

Joanna Krzemińska

Ochrona "commercial speech" w Europie

Palestra 51/11-12(587-588), 174-183

2006

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.

DRAWO ZA GRANICĄ

Joanna Krzemińska

OCHRONA COMMERCIAL SPEECH W EUROPIE

Pojęcie *commercial speech* (wypowiedzi komercyjnej) nie jest dobrze znane prawnikowi europejskiemu. Doktryna *commercial speech* ukształtowana została w Stanach Zjednoczonych na bazie orzecznictwa do pierwszej poprawki do konstytucji amerykańskiej i nie znajduje swego odpowiednika w Europie. Bliższe zapoznanie się z orzecznictwem sądów europejskich pokazuje jednakże, że *commercial speech* stanowi przyczynek do wielu dyskusji i sporów.

Polski Trybunał Konstytucyjny posłużył się pojęciem *commercial speech* orzekając o zgodności artykułu 131 ust. 3 i 4 ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi¹ z artykułem 10 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności² (dalej: EKPCz). Sprawa dotyczyła zakazu reklamy i promocji posługujących się wizerunkiem reklamowym przypadkowo zbieżnym z wizerunkiem reklamowym właściwym dla wyrobów lub producentów alkoholu. Powołując się na dotyczące *commercial speech* orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu (dalej: ETPCz), Trybunał Konstytucyjny uznał, że zaskarżony zakaz reklamy mieści się w ramach dopuszczalnych ograniczeń swobody wypowiedzi komercyjnej. Trybunał Konstytucyjny nie zdefiniował pojęcia *commercial speech*, stwierdzając jedynie, że reklama zalicza się do jego przedmiotowego zakresu.

Co zachęca do dyskusji o *commercial speech* w Europie?

Europejski Trybunał Praw Człowieka kilkakrotnie orzekał, że wypowiedzi dokonane w kontekście komercyjnym objęte zostają ochroną na podstawie artykułu 10 EKPCz. Artykuł ten stanowi, iż „każdemu przysługuje prawo do swobody wypowiedzi”. Jest to stwierdzenie raczej

¹ Dz.U. Nr 35, poz. 230 ze zm.

² Wyrok TK z 28 stycznia 2003, K 2/02 OTK-A 2003/1/4, punkt 12; zobacz także: Wyrok TK z 21 kwietnia 2004, K 33/03.

ogólne, nie określa bowiem, jakie dokładnie kategorie wypowiedzi objęte zostają ochroną. Trybunał nie dokonuje jednakże rozgraniczenia pomiędzy różnymi formami wypowiedzi³. Każda wypowiedź, bez względu na treść, objęta zostaje ochroną na podstawie artykułu 10 EKPCz. Podstawowym zagadnieniem jest więc ustalenie zakresu dopuszczalnej ingerencji – kontrola uzasadnienia ograniczenia swobody wypowiedzi na podstawie artykułu 10 ust. 2 EKPCz⁴. W porównaniu z wypowiedzią polityczną test konieczności jest mniej rygorystyczny w odniesieniu do wypowiedzi komercyjnej⁵. W sprawach komercyjnych państwom przysługuje szerszy margines swobody decyzyjnej, w związku z czym mogą one wprowadzać ograniczenia idące dalej niż ograniczenia odnoszące się do innych form wypowiedzi (np. wypowiedzi politycznej czy artystycznej). W konsekwencji, orzecznictwo ETPCz zachęca do dyskusji na temat przyczyn, dla których wypowiedź polityczna uzyskuje wyższy stopień ochrony konstytucyjnej.

Dlaczego wypowiedź komercyjna stwarza problemy?

Potrzeba komunikowania się jest podstawową cechą współczesnego społeczeństwa. Społeczno-polityczny wymiar biznesu, a więc coraz bardziej znamienna obecność biznesu w życiu społecznym nasuwa pytanie o zakres ochrony wypowiedzi osób (fizycznych i prawnych) prowadzących działalność gospodarczą. Producenci coraz częściej zabierają głos w kwestiach stanowiących przedmiot zainteresowania społecznego. Celem poniższego opracowania jest analiza wypowiedzi, która zawiera elementy komercyjne i niekomercyjne, w związku z czym stanowi połączenie interesu gospodarczego i komentarza na temat zagadnień o znaczeniu ogólnospołecznym.

Dla jasności wykładu wyróżnione zostają trzy kategorie wypowiedzi: (1) wypowiedź polityczna – objęta w pełnym zakresie ochroną konstytucyjną, (2) wypowiedź komercyjna (czysto komercyjna reklama), która w pewnym zakresie objęta jest ochroną konstytucyjną⁶; na potrzeby tego opracowania przyjęto jednakże, że ten rodzaj wypowiedzi podlega zasadniczo reżimowi *strict liability* wyznaczonemu przez przepisy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i reklamie wprowadzającej w błąd, (3) wypowiedź mieszana (*mixed speech*), zawierająca zarówno elementy komercyjne, jak i niekomercyjne.

