

Rapport d'expertise

à la demande de

la Commission fédérale pour l'assurance qualité
dans le domaine de l'expertise médicale COQEM

sur les questions concernant

l'importance de l'intelligence artificielle (IA) dans
l'élaboration des expertises médicales

de

Prof. Dr. iur. Ueli Kieser, Zürich

Table des matières

1	Mandat.....	3
2	Remarques préliminaires	3
3	Situation initiale	4
4	Problématique.....	4
5	Structure	5
6	Bases légales générales	5
6.1	Présentation.....	5
6.2	Bases légales pour l'établissement d'une expertise médicale dans l'assurance sociale	6
6.2.1	Présentation.....	6
6.2.2	Art. 43 LPGA	6
6.2.3	Art. 44 LPGA	6
6.2.4	Art. 7j à art. 7n OPGA et autres dispositions de l'ordonnance	7
6.3	Expertises en tant que moyens de preuve.....	8
6.3.1	Exigences générales relatives aux moyens de preuve.....	8
6.3.2	Participation d'auxiliaires à l'élaboration de l'expertise médicale.....	8
6.3.3	Moyens d'investigation lors de l'établissement d'une expertise.....	12
6.3.4	Appréciation de l'expertise médicale en particulier	14
6.4	Place de l'IA - et des instruments comparables - dans l'établissement des faits par les assurances sociales : Regard sur la jurisprudence actuelle	15
7	Principes généraux de l'établissement des faits par les assurances sociales	15
7.1	Présentation.....	15
7.2	Examen d'office.....	15
7.3	Indépendance dans l'établissement des faits, principe d'équité et égalité des chances	15
8	Caractéristiques des IA.....	16
8.1	Délimitations	16
8.2	Différentes questions relatives à l'utilisation de l'IA	17
8.3	Indications sur les réglementations de l'IA	18
8.3.1	USA.....	18
8.3.2	UE	19
9	Synthèse.....	20
9.1	Constatations de départ.....	20
9.1.1	Obligation d'instruction.....	20
9.1.2	Réglementation juridique des expertises	20
9.1.3	Recours à des auxiliaires lors de l'établissement de l'expertise	20

9.1.4	Pratique actuelle en matière de droit des assurances sociales concernant les systèmes d'IA	21
9.2	L'utilisation de l'IA est-elle en principe admissible dans l'établissement des faits d'une expertise médicale, compte tenu des recommandations considérées jusqu'à présent comme déterminantes ?	22
9.2.1	Présentation de principe des systèmes d'IA	22
9.2.2	Réglementations existantes en matière d'IA	22
9.2.3	Questions pertinentes	22
9.2.4	Admissibilité de principe de l'utilisation de l'IA	23
9.2.5	Délimitation de base : utilisation de l'IA lors d'expertises dans le cadre ou en dehors d'une activité auxiliaire	23
9.3	Existe-t-il des formes d'IA avec des particularités ou des limites particulières à leur utilisation lors de l'établissement des faits dans le cadre d'une expertise médicale ?	24
9.3.1	Présentation des différentes formes d'IA et ses conséquences	24
9.3.2	Concrétisation de l'annonce du recours à l'IA	25
9.4	Est-il justifié de formuler des exigences juridiques particulières pour le recours à l'IA lors de l'établissement des faits dans le cadre d'une expertise médicale?	25
9.4.1	Problématique	25
9.4.2	Éléments d'une réglementation	26
10	Résumé et réponse à la question posée	26
10.1	Problématique	26
10.2	Situation de départ	27
10.3	Admissibilité de principe de l'utilisation de l'IA lors de l'établissement d'expertises	27
10.4	Conditions générales de l'utilisation de l'IA lors de l'établissement d'expertises	28

1 Mandat

Le 20 juin 2023, il a été demandé au soussigné s'il pouvait rédiger une expertise sur certaines questions relatives aux effets de l'intelligence artificielle (IA) sur les expertises médicales dans le domaine des assurances sociales. Le mandat d'expertise a ensuite été donné et les questions auxquelles il devait être répondu ont été posées.

2 Remarques préliminaires

Le présent rapport est rédigé en toute indépendance. Il mentionne toutes les sources utilisées et indique, le cas échéant, les incertitudes existantes dans l'évaluation de certaines questions.

Comme il est d'usage, la remise de la présente expertise ne saurait garantir que les autorités politiques, les services administratifs ou les autorités judiciaires parviendront, lors de leurs évaluations, aux conclusions qualifiées de justes dans la présente expertise.

3 Situation initiale

Du côté du mandant, la situation de départ est décrite comme suit :

Le 24 mai 2023, la COQEM s'est prononcée en faveur d'une clarification des bases juridiques pour l'utilisation éventuelle d'outils d'intelligence artificielle en tant qu'aide à l'élaboration d'expertises médicales et de l'attribution d'un mandat de conseil externe.

Les points suivants doivent être pris en compte :

Dans le cadre d'un mandat d'expertise médicale, l'obligation de l'exécuter personnellement relève de la responsabilité de l'expert, conformément à l'art. 44 LPGA. Cela n'exclut toutefois pas que l'expert ait recours à une personne auxiliaire qui agisse selon ses instructions et sous sa surveillance afin d'accomplir certaines tâches annexes. Certaines tâches sont d'ores et déjà prises en charge par des solutions informatiques spécialisées. Dans ce contexte, les questions se multiplient quant à savoir dans quelle mesure le corps médical pourrait également recourir à d'autres outils d'intelligence artificielle (ci-après IA) pour l'établissement des expertises et des rapports médicaux. Les discussions portent entre autres sur l'utilisation de programmes d'écriture assistés par l'IA, la génération et le résumé de textes médicaux, mais aussi sur l'utilisation dans le cadre du diagnostic médical, etc. Outre les avantages de ces systèmes, les défis éthiques et de protection des données ainsi que les risques et les limites de leur utilisation seront également discutés. Outre les outils d'IA bien connus comme ChatGPT, certains fournisseurs commerciaux proposent déjà des solutions basées sur l'IA pour le traitement des cas médico-assurantiels, y compris pour le traitement des dossiers et les résumés. Du point de vue de la COQEM, des recommandations concrètes sont nécessaires dans ce domaine, qui tiennent compte des aspects du droit des assurances sociales, du droit de la protection des données, du droit médical ainsi que des aspects médicaux et informatiques. Dans un premier temps, les aspects juridiques de l'utilisation de l'IA pour l'établissement d'expertises doivent être élaborés.

4 Problématique

Dans le cadre de l'expertise, il convient de répondre à la question suivante :

Quels sont les aspects juridiques à prendre en compte dans le cadre de la clarification de l'utilisation de l'IA pour l'élaboration d'une expertise médicale selon l'art. 44 LPGA ?

5 Structure

La structure de la présente expertise s'en tient à la question susmentionnée.

Partie 1 : bases légales générales : il s'agit tout d'abord de montrer quelles sont les bases légales pour l'établissement d'une expertise médicale dans le domaine des assurances sociales. Ensuite, nous examinerons la place de l'IA - et les instruments comparables - dans l'établissement des faits des assurances sociales, telle qu'elle ressort des jugements rendus jusqu'à présent par le Tribunal fédéral.

Partie 2 : caractéristiques de l'établissement des faits dans le domaine des assurances sociales : Il s'agit ici de mettre en évidence les éléments fondamentaux du processus de clarification. Il s'agit d'éléments tels que l'objectivité et la neutralité, l'égalité des chances, la cohérence et la compréhensibilité et la reproductibilité de l'enquête.

Partie 3 : caractéristiques de l'IA : il s'agit de montrer de manière succincte quelles sont les caractéristiques et les particularités de l'IA.

Partie 4 : Synthèse : l'analyse finale se base sur les résultats obtenus dans les parties 1 à 3. Les questions partielles suivantes sont abordées :

- L'utilisation de l'IA est-elle en principe admissible dans l'établissement des faits d'une expertise médicale, compte tenu des recommandations considérées jusqu'à présent comme déterminantes ?
- Existe-t-il des formes d'IA avec des particularités ou des limites particulières à leur utilisation lors de l'établissement des faits dans le cadre d'une expertise médicale ?
- Est-il justifié de formuler des exigences juridiques particulières pour l'utilisation de l'IA lors de l'établissement des faits dans le cadre d'une expertise médicale ?

Partie 5 : Résumé et réponse à la question posée : l'expertise se termine par un résumé/ et répond ainsi à la question posée.

6 Bases légales générales

6.1 Présentation

Le présent chapitre rassemble et concrétise les bases légales intéressantes. Le choix des thèmes et leur présentation sont guidés par la question de savoir quelle est leur importance pour la question de la place de l'IA dans le processus d'expertise médicale. Il ne s'agit donc pas d'une présentation globale des principes généraux de l'expertise médicale.

Un autre point important est que la présentation ci-dessous se réfère à la situation initiale, dans laquelle l'expertise est mandatée par l'assurance sociale elle-même. La situation dans laquelle la personne assurée ou un organisme tiers (p. ex. une assurance privée) demande une expertise n'est donc pas prise en compte. Néanmoins et dans de tels cas, les résultats de l'examen ci-après peuvent avoir de l'importance dans la mesure où le mandat d'expertise médicale exige que les principes présentés ci-après soient respectés.

