

L'intelligence artificielle appliquée au secteur de la finance : enjeux contractuels et cas de responsabilités

Par Marie DANIS

Avocat Associé – August Debouzy

Charles BOUFFIER

Avocat Senior – August Debouzy

et Thomas FEIGEAN

Cabinet August Debouzy

L'intelligence artificielle prend place dans tous les secteurs de l'économie, particulièrement dans celui de la finance. Promesse de nouveaux services, cette technologie est aussi source de risques juridiques, dès lors que le résultat du traitement qu'elle opère comporte une part d'incertitude. Aussi, les *fintechs* qui développent des outils embarquant un système d'intelligence artificielle et les banques qui en acquièrent les droits d'utilisation doivent régler, dans leurs contrats, la propriété des richesses ainsi produites, comme les responsabilités et garanties de chacun. Les banques qui proposent des outils d'intelligence artificielle à leurs clients doivent par ailleurs mesurer leur niveau de responsabilité en cas de dommages subis par ces derniers.

L'intelligence artificielle, grand mythe de notre temps ⁽¹⁾, fait l'objet de toutes les attentions, en particulier de celle des juristes.

Indépendamment des questions éthiques qu'elle soulève, l'intelligence artificielle (IA) est aujourd'hui appréhendée comme une chose dotée d'une valeur économique.

Dans le secteur financier, les *fintechs* ⁽²⁾ connaissent un développement exponentiel. Ces entreprises utilisent les nouvelles technologies, en particulier l'IA, afin d'automatiser un certain nombre de tâches et de procédures, de supprimer des intermédiaires et donc de réduire les coûts des services associés ⁽³⁾.

À ce jour, en dépit des bouleversements économiques et sociaux majeurs qu'elle induirait ⁽⁴⁾, l'exploitation de l'IA ne fait pas l'objet d'une réglementation spéciale ⁽⁵⁾, et l'opportunité d'une telle réglementation continue même de diviser. La question se pose avec une acuité toute particulière s'agissant des *fintechs*, compte-tenu notamment des risques opérationnels et/ou de détournement liés à l'utilisation croissante de nouveaux outils digitaux ⁽⁶⁾.

Aussi, lorsqu'il s'agit d'encadrer la création et/ou l'exploitation d'une solution d'intelligence artificielle, le contrat demeure aujourd'hui la norme la plus adaptée.

Dans le secteur de la finance comme dans tous les autres, la rédaction du contrat encadrant l'exploitation de l'IA suppose (1) de se livrer à un exercice de qualification juri-

(1) CNIL (2017), « Comment permettre à l'homme de garder la main ? », *Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, décembre, p. 2.

(2) Contraction des termes « finance » et « technologie », les *fintechs* sont définies par l'Autorité des marchés financiers (AMF) comme « un ensemble d'initiatives technologiques innovantes, qui ont eu lieu, pour l'essentiel, au cours des cinq dernières années dans le domaine financier », in AMF (2017), « Risques et tendances, Cartographie des risques 2017 », juillet.

(3) DELOITTE (2018), « Les Français et les nouveaux services financiers », 3^{ème} édition, 12 avril.

(4) Voir, en ce sens, VILLANI C. (2018), « Donner un sens à l'intelligence artificielle », mission parlementaire du 8 septembre 2017 au 8 mars 2018.

(5) Sous réserve de la réglementation applicable aux ICOs (Initial Coin Offerings), ces méthodes de levée de fonds fonctionnant via l'émission d'actifs numériques échangeables contre des crypto-monnaies durant la phase de démarrage d'un projet. Ces actifs, appelés tokens (jeton numérique), sont émis et échangés grâce à la technologie blockchain ; ils ne seront pas étudiés dans le cadre du présent article.

(6) TANDEAU DE MARSAC S. (2018), « Comment réguler les *fintechs* ? », *Banque & Droit*, n°181, septembre-octobre, pp.12 et s.

dique préalable (2) en vue de déterminer les droits et obligations des parties en présence. Les cas de responsabilité pourront ainsi varier, selon que les parties seront – ou non – liées par un contrat (3).

Qualification et protection de l'intelligence artificielle

Le programme informatique, l'essence même de l'intelligence artificielle

Qualification de l'intelligence artificielle

Depuis les années 1950, les ingénieurs en informatique s'efforcent de concevoir des systèmes d'information capables de reproduire les capacités cognitives de l'homme. Initialement destinées à reproduire le savoir par le développement de systèmes experts⁽⁷⁾, c'est aujourd'hui dans l'élaboration de réseaux neuronaux que se développent les capacités de l'IA.

