



RADA FUNDACJI

Halina Bortnowska-Dąbrowska Marek Antoni Nowicki
Jerzy Ciemniewski Teresa Romer
Janusz Grzelak Mirosław Wyrzykowski
Michał Nawrocki

ZARZĄD FUNDACJI

Prezes: Danuta Przywara
Wiceprezes: Maciej Nowicki
Sekretarz: Piotr Kładoczny
Skarbnik: Elżbieta Czyż
Członek Zarządu: Janina A. Kłosowska

Warszawa, 23 listopada 2015 r.

2734/2015/PSP/MSZ

Sąd Okręgowy w
Wydział Gospodarczy
ul.

Sygn. akt:

OPINIA PRZYJACIELA SĄDU

1. Uwagi wstępne

Opinia przyjaciela sądu (*amicus curiae*) to znana w praktyce sądów zagranicznych i stosowana również w kilkudziesięciu sprawach w Polsce, forma wyrażania przez organizacje pozarządowe opinii prawnej w postępowaniach sądowych, w przypadkach, gdy w związku z celami działalności danej organizacji zachodzi taka potrzeba. Opinia przyjaciela sądu ma na celu przedstawienie szczególnego poglądu organizacji społecznej na sprawę rozpatrywaną przed sądem, któremu taka opinia jest przedstawiana. *Amicus curiae* pomaga sądowi w kompleksowym rozpoznaniu sprawy, z uwzględnieniem argumentów oraz poglądów, które niekoniecznie mogą być przedstawione przez strony w postępowaniu, a które leżą w gestii zainteresowań organizacji pozarządowej.

2. Interes prawny HFPC

Helsińska Fundacja Praw Człowieka (dalej: „HFPC”) jest organizacją pozarządową, której statutowym celem jest ochrona praw człowieka, w tym ich przestrzeganie przez organy władzy publicznej w Polsce. Jednym z kluczowych przedmiotów zainteresowania HFPC jest wolność wypowiedzi, zagwarantowana w art. 54 ust. 1 Konstytucji RP i art. 10 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej: „EKPC”). W ocenie HFPC to właśnie interpretacja zakresu i granic tej wolności stanowi sedno przedmiotowej sprawy: dotyczy ona bowiem prawa do wyrażania poglądów na tematy istotne społecznie w nietypowej formie – poprzez wylewanie piwa produkowanego przez Powodowe spółki. Mając na uwadze, że dotychczas ani Trybunał Konstytucyjny, ani Sąd Najwyższy czy sądy powszechne nie miały okazji dokonać jednoznacznej oceny tego, czy taka forma ekspresji podlega konstytucyjnej i konwencyjnej ochronie, rozstrzygnięcie, które zapadnie w niniejszym postępowaniu, może być bardzo istotne z perspektywy ochrony wolności wyrażania poglądów w Polsce. Znaczenie to rośnie tym bardziej, że w ostatnich latach polskie

społeczeństwo coraz częściej sięga po bojkot konsumencki jako instrument walki o cele polityczne czy społeczne.¹

Z uwagi na powyższe HFPC uznała za zasadne skierowanie do Sądu Okręgowego niniejszej opinii *amicus curiae*. Jej celem nie będzie wypowiedanie się na temat stanu faktycznego niniejszej sprawy ani też sugerowanie prawidłowego rozstrzygnięcia, lecz zaprezentowanie międzynarodowych i konstytucyjnych standardów ochrony wolności ekspresji pomocnych w dokonaniu prawidłowej wykładni przepisów Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 j.t. z późn. zm.; dalej: u.z.n.k.).

3. Wykładnia u.z.n.k. w świetle międzynarodowych i konstytucyjnych standardów ochrony wolności ekspresji

Powodowie opierają swoje roszczenia w niniejszej sprawie na przepisach u.z.n.k. Z tego względu oceniając zasadność argumentacji wyrażonej w pozwie nie sposób abstrahować od celu tej ustawy. *Ratio legis* u.z.n.k. jest bez wątpienia zakazanie stosowania nieuczciwych praktyk mających na celu wyeliminowanie konkurentów i uzyskanie niesprawiedliwej przewagi na rynku. Jak wskazuje Sąd Najwyższy, postanowienia tego aktu prawnego powinny zapewniać prawidłowe funkcjonowanie i działanie podmiotów gospodarczych w warunkach wolnej konkurencji i dostępu do rynku na wolnych prawach². Sąd Najwyższy podkreśla bowiem, że konkurencja jest korzystnym czynnikiem gospodarczym, zapewniającym postęp i racjonalizację kosztów, a w rezultacie także obniżanie cen produktów³.

Doktryna wskazuje, że cel zwalczania nieuczciwej konkurencji nie oznacza, iż dla zastosowania u.z.n.k. wymagane jest istnienie stosunku konkurencji między przedsiębiorcami⁴. Niemniej konieczne jest ustalenie, czy działanie było motywowane chęcią oddziaływania na sytuację rynkową danego przedsiębiorcy, a także czy działania te miały rzeczywistą zdolność wywołania zagrożenia lub naruszenia interesów tego przedsiębiorcy. Jak bowiem trafnie podniósł M. Kępiński, art. 3 u.z.n.k. znajduje zastosowanie tylko wówczas, gdy naruszenie przepisów daje naruszającemu przewagę konkurencyjną nad innymi osobami.⁵

Abstrahując jednak nawet od samej możliwości zastosowania w niniejszej sprawie u.z.n.k., należy zwrócić uwagę, że wszystkie szczegółowe czyny nieuczciwej konkurencji muszą być interpretowane z uwzględnieniem art. 3 u.z.n.k., stosownie do którego: „*Czynem*

¹ J. Klonowska, *Nie tylko Ciechan. Głośne bojkoty konsumenckie ostatnich lat*, portal „Bankier.pl”, 26 września 2014 r., (artykuł dostępny pod adresem internetowym: <http://www.bankier.pl/wiadomosc/Nie-tylko-Ciechan-Glosne-bojkoty-konsumenckie-ostatnich-lat-7218442.html>; ostatni dostęp: 18 listopada 2015 r.).

² Wyrok Sądu Najwyższego z 11 lipca 2002 r. I CKN 1319/00, LexPolonica nr 356972, OSNC 2004, nr 5, poz. 73.

³ Wyrok Sądu Najwyższego z 11 sierpnia 2004 r. II CK 487/03, LexPolonica nr 368214.

⁴ M. Du Vall, E. Nowińska, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, LexisNexis 2013, „(...) ustawa generalnie nie wymaga istnienia stosunku konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami (choć niektóre spośród czynów wymienionych w ustawie mogą zostać popełnione tylko przez podmioty pozostające w takim stosunku, np. naśladownictwo gotowych produktów, niektóre przypadki utrudniania dostępu do rynku czy nieuczciwa reklama porównawcza). Ochrona przedsiębiorcy nie jest zatem uzależniona od tego, czy działanie osoby szkodzącej przedsiębiorcy miało w swym założeniu cele konkurencyjne (...)”.

