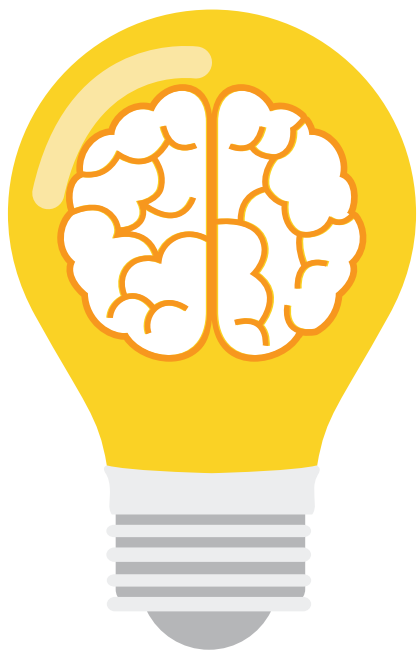




BIZNES A PRAWA CZŁOWIEKA

WSPÓŁCZESNY STAN DYSKUSJI

Redakcja naukowa: Adam Płoszka
Warszawa 2017



Redakcja naukowa: **Adam Ploszka**

Redakcja językowa: **Elżbieta Dajksler**

Korekta: **Marta Borucka**



**Publikacja jest dostępna na licencji Creative Commons
Uznanie autorstwa 3.0 Polska**

ISBN: 978-83-62245-61-1

Publikacja stanowi podsumowanie projektu „Biznes a prawa człowieka – współczesny stan dyskusji” realizowanego wspólnie przez Helsińską Fundację Praw Człowieka z Polską Radą Biznesu w okresie od kwietnia do grudnia 2016 r.

Publikacja powstała dzięki wsparciu
Polskiej Rady Biznesu



**Polska
Rada
Biznesu**

Stan prawny na 15 grudnia 2016 r.



**Wydawca: Helsińska Fundacja Praw Człowieka
ul. Zgoda 11, 00-018 Warszawa**

Skład: Łukasz Borucki, Marta Borucka

Spis treści

Adam Płoszka

06 **1. Wstęp**

Marcin Szwed

09 **2. Odpowiedzialność za naruszenia praw człowieka przez biznes w świetle Wytycznych ONZ dotyczących praw człowieka**

09 2.1 Prawa człowieka a podmioty gospodarcze

10 2.2 W kierunku Wytycznych

12 2.3 Kształt Wytycznych

12 2.4 Obowiązki państwa

14 2.5 Obowiązki przedsiębiorców

17 2.6 Środki zaradcze i naprawcze

19 2.7 Implementacja Wytycznych

21 2.8 Podsumowanie

Joanna Smętek

22 **3. Ochrona sygnalistów (whistleblowers) ujawniających nadużycia w biznesie**

22 3.1 Wstęp

23 3.2 Definicja pojęcia sygnalista

24 3.3 Ograniczenia wolności słowa

25 3.4 Kryteria ochrony wypowiedzi sygnalisty

27 3.5 Wytyczne ONZ a sygnaliści – obowiązki państwa i biznesu

28 3.6 Elementy systemu ochrony sygnalistów

29 3.7 Podsumowanie

Dominika Bychawska-Siniarska

30 **4. Reklama i PR a standardy wolności słowa**

30 4.1 Wstęp

31 4.2 Mowa komercyjna w Stanach Zjednoczonych

32 4.3 Wypowiedź komercyjna w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

36 4.4 Reklama a ustawodawstwo polskie

37 4.5 Podsumowanie

Dorota Głowacka

38 **5. Prawa człowieka a branża technologii informacyjno-komunikacyjnych. Problemy związane z funkcjonowaniem serwisów społecznościowych.**

38 5.1 Wstęp

38 5.2 Portale społecznościowe a prawa człowieka

41	5.3 Sprzymierzeńcy w walce z bezprawnymi treściami w sieci
44	5.4 Prywatni cenzorzy
47	5.5 Podsumowanie

Zuzanna Warso

49	6. Działalność badawczo-rozwojowa w świetle standardów praw człowieka: ochrona praw uczestników badań
49	6.1 Wstęp
49	6.2 Wolność badań naukowych i jej granice
50	6.3 Badania z udziałem człowieka
53	6.4 Badania wykorzystujące dane osobowe
55	6.5 Uwagi końcowe

Dorota Pudzianowska

56	7. Wolność gospodarcza pracodawców a odpowiedzialność za dyskryminację w miejscu pracy
----	---

Małgorzata Szuleka

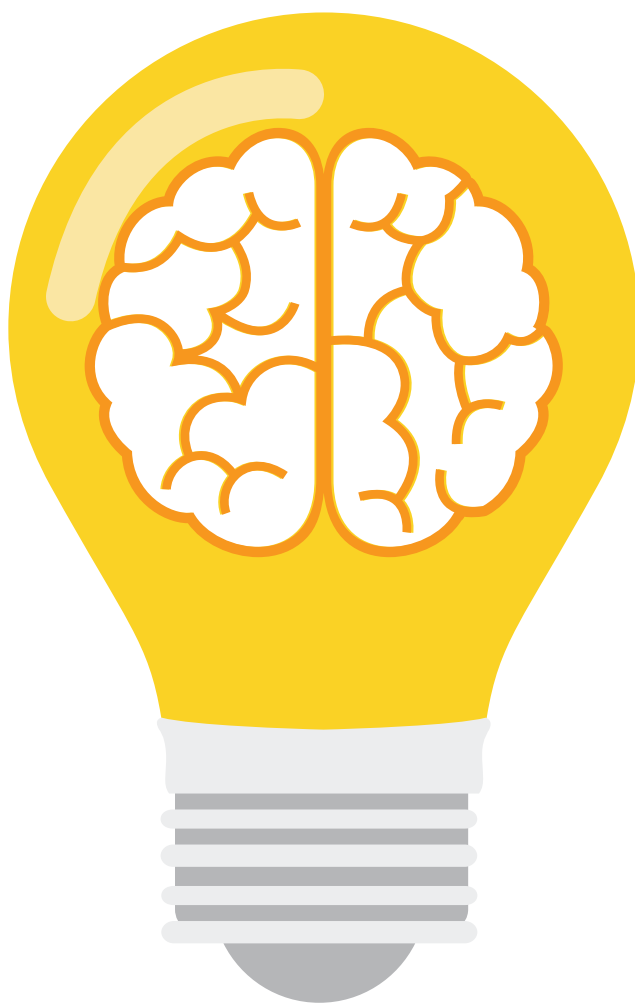
61	8. Bojkot konsumencki jako skuteczne narzędzie ochrony praw człowieka
61	8.1 Wstęp
61	8.2 Zaczęło się (prawdopodobnie) od herbaty
62	8.3 Czym jest bojkot?
63	8.4 Bojkot jako narzędzie ochrony praw człowieka
64	8.4.1 McZniestawienie
65	8.4.2 Gdy to prawo zakazuje bojkotu
67	8.4.3 „Stop nazistowskim gadżetom”
69	8.4.4 Wylewanie piwa jako czyn nieuczciwej konkurencji
69	8.5 Czy bojkot może być skuteczny?
70	8.6 Czy bojkot jest nam potrzebny?

Michał Kopczyński

71	9. Dochodzenie odszkodowań przez ofiary naruszeń praw człowieka dokonanych przez biznes. Perspektywa amerykańska
71	9.1. Wstęp
72	9.2 <i>Alien Tort Statute</i> – amerykański sposób na odpowiedzialność za naruszenia praw człowieka?
75	9.3 Sprawa <i>Kiobel v. Royal Dutch Petroleum</i> – weto amerykańskiego Sądu Najwyższego?
77	9.4 Wnioski

Ireneusz C. Kamiński

78	10. Czy spółki i inne podmioty gospodarcze są podmiotami praw człowieka?
78	10.1 Wstęp
80	10.2 Co prowadzi do naruszenia praw spółki (przedsiębiorstwa)?
81	10.3 Jak trzeba się skarżyć?
81	10.4 Kto nie może się skarżyć
82	10.5 Zakończenie
84	11. Informacje o autorach



Wstęp

Związki między biznesem a prawami człowieka stają się na przestrzeni ostatnich lat coraz bardziej widoczne. Z jednej strony przejawia się to w trwających od kilkunastu lat pracach nad instrumentami prawnymi, które nałożą na podmioty niepaństwowe obowiązek przestrzegania praw człowieka, a jednocześnie umożliwią pociąganie przedsiębiorstw do odpowiedzialności za spowodowane przez nie naruszenia praw człowieka¹; z drugiej zaś strony – w fakcie, że coraz częściej to sam biznes poszukuje w prawach człowieka ochrony przed nadużyciami ze strony władz publicznych. Odwołując się do często przywoływanej w nauce praw człowieka metafory miecza i tarczy, prawa człowieka mogą z jednej strony stanowić tarczę chroniącą przed naruszeniami dokonywanymi przez biznes, z drugiej zaś – miecz stanowiący oręż biznesu w relacji do państwa.

Na przestrzeni ostatnich lat nacisk położony został na rozwój pierwszej ze wskazanych stref, czego wymiernym efektem jest przyjęcie w systemie uniwersalnej ochrony praw człowieka (tj. na forum Organizacji Narodów Zjednoczonych) w 2011 r. *Wytycznych dotyczących biznesu i praw człowieka*². W świetle prawa międzynarodowego nie tworzą one nowych zobowiązań, dokonują jednak interpretacji już istniejących zobowiązań w kontekście styku biznesu i praw człowieka. Przyjęciu wytycznych towarzyszyło uruchomienie tzw. specjalnej procedury Rady Praw Człowieka, tj. powołanie Grupy Roboczej ONZ ds. praw człowieka i korporacji transnarodowych oraz innych przedsiębiorstw biznesowych³. Trzy lata później, 26 czerwca 2014 r., Rada Praw Człowieka przyjęła rezolucję, która pozwoliła na rozpoczęcie prac nad wiążącą umową międzynarodową dotyczącą odpowiedzialności przedsiębiorstw za naruszenia praw człowieka⁴.

Podobnie proces ten wygląda na forum europejskim – Rady Europy – czego wyrazem jest rezolucja Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy nr 1757 (2010) oraz Rekomendacja nr 1936 (2010) zatytułowane *Biznes a prawa człowieka*⁵. Podążając za zaleceniami Zgromadzenia Parlamentarnego, Komitet Ministrów Rady Europy w 2013 r. zlecił Komitetowi Sterującemu Praw Człowieka (dalej: CDDH) opracowanie niewiążącego instrumentu poświęconego prawom człowieka w kontekście biznesu. Efektem prac tego ciała było przyjęcie przez Komitet Ministrów Rady Europy 2 marca 2016 r. rekomendacji skierowanej do państw członkowskich w sprawie praw człowieka i biznesu⁶.

¹ Por. w szczególności następujące inicjatywy: *Wytyczne OECD dla przedsiębiorstw wielonarodowych*, *Inicjatywa Sekretarza Generalnego ONZ Global Compact*; *Trójstronna deklaracja zasad dotyczących przedsiębiorstw wielonarodowych i polityki społecznej Międzynarodowej Organizacji Pracy*.

² Pełna nazwa *Wytyczne dotyczące biznesu i praw człowieka: wdrażanie dokumentu ramowego Organizacji Narodów Zjednoczonych „Chronić, szanować i naprawiać”* zatwierdzone przez Radę Praw Człowieka w rezolucji 17/4 z 16 czerwca 2011 r. znajdują się w aneksie do raportu Specjalnego Sprawozdawcy Sekretarza Generalnego ONZ ds. praw człowieka i korporacji międzynarodowych i innych podmiotów gospodarczych (A/HRC/17/31).

³ Ang. *Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*.

⁴ Rezolucja Rady Praw Człowieka nr A/HRC/26/L.22/Rev.1.

⁵ Parliamentary Assembly Resolution no. 1757 (2010) *Human rights and business*; Parliamentary Assembly Recommendation no. 1936 (2010) *Human rights and business*.

⁶ Recommendation CM/Rec(2016)3 of the Committee of Ministers to member States on human rights and business.

Powyższym działaniom państw, których celem jest zachęcenie biznesu do uwzględnienia w swojej działalności praw człowieka, towarzyszą inicjatywy samego biznesu, który w ramach szeroko rozumianej koncepcji społecznej odpowiedzialności biznesu (dalej: CSR) zobowiązuje się przestrzegać praw człowieka. Działanie takie określa się angielskim terminem *compliance*, dla którego trudno znaleźć polski odpowiednik. Terminem tym należy określić sytuację, w której spółka samodzielnie postanawia zastosować narzędzia, które zweryfikują, czy postępuje zgodnie z określonymi normami⁷. Uzyskane w ten sposób wskaźniki są istotne dla konsumentów, kontrahentów, inwestorów, a czasami również dla pracowników, którzy mogą przedkładać pracę w korporacji społecznie odpowiedzialnej nad pracę w korporacji nastawionej wyłącznie na zysk.

Niektóre z firm idą jeszcze o krok dalej, decydując się na zewnętrzny audyt swoich działań w obszarze praw człowieka. Taki zewnętrzny audyt jest jednym z warunków, by mogły zostać uwzględnione w indeksach giełdowych spółek przestrzegających norm CSR, notowanych na giełdach papierów wartościowych. Uwzględnienie w takim indeksie z jednej strony wpływa na reputację przedsiębiorstwa, co w konsekwencji służy poprawie wyników finansowych korporacji. Z drugiej strony jest to także wskazówka dla masowych akcjonariuszy oraz funduszy inwestycyjnych zainteresowanych wzmacnianiem społecznego charakteru inwestycji.

Rozwój drugiej ze wskazanych wyżej stref relacji biznesu i praw człowieka najlepiej obrazuje orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC), wypracowane na podstawie wiążącej Polskę europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, zwanej zwyczajowo europejską konwencją praw człowieka (dalej: EKPC). Konwencja ta przyjęta i otwarta do podpisu w 1950 r., a więc niedługo po zakończeniu dramatu drugiej wojny światowej, pierwotnie została pomyślana jako narzędzie ochrony jednostki przed państwem. Z czasem jednak ETPC ochronę przygotowaną dla jednostki zaczął rozszerzać na przedsiębiorców, wpływając tym samym pośrednio na funkcjonowanie biznesu, także poprzez kształtowanie otoczenia prawnego rzutującego na efektywność prowadzenia działalności gospodarczej (m.in. w odniesieniu do mechanizmów egzekucji umów cywilnoprawnych oraz prawa do sądu). Szczególnie istotne orzecznictwo dla biznesu zostało wypracowane w związku z zarzutem naruszenia prawa własności (art. 1 Protokołu nr 1) oraz prawa do sądu (art. 6), a także wolności słowa (art. 10), zasady *nullum crimen sine lege* (art. 7 EKPC), prawa do skutecznego środka odwoławczego (art. 13) czy zakazu podwójnego karania za ten sam czyn (art. 4 Protokołu nr 7 do EKPC)⁸.

Teksty zawarte w tej publikacji odnoszą się zarówno do pierwszej, jak i drugiej sfery rozwoju relacji między biznesem a prawami człowieka. Publikację otwiera tekst poświęcony wspomnianym wyżej wytycznym ONZ, które jako najważniejszy obecnie dokument ujmujący zagadnienie odpowiedzialności biznesu za naruszenia praw człowieka zostały szerszej omówione. Wytyczne stanowią także punkt odniesienia dla zawartych w publikacji tekstów dotyczących wybranych problemów

⁷ Por. normy: ISO 26000:2010 oraz Social Accountability 8000.

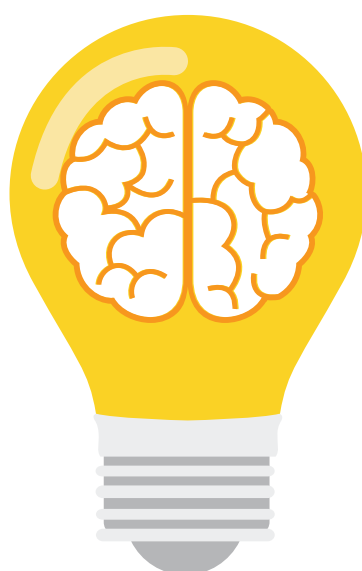
⁸ Por. A. Bodnar, A. Płoszka (red.), *Wpływ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na funkcjonowanie biznesu*, Warszawa 2016.

związanych z przestrzeganiem praw człowieka przez biznes, w sferze ICT, badań naukowych, reklamy i PR czy ochrony sygnalistów. Dwa kolejne teksty opisują możliwości pociągania biznesu do odpowiedzialności za naruszone prawa człowieka – tak odpowiedzialności prawnej (perspektywa amerykańska), jak i społecznej (bojkot) . Wreszcie, ostatni z tekstów dotyczy drugiej ze stref relacji, tj. kiedy biznes szuka ochrony w prawach człowieka.

Projekt, którego podsumowanie stanowi niniejsza publikacja, realizowany był w 2016 r. W jego ramach zostało wygłoszonych 10 wykładów otwartych, których podsumowanie stanowią zawarte w niniejszej publikacji teksty. Z każdego wykładu został nagrany krótki filmik, który jest dostępny na portalu YouTube⁹.

Publikacja ta nie powstałaby bez wsparcia Polskiej Rady Biznesu, która była mecenasem i partnerem tego projektu. Szczególne podziękowania należy złożyć całemu zarządowi Polskiej Rady Biznesu, na czele z Panem Prezesem Jackiem Sz wajcowskim, za otwartość na współpracę z Helsińską Fundacją Praw Człowieka i dostrzeżenie znaczenia związku biznesu i praw człowieka. Nie sposób w tym miejscu nie wspomnieć także o jednym z inicjatorów tego projektu, tj. Rzeczniku Praw Obywatelskich dr. Adamie Bodnarze, który podjął starania dla jego uruchomienia jeszcze jako wiceprezes zarządu Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, a później już jako Rzecznik wsparł go wygłoszeniem jednego z wykładów.

Adam Płoszka



⁹ <https://www.youtube.com/playlist?list=PLhvwPKvmqsvsk4TZbhnf3l2UnnnP9rhXx> (dostęp: 17.12.2016).

MARCIN SZWED

Odpowiedzialność za naruszenia praw człowieka przez biznes

w świetle *Wytycznych ONZ
dotyczących praw człowieka*

Wytyczne ONZ dotyczące biznesu i praw człowieka¹ stanowią obecnie najważniejszy międzynarodowy dokument w zakresie ochrony praw człowieka przed naruszeniami ze strony podmiotów gospodarczych. Pomimo swojego niewiążącego charakteru nie pozostają one jedynie zbiorem deklaracji i nic nie znaczących rekomendacji², lecz mają coraz większe znaczenie praktyczne – w wielu państwach świata podjęto już kroki w celu ich implementacji. Jest to możliwe m.in. dzięki licznym i stosunkowo szczegółowym zawartym w nich zaleceniom, wskazującym państwom, jakie kroki należy podjąć, aby zapewnić prawidłowe wdrożenie standardów. Nadanie Wytycznym praktycznego charakteru było zresztą jednym z najważniejszych celów jej twórców, którego osiągnięciu służyć miały długotrwałe i szerokie konsultacje z różnymi zainteresowanymi podmiotami poprzedzające przyjęcie ostatecznej wersji dokumentu.

1. Prawa człowieka a podmioty gospodarcze

Potrzeba opracowania wytycznych wynikała z oczywistego faktu oddziaływania podmiotów biznesowych na stan poszanowania praw człowieka. Wpływ ten może przejawiać się na wiele różnych sposobów. Po pierwsze, ich działalność może prowadzić do naruszeń praw i wolności osób przez nie zatrudnianych. Naruszenia takie mogą polegać np. na molestowaniu pracowników, dyskryminowaniu ich, nierespektowaniu ich prawa do prywatności, łamaniu podstawowych zasad bezpieczeństwa i higieny pracy, nieprzestrzeganiu przepisów prawa pracy dotyczących czasu pracy i minimalnego wynagrodzenia, korzystaniu z pracy niewolniczej itd. Po drugie, podmioty gospodarcze mogą naruszać prawa innych osób, na które ich działalność ma wpływ, np. poprzez skażenie środowiska naturalnego prowadzące do negatywnych konsekwencji zdrowotnych dla osób mieszkających w pobliżu miejsca ich działalności lub niezgodne z prawem przetwarzanie danych osobowych klientów. Po trzecie, podmioty biznesowe mogą wspierać reżimy autorytarne i totalitarne np. poprzez handel bronią³.

¹ Wytyczne dotyczące biznesu i praw człowieka: wdrażanie dokumentu ramowego ONZ „Chronić, szanować, naprawiać” (oryg. UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework), UN Doc. A/HRC/17/31.

² Zob. np. B. Faracik, *The role of the state in implementing the UN Guiding Principles on Human Rights and Business with special consideration of Poland* [w:] XXXI Polish Yearbook of International Law, Warszawa 2012, s. 367-370.

³ Por. Forum Odpowiedzialnego Biznesu, *Biznes i prawa człowieka: czas na pragmatyzm*, Analiza tematyczna nr 1/2013, s. 1-2, dostępne na: http://odpowiedzialnybiznes.pl/wp-content/uploads/2014/04/analiza-tematyczna_1_2013_prawa_czlowieka1.pdf (dostęp: 1.11.2016).

Mimo to kwestia odpowiedzialności podmiotów biznesowych za naruszenie praw człowieka to bardzo złożony problem prawny. Tradycyjnie prawa człowieka były bowiem postrzegane jako skuteczne tylko w wymiarze wertykalnym, a więc w relacjach między jednostką a państwem. Odpowiedzialność państwa za naruszenie praw człowieka mogłaby zatem wchodzić w grę wówczas, gdyby podmiot gospodarczy był na tyle z nim powiązany, że można byłoby przypisać jego działalność państwu. W takim ujęciu prywatne podmioty gospodarcze mogłyby być co najwyżej ofiarą naruszeń praw człowieka (np. prawa własności czy prawa do sądu), ale same nie byłyby zobowiązane do ich przestrzegania. W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz niemieckiego Federalnego Sądu Konstytucyjnego wypracowano jednak koncepcję pozytywnych obowiązków państwa, która rozszerzyła nieco zakres ochrony praw człowieka poza klasyczne relacje jednostka–państwo⁴. Zakłada ona, że państwa mają obowiązek nie tylko powstrzymywać się od naruszeń praw człowieka, ale i podejmować aktywne działania w celu ochrony tych praw, w tym – przed naruszeniami ze strony prywatnych podmiotów gospodarczych.

2. W kierunku Wytycznych

Nawet przed wejściem w życie Wytycznych państwa były (i wciąż są) zobowiązane do ochrony jednostek przed naruszeniami ich praw przez podmioty gospodarcze⁵. Żaden wiążący dokument prawa międzynarodowego nie określa jednak, jakie konkretnie działania powinny podjąć państwa w celu wywiązania się z tego obowiązku, co sprawia, że w wielu przypadkach odpowiedzialność podmiotów gospodarczych za naruszenia praw jednostek ma charakter iluzoryczny. Z tego względu jeszcze przed przyjęciem Wytycznych w ramach ONZ podejmowane były inicjatywy mające na celu dookreślenie tej kwestii.

Najważniejszą z nich były przyjęte 26 sierpnia 2003 r. *Normy dotyczące obowiązków korporacji międzynarodowych i innych przedsiębiorstw w zakresie praw człowieka*⁶. Normy stanowiły niewiążący dokument opracowany przez podkomisję ds. promocji i ochrony praw człowieka działającą w ramach Komisji Praw Człowieka ONZ⁷. Nakładały one liczne obowiązki z zakresu praw człowieka (np. niedyskryminacja, ochrona środowiska, prawa pracownicze itd.) bezpośrednio na podmioty gospodarcze. Normy zostały przyjęte z aprobatą przez środowiska pozarządowe, ale krytycznie przez same podmioty gospodarcze. Przedsiębiorcy uważali bowiem, że stanowią one próbę przerwania na nich obowiązków państwa⁸.

⁴ Zob. np. M. Florczak-Wątor, *Pozytywne obowiązki państwa w zakresie ochrony praw konwencyjnych jednostki*, „Przegląd Naukowy Disputatio” 2010, t. 11, s. 311-325.

⁵ Zob. np. wyroki ETPC: z 9 grudnia 1994 r. w sprawie *López Ostra przeciwko Hiszpanii* (skarga nr 16798/90) oraz z 16 listopada 2004 r. w sprawie *Moreno Gómez przeciwko Hiszpanii* (skarga nr 4143/02).

⁶ *Prawa ekonomiczne, społeczne i kulturalne: normy dotyczące obowiązków korporacji międzynarodowych i innych przedsiębiorstw w zakresie praw człowieka* (oryg. *Economic, Social and Cultural Rights: Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*), UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/160/08/PDF/G0316008.pdf?OpenElement> (dostęp: 31.10.2016).

⁷ Komisja Praw Człowieka była najważniejszym organem ONZ ds. praw człowieka do 2006 r., kiedy to została zastąpiona Radą Praw Człowieka.

⁸ P. Feeney, *Business and Human Rights: The Struggle for Accountability in the UN and the future direction of the advocacy agenda*, „International Journal on Human Rights” 2009, vol. 6, no 11, pp. 165-166.

W 2005 r. Komisja Praw Człowieka podjęła rezolucję wzywającą Sekretarza Generalnego ONZ do powołania specjalnego sprawozdawcy, który przedstawiłby Komisji raport prezentujący m.in. standardy w zakresie odpowiedzialności międzynarodowych korporacji oraz innych przedsiębiorstw za naruszenia praw człowieka⁹. W odpowiedzi na rezolucję ówczesny Sekretarz Generalny, Koffi Annan, powołał prof. Johna Ruggiego na stanowisko Specjalnego Przedstawiciela Sekretarza Generalnego ONZ ds. praw człowieka i międzynarodowych korporacji oraz innych podmiotów gospodarczych¹⁰.

W toku prac nad powierzonym mu zadaniem Specjalny Sprawozdawca przeprowadził konsultacje z wieloma podmiotami reprezentującymi różne interesy¹¹. Konferencje konsultacyjne odbyły się m.in. w Bangkoku, Bogocie, Buenos Aires, Johannesburgu, Moskwie i New Delhi¹². Efektem jego prac był przedstawiony w 2008 r. Dokument Ramowy¹³. Dokument ten prezentował trzy zasady, na których miały się oprzeć późniejsze wytyczne: (1) obowiązek państwa zapewnienia ochrony przed naruszaniem praw człowieka przez strony trzecie; (2) odpowiedzialność biznesu za poszanowanie praw człowieka oraz (3) potrzeba zapewnienia ofiarom szerszego dostępu do skutecznych środków zaradczych i naprawczych. Rada Praw Człowieka ONZ jednomyślnie zaakceptowała Dokument Ramowy¹⁴, z aprobatą został również przyjęty przez środowiska organizacji pozarządowych oraz organizacje zrzeszające przedsiębiorców¹⁵.

Ostatnią fazą prac Specjalnego Sprawozdawcy było przedstawienie obok standardów prawnych także konkretnych zaleceń dotyczących ich wdrażania. Również prace nad tą częścią wytycznych miały charakter inkluzywny – wysłuchano szereg zainteresowanych podmiotów reprezentujących różne środowiska¹⁶.

Ostatecznie Rada Praw Człowieka przyjęła Wytyczne jednomyślnie w lipcu 2011 r.¹⁷

⁹ Rezolucja Komisji Praw Człowieka ONZ nr 2005/69 z 20 kwietnia 2005 r., <http://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN.4-RES-2005-69.doc> (dostęp: 31.10.2016).

¹⁰ Komunikat prasowy z 28 lipca 2005 r., <http://www.un.org/press/en/2005/sga934.doc.htm> (dostęp: 31 października 2016 r.).

¹¹ Zob. np. B. Faracik, dz. cyt. s. 364.

¹² *The U.N. Guiding Principles On Business and Human Rights: Analysis and Implementation. A report from the Kenan Institute for Ethics Duke University* (2012), s. 5, dostępne na: <https://kenan.ethics.duke.edu/wp-content/uploads/2012/07/UN-Guiding-Principles-on-Business-and-Human-Rights-Analysis-and-Implementation.pdf> (dostęp: 31.10.2016).

¹³ *Chronić, szanować, naprawiać: dokument ramowy dla biznesu i praw człowieka. Raport Johna Ruggiego, Specjalnego Przedstawiciela Sekretarza Generalnego ONZ ds. praw człowieka i międzynarodowych korporacji oraz innych podmiotów gospodarczych* (oryg. *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie*), UN doc. A/HRC/8/5, <https://business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf> (dostęp: 31.10.2016).

¹⁴ Rezolucja Rady Praw Człowieka nr 8/7 z 18 czerwca 2008 r., http://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_8_7.pdf (dostęp: 31.10.2016).

¹⁵ *The UN 'Protect, Respect and Remedy' Framework for Business and Human Rights*, <https://business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-protect-respect-remedy-framework.pdf> (dostęp: 31.10.2016).

¹⁶ Portal Business & Human Rights Resource Centre, <https://business-humanrights.org/en/un-secretary-generals-special-representative-on-business-human-rights/consultations-meetings-workshops> (dostęp: 31.10.2016).

¹⁷ Rezolucja Rady Praw Człowieka z 6 lipca 2011 r., UN doc. A/HRC/RES/17/4, <https://business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/un-human-rights-council-resolution-re-human-rights-transnational-corps-eng-6-jul-2011.pdf> (dostęp: 31.10.2016).

3. Kształt Wytycznych¹⁸

Wytyczne zostały podzielone na trzy części. Pierwsza z nich dotyczy obowiązków państwa w zakresie zapewnienia ochrony praw człowieka, druga – odpowiedzialności przedsiębiorstw za poszanowanie praw człowieka, trzecia zaś – dostępu do środków zaradczych. Każda z tych części dzieli się dodatkowo na zasady podstawowe, które wyrażają obowiązki państw i przedsiębiorców, oraz zasady operacyjne wskazujące, jak owe obowiązki należy realizować w praktyce. Ponadto Wytyczne zostały zaopatrzone w oficjalny komentarz, który wyjaśnia sens i praktyczne znaczenie poszczególnych przepisów.

4. Obowiązki państwa

Jak już wskazano, pierwsza część Wytycznych poświęcona jest obowiązkom państw. Choć same Wytyczne nie precyzują, jak należy rozumieć pojęcie „państwa”, wydaje się, że należy je odnieść nie tylko do rządu i administracji rządowej, ale i do samorządu terytorialnego. Podstawowym obowiązkiem wynikającym z Wytycznych tak rozumianego państwa jest ochrona praw człowieka na jego terytorium przed naruszeniami ze strony podmiotów trzecich, w tym przedsiębiorców. Wytyczne precyzują, że „wymaga to podejmowania odpowiednich kroków w celu zapobiegania takim naruszeniom, ich rozpoznawania, karania oraz zadośćuczynienia za nie”. Ma się to odbywać zarówno poprzez prowadzenie skutecznej polityki, jak i ustawodawstwo oraz praktykę¹⁹.

Państwa zasadniczo nie są odpowiedzialne za naruszanie praw człowieka przez podmioty prywatne, lecz za swoje działania czy zaniechania (np. niepodjęcie działań zmierzających do zapobiegnięcia lub rozliczenia naruszeń). Powinny jednak w sposób jasny sformułować pod adresem wszystkich podmiotów biznesowych prowadzących działalność na ich terenie wymóg poszanowania praw człowieka we wszystkich ich działaniach²⁰. Oznacza to, że państwa powinny oczekiwać od przedsiębiorców przestrzegania praw człowieka także w ich działaniach poza granicami kraju. Wytyczne precyzują, że realizacja tego zalecenia może odbywać się poprzez nałożenie na spółki matki obowiązku składania sprawozdań z działalności globalnej całego przedsiębiorstwa, ustanowienie przepisów umożliwiających ściganie w oparciu o obywatelstwo sprawcy, niezależnie od miejsca popełnienia przestępstwa, czy przyjmowanie wielostronnych międzynarodowych dokumentów typu *soft law*²¹. Przykładem takiego dokumentu są *Wytyczne dla przedsiębiorstw wielonarodowych* przyjęte w ramach OECD²². Stanowią one zbiór niewiążących zaleceń i rekomendacji mających na celu promowanie odpowiedzialnej

¹⁸ Omówienie Wytycznych na podstawie polskiego tłumaczenia sporządzonego przez A. Dzięciel dla Polskiego Instytutu Praw Człowieka i Biznesu, Fundacji im. Friedricha Eberta oraz NSZZ „Solidarność”, Częstochowa 2014; http://www.feswar.org.pl/fes2009/pdf_doc/Wytyczne-ONZ.pdf (dostęp: 1.11.2016).

¹⁹ Wytyczna nr 1.

²⁰ Wytyczna nr 2.

²¹ Komentarz do wytycznej nr 2.

²² Wytyczne stanowią załącznik do przyjętej w 1976 r. Deklaracji w sprawie inwestycji międzynarodowych oraz przedsiębiorstw wielonarodowych. Od momentu uchwalenia były jednak wielokrotnie nowelizowane, po raz ostatni w 2011 r. Aktualna wersja dostępna jest na: <http://www.oecd.org/investment/mne/48004323.pdf> (dostęp: 15.11.2016).

postawy biznesowej wśród wielonarodowych korporacji działających na obszarze państw członkowskich OECD.

W celu realizacji swoich obowiązków w zakresie ochrony praw człowieka przed naruszeniami ze strony prywatnych podmiotów biznesowych państwa powinny egzekwować przepisy dotyczące obowiązków przedsiębiorców (np. prawo pracy, prawo ochrony środowiska, przepisy antykorupcyjne), a także monitorować skuteczność tego rodzaju regulacji i, gdy jest to potrzebne, odpowiednio reagować. Powinny także zagwarantować, aby wszelkie przepisy i mechanizmy prawa korporacyjnego umożliwiały przestrzeganie praw człowieka. Państwa powinny ponadto pomagać przedsiębiorcom w przestrzeganiu praw człowieka np. poprzez dostarczenie im odpowiednich wytycznych, promowanie dobrych praktyk. Istotne jest także zachęcanie, a niekiedy nawet wymaganie, by przedsiębiorstwa informowały o swoim wpływie na prawa człowieka i działaniach podejmowanych w tym zakresie²³.