Ograniczenia reklamy stanowią rdzeń doktryny *commercial speech* (grupa nr 2 powyżej). Zakazy reklamy wolnych zawodów⁷ czy wyrobów tytoniowych rodzą wątpliwości co do ich zgodności z konstytucyjnymi gwarancjami swobody wypowiedzi. Pytanie o dopuszczalny stopień ograniczenia przez ustawodawcę możliwości rozpowszechniania prawdziwej informacji o legalnej działalności (np. produkcji czy sprzedaży wyrobów tytoniowych) stanowiło wielokrotnie przedmiot

³ *Müller v. Switzerland* (1988) 13 E.H.R.R. 212, ustęp 27.

⁴ Colin R. Munro, *The Value of Commercial speech*, 3 Cambridge Law Journal 2003, s. 138.

⁵ *Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany* (1989) 12 E.H.R.R. 161.

⁶ Dogłębna analiza o profilu prawoporównawczym dotycząca konstytucyjnej ochrony reklamy została przeprowadzona w formie projektu badawczego z inicjatywy Konfederacji Europejskich Producentów Wyrobów Tytoniowych. Projekt koordynował profesor Wasilios Skouris z Thessaloniki Centre of International and European Economic Law. Raporty narodowe opublikowane zostały (w): Wasilios Skouris, *Advertising and Constitutional Rights in Europe* (1994).

⁷ Zobacz na przykład: *Barthold v. Germany* (1985) 7 E.H.R.R. 383 czy *Casado Coca v. Spain* (1994) 18 E.H.R.R. 1.

rozważań sądów w Europie i Stanach Zjednoczonych. W tym zakresie wspomnieć należy przede wszystkim głośne orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie unieważnienia dyrektywy wprowadzającej ogólnoeuropejski zakaz reklamy wyrobów tytoniowych⁸.

Niemcy wystąpiły przeciwko Radzie i Parlamentowi Europejskiemu, żądając unieważnienia dyrektywy. Podstawowy zarzut dotyczył braku podstawy traktatowej do jej uchwalenia⁹, ale podnoszono również, że zakaz reklamy wyrobów tytoniowych niezgodny był z gwarancjami ochrony prawa do swobodnej wypowiedzi, chronionym we wspólnotowym porządku prawnym. Wnioskodawcy podnieśli, że „wypowiedź komercyjna, jak na przykład reklama, dzięki której przedsiębiorcy przekazać mogą publicznie użyteczną informację dotyczącą ich produktów” objęta jest ochroną artykułu 10 EKPCz¹⁰. Na tej podstawie wnioskowali, że ochrona taka istnieje także we wspólnotowym porządku prawnym. Co do zasady Unia Europejska przejmuje standardy ochrony praw człowieka z Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka. Artykuł 6 Traktatu o Unii Europejskiej stanowi, że: „Unia przestrzega praw fundamentalnych, zagwarantowanych w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności podpisanej w Rzymie 4 listopada 1950 r. oraz wynikających ze wspólnych dla państw członkowskich tradycji konstytucyjnych, jako ogólnych zasad prawa”. Druga strona sporu podkreślała, że swoboda wypowiedzi nie jest absolutna i paragraf drugi artykułu 10 EKPCz przewiduje ograniczenia w interesie zdrowia publicznego¹¹. Chociaż w wyroku Trybunału nie znajdujemy wzmianki o zgodności zakazu reklamy wyrobów tytoniowych z gwarancjami ochrony wolności słowa w artykule 10 EKPCz (dyrektywa unieważniona została bowiem z powodu braku traktatowej kompetencji do jej uchwalenia), zagadnienie to stało się przedmiotem analizy Adwokata Generalnego. Zdefiniował on wypowiedź komercyjną jako: „przedstawienie informacji, wyrażenie idei lub przekazanie wizerunków stanowiących część promocji działalności gospodarczej oraz prawo do otrzymywania takich przekazów”¹². Konieczność przyznania ochrony Adwokat Generalny uzasadnił w następujący sposób:

„Wypowiedź komercyjna powinna zostać objęta ochroną w prawie wspólnotowym. Nie przyczynia się ona w takim samym stopniu jak wypowiedź polityczna, literacka czy artystyczna do ochrony dóbr społecznych, takich jak na przykład polepszenie debaty demokratycznej (...). W moim przekonaniu jakkolwiek (...) przysługująca jednostkom wolność promowania działalności gospodarczej wynika nie tylko z prawa prowadzenia takiej działalności (...), ale także z przyrodzonego uprawnienia człowieka do wolności wyrażania i otrzymywania opinii na każdy temat, także na temat cech produktów i usług, które produkują lub kupują”¹³.

