

DOCUMENT SOUMIS AUX DROITS D'AUTEUR : SOUS LICENCE CREATIVE COMMONS

CITEZ-NOUS DE LA FAÇON SUIVANTE :

M. Redon-Magloire, *L'intelligence artificielle et le risque assurantiel : un cadre juridique en construction*, Colloque Risques émergents et assurance, Le FDA – ERLJ Lyon 3, 28 juin 2024, *bjda.fr* 2024, n° 95

L'intelligence artificielle et le risque assurantiel : un cadre juridique en construction

Margaux Redon-Magloire

Maître de conférences en droit privé à l'Université de La Rochelle

**Intelligence artificielle – Risque en assurance – Droit du numérique – Règlement sur
l'intelligence artificielle – Approche par les risques**

L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) a publié un rapport le 14 janvier 2022 sur la transformation numérique dans le secteur français de l'assurance¹ dans lequel elle soulignait à juste titre le rôle ambivalent de la transformation numérique. En effet, elle « permet d'automatiser et sécuriser certains processus et, dans cette mesure, est de nature à réduire certains risques opérationnels. Dans le même temps, elle augmente l'exposition des assureurs à plusieurs risques, notamment le risque cyber et le risque de fraude, ainsi que le risque lié au déploiement d'algorithme de nouvelle génération (IA). Les assureurs font évoluer en conséquence leur politique de gestion des risques, en lien avec les préconisations réglementaires »². Ainsi, le risque assurantiel serait impacté, notamment en ce qui concerne le recours à des dispositifs d'intelligence artificielle.

Selon la définition classique définie au sein du Vocabulaire juridique dirigé par Gérard Cornu, le risque en assurance est un « événement dommageable dont la survenance est incertaine, quant à sa réalisation ou à la date de cette réalisation ; (...) événement (...) pris en considération par la police pour déterminer les limites de la garantie (risque assuré) »³. La finalité d'un mécanisme d'assurance est de protéger contre les conséquences (notamment financières) liées à la réalisation d'un risque (événement futur et incertain)⁴, le risque étant par nature aléatoire.

Quant à l'intelligence artificielle (IA), la CNIL, en tant qu'autorité française chargée de la protection des données, avait déjà tenté d'en donner une définition en 2022 selon laquelle l'intelligence artificielle se réfère à « tout système mettant en œuvre des mécanismes proches

¹ ACPR, *La transformation numérique dans le secteur français de l'assurance*, Analyses et synthèses n° 132, 14 janvier 2022 :

https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/20220114_as132_transfo_numerique_assurance.pdf

² *Ibidem*, p. 2.

³ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF Quadrige, 14e édition, 2022, p. 935.

⁴ M. Redon-Magloire, *L'assurance santé privée à l'épreuve des objets connectés*, PUAM, 2024, p. 45.

de celui d'un raisonnement humain »⁵. Une première définition juridique de l'intelligence artificielle a été donnée récemment au sein même du Règlement européen sur l'intelligence artificielle (dit RIA ou *AI Act*) publié au Journal Officiel le 12 juillet 2024 dont toutes les dispositions s'appliqueront au 2 août 2026⁶. À la lecture de son article 3.1), voici ce que l'on peut lire : « on entend par système d'IA, un système automatisé qui est conçu pour fonctionner à différents niveaux d'autonomie et peut faire preuve d'une capacité d'adaptation après son déploiement, et qui, pour des objectifs explicites ou implicites, déduit, à partir des entrées qu'il reçoit, la manière de générer des sorties telles que des prédictions, du contenu, des recommandations ou des décisions qui peuvent influencer les environnements physiques ou virtuels »⁷. La définition retenue est assez large pour faciliter l'appréhension de la diversité actuelle et future de ces systèmes.

Nous percevons ici que l'intelligence artificielle et le risque assurantiel⁸ possèdent comme points communs la collecte et l'analyse de données issues du passé pour prédire l'avenir. Le Professeur Antoine Touzain a ainsi relevé les similitudes entre le travail de l'actuaire et celui d'une intelligence artificielle, travail « opérant une revue statistique basée sur des faits passés, de manière à probabiliser la survenance de risques similaires à l'avenir. Dans les deux cas, il s'agit de prédire l'avenir à partir du passé, avec toutes les limites que cela implique, notamment pour percevoir des phénomènes nouveaux (...) »⁹.

La période actuelle est le témoin de l'établissement d'un cadre juridique européen du numérique depuis quelques années. En effet, depuis 2020¹⁰, l'Union européenne est en train de construire un marché unique européen du numérique et des données¹¹ en adoptant une approche régulatrice des activités numériques fondée sur les risques¹² pour imposer une responsabilisation des entreprises du numérique en amont (l'on parle de *compliance* ou de mise en conformité). Plusieurs textes européens sont déjà entrés en vigueur il y a peu (DMA, DSA, DGA¹³) ou ont été adoptés et entreront en vigueur dans les deux prochaines années (c'est le cas du Règlement sur les données dit *Data Act* ou encore du Règlement sur l'intelligence artificielle

⁵ Site de la CNIL, « Intelligence artificielle, de quoi parle-t-on ? », 25 mars 2022 :

<https://www.cnil.fr/fr/intelligence-artificielle/intelligence-artificielle-de-quoi-parle-t-on>

⁶ Règlement (UE) 2024/1689 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle et modifiant les règlements (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 et (UE) 2019/2144 et les directives 2014/90/UE, (UE) 2016/797 et (UE) 2020/1828 (règlement sur l'intelligence artificielle).

⁷ Article 3. 1) du Règlement européen sur l'intelligence artificielle (*AI Act*) précité.

⁸ V. l'article expliquant le lien entre l'assureur, les données et l'intelligence artificielle : C. Béguin-Faynel, « L'assureur, les données et l'intelligence artificielle », *Dalloz IP/IT* 2023, p.449.

⁹ A. Touzain, « Les perspectives liées à l'intelligence artificielle », *Bulletin Juridique des Assurances* n° 88, 1^{er} Septembre 2023, p. 8.