Wytyczne odnoszą się także do obowiązku poszanowania praw człowieka przez przedsiębiorstwa państwowe lub powiązane z państwem (np. korzystające ze wsparcia lub usług agencji państwowych). Co do zasady bowiem im silniejszy jest związek danego podmiotu z państwem, tym większa jest odpowiedzialność państwa za jego działania. Od podmiotów publicznych państwa powinny więc wymagać zachowania należytej staranności (oryg. *due diligence*) w zakresie przestrzegania praw człowieka²⁴.

Kolejnym wymogiem operacyjnym formułowanym pod adresem państw jest to, aby brały one pod uwagę ochronę praw człowieka przy zawieraniu kontraktów z przedsiębiorstwami świadczącymi usługi mogące oddziaływać na korzystanie z praw człowieka oraz przy prawnym regulowaniu działalności takich przedsiębiorstw²⁵. Ma to znaczenie w szczególności przy prywatyzacji różnego rodzaju usług, które dotychczas były świadczone przez państwo. Przykładem mogą tu być choćby prywatne instytucje opiekuńcze świadczące usługi z zakresu pomocy społecznej²⁶ czy prywatne przedsiębiorstwa zajmujące się utrzymaniem porządku i czystości na danym obszarze. Należy podkreślić, że przez sam fakt prywatyzacji państwa nie uwalniają się od konieczności ochrony praw człowieka. Państwa powinny więc zamieszczać w umowach zawieranych z przedsiębiorstwami jasne oczekiwanie, że będą one w pełni respektować prawa człowieka. Powinny także nadzorować działalność takich firm oraz umożliwić pociągnięcie ich do odpowiedzialności z tytułu naruszenia praw człowieka²⁷.

Wytyczne zalecają także, aby państwa promowały „poszanowanie praw człowieka przez przedsiębiorstwa, z którymi zawierają transakcje handlowe”²⁸. Może to następować np. przez korzystanie z tzw. klauzul społecznych w procesie zamówień publicznych. Państwa powinny mieć na uwadze prawa

²³ Wytyczna nr 3.

²⁴ Wytyczna nr 4.

²⁵ Wytyczna nr 5.

²⁶ Na temat naruszeń praw człowieka, do jakich dochodzi w tego rodzaju instytucjach, zob. np. wystąpienie Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka do Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z 29 kwietnia 2016 r., nr 851/2016/MSZ/PSP, http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2016/05/HFPC_MRPiPS_29042016.pdf (dostęp: 15.11.2016).

²⁷ Komentarz do wytycznej nr 5.

²⁸ Wytyczna nr 7.

człowieka także podczas zawierania umów handlowych z innym państwami lub przedsiębiorstwami zagranicznymi, tak aby kontrakty takie umożliwiały realizację skutecznej polityki ochrony praw człowieka²⁹.

Państwa mają szczególne obowiązki w odniesieniu do przedsiębiorców, którzy prowadzą działalność gospodarczą na terenach objętych konfliktami – państwa muszą zapewnić, by przedsiębiorcy nie uczestniczyli w naruszeniach praw człowieka, do których może na takich terenach dochodzić³⁰.

Państwa powinny też zapewnić odpowiednie szkolenia oraz wsparcie innego rodzaju dla organów administracji wpływających na kształtowanie praktyki biznesowej, tak aby były one świadome obowiązków wynikających ze standardów ochrony praw człowieka³¹.

5. Obowiązki przedsiębiorców

Druga część Wytycznych poświęcona jest odpowiedzialności przedsiębiorców za naruszenia praw człowieka. Obejmuje ona przede wszystkim prawa określone w Międzynarodowej Karcie Praw Człowieka³² oraz zasadach dotyczących praw podstawowych zawartych w Deklaracji Międzynarodowej Organizacji Pracy dotyczącej podstawowych zasad i praw w pracy³³. Przedsiębiorstwa powinny oczywiście rozważyć stosowanie także innych standardów adekwatnych do prowadzonej przez nie działalności³⁴. Przykładowo, jeśli przedsiębiorstwo oddziałuje na sytuację osób z niepełnosprawnością, wskazane będzie stosowanie się przez nie do wymogów płynących z Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych³⁵.

W zakresie swojej odpowiedzialności państwa powinny przede wszystkim unikać powodowania lub przyczyniania się przez swoją działalność do negatywnego wpływu na prawa człowieka oraz podejmować działania naprawcze, gdy do takiego negatywnego wpływu rzeczywiście dojdzie³⁶. Co istotne, obowiązki te dotyczą wszystkich przedsiębiorstw, bez względu na ich wielkość, branżę, kontekst działalności, własność i strukturę³⁷. Czynniki te mogą jednak wpływać na skalę i złożoność środków stosowanych przez przedsiębiorstwa do wywiązania się z obowiązków w zakresie praw człowieka³⁸.

²⁹ Wytyczna nr 9.

³⁰ Wytyczna nr 7.

³¹ Wytyczna nr 8.

³² Międzynarodową Kartę Praw Człowieka tworzą najważniejsze dokumenty ONZ z zakresu praw człowieka, tj.: Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych (MPPOiP), I Protokół dodatkowy do MPPOiP w sprawie zawiadomień indywidualnych, II Protokół dodatkowy do MPPOiP w sprawie kary śmierci oraz Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych.

³³ Wytyczna nr 12; Deklaracja MOP dotycząca podstawowych zasad i praw w pracy (dostępna na: <http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--en/index.htm>) została uchwalona 18 czerwca 1998 r. Do najważniejszych zasad prawa pracy, wiążących wszystkie państwa członkowskie MOP niezależnie od faktu ratyfikacji szczegółowych konwencji MOP, Deklaracja zaliczyła: swobodę zrzeszania się oraz efektywne uznanie prawa rokowań zbiorowych; likwidację wszelkich form pracy przymusowej lub obowiązkowej; skuteczną likwidację pracy dzieci oraz likwidację dyskryminacji w zatrudnieniu i w zakresie wykonywania zawodu.

³⁴ Komentarz do wytycznej nr 12.

³⁵ Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych, sporządzona w Nowym Jorku dnia 13 grudnia 2006 r. (Dz.U. z 2012 r. poz. 1169).

³⁶ Wytyczne nr 11 i nr 13 wraz z komentarzami do nich.

³⁷ Wytyczna nr 14.

³⁸ Tamże.

W celu wywiązania się z obowiązku poszanowania praw człowieka przedsiębiorstwa powinny przyjąć i wdrożyć „politykę oraz procedury odpowiednie do ich wielkości i kontekstu, w jakich funkcjonują”³⁹. W tym zakresie powinny zobowiązać się do poszanowania praw człowieka w deklaracji polityki firmy. Deklaracja taka powinna być zatwierdzona na najwyższym szczeblu przedsiębiorstwa i formułować wymogi w zakresie przestrzegania praw człowieka pod adresem personelu, partnerów biznesowych i innych podmiotów powiązanych z działalnością firmy⁴⁰. Deklaracja taka powinna być publicznie dostępna oraz w odpowiedni sposób zakomunikowana⁴¹. W przypadku działalności o znaczącym ryzyku dla poszanowania praw człowieka należy ją zakomunikować również interesariuszom, którzy mogą być potencjalnie dotknięci działaniami przedsiębiorcy⁴². Deklaracja nie powinna oczywiście pozostawać jedynie „na papierze”, lecz musi stać się realną częścią działań całego przedsiębiorstwa i znajdować odzwierciedlenie w polityce i procedurach operacyjnych⁴³.

Dużą wagę Wytyczne przywiązują do tzw. procesu należytej staranności w zakresie praw człowieka. Proces ten ma na celu zidentyfikowanie zagrożeń dla praw człowieka wynikających z działalności firmy, zapobieganie tym zagrożeniom, łagodzenie ich skutków, a także rozliczenie działania firmy⁴⁴. Dzięki *due dilligence* przedsiębiorstwa będą mogły uniknąć ryzyka wynikającego ze skierowanych przeciwko nim roszczeń prawnych przez wykazanie, że podjęły one wszelkie właściwe kroki w celu zapobieżenia naruszeniom praw człowieka⁴⁵. Nie oznacza to jednak oczywiście, że przeprowadzenie *due dilligence* automatycznie i w pełni zwalnia z odpowiedzialności za spowodowanie lub przyczynienie się do naruszenia praw człowieka⁴⁶.

Zgodnie z definicją zawartą w Wytycznych proces *due dilligence* polega na przeprowadzeniu „analizy rzeczywistego i potencjalnego negatywnego wpływu na prawa człowieka, zapewnienie zintegrowanego uwzględnienia wyników takiej analizy i podjęcie działań na ich podstawie, śledzenie reakcji na te działania oraz komunikowanie informacji na temat tego, jakie działania są podejmowane przez firmę w celu zapobieżenia lub zminimalizowania jej wpływu”⁴⁷. *Due dilligence* powinno obejmować negatywny wpływ na prawa człowieka, które wywołują działania firmy lub do których firma może się przyczynić, jak też i taki, który „można bezpośrednio powiązać z działaniami przedsiębiorstwa, jego produktami lub usługami poprzez jego relacje biznesowe”⁴⁸. Ważne jest, aby *due dilligence* miał charakter ciągły, gdyż działalność firmy ewoluuje, podobnie jak i zmienia się otoczenie, w którym ona funkcjonuje⁴⁹.

³⁹ Wytyczna nr 15.

⁴⁰ Wytyczna nr 16.

⁴¹ Tamże.

⁴² Komentarz do wytycznej nr 16.

⁴³ Wytyczna nr 16.

⁴⁴ Wytyczna nr 17.

⁴⁵ Komentarz do wytycznej nr 17.

⁴⁶ Tamże.

⁴⁷ Wytyczna nr 17.

⁴⁸ Tamże.

⁴⁹ Tamże.

Pierwszym krokiem w ramach procesu *due diligence* powinna być identyfikacja i ocena wszelkiego ryzyka (już istniejącego lub potencjalnego) negatywnego wpływu na prawa człowieka, który może wyniknąć z działań przedsiębiorstwa⁵⁰. Powinno to nastąpić zasadniczo jeszcze przed rozpoczęciem działalności mogącej oddziaływać negatywnie na prawa człowieka⁵¹. W tym zakresie wskazane jest m.in. przeprowadzenie konsultacji z grupami potencjalnie dotkniętymi tego rodzaju negatywnymi skutkami działań firmy⁵².

Wyniki przeprowadzonej w ten sposób analizy przedsiębiorstwa powinny przełożyć się na konkretne działania podejmowane przez przedsiębiorców. „Wszędzie tam, gdzie przedsiębiorstwo wpływa lub może negatywnie wpływać na poszanowanie praw człowieka, powinno się podjąć niezbędne kroki, aby taki wpływ wyeliminować lub mu zapobiec”⁵³. Jeśli sytuacja jest bardziej skomplikowana, gdyż np. przedsiębiorstwo nie powoduje samo w sobie zagrożenia dla praw człowieka, ale stan taki wynika z jego działalności, usług lub transakcji biznesowych, jakie ono utrzymuje, należy wziąć pod uwagę wiele okoliczności (np. czy można zerwać daną relację gospodarczą) i rozważyć je pod kątem proporcjonalności⁵⁴. Jeśli firma nie może zakończyć danej relacji biznesowej, np. dlatego, że jest ona konieczna do jej istnienia, a nie ma wobec niej żadnych alternatyw, to powinna być w stanie wykazać, że podejmuje kroki w celu złagodzenia swojego negatywnego wpływu⁵⁵. Konkretnie działania, jakie powinny zostać podjęte przez przedsiębiorcę, będą jednak zależały od szeregu czynników, np. tego, czy firma sama powoduje zagrożenia, czy się do nich przyczynia, jak też od siły nacisku, jaką przedsiębiorstwo dysponuje względem swoich partnerów biznesowych⁵⁶.

W celu zapewnienia, że problemy związane z negatywnym wpływem na prawa człowieka rzeczywiście są rozwiązywane, przedsiębiorstwa powinny prowadzić monitoring efektywności podejmowanych przez siebie działań. Przedsiębiorstwa mogą tu stosować narzędzia, których już używają do przeprowadzania analiz w innych obszarach działalności, np. umowy o wykonanie zadań i ocena efektywności wyników, kwestionariusze, audyty itp⁵⁷.

Ostatnim etapem *due diligence* jest przedstawienie na zewnątrz skutków działań podjętych przez przedsiębiorstwo w celu zapobiegania naruszeniom praw człowieka (tzw. zasada *know and show*)⁵⁸. Informowanie to może przybierać różne formy, np. spotkań z interesariuszami, konsultacji czy komunikacji on-line⁵⁹. Te przedsiębiorstwa, których działalność wiąże się z ryzykiem szczególnie poważnego wpływu na prawa człowieka, powinny składać formalne sprawozdania ze swoich działań. W procesie

⁵⁰ Wytyczna nr 18 oraz komentarz do niej.

⁵¹ Komentarz do wytycznej nr 18.

⁵² Wytyczna nr 18.

⁵³ Komentarz do wytycznej nr 19.

⁵⁴ Tamże.

⁵⁵ Tamże.

⁵⁶ Tamże.

⁵⁷ Tamże.

⁵⁸ Wytyczna nr 21.

⁵⁹ Komentarz do wytycznej nr 21.

sprawozdawczości przedsiębiorstwa mogą kierować się dokumentem pt. *Ramy sprawozdawczości zgodnej z Wytycznymi ONZ dotyczącymi biznesu i praw człowieka* (oryg. *UN Guiding Principles Reporting Framework*), opracowanym w 2015 r., po przeprowadzeniu licznych konsultacji z różnymi zainteresowanymi środowiskami, w ramach „Inicjatywy na rzecz opracowania ram sprawozdawczości w zakresie praw człowieka i zewnętrznej weryfikacji sprawozdań”⁶⁰.

W razie ustalenia przez przedsiębiorstwo, że spowodowało ono powstanie negatywnych skutków w obszarze praw człowieka lub przyczyniło się do tego, powinno ono podjąć skuteczne działania naprawcze⁶¹. Niekiedy konieczna będzie współpraca w ramach mechanizmów sądowych (np. popełnienie przestępstwa), innym razem zaś wystarczające będzie wykorzystanie mechanizmów wewnętrznych (np. rozpatrywanie skarg)⁶².

Wytyczne podkreślają, że „niezależnie od wszelkich okoliczności przedsiębiorstwa powinny przestrzegać wszystkich obowiązujących przepisów i szanować powszechnie uznane prawa człowieka”⁶³. Ryzyko spowodowania lub przyczynienia się do poważnych naruszeń praw człowieka musi być postrzegane jako kwestia zgodności z prawem, niezależnie od miejsca prowadzenia działalności⁶⁴. Wszędzie tam, gdzie lokalny kontekst uniemożliwia pełne wywiązanie się z obowiązku w zakresie ochrony praw człowieka, przedsiębiorstwa powinny respektować standardy ochrony praw człowieka w największym możliwym stopniu⁶⁵.

6. Środki zaradcze i naprawcze

Ostatnia część Wytycznych dotyczy dostępu do środków zaradczych i naprawczych (*remedies*) dla osób dotkniętych naruszeniami praw człowieka, wynikającymi z działalności podmiotów gospodarczych. Środki te mogą przybierać wiele różnych form – jak np. przeprosiny, restytucja, rehabilitacja, rekompensata finansowa lub niefinansowa, sankcje karne lub administracyjne. Muszą także być możliwe do dochodzenia w ramach procedur sądowych lub mechanizmów pozasądowych⁶⁶.

Podstawowym środkiem ochrony prawnej są oczywiście sprawnie działające procedury sądowe⁶⁷. W tym zakresie państwa powinny dążyć do zapewnienia jak najszerszej ich dostępności poprzez eliminowanie barier praktycznych i prawnych⁶⁸. Bariery prawne mogą powstawać np. gdy przepisy

⁶⁰ Tekst dokumentu w języku polskim dostępny na: http://pihrb.org/wp-content/uploads/2015/09/RAMY_SPRAWOZDAWCZOSCI_zgodne_z_Wytycznymi-ONZ_FINAL.pdf (dostęp: 15.11.2016).

⁶¹ Wytyczna nr 22.

⁶² Komentarz do wytycznej nr 22.

⁶³ Wytyczna nr 23.

⁶⁴ Tamże.

⁶⁵ Komentarz do wytycznej nr 23.

⁶⁶ Komentarz do wytycznej nr 25.

⁶⁷ Komentarz do wytycznej nr 26.

⁶⁸ Wytyczna nr 26.

krajowego prawa karnego i cywilnego ułatwiają firmom uniknięcie odpowiedzialności⁶⁹ lub też gdy poszkodowani przez przedsiębiorstwo nie mogą dochodzić swoich praw ani w kraju, w którym podmiot gospodarczy prowadzi swoją działalność, ani w kraju jego pochodzenia⁷⁰. Bariery praktyczne mogą pojawiać się wówczas, gdy np. koszty wniesienia sprawy są zbyt wysokie, utrudniony jest dostęp do profesjonalnej pomocy prawnej, organom ścigania brakuje środków finansowych i wiedzy do efektywnego zwalczania przestępczości gospodarczej⁷¹. W ramach likwidacji barier w dostępie do środków ochrony prawnej państwa powinny także eliminować i zapobiegać wszelkim formom dyskryminacji, zwłaszcza wobec osób szczególnie narażonych na naruszenia praw człowieka (ang. *vulnerable groups*), takich jak np. osoby z niepełnosprawnością⁷².

Obok mechanizmów sądowych powinny istnieć także skuteczne pozasądowe formy rozpatrywania skarg – sądy nie mogą być bowiem obciążane rozstrzyganiem we wszelkich sprawach, a do tego nie zawsze postępowanie sądowe stanowi najefektywniejszy mechanizm dochodzenia ochrony prawnej⁷³. Mechanizmy pozasądowe mogą obejmować np. mediacje lub zakładać zaangażowanie krajowych mechanizmów ochrony praw człowieka⁷⁴. Państwa powinny też rozważyć ułatwienie dostępu do niepaństwowych mechanizmów rozpoznawania skarg, administrowanych samodzielnie przez przedsiębiorstwa lub wspólnie z interesariuszami, przez stowarzyszenia branżowe lub grupy skupiające wielu interesariuszy⁷⁵.

Istotne jest również stworzenie przez przedsiębiorców efektywnych, wewnętrznych procedur skargowych⁷⁶. Dzięki takim mechanizmom firmy będą w stanie identyfikować obszary, w których negatywnie oddziałują na prawa człowieka (co wzmocni skuteczność procesu *due diligence*), jak też podejmować niezwłoczne działania bez potrzeby uciekania się do postępowań sądowych, co pozwoli im uniknąć nawarstwienia szkód i kosztów ich usunięcia⁷⁷. Tego rodzaju mechanizmy wewnętrzne powinny być oparte na zaangażowaniu i dialogu z interesariuszami⁷⁸.

Wytyczne formułują kilka wymogów pod adresem wszystkich wymienionych powyżej form środków zaradczych i naprawczych, jak np. postulat odpowiedniego umocowania i rzetelności, przejrzystości, przewidywalności czy sprawiedliwości⁷⁹.

⁶⁹ Komentarz do wytycznej nr 26.

⁷⁰ Tamże.

⁷¹ Tamże.

⁷² Tamże.

⁷³ Komentarz do wytycznej nr 27.

⁷⁴ Tamże.

⁷⁵ Wytyczna nr 28 oraz komentarz do niej.

⁷⁶ Wytyczna nr 29.

⁷⁷ Komentarz do wytycznej nr 29.

⁷⁸ Tamże.

⁷⁹ Wytyczna nr 31.

7. Implementacja Wytycznych

Organem czuwającym nad prawidłowością wdrożenia Wytycznych do krajowego porządku prawnego jest powołana w 2011 r.⁸⁰ Grupa Robocza ds. praw człowieka i międzynarodowych korporacji i innych podmiotów gospodarczych. Składa się ona z pięciu niezależnych ekspertów powołanych przez Radę Praw Człowieka ONZ⁸¹. Do jej zadań należy m.in. promowanie skutecznego upowszechniania i wdrażania Wytycznych, identyfikowanie i upowszechnianie dobrych praktyk, wydawanie rekomendacji oraz wspieranie w korzystaniu z Wytycznych w praktyce⁸². Zadaniem Grupy jest także wizytowanie poszczególnych państw-stron ONZ – dotychczas wizytacje takie objęły siedem państw (Mongolię, USA, Ghanę, Azerbejdżan, Brazylię, Meksyk, Koreę Południową)⁸³. Po każdej wizycie Grupa przedstawia raport, w którym omawia zidentyfikowane w danym kraju problemy oraz sformułowane pod jego adresem zalecenia⁸⁴.

Grupa Robocza zachęca także państwa do opracowania Krajowych Planów Działania na rzecz wdrażania Wytycznych⁸⁵ (dalej: Plan). Aby ułatwić państwom to zadanie, Grupa opracowała w 2014 r. specjalny poradnik dotyczący tworzenia i zawartości tego rodzaju planów⁸⁶. Wskazuje w nim, że aby Plan był skuteczny, powinny zostać spełnione cztery warunki: musi on być oparty na Wytycznych, uwzględniać specyfikę kraju, przede wszystkim aktualne i potencjalne zagrożenia dla praw człowieka wynikające z działalności gospodarczej, być opracowany w inkluzywnym i transparentnym procesie oraz podlegać regularnemu monitoringowi i aktualizacji⁸⁷. Poradnik szczegółowo omawia także, jak krok po kroku powinny wyglądać prace nad Planem⁸⁸. W Planie takim państwa powinny w pierwszej kolejności przedstawić zidentyfikowane wyzwania dla praw człowieka w kontekście działalności biznesowej, a następnie omówić sposób, w jaki organy krajowe radzą sobie z tymi problemami oraz jakie działania rząd zamierza podjąć w przyszłości, określając przy tym cel takich działań, kroki niezbędne do ich realizacji, organy odpowiedzialne za ich wdrożenie, ramy czasowe itd.⁸⁹. Powinny także przedstawić sposób monitorowania wdrażania Krajowego Planu Działania oraz określić termin kolejnej aktualizacji Planu⁹⁰.

⁸⁰ Rezolucja Rady Praw Człowieka z 6 lipca 2011 r., UN doc. A/HRC/RES/17/4, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/71/PDF/G1114471.pdf?OpenElement> (dostęp: 1.11.2016).

⁸¹ Aktualny skład osobowy Grupy dostępny na: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/WGHRandtransnationalcorporationsandotherbusiness.aspx> (dostęp: 1.11.2016).

⁸² Zadania Grupy określone zostały w rezolucji, o której mowa w przyp. 80.

⁸³ <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/WGCountryVisits.aspx> (dostęp: 1.11.2016).

⁸⁴ Na temat wizytacji i ich przebiegu zob. np. M. K. Addo, *The Reality of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights*, „Human Rights Law Review” 2014, vol. 14, no 1, p. 138-141.

⁸⁵ <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx> (dostęp: 1.11.2016).

⁸⁶ Grupa Robocza ds. praw człowieka i międzynarodowych korporacji i innych podmiotów gospodarczych, *Poradnik w sprawie Krajowych Planów Działania na rzecz biznesu i praw człowieka* (oryg. *Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights*), http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG_NAPGuidance.pdf (dostęp: 1.11.2016).

⁸⁷ Tamże, s. i [sic].

⁸⁸ Tamże, s. 5-11.

⁸⁹ Tamże, s. 11-12.

⁹⁰ Tamże, s. 12.

Dotychczas jedynie 10 państw opracowało Krajowe Plany Działania. W 19 pozostałych trwają prace nad ich uchwaleniem⁹¹. Co ciekawe, w lipcu 2015 r. Komisja Europejska opublikowała dokument, w którym przedstawia stan implementacji Wytycznych na szczeblu prawa unijnego, stanowiący tak naprawdę Unijny Plan Działania⁹².

W Polsce nie przyjęto jak do tej pory Krajowego Planu Działania mimo usilnych apeli organizacji pozarządowych. Działania na rzecz wdrożenia Wytycznych podejmuje przede wszystkim Koalicja CSR Watch, zrzeszająca kilkanaście organizacji pozarządowych, których prace koordynuje Polski Instytut Praw Człowieka i Biznesu⁹³. Działania na rzecz promocji CSR oraz Wytycznych podejmuje także organizacja Forum Odpowiedzialnego Biznesu⁹⁴. Na konieczność wdrożenia omawianego dokumentu wskazywała również Helsińska Fundacja Praw Człowieka⁹⁵ oraz Rzecznik Praw Obywatelskich⁹⁶.

Nie należy przy tym zapominać, że do skutecznej implementacji Wytycznych potrzebne są nie tylko działania państw, ale i podmiotów gospodarczych. W tym zakresie warto wskazać, że wiele międzynarodowych korporacji przyjmuje różnego rodzaju zasady polityki w kwestii praw człowieka⁹⁷ czy kodeksy etyczne⁹⁸, w których zobowiązują się do poszanowania praw człowieka we wszystkich swoich działaniach. Niektóre firmy decydują się także na uchwalenie kodeksów etycznych dostawców, formułujących wymogi pod adresem swoich kontrahentów⁹⁹. Coraz większą rolę odgrywają także doradcy ds. *compliance* (*compliance officers*), których zadaniem jest czuwanie nad zgodnością działań firmy z prawem oraz zasadami etycznymi, mierzenie ryzyka wystąpienia naruszenia prawa i podejmowanie działań zaradczych¹⁰⁰.

⁹¹ <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx> (dostęp: 1.11.2016); zob. też: D. De Felice, A. Graf, *The Potential of National Action Plans to Implement Human Rights Norms: An Early Assessment with Respect to the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, „Journal of Human Rights Practice” 2015, vol. 7, no 1, p. 40-71.

⁹² Commission Staff Working Document on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights – State of Play, SWD(2015) 144 final, 14.07.2015, https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/swd_2015_144_f1_staff_working_paper_en_v2_p1_818385.pdf (dostęp: 1.11.2016).

⁹³ <http://pihrb.org/koalicja/> (dostęp: 1.11.2016).

⁹⁴ <http://odpowiedzialnybiznes.pl/> (dostęp: 1.11.2016).

⁹⁵ A. Bodnar, A. Płoszka, *O potrzebie wdrożenia wytycznych ONZ ds. biznesu i praw człowieka* [w:] „Prawo Europejskie w Praktyce” nr 5/2015, s. 19-22.

⁹⁶ Przykładowo, 10 grudnia 2015 r. RPO wraz z siecią Global Compact w Polsce zorganizowali konferencję pt. „Biznes i prawa człowieka. Implementacja Wytycznych ONZ ds. biznesu i praw człowieka”, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/konferencja-%E2%80%99Ebiznes-i-prawa-czlowieka%E2%80%99D> (dostęp: 1.11.2016).

⁹⁷ Zob. np. *Human Rights Policy* Coca-Coli, <http://www.coca-colacompany.com/content/dam/journey/us/en/private/fileassets/pdf/2014/11/human-rights-policy-pdf-english.pdf> (dostęp: 1.11.2016); *Human Rights Policy* firmy Unilever, https://www.unilever.com/Images/polish_human-rights-policy_tcm244-438234_1_en.pdf (dostęp: 1.11.2016).

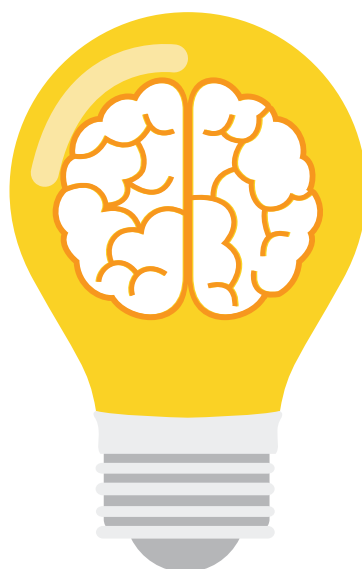
⁹⁸ Zob. np. *Globalny Kodeks Etyczny* firmy Kellogg, <https://www.kelloggcompany.com/content/dam/kelloggcompanyus/PDF/KGlobalCodeofEthics.pdf> (dostęp: 1.11.2016).

⁹⁹ Zob. np. *Kodeks Dostawcy* firmy Nestle, <https://www.nestle.com/asset-library/documents/library/documents/suppliers/supplier-code-english.pdf> (dostęp: 1.11.2016).

¹⁰⁰ Zob. Forum Odpowiedzialnego Biznesu, *Etyka i compliance w organizacji. Przegląd Zagadnień*, opracowanie dostępne na: http://odpowiedzialnybiznes.pl/wp-content/uploads/2015/04/FOB_Broszura_Etyka-i-Compliance_2015.pdf (dostęp: 1.11.2016).

8. Podsumowanie

Wytyczne ONZ dotyczące biznesu i praw człowieka należy postrzegać jako bardzo ważny i użyteczny dokument, wypełniający tę lukę w międzynarodowym systemie ochrony praw człowieka, jaką z pewnością jest kwestia odpowiedzialności podmiotów gospodarczych za naruszenia praw człowieka. Cechują się one nastawieniem na praktykę i skuteczność, dzięki czemu można mieć nadzieję, że nie pozostaną jedynie zbiorem pustych deklaracji. Należy więc wyrazić oczekiwanie, że polskie władze pójdą śladem krajów takich jak Włochy, Dania, Hiszpania czy Litwa i opracują dokładny plan wdrażania Wytycznych w prawie i praktyce krajowej¹⁰¹.



¹⁰¹ Na temat postulowanego przebiegu wdrażania przez Polskę Wytycznych zob. np. B. Faracik, *Krajowy Plan Wdrażania Wytycznych ONZ ds. Biznesu i Praw Człowieka – rekomendacje* [w:] *Biznes a Prawa Człowieka, The Global Compact Network Poland*, 2015, s. 46-51.

JOANNA SMĘTEK

Ochrona sygnalistów¹ (*whistleblowers*)

ujawniających nadużycia w biznesie

1. Wstęp

Termin „sygnalista” nie jest w Polsce zbyt dobrze znany. Może być tak dlatego, że nie doczekaliśmy się jeszcze w Polsce medialnych historii na taką skalę jak te sprowokowane przez znanych amerykańskich demaskatorów Chelsea Manning czy Edwarda Snowdena. Pierwsza ujawniła portalowi WikiLeaks zapisy wojenne z Afganistanu i Iraku, zaś drugi przekazał dokumentalistce Laurze Poitras i dziennikarzowi Glennowi Greenwaldowi tajne dane ukazujące ogrom inwigilacji prowadzonej przez jedną z amerykańskich służb specjalnych – National Security Agency (NSA)².

Z braku głośnych medialnych doniesień może wynikać drugi z powodów, dla których termin „sygnalista” będzie dla wielu w Polsce nowy. Nie ma bowiem w naszym systemie prawnym kompleksowego uregulowania zagadnień związanych z działalnością sygnalistów, w szczególności norm gwarantujących im ochronę przed odwetem ze strony pracodawców. Choć pojawiają się elementy ochrony sektorowej, np. w prawie bankowym³, to jednak trudno je uznać za rozwiązanie optymalne.

Choć medialne sensacje mogą stanowić impuls do podjęcia działań legislacyjnych, ich brak sam w sobie nie może stanowić powodu, żeby zaniechać regulacji. O tym, że państwa powinny, a nawet mają obowiązek, podjąć inicjatywy w zakresie ochrony prawnej sygnalistów, mówią instrumenty prawa międzynarodowego wypracowane przez Radę Europy⁴ czy Organizację Narodów Zjednoczonych⁵. Część z tych instrumentów ma na razie charakter prawa miękkiego (tzw. *soft law*)⁶, co jednak nie może

¹ Autorka artykułu pragnie serdecznie podziękować autorom podręcznika Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka *Wiem i powiem. Ochrona sygnalistów i dziennikarskich źródeł informacji* – Adamowi Płoszce, Dorocie Głowackiej oraz Marcinowi Szczanieckiemu. Przygotowany przez nich podręcznik stanowił punkt wyjścia dla prezentacji przygotowanej w ramach cyklu wykładów „Biznes a prawa człowieka. Współczesny stan dyskusji” oraz dla niniejszego artykułu. Podręcznik jest dostępny na stronie: http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2016/04/Wiem_i_powiem.pdf (dostęp: 12.12.2016).

² Historię ujawnienia przez Edwarda Snowdena inwigilacji prowadzonej przez NSA ze swojej perspektywy Glenn Greenwald opowiedział w książce *Snowden. Nigdzie się nie ukryjesz*. Laura Poitras z kolei nakręciła cieszący się uznaniem krytyków film dokumentalny na ten temat pt. *Citizenfour*. W 2016 r. historia Edwarda Snowdena doczekała się też adaptacji w postaci filmu fabularnego Olivera Stona zatytułowanego po prostu *Snowden*.

³ Zob. art. 9 Prawa bankowego.

⁴ Zob. np. Prawnokarna konwencja o korupcji sporządzona w Strasburgu dnia 27 stycznia 1999 r. (art. 22) oraz Cywilnoprawna konwencja o korupcji sporządzona w Strasburgu dnia 4 listopada 1999 r. (art. 9). Zob. szerzej, A. Płoszka, *Ochrona demaskatorów (whistleblowers) w orzecznictwie ETPCz*, „Europejski Przegląd Sądowy”, kwiecień 2014, tekst dostępny na stronie: <http://bit.ly/2hoDiQo> (dostęp: 9.12.2016).

⁵ Zob. np. Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 31 października 2003 r. (art. 33).

⁶ Zob. np. Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie Kodeksu postępowania funkcjonariuszy publicznych z 11 maja 2000 r., Rec(2000)10; Rezolucja Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z 29 kwietnia 2010 r. o ochronie sygnalistów, Resolution 1729 (2010); Rekomendacja Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z 29 kwietnia 2010 r. o ochronie sygnalistów, Recommendation 1916 (2010).

umniejszać ich znaczenia. Obowiązek państwa w zakresie ochrony sygnalistów można także wywieść z *Wytycznych ONZ dotyczących biznesu i praw człowieka* (dalej: *Wytyczne*), będących osnową cyklu wykładów Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka i Polskiej Rady Biznesu prowadzonego w 2016 r.

