

Artificial intelligence brings real liability

How well can your board explain the organization's use and control of AI?

By Jeff Buckstein

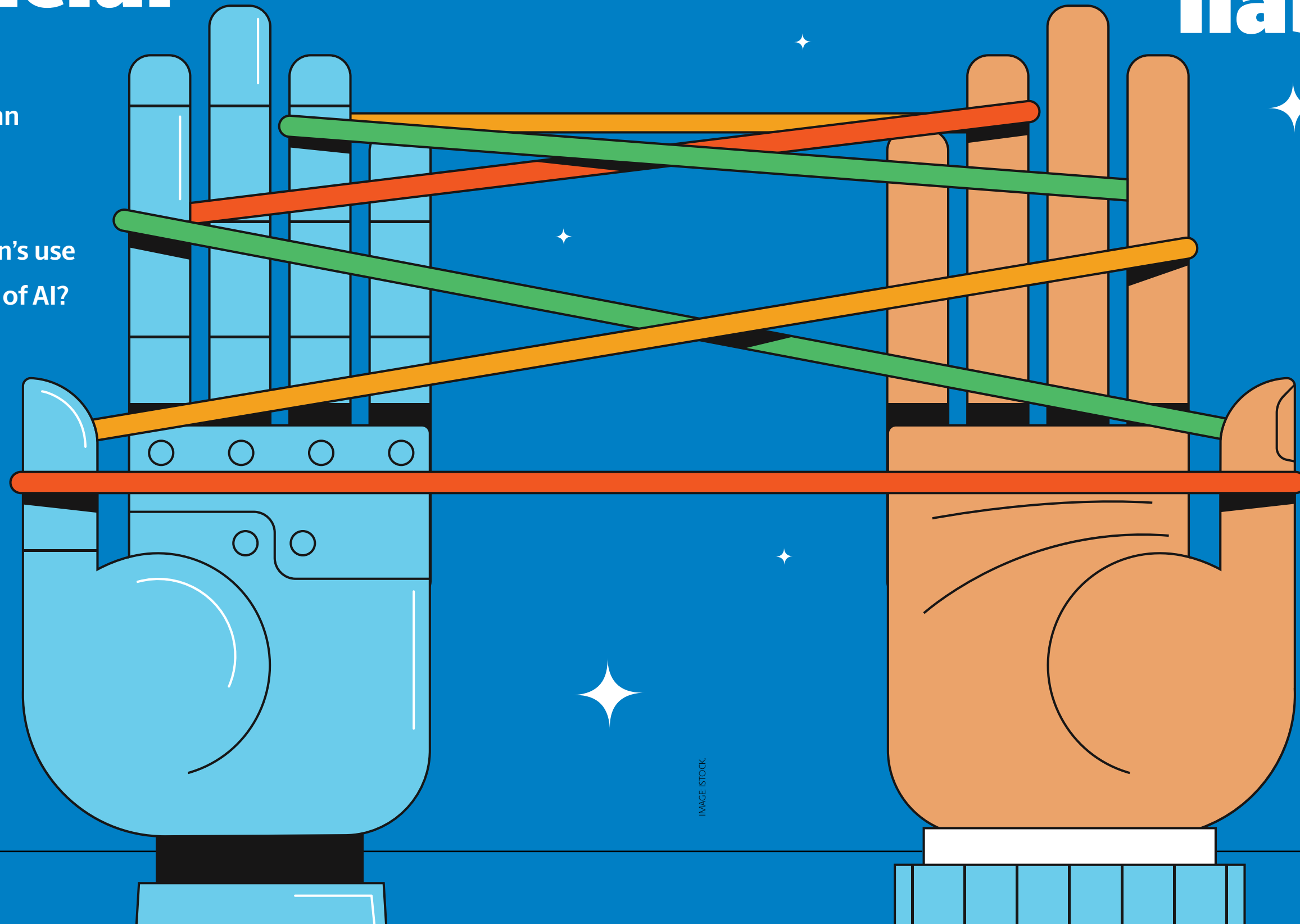


IMAGE: ISTOCK

A

Artificial intelligence becomes ubiquitous in our lives, board members should consider the growing impact of AI on their own company, especially how it affects their oversight responsibilities and liability.

“AI is now sufficiently material to most businesses such that a director or a board can breach their duties by not paying appropriate attention to AI,” says Marika Strobl, a partner with the law firm Lawson Lundell LLP in Calgary.