¹⁰ Le premier texte européen récent important en droit du numérique date de la décennie 2010. Il s'agit du Règlement général à la protection des données (RGPD ou *GDPR*) adopté le 27 avril 2016 et applicable depuis le 25 mai 2018.

¹¹ V. la Communication de la Commission UE, « Stratégie pour un marché unique numérique en Europe », 6 mai 2015, COM (2015)192 ; a suivi ensuite une volonté de commencer la construction d'une économie européenne de la donnée en 2017, v. Communication de la Commission UE, « Construire une économie européenne de la donnée », 10 janvier 2017, COM (2017)9 et enfin a été émise la Communication de la Commission UE, « Une stratégie européenne pour les données », 19 février 2020, (COM 2020)66.

¹² Sur le sujet de cette approche par les risques, v. les développements de l'ouvrage : A. Latil, *Le droit du numérique, une approche par les risques*, Dalloz, 2023.

¹³ Il s'agit du Règlement sur les services numériques entré entièrement en application le 17 février 2024 (*Digital Services Act* ou DSA), du Règlement sur les marchés numériques (*Digital Markets Act* ou DMA) entré en application le 6 mars 2024 et du Règlement sur la gouvernance des données (*Data Governance Act* ou DGA) applicable depuis le 24 septembre 2023.

dit *AI Act*)¹⁴. Dans le cadre de cette étude, précisons que nous sommes entrés dans la phase de construction d'un environnement juridique réglementant les effets de l'utilisation massive de dispositifs d'intelligence artificielle sur différents domaines, dont celui de l'assurance. L'enjeu consiste pour le législateur européen à encadrer les risques¹⁵ posés par le développement exponentiel de l'usage de ces dispositifs en les prévenant et les sanctionnant s'ils se produisent. Nous verrons ainsi que les dispositifs d'intelligence artificielle ne sont pas sans conséquences sur le risque assurantiel¹⁶.

Comment le droit (notamment européen) appréhende-t-il les nouveaux risques assurantiers liés au développement de l'intelligence artificielle ? Autrement dit, l'étude traitera de la manière dont se présente le cadre juridique applicable à l'intelligence artificielle en lien avec le risque assurantier.

L'article se concentrera en conséquence d'abord sur deux grandes réglementations générales (actuelles ou quasi-actuelles) régissant les activités numériques qui vont toucher aussi les assureurs dans leur activité et relation avec leurs clients, à savoir le Règlement général à la protection des données (RGPD) et le Règlement sur l'intelligence artificielle (*AI Act*). Puis, pour les besoins de cette contribution, les réglementations futures en cours d'élaboration que sont les projets de directives sur la responsabilité de l'IA et de modernisation de la directive sur la responsabilité des produits défectueux seront ensuite analysées.

A ainsi été mise en place au niveau européen une régulation en amont de l'utilisation des données fondée sur les risques (I), puis une régulation en aval fondée sur la responsabilité (II).

I) L'intelligence artificielle et le risque assurantier : une régulation en amont de l'utilisation des données fondée sur les risques

Comme tout acteur qui fabrique ou utilise un système d'intelligence artificielle, les assureurs doivent respecter les règles énoncées dans le RGPD pour la protection des données (A) et, prochainement, le Règlement sur l'intelligence artificielle (B).

A) L'applicabilité du RGPD aux assureurs utilisant des systèmes d'intelligence artificielle

En mars 1974, le journal « Le Monde » avait révélé un projet d'informatisation des fichiers de police appelé SAFARI¹⁷ qui avait engendré un débat national. Quelques jours après cette révélation, des experts ont été convoqués pour siéger dans une commission « informatique et libertés » (future Commission nationale de l'informatique et des libertés ou CNIL) chargée d'établir un cadre juridique *via* la rédaction d'un rapport qui jettera les bases de la loi « informatique et libertés » votée en 1978 fixant un cadre légal toujours largement en place grâce

¹⁴ Le Règlement sur les données (*Data Act*) a été adopté le 13 décembre 2023 pour une entrée en application prévue le 12 septembre 2025 et le Règlement sur l'intelligence artificielle (RIA ou *AI Act*), adopté le 12 juillet 2024, entrera progressivement en vigueur, pour être pleinement applicable à partir du 2 août 2026.

¹⁵ Une liste de plusieurs risques, non exhaustive, peut être établie : discrimination, démutualisation, moins de solidarité, personnalisation des risques et des primes, etc. D'où la nécessité d'instaurer un contrôle humain comme garde-fou.

¹⁶ Un dossier intitulé « L'intelligence artificielle en assurance », constitué de plusieurs articles, a été publié en deux parties dans la revue Dalloz IP/IT : 1^{ère} partie publiée le 20 juillet 2022, la 2^{nde} l'a été le 20 septembre 2023.

¹⁷ P. Boucher, « SAFARI ou la chasse aux Français », *Le Monde*, 21 mars 1974. Il s'agissait d'interconnecter des informations sur des personnes obtenues par les services administratifs, sur la base du numéro de sécurité sociale.

à sa solidité et à sa formidable adaptation à l'ère numérique, loi complétée depuis peu par le règlement général sur la protection des données (RGPD)¹⁸ puis une modification de ses dispositions par la loi du 20 juin 2018. Le rôle de la CNIL a évolué depuis un demi-siècle : elle contrôle toujours la plupart des fichiers gérés par l'Etat, mais à cette activité s'est ajouté le contrôle des entreprises privées car celles-ci, d'origine souvent américaine, possèdent des données personnelles très intimes sur les individus français¹⁹. Leur activité de collecte et de traitement de ces données intrusives est fortement surveillée par l'autorité française de protection des données. Pour plus d'informations sur la protection des données à caractère personnel, il est recommandé de parcourir l'ouvrage récent du Professeur Thibault Douville intitulé « Droit des données à caractère personnel »²⁰ et celui du Professeur Suzanne Lequette sur le « Droit du numérique »²¹, ouvrages suffisamment à jour dans un environnement juridique en constant mouvement s'agissant des activités numériques.