W następnych częściach artykułu postaram się pokrótce wyjaśnić, kto to jest sygnalista, na jakie niebezpieczeństwa jest narażony oraz kiedy powinien oczekiwać ochrony. Odpowiadając na to ostatnie pytanie, odniosę się w szczególności do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC). Wreszcie omówię obowiązki państwa i biznesu w zakresie ochrony sygnalistów, jakie wynikają z wybranych instrumentów prawa międzynarodowego, w tym wspomnianych wyżej *Wytycznych*.

2. Definicja pojęcia sygnalista

Zgodnie z definicją zawartą w załączniku do rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy dotyczącej ochrony sygnalistów sygnalistą jest osoba, która ujawnia informacje na temat kwestii zagrażających interesowi publicznemu w kontekście stosunków pracowniczych zarówno w sektorze prywatnym, jak i publicznym⁷. Jako że w powszechnej świadomości funkcjonują głównie historie sygnalistów ujawniających informacje na zewnątrz (np. do mediów), warto podkreślić, że pojęcie to obejmuje także osoby, które zgłaszają nieprawidłowości w ramach systemów wewnętrznych konkretnych organizacji⁸.

Działanie sygnalisty należy postrzegać – ze wszystkimi tego konsekwencjami, o czym będzie jeszcze mowa później – jako wykonywanie przynależnej jednostkom wolności słowa oraz prawa do informacji. Kwestie wolności słowa i prawa do informacji reguluje prawo międzynarodowe oraz krajowe. Powszechna Deklaracja Praw Człowieka stanowi, że „każdy człowiek ma prawo wolności opinii i wyrażania jej; prawo to obejmuje swobodę posiadania niezależnej opinii, poszukiwania, otrzymywania i rozpowszechniania informacji i poglądów wszelkimi środkami, bez względu na granice”⁹. W Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych wolność słowa jest gwarantowana w art. 19¹⁰. O wolności słowa mówi również art. 10 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: EKPC)¹¹. Na poziomie krajowym kwestię wolności słowa reguluje art. 54 Konstytucji RP, który w ust. 1 stanowi, że „każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji”.

⁷ Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy CM/Rec (2014) 7 dotycząca ochrony sygnalistów z dnia 30 kwietnia 2014 r., dostępne na: [www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec\(2014\)7E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2014)7E.pdf) (dostęp: 8.12.2016). Por. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and the protection of the right to freedom of opinion and expression*, 08.09.2015, A/70/361, § 28, www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/361 (dostęp: 13.12.2016).

⁸ Tamże, s. 7.

⁹ Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, dostępne na: <http://bit.ly/1IpBVFF> (dostęp: 9.12.2016).

¹⁰ Dz.U. 1977 nr 38 poz. 167, Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r., dostępne na: <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19770380167> (dostęp: 9.12.2016).

¹¹ Dz.U. z dnia 10 lipca 1993 r., Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2.

Należy jednak pamiętać, że z wyjątkiem wolności od tortur i niewolnictwa inne prawa i wolności człowieka podlegają pewnym ograniczeniom. Prawo międzynarodowe i prawo polskie określają warunki, jakie ograniczenia te powinny spełniać. Zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP „ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”. Podobne kryteria – dotyczące wymogu ustawowego ograniczenia, uzasadnionego celu oraz proporcjonalności – ustanawia dla ograniczeń wolności słowa i prawa do informacji EKPC w art. 10 ust. 3. Wszystkie te elementy bada ETPC, rozpatrując skargi jednostek.

3. Ograniczenia wolności słowa

Na gruncie prawa polskiego ograniczenia wolności słowa na poziomie ustawowym można znaleźć m.in. w przepisach prawa cywilnego, karnego i prawa pracy. Jeśli chodzi o prawo cywilne, takim ograniczeniem będą np. przepisy dotyczące ochrony dóbr osobistych zawarte w art. 23 i art. 24 Kodeksu cywilnego. W świetle tych przepisów naruszenie godności, dobrego imienia czy innego dobra osobistego jednostki przez inną jednostkę rodzi odpowiedzialność cywilną. Na podstawie art. 24 osoba, której dobro osobiste zostało narażone lub naruszone, może żądać np. zaniechania działania, usunięcia skutków naruszenia lub zadośćuczynienia pieniężnego itd.

Ograniczenie wolności słowa stanowią także przepisy prawa karnego ustanawiające przestępstwa takie jak: ujawnienie informacji niejawnych, obraza uczuć religijnych, znieważenie czy zniesławienie. Szczególnie istotne w kontekście sygnalistów jest przestępstwo zniesławienia regulowane w art. 212 Kodeksu karnego, polegające na pomawianiu osoby i innych podmiotów o takie postępowanie lub właściwości, które mogą poniżyć ją w opinii publicznej lub narazić na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska, zawodu lub rodzaju działalności¹². Jeżeli sprawca dopuszcza się tego czynu za pomocą środków masowego komunikowania, może nawet podlegać karze pozbawienia wolności do roku. Jest to więc bardzo poważne ograniczenie swobody wypowiedzi.

Na gruncie prawa pracy z kolei limitacją wolności słowa pracownika będzie np. obowiązek zachowania lojalności wobec pracodawcy. Zgodnie z art. 100 § 2 pkt 4 Kodeksu pracy pracownik jest obowiązany „dbać o dobro zakładu pracy, chronić jego mienie oraz zachować w tajemnicy informacje, których ujawnienie mogłoby narazić pracodawcę na szkodę”. Niezachowanie takiej lojalności przez pracownika może doprowadzić nawet do zwolnienia dyscyplinarnego. Jak wskazują niedawne badania, ochrona pracownika sygnalisty na gruncie polskiego prawa pracy jest bardzo trudna¹³.

¹² Zob. szerzej, D. Sześciło, *Paragraf 212. Karanie dziennikarzy za zniesławienie w polskiej praktyce*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2009; D. Głowacka, *Praktyczny przewodnik po art. 212 k.k.*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2012, www.obserwatorium.org/images/PRZEWODNIK%20WWW.pdf (dostęp: 12.12.2016).

¹³ Zob. Przypis na następnej stronie.

4. Kryteria ochrony wypowiedzi sygnalisty

Ujawniając informacje z jakichś powodów pozostające poza zasięgiem opinii publicznej, sygnalista powoduje aktualizację wyżej opisanych zagrożeń. Innymi słowy, demaskator ryzykuje przekroczeniem nałożonego przez polskie prawo ograniczenia. Ocena jego działania, w tym przeprowadzenie opisanego wyżej testu legalności, celowości i proporcjonalności samego ograniczenia w konkretnym przypadku należy do sądów. Taki test przeprowadził na gruncie kilku spraw Europejski Trybunał Praw Człowieka¹⁴. W swoich orzeczeniach sformułował katalog okoliczności, które wskazują, że wypowiedź sygnalisty należy chronić. Są to wskazówki nie tylko dla sędziów, którzy mogą w przyszłości stanąć w obliczu konieczności rozstrzygania podobnych spraw, ale także państw, które mogą na ich podstawie budować system ochrony sygnalistów.

Z punktu widzenia sygnalistów największe znaczenie ma wyrok ETPC w sprawie *Guja p. Mołdawii*¹⁵. Skarga została wniesiona przez I. Guję, który podniósł w niej naruszenie prawa do wolności słowa, w szczególności prawa do informacji.

I. Guja był prokuratorem odpowiedzialnym za departament komunikacji w Prokuraturze Generalnej. Został zwolniony z pracy za przekazanie prasie kopii dwóch listów przesłanych do Prokuratora Generalnego przez wysokiej rangi polityków, marszałka sejmu i wiceministra spraw wewnętrznych. Listy były napisane na oficjalnym papierze i nie miały oznaczeń ograniczających ich udostępnianie. Wskazywały za to, że politycy próbowali wpływać na przebieg postępowania karnego toczącego się w owym czasie przeciwko czterem funkcjonariuszom policji. Postępowanie zostało ostatecznie umorzone. W prasie ukazały się artykuły dotyczące listów i prób wpływania na wynik śledztwa.

W reakcji na zwolnienie I. Guja złożył pozew o przywrócenie do pracy. Sąd pierwszej instancji nie przyznał mu racji, a Sąd Najwyższy w wyroku stwierdził, że „pozyskiwanie informacji poprzez nadużycie pozycji nie jest elementem wolności słowa”¹⁶. Próby zainicjowania postępowania karnego przeciwko politykom podejmowane przez gazetę, która opublikowała artykuł, też nie przyniosły skutków.

ETPC uznał, że sprawa dotyczy art. 10 EKPC, a zwolnienie z pracy potraktował w tym przypadku jako „ingerencję władzy publicznej” (*interference by public authority*). Następnie ETPC przeszedł do analizy, czy taka ingerencja była przewidziana prawem (*prescribed by law*), czy cel był uzasadniony (*pursued legitimate aim*) oraz czy była „niezbędna w demokratycznym społeczeństwie” (*necessary in a democratic society*).

¹³ Patrz A. Wojciechowska-Nowak, *Ochrona prawna sygnalistów w doświadczeniu sędziów sądów pracy. Raport z badań*, Fundacja im. Stefana Batorego, Warszawa 2011, dostępne na: www.batory.org.pl/doc/Sygnalisci_raport_20110415.pdf (dostęp: 9.12.2016).

¹⁴ Wyrok ETPC z 12 lutego 2008 r. w sprawie *Guja p. Mołdawii*, skarga nr 14277/04; Wyrok ETPC z 21 lipca 2011 r. w sprawie *Heinisch p. Niemcom*, skarga nr 28274/08; Wyrok ETPC z 8 stycznia 2013 r. w sprawie *Bucur i Toma p. Rumunii*, skarga nr 40238/02; zob. szerszej, A. Płoszka, *Ochrona demaskatorów...*, dz. cyt.

¹⁵ Wyrok ETPC z 12 lutego 2008 r. w sprawie *Guja p. Mołdawii*, skarga nr 14277/04.

¹⁶ Tamże, § 25.

Jednocześnie ETPC zauważył, że jest to pierwsza sprawa dotycząca urzędnika służby cywilnej ujawniającego informacje wewnętrzne¹⁷. Zdaniem Trybunału urzędnik służby cywilnej może uzyskać w trakcie wykonywania obowiązków informacje, których ujawnienie jest w interesie publicznym. W związku z tym ETPC przyznał, że „ujawnienie przez urzędnika służby cywilnej lub pracownika w sektorze publicznym nielegalnego lub nagannego postępowania w miejscu pracy powinno, w pewnych okolicznościach, podlegać ochronie. Taka potrzeba może zaistnieć, gdy urzędnik służby cywilnej jest jedyną osobą lub częścią nielicznej grupy osób świadomych tego, co się dzieje w miejscu pracy, i w związku z tym jest w najlepszej pozycji, żeby podjąć działanie w interesie publicznym poprzez poinformowanie pracodawcy lub opinii publicznej”¹⁸.

Jakie zatem okoliczności zdaniem ETPC należy wziąć pod uwagę, oceniając, czy sygnaliście należy się ochrona? ETPC sformułował katalog sześciu okoliczności. Po pierwsze, informacja powinna najpierw zostać ujawniona bezpośredniemu przełożonemu lub kompetentnemu organowi. Od warunku tego można odstąpić tylko, gdy droga wewnętrzna byłaby oczywiście niepraktyczna (*clearly impractical*). Po drugie, ujawnienie musi nastąpić w interesie publicznym. Po trzecie, ważna jest autentyczność ujawnianych informacji. Nie jest przy tym konieczne, żeby informacja rzeczywiście była prawdziwa, ale żeby sygnalista dokonał weryfikacji jej prawdziwości w najszerszym możliwym stopniu, tj. żeby miał uzasadnione podstawy (*reasonable grounds*), by przypuszczać, że jest prawdziwa¹⁹. Po czwarte, sąd musi zbadać, czy korzyść wynikająca z ujawnienia przewyższa szkody, jakie ujawnienie może wywołać. Po piąte, motywacja demaskatora też jest istotna przy określaniu poziomu ochrony danej wypowiedzi (ujawnienia). Na mniejszą ochronę, w ocenie ETPC, zasługują ujawnienia motywowane osobistymi urazami lub chęcią osiągnięcia zysku. Wreszcie przy ocenie proporcjonalności ograniczenia w relacji do jego celu należy dokonać analizy surowości nałożonej na sygnalistę sankcji²⁰.

W sprawie *Guja p. Mołdawii* ETPC przeprowadził trzyczęściowy test oraz zbadał wszystkie wymienione wyżej okoliczności. O ile ETPC uznał, że ingerencja miała źródło w ustawie, a jej cel był uzasadniony, to jednak nie przypisał jej waloru niezbędności w demokratycznym społeczeństwie. Dalego stwierdził naruszenie art. 10 EKPC. Przyjęte przez ETPC kryteria stanowiły podstawę wytycznych formułowanych przez inne instytucje Rady Europy dotyczące ochrony sygnalistów, o których będzie jeszcze mowa później.

¹⁷ Tamże, § 72.

¹⁸ Tamże.

¹⁹ Zob. także Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy CM/Rec (2014) 7 dotycząca ochrony sygnalistów z 30 kwietnia 2014 r., § 53 iii.

²⁰ Wyrok ETPC z 12 lutego 2008 r. w sprawie *Guja p. Mołdawii*, skarga nr 14277/04, § 73-78.

5. Wytyczne ONZ a sygnaliści – obowiązki państwa i biznesu

Jako że problem sygnalizacji leży na styku sektora publicznego i prywatnego, co ujawniło się m.in. w sprawie *Heinrich p. Niemcom*²¹, niebezpieczne będzie odwołanie się w tym kontekście do Wytycznych ONZ dotyczących biznesu i praw człowieka. Sedno Wytycznych zawiera się w ich hasle: „chronić, szanować, naprawiać” (*protect, respect, remedy*). Tak oto państwa mają chronić prawa i wolności człowieka. Od przedsiębiorstw wymaga się zaś przestrzegania obowiązującego prawa i poszanowania praw i wolności. Wreszcie niezbędne jest „zapewnienie odpowiednich i skutecznych środków zaradczych i naprawczych na wypadek naruszenia praw i obowiązków”²².

Jednocześnie w zasadach ogólnych Wytycznych podkreślono, że żadna ich część „nie powinna być odczytywana jako tworzenie nowych zobowiązań w świetle prawa międzynarodowego ani też jako ograniczenie lub podważanie jakichkolwiek zobowiązań prawnych w zakresie praw człowieka, jakie państwo podjęło lub jakim podlega z mocy prawa międzynarodowego”²³. Dokument ten należy jednak czytać w połączeniu z tymi zobowiązaniami.

Zgodnie z Wytycznymi obowiązek ochrony praw i wolności rozciąga się na ochronę przed naruszeniami ze strony podmiotów prywatnych. Państwa nie odpowiadają za naruszenia dokonane przez te podmioty, lecz mogą same złamać swoje zobowiązania poprzez niepodjęcie odpowiednich działań. Obowiązek ochrony przed naruszeniami rozciąga się na wszystkie stadia działania, tzn. zapobieganie, rozpoznawanie, karanie i zadośćuczynienie. Realizacja tego obowiązku powinna przebiegać wielopłaszczyznowo i dotyczyć tak polityk, jak i ram prawnych oraz orzecznictwa.

W kontekście sygnalistów, czyli osób korzystających z wolności słowa i realizujących swoje prawo do informacji, oznacza to, że państwa muszą stworzyć system zapewniający odpowiedni do okoliczności poziom ochrony przed naruszeniami, w tym ze strony biznesu. Ochrona sygnalistów powinna uwzględniać zapobieganie, rozpoznawanie i karanie naruszeń oraz oferowanie zadośćuczynienia ofiarom. Państwa powinny podejmować wszechstronne działania. Można sobie zatem wyobrazić, że państwa dobrze wywiązujące się z tych obowiązków, przyjmą np. polityki lub programy walki z korupcją uwzględniające problematykę sygnalistów, zachęcające podmioty prywatne do samoregulacji oraz zawierające wytyczne w tym zakresie; że podejmą działania w celu zagwarantowania ustawowej ochrony sygnalistów; że będą podejmowały działania edukacyjne, np. organizowały szkolenia dla sędziów i prokuratorów z zakresu wolności słowa i prawa do informacji itp.

Wybór konkretnych działań zmierzających do zagwarantowania ochrony sygnalistów należy oczywiście do państw. Ochrona sygnalistów może przyjąć różne formy. Wśród funkcjonujących w różnych krajach

²¹ Wyrok ETPC z 21 lipca 2011 r. w sprawie *Heinrich p. Niemcom*, skarga nr 28274/08.

²² Wytyczne ONZ dotyczące biznesu i praw człowieka. Wdrażanie dokumentu ramowego Organizacji Narodów Zjednoczonych „Chronić, szanować, naprawiać”, Polski Instytut Praw Człowieka i Biznesu, Częstochowa 2014, s. 16, dostępne na: www.feswar.org.pl/fes2009/pdf_doc/Wytyczne-ONZ.pdf (dostęp: 9.12.2016).

²³ Tamże.

rozwiązań na poziomie ustawowym można wyróżnić dwa główne modele – ochrony sektorowej (np. w prawie bankowym czy ustawach dotyczących papierów wartościowych) i ochrony całościowej²⁴. Istnieją natomiast pewne rekomendacje dotyczące podstawowych elementów legislacji chroniącej sygnalistów, które zostaną zaprezentowane w ostatniej części artykułu.

Po stronie biznesu leży z kolei obowiązek poszanowania praw i wolności człowieka oraz „odpowiednia reakcja na skutki negatywnego wpływu na prawa człowieka”, która „wymaga podjęcia odpowiednich działań w celu zapobiegania im, łagodzenia ich i tam, gdzie to konieczne, stosowania środków zaradczych i naprawczych”²⁵. W kontekście ochrony sygnalistów oznacza to obowiązek poszanowania wolności słowa i prawa do informacji. Realizacja tego obowiązku może przyjąć różne formy, w tym np. kształt procedur wewnętrznych zgłaszania nieprawidłowości przez pracowników. Oczywiście, nawiązując do orzecznictwa ETPC, procedury takie nie mogą być „oczywiście niepraktyczne”, tzn. powinny oferować bezpieczeństwo zgłaszającemu, niezależność przyjmującemu zgłoszenie oraz przewidywać odpowiednie działania w reakcji na zgłoszenie. Procedury takie powinny także być dostępne dla pracowników i odpowiednio zakomunikowane.

6. Elementy systemu ochrony sygnalistów

Jak wskazano powyżej państwa mogą różnie ukształtować system ochrony sygnalistów. W przypadku podejmowania działań legislacyjnych wskazówki co do konkretnych ich elementów zostały zawarte m.in. w aneksie do Rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 30 kwietnia 2014 r.²⁶

Rekomendacja zawiera wytyczne co do strony przedmiotowej i podmiotowej regulacji chroniącej sygnalistów. Prawo takie powinno ułatwiać ujawnianie informacji w interesie publicznym poprzez ustanowienie reguł chroniących prawa i interesy sygnalistów. Jego zakres powinien uwzględniać przynajmniej naruszenia prawa, zagrożenia dla zdrowia publicznego i bezpieczeństwa oraz środowiska. Jeśli chodzi o aspekt osobowy, rekomendacja wskazuje, że chronić należy osoby pracujące w sektorze publicznym lub prywatnym, niezależnie od rodzaju zatrudnienia oraz od tego, czy pobierają wynagrodzenie. Swoim zasięgiem regulacja powinna obejmować także byłych pracowników lub osoby zatrudnione na innych podstawach niż umowa o pracę oraz tych, którzy informacje o zagrożeniu zdobyli na etapie rekrutacji czy podczas negocjacji umowy będącej podstawą zatrudnienia.

W rekomendacji podkreślono, że ramy prawne powinny mieć charakter kompleksowy, a wszelkie ograniczenia praw sygnalistów muszą być poddane testowi proporcjonalności. Jednocześnie pracodawca

²⁴ Zob.szerzej, G20 Anti-corruption Action Plan. *Protection of Whistleblowers. Study on Whistleblower Protection Frameworks, Compendium of Best Practices and Guiding Principles for Legislation*, OECD, dostępne na: www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf (dostęp: 13.12.2016).

²⁵ Wytyczne..., dz.cyt., s. 27.

²⁶ Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy CM/Rec (2014) 7 dotycząca ochrony sygnalistów z dnia 30 kwietnia 2014 r.

nie może powoływać się na zobowiązania danej osoby w relacjach pracowniczych w celu ograniczenia możliwości ujawnienia informacji leżącego w interesie publicznym.

Rekomendacja stanowi, że jednostki nie powinny obawiać się ujawniania informacji w interesie publicznym oraz że należy w tym celu ustanowić odpowiednie kanały komunikacji. Można do nich zaliczyć wewnętrzne systemy raportowania; procedury zgłaszania nieprawidłowości do organów władzy publicznej, takich jak instytucje monitorujące czy organy ochrony prawa; ujawnianie informacji opinii publicznej poprzez dziennikarzy lub posłów.

Wśród innych niezbędnych elementów systemu ochrony sygnalistów powinny znaleźć się także zapewnienie poufności, mechanizmów reakcji na doniesienia oraz ochrony przed odwetem.

7. Podsumowanie

Możliwości monitorowania nadużyć i zagrożeń dostępne organom państwa odpowiedzialnym za kontrolę przestrzegania prawa czy ściganie naruszeń są ograniczone. To, że państwo nie wszędzie „sięga”, jest pod wieloma względami dobre. Przestrzeń, w którą państwo nie może ingerować, jest przestrzenią wolności jednostki, np. przestrzenią realizacji prawa do prywatności, prawa własności czy wolności gospodarczej. By skutecznie przeciwdziałać nadużyciom, państwo musi polegać na jednostkach, które powinny móc bez obaw zgłaszać zaobserwowane nieprawidłowości.

Do niektórych nieprawidłowości dostęp mają jednak jedynie wąskie grupy osób, które funkcjonują wewnątrz organizacji i dowiadują się o nich w ramach relacji pracowniczych. Jak wskazuje w swoim raporcie z 2015 r. Specjalny Sprawozdawca ONZ ds. promocji i ochrony wolności wyrażania opinii oraz wolności wypowiedzi, państwa zauważyły problem ukrytych naruszeń i odpowiedziały na niego, przyjmując odpowiednie prawa. Niemniej sygnaliści ujawniający nieprawidłowości wciąż są narażani na złe traktowanie, zastraszanie, odwetowe działania prawne, w tym postępowania karne²⁷.

Za szeregiem instrumentów międzynarodowych należy podkreślić, że zagwarantowanie skutecznej ochrony praw sygnalistów leży tak w interesie państw, jak i przedstawicieli biznesu. Ochrona demaskatorów może pomóc w działaniach zmierzających do ograniczania korupcji, poprawy standardów ochrony zdrowia, bezpieczeństwa czy środowiska. Po stronie biznesu może przyczyniać się do poprawy relacji pracowniczych, wydajności pracy czy wizerunku firm itd. Wreszcie, z punktu widzenia budowania odpowiedniej świadomości społecznej, warto, by to osoby dopuszczające się naruszeń, a nie osoby zgłaszające naruszenia ponosiły niekorzystne konsekwencje swoich działań.

²⁷ Report of the Special Rapporteur on the promotion and the protection of the right to freedom of opinion and expression, 8.09.2015, A/70/361, § 26.

Reklama i PR a standardy wolności słowa

1. Wstęp

Wolność słowa chroniona jest w Polsce na gruncie art. 54 Konstytucji oraz art. 10 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: Konwencja, EKPC)¹. Ochronie podlegają różne formy wypowiedzi, w tym wypowiedzi o charakterze komercyjnym (reklamy, kampanie informacyjne, akcje PR-owe). Wolność słowa jest szczególnie istotna w prowadzeniu biznesu, umożliwia bowiem komunikowanie się firmom z potencjalnymi klientami. Umożliwia również niezadowolonym klientom ocenę produktów firmy. Na państwie ciąży obowiązek dbałości o przestrzeganie standardów wolności słowa oraz o to, by niwelować skutki negatywnych wypowiedzi godzących w dobre obyczaje, moralność, zdrowie publiczne.

Ponadto zgodnie z wytyczną 3 (a) Wytycznych dotyczących biznesu i praw człowieka: wdrażanie dokumentu ramowego Organizacji Narodów Zjednoczonych „Chronić, szanować i naprawiać” (dalej: Wytyczne) państwa powinny egzekwować przepisy, których celem jest zobowiązanie przedsiębiorstw do poszanowania praw człowieka², w tym wolności słowa. Wytyczna 11 doprecyzowuje, że przedsiębiorstwa powinny szanować prawa człowieka, unikać naruszania praw człowieka oraz przeciwdziałać negatywnym skutkom wpływu na realizację praw człowieka, do których się przyczyniły³.

Z obowiązków tych wynika, że państwo ma za zadanie dbać i chronić reklamy i kampanie PR-owe, z drugiej strony zaś powinno interweniować, gdy naruszają one inne wartości, takie jak reputacja, poszanowanie godności czy dobre obyczaje. Przedsiębiorstwa z kolei, opierając się na obowiązkach płynących z wytycznych, powinny tak planować działalność reklamową, by nie naruszała ona praw odbiorców.

W celu zaprezentowania zakresu ochrony reklam i kampanii reklamowych w pierwszej kolejności zostanie przeanalizowane podejście do mowy komercyjnej w Stanach Zjednoczonych, następnie

¹ Konwencja z 4 listopada 1950 r., ratyfikowana 7 kwietnia 1993 r., Dz U. 1993 nr 61 poz. 284.

² Wytyczne dotyczące biznesu i praw człowieka: wdrażanie dokumentu ramowego ONZ „Chronić, szanować, naprawiać” (oryg. UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework), UN Doc. A/HRC/17/31.

³ B. Faracik, Wytyczne dotyczące biznesu i praw człowieka. Wdrażanie dokumentu ramowego ONZ: „Chronić, szanować i naprawiać”, Polski Instytut Praw Człowieka i Biznesu, Częstochowa 2014.

podejście Europejskiego Trybunału Praw Człowieka⁴. Na zakończenie zaprezentowane zostanie skrótowo ustawodawstwo polskie odnoszące się do reklamy i wolności słowa.

2. Mowa komercyjna w Stanach Zjednoczonych

Wypowiedź komercyjna (reklama, kampanie informacyjne, PR) nie jest terminem powszechnie używanym na gruncie prawa europejskiego. Termin ten wywodzi się z orzecznictwa Sądu Najwyższego USA (dalej: SN USA) i został zdefiniowany na gruncie spraw z zakresu Pierwszej Poprawki do Konstytucji USA⁵. Nigdy jednak nie wypracowano jednolitej definicji, ewoluuje ona wraz z rozwojem orzecznictwa⁶. Początkowo Sąd Najwyższy wskazywał, że wypowiedź komercyjna stanowi „wypowiedź, która ma na celu jedynie zawarcie transakcji handlowej”⁷. W sprawie *Central Hudson*⁸ uznano, że jest to wypowiedź, która odnosi się wyłącznie do interesu ekonomicznego mówcy i jego odbiorców. Wypowiedzi takie uzyskały w orzecznictwie USA stosunkowo niewielką ochronę, w przeciwieństwie do niekomercyjnych komunikatów, które są w pełni chronione – nie można zatem przyjmować regulacji, które ingerowałyby w treści takich komunikatów⁹. Co za tym idzie, nie należy pociągać do odpowiedzialności za słowo i ingerować w swobodę jego wyrażania. Wypowiedzi komercyjne, które wprowadzają w błąd albo są nieprawdziwe, nie zasługują na ochronę na podstawie Pierwszej Poprawki¹⁰.

Definicja została jednak znacząco rozszerzona na gruncie sprawy *Kasky v. Nike*¹¹. W tle sprawy był szereg artykułów opublikowanych w amerykańskiej prasie, dotyczących produkcji odzieży i obuwia firmy z wykorzystaniem źle opłacanych robotników i pracy dzieci. Jednocześnie niezależne śledztwo wszczęte wobec Nike wskazało, że zarzuty wobec firmy nie były bezpodstawne. W odpowiedzi na artykuły firma Nike wystosowała list otwarty do redaktorów naczelnych gazet i uniwersytetów, jak również sama publikowała informacje świadczące o błędzie w artykułach. Firma opublikowała również płatne ogłoszenia, w których informowała o wynikach prywatnego śledztwa, jakie przeprowadził w ich imieniu były ambasador USA w krajach, w których odbywała się produkcja odzieży i butów Nike. Marc Kasky, działający w imieniu odbiorców, wniósł przeciwko Nike postępowanie o ochronę dóbr osobistych, zarzucając firmie intencjonalne wprowadzanie w błąd poprzez publikacje nieprawdziwych informacji. Wskazał, iż kampania Nike była zaadresowana do szerokiej publiczności, ale jej celem było

⁴ Orzecznictwo Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w zakresie mowy komercyjnej jest znacząco rozwinięte. Ponadto ETPC, pomimo że bezpośrednio tego nie wskazuje, często inspirowane jest orzecznictwem amerykańskim w zakresie wolności słowa. Na gruncie Pierwszej Poprawki, swoboda wypowiedzi jest szczególnie mocno chroniona. Tak silna ochrona warta jest analizy na gruncie polskim, szczególnie w odniesieniu do określania granic wolności słowa.

⁵ Pierwsza Poprawka do Konstytucji Amerykańskiej dotyczy prawa do wolności wyznania, swobody wypowiedzi, prawa do zgromadzeń oraz prawa do petycji. Została przyjęta 15 grudnia 1791 r. i stanowi element Karty Praw USA.

⁶ W. Sadurski, *Freedom of Speech and Its Limits*, The Netherlands 1999, s. 70-72.

⁷ *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 US 748 (1976), *Edefield v. Fane*, 507 US 761, 767 (1993).

⁸ *Central Hudson Gas and Electricity Corporation v. Public Service Commission*, 447 US 557, 561 (1980).

⁹ J. Krzemińska, *Freedom of Commercial Speech in Europe*, „Studien zum Völker- und Europarecht”, Vol. 58, p. 292, Hamburg 2008.

¹⁰ Tamże.

¹¹ *Marc Kasky v. Nike*, Sąd Najwyższy Kalifornii, 27 Cal. 4th 939.

dotarcie do potencjalnych nabywców. Firma broniła się w postępowaniu, wskazując, że jej wypowiedź zasługuje na pełną ochronę, gdyż wychodzi poza zakres mowy komercyjnej i wpisuje się w szerszą debatę publiczną. Sąd Najwyższy Kalifornii uznał jednak, że Nike zabrał głos w sprawie ze względu na interes ekonomiczny i próbę ochrony swojego wizerunku. Dlatego jego wypowiedź nie zasługuje na ochronę na gruncie Pierwszej Poprawki.

Do tej pory nie wypracowano jednak jednolitej definicji wypowiedzi komercyjnej, co powoduje, że ciężko jest ocenić, czy dany przekaz stanowi taką wypowiedź, czy też nie. Od klasyfikacji danej wypowiedzi zależy bowiem zakres jej ochrony.

3. Wypowiedź komercyjna w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

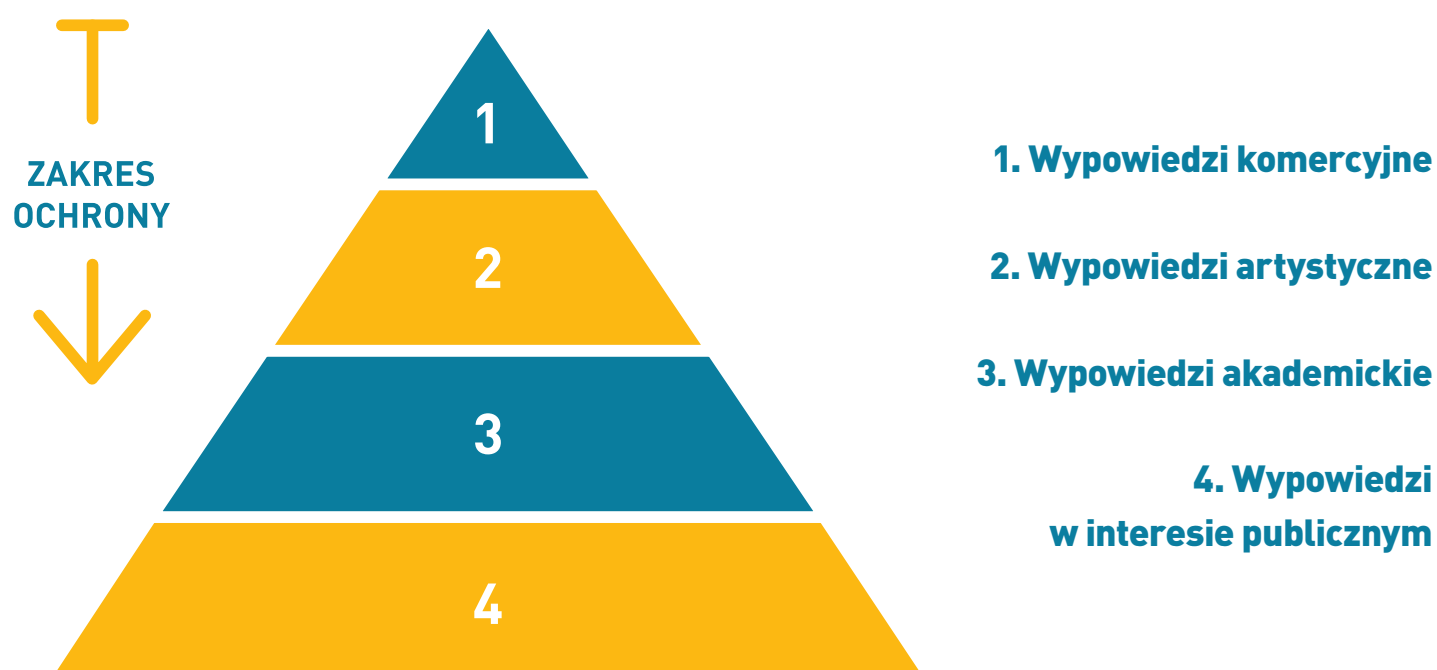
Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC, Trybunał) nie używa w swoim orzecznictwie sformułowania „wypowiedź komercyjna”. Podobnie jednak jak SN USA uzależnia zakres ochrony na gruncie art. 10 EKPC od rodzaju wypowiedzi. Wypowiedzi mieszczące się w ramach szeroko pojętej debaty publicznej będą podlegały najszerszej ochronie. Będą to w szczególności wypowiedzi o charakterze politycznym oraz te poczynione w interesie publicznym¹². Przy takich wypowiedziach państwo ma bardzo mały margines swobody oceny, a sądy powinny orzekać zgodnie ze standardami ETPC.

