

*Ireneusz C. Kamiński**

Reklama turystyczna i krytyka jakości usług turystycznych – kilka uwag o standardach wynikających z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu

1. „Wypowiedź turystyczna” a Konwencja Europejska

Opracowanie ma na celu identyfikację i krytyczną ocenę reguł, jakimi posłużyłby się Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu (dalej jako Trybunał), gdyby na jego wokandzie znalazły się skargi dotyczące ingerencji w treść reklamy turystycznej oraz w wypowiedź stanowiącą krytykę sposobu świadczenia usług turystycznych bądź ich jakości. Moja rekonstrukcja odwoła się do dotychczasowych rozstrzygnięć Trybunału, dla których prawną podstawą był chroniący swobodę wypowiedzi art. 10 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (cyt. dalej jako: Konwencja)¹. W swoich orzeczeniach Trybunał nie zetknął się jednak bezpośrednio z „wypowiedzią turystyczną”², ale kilka jego orzeczeń dotyczących wypowiedzi komercyjnej pozwala na dokonanie zapowiedzianej analizy.

Na wstępie wskażę kilka modelowych sytuacji, gdy krajowe środki mogą stać się podstawą skargi opartej na zarzucie naruszenia art. 10 Konwencji. Do pierwszej grupy należy zaliczyć te przypadki, gdy ograniczenia swobody wypowiedzi mają zasadniczo na celu ochronę odbiorców usług turystycznych (konsumentów) przed wprowadzaniem w błąd i zapewnienie pewnego standardu świadczeń³. Przykładowo w ustawodawstwie wielu krajów istnieją reguły dotyczące klasyfikacji obiektów noclegowych. Tylko pewne obiekty, po spełnieniu określonych wymogów, mogą być oznaczane nazwą np. hotel. Za nadużycie nazwy przewidziane są sankcje⁴. Znane są też regulacje, które wymagają, aby w reklamie turystycznej, a jeszcze częściej w informacji o składnikach usługi turystycznej, znalazły się precyzyjne dane o tym, czego i za jaką ostatecznie cenę odbiorca usługi może oczekiwać. Drugi typ ingerencji

* Dr Ireneusz C. Kamiński - Zespół Prawa Europejskiego i Międzynarodowego Publicznego Instytutu Nauk Prawnych PAN, Katedra Porównawczych Studiów Cywilizacji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

¹ Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 ze zm.

² Oczywiście nie postępuję się ani nie zmierzam do zbudowania definicji „wypowiedzi turystycznej”. Chodzi mi o rozpoznawane bez trudu przypadki, gdy wypowiedź dotyczy zagadnień związanych z turystyką (świadczeniem usług turystycznych).

³ Pośredniej ochronie będą oczywiście podlegały również interesy tych podmiotów komercyjnych, które stosują się do istniejących regulacji krajowych.

⁴ W Polsce używanie nazwy bez uzyskania wymaganej decyzji administracyjnej lub wbrew jej treści stanowi m.in. wykroczenie ścigane na mocy art. 60¹ §4 kodeksu wykroczeń. Przepis ten został wprowadzony na mocy art. 46 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych, (tj. Dz. U. z 2004 r., Nr 223, poz. 2268 ze zm.). Wymogi dotyczące poszczególnych obiektów, w których świadczone są usługi hotelarskie, określone zostały w tej ustawie oraz w rozporządzeniu wykonawczym do niej - rozporządzeniu Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 19 sierpnia 2004 r. w sprawie obiektów hotelarskich i innych obiektów, w których są świadczone usługi hotelarskie, (tj. Dz. U. z 2006 r., Nr 22, poz. 169).

łączy się natomiast z ochroną interesów prawnych podmiotów świadczących usługi turystyczne. Tu znajdują się środki krajowe, które mają bronić przed krytyką kwalifikowaną jako bezpodstawna lub nieuczciwa. Jak zobaczymy, przypadek regulacji dotyczącej reklamy oraz przypadek krytyki, będą odmiennie analizowane przez strasburskich sędziów.

2. Standardy dotyczące wypowiedzi komercyjnej

Reklamę należy zakwalifikować – poza szczególnymi sytuacjami – jako klasyczną wypowiedź komercyjną. Z taką kategoryzacją łączą się ważne konsekwencje prawne. Zdarzało się bowiem, że wypowiedź komercyjna pozbawiona była ochrony oferowanej przez konstytucyjne przepisy mówiące o swobodzie wypowiedzi. Zakładano, że konstytucja jako podstawowy akt prawny dotyczy „wymiaru politycznego”, a więc określa podstawowe reguły dotyczące organizacji demokratycznego państwa i jego funkcjonowania. Tymczasem wypowiedź komercyjna nie jest związana z politycznymi mechanizmami i gwarancjami. Jej cel jest inny – polega na uzyskaniu efektu ekonomicznego, czyli zarobkowaniu i osiągnięciu zysku. Stanowi więc element swobody prowadzenia działalności gospodarczej. Taki pogląd był długo podzielany w Stanach Zjednoczonych, co wyłączało wypowiedź komercyjną z dobrodziejstw Pierwszej Poprawki do konstytucji federalnej, która dotyczy m.in. wolności słowa. Dopiero w połowie lat 70. ubiegłego wieku wypowiedź komercyjna została objęta gwarancjami amerykańskiej konstytucji⁵.

Ale objęcie wypowiedzi komercyjnej dyspozycją konstytucyjnych postanowień dotyczących swobody wypowiedzi nie oznaczało, że wypowiedź komercyjna zostanie potraktowana tak samo jak kluczowe rodzaje wypowiedzi – wypowiedź polityczna, czy też dotycząca zagadnień mających ogólne (publiczne) znaczenie. Wypowiedź komercyjną przez jej ekonomiczną specyfikę lokowano niejako na peryferiach konstytucyjnej ochrony⁶.