Qu'il s'agisse d'un moteur d'inférence ou d'un réseau neuronal, la fonction d'IA est toujours formalisée par un algorithme, lui-même systématiquement « fondu » dans le code source d'un programme informatique (ou logiciel).

Régime de protection de l'intelligence artificielle

Un algorithme n'est en principe pas protégeable en soi. Toutefois, l'IA qui se fonde de manière indissociable dans les lignes du code source d'un programme (ou logiciel) peut, de ce fait, faire l'objet d'une protection par le droit de la propriété intellectuelle.

Depuis 1991, les logiciels sont protégés au sein de l'Union européenne⁽⁸⁾ par un droit d'auteur spécial. À condition de répondre à une condition d'originalité⁽⁹⁾, le concepteur d'un logiciel bénéficie d'un droit privatif sur l'exploitation de celui-ci pendant une durée de 70 ans. En principe, le titulaire dudit droit ne sera pas le développeur, mais l'éditeur qui l'emploie⁽¹⁰⁾ (ou avec lequel il aura contractualisé dans le cadre d'un contrat de commande et de cession de droits⁽¹¹⁾) et qui publie son programme.

L'éditeur peut également prétendre à une seconde protection à travers le brevet. Cela suppose que la solution d'intelligence artificielle développée intègre un procédé technique sous-jacent. Une telle protection suppose, en outre, de répondre aux critères exigeants des inventions brevetables⁽¹²⁾.

La donnée, l'indispensable accessoire de l'intelligence artificielle

Qualification de la donnée

Couplé à d'autres facteurs, l'avènement du *Big Data* a permis d'améliorer considérablement les performances de l'intelligence artificielle.

L'IA nécessite en effet l'utilisation massive de données pour son développement comme pour son fonctionnement. La donnée est ainsi souvent présentée comme « l'or noir » du XXI^e siècle.

La question de l'appropriation des données (entrantes, comme sortantes) est au cœur du contrat d'exploitation

de l'IA. Le plus souvent, il s'agira de données industrielles qui ne font pas l'objet d'une protection en tant que telles par le droit de la propriété intellectuelle. La mise en œuvre d'une solution d'IA peut également impliquer le traitement de données personnelles, auquel cas le contrat devra également préciser les droits et obligations des parties à la lumière de la réglementation applicable, en particulier le règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 (le règlement général sur la protection des données – RGPD).

Régime de protection de la base de données

Si le droit de la propriété intellectuelle ne protège pas la donnée intrinsèquement, l'IA utilise en principe des données organisées sous la forme de bases (de données), lesquelles font l'objet d'un régime de protection autonome et harmonisé dans l'Union européenne depuis 1996⁽¹³⁾.

Le producteur d'une base de données dispose ainsi du droit d'autoriser ou d'interdire l'accès aux données qu'elle contient. Dès lors, l'exploitation d'une solution d'IA suppose la mise en balance des intérêts de son éditeur avec ceux du producteur de la base de données qui l'alimente.

Au plan du droit prospectif, certains appellent de leurs vœux la création d'un droit de propriété de l'individu sur ses données personnelles⁽¹⁴⁾, quand d'autres réfléchissent à la création d'un droit spécifique du producteur de données⁽¹⁵⁾.

(7) Selon l'Encyclopédie Larousse, « Ensemble de logiciels dont les capacités de résolution de problèmes nouveaux dans un domaine donné sont assimilables à celles d'un expert humain spécialiste de ce domaine ».

(8) Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, codifiée depuis, à droit constant, par la directive 2009/24/CE du 23 avril 2009 et transposée dans le Code de la propriété intellectuelle (CPI).

(9) Alors que le critère français de l'empreinte de personnalité caractérisait l'originalité d'une œuvre, la jurisprudence a établi les critères, propres au logiciel, de l'apport intellectuel et de l'effort personnalisé de l'auteur du programme : voir l'arrêt Pachot, Ass. Plén., 7 mars 1986, pourvoi n°83-10477.

(10) Art. L. 113-9 al.1 CPI : « Sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer ».

(11) Art. L.111-1 CPI : « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous.

Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral, ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, qui sont déterminés par les livres I^{er} et III du présent code.

