

Rozdział I. Wprowadzenie do prawnogospodarczej i regulacyjnej problematyki obrotu oprogramowaniem komputerowym w erze sztucznej inteligencji

§ 1. Pojęcie obrotu prawnego oprogramowaniem

Przed rozpoczęciem właściwego toku rozważań należy zdefiniować pojęcie obrotu cywilnoprawnego i odpowiedzialności w tym obrocie, gdyż to właśnie te pojęcia wyznaczają ramy niniejszej pracy. Obowiązujące przepisy prawne nie definiują żadnego z tych terminów, pozostawiając ustalenie ich znaczenia doktrynie, która nie jest w tym zakresie całkowicie jednomyślna, zwłaszcza jeżeli chodzi o zdefiniowanie pojęcia odpowiedzialności cywilnej. Przez obrót w literaturze prawa cywilnego rozumie się albo zjawisko faktyczne polegające na wymianie dóbr i usług o wartości majątkowej¹, albo zjawisko o podwójnej naturze, tzn. faktycznej – zakładającej przesunięcie, przekazanie lub udostępnienie przedmiotu obrotu oraz formalnej – powiązanej ze zmianą stanu prawnego przedmiotu obrotu, np. stosunków własnościowych². W odniesieniu do obrotu dotyczącego programów komputerowych bardziej uzasadniona jest definicja obrotu uznająca za jego immanentną cechę nie tylko faktyczną wymianę dobra prawnego (udostępnienie programu na nośniku materialnym lub bez takiego nośnika), ale także zmianę stanu prawnego dotyczącego dobra będącego przedmiotem wymiany (np. udzielenie licencji na korzystania z oprogramowania). W tradycyjnym ujęciu uznającym prymat autorsko-prawnej ochrony programów komputerowych, pojęcie obrotu oprogramowaniem komputerowym jest nierozzerwalnie powiązane z aspektem formalnym

¹ E. Łętowska, K. Osajda, w: System Prawa Prywatnego, t. 5, s. 38.

² K. Szpyt, Obrót dobrami wirtualnymi, s. 96.

ze względu na konieczność zawarcia umowy licencyjnej lub umowy przenoszącej autorskie prawa majątkowe, bez których sama czynność faktyczna polegająca na udostępnieniu oprogramowania nie zapewni chronionego przez prawo uprawnienia do korzystania z oprogramowania komputerowego. Uprowadzając jednak dalsze wywody, należy w tym miejscu zauważyć, że współczesny obrót prawny oprogramowaniem komputerowym odrywa się coraz częściej od programu komputerowego jako utworu. Owo oderwanie od statusu utworu programu komputerowego w obrocie można zaobserwować w następujących obszarach:

- 1) na gruncie praktyki obrotu, w umowach dotyczących oprogramowania jako usługi (SaaS), w odniesieniu do których przyjmuje się zasadniczo brak eksploatacji oprogramowania jako utworu na zarezerwowanych dla uprawnionego polach eksploatacji, a zatem przedmiotem świadczenia jest jedynie zapewnienie faktycznej możliwości korzystania z funkcjonalności oprogramowania;
- 2) poszerzania się puli oprogramowania niepodlegającego ochronie prawnoautorskiej ze względu na fakt jego wygenerowania nie przez człowieka, tylko przez sztuczną inteligencję, co oznacza, że zasady obrotu dotyczące oprogramowania ustanowione w prawie autorskim nie będą miały w tym przypadku zastosowania;
- 3) ustanowienia w obrocie konsumenckim przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/770 z 20.5.2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych³ zasad obrotu, w tym odpowiedzialności za dostarczanie treści cyfrowych, np. oprogramowania lub gier elektronicznych oraz usług cyfrowych pozwalających „na tworzenie, przetwarzanie lub przechowywanie danych w postaci cyfrowej bądź dostęp do nich, w tym usługi typu «oprogramowanie jako usługa», takie jak udostępnianie treści wideo i audio oraz innego rodzaju hosting plików, edycja tekstu lub gry oferowane w chmurze obliczeniowej i w mediach społecznościowych” (pkt 19 preambuły);
- 4) pośredniej dystrybucji oprogramowania, nie jako wydzielonego i samodzielnego dobra prawnego zbywanego lub licencjonowanego zgodnie z prawem autorskim, lecz – w związku z rozwojem internetu rzeczy – udostępnianego uczestnikom obrotu jako integralny element rzeczy ruchomej, co w obrocie konsumenckim znalazło wyraz w ustanowieniu przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/771

³ Dz.Urz. UE L Nr 136, s. 1 ze sprost.

z 20.5.2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów sprzedaży towarów⁴ nowej kategorii przedmiotu obrotu w postaci „towarów z elementami cyfrowymi”⁵ oraz zasad odpowiedzialności w obrocie konsumentskim w związku ze sprzedażą takiej nowej kategorii towarów.

Ze względu na silną we współczesnym prawie cywilnym podmiotową dywersyfikację obrotu, możemy w obrocie prawnym oprogramowaniem wyróżnić aż cztery rodzaje tego obrotu:

- 1) pierwotny obrót utworem (obróć autorski) dotyczący stosunków cywilnoprawnych pomiędzy rzeczywistym twórcą programu komputerowego a nabywcą praw lub licencji do programu, zdominowany przez regulację prawa autorskiego;
- 2) obrót wtórny powszechny dotyczący stosunków cywilnoprawnych w zakresie oprogramowania pomiędzy nie przedsiębiorcami, zdominowany przez prawo autorskie (choć w znacznie mniejszym stopniu niż w obrocie autorskim) oraz przepisy Kodeksu cywilnego;
- 3) wtórny obrót profesjonalny dokonywany pomiędzy przedsiębiorcami, regulowany przez prawo autorskie, z istotnymi korektami dotyczącymi niestosowania w tym obrocie określonych przepisów ustawy autorskiej dotyczących wyłącznie ochrony twórcy⁶ oraz przepisy Kodeksu cywilnego;
- 4) obrót konsumencki dotyczący stosunków cywilnoprawnych pomiędzy przedsiębiorcą a konsumentem⁷ zdominowany przez regulację z za-

⁴ Dz.Urz. UE L Nr 136, s. 28 ze sprost.