Ze względu na istnienie Europejskiej Komisji Praw Człowieka (dalej jako Komisja), która podejmowała pierwotnie pierwszą decyzję o przyjęciu skargi do rozpoznania (*admissibility decision*), Trybunał długo nie miał okazji orzec, czy art. 10 Konwencji, który nie wspomina *expressis verbis* o wypowiedzi komercyjnej, obejmuje ochroną ten typ wypowiedzi⁷. Ale sędziowie uchylili się od odpowiedzi również w sprawie Barthold przeciwko Niemcom, gdzie oceniali ingerencję mającą sta-

⁵ Stało się to następnie wyroków *Bigelow v. Virginia*, 421 US 809 (1975) i *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 US 748 (1976). Zob. także J. Pietzcker, *The U.S. commercial speech doctrine*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1999, t. 59, nr 1; E. Barendt, *Freedom of Speech*, Oxford 1985, s. 54 i n.

⁶ Takie stanowisko zajmuje m.in. niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny, np. 30 Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 337 (1971). Najpełniej problematykę wypowiedzi komercyjnej omawia R. Shiner, *Freedom of Commercial Expression*, Oxford 2003.

⁷ Komisja obejmowała natomiast wypowiedź komercyjną gwarancjami art. 10, zob. np. *Church of Scientology przeciwko Szwecji*, skarga 7805/77, dec. z 5 maja 1979 r., DR 16, s. 68. Przed reformą Trybunału dokonaną na mocy Protokołu 11 (wszedł w życie 1 listopada 1998 r.) do Komisji należała wstępna analiza skargi (decyzja o przyjęciu jej do rozpoznania), a po niej przygotowanie raportu na temat zasadności zarzutów.

nowić następstwo rzekomo niedozwolonej reklamy⁸. Uznali wtedy, że inne zagadnienie niż reklama – a mianowicie dziennikarski opis trudności w znalezieniu nocą weterynarza – dominuje w analizowanej sprawie⁹.

Jednoznaczne uznanie, że art. 10 Konwencji chroni także wypowiedź komercyjną, znalazło się dopiero w wyroku Markt intern Verlag GmbH i Klaus Beermann przeciwko Niemcom, wydanym w składzie plenarnym 20 listopada 1989 r.¹⁰. Rozstrzygnięcie to stanowi do dzisiaj podstawowe źródło standardów dotyczących wypowiedzi komercyjnej. W późniejszym orzecznictwie widać natomiast wyraźnie, że Trybunał ulokował wypowiedź komercyjną na marginesie „tradycyjnych” rodzajów wypowiedzi. Dlatego kontrola ingerencji dokonanej w takim przypadku przez władze krajowe jest ograniczona. Trybunał sprawdza, czy jedynie „co do zasady” ograniczenie dotyczące wypowiedź komercyjną spełnia konwencyjne wymogi¹¹. Inaczej mówiąc, nawet jeśli strasburscy sędziowie orzekliby inaczej, gdyby znaleźli się na miejscu sędziów krajowych, nie zakwestionują decyzji krajowej, gdy dopatrzą się w niej odpowiedniego uzasadnienia.

Warunki, jakie musi spełnić każda ingerencja w swobodę wypowiedzi, aby była zgodna z Konwencją, określa tzw. trójelementowy test zapisany w ustępie 2 art. 10. Wymaga on, aby każde ograniczenie:

- było przewidziane przez adekwatnie dostępne i dostatecznie precyzyjne prawo krajowe;
- służyło ochronie co najmniej jednego z wyraźnie wymienionych dóbr (bezpieczeństwo państwowe, integralność terytorialna, bezpieczeństwo publiczne, zapobieżenie zakłóceniu porządku lub przestępstwu, ochrona zdrowia i moralności, ochrona dobrego imienia i praw innych osób, zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych, zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej);
- było konieczne w demokratycznym społeczeństwie.

Dwa pierwsze wymogi dotyczą jakości prawa, ostatni to klauzula ocenna. Właśnie kryterium konieczności w demokratycznym społeczeństwie stało się centralne dla analizy ingerencji przez Trybunał i ostatecznie dla podjęcia konkluzji, czy doszło do złamania art. 10. Kontrola, czy „co do zasady” ograniczenie wypowiedzi komercyjnej jest zgodne z Konwencją, dotyczy właśnie wymogu konieczności¹². Władzom krajowym pozostawia się znaczne uprawnienia ocenne, zwane szerokim marginesem

⁸ Skarga 8734/79, wyrok z 25 marca 1985 r., Series A. 90.

⁹ Zajmując się perypetiami właściciela kota, którzy nie mogli w nocy znaleźć pomocy dla swojego podopiecznego, dziennikarka opisała, jak udało się w ostatniej chwili dotrzeć do dr. Bartholda, właściciela kliniki weterynaryjnej. W artykule znalazła się opinia weterynarza, że w dużym mieście powinno działać całodobowe pogotowie dla zwierząt. Materiał ilustrowało zdjęcie Bartholda. Po ukazaniu się tekstu przeciwko weterynarzowi wszczęto postępowanie dyscyplinarne, uznając publikację za ukrytą reklamę jego praktyki, zabronioną przez kodeks etyczny.

¹⁰ Skarga 10572/83, Series A. 165, par. 41-42, 48.

¹¹ Demuth przeciwko Szwajcarii, skarga 38743/97, wyrok z 5 listopada 2002 r., ECHR 2002-IX.

¹² Spełnienie dwóch pozostałych kryteriów (jakość prawa) Trybunał kontroluje w identyczny sposób w każdym przypadku. Inna sprawa, że ten sprawdzian nie jest rygorystyczny. Tylko kilkakrotnie sędziowie uznawali, że ingerencja w swobodę wypowiedzi nie była przewidziana przez prawo, a nigdy – by nie spełniała uzasadnionego celu.

swobody ocen. Tym samym przegląd dokonywany z „europejskiej perspektywy” staje się ograniczony¹³.

