Jędrzej Skrzypczak

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 29 września 2004 r. I KZP 21

Palestra 50/1-2(565-566), 284-292

2005

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

MUZEUM HISTORII POLSKI

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 29 września 2004 r.

I KZP 21/04*

Teza glosowanego postanowienia brzmi:

Innym podobnym świadczeniem, o którym mowa w art. 121 § 2 k.w., jest także płatna usługa, polegająca na podłączeniu odbiornika telewizyjnego do systemu zbiorowego obioru (sieci kablowej) i na udostępnieniu programów.

W niniejszej sprawie Sąd Najwyższy rozpatrywał zagadnienie prawne przedstawione przez Sąd Okręgowy w Elblągu wymagające zasadniczej wykładni ustawy, a mianowicie „czy działanie polegające na podłączeniu odbiornika telewizyjnego do sieci operatora telewizji kablowej, po uprzednim pokonaniu zabezpieczeń skrzynki rozdzielczej i wyłudzeniu w ten sposób odbioru sygnału telewizyjnego bez obowiązku opłacania miesięcznego abonamentu i jednorazowej opłaty za podłączenie, może być zakwalifikowane jako wykroczenie szalbierstwa z art. 121 § 2 k.w., czy też zachowanie takie jest prawnokarnie obojętne, tzn. mamy do czynienia z luką prawną związaną z niedostosowaniem przepisów do szybko postępującego rozwoju technologicznego".

Sąd Najwyższy odmówił wprawdzie podjęcia uchwały, jednocześnie czyniąc szereg istotnych uwag prowadzących do konkluzji, iż „innym podobnym świadczeniem, o którym mowa w art. 121 § 2 k.w., jest także płatna usługa, polegająca na podłączeniu odbiornika telewizyjnego do systemu zbiorowego obioru (sieci kablowej) i na udostępnieniu programów".

W tym miejscu przywołać należy treść uchwały Sądu Najwyższego z 22 stycznia 2003 r.[1], którą również powołuje się w uzasadnieniu glosowanego orzeczenia,

* OSNKW 2004, z. 9, poz. 90.

[1] Sygn. akt I KZP 43/02, opublikowanej w OSNKW 2003/1–2/5.

gdzie wyrażono pogląd, iż „działanie sprawcy, polegające na bezprawnym podłączeniu odbiornika telewizyjnego do sieci kablowej, godzi w prawa majątkowe nadawcy programu, nie wyczerpuje jednak znamion przestępstwa określonego w art. 267 § 1 k.k.". Jednocześnie podkreślono, iż „na gruncie stanu faktycznego omawianej sprawy nie może ulegać wątpliwości, iż sprawca zamierzał w sposób bezprawny uzyskać dostęp do usługi, jaką w trybie art. 41 i n. ustawy z 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji oferował operator sieci kablowej". Ponadto zauważono, iż dostęp do części programów radiowych i telewizyjnych dostępnych w sieciach kablowych wiąże się z koniecznością uiszczenia stosownych opłat. Wyraźnie zaakcentowano, iż „opłaty te nie są w żadnym stopniu powiązane z abonamentem, wręcz przeciwnie, uiszczenie opłaty umożliwia odbiór programów oferowanych przez nadawcę nawet w sytuacji, gdy nie uiszczono abonamentu. Opłata za dostęp do sieci kablowej jest w istocie rzeczy opłatą za usługę udostępnienia programów. W treści tych programów oczywiście zawarte są informacje, ale działanie sprawcy w omawianej sprawie zmierzało do bezprawnego uzyskania usługi, a dopiero w następstwie tego do informacji"[2]. Zgodzić się zatem należy z konstatacją Sądu Najwyższego, iż „działanie sprawcy, polegające na podłączeniu odbiornika telewizyjnego do sieci kablowej, po uprzednim pokonaniu zabezpieczeń skrzynki rozdzielczej i uzyskaniu dostępu do emitowanego programu, niewątpliwie ma charakter bezprawny i godzi w prawa majątkowe przedsiębiorstwa będącego nadawcą programu. Nie wyczerpuje ono jednak znamion przestępstwa określonego w art. 267 § 1 k.k".