⁵ Zgodnie z art. 2 pkt 5 lit. b dyrektywy 2019/771 towary oznaczają „materialne rzeczy ruchome, które zawierają w sobie treści cyfrowe lub usługę cyfrową lub są z takimi treściami lub usługą wzajemnie połączone w taki sposób, że brak tych treści cyfrowych lub usługi cyfrowej uniemożliwiłby tym towarom pełnienie ich funkcji (zwane dalej «towarami z elementami cyfrowymi»)».

⁶ T. Targosz, w: T. Targosz, K. Włodarska-Dziurzyńska, Umowy, s. 22–23.

⁷ Należy podkreślić, że wprawdzie przepisy Kodeksu cywilnego oparte są na dychotomicznym podziale na przedsiębiorcę, czyli osobę fizyczną, prawną lub ułomną osobę prawną prowadzącą we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową (art. 43¹ KC) oraz konsumenta, czyli osobę fizyczną dokonującą z przedsiębiorcą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową (art. 22¹ KC), to jednak poszczególne przepisy mogą przewidywać regulacje odmienne, w ramach których za konsumenta uznaje się także przedsiębiorcę będącego osobą fizyczną, gdy gospodarczy cel działania takiego przedsiębiorcy nie jest w danym stosunku dominujący (por. motyw 17 preambuły dyrektywy 2011/83/UE w zw. z art. 38a PrKonsU, który od 1.1.2021 r. przyznaje prawo odstąpienia od umowy zawieranej poza lokalnym przedsiębiorstwem i umowach zawieranych na odległość także osobie fizycznej będącej przedsiębiorcą, gdy „z treści umowy wynika, że nie posiada ona dla tej osoby charakteru zawodowego”).

kresu ochrony konsumenta, w tym wzmiankowane powyżej dyrektywę 2019/770 oraz dyrektywę 2019/771, w którym to modelu istotna część odpowiedzialności związanej z obrotem oprogramowaniem stanowiącym „treść cyfrową” znajduje się poza obszarem prawa autorskiego, jak i Kodeksu cywilnego.

W związku z powyższym, wobec tak znaczącej dywersyfikacji podmiotowej obrotu, problematykę obrotu oprogramowaniem komputerowym, w tym zagadnienia odpowiedzialności, należy zawsze rozpatrywać przez pryzmat właściwego rodzaju (typu) obrotu wyznaczonego przez aspekt podmiotowy tegoż obrotu w postaci uczestników (stron) stosunku cywilnoprawnego dotyczącego oprogramowania. Nie istnieje zatem jeden homogeniczny „obrotu oprogramowaniem komputerowym”, lecz w istocie mamy do czynienia z poszczególnymi typami obrotu oprogramowaniem, które to typy różnią się od siebie w wielu aspektach, podlegając odrębnym, choć niekiedy krzyżującym się wyodrębnionym podmiotowo reżimom prawnym, z których każdy „ma właściwe sobie zasady, wewnętrzną systemową logikę”⁸.

W konsekwencji należy zauważyć, że analiza obrotu oprogramowaniem komputerowym musi uwzględniać wszystkie wskazane powyżej cztery typy obrotu, wraz z ich regulacjami prawnymi, gdyż w przeciwnym wypadku nie będzie kompletna, ze względu na pominięcie istotnego obszaru rynku i jego uczestników, choć oczywiście obrót powszechny w dziedzinie oprogramowania ma znaczenie raczej marginalne, gdyż kluczową rolę odgrywają stosunki prawne z twórcą oprogramowania (programistą), pomiędzy przedsiębiorcami (B2B) i w relacjach przedsiębiorców z konsumentami (B2C). Takie ujęcie wymaga rozważenia problematyki obrotu oprogramowaniem nie tylko na gruncie prawa autorskiego, ale także Kodeksu cywilnego oraz regulacji chroniących konsumenta, zwłaszcza że te ostatnie poprzez przyjęcie w maju 2019 r. zasygnalizowanych dyrektyw są w zakresie obrotu treściami cyfrowymi aktualnie najbardziej zaawansowane. Tym samym nie wydaje się uzasadnione marginalizowanie zagadnień związanych z obrotem treściami cyfrowymi, do których zalicza się oprogramowanie, ustanowionych w prawie konsumenckim,

Ponadto w prawie polskim od 1.1.2021 r. rozciągnięto ochronę przed niedozwolonymi klauzulami umownymi także na osoby fizyczne zawierające umowę bezpośrednio związaną z jej działalnością gospodarczą, gdy z treści tej umowy wynika, że nie posiada ona dla niej charakteru zawodowego, wynikającego w szczególności z przedmiotu wykonywanej przez nią działalności gospodarczej, udostępnionego na podstawie przepisów o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (art. 385⁵ KC).

