi, particulièrement propice aux discriminations³⁹, toute personne, salariée ou non salariée, y compris les candidats à une embauche, qui s'estime victime d'une discrimination doit pouvoir en bénéficier⁴⁰.

71. Cette règle permet au demandeur de constituer un faisceau d'indices convergents laissant supposer l'existence d'une discrimination, sans exiger qu'il ne rapporte une preuve directe d'une faute à l'origine de la discrimination alléguée. Il doit seulement faire naître un doute raisonnable dans l'esprit du juge quant à l'existence de celle-ci et le convaincre que l'une des possibles explications au traitement subi est une pratique ou une décision discriminatoire, à charge ensuite pour le défendeur de renverser cette présomption⁴¹. Cet aménagement de la charge de la preuve est donc à concevoir comme un partage de la preuve⁴².

72. Il ressort de la jurisprudence européenne que les éléments suivants peuvent constituer des indices susceptibles d'établir une présomption de discrimination :

- le manque de transparence d'un employeur sur les rémunérations variables pratiquées entre les hommes et les femmes, aux termes de l'arrêt de principe *Danfoss* de la Cour de justice de l'Union européenne⁴³ ;
- le refus de tout accès à des informations détenues par l'employeur sur le processus de sélection dans le cas d'un refus d'embauche⁴⁴ ;
- la ségrégation professionnelle entre hommes et femmes et la sous-rémunération des emplois féminins pourtant de valeur égale à ceux occupés principalement par des hommes⁴⁵ ;
- des déclarations publiques antérieures par lesquelles un employeur a fait savoir que, dans le cadre de sa politique de recrutement, il n'embauchera pas de salariés issus d'une certaine origine ethnique ou raciale⁴⁶ ; ou par lesquelles

³⁸ Principes rappelés dans Défenseur des droits, décision-cadre n°2022-139, 31 août 2022.

³⁹ Discours de M. J-Y Frouin, président de la chambre sociale de la Cour de cassation, colloque 10 ans de droit de la non-discrimination, octobre 2015.

⁴⁰ V. pour une étude comparée en Europe Farkas L. et O'Farrel O., *Reversing the burden of proof, practical dilemmas at the European and national level*, European commission, déc. 2014.

⁴¹ V. not. Défenseur des droits, Mémento sur la lutte contre les discriminations syndicales dans l'emploi privé, septembre 2019.

⁴² Fatôme A.D., « Le dispositif propre à la charge de la preuve, frein ou outil de lutte contre les discriminations ? », *Revue des droits de l'homme*, 2016, n° 9.

⁴³ CJCE, 17 octobre 1989, aff. C-109/88.

⁴⁴ CJUE, 19 avril 2012, aff. C-415/10.

⁴⁵ CJCE, 27 octobre 1993, aff. C-127/92.

⁴⁶ CJCE, 10 juillet 2008, aff. C-54/0.

une personne se présentant et étant perçue comme dirigeante a indiqué qu'il ne recruterait pas de personne homosexuelle⁴⁷.

73. La CJUE et la Cour européenne des droits de l'Homme ont jugé que des données statistiques qui permettent de démontrer l'impact d'une mesure apparemment neutre sur certaines personnes sont des indices recevables en application de la directive 2006/54/CE et sont mobilisables pour convaincre de l'existence d'une discrimination indirecte⁴⁸.

74. En outre, les résultats d'un testing (test de discrimination), admis par la loi française en matière pénale, civile et administrative⁴⁹, permettent aux victimes de discriminations de se ménager une preuve en justice, compte tenu des obstacles considérables auxquels elles sont confrontées afin de présenter une présomption de discrimination⁵⁰.

75. En droit français, les éléments de présomption d'une discrimination sont appréciés par la Cour de cassation de façon globale. Ainsi, dans l'hypothèse où certains éléments pris indépendamment seraient insuffisants à laisser présumer une discrimination, il peut en aller différemment lorsqu'ils sont examinés ensemble, sous forme de faisceau d'indices⁵¹.

76. Dans le cas où des systèmes d'intelligence artificielle pourraient être à l'origine d'une discrimination, l'identification d'éléments de présomption d'une discrimination peut être rendue particulièrement difficile en raison du phénomène dit de « *boîte noire* ». La « *boîte noire* » renvoie à l'incapacité humaine à comprendre et exposer le cheminement et les raisons ayant conduit la machine à produire tel résultat à partir de telles données d'entrée. Selon le rapport parlementaire de C. Villani, « *L'opacité de ces technologies est d'autant plus préoccupante qu'elle peut masquer l'origine des biais constatés, sans qu'on puisse par exemple dire s'ils proviennent de l'algorithme ou des données ayant servi à l'entraîner... ou des deux* »⁵².