W tym zakresie podobne konkluzje wynikają z wyroku Sądu Najwyższego z 24 marca 2004 r.[3]. W uzasadnieniu tego orzeczenia stwierdzono, iż działanie polegające na bezprawnym podłączeniu odbiornika telewizyjnego do sieci kablowej wprawdzie godziło w prawa majątkowe nadawcy programu, nie wyczerpywało jednak znamion występku z art. 267 § 1 k.k. Należy jednak zwrócić uwagę na inny fragment tego uzasadnienia, gdzie stwierdzono, że zachowanie takie należałoby zakwalifikować jako wyczerpujące znamiona występku z art. 7 ust. 2 ustawy z 5 lipca 2002 r. o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną, opartych lub polegających na dostępie warunkowym[4], „gdyż bezprawne podłączenie odbiornika telewizyjnego do sieci kablowej po uprzednim pokonaniu zabezpieczeń skrzynki rozdzielczej i korzystanie w związku z tym z usługi chronionej, polegającej na rozpowszechnianiu i rozprowadzaniu programu telewizyjnego, stanowi używanie urządzenia niedozwolonego w rozumieniu tej ustawy i jeśli działanie to podjęto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, to wyczerpuje znamiona występku z art. 7 ust. 1, zaś w przypadku używania tego urządzenia niedozwolonego wyłącznie na

[2] Por. szerzej J. Sobczak, *Radiofonia i telewizja. Komentarz*, Kraków 2001, s. 485 i n.

[3] Sygn. akt IV KK 46/04, niepublikowany.

[4] Dz. U. Nr 126, poz. 1068 – zwanej dalej ustawą.

własne potrzeby – występku z art. 7 ust. 2 tej ustawy". Na marginesie należy odnotować, że z uwagi na fakt, iż w rozstrzyganej sprawie zarzut obejmował działanie sprawcy przed 9 listopada 2002 r., tj. przed datą wejścia w życie tej ustawy, Sąd Najwyższy uznał, iż z tego względu przywoływany przepis nie może mieć zastosowania w tym przypadku.

Z powyższym poglądem dotyczącym wykładni art. 7 ustawy o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym nie można się zgodzić. Wydaje się, iż Sąd Najwyższy błędnie przyjął, że zachowanie polegające na podłączeniu się do przewodu służącego do przekazywania sygnału telewizji kablowej wyczerpuje wszystkie znamiona występku stypizowanego w tymże przepisie przywołanego powyżej aktu normatywnego. Problem dotyczy należytej interpretacji przesłanki „posiada lub używa urządzenie niedozwolone". Zgodnie z tym przepisem „kto, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, posiada lub używa urządzenie niedozwolone, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku". Natomiast jeżeli sprawca używa urządzenia niedozwolonego wyłącznie na własne potrzeby, podlega grzywnie. Pamiętać bowiem należy, że zgodnie z definicją legalną pojęcia „urządzenie niedozwolone", zamieszczoną w art. 2 pkt 6 ustawy, należy za takie rozumieć sprzęt lub oprogramowanie, które zostały zaprojektowane lub przystosowane w celu umożliwienia korzystania z usług chronionych bez uprzedniego upoważnienia usługodawcy. Zgodzić trzeba się z tymi poglądami doktryny, twierdzącymi, iż „za urządzenie dostępu warunkowego nie można uznać urządzenia, które umożliwia korzystanie z usług chronionych, ale nie wymagało ani zaprojektowania, ani szczególnego przystosowania go do tego celu"[5]. Za taki sprzęt nie może zatem uchodzić odbiornik telewizyjny umożliwiający odbiór dostępnych w sieci kablowej programów. Urządzeniem niedozwolonym w rozumieniu cytowanej ustawy nie można także nazwać działania polegającego na podłączeniu się do przewodu, po uprzednim pokonaniu zabezpieczeń skrzynki rozdzielczej. Takim urządzeniem będzie wyłącznie sprzęt lub oprogramowanie, które zostały zaprojektowane lub przystosowane do korzystania z usług chronionych. Pod pojęciem sprzętu należy rozumieć „wszelkie materialne urządzenia techniczne skonstruowane z elementów elektronicznych"[6], czyli np. tuner do odbioru programów telewizyjnych platform cyfrowych, dekodery do obioru płatnej telewizji lub radiofonii satelitarnej czy kablowej. Natomiast oprogramowanie w rozumieniu tego przepisu to „wszelkie kody programowe, zawierające algorytmy wykonywane za pomocą urządzeń mikroprocesorowych"[7]. Przy czym należy podkreślić, iż określenie „przystosowanie do

