



Can AI be Regulated by EU Law ?

Anaëlle Martin

EasyChair preprints are intended for rapid dissemination of research results and are integrated with the rest of EasyChair.

July 5, 2022

L'intelligence artificielle peut-elle être saisie par le droit de l'Union européenne ?

Anaëlle Martin

Docteure en droit public à l'Université de Strasbourg, CEIE
anaelle.martin@outlook.com

Résumé

La présente étude a pour but d'exposer les rapports complexes entre l'Union européenne et l'intelligence artificielle, sous l'angle normatif, à l'heure où de nombreuses autorités ont publié des textes disparates visant à donner un cadre réglementaire — éthique et juridique — à l'utilisation des systèmes d'intelligence artificielle. Plus d'un an après la publication de la proposition de la Commission sur des règles harmonisées (législation sur l'intelligence artificielle) les institutions européennes éprouvent toujours des difficultés à appréhender en termes juridiques cette nouvelle technologie.

Mots-clés

Intelligence artificielle, Union européenne, Réglementation, Droit, Éthique

Abstract

The purpose of this study is to expose the complex relationship between the European Union and the artificial intelligence, from a normative perspective, at a time when many authorities have published a disparate set of texts aimed at providing a regulatory framework — ethical and legal — for the use of AI systems. About a year after the Commission's proposal for harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) European institutions are still facing difficulties in the legal understanding of this new technology.

Keywords

Artificial intelligence, European Union, regulation, Law, Ethics

1. Introduction

Dans une proposition de résolution de 2016¹, le Parlement européen n'hésitait pas à se référer aux célèbres *lois d'Asimov* pour attirer l'attention de la Commission européenne sur la nécessité d'adopter un cadre réglementaire au développement de la robotique et de l'intelligence artificielle. Au regard de leur caractère fictif, ces prétendues lois ne sauraient offrir une source d'inspiration pertinente pour l'élaboration d'un cadre légal susceptible d'atteindre le double objectif de promouvoir l'adoption de l'intelligence artificielle tout en tenant compte des risques associés à l'utilisation des nouvelles technologies. Si, en ce domaine, le droit a bien été saisi par la science-fiction, comme l'atteste la connotation juridique des *lois d'Asimov*, l'intelligence artificielle peut-elle être saisie par le

droit, en particulier le droit de l'Union, sans que les institutions européennes empruntent pour cela à la fiction ? Il est vrai que dans la sphère médiatique, l'intelligence artificielle ou son acronyme « l'IA » (qui sera retenu dans les développements qui suivent) appelle généralement un traitement plus folklorique et fantaisiste que scientifique. Ce constat vaut aussi bien pour les promesses — souvent excessives — que les risques — parfois fantasmagoriques — qui lui sont attachés. La question de savoir si l'Union européenne parviendra à adopter une réglementation convaincante de l'IA est d'actualité depuis que la Commission a publié, le 21 avril 2021, une première version de l'*AI Act*. La proposition répond aux appels du Parlement et du Conseil européens visant à l'adoption de mesures harmonisées pour assurer le bon fonctionnement du marché des systèmes d'IA, en mettant en balance leurs risques et bénéfices. De façon ambitieuse, le futur règlement vise à faire de l'Union un acteur mondial dans le développement d'une IA sûre, fiable et éthique². Dans sa proposition, la Commission affirme que les règles en matière d'IA devraient être « axées sur le facteur humain, de manière à ce que les personnes puissent avoir confiance dans le fait que la technologie est utilisée d'une façon sûre et conforme à la loi, notamment en ce qui concerne le respect des droits fondamentaux ». Ce projet législatif qui promeut une approche coordonnée des implications humaines de l'IA s'appuie sur les craintes suscitées par l'imprévisibilité, l'opacité et l'autonomie de certains systèmes d'IA, ainsi que les risques d'erreurs et de biais. Une intervention à l'échelle de l'Union s'impose pour éviter que des approches nationales hétérogènes créent une insécurité juridique et ralentissent la pénétration de l'IA sur le marché européen. En outre, seul un cadre réglementaire commun de l'IA peut garantir des conditions de concurrence équitables des entreprises, renforcer la compétitivité des États membres et protéger la souveraineté numérique de l'Europe. L'*AI Act* vise aussi à éviter qu'une disparité de normes nationales fragilise les valeurs de l'Union. Dans la section 2, nous rappelons l'état du droit positif, plus d'un an après la publication de l'*AI Act*. La section 3 énumère les principaux obstacles à l'adoption d'une réglementation commune adaptée aux défis posés par l'IA dans l'Union. La section 4 analyse l'approche singulière de la Commission pour appréhender l'IA en interrogeant les prémisses normatives de sa proposition. Dans la section 5, nous mettons en lumière les collisions entre la règle de droit et les nouvelles technologies du numérique en montrant que les concepts juridiques sont mis à mal et menacés par la logique et le langage de l'IA.

¹ Projet de rapport contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique, Commission des affaires juridiques (2015/2103(INL)).

² Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle).

2. L'état du droit positif à l'échelle européenne en matière d'IA

Par droit positif européen, nous entendons le droit de l'Union européenne (l'UE³) tel qu'il est (*de lege lata*) et non tel qu'on souhaiterait qu'il soit (*de lege ferenda*). Il s'agit d'adopter ici une approche descriptive — et non prescriptive — du droit de l'IA, tel qu'il s'élabore actuellement dans les instances européennes. Aussi nous bornerons-nous à présenter l'état des lieux du droit de l'UE en matière du numérique, ce qui implique de situer le projet législatif sur l'IA dans un corpus normatif plus vaste. Les orientations politiques de l'UE, pour la présente décennie, visent une « Europe adaptée à l'ère du numérique », pour reprendre l'expression employée par la Présidente de la Commission européenne Ursula von der Leyen⁴. L'objectif de la Commission est de renforcer la souveraineté technologique de l'Europe en mettant l'accent sur les technologies, les infrastructures et les données. Cette ambition a poussé les institutions européennes à adopter des textes majeurs, à la suite du célèbre *RGPD*⁵, au premier rang desquels la proposition de règlement sur l'intelligence artificielle du 21 avril 2021 (*AI Act*⁶) — dont il sera principalement question dans cette étude — ainsi que les règlements sur les données (*Data Act*⁷), la gouvernance des données (*Data Governance Act*⁸), les services numériques (*Digital Services Act*⁹), les marchés numériques (*Digital Markets Act*¹⁰) et la cybersécurité (*Cybersecurity Act*¹¹).

À ce stade de la présentation, trois précisions s'imposent. Tout d'abord, l'*AI Act* ne doit pas être analysé isolément car ses dispositions renvoient à l'application d'autres actes de l'UE, comme le *RGPD* dont il est un complément. La proposition de règlement sur l'IA s'inscrit ainsi dans le cadre plus large d'un ensemble de mesures visant à résoudre les problèmes liés à l'utilisation de l'IA. L'*AI Act* vise à assurer la cohérence avec d'autres initiatives de l'UE — en cours ou prévues — comme la révision de la législation sur les produits¹² (la directive *Machines*¹³ et la directive sur la sécurité des produits¹⁴). Ces actions normatives s'efforcent de favoriser la mise en place

d'un écosystème de confiance pour l'IA au sein de l'UE.