Grant Sprague, counsel for Blue Rock Law in Calgary, adds that it’s important for directors to understand how their organization is using AI and ensure that appropriate diligence is applied to it. The challenge is similar to how boards had to adjust when companies first started adopting computers, he says.

The goal isn’t to turn directors into data scientists. It’s to ensure the board asks the right questions, sets expectations for management and documents a record that shows care and judgment. Done well, oversight reduces liability and unlocks value; done poorly, it can create privacy breaches, discriminatory outcomes, and reputational harm and litigation risk that land squarely in the boardroom.

More than an IT issue

Directors are responsible for strategy and risk — two domains that AI is now reshaping. That breadth means the board must ensure it has enough AI literacy to interrogate management’s choices.

“AI literacy is still relatively nascent,” says Carole Piovesan, co-founder and principal of INQ Consulting in Toronto. But “Canadian boards [are putting] much more emphasis now on AI education.”

Board members should be aware of two key aspects of AI: its ubiquity as a result of rapidly growing use, and the way it has continuously become more sophisticated. “The AI of six months ago is not the AI of today, and it won’t be the AI in another three to five months. And that’s a real difficult thing to grasp,” Sprague says.

L’intelligence artificielle comporte de lourdes responsabilités

Votre conseil peut-il bien expliquer l’usage et le contrôle de l’IA par votre organisation?

Par Jeff Buckstein

Alors que l’intelligence artificielle devient omniprésente, les membres du conseil devraient envisager l’impact croissant de l’IA sur leur propre entreprise, en particulier la manière dont elle affecte leurs responsabilités en matière de supervision et de responsabilité civile.

« L’IA est maintenant suffisamment concrète pour la plupart des entreprises, de telle sorte qu’un administrateur ou un conseil qui ne lui accorde pas l’attention nécessaire peut enfreindre ses devoirs fiduciaires », affirme Marika Strobl, associée du cabinet juridique Lawson Lundell LLP de Calgary.

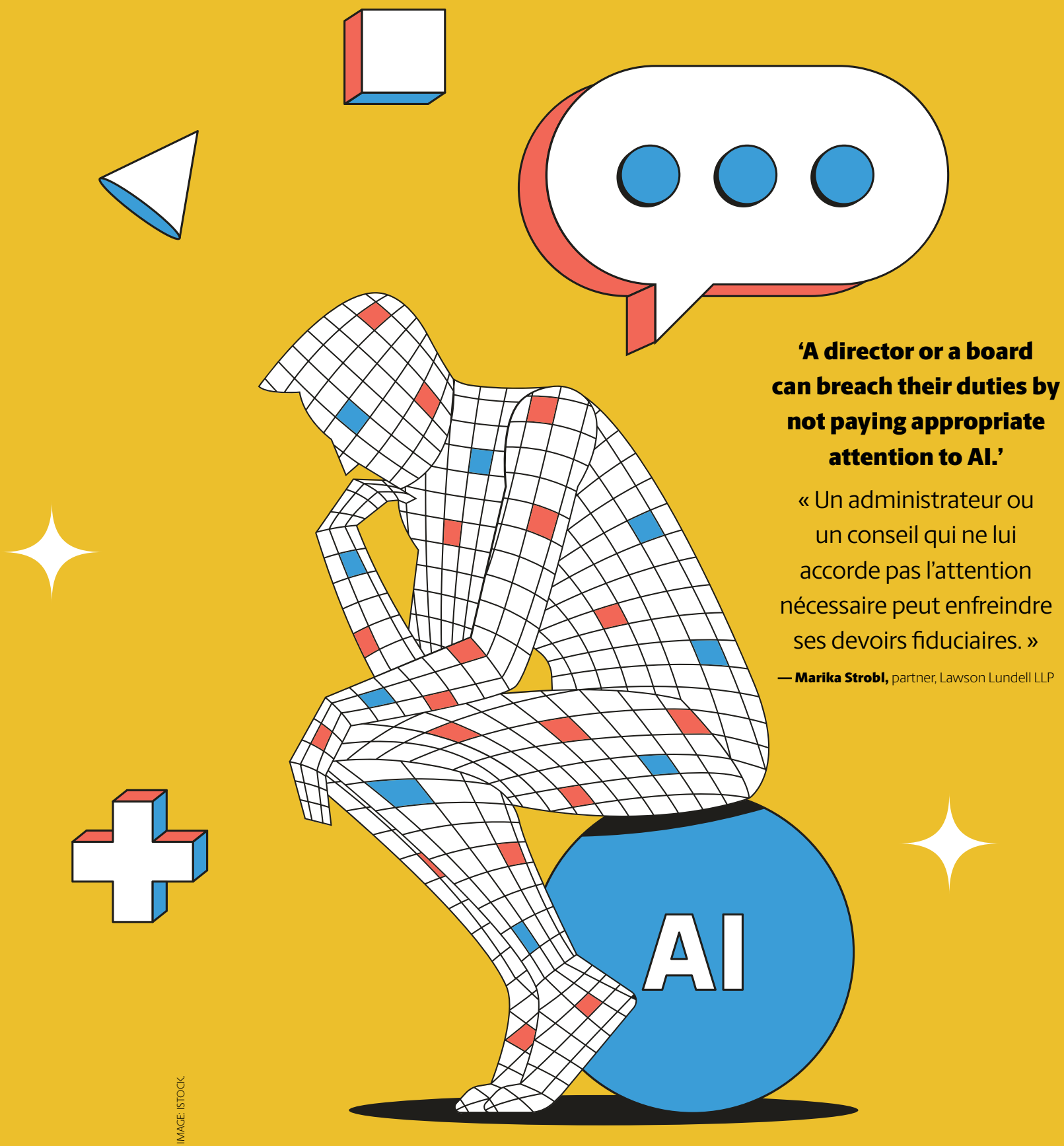
Grant Sprague, avocat chez Blue Rock Law de Calgary, ajoute qu’il est important pour les administrateurs de comprendre comment leur organisation utilise l’IA et de faire en sorte qu’une diligence appropriée y soit appliquée. Le défi est similaire à celui qu’ont dû relever les conseils lorsque les entreprises ont commencé à utiliser des ordinateurs, dit-il.