⁴⁷ CJUE, 25 avril 2013, aff. C-81/12.

⁴⁸ CJCE, 9 févr. 1999, aff. C-167/97; CEDH, 6 janvier 2005, n° 58641/00 et CEDH, gde ch., 13 novembre 2007, n° 57325/00. Pour cette question v. not. Chappe et Eberhard, « Les statistiques au service du droit de la non-discrimination », *Les cahiers de la lutte contre les discriminations*, n°13, 2020/2.

⁴⁹ C. pénal, art. 225-3-1 ; L. n° 2008-496 du 27 mai 2008, art. 4 modifié par L. n° 2017-86 du 27 janvier 2017.

⁵⁰ I. Rorive, Les tests de situation en Europe : Mythes et réalité, *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination*, 1^{er} avril 2006.

⁵¹ Cass. soc., 9 déc. 2014, n° 13-22.212 ; Cass. soc., 6 oct. 2015, n° 14-18.406.

⁵² C. Villani ; M. Schoenauer ; Y. Bonnet ; C. Berthet ; A-C. Cornut ; F. Levin ; B. Rondepierre, Rapport au Premier Ministre, « Donner un sens à l'intelligence artificielle : pour une stratégie nationale et européenne », 28 mars 2018.

ii. En l'espèce

77. En pratique, le seul moyen pour les usagers de plateformes en ligne de réunir des éléments de présomption est de collecter des résultats produits par les algorithmes utilisés par la plateforme en cause. C'est la démarche qu'ont entreprise les associations Global Witness, Fondation des femmes et Femmes Ingénieures dans plusieurs pays dont la France.

78. Les associations ont créé cinq publicités renvoyant à des offres d'emplois et les ont fait diffuser par le service de diffusion proposé sur Facebook, en veillant à ce que l'intitulé des emplois et l'image associée ne donnent aucune indication sur les caractéristiques de la personne à recruter⁵³, avec les objectifs de diffusion les plus larges possibles. Les résultats de la répartition par sexe de la diffusion de chaque annonce, très marqués en faveur de l'un ou de l'autre sexe (cf §§ 7 et 8), montrent que les algorithmes utilisés ont pour effet de traiter différemment les femmes et les hommes. D'une part, les hommes sont moins susceptibles de voir les publicités concernant des emplois d'auxiliaire de vie ou de psychologue, par exemple, les privant de certaines opportunités d'emploi. D'autre part, les femmes sont moins susceptibles de voir les offres d'emplois à prédominance masculine, les privant également de ces opportunités et leur créant un préjudice supplémentaire dès lors que ces emplois sont généralement mieux rémunérés⁵⁴. Ces résultats laissent donc présumer une discrimination indirecte, à raison du sexe.

79. De plus, comme l'a affirmé la Cour de justice dans son arrêt *Danfoss* précité, le manque de transparence constitue également un élément de présomption d'une discrimination. Ainsi, en matière de recours aux algorithmes, l'opacité liée au phénomène de boîte noire peut également être considérée comme un indice laissant présumer une discrimination, faisant peser la charge de la preuve sur la plateforme mise en cause.

80. Au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits a considéré que les résultats de l'expérimentation menée par les associations laissaient présumer que des

⁵³ Rao, Korolova, « Discrimination through Image Selection by Job Advertisers on Facebook », : FAccT '23: Proceedings of the 2023 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency, 2023, p. 1772 – 1788.

⁵⁴ Dir. UE n°2023/970, 10 mai 2023, sur la transparence salariale, considérant 15 : « *L'écart de rémunération entre les femmes et les hommes dans l'Union persiste; il s'élevait à 13 % en 2020, avec des variations importantes entre les États membres, et n'a que très peu diminué au cours des dix dernières années. L'écart de rémunération entre les femmes et les hommes est dû à divers facteurs, tels que les stéréotypes sexistes, la perpétuation du "plafond de verre" et du "plancher collant", la ségrégation horizontale, y compris la surreprésentation des femmes dans les emplois de services faiblement rémunérés, et le partage inégal des responsabilités familiales.* »

offres d'emploi étaient diffusées de façon discriminatoire selon le sexe des utilisateurs de la plateforme et a soumis cette analyse au débat contradictoire.