Na przykładzie rozstrzyganej przez ETS sprawy legalności dyrektywy o reklamie wyrobów tytoniowych zauważyć można podobieństwo pomiędzy przedstawioną przez Adwokata Generalnego argumentacją służącą uzasadnieniu przyznania *commercial speech* szerszej

⁸ Directive 98/43/EC of the European Parliament and the Council of 6 July 1998, on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States relating to the advertising and sponsorship of tobacco products; *Germany v. Parliament* Case C-376/98 (2000) ECR I-8419.

⁹ Ustawodawca europejski uzasadnił konieczność wprowadzenia jednolitego (ogólnoeuropejskiego) zakazu reklamy wyrobów tytoniowych, z tym że regulacja taka przyczynić się mogła do lepszej realizacji celów wspólnego rynku.

¹⁰ *Germany v. Parliament* Case C-376/98 (2000) ECR I-8419; (2000) 3 C.M.L.R. 1175, ustęp 54.

¹¹ *Ibid.*, ustęp 55.

¹² Opinia AG, Case C-376/98 (*op. cit.* przypis 10), ustęp 153.

¹³ *Ibid.*, ustęp 154.

ochrony a argumentacją sądów amerykańskich. Te ostatnie podkreślają znaczenie informacji komercyjnej dla wyborów dokonywanych przez konsumentów. W sprawie *Virginia Board*¹⁴, która dotyczyła obowiązującego w stanie Wirginia zakazu reklamy lekarstw na receptę przez aptekarzy, amerykański Sąd Najwyższy orzekł, że „ludzie będą świadomi najlepszych dla siebie korzyści, jeśli tylko będą dobrze poinformowani, a (...) najlepszym sposobem dla osiągnięcia tego celu jest otwarcie kanałów informacyjnych, a nie ich zamykanie”¹⁵. Sędzia Blackmun wyraził to w następujący sposób: „co do szczególnego zainteresowania konsumenta w wolnym przepływie informacji, to jest ono tak samo głębokie, jeżeli nawet nie głębsze od zainteresowania w najpilniejszej debacie politycznej dnia”¹⁶.

Trzecia z powyżej przedstawionych grup (wypowiedź mieszana) obejmuje przypadki, w których komercyjne i niekomercyjne elementy wypowiedzi są silnie (nierozłącznie) ze sobą powiązane. Przykładami spraw należących do tej grupy są sprawy *Markt Intern*¹⁷ czy *Hertel*¹⁸, w których orzeczenia wydał ETPCz. Sprawy te dotyczą przypadków dokonanej przez konkurenta krytyki działalności gospodarczej, która to krytyka stanowi jednocześnie część debaty na temat kwestii stanowiących przedmiot ogólnospołecznego zainteresowania. Do ostatniej kategorii należy również sprawa *Kasky v. Nike*¹⁹, w której orzeczenie wydał kalifornijski Sąd Najwyższy. Sprawa ta na nowo rozpoczęła dyskusję nad koniecznością zrewidowania amerykańskiej doktryny *commercial speech*. Podłoże sporu stanowiła publiczna debata na temat procesu globalizacji, a w szczególności warunków, w jakich wielonarodowe przedsiębiorstwa inwestowały w krajach Trzeciego Świata. W toku owej debaty Nike stał się celem ataków, według których warunki pracy w fabrykach Nike w południowo-wschodniej Azji były nieludzkie, pracownicy nie otrzymywali godziwego wynagrodzenia i byli źle traktowani. Nike zaprzeczył wszystkim tym zarzutom. Marc Kasky wniósł powództwo przeciwko Nike, twierdząc, że informacje podane w odpowiedzi na zarzuty były albo nieprawdziwe, albo wprowadzały w błąd. Nike oparł swoją obronę na pierwszej poprawce do konstytucji Stanów Zjednoczonych, twierdząc, że odpierał ataki pod jego adresem w toku debaty publicznej i w związku z tym wykonywał prawo do swobodnej wypowiedzi. Kasky twierdził natomiast, że wypowiedzi Nike zmierzały tylko i wyłącznie do podniesienia poziomu sprzedaży produktów, w związku z czym jako *commercial speech* nie mogły korzystać z ochrony konstytucyjnej. Sąd kalifornijski podzielił opinię Kasky’ego. W zdaniu odrębnym sędzia Brown podkreślił, że wypowiedzi Nike stanowiły połączenie interesu gospodarczego z wkładem do publicznej debaty i zastosowanie przez Sąd tak restrykcyjnego podejścia przyczyniło się do uciszenia ważnego głosu w dyskusji na forum publicznym.