L’objectif n’est pas de transformer les administrateurs en scientifiques spécialistes des données. Il s’agit de s’assurer que le conseil pose les bonnes questions, établit des attentes pour l’équipe de direction et documente les décisions, faisant ainsi preuve d’attention et de jugement. Lorsqu’elle est bien menée, la surveillance réduit les responsabilités et libère de la valeur; lorsqu’elle est mal engagée, elle peut entraîner le non-respect de la vie privée, de la discrimination, des torts réputationnels et des risques de litige que le conseil doit assumer.

Plus qu’un enjeu de TI

Les administrateurs sont responsables de la stratégie et du risque — deux domaines que l’IA est en train de remodeler. L’ampleur de la tâche est telle que le conseil doit s’assurer que sa maîtrise de l’IA est suffisante pour questionner les choix de la direction.

« La maîtrise de l’IA est encore relativement naissante, explique Carole Piovesan, cofondatrice et directrice d’INQ Consulting de Toronto. Mais « les conseils d’administration au Canada mettent beaucoup plus d’emphase aujourd’hui sur la formation en IA. »



‘A director or a board can breach their duties by not paying appropriate attention to AI.’

« Un administrateur ou un conseil qui ne lui accorde pas l’attention nécessaire peut enfreindre ses devoirs fiduciaires. »

— Marika Strobl, partner, Lawson Lundell LLP

Directors need to receive and understand sufficient information about AI-related issues to be able to ask management tough questions and help steer the organization toward achieving its expected AI-related results, he says.

Board members should ask about management's overall plan for AI, including how AI will be used throughout the organization, and if the right resources are available to test outcomes. Directors should feel comfortable with the answers, including the sufficiency of information received, from management on these issues, he adds.

Directors must also determine if the underlying data used for AI is accurate and address the increasingly important issue of "having the human in the AI loop to ensure that the product at the end of the day is one that reflects judgment and wisdom," Sprague says.

There's no statutory checklist for AI oversight; courts will apply a type of contextual standard. What's "reasonable" for an AI-heavy financial institution will be different for a small private company, Strobl says.

A director's existing duty of care creates practical obligations that can be generalized as taking reasonable steps to understand the impact of AI and how it materially touches its business. That means asking questions such as "Do we have written policies on AI use?" and "How do we monitor compliance?" says Strobl.

An example of the board's proper delegation is to ask management to develop an AI framework, and to report quarterly on risks and implementation. The board then reviews those reports, asks probing questions and approves major initiatives, she adds.

