

Sygn. akt II AKa 308/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 stycznia 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku II Wydział Karny

w składzie:

Przewodniczący: SSA Włodzimierz Brazewicz

Sędziowie: SSA Sławomir Steinborn (spr.)

SSO del. Marek Kryś

Protokolant: sekr. sądowy Joanna Tomaszewska

przy udziale Prokuratora Prokuratury (...) w G. A. B.

po rozpoznaniu w dniu 7 listopada 2017 r. i 17 stycznia 2018 r.

sprawy

Ł. U. (1), s. E., ur. (...) w L.

oskarżonego o czyn z art. 278 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. oraz o czyn z art. 278 § 2 k.k. w zb. z art. 116 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawach autorskich i prawach pokrewnych w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

na skutek apelacji wniesionych przez prokuratora i obrońcę oskarżonego oraz zażalenia pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego

od wyroku Sądu Okręgowego we Włocławku z dnia 6 kwietnia 2017 r., sygn. akt **II K 42/15**,

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1) w pkt I oskarżonego Ł. U. (1) uznaje za winnego tego, że w okresie od sierpnia 2008 r. do 27 lipca 2010 r. w L., gm. K., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej w krótkich odstępach czasu ze z góry powziętym zamiarem nabył interfejsy do diagnostyki pojazdów V. i O. będące nośnikami rozpowszechnianego bez uprawnienia oprogramowania komputerowego należącego do R.-T. (...) oraz (...), w ilości 38 sztuk (...) i 88 sztuk OP-C. o łącznej wartości 332.992 zł oraz rozpowszechniał bez uprawnienia programy komputerowe (...) i (...)C. do diagnostyki samochodów grupy V. oraz programy komputerowe OP-C. do diagnostyki samochodów marki O., w ten sposób, że zwielokrotnił je na płytach CD i sprzedawał wraz z interfejsami na aukcjach Allegro, czyniąc sobie z tego stałe źródło dochodu, czym wyrządził A. K. prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą (...) w B. szkodę w wysokości 164.800 zł, czyn ten kwalifikuje z art. 118 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 880 z późn. zm.) w zb. z art. 116 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. i za to przy zastosowaniu art. 11 § 3 k.k. na mocy art. 116 ust. 3 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych skazuje go na karę roku pozbawienia wolności, której wykonanie na podstawie art. 69 § 1 k.k. i art. 70 § 1 pkt 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. warunkowo zawiesza na okres 3 (trzech) lat próby;

2) uchyla pkt 2;

3) w pkt 3 obniża wysokość orzeczonego wobec oskarżonego obowiązku naprawienia szkody do kwoty 164.800 (sto sześćdziesiąt cztery tysiące osiemset) złotych;

4) w pkt 4 podwyższa wysokość zasądzonych od oskarżonego kosztów zastępstwa procesowego do kwoty 27.589,40 (dwadzieścia siedem tysięcy pięćset osiemdziesiąt dziewięć i 40/100) złotych;

II. utrzymuje zaskarżony wyrok w pozostałej części w mocy;

III. na podstawie art. 634 k.p.k. w zw. z art. 627 k.p.k. zasądza od oskarżonego Ł. U. (1) na rzecz oskarżyciela posiłkowego A. K. koszty ustanowienia pełnomocnika w postępowaniu odwoławczym w wysokości 1.771,20 (tysiąc siedemset siedemdziesiąt jeden i 20/100) złotych brutto, zaś na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. zwalnia oskarżonego od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych za postępowanie apelacyjne i obciąża nimi Skarb Państwa.

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy we Włocławku wyrokiem z dnia 2 czerwca 2014 r. uznał Ł. U. (1) za winnego występku z art. 278 § 2 k.k. i art. 278 § 2 k.k. w zb. z art. 116 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k., za który wymierzył mu karę roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności, zawieszając warunkowo jej wykonanie tytułem próby na okres 3 lat. Jednocześnie na podstawie art. 46 § 1 k.k. Sąd orzekł wobec oskarżonego obowiązek naprawienia szkody poprzez uiszczenie na rzecz pokrzywdzonego kwoty 532.192 złotych.

Wskazany wyrok wskutek apelacji obrońcy oskarżonego został wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 5 marca 2015 r., sygn. II AKa 398/14, uchylony i sprawa została przekazana Sądowi Okręgowemu we Włocławku do ponownego rozpoznania.

Wskutek ponownego rozpoznania sprawy Sąd Okręgowy we Włocławku wyrokiem z dnia 6 kwietnia 2017 r., sygn. II K 42/15, uznał oskarżonego Ł. U. (1) za winnego tego, że w okresie od sierpnia 2008 r. do dnia 27.07.2010 r. w L. gm. K. działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, w krótkich odstępach czasu, ze z góry powziętym zamiarem, bez zgody uprawnionego podmiotu nabył programy komputerowe uzyskane za pomocą czynu zabronionego w postaci interfejsów do diagnostyki pojazdów V. i O. w ilości nie mniejszej niż 38 sztuk (...) i 88 sztuk OP C. o łącznej wartości 332.992 zł oraz programy komputerowe do obsługi urządzeń diagnostycznych (...) (wcześniej (...) C.) i OP C., które wielokrotnie na płytach CD oraz rozpowszechniał sprzedając na aukcjach Allegro wraz z interfejsami, czyniąc sobie z tego stałe źródło dochodu i doprowadzając do straty w kwocie nie mniejszej niż 168.800 zł, powodując tym samym stratę znacznej wartości w łącznej kwocie 501.792 zł na szkodę firmy (...) w B., to jest występku z art. 293 § 1 k.k. w zw. z art. 291 § 1 k.k. w zb. z art. 116 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn. z 2010 r. Nr 156, poz. 1016) w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. i za ten czyn na podstawie art. 294 § 1 k.k. w z art. 11 § 3 k.k. wymierzył mu karę roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności, której wykonanie na podstawie art. 69 § 1 k.k. i art. 70 § 1 pkt 1 k.k. warunkowo zawiesił tytułem na okres 3 lat próby.

Wskazany wyrok Sądu Okręgowego we Włocławku zawiera również rozstrzygnięcia o:

1) orzeczeniu na mocy art. 46 § 1 k.k. obowiązku naprawienia szkody poprzez uiszczenie przez oskarżonego na rzecz pokrzywdzonej (...) A. K. kwoty 332.992 złotych,

2) zasądzeniu od oskarżonego na rzecz pokrzywdzonego kwoty 9.433 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego,

3) zwolnieniu oskarżonego z obowiązku uiszczenia opłaty i obciążeniu go wydatkami poniesionymi przez Skarb Państwa w toku postępowania.

Od wskazanego wyroku apelację wniósł **oskarżyciel publiczny**. Zaskarżył on wyrok w części dotyczącej środka kompensacyjnego na niekorzyść oskarżonego, zarzucając mu błąd w ustaleniach faktycznych polegający na zasądzeniu

na rzecz pokrzywdzonego środka kompensacyjnego tytułem naprawienia szkody poprzez uiszczenie na rzecz pokrzywdzonego kwoty 332.992 zł, zamiast zgodnie z poczynionymi ustaleniami kwoty 501.792 zł.

W konkluzji oskarżyciel wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku „poprzez wskazanie kwoty 501.792 zł w miejsce kwoty 332.992 zł”.

Apelację od wyroku wniósł również **obrońca oskarżonego**. Zaskarżył on wyrok w całości i zarzucił mu:

1) naruszenie przepisów prawa procesowego w postaci art. 228 k.p.k. w zw. z art. 229 k.p.k. poprzez ich niezastosowanie i przekazanie pokrzywdzonemu materiałów zajętych w toku dokonania czynności przeszukania miejsca działalności oskarżonego stanowiących dowody rzeczowe w sprawie, zanim zostały dokonane oględziny i zanim dokonano niezbędnych czynności w toku postępowania przygotowawczego, co tym samym doprowadziło do utraty przez w/wym. materiały cech niepodważalnego i jednoznacznego dowodu w niniejszej sprawie, a nadto brak precyzyjnego protokołu przekazania materiałów dowodowych pokrzywdzonemu, pozwalającego jednoznacznie zweryfikować, iż zwrócone do badań materiały, to te same materiały, które wcześniej zostały wydane pokrzywdzonemu,

2) naruszenie przepisów prawa procesowego w postaci art. 193 k.p.k. w zw. z art. 217 k.p.k. poprzez brak właściwego zabezpieczenia materiałów mogących stanowić dowód w sprawie i przekazanie ich pokrzywdzonemu w sposób również budzący wiele wątpliwości, tj. bez skrupulatnego spisania i opisanie przekazywanych materiałów, co wykluczyło możliwość sporządzenia przez powołanych biegłych jasnej i jednoznacznej opinii, albowiem sami biegli wskazywali, iż nie można wykluczyć dokonania zmian w sprzęcie przekazanym do analizy, a nadto biegli również akcentowali niedopuszczalność przekazania dowodów rzeczowych pokrzywdzonemu w celu dokonania badań,

3) naruszenie przepisów prawa procesowego w postaci art. 4 k.p.k. i art. 7 k.p.k. poprzez brak bezstronności i dowolną oraz wybiórczą ocenę materiałów dowodowych zgromadzonych w toku postępowania skutkującą przekroczeniem granic swobodnej oceny dowodów przeprowadzonej tylko i wyłącznie na niekorzyść oskarżonego, poprzez uznanie, iż fakt przekazania materiału dowodowego w posiadanie pokrzywdzonemu nie może rzutować uznaniem, iż podejmował on jakiegokolwiek działania, w sytuacji gdy nie zostało to wykluczone, a nadto pokrzywdzony biorąc pod uwagę fakt uzyskania obowiązku naprawienia szkody miał interes w wykazaniu, iż szkoda faktycznie zaistniała, a nadto podejmowania działań mających na celu wykazanie dużego rozmiaru powstałej szkody,

4) naruszenie przepisów prawa procesowego w postaci art. 442 § 3 k.p.k. poprzez niedostosowanie się przy ponownym rozpoznaniu w sprawie to zapatrywań prawnych i wskazań Sądu odwoławczego zawartych w uzasadnieniu uchylającego wyroku w sprawie z 5 marca 2015 r. wydanego do sygn. II AKa 398/14, a który to tenże nakazał, aby prowadząc postępowanie na nowo Sąd pierwszej instancji między innymi:

a. „jednoznacznie zweryfikował, czy zwrócone przez pokrzywdzoną firmę (...) materiały dowodowe, są tymi materiałami, które zajęto w toku czynności przeszukania pomieszczeń należących do oskarżonego i świadka M. B. (1), a następnie przekazano firmie (...) do badań”,

b. „rozważył, czy zgodnie z dyrektywą 2009/24/WE elementy programu komputerowego, na których opierają się interfejsy, podlegają ochronie na podstawie tego aktu prawnego”,

c. dokonał dogłębnej analizy zeznań świadków – nabywców z portalu Allegro, których depozycje ujawniono bez odczytywania w postępowaniu jurysdykcyjnym,

5) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wydanego orzeczenia, mający wpływ na jego treść, a polegający na przyjęciu, iż:

