



HAL
open science

Responsabilité

Grégoire Loiseau

► **To cite this version:**

Grégoire Loiseau. Responsabilité. Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie, 2023, 17. hal-04199974

HAL Id: hal-04199974

<https://hal.science/hal-04199974>

Submitted on 8 Sep 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Intelligence artificielle et santé

Grégoire Loiseau

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1)

Responsabilité

L'intelligence artificielle a investi le domaine de la santé. Quel en sera l'impact sur le droit ? Au niveau européen, un comité du Parlement a publié en juin 2016 un relevé des actes législatifs et réglementaires européens qui seront concernés par l'évolution de la situation dans le domaine de la robotique, des systèmes cyber-physiques et de l'intelligence artificielle. La santé figure parmi les six domaines identifiés par le comité comme ceux dans lesquels l'Union européenne est susceptible de devoir réviser ou adapter pas moins de trente-neuf règlements, directives, déclarations et communications. La responsabilité fait partie des questions à traiter, même si les autorités européennes ont une approche prudente, excluant toute interventionnisme prématuré. Le Comité économique et social européen, dans un avis du 31 mai 2017, a ainsi indiqué qu'il est indispensable, pour pouvoir définir une approche législative et réglementaire adéquate en matière d'intelligence artificielle, d'établir clairement ce que celle-ci est en mesure de faire et ce qu'elle pourrait éventuellement faire à court, moyen et long terme.

Partageant cette démarche, il faut principalement envisager ici la réception par le droit de la responsabilité de l'utilisation de l'intelligence artificielle en matière de santé. Mais une observation se glisse en préalable. En amont de la responsabilité, chacun a pris conscience des possibilités de prévention et de prédiction que permettent les objets intelligents. C'est alors l'apparition même ou le développement de maladies qui peuvent être évités. La fiabilité des outils intelligents peut être en outre l'assurance d'une plus grande efficacité des actes médicaux et notamment chirurgicaux. En amont encore de la responsabilité, on peut en attendre un taux plus important de réussite de ces actes et, le cas échéant, une diminution des accidents médicaux, source éventuelle de responsabilité. Cette attente tenant à la fiabilité peut cependant avoir un revers en exacerbant le recours à la responsabilité lorsque le résultat souhaité n'est pas atteint.

Le droit de la responsabilité sera donc toujours sollicité, d'autant que l'utilisation de l'intelligence artificielle à des fins diagnostiques ou thérapeutiques, voire demain d'assistance médicale, peut déboucher sur plusieurs sortes de responsabilités. C'est ce qui doit être, dans un premier temps, examiné. De façon plus exploratoire, seront abordées, dans un second temps, d'autres questions de responsabilité relatives à d'autres utilisations de l'intelligence

artificielle. Celle-ci peut en effet servir d'autres causes en matière de santé que la réalisation d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins. Elle peut aussi être utilisée à des fins mélioratrices de l'être humain pour le rendre plus résilient à certaines maladies. Ce qui n'est encore qu'une perspective pourrait devenir à moyen ou long terme une réalité. La question se pose dès lors de savoir comment anticiper par le droit de la responsabilité – mais lequel ? – une telle évolution.

I- L'utilisation de l'intelligence artificielle à des fins diagnostiques, thérapeutiques ou d'assistance médicale

En cas de survenance d'un dommage, le recours à l'intelligence artificielle à des fins diagnostiques ou thérapeutiques conduit impulsivement à faire appel à la responsabilité des professionnels de santé. Mais les conditions d'engagement de celle-ci ne garantissant pas la réparation du dommage, la victime peut le cas échéant se tourner vers d'autres responsabilités. Il y a tout de même une responsabilité qui n'a pas juridiquement de place : celle de la machine intelligente ou du robot qui l'incarne lui-même.