6.2 Bases légales pour l'établissement d'une expertise médicale dans l'assurance sociale

6.2.1 Présentation

Il s'agit ici de présenter brièvement les bases juridiques déterminantes lorsqu'une expertise médicale est réalisée dans le cadre de l'assurance sociale. La prévoyance professionnelle est exclue, car les dispositions de la LPGA, qui sont au premier plan, n'ont pas d'importance dans ce domaine.¹

6.2.2 Art. 43 LPGA

La procédure administrative en matière d'assurances sociales et la procédure cantonale d'assurance sociale sont régies par le principe de l'instruction d'office (art. 43 al. 1 et art. 61 let. c LPGA). L'administration et le tribunal des assurances sociales doivent donc établir d'office les faits pertinents, et ce de manière complète et correcte.

La détermination de la nature de l'atteinte à la santé constitue l'élément central de l'obligation d'instruction. En ce qui concerne les examens médicaux, le Tribunal fédéral a admis une violation du devoir d'enquête dans trois cas en particulier : Dans les cas où aucune expertise médicale n'a été demandée à tort, dans les cas où l'expertise demandée était défectueuse et dans les cas où le médecin ne présentait pas les compétences professionnelles suffisantes pour agir en tant qu'expert médical.²

6.2.3 Art. 44 LPGA

L'art. 44 régit les cas où l'expertise médicale est nécessaire dans le cadre de l'instruction médicale. Le fait que la LPGA ordonne expressément l'expertise comme moyen de preuve s'explique par plusieurs raisons.³ Il est apparu particulièrement nécessaire d'établir une réglementation

¹ La prévoyance professionnelle n'applique pas les dispositions de la LPGA. Le principe d'enquête s'y applique néanmoins, ce qui découle de la LPP elle-même. Les réflexions suivantes ont néanmoins une importance pour la prévoyance professionnelle dans la mesure où il s'agit du principe d'enquête lui-même.

² BSK ATSG-Schiavi, Art. 43 N 2-3.

³ Cf. FF 1991 II 261.

uniforme dans ce domaine. Cela s'explique par la situation de départ particulière des expertises. Dans le cadre de l'application du droit, l'expertise ne peut être vérifiée que de manière limitée, compte tenu de leur aspect non limité à une seule spécialisation médicale et si des services médicaux correspondants ne sont pas disponibles. Souvent, faute de connaissances techniques suffisantes, il n'est guère possible de déceler des lacunes objectives et techniques dans des expertises rédigées correctement sur le plan formel. Dans les faits, les expertises médicales jouent donc un rôle décisif dans la décision d'octroi des prestations. Dès lors, il en résulte un "rapport de tension avec la grande diversité des possibilités d'évaluation médicale d'un cas et la faible prédétermination des résultats".⁴

La législation et l'application du droit répondent à ces circonstances par des garanties procédurales. Cela apparaît particulièrement clairement dans la version de l'art. 44 LPGA qui est entrée en vigueur le 1er janvier 2022.⁵ Cette version, qui est aujourd'hui en vigueur, se caractérise par de nombreuses règles de procédure, par exemple en ce qui concerne la nécessité d'établir des entretiens sous forme d'enregistrements sonores entre la personne assurée et l'expert et de les verser au dossier de l'assurance sociale.⁶ On peut également souligner que l'une des tâches de la COQEM consiste précisément à surveiller les procédures d'expertise.⁷ Selon l'art. 7p al. 1 let. a OPGA, une partie de l'activité de la commission consiste à élaborer des "recommandations relatives aux critères d'exigence et de qualité pour le processus d'expertise", cette tâche étant mentionnée en premier lieu dans l'ordonnance.

Dans le domaine de l'application du droit, il convient de mentionner un jugement selon lequel, en raison de la grande importance des expertises médicales dans le droit des assurances sociales, des exigences accrues doivent être posées quant à l'indépendance de l'expert médical.⁸

6.2.4 Art. 7j à art. 7n OPGA et autres dispositions de l'ordonnance

L'ordonnance relative à la LPGA régit l'« expertise »⁹ à différents égards, principalement en ce qui concerne les aspects procéduraux.

Il convient en outre de mentionner l'art. 72bis RAI, dont l'alinéa 2 stipule que l'attribution des mandats d'expertise se fait de manière aléatoire.

⁴ Voir arrêt du Tribunal fédéral 8C_774/2018 E. 2.2.1., traduction libre

⁵ Nouvelle teneur selon le ch. 1 de l'annexe à la LF du 19 juin 2020 (Développement de l'AI) (RO 2021 705; FF 2017 2535).

⁶ A ce sujet : voir art. 44 al. 6 LPGA.

⁷ A ce sujet : voir art. 44. al. 7 let. c LPGA.

⁸ arrêt du Tribunal fédéral 8C_592/2021, c. 6.1.2., traduction libre.

⁹ Ainsi titre marginal avant l'art. 7j OPGA.

6.3 Expertises en tant que moyens de preuve

6.3.1 Exigences générales relatives aux moyens de preuve

L'art. 44 LPGa ne régit pas le "droit d'expertise" de manière exhaustive, mais d'autres dispositions doivent être prises en compte (par exemple concernant le droit d'être entendu selon l'art. 42 LPGa, l'obligation de clarifier et de collaborer selon l'art. 43 LPGa, la notion de décision selon l'art. 49 LPGa ou l'applicabilité subsidiaire de la LPA selon l'art. 55 al. 1 LPGa).¹⁰

Les preuves doivent être appréciées de manière globale et conforme aux obligations, sans être liées à des règles formelles de preuve. A cet égard, les moyens de preuve, indépendamment de leur origine, doivent être examinés objectivement. Il convient ensuite de décider si les documents disponibles permettent une évaluation fiable de la prétention litigieuse. En particulier, en cas de rapports médicaux contradictoires, le litige ne doit pas être tranché sans apprécier l'ensemble des preuves et sans indiquer les raisons pour lesquelles on se fonde sur une thèse médicale plutôt que sur l'autre.¹¹

6.3.2 Participation d'auxiliaires à l'élaboration de l'expertise médicale

6.3.2.1 *Problématique*

Le recours éventuel à des auxiliaires présente un intérêt particulier pour les questions pertinentes ici. Il s'agit donc de déterminer si - et le cas échéant dans quelle mesure - les experts peuvent faire appel à des substituts et/ou à des auxiliaires lors de l'établissement d'une expertise médicale.

6.3.2.2 *Littérature*

La littérature indique que de telles personnes auxiliaires ne peuvent être sollicitées que dans un cadre extraordinaire et restreint, car le travail d'expertise est axé sur le principe de l'expertise personnelle.¹²

6.3.2.3 *Jurisprudence*

La jurisprudence souligne les limites assez strictes du recours à des auxiliaires. En tant que mandant, l'assureur a donc le droit d'exiger que l'expertise soit réalisée par la personne mandatée. La substitution ou la transmission du mandat, même partielle, à un autre expert médical présuppose en principe l'accord préalable du mandant.¹³

¹⁰ Voir KIESER, ATSG-Kommentar, art. 44 N 16.

¹¹ BSK ATSG-Schiavi, art. 43 N 12, vu l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_419/2014 c. 6.2 et autres décisions citées.

¹² Cf. SCHWEIZER, 233 s.

¹³ arrêt du Tribunal fédéral 8C_171/2022 c. 4.3.2., traduction libre.

La jurisprudence a en outre clarifié dans quelle mesure il est admissible que le constat et la rédaction de l'expertise aient été effectués par un médecin-assistant et que le médecin-chef visé n'ait pas examiné lui-même la personne concernée. Il a été répondu par l'affirmative après que les noms de tous les experts ayant participé à l'expertise neurologique ont été préalablement communiqués sans contestation possible et qu'il ne faisait aucun doute qu'il s'agissait tous les trois de spécialistes en neurologie ; s'y ajoutait le fait que le médecin-chef était en mesure, en raison de son expérience de plusieurs années dans le domaine de la neurologie, d'évaluer la cohérence des résultats d'examen ainsi que les appréciations de ses collègues, de les critiquer et de s'exprimer sur cette base lors de l'évaluation consensuelle.¹⁴

Dans un arrêt précédent, le Tribunal fédéral a reconnu qu'il est usuel et généralement admis que le médecin-chef d'une clinique fasse appel à des collaborateurs pour effectuer des examens de contrôle et rédiger des rapports médicaux. On ne peut pas exiger qu'un tel médecin procède personnellement à tous les examens. La valeur probante du rapport médical n'est pas diminuée s'il est établi avec l'aide de collaborateurs désignés.¹⁵ Le fait que le constat et la rédaction de l'expertise aient été effectués par un médecin-assistant et que le médecin-chef concerné n'ait pas examiné lui-même la recourante ne diminue pas la valeur probante de l'expertise concluante.¹⁶ Il en va autrement lorsque la personne à expertiser n'a été informée au préalable que du nom d'une seule experte, alors qu'elle a finalement été examinée par deux experts différents, ce qui constitue une violation de l'art. 44 LPGA ; s'y ajoute, dans le cas concret, le fait que l'experte principale n'a pas cosigné l'expertise et que sa qualification en tant qu'experte neuropsychologue est douteuse.¹⁷

Les explications suivantes du Tribunal fédéral sont révélatrices ¹⁸:

4.1.2 *On entend par expert au sens de l'art. 44 LPGA la personne qui établit une expertise (en tant que sujet mandaté) et qui en assume la responsabilité. Il s'agit d'une part du sujet chargé de l'expertise et d'autre part de la personne physique qui élabore l'expertise.*

En tant que mandant, l'assureur a le droit d'exiger que l'expertise soit réalisée par la personne mandatée. La substitution ou la transmission (même partielle) du mandat à un autre expert suppose en principe l'accord du mandant.