- a. oskarżony zajmował się dystrybucją programów komputerowych, podczas gdy faktycznie oskarżony zajmował się zbywaniem interfejsów, czyli swoistych „łączników”, wykorzystywanych do połączenia programu z samochodem i nie są one programem komputerowym,
- b. swoim działaniem oskarżony spowodował szkodę po stronie A., podczas gdy zgodnie z uzyskanymi z korespondencji z Kancelarią (...) informacjami, oskarżony uzyskał wiedzę, iż zastrzeżone są tylko znaki towarowe, zaś urządzenia typu interfejs nie podlegają wymogom na gruncie prawa patentowego, rozwiązania wykorzystywane w ramach interfejsów nie podlegają ochronie, a tym samym trudno doszukać się naruszenia prawa ze strony oskarżonego,
- c. przyjęcie w zarzucie, iż oskarżony posiadał 38 sztuk interfejsów (...) oraz 88 sztuk interfejsów O., podczas gdy w toku czynności przeszukania, jak wynika z protokołu czynności zabezpieczono 32 sztuki interfejsów (...) oraz 85 sztuk interfejsów O., przy czym zostały one przekazane pokrzywdzonemu i wobec nawet tych zmian trudno wykluczyć brak ingerencji ze strony pokrzywdzonego,
- d. przyjęcie, iż oskarżony dopuścił się na rzecz pokrzywdzonego szkody na kwotę 501.792 zł, w sytuacji gdy kwota ta odpowiada oryginalnemu oprogramowaniu do diagnostyki pojazdów, zaś oskarżony sprzedając interfejsy jedynie korzystał z nieaktywowanej wersji oprogramowania, które jest ogólnodostępne w internecie, służącego do jednorazowego użycia, nie zawierającego całej opcji możliwości, jakie posiada oryginalny program, a tym samym trudno mówić o jakiegokolwiek szkodzie w sytuacji, gdy nabywca interfejsu sam mógł pobrać program z internetu, a nadto interfejs nie był przeznaczony tylko i wyłącznie do tych programów, ale jest łącznikiem uniwersalnym,
- e. oskarżony działał z pełną świadomością, iż jego działania są sprzeczne z prawem, podczas gdy jak zostało wykazane w toku postępowania oskarżony zbierał informacje co do możliwości dystrybucji interfejsów, jak również legalności wykorzystywania programu udostępnionego w internecie, a nadto uzyskał z Kancelarii (...) informacje, iż urządzenia jakimi są interfejsy nie podlegają zastrzeżeniu, wobec tego nie ma możliwości naruszenia prawa dokonując ich dystrybucji, a nadto oskarżony nabywał interfejsy na terenie C. w sposób legalny, zgłaszał je do Urzędu Celnego, co również potwierdza brak świadomości co do nielegalności podejmowanych działań.

W petitum apelacji obrońca oskarżonego wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Na zawarte we wskazanym wyroku rozstrzygnięcie o kosztach procesu w zakresie zwrotu pokrzywdzonemu kosztów zastępstwa procesowego zażalenie wniósł **pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego**. Zarzucił temu rozstrzygnięciu naruszenie przepisów postępowania w postaci art. 627 k.p.k. w zw. z art. 616 § 1 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 92 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 87 § 1 k.p.k. w zw. z art. 88 § 1 k.p.k. w zw. z art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z § 14 ust. 2 pkt 5 w zw. z pkt 7 w zw. z § 16 w zw. z § 2 ust. 1 i 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu w zw. z § 21 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie, wobec pominięcia w rozstrzygnięciu wydatków, jakie poniósł oskarżyciel posiłkowy w związku z ustanowieniem w sprawie pełnomocnika, na skutek nieuwzględnienia wniosku o zasądzenie od oskarżonego na rzecz oskarżyciela posiłkowego kwoty 30.197 zł, udokumentowanych fakturami wystawionymi z tytułu zastępstwa prawnego oraz rozliczeniem kosztów dojazdu pełnomocnika na kolejne rozprawy.

Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia w przedmiocie kosztów w zaskarżonej części poprzez zasądzenie od oskarżonego na rzecz oskarżyciela posiłkowego ponad dotychczas zasądzoną należność dodatkowo kwoty 20.764 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Zarzuty podniesione w apelacji obrońcy zasługiwały na uwzględnienie jedynie w niewielkiej części. Niezasadna w całości okazała się natomiast apelacja oskarżyciela publicznego. Z kolei zażalenie pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego należało uznać co do zasady za trafne.

Kwestia ingerencji w interfejsy stanowiące dowody rzeczowe w sprawie (zarzuty nr 1-3 i 5c apelacji obrońcy). Nie można odmówić racji skarżącemu, który podnosi, iż w toku postępowania przygotowawczego dopuszczono się obrazy przepisów art. 228 k.p.k. w zw. art. 229 k.p.k., polegającej na tym, że zatrzymane u oskarżonego interfejsy zostały przekazane pokrzywdzonemu bez uprzedniego dokonania ich oględzin. Jak wynika z protokołów czynności przeszukania pomieszczeń należących do M. B. (1) (k. 32-34) oraz pomieszczeń należących do Ł. U. (1) (k. 44-46), w obu przypadkach sporządzono spis i opis rzeczy, w którym wskazano ilość i rodzaj zatrzymanych interfejsów. Uchybienie polega na tym, że nie przeprowadzono natomiast utrwalonej protokolarnie czynności oględzin zatrzymanych interfejsów, a także że nie sporządzono protokołu ich przekazania pokrzywdzonemu.

Wskazany fakt nie dowodzi jednak w żaden sposób, że – jak twierdzi obrońca – w wyniku przekazania zatrzymanych interfejsów pokrzywdzonemu doszło do ingerencji w te przedmioty i w konsekwencji odebrało to im charakter niepodważalnego i jednoznacznego materiału dowodowego, a już tym bardziej wykluczyło możliwość sporządzenia przez biegłych badających interfejsy jasnej i jednoznacznej opinii. Należy bowiem przypomnieć, że zgodnie z art. 438 pkt 2 k.p.k. uchybienie przepisom postępowania może prowadzić do zmiany lub uchylenia zaskarżonego orzeczenia tylko, jeżeli mogło mieć ono wpływ na treść orzeczenia. Skarżący tymczasem w żaden sposób nie uprawdopodobnił, aby rzeczywiście skutek opisanych wyżej uchybień doszło ze strony pokrzywdzonego do ingerencji w zatrzymane interfejsy, co mogłoby wskazywać na możliwość negatywnego wpływu uchybienia na treść zaskarżonego orzeczenia. Wywód zaprezentowany w apelacji opiera się bowiem de facto na założeniu, że skutek uchybień dotyczących sporządzenia właściwej dokumentacji dotyczącej zatrzymanych interfejsów, niejako automatycznie doszło do podważenia wartości dowodowej tych przedmiotów. Uzasadniając swoje stanowisko skarżący ograniczył się jednak wyłącznie do insynuacji o możliwej ingerencji w dowody, opartych na argumentie, że pokrzywdzony posiadał interes, aby takie działania podejmować. O tym, że jednak są to wyłącznie gołosłowne twierdzenia skarżącego, przekonuje kilka istotnych argumentów.

Po pierwsze, interfejsy jakie zatrzymano u oskarżonego i M. B. miały istotnie odmienny wygląd w porównaniu z interfejsami oryginalnymi, jakie są dystrybuowane przez firmę (...). Na tę okoliczność wskazywał biegły M. B., podkreślając, że interfejsy, które były przedmiotem badania przez biegłych nie miały zewnętrznych cech interfejsów oryginalnych, nie miały oznaczeń oryginalnych albo były zapakowane w taki sposób, że było widać, iż nie jest to opakowanie oryginalne (k. 2949v). Także świadek Ł. K. (1) opisał, że oryginalny interfejs posiada tabliczkę znamionową, na której znajduje się numer seryjny urządzenia, strona internetowa dystrybutora, jak również znak towarowy OP-C.. Posiada on również wtyk diagnostyczny połączony na stałe z przewodem USB, podczas gdy w interfejsach nieoryginalnych ten przewód jest odpinany od wtyku. O ile budowa podrobionych interfejsów jest zbliżona wyglądem do oryginału, to jednak widoczną różnicą są diody znajdujące się w jednej linii – w oryginalnym interfejsie są to dwie diody, natomiast w podrobionym trzy (k. 26, 90v-91). Na brak tabliczki znamionowej w nieoryginalnych interfejsach wskazywał także A. K. (k. 2870v). Ze znajdującej się w aktach dokumentacji zdjęciowej, na której utrwalono interfejsy O., jakie ujawniono w toku przeszukania, (k. 52-53) wynika jasno, że interfejsy te mają wyjmowany wtyk diagnostyczny z przewodu USB oraz trzy diody, a także nie posiadają tabliczki znamionowej, co jasno wskazuje, że są to interfejsy nieoryginalne. Ten materiał zdjęciowy – co należy podkreślić – wykonano jeszcze przed przekazaniem interfejsów pokrzywdzonemu. Koresponduje on ze zdjęciami interfejsów z analizy opracowanej przez samego pokrzywdzonego (k. 358v).

Po drugie, wprowadzając biegły M. B. nie wykluczył, że możliwe jest zapisanie innego oprogramowania w interfejsie niż pierwotne, jednak – co skarżący już przemilcza – wyraźnie wskazał, że jest to możliwość hipotetyczna (k. 2681v-2682). Jednocześnie biegli wskazali, że na podstawie przeprowadzonych przez nich badań nie ujawnili żadnych okoliczności uzasadniających tezę, że A. K. dysponując dowodami rzeczowymi dokonał w nie ingerencji (k. 2949). Koresponduje to z zeznaniami A. K., który szeroko opisywał, że z uwagi na konstrukcję interfejsu, w którym znajduje się procesor i

układ (...), zmiana numeru jest w zasadzie niemożliwa. Nie jest bowiem możliwe przeprogramowanie procesora bez przepalenia tzw. bezpieczników, zaś układ (...), który bierze udział w tworzeniu niepowtarzalnego numeru seryjnego (identyfikacyjnego) danego klucza sprzętowego, zawiera identyfikator, który jest nadany przez producenta tego układu w momencie jego produkcji i nie podlega on modyfikacji lub kasowaniu. Zmiana tego numeru identyfikacyjnego wymagałaby stworzenia własnego oprogramowania dla procesora, opracowania całego projektu interfejsu i klucza, co mogłoby zająć więcej czasu niż stworzenie oryginalnego produktu od podstaw (k. 2870-2870v, 2905).

Po trzecie, z zeznań A. K. wynika, że oficjalną listą numerów identyfikacyjnych zarządza autor programu, a nie dystrybutor, jakim jest firma (...). Nawet gdyby pokrzywdzony podrobił numer identyfikacyjny takiego urządzenia, to powstałaby w ten sposób kolejna podróbka, gdyż taki utworzony przez pokrzywdzonego numer identyfikacyjny nie zaliczałby się do puli numerów identyfikacyjnych, które nadał autor programu (k. 2905v). Wynika z tego zatem, że nie ma żadnego racjonalnego celu, dla którego pokrzywdzony miałby dokonywać ingerencji w interfejsy, jakie przekazano mu do analizy. W tym kontekście podkreślenia wymaga, że również skarżący nie przedstawił żadnego sensownego wytłumaczenia, w jakim celu pokrzywdzony miałby dokonywać ingerencji w oprogramowanie, skoro nikt – łącznie z oskarżonym – nie twierdził, że podczas przeszukania zatrzymano u niego oryginalne oprogramowanie, jakie dystrybuowała firma (...). Przeciwnie, oskarżony przyznawał, że interfejsy sprowadził z C.. Brak jest zatem przekonującego wyjaśnienia, co miałyby osiągnąć pokrzywdzony poprzez sugerowaną przez skarżącego ingerencję w interfejsy.