3. „Wypowiedź turystyczna” jako wypowiedź komercyjna

W przypadku reklamy turystycznej nie występują szczególne elementy, które odróżniałyby ją od „klasycznej” reklamy komercyjnej¹⁴. Oznacza to sprawdzenie przez Trybunał, czy jedynie „co do zasady” ingerencja w reklamę turystyczną jest uzasadniona, czyli konieczna w demokratycznym społeczeństwie¹⁵.

Nawet jednak zasadna („konieczna w demokratycznym społeczeństwie”) ingerencja może stanowić złamanie art. 10 Konwencji, jeśli wymierzona sankcja jest nieproporcjonalna. Ale Trybunał badając proporcjonalność ingerencji, gdy skarżący nie kwestionował konieczności ingerencji lub sędziowie uznali ją za konieczną, również pozostawia w rękach krajowych organów szeroki margines swobody ocen. Do zakwestionowania sankcji dojdzie wtedy, gdy jest ona znacznie wyższa niż orzekana wcześniej w podobnych przypadkach (nieproporcjonalność *per se*) i równocześnie w krajowym postępowaniu odwoławczym (kiedy orzeczenie poddawano kontroli) zabrakło proceduralnych uprawnień do zbadania wysokości sankcji¹⁶.

Wskazana wyżej reguła ograniczonej kontroli znajdzie zastosowanie wtedy, gdy sankcja ma charakter pieniężny. W nowszym orzecznictwie Trybunał kwestionuje posłużenie się przez krajowe władze sankcjami karnymi. Chociaż dotyczy to kary pozbawienia wolności, sędziowie zwracają też uwagę na konsekwencje użycia prawa karnego jako takiego¹⁷. Dlatego uważam za bardzo prawdopodobne, że Trybunał zakwestionowałby – poza wyjątkowymi sytuacjami – karę grzywny jako reakcję na kwestionowaną reklamę turystyczną. Z drugiej strony wydaje się, że wskazywane przez Trybunał negatywne konsekwencje sankcji karnej nie będą istniały w przypadku sankcji administracyjnoprawnych.

4. Orzeczenie Markt intern Verlag

Jak wskazałem wcześniej, Trybunał inaczej niż reklamę turystyczną bądź wypowiedź stanowiącą oznaczenie obiektu noclegowego, będzie oceniał krytykę jakości usług turystycznych. Punktem wyjścia dla rekonstrukcji standardu jest przywoływane

¹³ Reguły te pochodzą z orzeczenia Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga 5493/72, wyrok z 7 grudnia 1976 r., Series A. 24, par. 48-49.

¹⁴ Rozwijając swoją linię orzeczniczą, Trybunał odwołuje się do anglosaskiej techniki odróżnienia (*distinction*). W sytuacjach *prima facie* podobnych Trybunał orzeka inaczej (bądź jego analiza przebiega inaczej), jeśli w nowej sprawie istnieje pewna istotna okoliczność, która nie występowała we wcześniejszym przypadku (wcześniejszych przypadkach).

¹⁵ Trybunał doprecyzował w swoim orzecznictwie, co to znaczy „konieczne w demokratycznym społeczeństwie” - ingerencja wymaga istnienia „pilnej potrzeby społecznej” oraz „istotnych i dostatecznych” racji. Pojęcia te pochodzą już z pierwszego „formacyjnego” orzeczenia dotyczącego art. 10 Konwencji – Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii, par. 48 i 50.

¹⁶ Independent News and Media plc i Independent Newspapers (Ireland) Limited przeciwko Irlandii, skarga 55120/00, wyrok z 16 czerwca 2005 r., ECHR 2005-V, par. 110-113.

¹⁷ Cumpănă i Mazăre przeciwko Rumunii, skarga 33348/96, wyrok z 17 grudnia 2004 r. (Wielka Izba), ECHR 2004-XI, par. 114-115; Dąbrowski przeciwko Polsce, skarga 18235/02, wyrok z 19 grudnia 2006 r., par. 36.

już orzeczenie Markt intern Verlag GmbH i Klaus Beermann przeciwko Niemcom. Uważam, że sędziowie skoncentrowali się w nim niezasadnie na pewnej drugorzędnej okoliczności. Nie interesowała ich ani treść wypowiedzi, ani następstwa wypowiedzi, lecz relacja istniejącą między podmiotami krajowego postępowania. W konsekwencji gdyby taka sama wypowiedź padła w innym kontekście (inaczej przedstawiałaby się relacja obu podmiotów), oceny ingerencji Trybunał dokonywałby w inny sposób. Zastosowane przez sędziów strasburskich spojrzenie nie służyło budowaniu klarownej i spójnej linii orzeczniczej.

4.1. Okoliczności sprawy i wyrok

Skarżący w sprawie Markt intern Verlag GmbH i Klaus Beermann przeciwko Niemcom to wydawnictwo założone w celu obrony małych i średnich sprzedawców przed wielkimi podmiotami, dokonującymi m.in. sprzedaży wysyłkowej, oraz redaktor naczelny wydawnictwa. W jednym z numerów swojego periodycznego biuletynu wydawnictwo opisało perypetie klientki, która niezadowolona z jakości kosmetyków zamówionych u dużego dystrybutora odesłała mu towar, żądając zwrotu ceny zakupu. Choć warunki sprzedaży wyraźnie przewidywały możliwość odesłania towaru i zwrotu pieniędzy, klientka niczego nie otrzymała. Nie było też jakiegokolwiek odpowiedzi. Markt intern Verlag w przesłanym do dystrybutora teleksie pytał, czy sprawa stanowi odosobniony incydent, czy też jest częścią oficjalnej polityki firmy. W odpowiedzi firma informowała, że nic nie wie ani o odesłanym towarze, ani o późniejszym liście. Obiecywano natychmiastowe wyjaśnienie zdarzenia. O wszystkim tym Beermann napisał w artykule, zwracając się równocześnie z pytaniem, czy inni nabywcy nie mieli podobnych doświadczeń z firmą. Nadesłane odpowiedzi miały umożliwić ustalenie, czy wydarzenie było przykrym incydem, czy też przykładem zamierzonej, ogólnej praktyki.