⁸ E. Łętowska, K. Osajda, w: *System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 48.

które muszą zostać uwzględnione na równi z problematyką obrotu programem komputerowym wyznaczoną przez ustawę autorską, gdyż współkształtują obok prawa autorskiego zasady odpowiedzialności podmiotu udostępniającego konsumentowi program komputerowy, np. poprzez określenie momentu spełnienia świadczenia i chwili wykonania zobowiązania polegającego na dostarczeniu treści lub usługi cyfrowej (art. 5 ust. 1 i 2 dyrektywy 2019/770), subiektywnej i obiektywnej zgodności treści lub usługi cyfrowej z umową (art. 7 i 8 dyrektywy 2019/770), niewłaściwej integracji treści cyfrowych lub usługi cyfrowej ze środowiskiem cyfrowym konsumenta (art. 9 dyrektywy 2019/770), roszczeń konsumenta w przypadku niedostarczenia treści lub usług cyfrowych (art. 13 dyrektywy 2019/770) oraz roszczeń w przypadku braku zgodności z umową (art. 14 dyrektywy 2019/770), czy zmiany treści cyfrowych lub usługi cyfrowej (art. 19 dyrektywy 2019/770).

Przyjęta powyżej definicja obrotu cywilnoprawnego oprogramowaniem jako zjawiska faktycznego i prawnego oznacza oczywiście, że podstawowym instrumentem wymiany dóbr jest umowa, na podstawie której następuje przesunięcie majątkowe przedmiotu obrotu w postaci oprogramowania komputerowego. Program komputerowy cyrkuluje jednak w tym obrocie samodzielnie lub jako element rzeczy, np. pojazdu autonomicznego, oraz jest wykorzystywany nie tylko dla zaspokojenia potrzeb korzystającego, ale także dla świadczenia usług na rzecz osób trzecich. W rezultacie w wyniku funkcjonowania takiego oprogramowania może dojść do wyrządzenia szkody osobom, które nie są stroną żadnej umowy z udostępniającym lub korzystającym z oprogramowania, doprowadzając do powstania stosunku deliktowego pomiędzy programistą lub dystrybutorem oprogramowania a użytkownikiem końcowym lub osobą trzecią niekorzystającą z danego programu komputerowego, np. w przypadku botów wysyłających spam użytkownikom poczty elektronicznej wbrew ich wiedzy i woli lub produktu niebezpiecznego zintegrowanego z oprogramowaniem. Dlatego też na obecnym etapie rozwoju oprogramowania wyposażonego w algorytmy sztucznej inteligencji, które cechuje się autonomicznością podejmowanych działań bez udziału użytkownika, ocena odpowiedzialności w obrocie oprogramowaniem nie powinna ograniczać się jedynie do prawa umów, lecz musi również uwzględniać prawo deliktów, zarówno powszechnych, stypizowanych w Kodeksie cywilnym, jak i komercyjnych, uregulowanych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. O ile bowiem sam obrót oprogramowaniem dokonuje się na podstawie umów, o tyle odpowiedzialność za rynkowe funkcjonowanie oprogramowania na różnych stadiach tego ob-

rotu może powstać także w drodze bezumownej, w szczególności deliktowej lub na gruncie bezpodstawnego wzbogacenia.

§ 2. Odpowiedzialność cywilnoprawna w obrocie oprogramowaniem komputerowym – uwagi ogólne

Ze względu na fakt, że niniejsza praca koncentruje się na problematyce odpowiedzialności w obrocie oprogramowaniem komputerowym, w związku z tym istotnego znaczenia nabiera zdefiniowanie pojęcia odpowiedzialności i w dalszej kolejności odpowiedzialności cywilnej. Pomimo zgłaszanych w literaturze wątpliwości⁹, w wypowiedziach doktrynalnych dotyczących tego zagadnienia definiuje się za A. Stelmachowskim odpowiedzialność jako „zobowiązanie określonego podmiotu zagrożone sankcją cywilną”¹⁰ lub za Z. Radwańskim jako ujemne następstwa prawne przewidziane dla jakiegoś podmiotu w związku ze ziszczeniem się pewnych zdarzeń kwalifikowanych negatywnie przez system prawny¹¹, zaś odpowiedzialność cywilną jako „ponoszenie przed podmiot stosunków cywilnoprawnych ujemnych konsekwencji przewidzianych przez prawo cywilne za fakty ocenione ujemnie z punktu widzenia porządku prawnego i przypisane przez prawo cywilne temu podmiotowi”¹². Znamionną cechą tak rozumianej odpowiedzialności cywilnoprawnej jest to, że owa „sankcja” (ujemne następstwa) nie ogranicza się wyłącznie do obowiązku odszkodowawczego, lecz obejmuje całokształt negatywnych konsekwencji dla dłużnika¹³ w postaci np. odpowiedniego ukształtowania (przekształcenia, rozwiązania, odstąpienia, wypowiedzenia) stosunku prawnego, sankcję wadliwości czynności prawnej (nieważności, wzruszalności, bezskuteczności zawieszonyj czy względnej) lub uprawnienia do jednostronnego ukształtowania jej treści, waloryzacji świadczenia, roszczenia odszkodowawczego, czy roszczenia o zapłatę kary umownej, roszczenia z tytułu rękojmi lub gwarancji, przymusowego wykonania zobowiązania, a także powstania zobowiązania np. w przypadku wyrządzenia komuś szkody czynem niedozwolonym lub bezpodstawnego wzbogacenia. Można zatem stwierdzić, że **odpo-**

⁹ M. Kaliński, *Szkoda na mieniu*, s. 3.

¹⁰ A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, s. 209.

¹¹ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, s. 19.

¹² T. Dybowski, w: *System Prawa Cywilnego*, t. III, cz. 1, s. 167.