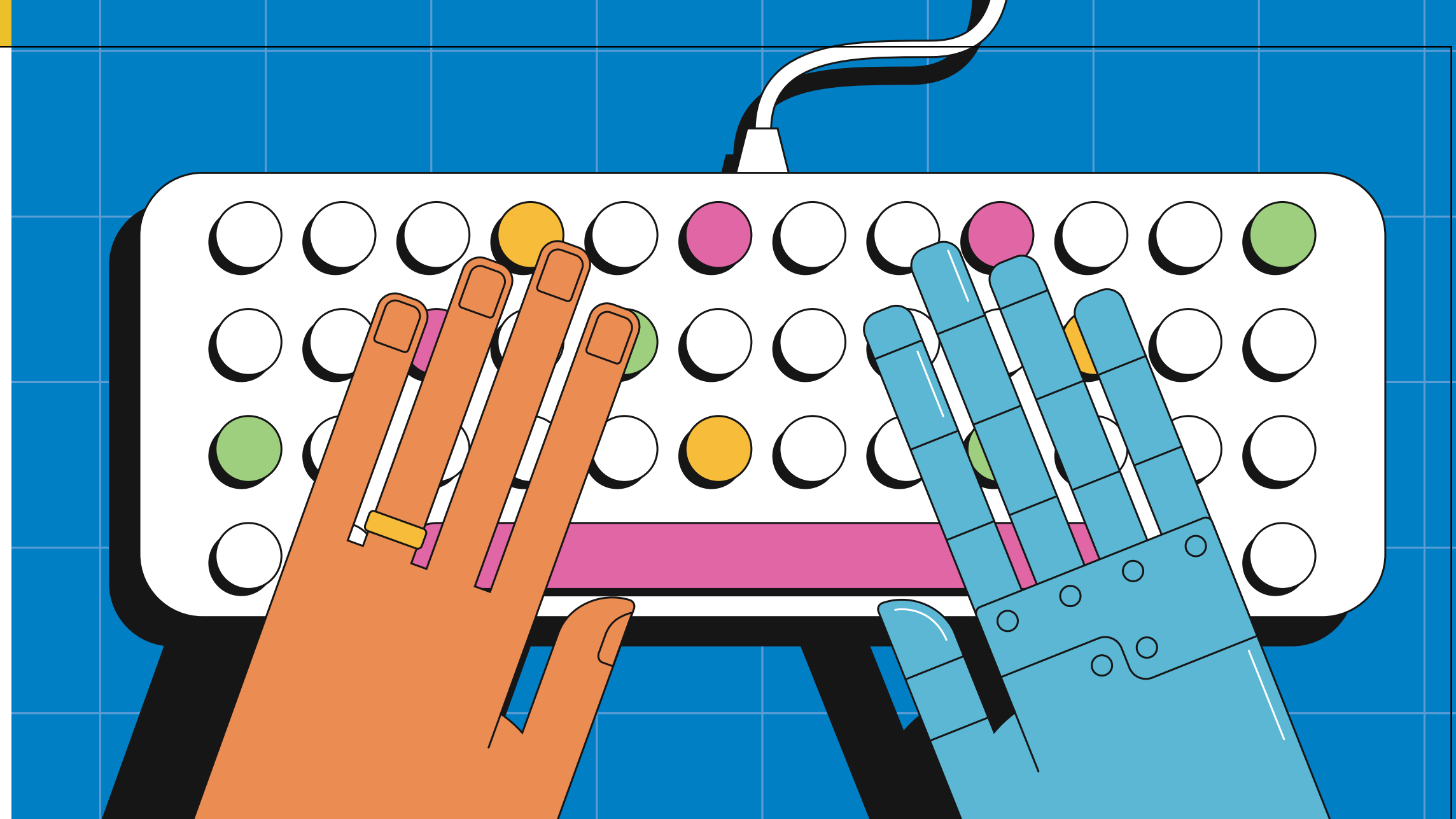
What doesn't work, and could in fact be an abdication of duties, would be the board saying "Our chief information officer handles AI, so we don't really discuss that at the board level," or "[a] consultant was hired to deal with AI, so we've left it to them," Strobl says.

Third-party exposure

Directors also need to be aware that third-party AI use, such as in their supply chain, will also generally affect their business.

Most organizations rely on third-party suppliers of AI systems. Developing a better understanding of who is involved in that supply chain, and what kind of oversight is underway within that organization, is essential, Piovesan says.