Niewielką swobodę mają wypowiedzi akademickie i artystyczne. Strasburski Trybunał przyznaje im dużo mniejszą ochronę, uznając, że to władze i sądy krajowe mają najlepszą wiedzę, by ocenić sprawę. Dzieje się tak w szczególności wtedy, gdy sprawy z zakresu wolności artystycznej dotyczą kwestii moralności publicznej czy uczuć religijnych. Sądy krajowe są zdaniem Trybunału w lepszej pozycji, aby te wartości wyważyć. W szczególności w kontekście tak różnorodnych państw członkowskich (katolickich, muzułmańskich czy protestanckich).

Stosunkowo najmniej ochronę przyznaje się jednak wypowiedziom o charakterze komercyjnym, szczególnie tym, które dotyczą ściśle interesów ekonomicznych i nie mają w sobie elementów związanych z interesem publicznym¹³.

¹² I.C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Kraków 2006, s. 219.

¹³ R.J. Steven, *Commercial Speech in the Law of the European Union: Lessons for the United States?*, „Federal Communications Law Journal” 1998, vol. 51, issue 1, s. 269.



Pierwszą sprawą rozpoznawaną przez ETPC w zakresie mowy symbolicznej była sprawa *Markt intern Verlag GmbH i Klaus Beermann p. Niemcom*¹⁴. Wnioskodawcą było wydawnictwo opracowujące cotygodniowe biuletyny na temat produktów kosmetycznych. Po opublikowaniu krytycznego artykułu na temat angielskiej firmy kosmetycznej i jej polityki zwrotu towarów, firma wszczęła postępowanie o ochronę dobrego imienia i wywalczyła w sądzie zakaz dalszego informowania o problemach ze zwrotami produktów. Sądy wskazały, że działania wydawnictwa stanowiły nieuczciwą praktykę handlową. Nie jest przy tym istotne, czy opisany incydent był prawdziwy, gdyż nawet prawdziwość twierdzeń nie zwalniała od odpowiedzialności za działania sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji. Zakaz publikacji miał przeciwdziałać kolejnym podobnym publikacjom.

W postępowaniu przed ETPC Niemcy broniły się tym, że celem publikacji nie było poinformowanie opinii publicznej, lecz promowanie interesów ekonomicznych pewnej grupy przedsiębiorstw. Artykuł powinien zostać oceniony w kontekście działalności gospodarczej i konkurencyjnej. Trybunał uznał jednak, że art. 10 EKPC nie ogranicza swojej ochrony tylko do pewnych typów wypowiedzi. Artykuł był adresowany do wąskiego kręgu adresatów i dotyczył kwestii ekonomicznych. Dostarczał jednak informacji na temat działalności firmy, której polityka budziła zastrzeżenia. Z tych względów art. 10 EKPC miał zastosowanie w sprawie. Trybunał przypominał, że w sprawach gospodarczych państwa członkowskie posiadają szeroki margines swobody ocen, w szczególności w odniesieniu do spraw gospodarczych czy nieuczciwej konkurencji.

Trybunał uznał, że choć publikacja rzetelnie opisywała fakty, to była oparta na jednorazowym zdarzeniu. Dopiero w publikacji zwrócono się do czytelników o nadsyłanie informacji o kolejnych incydentach. Tym samym Trybunał – za sądami krajowymi – uznał, że artykuł był przedwczesny i przysparzający

¹⁴ Wyrok ETPC z 20 listopada 1989 r., w sprawie *Markt intern Verlag GmbH i Klaus Beermann p. Niemcom*, skarga nr 10572/83.

korzyści sprzedawcom detalicznym. Sądy krajowe miały tu szeroki margines uznania w zakresie oceny sprawy, a ETPC nie powinien w takich okolicznościach zastępować oceną sądów krajowych. Tym samym w sprawie nie stwierdzono naruszenia art. 10 EKPC.

Inaczej ETPC podchodzi do sytuacji, gdy wypowiedź ma charakter mieszany, ma w sobie elementy wypowiedzi komercyjnej, ale też dotyczy kwestii leżących w interesie publicznym¹⁵. Za przykład może posłużyć sprawa *Hertel p. Szwajcarii*¹⁶, dotycząca naukowca, który na początku lat 90. opublikował wyniki prywatnych badań nad szkodliwością mikrofalówek na ludzkie zdrowie. Do artykułu dołączone były szczegółowe badania i ilustracje czaszki symbolizującej śmierć. W konkluzji artykułu Hertel wskazał, że spodziewa się ataków ze strony producentów urządzeń, którzy obawiają się o swoje wpływy.

Szwajcarskie Stowarzyszenie Wytwórców oraz Dostawców Sprzętu Gospodarstwa Domowego wniosło do sądu sprawę o tymczasowy zakaz publikowania informacji o potrzebie wycofania z rynku mikrofalówek. Początkowo sądy odrzucały wniosek. Jednakże po kolejnych artykułach, powołując się na ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wydały zakaz posługiwania się sformułowaniami wskazującymi na szkodliwość mikrofalówek przez naukowca. Sądy uznały, że zakaz chroniący konkurencję nie ogranicza działalności naukowej Hertla, który nadal może prowadzić badania i wyklądać. Nie może jednak publikować w pismach, które nie mają charakteru naukowego i wymagają znaczących uproszczeń.

ETPC przypomniał, że państwa dysponują szerokim marginesem uznania w zakresie oceny zachwiania konkurencji. Ponadto pismo miało duży, bo 120-tysięczny nakład. Niemniej jednak miało ono specyficzny charakter i zajmowało się wyłącznie kwestiami ekologii i zdrowia publicznego. Stowarzyszenie producentów nie wykazało również realnego spadku w sprzedaży sprzętu po publikacji. Trybunał wskazał także, że artykuł niewątpliwie wpisywał się w debatę publiczną, jaka w tym okresie toczyła się wokół mikrofalówek w Szwajcarii. W sprawie doszło do naruszenia swobody wypowiedzi, tj. art. 10 EKPC.

W podobny sposób ETPC rozstrzygnął polską sprawę *Kuliś i Różycki*¹⁷, dopuszczając głosy polemiczne w stosunku do reklam. Sprawa dotyczyła kontrowersyjnej kampanii reklamowej chipsów, która wywołała kontrowersje wśród rodziców. Pismo dla dzieci „Angorka”, skomentowało nietrafioną kampanię, publikując na pierwszej stronie rysunek satyryczny wyśmiewający producenta chipsów. W wyniku publikacji redaktor naczelny pisma musiał zapłacić 20 tys. zadośćuczynienia za naruszenie wizerunku firmy. ETPC, oceniając sprawę, podkreślił, że okładka pisma była odpowiedzią na nieudaną kampanię reklamową. Była nie mniej szokująca i wywołująca kontrowersje niż sama kampania reklamowa.

¹⁵ Np. Sprawa *Barthold p. Niemcom*, wyrok z 25 marca 1985 r., skarga nr 8734/79

¹⁶ Wyrok ETPC z 25 sierpnia 1998 r. w sprawie *Hertel p. Szwajcarii*, skarga nr 25181/94.

¹⁷ Wyrok ETPC z 6 października 2009 r. w sprawie *Kuliś i Różycki p. Polsce*, skarga nr 27209/03.

W dodatku bazowała na specjalnej formie przekazu, jaką jest satyra. Miała ona ponadto zwrócić uwagę na szkodliwość samej kampanii wśród dzieci. Trybunał uznał, że wolność słowa wydawcy podlega ochronie oraz że obowiązek zapłaty zadośćuczynienia stanowił nadmierną ingerencję w art. 10 Konwencji.

W swoim orzecznictwie ETPC jasno określa, że ochronie nie podlega reklama, która szkodzi małoletnim lub narusza zdrowie. W tym zakresie Trybunał godzi się na restrykcje nałożone na reklamy wyrobów alkoholowych czy tytoniowych¹⁸. W dwóch sprawach francuskich Trybunał uznał, że skazanie dwóch spółek wydających magazyny sportowe za bezprawne reklamowanie wyrobów tytoniowych nie naruszało zobowiązań wynikających z Konwencji. Skarżący zostali skazani za reklamowanie na łamach tych magazynów papierosów i innych wyrobów tytoniowych przez opublikowanie fotografii kierowcy Formuły 1 Michaela Schumachera. Na umieszczonych w magazynach zdjęciach sportowca dostrzegalne było logo z marką producenta papierosów M. Francuskie sądy uznały, że takie działania mogą wpływać na zwiększenie zagrożenia dla zdrowia publicznego. Pokazywanie marki papierosów w kontekście sportowych sukcesów może zachęcać, szczególnie młodzież, do konsumpcji wyrobów tytoniowych. Umieszczanie reklamy papierosów, nawet w sposób pośredni, stwarza ryzyko, że wiele osób będzie wiązało sukces sportowy lub finansowy właśnie z używaniem produktów M. Na wydawców zostały nałożone grzywny w wysokości 30 tys. euro i 20 tys. euro, a także nakaz zapłaty po 10 tys. euro przez każdego z wydawców z tytułu odszkodowania na rzecz Narodowego Komitetu Antytytoniowego. Skarżący wnieśli skargi do ETPC, w których podnosili naruszenie art. 10 Konwencji. Trybunał zauważył, że w obu przypadkach celem ograniczenia wolności słowa była ochrona zdrowia publicznego. Zgodził się z uwagami francuskiego rządu, że zakaz reklamy papierosów i wyrobów tytoniowych był elementem szerszej strategii, mającej ograniczyć ich spożycie. Wkład kampanii w ochronę zdrowia przeważał nad interesami natury ekonomicznej oraz nad wolnością słowa. Trybunał zauważył, że w państwach europejskich istnieje powszechna zgoda na prowadzenie restrykcyjnej polityki reklamowania wyrobów tytoniowych. Trybunał nie musiał rozważać faktycznego wpływu zakazu reklamy na konsumpcję wyrobów tytoniowych.

Wystarczające dla Trybunału okazało się stwierdzenie, że tego typu publikacja mogła być zachętą do zwiększenia spożycia wyrobów tytoniowych. Z tego względu ograniczenie wolności słowa należało uznać za obiektywnie usprawiedliwione. Ponadto Trybunał zgodził się z sądami francuskimi, że magazyny były skierowane do szerokiego kręgu adresatów, szczególnie osób młodych, które są bardziej podatne na wpływy i sugestie. Z tego względu istotne było wzięcie pod uwagę wpływu logo producenta wyrobów tytoniowych w kontekście sukcesów sportowych i finansowych. W kwestii nałożonej na wydawców kary Trybunał uznał, że nie jest nazbyt surowa. Dlatego nie dostrzegł naruszenia art. 10 Konwencji.

¹⁸ Wyroki ETPC z 5 marca 2009 r. w sprawie *Hachette Filipacchi Presse Automobile et Dupuy p. Francji, Société de Conception de Presse et d'Édition et Ponson p. Francji*, skargi nr 13353/05 oraz nr 29635/05.

Bardzo restrykcyjnie strasburscy sędziowie odnoszą się również do kampanii czy też akcji społecznych odwołujących się do symboliki Holocaustu¹⁹.

4. Reklama a ustawodawstwo polskie

Regulacje dotyczące reklamy oparte są w części na regulacjach UE, w tym m.in. na dyrektywie 98/43/EC dotyczącej reklam tytoniowych, dyrektywie 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych czy też dyrektywie 84/450/EWG o reklamie wprowadzającej w błąd. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej opiera z kolei swoje orzecznictwo dotyczące styku reklamy i wolności słowa na standardach ETPC, które zobowiązany jest brać pod uwagę na podstawie art. 52 ust. 3 Karty Praw Podstawowych²⁰. Z kolei wolność słowa chroniona jest w art. 11 Karty Praw Podstawowych.

Podstawowe regulacje, które mogą nakładać ograniczenia na reklamodawców, a tym samym uzasadniać ingerencję w wolność słowa, to ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji²¹ (art. 16) oraz ustawa o wychowaniu w trzeźwości²² (art. 13). Konflikty pomiędzy reklamodawcą a konsumentem są rozwiązywane przez Urząd Ochrony Konsumentów i Konkurencji lub na drodze postępowania cywilnego.

Przedsiębiorstwa kontroluje również organ samoregulacyjny – Komisja Etyki Reklamy, która ocenia zgodność reklam z Kodeksem Etyki Reklamy²³. Dotyczy on całego przekazu reklamowego z wyjątkiem kampanii społecznych i politycznych. Kodeks to zbiór przepisów określających, co jest dopuszczalne, a co nieetyczne w przekazie reklamowym. Kodeks Etyki Reklamy zawiera szczegółowe przepisy zakazujące m.in.: dyskryminacji ze względu na płeć, wyznanie czy narodowość, używania elementów zachęcających do aktów przemocy, naruszania dobrych obyczajów, nadużywania zaufania odbiorcy, jego braku doświadczenia lub wiedzy. Uchwały Komisji nie uwzględniają jednak orzecznictwa międzynarodowego²⁴. Odniesienia do standardów ETPC mogłyby niewątpliwie wspomóc Komisję w jej decyzjach.

¹⁹ Wyrok ETPC z 8 listopada 2012 r. w sprawie *PETA p. Niemcom*, skarga nr 43481/09.

²⁰ Kartę proklamowano 7 grudnia 2000 r. i zastępuje ją od dnia wejścia w życie Traktat z Lizbony, Dz. Urz. UE 2016 C 202.

²¹ Ustawa z 16 kwietnia 1993 r., Dz.U. Nr 47 poz. 211.

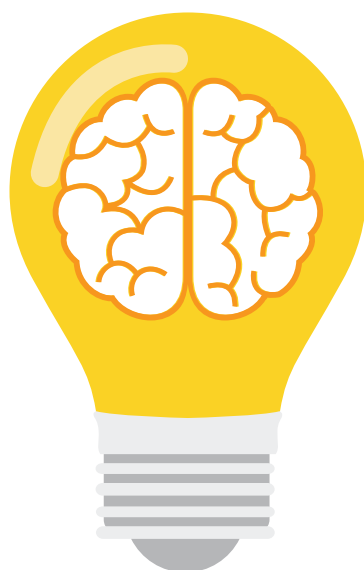
²² Ustawa z dnia 26 października 1982 r., Dz.U. 1982 Nr 35 poz. 230.

²³ Kodeks dostępny na: <https://www.radareklamy.pl/kodeks-etyki-reklamy>.

²⁴ Uchwały Komisji dostępne na: <https://www.radareklamy.pl/uchwaly>.

5. Podsumowanie

Zgodnie z Wytycznymi ONZ na państwach i na przedsiębiorstwach spoczywa dbałość o prawa człowieka, w tym o standardy wolności słowa. W przypadku reklam i kampanii PR-owych oba podmioty muszą jednak wyważyć, gdzie są granice wolności słowa, a gdzie zaczynają się prawa innych osób lub wartości publiczne uzasadniające ich ochronę. Każda reklama i kampania musi być oceniana odrębnie, *ad casum*, co do tego, czy mieści się w konstytucyjnie chronionej wolności słowa. Niewątpliwie argumenty wynikające z orzecznictwa SN USA oraz ETPC mogą być przy takiej ocenie przydatne. Również gdy oceny dokonuje konsument, który rozważa złożenie skargi do UOKiK-u²⁵ czy do Komisji Etyki Reklamy²⁶.



²⁴ Naruszeniem zbiorowych interesów konsumentów jest udzielanie im nierzetelnej, niepełnej lub nieprawdziwej informacji. Do takich działań zalicza się także **reklamy naruszające dobre obyczaje**. Tak wynika z **art. 24 ust. 2 pkt 2-3** ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007 r. Nr 50 poz. 331 ze zm.). Jeśli więc konsument zawiadomi UOKiK o takiej reklamie, a zarzuty się potwierdzą, to przedsiębiorcy grozi kara pieniężna.

²⁵ Gdy reklama jest według nas bulwersująca, to możemy skierować skargę do Rady Reklamy. Rada została powołana przez branżę reklamową, **aby oceniać i usuwać przekazy reklamowe, które są sprzeczne z prawem, nieetyczne, obraźliwe lub nieobyczajne**. Skarga konsumentka do Rady Reklamy jest bezpłatna. Można ją wnieść przez specjalny formularz on-line, zamieszczony na stronie internetowej Rady albo listownie. Jednak **orzeczenie Rady Reklamy nie zastępuje wyroku sądowego**, jest jedynie sygnałem dla ukaranego reklamodawcy, że działa sprzecznie z Kodeksem Etyki Reklamy. Orzeczenia Rady są ważną opinią branży reklamowej, dlatego zdecydowana większość reklam uznanych za nieetyczne zostaje wycofanych albo poprawionych. Warunki złożenia skargi do Komisji Etyki Reklamy znajdują się pod adresem: <https://www.radareklamy.pl/uchwaly>

DOROTA GŁOWACKA

Prawa człowieka a branża technologii informacyjno-komunikacyjnych.

Problemy związane z funkcjonowaniem serwisów społecznościowych

1. Wstęp

Czy firmy świadczące usługi internetowe, a wśród nich tzw. serwisy społecznościowe, muszą respektować prawa człowieka swoich użytkowników? Wraz ze zwiększającym się wpływem tzw. cyberkorporacji na obieg informacji w internecie pytanie to coraz częściej stawiane jest w debacie publicznej. Władza firm internetowych rośnie proporcjonalnie do ilości treści, którą publikujemy za pośrednictwem ich serwisów i aplikacji, a także do ilości danych, które powierzamy im „przy okazji” korzystania z ich usług. Ogólny zarys zagrożeń dla praw człowieka, które mogą wiązać się z funkcjonowaniem wielonarodowych korporacji, w tym w szczególności firm internetowych, przedstawiłam rok temu w artykule *Władza = odpowiedzialność. Działalność wielonarodowych korporacji a ochrona prawa do prywatności i wolności słowa w internecie*¹. Chciałabym rozwinąć poruszone wówczas zagadnienia, skupiając się tym razem na wyzwaniach, które w kontekście poszanowania praw człowieka dotyczą funkcjonowania portali społecznościowych.

2. Portale społecznościowe a prawa człowieka

A. Kaplan i M. Haenlein definiują media społecznościowe jako „grupę aplikacji, opartych na technologii sieciowej, bazujących na ideologicznych i technologicznych podstawach Web 2.0, pozwalających tworzyć i wymieniać treści generowane przez użytkowników (*user-generated content*)”². W ramach mediów społecznościowych możemy wyróżnić m.in. serwisy (portale) społecznościowe, które w nauce o mediach określane są jako „usługi sieciowe umożliwiające użytkownikom: 1) konstruowanie publicznego bądź półpublicznego profilu w ramach ograniczonego systemu; 2) artykułowanie listy innych użytkowników, z którymi mają kontakt; oraz 3) przeglądanie list ich (osobowych) kontaktów i list

¹ D. Głowacka, *Władza = odpowiedzialność. Działalność wielonarodowych korporacji a ochrona prawa do prywatności i wolności słowa w Internecie* [w:] A. Bodnar (red.), *Prawa człowieka – współczesne wyzwania międzynarodowe*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2015.

² A.M. Kaplan, M. Haenlein, *Users of the world, unite! The challenges and opportunities of Social Media*, „Business Horizons” 2010, Vol. 53, s. 59; [za:] M. Dorenda-Zaborowicz, *Marketing w social media*, „Nowe Media” 2012, nr 3.

kontaktów innych użytkowników systemu”³. Rozwój serwisów społecznościowych przyczynił się do stworzenia łatwego narzędzia służącego szerokiemu rozpowszechnianiu własnych opinii, poglądów, przekazywaniu informacji czy komunikowaniu się z wybranymi osobami na niespotykaną wcześniej skalę. Nie jest jednak tajemnicą, że portale te mogą być wykorzystywane również do dystrybucji treści, które są fałszywe, obraźliwe, a w skrajnych przypadkach stanowią mowę nienawiści⁴, nawoływanie do przemocy czy inne formy tzw. cyberprzemocy⁵. Nie ma wątpliwości, że szkodliwe treści rozpowszechniane online oddziałują na nasze życie offline, skutkując realną krzywdą osób, które są nimi dotknięte⁶.

Coraz częściej mówi się także o innych negatywnych zjawiskach związanych z funkcjonowaniem portali społecznościowych, które dla wielu użytkowników stały się istotnym, choć nie zawsze sprawdzonym źródłem informacji o bieżących wydarzeniach. Jak wynika z badania opublikowanego w 2016 r. przez Reuters Institute for the Study of Journalism w ostatnich latach znacząco wzrosła liczba internautów, którzy czerpią te informacje z portali społecznościowych, a nie np. bezpośrednio z prasy⁷. Dotyczy to głównie młodych odbiorców – ponad jedna czwarta respondentów w wieku pomiędzy 18. a 24. rokiem życia przyznała, że portale społecznościowe są dla nich głównym źródłem takich informacji (wśród ogółu badanych odsetek ten wynosi 12%). Podobne wnioski wyciągnęli w 2016 r. badacze z Pew Research Center, którzy podają, że według ich analiz dotyczących Stanów Zjednoczonych, 44% Amerykanów używa Facebooka do pozyskiwania wiedzy o bieżących wydarzeniach⁸. Tymczasem portali społecznościowych nie można traktować jako w pełni wiarygodnej oraz neutralnej platformy wymiany informacji. Po pierwsze, treści, które za ich pośrednictwem otrzymujemy, nie są obiektywnym obrazem świata, ale m.in. wypadkową działania „tajemniczych” algorytmów, które promują określone treści (a także powodują m.in. ryzyko zamknięcia w danej bańce informacyjnej), interesów samego portalu czy interesów jego reklamodawców. Po drugie, niekorzystnym zjawiskiem jest rozprzestrzenianie na portalach społecznościowych błędnych i niesprawdzonych wiadomości, które zamiast realizować prawo do informacji, sprzyjają raczej dezinformacji. Dobrą ilustracją tego problemu jest dyskusja wokół ostatnich wyborów prezydenckich w USA, w ramach której sugeruje się, że na rezultat wyborczy w pewnym stopniu mogły mieć wpływ nieprawdziwe treści o kandydatach rozpowszechniane za pośrednictwem Facebooka, nierzadko generowane automatycznie przez tzw. boty⁹. Dodatkowo należy

³ M. Boyd Danah, N.B. Ellison, *Social network sites: Definition, history, and scholarship*, „Journal of Computer-Mediated Communication” 2007, Vol. 13(1), dostępne na: <http://jcmc.indiana.edu/vol13/issue1/boyd.ellison.html> (dostęp: 9.12.2016); [za:] J. Nowak, *Social media jako sieci obiegu przekazów medialnych*, „Nowe Media” 2012, nr 3.

⁴ Pojęcie mowy nienawiści definiowane jest przez Komitet Ministrów Rady Europy jako „każda forma wypowiedzi, która rozpowszechnia, podżega, propaguje lub usprawiedliwia nienawiść rasową, ksenofobię, antysemityzm lub inne formy nienawiści oparte na nietolerancji, włączając w to nietolerancję wyrażaną w formie agresywnego nacjonalizmu, etnocentryzmu, dyskryminacji lub wrogości wobec mniejszości, migrantów lub osób wywodzących się ze społeczności imigrantów”. Zob. załącznik do rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy nr R (97) 20 z 30 października 1997 r. W polskim porządku prawnym za mowę nienawiści uznaje się czyny penalizowane w art. 256 i 257 Kodeksu karnego.

⁵ Zob.: <https://pl.wikipedia.org/wiki/Cyberprzemoc> (dostęp: 5.12.2016).

⁶ Por. IAR, *Wyśmiewany na Facebooku 15-latek popełnił samobójstwo*, polskieradio.pl, podcast dostępny na stronie: <http://www.polskieradio.pl/5/3/Artykul/731120.Wysmiewany-na-Facebooku-15latek-popełnil-samobojstwo> (dostęp: 8.12.2016).

⁷ Reuters Institute for the Study of Journalism, *Digital News Report 2016*, dostępne na: <https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/Digital-News-Report-2016.pdf> (dostęp: 5.12.2016).

⁸ Pew Research Center, *News Use Across Social Media Platforms 2016*, dostępne na: <http://www.journalism.org/2016/05/26/news-use-across-social-media-platforms-2016> (dostęp: 5.12.2016).

⁹ M. Czarnecki, *Co piątego tweeta o wyborach w USA stworzył bot. Fałszywe newsy zalały Facebooka. Jak media społecznościowe wpłynęły na kampanię*, „Gazeta Wyborcza”, 11.11.2016.

zauważyć, że na globalnym rynku serwisów społecznościowych jeden z nich – Facebook¹⁰ – swoją popularnością zdecydowanie dominuje nad konkurentami, co zaostrza wskazane wyżej problemy i zwiększa ryzyko nadużyć.

Problemy związane z funkcjonowaniem serwisów społecznościowych, które wpływają na realizację praw człowieka w sieci, możemy dostrzec na wielu poziomach. Należą do nich m.in. kwestie dotyczące jurysdykcji krajowej i efektywnej możliwości dochodzenia praw przez użytkowników w poszczególnych państwach w stosunku do administratora portalu mającego główną siedzibę za granicą. Inne aspekty działalności serwisów społecznościowych budzą wątpliwości z perspektywy ochrony danych osobowych, prawa autorskiego, prawa konsumenckiego czy ochrony uczciwej konkurencji. Wreszcie wiele kontrowersji wiąże się z zarządzaniem przez administratorów tych serwisów treścią dodawaną przez ich użytkowników. Rola portali w tym względzie oraz zakres ich odpowiedzialności są przedmiotem ożywionej dyskusji przedstawicieli doktryny prawniczej i orzecznictwa. W dalszej części artykułu skupię się właśnie na tym ostatnim zagadnieniu.

Należy zauważyć, że z jednej strony oczekujemy od administratorów portali internetowych włączenia się w proces walki z bezprawnymi materiałami, które mogą nadmiernie ingerować np. w prawo do prywatności innych osób. Pod pewnymi warunkami administratorzy są zresztą prawnie zobowiązani do ich blokowania, choć – jak wiemy z doświadczeń organizacji pozarządowych walczących z mową nienawiści czy cyberprzemocą w sieci – nie zawsze się z tego obowiązku w pełni rzetelnie wywiązują. Z drugiej strony pragniemy korzystać z serwisów społecznościowych jako narzędzi swobodnego rozpowszechniania i pozyskiwania informacji. Nasz sprzeciw budzą więc arbitralne decyzje moderatorów, którzy niekiedy nadgorliwie blokują legalne treści, takie jak: zdjęcia kobiet karmiących piersią¹¹, XIX-wiecznego dzieła sztuki¹² czy tzw. modelki *plus size*¹³. W Polsce ostatnio oburzenie niektórych środowisk spowodowało zablokowanie przez Facebooka profili promujących Marsz Niepodległości i innych należących do różnych prawicowych organizacji¹⁴. Portale internetowe znajdują się zatem pod presją sprostania niekiedy trudnym do pogodzenia oczekiwaniom. Wymagamy, aby były one naszymi sprzymierzeńcami w walce z bezprawnymi treściami w sieci, ale jednocześnie chcemy, aby powstrzymały się od stosowania prywatnej cenzury (*corporate censorship*). W dalszej części tekstu

¹⁰ Ze wspomnianego badania przeprowadzonego przez Reuters Institute for the Study of Journalism w 26 krajach (większość krajów UE oraz Norwegia, Stany Zjednoczone, Kanada, Korea Południowa, Australia, Brazylia, Turcja, Japonia) wynika, że Facebook jest najbardziej popularnym serwisem społecznościowym w każdym z nich poza Japonią, tamże.

¹¹ The Telegraph, *Facebook removes mother's breastfeeding photo*, 29.10.2014, dostępne na: <http://www.telegraph.co.uk/women/womens-health/11195373/Facebook-removes-mothers-breastfeeding-photo.html> (dostęp: 5.12.2016).

¹² Associated Press, *Nude painting furore: court rules Facebook can be sued in France*, „The Guardian”, 12.02.2016, dostępne na: <https://www.theguardian.com/world/2016/feb/12/nude-painting-furore-court-rules-facebook-can-be-sued-in-france> (dostęp: 8.12.2016).

¹³ S. Levin, *Too fat for Facebook: photo banned for depicting body in „undesirable manner”*, The Guardian, 23.05.2016, dostępne na: <https://www.theguardian.com/technology/2016/may/23/facebook-bans-photo-plus-sized-model-tess-holliday-ad-guidelines> (dostęp: 5.12.2016).

¹⁴ Ł. Woźnicki, *Wielka czystka narodowców na Facebooku. Znikają profile Marszu Niepodległości, ONR, Młodzieży Wszechpolskiej i inne*, „Gazeta Wyborcza”, 25.10.2016, dostępne na: <http://wyborcza.pl/7,75398,20895456,wielka-czysta-narodowcow-na-facebooku-znikaja-profile-onr.html>, (dostęp: 5.12.2016).

postaram się odpowiedzieć na pytanie, czy istnieją standardy z zakresu praw człowieka, które mogą być pomocne w dążeniu do znalezienia odpowiedniej równowagi w zarządzaniu przez administratorów portali treścią dodawaną przez użytkowników.

3. Sprzymierzeńcy w walce z bezprawnymi treściami w sieci

Wolność słowa, chroniona na mocy art. 10 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: EKPC) oraz art. 54 Konstytucji Rzeczypospolitej nie ma charakteru absolutnego i może w niektórych sytuacjach podlegać ograniczeniom. Zostały one sprecyzowane w art. 10 ust. 2 EKPC. Przepis ten zakłada, że ingerencja w swobodę wypowiedzi jest dopuszczalna po spełnieniu łącznie trzech warunków. Po pierwsze, możliwość ingerencji musi być przewidziana przez prawo krajowe (jest to tzw. kryterium legalności). Po drugie, ingerencja musi być konieczna w demokratycznym społeczeństwie (kryterium konieczności). Po trzecie, ograniczenie może mieć miejsce jedynie wtedy, gdy służy ochronie wyraźnie wskazanych przez art. 10 ust. 2 dóbr lub interesów (kryterium celowości)¹⁵. Należą do nich m.in. zapewnienie bezpieczeństwa publicznego, zapobieżenie zakłócaniu porządku publicznego oraz ochrona dobrego imienia oraz praw innych osób. W podobny sposób kryteria dopuszczalności ingerencji w wolność słowa (i inne prawa i wolności konstytucyjne) określa art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Dla dokonania oceny określonej wypowiedzi kluczowa jest zawsze analiza konkretnych okoliczności sprawy. Istotne jest m.in. to, kto formułował daną wypowiedź (np. dziennikarze, pełniąc rolę tzw. publicznych stróżów, korzystają z szerszych granic wolności słowa), pod jakim adresem była ona kierowana (osoby publiczne muszą wykazać się tzw. grubszą skórą) czy też czego dotyczyła (np. zagadnienia mające istotne publiczne znaczenie podlegają mocniejszej ochronie niż wypowiedzi o charakterze czysto sensacyjnym). Należy jednak podkreślić, że Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC, Trybunał) w swoim orzecznictwie obejmuje ochroną wynikającą z art. 10 EKPC nie tylko wypowiedzi pochlebne czy neutralne, ale co do zasady także takie, które mogą prowokować, szokować lub obrażać¹⁶. W zależności zatem od kontekstu ta sama wypowiedź może zostać uznana za mieszczącą się w ramach swobody wypowiedzi bądź za niedopuszczalną. Odwołując się do orzecznictwa strasburskiego, można wskazać przykłady spraw, w których Trybunał odmówił ochrony wypowiedziom obraźliwym i wulgarnym¹⁷ czy fałszywym lub nierzetelnym¹⁸.

Wyjątkowym brakiem tolerancji ETPC wykazuje się jednak przede wszystkim wobec języka o skrajnie rasistowskim, antysemickim, homofobicznym charakterze czy promującym totalitarne poglądy

¹⁵ I.C. Kamiński, *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Analiza krytyczna*, Warszawa 2010, LEX el.

¹⁶ Wyrok ETPC z 7 grudnia 1976 r. w sprawie *Handyside p. Wielkiej Brytanii*, skarga nr 5493/72.

¹⁷ Wyrok ETPC z 27 maja 2003 r. w sprawie *Skałka p. Polsce*, skarga nr 43425/98.

¹⁸ Wyrok ETPC z 29 lipca 2008 r. w sprawie *Flux p. Moldowie* (nr 6), skarga nr 22824/04.

(stanowiącym mowę nienawiści) oraz dla wypowiedzi nawołujących do przemocy. Te dwa rodzaje wypowiedzi są uznawane w orzecznictwie ETPC za jedno z najpoważniejszych nadużyć swobody wypowiedzi. Przy czym w sprawach związanych z mową nienawiści Trybunał stwierdzając brak naruszenia wolności słowa, odwołuje się często nie tyle do art. 10 ust. 2 EKPC, ale do koncepcji nadużycia prawa zawartej w art. 17 EKPC. Oznacza to, że Trybunał nie przechodzi do analizy dopuszczalności ingerencji w wolność słowa w okolicznościach danej sprawy zgodnie z art. 10 ust. 2 (tak jak czyni to w przypadku np. zniesławienia), ale stwierdza, że dana wypowiedź w ogóle nie mieści się w granicach ochrony systemu Konwencji, a powoływanie się przez jej autora na wolność słowa uznawane jest właśnie za nadużycie prawa¹⁹. O restrykcyjnym stanowisku Trybunału w kwestii niedopuszczalności mowy nienawiści i nawoływania do przemocy świadczy ponadto to, że wyjątkowo dopuszcza on stosowanie w takich przypadkach nawet surowych sankcji karnych w stosunku do sprawcy, włącznie z karą pozbawienia wolności, którą przy mniej rażących nadużyciach wolności słowa uznaje co do zasady za nieproporcjonalnie dotkliwą²⁰.