Co to jest wypowiedź komercyjna?

Zarówno w Stanach Zjednoczonych, jak i w Europie brak jest satysfakcjonującej definicji wypowiedzi komercyjnej. Rozwiązania amerykańskie stanowią wygodny punkt odniesie-

¹⁴ *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748 (1976).

¹⁵ *Ibid.*, 770.

¹⁶ *Ibid.*, 763.

¹⁷ *Op. cit.* przypis 5.

¹⁸ *Hertel v. Switzerland* (1998) 28 E.H.R.R. 534.

¹⁹ *Marc Kasky v. Nike, Inc., et al.*, 27 Cal. 4th 939; zobacz także oddalone przez Federalny Sąd Najwyższy 26 czerwca 2003 writ of certiorari 539 U.S. 654 (2003).

nia w dyskusji na temat statusu wypowiedzi komercyjnej w Europie. W orzecznictwie do pierwszej poprawki do konstytucji Stanów Zjednoczonych *commercial speech* definiowana jest jako „*speech that does nothing more than propose a commercial transaction*”, czyli wypowiedź, której przedmiotem jest nic innego jak oferta dokonania transakcji handlowej²⁰. Z tego względu *commercial speech* zdefiniować można jako wypowiedź transakcyjną, której treść zdeterminowana jest przez towarzyszącą transakcję. Należy jednakże odróżnić wypowiedź ściśle powiązaną z transakcją od nietransakcyjnej wypowiedzi dokonywanej przez podmioty gospodarcze. Ciekawe, że próby stworzenia pozytywnej definicji wypowiedzi komercyjnej przysłonione zostały przez stwierdzenia, czym *commercial speech* nie jest. Nie jest to wypowiedź finansowana²¹, czy też wypowiedź w formie sprzedawanej dla osiągnięcia zysku²². Nie jest to wypowiedź, której celem jest zdobywanie środków finansowych²³, jak również wypowiedź na temat związany z gospodarką czy handlem²⁴.

Definiując *commercial speech* – jak Europa uniknąć może amerykańskich błędów?

Stwierdzić należy, że definicja *commercial speech* nie może opierać się na odniesieniu do jednego tylko kryterium. Wypowiedź komercyjna, podobnie jak wypowiedź w ogólności, przybiera różne postacie i formy:

„brak jest jednej klasy, którą można by określić mianem *commercial speech*, jak i jednego problemu. Wręcz przeciwnie, mamy do czynienia z całym spektrum, które zdefiniować należy poprzez odniesienie do kilku kryteriów”²⁵.

Tylko definicja oparta na zespole kryteriów pozwala na satysfakcjonujące objęcie wszystkich „zmiennych” *commercial speech*. Bezowocne próby zdefiniowania *commercial speech* podejmowane przez amerykańską doktrynę i orzecznictwo sugerują, że na problem spojrzeć należy z innej perspektywy. Analiza powinna skoncentrować się na podmiotach uprawnionych do wykonywania prawa do swobodnej wypowiedzi. Pytanie, jakie należy postawić, to pytanie o zakres ochrony przyznanej podmiotom gospodarczym (osobom fizycznym i prawnym zaangażowanym w działalność gospodarczą) w ramach konstytucyjnych przepisów gwarantujących wolność słowa. Zgodnie z ustaloną linią orzecznictwa ETPCz osoby prawne są na gruncie art. 10 EKPCz podmiotami uprawnionymi do wykonywania prawa do swobodnej wypowiedzi²⁶. Przedsiębiorstwo z definicji dąży do wypracowania zysków. Każda wypowiedź takiego podmiotu może być

²⁰ *Virginia State Board of Pharmacy* (op. cit. przypis 14), ustęp 762; zobacz także: *Edenfield v. Fane*, 507 U.S. 761, 767 (1993); *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*, 533 U.S. 525, 544 (2001); *United States v. United Foods, Inc.*, 533 U.S. 405, 409 (2001).

²¹ Alex Kozinski, Stuart Banner, *Who's Afraid of Commercial speech*, 76 *Virginia Law Review* 1990, s. 638.

²² *Ibid.*, 638.

²³ *Ibid.*, 638.

²⁴ *Ibid.*, 638.

²⁵ Jost Pietzecker, *The U.S. Commercial speech Doctrine*, 59 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1999, s. 28.

