

**X Ka 227/13**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 maja 2013 r.

**Sąd Okręgowy w Warszawie X Wydział Karny Odwoławczy**

w składzie:

Przewodniczący Sędziowie:

SSO Agnieszka Zakrzewska

SO Urszula Myśliwska

SR del. Edyta Syczewska- Kuźniak (spr.)

Protokolant: sekretarz sądowy stażysta Maria Stachyra

przy udziale Prokuratora Andrzeja Józwicka

po rozpoznaniu w dniu 13 maja 2013 r.

sprawy Ł. F. (1) oskarżonego z art. 278 § 2 kk

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego dla Warszawy Mokotowa z dnia 12 grudnia 2012 r.. sygn. akt VIII K 86/11

orzeka:

zaskarżony wyrok uchyla i sprawę przekazuje Sądowi Rejonowemu dla Warszawy Mokotowa do ponownego rozpoznania.

Sygn. akt X Ka 227/13

## UZASADNIENIE

Ł. F. (2) został oskarżony o to, że:

w okresie od 1 marca 2007 do 16 kwietnia 2010 r. w Z. woj. (...) bez zgody osoby uprawnionej w celu osiągnięcia korzyści majątkowej uzyskał cudze programy komputerowe zainstalowane na dysku twardym (...) nr seryjny (...) o pojemności 40 GB w komputerze (...) nr seryjny (...) w postaci aplikacji:

- 3 szt. (...) / 2 o łącznej wartości 10.500 zł, działając tym samym na szkodę (...) sp.j. z/s w G., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

- 7 szt. (...) / 2 5.0 o łącznej wartości 24.500 zł działając tym samym na szkodę (...) sp. j z/s w G., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

- 1 szt. (...) o wartości 1350 zł, działając tym samym na szkodę (...) (...) z/s w J. reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

- 1 szt. (...) (...) o wartości 180,00 zł działając tym samym na szkodę (...) s.r.o./ D. Sp. zo.o. z/s w K., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

- 1 szt. O. (...) dla (...) o wartości 200 zł działając tym samym na szkodę (...) Sp. z o.o. z/s w W., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

- 1 szt. (...) 2000 wartości 900 zł działając tym samym na szkodę (...) Sp. z o.o. z/s w W., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

- 2 szt. (...) o łącznej wartości 660 zł działając tym samym na szkodę (...) S.A. z/s w W., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

- 1 szt. (...) (...) o wartości 1800 zł działając tym samym na szkodę (...) Sp. z o.o. z/s w W., reprezentowanych przez Kancelarię (...) W. ul (...),

- 1 szt. (...) (...) wartości 350 zł, działając tym samym na szkodę (...) reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

- 1 szt. (...) (...) (...) o wartości 300 zł działając tym samym na szkodę (...) C. (...) z/s w J., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

- 1 szt. (...) wartości 480 zł, działając tym samym na szkodę (...), reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

- 1 szt. (...) (...) (...) wartości 120 zł, działając tym samym na szkodę (...) S. (...) sp z o.o. z/s w G., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

- 2 szt. (...) C. (...) - (...) (...) (...) o łącznej wartości 440zł, działając tym samym na szkodę PHU (...) z/s w B., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

- 1 szt. (...) C. (...) - (...) (...) (...) o wartości 220 zł działając tym samym na szkodę PHU (...) z/s w B.- reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

- 1 szt. (...) (...) (...) wartości 220 zł działając tym samym na szkodę PHU (...) z/s w B.- reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

- 1 szt. T. U. 2008 wart. 130 zł, działając tym samym na szkodę (...), reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

- 2 szt. (...) T. (...) o łącznej wartości 1020 zł, działając tym samym na szkodę (...) S.A. z/s w G., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

oraz programy na 2 płytach CD:

- 1 szt. (...) C. (...) (...) - o wartości 220 zł, działając tym samym na szkodę PHU (...) z/s w B., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