[5] Tak K.Korus, *Komentarz do art. 2 ustawy z 5 lipca 2002 r. o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym*, System informacji prawnej LEX („Omega" 38/2004), t. 5 do pkt. 2.

[6] *Ibidem*, t. 3.

[7] *Ibidem*.

umożliwienia korzystania z usług chronionych" odnosi się wyłącznie do działań o charakterze technicznym, dotyczącym jedynie niedozwolonego urządzenia, a nie np. telewizora czy też radioodbiornika. Na marginesie warto zauważyć, co wynika już z samego tytułu ustawy, iż ten akt normatywny reguluje problematykę korzystania z usług opartych na dostępie warunkowym, jak również usług polegających na dostępie warunkowym. W rozumieniu bowiem art. 2 pkt. 2 tej ustawy pod tym pierwszym pojęciem należy rozumieć usługi, z których korzystanie jest uzależnione od uprzedniego nabycia przez usługobiorcę urządzenia dostępu warunkowego lub uzyskania indywidualnego upoważnienia dostępu do danej usługi. Termin ten określony został w tym przypadku szeroko, obejmując zarówno przypadki posługiwania się urządzeniem dostępu warunkowego w znaczeniu wyżej nakreślonym, jak również możliwość uzyskania jedynie indywidualnego upoważnienia dostępu do danej usługi. Niemniej jednak odpowiedzialność karną, zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy, ponosi się jedynie za posiadanie niedozwolonego urządzenia w celu uzyskania chronionej usługi. Zgodzić się należy zatem z poglądem, iż „najważniejszą konsekwencją takiego ukształtowania ochrony jest niemożność powołania się na nią, jeśli nielegalne korzystanie z usługi nastąpiło bez pomocy urządzenia niedozwolonego"[8].

Przy tej okazji należy także wytknąć komentowanemu wyrokowi Sądu Najwyższego z 24 marca 2004 r.[9], że analizując problem temporalny związany z datą wejścia w życie ustawy, nie dostrzegł przy tej okazji, iż art. 11 tego aktu normatywnego znowelizował art. 118^1 ustawy z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych[10], wykreślając z tego przepisu wyrazy „bądź też urządzenia służące do nielegalnego odbioru nadawanych programów, przeznaczonych dla zamkniętego grona odbiorców, uzyskując do nich dostęp po zapłaceniu wynagrodzenia usługodawcy[11]". W zamian prawnokarną ochronę przedmiotowych usług miały gwarantować wprowadzone art. 6 i 7 ustawy o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym. Wydaje się jednak, że zakres normowania tych przepisów nie tylko nie jest identyczny, lecz częściowo rozbieżny. W okresie do 9 listopada 2002 r., tj. do dnia wejścia w życie ustawy o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym, obowiązywał art. 118^1 ust. 2 w zw. z ust. 1, stanowiący w ówczesnym brzmieniu, iż karze grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku podlegał każdy, kto posiadał, przechowywał lub wykorzystywał przedmioty służące do nielegalnego odbioru nadawanych programów, przeznaczonych dla zamkniętego grona odbiorców, uzyskujących do nich dostęp po zapłaceniu wynagrodzenia usługodawcy. W tym przypadku ustawodaw-

[8] *Ibidem*, t. 3 do art. 1.

[9] Sygn. akt IV KK 46/04, niepublikowane.

[10] Tj. Dz.U. z 2000 r. Nr 80, poz. 904 ze zm.