Le RGPD est ainsi le premier de la série de textes européens prônant une approche par les risques issus d'une stratégie européenne du marché numérique et de la donnée cités en introduction de notre étude. Ce texte, entré en application le 25 mai 2018, au champ d'application très large, consacre de nombreux droits pour les personnes concernées par la collecte et le traitement de données à caractère personnel (participant au respect de leur vie privée), et des obligations pour ceux qui traitent de telles données. Ce Règlement européen, applicable directement dans l'ordre juridique français, s'applique à tous les acteurs qualifiés de responsables de traitement²² (autrement dit toute personne physique ou morale qui, seule ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement) qui procèdent à la collecte, l'analyse, le traitement de données personnelles des européens. À ce titre, cette réglementation s'applique aux assureurs en tant que responsables de traitement des données personnelles de leurs assurés, dans différents secteurs assurantiels (automobile, habitation, santé, etc.), dont certains, comme celui de la santé²³, comportent des données sensibles, c'est-à-dire particulièrement intrusives pour les droits et libertés des personnes concernées.

Ainsi, les opérations auxquelles les assureurs, spécialement en santé, souhaitent se livrer sur les données pour les exploiter sont strictement encadrées par les dispositions du RGPD et surveillées par la CNIL. En revanche, il est à noter que le cadre réglementaire des opérations d'assurances de prévoyance est substantiellement moins contraignant pour les assureurs qu'en assurance santé, leur permettant dans ce dernier domaine de discriminer les assurés en fonction de leur risque individuel en santé.

L'utilisation de systèmes reposant sur l'intelligence artificielle, qui traite et analyse une quantité massive de données par les assureurs, est en conséquence encadrée depuis 2018 par le RGPD.

¹⁸ D. Leloup, « Il y a cinquante ans, un article du « Monde » déclenchait la création de la CNIL », *Le Monde*, 21 mars 2024.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ T. Douville, *Droit des données à caractère personnel*, LGDJ, Précis Domat, 2023.

²¹ S. Lequette, *Droit du numérique*, LGDJ, Précis Domat, 2024.

²² Selon la définition de l'article 4. 7) du RGPD, un responsable de traitement correspond à « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement ; lorsque les finalités et les moyens de ce traitement sont déterminés par le droit de l'Union ou le droit d'un État membre, le responsable du traitement peut être désigné ou les critères spécifiques applicables à sa désignation peuvent être prévus par le droit de l'Union ou par le droit d'un État membre ».

²³ Sur ce sujet de l'application de la réglementation européenne sur la protection des données et la vie privée aux assureurs en santé, v. M. Redon-Magloire, *L'assurance santé privée à l'épreuve des objets connectés*, PUAM, 2024, p. 127 et s.

Les assureurs ayant recours à ces systèmes devront prendre d'abord en compte, comme le signale fort justement l'Argus de l'assurance, « le droit de la protection des données personnelles et garantir son efficacité, à travers le recours à certains outils comme les analyses d'impact. Les droits consacrés par le RGPD devront aussi être prévus et respectés »²⁴. En cas de violation des dispositions du RGPD, « le montant des sanctions pécuniaires peut s'élever jusqu'à 20 millions d'euros ou dans le cas d'une entreprise jusqu'à 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial. Ces sanctions peuvent être rendues publiques »²⁵.

Cependant, les assureurs vont aussi devoir respecter prochainement un texte régulant spécialement l'utilisation des systèmes d'intelligence artificielle : le Règlement sur l'intelligence artificielle ou *AI Act*, dernier né des textes européens concrétisant la stratégie européenne de régulation de l'environnement numérique initiée par la Commission européenne dès 2015.

B) L'applicabilité prochaine aux assureurs du Règlement sur l'intelligence artificielle encadrant l'utilisation de ces systèmes

L'approche européenne quant au développement de l'économie numérique utilise la voie de la régulation pour responsabiliser en amont les entreprises. Elle appréhende les technologies du numérique, comme les dispositifs d'intelligence artificielle, en fonction de différents niveaux de risques potentiellement préjudiciables aux individus (notamment dans la santé qui constitue un domaine très sensible en matière de protection de la vie privée des individus).

L'Union européenne est devenue, le 12 juillet 2024, la première région au monde à adopter un cadre juridique qui s'appliquera dans les prochains mois aux dispositifs d'intelligence artificielle. Selon le communiqué de presse émanant du site du Parlement européen publié en mars 2024 lors de l'adoption du texte par les députés, « ce règlement vise à protéger les droits fondamentaux, la démocratie, l'État de droit et la durabilité environnementale contre les risques liés à l'intelligence artificielle (IA), tout en encourageant l'innovation et en faisant de l'Europe un acteur de premier plan dans ce domaine. Le règlement établit des obligations pour les systèmes d'IA en fonction de leurs risques potentiels et de leur niveau d'impact »²⁶.

Le Règlement sur l'intelligence artificielle a posé une définition du risque en ce qu'il équivaut à « la combinaison de la probabilité d'un préjudice et de la sévérité de celui-ci »²⁷. L'intelligence artificielle est la dernière brique récemment adoptée de la stratégie globale de régulation européenne fondée sur les risques. Comme pour les autres textes européens précités, il repose sur une logique de *compliance*, ce qui veut dire que ce sont aux entreprises de se mettre elles-mêmes en conformité avec les obligations imposées par ce texte, sous peine de subir de lourdes

²⁴ J. Deroulez, « IA Act : quels enjeux pour le secteur de l'assurance ? », L'Argus de l'assurance, 12 juillet 2023 : <https://www.argusdelassurance.com/juriscopes/ia-act-quels-enjeux-pour-le-secteur-de-l-assurance.221757>

²⁵ Site de la CNIL, « Mission 4 - Contrôler et sanctionner », 20 février 2024, [https://www.cnil.fr/fr/missions/mission-4-controler-et-sanctionner#:~:text=Avec%20le%20RGPD%20\(r%C3%A8glement%20g%C3%A9n%C3%A9ral,chiffre%20d'affaires%20annuel%20mondial](https://www.cnil.fr/fr/missions/mission-4-controler-et-sanctionner#:~:text=Avec%20le%20RGPD%20(r%C3%A8glement%20g%C3%A9n%C3%A9ral,chiffre%20d'affaires%20annuel%20mondial).