⁵ M. Kępiński, *Problemy...*, s. 5; J. Szwaja, [w:] J. Szwaja (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej. Komentarz* 2006, s. 146.

nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta“. Zgodnie z orzecznictwem każdy czyn nieuczciwej konkurencji, musi spełniać także wymagania określone w tej klauzuli generalnej⁶. Jak wskazuje Sąd Apelacyjny w Katowicach *“Nie można uznać za trafny poglądu, by regulacja art. 3 oraz art. 5-17 ustawy pozostawały w stosunku do siebie jako "lex generalis" i "lex specialis". W każdym bowiem przypadku, także w razie zastosowania przepisów części szczególnej z rozdziału 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, niezbędne jest wykazanie ogólnych przesłanek z art. 3 ust. 1 u.z.n.k.”*⁷

Konsekwentnie, także zarzucany Pozwanym czyn z art. 15 ust. 1 pkt. 2 u.z.n.k. polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez „nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców” musi być sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami, aby mógł stanowić podstawę do pociągnięcia ich do odpowiedzialności deliktowej.

W ocenie HFPC bojkotem „sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami” w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. będzie bojkot o celach ekonomicznych i antykonkurencyjnych: *„(...) cel bojkotu w większości przypadków ma charakter ekonomiczny i zmierza do ograniczenia lub całkowitego wyeliminowania możliwości działania jego adresatów na rynku poprzez zerwanie więzi gospodarczych i izolację uczestników obrotu. Poza zakresem problematyki zjawisk konkurencji znajdują się inne formy bojkotu, takie jak bojkot z przyczyn politycznych bądź społecznych.*⁸

A contrario działanie niewykraczające poza granice gwarantowanej konstytucyjnie i konwencyjnie wolności wypowiedzi nie będzie mogło zostać uznane za wypełniające znamiona omawianego tu czynu.⁹ Jednostce działającej w granicach prawa i korzystającej ze swoich praw podstawowych nie sposób bowiem zarzucić, że jej zachowanie jest bezprawne czy też sprzeczne z zasadami współzycia społecznego.

Z powyższego wynika, że kwestią kluczową do podjęcia rozstrzygnięcia w przedmiocie odpowiedzialności deliktowej Pozwanych jest ustalenie zakresu i granic wolności wypowiedzi. Innymi słowy niezbędne jest przeprowadzenie analizy niniejszej sprawy pod kątem tego, czy zachowanie Pozwanych podlegało ochronie wyrażonej w art. 54 ust. 1 Konstytucji oraz art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: EKPC). Według HFPC dla dokonania takiej oceny niezwykle pomocne będzie sięgnięcie do międzynarodowych i konstytucyjnych standardów wolności ekspresji.

4. Międzynarodowe standardy ochrony wolności ekspresji a „bojkot konsumencki”

4.1 Zakres ochrony wolności wypowiedzi

Pierwszą kwestią, jaką należy ustalić w niniejszej sprawie rozpatrując ją pod kątem wymogów płynących z konieczności ochrony wolności słowa jest to, czy zachowanie Pozwanych polegające na wylewaniu butelek z piwem i zachęcaniu do tego innych

⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 lutego 2015 r. I ACa 1407/14.

⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 13 lutego 2008 r., sygn. Akt V ACa 256/07.

⁸ M. Mioduszczyński, J. Sroczyński [w:] M. Zdyb (red.) *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, LEX 2011, LEX nr 8455.

⁹ T. Skoczny, w: Szwaja, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz 2006*, s. 588.

podmiotów oraz ogłoszenie zakończenia współpracy z browarem Powódki można w ogóle zakwalifikować jako „wypowiedź” podlegającą ochronie konstytucyjnej i międzynarodowej.

Zgodnie z art. 54 ust. 1 Konstytucji „każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów”. Jak wskazuje Trybunał Konstytucyjny przepis obejmuje poglądy wyrażane w każdej formie: „Wolność wypowiedzi to wolność prezentacji poglądów i przekonań w różnej formie, w sposób widoczny dla innych (słowem, gestem, dźwiękiem, obrazem)”¹⁰. Podobnie szerokie rozumienie „wypowiedzi”, uniezależnione od jej formy, przyjmuje Europejski Trybunał Praw Człowieka, który stoi na stanowisku, że art. 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka chroni nie tylko „klasyczne” sposoby komunikacji (takie jak wypowiedzi słowne czy pisemne), ale i nowoczesne środki przekazu związane przede wszystkim z komunikacją elektroniczną, jak również, co wydaje się szczególnie istotne w kontekście przedmiotowej sprawy, wypowiedzi o charakterze symbolicznym np. noszenie odznak o wydźwięku politycznym¹¹. Wypowiedzią, która w czytelny sposób wyraża ów pogląd, jest protest przyjmujący postać blokowania dróg lub przeszkadzania. Takie stanowisko jest ugruntowane w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.¹²

Podobny pogląd, opowiadający się za ochroną wypowiedzi symbolicznych, choćby nie były one bezpośrednio związane z wyrażaniem poglądów w formie dźwiękowej czy pisemnej, lecz polegały na zachowaniu faktycznym, prezentuje również Sąd Najwyższy USA w swoim orzecznictwie na tle Pierwszej Poprawki do Konstytucji. Najbardziej znanym orzeczeniem dotyczącym tzw. mowy symbolicznej („*symbolic speech*”) był wyrok w sprawie *Texas v. Johnson*, w którym Sąd Najwyższy uznał, że palenie flagi USA podlega ochronie z mocy Pierwszej Poprawki do Konstytucji (stanowi formę wypowiedzi)¹³. Zasady dotyczące ochrony *symbolic speech* Sąd Najwyższy doprecyzował w wyroku w sprawie *United States v. O'Brien*.¹⁴ Wskazał w nim, że władze mogą ograniczać pewne formy ekspresji wyrażone poprzez zachowanie, o ile działają w ramach swoich konstytucyjnych kompetencji w celu realizacji ważnego interesu publicznego, innego niż chęć stłumienia wolności słowa i gdy ograniczenia, które, niejako przy okazji, nakładane są na wolność słowa, nie idą dalej, niż jest to konieczne dla realizacji tego interesu. W kontekście sprawy *O'Brien* oznaczało to, że rząd mógł wprowadzić kary za palenie kart z powołaniem do wojska, pomimo niewątpliwie symbolicznego znaczenia takiego aktu, gdyż celem władz było przede wszystkim zapewnienie prawidłowego funkcjonowania administracji wojskowej, do czego karty te były niezbędne.

¹⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 października 2006 r., sygn. akt P 10/06.

¹¹ L. Garlicki [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I*, Warszawa 2010, s. 594-595.

¹² I.C. Kamiński, *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2010, s. 36-37 i cytowane orzecznictwo: *Hashman i Harrup v. Wielka Brytania*, skarga 25594/04, wyrok z dnia 25 listopada 1999 r. (Wielka Izba), ECHR 1999-VIII (protest przeciwko polowaniu); *Steel i inni v. Wielka Brytania*, skarga 24383/94, wyrok z dnia 23 września 1998 r., RJD 1998-VII (protest przeciwko budowie autostrady); *Drieman i inni v. Norwegia*, skarga 33678/96, decyzja z dnia 4 maja 2000 r., niepubl. (blokowanie statków wielorybniczych); *G. i E. v. Norwegia*, skargi 9278/81 i 9415/81, decyzja z dnia 3 października 1983 r. (skład plenarny), DR t. 33, s. 30 (postawienie tradycyjnego lapońskiego namiotu w centrum Oslo); *Lucas v. Wielka Brytania*, skarga 39013/02, decyzja z dnia 18 marca 2003 r., niepubl. (blokowanie dojazdu do bazy wojskowej); *Nikol i Selvanayagam v. Wielka Brytania*, skarga 32213/96, decyzja z dnia 11 stycznia 2001 r., niepubl. (przeszkadzanie w wędkowaniu).