- 1 szt. (...) C. (...) (...) o wartości 220 zł działając na szkodę PHU (...) z/s w B., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

- 1 szt (...) C. (...) (...) wartości 220 zł działając tym samym na szkodę PHU (...) z/s w B., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

- 1 szt. (...)C. (...) (...)wartości 220 zł działając tym samym na szkodę PHU (...) z/s w B., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

- 1 szt. (...) C. (...) – (...) (...) (...)o łącznej wartości 220 zł, działając tym samym na szkodę PHU (...) z/s w B., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

- 1 szt. (...) (...) (...)wartości 220 zł działając tym samym na szkodę PHU (...) z/s w B., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

tj. o czyn z art. 278 § 2 kk

**Wyrokiem z dnia 12 grudnia 2012 r. Sąd Rejonowy dla Warszawy Mokotowa w Warszawie w ramach czynu zarzuconego oskarżonemu Ł. F. (1) uznał go za winnego tego, że w okresie czasu od 15 maja 2007 r. do 16 kwietnia 2010 r. w Z. woj. (...) bez zgody osoby uprawnionej w celu osiągnięcia korzyści majątkowej uzyskał cudze programy komputerowe zainstalowane na dysku twardym (...) nr seryjny (...) o pojemności 40 GB w komputerze (...) nr seryjny (...) w postaci aplikacji:**

- 1 szt. (...) o wartości 1350zł, działając tym samym na szkodę (...) z/s w J. reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

-1 szt. (...) Antywirusowy (...) o wartości 180,00 zł działając tym samym na szkodę (...) s.r.o/ D. Sp. z o.o z/s w K., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

- 1 szt. O. (...) dla (...) o wartości 200 zł działając tym samym na szkodę G. (...) Sp. z o.o z/s w W., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

-1 szt. (...) (...) (...)wartości 900 zł działając tym samym na szkodę G. (...) Sp. z o.o z/s w W., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

- 2 szt. (...) o łącznej wartości 660 zł działając tym samym na szkodę (...) S.A. z/s w W., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

-1 szt. (...) (...) o wartości 1800 zł działając tym samym na szkodę M. (...) Sp. z o.o z/s w W., reprezentowanych przez Kancelarię (...) W. ul. (...),

-1 szt. N. E. (...) (...) wartości 350 zł, działając tym samym na szkodę NavTeq, reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

-1 szt. (...) (...) (...)o wartości 500 zł działając tym samym na szkodę (...) C. (...) z/s w J., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

-1 szt. (...) wartości 480zł, działając tym samym na szkodę OBDTool, reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

-1 szt. (...) (...) wartości 120 zł, działając tym samym na szkodę (...) sp. z o.o. z/s w G., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

-2 szt. (...) C. (...) - (...) (...) (...)o łącznej wartości 440 zł działając tym samym na szkodę (...) z/s w B., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

-1 szt. (...) C. (...) - (...) (...) (...)o wartości 220zł działając tym samym na szkodę PHU (...) z/s w B., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,

**-1szt. (...) (...) (...) wartości 220zł działając tym samym na szkodę PHU (...) z/s w B., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,**

**-1 szt. T. U. (...) wart. 130zł, działając tym samym na szkodę (...), reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,**

**-2 szt. (...) T. (...) o łącznej wartości 1020 zł, działając tym samym na szkodę (...) S.A. z/s w G., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) siedzibą w W.,**

**oraz programy na 2 płytach CD:**

**-1 szt. (...) C. (...) (...) o wartości 220zł, działając tym samym na szkodę PHU (...) z/s w B., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,**

**-1 szt. (...) C. (...) (...) o wartości 220zł działając tym samym na szkodę PHU (...) z/s w B., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,**

**-1szt. (...) C. (...) (...) wartości 220zł działając tym samym na szkodę PHU (...) z/s w B., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,**

**-1szt. (...) C. (...) (...) wartości 220zł działając tym samym na szkodę PHU (...) z/s w B., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,**