1) L'inacceptable responsabilité du robot

Les actions déléguées par les humains à l'intelligence artificielle en matière médicale ne font pas de l'intelligence artificielle, ni du robot qui l'incarne éventuellement, un cyber-médecin ou un cyber-chirurgien. Il n'est pas question, autrement dit, de comparer l'incomparable : l'intelligence artificielle est une création humaine et, comme telle, une chose objet de droits : les objets intelligents peuvent être brevetés ; ils sont fabriqués pour être vendus, détenus, etc. On pourrait s'en tenir là s'il n'était tiré argument des capacités cognitives dont les objets intelligents sont dotés, qui leur confèrent un certain degré d'autonomie, pour proposer d'adapter en conséquence leur statut juridique. Des voix s'élèvent en ce sens pour reconnaître une personnalité juridique spécifique, sinon aux systèmes d'intelligence artificielle en général, du moins aux robots intelligents. La résolution adoptée par le Parlement européen le 16 février 2017, formulant des recommandations concernant des règles de droit civil sur la robotique, s'en fait l'écho. Il est suggéré « *la création, à terme, d'une personnalité juridique spécifique aux robots, pour qu'au moins les robots autonomes les plus sophistiqués puissent être considérés comme des personnes électroniques responsables, tenus de réparer tout dommage causé à un tiers* ». On passerait ainsi d'une responsabilité *du fait* du robot à une responsabilité *du* robot. L'utilité d'une telle personnalité juridique, fût-elle seulement technique, est toutefois douteuse. La personnalité attribuée à certains objets intelligents ne réglerait rien des questions qui se posent en termes de sécurité et de responsabilité.

La sécurité peut plus sûrement compter sur des normes imposées aux concepteurs de logiciels, aux fabricants, voire aux utilisateurs de robots qu'en programmant des devoirs dont ces derniers seraient personnellement débiteurs. Quant à la responsabilité, elle se conçoit rationnellement comme une responsabilité du fait de la chose robot plutôt que comme une responsabilité du robot lui-même qui impliquerait d'abonder un patrimoine qui lui serait attaché pour l'exécution de la dette de réparation. A suivre cette proposition, contre laquelle le Comité économique et social européen s'est d'ailleurs élevé dans son avis rendu le 31 mai 2017, elle présenterait en outre l'inconvénient de faire disparaître les effets correctifs préventifs découlant du droit de la responsabilité civile dans la mesure où le fabricant n'assumerait plus le risque de responsabilité, celui-ci ayant été transféré au robot ou au système d'intelligence artificielle. On ne doit pas enfin négliger le risque de favoriser une personnification des robots, spécialement dans le domaine de la santé où ils pourront avoir une fonction d'assistance médicale. Il faut alors mettre en garde contre la possibilité d'une relation émotionnelle susceptible de se développer entre le patient et le robot. Tout ce qui y concourt doit être résolument tenu à l'écart, à commencer par la reconnaissance d'un robot-personne¹.

2) La responsabilité des professionnels de santé

A s'en tenir à la responsabilité *du fait* de l'intelligence artificielle, celle-ci peut se suffire pour l'heure de l'application des règles de la responsabilité médicale. Si le principe en la matière est celui d'une responsabilité pour faute, la loi réserve le cas où le dommage a été causé par un défaut d'un produit de santé. A cet égard, les produits de santé ne sont pas seulement les médicaments mais également les dispositifs médicaux au sens de l'article L. 5211-1 du Code de la santé publique qui vise de façon très large tout instrument, appareil, équipement, matière, produit destiné par le fabricant à être utilisé chez l'homme à des fins médicales. Le texte ajoute que constitue également un dispositif médical le logiciel destiné par le fabricant à être utilisé spécifiquement à des fins diagnostiques ou thérapeutiques. Dans ces conditions, on peut considérer que le système d'intelligence artificielle conçu à des fins diagnostiques ou thérapeutiques constitue un produit de santé au sens de la loi. Pour autant, la responsabilité des professionnels de santé ne peut être engagée que si le système présente un défaut. Or, non seulement tout dommage n'est pas nécessairement le fait d'un défaut, mais la preuve de celui-ci peut être en pratique extrêmement difficile à rapporter. La difficulté sera plus grande encore si sont utilisés à des fins médicales des systèmes auto-apprenants. En présence d'un système autonome qui continue son auto-apprentissage après sa mise en service, il sera particulièrement complexe d'établir

que le dommage résultant de son intervention est dû à un défaut de conception ou de programmation antérieur à sa mise en service. Ne reste alors que la réparation de l'accident médical au titre de la solidarité nationale si cet accident a eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et qu'il présente un certain caractère de gravité.