L'obligation de prestation personnelle du mandataire n'exclut toutefois pas que l'expert ait recours à l'assistance d'une personne auxiliaire qui agit sous sa direction et sa surveillance pour effectuer certains travaux auxiliaires secondaires, par exemple des tâches techniques (analyses) ou des travaux de recherche, de rédaction, de copie ou de contrôle. Une telle assistance par un tiers qualifié pour des travaux

¹⁴ Voir arrêt du Tribunal fédéral 8C_130/2023 c. 4.1, 4.1.2 et 4.1.3, traduction libre.

¹⁵ arrêt du Tribunal fédéral U 87/01 E. 2.2., traduction libre.

¹⁶ arrêt du Tribunal fédéral I 342/02 E. 3.1.1., traduction libre.

¹⁷ arrêt du Tribunal fédéral 9C_525/2020; Cf. sur cette problématique également ATF 146 V 9 c. 4.2; arrêt du Tribunal fédéral 8C_171/2022 du 8. Novembre 2022 c. 4.5., traduction libre.

¹⁸ L'extrait suivant est tiré de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_525/2020, traduction libre.

auxiliaires subalternes est autorisée sans qu'il s'agisse d'une substitution nécessitant un consentement, tant que la responsabilité de l'expertise, en particulier la justification et les conclusions ainsi que la réponse aux questions d'expertise, reste entre les mains de l'expert mandaté.

Il est important que l'expert mandaté remplisse personnellement les tâches fondamentales dans le cadre d'une expertise médicale en droit de la sécurité sociale, car il a été mandaté précisément en raison de ses connaissances spécialisées, de ses capacités scientifiques particulières et de son indépendance. Parmi ces tâches, qui ne peuvent être déléguées, figurent notamment la prise de connaissance du dossier dans son ensemble et son analyse critique, l'examen de la personne à expertiser ou le travail de réflexion sur l'évaluation du cas et les conclusions qui peuvent en être tirées, si nécessaire dans le cadre d'une discussion interdisciplinaire.

Dans le contexte de l'art. 44 LPGA, il résulte de ce qui précède que l'obligation de communiquer à l'avance le nom des médecins chargés de l'expertise, respectivement le droit de l'assuré de connaître ce nom, concerne la personne chargée par l'assurance-invalidité d'établir l'expertise. Cette obligation ne s'étend pas au nom des tiers qui assistent l'expert dans ses travaux auxiliaires (sur l'ensemble : ATF 146 V 9 consid. 4.2.1 ss avec renvois).

4.2 *Comme la cour cantonale l'expose elle-même (décision attaquée consid. 6.4 p. 15), il n'est pas possible, au vu du contenu de l'expertise neuropsychologique du 6 février 2019, de déterminer dans quelle mesure le psychologue diplômé C. _____ y a participé. Il n'est notamment pas précisé qui a réalisé quelles parties de l'expertise. Dans la mesure où l'instance inférieure s'exprime néanmoins à ce sujet (décision attaquée consid. 6.4 p. 14 s.), son appréciation ne trouve d'une part aucun appui dans l'expertise et apparaît d'autre part contradictoire en soi.*

D'un point de vue formel, l'expertise mentionne sous la rubrique "Informations sur l'expert" aussi bien le Dr phil. B. _____ et Dipl. psych. C. _____ (expertise, ch. 1.1. let. c p. 2). Ensuite, sous "Examens et résultats propres", il a été expliqué que l'examen neuropsychologique du 6 septembre 2018 avait été effectué par C. _____, psychologue diplômé, et Dr phil. B. _____ (expertise ch. 1.2. let. c p. 3 ; cf. également expertise ch. 4.4. p. 35). De plus, le rapport d'expertise parle de "référentes" (expertise ch. 4.1 p. 27). Enfin, les deux expertes devaient signer l'expertise (expertise p. 47). Il n'existe pas d'indices selon lesquels la psychologue diplômée C. _____ n'aurait effectué que des travaux auxiliaires subalternes au sens de la jurisprudence exposée (consid. 4.1.2). Il faut donc partir du principe que le Dr. phil. B. _____ a intégré la psychologue diplômée C. _____ en tant qu'experte, raison pour laquelle il ne fait aucun doute qu'elles ont participé dans la même mesure à l'établissement de l'expertise.

Il convient ensuite de mentionner un arrêt de principe du Tribunal fédéral, dans lequel il est précisé que « l'obligation de l'assureur de communiquer à la personne assurée le nom de l'ex-

pert avant le début de l'expertise s'étend au nom du médecin qui, sur mandat de l'expert, établit l'anamnèse de la personne à expertiser, analyse et résume le dossier médical ou vérifie la cohérence de l'expertise ». ¹⁹

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral retient en particulier les points suivants :²⁰

4.2 Selon l'art. 44 LPGa, si l'assureur doit recourir aux services d'un expert indépendant pour élucider les faits, il donne connaissance du nom de celui-ci aux parties. Celles-ci peuvent récuser l'expert pour des raisons pertinentes et présenter des contre-propositions.

4.2.1 Par expert au sens de l'art. 44 LPGa, il faut comprendre celui qui (en tant que sujet mandaté) effectue une expertise et en porte la responsabilité. Il s'agit d'une part du sujet qui est mandaté pour l'expertise et, d'autre part, de la personne physique qui élabore l'expertise (ATF 132 V 376 consid. 6.1 p. 380). La communication du nom de l'expert doit permettre à l'assuré de reconnaître s'il s'agit d'une personne à l'encontre de laquelle il pourrait disposer d'un motif de récusation (art. 44, 2^e phrase, LPGa; HANS-JAKOB MOSIMANN, Gutachten: Präzisierungen zu Art. 44 ATSG, RSAS 2005 p. 479). Cette communication doit de plus avoir lieu suffisamment tôt pour que l'assuré soit en mesure de faire valoir ses droits de participation avant le début de l'expertise en tant que telle. En particulier, lorsque l'intéressé soulève des objections quant à la personne de l'expert, l'organe de l'assurance-invalidité doit se prononcer à leur sujet avant le commencement de l'expertise (ATF 132 V 376 consid. 8.4 p. 385, qui porte en particulier sur la communication du nom des médecins en cas d'expertise auprès d'un Centre d'observation médicale [COMAI]; arrêt 9C_228/2011 du 10 août 2011 consid. 3.1 et les arrêts cités).

4.2.2 En sa qualité de mandant, l'assureur a droit à ce que l'expertise soit effectuée par la personne mandatée. La substitution ou le transfert (même partiels) du mandat à un autre spécialiste suppose en principe l'autorisation de l'organe ou de la personne qui a mis en oeuvre l'expertise (arrêt 8C_596/2013 du 24 janvier 2014 consid. 6.1.2.1 et les références). L'obligation d'exécuter personnellement le mandat d'expertise n'exclut cependant pas que l'expert recoure à l'assistance d'un auxiliaire ("Hilfsperson"), qui agit selon ses instructions et sous sa surveillance, pour effectuer certaines tâches secondaires, par exemple assurer des tâches techniques (analyses) ou des travaux de recherche, de rédaction, de copie ou de contrôle (ALFRED BÜHLER, Die Mitwirkung Dritter bei der medizinischen Begutachtung im sozialversicherungsrechtlichen Verwaltungsverfahren, Jusletter 3 septembre 2007 n. 27 s.; JACQUES OLIVIER PIGUET, in Commentaire romand, Loi sur la partie générale des assurances sociales, 2018, n° 12 ad art. 44 LPGa). Une telle assistance fournie par un tiers compétent pour des tâches secondaires est admissible sans qu'on puisse y voir une substitution du mandataire soumise à l'accord de l'assureur, pour autant que la responsabilité de l'expertise, en particulier la motivation et les conclusions de celle-ci ainsi que la réponse aux questions d'expertise, reste en mains de l'expert mandaté (cf. arrêt I 874/06 du 8 août 2007 consid. 4.1.1; BÜHLER, op. cit., n. 29). Il est en effet essentiel que l'expert mandaté accomplisse personnellement les tâches fondamentales d'une expertise médicale en droit des assurances,

¹⁹ Voir le résumé de l'ATF 146 V 9.

²⁰ ATF 146 V 9, 12-14 c. 4.2

puisque'il a été mandaté précisément en raison de son savoir, de ses connaissances scientifiques spécifiques et de son indépendance (BÜHLER, op. cit., n. 5; sur les différentes étapes d'élaboration d'une expertise, HOFFMANN-RICHTER/JEGER/SCHMIDT, Das Handwerk ärztlicher Begutachtung, 2012, p. 25 ss; cf. aussi, GABRIELA RIEMER- KAFKA, Expertises en médecine des assurances, 3^e éd. 2018, p. 53 ss). Font ainsi notamment partie des tâches fondamentales d'expertise, qui ne peuvent être déléguées, la prise de connaissance du dossier dans son ensemble et son analyse critique, l'examen de la personne soumise à l'expertise ou le travail intellectuel de réflexion portant sur l'appréciation du cas et les conclusions qui peuvent être tirées, cas échéant dans le cadre d'une discussion interdisciplinaire.