Skutki publikacji wypowiedzi stanowiących nadużycie wolności słowa mogą być szczególnie bolesne ze względu na dużą siłę oddziaływania zamieszczanych w internecie materiałów, związaną z ich szeroką dostępnością oraz łatwością dalszego rozpowszechnienia. Ponieważ rozwój globalnej sieci komputerowej zmierza w kierunku współtworzenia coraz większej ilości treści przez użytkowników internetu, problem bezprawnych treści dotyczy także portali społecznościowych. Efektywna walka z tym zjawiskiem nie może ograniczać się do pociągnięcia do odpowiedzialności autorów takich wypowiedzi, ale wymaga również zaangażowania administratorów portali. Mając faktyczną kontrolę nad treściami dodawanymi przez użytkowników, powinni blokować materiały naruszające prawa innych osób i zapobiec tym samym dalszemu ich rozprzestrzenianiu się w sieci. Takie podejście znajduje odzwierciedlenie w prawie europejskim²¹, a także polskim porządku prawnym, zgodnie z którym dostawcy usług internetowych (tzw. host providerzy, do których należy zaliczyć administratorów portali społecznościowych) są zobowiązani do niezwłocznego reagowania na materiały dodane przez użytkowników, gdy tylko nabędą pozytywną wiedzę o ich bezprawnym charakterze, np. otrzymując w tej sprawie wiarygodne zgłoszenie (zob. art. 14 Ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną). Jeśli administratorzy wywiążą się z tego obowiązku, będą zwolnieni z odpowiedzialności za bezprawne treści. Jeśli go nie wypełnią, sami mogą zostać pociągnięci do odpowiedzialności. Jednocześnie brak jest ogólnego obowiązku monitorowania przez administratorów treści publikowanych na ich stronach przez użytkowników (art. 15 Ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną).

¹⁹ A. Bodnar, M. Szuleka, *Koncepcja „nadużycia prawa” w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności a mowa nienawiści* [w:] R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, A. Bodnar, A. Gliszczyńska-Grabias (red.), *Mowa nienawiści a wolność słowa. Aspekty prawne i społeczne*, Warszawa 2010.

²⁰ Wyrok ETPC z 17 grudnia 2004 r. w sprawie *Cumpana i Mazare p. Rumunii*, skarga nr 33348/96; wyrok ETPC z 20 kwietnia 2006 r. w sprawie *Raichinov przeciwko Bułgarii*, skarga nr 47579.

²¹ Zob. art. 14-15 Dyrektywy 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym), Dz. Urz. WE L 178 z 17 lipca 2000 r., s. 1.

Mechanizm pozwalający pod pewnymi warunkami nałożyć odpowiedzialność za treści dodane przez użytkowników na administratora strony internetowej znajduje oparcie w najnowszym orzecznictwie ETPC. Problematyką tą Trybunał zajął się w dwóch wyrokach z 2015 i 2016 r. – *Delfi AS p. Estonii*²² (wyrok Wielkiej Izby ETPC) oraz *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete i Index.hu Zrt p. Węgrom*²³. Z wyroków tych wynika, że nie tylko autor bezprawnej treści, ale także administrator strony internetowej, który zaniedbał swój obowiązek reakcji na takie wypowiedzi, mogą ponosić konsekwencje prawne (należy jednocześnie wspomnieć, że wyroki te, zwłaszcza w sprawie estońskiej, budzą pewne kontrowersje co do zakresu obowiązków, którymi Trybunał obarczył administratorów²⁴). Choć w jednej z tych spraw ETPC stwierdził brak naruszenia art. 10 EKPC, a w drugiej uznał, że doszło do złamania wolności słowa, ich wspólnym mianownikiem jest pogląd Trybunału dotyczący aktywnego zaangażowania się portali w identyfikację i blokowanie komentarzy internautów stanowiących mowę nienawiści. W odniesieniu do tego typu skrajnych wypowiedzi, zdaniem ETPC, można wymagać podjęcia przez administratorów stron internetowych dalej idących działań niż w stosunku do innego rodzaju bezprawnych treści. Zdaniem ETPC obowiązki administratorów nie muszą obejmować co prawda konieczności stosowania tzw. premoderacji, ale w praktyce, aby sprostać wymogom narzuconym przez Trybunał, administratorzy powinni prowadzić stałą postmoderację, tj. dokonywać bieżącej oceny wpisów i z własnej inicjatywy usuwać te uznane za mowę nienawiści.

Co jednak ważne, oba strasburskie wyroki dotyczyły komentarzy internautów zamieszczonych pod artykułami redakcyjnymi na portalach informacyjnych. W wyroku w sprawie *Delfi* Wielka Izba ETPC podkreśliła wprost, że jej rozważania nie dotyczą innego rodzaju serwisów współtworzonych przez użytkowników, takich jak fora internetowe czy media społecznościowe, w których administrator nie zamieszcza własnych treści, a także stron czy blogów „prowadzonych w ramach hobby” (§ 116). ETPC zdaje się w ten sposób sugerować, że w odniesieniu do serwisów społecznościowych zakres obowiązków i odpowiedzialności administratorów mógłby zostać ukształtowany w nieco odmienny sposób, niż w przypadku administratorów portali informacyjnych. Dotychczasowe orzecznictwo strasburskie nie daje jednak na razie precyzyjnej odpowiedzi na pytanie, jak standard ten miałby wyglądać. Kwestia ta może rozstrzygnąć się jednak już niebawem w związku ze sprawą *Buda p. Polsce*²⁵, która dotyczy odpowiedzialności administratora portalu społecznościowego NK.pl i oczekuje obecnie na rozpoznanie w Strasburgu. Jednocześnie, biorąc pod uwagę ogólne standardy dotyczące wolności słowa i jej granic oraz kierunek nadany we wspomnianych wyrokach w sprawach estońskiej i węgierskiej, trudno oczekiwać, aby ETPC radykalnie zmienił swoją linię, uznając że administratorzy portali społecznościowych

²² Wyrok ETPC z 16 czerwca 2015 r. w sprawie *Delfi AS p. Estonii*, skarga nr 64569/09.

²³ Wyrok ETPC z 2 lutego 2016 r. w sprawie *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete i Index.hu Zrt p. Węgrom*, skarga nr 22947/13.

²⁴ Do wyroku Wielkiej Izby ETPC w sprawie *Delfi AS p. Estonii* zgłoszono zdanie odrębne, w którym sędziowie A. Sajó i N. Tsotsoria zwrócili uwagę, że orzeczenie Trybunału prowadzi do nadmiernego obciążenia administratorów obowiązkiem aktywnego monitorowania wszelkich treści dodawanych przez użytkowników. W konsekwencji może to, w ich ocenie, doprowadzić do całkowitego wyłączenia możliwości zamieszczania komentarzy, które sędziowie uznali za istotny element debaty publicznej w internecie. Wyrok ETPC spotkał się również z dużą krytyką m.in. środowisk pozarządowych, które wskazywały, że może sankcjonować nadmierne ograniczenie wolności słowa w internecie. Krytykę tę w dużej mierze uważam za uzasadnioną (krytyczną opinię przyjaciela sądu przed Wielką Izbą odnoszącą się do wyroku Izby przygotowała także Helsińska Fundacja Praw Człowieka: http://www.obserwatorium.org/images/Delfi_opinia%20Wieka%20Izba.pdf, (dostęp: 7.12.2016).

²⁵ Sprawa *Buda p. Polsce*, skarga nr 38940/13. Zakomunikowana przez ETPC.

są wolni od wszelkiej, nawet warunkowej odpowiedzialności. Bardziej prawdopodobne jest, że Trybunał uzna, iż także od nich należy wymagać zaangażowania w walkę z bezprawnymi treściami zamieszczanymi przez użytkowników, w szczególności w przypadku wypowiedzi o najbardziej skrajnym i szkodliwym charakterze.

4. Prywatni cenzorzy

Jak podkreślił w jednym z raportów Specjalny Sprawozdawca Organizacji Narodów Zjednoczonych ds. promocji oraz ochrony prawa do wolności wyrażania opinii oraz wolności wypowiedzi, „sposób, w jaki dziś przekazuje się informacje, zależy w dużej mierze od prywatnych firm, które dostarczają odpowiednie usługi umożliwiające komunikację internetową i zawieranie umów pomiędzy jednostkami”²⁶. Rozwój sieci 2.0. rzeczywiście umożliwił nam łatwe dzielenie się informacjami w internecie. Z tej możliwości korzystamy jednak przede wszystkim dzięki „infrastrukturze” stworzonej przez prywatne firmy będące dostawcami usług internetowych (forum internetowym, platformom blogowym, serwisom społecznościowym i innym). Układ ten wiąże się z koniecznością poniesienia pewnych kosztów po stronie użytkowników. W praktyce sprowadza się to do konieczności zaakceptowania narzucanych przez portal, nie zawsze transparentnych zasad funkcjonowania jego usług, zezwalających m.in. na arbitralnie blokowanie treści publikowanych przez użytkowników. Jak wynika z danych z 2014 r., użytkownicy Facebooka publikują 41 tys. postów na sekundę²⁷. Nie wiadomo, jaki odsetek z nich jest blokowany przez serwis na podstawie jego regulaminu. Firma w ramach tzw. *Raportu przejrzystości* podaje jedynie statystyczne informacje dotyczących uwzględniania nakazów blokowania treści oraz nakazów ujawnienia danych użytkowników pochodzących od instytucji państwowych²⁸.

Arbitralne, nieuzasadnione blokowanie przez moderatorów portali treści dodawanych przez użytkowników wpływa na ograniczenie korzystania przez nich z wolności słowa. Jednocześnie należy zaznaczyć, że gwarancje wynikające z praw człowieka wywierają bezpośredni skutek przede wszystkim w stosunku do podmiotów państwowych, a nie prywatnych. Kwestia horyzontalnego zastosowania praw człowieka (czyli pomiędzy podmiotami prywatnymi) wciąż jest dyskusyjna. Międzynarodowe organy ochrony praw człowieka dostrzegają jednak zagrożenia wynikające z działań prywatnych podmiotów, które mogą wiązać się z ingerencją np. w wolność słowa. ETPC koncentruje się w takich sytuacjach na egzekwowaniu pozytywnych obowiązków państwa, które wynikają z art. 10 EKPC²⁹.

²⁶ Raport Specjalnego Sprawozdawcy Organizacji Narodów Zjednoczonych ds. promocji oraz ochrony prawa do wolności wyrażania opinii oraz wolności wypowiedzi, 16.05.2011, raport dostępny na stronie: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A_HRC.17.27_en.pdf (dostęp: 9.12.2016).

²⁷ Opinia przyjaciela sądu European Digital Media Association, CCIA i EuroISPA przed Wielką Izbą ETPC w sprawie *Delfi v. Estonia*, maj 2014, Annex A, opinia dostępna na stronie: http://www.ccianet.org/wp-content/uploads/2014/06/CCIA-EDiMA-EuroISPA-submission-on-Delfi-case_June-2014.pdf (dostęp: 7.12.2016). Statystyki podane w opinii zostały opracowane przez jej autorów na podstawie danych Eurostatu.

²⁸ <https://govtrequests.facebook.com> (dostęp: 7.12.2016).

²⁹ Wyrok ETPC z 16 grudnia 2008 r. w sprawie *Khurshid Mustafa i Tarzibachi p. Szwecji*, skarga nr 23883/06; wyrok ETPC z 6 maja 2003 w sprawie *Appleby i inni p. Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 44306/98.

Na ich podstawie wymaga się od państw podejmowania działań zmierzających do zagwarantowania poszanowania praw także w relacjach horyzontalnych, a w razie ich naruszenia – umożliwienia jednostkom skutecznego dochodzenia ochrony. W praktyce pozytywne obowiązki wynikające z praw człowieka obligują państwo przede wszystkim do wprowadzenia odpowiednich regulacji na poziomie krajowym oraz orzecznictwa, które chronią prawa jednostek przed pogwałceniem ich przez inne podmioty prywatne (osoby fizyczne, firmy). Analizując tego rodzaju sprawy, Trybunał bierze pod uwagę w swojej analizie takie czynniki, jak charakter prawa, którego dotyczyła ingerencja, istnienie interesu publicznego, wagę wartości stojących w sprzeczności z wolnością słowa w danej sytuacji, dostępność alternatywnych środków przekazywania informacji czy wreszcie zakres i dotkliwość zastosowanego środka, który ingerował w swobodę wypowiedzi³⁰. Innymi słowy, gdy w wyniku działalności portalu społecznościowego dochodzi do ingerencji np. w moje prawo do rozpowszechniania informacji, powołując się na prawa człowieka, mogę wymagać odpowiedniej interwencji ochronnej od organów państwa.

W tzw. miękkim prawie (*soft law*) tworzonym przez instytucje Rady Europy wprost wskazuje się, że „wszelkie działania podjęte przez władze państwowe lub **podmioty sektora prywatnego** podejmowane w celu blokowania lub innego ograniczenia dostępu do całej platformy internetowej (media społecznościowe, serwisy społecznościowe, blogi lub inne strony internetowe) [...]” oraz „działania podjęte przez władze państwowe lub **podmioty z sektora prywatnego** polegające na blokowaniu, filtrowaniu lub usuwaniu treści z Internetu [...] muszą pozostawać w zgodzie z art. 10 EKPC i zawartymi w nim kryteriami legalności, celowości i proporcjonalności ograniczeń”³¹ [wyróżnienia – aut.]. W wydanych przez Radę Europy *Wytycznych dotyczących praw człowieka dla dostawców usług internetowych* podkreśla się, że zminimalizowaniu ryzyka arbitralnej ingerencji administratorów portali internetowych w wolność słowa użytkowników tych serwisów służy przede wszystkim wypracowanie „klarownych i dostępnych reguł funkcjonowania portalu, zwłaszcza w odniesieniu do kryteriów blokowania treści oraz systemów filtrujących używanych przez administratora, obowiązek każdorazowej weryfikacji charakteru treści (rekomenduje się zwrócenie się do kompetentnych organów krajowych w celu uzyskania pomocy w tym zakresie), a także wprowadzenie przejrzystej procedury odwoławczej”³¹. Dokument odsyła ponadto do szczegółowych rekomendacji i deklaracji Komitetu Ministrów Rady Europy, w których znajdziemy dalsze rekomendacje w tym zakresie. W jednej z deklaracji Komitetu Ministrów znalazło się ponadto ogólne zalecenie dla państw członkowskich, aby wspierały rozwój „samoregulacji” podmiotów z sektora technologii informacyjnych, wymagając jednocześnie, aby samoregulacja ta odpowiadała standardom swobody wypowiedzi³².

³⁰ Tamże. Zob. *Internet: Council of Europe, Case law of the European Court of Human Rights, 2015*, tekst dostępny na stronie: http://www.echr.coe.int/documents/research_report_internet_eng.pdf (dostęp: 5.12.2016).

³¹ Council of Europe, *Human rights guidelines for Internet service providers, 2008*, tekst dostępny na stronie: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016805a39d5> (dostęp: 6.12.2016).

³² Deklaracja Komitetu Ministrów Rady Europy dotycząca praw człowieka i ochrony praworządności w kontekście Społeczeństwa Informacyjnego CM (2005)56, 13.05.2005, tekst dostępny na stronie: http://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Public_participation_internet_governance/Declaration-Information-Society/011_DeclarationFinal%20text_en.asp (dostęp: 6.12.2016).

Wspieranie rozwoju samoregulacji firm internetowych spotyka się jednak z wieloma sceptycznymi głosami. Zdaniem ich autorów samoregulacja niekoniecznie oznacza wzmocnienie pozycji użytkownika wobec cyberkorporacji i podniesienie poziomu poszanowania jego praw, ale wiąże się w istocie ze wzmocnieniem „władzy” administratorów portali nad przepływem treści w sieci i dobrowolnym „zrzeczeniem” się przez państwo kontroli nad tym obszarem. Zwraca się ponadto uwagę, że regulaminy serwisów społecznościowych mogą być bardziej restrykcyjne niż prawo, tj. mogą narzucać takie regulacje, które będą przewidywać zablokowanie nie tylko bezprawnych materiałów, ale również takich, które w świetle danego porządku krajowego są zgodne z prawem³³. Nie sposób odmówić racji tym obawom. Dlatego tak ważne jest poddanie procesów samoregulacyjnych zewnętrznej, niezależnej kontroli. Organizacje międzynarodowe zajmujące się prawami człowieka także dostrzegły, że samoregulacja nie jest wystarczającym środkiem zabezpieczającym przed nadużyciami. Dlatego Komitet Ministrów Rady Europy zwraca uwagę, że państwa powinny zadbać, aby użytkownicy korzystający z usług firm sektora technologii informacyjnych mieli możliwość skutecznego odwołania się od wszelkich środków stosowanych przez te podmioty, które ingerują w ich swobodę wypowiedzi. Taka procedura odwoławcza powinna być zgodna z wymogami art. 6 EKPC³⁴. Co ciekawe, w jednym z dokumentów opracowanych przez Organizację Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie wprost wskazuje się, że wszelkie decyzje administratorów portali internetowych dotyczące blokowania treści, oparte na samoregulacji, powinny być weryfikowane w ramach odpowiedniej procedury odwoławczej, obejmującej w szczególności możliwość poddania ich kontroli sądowej³⁵.

Jeśli chodzi o realizację przez Polskę pozytywnego obowiązku zapewniania możliwości odwołania się do sądu przez użytkownika, który uznaje, że dany serwis społecznościowy bez uzasadnionego powodu zablokował dodane przez niego treści, wciąż – jak się wydaje – istnieje pewna luka do zapełnienia. W aktualnym stanie prawnym możliwość skutecznego dochodzenia praw przed sądem w takiej sytuacji, abstrahując od kwestii jurysdykcyjnych, nie jest oczywista. W debacie publicznej, która rozpoczęła się po tym, jak Facebook zablokował wspomniane wcześniej profile prawicowych organizacji w Polsce, wskazywano na różne, niekiedy dość nowatorskie, możliwe warianty działań prawnych. Odwoływano się np. do ustawy o ochronie danych osobowych, kodeksu wykroczeń, ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów („naruszenie zbiorowych interesów konsumentów”), a nawet do przepisów o ochronie dóbr osobistych („bo w XXI wieku takim dobrem jest posiadanie konta na portalu społecznościowym”)³⁶. Jak dotąd nie mamy jednak żadnego orzeczenia polskiego sądu w podobnej sprawie. Proces dotyczący ekscesywnego blokowania treści toczy się natomiast obecnie przed sądem francuskim. Zainicjował go pewien miłośnik sztuki, który pozwał portal Facebook za zablokowanie zdjęcia obra-

³³ EDRI, *The slide from self-regulation to corporate censorship*, 2011, tekst dostępny na stronie: https://edri.org/files/EDRI_selfreg_final_20110124.pdf (dostęp: 6.12.2016).

³⁴ Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie wolności w Internecie, dz. cyt.

³⁵ OBWE, *A study of legal provisions and practices related to freedom of expression, the free flow of information and media pluralism on the Internet in OSCE participating States*, 2012, s. 52, tekst dostępny na stronie: <http://www.osce.org/fom/105522?download=true> (dostęp: 8.12.2016).

³⁶ S. Cydzik, *Cenzura na Facebooku: grzywna za skasowanie cudzego fanpage'u lub prywatnego profilu*, „Rzeczpospolita”, 3.11.2016, tekst dostępny na stronie: <http://www.rp.pl/Internet/311039977-Cenzura-na-Facebooku-grzywna-za-skasowanie-cudzego-fanpageu-lub-prywatnego-profilu.html#ap-1> (dostęp: 8.12.2016).

zu XIX-wiecznego malarza Gustawa Courbeta *Pochodzenie świata*, ukazującego intymne części ciała kobiety³⁷. Z ciekawością oczekuję na rozstrzygnięcie tej sprawy przez sąd w Paryżu.

5. Podsumowanie

Obecnie coraz częściej zdarza się, że to nie państwo, ale prywatne podmioty zagrażają swoimi działaniami prawom człowieka. Wśród nich firmy z branży technologii informacyjno-komunikacyjnej odgrywają szczególnie istotną rolę ze względu na faktyczną kontrolę, jaką sprawują nad przepływem informacji w sieci, i w konsekwencji znaczący wpływ, jaki mają na realizację oraz ochronę podstawowych praw i wolności w internecie. W tym obszarze ważną pozycję zajmują portale społecznościowe, które stały się kluczowym pośrednikiem nie tylko w dostępie do informacji o charakterze osobistym, ale także informacji dotyczących bieżących wydarzeń. Przedstawiony przegląd wybranych standardów międzynarodowych dowodzi, że specyfika funkcjonowania firm internetowych oraz ich znaczenie zostało dostrzeżone przez organy ochrony praw człowieka i organizacje międzynarodowe. Standardy te formułowane są w większości pod adresem państw, które w ramach wypełnienia pozytywnych obowiązków wynikających m.in. ze swobody wypowiedzi czy prawa do prywatności, są zobligowane stworzyć odpowiednie ramy dla działania m.in. serwisów społecznościowych, minimalizujące ryzyko ingerencji w prawa ich użytkowników.

Dotyczy to w szczególności wrażliwych aspektów działania portali społecznościowych, jak zarządzanie treścią dodawaną przez użytkowników. Proces ten wymaga bowiem ważenia różnych wartości, niekiedy pozostających ze sobą w sprzeczności. Z jednej strony portale te nie powinny arbitralnie i ekscesywnie blokować treści użytkowników bez istotnego powodu, ale z drugiej strony są także ważnym ogniwem w walce z bezprawnymi materiałami, na które mają obowiązek reagować. Jak wynika ze wspomnianych dokumentów organizacji międzynarodowych, w ramach realizacji pozytywnych obowiązków państwa powinny wspierać samoregulację firm internetowych, wpływając jednocześnie na to, aby spełniała ona odpowiednie kryteria, m.in. transparentności, dostępności czy obecności mechanizmów odwoławczych. Kluczowe jest jednak, aby działalność firm internetowych była dodatkowo poddana kontroli państwa przez wprowadzenie odpowiednich przepisów prawa krajowego, a w szczególności możliwości skutecznego dochodzenia praw przed sądem przez osoby poszkodowane.

Warto zauważyć ponadto, że międzynarodowe organizacje praw człowieka zwracają się już nie tylko do państw w kwestii konieczności ochrony praw podstawowych w sieci, a wprost do firm świadczących usługi internetowe. Coraz częściej formułują bezpośrednio pod ich adresem postulaty wypracowania swoistych mechanizmów w obszarze tzw. CSR (*corporate social responsibility*). W 2014 r. Komisja Europejska, odwołując się do dorobku Organizacji Narodów Zjednoczonych w sprawie problematyki praw

³⁷ Associated Press, *Nude painting furore...*, dz. cyt.

człowieka i biznesu (por. *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*³⁸), opublikowała szczegółowe wytyczne odnoszące się konkretnie do sektora technologii informatycznych. Publikacja ta była elementem realizowania strategii dotyczącej społecznej odpowiedzialności biznesu, która została przyjęta przez UE w 2011 r.³⁹. Wytyczne te zawierają wskazówki w zakresie wdrożenia procedur należytej staranności (*due diligence*) oraz badania wpływu na prawa człowieka (*human rights impact assessment*) dla usługodawców internetowych m.in. w kontekście zarządzania treściami publikowanymi przez użytkowników⁴⁰. Dalsze wskazówki w tym zakresie znalazły się w opublikowanym w 2016 r. raporcie Specjalnego Sprawozdawcy ONZ ds. promocji oraz ochrony prawa do wolności wyrażania opinii oraz wolności wypowiedzi⁴¹. Specjalny Sprawozdawca sformułował szereg zaleceń skierowanych do firm z branży internetowej, mających pomóc tym podmiotom we wdrożeniu do własnych polityk odpowiednich standardów chroniących prawa człowieka. Co ciekawe, zapowiedział dodatkowo, że będzie dążył do badania stanu implementacji tych standardów, korzystając ze wszelkich dostępnych mu środków, w tym bezpośrednich wizyt w siedzibach firm internetowych.

Warto wspomnieć na koniec, że niewątpliwie istotną rolę w dalszym kształtowaniu polityk cyberkorporacji uwzględniających standardy z zakresu praw człowieka będzie miał rozwój orzecznictwa międzynarodowego w tym zakresie. Obecnie wciąż brakuje wyroków, które odnosiłyby się wprost do kwestii odpowiedzialności portali społecznościowych za zarządzanie treścią dodawaną przez użytkowników (zarówno w kontekście nadmiernego jej blokowania, jak i braku wymaganej reakcji na bezprawne materiały). Tymczasem, jak wskazują dotychczasowe doświadczenia po wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w tzw. sprawie *Google Spain*⁴², wśród standardów wypracowanych przez organy międzynarodowe to właśnie wyroki trybunałów w najbardziej efektywny sposób przekładają się na praktykę firm internetowych.



³⁸ ONZ, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, 21.03.2011, tekst dostępny na stronie: <http://www.ohchr.org/documents/issues/business/A.HRC.17.31.pdf> (dostęp: 9.12.2016).

³⁹ Wspólny komunikat Parlamentu Europejskiego i Rady *Prawa człowieka i demokracja w centrum działań zewnętrznych UE – Dążenie do bardziej skutecznego podejścia*, 12.12.2011, COM (2011) 886 final.

⁴⁰ Zob. więcej: D. Głowacka, *Odpowiedzialność administratorów stron internetowych za treści publikowane przez użytkowników w świetle sprawy Delfi AS v. Estonia* [w:] A. Bodnar, A. Płoszka (red.), *Wpływ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na funkcjonowanie biznesu*, Warszawa 2016.

⁴¹ Raport Specjalnego Sprawozdawcy Organizacji Narodów Zjednoczonych ds. promocji oraz ochrony prawa do wolności wyrażania opinii oraz wolności wypowiedzi, 11.05.2016, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/095/12/PDF/G1609512.pdf?OpenElement> (dostęp: 9.12.2016).

⁴² Wyrok TSUE z 13 maja 2014 r. w sprawie *Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, Mario Costeja González, C-131/12. Po wyroku Google udostępnił formularz dla osób, które mają uzasadniony interes w tym, aby ograniczyć dostępność niektórych treści w wyszukiwarce po wpisaniu w pole wyszukiwania ich imienia i nazwiska. Formularz dostępny jest na stronie: https://support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch&hl=en (dostęp: 9.12.2016).

ZUZANNA WARSO

Działalność badawczo-rozwojowa w świetle standardów praw człowieka

ochrona praw uczestników badań

1. Wstęp

Według danych Głównego Urzędu Statystycznego, od 2010 r. można było zaobserwować systematyczny wzrost udziału sektora przedsiębiorstw w finansowaniu działalności badawczo-rozwojowej¹. W 2015 r. z sektora tego pochodziło 39% wszystkich nakładów poniesionych przez podmioty prowadzące działalność B+R. W ciągu pięciu lat udział wzrósł o 14,6%. Zmiany te odpowiadają trendom globalnym². Ogromne kwoty na działalność B+R przeznaczane są m.in. przez branże farmaceutyczną i biotechnologiczną³.

Działalność badawcza przedsiębiorstw z obu tych sektorów związana jest z prowadzeniem badań naukowych z udziałem ludzi, a także wykorzystywaniem w badaniach danych osobowych i ludzkiego materiału biologicznego. O ile w przypadku eksperymentów na ludziach istnieją ugruntowane zasady, jak tego typu badania powinny być prowadzone, aby nie naruszać praw uczestników, w przypadku badań wykorzystujących jedynie dane osobowe lub materiał biologiczny szczegółowe wytyczne dopiero powstają.

2. Wolność badań naukowych i jej granice

Prowadzenie działalności naukowej wymaga wolności. Pojęcie wolności badań ma wymiar etyczny, który jest podstawą gwarancji prawnej⁴. Wolność badań naukowych została zagwarantowana w konstytucjach krajowych oraz aktach prawa międzynarodowego, np. zgodnie z art. 73 Konstytucji RP⁵ „każdemu

¹ Działalność badawcza i rozwojowa (w skrócie B+R) to systematycznie prowadzone prace twórcze, podjęte dla zwiększenia zasobu wiedzy, w tym wiedzy o człowieku, kulturze i społeczeństwie, jak również dla znalezienia nowych zastosowań dla tej wiedzy. Działalność badawczo-rozwojowa obejmuje trzy rodzaje badań: badania podstawowe, badania przemysłowe (dawniej: stosowane), prace rozwojowe. Źródło: Główny Urząd Statystyczny, Działalność Badawczo-Rozwojowa, zob. więcej: http://stat.gov.pl/cps/rde/xbcr/wroc/ASSETS_Dzialalnosc_badawcza_i_rozwojowa.pdf (dostęp: 5.12.2016).

² <http://www.oecd.org/innovation/inno/researchanddevelopmentstatisticsrds.htm>.

³ The 2015 EU Industrial R&D Investment Scoreboard, <http://iri.jrc.ec.europa.eu/scoreboard.html>.

⁴ Ch. Starck, *Wolność badań naukowych i jej granice*, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 3(80), s. 45-57.

⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 1997 Nr 78 poz. 483.

zapewnia się wolność twórczości artystycznej, badań naukowych oraz ogłaszania ich wyników, wolność nauczania, a także wolność korzystania z dóbr kultury”. Z kolei art. 13 Karty Praw Podstawowych (KPP)⁶ mówi o tym, że sztuka i badania naukowe są wolne od ograniczeń.

Wbrew literalnemu brzmieniu przepisu Karty, wolność badań naukowych nie jest jednak wartością absolutną. Może być ograniczona na podstawie art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Ograniczenie wymaga jednak formy ustawowej i uznania, że jest to konieczne „w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób”, przy czym ograniczenie nie może naruszać istoty wolności.

W doktrynie proponowane są różne katalogi granic wolności badań naukowych. Starck pisze o granicach wewnętrznych i zewnętrznych⁷. Granice wewnętrzne to nieuczciwości naukowe, błędy; granice zewnętrzne to granice nałożone na naukę z zewnątrz, aby chronić dobro wspólne i prawa innych. Ograniczenia są dopuszczalne, jeśli służą ochronie innych dóbr prawnych o randze konstytucyjnej. Z reguły ograniczenie wolności badań naukowych odnosi się nie do celów i wyników badania, ale do używanych środków i postępowania badawczego. Starck wymienia cztery dobra prawne, które mogą być podstawą ograniczenia, są to: „prawo osobowości”, ochrona środowiska (do tej kategorii zalicza także ochronę zwierząt), życie i nietykalność osobista oraz godność człowieka. Z kolei według Jarosz-Żukowskiej⁸, wolność badań naukowych może być ograniczona w celu ochrony nietykalności cielesnej i życia człowieka, zdrowia ludzkiego, prawa do ochrony danych osobowych oraz prawa do prywatności, godności człowieka, a także prawa do integralności człowieka, w tym integralności genetycznej.

W przypadku badań naukowych prowadzonych przez sektor farmaceutyczny i branżę biotechnologiczną granice wolności badań naukowych są wyznaczane przede wszystkim przez konieczność ochrony praw uczestników badań, takich jak prawo do nietykalności cielesnej i życia, godności, prawa do prywatności i ochrony danych osobowych. Podstawową zasadą, która ma zapewnić realizację praw uczestników, jest wymóg uzyskania od nich świadomej zgody na udział w badaniu.

3. Badania z udziałem człowieka

Wytyczne dotyczące badań z udziałem ludzi zostały sformułowane po drugiej wojnie światowej podczas procesu norymberskiego. Próby uregulowania prowadzenia badań na ludziach pojawiały się już przed wojną, jednak tworzone wytyczne były ignorowane, a nieetyczne praktyki nie wiązały się z odpowiedzialnością zawodową, dyscyplinarną lub karną. Dopiero tragiczne doświadczenia i ujawnienie zbrodniczych

⁶ Karta praw podstawowych, Dz. Urz. UE C 83 z 2010.

⁷ Ch. Starck, *Wolność badań...*, dz. cyt., s. 48-56.

⁸ S. Jarosz-Żukowska, L. Żukowski, *Wolność badań naukowych i nauczania* [w:] M. Jabłoński (red.), *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, seria e-monografie, nr 45, Wrocław 2014, s. 709-741.

eksperymentów prowadzonych przez nazistów na więźniach obozów koncentracyjnych doprowadziły do przełomu w tym zakresie.

Wydany w 1947 r. wyrok zawierał fragment zatytułowany „Dozwolone eksperymenty medyczne”, gdzie opisano 10 zasad dopuszczalności badań na ludziach, które stały się podstawą tworzenia bardziej szczegółowych wytycznych. Znanie są obecnie pod nazwą Kodeks norymberski. Zgodnie z pierwszą z nich warunkiem koniecznym do prowadzenia badań jest uzyskanie świadomej zgody uczestnika⁹.

Zasady prowadzenia badań na ludziach zostały rozwinięte w Deklaracji helsińskiej z 1964 r., przyjętej na forum Światowego Stowarzyszenia Lekarzy. Na przestrzeni ostatnich kilkudziesięciu lat Deklaracja uległa licznym modyfikacjom, jednak już w pierwotnej wersji podkreślono fundamentalne znaczenie wymogu otrzymania świadomej zgody uczestnika eksperymentu (podobnie jak we wszystkich dokumentach międzynarodowych i europejskich dotyczących zasad prowadzenia eksperymentów na ludziach¹⁰). Pierwsza rewizja Deklaracji helsińskiej miała miejsce w 1975 r. Jedną z kluczowych modyfikacji było wprowadzenie obowiązku uzyskania pozwolenia niezależnej komisji przed rozpoczęciem badania¹¹. Warto podkreślić, że Deklaracja helsińska adresowana jest przede wszystkim do lekarzy.