Ensuite, eu égard à la complexité du processus législatif dans l'UE, il importe de souligner que les divers textes adoptés par les institutions en matière du numérique ne sont pas au même stade normatif car si certains sont applicables depuis quelques années déjà, comme le *RGPD* (depuis le 25 mai 2018), ou définitivement adoptés, comme le *Cybersecurity Act* (en vigueur depuis juin 2019), la plupart sont sous une forme embryonnaire ou en cours de négociations. C'est le cas de l'*AI Act* dont les dispositions font, à l'heure actuelle, l'objet d'après débats. S'agissant des autres législations en cours d'adoption, en lien avec le règlement sur l'IA, relevons que le Parlement européen et le Conseil de l'Union ont conclu un accord, le 24 mars 2022, sur le *DMA*, et le 23 avril 2022, sur le *DSA*. Rappelons que le *DSA* vise à encadrer les plateformes numériques pour lutter contre la désinformation et la haine sur les réseaux sociaux¹⁵, tandis que le *DMA* tend à prévenir les abus de position dominante sur les marchés numériques¹⁶. En raison de l'ambition de ces textes de s'ériger comme une muraille *anti-GAFAM*, c'est fort à propos que la Présidente de la Commission a pu qualifier leur adoption d'« historique ». En effet, ces derniers sont appelés, à l'instar du *RGPD*, à servir de modèles au niveau mondial en matière de réglementation numérique, et à aligner les concurrents de l'UE sur ses règles de marché. Le volet *données* de la stratégie européenne du numérique a également conduit la Commission à dévoiler, le 25 novembre 2021, le *Data Governance Act*, dans le but de définir des règles de gouvernance en créant des structures pour faciliter les données, et, le 23 février 2022, le *Data Act*, afin de fixer les règles d'accès aux données. Si le premier projet a été adopté le 16 mai 2022 par le Conseil¹⁷, le second est en cours de discussions¹⁸. De façon plus sectorielle, mais tout aussi ambitieuse, la Commission cherche à déployer des espaces européens des données dans des secteurs stratégiques comme la santé. À ce titre, l'espace européen des données de santé (*European Health Data Space*) qui aura pour objet d'améliorer l'utilisation des données de santé dans l'Union, à des fins de recherche et d'innovation, constitue le troisième temps du plan de la Commission sur les données.

³ Le droit de l'UE, anciennement « droit communautaire », composé du droit primaire (traités de l'UE), du droit dérivé (directives et règlements) ainsi que de la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE (CJUE) est à distinguer du droit européen tel qu'il découle de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) établie par le Conseil de l'Europe. Pour des non juristes, des confusions sont possibles dans la mesure où les institutions de l'UE et celles du Conseil de l'Europe, qui sont deux organisations dites « régionales », ont produit une littérature conséquente sur l'IA.

⁴ Une Union plus ambitieuse. Mon programme pour l'Europe. Orientations politiques pour la prochaine Commission européenne 2019-2024.

⁵ Règlement (UE) 2016/679 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.

⁶ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle).

⁷ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil fixant des règles harmonisées pour l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données (règlement sur les données).

⁸ Proposition de règlement du parlement européen et du conseil sur la gouvernance européenne des données (acte sur la gouvernance des données).

⁹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (DSA).

¹⁰ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (DMA).

¹¹ Règlement (UE) 2019/881 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 relatif à l'ENISA et à la certification de cybersécurité des technologies de l'information et des communications.

¹² Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on machinery products.

¹³ Directive 2006/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 relative aux machines et modifiant la directive 95/16/CE.

¹⁴ Directive 2001/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits.

¹⁵ Le *DSA* vise à instaurer un cadre juridique efficace et proportionné à la modération des contenus par les plateformes et à renforcer les obligations des places de marché en ligne

¹⁶ Le *DMA* a pour objet la régulation économique des grandes plateformes numériques, afin de doter l'UE d'un instrument de régulation *ex ante* dédié aux contrôleurs d'accès, et qui vise à assurer la contestabilité et l'équité des marchés numériques.

¹⁷ Le 6 avril 2022 par le Parlement européen.

¹⁸ Au-delà des aspects économiques relatifs aux données générées par les objets connectés, ce texte devra s'inscrire dans le paradigme de protection des données tel qu'il résulte du *RGPD*, ce qui pose, comme souvent, un problème d'articulation entre les différentes normes

Enfin, une dernière précision mérite d'être apportée sur la notion même de « droit de l'IA » (car c'est bien de ça qu'il s'agit). L'*AI Act* n'étant pas de génération spontanée, ce projet de règlement prend appui sur une vaste littérature consacrée à l'IA. Mais contrairement à la plupart des textes générés jusqu'à présent par les institutions européennes, ainsi que les groupes d'experts mandatés par l'UE, le projet de règlement de la Commission revêt une valeur juridique forte dans la mesure où il s'agit d'établir un cadre normatif contraignant pour le développement et l'utilisation de l'IA en Europe. L'*AI Act* entend se démarquer, ontologiquement, des résolutions, recommandations, avis, lignes directrices et livres verts ou blancs, lesquels sont dépourvus de portée autre que politique ou symbolique. Ainsi, si la proposition législative sur l'IA s'inscrit dans un paquet comprenant une communication¹⁹ (droit souple), ledit paquet comporte une autre proposition de réglementation sur les machines²⁰ (droit dur).

Pour avoir une idée claire de l'état du droit positif de l'UE en matière d'IA, il est nécessaire de garder à l'esprit les trois remarques précédentes, à savoir la question de l'articulation des différentes dispositions de la réglementation européenne du numérique (l'*AI Act* s'insère dans un vaste réseau normatif en constante évolution) ; la nécessité de distinguer le droit en vigueur du droit en cours d'élaboration (l'*AI Act* n'étant pas un texte définitif, des modifications sont possibles) ; la nécessité de distinguer le *soft law* (recommandation, lignes directrices) du *hard law* (l'*AI Act* appartenant à cette dernière catégorie).

Ces précisions étant faites, il est loisible de dresser un rapide panorama de la stratégie européenne dans laquelle s'inscrit la proposition de règlement sur l'IA. Parallèlement aux stratégies nationales sur le numérique²¹, l'UE poursuit, à son échelle, une orientation que la Commission a révélée en avril 2018²². Dans ce document d'une vingtaine de pages, la Commission affirme que tous les ingrédients sont réunis pour que l'UE joue un rôle prédominant dans la révolution de l'IA « sur la base de ses propres valeurs ». Estimant que les économies les plus développées ont adopté des approches de l'IA qui reflètent leurs systèmes politique, économique, culturel et social, la Commission souligne la nécessité pour les Européens d'unir leur force afin que l'Europe fasse partie de la transition numérique. Le contexte international compétitif oblige les États membres à agir au niveau de l'Union (plutôt qu'au niveau national) dans la mesure où les concurrents, américain

et asiatique, ont adopté des stratégies visant à en faire des leaders mondiaux. L'urgence à agir est d'autant plus grande que le Vieux Continent accuse un retard en matière d'investissements privés, à l'heure où les entreprises extra-européennes investissent massivement et exploitent de grandes quantités de données. Le 19 février 2020, la Commission publiait, en même temps qu'elle dévoilait sa stratégie sur les données²³, son *Livre blanc* sur l'IA²⁴. Il y est affirmé que l'UE souhaite élaborer un cadre de normes et de principes pour une économie numérique éthique. La transition numérique exige un cadre politique et des infrastructures appropriées pour permettre à l'ambition européenne de s'exprimer, en créant un marché unique européen de la donnée, tout en tenant compte des risques liés au caractère potentiellement discriminatoire des algorithmes. À en croire la Commission, la spécificité de la stratégie européenne, par rapport à celle des autres leaders nationaux, réside dans l'importance accordée au respect des droits de l'homme²⁵. L'UE entend, par conséquent, élaborer un ensemble de principes numériques pour renforcer les droits de ses citoyens. Cette ambition d'une « IA made in Europe », pour reprendre l'expression consacrée par le Conseil de l'Union²⁶, peut s'appuyer sur des règles de droit positif efficaces relatives à la protection des données. Le RGPD en est le pilier central dans la mesure où ce règlement garantit la libre circulation des données à caractère personnel à l'intérieur de l'UE, tout en assurant un niveau élevé de protection²⁷.

À cet égard, l'actuelle présidence du Conseil de l'UE (janvier-juin 2022²⁸) est l'occasion, pour la France, de peser dans les négociations sur l'*AI Act* et de réaffirmer sa stratégie pour une souveraineté numérique européenne²⁹. À l'instar du *DSA* et du *DMA*, qui furent au menu de la présidence française du Conseil, l'*AI Act* est au centre des préoccupations de la France qui plaide en faveur d'une adoption rapide d'une version finale de ce texte. Si le développement d'une IA *digne de confiance* est l'une de ses priorités, la France soutient l'émergence, à l'échelle européenne, d'un écosystème propice à l'émergence d'entreprises innovantes, susceptibles d'être les champions technologiques de demain. En outre, il ressort des débats que les négociateurs français souhaitent rendre le règlement sur l'IA plus flexible, notamment en ce qui concerne son recours par les forces de l'ordre. La position française sur l'aspect répressif de l'*AI Act* n'étant pas partagée par l'ensemble des États membres, les discussions s'annoncent difficiles.