2. Justifications de Meta Irlande et de Facebook France

81. Comme indiqué précédemment (III, 3), en matière de discrimination, une différence de traitement peut être justifiée et donc ne pas être considérée discriminatoire, si :

- Dans le cas d'une discrimination directe en matière d'emploi, elle constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif poursuivi soit légitime et l'exigence proportionnée ;
- Dans le cas d'une discrimination indirecte, elle est justifiée par un objectif légitime et les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.

82. La société Facebook France n'a pas répondu au Défenseur des droits et n'a donc pas fait valoir de justifications quant à la différence de traitement constatée.

83. La société Meta Irlande a répondu en faisant part de ses arguments, mais n'a pas transmis les informations demandées concernant les algorithmes utilisés.

84. Meta Irlande a transmis au Défenseur des droits des informations portant sur des actions de prévention des discriminations dans les publicités d'emploi. Meta Irlande explique en effet avoir introduit en 2019 des « catégories publicitaires spéciales » dans un objectif de prévention des discriminations dans les publicités portant sur certains thèmes, tels que le crédit, le logement mais aussi l'emploi. Ainsi, dans la catégorie spéciale « emploi », le ciblage de l'audience est limité : l'annonceur ne peut pas volontairement cibler son audience en fonction de l'âge, du sexe, de données démographiques ou comportementales, et de situation géographique.

85. Toutefois, ces précisions de Meta Irlande portent sur la mise en place de restrictions intervenant en amont de la diffusion de publicités. Ces précisions ne permettent pas d'expliquer les pourcentages constatés. En outre, Meta Irlande n'a mentionné aucun mécanisme de contrôle des résultats des algorithmes utilisés.

86. Meta Irlande ajoute par ailleurs que l'ensemble des publicités sont accessibles à tout utilisateur dans la « bibliothèque publicitaire » de Meta. Cela signifie

toutefois que les utilisateurs à qui les publicités ne sont pas présentées doivent effectuer une démarche supplémentaire pour y avoir accès.

87. Enfin, pour justifier ses pratiques, Meta Irlande fait valoir qu'en ayant recours à des algorithmes, elle cherche « à *atteindre les personnes intéressées par le produit ou le service promu* ». Meta Irlande explique à cet égard que « *La publicité, que ce soit par le biais des médias traditionnels ou numériques, vise à atteindre les personnes intéressées par le produit ou le service promu. Les annonceurs prennent donc des décisions sur la façon d'atteindre le public le plus intéressé à travers différents médias. Un fabricant d'équipement sportif, par exemple, pourrait faire de la publicité dans L'Equipe, mais pas dans Détente Jardin. La publicité sur Facebook n'est pas différente.* »

88. Pour le Défenseur des droits, le fait de recourir à la publicité de façon ciblée pour diffuser des offres d'emploi peut en effet être un objectif légitime pour une plateforme en ligne. Toutefois, pour que les résultats de la diffusion ne soient pas discriminatoires, les moyens de réaliser cet objectif doivent être appropriés et nécessaires. Cela signifie que des précautions particulières auraient dû être prises par Meta Irlande et Facebook France dans la diffusion des offres, telles que par exemple, des mécanismes de contrôle ou de correction des biais des algorithmes utilisés. Or, il ressort de l'instruction du Défenseur des droits que de telles précautions n'ont pas été prises. Les sociétés mises en cause n'ont donc pas démontré avoir mis en œuvre des moyens appropriés et nécessaires pour atteindre leur objectif.

89. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que les algorithmes utilisés ont eu pour effet de traiter différemment les utilisateurs de la plateforme à raison de leur sexe, sans que Meta Irlande et Facebook France n'aient démontré de justification valable. Le Défenseur des droits constate donc l'existence d'une discrimination indirecte liée au sexe dans les domaines de l'emploi et de la fourniture d'un service.

Au vu de ce qui précède, la Défenseure des droits :

- **Constata** que le système mis en œuvre pour diffuser les offres d'emploi traite différemment les utilisateurs de la plateforme Facebook à raison de leur sexe et constitue une discrimination indirecte en lien avec le sexe ;
- **Recommande** aux sociétés Meta Irlande et Facebook France de mettre en œuvre toute mesure de nature à garantir le caractère non-discriminatoire de la diffusion de publicités pour des offres d'emploi ;

- **Demande** qu'il lui soit rendu compte des suites données à ces recommandations dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'C. Hédon' with a stylized flourish at the end.

Claire HÉDON