Ces règles seront-elles amenées à évoluer sous l'effet du développement des systèmes intelligents en matière médicale ? Une chose est sûre : parce qu'il est attendu de ces systèmes une plus grande fiabilité du diagnostic ou des soins, leur utilisation risque de susciter une exigence accrue de réussite. Corrélativement, en cas d'échec, la responsabilité des professionnels de santé pourrait être davantage sollicitée, d'autant que, ce qui est accepté comme étant un fait malheureux de l'homme pourrait l'être moins bien quand c'est le résultat de l'utilisation d'une machine intelligente. En l'absence de preuve d'un défaut du système d'intelligence artificielle, la responsabilité pourrait être recherchée sur le fondement de l'obligation d'information. Ne pouvant accabler la machine, on accablerait l'homme qui n'a pas prévenu le patient de tous les risques, même exceptionnels, que l'utilisation de celle-ci pouvait faire encourir. La stimulation de l'obligation d'information pourrait alors conduire, possiblement, à en faire évoluer l'étendue. Enfin, c'est aussi la responsabilité pour faute des professionnels de santé qui pourrait être davantage mise en cause. La question pourrait en particulier se poser de savoir si le professionnel de santé qui ne suit pas le diagnostic ou les prévisions du système d'intelligence artificielle, lui préférant son intuition, commet une faute à ne l'avoir pas fait dans l'hypothèse où cette intuition se révélerait incorrecte.

Bref, on ne peut exclure le risque d'une sur-sollicitation de la responsabilité médicale, ce qui n'implique pas forcément d'en faire évoluer les règles.

3) Les autres responsabilités

En l'état des jurisprudences du Conseil d'État et de la Cour de cassation, l'implication d'un produit de santé dont un défaut est établi engage la responsabilité sans faute du professionnel de santé pour le premier, sous condition d'une faute prouvée pour la seconde. Sans que l'on sache si cette divergence perdurera, la responsabilité du fait des produits défectueux peut néanmoins toujours être sollicitée lorsqu'un dommage est causé par un système d'intelligence artificielle utilisé à des fins médicales. Peu importe que le système soit incarné ou non dans un robot : la responsabilité s'applique à tout bien meuble, corporel ou incorporel. Elle peut être celle du fabricant du produit fini ou celle de fabricants de parties composantes, en ce compris les concepteurs d'algorithmes et de programmes. Il faut rappeler, à cet égard, qu'il est dit, à l'article 1245-7 du Code civil, qu'en « *cas de dommage causé par le défaut d'un produit incorporé dans un autre, le producteur de la partie composante et celui qui a réalisé l'incorporation sont solidairement responsables* ». La question, dans ces conditions, est de savoir si, lorsque le dommage

1 - G. Loiseau et M. Bourgeois, *Du robot en droit à un droit des robots*, JCP G 2014, 1231. - A. Bensamoun et G. Loiseau, *L'intelligence artificielle : faut-il légiférer ?*, D. 2017, p. 581. - A. Bensamoun et G. Loiseau, *L'intégration de l'intelligence artificielle en droit commun*, Dalloz IP/IT 2017, p. 239.

a été causé par un système d'intelligence artificielle, il faut privilégier une responsabilité asymétrique pesant sur celui qui le plus à même de limiter les risques prévisibles ou tenir compte de toutes les responsabilités potentielles d'un bout à l'autre de la chaîne. C'est cette dernière solution que préconisent les auteurs de la résolution du Parlement européen du 16 février 2017 en envisageant « *un régime d'assurance robotique* ». L'imputation des effets du défaut supposera néanmoins d'en faire préalablement la preuve : difficile par nature, celle-ci le sera plus encore s'agissant d'appréhender des prises de décision par un robot auto-apprenant. Dans un objectif de réparation des dommages, le choix pourrait être fait d'abandonner l'exonération pour risques de développement.

En se projetant par ailleurs dans un futur proche, il faut envisager la responsabilité du fait des dommages causés par un robot d'assistance médicale conçu sur le modèle des robots d'assistance à la personne déjà en service à titre expérimental. A la responsabilité du fabricant pourrait s'ajouter celle du propriétaire ou de l'utilisateur de la machine intelligente. Faudra-t-il alors maintenir les deux canaux de responsabilité en distinguant, pour leur distribution, les risques de structure et les risques de comportement, ou privilégier la responsabilité du fait des produits défectueux en présence de dommages causés par des robots cognitifs ? Sera-t-il plus opportun de faire évoluer les régimes existants vers des règles qui seraient plus adaptées aux faits dommageables causés par des systèmes intelligents ?