¹³ Wyrok SN USA z dnia 21 czerwca 1989 r., 491 U.S. 397.

¹⁴ Wyrok SN USA z 21 maja 1968 r., 391 U.S. 367.

W świetle powyższych ustaleń należy uznać, że wylewanie butelek z piwem czy nawoływanie do bojkotu produktów określonego przedsiębiorcy może zostać uznane za korzystanie z wolności wypowiedzi w rozumieniu art. 54 Konstytucji i art. 10 EKPC, o ile celem takich zachowań będzie zakomunikowanie w sposób symboliczny jakiegoś (krytycznego zazwyczaj) poglądu.

4.2 Granice swobody ustawodawcy przy ograniczaniu wolności wypowiedzi

Wolność ekspresji w żadnym porządku prawnym nie ma wartości absolutnej. Oznacza to, że samo uznanie jakiegoś zachowania za mieszczące się w zakresie wolności wyrażania poglądów nie przesądza jeszcze, że ingerencja państwa podjęta w odniesieniu do takiego zachowania stanowi naruszenie Konstytucji czy EKPC. Na gruncie Konstytucji RP oraz EKPC dopuszczalny zakres ograniczeń wolności wypowiedzi wyznacza zasada proporcjonalności. Nakładanie ograniczeń dopuszczalne jest tylko w formie ustawy (prawa) pod warunkiem, że służą one osiągnięciu jednego z celów wymienionych odpowiednio w art. 31 ust. 3 Konstytucji i art. 10 ust. 2 EKPC. Ponadto ograniczenia takie powinny w odpowiedni sposób wywierać konieczność ochrony interesu publicznego (lub indywidualnego) oraz racje wypowiedzianej się jednostki (nie nakładają na jednostkę nadmiernego ciężaru). Także w USA dopuszcza się pewne ograniczenia wolności wypowiedzi, choć do badania ich zgodności z Konstytucją Sąd Najwyższy nie wykorzystuje zasady proporcjonalności.¹⁵

Zdaniem Powódek wypowiedzi Pozwanych nie zasługują na ochronę, a tym samym zastosowanie wobec nich sankcji przewidzianych w u.z.n.k. nie naruszałoby zasady proporcjonalności, ponieważ godziły one w interesy ekonomiczne Powódek, a ponadto Pozwani byli osobami prowadzącymi działalność gospodarczą. Pozew zdaje się więc sugerować, że wypowiedzi Powódek miały charakter czysto komercyjny, ekonomiczny, a nie światopoglądowy (nie stanowiły ekspresji krytycznego stanowiska) i z tego względu mogą podlegać szerszym ograniczeniom ze strony ustawodawcy.

W tym kontekście należy podkreślić, że zarówno ETPC¹⁶, jak i Sąd Najwyższy USA¹⁷ stoją na stanowisku, że większa swoboda przysługuje ustawodawcy przy ustanawianiu ograniczeń wypowiedzi o charakterze komercyjnym, mniejsza zaś przy wprowadzaniu restrykcji wypowiedzi politycznych lub odnoszących się do spraw mających publiczne znaczenie¹⁸. Nie oznacza to jednak, że wypowiedzi komercyjne mogą być ograniczane w sposób dowolny przez ustawodawcę, ani że każda wypowiedź osoby prowadzącej działalność gospodarczą wymierzona przeciwko innemu przedsiębiorcy ma charakter wypowiedzi komercyjnej.

4.2.1 Wypowiedzi komercyjne a wypowiedzi polityczne w orzecznictwie ETPC

¹⁵ Zob. np. K. Werhan, *Freedom of Speech: A Reference Guide to the United States Constitution*, Westport 2004, s. 69-79.

¹⁶ Zob. np. I.C. Kamiński, *Europejskie standardy dotyczące swobody wypowiedzi komercyjnej*, „Europejski Przegląd Sądowy” nr 6/2010, s. 28-35; tenże *Ograniczenia...*, rozdz. VIII; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 stycznia 2003 r., sygn. akt K 2/02.

¹⁷ Zob. np. V. Brudney, *The First Amendment and Commercial Speech*, „Boston College Law Review” tom 53, nr 4 (2012), s. 1153-1223.

¹⁸ O standardach konwencyjnych w tym zakresie zob. I.C. Kamiński, *Ograniczenia...*, rozdz. III i IV.

Na gruncie EKPC wypowiedzi komercyjne są z reguły definiowane jako „przekaz informacji i opinii zorientowanych przede wszystkim na promowanie interesów gospodarczych i umożliwianie powiększania zysków”.¹⁹ W wyroku z dnia 20 listopada 1989 r. w sprawie *Markt intern Verlag GmbH i Klaus Beermann przeciwko Niemcom* (skarga nr 10572/83) ETPC jednoznacznie opowiedział się za objęciem wypowiedzi komercyjnych ochroną z art. 10 EKPC, wskazując że zakres zastosowania tego przepisu nie został ograniczony do wyłącznie niektórych kategorii wypowiedzi. Podkreślił jednak zarazem, że państwa dysponują szerszym marginesem swobody w zakresie regulacji stosunków gospodarczych, w szczególności jeśli chodzi o przepisy mające na celu zwalczanie nieuczciwej konkurencji. Rolą Trybunału w takich sprawach jest więc zbadanie, czy konkretne ograniczenie wolności jednostki jest co do zasady usprawiedliwione i proporcjonalne. Najszerszy margines swobody przysługuje państwom w przypadkach „wypowiedzi czysto komercyjnych”, takich jak reklama.²⁰

Swoboda państw jest jednak mniejsza w tych przypadkach, gdy wypowiedź ma charakter „mieszany”, a więc jest nakierowana nie tyle na realizację interesów ekonomicznych, lecz zawiera również treści przyczyniające się do debaty publicznej (choć wypowiedź ma następstwa komercyjne)²¹. Przykładu takiej wypowiedzi dostarcza sprawa *Hertel przeciwko Szwajcarii*²². Skarżący był współautorem artykułu naukowego omawiającego negatywny wpływ kuchenek mikrofalowych na zdrowie. Na okładce pisma, w którym artykuł został opublikowany, znajdowała się postać kostuchy wyciągającej rękę w kierunku mikrofalówki. Na wniosek Szwajcarskiego Stowarzyszenia Wytwórców oraz Dostawców Sprzętu Gospodarstwa Domowego sądy szwajcarskie nałożyły na skarżącego zakaz rozpowszechniania informacji o szkodliwości kuchenek mikrofalowych i wykorzystywania wizerunku śmierci do ilustrowania publikacji na temat tych urządzeń. Sąd oparł swoje rozstrzygnięcie na przepisach o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa w Szwajcarii, przepisy te znajdowały zastosowanie nie tylko w przypadku działań podejmowanych przez bezpośrednich konkurentów, lecz wobec wszystkich podmiotów, których działania mogą wywrzeć wpływ na stosunki konkurencji oraz pozycję na rynku osoby będącej celem wypowiedzi. Rozpatrując sprawę ETPC wskazał jednak, że wypowiedź skarżącego nie miała charakteru „czysto komercyjnego”, gdyż poruszała ona problematykę publicznie ważną (istotną dla debaty publicznej), mianowicie kwestię ochrony zdrowia publicznego. Margines swobody przysługujący władzom szwajcarskim ulegał zatem istotnemu zawężeniu; nie był tak szeroki, jak w przypadku wypowiedzi nakierowanej wyłącznie na realizację interesów ekonomicznych. W konsekwencji ETPC uznał, że doszło do naruszenia art. 10, ponieważ skutkiem nakazu nałożonego przez szwajcarskie sądy była częściowa cenzura pracy skarżącego oraz znaczące utrudnienia w komunikowaniu poglądów, które choć nie były podzielane przez większość naukowców, to jednak niewątpliwie mieściły się w ramach dozwolonej publicznej debaty na temat wpływu mikrofalówek na zdrowie.