[11] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Ćwiąkalski, R. Markiewicz, E. Traple, *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, wyd. III, Warszawa 2003, s. 788.

ca nie posłużył się pojęciem „sprzętu lub oprogramowania", a terminem „przedmioty". Opowiadano się za szerszą wykładnią tego pojęcia, obejmującego również przewód służący do podłączenia się do sieci telewizji lub radiofonii kablowej. W doktrynie wskazywano, że słowo „przedmioty" użyte w tym przepisie „należało interpretować tak samo jak rzeczy, a więc istotny jest ich materialny charakter"[12]. Panował jednak spór, czy przedmioty, o których mowa w tym przepisie, musiały być „specjalnie przeznaczone do usunięcia lub obejścia zabezpieczeń" i musiały mieć skomplikowany techniczny charakter, czy wręcz odwrotnie[13]. Wydaje się, iż właściwy był ten drugi punkt widzenia, mieszczący w sobie również proste elementy wielofunkcyjne, takie jak chociażby przewód antenowy, za pomocą którego sprawca bezprawnie podłącza odbiornik radiowy lub telewizyjny do sieci kablowej. Z kolei słusznie podkreślano, iż taka redakcja tego przepisu nie obejmuje oprogramowania wykorzystywanego do nielegalnego obchodzenia zabezpieczeń[14]. Także przesłanka „usługi przeznaczonej dla zamkniętego grona odbiorców" w przypadku odbiorców sieci kablowej wydawała się spełniona. Pod względem strony podmiotowej było to przestępstwo (art. 118^1 ust. 2) umyślne, które można było popełnić w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym. Z kolei termin „posiadanie" takiego przedmiotu wykładano szerzej, niż wynikałoby to z cywilistycznego podejścia, a mianowicie oznaczało faktyczne rozporządzanie rzeczą, a więc „każde władanie (tym przedmiotem), jeżeli tylko towarzyszy sprawcy taki zamiar, nawet bez chęci zatrzymania tego przedmiotu na własność"[15].

W glosowanym postanowieniu Sądu Najwyższego z 29 września 2004 r. słusznie zwrócono uwagę na bezprawny charakter działania sprawcy, uzyskującego bez należnej opłaty dostęp do oferowanej usługi w postaci dostępu do programów radiowych i telewizyjnych. Wart podkreślenia jest fakt odwołania się do konieczności rozważania podmiotowych i przedmiotowych elementów takiego działania, a zwłaszcza norm materialnokarnych w kontekście przepisów ustawy z 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji[16] oraz ustawy z 21 lipca 2000 r. – Prawo telekomunikacyjne[17]. Ponadto szczególnie interesujące jest przypomnienie roli i znaczenia europejskiej konwencji o ochronie prawnej usług opartych na dostępie warunkowym, sporządzonej przez państwa członkowskie Rady Europy w Strasburgu w dniu 24 stycznia 2001 r.[18]. Zgodnie z art. 5 tego dokumentu strony konwencji zapewnią

[12] Tak Z. Ćwiąkalski (w:) J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Ćwiąkalski, R. Markiewicz, E. Traple, *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, wyd. II, Warszawa 2001.

[13] Patrz szerzej *ibidem*.

[14] *Ibidem*, autor cytuje i komentuje poglądy prezentowane przez E. Czarny-Drożdżejko.

[15] *Ibidem*.

[16] Dz.U. z 2001 r. Nr 101, poz. 1114 z późn. zm.

[17] Dz.U. Nr 73, poz. 852 z późn. zm.

[18] Tekst konwencji dostępny na internetowej stronie Rady Europy www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/178.htm.