Firma wysyłkowa wystąpiła do sądu o wydanie zakazu powtarzania informacji o incydencie z sugestią, że ilustruje on ogólną taktykę firmy. Sąd taki zakaz orzekł na podstawie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹⁸. Sędziowie stwierdzili, że mimo braku „relacji konkurencji” między stronami sporu, działanie wydawnictwa było „obiektywnie korzystne” dla pewnych podmiotów (drobnych oraz średnich firm chemicznych), a równocześnie szkodliwe dla firmy wysyłkowej. Pismo zajęło się pojedynczym incydem, równocześnie podnosząc zarzut, że zdarzenie może być charakterystyczne dla polityki firmy. Zwrócenie się do czytelników o dalsze informacje miało natomiast wyraźnie ujawniać chęć wywarcia wpływu na konsumentów. Złamanie sądowego zakazu narażało na grzywnę w wysokości do 500 tysięcy marek lub karę aresztu do 6 miesięcy.

Gdy sprawa znalazła się w Strasburgu, Komisja uznała stosunkiem 12 głosów do 1, że doszło do złamania art. 10 Konwencji. Ale ostateczny werdykt należał do Trybunału.

¹⁸ Sąd pierwszej instancji wydał zakaz na podstawie art. 824 niemieckiego kodeksu cywilnego. Wyrok został uchylony przez sąd apelacyjny. Ten z kolei wyrok zakwestionował sąd federalny (*Bundesgerichtshof*) i uznał roszczenie na podstawie art. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przed Trybunałem władze niemieckie argumentowały, że artykuł nie przyczynił się do dyskusji w sprawie o publicznym znaczeniu, lecz był elementem bezprawnego działania konkurencyjnego korzystnego dla pewnej grupy podmiotów. Okoliczność tę miały ustalić w sposób nie budzący wątpliwości niemieckie sądy. W dziedzinie prawa konkurencji państwa członkowskie posiadają ponadto dużą władzę dyskrecyjną, która ma zapewnić uwzględnienie specyfiki poszczególnych przypadków oraz zastosowanie krajowych kryteriów dobrej wiary. Wypowiedzi formułowane „dla celów konkurencji” nie należą do właściwego rdzenia konstrukcji swobody wypowiedzi i podlegają – w konsekwencji – mniejszej ochronie niż inne poglądy oraz informacje.

Trybunał zgodził się, że w sprawach gospodarczych kraje członkowskie zachowują istotny margines swobody ocen, przede wszystkim w dziedzinach tak zmieniających i skomplikowanych, jak nieuczciwa konkurencja. Gdyby było inaczej, Trybunał musiałby się podjąć szczegółowej weryfikacji faktów i okoliczności każdego przypadku. Jego rola ogranicza się jednak do sprawdzenia, czy środki podjęte na poziomie krajowym są zasadniczo usprawiedliwione oraz proporcjonalne (par. 33).

Sędziowie wskazali, że w gospodarce rynkowej podmiot podejmujący działalność ekonomiczną wystawia się na dogłębną kontrolę konkurencji. Jego strategia handlowa oraz stosunek do formułowanych obietnic mogą rodzić krytykę klientów oraz mediów. Prasa specjalistyczna – chcąc właściwie realizować swe zadania – musi mieć możliwość ujawniania faktów, które rodzą zainteresowanie czytelników; w ten sposób przyczynia się do otwartości działań gospodarczych. Nawet jednak publikacja dotycząca prawdziwych zdarzeń może podlegać pewnym ograniczeniom, np. względu na ochronę prywatności i zachowanie poufnego charakteru niektórych informacji gospodarczych. Nierzadko wiernemu opisowi towarzyszą też dodatkowe uwagi, sądy wartościujące, podejrzenia, a nawet insynuacje. Trzeba dlatego przyjąć, że jednostkowy przypadek może wymagać bliższego sprawdzenia przed ujawnieniem go opinii publicznej. W przeciwnym wypadku wierne opisanie pewnej sytuacji może prowadzić do stworzenia fałszywego wrażenia, że incydent jest dowodem na istnienie powszechnej praktyki. Rozważenie okoliczności, które decydują o ocenie każdej wypowiedzi, należy zasadniczo do sądów krajowych (par. 35).

Przystępując do zastosowania przytoczonych zasad do sprawy Markt intern Verlag, Trybunał uznał, że chociaż publikacja rzetelnie opisywała fakty, wyrażono w niej podejrzenia kwestionujące wiarygodność firmy wysyłkowej. Do klientów zwracano się o przesyłanie informacji o podobnych zdarzeniach jak opisane w artykule, mimo iż firma obiecała przeprowadzenie jego szybkiego wyjaśnienia. W takich okolicznościach niemiecki sąd federalny uznał artykuł za przedwczesny i przysparzający korzyści sprzedawcom detalicznym. Skutków publikacji nie mogłoby zmienić ewentualne późniejsze przyznanie, że zdarzenie było nieszczęśliwym wypadkiem. Uwzględniając te okoliczności oraz z uwagi na obowiązki i odpowiedzialność spoczywające na prasie, Trybunał doszedł do przekonania, iż ostateczny wyrok niemieckich sądów nie wychodził poza margines swobody ocen pozostawiony władzom krajowym. Wskazano, że chociaż można różnić się co do opinii, czy reakcja sądu federalnego była właściwa i czy poszczególne sformułowania publikacji były do-

puszczalne, to Trybunał nie powinien w tej sprawie zastępować ocen sądów krajowych, które uznały ograniczenia za konieczne (par. 36-37).

4.2. Zdania odrębne

Wyrok w sprawie Markt intern Verlag zapadł stosunkiem 9 głosów do 9. O ostatecznej konkluzji mówiącej o braku naruszenia art. 10 Konwencji rozstrzygnął głos oddany przez prezesa Trybunału. Ważny standard, stworzony przez skład plenarny Trybunału w „formacyjnym okresie” budowy linii orzeczniczej¹⁹, powstał przy równo podzielonej liczbie sędziowskich głosów.