Przywoływana już sprawa *Markt intern Verlag GmbH i Klaus Beermann przeciwko Niemcom* również dotyczyła sankcji nałożonych na skarżących z uwagi na naruszenie krajowych przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, niemniej w tym przypadku,

¹⁹ L. Garlicki, *Konwencja...*, s. 630.

²⁰ I. Kamiński, *Europejskie standardy...*, s. 34-35; tenże *Ograniczenia...*, s. 456 i nast.

²¹ L. Garlicki, *Konwencja...*, s. 630.

²² Wyrok ETPC z dnia 25 sierpnia 1998 r., skarga nr 25181/94.

zdaniem ETPC, nie doszło do złamania art. 10 Konwencji. Skarżącym było wydawnictwo, którego jednym z celów była obrona małych i średnich sprzedawców przed wielkimi podmiotami. W jednym z numerów wydawanego przez siebie biuletynu kierowanego do sprzedawców detalicznych produktów chemicznych i kosmetyków wydawnictwo opublikowało artykuł o niewłaściwym potraktowaniu przez dużego dystrybutora kosmetyków jednej z jego klientek. Sądy krajowe zakazały skarżącemu publikowania dalszych treści, uzasadniając to przepisami o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Mimo że wydawnictwo i dystrybutor nie konkurowali ze sobą bezpośrednio, to zdaniem sądów niemieckich działanie tego pierwszego, polegające na opisanu jednego niewłaściwego incydentu i sugerowaniu, że jest to problem o szerszej skali związany z polityką dystrybutora, mogło wpłynąć na rynek (sytuację komercyjną firmy). Było ono bowiem korzystne dla małych i średnich sprzedawców produktów chemicznych i kosmetyków, a negatywne dla skrytykowanej dużej firmy dystrybucyjnej. ETPC uznał, że władze krajowe nie złamały Konwencji²³. Wskazał, że sporny artykuł został napisany w kontekście komercyjnym – po to, by chronić interesy małych przedsiębiorców i sprzedawców detalicznych. Choć opisywał prawdziwe wydarzenia, to jednak równocześnie kwestionował wiarygodność poddanego krytyce dużego dystrybutora. Sądy krajowe mogły więc uznać, że publikacja była przedwczesna, gdyż wydawnictwo powinno zapewnić dystrybutorowi odpowiedni czas na zbadanie incydentu. Publikacja krytycznego artykułu bez należytego zbadania sprawy dała argumenty sprzedawcom detalicznym w walce o klientów, których mogliby oni używać nawet gdyby okazało się, że opisany incydent miał charakter jednostkowy.

Porównując dwa przytoczone wyroki można zauważyć, że kwestią kluczową przy badaniu charakteru danej wypowiedzi, a tym samym ustalaniu marginesu swobody przysługującego władzom krajowym (w tym sądom), jest cel i kontekst wypowiedzi. W sprawie *Hertel* było jasne, że skarżący kieruje się dobrem publicznym, a nie chęcią realizacji interesów swoich lub środowisk, z którymi współpracował. W sprawie *Markt intern* wyraźna była natomiast, zdaniem ETPC, chęć promowania przez skarżącego interesów związanych z nim drobnych przedsiębiorców konkurujących ze skrytykowanym dystrybutorem.

Konieczność badania celów wypowiedzi jest akcentowana również w orzecznictwie ETPC dotyczącym reklam niekomercyjnych. Przykładowo, w dwóch orzeczeniach w sprawie *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (Vgt) przeciwko Szwajcarii*²⁴ ETPC uznał, że niedopuszczalny jest zakaz emisji reklamy promującej ochronę praw zwierząt przygotowanej przez skarżącą organizację pozarządową, nawet jeśli posługuje się ona kontrowersyjnymi środkami wyrazu. Trybunał wskazał, że reklama bez wątpienia ma charakter wypowiedzi politycznej, jej celem nie było bowiem nakłonienie odbiorców do kupna jakiegoś produktu i jako taka podlega najściślejszej ochronie z mocy art. 10 Konwencji. Odmienne rozstrzygnięcie zapadło natomiast w sprawie *Mouvement Raëlien Suisse przeciwko Szwajcarii*²⁵. Tym razem ETPC badał skargę na nieudzielenie przez władze miasta Neuchâtel zgody na rozwieszenie w miejscach publicznych plakatów Ruchu Raelian. Wielka Izba ETPC uznała, że rozwieszanie plakatów przez skarżącą organizację nie miało charakteru wypowiedzi politycznej, ponieważ jego głównym celem nie było przekazanie jakiejś wypowiedzi istotnej dla debaty publicznej, lecz zdobycie nowych członków. Trybunał

²³ Ten wyrok, pochodzący z 1989 r., zapadł jednak z „remisowym” głosowaniem sędziów: dziewięć do dziewięciu, a o ostatecznej konkluzji przesądził sposób głosowania prezesa ETPC.

²⁴ Wyroki ETPC z dnia 28 czerwca 2001 r. skarga nr 24699/94 oraz z 30 czerwca 2009 r., skarga nr 32772/02.

²⁵ Wyrok ETPC z dnia 13 lipca 2012 r., skarga nr 16354/06.

wskazał, że nawet pomimo tego, iż plakaty nie były typową akcją reklamową, bo nie promowały kupna określonego produktu, to jednak służyły przede wszystkim interesom organizacji, co zbliżało je do wypowiedzi komercyjnych. W konsekwencji ETPC orzekł, że władzom szwajcarskim przysługiwał szerszy margines swobody, którego w tej sprawie nie przekroczyły.

Z przedstawionej powyżej krótkiej analizy wynika, że „wypowiedź nie staje się czysto (czy też dominująco) komercyjna przez sam fakt, że ma rynkowe następstwa, nawet gdy są one niewątpliwe i poważne”.²⁶ Aby określić, czy wypowiedź ma charakter komercyjny czy też polityczny, a tym samym ustalić stopień przysługującej jej z mocy art. 10 EKPC ochrony, należy zbadać przede wszystkim jej cel i charakter. Jeśli wypowiedź jest ukierunkowana wyłącznie lub w przeważającym stopniu na realizację interesów ekonomicznych określonej osoby lub grupy osób, to mamy do czynienia z wypowiedzią komercyjną, podlegającą najsłabszej ochronie. Państwo może więc stosować różnego rodzaju ograniczenia, w szczególności związane ze zwalczaniem nieuczciwej konkurencji, pod warunkiem, że nie będą one nieracjonalne i nieproporcjonalne. Podobny szeroki margines swobody będzie przysługiwał władzom krajowym w przypadku wypowiedzi chroniącej czy promującej partykularne interesy jednostki o wymiarze nieekonomicznym. Znacznie silniejszą ochroną są objęte natomiast takie wypowiedzi, których celem jest przekazanie komunikatu o znaczeniu istotnym dla debaty publicznej. Margines swobody państw będzie w takim przypadku bardzo wąski i władze będą musiały przedstawić szczególnie ważne argumenty, aby obronić się przed zarzutem naruszenia art. 10 EKPC. W przypadku debaty politycznej i zrównanej z nią – w kontekście znaczenia w demokratycznym społeczeństwie – debaty o ważnych sprawach publicznych, zakres ocennych uprawnień państwa (legislatywy i sądów) jest niezwykle wąski i ETPC kieruje się wręcz swoistym domniemaniem naruszenia art. 10, gdy dochodzi do badania ingerencji w swobodę wypowiedzi²⁷. Dodatkowo, warto zwrócić uwagę, że poza wypowiedziami o charakterze politycznym silniejszą ochroną konwencyjną objęte są również krytyczne wypowiedzi odnoszące się do dużych podmiotów gospodarczych i osób nimi zarządzających. Według ETPC bowiem osoby takie dobrowolnie i świadomie postawiły się pod wzmocnionym nadzorem opinii publicznej.²⁸