¹⁹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions favoriser une approche européenne en matière d'intelligence artificielle, Bruxelles, le 21.4.2021 COM(2021) 205 final.

²⁰ Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on machinery products.

²¹ Van Roy, V. (2020). AI Watch - National strategies on Artificial Intelligence: A European perspective in 2019, JRC Technical Report.

²² Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. L'intelligence artificielle pour l'Europe SWD(2018) 137 final.

²³ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : Une stratégie européenne pour les données. COM(2020) 66 final.

²⁴ LIVRE BLANC Intelligence artificielle. Une approche européenne axée sur l'excellence et la confiance. COM(2020) 65 final.

²⁵ Cette affirmation est à nuancer dans la mesure où la plupart des stratégies nationales sur l'IA insistent sur la nécessité de respecter les droits fondamentaux.

²⁶ Conseil de l'Union européenne, Intelligence artificielle? Conclusions sur le plan coordonné dans le domaine de l'intelligence artificielle – 6177/19, 2019.

²⁷ Les dispositions sur la prise de décision fondée sur le traitement automatisé, dont le profilage, prévoient que les personnes ont le droit d'obtenir des informations utiles sur la logique sous-jacente. Le RGPD confère aux personnes concernées le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, sauf dans certains cas. En conférant aux citoyens des droits supplémentaires et en exigeant plus de transparence, le règlement garantit une plus grande responsabilité des acteurs du traitement des données. Sur une base harmonisée, il dote les autorités indépendantes de solides pouvoirs d'exécution et instaure un nouveau système de gouvernance. Enfin, le RGPD garantit une égalité des conditions de concurrence pour les sociétés exerçant leurs activités sur le marché européen, indépendamment du lieu d'établissement.

²⁸ Conférence de presse du président de la République Présentation de la présidence française du Conseil de l'Union européenne : <https://www.elysee.fr/admin/upload/default/0001/12/26ab8ecef7127e8fd3100f18dc4a38a16d47e69.pdf>

²⁹ <https://www.intelligence-artificielle.gouv.fr/fr/strategie-nationale/la-strategie-nationale-pour-l-ia>

3. Les obstacles à l'adoption d'un cadre normatif harmonisé et efficace de l'IA

L'adoption définitive d'un règlement visant à établir des règles harmonisées en matière d'IA afin de préserver les droits fondamentaux et les valeurs de l'UE ne se fera pas sans d'intenses controverses, eu égard à l'extrême sensibilité du sujet. À l'heure où ces lignes sont écrites, des milliers d'amendements ont été déposés par les acteurs institutionnels de l'UE. Si la Commission s'est inspirée, dans sa proposition législative, des résolutions du Parlement européen³⁰, il faudra compter avec les positions des États membres, et leur stratégie nationale respective, pour espérer doter l'IA d'un cadre légal à l'échelle de l'Europe. Il est vrai que l'objectif poursuivi par l'UE relève de la gageure puisqu'il s'agit de donner aux citoyens européens une confiance dans les systèmes d'IA, en leur apportant des garanties solides en termes de droits et libertés, tout en encourageant les opérateurs à développer l'IA afin de faire de l'UE un leader mondial dans ce secteur hautement stratégique. Nous mentionnerons, dans les sous-sections suivantes, deux types de limites ou vulnérabilités susceptibles de faire obstacle à une adoption rapide de l'*AI Act*.

3.1 Les obstacles technico-juridiques

Sans qu'il s'agisse, à proprement parler, d'un obstacle à l'adoption d'un futur règlement, il importe de relever l'abondance de textes produits en matière d'IA ces dernières années. Les multiples chartes sur l'IA, dépourvus de caractère contraignant³¹, tendent à brouiller les frontières entre le droit et l'éthique, notamment lorsque les droits fondamentaux y sont mentionnés. Sans évoquer la doctrine dont le rôle est précisément de produire de la littérature, les institutions de l'UE, au premier chef desquelles la Commission et le Parlement, se sont elles aussi attachées à multiplier les communications, tantôt pour partager des craintes sur les risques liés à l'exploitation des algorithmes, tantôt pour souligner les bénéfices à recourir à certains systèmes d'IA. L'inflation de cette littérature grise sur l'IA, accentuée par les recommandations des groupes d'experts, ne concerne pas que l'UE puisque l'on retrouve au sein d'instances nationales et internationales, publiques et privées, un phénomène similaire d'accroissement de textes programmatiques ou incitatifs. Si la volonté de contrôler ou réguler l'IA est louable, la production normative qui tend, pour des raisons évidentes, à privilégier la souplesse du *soft law*, au détriment de la rigidité d'un cadre réglementaire classique, contribue à saper la qualité, l'autorité et la légitimité d'un droit perçu, de plus en plus, comme *flou*.

Il s'agit peut-être là d'un premier indice de l'impuissance du juridique à saisir l'IA dans toute sa complexité technique. Et c'est ce que la Commission semble implicitement admettre lorsqu'elle met en avant l'importance des codes de conduite. Ces codes qui peuvent inclure des engagements volontaires liés à la durabilité environnementale, l'accessibilité pour les personnes handicapées et la diversité des équipes sont, dans certaines conditions, créés et mis en oeuvre par les fournisseurs eux-mêmes. Nous aurons l'occasion d'y revenir. Bornons-nous, à ce stade, à souligner que le caractère abstrait et l'indétermination relative de la norme de droit s'avèrent problématiques pour appréhender les outils numériques.

Le principal obstacle « technico-juridique », à l'adoption d'un règlement européen sur l'IA, réside assurément dans le choix des définitions retenues par la Commission, à commencer par celle de l'IA. La première version de l'*AI Act* opte ainsi pour l'expression « système d'IA » plutôt qu'« IA », cette dernière renvoyant davantage à une discipline théorique. Les systèmes d'IA sont définis, à l'article 3, comme des logiciels développés au moyen de techniques énumérées à l'annexe I³² qui « peuvent, pour un ensemble donné d'objectifs définis par l'homme, générer des résultats tels que des contenus, des prédictions, des recommandations ou des décisions influençant les environnements avec lesquels il interagit »³³. Il est permis de s'interroger sur l'opportunité d'ajouter la précision selon laquelle les objectifs doivent être « définis par l'homme ». Cette précaution semble faire écho aux fictives lois de la robotique d'Asimov auxquelles le Parlement européen s'était, dans une de ses résolutions, montré particulièrement sensible. Cette définition provisoire pourrait être allégée, ou précisée, notamment dans ses aspects les plus superficiels comme le fait que le résultat influence l'environnement. Il en est de même de la liste indicative des résultats attendus (recommandation, prédiction, décision) qui semble trahir un tâtonnement conceptuel de la part des rédacteurs. Définir l'IA est central pour l'Union car les définitions déterminent le champ d'application du texte et visent à permettre à certains produits et services de circuler librement sur le marché européen, à condition d'être conformes aux prescriptions contenues dans le futur règlement. L'enjeu est d'autant plus grand qu'une définition large risquerait d'engendrer de l'insécurité juridique et de potentiels conflits d'interprétations. Une telle approche serait préjudiciable pour l'innovation et le commerce des produits basés sur l'IA. Une définition souple permettrait, quant à elle, de tenir compte des progrès techniques et de la dynamique inhérente à la matière technologique, mais un minimum de précision est nécessaire si l'on souhaite garantir la sécurité juridique.

³⁰ Les 3 résolutions du 20 octobre 2020 adoptées par le Parlement européen sont les suivantes : Résolution contenant des recommandations à la Commission sur un régime de responsabilité civile pour l'intelligence artificielle (2020/2014(INL)) ; Résolution contenant des recommandations à la Commission concernant un cadre pour les aspects éthiques de l'intelligence artificielle, de la robotique et des technologies connexes (2020/2012(INL)) ; Résolution sur les droits de propriété intellectuelle pour le développement des technologies liées à l'intelligence artificielle (2020/2015(INI)).

³¹ Contrairement à la Charte des droits fondamentaux de l'Union qui lie les institutions européennes et les États membres lorsqu'ils appliquent le droit de l'UE.