²⁶ Nihal Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge University Press (2002), s. 670; *Autronic AG v. Switzerland* (1990)

zakwalifikowana jako próba zrealizowania celów ekonomicznych. Także oświadczenia dotyczące kwestii politycznych czy społecznych mogą pośrednio prowadzić do zwiększenia zysków. Czy znaczy to, że w zależności od tożsamości mówiącego te same oświadczenia o wydarzeniach politycznych czy problemach społecznych będą podlegały różnej ochronie? Chęć zysku jako taka nie może stanowić rozstrzygającego elementu prowadzącego do odmowy czy obniżenia stopnia ochrony przyznanej podmiotom gospodarczym w przepisach o ochronie wolności słowa. Przyjęcie takiego założenia prowadziłoby do wyłączenia z zakresu ochrony konstytucyjnej literatury, filmów, spektakli teatralnych. Fakt, że określony podmiot realizuje cele ekonomiczne, nie może prowadzić do pozbawienia go prawa do swobodnej wypowiedzi. Podmiotom gospodarczym przysługują prawa fundamentalne, między innymi prawo do swobody wypowiedzi. Pozbawienie podmiotów gospodarczych swobody wypowiedzi prowadziłoby do pozbawienia społeczeństwa ważnego źródła informacji i uciszenia jednej ze stron debaty publicznej.

Spojrzenie europejskie – balansowanie kolidujących wartości w sprawie *Markt Intern*

Na gruncie europejskim jednym z podstawowych rozstrzygnięć dotyczących wypowiedzi komercyjnej jest orzeczenie ETPCz w sprawie *Markt Intern*²⁷. Sprawa dotyczyła wydawcy biuletynu handlowego, który reprezentował interesy małych i średnich przedsiębiorców konkurujących z dużymi przedsiębiorstwami (supermarketami czy przedsiębiorstwami wysyłkowymi). Biuletyny publikowane przez Markt Intern zawierały informacje o zmianach na rynku ze szczególnym uwzględnieniem praktyk handlowych dużych przedsiębiorstw. W biuletynie dla sprzedawców produktów chemicznych i kosmetycznych – „Markt Intern – Drogerie- und Parfuemeriefachhandel”, Klaus Beermann opisał wydarzenie dotyczące angielskiego przedsiębiorstwa wysyłkowego – Cosmetic Club International. Artykuł bazował na jednym tylko zdarzeniu i zwracał się do czytelników z prośbą o komentarze, czy opisany incydent nie stanowi być może ogólnej praktyki Cosmetic Club International. Sąd niemiecki odmówił przyznania Markt Intern prawa do swobodnej wypowiedzi ze względu na fakt, że dokonana ona została w warunkach konkurencji.

ETPCz orzekł, że każda wypowiedź, bez względu na treść, objęta jest ochroną przewidzianą przez artykuł 10 EKPCz, a podstawowym zagadnieniem jest ustalenie zakresu dopuszczalnej ingerencji poprzez kontrolę użytego przez państwo uzasadnienia ograniczenia na podstawie artykułu 10 ust. 2 EKPCz²⁸. Artykuł ten stanowi, co następuje:

„Korzystanie z tych wolności (wolności wyrażania opinii, otrzymywania i przekazywania informacji), pociągających za sobą obowiązki i odpowiedzialność, może podlegać takim wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom i sankcjom, jakie są przewidziane przez ustawę i niezbędne w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego, ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności,

12 E.H.R.R. 485, *Sunday Times v. United Kingdom* (1979) 2 E.H.R.R. 245, *Markt Intern* (op. cit. przypis 5), *Groppera Radio AG v. Switzerland* (1990) 12 E.H.R.R. 321.

²⁷ Op. cit. przypis 5.

²⁸ Colin R. Munro, *The Value...*, (op. cit. przypis 4), s. 138.

ochronę dobrego imienia i praw innych osób oraz ze względu na zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowaniu powagi i bezstronności władzy sądowej”²⁹.

Spełnienie trzech przesłanek warunkuje zatem uznanie, że określone ograniczenie mieści się w ramach marginesu swobody decyzyjnej państwa. Ograniczenie musi:

- 1) być przewidziane przez ustawę,
- 2) mieć na względzie osiągnięcie jednego z celów określonych w drugim paragrafie artykułu 10 EKPCz,
- 3) być konieczne w społeczeństwie demokratycznym dla osiągnięcia wspomnianych wyżej celów.