4.2.3 Il ressort de ces principes posés par la jurisprudence en relation avec l'art. 44 LPGa, tant sous l'angle des droits de participation de l'assuré que des exigences en matière de substitution de l'expert mandaté, que l'obligation de communiquer le nom des médecins mandatés préalablement à l'expertise, respectivement le droit de l'assuré de connaître ce nom, concerne la personne qui est chargée par l'assurance-invalidité d'effectuer l'expertise. Cette obligation ne s'étend pas au nom du tiers qui assiste l'expert pour des activités annexes ne faisant pas partie des tâches fondamentales d'expertise (KIESER, ATSG-Kommentar, 3^e éd. 2015, n° 34 ad art. 44 LPGa ; MARCO WEISS, Mitwirkungsrechte vor der Einholung medizinischer Gutachten in der Invalidenversicherung, 2018, p. 162). Ainsi, le nom de la tierce personne qui assiste l'expert en effectuant des analyses médicales (p. ex. une prise de sang) n'a pas à être communiqué.

On ne saurait en revanche considérer comme un simple auxiliaire accomplissant une tâche secondaire le médecin qui est chargé par l'expert d'établir l'anamnèse de base de la personne soumise à l'expertise, d'analyser et de résumer le dossier médical ou de relire le rapport pour vérifier la pertinence de ses conclusions. L'activité intellectuelle déployée par le médecin dans ces situations peut en effet avoir une influence sur le résultat de l'expertise. Par exemple, la démarche consistant à établir le résumé du dossier médical implique une analyse comprenant déjà une certaine marge d'interprétation; même si le résumé ne doit contenir que des extraits des pièces du dossier, il repose sur une sélection des dates, informations et données qui sont considérées comme déterminantes pour son auteur (cf. HOFFMANN-RICHTER/JEGER/SCHMIDT, op. cit., p. 49 s.). Une telle sélection contribue au résultat de l'expertise.

Dans les constellations mentionnées, les prescriptions de l'art. 44 LPGa sont applicables. Le nom du médecin auquel est confiée la tâche d'établir l'anamnèse de base ou le résumé du dossier ou celle de relire l'expertise afin d'en assurer la pertinence formelle doit être communiqué au préalable à l'assuré.

6.3.3 Moyens d'investigation lors de l'établissement d'une expertise

6.3.3.1 Remarques préliminaires

Les explications suivantes se limitent à la présentation des étapes de l'élaboration d'une expertise qui peuvent être importantes au regard de la thématique qui nous intéresse. Les étapes du choix des experts, de la détermination des disciplines nécessaires ou de la formulation des

questions ne sont donc pas abordées en détail. Les indications se rapportent en particulier à l'établissement d'une expertise à l'intention d'un organisme d'assurance sociale ; étant donné que les exigences sont comparables pour les expertises à l'intention d'un tribunal, les explications suivantes ont également une signification pour cette catégorie d'expertise.

6.3.3.2 Moyens d'investigation individuels

La présentation des moyens d'investigation dans le cadre de l'établissement d'une expertise doit être examinée plus en détail. Il sera important de savoir si l'utilisation de moyens de l'IA doit être assimilée à l'utilisation de tels moyens.

Le Tribunal fédéral s'est prononcé dans différents contextes sur la question des moyens d'investigation.

Établissement du constat : La jurisprudence souligne que la personne experte a le pouvoir de décider de l'établissement d'un diagnostic. Il appartient à l'expert psychiatrique de décider dans quelle mesure les résultats des tests psychologiques servent à l'anamnèse et sont indiqués.²¹

Prise en compte des données entrées sur Facebook : la prise en compte d'informations présentées dans le cadre de profils de médias sociaux est tout au plus admissible ; il faut pour cela procéder à un classement des informations dans le reste du dossier.²²

Diagnostic biographique : la littérature en médecine des assurances indique qu'un diagnostic biographique orienté sur le développement et la structure de la personnalité constitue un élément indispensable de l'expertise ; dans le cas concret, la discussion des événements de l'histoire de vie est indiquée.²³

Droit à un service d'interprétation : il existe un droit à un service d'interprétation dans le cadre d'une expertise. Dans le cas concret, l'expertise fait certes état de lacunes linguistiques, mais il n'est pas évident que celles-ci aient eu des répercussions sur le processus d'expertise.²⁴

Consultation de rapports/anamnèse externe : la question de savoir si la personne experte consulte d'autres rapports médicaux, si elle s'entretient avec le médecin traitant ou si elle procède également à des examens d'anamnèse externe relève uniquement de l'appréciation du médecin spécialiste. Il n'appartient pas non plus à la personne experte de discuter de ses diagnostics avec le médecin traitant.²⁵

²¹ arrêt du Tribunal fédéral 8C_663/2021 c. 6.5.6., traduction libre.

²² A ce sujet : KIESER, ATSG-Kommentar, art. 44 N 76, avec référence à l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_909/2017 E. 7.1.

²³ arrêt du Tribunal fédéral 9C_146/2021 c. 5.4.2., traduction libre.

²⁴ arrêt du Tribunal fédéral 9C_295/2021 c. 4.1.1 et 4.1.5., traduction libre.

²⁵ arrêt du Tribunal fédéral 8C_137/2018 c. 4.2.2., traduction libre.

Prise en compte des directives normatives : Lors de l'évaluation de la capacité de travail, tant les experts médicaux que les organes d'application du droit doivent se baser sur les directives normatives pour évaluer la capacité de travail.²⁶

Enregistrement des entretiens : Un droit à l'enregistrement des entretiens d'expertise ne découle pas de l'obligation de gestion d'un dossier selon l'art. 46 LPGA.²⁷

Reproductibilité des résultats d'examen : Sont objectivables les résultats d'examen qui sont reproductibles et indépendants de la personne qui effectue l'examen et des indications de la personne assurée. Les résultats doivent être confirmés par des examens d'appareillage/d'imagerie, les méthodes d'examen utilisées devant être scientifiquement reconnues.²⁸

Procès-verbal et consultation des documents : dans la mesure où la personne experte établit un procès-verbal de l'expertise ou l'enregistre d'une autre manière, les documents correspondants sont qualifiés par la jurisprudence de dossiers internes, dans lesquels le droit d'être entendu ne fonde en principe pas de droit de consultation.²⁹

6.3.4 Appréciation de l'expertise médicale en particulier

Dans la mesure où il est question ci-après de l'appréciation des expertises, il s'agit de clarifier la question de savoir s'il est possible de tirer des conclusions sur l'utilisation de l'IA à partir de la jurisprudence qui s'y rapporte.

Dans le cadre du principe de la libre appréciation des preuves en vigueur dans les procédures administratives non contentieuses, le praticien du droit peut se baser entièrement sur une expertise médicale rédigée par un expert externe à l'assurance. C'est le cas lorsque l'expertise est complète pour les questions litigieuses, qu'elle repose sur des examens approfondis, qu'elle tient compte des troubles invoqués, qu'elle a été établie en connaissance des antécédents (anamnèse), que l'évaluation de la situation médicale est claire et que les conclusions de l'expert sont fondées. La valeur probante ne dépend en principe ni de l'origine d'un moyen de preuve ni de la désignation de l'avis déposé ou commandé en tant que rapport ou expertise, mais de son contenu.³⁰ Il convient de se baser sur une expertise demandée dans le cadre de la procédure selon l'art. 44 LPGA, à moins que des indices concrets ne s'opposent à la faisabilité de l'expertise.³¹

²⁶ arrêt du Tribunal fédéral 8C_628/2018 c. 4.3., traduction libre.

²⁷ arrêt du Tribunal fédéral 8C_296/2021, c. 3.2, 4.2.1 (par rapport à la version de l'art. 44 LPGA en vigueur jusqu'au 31 décembre 2021). Actuellement, l'art. 44 al. 6 LPGA prévoit l'obligation d'enregistrer les entretiens.

²⁸ arrêt du Tribunal fédéral 8C_391/2022 c. 3.2.2., traduction libre.

²⁹ arrêt du Tribunal fédéral 9C_202/2021 c. 4.2.3., traduction libre.

³⁰ A ce sujet : BSK ATSG-ALIOTTA, art. 44 N 4, avec référence aux ATF 137 V 210 c. 6.2.2, 134 V 231 c. 5.1.

³¹ arrêt du Tribunal fédéral 8C_801/2018, c. 4.3., traduction libre.

6.4 Place de l'IA - et des instruments comparables - dans l'établissement des faits par les assurances sociales : Regard sur la jurisprudence actuelle

Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral ne s'est pas encore penché sur la question de l'importance éventuelle de l'utilisation de l'IA lors de l'établissement d'expertises médicales. Par ailleurs, il n'existe que des jugements très isolés sur l'utilisation de l'IA.³²

7 Principes généraux de l'établissement des faits par les assurances sociales

7.1 Présentation

En ce qui concerne la question posée, il convient d'attirer l'attention sur les principes généraux de l'examen des faits par les assurances sociales. Il s'agit de principes qui caractérisent l'instruction en matière d'assurances sociales, même au-delà du recours à des expertises médicales.