**-1 szt. (...) C. (...) - (...) (...) (...) o łącznej wartości 220 tym samym na szkodę PHU (...) z/s w B., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,**

**-1 szt. (...) (...) (...) wartości 220zł działając tym samym na szkodę PHU (...) z/s w B., reprezentowanych przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W.,**

**tj. czynu z art. 278 § 2 k.k. i za to na mocy art. 278 § 2 k.k. i art. 33 § 2 k.k. wymierzył mu karę 4 miesięcy pozbawienia wolności i grzywny w wymiarze 50 stawek dziennych, ustalając wysokość każdej stawki dziennej na kwotę 15 złotych. Na mocy art. 69 § 1 i 2 k.k. i art. 70 § 1 pkt 1 k.k. wykonanie orzeczonej kary warunkowo zawiesił na okres 2 lat tytułem próby; zaś na mocy art. 44 § 2 k.k. orzekł wobec oskarżonego środek karny przepadku dowodów rzeczowych wyszczególnionych w wykazie rzeczowych pod poz. 1 i 2 wykazu dowodów rzeczowych na karcie 60 akt zarządzając ich zniszczenie. Na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. zwolnił oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych, którymi obciążył Skarb Państwa.**

Od powyższego orzeczenia apelację wniósł obrońca oskarżonego, który na zasadzie art. 444 kpk zaskarżył wyrok w całości. Na podstawie art. 438 pkt 3 kpk wyrokowi zarzucił błąd w ustaleniach faktycznych polegający na uznaniu, że oskarżony bez zgody osoby uprawnionej uzyskał cudze programy komputerowe, mimo że takiemu pogładowi przeczą ustalenia biegłego, w szczególności zaś nie zostało wykazane, że programy były lub mogły być użytkowane, a instalacja nastąpiła przez obejście zabezpieczeń osoby uprawnionej. Obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez uniewinnienie oskarżonego od postawionego mu zarzutu, względnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

**Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Apelacja wniesiona przez obrońcę oskarżonego jest zasadna i jako taka zasługiwała na uwzględnienie, jednakże wniosek o uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu należy uznać za przedwczesny.

Zdaniem Sądu Odwoławczego zaprezentowana w pisemnych motywach wyroku argumentacja, która legła u jego podstaw wskazuje, iż dokonana przez Sąd I instancji ocena materiału dowodowego, jak i poczynione w jej następstwie

ustalenia faktyczne czynią skarżone rozstrzygnięcie wadliwym, co skutkowało jego uchynieniem i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania.

Jako okoliczność mającą przemawiać za sprawstwem oskarżonego Sąd meriti wskazał, że do ujawnionych programów komputerowych nie zostały dołączone dowody zakupu, licencje, t.j. dokumenty stwierdzające legalne wejście w posiadanie. Wobec czego – wywodził - programy, co do których producenci wymagają takich dokumentów, a nie zostały przedłożone są traktowane jak nielegalne, co narusza licencję oprogramowania. Stwierdzić należy, iż wnioskowanie takie stanowi niedozwolone domniemanie. Po pierwsze przy zakupie oprogramowania brak jest obowiązku uzyskania faktury, nie ma również obowiązku przechowywania otrzymanego paragonu. Nadto należy wskazać, iż w powszechnym obrocie odnośnie rozprowadzanych wśród klientów indywidualnych programów komputerowych nie zawiera się odrębnych umów licencyjnych, zaś warunki korzystania z programu dołączone są najczęściej do produktu, nierzadko ma to miejsce w formie elektronicznej, gdy program jest udostępniany w sieci. Jeśli Sąd nie ustalił, jakie były warunki uzyskania i korzystania z poszczególnych programów nie można tym samym dokonać ustaleń, iż oskarżony uczynił to wbrew tymże warunkom. Tym bardziej, że odnośnie szeregu z ujawnionych programów biegły nie wskazał nawet podmiotu zajmującego się dystrybucją produktu na terenie kraju („Dystrybutor w Polsce nieustalony zakup przez Internet”). Podkreślić należy również, iż z opinii biegłego wynikało, że nie jest możliwe stwierdzenie, czy ujawnione oprogramowanie zostało skopiowane z oryginalnych wersji.