Sędziowie–dysydenci wyrazili swoje stanowiska w czterech zdaniach odrębnych. Główny zarzut, postawiony we wspólnej opinii siedmiu sędziów²⁰, wskazywał, że w wydanym wyroku Trybunał odchodzi od dotychczasowego orzecznictwa akcentującego, że swoboda wypowiedzi jest zasadą, a jej ograniczenia wyjątkami, które trzeba wąsko i rygorystycznie interpretować²¹. W przypadku wypowiedzi komercyjnych większość uznała, że władze krajowe mają do dyspozycji znacznie szerszy margines swobody ocen. Tymczasem wiadomość i opinia o gospodarczym charakterze powinna być traktowana tak samo jak informacja czy pogląd dotyczący głowy państwa. Wszystkie one służą publicznemu dobru – otwartości życia politycznego oraz gospodarczego. Zgoda na różne standardy dla obu sfer sprzyjać może temu, że władze krajowe, by uniknąć surowszej kontroli Trybunału, uzasadniać będą swe ingerencje ekonomicznymi argumentami (w ten sposób można np. usprawiedliwiać ograniczenia wprowadzone w przypadku transgranicznych emisji radiowych i telewizyjnych).

Krytyce poddano także posłużenie się przez sądy niemieckie ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zaakceptowane następnie przez Trybunał²². Materiał prasowy był oceniany w kontekście obrony pewnego interesu gospodarczego, co pozbawiło go właściwej ochrony. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zakłada bowiem, przyjmując schemat gry o zerowej sumie, że wypowiedź służy jednemu interesowi ekonomicznemu, szkodząc równocześnie innemu; w konsekwencji tylko po spełnieniu specjalnych warunków jest dopuszczalna. Tak wąskie spojrzenie nie jest jednak uzasadnione z perspektywy wolności słowa jako samodzielnej wartości, która zakłada, że wypowiedź służy ogólnemu interesowi, a krytyka jest normą. Praktyka zastosowana przez sądy niemieckie nie ma ponadto odpowiednika w innych systemach prawnych Rady Europy. Wszystko to, zdaniem sędziów należących do

¹⁹ Wyrok Markt intern Verlag GmbH i Klaus Beermann przeciwko Niemcom to dwunaste orzeczenie dotyczące art. 10 Konwencji.

²⁰ Byli to sędziowie F. Gölcüklü, L. – E. Pettiti, C. Russo, A. Spielmann, J. de Meyer, J. A. Carillo Salcedo i N. Valticos.

²¹ Taka dyrektywa pochodzi z orzeczenia wydanego przez skład plenarny w sprawie Sunday Times przeciwko Wielkiej Brytanii (nr 1), skarga 6538/74, wyrok z 26 kwietnia 1979 r., Series A. 30, par. 66.

²² Zdanie odrębne sędziego S. K. Martensa, do którego przyłączył się R. MacDonald. Także w opinii siedmiu sędziów znalazło się zdanie o zasadniczym podzieleniu przez nich uwag dwójki sędziów.

mniejszości, przemawia za uznaniem, że ingerencja nie była konieczna w demokratycznym społeczeństwie.

Pozostałe dwa indywidualne zdania odrębne wyostrzały pewne tezy opinii zbiorowych²³.

5. Strasburskie odróżnienia – sprawa Hertel

Z nakazu ograniczonej kontroli istniejącej w przypadku ingerencji w wypowiedź komercyjną Trybunał starał się wycofać w późniejszym orzecznictwie, dokonując odróżnienia niemieckiej sprawy i kolejnych przypadków. W sprawie Hertel przeciwko Szwajcarii okoliczności wydawały się być *prima facie* podobne²⁴. Autor skargi, badacz-amator, współpracując z naukowcem z uniwersytetu w Lozannie, miał wykryć, że żywność przygotowana w kuchenkach mikrofalowych może mieć negatywny wpływ na ludzki organizm. Przez dwa miesiące naukowcy badali, przed i po zjedzeniu posiłków, próbki krwi ośmiu ochotników. W konkluzji raportu z badań pisali, że udało się ustalić, iż energia, którą żywność pochłania w czasie podgrzewania w mikrofalówkach, była „transferowana” do krwi badanych. Zjawisko to miało być konsekwencją praw fizyki i zostać potwierdzone w literaturze fachowej. Badacze stwierdzili, że zmiany, jakie w organizmach ludzkich powoduje żywność z mikrofalówek, polegają m.in. na wywołaniu stanów wskazujących na wstępną fazę patologicznego procesu charakterystycznego dla początków stanu rakowego.

Hertel przedstawił rezultaty badań w popularnym kwartalniku „Journal Franz Weber” (ma on 120 tysięcy nakładu), który znaczną część swego 19 numeru poświęcił wpływowi kuchenek mikrofalowych na ludzkie zdrowie. Na okładce pisma widniała symbolizująca śmierć postać Kostuchy-Żniwiarza, która wyciągała dłoń w stronę kuchenki. Duży tytuł oznajmiał: *Niebezpieczeństwo mikrofal – naukowy dowód*. W materiale redakcyjnym wydawca przypominał, że kwartalnik należał do pierwszych pism na świecie, które na przekór zmasowanym atakom producentów urządzeń zwróciły uwagę na zagrożenia. Obecnie, gdy podejrzenia się potwierdziły, użycie kuchenek powinno zostać zakazane. Pisano, że kwartalnik spodziewa się ataków nauczonych, gdyż w grę wchodzi wielkie pieniądze, które mogą utracić producenci urządzeń. Prawda jednak – zapewniano – ostatecznie zwycięży.

Kwartalnik zamieścił omówienie wyników badań oraz duże fragmenty raportu z dodanymi przez siebie śródtytułami, które podkreślały zagrożenia. Jako graficzną ilustrację ponownie kilkakrotnie wykorzystano Kostuchę (Żniwiarza). Hertel już wcześniej wypowiadał się i pisał o kuchenkach mikrofalowych. W numerze 8 „Journal Franz Weber” przytoczył jego opinię, że urządzenia te „są gorsze niż komory gazowe Dachau”, a osoby przygotowujące w nich posiłki „wystawiają się na powolną śmierć” i „z pewnością umrą na raka”.

