



ALAIN BENSOUSSAN

IA : pour un droit de rupture

Alain Bensoussan a été un pionnier du droit de l'informatique, il a aussi été un pionnier du droit de l'IA. Très tôt, il a plaidé pour que ces « êtres artificiels », selon son expression, disposent de la personnalité juridique. Aujourd'hui, l'Union européenne s'empare du sujet avec notamment une proposition de règlement. L'occasion pour Expertises de recueillir sa position sur le texte de la Commission européenne, sa vision de l'IA et des robots, du droit en devenir et de l'avenir qui, selon lui, sera marqué par l'hybridation homme/machine.

Sylvie Rozenfeld : Alain Bensoussan, vous avez débuté votre carrière d’avocat alors que le droit de l’informatique était en pleine construction. Vous avez été, et vous êtes toujours, un acteur actif de son évolution avec votre cabinet dédié au droit du numérique et des techniques avancées. Vous vous êtes très tôt intéressé aux télécoms puis à l’internet : vous avez été dans la première affaire internet, l’affaire Jacques Brel ; vous avez été pionnier dans le droit des robots en étant le premier cabinet à créer un département dédié. Votre intérêt pour l’intelligence artificielle ne date pas non plus d’hier et aujourd’hui elle investit tous les champs de la société, si bien que le droit a fini par s’en emparer. L’actualité récente est riche en matière de droit de l’IA, avec une proposition de règlement du 21 avril dernier. Vous, Alain Bensoussan, vous avez plaidé pour un droit de l’IA général et justement ce texte a une vocation généraliste. Qu’en pensez-vous ?

Alain Bensoussan : Lors de l’émergence de l’informatique, j’avais soutenu qu’on assisterait nécessairement à l’avènement d’un droit de l’informatique. Avec l’intelligence artificielle, nous sommes confrontés à la même logique. A chaque apparition d’une technologie majeure, il a fallu créer des règles juridiques. Le droit classique et le droit des technologies avancées peuvent parfaitement coexister, mais une mutation technologique entraîne nécessairement une mutation juridique. En d’autres termes, en présence d’une nouvelle technologie de rupture, il est nécessaire de concevoir un droit lui-même de rupture. C’est ce à quoi j’ai participé s’agissant de l’informatique, des télécommunications, de l’internet et maintenant de l’IA et des robots. Nous sommes confrontés au même raisonnement et aux mêmes questions : le droit classique peut-il s’appliquer ? Quels sont les facteurs-clés d’application ? Où résident les difficultés ? Peuvent-elles être résolues par filiation ? Ou bien, au contraire, sommes-nous face à une technologie de rupture nécessitant effectivement, au moment où elle est lancée sur le marché, un nouveau droit, un droit de rupture par rapport au droit classique ?

Donc là nous sommes dans la position de la rupture ?

Oui et c’est pour cette raison que j’ai écrit dès 2015 l’ouvrage Droit des robots (éd. Larcier) avec mon fils Jérémy Bensoussan, autour de la nécessité de créer un nouveau droit. Aujourd’hui, avec la robotique et l’IA embarquée, nous sommes en effet confrontés à une double mutation : une mutation classique car le droit ne peut pas trouver à s’appliquer, et des classifications elles-mêmes classiques (objet, être humain...) qui ne peuvent pas davantage s’appliquer. On assiste en réalité à l’émergence d’une nouvelle espèce, d’un nouvel être juridique...

« Dans les dix ans qui viennent, on aura forcément l’équivalent d’une personnalité juridique autonome des robots. »

...un nouvel objet ?

Je ne suis pas sûr qu’on puisse parler de nouvel objet, car il est impossible de faire abstraction de la dimension intelligente. Je ne suis pas partisan d’utiliser un mot de l’ancien temps pour l’appliquer à un objet du nouveau temps. A chaque fois qu’on le fait pour désigner une innovation, c’est nécessairement réducteur. Une véritable innovation de rupture nécessite de nouveaux termes, parce qu’elle ne peut pas s’insérer dans le vocable ancien. Par exemple, une machine stricto sensu n’est pas capable de battre un champion d’échecs, ou encore de délivrer un diagnostic médical plus fiable qu’un médecin humain. La grande différence entre une machine et un robot, c’est que la machine n’est pas dotée d’autonomie. C’est un automate, un système reproductible à l’identique dès le moment où les conditions de mise en œuvre, les comportements, les solutions sont les mêmes.

Quelle différence faites-vous entre les robots et l’IA ?