7.2 Examen d'office

Il ressort de l'article 43 de la LPGA que, dans le droit des assurances sociales, les faits doivent être établis d'office. L'institution d'assurance sociale doit donc établir les faits de manière complète et correcte.³³

7.3 Indépendance dans l'établissement des faits, principe d'équité et égalité des chances

L'indépendance de l'examen des faits lors de l'expertise revêt une grande importance. Cette procédure doit être indépendante, impartiale et ne doit être soumise qu'au droit. Au sens d'une garantie minimale valable indépendamment du droit de procédure et d'organisation applicable, les parties au procès ont un droit découlant de l'art. 6 ch. 1 CEDH et de l'art. 30 al. 1 Cst. à ce que leur cause soit tranchée par des juges indépendants, impartiaux et sans influence de circonstances étrangères à la cause.³⁴ La garantie est violée lorsqu'il existe des circonstances susceptibles de donner lieu à une suspicion et à un risque de partialité. De telles circonstances peuvent être fondées sur un comportement particulier de l'expert ou sur des circonstances extérieures de nature fonctionnelle et organisationnelle. Pour se récuser, il n'est pas nécessaire que l'expert soit effectivement partial. Il suffit qu'il existe des circonstances qui, considérées

³² Cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A_500/2022, qui traite de la propriété intellectuelle.

³³ A ce sujet : voir ch. 6.2.2.

³⁴ A ce sujet on peut citer : SVR 2009 UV Nr. 2, 8C_556/2007, c. 6.1.1

objectivement, donnent l'impression d'une partialité et d'un préjugé.³⁵ Le droit à l'indépendance est violé lorsque, objectivement, il existe des circonstances susceptibles de créer une apparence de partialité et un risque de préjugé de la part de l'expert ;³⁶ Il faut tenir compte de son comportement personnel ainsi que des conditions fonctionnelles et organisationnelles de l'expertise.³⁷ Cela vaut également pour l'interprétation où, non seulement les compétences linguistiques, mais aussi l'indépendance et l'impartialité de l'interprète jouent un rôle.³⁸

Lors de la mise en place du processus d'expertise, il est déterminant de savoir dans quelle mesure des correctifs structurels sont nécessaires du point de vue de l'État de droit pour garantir l'indépendance et l'impartialité du système d'expertise.³⁹ Il s'agit d'appliquer les garanties constitutionnelles d'équité (art. 29 al. 1 et 2 Cst.).⁴⁰ Ainsi, dans la question précédente, le point de vue de l'égalité des chances et donc de l'équité de la procédure est au premier plan.⁴¹

8 Caractéristiques des IA

8.1 Délimitations

Il convient d'attirer l'attention sur quelques points essentiels qui caractérisent l'utilisation de l'IA dans le domaine de la sécurité sociale - et en particulier pour les questions médicales. Compte tenu de l'étendue des questions relatives à l'IA, il ne s'agit ici que de premières indications.

L'IA désigne l'exécution de tâches par des systèmes informatisés, comme c'est généralement le cas pour l'intelligence humaine. Il s'agit de la saisie optique, de la reconnaissance vocale, de la prise de décision et de la traduction. L'IA repose sur des algorithmes, utilise des données approfondies et trouve, entre autres, de nouvelles solutions non découvertes par l'intelligence humaine à partir des données existantes.⁴²

³⁵ Voir SVR 2009 UV Nr. 32, 8C_509/2008, c. 4.3.

³⁶ Cf. ATF 124 V 26.

³⁷ Cf. SVR 2001 UV Nr. 11.

³⁸ ATF 140 V 262.

³⁹ arrêt du Tribunal fédéral 9C_174/2020 c. 7.4.3.2., traduction libre.

⁴⁰ arrêt du Tribunal fédéral 9C_49/2023 E. 5.2., traduction libre.

⁴¹ arrêt du Tribunal fédéral 9C_595/2018 E. 4.3.2., traduction libre. A ce sujet aussi : KIESER, ATSG-Kommentar, art. 44 N 61.

⁴² Voir POLEDNA/GÄCHTER, Fn. 1.

8.2 Différentes questions relatives à l'utilisation de l'IA

Il convient d'attirer l'attention sur l'étendue des questions qui peuvent découler de l'utilisation de l'IA.

Il s'agit de savoir - dans le cadre d'un examen global - si les résultats des systèmes d'IA génératifs peuvent être protégés par des droits d'auteur ou des brevets et, le cas échéant, sous quelles conditions, et à qui reviennent ces droits de protection.⁴³ On peut se demander si ChatGPT-3.5 est capable d'effectuer des tâches humaines qui pourraient apporter une valeur ajoutée à la pratique du droit ou à la recherche juridique en Suisse.⁴⁴ Il convient également d'examiner l'application des dispositions de la législation sur la protection des données - notamment dans les domaines du profilage, de l'obligation d'information ou de la prise de décision individuelle automatisée - aux traitements de données générés par l'IA.⁴⁵ Tout cela concerne les défis réglementaires de l'IA générative, qui résultent de la différence de vitesse de développement entre la technologie et la législation.⁴⁶

En se limitant au domaine du droit des assurances sociales, il est important de savoir quelle est la place de l'IA, la question étant notamment de savoir si l'utilisation de l'IA doit être considérée comme faisant partie de la clarification.

La littérature⁴⁷ indique que l'IA est bien plus - et qualitativement autre chose - qu'une méthode d'évaluation particulière. L'IA est décrite comme le cerveau d'un nouveau système de soins de santé, dans lequel la blockchain crée la confiance indispensable dans les données.

L'IA est neutre en termes de méthodologie, alors que de larges pans de la médecine actuelle sont réparateurs et centrés sur les médicaments. A moyen ou long terme, il faut s'attendre à ce que l'on s'éloigne de l'anamnèse et du diagnostic établis par l'homme, et en partie aussi de la prise en charge et des soins par l'homme. Si l'IA tire ses conclusions de l'analyse de millions d'images, de dossiers médicaux et de données ainsi que de milliers d'articles scientifiques et de résultats de recherche chaque mois, elle quitte la sphère de la prise de décision humaine et est bien plus qu'un simple instrument d'aide, comme les analyses de laboratoire ou les instruments de mesure.

La rapidité de la prise de décision, la qualité du diagnostic, la simplicité de l'anamnèse et de la saisie des données des patients déplacent la prise de décision vers des algorithmes. L'IA fournit des résultats immédiatement disponibles, de qualité équivalente et de plus en plus souvent bien meilleure que la décision médicale.

⁴³ A ce sujet : l'article de STRAUB WOLFGANG in: Jusletter du 07.08.2023.

⁴⁴ A ce sujet : les explications de VOKINGER KERSTIN NOËLLE/SCHNEIDER DAVID/LOCHER LUCA/HERRLE CASCAL/MÜHLEMATTER URS JAKOB in: Jusletter du 07.08.2023.

⁴⁵ A ce sujet : SEILER DANIEL W./GRIESINGER MARCEL in: Jusletter vom 25.09.2023.

⁴⁶ Dazu TEICHMANN FABIAN/BOTICIU SONIA in: Jusletter vom 07.08.2023.

⁴⁷ Dazu POLEDNA/GÄCHTER, auf deren Beitrag sich die nachfolgenden Ausführungen – teilweise wörtlich – abstützen.

Les rôles déterminants de l'anamnèse et du diagnostic dans le domaine des expertises médicales peuvent être repris à de nombreux endroits par l'IA. L'IA développe de plus en plus sa propre sphère d'activités et d'évaluations qui ne peuvent plus être attribuées directement à l'action humaine et qui ne pourraient être gérées ni par les hommes ni par les plus grandes institutions médicales. Si l'IA est encore la plupart du temps intégrée dans l'action humaine et qu'elle soumet ensuite ses propositions au médecin compétent de manière "transparente", cela est dû d'une part à la réticence des fabricants et des exploitants, qui dépendent (encore) de la participation du personnel médical dans les structures médicales existantes. D'autre part, les conditions-cadres juridiques se font sentir ici, qui rendent une telle attribution toujours indispensable pour les rattachements réglementaires et la responsabilité.

C'est pourquoi, dans le domaine de l'assurance-maladie, on discute également de la question de savoir si l'IA doit être reconnue comme un véritable fournisseur de prestations. En effet, à l'avenir, ce ne seront plus les assurés qui rencontreront les services de l'IA, mais l'IA des assurés qui rencontrera le prestataire de services de l'IA. Dans de nombreux domaines, les prestations de santé actuelles ne seront pas seulement complétées par des prestations d'IA rapidement disponibles et de haute qualité, mais remplacées dans une perspective à moyen terme. Si l'on autorise l'IA en tant que prestataire de services, cela conduit inévitablement à d'autres questions. La question des critères d'admission est de nature réglementaire. Une autre question qui se pose de manière générale est celle de la définition adéquate de la personnalité juridique (partielle) de l'IA et de sa capacité financière. En outre, il convient de déterminer dans quelle mesure l'IA peut être intégrée dans les processus de la LAMal tels que les conventions tarifaires ou la fixation des prix, la facturation, les procédures d'économicité et les transferts de données.

8.3 Indications sur les réglementations de l'IA

8.3.1 USA

Le 30 octobre 2023, le président américain Joe Biden a édicté pour la première fois des règles sur l'utilisation de l'IA. Il a signé un décret qui établit des normes de sécurité pour l'utilisation de l'IA et oblige les développeurs à tester leurs modèles d'IA avant leur publication et à partager les résultats avec le gouvernement.