Organizations are responsible for choosing their vendors and overseeing them. If the vendor's AI system makes errors, has a bias or breaches privacy laws, courts



Les membres du conseil devraient prendre conscience de deux aspects clés de l'IA : son omniprésence résultant d'un usage croissant et la façon dont elle devient de plus en plus sophistiquée. « L'IA d'il y a six mois n'est pas l'IA d'aujourd'hui et sera encore différente dans trois à cinq mois. C'est un phénomène vraiment difficile à appréhender », soutient M. Sprague.

Les administrateurs doivent obtenir et comprendre suffisamment d'information sur les questions relatives à l'IA afin d'être en mesure de poser des questions difficiles à la direction et de guider l'organisation vers les résultats espérés en matière d'IA, ajoute-t-il.

Les membres du conseil devraient s'enquérir des projets globaux de la direction à propos de l'IA, y compris la manière dont l'IA sera utilisée à travers l'organisation et si les ressources adéquates seront disponibles pour tester les résultats. Les administrateurs devraient se sentir à l'aise avec les réponses, y compris la suffisance des renseignements reçus de la direction sur ces questions, ajoute-t-il.

and regulators typically don't accept 'it's not our responsibility,' as an excuse, Strobl says.

Therefore, she adds, directors must ask questions such as "Do we know which vendors use AI and where we're dependent on it?" and "What do we know about the visibility and monitoring of those risks?"

Risks and opportunities

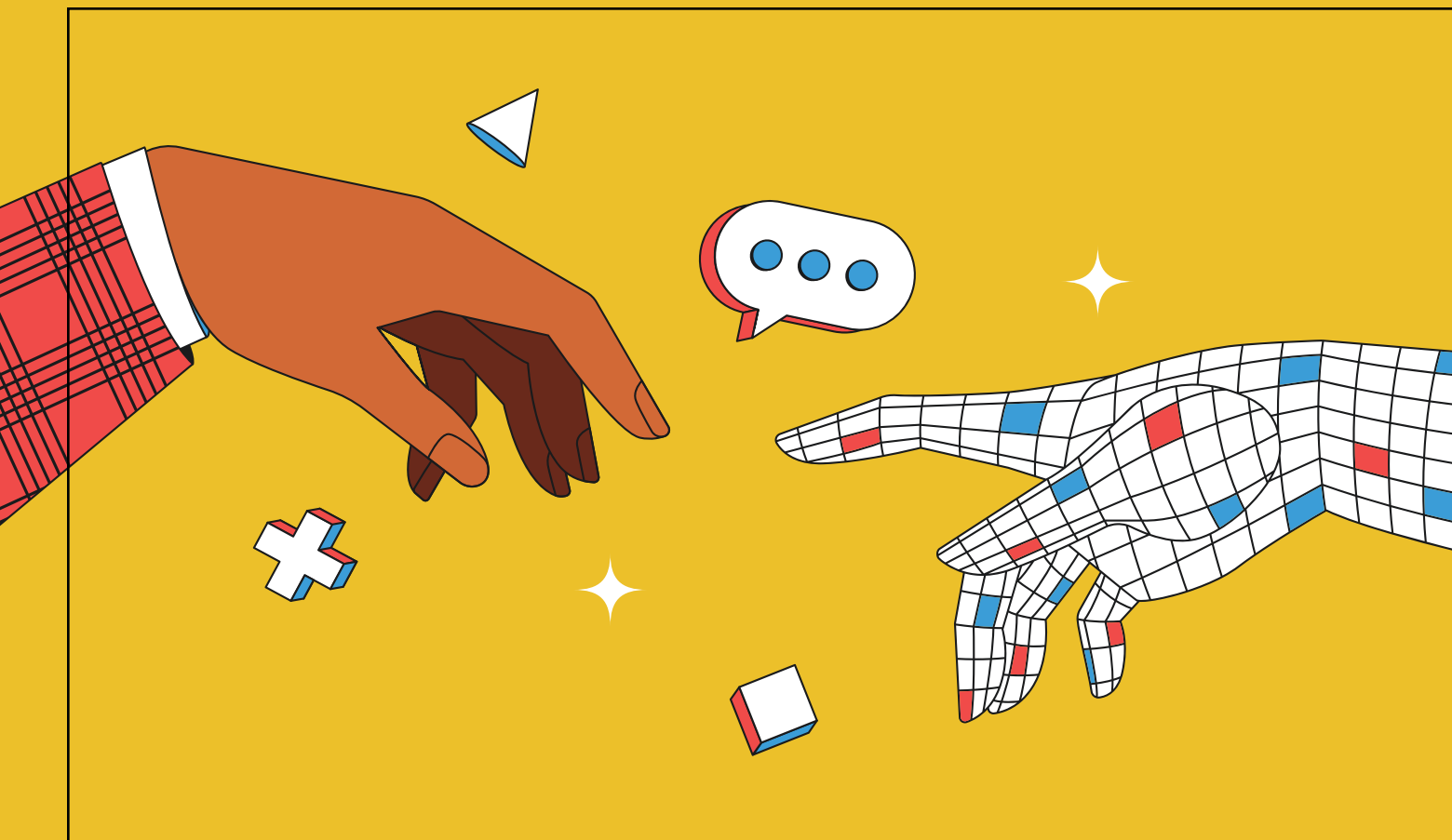
The potential for AI liability exposure is a growing concern for directors. In response, boards should consider how applicable laws are changing and what their organization can do to reduce risk. This should include discussions with management about what processes