Po czwarte, zauważyć należy, iż A. K. szereg programów zidentyfikował jako „obce” i nie dochodził żadnych praw z tego tytułu. Wyraźnie też wskazywał, że pewne programy, jakie ujawniono na płytach zatrzymanych u oskarżonego, stanowiły wczesne wersje oprogramowania, jakie dystrybuuje firma (...). Pomimo tego oświadczył, że nie zamierza ścigać za ich dystrybucję, gdyż istnieją niejasności dotyczące licencji na te programy (k. 353v). Wynika z tego wyraźnie, że wbrew sugestiom skarżącego nie można przypisać pokrzywdzonemu tendencji do preferowania własnego interesu finansowego i dążenia do wykazania dużego rozmiaru szkody. Gdyby bowiem w tym celu miał on dokonywać ingerencji w interfejsy ujawnione u Ł. U. (1), to powinien analogiczne zachowania podejmować również w odniesieniu do innego oprogramowania.

Po piąte, na wybiórczym traktowaniu faktów opiera się twierdzenie skarżącego, że w wyniku przeszukania zajęto 32 sztuki interfejsów (...) i 85 sztuk interfejsów O., natomiast do badania przekazano ilość większą, tzn. 88 sztuk interfejsów O. i 38 sztuk interfejsów (...), co wedle skarżącego miałyby uzasadniać brak zaufania do pokrzywdzonego i jego twierdzeń, że ingerencji nie dokonywał. Skarżący pominął bowiem tę istotną okoliczność, że wprawdzie zgodnie z treścią protokołu przeszukania u Ł. U. (1) zatrzymano 32 sztuki interfejsów (...) i 85 sztuk interfejsów O. (k. 46), jednak w wyniku wcześniejszego przeszukania u M. B. (1) zatrzymano 6 sztuk interfejsów (...) i 3 sztuki interfejsów O. (k. 34). Potwierdza to również wykaz dowodów rzeczowych z k. 47-48. Jak wynika z zeznań M. B. (1) (k. 95v, k. 2585v-2586), jego oświadczenia podczas przeszukania (k. 33) oraz przedstawionych przez niego faktur (k. 35-41), zatrzymane u niego interfejsy nabył od Ł. U. (1). Biorąc pod uwagę, że wskazane faktury wystawione zostały w okresie bezpośrednio poprzedzającym przeszukanie, całkowicie nieprzekonujące są oparte na wyjaśnieniach oskarżonego (k. 3027v) twierdzenia skarżącego, iż M. B. (1) tylko początkowo sam nabywał interfejsy u oskarżonego, zaś później sam je importował z C.. Jak wynika wyraźnie z analizy nośników CD i interfejsów opracowanej firmę (...) (k. 352-364), pokrzywdzonemu przekazano zarówno interfejsy zatrzymane u oskarżonego, jak i u M. B. (1). Oczywiście zatem jest, że ilość interfejsów przekazanych pokrzywdzonemu i poddanych jego analizie oraz objętych następnie zarzutem jest wynikiem zsumowania ilości interfejsów zatrzymanych u oskarżonego i M. B.. Nie może zatem być mowy o żadnym zawyżeniu ilości interfejsów, a tym bardziej nie można uznać, aby w jakikolwiek sposób dowodziło to braku obiektywizmu pokrzywdzonego.

W związku z powyższym należy też od razu stwierdzić, że całkowicie niezasadny jest zarzut skarżącego, jakoby błędnie przyjęto, że oskarżony posiadał 38 sztuk interfejsów (...) oraz 88 sztuk interfejsów O. (zarzut nr 5c apelacji obrońcy). Precyzyjnie rzecz ujmując, trzeba zauważyć, że w zaskarżonym wyroku nie ma żadnego takiego ustalenia, lecz Sąd a quo przyjął, iż oskarżony nabył programy komputerowe w ilości wskazanej przez skarżącego. Prawdliwość takiego ustalenia nie budzi zaś żadnych wątpliwości, skoro ilość interfejsów wskazana w zaskarżonym wyroku odpowiada

sumie interfejsów ujawnionych u oskarżonego w toku czynności przeszukania oraz zatrzymanych u M. B. (1), które jak wskazano wyżej ten nabył od oskarżonego. Fakt nabywania przez oskarżonego interfejsów w C. nie był zaś przecież kwestionowany przez obronę.

Na zakończenie tego fragmentu rozważań trzeba zaakcentować jeszcze jedną istotną kwestię. Wywód, jaki skarżący zaprezentował dla zakwestionowania argumentu Sądu a quo, że brak jest dowodów wskazujących na to, aby pokrzywdzony dokonywał ingerencji w dowody rzeczowe, sprowadzający się do twierdzenia, że nie ma również żadnych dowodów, które potwierdzałyby, że pokrzywdzony takiej ingerencji nie dokonywał, albowiem sami biegli uznali, że ingerencja jest możliwa i nie mogą tego wykluczyć, zdaje się wskazywać na brak rozumienia przez skarżącego reguł określających ciężar dowodu w procesie i ich znaczenia dla ustalania konsekwencji niewykazania podnoszonych twierdzeń. W tym kontekście zauważyć zatem trzeba, że to obrona, a nie oskarżenie, podnosi twierdzenia, iż zatrzymane w toku przeszukania u oskarżonego interfejsy stały się przedmiotem ingerencji ze strony pokrzywdzonego w czasie, gdy zostały mu przekazane celem ustalenia ich oryginalności. Okoliczności te nie dotyczą bezpośrednio kwestii znamion zarzucanego oskarżonemu przestępstwa, a zatem nie można uznać, iż ciężar ich udowodnienia spoczywa z uwagi na zasadę domniemania niewinności na oskarżycielu. Wynika z tego jasno, że fakt ewentualnej ingerencji pokrzywdzonego w dowody powinien zostać przynajmniej uprawdopodobniony właśnie przez skarżącego, jako podmiotu wysuwającego takie twierdzenia, stosownie do rzymskiej reguły „ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat”. Tymczasem skarżący nie wyszedł poza zwykłe twierdzenia i nie przedstawił żadnych realnych argumentów, które choćby w minimalnym stopniu uprawdopodobniałyby tezę o ingerencji pokrzywdzonego w dowody rzeczowe. Nie można zatem czynić Sądowi a quo zarzutu dokonania wybiórczej i stronniczej oceny dowodów w zakresie dotyczącym podejmowania przez pokrzywdzonego działań ingerujących w integralność interfejsów, skoro obrońca żadnych dowodów na poparcie swojej tezy bowiem nie przedstawił. To właśnie przyjęcie wyłącznie w oparciu o insynuację skarżącego tezy, że do takiej ingerencji doszło, stanowiłoby naruszenie zasady obiektywizmu.

W konsekwencji należało uznać zarzuty naruszenia art. 228 w zw. z art. 229 k.p.k., art. 193 k.p.k. w zw. z art. 217 k.p.k. oraz art. 4 k.p.k. i art. 7 k.p.k. za bezzasadne.

Kwestia naruszenia art. 442 § 3 k.p.k. (zarzut nr 4 apelacji obrońcy). Nie jest zasadny zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisu art. 442 § 3 k.p.k., mającego polegać na braku realizacji sformułowanych przez Sąd Apelacyjny w wyroku II AKa 398/14 wskazań co do dalszego postępowania, jakie Sąd a quo powinien był zrealizować w postępowaniu ponownym w I instancji.

Jeśli idzie o wskazanie dotyczące zweryfikowania, czy zwrócone przez firmę (...) materiały dowodowe są tymi samymi materiałami, które zajęto w toku czynności przeszukania pomieszczeń należących do oskarżonego i M. B. (1), należy zauważyć, że Sąd Okręgowy szczegółowo w uzasadnieniu swojego wyroku (zob. k. 3078-3082) rozważył tę kwestię, odwołując się zarówno do opinii biegłych J. G. (1) i M. B. (4), jak i szeregu innych okoliczności świadczących o tym, że do żadnej ingerencji ze strony pokrzywdzonego w ten materiał dowodowy nie doszło. Fakt, że Sąd Okręgowy nie doszedł do wniosków preferowanych przez skarżącego w żadnym razie nie świadczy o tym, że Sąd I instancji nie zrealizował wskazań Sądu odwoławczego. Trzeba zresztą zauważyć, że skarżący w apelacji nawet nie podjął próby podważenia rozumowania zawartego w tym fragmencie uzasadnienia zaskarżonego wyroku, poprzestając na podtrzymywaniu podnoszonych w toku postępowania przez oskarżonego twierdzeń co do tego, że doszło do ingerencji.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 442 § 3 k.p.k. w odniesieniu do drugiego ze wskazań Sądu ad quem, których niezrealizowania miałby się dopuścić Sąd Okręgowy, należy uznać za oczywiście bezzasadny, a wręcz świadczący o braku elementarnej lojalności skarżącego. Zauważyć bowiem trzeba, że w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 5 marca 2015 r., sygn. II AKa 398/14, na próżno szukać fragmentu, w którym Sąd ten zobligowałby Sąd Okręgowy do rozważenia, czy zgodnie z dyrektywą 2009/24/WE elementy programu komputerowego, na których opierają się interfejsy, podlegają ochronie na podstawie tego aktu prawnego. W tym uzasadnieniu na s. 7 (k. 2791) znalazł się fragment „interpretując Dyrektywę 2009/24/WE należałoby rozważyć, że...”, jednak zarówno użycie formy bezosobowej, cała treść tego zdania, jak i dalsze fragmenty uzasadnienia, wskazują jasno, że w rzeczywistości mamy tu do czynienia z przeprowadzeniem przez Sąd Apelacyjny własnej analizy problemu, a nie formułowaniem w trybie

art. 442 § 3 k.p.k. wskazań co do dalszego postępowania. Dowodem na to jest, że w dalszej części uzasadnienia Sąd Apelacyjny sam sformułował pewne wnioski co do kwestii, której rozważenia skarżący oczekuje od Sądu Okręgowego. Lektura tego uzasadnienia nie pozostawia też wątpliwości, że tam, gdzie Sąd Apelacyjny zamierzał sformułować określone wskazanie w rozumieniu art. 442 § 3 k.p.k., czynił to w wyraźny sposób, adresując je wprost do Sądu I instancji. W końcu nie sposób przemilczeć tego, że obrońca podnosząc zarzut wprost przytoczył wskazanie Sądu Apelacyjnego, zamieszczając je w cudzysłowie. Rzecz jednak w tym, że takiego zdania, jak cytowane przez skarżącego, uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w ogóle nie zawiera. Świadczy to o braku lojalności ze strony obrońcy i nosi znamiona rozmyślnego wprowadzania w błąd, obliczonego na to, że Sąd odwoławczy nie zauważy różnicy z treścią uzasadnienia.

Również ujęcie zarzutu naruszenia art. 442 § 3 k.p.k. w odniesieniu do trzeciego ze wskazań Sądu odwoławczego zasługuje na jednoznacznie krytyczną ocenę. Skarżący zarzucił, że Sąd Okręgowy nie dokonał dogłębnej analizy zeznań świadków – nabywców z portalu Allegro, których depozycje ujawniono bez odczytywania w postępowaniu jurysdykcyjnym. Skarżący zarzucił w tym kontekście, że Sąd oparł się na zeznaniach świadków, które odczytał na rozprawie w trybie art. 392 § 1 k.p.k., podczas gdy w jego ocenie nie było możliwe poprzestanie na ujawnieniu tych dowodów w trybie art. 442 § 2 k.p.k. Trzeba zatem przypomnieć skarżącemu, że w kolejnym zdaniu uzasadnienia, które następuje po wskazaniu, na które obrońca się powołał w apelacji, Sąd Apelacyjny wyraźnie wskazał: „Nie jest konieczne ich bezpośrednio przesłuchanie na rozprawie, niemniej celem weryfikacji zeznań tych świadków powinno być ustalenie jakiego rodzaju i w jakiej ilości oprogramowanie zakupili.” (s. 18 uzasadnienia). Nadinterpretacją jest zatem twierdzenie skarżącego, że Sąd Okręgowy był bezwzględnie zobligowany do powtórzenia postępowania dowodowego w zakresie zaleceń zawartych w wyroku uchylającym orzeczenie Sądu I instancji. Decyzję o poprzestaniu na ujawnieniu tych zeznań Sąd Apelacyjny ocenia jako prawidłową. Takie wprowadzenie tych zeznań do materiału dowodowego sprawy było wystarczające. Trzeba też stwierdzić, że Sąd Okręgowy wskazanie Sądu odwoławczego – w kształcie, w jakim zostało ono rzeczywiście sformułowane, a nie „parafrazowanym” przez skarżącego – zrealizował. Sąd a quo rozważył bowiem i dokonał ustaleń dotyczących tego, jakie oprogramowanie znajdowało się na płytach zatrzymanych u świadków i czy były to programy dystrybuowane przez pokrzywdzonego (zob. s. 33-35 uzasadnienia, k. 3094-3096). Z zeznań tych świadków – w powiązaniu z innymi dowodami, jak choćby wykazem nabywców, opiniami biegłych – wynika jasno, że osoby te nabyły od Ł. U. (1) płyty z programami.