Il est trop tôt, pour l'instant, pour entreprendre à l'aveugle, sans le recul de l'expérience pratique, la conception d'un type nouveau de régime spécial. La résolution adoptée par le Parlement européen est sur cette ligne, considérant que de nouveaux instruments ne pourront être mis en place qu'à un horizon de dix à quinze ans. C'est reconnaître que, pour l'heure, les conditions ne sont pas réunies pour déterminer et mesurer précisément l'ensemble des risques. Durant cette période intermédiaire, les instruments du droit positif peuvent être encore mobilisés².

II- L'utilisation de l'intelligence artificielle à des fins amélioratives

On sait que, aujourd'hui et plus encore demain, l'intelligence artificielle peut être utilisée, non seulement pour diagnostiquer des pathologies et procéder à des soins, mais aussi pour améliorer les capacités et performances des individus, notamment en matière de santé. Du recours aux techniques actuelles, émergentes et futures, il est attendu de surmonter des manifestations indésirables de l'existence humaine, notamment la maladie. Le bénéfice est à l'échelle individuelle pour rendre le corps plus résilient ; mais est aussi en vue un avantage collectif pour les générations à venir en

donnant à ces améliorations un caractère héréditaire. Est ici promu un eugénisme libéral envisagé comme une liberté individuelle afin de passer d'une loterie naturelle hasardeuse au libre choix de la volonté humaine. Qui refusera en effet de réparer des gènes pathogènes et porteurs de maladies graves ? Qui refusera d'améliorer la résistance de l'organisme aux maladies ? L'eugénisme n'est plus alors perçu comme une action amoralisée mais comme un droit, voire comme un devoir moral envers la descendance.

On ne peut, à ce sujet, ignorer le grand potentiel de la robotique et de l'intelligence artificielle, notamment dans le domaine de la réparation et de la compensation d'organes endommagés et de fonctions corporelles amoindries. Mais on ne peut non plus négliger les risques induits par les possibilités en matière d'amélioration du corps humain. L'ombre du transhumanisme et son faux-nez, l'homme augmenté, est une menace permanente lorsqu'il est question d'intelligence artificielle. Le transhumanisme laisse de fait se profiler la conception d'êtres humains plus résilients, voire plus perfectionnés, qui constitueront les classes supérieures quand le reste de la population terrienne ne pourra accéder à cette condition. Les projets les plus menaçants se heurtent encore, aujourd'hui, à des interdits dont la transgression est pénalement sanctionnée. Mais la portée réduite des règles prohibitives oblige à envisager d'autres cadres normatifs : légiférer étant prématuré, c'est vers des règles éthiques, de la « *soft law* », que les regards sont actuellement tournés.

1) La responsabilité pénale

Le législateur a sélectionné les interdits de façon à ne pas contrarier de façon excessive les possibilités qu'offre la science, d'aujourd'hui et de demain, de soigner certaines maladies ou d'éviter leur survenance. A cet effet, rien n'est interdit qui permet d'assister les individus dès l'instant où c'est sans répercussion sur leur descendance. Les interdits ont donc un point commun : l'hérédité en ce que la pratique est susceptible d'affecter l'évolution de l'espèce. A partir de là, les pratiques interdites sont celles qui tendent à une sélection de l'espèce ou à permettre sa reproduction non biologique.

A cet égard, sont à titre principal interdites les pratiques eugéniques tendant à l'organisation de la sélection des personnes. L'interdiction, posée à l'article 16-4 du Code civil, est assortie de sanctions pénales, trente ans de réclusion criminelle et 7.500.000 euros d'amende. Ce sont ces pratiques que les technologies de l'intelligence artificielle pourraient à terme favoriser en vue de constituer des classes humaines supérieures, génétiquement augmentées. Mais l'interdit a une portée modeste. Il ne s'oppose pas à une sélection dès lors que la pratique présente un caractère individuel et ne tend pas à une « *organisation* » de la sélection au sens de la loi. Est donc intacte la possibilité de recourir aux NBIC (nanotechnologies, biotechnologies, informatique et sciences cognitives) pour améliorer l'état physique, voire psychique, des individus, du moins de certains individus. On le devine alors sans peine : le risque n'en est pas

2- V. sur cette application : G. Courtois, *Robot et responsabilité*, in *Les robots* (dir. A. Bensamoun), Mare et Martin, 2016, p. 129.

moins réel que la biomédecine passe du service d'un idéal thérapeutique à celui d'un idéal mélioratif ; qu'elle sorte du domaine de la pathologie, qui doit être soignée, pour officier dans le champ de la normalité, qui peut être améliorée. Hors de portée de la responsabilité pénale, l'utilisation à cet effet de l'intelligence artificielle ne doit-elle pas donner prise à une responsabilité éthique ?