³² L'annexe I liste 3 catégories de systèmes : les systèmes auto-apprenants (*machine learning*), les systèmes logiques et les systèmes statistiques.

³³ On relèvera que la présente définition diffère sensiblement des précédentes, la Commission ayant proposé, par le passé, de définir l'IA comme des systèmes soit purement logiciels, agissant dans le monde virtuel, soit intégrés à des dispositifs matériels. Cette première définition a été retravaillée par le groupe d'experts « de haut niveau », lequel a proposé de définir l'IA comme des « systèmes logiciels (et éventuellement matériels) conçus par des êtres humains et qui, ayant reçu un objectif complexe, agissent dans le monde réel ou numérique en percevant leur environnement par l'acquisition de données, en interprétant les données structurées ou non structurées collectées, en appliquant un raisonnement aux connaissances, ou en traitant les informations, dérivées de ces données et en décidant des meilleures actions à prendre pour atteindre l'objectif donné. Les systèmes d'IA peuvent soit utiliser des règles symboliques, soit apprendre un modèle numérique. Ils peuvent adapter leur comportement en analysant la manière dont l'environnement est affecté par leurs actions ».

Il reste que par rapport aux droits nationaux, le droit de l'UE se caractérise par son pragmatisme et une vision technico-fonctionnel des domaines qu'il appréhende. Droit du marché intérieur, le droit européen reste marqué du sceau de l'économie et par sa finalité intégrative. Ainsi, si la définition de l'IA, posée à l'article 3 de l'*AI Act* pêche par le caractère vague de la formulation, le règlement comporte une annexe énumérant les différentes « techniques et approches d'IA », comme l'apprentissage automatique (a), les approches fondées sur la logique et les connaissances (b) et les approches statistiques (c). La technique de l'énumération est une approche se voulant à la fois plus concrète et plus souple qu'une définition *in abstracto*. Plus concrète en ce qu'elle permet aux opérateurs de savoir, sans ambiguïté, si leur système relève du champ d'application du règlement, puisqu'il leur suffit de se référer à la liste figurant dans l'annexe I. Plus souple dans la mesure où cette liste est modifiable à tout moment et selon une procédure simplifiée. Une telle définition de l'IA présente également l'avantage, pour l'Union, de garder la maîtrise (relative) de son texte. Encore doit-il passer l'étape de son adoption. Or, la définition retenue soulève d'ores et déjà des objections et suscite un débat parmi les États membres, et au sein de ces derniers. La précédente présidence du Conseil³⁴, à savoir celle de la Slovénie (juillet-décembre 2021) avait ainsi cherché à retravailler l'aspect définitionnel de l'*AI Act*. L'État en question avait, dans un premier temps, proposé de restreindre la définition de l'IA à l'apprentissage automatique. Les textes de compromis arrêtés par la présidence slovène ont, par la suite, mis l'accent sur la définition des systèmes d'IA pour mieux les distinguer des programmes logiciels classiques. Les systèmes d'IA y étant définis comme ayant la capacité de traiter des données pour déduire la manière d'atteindre un ensemble d'objectifs définis par l'homme par apprentissage, raisonnement ou modélisation.

En tout état de cause, le choix d'une définition relativement large de l'IA, comme celle proposée par la Commission, ne signifie pas que l'UE entend réguler tous les systèmes d'IA. L'article 2 du projet indique que le règlement ne s'applique pas aux systèmes utilisés à des fins militaires. Dans la mesure où l'IA a connu un développement fulgurant dans ce domaine, et face aux craintes de l'emploi de systèmes d'armes létales « autonomes », d'aucuns jugent nécessaire d'élaborer un cadre juridique au niveau de l'UE. Mais pour espérer y parvenir, les États membres doivent d'abord se mettre d'accord sur les chantiers législatifs en cours. Or, la Commission européenne peine à faire émerger son projet en raison de son degré élevé de technicité, accentué par le problème juridique des rapports du futur règlement avec le droit pré-existant, rendant difficile le consensus. Le manque de précision de l'*AI Act* sur la question de l'articulation de ses dispositions avec le RGPD, mais également la directive « police-justice »³⁵, peut également être rangé parmi les limites technico-juridiques.

Les défis définitionnels concernent également d'autres notions comme les systèmes d'IA dits à « haut risque », lesquels appellent un régime juridique plus exigeant que les systèmes d'IA perçus comme présentant un risque faible (obligations de transparence³⁶) ou minimum (codes de conduite³⁷). Si les premiers sont soumis à des obligations contraignantes (évaluation de conformité³⁸), les seconds bénéficient d'un traitement allégé, notamment lorsque les fournisseurs sont seulement « encouragés » à élaborer des codes de conduite destinés à favoriser l'application « volontaire » de certaines exigences aux systèmes autres que les systèmes d'IA à haut risque. Eu égard aux enjeux, le travail sur la définition et la classification/catégorisation revêt une grande importance pour les opérateurs. À ce titre, l'article 6 renvoie, à l'instar de l'article 3, à des annexes (annexe II et III) pour énumérer les systèmes d'IA considérés à « haut risque ». L'*AI Act* s'appuie sur une technique légistique hybride qui combine une stratégie se réclamant de la « neutralité technologique »³⁹ à une approche « par les risques » afin de réguler l'intensité de la réglementation (en fonction du degré du risque identifié). Il ressort, là encore, des documents publiés par les présidences successives du Conseil (slovène, française) que les définitions sont jugées vagues et appellent des orientations pratiques sur l'identification des critères des systèmes dits « à haut risque ».

Le choix pragmatique de l'énumération, tant pour ce qui concerne la définition des systèmes d'IA, en général, que les systèmes d'IA à « haut risque », facilite l'appréhension (et la compréhension) de cette technologie par l'UE. Sans doute permet-elle au législateur européen de saisir les systèmes d'IA, en en cernant les contours, pour mieux les contrôler et les réguler. Cette technique n'est toutefois pas sans risque. Outre qu'elle conduit « à une forme de réification de l'IA, de liste et de stock de produits estimés à risques dont les critères d'arbitrages seront fluctuants », elle permet également de légitimer, par ce biais, des systèmes d'IA au régime juridique incertain⁴⁰. Il en va ainsi des polygraphes pour analyser l'état émotionnel d'une personne physique, pour la gestion de la migration et le contrôle aux frontières⁴¹, lesquels ne sont pas reconnus dans tous les ordres juridiques des États membres. En plus de poser des difficultés sur le plan technique, juridique et scientifique (en raison de l'absence de consensus) cette méthode est discutable sous l'angle éthique. Ajoutons que la difficulté de qualifier *en droit* l'IA, afin de lui conférer un régime juridique adapté, est aggravée par le fait qu'il s'agit d'adopter une définition commune à l'ensemble des États membres. L'ambition d'une approche uniforme, pour l'UE tout entière, est nécessairement entravée par des obstacles politiques qui ne cessent de se dresser à mesure que les négociations avancent. En effet, plus qu'un objet technique, une technologie ou un domaine scientifique, le terme d'IA désigne un être de fiction et de fantasme.

³⁴ La présidence du Conseil de l'Union européenne est une présidence tournante. Actuellement, et jusqu'à la fin du mois de juin, la France assure cette fonction.

³⁵ Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales.

³⁶ Article 52 de l'*AI Act*.

³⁷ Article 69 de l'*AI Act*.

³⁸ L'article 16 du projet de règlement détaille les obligations incombant aux fournisseurs de systèmes d'IA à haut risque, notamment l'évaluation de la conformité.

³⁹ Vincent Gautrais, Neutralité technologique: rédaction et interprétation des lois face aux technologies, Thémis, Montréal, mai 2012.

⁴⁰ MENECEUR

⁴¹ Voir l'Annexe III, 7 a) et b).