Reasumując, zarzut naruszenia art. 442 § 3 k.p.k. należało ocenić jako oczywiście bezzasadny.

Interfejsy jako oprogramowanie komputerowe (zarzut nr 5a apelacji obrońcy). Przechodząc do oceny prawidłowości rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego uznającego oskarżonego za winnego czynu kwalifikowanego z art. 293 § 1 k.k. w zw. z art. 291 § 1 k.k. w zb. z art. 116 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn. z 2010 r. Nr 156, poz. 1016) w zw. z art. 294 § 1 k.k., należy najpierw rozstrzygnąć, czy interfejsy stanowią oprogramowanie komputerowe. W ocenie Sądu Apelacyjnego nie ma racji skarżący, który usiłuje w pierwszej części apelacji wykazać, że interfejs takim oprogramowaniem nie jest. Wywód zaprezentowany w apelacji co do tej kwestii oparty jest w dużej mierze na wybiórczych argumentach oraz przemilczaniu okoliczności niepasujących do prezentowanej przez skarżącego tezy.

W pierwszej kolejności należy wyraźnie podkreślić, że w ocenie Sądu Apelacyjnego nie ma znaczenia na gruncie przedmiotowej sprawy to, że interfejsy rozumiane jako części programu umożliwiające wzajemne połączenia i wzajemne oddziaływanie między elementami oprogramowania i sprzętu komputerowego nie podlegają ochronie zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/24/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych (Dz. Urz. UE L z 5 maja 2009 r., Nr 111, s. 16). Precyzyjnie rzecz ujmując należy jednak wskazać, że zgodnie z pkt 11 motywów tej dyrektywy ochronie podlega forma wyrażenia programu komputerowego, podczas gdy koncepcje i zasady, na których opierają się wszystkie elementy programu, włącznie z tymi, na których opierają się jego „interfejsy”, tej ochronie nie podlegają. Stanowisko takie wynika również z wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 grudnia 2010 r., C-393/09, B. softwarová asociace - S. softwarové ochrany v. M. kultury ((...) 2010, nr 12 C, s. I- (...) - (...)), w którym wskazano, że graficzny interfejs użytkownika nie stanowi formy wyrażenia programu komputerowego w rozumieniu art. 1 ust. 2 wskazanej dyrektywy oraz że w konsekwencji nie może

korzystać ze szczególnej ochrony przyznanej na mocy tej dyrektywy programom komputerowym w prawie autorskim (pkt 42 uzasadnienia). Stanowisko powyższe nie ma jednak rozstrzygającego znaczenia dla przedmiotowej sprawy, jako że we wskazanym wyroku chodziło o interfejs graficzny. Trybunał zauważył zwłaszcza, że graficzny interfejs użytkownika nie pozwala na powielanie programu komputerowego, lecz stanowi po prostu element tego programu, za pomocą którego użytkownicy wykorzystują właściwości omawianego programu (pkt 41 uzasadnienia).

W przedmiotowej sprawie sytuacja przedstawia się jednak całkowicie odmiennie. Po pierwsze, nie chodzi tutaj o interfejs graficzny stanowiący element programu komputerowego, lecz o interfejs sprzętowy, a więc urządzenie umożliwiające połączenie między samochodem a komputerem i dalej oprogramowaniem diagnostycznym.

Po drugie, skarżący całkowicie pomijają fakt, że w rzeczywistości funkcjonują dwa rodzaje interfejsów diagnostycznych – interfejsy uniwersalne, za pomocą których możliwe jest komunikowanie się między samochodem poddanym diagnostyce a dowolnym oprogramowaniem diagnostycznym oraz interfejsy dedykowane określonemu oprogramowaniu diagnostycznemu, które umożliwiają komunikację między konkretnym rodzajem oprogramowania diagnostycznego a samochodem. W przypadku tych drugich łączą one w sobie funkcję interfejsu oraz jednocześnie klucza sprzętowego, dzięki któremu w ogóle możliwe jest uruchomienie i korzystanie z oprogramowania diagnostycznego. Jak wynika z opinii biegłych M. B. i T. B. oraz zeznań A. K. (1), interfejsy diagnostyczne (...) oraz OP-C. należą właśnie do tej drugiej grupy. Interfejs taki stanowi klucz do odblokowania funkcji programu diagnostycznego zainstalowanego na komputerze. W tym celu w interfejsie znajduje się program spełniający przesłanki programu komputerowego, posiadający cechę oryginalności twórczej i zawierający elementy indywidualizujące ten program. Celem tego programu zapisanego w interfejsie jest umożliwienie komunikacji pomiędzy pojazdem a komputerem. Użytkownik, który chce przeprowadzić diagnostykę pojazdu musi dysponować zarówno oprogramowaniem, jak i dedykowanym do niego interfejsem. Te dwa elementy stanowią komplet, a więc bez jednego z tych elementów nie jest możliwe przeprowadzenie tej diagnostyki pojazdu. Oprogramowanie na interfejsie wraz z kontrolerem ma za zadanie przesyłanie danych pomiędzy pojazdem a komputerem. W przypadku skorzystania z interfejsu uniwersalnego nie byłoby możliwe przesyłanie danych między komputerem a pojazdem za pomocą oprogramowania (...) oraz OP-C.. Interfejsy do tych programów stanowią bowiem klucz sprzętowy, co oznacza że za pomocą zawartego w nich oprogramowania generują niepowtarzalny numer identyfikacyjny. Gdyby to oprogramowanie zostało usunięte z procesora klucza sprzętowego, to takie urządzenie nie mogłoby funkcjonować z oprogramowaniem OP-C. lub (...). Rolą programu komputerowego zawartego w interfejsie jest zatem wejście w kontakt, identyfikacja uprawnień i funkcjonowanie z innymi częściami składowymi systemu komputerowego i użytkownikiem. Interfejs wraz z programem stanowi zatem wyraz twórczości intelektualnej autora programu zawartego na tym interfejsie (zob. opinia M. B. – k. 2949-2949v; opinia biegłego T. B. – k. 2646-2646v; zeznania A. K. (1) – k. 2871-2872v).

Po trzecie, trzeba zauważyć, że w umowie zawartej między producentem oprogramowania (...) firmą (...) a A. K. zdefiniowano oprogramowanie (...) w ten sposób, że w jego skład wchodzi nie tylko program (...), ale m.in. także interfejsy, które służą jako klucze sprzętowe do programu (...) (zob. k. 2970-2973). Świadczy to jednoznacznie, że oprogramowanie (...) i dedykowany mu interfejs diagnostyczny należy traktować jako całość, przy czym oprogramowanie znajdujące się w interfejsie objęte jest ochroną prawną-autorską.

W świetle powyższego nie ulega zatem wątpliwości, że interfejsy diagnostyczne dedykowane do komunikacji z oprogramowaniem (...) oraz OP-C. zawierały jednocześnie oprogramowanie komputerowe. Warto zaś tutaj przytoczyć, że we wskazanym wyżej wyroku Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że dla celów dyrektywy 2009/24/WE pojęcie „program komputerowy” obejmuje programy w jakiegokolwiek formie, włącznie z programami zintegrowanymi ze sprzętem komputerowym (pkt 32 uzasadnienia). Fakt, że oprogramowanie pełniące funkcję klucza sprzętowego zamieszczone zostało w interfejsie diagnostycznym nie stoi zatem na przeszkodzie uznaniu, że jest to program komputerowy. Odmiennie twierdzenia skarżącego całkowicie rozmiągają się z rzeczywistością i mogą być odnoszone wyłącznie do interfejsów uniwersalnych, a w przedmiotowej sprawie nie o takie przecież chodzi. Twierdzenie, że nie ma znaczenia rodzaj interfejsów, które mają charakter uniwersalny i będą działały z różnymi programami, nie tylko

z programami wskazanymi z zarzucie stawianym oskarżonemu, nie znajduje oparcia w świetle powyższych ustaleń i jest zwyczajnie nieprawdziwe.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie przekonują również zaprezentowane podczas postępowania przed Sądem I instancji oraz rozprawy apelacyjnej wywody oskarżonego i jego obrońcy kwestionujące legalność oprogramowania (...) i OP-C. z tego powodu, że nie jest to oprogramowanie autoryzowane przez koncerty wytwarzające samochody V. i O.. Oskarżony nie wyszedł w tej kwestii poza gołosłowne twierdzenia, a zwłaszcza nawet w minimalny sposób nie wykazał, aby twórcy programów (...) i OP-C. zostali pociągnięci do odpowiedzialności z tytułu naruszenia praw autorskich twórców autoryzowanego oprogramowania diagnostycznego, czy też aby toczyły się przeciwko nim jakiekolwiek postępowania z tego powodu. Jednocześnie nie ulega wątpliwości, że wskazane programy zostały opracowane i wytworzone przez podmioty, z którymi umowy dystrybucji zawarł A. K.. Nie ma zatem w chwili obecnej podstaw, aby uznać, że programy (...) i OP-C. nie stanowią utworów w rozumieniu prawa autorskiego i nie podlegają ochronie z tego tytułu. W ocenie Sądu Apelacyjnego fakt, że oprogramowanie (...) i OP-C. nie jest tzw. oprogramowaniem autoryzowanym, które wykorzystują autoryzowane serwisy danej marki samochodu, nie świadczy w żaden sposób o nielegalności takiej działalności. Sytuacja bowiem jest analogiczna, jak w przypadku części zamiennych do samochodów, które są dostępne na rynku zarówno jako tzw. części oryginalne, a więc wytworzone przez producenta samochodu lub na jego zlecenie oraz tzw. zamienniki. Jeżeli dana część nie korzysta z ochrony patentowej, jej wytwarzanie jako zamiennika jest dopuszczalne. Również zatem, jeżeli oprogramowanie diagnostyczne zostało opracowane przez określonego autora samodzielnie i nie stanowi zwykłej kopii oprogramowania autoryzowanego, nie ma podstaw do uznania, że nie korzysta ono z ochrony jako utwór w rozumieniu prawa autorskiego.

Kwestia świadomości oskarżonego co do nielegalnego pochodzenia oprogramowania (zarzut nr 5b i 5e apelacji obrońcy). Co do zasady zarzut skarżącego, iż oskarżony nie miał świadomości co do nielegalności podejmowanych przez niego działań, nie zasługiwał na uwzględnienie. Skarżący zwrócił jednak uwagę na pewne kwestie, których bliższe przeanalizowanie przez Sąd Apelacyjny doprowadziło do zmiany zaskarżonego wyroku.