W sprawie *Markt Intern* ETPCz odniósł się do orzecznictwa niemieckiego, zgodnie z którym wypowiedzi, które „w warunkach konkurencji zmierzają do promocji określonych interesów ekonomicznych, wyrządzając przy tym szkodę innym, dyskwalifikują zdolność wypowiedzi bycia wkładem do publicznej debaty”³⁰. Zgodnie z taką linią argumentacji, kiedy tylko zidentyfikowany zostanie cel ekonomiczny, interesowi mówcy przypisuje się niższy poziom ochrony. Inne motywy leżące u podstaw wypowiedzi zostają zwykle przysłonione przez motyw komercyjny. Stanowisko orzecznictwa niemieckiego zaprezentowane zostało w sprawie *Jacobowski przeciwko Niemcom*. Sąd niemiecki uznał bowiem, że dla ustalenia zakresu ochrony wypowiedzi motywy mówcy i związany z nimi cel wypowiedzi mają decydujące znaczenie. Wypowiedź objęta zostaje ochroną, jeżeli kierowana jest nie osobistym interesem ekonomicznym, ale dotyczącymi życia społecznego względami natury politycznej, ekonomicznej, społecznej czy kulturowej, stanowiąc tym samym wkład do debaty publicznej³¹. W sprawie *Markt Intern* ETPCz orzekł, że sądy niemieckie nie przekroczyły marginesu swobody decyzyjnej i nie miało miejsca naruszenie art. 10 EKPCz. Ważne jest natomiast stanowcze stwierdzenie, że wypowiedź komercyjna objęta zostaje ochroną. Ocena, czy wypowiedź stanowić może wkład do debaty publicznej, następuje w ramach tak zwanego testu konieczności, zmierzającego do ustalenia, czy ograniczenia swobody wypowiedzi są konieczne w społeczeństwie demokratycznym. W odniesieniu do wypowiedzi komercyjnej ocena ta będzie opierać się na balansowaniu komercyjnych i niekomercyjnych elementów wypowiedzi. Sprawa *Hertel*³² dostarcza jasnych wskazówek w tym zakresie.

Ważenie komercyjnych i niekomercyjnych elementów wypowiedzi – test debaty publicznej

Hertel opublikował rezultaty swoich badań, które dowodzić miały, że pokarm przygotowany w kuchence mikrofalowej wywołuje negatywne skutki dla zdrowia człowieka. Szwajcarskie Stowarzyszenie Producentów i Dostawców Urządzeń Elektrycznych Gospodarstwa Domowego wytoczyło powództwo na podstawie szwajcarskiej ustawy o nieuczciwej konkurencji. ETPCz orzekł, że w sprawie tej margines swobody decyzyjnej państwa uległ zawęż-

²⁹ Opracowanie jednolitego tekstu w języku polskim przez Marka Antoniego Nowickiego z uwzględnieniem tekstu opublikowanego w Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

³⁰ 1 BvR 108/80, 230–248 cytowany za: *Markt Intern* (op. cit. przypis 5), akapit 19; zobacz także: BVerfGE 62, 230 (1982).

³¹ *Jacobowski v. Germany* (1994) 19 E.H.R.R. 64, akapit 19.

³² Op. cit. przypis 18.

zeniu, gdyż wnioskodawca (Hertel) nie dokonywał wypowiedzi czysto komercyjnych, ale uczestniczył w debacie o kwestiach o znaczeniu ogólnospołecznym. Przy ustalaniu zakresu marginesu swobody decyzyjnej przyznanego organom państwowym ETPCz starał się zatem ustalić, czy Hertel mógł się przyczynić do debaty publicznej:

„Margines swobody decyzyjnej jest szczególnie ważny w sprawach komercyjnych, w szczególności w dziedzinie tak skomplikowanej i podatnej na zmiany, jak nieuczciwa konkurencja. (...) Niezbędne jest jakkolwiek zredukowanie zakresu marginesu swobody decyzyjnej, kiedy chodzi nie o czysto komercyjne wypowiedzi, ale o udział w debacie dotyczącej publicznego interesu, na przykład zdrowia; nie ulega wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie debata taka istniała”³³.

Rozstrzygającym argumentem w ustalaniu zakresu marginesu swobody decyzyjnej przyznanej organom państwowym jest zdaniem ETPCz istnienie debaty publicznej, do której sporna wypowiedź stanowić może znaczący wkład³⁴. W innej sprawie – *Barthold*³⁵ – niemiecki weterynarz prowadzący całodobową klinikę dla zwierząt, udzielając wywiadu jednemu z lokalnych dzienników, stwierdził, że istniejący w Hamburgu system opieki nad zwierzętami jest niewystarczający, w szczególności w zakresie całodobowych usług weterynaryjnych. Barthold użył przy tym przykładu swojej własnej kliniki. Rada lekarzy weterynarii wszczęła przeciwko niemu postępowanie pod zarzutem złamania przepisów dotyczących wykonywania zawodu lekarza weterynarii w zakresie, w jakim przepisy te zakazują reklamy działalności zawodowej. ETPCz orzekł, że wypowiedzi wnioskodawcy (Bartholda) zawierają co prawda elementy, które stanowią promocję jego działalności, ale stanowią również wkład do debaty publicznej o kwestii stanowiącej przedmiot publicznego zainteresowania (stan całodobowych usług weterynaryjnych w Hamburgu). Trybunał orzekł, że elementy niekomercyjne przeważają w tej sprawie nad elementami komercyjnymi, w związku z czym wypowiedziom Bartholda przyznany został szerszy zakres ochrony.