Mimo uzgodnienia zasad prowadzenia badań naukowych wciąż dochodziło do niewłaściwych praktyk w obszarze badań z udziałem człowieka.

Wydarzeniem, które miało szczególne znaczenie i doprowadziło do stworzenia kolejnych, po Kodeksie norymberskim i Deklaracji helsińskiej, wytycznych, były doniesienia na temat eksperymentu w miejscowości Tuskegee w Alabamie (Stany Zjednoczone), prowadzonego w latach 1932–1972. Przez 40 lat badacze obserwowali przebieg nieleczonej kiły u osób rasy czarnej.

W odpowiedzi na doniesienia o naruszaniu praw uczestników badania podjęto konkretne działania legislacyjne. W Stanach Zjednoczonych przyjęto ustawę *National Research Act* (1974), która obowiązuje do dziś. Ustawa wprowadzała m.in. obowiązek powołania niezależnych komisji, których zadaniem byłoby ocenianie projektów badań z punktu widzenia ochrony uczestników. Szokujące informacje dotyczące eksperymentu w Tuskegee doprowadziły także do powołania przez Kongres Amerykański Komisji Ochrony Osób Uczestniczących w Badaniach Biomedycznych i Behawioralnych. W 1979 r., po pięciu latach pracy, Komisja opublikowała raport *Etyczne zasady i dotyczące badań z udziałem ludzi* (*Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research*) nazywany Raportem z Belmont. Raport wskazywał trzy podstawowe zasady prowadzenia badań na ludziach: zasadę szacunku dla osoby, dobroczynienia oraz sprawiedliwości.

⁹ Zasada 1 Kodeksu norymberskiego brzmiała: „Dobrowolna zgoda uczestnika stanowi warunek konieczny dopuszczalności przeprowadzenia eksperymentu”.

¹⁰ J. Różańska, M. Czarkowski, *Świadoma zgoda na udział w eksperymencie medycznym. Poradnik dla badacza*, Naczelna Izba Lekarska, Warszawa 2008.

¹¹ R.V. Carlson, K.M. Boyd, D.J. Webb, *The revision of the Declaration of Helsinki: past, present and future*, „British Journal of Clinical Pharmacology” 2004, Vol. 57, No. 6.

Raport miał przełomowe znaczenie w określaniu norm bezpieczeństwa uczestników badań biomedycznych i behawioralnych. Z tego powodu wciąż uznawany jest za kluczowy dokument określający zasady realizacji badań naukowych na ludziach¹².

W późniejszych latach w miarę rozwoju krajowych przepisów dotyczących badań z udziałem ludzi i upowszechnieniem się praktyki prowadzenia badań wielośrodkowych, zainicjowano proces harmonizacji wytycznych. Efektem uzgodnienia wytycznych było przyjęcie *Zasad prawidłowego prowadzenia badań klinicznych* (*Good Clinical Practice Guidelines*, GCP). Ten uniwersalny kodeks etyczny został opracowany przez Międzynarodową Konferencję Harmonizacji Dobrej Praktyki Klinicznej i jest adresowany do wszystkich podmiotów prowadzących badania kliniczne¹³, w tym do firm farmaceutycznych.

Obecnie prowadzenie eksperymentów medycznych i badań klinicznych jest szczegółowo uregulowane w odpowiednich ustawach. W Polsce są to Prawo farmaceutyczne¹⁴ i ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty¹⁵. Wytyczne są zawarte także w Kodeksie Etyki Lekarskiej.

Równoległe do debaty, która toczyła się w gronie lekarzy i naukowców, kwestie związane z postępem medycyny i biologii były dyskutowane na forum organizacji międzynarodowych zajmujących się prawami człowieka.

Zasady prowadzenia badań naukowych z udziałem ludzi zawarto m.in. w Konwencji Rady Europy o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny z 4 kwietnia 1997 r. (tzw. konwencji bioetycznej)¹⁶. Kwestii badań naukowych poświęcony jest także protokół dodatkowy z 2005 r.

Konwencja bioetyczna adresowana jest do państw i ma charakter prawnie wiążący. Zgodnie z treścią dołączonych do niej oficjalnych wyjaśnień wolność badań naukowych w obszarze biologii i medycyny jest zasadna nie tylko ze względu na prawo ludzkości do wiedzy, ale także z uwagi na fakt, że badania mogą doprowadzić do znacznego postępu w ochronie zdrowia i położeniu pacjentów. W § 2 zastrzeżono, że wolność ta nie jest jednak absolutna. W obszarze badań medycznych ograniczają ją podstawowe prawa jednostki wyrażone w przepisach chroniących istotę ludzką. Protokół dodatkowy zawiera rozwinięcie zasad wynikających z konwencji.

¹² Por. Naczelna Izba Lekarska, Raport z Belmont, tekst dostępny na stronie: <http://www.nil.org.pl/dzialalnosc/osrodki-naczelnej-izby-lekarskiej/orodek-bioetyki/raport-belmoncki> (dostęp: 5.12.2016).

¹³ GCP definiuje badanie kliniczne jako każde badanie produktu medycznego z udziałem ludzi, prowadzone w celu odkrycia lub weryfikacji działań klinicznych, farmakologicznych lub farmakodynamicznych tego produktu. Celem badania klinicznego może być także identyfikacja działań niepożądanych badanego produktu lub ocena jego wchłaniania, dystrybucji, metabolizmu i wydalania, dla sprawdzenia bezpieczeństwa lub/i skuteczności stosowanego produktu. Dokument dostępny jest na stronie: http://www.mz.gov.pl/wp-content/uploads/2014/06/badania-kliniczne_20130410.pdf (dostęp: 5.12.2016).

¹⁴ Ustawa z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne, Dz.U. 2001 Nr 126 poz. 1381.

¹⁵ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty, Dz.U. 1997 Nr 28 poz. 152.

¹⁶ Konwencja bioetyczna została zawarta 4 kwietnia 1997 r. w Oviedo (Hiszpania). Do tej pory ratyfikowało ją 29 państw. Polska podpisała konwencję w maju 1997 r., wciąż jednak jej nie ratyfikowała.

4. Badania wykorzystujące dane osobowe

Dzięki rozwojowi technologii model badań naukowych z udziałem człowieka ewoluuje. Coraz częściej miejsce uczestnika badania zajmuje jego materiał biologiczny lub dane osobowe. Dzięki komputeryzacji i standaryzacji dokumentacji medycznej łatwiej jest prowadzić badania naukowe, wykorzystując dane pacjentów. Umożliwia to uzyskanie dużej próby badawczej, a te same dane mogą być wykorzystywane wielokrotnie.

Badania naukowe wykorzystujące rejestry i zbiory danych mają swoją specyfikę. Podobnie jak badania na ludzkim materiale biologicznym, charakteryzuje je niskie bezpośrednie ryzyko zdrowotne dla dawcy, częsta nieznajomość jasno sprecyzowanego celu przyszłych badań w momencie uzyskania danych, znaczna liczba przypadkowych znalezisk oraz możliwość uzyskania informacji dotyczących osób trzecich¹⁷.

Trudności w szczegółowym sprecyzowaniu celów przyszłego badania naukowego w momencie gromadzenia danych lub materiału biologicznego sprawia, że tradycyjny model świadomej zgody uczestnika nie może być zastosowany. Co do zasady bowiem zgoda powinna dotyczyć wszystkich czynności przetwarzania danych osobowych dokonywanych w tym samym celu. Jeśli dane są przetwarzane w różnych celach, na potrzeby każdego z nich powinna być udzielana odrębna zgoda.

W związku z tymi trudnościami proponowane są alternatywne modele zgody. Do najbardziej popularnych należy zgoda rozszerzona lub zgoda dynamiczna.

Zgoda rozszerzona polega na wyrażeniu przyzwolenia na szerszy zakres badań naukowych i nie jest ograniczona do konkretnego badania lub projektu¹⁸. Z kolei zgoda dynamiczna zakłada pozostawanie w kontakcie z osobą, której dane lub materiał biologiczny ma być wykorzystany, i każdorazowe uzgadnianie, czy wyraża ona zgodę na konkretne badanie.

Możliwość uzyskania zgody rozszerzonej w przypadku wykorzystania w badaniach naukowych danych osobowych został przewidziany w tzw. ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych osobowych¹⁹ (dalej: rozporządzenie), które zostało przyjęte przez Parlament Europejski w kwietniu 2016 r., a zacznie być stosowane od 25 maja 2018 r. Autorzy rozporządzenia dopuścili możliwość uzyskania zgody na niektóre obszary badań naukowych, o ile badania te są zgodne z uznanymi normami etycznymi.

Co istotne, rozporządzenie dopuszcza wykorzystanie danych osobowych do celów badań naukowych również bez konieczności uzyskania zgody. Jest to możliwe, ponieważ prowadzenie badań naukowych

¹⁷ Szerzej o specyfice badań z wykorzystaniem materiału biologicznego: J. Pawlikowski, *Dyskusja wokół koncepcji świadomej zgody w kontekście badań naukowych z użyciem ludzkiego materiału biologicznego*, „Diametros” 2015, nr 44, s. 89-109.

¹⁸ Zastosowanie zgody rozszerzonej oznaczałoby możliwość wyrażenia zgody na wykorzystanie danych jedynie w badaniach finansowanych ze środków publicznych lub prowadzonych w określonej dziedzinie medycyny.

¹⁹ Pełna nazwa to Rozporządzenie w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE.

zostało uznane za tzw. uzasadniony interes administratora. Koncepcji „uzasadnionego interesu administratora” poświęcono opinię 06/2014 opracowaną przez Grupę Roboczą art. 29²⁰.

Za możliwością wykorzystania danych osobowych do celów badań naukowych bez konieczności uzyskiwania zgody osoby, której dane dotyczą, przemawiają dwa argumenty. Po pierwsze, przetwarzanie danych może być niezbędne dla korzystania z wolności nauki, która, jak już wspomniano, stanowi prawo podstawowe zagwarantowane m.in. w art. 13 Karty Praw Podstawowych. Po drugie, postęp naukowy leży w interesie publicznym. Jednocześnie nie należy ignorować konieczności poszanowania prywatności uczestników badań.

Prace nad rozporządzeniem trwały ponad cztery lata. Podczas tego okresu zgłoszono tysiące poprawek. Część z nich dotyczyła przepisów o wykorzystaniu danych osobowych do celów badań naukowych. O ile projekt Komisji Europejskiej dawał naukowcom większą swobodę w tym zakresie, poprawki zaproponowane w wyniku prac parlamentarnej Komisji Wolności Obywatelskich, Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych (LIBE) umożliwiałyby wykorzystanie danych osobowych do prowadzenia badań naukowych bez obowiązku każdorazowego uzyskiwania indywidualnej zgody, jedynie jeśli uzasadniałoby to „istotny interes publiczny” (ang. *high public interest*), a badania nie mogłyby być prowadzone w żaden inny sposób. W opinii środowisk badawczych zmiany zaproponowane na etapie prac w komisji parlamentarnej uniemożliwiłyby prowadzenie niektórych rodzajów badań naukowych. Ostatecznie zrezygnowano z ograniczenia możliwości wykorzystania danych osobowych do celów badań bez zgody jedynie do sytuacji, gdy uzasadnia to istotny interes publiczny, i pozostano przy pojęciu „uzasadnionego interesu administratora”.

Podczas dyskusji nad tym, w jaki sposób uregulować wykorzystanie danych osobowych do celów badań naukowych, podnoszono argument, że nie ma potrzeby wprowadzania ograniczeń w tym zakresie, ponieważ istnieją mechanizmy, np. w postaci nadzoru komisji etycznych, które gwarantują poszanowanie praw jednostki w przypadku wykorzystania jej danych do celów badań naukowych. Podkreślano²¹, że obowiązek nadzoru nad tego typu badaniami wynika z Deklaracji helsińskiej.

W tym miejscu warto podkreślić, że Deklaracja adresowana jest przede wszystkim do lekarzy. Obecnie jednak nie tylko lekarze prowadzą badania wykorzystujące dane osobowe. Ponadto nadzór komisji etycznych nad tego typu badaniami wciąż nie we wszystkich państwach jest utrwaloną praktyką, np. w Polsce prawo nie określa, czy i jakie komisje etyczne powinny opiniować badania naukowe na danych osobowych.

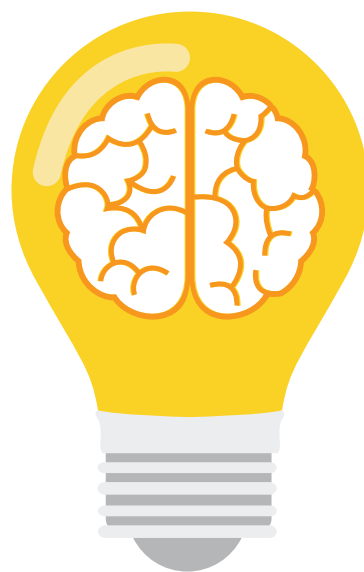
²⁰ Grupa Robocza art. 29, opinia 06/2014 w sprawie pojęcia uzasadnionych interesów administratora danych zawartego w art. 7 dyrektywy 95/46/WE, 2014, tekst dostępny na stronie: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_pl.pdf (dostęp: 5.12.2016).

²¹ <http://www.datasaveslives.eu/media/1130/faq-v3.pdf> (dostęp: 30.08.2016).

5. Uwagi końcowe

Ze względu na rozwój technologiczny badania naukowe wykorzystujące dane osobowe stają się coraz powszechniejsze. Ponadto, jak już wspomniano, badania tego typu prowadzone są nie tylko przez lekarzy lub sektor farmaceutyczny²². Przedsiębiorstwa z różnych sektorów są coraz silniej zaangażowane w prowadzenie działalności B+R.

W świetle tych zmian konieczne jest wypracowanie jednolitych zasad, gwarantujących poszanowanie praw osób, których dane wykorzystywane są w badaniach naukowych, podobnie jak ma to miejsce w przypadku badań medycznych z bezpośrednim udziałem człowieka. Choć kwestia ta została poruszona na etapie prac nad ogólnym rozporządzeniem o ochronie danych osobowych, nie sformułowano w tym dokumencie wprost obowiązku uzyskania opinii komisji etycznej w sytuacji, gdy dane wykorzystywane są bez zgody. Z tego względu, oraz w świetle *Wytycznych dotyczących biznesu i praw człowieka*, to na poszczególnych państwach spoczywa obowiązek zagwarantowania uczestnikom badań ich praw.



²² Jako przykład można podać wykorzystanie danych osobowych pacjentów przez firmy z sektora IT, np. Google. Pod koniec kwietnia 2016 r. świat obiegły informacje o porozumieniu zawartym między firmą Google a brytyjskim NHS. Zgodnie z treścią dokumentu, do którego dotarli dziennikarze „New Scientist”, należąca do Google firma DeepMind zajmująca się rozwojem mechanizmów sztucznej inteligencji uzyskuje dostęp do danych 1,6 mln pacjentów, którzy byli leczeni w jednym z trzech londyńskich szpitali. Porozumienie uwzględnia dostęp do danych pacjentów z ostatnich pięciu lat, [za:] <https://www.newscientist.com/article/2086454-revealed-google-ai-has-access-to-huge-haul-of-nhs-patient-data/> (dostęp: 5.12.2016).

DOROTA PUDZIANOWSKA

Wolność gospodarcza pracodawców a odpowiedzialność za dyskryminację w miejscu pracy

W dyskusji nad projektem tzw. dyrektywy horyzontalnej¹ argumentem podnoszonym przeciwko jej przyjęciu przez część środowiska pozarządowego, w tym organizacje reprezentujące pracodawców, jest to, że nowa dyrektywa antydyskryminacyjna ograniczy wolność gospodarczą w UE. Podnosi się, że „[o]dmowa zawarcia umowy z osobą charakteryzującą się określoną cechą chronioną skutkować będzie daleko idącą odpowiedzialnością finansową z tytułu zadośćuczynienia”. Rozwiązanie takie „będzie stanowić zachętę dla nękania przedsiębiorców masowymi pozwami, które narażać ich będą na dodatkowe, wysokie koszty i poważnie utrudniać działalność”. Dodatkowo „[t]ej finansowej odpowiedzialności trudno będzie uniknąć ze względu na domniemanie dyskryminacji po stronie usługodawcy”².

Argumenty takie jak przytoczone wyżej należy ocenić krytycznie, przede wszystkim zwracając uwagę, że przepisy antydyskryminacyjne chroniące przed dyskryminacją różne grupy istnieją w polskim porządku prawnym od 2004 r., kiedy to zostały wprowadzone do Kodeksu pracy w związku z akcesją Polski do UE i koniecznością implementacji dyrektyw równościowych³. Dodatkowo tzw. ustawa równościowa z 2010 r.⁴ poszerzyła obszary, w których przysługuje ochrona, poza zatrudnienie pracownicze, wdrażając kolejne regulacje unijne. Warto też zwrócić uwagę, że ochrona przed dyskryminacją wynika z Konstytucji RP (w szczególności z art. 32), i jeszcze zanim weszła w życie tzw. ustawa równościowa, istniały mechanizmy dochodzenia praw przez ofiary dyskryminacji. Przykładowo Sąd Apelacyjny w Poznaniu w głośnej sprawie dotyczącej niewpuszczenia do jednego z lokali przy poznańskim rynku osoby pochodzenia romskiego, stwierdził: „[n]ie ulega wątpliwości, że odmowa umożliwienia powodowi wejścia do lokalu z uwagi na jego

¹ Projekt dyrektywy Rady Unii Europejskiej w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania osób bez względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną (COM 2008 (426)).

² Dyrektywa antydyskryminacyjna ograniczy wolność gospodarczą w UE, ordiouris.pl, <http://www.ordiouris.pl/wolnosc-gospodarcza/dyrektywa-antydyskryminacyjna-ograniczy-wolnosc-gospodarcza-w-ue> (dostęp: 08.12.2016).

³ Przepisy te zostały wprowadzone do Kodeksu pracy ustawą nowelizującą (Ustawa z dnia 14 listopada 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Dz. U z 2003 nr 213 poz. 2081). Wcześniej rozdział IIa Kodeksu pracy odnosił się jedynie do równego traktowania w zatrudnieniu kobiet i mężczyzn. Przepisy te weszły w życie 1 stycznia 2004 r. i od tego czasu zawarty w Kodeksie zakaz dyskryminacji obejmuje, poza nierównym traktowaniem ze względu na płeć, także przypadki nierównego traktowania ze względu na inne niedozwolone kryteria różnicowania.

⁴ Ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (Dz.U. Nr 254 poz. 1700, ze zm.).

romskie pochodzenie stanowiła naruszenie dobra osobistego, jakim jest prawo do godności osobistej. Niezbywalna godność człowieka obejmuje bowiem m.in. prawo do wysokiego poczucia własnej wartości z uwagi na swoje pochodzenie narodowe lub etniczne. **Wszelkie działania o charakterze dyskryminacyjnym z tego tytułu uznać należy za naruszenie tak rozumianego dobra osobistego**⁵. Istotną wartością dodaną regulacji o charakterze typowo antydyskryminacyjnym zawartych w Kodeksie pracy czy w tzw. ustawie równościowej jest to, że zawierają konkretne definicje form dyskryminacji i rozwiązania ułatwiające dochodzenie swoich praw ofiarom dyskryminacji, które w stosunku do przedsiębiorcy są z natury rzeczy stroną słabszą.

Warto zatem przybliżyć w tym miejscu podstawowe konstrukcje prawa antydyskryminacyjnego. Zrobię to na przykładzie przepisów Kodeksu pracy (dalej również: k.p.). Ten akt prawny wśród podstawowych zasad prawa pracy wymienia w art. 11² k.p. zasadę równych praw pracowników z tytułu jednakowego wypełniania takich samych obowiązków, co w szczególności dotyczy równego traktowania kobiet i mężczyzn w zatrudnieniu. Dodatkowo w art. 11³ k.p. wyrażony jest zakaz jakiejkolwiek dyskryminacji w zatrudnieniu, bezpośredniej lub pośredniej, w szczególności ze względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, a także ze względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy.

Zakres obowiązku pracodawcy równego traktowania pracowników określony jest w art. 18^{3a} § 1 k.p. Pracownicy powinni być traktowani równo w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych. W przepisie tym wskazane są też przykładowo kryteria dyskryminacji, identyczne jak te wskazane w art. 11³ k.p. Dyskryminacją według Kodeksu pracy jest różnicowanie sytuacji pracowników na podstawie niedozwolonych kryteriów, które są przykładowo wymienione w art. 11³ k.p. oraz w art. 18^{3a} § 1 k.p. W przepisach prawa pracy wymienione są też możliwe i najczęściej w praktyce występujące skutki dyskryminacji (art. 18^{3b} § 1), które mogą polegać na odmowie nawiązania lub rozwiązaniu stosunku pracy, niekorzystnym ukształtowaniu wynagrodzenia za pracę lub innych warunków zatrudnienia, pominięciu przy awansowaniu lub przyznawaniu innych świadczeń związanych z pracą, pominięciu przy typowaniu do udziału w szkoleniach mających na celu podniesienie kwalifikacji zawodowych. Z kolei w art. 18^{3c} k.p. szczególnie zaakcentowano równość pracowników w dziedzinie wynagradzania za pracę. Z przepisu tego wynika, że pracownicy mają prawo do jednakowego wynagrodzenia za jednakową pracę lub za pracę o jednakowej wartości (§ 1).

Warto zauważyć, że w ten sposób Kodeks pracy rozszerza pojęcie dyskryminacji w prawie polskim w porównaniu z prawem wspólnotowym, w którym wyliczenie niedozwolonych kryteriów różnicujących ma charakter wyczerpujący (por. np. art. 1 w związku z art. 2 ust. 1 dyrektywy Rady 2000/78/WE).

⁵ Sprawa Adama G., wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 29 lutego 2012 r.

Należy też zwrócić uwagę, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego, katalog przestępstw dyskryminacji ma charakter otwarty. Sąd Najwyższy (dalej również: SN) odnosi się do tej kwestii wprost, stwierdzając, że kryteria zakazu różnicowania m.in. warunków zatrudnienia wskazane w art. 18^{3a} § 1 k.p. są określone w katalogu otwartym. Dodatkowo Sąd Najwyższy wskazuje na inne niedozwolone kryteria różnicowania. Zalicza do nich okoliczności, które nie mają oparcia w odrębnościach związanych z obowiązkami ciążącymi na danych osobach, sposobem ich wypełnienia czy też ich kwalifikacjami (wyrok SN z 5 października 2007 r., II PK 14/07). Zatem np. przymioty osobiste pracownika, niezwiązane z wykonywaną pracą, takie jak „wyróżniająca się prezencja” (zadbany, atrakcyjny wygląd), są niedozwolonym kryterium różnicowania sytuacji pracowników (wyrok SN z 4 października 2007 r., I PK 24/07). Zdaniem SN w katalogu z art. 18^{3a} § 1 k.p. znajdują się istotne społecznie powody, które zostały uznane przez ustawodawcę za tak ważne, że z ich powodu niesprawiedliwe byłoby różnicowanie pracowników. Zdaniem SN wyrażenie „w szczególności” oznacza, że inne przyczyny dyskryminacji, których nie wymienia się w Kodeksie pracy muszą być na tyle istotne, że mają społeczne znaczenie. Może to być np. stan cywilny, nosicielstwo wirusa HIV czy wygląd pracownika. Natomiast jeśli występuje zróżnicowanie z przyczyn nieuznanych przez ustawodawcę za ważne, nie mamy do czynienia z dyskryminacją, a najwyżej z naruszeniem zasady równych praw pracowniczych, o których stanowi 11² k.p. (wyrok SN z dnia 2 października 2012 r., II PK 82/12).

Takie jak wskazano powyżej, opisane ujęcie przestępstw dyskryminacyjnych odróżnia regulacje Kodeksu pracy od regulacji tzw. ustawy równościowej, wprowadzającej zamknięty katalog przestępstw, z uwagi na które dyskryminacja jest zakazana. Ponadto, jak to już zostało wspomniane, w zależności od tego, o jaką cechę chronioną chodzi, ochrona przysługująca na mocy tej ustawy będzie różna.

Wyróżnia się cztery podstawowe formy dyskryminacji: dyskryminację bezpośrednią, dyskryminację pośrednią, molestowanie oraz zachęcanie do dyskryminacji. Definicje form dyskryminacji w polskich przepisach odzwierciedlają regulacje unijne. Są one zawarte w Kodeksie pracy i w tzw. ustawie równościowej. Odwołując się do Kodeksu pracy, można wskazać, że dyskryminacja bezpośrednia istnieje wtedy, gdy pracownik z jednej lub z kilku przyczyn był, jest lub mógłby być traktowany w porównywalnej sytuacji mniej korzystnie niż inni pracownicy (art. 18^{3a} § 3 k.p.). Dyskryminacja pośrednia natomiast to sytuacja, w której na skutek pozornie neutralnego postanowienia, zastosowanego kryterium lub podjętego działania występują lub mogłyby wystąpić niekorzystne dysproporcje albo szczególnie niekorzystna sytuacja w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkoleń w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych w stosunku do wszystkich lub znacznej liczby pracowników należących do grupy wyróżnionej ze względu na jedną lub kilka przyczyn, chyba że postanowienie, kryterium lub działanie jest obiektywnie uzasadnione ze względu na zgodny z prawem cel, który ma być osiągnięty, a środki służące osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne (art. 18^{3a} § 4 k.p.). Przejawem dyskryminowania jest także działanie polegające na zachęcaniu innej osoby do naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu lub nakazaniu jej naruszenia tej zasady (art. 18^{3a} § 5 pkt. 1) oraz niepożądane zachowanie, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności pracownika i stworzenie wobec niego zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery (molestowanie; art. 18^{3a} § 5 pkt 2). Szczególnym przypadkiem molestowania jest molestowanie seksualne (art. 18^{3a} § 6),

które stanowi dyskryminację ze względu na płeć. Jest to każde niepożądane zachowanie o charakterze seksualnym lub odnoszące się do płci pracownika, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności pracownika, w szczególności stworzenie zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery (na zachowanie to mogą się składać fizyczne, werbalne lub pozawerbalne elementy).

Trzeba też zauważyć, że regulacje antydyskryminacyjne nie są zero-jedynkowe. Jest to założenie dyrektyw, ale też Kodeksu pracy i tzw. ustawy równościowej, gdzie przewiduje się wyjątki od zakazu dyskryminacji. Przykładowo w Kodeksie pracy wymienione są w sposób enumeratywny okoliczności, w których różnicowanie przez pracodawcę sytuacji pracowników ze względu na podstawy dyskryminacji wskazane w art. 18^{3a} § 1 nie narusza zasady równego traktowania w zatrudnieniu (art. 18^{3b} § 2, 3, 4). Z uwagi na to, że są to wyjątki od ogólnej zasady równego traktowania pracowników, powinny być one interpretowane wąsko. Przykładowo zgodnie z art. 18^{3b} § 2 zasady równego traktowania w zatrudnieniu nie naruszają działania proporcjonalne do osiągnięcia zgodnego z prawem celu różnicowania sytuacji pracownika, polegające na niezatrudnianiu pracownika z jednej lub kilku przyczyn określonych w art. 18^{3a} § 1, jeżeli rodzaj pracy lub warunki jej wykonywania powodują, że przyczyna lub przyczyny wymienione w tym przepisie są rzeczywistym i decydującym wymaganiem zawodowym stawianym pracownikowi.

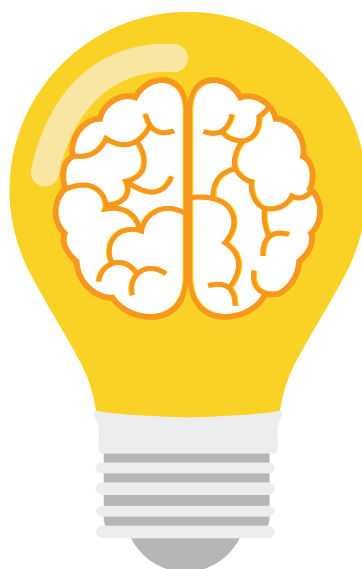
Cechą regulacji antydyskryminacyjnych jest to, że zmieniają rozkład ciężaru dowodu. To oznacza, że ofiara dyskryminacji musi jedynie uprawdopodobnić, że doszło do naruszenia, a nie musi udowadniać zawinienia sprawcy czy rozmiaru krzywdy. Biorąc znowu za przykład regulacje Kodeksu pracy – art. 18^{3b} § 1 *in fine* – k.p. zmienia rozkład ciężaru dowodu regulowany w art. 6 Kodeksu cywilnego⁸. Zgodnie z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, podczas gdy art. 18^{3b} § 1 k.p. zwalnia pracownika z konieczności udowodnienia faktu jego dyskryminacji. Na pracowniku spoczywa jedynie ciężar uprawdopodobnienia nierównego traktowania. Natomiast pracodawca – chcąc się zwolnić od odpowiedzialności, w szczególności odszkodowawczej – musi udowodnić, że nie dyskryminuje pracownika. Jest on więc przykładowo obowiązany wykazać, że odmówił zatrudnienia z innych przyczyn niż dyskryminujące pracownika.

Osoba, która jest ofiarą dyskryminacji, ma prawo do odszkodowania. W świetle art. 18^{3d} k.p. osoba, wobec której pracodawca naruszył zasadę równego traktowania w zatrudnieniu, ma prawo do odszkodowania w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę, ustalone na podstawie odrębnych przepisów. Sądy wskazują słusznie, że sformułowanie zawarte w art. 18^{3d} „odszkodowanie w wysokości nie niższej niż” bez określenia górnej granicy, zakłada różnicowanie wysokości odszkodowań w zależności od okoliczności konkretnego przypadku. Jest to zgodne z orzecznictwem SN (zob. wyrok SN z dnia 3 kwietnia 2008 r., II PK 286/07). W Polsce zasądzane kwoty odszkodowań z tytułu dyskryminacji nie są wygórowane (np.

⁸ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. z 1964 Nr 16 poz. 93 ze zm. (dalej: k.c.).

najwyższe odszkodowanie zasądzone na podstawie tzw. ustawy równościowej wyniosło 2,5 tys. zł⁹, a na podstawie przepisów Kodeksu – 100 tys. zł¹⁰).

Podsumowując, regulacje chroniące przed dyskryminacją istnieją w polskim porządku prawnym od dawna, a dyskusje nad tzw. dyrektywą horyzontalną nie dotyczą wprowadzenia regulacji nieznanych prawu polskiemu. Zatem argumenty przeciwko przyjęciu tej nowej dyrektywy są – w zakresie, w jakim sugerują, że chodzi o przyjęcie nowych rozwiązań i konstrukcji, które będą stanowić jakiś precedens w ograniczaniu swobody przedsiębiorcy – daleko idącym uproszczeniem. Pracom nad nową dyrektywą przyświecał cel polegający na naprawieniu fundamentalnej wady obowiązujących regulacji unijnych, tj. nierównej ochrony przed dyskryminacją różnych grup społecznych (np. obecnie szersza jest ochrona osób z uwagi na ich pochodzenie rasowe w porównaniu do osób z niepełnopravnościami). Te niedoskonałe rozwiązania są dziś zawarte w tzw. ustawie równościowej¹¹, a nowa dyrektywa spowodowałaby konieczność zmiany regulacji tej ustawy. Wyrównanie tej ochrony zapewne nie utrudni działalności przedsiębiorcom, a istotnie przyczyni się do poprawy standardu ochrony członków różnych grup narażonych na dyskryminację.



⁹ Sprawa Ariela T., wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie z dnia 9 lipca 2014 r., sygn. akt VI C 402/13.

¹⁰ D. Pudziańska, *Komentarz do wyników monitoringu stosowania przepisów antydyskryminacyjnych z zakresu prawa pracy* [w:] *Prawo antydyskryminacyjne w praktyce polskich sądów powszechnych. Raport z monitoringu*, M. Wieczorek, K. Bogatko (red.), Warszawa 2013, s. 70.

¹¹ Zwracały na to uwagę organizacje pozarządowe, m.in. Helsińska Fundacja Praw Człowieka. Tego problemu dotyczy też wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich do Trybunału Konstytucyjnego z 31 marca 2016 r.

MAŁGORZATA SZULEKA

Bojkot konsumencki jako skuteczne narzędzie ochrony praw człowieka

1. Wstęp

Proces z McDonaldem o zniesławienie, protesty przeciwko Nike w USA, pikety pod sklepami Lidla przeciwko naruszaniu praw pracowniczych – to tylko kilka przykładów bojkotów z ostatnich kilkunastu lat. Niezależnie od skali i stopnia zaangażowania, bojkoty konsumenckie mają często ten sam wspólny mianownik – sprzeciw wobec praktyk danej firmy (lub polityki danego państwa) i upominanie się o ważniejsze dobra, które w wyniku tych praktyk ucierpiały¹.

Ale czy odmowa zakupu danego towaru może stać się orężem w walce o ochronę praw człowieka? Analiza przypadków bojkotu konsumenckiego często wskazuje, że rzadko kiedy są one skuteczne², a z kolei te bojkoty, które częściowo się powiodły, w wielu przypadkach niekoniecznie prowadziły bezpośrednio do zmiany polityki danego przedsiębiorstwa, a stały się jedynie pierwszym krokiem w kierunku podwyższenia społecznej świadomości na temat danego problemu.

2. Zaczęło się (prawdopodobnie) od herbaty

Przyjmuje się, że jednym z pierwszych, a zarazem najbardziej brzemiennych w skutkach, był bojkot, który miał miejsce w Bostonie w 1773 r. W tamtym czasie na światowych rynkach trwała nadmierna podaż herbaty, co w efekcie powodowało, że jej ceny znacznie spadły. Brytyjski rząd wprowadził prawo, które pozwalało na sprzedaż herbaty w amerykańskich koloniach z pominięciem zwyczajowych ceł i podatków. To z kolei znacznie uderzyło w amerykańskich importerów tego produktu. Decyzje te wywołały wielkie społeczne niezadowolenie i doprowadziły do bojkotu importowanej herbaty. Wydarzenia z 1773 r., które przeszły do historii pod nazwą „herbatki bostońskiej”, okazały się później jedną z przyczyn amerykańskiej wojny o niepodległość³.