¹³ Szerzej zob. P. Konik, *Umowne kształtowanie odpowiedzialności dłużnika*, s. 15.

wiedzialność cywilna oznacza znajdujące umocowanie w normach prawa cywilnego negatywne oddziaływanie na sferę praw lub interesów określonego podmiotu, które to oddziaływanie następuje z mocy prawa (np. nieważność umowy), w wyniku realizacji uprawnień (w tym prawo kształtujących) lub roszczeń podmiotu uprawnionego. Tak szerokie ujęcie odpowiedzialności zmusza nas w obszarze obrotu oprogramowaniem komputerowym do prowadzenia rozważań nie tylko w wąskim zakresie dotyczącym wad czy usterek oprogramowania, ale także w szerszym kontekście związanym z całokształtem spektrum norm prawnych pozwalających na ustalenie, czy zachowanie strony stosunku cywilnoprawnego dotyczącego oprogramowania jest zagrożone „sankcją cywilną” np. zakresu swobody umów dotyczących oprogramowania, zwłaszcza w kontekście wyłączeń lub ograniczeń odpowiedzialności i dopuszczalnej treści stosunku prawnego (art. 75 ust. 2 PrAut), obowiązku specyfikacji pól eksploatacji i ich zakresu, jako elementu współokreślającego treść świadczenia podmiotu przenoszącego autorskie prawa majątkowe lub udzielającego licencji na program komputerowy (art. 41 ust. 2 w zw. z art. 50 w zw. z art. 74 ust. 4 PrAut), odpowiedzialności za zwłokę w dostarczeniu programu komputerowego (art. 54 PrAut) oraz za usterki (art. 55 ust. 1 PrAut) i wady prawne programu komputerowego (art. 55 ust. 2 PrAut), odpowiedzialności za dostarczenie treści cyfrowych lub usług cyfrowych i zakresu przysługujących uprawnionemu z tego tytułu roszczeń (art. 13 i 14 dyrektywy 2019/770), środków prawnych, np. wymiany towarów przysługujących konsumentowi w odniesieniu do sprzedaży przez przedsiębiorcę w obrocie konsumenckim towarów z elementami cyfrowymi (art. 2 pkt 5 lit. b w zw. z art. 13 i 14 dyrektywy 2019/771), roszczenia odszkodowawczego w przypadku unieważnienia patentu dotyczącego oprogramowania np. z powodu braku zdolności patentowej (art. 291 PrWłPrzem), ustalenia charakteru świadczenia w umowach innych niż umowa o dzieło autorskie, w szczególności w ramach dostarczania oprogramowania jako usługi i zasad oceny wykonania zobowiązań starannego działania (art. 750 w zw. z art. 471 i 472 KC), odpowiedzialności za produkt niebezpieczny zawierający program komputerowy (art. 449¹ KC), dochodzenia roszczeń z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w odniesieniu do nieuczciwych działań konkurentów na rynku w zakresie dotyczącym oprogramowania, nieograniczających się bynajmniej wyłącznie do naruszenia tajemnic przedsiębiorstwa, ale obejmujących także m.in. odpowiedzialność za utrudnianie dostępu do rynku, nieuczciwą lub zakazaną reklamę albo rozpowszechnianie fałszywych informacji o innym przedsiębiorcy w postaci tzw. *deep fake*.

Tradycyjnie w prawie cywilnym wyróżnia się dwa reżimy odpowiedzialności: odpowiedzialność kontraktową (*ex contractu*) oraz odpowiedzialność deliktową (*ex delicto*). Odpowiedzialność kontraktowa dotyczy niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania uprzednio istniejącego pomiędzy stronami, zaś jej przesłankami są szkoda wierzyciela spowodowana niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania przez dłużnika oraz związek przyczynowy pomiędzy szkodą a niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania przez dłużnika. Odpowiedzialność deliktowa dotyczy czynów niedozwolonych, gdzie negatywne następstwo w postaci obowiązku naprawienia szkody jest niezależne od istniejącego uprzednio pomiędzy stronami stosunku zobowiązaniowego, a samo świadczenie odszkodowawcze ma charakter pierwotny i główny¹⁴, zaś przesłankami odpowiedzialności deliktowej są: zdarzenie wyrządzające szkodę, szkoda oraz związek przyczynowy pomiędzy szkodą a zdarzeniem wyrządzającym szkodę. Oprócz tych tradycyjnych reżimów odpowiedzialności można wyróżnić, choć jest to przedmiotem doktrynalnych kontrowersji¹⁵, szczególne reżimy, jak np. odpowiedzialność z tytułu winy w kontraktowaniu (*culpa in contrahendo*), odpowiedzialność z tytułu naruszenia praw na dobrach niematerialnych¹⁶, odpowiedzialność z tytułu wykonywania praw podmiotowych oraz odpowiedzialność gwarancyjno-repartycyjną aktualizującą się głównie w dziedzinie ubezpieczeń, polegającą na pierwotnym i głównym obowiązku świadczenia odszkodowawczego na podstawie umowy w przypadku wystąpienia szkody. W kontekście tych wyróżnionych typów odpowiedzialności w obrocie oprogramowaniem komputerowym w erze sztucznej inteligencji podstawowym problemem jest związek przyczynowy, zwłaszcza w obszarze odpowiedzialności deliktowej niejednokrotnie prowadzący do niemożliwości przypisania odpowiedzialności deliktowej konkretnemu podmiotowi, co skutkuje powstaniem niespotykanej w prawie cywilnym luki w odpowiedzialności (tzw. *liability gap*), czyli sytuacji, gdzie nikt nie ponosi odpowiedzialności za wyrządzoną szkodę, podczas gdy fundamentem prawa cywilnego jest zasada wynagrodzenia szkody (*ubi ius, ibi reme-*

¹⁴ A. Śmieja, w: System Prawa Prywatnego, t. 6, s. 377.

¹⁵ Szerzej zob. M. Kaliński, Szkoda na mieniu, s. 28 i n.