²³ Sędzia L. – E. Pettiti pisał o zagrożeniach dla swobody wypowiedzi wynikających ze stosowania zakazu, a sędzia J. De Meyer kwestionował, by interesy gospodarcze można było zakwalifikować jako prawa innych osób, a więc dobro uzasadniające ograniczenie wolności słowa (tym samym ingerencja – jego zdaniem – nie służyła uzasadnionemu celowi).

²⁴ Skarga 25181/94, wyrok z 25 sierpnia 1998 r., RJD 1998-VI.

Działając z wniosku Szwajcarskiego Stowarzyszenia Wytwórców oraz Dostawców Sprzętu Gospodarstwa Domowego (MHEA) sądy krajowe wydały zakaz powtórzenia twierdzeń o zagrożeniach, sugestii, by wycofano kuchenki ze sprzedaży i używania graficznej symboliki śmierci. Podstawą były przepisy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które po zmianach z 1986 r. mają szerszy zakres. Podstawową ich cechą jest podejście funkcjonalne, które ma zagwarantować uczciwą i niezakłóconą konkurencję. Znalazło to odzwierciedlenie w nowej definicji występków nieuczciwej konkurencji. Nie wymaga ona istnienia „relacji współzawodnictwa”; winnym może być nie tylko konkurent, dostawca lub klient, lecz także każdy podmiot, którego działania mają wpływ na stosunki konkurencji oraz pozycję na rynku osoby będącej celem wypowiedzi. Odpowiedzialności prawnej mogą zatem podlegać autorzy finansowych analiz i ekonomicznych raportów, recenzenci, krytycy sztuki, dziennikarze oraz naukowcy, jeśli ich twierdzenia są nieprawdziwe, mylne lub bezpodstawnie zawierają sformułowania powodujące szkodę. Wypowiedź musi być natomiast w stanie „obiektywnie” wywrzeć wpływ na stosunki między konkurującymi podmiotami albo dostawcami i klientami. Nie jest przy tym istotny zamiar działającej osoby. Wymagane przez prawo cechy spełniła publikacja raportu badacza. Nawet jeśli nie ma dowodu, iż materiał wywołał spadek popytu na kuchenki mikrofalowe, publikacja mogła zmniejszyć sprzedaż, a więc zaszkodzić powodowi.

Rozpoznając skargę Trybunał uznał, że jego analiza będzie inna niż w sprawie Markt intern Verlag. Wypowiedzi Hertela nie można bowiem zakwalifikować jako klasyczną wypowiedź komercyjną, gdzie krajowy margines swobody ocen jest znaczny. Zakres ocennych uprawnień krajowych sądów musi ulec redukcji, gdy w grę wchodzi udział w publicznej debacie mającej wpływ na ogólne dobro, takie jak zdrowie publiczne (par. 47). Podczas analizy proporcjonalności użytego środka należy skrupulatnie rozważyć potrzebę ochrony praw członków MHEA i swobodę wypowiedzi badacza. Oznaczało to odejście od ograniczonej kontroli sprawdzającej, czy jedynie „co do zasady” ingerencja była konieczna.

Sędziowie orzekli, że doszło do złamania art. 10 Konwencji (stosunkiem 6 głosów do 3)²⁵. Choć zakaz obejmował tylko wyraźnie wymienione sformułowania, należały one do istoty poglądów wnioskodawcy. Doszło w rezultacie do częściowego cenzurowania pracy Hertela i zasadniczo ograniczono możliwość publicznego prezentowania opinii w trakcie dyskusji, której istnienia nie można zanegować. Nie ma znaczenia, że poglądy badacza należały do mniejszościowych i być może pozbawione były podstaw. W dziedzinach, gdzie pewność jest rzadkim zjawiskiem, szczególnie nieracjonalne byłoby ograniczanie swobody wypowiedzi wyłącznie do powszechnie akceptowanych idei. Konkluzji tej nie zmieniał fakt, że sądy szwajcarskie wyraźnie podkreśliły prawo Hertela do kontynuowania badań. Z wyroków nie wynikało, że uczony miał rzeczywiście możliwość prezentowania wyników poza „ekonomicznym kontekstem”. Wisiała nad nim ponadto groźba, że złamanie zakazu doprowadzi do kary, w tym tak surowej, jak pozbawienie wolności.

²⁵ Wcześniej naruszenie swobody wypowiedzi stwierdziła w swoim raporcie Komisja (10 głosów do 5).

6. Krytyka strasburskiego standardu

Strasburski standard i związane z nim rozróżnienia zbyt mocno odwołują się do okoliczności wypowiedzi, a nie jej treści, by stwierdzić, jaki ma ona charakter i jakich kryteriów ocennych należy użyć podczas analizy ingerencji. Wypowiedź o takiej samej treści zostanie inaczej zakwalifikowana w zależności od miejsca publikacji oraz relacji istniejącej między stronami (podmiotami krytykującym i krytykowanym). Podejście wypracowane w strasburskim orzecznictwie można nazwać kontekstowym, ale kontekst brany pod uwagę ma służyć zidentyfikowaniu natury stosunków łączących strony. Równocześnie Trybunał odrzuca krajowe kwalifikacje, jeśli wypowiedź, która może mieć następstwa komercyjne i dlatego zastosowanie do niej znajdują przepisy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie powstaje w tle bezpośredniej relacji handlowych (strony nie są biznesowymi „graczami” lub nie reprezentują biznesowych interesów)²⁶.