3.2 Les obstacles éthico-politiques

Lors des deux dernières présidences tournantes du Conseil, la Slovénie et la France ont partagé des textes de compromis dans lesquels les États membres réaffirmaient leur compétence exclusive en matière de sécurité nationale, insistant pour que les systèmes développés pour la recherche scientifique soient exclus du champ d'application de l'*AI Act*, tout comme ceux développés à des fins militaires. La sensibilité politique d'un domaine comme l'IA s'exprime également dans l'approche d'équilibriste de la Commission consistant à rechercher un compromis entre des exigences minimales pour encadrer les risques liés à l'IA (sur la sécurité, la santé et les droits fondamentaux⁴²), et l'établissement d'un cadre suffisamment souple pour ne pas entraver son développement. La poursuite d'objectifs aussi diamétralement opposés s'apparente à la recherche de la quadrature du cercle, comme tendent à le montrer les réactions contradictoires suscitées, dans la société, par la publication du projet de règlement. Si les associations de défense des libertés jugent le texte laxiste sur la garantie des droits de l'homme⁴³, entrepreneurs et investisseurs du numérique s'inquiètent de l'impact négatif sur les *startups*. Les deux camps s'accordent, par ailleurs, à dénoncer le manque de clarté du texte de la Commission. L'UE étant, avant tout, un marché, les critiques formulées par les opérateurs économiques ne sont pas à prendre à la légère car une réglementation trop contraignante pourrait décourager les entreprises d'investir dans l'IA. Des reproches similaires ont été émis contre le RGPD, dont les dispositions, axées sur la protection des droits des personnes, ont été accusées d'entraver le développement de certaines technologies⁴⁴.

Cette tension entre protection des principes éthiques et juridique, d'une part, et innovation, d'autre part, parcourt les positions, et oppositions, des États membres. Des divergences de stratégies sur l'IA risquent d'envenimer les discussions et freiner l'adoption de l'*AI Act*. En tant que technologie hautement politique, l'IA présente un enjeu de souveraineté nationale et internationale. La création des conditions favorables à son développement est toutefois éclipsée, dans la sphère publique et médiatique, par celle des libertés individuelles et collectives. Les « experts » s'alarment, régulièrement, des effets négatifs du numérique sur les individus et la société. Ainsi, le fait que l'UE autorise, même dans des conditions strictes, le recours aux systèmes d'identification biométrique à distance suscite la controverse. À cet égard, l'utilisation de cette technologie à des fins répressives divise les États. Si l'Allemagne et la Finlande souhaitent traiter cette question séparément, la France, qui siège actuellement à la présidence du Conseil, fait pression pour assouplir son usage, au titre de l'*AI Act*, par les forces de

l'ordre. Les autorités françaises demandent à élargir les cas dans lesquels la reconnaissance biométrique peut être utilisée, en supprimant la référence au caractère imminent de la menace et en élargissant les possibilités d'utiliser l'IA pour localiser un suspect dans le cadre d'une enquête policière (sans que l'infraction pénale relève nécessairement du champ du mandat d'arrêt européen). De profondes divergences sont également apparues entre la France et l'UE, sur la question de la recherche d'un équilibre entre le respect de la vie privée et la sécurité publique. Dans un arrêt du 6 octobre 2020⁴⁵, le juge européen, en réponse à une question du Conseil d'État, appelait à poser un cadre protecteur, en vertu de la directive *ePrivacy* et du RGPD. L'enjeu était de taille car il s'agissait de mettre en cause, sur la base du droit de l'UE, le droit français qui prévoyait l'obligation de conserver de façon indifférenciée les données de connexion pour la poursuite des infractions pénales. Était aussi en cause, l'utilisation par les services de renseignement, de certains algorithmes. En retenant une approche protectrice des données, le droit de l'UE conduisait à condamner l'obligation de conservation généralisée de celles-ci. Cette lecture de la CJUE heurtait le droit constitutionnel et la politique sécuritaire de la France. Le 21 avril 2021⁴⁶, soit le jour de la publication de l'*AI Act*, le Conseil d'État, sous la pression du gouvernement, décidait de faire primer les exigences de la Constitution tenant au respect de la sauvegarde de la Nation, la recherche des auteurs d'infractions et la lutte contre le terrorisme pour s'opposer à la vision respectueuse des droits fondamentaux, prônée par la Cour de Luxembourg.

Éminemment politiques, ces questions touchent aussi, et surtout, à l'éthique. Si leur développement n'est pas contrôlé, certains systèmes d'IA pourraient causer d'irréversibles préjudices à nos sociétés, en refaçonnant le modèle de la démocratie et de l'État de droit. Ces craintes ont sous-tendu certaines critiques émises à l'encontre du projet de règlement. Certains observateurs ont fait remarquer qu'au-delà de la prise en considération des droits de l'homme, l'*AI Act* ne tenait pas suffisamment compte des préjudices sociétaux⁴⁷. D'autres craintes moins fondées⁴⁸, et d'une légitimité toute relative, bien que fortement relayées, pointent une prétendue lacune du projet de règlement : l'IA générale. Dans la lignée des spéculations de Nick Bostrom⁴⁹, dont les thèses ont pénétré jusqu'aux groupes d'experts mandatés par l'UE⁵⁰, Max Tegmark n'a pas hésité à alerter le Parlement européen sur le danger existentiel d'une IA devenue folle. Mais en concentrant autant d'énergie sur une menace, somme toute chimérique, l'UE ne risque-t-elle pas, pour reprendre une formule appropriée, « un hiver politique de l'IA »⁵¹? Il semble utile d'interroger, à cet égard, les prémisses normatives sur lesquelles s'appuie l'*AI Act*.

⁴² L'IA présente des menaces pour la vie privée et autorise des dérives comme la discrimination, la notation sociale ou l'usage de techniques de manipulation.

⁴³ Le manque de fermeté sur l'interdiction de l'identification biométrique et la multiplication de dérogations pour les systèmes d'IA à haut risque ont été critiqués.

⁴⁴ Dans le secteur de la santé, par exemple, les règles de consentement entravent le traitement des données médicales utilisées à des fins d'études.

⁴⁵ CJUE, (grande chambre) 6 octobre 2020, *La Quadrature du Net e.a.*, aff. C-511/18.

⁴⁶ CE, 21 avril 2021, *French Data Network et autres* n° 393099.

⁴⁷ SMUHA N. A. (2021), « Beyond the individual: governing AI's societal harm », *Internet Policy Review*, vol. 10, n° 3.

⁴⁸ Nous estimons que l'argument de la singularité technologique, sur lequel s'appuient certaines critiques, a été magistralement réfuté. J.-G. Ganascia, *Le mythe de la singularité. Faut-il craindre l'Intelligence Artificielle?*, Le Seuil, 2017.

⁴⁹ BOSTROM N. (2014), *Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies*, OUP, OXFORD.

⁵⁰ AO governance as a new European Union external policy tool. Study Requested by the AIDA committee <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>.

⁵¹ Calo, R. (2018). Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap. *University of Bologna Law Review*, 3(2), 180–218. <https://doi.org/10.6092/issn.2531-6133/8670>.

4. Les prémisses normatives de l'AI Act

La lecture du projet de règlement sur l'IA ne laisse pas de place au doute quant au postulat posé par la Commission. L'édifice normatif repose sur un raisonnement partant de l'existence d'un risque technologique qu'il s'agit d'identifier et d'évaluer : selon la finalité de leur utilisation, le texte classe les systèmes d'IA en différentes catégories allant du risque inacceptable, élevé, faible (ou limité) jusqu'au risque minimal. Le cadre normatif proposé par la Commission, dans sa proposition législative, se situe assurément au confluent de l'éthique et du droit. En appréhendant les systèmes d'IA de façon sectorielle et hiérarchisée, en fonction de leur degré de dangerosité, la Commission entend exclure ou encadrer les plus risqués. Si, dans son principe, l'approche est difficilement critiquable⁵², il est permis d'interroger le choix des critères qui ont guidé cette classification (présence de biais, risque de discrimination, problème de transparence). La notion de *haut risque* est suffisamment vague pour englober les atteintes à l'intégrité physique et la santé des personnes, comme les menaces sur les droits fondamentaux (respect de la vie privée, droit à la dignité humaine, non-discrimination). Mais si la nature du danger varie selon ces hypothèses, la Commission ne semble pas leur appliquer un traitement différencié.