Test debaty publicznej w prawie wspólnotowym

Test debaty publicznej zastosowany został także przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Karner*³⁶. Sprawa dotyczyła paragrafu 30 (1) austriackiego prawa o nieuczciwej konkurencji. Przepis ten zabraniał zawierania w publicznych ogłoszeniach nawiązań do faktu, że sprzedawane towary pochodzą z masy upadłościowej, kiedy (nawet jeżeli takie było ich pochodzenie) nie stanowiły już one części tej masy³⁷. Sąd austriacki zabronił firmie Trooswijk zawierania przedmiotowych nawiązań w swoich materiałach reklamowych. Trooswijk wniósł odwołanie, kwestionując zgodność powołanego przepisu z postanowieniami TWE gwarantującymi swobodę przepływu towarów oraz z art. 10 EKPCz gwarantującym prawo do swobodnej wypowiedzi. ETS uznał, że państwu członkowskiemu przysługuje szeroki margines swobody decyzyjnej w zakresie balansowania kolidujących interesów. W tym zakresie jakkolwiek:

„kiedy wykonywanie wolności słowa nie stanowi wkładu do dyskusji publicznej na temat

³³ *Ibid.*, akapit 47.

³⁴ *Ibid.*, akapit 47.

³⁵ Barthold (*op. cit.* przypis 7).

³⁶ *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH and. Troostwijk GmbH*, Case C-71/02 [2004] 2 CMLR 5.

³⁷ *Ibid.*, ustęp 9.

kwestii stanowiących przedmiot publicznego zainteresowania (...) kontrola ograniczona jest do sprawdzenia, czy ingerencja (w wolność wypowiedzi) odpowiada zasadom zdrowego rozsądku i proporcjonalności³⁸.

Na tej podstawie ETS orzekł, że ograniczenia nałożone przez paragraf 30 (1) austriackiego prawa o nieuczciwej konkurencji odpowiadały zasadom zdrowego rozsądku i proporcjonalności w świetle uzasadnionych celów, jakie regulacja ta miała realizować, a mianowicie celów ochrony konsumenta i uczciwego obrotu handlowego³⁹. W świetle omawianego orzeczenia uzasadniony wydaje się wniosek, że ETS przeprowadza rozróżnienie pomiędzy korzystaniem z wolności słowa, które przyczynia i nie przyczynia się do rozwoju debaty publicznej. W konsekwencji mniej rygorystyczny test stosowany jest przy ocenie ograniczeń wypowiedzi komercyjnej. Ograniczenia te sięgać mogą więc nieco dalej niż dozwolone byłoby to w przypadku wypowiedzi politycznej lub artystycznej.

Nagła potrzeba społeczna (*pressing social need*) a „reasonable grounds”

We wspomnianej na wstępie sprawie dotyczącej zakazu reklamy wyrobów tytoniowych Adwokat Generalny Fennelly uznał, że „wypowiedź polityczna służy osiągnięciu pewnych niezwykle ważnych celów społecznych, (...) wypowiedź komercyjna natomiast nie pełni zwykle szerszej funkcji społecznej o tym samym znaczeniu”⁴⁰. Różnice w traktowaniu wypowiedzi komercyjnej i politycznej polegają na stosowaniu innych przesłanek kontroli wprowadzonych ograniczeń. Zasadniczo nałożenie ograniczeń w wykonywaniu praw poparte być musi dowodem istnienia tzw. *pressing social need* [pilnej (naglącej) potrzeby społecznej]⁴¹. Wypowiedź komercyjna stanowi wyjątek w tym zakresie. ETPCz orzekł, że możliwe jest jej ograniczenie, gdy właściwe organy, kierując się zdrowym rozsądkiem (*on reasonable grounds*) uznają, że nałożenie określonego ograniczenia jest konieczne⁴².

Cele przedsiębiorcy w *Demuth v. Szwajcaria*

W sprawie *Demuth v. Szwajcaria*⁴³ ETPCz wyraźnie odstąpił od dotychczasowej linii orzecznictwa. Sprawa dotyczyła odmowy przyznania spółce Car TV AG licencji na nadawanie programu telewizyjnego. Car TV zamierzała nadawać program motoryzacyjny, który poza praktycznymi kwestiami dotyczącymi pojazdów drogowych poruszać miał również kwestie polityki energetycznej, bezpieczeństwa drogowego, ochrony środowiska (bez wątplenia kwestie o ogromnym znaczeniu publicznym). ETPCz ustalił, że sprawa dotyczy

³⁸ *Ibid.*, ustęp 51.