Nie można podzielić stanowiska obrony, iż oskarżony zajmował się dystrybucją powszechnie dostępnych w internecie wersji demo oprogramowania diagnostycznego. Programy (...) ((...)) i OP-C., jakie ujawniono na płytach CD zatrzymanych u osób, które za pośrednictwem portalu Allegro nabyły je od oskarżonego, jednoznacznie zostały ocenione przez biegłych jako oprogramowanie nieoryginalne. Biegli jednoznacznie też ustalili, że płyty te zawierały programy typu c., które służą do przełamywania zabezpieczeń oryginalnego oprogramowania. Jednocześnie wskazano, że narzędzia te służą do przełamywania zabezpieczeń tych konkretnych programów znajdujących się na płytach, a nie wszystkich programów w ogólności. Płyty zawierały zatem programy, w których dokonano przeróbek, przyjmując za podstawę program oryginalny. Polegały one przede wszystkim na tym, że poza dodaniem tych niespecyficznych informacji, program był przerobiony w taki sposób, aby bez problemu zainstalować go wielokrotnie na komputerze. Jednocześnie należy dodać, że płyty te były tzw. płytami zamkniętymi, a zatem po ich nagraniu i zamknięciu sesji nie było już możliwości późniejszego dogrania dodatkowych programów (zob. opinia biegłego T. B. – k. 606, 820, 2646, 2980, 3044; opinia biegłych J. G. i M. B. – załącznik nr 3, k. 2949v-2950). Nie ulega też wątpliwości, że do oprogramowania OP-C. dołączona była instrukcja instalowania (k. 751-752), która bez wątpienia świadczy o pirackim pochodzeniu programu. W świetle powyższych okoliczności należy przypomnieć, że oskarżony nie kwestionował tego, że sam nagrywał programy diagnostyczne na płytach CD (k. 3029), a zatem nie mógł nie mieć świadomości, że zawierają one oprogramowanie nieoryginalne, z którego korzystanie jest możliwe bez wymaganej licencji.

Jeśli idzie natomiast o oprogramowanie, jakie oskarżony miał dołączać do sprzedawanych przez siebie interfejsów (zob. wyjaśnienia oskarżonego – k. 3029-3029v), to należy zauważyć, że rzeczywiście firma (...) umożliwiła pobranie za pomocą swojej strony internetowej dystrybuowanego przez nią oprogramowania. Z zeznań pokrzywdzonego (k. 2872) wynika, że wprawdzie z serwera jego firmy każdy może ściągnąć sobie program (np. w celu sprawdzenia, czy program będzie się poprawnie instalował), jednak program ten będzie działał wyłącznie w przypadku, gdy taka osoba będzie dysponować oryginalnym kluczem sprzętowym. Wyjątkiem jest sytuacja, gdy ktoś nielegalnie aktywuje oprogramowanie przy pomocy nielegalnego klucza sprzętowego. Nie ma zatem podstaw twierdzenia, że

jest to oprogramowanie darmowe. Podkreślenia w tym kontekście wymaga, że na stronie internetowej firmy (...) znajdowała się wyraźna informacja, że jest to oprogramowanie dla klientów wraz z wyciągiem z regulaminu firmy (...), zawierającym warunki licencji. Wynikało z nich, że takiego programu nie można uzyskać bez wykupienia licencji (zob. zeznania Ł. K. – k. 152-152v). Wersja przedstawiona przez oskarżonego jest również nieprzekonująca z tego powodu, że jej zaakceptowanie oznaczałoby, iż możliwie byłoby legalne zaopatrzenie się w oprogramowanie diagnostyczne i sprzęt w postaci interfejsu jedynie za cenę samego interfejsu pochodzącego z C.. Byłoby to całkowicie nieracjonalne z punktu widzenia rachunku ekonomicznego dystrybutora oryginalnego oprogramowania.

Świadomość oskarżonego, iż dystrybuował oprogramowanie „pirackie” nie budzi wątpliwości także w świetle ujawnionych na podstawie opinii biegłego S. S. rozmów oskarżonego w komunikatorze G.-G. z osobami zainteresowanymi nabyciem oprogramowania diagnostycznego i interfejsów diagnostycznych. W kontekście twierdzeń oskarżonego na podkreślenie zasługuje zwłaszcza to, że z treści tych rozmów wynika jasno, iż do sprzedawanych przez oskarżonego interfejsów diagnostycznych dołączano oprogramowanie (s. 19 opinii). Sąd Okręgowy dokonał szczegółowej analizy tych rozmów (s. 23-26 uzasadnienia, k. 3084-3087), a zatem w tym miejscu nie ma potrzeby powtarzania tych wywodów. Sąd Apelacyjny ustalenia poczynione na tej podstawie podziela. Poprzestać zatem należy jedynie na stwierdzeniu, że ten materiał dowodowy jednoznacznie wskazuje, iż oskarżony doskonale wiedział, że dystrybuuje oprogramowanie nieoryginalne, zaś oferowane przez niego interfejsy także nie mają charakteru oryginalnego. Zawarte w apelacji twierdzenie obrońcy, iż przytoczone w uzasadnieniu Sądu I instancji fragmenty rozmów oskarżonego wcale tego nie potwierdzają, gdyż mowa w nich o powszechnie dostępnych wersjach demo, jest gołosłowne. Takie twierdzenie stanowi wyłącznie następczą interpretację, jaką w celu swojej obrony prezentował oskarżony w toku przedmiotowego postępowania, jednak analiza treści wskazanych rozmów nie daje jakichkolwiek podstaw, aby uznać, że jest w nich mowa o oprogramowaniu w wersji demo. Na to, że oskarżony dystrybuował programy w wersji demo nie wskazują – wbrew twierdzeniu obrońcy – również zeznania świadków, którzy nabyli oprogramowanie od oskarżonego. Sąd Okręgowy dokonał oceny tych zeznań i przekonująco wskazał, że zwłaszcza w świetle opinii biegłego T. B. nie zasługują one na wiarę (zob. s. 33-35 uzasadnienia).

Powyższej oceny nie była w stanie podważyć argumentacja obrony odwołująca się do opinii prawnej, jaką Ł. U. (1) zamówił w 2008 r. (jak wynika z pisma autorki opinii została ona sporządzona w dniu 13 sierpnia 2008 r. – k. 419). Dla pełnej jasności warto tutaj przytoczyć konkluzję tej opinii: „Skoro rozpowszechniane przez Pana wersje oprogramowania i tak są za zgodą twórcy dostępne bezpłatnie w Internecie, bądź w formie demo, tzn. wersja pełna dopiero po wykupieniu licencji, uważam, że może Pan dystrybuować wskazane programy bez zgody twórcy. Obostrzenia ustawa nakłada jedynie na programy, z których można korzystać po wykupieniu licencji, klucza licencyjnego etc. czyli tzw. komercyjne programy w pełnej wersji.” (k. 76). Należy tu zauważyć, że przytoczony fragment opinii wskazuje, iż oskarżony z góry zapytał o to, czy może dystrybuować programy, które są bezpłatnie udostępniane w internecie lub jako demo. Z opinii wynika też jasno, że stwierdzenie legalności dystrybucji oprogramowania uzależnione zostało od spełnienia warunku, a mianowicie, że przedmiotem dystrybucji są programy demo. Wskazuje to zatem jednoznacznie, że pytanie, jakie oskarżony sformułował, było całkowicie nieadekwatne do rzeczywistej sytuacji w sprawie. Jak już bowiem wskazano wyżej, nie ma żadnych podstaw do twierdzenia, że oskarżony dystrybuował oprogramowanie w wersji demo lub bezpłatnie udostępniane przez autora. Powoływanie się zresztą przez obronę na tę opinię, jako argument o braku świadomości oskarżonego co do bezprawności jego działań, świadczy – zresztą nie pierwszy raz w przedmiotowej sprawie – o selektywnym podejściu obrony do rzeczywistości. Uważna lektura opinii prowadzi bowiem do wniosku, że w gruncie rzeczy zawierała ona odpowiedź adekwatną do sytuacji oskarżonego, a mianowicie w ostatnim zdaniu opinii, z którego wyraźnie wynika, że dopuszczalność dystrybucji programów dostępnych w internecie nie dotyczy programów, w odniesieniu do których konieczne jest wykupienie licencji. Rzecz w tym, że oskarżony do tej odpowiedzi się nie zastosował. Nie może on zatem obecnie skutecznie powoływać się na tę opinię dla wykazania, że nie miał świadomości bezprawności swoich działań.

Skarżący w apelacji trafnie zwrócił natomiast uwagę na to, że z żadnej z opinii biegłych nie wynika, gdzie i przez kogo doszło do skopiowania bez zgody uprawnionego podmiotu oprogramowania własnego interfejsów i umieszczenia ich w produktach (...). To dość enigmatyczne stwierdzenie skarżącego nie w pełni oddaje istotę problemu, jednak

dotyka istotnej kwestii. Należy bowiem zwrócić uwagę, że Sąd I instancji w zaskarżonym wyroku przyjął, iż oskarżony „nabył programy komputerowe uzyskane za pomocą czynu zabronionego”, co dało podstawę do zakwalifikowania przypisanego mu czynu z art. 291 § 1 k.k. w zw. z art. 293 § 1 k.k. W uzasadnieniu, rozważając kwestię świadomości oskarżonego co do pochodzenia interfejsów, Sąd a quo wskazał: „Nie ulega wątpliwości, iż oskarżony wiedział, że sprowadzane przez niego z C. interfejsy „udające” klucze sprzętowe programu (...) C. i OP-C. zostały nielegalnie wytworzone, a zatem pochodzą z czynu zabronionego.” (s. 23). Dalszy wywód Sądu a quo dotyczy badania świadomości oskarżonego co do pochodzenia i oryginalności interfejsów. Kończy go stwierdzenie: „Powyższa analiza dowodzi, iż oskarżony miał pełną świadomość, że nabywane przez niego interfejsy zawierające program nie były urządzeniami pochodzącymi z legalnego źródła, lecz zostały wytworzone nielegalnie, z naruszeniem praw autora programu (...)” (s. 26). W ocenie Sądu Apelacyjnego doszło tutaj do nieuprawnionego utożsamienia pochodzenia interfejsów z nielegalnego źródła z pochodzeniem ich z czynu zabronionego. Już pierwsze z cytowanych stwierdzeń Sądu Okręgowego świadczy dobitnie, że Sąd ten uprościł swoje rozumowanie i założył, że każdy interfejs, jaki został nielegalnie wytworzony, jest interfejsem wytworzonym za pomocą czynu zabronionego. Takie rozumowanie byłoby uzasadnione, gdyby w przedmiotowej sprawie chodziło o interfejsy, których zabezpieczenia przełamano i dokonano ich skopiowania w Polsce. Nie ulega bowiem wątpliwości, że zgodnie z art. 117 ust. 1 pr. aut. czynem zabronionym jest utrwalanie lub zwielokrotnianie bez uprawnienia albo wbrew jego warunkom w celu rozpowszechnienia cudzego utworu w wersji oryginalnej. Z materiału dowodowego sprawy wynika jednak, że oskarżony importował interfejsy z C. L. (zob. dokumenty celne dokumentujące import przez Ł. U. interfejsów z C. w okresie 12 stycznia do 17 lipca 2010 r. – k. 216-249). Pozwala to przyjąć, że interfejsy te zostały wyprodukowane w C., a zatem że właśnie tam doszło do naruszenia praw autora programu. Tymczasem Sąd Okręgowy nie poczynił żadnych ustaleń dotyczących kształtu obowiązujących w C. (1) regulacji dotyczących prawnokarnej ochrony praw autorskich. Należałoby przede wszystkim ustalić, czy kopiowanie bez uprawnienia oprogramowania komputerowego oraz przełamywanie zabezpieczeń stanowi czyn zabroniony w C. (1). Dla przypisania czynu z art. 291 § 1 k.k. w zw. z art. 293 § 1 k.k. konieczne jest bowiem wykazanie, że program był uprzednio przedmiotem czynu zabronionego (por. wyrok SA w Szczecinie z dnia 25 września 2014 r., II AKA 137/14, LEX nr 1527199). Z drugiej strony fakt, że w C. na porządku dziennym jest wytwarzanie produktów z naruszeniem praw autorskich, jest wiedzą powszechną, do czego zresztą odwołał się także Sąd Okręgowy. Nie oznacza to jednak, że należy automatycznie założyć, iż – tak jak w Polsce – działania takie stanowią czyn zabroniony przez ustawę karną. Wręcz przeciwnie – owa nagminność łamania praw autorskich w C. mogłaby wręcz sugerować, iż takie działania są w świetle obowiązującego tam prawa legalne. Skoro zatem – jak zasadnie wskazał skarżący – oskarżony legalnie sprowadzał interfejsy z C. i opłacał za nie cło, to mógł przypuszczać, że wytwarzanie ich w C. nie stanowi działalności tam nielegalnej. Warto tu zauważyć, że oskarżony dysponował nawet certyfikatem zgodności wystawionym przez producenta interfejsów firmę (...). Ltd. (k. 481). W konsekwencji świadomość, że interfejsy zostały wytworzone, a następnie rozpowszechniane z naruszeniem praw autorskich i bez zgody autora oprogramowania, którą niewątpliwie – jak wykazano wyżej – oskarżony miał, nie może być utożsamiana ze świadomością, iż zostały one wytworzone (uzyskane) za pomocą czynu zabronionego. To wymagałoby bowiem ustalenia świadomości oskarżonego co do tego konkretnego znamienia czynu zabronionego z art. 293 § 1 k.k. w zw. z art. 291 § 1 k.k. Tych ustaleń w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku zabrakło.