¹⁶ Odpowiedzialność za naruszenie praw na dobrach niematerialnych, pomimo że nie jest warunkowana uprzednim istnieniem zobowiązania pomiędzy uprawnionym a naruszcycielem, nie jest klasyczną odpowiedzialnością deliktową, gdyż obowiązek odszkodowawczy nie jest w tym przypadku głównym świadczeniem zobowiązanego, lecz tylko jednym z wielu dostępnych uprawnionemu roszczeń.

dium)¹⁷. Mankamenty związane z przypisaniem odpowiedzialności na gruncie tradycyjnych jej typów skutkują propozycjami przypisania niektórym rzeczom z treścią cyfrową (robotom) oddzielnego statusu lub osobowości prawnej¹⁸, czy rozszerzenia w obszarze rozwiązań ze sztuczną inteligencją odpowiedzialności gwarancyjno-repartycyjnej poprzez rekomendowanie przez Unię Europejską – co zostanie szczegółowo omówione w dalszej części pracy – obowiązkowych ubezpieczeń robotów, czy ubezpieczeń projektantów sztucznej inteligencji oraz tworzenia specjalnych funduszy ubezpieczeniowych, co oznacza, że w obrocie rzeczami z treściami cyfrowymi (oprogramowaniem) lub samym oprogramowaniem na znaczeniu zaczną zapewne zyskiwać szczególne reżimy odpowiedzialności. Wyeksponowanie owych szczególnych reżimów odpowiedzialności za rozwiązania wyposażone w sztuczną inteligencję wydaje się też być związane ze zmianą filozofii odpowiedzialności deliktowej w tym obszarze. W tradycyjnym ujęciu odpowiedzialność z tytułu czynów niedozwolonych polega na przesunięciu ciężaru szkody z jednej osoby na drugą (indywidualnej kompensacji), podczas gdy współcześnie na znaczeniu zyskuje koncepcja społecznej (zbiorowej) odpowiedzialności (*distribution of loss*) zakładająca rozłożenie szkody poniesionej przez jednostkę na liczne grono osób należące do danej zbiorowości¹⁹. Projektodawca unijny zdaje się przyjmować założenie, że efektywny rozwój sztucznej inteligencji będzie możliwy tylko wtedy, gdy ryzyka związane z wprowadzaniem do obrotu rozwiązań z zakresu sztucznej inteligencji zostaną rozłożone pomiędzy szereg podmiotów, a więc twórców i projektantów²⁰, producentów, sprzedawców użytkowników²¹ oraz ubezpie-

¹⁷ Na ten aspekt wskazuje też rezolucja Parlamentu Europejskiego z 16.2.2017 r. zawierająca zalecenia dla Komisji w sprawie przepisów prawa cywilnego dotyczących robotyki (2015/2103(INL)) (Dz.Urz. UE C Nr 252, s. 239), pkt AE „Odpowiedzialność”.

¹⁸ Szerzej zob. K. Biczysko-Pudelko, D. Szostek, Koncepcje dotyczące osobowości prawnej robotów, s. 13.

¹⁹ G. Calabresi, Some Thoughts on Risk Distribution, s. 437; A. Szpunar, Odszkodowanie za szkodę majątkową, s. 136; T. Pajor, Przemiany w funkcjach odpowiedzialności cywilnej, s. 298; M. Kaliński, Szkoda na mieniu, s. 165.

²⁰ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 16.2.2017 r. (2015/2103(INL)) wskazuje w pkt M „Wprowadzenie”: „(...) tendencja do automatyzacji wymaga, aby osoby zaangażowane w rozwój i komercjalizację rozwiązań opartych na sztucznej inteligencji od samego początku kierowały się zasadami bezpieczeństwa i etyki, tak aby były świadome konieczności poniesienia odpowiedzialności prawnej za jakość technologii, którą tworzą”.

²¹ „Producenci, operatorzy, właściciele i użytkownicy mogą ponosić odpowiedzialność na zasadzie ryzyka za działanie lub zaniechanie działania przez robota” – rezolucja Parlamentu Europejskiego z 16.2.2017 r. (2015/2103(INL)), pkt AD „Odpowiedzialność”.

czycieli²², co wyjaśniałoby eksponowanie reżimu odpowiedzialności gwarancyjno-repartycyjnej jako istotnego modelu odpowiedzialności w tym sektorze.

W zakresie odpowiedzialności cywilnoprawnej, w szczególności deliktowej, istotne znaczenie ma nie tylko sam fakt istnienia odpowiedzialności, ale także zasady tej odpowiedzialności, które wyjaśniają przypisanie owych ujemnych następstw określonego podmiotowi oraz stanowią *ratio legis* dla obowiązku odszkodowawczego²³. Przyjęcie określonej zasady odpowiedzialności nie jest zatem tylko kwestią konstrukcji prawnych, lecz także swoistej polityki prawa cywilnego, gdyż poprzez ukształtowanie rygoryzmu (surowości) danej zasady odpowiedzialności ustawodawca może wpływać na pożądane kształtowanie się stosunków społecznych w obrocie, zmuszając np. przedsiębiorcę do podwyższenia standardów bezpieczeństwa wprowadzanych na rynek produktów. Tradycyjne prawo cywilne wyróżnia trzy zasady odpowiedzialności: winy, ryzyka i słuszności, jednak współcześnie wskazuje się, że taki podział nie jest już adekwatny, gdyż oprócz wskazanych zasad należy jeszcze wyróżnić odpowiedzialność na zasadzie bezprawności i odpowiedzialność absolutną²⁴. O ile w obszarze prawa umów wina ciągle zdaje się być podstawową zasadą odpowiedzialności, o tyle na gruncie prawa deliktów nie brakuje głosów wskazujących, że wobec systematycznego rozszerzania odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, zasada winy nie ma już charakteru wiodącego²⁵. W zakresie odpowiedzialności za oprogramowanie ze sztuczną inteligencją oraz rzeczy z treścią cyfrową w postaci robotów odstępuje się od zasady winy, podkreślając jej nieadekwatność w procesie ustalania odpowiedzialności za rozwiązania z zakresu sztucznej inteligencji²⁶. W rezolucji Parlamentu Europejskiego z 16.2.2017 r. zawierającej zalecenia dla Komisji w sprawie przepisów prawa cywilnego doty-