C’est la même chose à mes yeux. Un robot est une coque dotée de capteurs et d’éléments mécatroniques activés par une intelligence artificielle. On parle d’intelligence artificielle embarquée. A la différence des IA, les robots intègrent deux éléments complémentaires : la mobilité d’une part, et la capacité de prendre la mesure de son environnement via les capteurs d’autres part. Les robots sont dotés de la capacité de mettre en œuvre des sens artificiels, des classements artificiels, des actions artificielles, mais ils sont tellement proches de l’humain que le mot artificiel doit plutôt être utilisé ici comme « *non-humain* ». Je ne crois donc pas qu’ils soient assimilables à des objets. Et c’est en cela qu’il s’agit d’une véritable mutation. La grande différence, c’est la double indépendance d’autonomie : l’autonomie de décision et de mobilité d’action. C’est pour cette raison que, dès lors qu’on qualifie un robot de machine, on fait fi de cette double autonomie. Mais il y a bien d’autres choses : la fonction d’apprentissage, de supervision, et surtout la mixité homme-robot qui est fantastique. Un robot et un individu, c’est un véritable compagnonnage d’intelligence.

D’où l’importance de bâtir un nouveau droit ?

Un nouveau droit, qui s’accompagne nécessairement, à mes yeux, d’une nouvelle personnalité juridique. Personnalité juridique, personnalité électro-

nique ou nouveau droit, tout cela c’est un peu la même chose. Je pense que dans les dix ans qui viennent, on aura forcément l’équivalent d’une personnalité juridique autonome des robots.

Est-ce que la réponse de la Commission européenne à ce nouveau défi vous semble pertinente ?

La réponse m’apparaît tout à fait pertinente, mais toutefois incomplète.

Pourquoi pertinente et pourquoi incomplète ?

Il y a deux façons d'approcher cette nouvelle espèce - je lui donne la qualification d'espèce artificielle - lorsqu'on envisage de la réguler. On peut la réguler de manière verticale ou de manière horizontale. De manière verticale, ça donne le droit des voitures autonomes, le droit des navires autonomes ou le droit des drones autonomes, ou encore le droit de l'IA lorsque celle-ci n'est pas intégrée dans une enveloppe ou une coque robotique. Et à partir de là, pour les mêmes matières et dans des situations juridiques comparables, on risque de se retrouver face à des cadres juridiques différents, ce qui en pratique n'est pas toujours opérationnel. L'approche horizontale de la Commission, qui consiste à essayer de chercher les éléments communs à cette nouvelle espèce artificielle et ensuite de « *plugger* » des éléments sectoriels, me paraît beaucoup plus légitime.

L'approche de la Commission est centrée sur le risque et sa gradation en fonction de sa gravité, en partant de l'inacceptable vers le minime. Le fait d'avoir choisi l'angle des risques vous semble-t-il judicieux ?

L'angle des risques est totalement pertinent. L'innovation vient déstabiliser une situation stable. Il s'agit donc d'une rupture. Au Moyen Age, vers le XIII^{ème} siècle, les innovateurs étaient plutôt persécutés. Par rapport à un état fixe, l'innovation modifie l'état précédent avec une capacité de destruction et de remplacement de celui-ci. C'est là sa fonction de violence dans sa capacité à apporter de nouvelles énergies. Il me semble que l'approche par les risques est la seule possible. Toutes les innovations ont toujours été confrontées à une triangulation.

Le premier élément de cette triangulation réside dans les risques. Comme on est face à une situation nouvelle, la société va nécessairement intégrer cette nouvelle technologie en situation de risque par rapport aux habitudes passées. Le risque est donc inhérent à la nouvelle technologie, à l'innovation. Le deuxième élément, c'est la liberté ou la régulation. Quelle régulation ? Si on intervient trop tôt, on ne permet pas à l'innovation de s'exprimer ; si on intervient trop tard, les risques ne sont plus maîtrisés. Donc on retrouve cette confrontation risques/régulation à chaque grande mutation technologique. Enfin, le troisième élément de la triangulation réside dans la question suivante : le droit classique est-il capable de gérer la situation intermédiaire entre le début effectivement de la déstructuration de la société par l'intégration de l'innovation, et la fin qui est en fait un nouveau droit ou une orientation du droit classique ?

Quand vous dites droit classique, vous évoquez le droit antérieur ?