²⁶ Site du Parlement européen, Communiqué de presse, « Intelligence artificielle : les députés adoptent une législation historique », 13 mars 2024 : <https://www.europarl.europa.eu/news/fr/press-room/20240308IPR19015/intelligence-artificielle-les-deputes-adoptent-une-legislation-historique>

²⁷ Article 3. 2) du Règlement européen sur l'intelligence artificielle publié le 12 juillet 2024 (version finale).

sanctions financières²⁸ si des manquements étaient révélés en cas de contrôle des autorités compétentes. Comme les Règlements précédents, il a pour objectif d'instaurer des garde-fous protecteurs des données numériques des européens. L'*AI Act* forme ainsi le prolongement de l'approche européenne fondée sur les risques car il se réfère à quatre classes de risques, chacune faisant l'objet d'un encadrement juridique différent en fonction de leur niveau de gravité. En effet, les co-législateurs européens n'ont pas souhaité interdire de manière absolue la mise en service et l'utilisation de systèmes d'intelligence artificielle, justement pour ne pas risquer un procès pour frein à l'innovation des entreprises européennes produisant des systèmes d'IA. Ils ont plutôt opté pour un encadrement et un contrôle juridique strict de l'utilisation de ces systèmes au sein du marché européen. Comme le décrit assez justement Maître Caprioli, « en ce sens, un SIA (système d'IA) peut présenter un risque : inacceptable, élevé, limité, minimal. Plus le risque associé à un SIA est élevé et plus son encadrement sera rigoureux voire interdit »²⁹.

Dans cette perspective, le Règlement répertorie une liste de pratiques interdites en matière d'IA à l'article 5 du texte intitulé « Pratiques interdites en matière d'IA ». Ces pratiques étant considérées comme présentant un risque inacceptable, un tel système y ayant recours ne peut prospérer au sein de l'UE, donc n'aura pas la possibilité d'être mis sur le marché dans l'Union européenne. Par exemple, le règlement prohibe, en son article 5, 1, b), « la mise sur le marché, la mise en service ou l'utilisation d'un système d'IA qui exploite les éventuelles vulnérabilités dues à l'âge, au handicap ou à la situation sociale ou économique spécifique d'une personne ou d'un groupe de personnes donné avec pour objectif ou effet d'altérer substantiellement le comportement de cette personne ou d'un membre de ce groupe d'une manière qui cause ou est raisonnablement susceptible de causer un préjudice important à cette personne ou à un tiers »³⁰. Le niveau en dessous du risque inacceptable correspond aux SIA comportant un risque élevé (ou haut risque).

Aux termes de l'article 6. 1) du Règlement, « un système d'IA mis sur le marché ou mis en service, qu'il soit ou non indépendant des produits visés aux points a) et b), est considéré comme étant à haut risque lorsque les deux conditions suivantes sont remplies :

a) le système d'IA est destiné à être utilisé comme composant de sécurité d'un produit couvert par la législation d'harmonisation de l'Union dont la liste figure à l'annexe I, ou le système d'IA constitue lui-même un tel produit ;

b) le produit dont le composant de sécurité visé au point a) est le système d'IA, ou le système d'IA lui-même en tant que produit, est soumis à une évaluation de conformité par un tiers en vue de la mise sur le marché ou de la mise en service de ce produit conformément à la législation d'harmonisation de l'Union dont la liste figure à l'annexe I ».

L'article 6. 2) dispose qu'« outre les systèmes d'IA à haut risque visés au paragraphe 1, les systèmes d'IA visés à l'annexe III sont considérés comme étant à haut risque ».

L'article 6. 3) pose une dérogation à la classification d'un SIA à haut risque « s'il ne présente pas de risque important de préjudice pour la santé, la sécurité ou les droits fondamentaux des personnes physiques, y compris en n'ayant pas d'incidence significative sur le résultat de la prise de décision ».

²⁸ Il s'agit le plus souvent d'une amende représentant un pourcentage du chiffre d'affaires annuel global mondial de l'entreprise.

²⁹ E. Caprioli, « Adoption de l'IA Act : vers une IA sécurisée », Site de l'Usine Digitale, 4 avril 2024, <https://www.usine-digitale.fr/article/adoption-de-l-ia-act-vers-une-ia-securisee.N2211031>

³⁰ Article 5, 1, b) du Règlement.

Le niveau en dessous de ce dernier traite des IA à risque faible ou limité, pour lesquelles est simplement exigé une transparence.

Quant au dernier niveau de risque, à savoir les systèmes d'IA à risque minime, ils correspondent à tous les systèmes d'IA n'entrant pas dans les autres catégories et représentent la grande majorité des systèmes d'IA. La Commission européenne n'envisage pas pour eux d'encadrement juridique spécifique « car les outils qui tombent dans cette catégorie constituent une menace proche de zéro pour les droits et la sécurité »³¹.

Le Règlement sur l'intelligence artificielle s'appliquera bientôt au secteur de l'assurance qui sera aussi tenu de se conformer à de nouvelles obligations dans le cas où les assureurs utilisent des systèmes d'intelligence artificielle dans leur métier. En ce sens, l'intelligence artificielle est appréhendée doublement par les assureurs : comme un outil à leur service et comme un risque nouveau à assurer dans les prochaines années³². Le règlement conçoit les systèmes d'intelligence artificielle comme vecteurs de potentiels risques. Ce sont ces risques causés par l'IA que les assureurs devront se saisir pour les assurer à terme.

Si l'on en vient à l'application de ce Règlement aux assureurs, que faut-il déduire de ce système de classification des risques que ce dernier énonce ? L'Argus de l'assurance précise que le marché de l'assurance est l'un « des secteurs précurseurs en matière d'utilisation de l'IA, notamment sur les aspects suivants : détection de fraude, amélioration de l'expérience client, analyse de risques, etc. »³³. Surtout, le secteur de l'assurance aura pour enjeu majeur de classer les systèmes d'IA utilisés pour connaître les exigences spécifiques à respecter posées par le règlement³⁴.