L'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit reconnu par le premier alinéa, sous réserve des exceptions prévues par le présent code. [...] »

(12) Pour bénéficier de la protection d'un brevet, une invention doit répondre aux conditions cumulatives de nouveauté, d'application industrielle et d'activité inventive.

(13) Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, transposée dans le Code de propriété intellectuelle.

(14) LANDREAU I., PELKIKS G., BINCTIN N., PEZ-PERARD V. & LÉGER L. (2018), « Mes data sont à moi. Pour une patrimonialité des données personnelles. », Génération Libre, janvier.

(15) Voir, en ce sens, VILLANI C., op. cit. ; DELPECH X. (2018), « Intelligence artificielle : le droit (des contrats) a aussi son mot à dire », AJ Contrat, p.145.

Gestion de l'intelligence artificielle par le contrat

Gestion des droits sur le produit de l'intelligence artificielle

Les droits sur le produit de l'IA

La négociation d'un contrat de licence ou de cession portant sur une solution d'intelligence artificielle implique la détermination des droits respectifs des parties sur le produit de celle-ci.

Une analyse classique⁽¹⁶⁾ conduit à considérer une solution d'IA comme une chose dont les fruits seraient soumis à la théorie de l'accession par production prévue par les articles 546 et 547 du Code civil⁽¹⁷⁾. Cette grille de lecture conduit à désigner le propriétaire de la solution initiale comme le propriétaire naturel du produit de celle-ci (sous réserve des droits d'éventuels contributeurs).

Une analyse alternative consiste à souligner que l'IA ne fonctionnant qu'avec des données, ses fruits ne sont eux-mêmes que des données. Le droit spécifique du producteur de base de données⁽¹⁸⁾ permettrait alors de régler l'attribution des droits sur les données sortantes au profit de ce dernier.

Ces deux analyses pouvant conduire à désigner des titulaires de droits différents sur le produit d'une solution d'IA, les parties en présence ont tout intérêt à organiser contractuellement cette titularité.

Les droits sur les créations issues de l'IA

Dans certaines situations, le produit de l'IA pourra être une création⁽¹⁹⁾. Le bénéficiaire du contrat d'exploitation cherchera alors, en principe, à obtenir les droits sur le produit de l'IA. Si la théorie de l'accession peut éventuellement permettre de justifier une telle attribution (voir *supra*), en pratique, la réalité économique en constituera bien souvent la véritable justification.

Ainsi, une entreprise utilisatrice d'une solution d'IA qui l'alimente en données/contenus entrants revendiquera naturellement la titularité des droits sur le produit sortant.

En particulier, lorsque ce produit prend une forme graphique, que cette forme s'analyse en une création de l'IA ou bien en une création assistée par l'IA, celui qui aura fourni les œuvres entrantes voudra légitimement bénéficier des droits sur le fruit de leur traitement. Reste que le régime de propriété sur un tel produit sera différent selon le niveau d'implication de l'IA⁽²⁰⁾.

Après avoir réglé la question des droits sur le produit de l'IA, les parties au contrat devront également envisager les cas de responsabilité nés d'une inexécution.

Gestion de la responsabilité liée à l'intelligence artificielle

Au moment d'évaluer les questions de recherche de responsabilité, il faut distinguer la responsabilité entre les parties au contrat et la responsabilité vis-à-vis des tiers à ce contrat.

Prenons l'hypothèse d'une banque qui fait appel à une *fin-tech* pour concevoir un outil à destination de ses clients. Si des dommages surviennent lors de l'utilisation de ces outils, les rapports entre la *fin-tech* et la banque seront régies par leur contrat et les rapports entre la banque et son client par les conditions générales. En revanche, si le client de la banque décidait de se retourner contre la *fin-tech*, il devrait utiliser le droit de la responsabilité délictuelle, puisque aucun contrat ne les lie.

Gestion de la responsabilité contractuelle liée à l'intelligence artificielle

Cas usuels de responsabilité contractuelle

Appréhender la responsabilité contractuelle consiste à définir, autant que faire se peut, ce qui est attendu de l'utilisation de l'IA.

En particulier, une mise en œuvre effective de l'obligation d'information et de conseil sera un préalable utile à la définition précise du périmètre contractuel et permettra à l'éditeur d'une solution d'IA de se couvrir contre d'éventuels défauts de conformité.