Oui. Le droit classique, c'est le droit antérieur. La proposition de la Commission montre que le droit antérieur n'est pas capable d'apporter une solution à l'émergence des robots qui nous entourent, de toutes ces IA dans tous

les secteurs, dans les usines, et dans les entreprises comme à nos domiciles et dans notre vie quotidienne. Je pense que l'Europe a raison de dire qu'il faut un nouveau droit. L'approche de la Commission consiste à ne pas écrire un droit définitif mais un droit en quelque sorte intermédiaire : elle ne veut pas bloquer l'innovation. Pour autant, elle considère que ces innovations recèlent encore trop de dangers pour proposer ce qui devrait être la réglementation définitive de la robotique que j'appelle de tous mes vœux.

Elle gère les risques en fait.

Oui, et cela me semble pertinent. Mais ce n'est pas du droit de long terme, c'est plutôt du droit de court terme. C'est une transition, mais il faudra bien à terme écrire un vrai droit de la responsabilité, incluant un droit à la dignité. Et encadrer juridiquement le sujet crucial de la décision en dernier ressort.

Les Américains ont tendance à prôner une régulation par l'éthique et ils pensent qu'une régulation plutôt contraignante comme on la connaît en Europe est susceptible de bloquer l'innovation. Qu'en pensez-vous ?

D'abord, les Etats-Unis n'ont pas une approche de la régulation par l'éthique mais un droit qui, parce qu'il possède une très grande adaptabilité, permet qu'il y ait moins de ruptures. L'adaptation du droit classique américain pour appréhender les nouveaux cas se fait beaucoup plus naturellement par la Common Law qui utilise les principes généraux pour « *absorber* » en quelque sorte les innovations en évitant

les situations de rupture. Soyons clairs : s'agissant par exemple des voitures autonomes, les Américains se sont dotés d'une première réglementation, la loi du Nevada. De la même façon, en Californie, le California Consumer Privacy Act (CCPA) a renforcé les droits des consommateurs sur l'utilisation de leurs données et le recours à des agents intelligents utilisés dans le domaine de la consommation. Ce sont des textes sectoriels, alors que l'Europe a pris l'option d'une approche transversale.

Est-ce une approche novatrice et audacieuse ?

Pas tant que cela. Il s'agit d'une démarche positive, mais pas forcément novatrice. Cette réglementation européenne ressemble étrangement à la législation en matière de médicaments et d'A.M.M. : c'est une réglementation de régulation, de mise sur le marché. C'est certes pertinent, mais partiel.

Cela ressemble aussi au RGPD, au Digital Services Act (DSA) et au Digital Markets Act (DMA) avec la compliance et le rôle important donné aux autorités de régulation.

Oui, cela correspond plutôt, encore une fois, à l'approche américaine consistant à réguler par la conformité.

« *L'approche par les risques est la seule possible.* »

On a bien vu toute la puissance du RGPD et sa capacité à être très opérationnel, qui est en grande partie d'inspiration anglo-saxonne et notamment américaine.

Qu'aurait-il fallu faire, et qu'auriez-vous souhaité pour que cette approche soit plus audacieuse ?

J'aurais d'abord rédigé une charte de la robotique, et opté pour une approche par les grands principes, quelque chose de beaucoup plus proche de ce que proposait le Parlement européen, à savoir une réglementation en tant que telle, et un encadrement juridique de la gestion des risques.

Avec aussi la question de la responsabilité ?

En effet, la question de la responsabilité, celle de la dignité, et l'application des droits humains aux robots. Je crois qu'aujourd'hui, la robotique et l'IA incrustée dans un ensemble, dans une coque quelle qu'elle soit, nous confrontent à un nouveau monde. Dans ce cadre, l'approche par le risque me paraît, encore une fois, intelligente et pertinente. Ce n'est pas suffisant mais c'est une première étape vers un véritable encadrement juridique. Certes, comme je l'ai dit, des questions fondamentales se posent, notamment sur la prise de décision en dernier ressort, sur les rapports entre les hommes et les robots, sur la discrimination, sur la taxe sur les robots et sur la personnalité juridique des robots. Il s'agit d'une nécessaire prise de conscience, et il faut en passer par là. Je suis un homme du « et » pas un homme du « ou », expression que j'emprunte à Joël de Rosnay : à l'occasion de l'une de ses premières conférences sur l'internet, ce dernier avait souligné le fait que lorsque les livres sont arrivés, on a élaboré un droit du livre, puis lorsque la presse est arrivée, on a élaboré un droit de la presse, idem pour la radio le téléphone, la télévision, etc. A chaque fois, c'était ou l'un, ou l'autre. Mais jamais « et ». Avec l'internet, l'ensemble des vecteurs de communication ont fusionné : c'est du texte « et » de la radio, du cinéma « et » du livre... Il faut donc repenser la façon d'approcher la technologie et l'économie, et dessiner des règles de droit nouvelles.