La question de savoir ce que révèle, ou dissimule, la « pyramide des risques » et ce qu'elle implique concrètement mérite d'être approfondie. Tout d'abord, on relèvera que bien qu'elle ait cherché à préserver une certaine neutralité technologique — comme l'atteste sa définition évolutive des systèmes logiciels — la classification *a priori* témoigne d'une prise de position certaine de la Commission⁵³. Il importe de rappeler que la manière dont celle-ci a détecté et présenté les risques n'était pas la seule envisageable⁵⁴. L'inévitable part d'arbitraire de l'énumération est amenée à évoluer au gré des débats, et des prises de positions, tout aussi subjectives, des uns et des autres⁵⁵. Au-delà des contingences attachées au processus législatif, il demeure que l'approche de la Commission est centrée sur la personne humaine de sorte que l'on peut raisonnablement qualifier sa vision de l'IA d'« humano-centrée ». En attestent les nombreuses références aux « implications humaines », à la « dignité humaine », au « facteur humain », ou encore au « contrôle humain » de l'IA. Cette approche ressortait déjà, quoique plus explicitement, des lignes directrices établies par le groupe d'experts de haut niveau. Ces derniers ne s'étaient-ils pas prononcés en faveur de systèmes d'IA « centrés sur l'humain », « au service de l'humanité et du bien commun, avec pour objectif d'améliorer le bien-être et la liberté des êtres humains »?⁵⁶ On relèvera toutefois que contrairement aux experts qui renaient une

acceptation généreuse du bien commun en considérant « la société au sens large » et « les autres êtres sensibles et l'environnement comme des parties prenantes tout au long du cycle de vie de l'IA », la Commission retient une vision étroite de la société en envisageant les seuls êtres humains, à l'exclusion des animaux, et sans réellement prendre en compte les risques pour l'environnement⁵⁷.

Tant l'accent mis sur le respect des droits fondamentaux (inhérents à la personne humaine) que l'approche par les risques semblent découler de cet « anthropocentrisme ». Une autre conséquence, quelque peu paradoxale, semble être la tendance à humaniser l'IA, cette dernière se voyant affublée de qualités proprement *humaines* : ainsi, si l'*AI Act* se contente de souhaiter une IA digne de confiance, certaines communications vont jusqu'à évoquer sa bienveillance. En plus de comporter une forte dose de construction idéologique, un tel angélisme dissimule mal la stratégie de la Commission consistant à faire accepter la transition numérique dans l'Union. En effet, pour que l'UE puisse profiter des avantages économiques de l'IA, et devenir un leader mondial, cette technologie disruptive doit être acceptée par les citoyens. Rappelons que l'anthropocentrisme confine souvent à un anthropomorphisme de l'IA elle-même, comme il ressort de certaines communications de l'UE se référant au *Frankenstein* de Mary Shelley, au mythe antique de *Pygmalion*, au *Golem* de Prague ou encore au *robot* de Karel Čapek⁵⁸. S'il est vrai, comme l'affirme le Parlement européen, que les humains ont toujours « rêvé de construire des machines intelligentes, le plus souvent des androïdes à figure humaine » et que « l'humanité se trouve à l'aube d'une ère où les robots, les algorithmes intelligents, les androïdes et les autres formes d'intelligence artificielle, de plus en plus sophistiqués, semblent être sur le point de déclencher une nouvelle révolution industrielle »⁵⁹, la société ne doit pas négliger d'étudier les effets de cette transformation sur elle-même.

5. Des concepts juridiques mis à mal

Si l'*AI Act* constitue une avancée pour l'UE, dans sa volonté de régir l'IA, il reste que le règlement illustre également les limites auxquelles se heurte le droit lorsqu'il vise à se saisir d'une technologie aussi rebelle aux catégories normatives classiques. Le recours aux standards habituels, notamment ceux issus du droit dérivé et de la Charte, est peu compatible avec l'écriture numérique, le langage algorithmique et, plus généralement, l'environnement informatique dans lequel s'insèrent et se déploient les systèmes d'IA. Les sous-sections suivantes traitent de la quasi-faillite des concepts au cœur du futur droit de l'IA, préfigurant peut-être une reconfiguration souterraine des rapports dialectiques entre l'UE et l'IA.

⁵² D'aucuns pourraient discuter de l'opportunité d'une approche aussi dogmatique en ce que cette position pourrait priver l'UE de certaines pratiques avantageuses.

⁵³ Annexe III du Règlement.

⁵⁴ Il eût été possible, par exemple, de les distinguer en risques « à court terme » et « à long terme », avec un régime juridique différencié. Les possibles préjudices sociétaux, mentionnés précédemment, appartenant à la seconde catégorie.

⁵⁵ Le choix d'inclure certains types d'infractions dans la liste des exceptions et d'en exclure d'autres, sans explications, est discutable. De nombreuses autorités, comme le Comité européen de la protection des données ou le Contrôleur européen de la protection des données ont appelé à un régime plus conséquent et des interdictions plus fermes.

⁵⁶ Lignes directrices en matière d'éthique. Pour une IA digne de confiance. Groupe d'experts indépendants de haut niveau sur l'IA, juin 2028.

⁵⁷ Ce qui explique la place réduite de l'éthique environnementale et l'occultation totale de l'éthique animale, les animaux n'étant jamais mentionnés dans l'*AI Act*.

⁵⁸ Résolution du Parlement européen du 16 février 2017 contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique (2015/2103(INL)) (2018/C 252/25)

⁵⁹ *Ibid.*

5.1 La protection des données personnelles

À l'instar du RGPD, le projet de règlement sur l'IA vise à renforcer la protection des données à caractère personnel. L'utilisation des systèmes d'IA reste donc subordonnée aux exigences de la Charte et du droit dérivé de l'UE. Au regard toutefois des problèmes d'opacité, de complexité et de dépendance vis-à-vis des données, l'emploi de certains systèmes d'IA peut porter atteinte à certains principes comme le droit au respect de la vie privée et, son corolaire, la protection des données personnelles⁶⁰. D'après le RGPD, la protection des données personnelles s'impose pour toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer de garanties particulières aux informations anonymes. Pour autant, les progrès technologiques ont modifié les conditions dans lesquelles une personne physique peut être identifiable. L'anonymisation s'avère illusoire dès lors qu'une combinaison d'informations anonymes permet de (ré-)identifier une personne. En outre, les données faisant directement référence aux personnes ne sont pas les seules susceptibles de causer un préjudice. La collecte de données à des fins d'influence sur le comportement a, elle aussi, un impact significatif sur les personnes physiques (objets connectés). À la lumière de ces nouveaux défis, c'est bien le *concept juridique* de données personnelles qui tend à être remis en question. Des auteurs ont préconisé, en conséquence, de modifier le cadre légal pour prendre en compte les « inférences » opérées à partir des données personnelles⁶¹, plutôt que de se focaliser sur les données et leur accès, comme le fait le droit de l'UE. Comme il est possible d'inférer des informations sur les personnes à partir de données anonymes, la logique juridique consistant à encadrer l'accès aux données personnelles se révèle largement inefficace. Si des voix se sont élevées pour inviter les régulateurs à changer de paradigme — pour concentrer la réglementation sur l'usage des données et des connaissances inférées sur les personnes — telle n'est pas la voie suivie par la Commission dans son projet de règlement sur l'IA.

5.2 L'interdiction des discriminations

Le projet de règlement sur l'IA prétend compléter le droit existant en matière de non-discrimination en prévoyant des exigences spécifiques visant à « réduire le risque de discrimination algorithmique, en particulier s'agissant de la conception et de la qualité des jeux de données ». Afin de lutter contre diverses sources de risques, la proposition vise à renforcer la non-discrimination et l'égalité entre les femmes et les hommes⁶². La Commission propose de classer comme étant à haut risque les systèmes utilisés pour des questions liées à l'emploi car ils ont une incidence sur les perspectives de carrière et les moyens de subsistance des personnes. Certains systèmes d'IA peuvent, en effet, perpétuer des schémas historiques de discrimination, par exemple à l'égard des femmes, de certains groupes d'âge, des personnes

handicapées, ou de certaines personnes en raison de leur origine ethnique ou de leur orientation sexuelle. Les systèmes d'IA utilisés pour évaluer la note de crédit ou la solvabilité des personnes devraient également être classés à haut risque car ils déterminent l'accès à des ressources financières ou à des services essentiels. Les systèmes d'IA peuvent, là aussi, conduire à discriminer certaines personnes ou groupes et perpétuer des schémas historiques d'inégalités sociales. La définition juridique de la discrimination et son régime d'interdiction, au cœur du droit dérivé de l'UE, présentent des limites conceptuelles lorsque les données en cause sont de simples « traces comportementales ». Force est d'admettre que le langage algorithmique entre en conflit avec le langage juridique lorsque la variable *sensible* (genre, origine) n'est pas utilisée par les concepteurs mais qu'en pratique, l'algorithme conduit, d'une certaine façon, à discriminer une personne en raison de son appartenance à un groupe social. Comment le droit peut-il appréhender cette supposée discrimination ? Est-il envisageable de prohiber l'usage de variables corrélées indirectement au genre ou à l'origine ethnique ? Est-il permis, par ailleurs, de tolérer des discriminations, à un niveau individuel, si l'*effet disparate* se révèle faible à un niveau agrégé ? Ces questions mettent en lumière les limites du droit et des régimes juridiques classiques pour appréhender ces formes inédites de discriminations. Les atteintes au droit au respect de la vie privée ou les pratiques discriminatoires devraient permettre d'engager la responsabilité des auteurs. Or, en matière d'IA, il est extrêmement complexe d'identifier les causalités et, partant, de chercher la responsabilité des acteurs impliqués dans la chaîne décisionnelle.