¹ Niniejszy artykuł koncentruje się na zagadnieniu bojkotu konsumenckiego, czyli inicjowanego przez samych konsumentów, a nie konkurujące przedsiębiorstwa. Na marginesie warto jednak zauważyć, że ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji określa czynem nieuczciwej konkurencji nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców (art. 15 pkt 2). Ta regulacja dotyczy tylko sytuacji, gdy po stronie nakłaniającego do bojkotu jest przedsiębiorca lub organizacja przedsiębiorców. Jeśli nakłaniającym jest osoba fizyczna, mamy do czynienia z oczernianiem.

² Por. M. Krukowska, *Pobawmy się w bojkot*, Forbes.pl, dostępne na: <http://csr.forbes.pl/bojkoty-konsumenckie,artykuly,183869,1,1.html> (dostęp: 19.12.2016).

³ Boston Tea Party, *The Tea Act: The Catalyst of the Boston Tea Party*, dostępne na: <https://www.bostonteatpartyship.com/the-tea-act> (dostęp: 19.12.2016).

Jednak swoją nazwę bojkot zawdzięcza wydarzeniom, które miały miejsce prawie 100 lat później w Irlandii Północnej. Lord Charles Boycott zarządzał majątkiem w hrabstwie Mayo w Irlandii. W 1880 r. odmówił swoim dzierżawcom zmniejszenia czynszu, co spowodowało, że wszyscy okoliczni mieszkańcy zerwali z nim stosunki zawodowe i towarzyskie, a przedsiębiorcy zaczęli odmawiać mu świadczenia usług i sprzedaży produktów⁴.

W pierwszej połowie XX wieku bojkot konsumencki staje się albo istotnym elementem kluczowych wydarzeń historycznych, albo zapoczątkowuje poważne zmiany. W latach 30. i 40. XX wieku żydowska wspólnota w USA bojkotowała wszystkie produkty pochodzące z nazistowskich Niemiec, z kolei bojkot transportu publicznego w Alabamie zapoczątkowany przez Rosę Parks stał się jednym z kluczowych ogniw w walce o prawa obywatelskie w USA⁵.

Z czasem bojkoty konsumenckie zaczęły coraz bardziej koncentrować się na konkretnych praktykach danych firm i chociaż bojkoty w dalszym ciągu do pewnego stopnia odpowiadały na naruszenie praw człowieka lub praw pracowniczych, to decydujące stawały się również inne kwestie, jak np. nieuczciwe praktyki danych firm lub ochrona środowiska.

3. Czym jest bojkot?

Najprościej bojkot konsumencki można zdefiniować jako odmowę nabywania dóbr lub usług od określonego producenta lub dostawcy. Odmowa ta najczęściej motywowana jest sprzeciwem wobec praktyk lub zachowań, które są nieakceptowane przez indywidualne osoby lub grupy społeczne bojkotujące dane produkty. Istotne w definicji bojkotu są trzy elementy: po pierwsze, bojkot jest zwykle inicjowany przez indywidualnych konsumentów lub grupy konsumentów, a nie np. firmy czy organy administracji, chociaż w trakcie akcji bojkotujących to do tych ostatnich kierowany jest apel o przyłączenie się do odmowy nabywania bojkotowanych dóbr; po drugie, celem bojkotu jest zmiana danych zachowań tych właśnie firm; po trzecie, bojkot zmierza do nakłonienia konsumentów do zmiany ich zachowań i wycofania się z niektórych segmentów rynku⁶.

W teorii wyróżnia się jeszcze dalej idące definicje bojkotu, a mianowicie przyjmuje się, że bojkot to jedno z antykonsumpcyjnych zachowań, a osoby bojkotujące są *de facto* aktywistami działającymi na danym rynku i odmawiającymi nabywania danych produktów ze względów politycznych, etycznych, społecznych czy ochrony środowiska⁷.

⁴ Encyclopaedia Britannica, hasło: *Charles Cunningham Boycott*, dostępne na: <https://www.britannica.com/biography/Charles-Cunningham-Boycott> (dostęp: 19.12.2016).

⁵ *Montgomery Bus Boycott*, dostępne na: <http://www.history.com/topics/black-history/montgomery-bus-boycott> (dostęp: 19.12.2016).

⁶ M. Friedman, *Consumer Boycotts: Effecting Change Through the Marketplace and Media*, Routledge 2002, s. 5.

⁷ S.C. Makarem, H. Jae, *Consumer Boycott Behavior: An Exploratory Analysis of Twitter Feeds*, „Journal of Consumer Affairs” 2015, Vol. 5, No 5, dostępne na: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/joca.12080/full> (dostęp 19.12.2016).

Bojkot może dzielić się zarówno na takie akcje, które nawołują do powstrzymania się od zakupu pewnej kategorii produktów (np. cukru), jak również na te, które nawołują do bojkotu konkretnej marki. Bojkot może przybierać różne formy, począwszy od indywidualnych deklaracji o odmowie zakupu lub korzystania z danych dóbr i usług do zorganizowanych akcji lub kampanii demonstrujących sprzeciw wobec np. praktyk danej firmy⁸.

Badania nad motywacjami osób przyłączających się do bojkotu wskazują, że sama chęć potępienia skandalicznych praktyk danego podmiotu to tylko jeden z czynników skłaniających do zaangażowania. Wśród pozostałych motywów wyróżnia się również: chęć zmiany, poprawa własnego samopoczucia przy jednoczesnym oszacowaniu racjonalności bojkotu oraz jego kosztów⁹. Istotną rolę w motywacjach do przyłączenia się do bojkotu odgrywają także osobiste emocje, które mogą decydować nie tylko o samym przyłączeniu się do bojkotu, ale też determinować cały jego przebieg i efekt¹⁰.

Jednak zachowania przy sklepowych kasach warunkowane są nie zawsze tylko chęcią sprzeciwienia się danym praktykom. W ostatnich latach bojkot przybrał bardziej afirmatywną i zarazem kompletnie odmienną formę, jaką jest *buycott* – czyli kupowanie danych produktów w celu wsparcia konkretnej firmy lub nawet państwa. Najsłynniejszą akcją typu *buycott* była ta zainicjowana przez rząd Izraela po tym, jak niektóre kraje UE (Wielka Brytania, Belgia i Dania) wprowadziły instrukcje dotyczące oznakowania produktów pochodzących z osadnictwa Izraela na Zachodnim Brzegu Jordanu¹¹.

4. Bojkot jako narzędzie ochrony praw człowieka

Siła oddziaływania bojkotu i jego społeczne reperkusje mogą wykraczać daleko poza zwykłą odmowę zakupu danych produktów, a zatem można zaryzykować stwierdzenie, że bojkot mógłby być postrzegany jako pośrednie narzędzie do ochrony praw człowieka. Tak jak w przypadku innych, bardziej klasycznych środków ochrony praw człowieka, tak również bojkot konsumencki opiera się na konflikcie poszczególnych wartości prawnie chronionych (np. wolność słowa a dobra osobiste, wolność zgromadzeń a interesy państwa). Zatem w przypadku analizowania poszczególnych akcji bojkotujących pod kątem ich znaczenia dla ochrony praw człowieka należy wziąć pod uwagę poszczególne dobra oraz proporcjonalność ich naruszeń.

Istotne znaczenie w tym zakresie ma również dostęp do wymiaru sprawiedliwości. Zgodnie z Wytocznymi ONZ dotyczącymi biznesu i praw człowieka państwa „w ramach obowiązku ochrony przed naruszeniami

⁸ M. Friedman, *Consumer Boycotts...*, dz. cyt.

⁹ J.G. Klein, N.C. Smith, A. John, *Why we boycott: Consumer motivations for boycott participation and marketer responses*, „Centre for Marketing Working Paper” 2002, No 2-701, dostępne na stronie: <http://facultyresearch.london.edu/docs/02-701.pdf> (dostęp 19.12.2016).

¹⁰ S.C. Makarem, H. Jae, *Consumer Boycott Behavior...*, dz. cyt.

¹¹ A. Odenheimer, *Israel to Launch 'Buycott' to Parry EU's Settlement Label Step*, bloomberg.com, dostępne na: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2015-11-12/israel-to-launch-buycott-to-parry-eu-s-settlement-label-step> (dostęp: 19.12.2016).

praw człowieka w związku z działalnością przedsiębiorstw muszą podjąć odpowiednie kroki, aby [...] zapewnić, poprzez odpowiednie środki i mechanizmy sądowe, administracyjne, legislacyjne i inne, dostęp do skutecznych środków zaradczych i naprawczych”¹².

Sprawy dotyczące bojkotu konsumenckiego w wielu wypadkach były rozstrzygane przez sądy zarówno na poziomie krajowym, jak i międzynarodowym. Za każdym razem sądy musiały odpowiedzieć na pytanie, czy bojkot i akcje, w ramach których się toczyły, były uzasadnionym działaniem grup społecznych czy nieuzasadnionym naruszeniem dobrego imienia danego przedsiębiorstwa.

4.1. McZnieważenie

Jedną z najśłynniejszych spraw dotyczących bojkotu konsumenckiego miała miejsce w Wielkiej Brytanii. W 1986 r. dwójka aktywistów londyńskiej gałęzi Greenpeace, Helen Steel i David Morris, opublikowali ulotkę „Co jest nie tak z McDonald’sem? Wszystko to, czego oni nie chcą, żebyście wiedzieli”. W ulotce McDonald’s został przedstawiony jako firma promująca niezdrowe nawyki żywieniowe, wykorzystująca dzieci i swoich pracowników, a także odpowiedzialna za znaczne szkody dla środowiska. Ulotka była dystrybuowana przez kilka lat, a McDonald’s pożywał kolejno dziennikarzy i działaczy, którzy powoływali się na informacje zawarte w ulotce. Wreszcie po kilku latach prywatnego śledztwa (ponieważ londyński oddział Greenpeace nie był formalnie zarejestrowany, więc firma musiała pozywać konkretne osoby), McDonald’s ustalił, że to Steel i Morris dystrybuują ulotki, i złożył przeciwko nim powództwo o ochronę dóbr osobistych, domagając się zadośćuczynienia w wysokości prawie 100 tys. funtów.

Pozew McDonald’s przeciwko dwójce aktywistów nie tylko przypominał starcie Dawida z Goliatem (dwójka aktywistów reprezentowała się sama, zaś McDonald’s wynajął najlepszych londyńskich prawników), ale była to również najdłuższa w historii brytyjskiego sądownictwa batalia. Proces ciągnął się ponad dwa lata, w trakcie których odbyło się ponad 300 sesji sądu, zgromadzono ponad 40 tys. stron dokumentów i przesłuchano prawie 200 świadków.

Sąd pierwszej instancji przyznał w większości rację powodowi, jednak wskazał też, że niektóre z punktów ulotki były prawdziwe, i znacznie zmniejszył kwotę żadanego zadośćuczynienia. Steel i Morris wnieśli apelację, ale również sąd drugiej instancji w znacznej części przyznał rację McDonald’sowi, chociaż podobnie jak sąd w poprzednim wyroku podkreślił zasadność niektórych punktów z ulotki. Mimo to zobowiązał pozwanych do zapłaty na rzecz firmy McDonald’s kolejno 36 tys. i 40 tys. funtów zadośćuczynienia. Pomimo prawomocnego wyroku McDonald’s nie podjął kroków w celu wyegzekwowania tej kwoty.

¹² Polski Instytut Praw Człowieka i Biznesu, Wytyczne dotyczące biznesu i praw człowieka. Wdrażanie dokumentu ramowego ONZ „Chronić, szanować i naprawiać”, dostępne na: http://odpowiedzialnybiznes.pl/wp-content/uploads/2014/10/Wytyczne_ONZ-UNGPs_BHR_PL_web_PiHRB.pdf (dostęp 19.12.2016).

Sprawa znalazła swój finał w Europejskim Trybunale Praw Człowieka, który w 2005 r. uznał, że Wielka Brytania naruszyła prawo skarżących do swobody wypowiedzi¹³. Europejski Trybunał Praw Człowieka potwierdził, że ulotka zawierała bardzo poważne treści, które mogły naruszyć dobre imię firmy. Trybunał podkreślił jednak, że wypowiedzi „o charakterze politycznym”, czyli takie, które dotyczą istotnych społecznie spraw, zasługują na szeroką ochronę w świetle art. 10 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Europejski Trybunał Praw Człowieka przyznał, że w przypadku kampanii społecznych pewnego rodzaju przerysowanie faktów (hiperbola) jest nie tyle dozwolone, co nawet często oczekiwane, jednak w przypadku tej sprawy granica została przekroczona, a granica między oceną a faktami była zatarta. Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał jednak, że zasądzona na rzecz McDonald'sa kwota zadośćuczynienia, pomimo tego, że nie została wyegzekwowana, była nieproporcjonalna.

Europejski Trybunał Praw Człowieka wskazał też, że McDonald's ma prawo dochodzić ochrony swojego dobrego imienia, jednak to na państwie leży obowiązek stworzenia warunków do swobodnej i nieskrępowanej debaty na temat m.in. działania takich firm. Europejski Trybunał Praw Człowieka zauważył również dysproporcję w dostępie do pomocy prawnej, jaką miał McDonald's, w stosunku do tego, jaką mieli (a raczej nie mieli) skarżący. I właśnie ze względu na ten brak rzetelności proceduralnej oraz nieproporcjonalnie wysokie odszkodowania Trybunał uznał jednomyślnie, że doszło do naruszenia wolności wypowiedzi (art. 10 Konwencji)¹⁴.

Komentując spór z McDonald'sem, Steel i Morris stwierdzili, że „firmy decydujące się wykorzystać represyjne prawo do walki z tymi, którzy je krytykują, muszą pamiętać, że sprawa w sądzie to nie tylko procedury prawne i wyrok. Możemy zmienić proces w forum opinii publicznej, ognisko protestów i miejsce jeszcze szerszego rozpowszechniania prawdy. Tak właśnie stało się w przypadku procesu o McZniesławienie [...]. Być może po raz pierwszy w historii tak potężna instytucja została poddana długotrwałej, szczegółowej i krytycznej kontroli publicznej. A to jest zawsze dobra rzecz”¹⁵.

4.2. Gdy to prawo zakazuje bojkotu

W lipcu 2011 r. izraelski parlament przyjął ustawę (tzw. Prawo antybojkotowe), w świetle której wszelka promocja akademickiego, ekonomicznego lub kulturalnego bojkotu osób czy też organizacji z powodu ich afiliacji z państwem Izrael lub z jedną z jego instytucji lub pochodzących lub działających na terenach kontrolowanych przez Izrael (w tym np. na Zachodnim Brzegu Jordanu) była zakazana.

Na mocy nowej ustawy przeciwko osobom lub organizacjom nawołującym do tego bojkotu może zostać wytoczone powództwo cywilne. Co więcej, osoby nawołujące do bojkotu nie mogą uczestniczyć w żadnym

¹³ Wyrok ETPC w sprawie *Steel i Morris p. Wielkiej Brytanii* z dnia 15 maja 2005 r., skarga nr 68416/01.

¹⁴ M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2005*, Kraków 2006, s. 161.

¹⁵ N. Klein, *No logo*, Warszawa 2004.

publicznym przetargu, a instytucje lub organizacje, które nawoływałyby do bojkotu, mogły być pozbawione wszelkich ulg podatkowych. Ustawa przewidywała również możliwość zasądzenia odszkodowania nawet w przypadku, gdyby do żadnej szkody w efekcie nawoływania do bojkotu nie doszło¹⁶.

Kilkunastu aktywistów (w tym m.in. Uri Avnery, szef Centrum na rzecz stosunków Izraelsko-Palestyńskich) zaskarżyło przepisy tej ustawy do Sądu Najwyższego. Skarżący wskazywali, że przepisy w tym zakresie naruszają wolność wypowiedzi i mogą wywołać efekt mrozący nie tylko w przypadku wypowiedzi nawołujących do bojkotu, ale również do wszelkiej krytyki rządu. Z drugiej strony rząd argumentował, że wprowadzone przepisy są konieczne z punktu widzenia ochrony interesów państwa i chronią obywateli Izraela oraz izraelskie przedsiębiorstwa przed nieuzasadnioną dyskryminacją.

W kwietniu 2015 r. Sąd Najwyższy Izraela wydał wyrok w tej sprawie, utrzymując w większości przepisy kontrowersyjnej ustawy. Izraelski sąd był jednomyślny w kwestii utrzymania w mocy przepisów dotyczących możliwości nakładania przez Ministerstwo Finansów sankcji administracyjnych wobec osób i organizacji, które nawoływałyby do bojkotu. Z drugiej strony sąd zakwestionował przepis nadający możliwość zasądzenia zadośćuczynienia bez udowadniania, że bojkot wyrządził rzeczywistą szkodę. W zdecydowanej większości (w stosunku głosów 8:1) Sąd Najwyższy utrzymał możliwość wytaczania powództw cywilnych przeciwko osobom i organizacjom nawołującym do bojkotu produktów pochodzących z całego obszaru Izraela i jego instytucji, a w stosunku 5:4 utrzymał w mocy przepisy pozwalające na wytoczenie powództwa przeciwko osobom i organizacjom pozarządowym nawołującym do bojkotu produktów pochodzących m.in. z osadnictw izraelskich na Zachodnim Brzegu Jordanu¹⁷.

W opinii większości sędziów bezdyskusyjnym pozostawał fakt, że prawo zakazujące bojkotu narusza swobodę wypowiedzi, jednak większość sędziów uznała, iż to prawo nie „narusza samego sedna tej swobody”, a nałożone ograniczenia pozostają proporcjonalne z punktu widzenia całego systemu prawnego państwa.

Sąd Najwyższy Izraela uznał, że bojkot w swojej istocie ma „charakter kameleona”, a przyjęte przez Kneset prawo wprowadza w tym zakresie przepisy umożliwiające rozpoznanie zmieniającej się natury tego zjawiska. Stąd, zdaniem sądu, o ile bojkot konsumencki inicjowany przez konsumentów i dotyczący tylko konsumenckich aspektów byłby dozwolony, o tyle bojkot z powodów politycznych w pewnych okolicznościach powinien być już ograniczony. Według Sądu Najwyższego Izraela, państwo powinno mieć możliwość bronięcia się przed tymi, którzy chcą narazić jego żywotne interesy na szwank. Izraelski sąd przyjął, że przepisy ustawy w tym zakresie stanowią emanację koncepcji „demokracji obronnej”¹⁸, która umożliwia wprowadzenie tak restrykcyjnych przepisów.

¹⁶ I. Kershner, *Israel Bans Boycotts Against the State*, The New York Times, dostępne na: <http://www.nytimes.com/2011/07/12/world/middleeast/12israel.html> (dostęp 19.12.2016).

¹⁷ Y. Einstein (red.), *Israel Yearbook on Human Rights 2016*, Vol. 46, dostępne na: https://books.google.pl/books?id=WyhoDQAAQBAJ&pg=PA349&dq=consumers+boycott+as+human+rights+tools&source=bl&ots=gub1VgxOv9&sig=ibsphXv9PMBPLNBvFzvDpns_3o&hl=en&sa=X&ved=0ahUKEwj0iPPdmanQAhVJkywKHa6tAdc4ChDoAQghMAI#v=onepage&q=consumers%20boycott%20as%20human%20rights%20tools&f=false (dostęp 19.12.2016).

¹⁸ Demokracja obronna (*defensive democracy* lub *militant democracy*) – założenie, że w niektórych przypadkach konieczne jest ograniczenie

W opinii większości sędziów nawoływanie do bojkotu stanowi swoistego rodzaju wypaczenie pierwotnej roli, jaką powinna pełnić swoboda wypowiedzi, czyli wzbogacanie dyskusji publicznej. Zdaniem sądu, jeżeli swoboda wypowiedzi pełni funkcję narzędzia naruszającego czyjeś prawo do podejmowania decyzji w zakresie spraw politycznych zgodnie ze swoim przekonaniem i poglądami, to zasadnym jest pewne ograniczenie samej wolności słowa. W opinii większości sędziów czasem samo nawoływanie do bojkotu może mieć wypaczoną formę, która w pewnych warunkach mogłaby przybierać postać wręcz „politycznego terroru”.

Z drugiej strony, w opinii mniejszości sędziów, którzy nie poparli głosu większości utrzymującego w mocy przepisy pozwalające na pozywanie za nawoływanie do bojkotu produktów pochodzących m.in. z osadnictw izraelskich na Zachodnim Brzegu Jordanu, nawoływanie do bojkotu jest przejawem niezadowolenia z polityki państwa względem terenów administrowanych przez Izrael i stanowi jeden z przejawów korzystania z wolności wypowiedzi i udziału w dyskusji publicznej. Według mniejszości sędziów, kwestie związane z polityką dotyczące zajmowanych przez Izrael terenów stanowią jeden z najgorętszych tematów w dyskusji publicznej i krytyka działań rządu w tym zakresie wcale nie musi być wprost skierowana przeciwko samym obywatelom Izraela¹⁹.

Wyrok wzbudził szereg kontrowersji i był szeroko komentowany zarówno w samym Izraelu, jak i na świecie. Jeden ze skarżących, Uri Avnery, określił, że przyjęte przez Kneset prawo „jest oczywistym atakiem na wolność wypowiedzi i pokojową działalność demokratyczną. Innymi słowy, jest to wadliwe, antydemokratyczne prawo”²⁰.

4.3. „Stop nazistowskim gadżetom”

Fundacja Zielone Światło²¹ prowadziła szeroką działalność, mającą na celu zwalczanie na rynku wolnego dostępu do przedmiotów promujących ideologię faszystowską i nazistowską. Przedmioty te były często dostępne na portalach aukcyjnych, w tym m.in. na portalu Allegro.

pewnych praw i wolności po to, by chronić np. system państwa lub funkcjonowanie najważniejszych instytucji demokratycznego państwa. Por. S.Navot, *Judicial review of political parties: evolution and recent developments – the case of Israel*, Constitutional Challenges: Global and Local, IX World Congress on the International Association of Constitutional Law, dostępne na: <https://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws13/w13-navot.pdf> (dostęp 19.12.2016).

¹⁹ A. Eldar, *Israeli High Court upholds anti-boycott law*, „Israel Pulse”, dostępne na: <http://www.al-monitor.com/pulse/sites/almonitor/contents/articles/originals/2015/04/israel-law-high-court-boycott-west-bank-settlements-justice.html> (dostęp 19.12.2016). Por. również: The Supreme Court of Israel, HCJ 5239/11, HCJ 5392/11, HCJ 5549/11, HCJ 2072/12, Uri Avnery i inni p. Knesetowi, dostępny na stronie: https://www.adalah.org/uploads/Boycott_decision_apri_2015_english_summary.pdf (dostęp 19.12.2016).

²⁰ Por. Uri Avnery, *Israel's anti-boycott law casts shadow on judicial independence*, Redress Information and Analysis, dostępne na: <http://www.redressonline.com/2015/04/israels-anti-boycott-law-casts-shadow-on-judicial-independence/> (dostęp 19.12.2016); Human Rights Watch, *Dispatches: Israeli Supreme Court Upholds 'Anti-Boycott Law'*, dostępne na: <https://www.hrw.org/news/2015/04/18/dispatches-israeli-supreme-court-upholds-anti-boycott-law> (dostęp 19.12.2016); Akiva Eldar, *Israeli High Court upholds anti-boycott law*, dostępne na: <http://www.al-monitor.com/pulse/originals/2015/04/israel-law-high-court-boycott-west-bank-settlements-justice.html> (dostęp 19.12.2016).

²¹ Strona Fundacji Zielone Światło: <http://www.zieloneswiatlo.org/>.

Fundacja Zielone Światło w ramach tych działań zwracała się do Allegro z apelem o usunięcie aukcji, w których te przedmioty były dostępne. Allegro początkowo usuwało poszczególne aukcje, ale z czasem zaczęło odpowiadać, że aukcje nie naruszają prawa i pozwoliło na ich prowadzenie. W 2010 r. Fundacja Zielone Światło i działająca przy niej grupa aktywistów zorganizowała protest pod hasłem „Nazizmu nigdy więcej na Allegro”, której elementem był rysunek: „Nazistowskim gadżetom mówimy nie. Stop Allegro”. Obrazek przedstawiał logotyp portalu allegro.pl, które zawierało w sobie symbol SS.

Grupa Allegro pozwała Fundację Zielone Światło i J.M. o dopuszczenie się naruszenia dóbr osobistych w postaci dobrej sławy i renomy spółki oraz zasad nieuczciwej konkurencji.

W 2013 r. Sąd Okręgowy w Warszawie przyznał rację powodowi. Sąd uznał, że doszło nie tylko do naruszenia dobrego imienia spółki, ale również do czynu z zakresu nieuczciwej konkurencji. Sąd nakazał Fundacji Zielone Światło oraz aktywistom usunięcie z miejsc publicznych spornych ilustracji oraz umieszczenie przeprosin na swojej stronie internetowej na 120 dni.

Fundacja Zielone Światło i J.M. odwołali się od tego wyroku, a Sąd Apelacyjny w Warszawie uchylił wyrok pierwszej instancji i oddalił powództwo. Sąd Apelacyjny uznał, że niewątpliwie doszło do naruszenia dobrego imienia powoda poprzez zakłócenie pozytywnego odbioru działalności Allegro przez jego klientów. Jednak ostry środek wyrazu w celu zwalczania sprzedaży gadżetów o charakterze nazistowskim na aukcjach portalu w postaci twórczej ekspresji Fundacji Zielone Światło oraz J.M. wyłącza bezprawność.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego „tragiczne doświadczenia wdrożenia w życie ideologii nazistowskiej w okresie drugiej wojny światowej dają legitymację organizacjom społecznym oraz osobom fizycznym do podejmowania działań mających na celu przeciwdziałanie propagowaniu wszelkiej ideologii nazistowskiej, w tym nakierowanych na wyeliminowanie transakcji sprzedaży symboli neonazistowskich”.

Sąd zwrócił również uwagę, że Sąd Okręgowy w Warszawie przejawiał pewne elementy stanu faktycznego, co miało wpływ na ocenę prawną sprawy. Ponadto sąd wskazał również, że w tej sprawie nie chodziło o rywalizację pomiędzy konkurentami działającymi w branży reklamowej i handlowej.

W wyniku skargi kasacyjnej powoda sprawa trafiła do Sądu Najwyższego, który skargę oddalił. Sąd Najwyższy uznał, że „w okolicznościach sprawy to powódka [Allegro – przyp. red.], a nie pozwani naruszyła art. 5 kodeksu cywilnego [nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa – przyp. red.], czyli chciała uczynić ze swego prawa użytek sprzeczny z zasadami współżycia społecznego [...]. Tragiczne doświadczenia narodu polskiego doznane w czasie drugiej wojny światowej nie pozwalają na zaakceptowanie tolerowania rozpowszechniania symboli hitlerowskich w czasie aukcji”²².

²² Sąd Najwyższy, sygn. akt I CSK 549/14.

4.4. Wylewanie piwa jako czyn nieuczciwej konkurencji²³

Dariusz Michalczewski wsparł działania Kampanii Przeciw Homofobii na rzecz wprowadzenia związków jednoptciowych. Poparcie Dariusza Michalczewskiego dla tej akcji spotkało się z ostrą reakcją środowisk konserwatywnych. Szef browaru Ciechan, Marek Jakubiak skomentował to wpisem na portalu społecznościowym, który zawierał stwierdzenie „życzę ci mamusi z fujarką zamiast piersi, będziesz miał co ssać!”. W odpowiedzi na ten wpis dwa warszawskie kluby zapowiedziały zerwanie współpracy z browarem Ciechan i uroczyste wylewanie zakupionego już piwa²⁴. W odpowiedzi na tę akcję browar Ciechan skierował powództwo dotyczące czynu nieuczciwej konkurencji przeciwko Fundacji Instytut Reportażu, która prowadziła jeden z tych klubów.

Sąd pierwszej instancji (w chwili oddawania tego tekstu do druku postępowanie w tej sprawie było w toku) przychylił się do żądań powoda i zasądził od Fundacji Instytut Reportażu kwotę 5 tys. złotych na rzecz Muzeum Powstania Warszawskiego i zobowiązał Fundację do publikacji przeprosin.

W tej sprawie opinię przyjaciela sądu złożyła Helsińska Fundacja Praw Człowieka. HFPC podkreślała, że nie da się interpretować ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w oderwaniu od konstytucyjnych i międzynarodowych standardów wolności słowa. Ustawa ta chroni przede wszystkim przed działaniami motywowanymi ekonomicznie, a nie politycznie czy światopoglądowo. HFPC wskazała na orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych. Oba sądy stoją na stanowisku, że gwarancjami wolności ekspresji objęte są nie tylko „klasyczne” formy komunikacji, takie jak słowo czy pismo, ale i niektóre zachowania symboliczne. Poziom ochrony wypowiedzi zależy natomiast od ich celu, a więc od tego, czy dotyczą one spraw istotnych dla debaty publicznej, czy są komercyjne (np. reklama).

HFPC wskazała, że dla rozstrzygnięcia sprawy kluczowe będzie więc ustalenie motywacji pozwanych²⁵.

5. Czy bojkot może być skuteczny?

Patti Lynn, szefowa amerykańskiej organizacji Corporate Accountability International, wskazuje, iż „bojkoty są nieprawdopodobnie skutecznym narzędziem, bo opierają się na założeniu, że to pieniądze stanowią najczęściej największą motywację dla korporacji. Dobrze przeprowadzony bojkot może zmienić rachunek zysków i strat i sprawić, że utrzymywanie status quo może być dla firmy za drogie”²⁶.

²³ W chwili oddawania tego tekstu do druku postępowanie w tej sprawie było w toku i nie zapadło w nim jeszcze prawomocne rozstrzygnięcie.

²⁴ *Warszawski lokal wyleje cały zapas piwa Ciechan. To protest przeciwko wypowiedziom właściciela browaru*, gazeta.pl, dostępne na: http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1.114871.16683647/Warszawski_lokal_wyleje_caly_zapas_piwa_Ciechan_To.html (dostęp 19.12.2016).

²⁵ *Opinia amicus curiae Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka*, dostępne na: <http://www.hfhrpol.waw.pl/precedens/images/stories/Pdfy/opinia%20ws.%20bojkotu.pdf>.

²⁶ O. Bach, *Do we still need boycotts when you can send an angry tweet?*, „The Guardian”, 30.07.2015.

Kiedy jednak możemy mówić o akcji bojkotującej, która jest dobrze przeprowadzona? Analiza tych przeprowadzonych z sukcesem wskazuje, że muszą zachodzić jednocześnie cztery czynniki. Uczestnicy bojkotu muszą być w niego silnie zaangażowani, a same koszty przyłączenia się do akcji muszą być stosunkowo niskie (innymi słowy, przyłączenie się do bojkotu musi być dość łatwe). Kolejnymi czynnikami decydującymi o sukcesie jest to, czy przekaz samej akcji jest nieskomplikowany, oraz to, czy dana sprawa spotka się z uwagą mediów, które nagłośnią daną akcję²⁷.

Na marginesie warto zaznaczyć, że wraz z rozwojem mediów społecznościowych, przenoszeniem komunikacji korporacji do sieci i ich bezpośrednim kontaktem z konsumentem akcje bojkotujące będą zmieniały swój charakter. Korporacje bardziej będą obawiały się krytycznego hasztaga, którego w pół dnia powieli kilka milionów użytkowników, niż protestu grupy konsumentów pod swoją siedzibą.

6. Czy bojkot jest nam potrzebny?

W świecie, w którym wszyscy jesteśmy konsumentami, pytanie o zasadność bojkotu konsumenckiego nie jest jednak bezzasadne. Skoro „konsumować to tyle, co inwestować we własne członkostwo w społeczeństwie”²⁸, to czy rzeczywiście podejmując decyzje przy kasie w supermarkecie, jesteśmy w stanie uruchomić lawinę zmian?

Zygmunt Bauman wskazuje, że konsumenci jako bojkotujący, świadomi swych interesów kosmopolitycznie obywatele są postrzegani jako zaczątek światowego społeczeństwa obywatelskiego²⁹. Skoro konsumenci mogą być nowym społeczeństwem obywatelskim, to ich agorą stają się sklepy, które Bauman porównuje do instytucji apteki. O ile tradycyjne apteki obiecywały uśmierzanie bólu i złagodzenie dolegliwości, o tyle nowe „apteki” oferują nam po prostu zakupy, które mają być odpowiedzią na nękające nas bolączki i niepewność. Wyrwanie się jednak z tego konsumpcyjnego błędnego koła i bardziej krytyczne podejście do konsumenckich decyzji może mieć ożywcze skutki. Jak wskazuje Zygmunt Bauman, „na szczęście dla nas, dobrowolnych lub mimowolnych zakładników konsumpcjonizmu, na wszystkich głównych szlakach handlowych [...] aż roi się od «apteki» oferujących pierwszą pomoc i życiodajne, tak potrzebne nam usługi: gotowych uwolnić nas od niepewności, która już nam jawnie dokucza i otworzyć nam oczy na niepewność, której jeszcze nie zdążyliśmy poznać”³⁰.

²⁷ D. Diermeier, *When Do Company Boycotts Work?*, „Harvard Business Review”, dostępne na: <https://hbr.org/2012/08/when-do-company-boycotts-work> (dostęp 19.12.2016).

²⁸ Ł. Iwasiński, *Społeczeństwo konsumpcyjne w ujęciu Zygmunta Baumana*, „Kultura i Społeczeństwo” 2015, nr 4, dostępne na: https://depot.ceon.pl/bitstream/handle/123456789/9882/Iwasinski_Spoleczenstwo_konsumpcyjne_w_ujeciu_Zygmunta_Baumana.pdf?sequence=1 (dostęp 19.12.2016).