Silna ochrona wypowiedzi o sprawach mających publiczne znaczenie przekłada się również na ochronę motywowanych ideologicznie akcji bojkotu. Nie jest to jednak ochrona absolutna. W sprawie *Willem przeciwko Francji*²⁹ Trybunał rozpatrywał skargę burmistrza miejscowości Seclin, który został skazany na karę grzywny w wysokości 1000 EUR za publiczne nawoływanie do bojkotu produktów pochodzących z Izraela. Bojkot miał stanowić formę protestu przeciwko polityce Izraela wobec Palestyńczyków. ETPC wskazał, że nałożenie na skarżącego kary niewątpliwie ingerowało w jego wolność słowa. Przechodząc do analizy proporcjonalności podkreślił, że ochrona swobody wypowiedzi na tematy polityczne stanowi fundament demokratycznego społeczeństwa i może być ograniczana tylko ze względu na ważny interes publiczny. Wolność wypowiedzi nie może jednak przekraczać pewnych granic, m.in. wynikających z konieczności ochrony praw i wolności innych osób, które w tej sprawie – w ocenie ETPC – zostały przekroczone. Trybunał wziął pod uwagę, że

²⁶ I.C. Kamiński, *Europejskie standardy...*, s. 32.

²⁷ I.C. Kamiński, *Ograniczenia...*, s. 100.

²⁸ Zob. wyrok ETPC z 15 lutego 2005 r. w sprawie *Steel i Morris przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 68416/01.

²⁹ Wyrok z dnia 16 lipca 2009 r., skarga nr 10883/05.

w chwili zdarzenia skarżący piastował urząd burmistrza, a więc reprezentował całą społeczność lokalną i decydował o wydatkowaniu środków publicznych. W swoich wypowiedziach wprost oświadczył, że miasto nie będzie utrzymywało żadnych relacji handlowych z przedsiębiorcami z Izraela, a także wezwał miejskie spółki do podobnych decyzji. Trudno zatem argumentować, zdaniem ETPC, że skarżącemu chodziło o zainicjowanie dyskusji na istotne społecznie tematy. W istocie został on skazany nie za swoje poglądy, które faktycznie podlegają ochronie z mocy art. 10 Konwencji, lecz za nawoływanie do dyskryminacji³⁰.

Wydaje się zatem, że to indywidualne okoliczności sprawy zaważyły na takim, a nie innym rozstrzygnięciu ETPC. Jest oczywiste, że jednostkom sprawującym urzędy publiczne, zwłaszcza na szczeblu kierowniczym, nie przysługuje równie szeroka swoboda wypowiedzi, co podmiotom prywatnym. Reprezentują one bowiem całą społeczność i muszą kierować się interesem publicznym. Czym innym jest bojkot konsumencki, a czym innym celowo dyskryminacyjna polityka ekonomiczna władz lokalnych czy krajowych. Ponadto, działania burmistrza zmierzały do bojkotu wszystkich przedsiębiorców izraelskich ze względu na ich obywatelstwo, niezależnie od tego, czy byli oni rzeczywiście zaangażowani w dyskryminację Palestyńczyków, czy też nie. Akcja ta mogła zatem słusznie zostać uznana za dyskryminującą, gdyż niejako zakładała karanie wszystkich obywateli za działania ich rządu. Różniło ją to zatem diametralnie od sytuacji, w której podmiot prywatny nawołuje, ze względów ideologicznych czy światopoglądowych, do bojkotu produktów prywatnego przedsiębiorcy ze względu na kontrowersyjne działania tego właśnie przedsiębiorcy.

4.2.2 *Wypowiedzi komercyjne a wypowiedzi polityczne w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA*

Stanowisko Sądu Najwyższego USA w zakresie różnicowania poziomu ochrony wypowiedzi komercyjnych i politycznych jest zasadniczo zbliżone do omówionego powyżej podejścia ETPC. Jak już zwrócono uwagę, przy ocenie dopuszczalności danego ograniczenia wolności słowa Sąd Najwyższy nie posługuje się zasadą proporcjonalności, lecz wskazuje, że „są pewne dobrze zdefiniowane i wąsko ujęte kategorie wypowiedzi, w przypadku których przeciwdziałanie lub sankcje ustanawiane przez władze nigdy nie powodowały problemów konstytucyjnych”³¹, ponieważ nie są one związane z prezentowaniem żadnych idei i mają znikomą wartość społeczną w porównaniu z interesem społecznym uzasadniającym ich ograniczenie. Do tego rodzaju wyjątków zalicza się przede wszystkim wypowiedzi obsceniczne³², napaści słowne³³ czy wezwania do przemocy, o ile istnieje realne i bezpośrednie ryzyko (*real and present danger*), że w następstwie danej wypowiedzi dojdzie do aktów agresji³⁴.

Nie wszystkie wypowiedzi objęte ochroną z mocy Pierwszej Poprawki mają równą rangę. Najwyższa ochrona przyznawana jest wypowiedziom o charakterze politycznym. Federalny

³⁰ Wyrok zapadł jednak granicznym stosunkiem czterech głosów do trzech.

³¹ Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego USA z dnia 9 marca 1942 r. w sprawie *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568.

³² Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego USA z dnia 26 czerwca 1975 r. w sprawie *Miller v. California*, 413 U.S. 15.

³³ *Chaplinsky v. New Hampshire*.

³⁴ Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego USA z dnia 8 czerwca 1969 r. w sprawie *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444.

Sąd Najwyższy stoi bowiem na stanowisku, że głównym celem Pierwszej Poprawki było właśnie zagwarantowanie obywatelom możliwości swobodnego wypowiedzenia się na temat spraw publicznych.³⁵ Ograniczenia tego rodzaju wypowiedzi są dopuszczalne wyłącznie w celu ochrony przemożnego interesu państwa (*compelling state interest*) i tylko wówczas, gdy są one wąsko zakrojone (*narrowly drawn*) oraz nakierowane wyłącznie na realizację tego celu.³⁶ Wszystkie te przesłanki dopuszczalności ograniczeń wolności wypowiedzi politycznych Sąd Najwyższy interpretuje niezwykle restrykcyjnie.