Le décret s'appuie sur une série d'engagements volontaires sur lesquels le gouvernement américain s'était mis d'accord avec une douzaine d'entreprises technologiques cet été. Désormais, les développeurs des systèmes d'IA les plus performants devront soumettre leurs modèles à des tests de sécurité et communiquer les résultats aux autorités avant de les publier. En outre, les autorités fédérales américaines doivent développer une méthode permettant de repérer les contenus générés par l'IA.⁴⁸

⁴⁸ Dazu die Berichterstattung in: NZZ Philipp Gollmer, San Francisco 31.10.2023, 05.30 Uhr.

8.3.2 UE

Dans le cadre de sa stratégie numérique, l'UE souhaite réglementer l'IA afin de créer de meilleures conditions pour le développement et l'utilisation de cette technologie innovante. En avril 2021, la Commission a proposé le premier cadre juridique de l'UE pour l'IA. Ce cadre recommande que les systèmes d'IA, qui peuvent être utilisés dans différentes applications, soient analysés et classés en fonction du risque qu'ils représentent pour les utilisateurs. Les différents niveaux de risque sont soumis à plus ou moins de réglementation. Une fois adoptés, ces textes constitueront les premières règles juridiques au monde en matière d'IA. Le Parlement européen veut avant tout garantir que les systèmes d'IA utilisés dans l'UE soient sûrs, transparents, compréhensibles, non discriminatoires et respectueux de l'environnement. Les systèmes d'IA devraient être contrôlés par des personnes et non par l'automatisation afin d'éviter des résultats nuisibles. Le Parlement souhaite également établir une définition technologiquement neutre et uniforme de l'IA, qui pourrait être appliquée aux futurs systèmes d'IA.

Les nouvelles règles établissent des obligations pour les fournisseurs et les utilisateurs en fonction du risque posé par le système d'IA.

Les systèmes d'IA à haut risque comprennent les systèmes d'IA qui présentent un risque élevé pour la santé et la sécurité ou pour les droits fondamentaux des personnes physiques. Ces systèmes d'IA doivent être enregistrés dans une base de données de l'UE. Ils comprennent les systèmes d'aide à l'interprétation et à l'application de la loi. Tous les systèmes d'IA à haut risque seront évalués avant leur mise sur le marché et tout au long de leur cycle de vie.

Les modèles de fondation générative tels que ChatGPT doivent répondre à des exigences de transparence supplémentaires :

- Révéler que le contenu a été généré par l'IA ;
- Concevoir le modèle de manière à éviter qu'il ne génère des contenus illégaux ;
- Publier des résumés des données protégées par des droits d'auteur qui ont été utilisées pour la formation.

Le 14 juin 2023, les députés ont adopté leur position de négociation sur la loi sur l'intelligence artificielle. Les discussions avec les États membres de l'UE au sein du Conseil sur la forme finale de la loi vont maintenant commencer. L'objectif est de parvenir à un accord d'ici la fin de l'année.⁴⁹

⁴⁹ Les explications qui précèdent sont tirées de la source suivante: <https://www.europarl.europa.eu/news/de/headlines/society/20230601STO93804/ki-gesetz-erste-regulierung-der-kunstlichen-intelligenz> (besucht am 21.11.2023).

9 Synthèse

9.1 Constatations de départ

9.1.1 Obligation d'instruction

Les expertises médicales ont un poids extrêmement important dans le domaine de l'instruction du droit des assurances sociales. Un grand nombre de demandes de prestations, notamment de rentes, sont évaluées sur la base d'expertises médicales.

Les expertises médicales sont demandées d'office, ce qui signifie que l'assurance sociale doit clarifier les faits de manière complète et correcte. Dans la mesure où une expertise médicale est demandée à une personne experte dans le cadre de l'instruction, le principe de l'indépendance dans l'instruction des faits acquiert un poids central. Il faut donc garantir, dans le domaine de l'expertise, qu'il n'y ait aucune apparence de partialité et aucun risque de préjugé. Les aspects du comportement de la personne experte ou les conditions extérieures de nature fonctionnelle et organisationnelle sont pris en compte. Lors de la concrétisation des exigences correspondantes, il convient de partir du principe d'équité garanti par la Constitution, qui est concrétisé par le point de vue de l'égalité des chances.

Les expertises médicales doivent donc satisfaire à des exigences élevées, ce qui implique le respect strict de certaines règles de procédure.

9.1.2 Réglementation juridique des expertises

La situation de départ particulière des expertises se reflète dans la réglementation juridique. Une disposition détaillée de la LPGA - à savoir l'art. 44 LPGA - est consacrée à l'expertise. Les conditions dans lesquelles une expertise médicale peut être demandée y sont définies en détail, notamment du point de vue procédural.

Cette réglementation légale détaillée, à laquelle s'ajoutent les art. 7j à 7n OPGA au niveau de l'ordonnance, reflète l'avis selon laquelle une réglementation procédurale détaillée est nécessaire compte tenu de la situation de départ particulière des expertises médicales. En effet, dans l'application du droit, il n'est guère possible, faute de connaissances techniques suffisantes, de déceler des lacunes objectives et techniques dans des expertises rédigées correctement sur le plan formel. Il est donc clair qu'une réglementation convaincante du point de vue du droit procédural concernant le processus d'établissement de l'expertise revêt une importance capitale.

9.1.3 Recours à des auxiliaires lors de l'établissement de l'expertise

La jurisprudence s'est penchée à plusieurs reprises et de manière approfondie sur la question de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure il est possible de recourir à des auxiliaires lors de l'établissement d'une expertise.

La réglementation de l'art. 44 al. 2 LPGA, selon laquelle l'assureur communique à la partie le nom de l'expert lorsqu'une expertise doit être demandée pour établir les faits, constitue l'arrière-plan de ces discussions. Cette disposition reflète l'importance que revêt la personne qui établit l'expertise. La partie doit être informée de la personne qui établit l'expertise médicale.

Le mandat d'expertise est lié à l'obligation de prestation personnelle de la personne mandatée. En tant que mandant, l'assureur a le droit d'exiger que l'expertise soit réalisée par le mandataire lui-même. La substitution ou la transmission du mandat à un expert présuppose en principe l'accord du mandant, c'est-à-dire de l'organisme d'assurance.

La jurisprudence admet toutefois que la personne experte se fasse assister par un auxiliaire sous certaines conditions.

(1) Il est exigé que l'auxiliaire en question agisse sous la direction et la surveillance de la personne experte et mandatée.

(2) Seuls des travaux auxiliaires secondaires tels que des tâches techniques ou des travaux de recherche, de rédaction, de copie ou de contrôle peuvent être délégués.

(3) La responsabilité de l'expertise, de la motivation et des conclusions ainsi que la réponse aux questions de l'expert doivent rester entre les mains de la personne experte mandatée. En effet, ce sont précisément les connaissances spécialisées, les compétences scientifiques particulières et l'indépendance de la personne experte mandatée qui sont d'une importance capitale.

(4) Ne font donc pas partie des tâches d'assistance la prise de connaissance du dossier dans son ensemble, l'analyse critique, l'examen de la personne expertisée ou le travail de réflexion sur l'appréciation du cas et les conclusions qui peuvent en être tirées.

(5) L'activité intellectuelle qui a une influence sur le résultat de l'expertise n'est pas transférable à un auxiliaire. Dès qu'il s'agit d'une sélection de données, d'informations et de documents, la procédure correspondante fait partie d'une activité intellectuelle qui ne peut pas être transférée à un auxiliaire.

9.1.4 Pratique actuelle en matière de droit des assurances sociales concernant les systèmes d'IA

Jusqu'à présent, la jurisprudence n'a pas traité de la classification juridique des IA dans le domaine de l'établissement des faits dans le droit des assurances sociales. Par ailleurs, il n'existe guère de bases tangibles pour répondre aux questions correspondantes. C'est pourquoi les explications suivantes n'ont qu'une valeur provisoire.

9.2 L'utilisation de l'IA est-elle en principe admissible dans l'établissement des faits d'une expertise médicale, compte tenu des recommandations considérées jusqu'à présent comme déterminantes ?

9.2.1 Présentation de principe des systèmes d'IA

L'IA est en soi neutre en ce qui concerne la méthodologie utilisée. Il s'agit de l'exécution de tâches par des systèmes informatisés, les systèmes d'IA reposant sur des algorithmes, utilisant des données approfondies et trouvant tout au plus de nouvelles solutions non découvertes par l'intelligence humaine à partir des données disponibles.

L'IA est donc qualitativement différente d'une certaine méthode de clarification. Il est évident que l'IA développe de plus en plus sa propre sphère d'activités et d'évaluation, qui ne peuvent plus être gérées par l'homme ou les institutions médicales. Dans ce contexte, la question de savoir si l'IA doit être reconnue comme un véritable fournisseur de prestations dans le domaine de l'assurance-maladie fait l'objet de discussions.

9.2.2 Réglementations existantes en matière d'IA

La grande importance de l'IA se reflète dans les premières ébauches de réglementation. Ainsi, un projet au niveau de l'UE fixe des obligations pour les fournisseurs et les utilisateurs en fonction du risque que représente le système d'IA concerné. En cas de classification dans un certain groupe de risque, les systèmes d'aide à l'application et à la mise en œuvre des lois sont classés dans le domaine des systèmes d'IA à haut risque. Selon le projet de loi, ces systèmes doivent être évalués avant leur mise sur le marché et tout au long de leur cycle de vie.