Les administrateurs doivent également déterminer si les données sous-jacentes utilisées en IA sont exactes et répondent à l'enjeu de plus en plus important consistant à ce que « l'humain soit constamment dans le coup pour faire en sorte que le produit, au bout du compte, en soit un qui reflète la jugement et la sagesse », soutient M. Sprague.

Il n'existe pas de liste de contrôle réglementaire pour la surveillance de l'IA; les tribunaux appliqueront un type de norme contextuelle. Ce qui est « raisonnable » pour une institution financière lourdement engagée dans l'IA sera différent pour une petite entreprise privée, explique Mme Strobl.

L'obligation de diligence d'un administrateur crée des obligations pratiques qui peuvent être généralisées comme des étapes raisonnables dans la compréhension de l'impact de l'IA et de la façon dont elle touche concrètement son entreprise. Cela implique de poser des questions comme : « Avons-nous une politique écrite sur l'utilisation de l'IA? » et : Comment supervisons-nous la conformité? »

IMAGE: ISTOCK



are in place to assess and govern risk. For example, what is the organization's process for escalating risk decisions to the boardroom, Piovesan says.

"Increasingly, boards have to really educate themselves on these matters," she says. "We're in this acceleration phase. There is a major push to be adopting and using AI."

But just as the use of AI presents potential risks, it also poses possible rewards and opportunities if done right.

"I think, as a board of directors, you should be asking your management team how they are managing this issue, not only to prevent bad things from happening, but also to be very intentional about looking for the opportunities that AI presents in order to do their work better, more efficiently," Sprague says.

"I'm nervous that often we cast AI or AI tools as a negative. [But] there's also a benefit to using them. The trick is to get the balance right and ensure that operations are sufficiently well managed and that we are managing the risks, which ultimately is what the board does for all kinds of risks," he adds.

The federal government should be encouraging the use of appropriate AI tools in order to gain some competitive advantage, Sprague says. "We can either be

Un exemple de délégation appropriée du conseil consisterait à demander à l'équipe de direction de concevoir un cadre d'utilisation de l'IA et de présenter chaque trimestre un rapport sur les risques et la mise en œuvre. Le conseil examinerait alors ces rapports, poserait des questions approfondies et approuverait les initiatives majeures, ajoute Mme Strobl.

Ce qui ne marche pas et pourrait en fait représenter une abdication de ses devoirs fiduciaires, signale Mme Strobl, consisterait à ce que le conseil dise : « Notre directeur des systèmes d'information s'occupe de l'IA. Donc, nous n'en discutons pas vraiment au niveau du conseil' ou 'un consultant a été retenu pour gérer l'IA et nous lui en avons laissé la responsabilité.' »

L'exposition à une tierce partie

Les administrateurs doivent aussi savoir que l'usage de l'IA par une tierce partie, par exemple dans la chaîne logistique, affectera aussi généralement cette entreprise.

La plupart des organisations s'en remettent à des fournisseurs en tierce partie de systèmes d'IA. Le développement d'une meilleure compréhension des gens impliqués dans cette chaîne logistique et le genre de surveillance qui est en cours au sein de cette organisation sont essentiels, affirme Mme Piovesan.