Ainsi, les assureurs ne peuvent pas assurer des IA aux risques jugés inacceptables (manipulation du comportement humain, notation sociale,...), ces dispositifs étant interdits par le législateur européen. Quant aux systèmes d'IA à haut risque, ceux-ci sont autorisés sous réserves de respecter de nombreuses obligations. L'annexe III du règlement dresse à cet effet une liste des systèmes d'IA à haut risque qui s'applique notamment au secteur bancaire et des assurances.

Il est ainsi énoncé que « les systèmes d'IA à haut risque visés à l'article 6, paragraphe 2, sont les systèmes d'IA répertoriés dans l'un des domaines suivants : (...)

5. Accès et droit aux services privés essentiels et aux services publics et prestations sociales essentiels :

(a) les systèmes d'IA destinés à être utilisés par les autorités publiques ou en leur nom pour évaluer l'éligibilité des personnes physiques aux prestations et services d'aide sociale essentiels, y compris les services de soins de santé, ainsi que pour octroyer, réduire, supprimer ou récupérer ces prestations et services ;

(b) les systèmes d'IA destinés à être utilisés pour évaluer la solvabilité des personnes physiques ou pour établir leur note de crédit, à l'exception des systèmes d'IA utilisés à des fins de détection de fraudes financières ;

³¹ J. Lausson, « Minime à inacceptable : l'Europe définit quatre niveaux de risques pour l'IA », Numérama, 23 avril 2021, <https://www.numerama.com/tech/706461-minime-a-inacceptable-leurope-definit-quatre-niveaux-de-risques-pour-lia.html>

³² Selon les propos du Professeur Antoine Touzain issus de son article précité : A. Touzain, « Les perspectives liées à l'intelligence artificielle », *Bulletin Juridique des Assurances* n° 88, 1^{er} Septembre 2023, p. 8.

³³ J. Deroulez, « IA Act : quels enjeux pour le secteur de l'assurance ? », L'Argus de l'assurance, 12 juillet 2023, précité.

³⁴ *Ibidem*.

(c) les systèmes d'IA destinés à être utilisés pour l'évaluation des risques et la tarification en ce qui concerne les personnes physiques en matière d'assurance-vie et d'assurance maladie³⁵ ; (...) ». C'est cette catégorie (système d'IA à haut risque) qui est susceptible de poser le plus de difficultés aux assureurs qui devront être particulièrement vigilants en la matière.

La troisième catégorie de risques, celle des systèmes d'intelligence artificielle à risque faible ou minimal est plus simple à saisir car seules des obligations de transparence sont prévues par le Règlement. En effet, « cette fois, le risque est considéré comme suffisamment peu important pour ne pas justifier d'intervention spécifique. Il s'agit des cas dans lesquels l'intelligence artificielle permet une pure automatisation de certains processus qui n'appellent donc pas d'encadrement strict (...), l'intervention de l'assurance serait assez peu probable, car les préjudices potentiels seraient faibles »³⁶.

Enfin, le Considérant 58 du Règlement s'adresse aux assureurs, ceux-ci doivent donc y prêter une attention particulière. En effet, on peut y lire : « En outre, les systèmes d'IA utilisés pour évaluer la note de crédit ou la solvabilité des personnes physiques devraient être classés en tant que systèmes d'IA à haut risque, car ils déterminent l'accès de ces personnes à des ressources financières ou à des services essentiels tels que le logement, l'électricité et les services de télécommunication.

Les systèmes d'IA utilisés à ces fins peuvent conduire à la discrimination entre personnes ou groupes et perpétuer des schémas historiques de discrimination, tels que ceux fondés sur les origines raciales ou ethniques, le sexe, les handicaps, l'âge ou l'orientation sexuelle, ou peuvent créer de nouvelles formes d'incidences discriminatoires. Toutefois, les systèmes d'IA prévus par le droit de l'Union aux fins de détecter les fraudes dans l'offre de services financiers et à des fins prudentielles pour calculer les besoins en fonds propres des établissements de crédit et des compagnies d'assurance ne devraient pas être considérés comme étant à haut risque au titre du présent règlement.

Par ailleurs, « *les systèmes d'IA destinés à être utilisés pour l'évaluation des risques et la tarification en ce qui concerne les personnes physiques en matière d'assurance-santé et vie peuvent avoir une incidence significative sur les moyens de subsistance de ces personnes et, s'ils ne sont pas dûment conçus, développés et utilisés, peuvent porter atteinte à leurs droits fondamentaux et entraîner de graves conséquences pour leur vie et leur santé, y compris l'exclusion financière et la discrimination* »³⁷. Les assureurs devront veiller à garantir un rôle humain de supervision et de contrôle, « *explicitement consacré (par le texte). Ce contrôle humain aura vocation à prévenir ou réduire au minimum les risques lors de l'utilisation d'une IA à haut risque* »³⁸.

Nous l'avons analysé, le marché de l'assurance est pionnier dans l'analyse et le traitement de données, donc possède une appétence singulière pour l'intelligence artificielle, en ce que les deux (l'assureur et les systèmes d'IA) ont en commun la notion de risque : risque assurable pour l'assureur, risques potentiels que peuvent causer les systèmes d'IA aux droits et libertés

³⁵ Nous soulignons.

³⁶ A. Touzain, « Les risques générés par l'intelligence artificielle », *Responsabilité civile et assurances* n° 2, février 2023, dossier 3.

³⁷ Nous soulignons ce point qui doit faire l'objet d'une surveillance spécifique de la part des assureurs utilisant de tels systèmes.

³⁸ J. Deroulez, « IA Act : quels enjeux pour le secteur de l'assurance ? », *L'Argus de l'assurance*, 12 juillet 2023, précité.

des individus. Cependant, l'Union européenne (UE) a adopté des réglementations générales liées aux données et aux systèmes d'IA auxquels sont soumis les assureurs. Dans un second temps, l'étude montrera que l'UE tente également d'adopter des réglementations en aval liées à l'IA et aux risques en privilégiant plutôt l'angle de la responsabilité sur celui de l'assurance (II).