« Ce n'est absolument pas un principe de précaution mais bien un principe de minimisation du risque »

Faudrait-il privilégier la décision de l'homme ou celle de la machine ?

Il me semble qu'il ne faut pas laisser subsister, par exemple, le dilemme que j'évoquais s'agissant de savoir qui de l'humain ou du robot doit prendre la décision en dernier ressort. A mes yeux, on a dépassé en la matière le stade de l'éthique. Il est temps de passer au stade opérationnel. Si les deux intelligences artificielles sont d'accord, je pense qu'il faut donner la main à l'intelligence artificielle sur l'humain. Si par contre les deux intelligences artificielles sont incapables de converger vers une solution unique, alors il faut donner à l'humain la décision en dernier ressort, dans les cas extrêmement rares. Voilà des éléments que l'on peut déjà apporter. On trouve déjà

des premières applications de ces règles dans les systèmes algorithmiques intégrés aux voitures autonomes. Dans ce secteur, la question dont est appréhendée la délégation est une reconnaissance en creux de la théorie de la personnalité robot. S'il y a un délégué, c'est bien qu'il est autonome, et qu'il doit être responsable. Sauf à créer une fiction de responsabilité pour compte de tiers.

Donc c'est vraiment l'autonomie qui est le critère de la responsabilité ?

L'autonomie intellectuelle est la véritable autonomie, qui se trouve démultipliée par la mobilité. C'est pour cela que je parle d'autonomie et de mobilité. Le robot est à la fois autonome et mobile.

Comme les voitures. D'ailleurs, que vous inspire l'accident de la Tesla aux Etats-Unis, dernièrement ?

Il me faudrait mieux connaître le dossier, parce que ce que j'en ai lu est assez contradictoire. Tesla a communiqué sur le fait que le système d'autonomie n'était pas enclenché. Aujourd'hui, de toutes façons, on se situe en niveau 3, c'est le niveau juridiquement applicable, celui dans le cadre duquel l'autopilotage est enclenché. La machine prend des décisions seule et circule sur une catégorie de voies particulières, des voies de type autoroutes, où il n'y a personne dans le sens inverse, pas de piétons, pas de cyclistes, pas d'obstacles. Dans le niveau 3, le conducteur reste en position de superviseur. Ce niveau correspond à l'état de la technologie d'aujourd'hui. Mais on avance à une vitesse folle. Il vaudrait mieux laisser les voitures aux robots qu'aux humains, il y aurait moins d'accidents...

... mais il n'y aura plus le plaisir de conduire.

Le plaisir de la conduite, lorsqu'elle conduit à tant de morts, ne me paraît pas admissible et acceptable dans une société démocratique. On peut conduire sans forcément tuer.

Je ne sais pas si psychologiquement les gens sont prêts à ne plus conduire, mais c'est un autre débat.

Le monde de demain sera celui dans lequel le conducteur ne conduit pas, où le temps de transport deviendra un temps de loisir ou de travail. La mutation réside dans le fait de permettre au conducteur de récupérer du temps. S'il veut conduire, il ira le faire sur des circuits.

Une ordonnance en date du 14 avril vient d'être publiée.

En effet, et ce texte reporte la responsabilité sur le constructeur dans le cadre de la délégation de conduite. On a créé un système d'irresponsabilité du conducteur, ce qui me paraît tout à fait normal. Comme je l'ai dit, ce texte est également une reconnaissance en creux de la personnalité juridique que je défends. Il s'agit d'une approche par les risques car le constructeur est responsable, mais c'est une responsabilité de droit et non pas

une responsabilité au sens de responsabilité de l'action, la voiture étant totalement autonome. C'est une responsabilité de type mandant, comme pour la responsabilité des parents sur leurs enfants. C'est une règle qui gère de manière intérimaire l'indemnisation des victimes, mais ce n'est qu'une étape, d'autant qu'au plan technologique, cela ne correspond pas à la réalité.

C'est-à-dire ?

Deux voitures autonomes du même constructeur auront des comportements autonomes différents selon que leur apprentissage se fait à Londres, à Paris ou à Mexico. En conséquence, on définit la responsabilité arbitrairement, et non conformément à l'état de la technologie. Un droit arbitraire ne peut pas perdurer longtemps. Mais pendant la phase de gestion de risques, c'est sûrement une position intérimaire qui a du sens, mais pas à long terme.