Les organisations sont responsables du choix et de la surveillance de leurs fournisseurs. Si le vendeur d'un système d'IA commet des erreurs, fait preuve de partialité ou enfreint des lois sur la protection de la vie privée,

IMAGE: ISTOCK

'I'm nervous that often we cast AI or AI tools as a negative. [But] there's also a benefit to using them.'

« Cela me rend nerveux qu'on présente souvent l'IA ou ses outils sous un jour négatif. Mais il y a aussi des avantages à les utiliser. »

— Grant Sprague, counsel, Blue Rock Law LLP

observers, and to a certain degree be left behind, or we can be in the game. And we need to really make sure that Canada is in the game as we move forward."

Documenting the record

It is important that boards document their engagement with management on AI because, if a dispute arises later on, the record matters, Strobl says.

"If your minutes are silent on AI, even though it was discussed, the defence becomes a lot more challenging," she says.

A good test to fall back on, she adds, is would you be able to answer the question, "What did you personally do to understand AI's impact on your company?"

"If you can give a substantive answer, such as 'I attended board education sessions, I reviewed management reports, I asked questions about risks and governance, and approved policies after understanding what they covered,' then that suggests there's a decent process in place," Strobl says.

Documentation must be substantive. In addition to board minutes, directors' education on the issues should be documented alongside management's

les tribunaux et les autorités réglementaires n'accepteront généralement pas comme excuse : « Ce n'est pas notre responsabilité. »

Par conséquent, ajoute Mme Strobl, les administrateurs doivent poser des questions telles que : « Savons-nous quels fournisseurs recourent à l'IA et les domaines où nous dépendons d'eux? » Et aussi : « Que savons-nous sur la visibilité et la surveillance de ces risques? »

Risques et opportunités

Le potentiel lié à la responsabilité civile reliée à l'IA est une préoccupation croissante pour les administrateurs. Pour y répondre, les conseils devraient envisager de quelle manière changent les lois applicables et ce que leur organisation peut faire pour réduire ce risque. Cela devrait inclure des discussions avec la direction sur les processus en place pour évaluer et gouverner le risque. Par exemple, quel processus a cours dans l'organisation pour transmettre au conseil les décisions relatives au risque, explique Mme Piovesan.

« De plus en plus, les conseils doivent vraiment se former sur ces questions, dit-elle. Nous sommes dans cette phase d'accélération. Il y a une forte pression pour adopter et utiliser l'IA.

Mais au moment même où l'usage de l'IA présente des risques, il offre aussi des rétributions et des opportunités s'il est effectuée de manière appropriée.

« Je crois que comme conseil d'administration, on devrait demander à l'équipe de direction comment elle gère cette question, non seulement pour prévenir des événements malencontreux mais aussi pour être aux aguets sur les opportunités que présente l'IA afin de l'aider à travailler plus efficacement », affirme M. Sprague.

« Cela me rend nerveux qu'on présente souvent l'IA ou ses outils sous un jour négatif. Mais il y a aussi des avantages à les utiliser. Le truc est de trouver le juste équilibre et de faire en sorte que les opérations soient suffisamment bien gérées et que nous puissions maîtriser les risques, ce qui est en fin de compte le rôle du conseil en toutes circonstances », ajoute-t-il.

Le gouvernement fédéral devrait encourager l'usage d'outils d'IA appropriés afin d'obtenir un avantage concurrentiel, soutient M. Sprague. « Nous pouvons être des observateurs — et jusqu'à un certain point traîner de la patte — ou jouer le jeu. Et nous devons vraiment nous assurer qu'à mesure que nous avançons, le Canada joue le jeu. »

Documenter les dossiers

Il est important que les conseils documentent leur engagement auprès de la direction en matière d'IA parce que si une dispute survient plus tard, le dossier fait foi, explique Mme Strobl.

« Si vos procès-verbaux ne font aucune mention de l'IA, même si la question a été discutée, il devient beaucoup plus difficile de se défendre », dit-elle.

Un bon test sur lequel se rabattre, ajoute-t-elle, est de se demander si on serait en mesure de répondre à la question suivante : « Qu'avez-vous fait personnellement pour comprendre l'impact de l'IA sur votre entreprise? »

« Si vous êtes capable d'offrir une réponse substantielle, telle que 'j'ai participé aux séances de formation du conseil, j'ai examiné les rapports de

reports about AI. The basis for decisions made is also important to keep a record of, including concerns or dissents at the board level, she advises.

The potential for AI-related director liability will, of course, be heavily affected by existing and future laws and regulations in their respective jurisdictions.