Jak słusznie podnosił obrońca oskarżonego - odnośnie programu (...) (...) (...) biegły wskazał, że program ten jest dostępny do pobrania ze strony producenta, zaś licencja wskazuje, że program jest bezpłatny dla użytku niekomercyjnego. W sprawie nie zostało wykazane, że oskarżony uzyskał ten program bez zgody osoby uprawnianej i używał go dla celów komercyjnych. Podobnie odnośnie programu (...) (...) (...) który nie może być użytkowany komercyjnie bez rejestracji.

Sąd I instancji nie wyjaśnił również, dlaczego uznał, iż programy (...) (...) (...)i (...) (...)oskarżony miałby uzyskać bez zgody osoby uprawnionej. Z opinii biegłego wynika, iż programy te są w pełni funkcjonalne i zostały zarejestrowane.

W odpowiedzi na akt oskarżenia oskarżony wskazywał, że część z zakwestionowanych programów udostępniania jest przez producentów na ich stronach internetowych, gdyż dla korzystania z nich konieczne jest zakupienie dodatkowych urządzeń. Okoliczność ta nie została zweryfikowana w toku postępowania dowodowego. Tymczasem z treści opinii biegłego wynika, iż program (...) nie uruchamia się, sygnalizuje brak połączenia z urządzeniem lub zasobem sieciowym, również program (...) 2000 program prosi o klucz sprzętowy, z uwagi na brak możliwości jego podłączenia nie można stwierdzić, czy jest w pełni funkcjonalny. Należy przy tym pamiętać, że czyn z art. 278 § 2 kk może być popełniony jedynie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. W sytuacji, gdy dla uruchomienia programu konieczne jest dodatkowe oprzyrządowanie, w przypadku jego braku program jest w zasadzie bezużyteczny. Nie zostało wykazane, jaką korzyść majątkową oskarżony mógł uzyskać wchodząc w posiadanie takich programów.

Z opinii biegłego wynika, że nie było możliwe uruchomienie programu (...) z uwagi na brak pliku typu „exe”. Wobec powyższego biegły wskazał, iż program nie jest w pełni funkcjonalny i powinien zostać pominięty w opinii – do tej okoliczności Sąd I instancji w żaden sposób się nie odniósł. Wskazał natomiast, że podzielił wnioski zawarte w opinii i przyjął je za własne.

Nadto należy wskazać, iż z opinii biegłego sporządzonej w toku postępowania przygotowawczego wynika, że w odniesieniu do żadnego z programów nie odnaleziono plików typu „crack”, natomiast w opinii uzupełniającej sporządzanej na etapie postępowania sądowego wskazano, iż odnośnie programu (...) 32 odnaleziono ślady uruchomienia programu typu crack, nadto pliki tego typu ujawniono odnośnie programowania (...). Sąd Rejonowy dał wiarę opinii w całości, pomimo wskazanej sprzeczności, do której w żaden sposób się nie odniósł. Nie zostało wyjaśnione, skąd wynika ta rozbieżność i dlaczego dopiero na etapie opinii uzupełniającej biegły dostrzegł istnienia tychże plików.

Należy również zaznaczyć, iż odnośnie programu WinRAR 3.3x biegły wskazał, że nastąpiło prawdopodobne obejście zabezpieczeń producenta – jednakże nie wyjaśnił, w oparciu o jakie przesłanki wysnuł taki wniosek, dlatego też nie było

możliwe skontrolowanie prawidłowości wnioskowania w tym zakresie (przy czym sam biegły wskazywał jednocześnie, iż program ten jest czasowo bezpłatny - 40 dni).