odpowiednie środki służące należytej ochronie podmiotów uprawnionych, nie wyłączając sankcji administracyjnych czy też nawet karnych. Tego rodzaju mechanizmy powinny być – zgodnie z treścią tego przepisu – efektywne, zapobiegające ponownym naruszeniom, ale także proporcjonalne w stosunku do bezprawnej działalności. Z kolei art. 6 konwencji nakazuje wprowadzić mechanizmy konfiskaty niedozwolonych urządzeń, a także materiałów reklamowych promujących wyżej wymienione urządzenia. Natomiast w art. 7 nakazuje się państwom związanym tą umową międzynarodową przyjąć środki umożliwiające zniszczenie i wyeliminowanie niedozwolonych urządzeń z obiegu handlowego[19]. Warto również zauważyć, iż w myśl art. 4, działaniem bezprawnym jest nie tylko produkcja, import, dystrybucja, sprzedaż i wypożyczanie, instalowanie, konserwacja, wymiana, reklama, promocja, ale również samo posiadanie takich urządzeń[20]. Głównym celem tej konwencji jest zatem napiętnowanie bezprawnych działań polegających na nieuprawnionym dostępie do chronionych usług, takich jak programy telewizyjne i radiowe oraz tzw. usług społeczeństwa informacyjnego. Podobnie jak w polskiej ustawie, pojęcie „niedozwolonego sprzętu" konwencja definiuje jako jakikolwiek sprzęt, oprogramowanie zaprojektowane lub zaadoptowane w celu uzyskania dostępu do wyżej wymienionych usług bez zgody dostawcy tych usług[21].

Analizując międzynarodowy kontekst norm prawnych, nie można jednak przede wszystkim zapominać – zwłaszcza uwzględniając znaczenie i rolę źródeł prawa Unii Europejskiej dla państw członków tej Wspólnoty, czyli po 1 maja 2004 r. także Polski – o dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady z 20 listopada 1998 r. nr 98/84/EC o ochronie prawnej usług opartych na dostępie warunkowym lub składających się z takiego dostępu[22]. Zgodnie z art. 2 tego aktu regulacja dotyczy tzw. usług chronionych, o których mowa w tej dyrektywie, tj. nadań telewizyjnych, nadań radiowych skierowanych do odbioru powszechnego, a także usług społeczeństwa informacyjnego w rozumieniu art. 1 ust. 2 dyrektywy nr 98/34/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z 22 czerwca 1998 r. w sprawie zasad dostarczania informacji w zakresie technicznych standardów i regulacji[23], pod warunkiem konieczności uiszczenia odpowiedniego wynagrodzenia i opartych na warunkowym dostępie do usług wyżej określonych[24]. Chodzi tu zatem o usługi świadczone przez

[19] A. Jaskiernia, *Rada Europy a problemy mediów masowych*, Warszawa 2002, s. 72.

[20] Według stanu z 12 października 2004 r. Polska nie jest związana komentowaną konwencją. Na marginesie warto zauważyć, iż akt ten został jak dotąd podpisany przez Bułgarię, Francję, Luksemburg, Mołdawię, Holandię, Norwegię, Rumunię, Rosję, Szwajcarię – dane dostępne na stronie www.conventions.coe.int/Treaty/Commun.

[21] Tak art. 2 cytowanego dokumentu Rady Europy.

[22] Opublikowano w O.J. z 28 listopada 1998 r., L320. Szerzej na ten temat R. Calleja, *Conditional Access Piracy, Computer and Telecommunications*, Law Review 2003, s. 239–240.

[23] O.J. z 21 lipca 1998 r., L 204.

[24] A. Matlak, *Prawo autorskie w społeczeństwie informacyjnym*, Zakamycze 2004, s. 190.