Legal and regulatory

There is no overarching law at the federal level that sets out a general framework for regulating AI models or systems, says Strobl. Although the creation last year of a new cabinet position called the Minister of Artificial Intelligence and Digital Innovation raises the question of whether something might be in the pipeline, Strobl adds.

Existing statutes that cover everything from privacy and competition to anti-spam legislation and copyright are broad enough to encompass AI. As a result, boards should ensure that the way their organization uses AI complies with the relevant legislation, Strobl says.


There's also a federal voluntary code of conduct on AI put out by Innovation, Science and Economic Development Canada. "It's not binding, but it does provide guidance in terms of what due diligence and good governance looks like," Piovesan says.

She adds that she expects there will be a restatement of privacy law tabled by the federal government to help govern aspects of AI.

"My hope is that we raise a statutory framework or other guidance from the federal government [about AI] that's sensible [and] that allows for the variability within our industries across the country," adds Sprague.

In the meantime, Canadian directors will have to keep a close eye on the national and provincial/territorial landscape as laws and regulations adapt to the growing reality of AI.

The bottom line for boards

AI is now a board-level responsibility, and directors should be treating it as they would any material enterprise risk and capability. The board's objective is straightforward: ensure AI is used safely, lawfully and productively, in line with strategy and risk appetite. That should include building literacy, setting policy, documenting the record regularly and ensuring that management is allocating ownership, testing controls and monitoring vendors. 

la direction, j'ai posé des questions sur les risques et la gouvernance et j'ai approuvé des politiques après avoir compris de quoi il s'agissait », alors cela indique qu'un processus convenable est en cours », soumet Mme Strobl.

La documentation doit être substantielle. En plus des procès-verbaux, la formation des administrateurs autour de ces enjeux devrait être documentée tout comme les rapports de la direction sur l'IA. Il est aussi important de documenter la base des décisions prises, y compris les préoccupations ou dissidences au niveau du conseil, estime-t-elle.

Le potentiel de responsabilité de l'administrateur à l'égard de l'IA sera évidemment très affecté par les lois et réglementations existantes et futures dans chaque territoire.

Lois et règlements

Il n'existe pas de loi prédominante au niveau fédéral qui établit un cadre général pour réglementer les modèles ou systèmes d'IA, dit Mme Strobl. Bien que la création l'an dernier d'un nouveau poste appelé ministre de l'Intelligence artificielle et de l'Innovation numérique soulève la question de savoir si quelque chose pourrait être en gestation à cet égard, ajoute Mme Strobl.

Les statuts actuels couvrant à peu près tout, de la protection de la vie privée à la législation anti-spam en passant par la propriété intellectuelle, sont assez larges pour englober l'IA. En conséquence, les conseils devraient s'assurer que l'utilisation que fait leur organisation de l'IA soit conforme aux législations pertinentes.

Il existe aussi un code de conduite fédéral volontaire sur l'IA proposé par Innovation, Science et Développement économique Canada. « Ce code n'est pas contraignant, mais il offre une orientation sur ce à quoi ressemblent la diligence raisonnable et la bonne gouvernance », souligne Mme Piovesan.

Elle s'attend, ajoute-t-elle, à ce qu'il y ait une réaffirmation de la loi sur la protection de la vie privée déposée par le gouvernement fédéral pour gouverner certains aspects de l'IA.

« Mon souhait est que nous établissions un cadre statutaire ou une autre forme d'orientation de la part du gouvernement fédéral [au sujet de l'IA] qui soit pertinent [et] permette une certaine variabilité au sein de nos industries à travers le pays », souligne M. Sprague.

Entre-temps, les administrateurs canadiens devront garder l'œil ouvert sur les environnements national, provinciaux et territoriaux, à mesure que les lois et règlements s'adapteront à la réalité croissante de l'IA.

Le résultat pour les conseils

L'IA est désormais une responsabilité du conseil et les administrateurs devraient en traiter comme tout autre risque ou possibilité importants pour l'entreprise. L'objectif du conseil est simple : faire en sorte que l'IA soit utilisée de manière sécuritaire, légale et productive, conformément à la stratégie et à l'appétence au risque de l'organisation. Cela devrait notamment toucher le développement des connaissances, l'établissement de politiques, la documentation régulière des dossiers et la nécessité pour la direction d'attribuer les responsabilités, de tester les contrôles et de surveiller les fournisseurs. 