Pod pojęciem „wypowiedzi politycznych” Sąd Najwyższy rozumie takie wypowiedzi, które odnoszą się do kwestii o znaczeniu politycznym lub społecznym bądź dotyczą tematów leżących w interesie publicznym, mających wartość i znaczenie dla społeczeństwa. Aby ustalić, czy dana wypowiedź dotyczy kwestii o znaczeniu publicznym czy też prywatnym, należy zbadać jej treść, formę i kontekst. Sąd Najwyższy podkreśla przy tym, że kontrowersyjna forma wypowiedzi lub jej niewłaściwość (niestosowność) nie mają znaczenia dla ustalenia, czy odnosi się ona do kwestii o znaczeniu publicznym.³⁷

O tym, jak szeroko rozumiane jest w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA pojęcie „wypowiedzi dotyczących spraw publicznych” i jak mocnej ochronie wypowiedzi te podlegają, świadczy choćby uznanie za niekonstytucyjne sankcji cywilnoprawnych nałożonych na radykalną grupę religijną protestującą w obraźliwy sposób przeciwko obecności homoseksualistów w amerykańskiej armii tuż przy cmentarzu, na którym odbywał się pogrzeb żołnierza³⁸ czy też orzeczenie, że zasądzenie na rzecz znanego protestanckiego kaznodziei zadośćuczynienia od magazynu pornograficznego, który opublikował wulgarny rysunek ukazujący go w trakcie („hipotetycznego”) stosunku seksualnego z własną matką, naruszało Pierwszą Poprawkę.³⁹

Silna pozycja wypowiedzi politycznych nie oznacza oczywiście, że inne rodzaje wypowiedzi nie są chronione. Wręcz przeciwnie – Sąd Najwyższy USA podkreśla, że wypowiedzi o charakterze artystycznym, literackim, filozoficznym, itp. również zasługują na pełną ochronę z mocy Pierwszej Poprawki.⁴⁰

Pozycja wypowiedzi komercyjnych w orzecznictwie amerykańskiego SN jest nieco bardziej skomplikowana. Początkowo sąd ten w ogóle odmawiał objęcia tej kategorii wypowiedzi ochroną z mocy Pierwszej Poprawki.⁴¹ Interpretacja ta zmieniła się jednak w latach 70-tych, kiedy to Sąd Najwyższy USA odrzucił pogląd, że wypowiedź automatycznie znajdzie się poza zakresem „wolności słowa” tylko dlatego, że jest nastawiona na zysk.⁴² W późniejszym wyroku w sprawie *Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public*

³⁵ Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego USA z dnia 20 czerwca 1980 r. w sprawie *Carey v. Brown*, 447 U.S. 455.

³⁶ H. Greene, *Antitrust censorship of economic protest*, „Duke Law Journal” nr 6/2010, s. 1045.

³⁷ Wyrok Sądu Najwyższego USA z dnia 2 marca 2011 r. w sprawie *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Wyrok Sądu Najwyższego USA z dnia 24 lutego 1988 r. w sprawie *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46.

⁴⁰ Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego USA z dnia 23 maja 1977 r. w sprawie *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209.

⁴¹ B. E. H. Johnson, K. H. Youm, *Commercial Speech And Free Expression: The United States And Europe Compared*, „Journal of International Media & Entertainment Law” nr 2/2009, s. 172-173.

⁴² *Bigelow v. Virginia*, 421 US 809 (1975) i *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 US 748 (1976).

*Service Commission of New York*⁴³ SN wskazał jednak, że wypowiedzi komercyjne podlegają szerszym ograniczeniom, niż te o charakterze politycznym. Sformułował w tym zakresie cztery wymogi. Po pierwsze, aby wypowiedź komercyjna podlegała ochronie, musi dotyczyć legalnej działalności i nie wprowadzać w błąd. Po drugie, jej ograniczenie jest dopuszczalne w celu ochrony ważnego interesu publicznego (*substantial interest* – w orzecznictwie SN jest to wymóg łagodniejszy niż wykazanie *compelling interest*, jak w przypadku wypowiedzi politycznych). Po trzecie, dane ograniczenie wolności wypowiedzi komercyjnych musi zmierzać bezpośrednio do realizacji tego celu publicznego; po czwarte zaś, regulacja musi być „dopasowana” do owego celu publicznego, nie może być więc szersza, niż jest to konieczne do jego realizacji. W późniejszym orzecznictwie SN nieco modyfikował te zasady wskazując, że w odniesieniu do niektórych rodzajów *commercial speech* władzom przysługuje większa swoboda regulacyjna niż w stosunku do pozostałych kategorii oraz że niektóre ograniczenia swobody wypowiedzi będą traktowane „bardziej podejrzliwie” niż inne. Nigdy jednak Sąd Najwyższy USA nie odstąpił od tezy, że wypowiedzi komercyjne nie stanowią kategorii chronionej równie mocno, jak wypowiedzi polityczne.

Różnicowanie poziomu ochrony wypowiedzi politycznych i komercyjnych przekłada się też na stanowisko Sądu Najwyższego USA w kwestii legalności bojkotu. Bojkot polityczny czy ideologiczny chroniony jest na zasadach dotyczących wypowiedzi politycznych, natomiast bojkot ekonomiczny jest praktycznie całkowicie wyłączony spod konstytucyjnej ochrony, gdyż władze publiczne mają uzasadnione interesy w tym, by go zakazać – np. po to, by eliminować nieuczciwe praktyki rynkowe.⁴⁴

Przykładu bojkotu politycznego dostarcza sprawa *NAACP v. Claiborne Hardware Co.*⁴⁵ Dotyczyła ona akcji polegającej na bojkocie białych sprzedawców przez Afroamerykanów, zorganizowanej przez organizację walczącą o równouprawnienie ludności czarnoskórej, po tym jak lokalne władze odmówiły realizacji jej postulatów. Sprzedawcy pozwali organizację, powołując się m.in. na przepisy z zakresu zwalczania nieuczciwej konkurencji. Domagali się m.in. odszkodowania za straty, jakie ponieśli w wyniku bojkotu. Sądy stanowe uwzględniły ich roszczenie, niemniej Sąd Najwyższy USA uchylił ten wyrok uznając, że bojkotujący w sposób pokojowy korzystali ze swoich praw gwarantowanych w Pierwszej Poprawce. Sąd nie miał wątpliwości, że bojkot miał charakter polityczny. U jego źródeł nie leżały bowiem cele ekonomiczne, lecz zamiar protestu przeciwko dyskryminacji rasowej, co jest celem podlegającym szczególnej ochronie konstytucyjnej. SN wskazał, że choć stany mają szerokie uprawnienia do regulowania aktywności ekonomicznej, to nie mają porównywalnej swobody przy ustanawianiu zakazów dotyczących działalności o charakterze politycznym, takiej jak przedmiotowy bojkot. Wypowiedzi na tematy publiczne zawsze znajdowały się bowiem na samym szczycie hierarchii wartości chronionych przez Pierwszą Poprawkę.⁴⁶

⁴³ Wyrok Sądu Najwyższego USA z dnia 20 czerwca 1980 r., 447 U.S. 557.

⁴⁴ Zob. np. H. Greene, *Antitrust censorship...*, s. 1057-1075; T. J. Lee, *Democratizing The Economic Sphere: A Case For The Political Boycott*, „West Virginia Law Review” tom 115 (2012), s. 531-576.

⁴⁵ Wyrok Sądu Najwyższego USA z dnia 2 czerwca 1982 r., 458 U.S. 886.