²² „Ewentualnym rozwiązaniem złożonego problemu ustalania odpowiedzialności za szkody spowodowane przez coraz bardziej autonomiczne roboty może być ubezpieczenie obowiązkowe, na wzór ubezpieczeń samochodowych; niemniej jednak podkreśla, że w przeciwieństwie do ubezpieczeń od wypadków drogowych, gdzie ubezpieczeniem obejmuje się działania i błędy człowieka, w systemie ubezpieczeń w dziedzinie robotyki należy wziąć pod uwagę wszelką możliwą odpowiedzialność w łańcuchu” – rezolucja Parlamentu Europejskiego z 16.2.2017 r. (2015/2103(INL)), pkt 57 „Odpowiedzialność”.

²³ W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Saffjan, E. Skowrońska-Bocian, Zobowiązania, s. 207.

²⁴ J. Kuźmicka-Sulikowska, Zasady odpowiedzialności deliktowej, s. 16.

²⁵ A. Śmieja, w: System Prawa Prywatnego, t. 6, s. 389; E. Bagińska, Prawo deliktów, s. 134.

²⁶ Tak A. Chłopecki, Sztuczna inteligencja, s. 27, który wskazuje, że odpowiedzialność za sztuczną inteligencję powinna opierać się na zasadzie ryzyka, „niezależnie od tego, czy mieści się to w przewidzianych obecnie regulacjach prawnych odnoszących się do zasady ryzyka. W praktyce oznacza to konieczność analizy i zmiany (w praktyce rozszerzenia) przepisów odnoszących się do przypadków odpowiedzialności na zasadzie ryzyka”.

czących robotyki²⁷, którą będzie przedmiotem dalszej analizy, wyraźnie stwierdza się, że odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez robota powinna opierać się na zasadzie ryzyka lub zasadzie zarządzania ryzykiem (pkt 53 „Odpowiedzialność”), wskazując, że „odpowiedzialność na zasadzie ryzyka wymaga jedynie dowodu powstania szkody oraz ustalenia związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy szkodliwym funkcjonowaniem robota a szkodą, jaką poniosła dana osoba” (pkt 54 „Odpowiedzialność”), zaś odpowiedzialność na zasadzie zarządzania ryzykiem „nie skupia się na osobie, «która działała w sposób niedbały» jako ponoszącej odpowiedzialność indywidualną, ale na osobie, która może, w określonych okolicznościach, zminimalizować ryzyko i podjąć działania w odniesieniu do negatywnych skutków” (pkt 55 „Odpowiedzialność”). Z powyższego wynika, że ustawodawca unijny rozważył ukształtowanie odpowiedzialności za sztuczną inteligencję na szóstą, niewyróżnianą dotąd przez doktrynę prawa cywilnego zasadzie odpowiedzialności w postaci zarządzania ryzykiem (*risk management*) znanej z sektora finansowego, korporacyjnego czy ubezpieczeniowego, stanowiącej element tzw. *compliance* czyli norm „zgodnościowych” wprowadzanych w organizacjach, nakładających na adresatów tych norm obowiązek zmierzający do zapewnienia działania organizacji w zgodzie z prawem powszechnie obowiązującym, jak i wewnętrznymi regulacjami (politykami i procedurami) danej organizacji²⁸. Zasada zarządzania ryzykiem opiera się na proaktywnym przewidywaniu potencjalnych zagrożeń i wdrożeniu w danej organizacji procedur zarządzających i zaradczych na podstawie modelu biznesowego danej organizacji, celów, dopuszczalnego ryzyka, otoczenia gospodarczego i konkurencyjnego oraz aktualnego i przewidywanego stanu rynkowego²⁹. Zasada zarządzania ryzykiem dopuszcza zatem pojawienie się zdarzeń mogących wyrządzić szkodę, jednak kładzie nacisk na przeciwdziałanie im, a w przypadku ich wystąpienia – na szybką eliminację poprzez wdrożenie i przestrzeganie odpowiednich standardów i procedur dotyczących przeciwdziałania i zarządzania ryzykiem związanym z oferowaniem lub wprowadzaniem do obrotu określonych produktów lub usług. Jak się wydaje, zasada zarządzania ryzykiem jest zbliżona w wielu aspektach do podejścia opartego na ryzyku (*risk-based approach*), przyjmowanym przez regulacje z zakresu danych osobowych, polegającym na zobligowaniu administratorów i podmioty przetwarzające dane osobowe do „przeprzo-

²⁷ 2015/2103(INL).

²⁸ T. Braun, Unormowania compliance, s. 13 i n.