Zmiana opisu czynu i jego kwalifikacji prawnej. Powyższe wnioski spowodowały konieczność dokonania korekty w opisie i kwalifikacji czynu przypisanego oskarżonemu zaskarżonym wyrokiem. W ocenie Sądu Apelacyjnego brak podstaw do uznania, iż oskarżony działał ze świadomością, iż nabyte przez niego interfejsy zostały uzyskane za pomocą czynu zabronionego, co prowadzi do wniosku, że nie wypełnił on jednego ze znamion czynu zabronionego z art. 293 § 1 k.k. w zw. z art. 291 § 1 k.k., nie uzasadniał jeszcze wniosku, iż oskarżony w ogóle nie dopuścił się przestępstwa. Należy bowiem zwrócić uwagę, że przepis art. 118 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 880 z późn. zm.) kryminalizuje paserstwo w zakresie praw autorskich i praw pokrewnych. Zgodnie z nim, kto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej przedmiot będący nośnikiem utworu, artystycznego wykonania, fonogramu, wideogramu rozpowszechnianego lub zwielokrotnionego bez uprawnienia albo wbrew jego warunkom nabywa lub pomaga w jego zbyciu albo przedmiot ten przyjmuje lub pomaga w jego ukryciu, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. W obu przepisach przewiduje się zatem takie samo zagrożenie karne. Różnica w porównaniu z art. 291 § 1 k.k. dotyczy natomiast tego, że

przepis art. 118 ust. 1 pr. aut. nie wymaga, aby nabywany utwór pochodził z czynu zabronionego, lecz wystarczające jest, aby utwór, który sprawca nabywa lub pomaga w jego zbyciu albo go przyjmuje lub pomaga w jego ukryciu, został rozpowszechniony lub zwielokrotniony „bez uprawnienia albo wbrew jego warunkom”. Wcześniejsza analiza wykazała, że oskarżony taką świadomość miał, zaś Sąd Okręgowy w istocie dokonał właśnie takich ustaleń. Nie ulega bowiem wątpliwości, że oskarżony miał świadomość, iż interfejsy zawierają oprogramowanie zwielokrotniane w C. i następnie rozpowszechniane bez uprawnienia.

W konsekwencji Sąd Apelacyjny zmienił punkt I zaskarżonego wyroku w ten sposób, że uznał oskarżonego Ł. U. (1) za winnego tego, że w okresie od sierpnia 2008 r. do 27 lipca 2010 r. w L., gm. Kruszyn, działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej w krótkich odstępach czasu ze z góry powziętym zamiarem nabył interfejsy do diagnostyki pojazdów V. i O. będące nośnikami rozpowszechnianego bez uprawnienia oprogramowania komputerowego należącego do R.-T. (...) oraz (...), w ilości 38 sztuk (...) i 88 sztuk OP-C. o łącznej wartości 332.992 zł oraz rozpowszechniał bez uprawnienia programy komputerowe (...) i (...)C. do diagnostyki samochodów grupy V. oraz programy komputerowe OP-C. do diagnostyki samochodów marki O., w ten sposób, że zwielokrotnił je na płytach CD i sprzedawał wraz z interfejsami na aukcjach Allegro, czyniąc sobie z tego stałe źródło dochodu, czym wyrządził A. K. prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą (...) w B. szkodę w wysokości 164.800 zł i czyn ten zakwalifikował z art. 118 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 880 z późn. zm.) w zb. z art. 116 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k.

Poza wskazaną wyżej kwestią znamienia „uzyskania za pomocą czynu zabronionego” oraz zmianą dotyczącą wysokości szkody, co zostanie wyjaśnione w dalszej części uzasadnienia, zmiany dokonane przez Sąd Apelacyjny w opisie czynu przypisanego oskarżonemu mają charakter dostosowujący ten opis do ram przyjętej kwalifikacji prawnej oraz doprecyzowujący określenia użyte już przez Sąd Okręgowy. M.in. Sąd Apelacyjny bardziej szczegółowo opisał przedmiotowe programy komputerowe. Są to modyfikacje o charakterze kosmetycznym, a zatem nie stanowiły one jakościowej zmiany w porównaniu z opisem czynu dokonany w zaskarżonym wyroku.

Należy jednocześnie zauważyć, że w opisie czynu w zaskarżonym wyroku brak było ustalenia, że nabyte programy komputerowe (...) i OP-C. zostały uzyskane za pomocą czynu zabronionego, bowiem takie dookreślenie znalazło się tylko w pierwszej części opisu w odniesieniu do programów zawartych w interfejsach. Nie było zatem możliwe przyjęcie w nowym opisie w odniesieniu do oprogramowania OP-C., że zostało uzyskane za pomocą czynu zabronionego, pomimo tego, że w świetle zgromadzonego materiału dowodowego nie ulega wątpliwości, że do oprogramowania OP-C. dołączona była instrukcja instalowania w języku polskim, która mogłaby świadczyć o pirackim pochodzeniu programu i jednocześnie stwarzać podstawę do uznania, iż program ten pochodzi z czynu zabronionego. Również w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku nie poczyniono w odniesieniu do oprogramowania OP-C. i (...) zawartego na płytach CD ustalenia, aby pochodziły one z czynu zabronionego, bowiem takie ustalenie – jak wynika z wywodów zawartych na s. 36-37 uzasadnienia zaskarżonego wyroku – dotyczyło wyłącznie programów zawartych w interfejsach. Z uwagi na kierunek apelacji co do winy, która została wniesiona na korzyść oskarżonego, nie było dopuszczalne dokonanie dodatkowych ustaleń w tym zakresie i przyjęcie w odniesieniu do programu OP-C. kwalifikacji kumulatywnej z art. 116 ust. 1 i 3 pr. aut. w zb. z art. 293 § 1 k.k. w zw. z art. 291 § 1 k.k. Jednocześnie przepis art. 440 k.p.k. stanowi podstawę do dokonywania zmian w zaskarżonym orzeczeniu wyłącznie na korzyść oskarżonego, zaś kwestia ta nie miała na tyle doniosłego znaczenia, aby uzasadniała uchylenie zaskarżonego wyroku.

Na zakończenie tej części analizy należy wskazać, że przyjęta przez Sąd Okręgowy kwalifikacja czynu przypisanego oskarżonemu musiała zostać uznana za wadliwą jeszcze z innego powodu. Zwrócić bowiem należy uwagę, że przepis art. 294 § 1 k.k. niejako zbiorczo określa typ kwalifikowany w odniesieniu do dziesięciu wskazanych w nim typów przestępstw. W odniesieniu do przestępstwa umyślnego paserstwa określonego w art. 291 § 1 k.k. przewiduje on modyfikację znamion, polegającą na określeniu wartości przedmiotu czynności wykonawczej, w którym okolicznością uzasadniającą surowszą odpowiedzialność jest dopuszczenie się przez sprawcę wymienionych w nim przestępstw w stosunku do mienia znacznej wartości. Zauważyć jednak trzeba, że wśród przepisów wymienionych w art. 294 § 1 k.k. brak jest art. 293 § 1 k.k. Sąd Apelacyjny podziela prezentowany w piśmiennictwie i orzecznictwie pogląd, iż

zachowanie polegające na paserstwie programu komputerowego, którego wartość przekracza 200 000 zł, nie może być uznane za realizujące znamiona przestępstwa określonego w art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 291 § 1 k.k. (zob. M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas (w:) A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, t. 3, Warszawa 2016, teza 6 do art. 293; P. Kardas, z perspektywy przestępstw komputerowych. Analiza dogmatyczna i strukturalna w świetle aktualnie obowiązującego stanu prawnego, CzPKiNP 2000, nr 1, s. 113-118; wyrok SO w Tarnowie z dnia 6 listopada 2003 r., II Ka 395/03, KZS 2003, z. 12, poz. 40). Trafnie bowiem wskazuje się, że naruszałoby to mającą konstytucyjne zakotwiczenie zasadę nullum crimen sine lege certa (art. 42 ust. 1 Konstytucji RP), z której wynika, że dla odpowiedzialności w żadnym wypadku nie jest wystarczające podobieństwo poddawanego ocenie czynu do czynów realizujących znamiona określonego typu czynu zabronionego. Zachowania polegające na nabywaniu, przyjmowaniu, pomocy do zbycia lub pomocy do ukrycia programu komputerowego uzyskanego za pomocą czynu zabronionego są bardzo zbliżone (podobne) do zachowań wypełniających znamiona przestępstwa umyślnego paserstwa określonego w art. 291 § 1 k.k. Różnica dotyczy jednak jednego istotnego elementu, jakim jest przedmiot czynności wykonawczej. W przypadku paserstwa programu komputerowego jest nim program komputerowy, który – odmiennie niż przedmiot z art. 291 § 1 k.k. – nie posiada statusu rzeczy. Skoro brak jest reguły nakazującej stosować przepis art. 294 § 1 k.k. także do paserstwa programu komputerowego, należy przyjąć stwierdzić, że nie może on stanowić podstawy kwalifikacji takich zachowań. Niezależnie zatem od wartości programu komputerowego zawsze umyślne paserstwo powinno być kwalifikowane na podstawie art. 293 § 1 k.k. w zw. z art. 291 § 1 k.k.