W zakresie programu (...) biegły wskazał, iż program ten został zainstalowany w dniu 3.10.2007 r., zaś zgodnie z informacjami na stronach Gazety Prawnej płyta dodawana była w dniu 19.10.2010 r.. Tymczasem z zapisu na złożonej przez oskarżonego okładce programu wynika, iż należało go zarejestrować nie później niż do 20.06.2009 r. Wskazana więc przez biegłego data dystrybucji płyty budzi wątpliwość. Niezależnie od powyższego biegły wskazał, że analiza dat utworzenia katalogów nadrzędnych oprogramowania oraz instalacji systemu operacyjnego może sugerować, iż data systemowa mogła być modyfikowana. Tak więc sama data instalacji wynikająca z analizy zawartości dysku komputera ma wtórne znaczenie i nie może być rozstrzygającą dla oceny legalności uzyskania programu. Podnieść przy tym należy, iż data instalacji kilku ujawnionych programów jest wcześniejsza niż data zakupu komputera przez oskarżonego.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, iż część z ujawnionych u oskarżonego programów zawarta była na płytach CD-R. Oskarżony wyjaśnił, iż nabył je na giełdzie samochodowej – jednakże w sprawie brak jest dowodów wskazujących na datę uzyskania przez oskarżonego przedmiotowych płyt, a tym samym, iż zostały one nabyte w ustalonym przez Sąd meriti okresie. Przy czym odnośnie nabycia przedmiotowych płyt nie wydaje się być prawidłowa przyjęta przez Sąd Rejonowy kwalifikacja prawna czynu. Pamiętać należy, iż nabycie programu komputerowego w drodze paserstwa ustawodawca spenalizował w treści przepisu art. 293 § 1 kk. Jednakże rozważając przedmiotową kwestię przy ponownym rozpoznawaniu sprawy Sąd Rejonowy winien mieć na względzie treść przepisu art. 443 kpk.

Na marginesie należy zaznaczyć, iż przestępstwo z art. 278 § 2 kk nie jest ze swej natury przestępstwem trwałym. Przyjęcie, iż działania podejmowane w pewnym okresie stanowiły jeden czyn wymagało wykazania, iż stanowiły one realizację jednego, z góry powziętego zamiaru (wówczas kwalifikacja winna być uzupełniona o treść przepisu art. 12 kk) – jednakże okoliczność ta ma wtórne znaczenie w niniejszej sprawie, a to zważywszy na kierunek wniesionej apelacji.

Mając na względzie powyższe uchybienia stwierdzić należy, iż dokonana przez Sąd I instancji ocena ujawnionych w sprawie dowodów, jak i poczynione w jej następstwie ustalenia faktyczne, czynią zaskarżone rozstrzygnięcie wadliwym. W toku postępowania przed Sądem Rejonowym nie zostały wyjaśnione wszechstronnie okoliczności sprawy, zaś dokonane ustalenia faktyczne nie w pełni znalazły podstawę w ujawnionych w sprawie dowodach. Okoliczności te skutkowały uchyleniem wyroku i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania Sąd I instancji. W jego toku Sąd Rejonowy w odniesieniu do każdego z ujawnionych u oskarżonego programów rozważy, czy został on uzyskany istotnie bez zgody osoby uprawnianej. W przypadku zaś gdyby ustalenie takie nie było możliwe w oparciu o zgromadzone w sprawie dowody uzupełni w niezbędnym zakresie postępowanie dowodowe – poprzez dopuszczenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego, bądź też zwracając się o dodatkowe informacje do producentów, czy dystrybutorów poszczególnych programów. Wyniki postępowanie dowodowego oceni zgodnie z dyrektywami art. 7 kpk, a w dalszej kolejności wnikliwie ustali stan faktyczny, bacząc jednocześnie na kierunek apelacji w kontekście art. 443 kpk.

Mając na względzie powyższe okoliczności Sąd Okręgowy orzekł jak w wyroku.