Wskazane odmienności w traktowaniu wypowiedzi znajdują zastosowanie także do wypowiedzi stanowiącej krytykę sposobu świadczenia usług turystycznych lub ich jakości. Aby to zilustrować, rozważmy następujący przypadek. Załóżmy, że osoba X otrzymała świadczenia o dużo niższym standardzie niż przewidziany w umowie zawartej ze znanym biurem podróży, które jest jednym z potentatów na krajowym rynku. Skierowała do biura reklamację z żądaniami finansowymi, które dotyczyły zwrotu części wpłaconych kwot. Postępowanie reklamacyjne przewidywało zarówno prawo krajowe, jak i umowa o świadczenie usług turystycznych. Na pisma nie było odpowiedzi.

Osoba X postanawia poinformować o swoich doświadczeniach. Chociaż krytyka będzie dotyczyła tego samego wydarzenia, wypowiedź zostanie inaczej oceniona w zależności od tego, która z następujących hipotez zostanie zrealizowana:

- (a) osoba X zwołuje konferencję prasową;
- (b) osoba X przedstawia swoje doświadczenia dziennikarzowi popularnego tytułu, a ten pisze artykuł;
- (c) osoba X zwraca się do izby zrzeszającej małe i średnie firmy turystyczne, a izba opisuje wydarzenie w swoim biuletynie lub przedstawia na konferencji prasowej.

W przypadkach (a) i (b) wypowiedź zostanie zakwalifikowana jako mająca ważne znaczenie ogólne. Opis doświadczeń służy poinformowaniu innych osób o zdarzeniu, przestrzegając je przed pewnymi praktykami. Wypowiedź przyczynia się również do przejrzystości relacji konsument–świadczeniodawca. Za ochroną wypowiedzi będzie także przemawiać prawdziwość relacji. W przypadku (b) mamy ponadto dodatkową okoliczność. Prasa pełni w demokratycznym społeczeństwie rolę „publicznego strażnika/kontrolera” (*public watchdog, chien de garde*)²⁷. Ingerencja podlega więc rygorystycznej kontroli. Będzie tak nie tylko wtedy, gdy krajowy środek dotyka mediów, lecz także wówczas, gdy skierowany jest przeciwko informatorowi (źródłu informacji)²⁸.

²⁶ Taką zmianę poddali krytyce sędziowie R. Bernhardt, F. Matscher i V. Toumanov w zdaniach odrębnych do wyroku Hertel.

²⁷ Lingens przeciwko Austrii, skarga 9815-82, wyrok z 8 lipca 1986 r., Series A. 103, par. 41.

²⁸ Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga 17488/90, wyrok z 27 marca 1996 r.

W przypadku (c) rozstrzygający dla analizy ingerencji przez Trybunał stanie się natomiast komercyjny charakter relacji istniejącej między przedsiębiorcami branży turystycznej lub podmiotami reprezentującymi ich interesy. Oznaczać to będzie przyznanie władzom krajowym znacznego marginesu swobody ocen. Ale w świetle dotychczasowego strasburskiego orzecznictwa można domniemywać, że Trybunał może inaczej analizować ingerencję, która równocześnie dotknęłaby i rozpowszechniającego informację, i informatora (gdy zakaz skierowany jest do dwóch podmiotów). Rozpowszechnianą przez izbę informację sędziowie będą traktować jako „czysto komercyjną”, ale wypowiedź informatora zostanie zakwalifikowana jako mająca ogólne znaczenie (!).

Przedstawiona powyżej rekonstrukcja strasburskich scenariuszy pokazuje, że Trybunał popełnił błąd w orzeczeniu Markt intern Verlag GmbH i Klaus Beermann przeciwko Niemcom. Spójne rozwiązanie zaproponowali natomiast sędziowie–dysydenci. Analiza Trybunału winna się koncentrować na zbadaniu, czy wypowiedź podnosi kwestię mającą znaczenie publiczne. Ewentualny komercyjny kontekst wypowiedzi nie powinien stać się rozstrzygającym argumentem. Szeroki margines swobody ocen można zakładać jedynie w przypadku reklamy handlowej.

7. Zakaz wypowiadania się dla mediów

Zagadnienia dotyczące swobody wypowiedzi mogą się również ujawnić w związku z klauzulami umów o świadczenie usług turystycznych, które zabraniają świadczeniobiorcom wypowiadania się dla mediów na temat realizacji umowy przez świadczeniodawcę. Aczkolwiek w takim przypadku mamy do czynienia ze stosunkiem regulowanym przez prawo prywatne (relacją horyzontalną), nie ma wątpliwości, że Konwencja znajdzie i tu zastosowanie²⁹. Ponadto ewentualne sankcje stanowiące następstwo wypowiedzi będą pochodzić od sądu, a więc organu państwa.

Moim zdaniem podstawą odpowiedzialności świadczeniobiorcy wypowiadającego się dla mediów nie może być naruszenie umowy (odpowiedzialność *ex contractu*), a jedynie spowodowanie szkody (odpowiedzialność *ex delicto*) lub naruszenie dóbr osobistych. Rozważając czy zostały spełnione przesłanki odpowiedzialności, krajowe organy muszą uwzględnić Konwencję (orzecznictwo strasburskie) dotyczące publicznego znaczenia podnoszonej krytyki³⁰.

8. Turystyka a inne przepisy Konwencji

Chociaż moje opracowanie koncentrowało się na „wypowiedzi turystycznej”, a więc dotyczyło problemów powstających w kontekście art. 10 Konwencji, chciałbym również zwrócić uwagę na możliwość posłużenia się w związku ze świadczeniem usług turystycznych innymi postanowieniami Konwencji. Wskażę jedynie na kilka hipotez, gdyż pełniejsze omówienie zagadnienia wymagałoby oddzielnego artykułu.

²⁹ Fuentes Bobo przeciwko Hiszpanii, skarga 39293/98, wyr. z 29 lutego 2000 r. (niepubl.), par. 38 i cyt. tam orzecznictwo.

³⁰ Na gruncie polskiego prawa wątpliwe wydaje mi się natomiast zastosowanie w takim przypadku przepisów o niedozwolonych postanowieniach umownych, choć pewne możliwości otwiera formuła sprzeczności z dobrymi obyczajami.