Wymiar kary. Konsekwencją dokonania wskazanych zmian w opisie i kwalifikacji prawnej czynu musiało być dokonanie na nowo wymiaru kary. Zgodnie z art. 11 § 3 k.k. podstawę wymiaru kary stanowił przepis art. 116 ust. 3 pr. aut., jako przewidujący karę najsurowszą spośród zbiegających się przepisów, a mianowicie karę pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 5 lat. Sąd Apelacyjny wziął pod uwagę okoliczności istotne dla wymiaru kary przyjęte w odniesieniu do przedmiotowego czynu przez Sąd Okręgowy (s. 37 uzasadnienia), uwzględniając jednak fakt, że oskarżony wyrządził swoim zachowaniem niższą szkodę, niż pierwotnie przyjęto w zaskarżonym wyroku. W konsekwencji Sąd Apelacyjny uznał, iż adekwatną karą za przypisaną w nowym kształcie czyn jest kara roku pozbawienia wolności. Jednocześnie Sąd Apelacyjny – kierując się tymi samymi przesłankami, co Sąd Okręgowy – na podstawie art. 69 § 1 k.k. i art. 70 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. warunkowo zawiesił wykonanie tej kary na okres 3 lat próby. W ocenie Sądu Apelacyjna taka kara zapewni realizację dyrektyw określonych w art. 53 § 1 k.k.

Konsekwencją tego rozstrzygnięcia było uchylene punktu 2 zaskarżonego wyroku, który zawierał odrębne rozstrzygnięcie dotyczące warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności, skoro wskutek zamieszczenia przez Sąd Apelacyjny rozstrzygnięcia dotyczącego warunkowego zawieszenia wykonania kary łącznie z rozstrzygnięciem dotyczącym wymiaru tej kary, stracił on rację bytu.

Wysokość szkody wyrządzonej przestępstwem (apelacja oskarżyciela, zarzut nr 5d apelacji obrońcy). Podniesiony w apelacji oskarżyciela publicznego zarzut błędu w ustaleniach faktycznych dotyczących kwoty orzeczonego wobec oskarżonego obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem sprowadza się w zasadzie do argumentu, że na szkodę wyrządzoną przestępstwem składają się dwie kwoty wskazane w opisie czynu przypisanego oskarżonemu, a orzeczonego obowiązek naprawienia szkody powinien odpowiadać sumie tych kwot. Tak ujęty zarzut nie mógł jednak zostać uwzględniony, niezależnie od tego, że również Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wskazał, że popełnił błąd co do wysokości obowiązku naprawienia szkody.

Analizując zakres obowiązku oskarżonego do naprawienia szkody wyrządzonej przypisanym mu przestępstwem należy zauważyć, że na gruncie prawa cywilnego przyjmuje się, iż podstawę odpowiedzialności odszkodowawczej pasera stanowi przepis art. 422 k.c., zgodnie z którym za szkodę odpowiedzialny jest nie tylko ten, kto ją bezpośrednio wyrządził, lecz także ten, kto inną osobę do wyrządzenia szkody nakłonił albo był jej pomocny, jak również ten, kto świadomie skorzystał z wyrządzonej drugiemu szkody. W związku z tym w orzecznictwie przyjmuje się, że paser, który świadomie skorzystał z wyrządzonej drugiemu szkody obowiązany jest z mocy art. 422 k.c. do jej naprawienia w stopniu odpowiadającym wartości nabytej rzeczy, pochodzącej z kradzieży, a nie jedynie do wysokości uzyskanych przez niego korzyści (zob. wyrok SN z dnia 8 czerwca 1966 r., I PR 162/66, LEX nr 6000). Innymi słowy, korzyść uzyskaną przez pasera wyznacza wartość przyjętego przez niego mienia pochodzącego z przestępstwa, nie zaś zysku,

jaki otrzymał sprzedając później to mienie (zob. wyrok SN z dnia 7 listopada 1979 r., II CR 360/79, OSNC 1980, nr 7-8, poz. 142). Przepis art. 422 k.c. nie jest pozbawiony znaczenia także na gruncie art. 46 § 1 k.k. W związku z tym wskazuje się jednak, że popełnienie przestępstwa z art. 291 § 1 k.k. nie zawsze będzie powodowało wyrządzenie właścicielowi szkody. Odpowiedzialność odszkodowawcza pasera musi bowiem być związana z popełnionym przez niego przestępstwem, a nie z faktem pozbawienia właściciela należącego doń przedmiotu. Trzeba tu bowiem mieć na względzie, że o ile na gruncie art. 422 k.c. pomocnik i podlegacz odpowiadają za całość szkody, o tyle osoba, która świadomie skorzystała ze szkody, odpowiada za własny czyn, tak więc jej odpowiedzialność będzie zazwyczaj inna niż odpowiedzialność sprawcy szkody i nie będzie obejmowała całości szkody wyrządzonej poszkodowanemu (zob. uzasadnienie uchwały SN z dnia 26 czerwca 2014 r., I KZP 8/14, OSNKW 2014, z. 10, poz. 74; M. Siwek, Glosa do uchwały SN z dnia 26 czerwca 2014 r., I KZP 8/14, LEX/el. 2015). Obowiązek odszkodowania na gruncie art. 46 § 1 k.k. może być zasądzony jedynie na rzecz pokrzywdzonego w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k., a zatem przestępstwo musi naruszać dobro prawne lub zagrażać mu bezpośrednio. Oznacza to, że podstawą obowiązku naprawienia szkody orzeczanego na podstawie art. 46 § 1 k.k. jest popełnienie przestępstwa, a więc w przypadku czynu z art. 291 § 1 k.k. wymagane jest wyrządzenie szkody oraz istnienie związku pomiędzy realizacją znamion tego czynu a szkodą. W konsekwencji wskazuje się, że obowiązek odszkodowawczy na rzecz właściciela rzeczy lub dysponenta odnoszącymi się do rzeczy prawami majątkowymi od pasera może opierać się tylko na pierwszej części art. 422 k.c. Odpowiedzialność odszkodowawcza pasera nie jest bowiem związana z faktem utraty rzeczy przez właściciela na skutek popełnienia przestępstwa przeciwko mieniu, gdyż nie jest on sprawcą tego przestępstwa i nie zrealizował jego znamion. Paser odpowiada wyłącznie za szkodę wyrządzoną bezpośrednio przez jego czyn zabroniony. Możliwe jest zatem nałożenie na pasera obowiązku naprawienia szkody, jednak wyłącznie w zakresie, w jakim została ona spowodowana przypisanym mu zachowaniem realizującym znamiona czynu, a nie w zakresie faktu utraty rzeczy przez właściciela. Wymaga to precyzyjnego ustalenia, czy i w jakim stopniu zrealizowanie znamion paserstwa przyczyniło się do naruszenia własności lub innego prawa majątkowego. Jak się bowiem zauważa, z reguły zakres szkody wyrządzonej przez pasera nie będzie tożsamy ze szkodą wyrządzoną przez sprawcę dokonującego np. kradzieży lub przywłaszczenia rzeczy, będącej później przedmiotem czynności wykonawczej paserstwa (zob. A. Zoll, Glosa do uchwały SN z dnia 26 czerwca 2014 r., I KZP 8/14, OSP 2015, z. 1, poz. 4; M. Siwek, Glosa...).

Przenosząc powyższe uwagi na grunt przedmiotowej sprawy należy zauważyć, że nie ma podstaw do obciążenia oskarżonego na gruncie art. 46 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. (dla porządku należy przypomnieć, że w przedmiotowej sprawie zastosowanie mają przepisy ustawy karnej, które obowiązywały przed 1 lipca 2015 r.) odpowiedzialnością za działania sprawców w C. polegające na rozpowszechnianiu i utrwalaniu bez uprawnienia interfejsów zawierających oprogramowanie komputerowe należące do R.-T. (...) oraz (...). O ile w przypadku zwykłej kradzieży szkoda o podstawowym wymiarze dla właściciela jest związana z faktem utraty rzeczy, to w przypadku nielegalnego zwielokrotniania utworów z uwagi na ich naturalną zdolność do multiplikowania nie dochodzi do utraty władztwa nad utworem i wyrządzenia w ten sposób szkody majątkowej. W takim przypadku można jedynie mówić o potencjalnej szkodzie, gdyż dopiero rozpowszechnienie nielegalnego zwielokrotnionego utworu godzi w prawa majątkowe autora i wyrządza mu szkodę majątkową polegającą przede wszystkim na utracie korzyści (*lucrum cessans*). Zbycie oskarżonemu interfejsów (...) i OP-C. w celu ich eksportu z C. do Polski wyrządziło autorom tego oprogramowania szkodę majątkową, lecz jest ona wyłącznie wynikiem działania sprawcy nielegalnego zwielokrotnienia tych utworów oraz sprzedawcy, który zbył je oskarżonemu. Trudno uznać, aby szkoda ta była wyrządzona poprzez działanie oskarżonego, skoro oskarżony wprowadził te interfejsy z oprogramowaniem nabył, jednak nie odniósł w ten sposób jeszcze żadnej korzyści majątkowej, a wręcz przeciwnie – wydatkował ze swojego majątku określone kwoty celem ich nabycia. Skoro zaś przedmiotowe interfejsy nie są programami oryginalnymi, a zatem nie można określić ich wartości, to w konsekwencji trudno uznać, aby oskarżony nabywając je zwiększył wartość swojego majątku. Nie można tu czynić prostej analogii do pasera, który nabywa skradziony przedmiot o konkretnej wartości i już w ten sposób osiąga korzyść w postaci zwiększenia swojego majątku. W rozważanej tutaj sytuacji dopiero sprzedaż pirackiego programu komputerowego przez pasera powoduje, że odnosi on korzyść z przestępstwa, jakiego dopuścił się sprawca, który nielegalnie zwielokrotnił ten program. W ten sposób wyrządza również szkodę majątkową osobie uprawnionej z tytułu autorskich praw majątkowych w postaci utraconych korzyści, bowiem nabywca nielegalnego oprogramowania kupuje go od pasera, zamiast kupić program oryginalny i zwiększyć majątek autora, uiszczając kwotę odpowiadającą

cenie tego oryginalnego programu. W konsekwencji zachowanie pasera programu komputerowego, który nabywa nielegalne oprogramowanie w celu jego odsprzedaży jeszcze nie wyrządza szkody majątkowej autorowi. Ta powstanie dopiero w momencie, kiedy dojdzie to sprzedaży tego nielegalnego programu. Kwestie te nie zostały dostrzeżone zarówno przez Sąd Okręgowy, jak i oskarżyciela publicznego, który zaskarżył rozstrzygnięcie dotyczące obowiązku naprawienia szkody.

Powyższa analiza prowadzi do wniosku, że w odniesieniu do interfejsów ujawnionych podczas czynności przeszukania pomieszczeń należących do oskarżonego zrealizowanie przez niego znamion paserstwa z art. 118 ust. 1 pr. aut. nie spowodowało szkody w majątku osoby uprawnionej (autora), gdyż oskarżony tych interfejsów nie zbył i nie spowodował w ten sposób utraty przez pokrzywdzonego korzyści, jakie ten odniósłby, gdyby doszło do sprzedaży programu legalnego. Nie można zatem mówić, aby czyn oskarżonego na tym etapie wyrządził szkodę w rozumieniu art. 46 § 1 k.k. Nie oznacza to jeszcze, że oskarżony nie może ponieść żadnej odpowiedzialności cywilnej z tytułu przypisanego mu czynu w zakresie dotyczącym interfejsów diagnostycznych. Sąd Apelacyjny miał na względzie treść art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. b) pr. aut., zgodnie z którym uprawniony, którego autorskie prawa majątkowe zostały naruszone, może żądać od osoby, która naruszyła te prawa m.in. naprawienia wyrządzonej szkody na zasadach ogólnych albo poprzez zapłatę sumy pieniężnej w wysokości odpowiadającej stosownemu wynagrodzeniu, które w chwili jego dochodzenia byłoby należne tytułem udzielenia przez uprawnionego zgody na korzystanie z utworu. Przepis ten przewiduje swego rodzaju odszkodowanie ryczałtowe, jednak w ocenie Sądu Apelacyjnego nie może on znaleźć zastosowania na gruncie art. 46 § 1 k.k. w kształcie obowiązującym przed 1 lipca 2015 r. Ten ostatni przepis stanowił samoistne źródło obowiązku naprawienia szkody, zaś przepisy prawa cywilnego miały wówczas ograniczone zastosowanie do ustalania kwestii szkody. Nie wyklucza to jednak możliwości dochodzenia przez uprawnione podmioty odszkodowania od oskarżonego na wskazanej podstawie na drodze postępowania cywilnego.