operatorów płatnej telewizji (np. platform cyfrowych), telewizji kablowej, a także innych usług świadczonych w sieciach informatycznych (dostęp do baz danych i elektronicznych publikacji, dostęp do tzw. video on demand, radio on demand)[25]. Podobnie jak to uczyniono w przywoływanej powyżej konwencji Rady Europy, także dyrektywa Unii Europejskiej w art. 4 nakłada na państwa członkowskie obowiązek wprowadzenia zakazów jakiejkolwiek działalności polegającej na produkcji, imporcie, dystrybucji, sprzedaży, wypożyczaniu, posiadaniu niedozwolonych urządzeń, a także ich instalacji, utrzymywania w odpowiednim stanie, wymiany oraz użycia w celach handlowych, promocyjnych lub reklamowych. Zgodnie z art. 5 dyrektywy sankcje, którymi powinno państwo członkowskie dysponować, powinny być efektywne, odstraszające, ale także proporcjonalne do potencjalnego skutku bezprawnego działania. Nie przesądza się tym samym o charakterze stosowanego przymusu państwowego, ale nie eliminuje się w ten sposób możliwości reakcji karnej. Ponadto dostosowując prawo krajowe do tak naznaczonego standardu Unii Europejskiej, państwa członkowskie powinny zapewnić podmiotom pokrzywdzonym w wyniku takiej bezprawnej działalności możliwość dochodzenia konfiskaty i zniszczenia przedmiotów użytych do niedozwolonych działań. Warto przyjrzeć się także, jak dyrektywa definiuje takie pojęcia jak: „warunkowy dostęp", „urządzenie warunkowego dostępu" oraz „niedozwolone urządzenie". Otóż pod pojęciem dostępu warunkowego należy rozumieć jakiekolwiek techniczne urządzenie lub możliwość, dzięki którym możliwy jest dostęp do chronionych usług w formie i postaci zrozumiałej dla odbiorcy, oparte na uzyskaniu wcześniejszej zgody od podmiotu uprawnionego. Z kolei urządzeniem warunkowego dostępu dyrektywa nazywa jakiekolwiek urządzenie lub program komputerowy zaprojektowany lub przystosowany do zapewnienia dostępu do chronionych usług w zrozumiałej (czytelnej) dla odbiorcy formie. Natomiast pojęcie niedozwolonego urządzenia dyrektywa rezerwuje dla jakiegokolwiek urządzenia lub oprogramowania zaprojektowanego lub przystosowanego do zapewnienia dostępu do chronionych usług bez zgody dostawcy tych usług[26]. Jak widać, polski ustawodawca, co w obecnej sytuacji jest oczywiste i konieczne, wyraźnie nawiązał do rozwiązań zamieszczonych w tym dokumencie. Pamiętać jednak należy, że nałożony na Polskę obowiązek dostosowania do standardów Unii Europejskiej prawa krajowego oznacza konieczność spełnienia co najmniej wymogów minimalnych. Nie ma jednak przeszkód, aby zapewnić wyższy poziom ochrony podmiotom uprawnionym.

Można zgodzić się zatem z poglądem Sądu Najwyższego wyrażonym w komentowanym postanowieniu z 29 września 2004 r., iż przedmiotowe działanie uchodzić może w aktualnym stanie prawnym za wykroczenie szalbierstwa. Oczywiście kluczową kwestią było tu rozstrzygnięcie, czy podłączenie odbiornika telewizyjne-

[25] *Ibidem*.

[26] Tak art. 2e dyrektywy.