2) La responsabilité éthique

Le recours à des règles éthiques est présenté aujourd'hui comme l'instrument privilégié pour se prémunir contre des dérives dans le développement de l'intelligence artificielle et ses applications potentielles³. Le Comité économique et social européen, dans son avis du 31 mai 2017, a ainsi promu des valeurs éthiques « *intégrées* » à l'intelligence artificielle qui seraient développées dans un « *code éthique uniforme applicable à l'échelle mondiale pour le développement, le déploiement et l'utilisation de l'intelligence artificielle* ». Le comité, dans le même avis, préconise « *l'instauration d'un code de déontologie pour le développement, le déploiement et l'utilisation de l'IA, afin que les systèmes d'IA demeurent, tout au long de leur processus d'exploitation, compatibles avec les principes de **dignité humaine**, d'intégrité, de liberté, de respect de la vie privée, de diversité culturelle et d'égalité entre hommes et femmes, ainsi qu'avec les droits fondamentaux* ». La résolution du Parlement européen comportait déjà en annexe une « *charte sur la robotique* » contenant, selon les destinataires, un « *code de conduite éthique pour les ingénieurs en robotique* », un « *code de déontologie pour les comités d'éthique de la recherche* », une « *licence pour les concepteurs* » et une autre « *pour les utilisateurs* ». Enfin, l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPECST) a plaidé, dans un rapport adopté le 29 mars 2017, intitulé « *Pour une intelligence artificielle maîtrisée, utile et démystifiée* », pour une « *une intelligence artificielle utile, au service de l'homme et des valeurs humanistes* » et propose la réalisation d'une « *charte de l'intelligence artificielle et de la robotique* » ainsi que la création d'un « *institut national de l'éthique de l'intelligence artificielle et de la robotique* ».

Ensemble, ces propositions mettent à profit les vertus prêtées à la démarche éthique : avantage de la souplesse pour atteindre des objectifs dans un domaine où des règles rigides risqueraient de ralentir l'innovation ; attachement à des valeurs communes pour développer des principes cadre susceptibles d'être diffusés dans un environnement international. De cette manière, l'éthique apparaît comme le moyen le plus communément acceptable de maîtriser les technologies et de promouvoir un usage conforme aux valeurs humanistes portées par notre société.

Se pose néanmoins la question de la légitimité de cette norme si, comme c'est le plus probable, elle est conçue, directement ou indirectement – ou à tout le moins soutenue – par les acteurs du secteur de l'intelligence

artificielle. Car il faut être lucide : l'efficacité de la norme est subordonnée à l'adhésion de ces opérateurs, et ce à une échelle internationale car les géants du secteur ne sont pas européens. Il y a dès lors tout lieu de craindre que la norme retenue n'aille pas systématiquement dans le sens de l'intérêt général ou même seulement des valeurs humanistes qu'elle est présumée porter. Le risque est réel car, outre les inévitables enjeux de pouvoir, c'est la neutralité de certains acteurs dominants du marché de l'intelligence artificielle qui fait défaut quand on sait que Google est l'un des grands argentiers du mouvement transhumaniste.

On ne peut donc trop attendre des chartes éthiques. Elles ne sont pas sans intérêt, permettant notamment de transcender les droits nationaux pour faire émerger des principes globaux, d'ordre transnational, comme le respect de la dignité de la personne humaine. Mais, ne serait-ce qu'en raison du risque de privatisation de la conception de la norme, l'éthique pourrait n'être qu'une posture vertueuse pour feindre un cadre normatif qui n'obligera que dans la mesure où les acteurs dominants accepteront de s'obliger. Il faut donc espérer qu'elle ne sera pas un prétexte pour éviter de légiférer. Sans préjuger du contenu de la règle, on peut d'ores et déjà lui assigner un sens, celui d'un principe de précaution dans le développement et l'application des systèmes d'intelligence artificielle. Ce principe pourrait, dès à présent, être gravé dans la loi car l'avenir n'a jamais été aussi proche.

Grégoire Loiseau

3 - A. Bensamoun et G. Loiseau, *L'intelligence artificielle à la mode éthique*, D. 2017.