Jeśli idzie o tę część przypisanego oskarżonemu czynu, która dotyczyła rozpowszechniania bez uprawnienia programów komputerowych (...) i (...) C., to nie budzi wątpliwości, że w ten sposób wyrządził on pokrzywdzonemu szkodę majątkową. Sąd Apelacyjny skorygował jednak wysokość tej szkody, bowiem z opinii biegłego T. B. (k. 604-680, 818-834) wynika, iż wśród płyt ujawnionych u osób, które nabyły od oskarżonego nielegalne oprogramowanie 205 płyt zawierało starsze wersje oprogramowania (...) C. (sprzed 2004 r.), 1 płyta zawierała oprogramowanie (...) C., wersja 409.1 (płyta nr 30), zaś 3 płyty zawierały oprogramowanie OP-C. (płyty nr 38, 81, 123). W sumie razem było to 206 płyt z oprogramowaniem (...) C. oraz 3 płyty OP-C.. Jedna licencja do korzystania z oprogramowania (...) C. została przez pokrzywdzonego wyceniona na kwotę 800 zł. Jednocześnie w odniesieniu do oprogramowania OP-C. pokrzywdzony A. K. wskazał, że nigdy nie było ono sprzedawane w wersji dla interfejsu uniwersalnego, lecz wymagało ono zakupu razem z dedykowanym interfejsem stanowiącym klucz sprzętowy (k. 3181v). Ponieważ w sprawie nie ustalono, czy oskarżony wskazane 3 płyty z oprogramowaniem OP-C. zbył razem z interfejsem zawierającym nielegalne oprogramowanie umożliwiające korzystanie z OP-C., zatem nie było podstaw, aby przyjąć, iż w tym zakresie sposób wyrządził pokrzywdzonemu szkodę majątkową. W związku z tym podstawę obliczenia kwoty orzeczonej tytułem obowiązku naprawienia szkody stanowiła ilość 206 programów (...) C., co łącznie dało kwotę 164.800 zł.

W konsekwencji Sąd Apelacyjny obniżył wysokość orzeczonego w punkcie 3 zaskarżonego wyroku wobec oskarżonego obowiązku naprawienia szkody do kwoty 164.800 zł.

Sąd Apelacyjny nie uznał natomiast za zasadny zarzutu obrońcy oskarżonego, w którym kwestionował on przyjętą w zaskarżonym wysokości szkody wyrządzonej pokrzywdzonemu, wskazując, że kwota ta odpowiada oryginalnemu oprogramowaniu do diagnostyki pojazdów. Zarzut ten opierał się bowiem na odrzuconych już powyżej twierdzeniach obrońcy, iż oskarżony dystrybuował oprogramowanie demo, które mogło być samodzielnie pobrane przez użytkownika z internetu, zaś interfejsy miały charakter uniwersalny. Nie ulega wątpliwości, że oskarżony sprzedając nielegalne oprogramowanie (...)C. spowodował utratę korzyści majątkowej przez pokrzywdzonego, jako uprawnionego do sprzedaży tych programów, bowiem nabywcy nie zakupili oprogramowania legalnego. Sąd

przyjęcie wartości oryginalnego oprogramowania jako podstawy obliczenia wysokości wyrządzonej szkody było w pełni prawidłowe.

Koszty zastępstwa procesowego oskarżyciela posiłkowego (zażalenie pełnomocnika). Zażalenie na rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów procesu okazało się częściowo zasadne. Sąd Okręgowy zasądził zwrot poniesionych przez oskarżyciela posiłkowego wydatków z tytułu zastępstwa procesowego w kwocie 9.433 zł, zaś skarżący wnosił o zasądzenie tych wydatków w łącznej kwocie 30.197 zł.

Na wstępie należy wskazać, że do ustalenia wysokości należnych oskarżycielowi posiłkowemu od oskarżonego kosztów ustanowienia w postępowaniu pełnomocnika zastosowanie mają przepisy rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 461 z późn. zm.). Zgodnie bowiem z przepisem § 21 obecnie obowiązującego od dnia 1 stycznia 2016 r. rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz.U. poz. 1800), do spraw wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie tego rozporządzenia stosuje się przepisy dotychczasowe do czasu zakończenia postępowania w danej instancji. Skoro zaś postępowanie ponowne zostało przed sądem pierwszej instancji wszczęte przed 1 stycznia 2016 r., zastosowanie mają przepisy wskazanego wyżej rozporządzenia z 2002 r.

Nie ulega wątpliwości, że kwota zwrotu wydatków, jaką Sąd Okręgowy zasądził w zaskarżonym wyroku na rzecz oskarżyciela posiłkowego jest zbyt niska i zarzut zażalenia co do zasady jest trafny. Skarżący uzasadniając wysokość dochodzonych wydatków wskazał, że zostały one udokumentowane fakturami za wynagrodzenie adwokata, które mieści się w granicach sześciokrotnej stawki minimalnej przewidzianej w § 2 ust. 1 i 2 w zw. z § 16 rozporządzenia z 2002 r. Wynika z powyższego, że w ocenie skarżącego umowa zawarta między stroną a pełnomocnikiem jest wiążąca dla Sądu, o ile mieści się w granicach sześciokrotnej stawki minimalnej. Stanowisko takie jest błędne i nie znajduje oparcia w obowiązujących unormowaniach. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że wprawdzie przepis art. 16 ust. 1 pr. adw. stanowi, że opłaty za czynności adwokackie ustala umowa z klientem, jednak już kolejny ustęp art. 16 zawiera upoważnienie dla Ministra Sprawiedliwości do określenia w drodze rozporządzenia wysokości opłat za czynności adwokackie przed organami wymiaru sprawiedliwości, stanowiących podstawę do zasądzenia przez sądy kosztów zastępstwa prawnego i kosztów adwokackich. Kształtując treść tego rozporządzenia należy mieć na względzie, że ustalenie opłaty wyższej niż stawka minimalna, lecz nieprzekraczającej sześciokrotności tej stawki, może być uzasadnione rodzajem i zawilnością sprawy oraz niezbędnym nakładem pracy adwokata. Wynika z tego, że zasada umowności ustalania opłat za czynności adwokackie, uwzględniająca prawa rynku, obowiązuje tylko między stronami umowy. Natomiast reglamentacji podlega już wysokość opłat za te czynności przed organami wymiaru sprawiedliwości, jeżeli mają one stanowić podstawę do zasądzenia przez sądy kosztów zastępstwa prawnego (zob. postanowienie SN z dnia 23 marca 2011 r., I KZP 1/11, OSNKW 2011, nr 5, poz. 38). Również z treści § 2 i 3 mającego zastosowanie w przedmiotowej sprawie rozporządzenia z 2002 r. wynika, że sąd zobligowany jest przyznać wynagrodzenie w wysokości odpowiadającej stawce minimalnej, natomiast przyznanie tego wynagrodzenia w wysokości wyższej, jednak nieprzekraczającej sześciu stawek minimalnych, uzależnione jest od oceny sądu nakładu pracy adwokata i charakteru sprawy (zob. szerzej J. Grajewski i in., Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2013, t. 2, s. 1444-1445, teza 8 do art. 616). Pogląd o braku związania sądu określoną w umowie wysokością wynagrodzenia obrońcy lub pełnomocnika znajduje uzasadnienie nie tylko w argumentach natury normatywnej, lecz również we względach słuszności. Zapobiega to bowiem obciążaniu strony przegrywającej kosztami ustanowienia obrońcy lub pełnomocnika w wysokości, która nie znajduje uzasadnienia w charakterze sprawy oraz nakładzie pracy tego obrońcy lub pełnomocnika. W przeciwnym razie zasądzenie od strony przegrywającej kosztów procesu stawałoby się dodatkową, finansową dolegliwością, ponoszoną przez tę stronę. Celem obowiązku zwrotu kosztów nie jest zaś przecież dodatkowa represja, lecz wyłącznie zwrot tego, co w uzasadnionym zakresie przeciwnik poniósł w związku z jego udziałem w procesie karnym. W konsekwencji Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie nie podziela prezentowanego niekiedy w orzecznictwie poglądu, że sąd jest związany określoną w umowie wysokością wynagrodzenia adwokata, o ile nie przekracza ona sześciokrotności stawki minimalnej (por. postanowienie SA w Katowicach z dnia 29 kwietnia 2015 r., II AKz 233/15, LEX nr 1770361).

Sąd Apelacyjny ustalając wysokość należnych oskarżycielowi od oskarżonego wydatków z tytułu ustanowienia pełnomocnika na kwotę 27.589,40 zł uwzględnił następujące kwoty:

- 6.150 zł brutto – wysokość wynagrodzenia zasądzonego w wyroku Sądu Okręgowego we Włocławku z dnia 2 czerwca 2014 r. za postępowanie w I instancji,
- 1.771,20 zł brutto – wynagrodzenie za postępowanie w II instancji w wysokości dwukrotności stawki minimalnej 720 zł netto (600 zł + 120 zł za dodatkowy termin rozprawy) z uwagi na wkład pełnomocnika związany z przesłuchaniem świadka na rozprawie apelacyjnej,
- 8.413,20 zł brutto – wynagrodzenie za postępowanie ponowne w I instancji w wysokości trzykrotności stawki minimalnej 2.280 zł netto (600 zł + 14x120 za dodatkowe terminy rozprawy) z uwagi na wkład pełnomocnika w wyjaśnienie sprawy,
- 11.255 zł – wydatki pełnomocnika z tytułu dojazdu (3.293+718+7.244 zł).

Mając na uwadze powyższe i jednocześnie nie dostrzegając okoliczności uzasadniających orzekanie poza granicami zaskarżenia i podniesionych zarzutów, Sąd Apelacyjny utrzymał w mocy w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego we Włocławku.

Koszty procesu. W związku z tym, że wyrok Sądu Apelacyjnego kończy postępowanie w sprawie, należało stosownie do art. 626 § 1 k.p.k. rozstrzygnąć o kosztach procesu za postępowanie odwoławcze.

Na podstawie art. 634 k.p.k. w zw. z art. 627 k.p.k. w zw. § 11 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat adwokackich (Dz. U. poz. 1800) Sąd Apelacyjny zasądził od oskarżonego Ł. U. (1) na rzecz oskarżyciela posiłkowego A. K. koszty ustanowienia pełnomocnika w postępowaniu odwoławczym w wysokości 1.771,20 złotych brutto. Sąd Apelacyjny miał tu na względzie wysokość stawki minimalnej, która wynosi 1200 zł netto oraz fakt, że odbyły się dwa terminy rozprawy, co zgodnie z § 17 pkt 1 wskazanego rozporządzenia powoduje podwyższenie stawki za jeden dodatkowy termin o kwotę 240 zł netto.

Na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. Sąd Apelacyjny zwolnił oskarżonego od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych za postępowanie apelacyjne i obciążył nimi Skarb Państwa. Sąd uznał, że przemawiają za tym względy słuszności, bowiem zaskarżony wyrok został zmieniony na korzyść oskarżonego.