5.3 L'engagement de la responsabilité

Comme toute technologie transformatrice, l'IA soulève des questions juridiques, au premier chef desquelles la responsabilité, en particulier pour les systèmes à haut risque. S'agissant du régime légal, l'UE peut s'appuyer sur les règles en matière de responsabilité du fait des produits défectueux⁶³ et de protection des données personnelles⁶⁴. Le projet de règlement sur l'IA rappelle, en outre, qu'en matière de responsabilité civile pour l'IA, le Parlement a adopté une résolution spécifique⁶⁵. La Commission est consciente que certains systèmes d'IA, en particulier ceux qui permettent une prise de décisions autonomes, exigent de revoir le régime de sécurité et le droit civil relatif à la responsabilité. Les robots évolués et les produits de l'internet des objets, par exemple, peuvent agir d'une façon non envisagée lors de leur mise en service. Cette problématique pointe les limites du régime de responsabilité. Le droit positif semble, en effet, peu armé pour offrir un traitement satisfaisant de l'exigence de réparation lorsque le fait générateur du préjudice est un système d'IA. La directive sur la responsabilité du fait des produits, par exemple, ne permet pas de répondre adéquatement aux défis posés par les technologies émergentes. De même, la directive *Machines* ne traite pas de certains aspects des technologies

⁶⁰ Articles 7 et 8 du règlement précité.

⁶¹ S. Wachter et B. Mittelstadt, « A right to reasonable inferences: re-thinking data protection law in the age of big data and AI », *Colum. Bus. L. Rev.*, 2019, 494.

⁶² Articles 21 et 23 de l'*AI Act*.

⁶³ Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux

⁶⁴ S'agissant de la sécurité des réseaux et des systèmes d'information, l'UE dispose des règles les plus strictes en matière de protection des données personnelles.

⁶⁵ Résolution sur un régime de responsabilité civile pour l'intelligence artificielle, 2020/2014(INL).

numériques. Ce qui rend difficile l'application d'un régime de responsabilité classique est la pluralité des acteurs impliqués, de la mise au point de l'IA (programmation, fabrication, fourniture des données) à sa mise en oeuvre (exploitation, possession, utilisation). L'intrication rend ardue la recherche des responsabilités, c'est-à-dire des schémas de causalité. La Commission recommande ainsi que le fournisseur — personne physique ou morale — assume la responsabilité de la mise sur le marché/en service d'un système d'IA à haut risque. Compte tenu des risques pour la sécurité, la Commission propose de définir des responsabilités spécifiques pour les utilisateurs. Ces derniers devraient être tenus d'utiliser ces systèmes conformément à la notice. Concernant l'évaluation de la conformité des systèmes d'IA, celle-ci devrait être réalisée par le fournisseur sous sa responsabilité, à l'exception des systèmes d'identification biométrique, pour lesquels l'intervention d'un organisme notifié est requise. S'agissant des fabricants, la Commission prévoit qu'ils ont la responsabilité de la conformité de certains systèmes avec le règlement. Les importateurs et distributeurs devraient aussi être soumis à des obligations puisqu'il est prévu qu'ils s'assurent, lorsqu'un système à haut risque est sous leur responsabilité, que les conditions de stockage/transport ne compromettent pas sa conformité au règlement. Il reste que le concept de responsabilité est mis en difficulté par les systèmes d'IA dans la mesure où un régime légal ne peut s'appliquer que dans les hypothèses où il est possible de définir le produit et ses relations. S'agissant de la responsabilité du concepteur de l'algorithme, que faire lorsque le produit est un vaste réseau socio-technique au sein duquel les causalités sont imprécises ?⁶⁶ De même, peut-on engager la responsabilité des constructeurs d'un algorithme à l'origine de discriminations lorsqu'elles ne sont pas délibérées et qu'elles sont difficilement compréhensibles ? La question est d'autant plus complexe que la vérification n'est pas aisée. Les nouvelles technologies ne sauraient se développer au détriment des individus et de leur sécurité. C'est pourquoi, certains préconisent de s'orienter vers un régime de responsabilité propre à l'IA, de responsabilité objective aggravée. Dans la mesure où ce dernier serait axé sur la réalisation d'un risque caractérisé résultant d'une activité d'un système d'IA, un tel régime implique l'identification préalable des risques prévisibles. La question demeure pour les risques imprévisibles. Sur qui doit-on faire peser ces risques ? Sur la population ou ceux qui en sont à l'origine et en tirent profit ? Il importerait de procéder à un partage équitable des responsabilités en s'attachant à identifier, via la traçabilité, le degré d'implication de chaque acteur dans la survenue du dommage. Cela impliquerait, en vertu de l'*AI Act*, un minimum de transparence afin de veiller au respect des obligations incombant à l'utilisateur et au fournisseur⁶⁷.

5.4 L'exigence de transparence et d'explicabilité

Ainsi que l'admet la Commission, dans les considérants de l'*AI Act*, l'exercice des droits fondamentaux procéduraux, comme le droit à un recours effectif, pourrait être entravé par l'usage d'un système d'IA insuffisamment transparent, explicable et documenté. Sont ainsi considérés à haut risque, les systèmes destinés à être utilisés dans un contexte répressif où la transparence revêt une grande importance, notamment pour garantir que des comptes soient rendus et que des recours efficaces puissent être exercés. Afin de faciliter la vérification, la transparence, au même titre que les exigences de documentation et traçabilité, est souvent invoquée. Bien que commode⁶⁸, la notion n'est pas sans poser difficulté, ne serait-ce que parce que le principe est susceptible de porter atteinte au droit à la protection de la propriété intellectuelle. En outre, si elle est mobilisée pour tenter de remédier à l'opacité qui rend l'IA trop complexe ou incompréhensible, l'exigence de transparence n'est pas la panacée. On a pu souligner qu'elle ne suffisait pas à comprendre les systèmes, ou les expliquer, dans la mesure où la signification ne leur est pas interne (mais en relation/interaction avec les données). Rendre les systèmes d'IA transparents, n'équivaut donc pas à les rendre responsables. Pour que les utilisateurs puissent « interpréter » les résultats, les systèmes d'IA devraient être accompagnés d'une documentation pertinente et inclure des informations sur les risques. Si le déficit de transparence des méthodes d'apprentissage machine, perçues comme des boîtes noires, constitue un défi scientifique pour la communauté, celui d'explicabilité pose des « problèmes opérationnels, juridiques et éthiques »⁶⁹. Dans la mesure où ces méthodes ne représentent pas une causalité entre les paramètres d'entrées et de sortie, la validation des boîtes noires diffère, sous l'angle épistémologique, de celle mise en place pour la modélisation d'un phénomène physique. La nécessité de clarifier les notions d'interprétabilité et d'explicabilité qui, malgré l'absence de consensus, font l'objet d'une vaste littérature, y compris au sein de l'UE, a été souligné. De même que le risque que des « explications soient plus persuasives qu'informatives »⁷⁰. Loin d'être théoriques, ces questions intéressent le monde juridique, notamment depuis que la loi bioéthique a consacré, au sein du code de la santé publique⁷¹, une information des patients dans l'hypothèse du recours à un dispositif médical basé sur un système de *machine learning*. L'explicabilité a été préférée à la transparence dans la mesure où la publication du code source d'un algorithme ne permet pas, à elle seule, aux d'en comprendre « la logique générale de fonctionnement »⁷². Comprendre les mécanismes et logiques algorithmiques n'est, faut-il le souligner, pas une tâche aisée, ni pour les professionnels de la santé, ni pour ceux du droit, et son traitement doctrinal dépasse l'objet de cet article. Nous nous bornerons à préciser que l'*AI Act* fait de l'utilisateur du système d'IA, le destinataire des obligations d'information⁷³.