go do sieci operatora telewizji kablowej po uprzednim pokonaniu zabezpieczeń skrzynki rozdzielczej mieścić się będzie w znamieniu zamieszczonym w art. 121 § 2 k.w. „inne podobne świadczenie". Pomocna w odpowiedzi na tak postawione pytanie mogła okazać się analiza uzasadnienia uchwały Sądu Najwyższego z 24 stycznia 1973 r.[27], gdzie wyrażono pogląd, iż „podobieństwo konkretnych świadczeń może być rozpatrywane ze względu na różne ich cechy z różnych punktów widzenia. Nie ulega wątpliwości, że np. wyłudzenie usługi w zakładzie fryzjerskim podpadnie pod przepis art. 121 § 2 k.w., chociaż usługa ta w swej treści różni się od usług świadczonych w postaci imprez artystycznych, rozrywkowych czy sportowych lub od usług świadczonych przez zakłady żywienia zbiorowego. O podobieństwie tej usługi (świadczenia) do innych, przykładowo wyliczonych w art. 121 § 2 k.w., decyduje nie tyle podobieństwo treści, ile świadomość sprawcy, że usługa ta jest płatna tak jak świadczenia wymienione przykładowo w omawianym przepisie, tzn. z reguły bezzwłocznie – bądź przy wyrażeniu woli skorzystania ze świadczenia, np. kupno biletu na imprezę, bądź po skorzystaniu z tego świadczenia, np. po konsumpcji pożywienia". Pogląd ten należy w pełni zaakceptować. Obawa, iż w ten sposób zostanie naruszona zasada *nullum crimen sine lege certa* jest zatem nieuzasadniona. W istocie – jak podkreślił Sąd Najwyższy w uzasadnieniu komentowanego postanowienia z 29 września 2004 r. – sformułowanie „inne podobne świadczenie, o którym wie, że jest płatne" nie oznacza tożsamości tych usług, ale zbieżność, prawie identyczność. Opłata za dostęp do sieci kablowej jest należnością za udostępnienie pakietu programów radiowych i telewizyjnych, względnie innych jeszcze usług, o odpowiedniej jakości (zarówno technicznej, jak i merytorycznej). Podobieństwo zatem chociażby do opisywanego w art. 121 § 2 k.w. wyłudzenia wstępu na imprezę artystyczną, sportową, rozrywkową jest widoczne. Nie zmienia takiej oceny okoliczność, iż usługi takie dostępne są w różnej formie, tzn. możliwości osobistego uczestniczenia w widowisku (uczestnictwa osobistego, fizycznego) czy też uzyskania określonego nadania radiowego czy telewizyjnego (przekazu dźwięków lub dźwięków i obrazów). To samo dotyczy kwestii opłat. Za wstęp na zbiorową imprezę pobiera się wprawdzie zwykle opłatę jednorazową, nie można jednak wykluczyć rozłożenia takiej kwoty na płatności okresowe w postaci abonamentu (np. za serię imprez). Podobnie dzieje się z należnościami w zamian za możliwość uzyskania usług oferowanych przez operatora sieci kablowej radiofonii lub telewizji. Przy czym w tym przypadku pojęcia abonamentu nie należy mylić z opłatą abonamentową w rozumieniu art. 48 ustawy o radiofonii i telewizji, mającą charakter publicznoprawnej daniny, przeznaczonej na finansowanie radiofonii i telewizji publicznej[28].

[27] Uchwała Sądu Najwyższego z 24 stycznia 1973 r., sygn. akt VI KZP 69/72, opublik. OSNKW 1973/4/42.

[28] J. Sobczak, *op. cit.*, s. 499 i n.

Rozważenia wymaga jeszcze wzajemny stosunek art. 121 § 2 k.w. oraz art. 7 ust. 2 ustawy o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym. Na gruncie stanu faktycznego rozważanego przez Sąd Najwyższy w glosowanym postanowieniu nie może być mowy o zbiegu przepisów wypełniających jednocześnie znamiona wykroczenia i występku[29], bowiem jak wyżej wykazano, rozstrzygana sytuacja nie mieściła się w znamionach przestępstwa opisanego w art. 7 ust. 2 ustawy. Na marginesie jednak wypada zauważyć, iż gdyby doszło do przypadku w istocie stypizowanego w tym przepisie, tj. używania urządzenia niedozwolonego, to należałoby ewentualnie ten przypadek rozważać w kontekście art. 10 k.w. Wydaje się jednak, iż należy przyjąć w takim stanie rzeczy, że ukaranie za przestępstwo z art. 7 ust. 2 ustawy „konsumuje kryminalną zawartość faktu realizacji znamion wykroczenia i potrzebę pociągnięcia za nie sprawcy do odpowiedzialności"[30].

Na koniec nie można się oprzeć możliwości zgłoszenia postulatu *de lege ferenda* nowelizacji art. 7 ust. 2 ustawy z 5 lipca 2002 r. o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym, w ten sposób, aby objąć zakresem normowania tego przepisu również działanie sprawcy polegające na podłączeniu odbiornika telewizyjnego do sieci kablowej poprzez pokonanie zabezpieczeń skrzynki rozdzielczej. Niezbędne wydaje się dodanie obok już istniejącej przesłanki „używania urządzenia niedozwolonego" także „używania innego przedmiotu w celu bezprawnego uzyskania usługi opartej na dostępie warunkowym".

Jędrzej Skrzypczak

[29] Tj. przypadku normowanego art. 9 k.w.

[30] W. Kotowski, *Komentarz praktyczny do art. 10 kodeksu wykroczeń*, opublikowano LEX/el.