⁴⁶ Warto podkreślić, że w sprawie tej SN *expressis verbis* odmówił zastosowania doktryny *O'Brien* wskazując, że nie mamy tutaj do czynienia z sytuacją, gdy przekaz polityczny następuje poprzez zachowanie faktycznie niechronione z mocy Konstytucji, lecz z bezpośrednim korzystaniem przez protestujących z ich konstytucyjnych uprawnień. Pokojowe protesty i manifestacje polityczne objęte są bowiem ochroną z mocy Pierwszej Poprawki,

Podobne rozstrzygnięcie wydał Federalny Sąd Apelacyjny w sprawie *Missouri v. National Organization for Women, Inc.*⁴⁷ W tym przypadku akcję bojkotu zorganizowała organizacja walcząca o prawa kobiet i była ona wymierzona przeciwko tym stanom, które nie ratyfikowały jeszcze Osiemnastej Poprawki do Konstytucji. Był wśród nich stan Missouri, który powołując się na przepisy zakazujące nieuczciwych praktyk rynkowych, pozwał organizację, domagając się ustanowienia przez sąd zakazu akcji protestacyjnej. W uzasadnieniu stan dowodził, że bojkot przynosi znaczące straty całej jego gospodarce. Sąd Apelacyjny uznał, że roszczenie stanu jest bezpodstawne. Bojkot nie był motywowany ekonomicznie, lecz politycznie – jego celem nie było uzyskanie komercyjnych korzyści przez protestujących, lecz wywarcie presji na władze stanowe w celu ratyfikowania poprawki do Konstytucji. Nie sposób uznać, wskazał Sąd, by antymonopolową Ustawę Shermana można było stosować do przypadków bojkotu organizowanego nie w kontekście konkurencji rynkowej, lecz w ramach walki o cele polityczne.

Bojkot ekonomiczny, a więc taki, który może być zakazany przez władze w ramach walki z nieuczciwymi praktykami rynkowymi, był z kolei przedmiotem wyroku w sprawie *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Association*⁴⁸. Dotyczył on protestu zorganizowanego przez prawników zrzeszonych w stowarzyszeniu, którzy odmówili podjęcia się obrony z urzędu oskarżonych w Dystrykcie Kolumbii, dopóki władze lokalne nie podwyższą przysługujących z tego tytułu stawek wynagrodzenia. Federalna Komisja Handlu (FTC) oskarżyła prawników o zмовę cenową oraz nawoływanie do bojkotu. Sprawa trafiła ostatecznie do Federalnego Sądu Najwyższego, który wskazał, że protest prawników nie stanowi „wypowiedzi na tematy publiczne” chronionej na mocy Pierwszej Poprawki. Sąd uznał, że w przeciwieństwie do sprawy *Claiborne* przedmiotowy protest nie miał charakteru politycznego, lecz komercyjny. Jego podstawowym celem było bowiem przyniesienie korzyści ekonomicznych uczestnikom protestu poprzez podwyższenie wynagrodzenia należnego im z tytułu świadczonych usług.

Omówione powyżej orzecznictwo nie rozstrzyga jednoznacznie wszystkich kwestii związanych z dopuszczalnością bojkotu, np. tego czy bojkot, aby mógł zostać uznany za polityczny, musi być w jakimś stopniu wymierzony przeciwko władzom (np. chęć zmuszenia ich do walki z dyskryminacją rasową, jak w sprawie *Claiborne*). Doktryna amerykańska zdaje się odrzucać taką tezę wskazując, że najistotniejsze powinno być ustalenie tego, czy dominującym celem bojkotujących jest zaszkodzenie bojkotowanemu i przysporzenie korzyści sobie samym, czy też dążenie do zmiany realiów społecznych i ekonomicznych, a negatywne skutki dla bojkotowanego są jedynie środkiem do osiągnięcia tego celu.⁴⁹ Argumentuje się czasami, że ograniczenie pojęcia bojkotu politycznego tylko do tych akcji, których celem jest oddziaływanie na rząd, pomijałoby fakt, że w dzisiejszych czasach wielu najistotniejszych aktorów politycznych i społecznych wcale nie jest związanych z rządem, lecz z biznesem. Na tę interpretację zdaje się zresztą wskazywać praktyka, gdyż w ostatnich latach w USA miało miejsce wiele akcji bojkotu wymierzanych przeciwko prywatnym przedsiębiorcom, organizowanych tak przez środowiska liberalne⁵⁰, jak i konserwatywne⁵¹.

⁴⁷ Wyrok Federalnego Sądu Apelacyjnego dla Ósmego Okręgu z dnia 28 marca 1980 r., 620 F.2d 1301.

⁴⁸ Wyrok Sądu Najwyższego USA z dnia 22 stycznia 1990 r., 493 U.S. 411.

⁴⁹ Tak: H. Greene, *Antitrust censorship...*, s. 1087-1100; T. J. Lee, *Democratizing The Economic Sphere*, s. 566-568.

⁵⁰ Np. bojkot produktów spożywczych firmy Barilla przez grupy LGBT po tym jak prezes firmy wygłosił krytyczne uwagi pod adresem mniejszości seksualnych (zob. np. L. Heller, *The Barilla Boycott, A Lesson In*

5. Standardy amerykańskie i konwencyjne a konstytucyjna ochrona wolności wypowiedzi w Polsce

W świetle przedstawionych powyżej amerykańskich i europejskich standardów ochrony praw człowieka dopuszczalne jest różnicowanie poziomu ochrony wypowiedzi w zależności od ich celu i treści. Wypowiedzi dotyczące spraw politycznych (lub światopoglądowych) czy też stanowiące element debaty publicznej o ważnych kwestiach ogólnych są chronione najmocniej. Państwom (stanom) przysługuje niezwykle wąski margines swobody w zakresie tworzenia ograniczeń takiego typu wypowiedzi, co oznacza, że różnego rodzaju sankcje i restrykcje będą dopuszczalne wyjątkowo i tylko wtedy, gdy nie są one nadmierne (nieproporcjonalne), a ponadto przemawia za nimi niezwykle ważny interes publiczny lub jednostki. W mniejszym zakresie są natomiast chronione wypowiedzi komercyjne, a więc takie, których celem jest promocja lub realizacja interesów ekonomicznych pewnego podmiotu, a nie komunikowanie swojego stanowiska w istotnych społecznie sprawach. W przypadku tego rodzaju wypowiedzi państwom przysługuje szerszy margines swobody i można je ograniczać np. w celu ochrony konsumentów czy zwalczania nieuczciwych praktyk rynkowych. Zróżnicowanie poziomu ochrony wypowiedzi politycznych i komercyjnych przekłada się także na kwestie dotyczące dopuszczalności bojkotu. Bojkot wykorzystywany jako środek do wyrażenia stanowiska o kwestiach politycznych (światopoglądowych) lub o problemach istotnych dla debaty publicznej podlega szerokiej ochronie i nie powinien być tłumiony pod pretekstem ochrony interesów ekonomicznych przedsiębiorców, których taki protest dotyczy.

Wydaje się, że podobne wnioski można formułować na gruncie polskiej Konstytucji, niemniej orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego na temat wolności słowa oraz jej dopuszczalnych ograniczeń w kontekście ekonomicznym jest zdecydowanie mniej rozbudowane niż orzecznictwo Sądu Najwyższego USA czy ETPC. Trybunał odniósł się do problematyki *commercial speech* właściwie tylko raz – w wyroku w sprawie dotyczącej ograniczeń reklamy alkoholu⁵². W orzeczeniu tym wskazał, że art. 54 Konstytucji chroni wypowiedzi komercyjne na takich samych zasadach co art. 10 EKPC, gdyż normy zawarte w oby tych przepisach są wobec siebie tożsame. Z tego względu, podobnie jak na gruncie EKPC, wypowiedź komercyjna podlega mniejszej ochronie niż inne rodzaje ekspresji.