II) L'intelligence artificielle et le risque assurantiel : une régulation en aval fondée sur la responsabilité

L'étude a analysé les textes actuels (RGPD) ou dont on connaît définitivement la teneur (RIA). Mais les pouvoirs publics européens ont initié d'autres projets de textes au niveau européen fondés sur la responsabilité des dommages causés par l'IA, en tant qu'alternative à l'assurance. Il sera ainsi question d'étudier, d'une part, le futur cadre juridique spécial régulant les dommages causés par une IA (A), et, d'autre part, le projet d'actualisation/modernisation de la directive sur la responsabilité des produits défectueux incluant l'IA (B).

A) Un futur cadre juridique spécial régulant les dommages causés par une IA

Le Professeur Antoine Touzain souligne que l'approche globale de régulation liée à l'IA traduit une plus grande influence du droit de la responsabilité civile, qui a une tendance totalisante, que du droit des assurances³⁹. L'auteur ajoute que « le Parlement européen renvoie d'ailleurs la balle aux assureurs, en attendant d'eux qu'ils élaborent des polices d'assurance, qui pourront servir de base aux modifications futures de la législation en cette matière, la Commission n'excluant d'ailleurs pas de recourir à une obligation d'assurance »⁴⁰.

La doctrine en droit de la responsabilité civile est plutôt en phase avec cette dernière obligation, à l'instar de Madame Eugénie Petitprez, qui, dans sa thèse portant sur « la responsabilité du fait des choses incorporelles, Contribution à l'étude du droit commun », considère que les risques causés par une IA pourraient être incorporés, absorbés dans la responsabilité du fait des choses de droit commun, *via* une présomption de garde⁴¹. Quant aux auteurs spécialisés en droit des assurances, certains proposent de recourir à l'assurance RC « produits IA livrée » pour les concepteurs⁴² en intégrant une assurance pour compte⁴³.

La Commission européenne a adopté le 28 septembre 2022 deux propositions de textes pour créer à terme un régime de responsabilité prenant en compte les dommages causés par l'IA. Ces deux textes visent « à adapter les règles de responsabilité à l'ère numérique, à l'économie

³⁹ A. Touzain, « Les perspectives liées à l'intelligence artificielle », *Bulletin Juridique des Assurances* n° 88, 1^{er} Septembre 2023, p. 8., précité.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ E. Petitprez, *La responsabilité du fait des choses incorporelles, Contribution à l'étude du droit commun*, PUAM, coll. Centre Pierre Kayser, 2021, n° 465 s.

⁴² S. Abravanel-Jolly et A. Astegiano-La Rizza, « La responsabilité civile, l'assurance et l'intelligence artificielle », O. Gout (dir.), *Responsabilité civile et intelligence artificielle*, Bruylant, 2022.

⁴³ P. Pierre, « Les garanties collectives pour réparer les dommages causés par l'intelligence artificielle – Rapport français », Rapport français », in O. Gout (dir.), *Responsabilité civile et intelligence artificielle*, Bruylant, 2022, n° 14 s. A. Touzain, dans son article précité sur « Les risques générés par l'intelligence artificielle », précise qu'« une telle assurance devrait néanmoins être précisée : définition de l'IA, des préjudices couverts, des causes d'exclusion (par ex. en cas de faute de l'utilisateur), des franchises, etc ».

circulaire et à l'impact des chaînes de valeur mondiales »⁴⁴. Le premier texte est une proposition de directive sur la responsabilité en matière d'IA⁴⁵. Grâce à ce texte, la Commission propose « pour la première fois une harmonisation ciblée des règles nationales en matière de responsabilité applicables à l'IA, afin de permettre aux victimes de dommages liés à l'IA d'obtenir plus facilement réparation »⁴⁶. Le second texte, que nous aborderons spécialement dans la dernière sous-partie de l'étude, constitue une actualisation de la directive sur la responsabilité des produits défectueux incluant l'IA⁴⁷.

Ces deux textes et le Règlement sur l'intelligence artificielle n'ont pas les mêmes objectifs. Le Règlement sur l'IA crée un « régime de responsabilité réglementaire »⁴⁸ prévoyant des sanctions de nature administrative, alors que les deux propositions de directives viennent simplifier la mise en œuvre de la responsabilité extracontractuelle lorsque des dommages sont causés par des services ou des produits provenant d'une intelligence artificielle. Ces deux propositions de directives établissent selon la Commission un « cadre pour l'excellence et la confiance dans l'IA, et les nouvelles règles garantiront que les victimes bénéficient des mêmes normes de protection lorsqu'elles sont lésées par des produits ou services d'IA que si un préjudice était causé dans d'autres circonstances »⁴⁹.

À la lecture des motifs justifiant l'adoption de cette directive, l'on comprend que la Commission européenne estime que « les règles nationales existant en matière de responsabilité, notamment en ce qui concerne la responsabilité pour faute, ne sont pas adaptées pour traiter les actions en responsabilité dans le cas de dommages causés par des produits et services dotés d'IA. En vertu de ces règles, il incombe à la victime de prouver l'existence d'un acte préjudiciable ou d'une omission de la part de la personne qui a causé le dommage. Compte tenu des caractéristiques spécifiques de l'IA, notamment la complexité, l'autonomie et l'opacité (l'effet dit de « boîte noire »), il peut être difficile ou excessivement coûteux pour les victimes d'identifier la personne responsable et d'apporter la preuve des conditions requises pour obtenir gain de cause. En particulier, dans le cadre d'une action en réparation, les victimes pourraient supporter des coûts initiaux très élevés et faire face à des procédures judiciaires beaucoup plus longues ».

C'est pourquoi, la Commission européenne précise sur son site Internet que le projet de directive sur la responsabilité en matière d'IA ambitionne de donner un accès plus facile pour les victimes aux voies de recours, par l'établissement de règles uniformes pour l'accès à

⁴⁴ Site de la Commission européenne, « De nouvelles règles en matière de responsabilité applicables aux produits et à l'IA pour protéger les consommateurs et favoriser l'innovation », 28 septembre 2022 : https://france.representation.ec.europa.eu/informations/de-nouvelles-regles-en-matiere-de-responsabilite-applicables-aux-produits-et-lia-pour-protoger-les-2022-09-28_fr#:~:text=L'objectif%20de%20la%20directive,il%20s'agisse%20de%20particuliers

⁴⁵ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'adaptation des règles en matière de responsabilité civile extracontractuelle au domaine de l'intelligence artificielle (Directive sur la responsabilité en matière d'IA) adoptée le 28 septembre 2022 : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0496>

⁴⁶ Site de la Commission européenne, « De nouvelles règles en matière de responsabilité applicables aux produits et à l'IA pour protéger les consommateurs et favoriser l'innovation », précité.