⁶⁶ J.-M. John-Mathews, *AI Ethics in Practice, Challenges and Limitations*, Thèse, 2021.

⁶⁷ Article 13 de l'*AI Act*.

⁶⁸ La transparence est souvent présentée comme un moyen de garantir le respect des droits fondamentaux, notamment la non-discrimination, la protection de la vie privée et des données à caractère personnel, ainsi qu'une bonne administration.

⁶⁹ C. Denis; F. Varenne. Interprétabilité et explicabilité de phénomènes prédits par de l'apprentissage machine. *ROIA*, Volume 3 (2022) no. 3-4, pp. 287-310.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Article L.4001-3 du code de la santé publique.

⁷² Conseil d'État, Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?, 28 juin 2018.

⁷³ Articles. 3 et 13 de l'*AI Act*.

5.5 De l'AI Act au rêve de Leibniz : intelligence artificielle et jurisprudence naturelle

Dans cette dernière sous-section, et en guise de conclusion, nous esquissons une approche visant à situer l'*AI Act* dans un paradigme tendant à rapprocher le langage juridique — celui de l'UE — et la logique — celle de Leibniz. Cette hypothèse heuristique s'inspire des travaux d'auteurs ayant proposé l'approche « droit et mathématiques » pour souligner le fait que le droit cherche, de plus en plus, à préserver sa légitimité en cherchant à épouser le modèle des sciences informatiques⁷⁴. Notre thèse consiste à montrer les affinités électives entre le droit de l'UE — caractérisé par sa technicité et sa teneur économique — et le projet du célèbre juriste-logicien de réconcilier logique et rhétorique en fondant une théorie de la *jurisprudence naturelle*. Rappelons que le rêve leibnizien reposait sur l'idée que le droit était la première science à appliquer la logique aux actions humaines, permettant d'assimiler logiques probabiliste et juridique. Cette logique du probable (axiomatique du contingent) se distingue de la logique du nécessaire qui régit les mathématiques. Ce faisant, nous voudrions faire ressortir le paradoxe suivant : en cherchant à *saisir l'IA*, pour reprendre le titre de notre article, le droit de l'UE pourrait bien se voir *saisi* par celle-ci. Les éléments susceptibles d'étayer cette hypothèse sont au nombre de cinq : en premier lieu, l'approche par les risques, prônée par la Commission, repose sur la probabilité d'un préjudice éventuel. Les systèmes d'IA sont appréhendés en étudiant un risque de préjudice eu égard « à sa probabilité d'occurrence ». Cette approche singulière tend à rapprocher le droit de l'UE de la logique probabiliste, chère à Leibniz, au cœur de certains systèmes d'IA. En second lieu, le fait que Leibniz ait souhaité résoudre les problèmes juridiques par le calcul trouve un écho dans la validation du recours aux métriques et aux seuils probabilistes pour la gestion des risques. La délégation aux machines de questions éthiques, via les outils de débiaisement, aurait sans doute plu au théoricien du meilleur des mondes possibles. En troisième lieu, la façon dont l'*AI Act* définit l'IA, sous forme de listes exposées en annexes, n'est pas sans rappeler la méthode leibnizienne consistant à rationaliser les « *définitions ou explications des termes juridiques* », lesquelles « *doivent être traitées dans un ouvrage spécial, sans aucun mélange avec des préceptes ou des règles ; cela peut-être appelé: classification du droit* ». Leibniz précise que « *les tableaux sont très commodes dans ce domaine et il faut que d'un seul regard toute la connaissance soit d'abord disposée dans un tableau général* »⁷⁵. En quatrième lieu, la technique de mise en balance des risques et bénéfices, au cœur du projet de la Commission, répond précisément au souhait leibnizien de réduire à un calcul (probabilités) toute question de droit. Leibniz préconisait de fonder le raisonnement sur l'analyse dont les mathématiciens donnent des échantillons (définitions, axiomes). Estimant toutefois que dans la *jurisprudence naturelle*, « les raisons ne doivent pas être comptées mais pesées », il s'étonnait que personne n'ait, à son époque, fourni « cette balance qui doit servir à peser la force des raisons »⁷⁶.

Cette remarque revêt, à l'ère de l'IA, et sous l'angle du droit de l'UE, une dimension toute particulière. En dernier lieu, il est permis de relever, à l'heure où des voix s'élèvent contre le règne des algorithmes⁷⁷, que la transition numérique que l'UE encourage s'inscrit dans un projet politique et social fantasmé, il y a plus de trois siècles, par le philosophe de Leipzig. En effet, la rationalisation (mathématisation) des sciences morales semble permise dès lors que pour former un jugement infaillible, il suffit, pour Leibniz, de « déterminer ce qui est le plus probable *ex datis* ». Il ajoutait que cette approche serait « d'un secours admirable même en politique et en médecine, pour raisonner sur les symptômes et circonstances données d'une manière constante et parfaite ». La transition numérique à laquelle l'Europe se prépare, sous l'égide de la Commission, paraît bien prendre pour modèle la vision leibnizienne de la société. Que l'on pense, par exemple, au futur espace européen des données de santé.

6. Références

- [1] Andrade, S. Intelligence artificielle: réflexion sur la responsabilité du fait des logiciels d'aide à la décision médicale, mémoire (2021)
- [2] Benbouzid, B., Meneceur, Y. & Smuha, N. Quatre nuances de régulation de l'intelligence artificielle: Une cartographie des conflits de définition. *Réseaux*, 232-233, 29-64 (2022)
- [3] Bostrom, N. Superintelligence: Paths, Dangers, Stratégies, OUP, Oxford (2014)
- [4] Calo, R. Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap. *University of Bologna Law Review*, 3(2), 180–218. <https://doi.org/10.6092/issn.2531-6133/8670> (2018)
- [5] Denis, C., Varenne, F. Interprétabilité et explicabilité de phénomènes prédits par de l'apprentissage machine. *ROIA*, 3 (3-4), pp. 287-310. 10.5802/roia.32. hal- 03640181 (2022)
- [6] Ganascia, J.-G. Le mythe de la singularité. Faut-il craindre l'Intelligence Artificielle? Le Seuil (2017)
- [7] Garapon, A., Lassègue, J. Justice digitale, PUF (2018)
- [8] Gautrais, V. Neutralité technologique: rédaction et interprétation des lois face aux technologies, Thémis (2012)
- [9] Giovanna Palermo, A. Logique juridique et logique probabiliste à l'époque moderne. Thèse (2013)
- [10] John-Mathews, J.-M. AI Ethics in Practice, Challenges and Limitations. Thèse (2021)
- [11] Meneceur, Y., Barbaro, C. Artificial intelligence and the judicial memory: the great misunderstanding. *AI Ethics* 2, 269–275 (2022)
- [12] Pégny, M. Pour un développement des IAs respectueux de la vie privée dès la conception. hal-03104692 (2021)
- [13] Wachter, S., Mittelstadt, B. « A right to reasonable inferences: re-thinking data protection law in the age of big data and AI », *Colum. Bus. L. Rev.*, 494 (2019)

⁷⁴ A. Garapon, J. Lassègue, Justice digitale, PUF 2018.

⁷⁵ Leibniz, *Nova Methodus docendaeque jurisprudentiae*, 1667.

⁷⁶ Leibniz, Lettres à Thomas Burnett, 11 février 1697, Hanovre. *Journal Electronique des Probabilités et des Statistiques*, vol. 2, n°1, juin 2006.

⁷⁷ Meneceur, Y., Barbaro, C. Artificial intelligence and the judicial memory: the great misunderstanding. *AI Ethics* 2, 269–275 (2022).