9.2.3 Questions pertinentes

Lorsque des systèmes d'IA sont utilisés dans le cadre d'expertises en matière d'assurance sociale, il s'agit toujours d'un aspect du principe de l'instruction. Il n'existe pas en soi de *numerus clausus* des moyens d'investigation autorisés.

Certes, l'IA permet de trouver des résultats qui, le cas échéant, dépassent largement le cadre d'un résultat de clarification. Il est ainsi possible d'obtenir un résultat issu d'un processus intellectuel autonome. Il n'est donc pas possible de répondre à la question de l'admissibilité d'un système d'IA en se contentant de rappeler la validité du principe d'instruction. Il en résulte au contraire des liens directs avec la question de savoir qui peut établir une expertise médicale et dans quelles conditions.

Il s'agit en outre de savoir si l'utilisation de systèmes d'intelligence artificielle peut être considérée comme une simple activité auxiliaire dans le cadre d'une expertise.

Cette double question montre que l'utilisation de l'IA dans les expertises médicales a des points de contact avec la question de la désignation de la personne experte et avec la question

de l'utilisation de personnes auxiliaires lors de l'établissement de l'expertise. Ces deux questions seront abordées ci-après.

9.2.4 Admissibilité de principe de l'utilisation de l'IA

La question d'une exclusion de principe des systèmes d'IA dans le cadre de l'établissement d'une expertise médicale doit - du moins pour l'instant - être résolue par la négative.

Il est important de noter que l'article 44 de la LPGA pose certaines exigences procédurales, qui sont notamment définies au regard de la grande importance des expertises médicales. Le droit procédural a une fonction de service qui doit garantir l'élaboration d'une expertise indépendante, objective et techniquement convaincante. Dans le droit des assurances sociales, il s'agit en premier lieu de l'exactitude matérielle. Dans la mesure où l'IA favorise l'exactitude matérielle - ce qui devra éventuellement être garanti par des conditions-cadres -, il n'apparaît pas que son utilisation soit en principe interdite.

Dans la mesure où certains procédés ne sont pas expressément réglementés, il ne faut pas partir du principe que les méthodes correspondantes sont interdites. Il convient plutôt de clarifier, en tenant compte de la méthode concrètement en question, comment elle doit être conçue et utilisée pour atteindre l'objectif susmentionné. Ce résultat est confirmé par le fait que le Tribunal fédéral a admis, dans le cadre d'une pesée des intérêts, qu'une surveillance puisse être utilisée comme moyen de preuve même en l'absence de base légale, et ce avant que la surveillance n'ait été réglementée par la loi.⁵⁰

Le résultat de l'admissibilité de principe de l'utilisation de systèmes d'IA est confirmé par le fait que des systèmes correspondants sont déjà utilisés aujourd'hui dans le domaine de l'assurance-maladie, sans que l'application du droit ou la jurisprudence n'aient conclu à l'existence d'une méthode non admissible.

9.2.5 Délimitation de base : utilisation de l'IA lors d'expertises dans le cadre ou en dehors d'une activité auxiliaire

En principe, les expertises doivent être réalisées personnellement. Il est toutefois possible de déléguer des travaux auxiliaires dans un cadre restreint. Il convient de noter que, dans le cas des expertises médicales, le Tribunal fédéral a défini très étroitement le cadre des activités auxiliaires déléguables et que, comme le souligne ce dernier, l'élaboration des expertises médicales doit être effectuée par la personne experte mandatée elle-même.

⁵⁰ A ce sujet: ATF 143 I 377 publié avant l'entrée en vigueur le 1er oct. 2019 de l'art. 43a LPGA et de la base légale pour la surveillance des assurés.

Comme les systèmes d'IA peuvent assumer aussi bien des tâches dans le cadre d'une activité auxiliaire déléguable que des tâches en dehors de ce cercle restreint, il est évident qu'il faut examiner la question d'une classification différente.

Dans la mesure où un système d'IA est utilisé dans le cadre d'une simple activité auxiliaire - c'est-à-dire dans le cadre d'une activité de recherche -, il n'y a pas de conditions ou de limites particulières à respecter. Il convient toutefois de préciser quel est le cadre des activités auxiliaires concernées. Il ne s'agit que de tâches techniques et de travaux de recherche, de rédaction ou de contrôle, et non d'activités à caractère intellectuel propre. Il est donc important que le Tribunal fédéral ait défini de manière restrictive le cadre des activités auxiliaires transférables et que, en particulier, le travail de réflexion concernant l'évaluation du cas et les conclusions, l'établissement de l'anamnèse, l'analyse et la synthèse du dossier médical ou la vérification de la pertinence d'une expertise ne constituent pas des activités auxiliaires.

Si les systèmes d'IA sont utilisés dans le cadre d'une expertise qui va au-delà des tâches techniques et des travaux de recherche, de rédaction ou de contrôle, il n'y a plus d'activité auxiliaire transférable. De toute évidence, les systèmes d'IA sont en mesure d'assumer des activités qui dépassent totalement ou au moins partiellement ce cercle restreint de travaux auxiliaires. Il convient donc d'aborder ci-après le domaine dans lequel l'utilisation de l'IA présente des particularités ou des limites particulières.

9.3 Existe-t-il des formes d'IA avec des particularités ou des limites particulières à leur utilisation lors de l'établissement des faits dans le cadre d'une expertise médicale ?

9.3.1 Présentation des différentes formes d'IA et ses conséquences

Les systèmes d'IA peuvent couvrir des domaines qui ne sont pas (ou plus) considérés comme des activités auxiliaires dans le cadre de l'établissement d'une expertise médicale. Il convient ici de les mettre sur un pied d'égalité avec l'activité d'un expert mandaté. Ce n'est que dans le cadre d'une application analogue des règles en vigueur qu'il est possible de garantir, en termes de procédure, l'élaboration d'un résultat objectif, concluant et compréhensible.

Le mandant de l'expertise - c'est-à-dire l'organisme d'assurance sociale - a donc le droit d'être informé de l'utilisation de l'IA (en dehors des activités d'assistance strictement définies). La situation de départ est comparable à celle où l'on fait appel à une autre personne experte ; dans ce cas de figure, le Tribunal fédéral a estimé qu'il fallait en informer préalablement le mandant. C'est en effet la seule manière de garantir que l'élaboration de l'expertise se fera dans le respect de l'obligation de direction personnelle. Par la suite, le mandant est libre d'accepter ou de refuser l'utilisation du système d'IA.

9.3.2 Concrétisation de l'annonce du recours à l'IA

Les systèmes d'IA se distinguent par le fait qu'ils peuvent, le cas échéant, fournir (bien) plus que ce qu'un être humain peut faire. Il s'agit de la réalisation d'activités et d'évaluations qui ne peuvent plus être attribuées directement à l'activité humaine et qui ne peuvent plus être gérées par l'homme.

Dans le cas de l'utilisation d'un système d'IA en question, il faudra donc déterminer quelles sont les capacités correspondantes et les bases des capacités. Il ne suffit donc pas d'annoncer l'utilisation d'un système d'IA. Il est nécessaire de préciser également quels sont les fondements et les capacités ou les limites du système en question. Dans ce processus, il faut tenir compte du fait que, selon le projet de réglementation de l'UE, l'interprétation et l'application des lois font partie du domaine à haut risque de l'utilisation d'un système d'IA.

Il faut donc veiller à ce que le donneur d'ordre soit informé avant l'établissement d'un avis médical,

- quels sont les principes de base du système d'IA à utiliser
- quelles sont les capacités du système d'IA
- quelles sont les limites de l'utilisation
- dans quelle mesure des tests de sécurité ont été effectués.

Si l'accord du mandant pour l'utilisation de systèmes d'IA lors de l'établissement d'une expertise médicale est donné sur la base d'une communication correspondante - ou préalablement - , il faut ensuite s'assurer que les parties de l'expertise qui ont été réalisées sur la base de l'utilisation de systèmes d'IA soient identifiées. Il doit donc être indiqué, par exemple, que le résumé du dossier a été effectué sur la base d'un système d'IA.

9.4 Est-il justifié de formuler des exigences juridiques particulières pour le recours à l'IA lors de l'établissement des faits dans le cadre d'une expertise médicale?

9.4.1 Problématique

Les explications ci-dessus montrent que la réglementation légale actuelle relative à la procédure des expertises médicales dans le droit des assurances sociales (art. 44 LPGa) ne couvre pas la question de l'utilisation de systèmes d'IA.

En même temps, il s'avère qu'il est nécessaire d'établir des règles générales et abstraites à ce sujet. En effet, il semble particulièrement nécessaire de réglementer une multitude de processus analogues de manière générale, en tenant compte de la diversité des systèmes d'IA. Compte tenu de la grande incertitude qui entoure l'utilisation des systèmes d'IA, il est important de prévoir des règles générales en la matière.

Les points à régler dans le cadre d'une telle réglementation sont résumés ci-après.