⁴⁷ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la responsabilité du fait des produits défectueux adoptée le 28 septembre 2022 : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0495>

⁴⁸ Selon les termes d'un article du journal Les Échos, « Quel régime de responsabilité pour l'IA ? La proposition de l'Union Européenne », 19 juin 2023 : <https://www.lesechos.fr/partenaires/dla-piper/quel-regime-de-responsabilite-pour-lia-la-proposition-de-lunion-europeenne-1953622>

⁴⁹ Site de la Commission européenne, « De nouvelles règles en matière de responsabilité applicables aux produits et à l'IA pour protéger les consommateurs et favoriser l'innovation », 28 septembre 2022 précité.

l'information et l'allègement de la charge de la preuve en ce qui concerne les dommages causés par des systèmes d'IA, par l'instauration d'une protection plus large pour les victimes (qu'il s'agisse de particuliers ou d'entreprises) et par l'encouragement du secteur de l'IA en renforçant les garanties⁵⁰. Des règles seront harmonisées quant aux actions en réparation ne relevant pas du champ d'application de la directive sur la responsabilité du fait des produits, dans les cas où des dommages sont causés par un comportement fautif⁵¹ et les nouvelles règles aideront à obtenir une réparation si une personne a subi une discrimination au cours d'une procédure de recrutement faisant appel à une technologie d'IA. La Commission souligne le rôle important de la directive en matière de simplification du « processus juridique pour les victimes lorsqu'il s'agit pour elles de prouver que la faute d'une personne a causé des dommages, en introduisant deux éléments principaux.

Premièrement, dans des circonstances où une faute pertinente a été établie et où un lien de causalité avec les performances de l'IA semble raisonnablement probable, la « présomption de causalité » répondra aux difficultés rencontrées par les victimes lorsqu'elles doivent expliquer en détail comment un préjudice a été causé par une faute ou une omission particulière, ce qui peut être particulièrement difficile lorsqu'il s'agit de comprendre et de parcourir des systèmes d'IA complexes.

Deuxièmement, les victimes disposeront d'un plus grand nombre d'outils pour demander réparation en justice, grâce à l'introduction d'un droit d'accès aux éléments de preuve auprès des entreprises et des fournisseurs, lorsque des systèmes d'IA à haut risque sont utilisés⁵². En procédant ainsi, la Commission souhaite arriver à un équilibre entre la protection des consommateurs, la promotion de l'innovation et la suppression d'obstacles supplémentaires empêchant les victimes d'obtenir réparation, tout en établissant des garanties pour le secteur de l'IA en introduisant, par exemple, le droit de contester une action en responsabilité fondée sur une présomption de causalité⁵³.

Cette future directive sur la responsabilité en matière d'IA actualise ainsi les règles de responsabilité en y intégrant les enjeux juridiques de l'IA. La Commission a complété ce texte en prenant l'initiative de moderniser la directive sur la responsabilité des produits défectueux pour y intégrer l'IA, ce qui a pour conséquence une adaptation générale « des règles de responsabilité à la transition écologique et numérique »⁵⁴.

B) Une actualisation de la directive sur la responsabilité des produits défectueux incluant l'IA

Un petit rappel du contexte s'impose pour mieux comprendre comment cette directive a vu le jour. La directive sur la responsabilité des produits défectueux date du 25 juillet 1985. Presque 40 ans se sont écoulés depuis, rendant nécessaire son adaptation en 2024, à l'ère du développement exponentiel des technologies numériques, et particulièrement des dispositifs d'intelligence artificielle. Le but est de renforcer la sécurité juridique pour les entreprises et de veiller à ce que les consommateurs bénéficient d'une meilleure protection si une complication

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*. La Commission donne l'exemple des atteintes à la vie privée, et celui des dommages causés par des problèmes de sécurité.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*.

venant à survenir. La présidente de la Commission européenne, Ursula von der Leyen, avait exposé après sa première élection à la tête de l'exécutif européen « une approche européenne coordonnée en matière d'intelligence artificielle. La Commission s'est engagée à promouvoir l'adoption de l'IA et à s'attaquer de manière globale aux risques liés à ses utilisations, ainsi qu'aux dommages potentiels »⁵⁵. Comme nous l'avons examiné plus haut, le Règlement sur l'intelligence artificielle est le premier texte d'une série aspirant à réguler le secteur de l'intelligence artificielle. Il insiste sur la prévention des risques (et donc des dommages) que peuvent potentiellement causer des systèmes d'IA (approche globale). La directive sur la responsabilité en matière d'IA et la révision de la directive de 1985 sur la responsabilité des produits défectueux achèvent cette régulation de l'IA au niveau européen, sur le terrain des actions en responsabilité civile si un dommage est provoqué par une faute liée à une IA.

S'agissant donc de l'actualisation de la directive sur la responsabilité des produits défectueux incluant l'IA, un long chemin a été parcouru et un peu du chemin reste encore à parcourir en vue de son adoption définitive. En effet, Pierre Rousselot Bessé, dans son commentaire du texte dans sa version du 12 mars 2024 paru au *Bulletin Juridique des Assurances*, a relaté qu'à l'issue du trilogue qui s'est conclu par un accord politique le 14 décembre 2023 entre la Commission européenne, le Parlement européen et le Conseil européen, le texte de cette révision a été établi en vue d'être voté par le Conseil le 24 janvier 2024 puis d'être mis ensuite au vote du Parlement européen⁵⁶. L'auteur précise qu'après ces votes, le Parlement européen a diffusé une résolution législative le 12 mars 2024 sur cette proposition. Depuis cette date, le Conseil a validé le 10 octobre 2024 le texte du Parlement européen du 25 septembre 2024, qui comporte quelques petits décalages de traduction avec la version du 12 mars 2024. Avant sa publication au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE), sont nécessaires les signatures des présidents du Parlement européen et du Conseil européen. Après la publication, l'entrée en vigueur de la directive est prévue dans les 20 jours suivants, le délai laissé aux États membres de l'UE pour la transposer dans leur ordre juridique interne étant de deux ans.