Trybunał Konstytucyjny nie doprecyzował jednak (bo nie miał ku temu okazji w danych okolicznościach sprawy), jakie są elementy konstytutywne wypowiedzi komercyjnej, dzięki którym można ją odróżnić od np. wypowiedzi politycznej, ani też jak daleko mogą sięgać dozwolone ograniczenia. Analizując jednak tę kwestię należy pamiętać, że swoboda wypowiedzi komercyjnej powinna być rozpatrywana także w kontekście art. 22 deklarującego konstytucyjną zasadę ochrony swobody działalności gospodarczej. Wolność ta może być wszakże ograniczana i to w szerszym zakresie niż pozostałe wolności i prawa konstytucyjne. W przeciwieństwie bowiem do art. 31 ust. 3 Konstytucji, który określa zasady ograniczania pozostałych praw i wolności konstytucyjnych, art. 22 nie zawiera szczegółowego katalogu

Respect, "Forbes" 30 września 2013 r., artykuł dostępny pod adresem internetowym: <http://www.forbes.com/sites/lauraheller/2013/09/30/the-barilla-boycott-a-lesson-in-respect/>.

⁵¹ Np. bojkot firmy Ford przez chrześcijańskie Stowarzyszenie Amerykańskich Rodzin po tym, jak wyszło na jaw, że firma wspiera finansowo ruchy LGBT (zob. np. M. A. Johnson, *Another swing of the pocketbook*, „NBCNews.com”, 6 stycznia 2005 r., artykuł dostępny pod adresem internetowym: <http://www.nbcnews.com/id/8047423/>).

⁵² Przywoływany już wyrok w sprawie o sygn. K 2/02.

celów publicznych mogących uzasadnić ingerencję w swobodę działalności gospodarczej, lecz stanowi, że może być ona ograniczana „ze względu na ważny interes publiczny”. Jest to zatem klauzula dużo szersza niż zawarta w art. 31 ust. 3 Konstytucji i obejmuje także inne, niewymienione tam interesy, spośród których jednym z najistotniejszych wydaje się przeciwdziałanie powstawaniu monopolii.⁵³

Uzasadniona jest więc konstatacja, że w przypadku konfliktu między wolnością wypowiedzi politycznych a wolnością działalności gospodarczej Trybunał powinien dać, co do zasady, pierwszeństwo tej pierwszej, ponieważ znajduje się ona wyżej w hierarchii chronionych konstytucyjnie wartości. Z kolei w przypadku kolizji wypowiedzi komercyjnej i swobody działalności gospodarczej mielibyśmy do czynienia z wartościami równoważnymi i ustawodawca miały szerszy margines swobody przy regulowaniu granic wolności wypowiedzi.

Tezę o przewadze wolności wypowiedzi politycznych (odpowiednio: światopoglądowych i mających publiczne znaczenie) nad interesami ekonomicznymi przedsiębiorców zdaje się potwierdzać orzecznictwo polskich sądów. W głośnej sprawie z powództwa Grupy Allegro przeciwko Fundacji Zielone Światło Sąd Apelacyjny w Warszawie⁵⁴ stwierdził, że strona pozwana nie naruszyła prawa publikując logo powódki zmodyfikowane w ten sposób, że zawierało symbol „SS” w celu protestu przeciwko zezwalaniu na sprzedaż na portalu aukcyjnym przedmiotów o symbolice nazistowskiej. Zdaniem Sądu, choć faktycznie takie działanie ingerowało w dobra osobiste powódki, to jednak nie było ono bezprawne, gdyż w sarkastyczny sposób wyrażało ono ważne wartości społeczne. Ponadto Sąd wskazał, że „podobnie (...), jak wobec osób fizycznych prowadzących działalność publiczną, także w stosunku do osób prawnych zajmujących się publicznym prowadzeniem działalności gospodarczej o tak dużym zainteresowaniu społecznym, realizacja prawa do uzasadnionej krytyki wymaga adekwatnych środków oddziaływania, ze strony osoby prawnej poddanej takiej ocenie wymagane jest ponadto tolerowanie takiej krytyki, która oparta jest na prawdziwych zarzutach i zmierza do obrony ważnych wartości społecznych i gospodarczych”. Warto wskazać, że Sąd Najwyższy w pełni podzielił stanowisko Sądu Apelacyjnego, oddalając skargę kasacyjną powódki.⁵⁵

6. Podsumowanie

Podsumowując, w ocenie HFPC do podjęcia rozstrzygnięcia w przedmiocie odpowiedzialności Pozwanych w niniejszej sprawie konieczne będzie ustalenie ich motywacji. Zachowania, których celem było wyrażenie protestu przeciwko działaniom przedsiębiorcy, który w sposób kontrowersyjny, a zwłaszcza dyskryminacyjny i wulgarny, wyraził się na temat mniejszości seksualnych, należałoby uznać, za wypowiedzi o charakterze politycznym lub dotyczące ważnego zagadnienia publicznego, podlegające najmocniejszej ochronie konstytucyjnej i konwencyjnej. Ochrona ta będzie jeszcze mocniejsza w przypadku wypowiedzi skierowanych przeciwko dużym, rozpoznawalnym podmiotom gospodarczym, które analogicznie jak osoby publiczne, powinny być przygotowane na krytykę społeczną. Tego rodzaju zachowania i wypowiedzi mieściłyby się więc w granicach wolności ekspresji, a tym samym nie mogłyby zostać uznane za bezprawne czy sprzeczne z zasadami współżycia społecznego w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

⁵³ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 173.

⁵⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 9 stycznia 2014 r., sygn. IA Ca 841/13.

⁵⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z 27 lipca 2015 r., sygn. I CSK 549/14.

Jeśli natomiast celem bojkotu byłoby uzyskanie korzyści ekonomicznych przez protestujących lub środowiska, z którymi oni współpracują, to takie zachowanie będzie korzystało z ograniczonej ochrony konstytucyjnej. Dopuszczalne byłoby w takim przypadku zastosowanie sankcji określonych w u.z.n.k. Interes publiczny wyrażający się w konieczności ochrony „praw i wolności innych osób” w rozumieniu art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz zapobiegania nieuczciwym praktykom biznesowym przeważa bowiem nad wolnością wypowiedzi komercyjnych.

HFPC pragnie także zwrócić uwagę, że przy ustalaniu celu i charakteru zachowań i wypowiedzi Powodów należy wziąć pod uwagę ogół okoliczności sprawy, w szczególności takich jak kontekst wypowiedzi, zachowanie drugiej strony (obiektu krytyki) oraz czy wypowiedź mogła przynieść jej autorom jakieś na tyle realne zyski ekonomiczne, że można domniemywać, że to one były prawdziwym powodem jej wygłoszenia. W żadnym razie nie byłoby natomiast dopuszczalne uznanie, że wypowiedź ma charakter komercyjny tylko z tego względu, że w jej wyniku pewien podmiot dozna lub może doznać strat gospodarczych, bądź też dlatego, że autorzy wypowiedzi sami prowadzą działalność biznesową.

Opinię przygotowali Katarzyna Wiśniewska i Marcin Szwed, LL.M, prawnicy Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, pod nadzorem merytorycznym prof. Ireneusza Kamińskiego i dr. Piotra Kłodoczego



dr Piotr Kłodoczny

Sekretarz Zarządu



Danuta Przywara

Prezes Zarządu