9.4.2 Éléments d'une réglementation

- Dans un premier temps, il sera nécessaire de concrétiser la limite entre l'activité d'aide pouvant être déléguée et l'expertise devant être effectuée personnellement. On peut retenir que l'utilisation d'un système d'IA dans le cadre d'une simple activité auxiliaire bien délimitée est autorisée sans désignation particulière.
- Dans la mesure où - ce qui sera probablement le cas dans la majorité des cas - un système d'IA est utilisé en dehors des activités auxiliaires strictement définies, il convient de préciser qu'une telle utilisation présuppose un accord particulier (préalable) du mandant.
- Si un système d'IA est utilisé sur la base d'un accord du mandant, il est nécessaire d'inclure des explications supplémentaires dans l'expertise. Ces explications portent sur les points suivants :
 - o les bases du système d'intelligence artificielle
 - o les tests de sécurité effectués et leurs résultats
 - o capacités du système d'IA utilisé
 - o les limites du système d'IA existant.⁵¹

Pour identifier les parties de l'expertise médicale élaborées à l'aide de systèmes d'IA, il est ensuite nécessaire de désigner clairement les passages correspondants (par exemple en les mettant en évidence ou en les marquant).

10 Résumé et réponse à la question posée

10.1 Problématique

Il convient de répondre à la question suivante :

Quels sont les aspects juridiques à prendre en compte lorsque l'utilisation de l'intelligence artificielle doit être clarifiée dans le cadre de l'élaboration d'une expertise médicale selon l'art. 44 LPGA ?

⁵¹ Cf. à ce sujet la réponse de Kerstin Noëlle Vokinger, in: Interview Ruth Fulterer und Alan Niederer NZZ E-Paper du 07.10.2023 (traduction libre):

« Question : Que faut-il pour que les dispositifs médicaux soient aussi sûrs que possible ?

Réponse : Il faut plus de transparence en ce qui concerne les données avec lesquelles l'IA a procédé à l'apprentissage, la performance du produit et la fonction exacte du composant IA. Ces informations ne devraient pas seulement être communiquées à un organisme de contrôle, mais également être accessibles aux hôpitaux, aux médecins, aux patients ou à toute autre personne intéressée. C'est sur cette base que l'on peut décider si un produit convient à un patient et, sur le plan social, si les produits sont suffisamment sûrs ou si le droit doit être adapté.»

10.2 Situation de départ

L'art. 44 LPGA constitue la base juridique déterminante pour l'établissement d'expertises médicales dans le droit des assurances sociales. De telles expertises constituent un moyen de preuve important lors de l'examen du droit aux prestations, et en particulier du droit à la rente. Lors de la demande d'expertises médicales, l'assurance sociale doit procéder d'office et tenir compte des dispositions légales existantes.

La réglementation juridique des expertises médicales tient notamment compte du fait que l'appréciation du contenu des expertises pose des exigences élevées et qu'il est souvent difficile de vérifier la cohérence et l'objectivité des conclusions de l'expertise. Dans ce contexte, le droit procédural garantit que la demande d'expertise médicale soit effectuée de manière à ce que cette difficulté soit compensée par des garanties procédurales.

La jurisprudence a clarifié la question de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure des tâches peuvent être déléguées à des auxiliaires lors de l'établissement d'expertises médicales. La jurisprudence autorise une telle délégalation, tout en fixant des limites strictes aux tâches à déléguer. Il doit s'agir de tâches d'assistance technique effectuées sous la direction et la surveillance de la personne experte. Il s'agit par exemple de tâches techniques (analyses) ou de travaux de recherche, de rédaction, de copie ou de contrôle. Une telle assistance par un tiers qualifié pour des travaux auxiliaires secondaires est autorisée sans qu'il faille y voir une substitution nécessitant un accord, tant que la responsabilité de l'expertise, en particulier la justification et les conclusions ainsi que les réponses aux questions d'expertise, reste entre les mains de l'expert mandaté.

10.3 Admissibilité de principe de l'utilisation de l'IA lors de l'établissement d'expertises

L'utilisation de l'IA dans les expertises médicales peut prendre différentes formes et configurations. Il peut s'agir de tâches techniques subalternes. En outre, l'utilisation de l'IA peut également représenter l'exercice d'une activité à caractère intellectuel, qui permet d'obtenir des résultats qui n'étaient pas établis ou reconnus jusqu'alors.

L'utilisation de l'IA pour l'établissement d'expertises médicales ne peut pas être exclue d'emblée. Il est important de noter que l'article 44 de la LPGA pose certaines exigences en matière de droit procédural, qui sont notamment définies au regard de la grande importance des expertises médicales. Le droit procédural a une fonction de service qui doit garantir l'élaboration d'une expertise indépendante, objective et techniquement convaincante. Dans le droit des assurances sociales, il s'agit en premier lieu de l'exactitude matérielle. Dans la mesure où l'IA favorise l'exactitude matérielle - ce qui devra être garanti le cas échéant par des conditions-cadres -, il n'est pas évident que son utilisation soit sur le principe considérée comme inadmissible. Cette conclusion est confirmée par le fait que le Tribunal fédéral a admis, dans le cadre d'une pesée des intérêts, qu'une surveillance puisse être utilisée comme moyen de preuve

même sans base légale, avant que la surveillance ne soit réglementée par la loi. Le résultat de l'admissibilité de principe de l'utilisation de systèmes d'intelligence artificielle est en outre confirmé par le fait que des systèmes correspondants sont déjà utilisés aujourd'hui dans le domaine de l'assurance-maladie, sans que l'application du droit ou la jurisprudence n'ait conclu à l'existence d'une méthode non admissible.

10.4 Conditions générales de l'utilisation de l'IA lors de l'établissement d'expertises

Compte tenu de l'utilisation en principe possible de l'IA pour l'établissement d'expertises médicales, la suite de la présentation se concentre sur les conditions-cadres à respecter lors de l'utilisation de l'IA pour l'établissement d'expertises médicales. Il convient de distinguer deux domaines.

Dans la mesure où l'IA est utilisée pour une activité d'aide à l'élaboration d'expertises médicales (travail de recherche et autres activités similaires), aucune délimitation ou étape particulière n'est nécessaire.

Si l'IA est utilisée pour une activité qui sort du cadre (à délimiter étroitement) de l'activité auxiliaire, il s'agit de l'utilisation d'un instrument qui doit être assimilé à l'intervention d'une autre personne experte. C'est pourquoi une telle intervention doit répondre à des exigences procédurales supplémentaires. Il s'agit de fournir des informations sur :

- quels sont les principes de base du système d'IA à utiliser
- quelles sont les capacités du système d'IA
- quelles sont les limites de l'utilisation
- dans quelle mesure des tests de sécurité ont été effectués.

Le mandant doit donner son accord à l'utilisation de l'IA. En outre, l'expertise doit indiquer quelles parties de l'expertise ont été élaborées avec l'aide de l'IA.

La réglementation de ces points doit faire l'objet d'une réglementation, par exemple dans l'OPGA, ou en tout cas d'une directive de l'autorité fédérale compétente.

Zürich, 4. Décembre 2023



Prof. Dr.iur. Ueli Kieser

Littérature

Littérature juridique

BSK ATSG, Basel 2020

FISCHER SUSANNE/KOLLER DAVE/WIEDERKEHR ROLAND, Das externe Gutachterverfahren in der Sozialversicherung, Bern 2018

GLESS SABINE, Künstliche Intelligenz in der Gerichtsbarkeit, ZSR 2023 I 429-462

KIESER UELI, ATSG-Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2020

POLEDNA TOMAS/GÄCHTER THOMAS, Artificial Intelligence, Gesundheitsversorgung und Krankenversicherung, Jusletter 29. Januar 2018

SCHURR FRANCO A., Künstliche Intelligenz im Bereich der Entscheidung des Stiftungsrats, Liechtensteinische Juristen-Zeitung (LJZ) 2022 268-273

SCHWEIZER RAINER J., Zu den Rahmenbedingungen der ärztlichen Begutachtung in der Sozialversicherung, in: Schaffhauser René/Schlauri Franz (Hrsg.), Rechtsfragen der medizinischen Begutachtung in der Sozialversicherung, St. Gallen 1997, 227 ff.

VOKINGER KERSTIN NOËLLE/MÜHLEMATTEN URS JAKOB/BECKER ANTON/BOSS ANDREAS/REUTER MARK A./SZUCS THOMAS D., Artificial Intelligence und Machine Learning in der Medizin, in: Jusletter 28. August 2017

Littérature médicale

BISWAS, S. (2023). ChatGPT and the future of medical writing. *Radiology*, 307(2), e223312

GALANTE, N., COTRONEO, R., FURCI, D., LODETTI, G., & CASALI, M. B. (2023). Applications of artificial intelligence in forensic sciences: Current potential benefits, limitations and perspectives. *International Journal of Legal Medicine*, 137(2), 445-458

LIEBRENZ, M., SCHLEIFER, R., BUADZE, A., BHUGRA, D., & SMITH, A. (2023). Generating scholarly content with ChatGPT: ethical challenges for medical publishing. *The Lancet Digital Health*, 5(3), e105-e106

MILLER, D. D., & BROWN, E. W. (2018). Artificial intelligence in medical practice: the question to the answer?. *The American journal of medicine*, 131(2), 129-133

Obermeyer Ziad/Emanuel Ezekiel J., Predicting the Future – Big Data, Machine Learning, and Clinical Medicine, *N Engl J Med* 2016; 375:1216-1219