Que contient globalement cette directive révisée ? Selon les dires de la Commission, ce texte envisage de moderniser les règles existantes concernant la responsabilité objective des fabricants pour les produits défectueux (des technologies intelligentes aux produits pharmaceutiques) pour la réparation des dommages corporels, des dommages aux biens ou des pertes de données causées par des produits dangereux et contient des normes garantissant aux entreprises une meilleure sécurité juridique leur permettant d'investir dans des produits nouveaux et innovants et qui garantiront que les victimes peuvent obtenir une indemnisation équitable lorsque des produits défectueux, y compris des produits numériques et remis à neuf, causent un préjudice⁵⁷.

En outre, la directive met à jour « les règles de responsabilité pour les produits à l'ère numérique, permettant ainsi la réparation des dommages lorsque des produits tels que des robots, des drones ou des systèmes domestiques intelligents sont rendus dangereux par les mises à jour logicielles, l'IA ou les services numériques nécessaires au fonctionnement du produit,

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ P. Rousselot Bessé, « La révision de la Directive Responsabilité Civile du fait des Produits défectueux 85/374/CEE du 25 juill. 1985 Aperçus en l'état du résultat du vote du Parlement Européen du 12 mars 2024 », *Bulletin Juridique des Assurances* n° 93, 1^{er} Juillet 2024, 10.

⁵⁷ Site de la Commission européenne, « De nouvelles règles en matière de responsabilité applicables aux produits et à l'IA pour protéger les consommateurs et favoriser l'innovation », 28 septembre 2022 précité.

ainsi que lorsque les fabricants ne parviennent pas à remédier à des vulnérabilités en matière de cybersécurité »⁵⁸.

La révision de ce texte nous semble donc d'autant plus indispensable en 2024, à l'heure de l'expansion toujours plus forte de l'utilisation de systèmes d'IA par les acteurs économiques (dont les assureurs et les individus), que se dessine depuis quelques années un mouvement de modernisation de règles existantes pour les appliquer en visant certains grands acteurs du monde numérique. C'est le cas par exemple du Règlement sur les marchés numériques (DMA) applicable depuis le 6 mars 2024 pour appréhender les abus de position dominante des géants du numérique et du Règlement sur les services numériques (DSA) applicable depuis le 17 février 2024, fixant les règles spéciales de responsabilités des intermédiaires de services numériques, et venant remplacer la directive dite e-commerce datant du 8 juin 2000, autant dire la préhistoire de l'Internet...

Pour conclure cette étude, rappelons que l'Europe est en train de se doter d'un cadre juridique adoptant une approche globale de régulation des risques liés l'IA, sur un mode horizontal, qui aura des impacts sur le secteur assurantiel qui utilise de tels systèmes d'IA. Certains déplorent cependant qu'ait été retenue à l'échelon européen une telle approche du risque IA centrée sur les enjeux de responsabilité au détriment d'une approche sectorielle qui leur semblerait plus pertinente car plus axée sur les enjeux assurantiels⁵⁹. En raison de la multiplicité des risques liés à l'IA, les assureurs préféreraient l'approche sectorielle de la régulation relative à l'IA, avec l'intégration d'une obligation d'assurance concernant certains domaines liés aux risques des systèmes d'IA (santé, véhicules connectés...), nouveaux risques qui renouvèlent les risques actuels⁶⁰.

Antoine Touzain estime ainsi que l'on peut « sans doute s'attendre à une multiplication des contrats d'assurances de choses, notamment de certaines couvertures multirisques IA qui existent déjà sur le marché au bénéfice d'entreprises propriétaires de *hardwares*. Couvertures multirisques qui devront notamment couvrir le risque *cyber*, qui prend une coloration particulière en matière d'IA, au regard des conséquences dramatiques qui découleraient de la prise de contrôle par un tiers malveillant du système »⁶¹. Il finit son raisonnement en formulant le souhait que ce « développement probable des assurances directes mérite(rait) probablement d'être appréhendé par le législateur européen, dont la réflexion, qui doit être saluée, mériterait sans doute de prendre plus largement en considération les aspects assurantiels du risque lié à l'intelligence artificielle »⁶².

L'ACPR, dans son rapport de 2022 cité en introduction, a rendu compte de la vision des assureurs relative au cadre réglementaire et à l'innovation. Selon l'autorité, les organismes d'assurance interrogés ont fait part de leur crainte quant à la complexité et le coût élevé du cadre réglementaire en raison d'un nombre très important de textes européens et nationaux⁶³. Ils

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ V. le point de vue d'A. Touzain, « Les risques générés par l'intelligence artificielle », *Responsabilité civile et assurances* n° 2, Février 2023, dossier 3, précité : « À l'instar du projet de règlement étudié précédemment, les récents projets de directives sur la responsabilité de l'IA, adoptés par la Commission le 28 septembre, privilégient une approche globale, ce qui manifeste sans doute que la réflexion a été principalement menée dans une logique de responsabilité, sans pleine conscience des enjeux assurantiels ».

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ ACPR, *La transformation numérique dans le secteur français de l'assurance*, Analyses et synthèses n° 132, 14 janvier 2022, précité, p. 27.

souhaitent plus de « simplification, d'assouplissements, d'explicitations et de règles d'interprétation communes. Certains soulignent qu'une réglementation pleinement favorable à la transformation numérique devrait être mondiale, harmonisée, claire et stable, la situation actuelle engendrant selon eux un risque de non-conformité »⁶⁴. Les assureurs attirent ainsi l'attention sur le risque qu'un excès de réglementations européennes tue l'innovation et limite leur marge de manœuvres (concurrence avec les autres pays du monde). Il reste en conséquence beaucoup à faire pour concilier juridiquement l'activité des assureurs d'évaluation des risques avec l'utilisation des systèmes d'IA, porteurs de nouveaux risques pour la société du XXI^e siècle.

⁶⁴ *Ibidem.*