Mais en attendant un droit stabilisé, que pensez-vous de la solution assurantielle ?

C'est ce que je préconise : la responsabilité du robot et une personnalité juridique dédiée, avec une obligation de responsabilité du robot similaire à celle de la personne morale, – et que ce soit une assurance effectivement du robot qui analyse la situation de la victime qui doit être indemnisée.

Parce que c'est une responsabilité sans faute.

Oui, une responsabilité sans faute, ce qui me paraît le cas le plus normal dans cette situation.

Comme en matière automobile.

Exactement, c'est une très bonne comparaison, en matière automobile, notamment pour le piéton.

Doit-on avoir peur de la machine ? Vous ne le pensez pas j'imagine ?

D'abord le terme machine me paraît inadapté, je préfère utiliser les termes d'espèce artificielle. Et comme toujours, l'innovation comporte un risque. Il faut donc organiser le rapport coût/avantage pour la société basé sur le principe « *as low as reasonably achievable* » (ALARA), c'est-à-dire « *aussi bas que raisonnablement possible* ». En essayant de minimiser les risques, en considérant que l'avantage pour la société est supérieur au désavantage mais que -et c'est là que réside le problème- la prise de risques doit être faite de manière extrêmement maîtrisée. Ce n'est absolument pas un principe de précaution mais bien un principe de minimisation du risque, c'est-à-dire analyse d'impact et ensuite par rapport à celle-ci contrôle du comportement ALARA. Ce n'est pas une précaution de principe, cela consiste plutôt à dire: « *J'agis, mais j'essaie de garder toujours la maîtrise de telle manière à ne pas être dépassé par la technologie* ». Il s'agit d'une approche dans laquelle on met en balance systématiquement étude d'impact, avantages, mesures et retour d'expérience.

Est-ce que vous sentez poindre une réponse internationale à une question qui ne peut être traitée qu'internationalement ?

L'ensemble des droits des technologies avancées sont quasiment identiques partout dans le monde, car ils répondent à des questions technologiques similaires dans tous les pays. Les technologies et leurs produits étant les mêmes, la plupart des droits sont en rupture par rapport au droit classique, de sorte que les règles de droit sont très convergentes. C'est par exemple le cas du droit du commerce électronique, ou encore du droit des logiciels. Le droit des robots sera très similaire partout dans le monde. C'est déjà le cas pour les voitures autonomes : la loi du Nevada a donné le « *la* » que tout le monde suit aujourd'hui, car il s'agissait d'une loi qui était frappée au coin du bon sens, à savoir rendre responsable celui qui met la voiture en circulation. C'est aussi le fruit d'un pragmatisme à l'américaine extrêmement efficace.

Comment voyez-vous l'avenir de l'IA et des robots ?

Ma grande idée, c'est que l'on peut créer un monde entre les robots et les humains, un monde de mixité homme-robot humaniste et universelle. Le monde de demain sera un monde de mixité entre les humains et les robots. Et ce ne sera pas les humains contre les robots, ni les robots contre les humains, ce sera les humains ET les robots. Et les gagnants, ce seront ceux qui pourront conjuguer la pertinence d'une action commune.

C'est-à-dire ?

Les robots seront au service des humains. C'est la raison pour laquelle l'ensemble des droits humains doivent être inculqués aux robots. Aujourd'hui, personne ne dit cela, on dirait de la science-fiction alors que pourtant, personne ne discute le fait que la voiture autonome doive connaître le code de la route. La première grande idée, c'est que le droit de l'humanité doit être un des éléments de contraintes obligatoires dans la conception et l'apprentissage. La seconde, c'est que la robotique doit très vite devenir un bien commun, et doit donc être pensée de manière universelle pour créer à terme une Terre numérique.

Vous ne pensez pas que c'est de l'utopie ?

Pour beaucoup de gens, le risque climatique, ou encore l'idée même d'une épidémie comme celle du Covid 19, étaient utopiques... Je pense qu'on peut modifier le monde, et que l'utopie est certainement la meilleure façon d'y parvenir parce qu'elle permet d'anticiper ce que sera le futur. Les nouvelles technologies doivent être au service de l'humanité. Rien que de poser ce principe permet de le faire passer de l'utopie à l'action.

Propos recueillis par

Sylvie ROZENFELD