W nowszym orzecznictwie Trybunał rozszerza konsekwencje art. 8 Konwencji, który chroni życie prywatne i rodzinne³¹. Sędziowie wskazują, że pojęcie „życia prywatnego” jest szerokie i nie poddaje się wyczerpującej definicji³². Artykuł 8 chroni moralną i fizyczną integralność jednostki³³, zapewnia również gwarancje w tej sferze, gdzie jednostka może swobodnie rozwijać się i zaspakajać potrzeby swojej osobowości³⁴. Jako sprzeczne z art. 8 kwalifikowano środki, które „miały w znaczącym stopniu wpływ na możliwość rozwijania stosunków z zewnętrznym światem i tworzyły dla jednostek poważne trudności dotyczące zarobkowania, rodząc oczywiste reperkusje dla cieszenia się życiem prywatnym”³⁵.

Wskazane formuły mogą rodzić pytanie o możliwość ich użycia w kontekście usług turystycznych. Wyobraźmy sobie sytuację, gdy należycie opłacony pobyt turystyczny za granicą okazuje się koszmarem, bo świadczeniodawca nie przekazał zagranicznemu partnerowi opłat. Ten ostatni zabiera paszporty turystom i wyrzuca ich ze swojego hotelu. Turyści nie mogą wrócić do domu; są skazani na wegetację w warunkach urągających ludzkiej godności (abstrahując w tym miejscu od problematyki zabezpieczenia finansowego organizatora turystyki, a ściślej możliwości jego „uruchomienia” w takiej sytuacji, co umożliwia zapewnienie klientom powrotu do kraju).

Formuła mówiąca o „integralności jednostki”, „rozwijaniu i zaspakajaniu potrzeb swojej osobowości” wydaje się na tyle obszerna, że daje się zastosować do skrajnego przypadku „koszmarnego wyjazdu turystycznego”. Można argumentować, że na państwie spoczywa pozytywny obowiązek zabezpieczenia jednostek przed następstwami bankructwa przedsiębiorców turystycznych lub znalezienia się przez nie w trudnej sytuacji finansowej. Ów pozytywny obowiązek może polegać na wydaniu „odpowiedniego ustawodawstwa”³⁶. W przypadku państw członkowskich Unii Europejskiej obowiązek przyjęcie owego ustawodawstwa i wymaganą jego treść mogłyby wskazywać „dyrektywy turystyczne”, zwłaszcza dyrektywa 90/314/EWG z 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek³⁷. Oczywiście w przypadku rozważanej hipotezy jako brak odpowiedniego prawa – z punktu widzenia przepisów Konwencji – mógłby zostać zakwalifikowany tylko skrajny

³¹ Zob. np. opracowanie M. Kowalskiego, *Efektywność czy omnipotencja – uwagi dotyczące interpretowania i stosowania Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na przykładzie gwarancji art. 8*, [w:] *Prawo międzynarodowe. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesor Renacie Szafarz*, red. J. Menkes, Warszawa 2007.

³² Np. Peck przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga 44647/98, ECHR 2003-I, par. 57.

³³ X i Y przeciwko Holandii, skarga 8978/80, wyr. z 26 marca 1985 r., Series A. 91, par. 22-27.

³⁴ Brüggeman i Scheuten przeciwko Niemcom, skarga 6959/75, raport Komisji z 12 lipca 1977 r., DR 10, par. 55.

³⁵ Sidabras i Džiautas przeciwko Litwie, skargi 55480/00 i 59330/00, wyr. z 27 lipca 2004 r., ECHR 2004-VIII, par. 48.

³⁶ Vgt Verein gegen Tierfabriken przeciwko Szwajcarii, skarga 24699/94, wyr. z 28 czerwca 2001 r., ECHR 2001-VI, par. 45. Na temat konstrukcji pozytywnych obowiązków państwa i jej zastosowania w orzecznictwie Trybunału najpełniej pisze A. W. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford 2004.

³⁷ Dz. Urz. WE, L 158 z 23 czerwca 1990 r., s. 59.

przypadek, tj. niewydanie jakichkolwiek przepisów zapewniających ochronę lub stworzenie regulacji ewidentnie nieskutecznej.

Uznanie, że doszło do niewykonania pozytywnego obowiązku istniejącego w kontekście art. 8 Konwencji staje się również możliwe w razie nieudzielenia pomocy przez państwo pochodzenia turysty, zwłaszcza przez jego służby konsularne. Oczywiście nie każdy przypadek odbiegającego od uzgodnionego w umowie świadczenia usługi turystycznej mógłby zostać zakwalifikowany jako naruszenie prawa do życia prywatnego, lecz tylko taki, który rodzi niezwykle poważne następstwa dla interesów chronionych przez art. 8. W drastycznej, skrajnej sytuacji dałoby się postawić również zarzut niepodjęcia działań mających na celu powstrzymania niehumanitarnego bądź poniżającego traktowania (naruszenie art. 3)³⁸.

Brak pozytywnych działań ze strony państwa może być również uznany za naruszenie Konwencji, jeśli państwo, wiedząc o danym przypadku, nie zapewni turystyce oskarżonemu o popełnienie przestępstwa warunków do rzetelnego procesu. Taki obowiązek będzie spoczywał na państwie, w którym turysta stał się przedmiotem postępowania sądowego, ale również na jego własnym państwie (gdy turysta interweniował, prosząc o udzielenie pomocy)³⁹.

³⁸ Taki zarzut mógłby zostać postawiony nie tylko własnemu państwu turysty, lecz także państwu, gdzie świadczenie turystyczne ma miejsce (jeśli jest ono stroną Konwencji).

³⁹ Jeśli w państwie nie należącym do Unii Europejskiej doszło do procesu obywatela jednego z państw członkowskich, które jednak nie posiada konsularnej placówki w takim miejscu, obowiązek udzielenia pomocy (podjęcia pozytywnych działań) spoczywałby na innym państwie członkowskim Unii, które posiada tam służby konsularne.