La négociation du contrat par les parties portera notamment sur la délimitation des prestations/fonctionnalités attendues de l'outil d'IA, avant de traiter des clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité du prestataire⁽²¹⁾. À cet égard, l'article 1170 du Code civil répute non écrite « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur », autrement dit toute clause qui prévoirait une réparation si faible que le prestataire pourrait être incité à ne pas s'exécuter.

Cas particuliers de responsabilité

Les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité s'appliqueront dans les relations entre professionnels, par exemple entre une *fin-tech* ayant développé une solution d'intelligence artificielle et un établissement financier qui en serait l'utilisateur.

En revanche, si l'établissement financier venait à proposer cet outil d'intelligence artificielle à ses clients non professionnels, il ne pourrait en principe leur opposer de telles

(16) GAUTIER P.-Y. (2018), « De la Propriété des créations issues de l'intelligence artificielle », La Semaine Juridique Édition Générale, n°37, septembre.

(17) Code civil, art. 546 : « La propriété d'une chose soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement soit naturellement, soit artificiellement. Ce droit s'appelle "droit d'accession" ».

(18) LEDIEUX M.-A. (2018), Machine learning-intelligence artificielle-logiciel à réseau neuronal juridique, www.ledieu-avocats.fr, octobre.

(19) Par exemple, un contrat, une peinture, des éléments compo-
sables, une partition, etc.

(20) VIVANT M. (2018), Lamy Droit du numérique, n°332 et s.

(21) LANI F.-P. & GARCIA T. (2018), « Intelligence artificielle, prévoir l'imprévisible dans le contrat », Expertises, mai.

clauses, le droit de la consommation écartant leur application à l'égard des consommateurs ⁽²²⁾.

La *fintech* éditrice d'une solution d'intelligence artificielle pourra toutefois s'engager, vis-à-vis de la banque bénéficiaire, à ce que le traitement réalisé par celle-ci ne cause aucun dommage, notamment sur les choses/données fournies. Une telle clause de garantie dans le contrat d'exploitation suppose pour l'éditeur qu'il se soit assuré d'une disposition similaire dans son contrat d'acquisition des données servant au développement de son outil d'IA ⁽²³⁾.

L'utilisation de l'intelligence artificielle peut également être source de dommages créés hors du champ contractuel. Dans cette hypothèse, seuls les mécanismes de responsabilité délictuelle seront sollicités.

La possible recherche d'une responsabilité légale

L'action du client de la banque contre l'éditeur de logiciel sera de nature délictuelle ⁽²⁴⁾. Il sera nécessaire d'établir la responsabilité du logiciel et donc celle de son concepteur dans le dommage qui a été causé à la victime. Cette preuve ne sera pas toujours aisée à démontrer, notamment en raison de la transparence toute relative des solutions d'IA (notamment de certains algorithmes comme ceux de *deep learning* dont il est difficile de tracer le processus décisionnel). En outre, si l'outil utilisant l'IA ne fait que traiter les données qui lui ont été fournies, toute erreur de configuration ou toute fourniture de données qui seraient non conformes/biaisées pourraient être de nature à écarter la responsabilité de l'éditeur de logiciel.

C'est la raison pour laquelle la responsabilité du fait des produits ⁽²⁵⁾ peut être mobilisée pour permettre à la victime

d'engager la responsabilité du concepteur/éditeur du logiciel défectueux (c'est-à-dire qui n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre).

En conclusion, la détermination d'un responsable, ou tout du moins d'un débiteur d'indemnités dont la police d'assurance pourra être mobilisée, peut se faire au sein d'un groupe d'intervenants relativement large : propriétaire, utilisateur, développeur/éditeur de la solution intégrant de l'intelligence artificielle, fabricant notamment. En pratique, la victime aura la possibilité d'assigner devant le même tribunal l'ensemble de ces intervenants. Ces derniers pourraient avoir tendance à refuser d'endosser toute responsabilité (une expertise pourra être ordonnée pour déterminer les responsabilités). Au stade de l'indemnisation, il est également à prévoir que dans leurs rapports contractuels, les divers intervenants opposeront à leurs cocontractants respectifs les clauses limitatives ou exonératoires prévues par les contrats qui les lient.

(22) Code civil, art. R. 1212-1 : « Dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs [...] sont interdites les clauses ayant pour objet ou pour effet de [...] supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ».

(23) Voir, en ce sens, VILLANI C. (2017), « Intelligence artificielle, perspectives futures », Thinkerview, décembre.

(24) Art. 1240 du Code civil.

(25) Art. 1245-3 et 1245-5 du Code civil.