²⁹ S. Ramakrishna, Enterprise Compliance Risk Management, s. 240.

wadzenia analizy ryzyka (wspartej w określonych sytuacjach oceną skutków dla ochrony danych), której wyniki należy uwzględnić przy tworzeniu środków technicznych i organizacyjnych na potrzeby odpowiedniego zabezpieczenia procesów gromadzenia i przetwarzania danych osobowych oraz zminimalizowania ryzyka naruszenia praw i wolności osób, których dane dotyczą³⁰. Podejście oparte na ryzyku opiera się na zasadzie rozliczalności, zasadzie uwzględniania ochrony danych osobowych na etapie projektowania (*privacy by design*) oraz zasadzie domyślnej ochrony danych (*privacy by default*). Chociaż aktualnie trudno jest przewidzieć, który z modeli odpowiedzialności za sztuczną inteligencję zostanie przyjęty przez ustawodawcę krajowego czy unijnego, to wydaje się, że zasada zarządzania ryzykiem, analogicznie jak w przypadku danych osobowych, powinna opierać się na przeprowadzeniu analizy ryzyka i wdrożeniu odpowiednich procedur oraz weryfikacji ich przestrzegania (rozliczalności) w określonym podmiocie. Nie ulega wątpliwości, że zasada zarządzania ryzykiem jest mniej surową zasadą odpowiedzialności niż zasada ryzyka, która wymaga w zasadzie wykazania jedynie powiązania przyczynowego pomiędzy szkodą a zdarzeniem wyrządzającym szkodę przy ograniczonym katalogu okoliczności egzoneracyjnych, podczas gdy zasada zarządzania ryzykiem nie ma tak jasno wyznaczonych konturów, co kreuje znacznie większe pole do zwolnienia się z odpowiedzialności przez dłużnika.

Z perspektywy wprowadzających rozważań istotne znaczenie mają też funkcje odpowiedzialności cywilnoprawnej rozumiane jako oddziaływanie na stosunki społeczne w kierunku założonym (pożądanym) przez ustawodawcę, sprowadzające się do funkcji kompensacyjnej (wyrównawczej), represyjnej, prewencyjnej (prewencyjno-wychowawczej) oraz repartycyjnej³¹. Funkcja kompensacyjna oznacza wyrównanie poszkodowanemu szkody tak, by jego majątek reprezentował taką samą wartość jak przed jej wyrządzeniem, funkcja prewencyjna sprowadza się do oddziaływania na potencjalnych sprawców szkód w celu zniechęcenia ich do podejmowania działań mogących prowadzić do powstania szkody, funkcja represyjna ma na celu ukaranie sprawcy szkody, zaś funkcja repartycyjna polega na rozłożeniu ciężaru

³⁰ Ch. Poszwiński, *Risk based approach*, s. 23.

³¹ W doktrynie brakuje jednomyślności co do wyodrębnienia poszczególnych funkcji odpowiedzialności odszkodowawczej oraz przyznania priorytetowego charakteru poszczególnym funkcjom – S. Prutis, *Instytucje podstawowe prawa prywatnego*, s. 377 i n.; W. Warkalło, *Odpowiedzialność odszkodowawcza*, s. 40, który za priorytetową uznaje wychowawczo-prewencyjną funkcję odpowiedzialności cywilnej. Z kolei A. Szpunar, *O funkcjach odpowiedzialności cywilnej*, s. 183, za wiodącą uznaje funkcję kompensacyjną.

ekonomicznego szkody na szerszą grupę społeczną. Za podstawową funkcję odpowiedzialności odszkodowawczej uznaje się zazwyczaj funkcję kompensacyjną, przy czym jedni autorzy traktują powyższą funkcję jako niekwestionowaną³², inni zaś podnoszą w tej materii istotne wątpliwości³³. Obrót oprogramowaniem komputerowym wykazuje pewne odrębności w zakresie realizowanych funkcji odpowiedzialności cywilnej przejawiające się głównie w dwóch aspektach. Po pierwsze, w obrocie oprogramowaniem komputerowym priorytetowe znaczenie ma funkcja kompensacyjna w wariancie restytucji naturalnej (art. 363 § 2 KC), polegająca na spełnieniu świadczenia, które było obowiązkiem dłużnika w naruszonym przez niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie zobowiązaniu³⁴. Oprogramowanie komputerowe, zwłaszcza to „szyte na miarę”, ma często dla danego przedsiębiorstwa istotne znaczenie przesądzające o jego sukcesie rynkowym czy nawet istnieniu, a w związku z tym, że nie ma charakteru zamiennego, wierzyciel jest zainteresowany otrzymaniem pierwotnego przedmiotu świadczenia, a sankcję odszkodowania pieniężnego traktuje jako wtórną. W podobnym kierunku zmierzają też regulacje w obrocie konsumenckim, ze względu na fakt, że dla konsumenta klasyczna sankcja cywilna w postaci obowiązku naprawienia szkody jest „mało atrakcyjna” z powodu trudności w dochodzeniu szkody, ustaleniu jej rozmiaru i adekwatności oraz rygoryzmu klasycznego prawa cywilnego w zakresie dostępności i rodzaju świadczeń zastępczych³⁵. Dlatego też w odniesieniu do treści i usług cyfrowych podstawowym środkiem prawnym dla konsumenta w przypadku niedostarczenia treści (usługi) cyfrowej jest żądanie przez konsumenta dostarczenia treści cyfrowych (art. 13 dyrektywy 2019/770), zaś w przypadku braku zgodności owych treści (usług) cyfrowych z umową konsument ma prawo żądać doprowadzenia przedmiotu umowy do zgodności z umową (art. 14 ust. 2 dyrektywy 2019/770). Podobnie w odniesieniu do sprzedaży konsumenckiej (także towarów z treścią cyfrową) pierwszym roszczeniem konsumenta jest żądanie doprowadzenia towarów do zgodności z umową poprzez naprawę lub wymianę (art. 13 ust. 1 dyrektywy 2019/771). Drugą odmiennością w obrocie oprogramowaniem komputerowym wyposażonym w algorytmy sztucznej inteligencji jest – o czym już wspomniałem powyżej – próba przesunięcia funkcji odpowiedzialności z kompensacyjnej w kierunku repartycyjnej, zwłaszcza poprzez

³² A. Śmieja, w: *System Prawa Prywatnego*, t. 6, s. 391.