³⁹ *Ibid.*, ustęp 52.

⁴⁰ Opinia Adwokata Generalnego Fennelly, Case C-376/98 (*op. cit.* przypis 10), ustęp 158.

⁴¹ *Sunday Times v. United Kingdom*, (1979–80) 2 E.H.R.R. 245; *Observer and Guardian v. United Kingdom*, (1992) 14 E.H.R.R. 153, ustęp 70–71; *Barthold* (*op. cit.* przypis 7), ustęp 55.

⁴² Opinia Adwokata Generalnego Fennelly, Case C-376/98 (*op. cit.* przypis 10), ustęp 158; *Markt Intern* (*op. cit.* przypis 5), ustęp 37; *Groppera v. Switzerland*, (*op. cit.* przypis 26), ustęp 55.

⁴³ *Demuth v. Switzerland* (2004), 38 E.H.R.R. 20.

wypowiedzi mieszanej, zawierającej elementy komercyjne i niekomercyjne. Trybunał nie zastosował jednakże testu debaty publicznej, nie rozważał, czy aplikant (Car TV) mógł przyczynić się do debaty publicznej. Zamiast tego odwołał się do celów spółki. W świetle dotychczasowej linii orzecznictwa odwołanie do celów przedsiębiorstwa przy ustalaniu komercyjnego charakteru wypowiedzi wydaje się zaskakujące. Nasuwa się zatem pytanie, czy przy ustalaniu charakteru wypowiedzi celom przedsiębiorstwa przyznać należy rozstrzygający charakter? Orzeczenie w sprawie *Demuth* ocenić należy krytycznie. W opinii odrębnej sędziego Jörundsson podkreślił konieczność uwzględnienia zawartości programu, która w omawianej sprawie „wykraczała poza ramy komercyjności”, gdyż program poruszał mianowicie kwestie bezpieczeństwa drogowego, polityki energetycznej, ochrony środowiska:

„Kwestie te były niewątpliwie kwestiami ogólnego, społecznego zainteresowania i przyczyniłyby się do toczącej się, ogólnej debaty poświęconej różnym aspektom życia społeczności zmotoryzowanej”⁴⁴.

Sprawa *Demuth* stawia pod znakiem zapytania dotychczasową linię orzecznictwa Sądu. W zakresie, w jakim uwzględnić należy, jaki podmiot dokonuje wypowiedzi, prowadzona przez niego działalność odgrywa niewątpliwie znaczącą rolę. Okoliczności tej nie można jednakże przyznać rozstrzygającego znaczenia przy ustalaniu zakresu ochrony określonej wypowiedzi. Dużo większe znaczenie przypisać bowiem należy treści wypowiedzi i kontekstowi, w którym jest ona dokonywana, i okoliczności te powinny być odpowiednio wzięte pod uwagę.

Wnioski

Wypowiedź komercyjna (*commercial speech*) przyjmuje różne postacie i formy. Trudność w skategoryzowaniu i definiowaniu tego typu (czy typów) wypowiedzi prowadzi do wątpliwości co do zakresu ochrony konstytucyjnej. *Commercial speech* zdefiniowana powinna zostać poprzez odniesienie do zespołu kryteriów.

Teza wysuwana w tym opracowaniu opiera się na twierdzeniu, że nasilająca się obecność biznesu w życiu społeczno-politycznym powiązana z rosnącym jego zaangażowaniem w debaty o kwestiach o znaczeniu ogólnospołecznym nie może zostać zignorowana. Komercjalizacja życia politycznego i upolitycznienie życia gospodarczego utrudniają dokonanie rozróżnienia pomiędzy tym, co polityczne, a tym, co komercyjne. Fakt, że podmiot gospodarczy przyjmuje we własnym imieniu stanowisko w określonych kwestiach, nie może automatycznie prowadzić do odmowy prawa do swobody wypowiedzi. Niezwykle trudne jest jednakże znalezienie punktu równowagi pomiędzy prawem podmiotów gospodarczych do wyrażenia opinii i wymogami ochrony społeczeństwa, konsumentów i konkurentów przed nieuczciwymi praktykami. W orzecznictwie europejskim ugruntowana została w tym zakresie pozycja testu debaty publicznej. Opiera się on na ustaleniu, czy dana wypowiedź stanowić może wkład do toczącej się debaty publicznej. Rozwiązanie to zapobiega sztywnemu podejściu do wypowiedzi stanowiącej połączenie interesu gospodarczego i komentarla kwestii o znaczeniu ogólnospołecznym.

⁴⁴ *Ibid.*, odrębna opinia sędziego Jörundsson.