³³ M. Tenenbaum, *Instytucja zadatku*, s. 213 i n.

³⁴ M. Kaliński, *Szkoda na mieniu*, s. 514.

³⁵ E. Łętowska, K. Osajda, w: *System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 62.

stworzenie mechanizmów ubezpieczeń i funduszy ubezpieczeniowych, w celu szerszej redystrybucji ryzyka związanego z projektowaniem oraz komercjalizacją autonomicznych rzeczy z treściami cyfrowymi lub samych treści cyfrowych, w tym programów komputerowych.

§ 3. Pojęcie programu komputerowego, robota, sztucznej inteligencji, treści i usług cyfrowych – delimitacja pojęć i ich znaczenie dla odpowiedzialności cywilnej

I. Wprowadzenie

Centralnym pojęciem niniejszej pracy jest program komputerowy, stąd konieczne jest określenie pojęcia samego programu komputerowego oraz jego nowej odmiany w postaci oprogramowania ze sztuczną inteligencją. Uprzedzając nieco dalsze rozważania, trzeba bowiem zauważyć, że wyposażenie oprogramowania komputerowego w algorytmy sztucznej inteligencji zmienia nie tylko technologiczną strukturę i zasady działania programu, ale ma też istotny wpływ na odmienną ocenę centralnego pojęcia odpowiedzialności, czyli „winy” zarówno w obszarze kontraktowym, jak i deliktowym. Od razu trzeba zaznaczyć, że program komputerowy występuje w obrocie w wielu różnych wariantach i modelach, np. wersji finalnej lub próbnej (*beta*) i to, z jakim wariantem oprogramowania mamy do czynienia, ma bezpośrednie przełożenie na problematykę odpowiedzialności, np. poprzez odmienne traktowanie dopuszczalnych wad w odniesieniu do oprogramowania w wersji próbnej udośćnianego nieodpłatnie. Jednocześnie trzeba wskazać, że obok pojęcia programu komputerowego w aktach prawnych oraz rozważaniach doktrynalnych używa się – często niekonsekwentnie, zamiennie i bez odpowiedniej dozy dokładności – także innych pojęć, np. robota. Zasadne jest zatem ustalenie rozumienia tych pokrewnych terminów i ich wzajemnej relacji nie tylko ze uwagi na konieczność zachowania precyzji terminologicznej, ale także ze względu na ustalenie właściwego reżimu odpowiedzialności, np. możliwości stosowania ustawy autorskiej w zakresie odpowiedzialności za wady w odniesieniu do programu komputerowego stanowiącego utwór lub wykluczenia stosowania

przepisów o odpowiedzialności za produkt niebezpieczny w odniesieniu do robota (tzw. bota) stanowiącego program komputerowy.

II. Pojęcie programu komputerowego – ujęcie tradycyjne

Przez oprogramowanie tradycyjne należy rozumieć oprogramowanie realizujące z góry określone przez użytkownika instrukcje, niedysponujące dozą zdolności do samodzielnego, tj. autonomicznego, działania. W literaturze z obszaru informatyki raczej unika się definiowania pojęcia programu komputerowego i jego komponentów, skupiając się bardziej na samym procesie tworzenia (*software development*), funkcjach, rodzajach programów czy relacjach pomiędzy nimi, czemu towarzyszy także rozbieżność terminologiczna polegająca na używaniu obok terminu „program komputerowy” także pojęć „oprogramowanie komputerowe” lub *software*. W piśmiennictwie pojawiają się głosy, że pojęcia te nie są tożsame i wskazuje się, że pojęciem podstawowym jest program komputerowy, zaś oprogramowanie komputerowe to zbiór połączonych funkcjonalnie programów, a *software* to oprogramowanie komputerowe oraz procedury i materiały dodatkowe opisujące sam program komputerowy i sposób jego działania, np. dokumenty projektowe i instrukcje operacyjne i systemowe, jak również interfejs użytkownika (*user interface*), wykresy czy struktura programu³⁶. Można jednak odnotować poglądy przeciwne, uznające tożsamość wskazanych pojęć i możliwość ich zamiennego stosowania³⁷. W związku z tym, że w obszarze nauk informatycznych brakuje jednoznacznej i spójnej definicji programu komputerowego, rekonstrukcja interesującego nas pojęcia wymaga zestawienia kilku definicji, gdyż żadna z nich zdaje się nie oddawać istoty problemu. Zabieg ten jest pożądanym także z punktu widzenia zapewnienia swoistej konwergencji pomiędzy techniczno-informatyczną definicją programu komputerowego a definicjami wypracowanymi przez doktrynę prawniczą³⁸. Syntezując rozproszone definicje programu komputerowego, można stwierdzić, że program komputerowy to zbiór instrukcji lub rozkazów potrzebnych do rozwiązania funkcji, zadania lub problemu (algorytm),

³⁶ Za takim rozróżnieniem opowiada się np. K. Sztobryn, *Ochrona programów komputerowych*, s. 21; B.B. Agarwal, S.P. Tayal, M. Gupta, *Software Engineering*, s. 2.

³⁷ Tak np. M. Porzeżyński, *Zdolność patentowa*, s. 2; W. Gogołek, *Informatyka dla humanistów*, s. 159.

³⁸ W literaturze podnosi się, że prawne definicje programu komputerowego bazują na „definicjach informatycznych”. Tak I. Matusiak, w: *Ustawa o prawie autorskim*, s. 492.