²⁹ Cyt. za: P. Woroniecki, *Asymetria „przeciwładzy”. Zarys teorii społeczeństwa „strachu”*, „Szkice Humanistyczne”, Tom XIV, nr 1-2, dostępne na: <http://osw.olsztyn.pl/pliki/2014/07/Szkice-vol.-34-.pdf> (dostęp 19.12.2016).

³⁰ Z. Bauman, *44 listy ze świata płynnej rzeczywistości*, Kraków 2011.

MICHAŁ KOPCZYŃSKI

Dochodzenie odszkodowań przez ofiary naruszeń praw człowieka dokonanych przez biznes

Perspektywa amerykańska

1. Wstęp

Zagadnienie dochodzenia odpowiedzialności (oraz związanej z nią materialnej rekompensaty) za naruszenia prawa człowieka dokonane przez biznes lub przy jego udziale stały się przedmiotem znacznych kontrowersji oraz intensywnej międzynarodowej debaty w zaledwie kilka dziesięcioleci po uchwaleniu Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka w 1948 r. Punkty zwrotne w przywołanym dyskursie miały miejsce w pierwszej dekadzie obecnego tysiąclecia.

W 2003 r. specjalna Podkomisja ONZ ds. Promowania i Ochrony Praw Człowieka przedstawiła projekt zatytułowany *Normy dotyczące korporacji międzynarodowych oraz innych przedsiębiorstw w odniesieniu do praw człowieka* (ang. *Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights*), mający na celu nakłonienie rządów państw do nałożenia na wielkie podmioty gospodarcze szeregu obowiązków w zakresie ochrony praw człowieka. Projekt ten został jednak w sposób bardzo dyplomatyczny odrzucony przez Komisję Praw Człowieka ONZ¹, która podkreśliła, że propozycje w nim zawarte nie mają statusu wiążących norm prawnych. Kolejnym wydarzeniem było powołanie przez Sekretarza Generalnego ONZ w 2005 r. Specjalnego Przedstawiciela ds. praw człowieka i biznesu. Zwieńczeniem sześcioletniej działalności Specjalnego Przedstawiciela było poparcie przez Komisję Praw Człowieka Wytycznych dotyczących biznesu i praw człowieka, które, choć pozbawione mocy prawnie wiążącej, w założeniu swoim mają pomóc państwom oraz innym zainteresowanym podmiotom zwiększać standardy ochrony praw człowieka w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej i realizowania strategii społecznej odpowiedzialności biznesu².

¹ Decyzja Komisji Praw Człowieka ONZ nr 2004/116 z 20 kwietnia 2004 r.

² Tłumaczenie Wytycznych dotyczących biznesu i praw człowieka (pełna angielska nazwa: *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework*) na język polski zostało przygotowane przez Polski Instytut Praw Człowieka i Biznesu, Fundację im. Friedricha Eberta oraz NSZZ „Solidarność”. Dostępne na: http://pihrb.org/wp-content/uploads/2014/10/Wytyczne-ONZ-UNGPs-BHR-PL_web_PIHRB.pdf (dostęp: 28.11.2016).

Szczegółowy opis przywołanych wydarzeń i dokumentów stanowi przedmiot tekstu otwierającego niniejszą publikację pt. *Odpowiedzialność za naruszenia praw człowieka przez biznes w świetle Wytycznych ONZ dot. biznesu i praw człowieka*. Cel tejże pracy jest zgoła inny. Autor pragnie zaproponować czytelnikowi analizę określonej „krajowej” dyskusji o zasadach dochodzenia odpowiedzialności za naruszenia praw człowieka dokonane przez podmioty gospodarcze. Dyskusja ta rozpoczęła się w Stanach Zjednoczonych Ameryki nieco wcześniej niż zasygnalizowana debata międzynarodowa. Debata „amerykańska” (dla uproszczenia określenie to będzie stosowane w odniesieniu do Stanów Zjednoczonych) stanowi przy tym wyjątkowo interesujący przykład próby stosowania wielowiekowych instrumentów prawnych do zmierzenia się ze szczególnie tragicznymi zjawiskami czasów współczesnych. Czy amerykański dyskurs przyniósł jednak bardziej wymierne efekty dla praw jednostek aniżeli dyskurs na forum ONZ?

2. Alien Tort Statute – amerykański sposób na odpowiedzialność za naruszenia praw człowieka?

Amerykańska Ustawa o uregulowaniu zagranicznych roszczeń (ang. *The Alien Tort Statute*; dalej: ATS³) przewiduje, że „sądy okręgowe (ang. *district courts*) są właściwe w pierwszej instancji do orzekania w sprawach cywilnych zainicjowanych przez obcokrajowców dotyczących jedynie czynów niedozwolonych (ang. *tort*), popełnionych w sprzeczności z prawem narodów lub zawartą przez Stany Zjednoczone umową międzynarodową⁴. Prawo to zostało przyjęte przez Pierwszy Kongres Stanów Zjednoczonych w 1789 r. i w zamyśle twórców miało wyposażyć obywateli innych państw w cywilny środek dochodzenia odpowiedzialności za naruszenia prawa międzynarodowego przed sądownictwem szczebla federalnego⁵. Współcześnie podnosi się, że ATS u zarania swojego funkcjonowania pod koniec XVIII w. miał odnosić się do bardzo nielicznych okoliczności stanowiących naruszenie norm prawa międzynarodowego, w tym przede wszystkim utrudniania wykonywania działalności dyplomatycznej oraz piractwa⁶. Co ciekawe, pomiędzy rokiem 1795 a 1980 jedynie w około 20 sprawach sądowych powołano się na treść ATS⁷.

Omawiana ustawa swój renesans przeżyła dopiero w roku 1980 r., kiedy to amerykański Sąd Apelacyjny dla Drugiego Okręgu wydał orzeczenie w sprawie *Filartiga v. Pena-Irala*⁸. Skarżącymi w sprawie było dwoje obywateli Paragwaju, dr Joel Filartiga i jego córka Dolly Filartiga, którzy przed sądem okręgowym

³ Tytuł 28 United States Code § 1350. Angielski tekst ATS dostępny na: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1350> (dostęp: 28.11.2016).

⁴ W oryginalnym brzmieniu: „The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States”.

⁵ B. Stephens, *The Curious History of the Alien Tort Statute* (pol. *Fascynująca historia ustawy o uregulowaniu zagranicznych roszczeń*), *Notre Dame Law Review* 2014, Vol. 89, s. 1472.

⁶ J.R. Jackson, *Alien Tort Claims Act cases keep coming* (pol. *Wzrost liczby postępowań z ustawy o uregulowaniu zagranicznych roszczeń*), „*The National Law Journal*”, 14.09.2009, s. 1.

⁷ Tamże.

⁸ Orzeczenie w języku angielskim dostępne na: <http://hrp.law.harvard.edu/wp-content/uploads/2011/04/filartiga-v-pena-irala.pdf> (dostęp: 28.11.2016).

dla stanu Nowy Jork wnieśli pozew przeciwko Americo Norberto Pena-Irala, również obywatelowi Paragwaju. Przypisywali mu oni odpowiedzialność za bezprawne pozbawienie życia i torturowanie syna skarżącego. Zarówno tortury, jak i śmierć miały miejsce w Paragwaju⁹.

Sąd pierwszej instancji wydał wyrok, w którym orzekł, że w przywołanej sprawie nie ma federalnej jurysdykcji. Orzeczenie to zostało jednak uchylone przez sąd odwoławczy, który nie zgodził się z tak zaprezentowanym stanowiskiem. Jego zdaniem „[w] momencie ratyfikowania Konstytucji 13 niegdyśjszych kolonii połączonych zostało w jeden naród, który w stosunkach z innymi państwami musi dostrzegać i przestrzegać zaakceptowanych norm prawa międzynarodowego”¹⁰, a „kiedy osoba domniemanie odpowiedzialna za stosowanie tortur zostaje zlokalizowana i pozwana przez cudzoziemca w ramach amerykańskich granic, ustawa nr 1350 [ATS – przyp. aut.] przewiduje federalną jurysdykcję w danej sprawie”¹¹.

Sąd ocenił także, że wśród praw uniwersalnie uznawanych przez wszystkie narody znajduje się prawo do życia w wolności od tortur fizycznych. Jeżeli zaś chodzi o kwestie odpowiedzialności cywilnej, „osoba torturująca upodobniła się do pirata lub handlarza niewolników przed nim, *hostis humani generis*, wroga całej ludzkości”¹². W podsumowaniu orzeczenia *Filartiga v. Pena-Irala* sąd odwoławczy wyraził nadzieję, że będzie ono stanowiło mały, ale istotny krok na drodze ku realizacji ponadczasowego snu o uwolnieniu ludzkości od brutalnej przemocy.

Wyrok w sprawie *Filartiga v. Pena-Irala* można przyrównać do kamienia milowego w aspekcie popularyzacji idei stosowania ATS do dochodzenia przez cudzoziemców cywilnej odpowiedzialności za naruszenia praw człowieka. W następnych latach orzecznictwo sądowe precyzowało przesłanki umożliwiające stosowanie omawianych przepisów pochodzących z 1789 r.¹³. Szczególnie istotne w zakresie dookreślenia podstaw używania ATS było orzeczenie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 2004 r. w sprawie *Jose Francisco Sosa v. Humberto Alvarez-Machain*¹⁴.

Amerykański Sąd Najwyższy stwierdził wówczas, że ATS nie stanowi sam w sobie osobnej podstawy do wniesienia pozwu w związku z naruszeniem „prawa narodów”, a jedynie przekazuje sądom federalnym jurysdykcję w zakresie określonych naruszeń prawa międzynarodowego. Naruszone normy prawa międzynarodowego, interpretowane w sposób ścisły, muszą zdaniem Sądu Najwyższego cechować się m.in. uniwersalnością, obligatoryjnością i określonością¹⁵. W wyroku tym Sąd Najwyższy podkreślił też, że należy z bardzo dużą ostrożnością podchodzić do adaptowania norm „prawa narodów” na potrzeby

⁹ Tamże.

¹⁰ Tamże, s. 2.

¹¹ Tamże.

¹² Tamże, s. 19.

¹³ W celu uzyskania danych o wyrokach w sprawach dotyczących ATS por. np. J. Russel Jackson, dz. cyt.

¹⁴ *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004), dostępne na: <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/03-339P.ZO> (dostęp: 28.11.2016).

¹⁵ Tamże, s. 41.

uprawnień jednostek¹⁶. Sędziowie zaakcentowali także fakt, że legislatura (Senat USA) wielokrotnie odmawiała sądom federalnym prawa do stosowania międzynarodowych dokumentów w zakresie praw człowieka, np. poprzez podkreślenie przy ratyfikacji Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, że jego postanowienia nie są bezpośrednio egzekwowalne (ang. *self-executing*)¹⁷.

Pomimo dość restrykcyjnego stanowiska Sądu Najwyższego w sprawie *Sosa v. Alvarez-Machain* po decyzji tej panowało przekonanie (do 2013 r. również w odniesieniu do eksterytorialności roszczeń), że ATS stanowił jurysdykcyjną podstawę do dochodzenia przed sądami federalnymi przez obywateli innych państw roszczeń deliktowych od osób odpowiedzialnych za naruszenia przynajmniej niektórych (dość wąsko określonych) norm prawa międzynarodowego. Czasami skierowanie w stosunku do podmiotu prawa prywatnego roszczeń na podstawie ATS nie wymagało wykazania związku działalności tego podmiotu z wykonywaniem władzy państwowej (np. w przypadku zbrodni wojennych lub niewolnictwa), jednak w większości przypadków wykazanie takiego związku było konieczne (np. w przypadkach stosowania tortur lub dyskryminacji rasowej)¹⁸.

Czy w świetle powyższych ustaleń można było jednak wnioskować, że ATS uprawnia cudzoziemców do pozywania przed amerykańskimi sądami federalnymi wielkich handlowych korporacji oraz innych podmiotów gospodarczych?

Należy zauważyć, że twierdzącą odpowiedź na tak postawione pytanie kilkakrotnie udzielały sądy federalne. Przykładowo: w 2011 r. zapadł wyrok w sprawie *Doe VIII v. Exxon Mobil Corp*¹⁹. Spółki córki oraz sama Exxon Mobil podpisały w latach 2000–2001 z rządem indonezyjskim umowy na wydobycie i przetwarzanie gazu ziemnego w prowincji Aceh. Część skarżących w sprawie – mieszkańców wsi położonych na terenie Aceh w Indonezji – twierdziło m.in, że lokalne służby mundurowe, skierowane do placówek Exxon Mobil i podlegające jej nadzorowi oraz kontroli, dopuszczały się na miejscowej ludności morderstw, napaści seksualnych i bezprawnego pozbawiania wolności²⁰. Sąd (D.C. Circuit Court of Appeals) przychylił się do stanowiska zaprezentowanego w pozwie i uznał, że tekst, historia powstania oraz cel ATS nie zakładały „immunitetu” chroniącego przedsiębiorstwa (ang. *corporate immunity*) przed odpowiedzialnością deliktową powstałą wskutek działań podmiotów, które mogą być z tym przedsiębiorstwem powiązane, o ile działania te stanowią haniebne (ang. *heinous*) naruszenia prawa narodów²¹. Kolejnym przykładem rozstrzygnięcia sądu federalnego, w którym stwierdzono możliwość

¹⁶ Znamienny jest zawarty w *Sosa v. Alvarez-Machain* cytat o czujnym i ostrożnym stosowaniu ATS, przyrównanym do „przepuszczania przez drzwi” (ang. *other considerations persuade us that the judicial power should be exercised on the understanding that the door is still ajar subject to vigilant doorkeeping*).

¹⁷ Tamże, s. 34.

¹⁸ G. Morales, K. Hackett, *Human Rights Litigation under the Alien Tort Statute* (pol. *Litygacja w zakresie ochrony praw człowieka na podstawie ustawy o uregulowaniu zagranicznych roszczeń*), „The Practical Litigator” 2010, s. 40-42.

¹⁹ Wyrok wydany przez D.C. Circuit Court of Appeals w sprawie *Doe VIII v. Exxon Mobil Corp.*, No. 09-7125 (D.C. Cir. 2011), dostępne na: [https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/567B411C56CD7A6F852578C700513FC8/\\$file/09-7125-1317431.pdf](https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/567B411C56CD7A6F852578C700513FC8/$file/09-7125-1317431.pdf) (dostęp: 29.11.2016).

²⁰ Tamże, s. 3.

²¹ Tamże, s. 4.

pociągnięcia biznesu do odpowiedzialności za naruszenie praw człowieka, jest wyrok w sprawie *Flomo v. Firestone Natural Rubber*, również wydany w 2011 r. Przedsiębiorstwu zarzucano, że na plantacjach kauczuku w Liberii wykorzystywało pracę dzieci, wykonywaną w niebezpiecznych warunkach²². Sąd ostatecznie nie podzielił zarzutów przedstawionych przez powoda, ale zajął jednoznaczne stanowisko, że odpowiedzialność podmiotów gospodarczych w świetle ATS jest możliwa (ang. „*Having satisfied ourselves that corporate liability is possible under the Alien Tort Statute [...]*”²³).

3. Sprawa *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* – weto amerykańskiego Sądu Najwyższego?

Nad zagadnieniem odpowiedzialności podmiotów gospodarczych w kontekście ATS rozważania prowadził również amerykański Sąd Najwyższy. Sprawa, w której zagadnienie to mogło zostać definitywnie wyjaśnione, czyli *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*²⁴, przyciągała ogromną uwagę mediów. Zdaniem wielu była to szansa na rozstrzygnięcie rozbieżności w poglądach sądów federalnych w zakresie możliwości pociągania podmiotów gospodarczych do odpowiedzialności dzięki ATS²⁵.

Skarżący w sprawie *Kiobel*, będący obywatelami Nigerii rezydującymi w Stanach Zjednoczonych, skierowali na podstawie ATS pozew przeciwko przedsiębiorstwom paliwowym z Holandii, Wielkiej Brytanii i Nigerii, twierdząc, że przedsiębiorstwa te pomagały władzom nigeryjskim w łamaniu praw człowieka (mającym polegać m.in. na brutalnych atakach na wioskę Ogoni, położoną w rejonie wydobywania paliw kopalnych). Pozew skarżących nie przyniósł oczekiwanego przez nich skutku zarówno przed sądem federalnym pierwszej instancji, jak i przed sądem odwoławczym. Ten ostatni oddalił pozew, gdyż w jego opinii „prawo narodów” nie rozpoznaje odpowiedzialności podmiotów gospodarczych (ang. *corporate responsibility*).

W ramach wyżej przytoczonej sprawy do amerykańskiego Sądu Najwyższego wpłynęło kilkadziesiąt opinii przyjaciela sądu (*amicus curiae*), opowiadających się za przeciwnymi stronami postępowania. Opinie przychylne pozwanym skierowały np. rządy Holandii, Wielkiej Brytanii oraz Republiki Federalnej Niemiec, ale również wielkie międzynarodowe koncerny, takie jak Coca Cola Company, Chevron Corporation i BP America²⁶. Po stronie skarżących opowiedziały się zaś m.in. organizacje pozarządowe

²² Wyrok wydany przez U.S. Court of Appeals, Seventh Circuit. w sprawie *Boimah Flomo v. Firestone Natural Rubber CO., LLC* dostępne na: <http://case-law.findlaw.com/us-7th-circuit/1573873.html> (dostęp: 03.12.2016).

²³ Tamże.

²⁴ *Kiobel, Individually and on behalf of her late husband Kiobel, et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, 133 S.Ct. 1659 (2013), dostępne na: <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/10-1491.pdf> (dostęp: 29.11.2016).

²⁵ Por. np. P. Weiss, *The question before the US supreme court in Kiobel v Shell*, „The Guardian”, 28.02.2012. Dostępne na: <https://www.theguardian.com/commentisfree/cifamerica/2012/feb/28/question-before-supreme-court-kiobel-v-shell> (dostęp: 29.11.2016).

²⁶ Lista opinii przyjaciela sądu wraz z odesłaniami do poszczególnych opinii dostępna jest na stronie: <http://cja.org/what-we-do/litigation/amicus-briefs/kiobel-v-shell/kiobel-briefs-and-resource-center-2/> (dostęp: 29.11.2016).

oraz przedstawiciele akademii: Center for Justice & Accountability, Earth Rights International oraz Yale Law School Center for Global Legal Challenges.

Sprawa *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, charakteryzująca się więc (nawet jak na postępowanie przed amerykańskim Sądem Najwyższym) ogromną popularnością, stanowiła swoiste przedłużenie międzynarodowej debaty, o której pokrótce wspomniano w pierwszej części niniejszej pracy. Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki miał okazję zaznajomić się ze skrajnie przeciwstawnymi poglądami. Jako przykłady tych rozbieżności można wskazać stanowiska zaprezentowane przez rządy Wielkiej Brytanii i Holandii (sprzeciwiające się uznaniu odpowiedzialności prawnej podmiotów gospodarczych za naruszenia praw człowieka w świetle prawa międzynarodowego²⁷) oraz stanowisko stwierdzające, że pewne szczególnie ciężkie naruszenia prawa międzynarodowego i praw człowieka (takie jak zbrodnie przeciwko ludzkości), można było przypisywać jednostkom i „organizacjom” już od czasów działalności Trybunału w Norymberdze²⁸.

W świetle tak intensywnego dyskursu poprzedzającego orzeczenie Sądu Najwyższego w sprawie *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, ostateczne rozstrzygnięcie pozostawia duży niedosyt – nie udziela bowiem w sposób bezpośredni odpowiedzi na pytanie, czy ATS uprawnia cudzoziemców do pozywania przed amerykańskimi sądami podmiotów gospodarczych. Sąd Najwyższy skupił się bowiem na kwestii tzw. domniemania przeciwko eksterytorialności. Domniemanie to ma oznaczać, że jeżeli w określonym akcie prawnym nic nie wskazuje na jego eksterytorialne stosowanie, wówczas nie należy tego robić. W rozstrzygnięciu wydanym 17 kwietnia 2013 r. Sąd Najwyższy uznał, że domniemanie przeciwko eksterytorialności obowiązuje również, jeżeli chodzi o ATS – nic w treści normatywnej oraz historii uchwalania tego aktu nie wskazuje bowiem, że miał on na celu umożliwienie amerykańskim sądom podejmowanie działań prawnych w odniesieniu do naruszeń mających miejsce na terytorium innego suwerena²⁹. Sędziowie podkreślili też, że przyjęcie przeciwnej optyki mogłoby oznaczać, że również inne narody mogłyby ustanowić regulacje umożliwiające pozywanie, na podstawie prawa międzynarodowego, obywateli amerykańskich za działania na terenie Stanów Zjednoczonych przed sądy inne niż amerykańskie³⁰. Sąd Najwyższy zauważył również, że do eksterytorialnego stosowania ATS we wcześniejszym orzecznictwie swoje zastrzeżenia zgłosiło szereg państw, np. Kanada, Niemcy, Indonezja, RPA i Szwajcaria³¹.

W odniesieniu do samych pozwanych potentatów biznesowych, Sąd stwierdził w konkluzjach:

W świetle tych faktów, całe relewantne postępowanie miało miejsce poza terytorium Stanów Zjednoczonych. Jeżeli zaś zarzuty miałyby dotyczyć i odnosić się [ang. touch

²⁷ Wspólna opinia *amicus curiae* złożona przez rządy Wielkiej Brytanii i Holandii, s. 10 i nast.

²⁸ Opinia *amicus curiae* złożona przez Yale Law School Center for Global Legal Challenges, s. 13.

²⁹ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, s. 13.

³⁰ Tamże.

³¹ Tamże.

and concern] do terytorium Stanów Zjednoczonych, to muszą to robić w sposób dostatecznie mocny, aby uchylić domniemanie przeciwko eksterytorialnemu stosowaniu [ATS – przyp. aut.]. Korporacje często są obecne w wielu krajach, i byłoby nadużyciem stwierdzenie, że sama obecność [w tych krajach – przyp. aut.] wystarczy. Jeżeli Kongres miałby zdecydować inaczej, musiałoby zostać uchwalone prawo bardziej szczegółowe niż ATS³².

4. Wnioski

Wielu komentatorów w rozstrzygnięciu w sprawie *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* doszukuje się końca intensywnie rozwijającej się „kariery” ATS w latach 1980–2013³³. Faktycznie bowiem judykaty w sprawach *Sosa* oraz *Kiobel* stawiają przed cudzoziemcem, który zechce dochodzić na podstawie ATS odpowiedzialności cywilnej za naruszenia praw człowieka, bardzo wysoki próg wymagań.

W zakresie samego dochodzenia odpowiedzialności za naruszenia praw człowieka dokonane przez biznes (wielkie międzynarodowe korporacje oraz inne podmioty gospodarcze), dochodzenie takiej odpowiedzialności na podstawie ATS może okazać się wręcz praktycznie niemożliwe. Choć, jak zostało zaprezentowane powyżej, amerykański Sąd Najwyższy nie wykluczył *explicite* w sprawie *Kiobel* możliwości dochodzenia przez cudzoziemców odpowiedzialności podmiotów gospodarczych, to jednak musiałoby zostać przełamane domniemanie przeciwko eksterytorialnemu stosowaniu ATS, o ile naruszenie miałoby miejsce poza USA. Trudno sobie również wyobrazić potencjalnie skuteczną litygację na podstawie ATS za działania biznesu dokonywane w samych Stanach Zjednoczonych. W tym przypadku prawdopodobnie nie dojdzie bowiem (całe szczęście) do naruszenia „prawa narodów”, które spełniłoby restrykcyjne kryteria badania norm prawa międzynarodowego, określone przez Sąd Najwyższy w *Sosa v. Alvarez-Machain*. Opisana sytuacja stanowi więc swoiste błędne koło.

Konkludując, amerykański najwyższy organ władzy sądowniczej, poprzez swoje decyzje w sprawach *Sosa* oraz *Kiobel*, zręcznie uciekł od odpowiedzi na pytanie o odpowiedzialność biznesu za szczególnie poważne naruszenia praw człowieka. Tym samym, również w amerykańskiej perspektywie, na znaczeniu w dookreślaniu zasad tej odpowiedzialności zyskiwać może międzynarodowy dyskurs (w szczególności na forum ONZ), który szczegółowo opisany został w tekście otwierającym niniejszą publikację.

³² *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, s. 14.

³³ Por. np. J. Ku, *Kiobel and the surprising death of the universal jurisdiction under the Alien Tort Statute*, „The American Journal of International Law” 2013, Vol. 107, s. 835.

Czy spółki i inne podmioty gospodarcze są podmiotami praw człowieka?

1. Wstęp

Aby ułatwić zapoznanie się ze swoim orzecznictwem, Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: Trybunał) przygotowuje kompilacje własnych rozstrzygnięć, uporządkowane pod kątem pewnych materii (np. sprzeciw sumienia, strajk głodowy w miejscu pozbawienia wolności, przemoc domowa) lub podmiotów (np. prawa dzieci, osoby z niepełnosprawnościami, partie i stowarzyszenia polityczne). Powstało także opracowanie dotyczące spółek. Jego tytuł może jednak uderzać niezręcznością: *Spółki – ofiary czy złoczyńcy (Companies – victims or culprits)*¹. Takie sformułowanie może wszakże budzić skojarzenia z nierzadkim potocznym obrazem podmiotów prowadzących działalność w celu osiągnięcia zysku. Odniesienie sukcesu na konkurencyjnym rynku jest dla nich priorytetem, co może skłaniać do lekceważenia, a nawet naruszania prawa, racji i wartości społecznych. Ale podejrzliwa perspektywa przyjmowana wobec podmiotów gospodarczych cechuje też organizacje międzynarodowe. Przygotowane w ramach Organizacji Narodów Zjednoczonych *Wytyczne dotyczące biznesu i praw człowieka: wdrażanie dokumentu ramowego Organizacji Narodów Zjednoczonych „Chronić, szanować i naprawiać”*² otwierają zasady wskazujące na obowiązek państwa do zapewnienia ochrony jednostkom przed naruszaniem praw człowieka przez podmioty trzecie, w tym przedsiębiorstwa. Taki pozytywny obowiązek państwa będzie istniał przede wszystkim w odniesieniu do przedsiębiorstw państwowych lub działających pod kontrolą państwa.

Niniejsze uwagi będą koncentrowały się jednak zasadniczo na innym zagadnieniu prawnym: na ustaleniu czy – a jeśli tak, to jak – podmioty gospodarcze mogą stać się beneficjentem praw człowieka. Pojęcie praw człowieka jest zasadniczo łączone z jednostką rozumianą jako osoba fizyczna. Dodatkowo wiele praw człowieka może ze swojej natury znaleźć zastosowanie tylko do osób fizycznych. Tak jest i w przypadku najważniejszych gwarancji: prawa do życia, zakazu tortur oraz niehumanitarnego i poniżającego traktowania, prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego.

Pewne prawa człowieka odnoszą się jednak także do podmiotów zbiorowych (czy też korporacyjnych). Nie sposób zaprzeczyć, że stowarzyszenie czy spółka są beneficjentem prawa do rzetelnego postępowania

¹ Dostępne na stronie internetowej http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Companies_ENG.pdf (dostęp 19.12.2016).

² Wytyczne zostały zatwierdzone przez Radę Praw Człowieka ONZ w rezolucji 17/4 z 16 czerwca 2011 r.

sądowego. Również one nie mogą być karane bez podstawy prawnej. Inne prawa i wolności będą miały zastosowanie do podmiotów zbiorowych w pewnym specyficznym fragmencie lub kontekście. Z wolności sumienia i wyznania będą korzystały „podmioty światopoglądowe” w zakresie zapewniającym im autonomiczny wybór reguł wewnętrznej organizacji i działania. Swoboda wypowiedzi będzie przysługiwała podmiotom zbiorowym m.in. podczas formułowania i komunikowania oświadczeń czy stanowisk. Przedsiębiorstwa i spółki mogą się ponadto zrzeszać m.in. w organizacje branżowe lub środowiskowe, korzystając z wolności stowarzyszania się. Ale jest również pewna gwarancja, którą podmioty biznesowe będą przede wszystkim zainteresowane. To prawo własności, które może jednak stać się przedmiotem szeregu ingerencji ze strony władz państwowych. Taką ingerencją, dopuszczalną po spełnieniu pewnych warunków prawnych, jest m.in. nałożenie podatków.

W niniejszym szkicu odwołam się przede wszystkim do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: Konwencja)³ oraz orzecznictwa strasburskiego Trybunału, który jako sąd międzynarodowy jest uprawniony do wydawania wyroków. Inne organy międzynarodowe kontrolujące przestrzeganie praw człowieka nie mają rangi sądu (są komitetami lub komisjami), nie rozpoznają skarg (a jedynie zawiadomienia) i nie wydają wyroków (lecz tylko formułują „stanowiska”).

Nazwa „europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności” jest pojęciem zbiorczym. Obejmuje główny tekst Konwencji (przyjęty w 1950 r., wszedł w życie w 1953 r.) oraz uzupełniające protokoły dodatkowe. Powstanie tych ostatnich rozszerzało ochronę o kolejne prawa i wolności, nierzadko traktowane jako kłopotliwe. W podstawowym tekście Konwencji nie znalazło się prawo własności. Państwa tworzące traktat uznały, że ochrona tego prawa może rodzić szereg trudności dla władz państwowych. Prawo własności znalazło się więc w pierwszym protokole dodatkowym (przyjęty w 1952 r., wszedł w życie w 1954 r.). Z prawem własności Trybunał połączył jednak znaczne uprawnienia decyzyjne państwa, zwane marginesem swobody ocen. Inaczej mówiąc, zakłada się, że to władze krajowe są najlepiej uprawnione do dokonania oceny, czy i w jakim zakresie uprawniona jest – ze względu na inne interesy publiczne lub indywidualne – ingerencja w prawo własności. Strasburska kontrola staje się wówczas słabsza i polega na sprawdzeniu, czy „co do zasady” ingerencja pozostaje w zgodzie z Konwencją⁴. Ale jednocześnie najwyższe tzw. słuszne zadośćuczynienie finansowe Trybunał przyznał w sprawie dotyczącej prawa własności. Stało się tak po skardze wniesionej przez spółkę Jukos: 1 866 104 634 euro jako odszkodowanie za stratę materialną i 300 tys. euro kosztów sądowych⁵.

³ Polski tekst w Dz.U. z 1993 r. Nr 61 poz. 284 ze zm.

⁴ Np. wyrok Wielkiej Izby ETPC z 29 kwietnia 1999 r. w sprawie *Chassagnou i inni p. Francji*, skargi nr 25088/94, 28331/95 i 28443/95, ECHR 1999-III, § 75.

⁵ Wyrok ETPC z 31 lipca 2014 r. w sprawie *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos p. Rosji*, skarga nr 14902/04.

2. Co prowadzi do naruszenia praw spółki (przedsiębiorstwa)?

Pierwsza grupa spraw dotyczy zmiany prawa krajowego, która prowadzi do modyfikacji zobowiązań państwa wobec podmiotów gospodarczych. Państwo może oczywiście zmieniać obowiązujące przepisy, ale nie może to powodować nieproporcjonalnych następstw wobec przedsiębiorstw. To, czy zachodzi owa zabroniona nieproporcjonalność, będzie oceniane w świetle okoliczności danego przypadku, przy założeniu – na co już wskazywałem – szerokiego zakresu uprawnień decyzyjnych państwa. Oczywiście w każdej sytuacji dla działania władz państwowych musi istnieć podstawa w prawie (wymóg legalności) i działanie musi służyć interesowi publicznemu (zazwyczaj) lub indywidualnemu (wymóg celowości).

Do naruszenia prawa własności doszło wtedy, gdy władze państwowe wydały zezwolenie na przedsięwzięcie gospodarcze, ale później starały się z niej wycofać, pomijając koszty poniesione już przez podmiot gospodarczy. Władze ignorowały też zapadłe przeciwko nim wyroki sądowe i orzeczenia arbitrażowe. Zdecydowały się wreszcie przyjąć ustawę, która „wygaszała” uprawnienia przedsiębiorców. Trybunał uznał takie działania za naruszające prawo własności⁶. Analogicznie orzeczono, gdy władze publiczne wycofywały się z podjętych wcześniej decyzji, uznając je za sprzeczne z prawem lub obarczone błędem, ale wszelkimi negatywnymi następstwami – w tym „powrotu” na rzecz państwa pewnej własności – obarczano przedsiębiorców⁷. Do naruszenia innego prawa – swobody wypowiedzi – dochodziło natomiast wtedy, gdy pomimo pozytywnej decyzji w sprawie koncesji na nadawanie programu podmiot gospodarczy nie uzyskiwał częstotliwości nadawczej⁸.

Władze publiczne mogą jednak nawet istotnie zmieniać reguły dotyczące prowadzenia pewnych rodzajów działalności gospodarczej. Są uprawnione, by przekazać pewne czynności przedsiębiorstwom państwowym lub samorządowym⁹. Jeśli jednak podjęcie działalności gospodarczej umożliwia dopiero uzyskanie zgody lub koncesji (i taki system zostaje zachowany), przesłanki pozwalające na pozbawienie zgody lub koncesji należy określić dostatecznie precyzyjnie, aby zapobiegać arbitralnym decyzjom; muszą także istnieć procedury prawne w celu skontrolowania poprawności decyzji¹⁰.

Ingerencją w prawo własności jest także istnienie podatków¹¹. Chociaż państwa cieszą się tu niezwykle szerokimi uprawnieniami decyzyjnymi, to nie mogą jednak posługiwać się nowym sposobem obliczania należności podatkowych za poprzednie okresy i wprowadzać radykalnych, nieproporcjonalnych mechanizmów egzekwowania tak obliczanych sum¹². Władze publiczne nie mogą też obarczać podatników

⁶ Wyrok ETPC z 9 grudnia 1994 r. w sprawie *Stran Greek Rafineries i Stratis Andreadis p. Grecji*, skarga nr 13427/87, Series A. 301-B.

⁷ Wyrok ETPCz 20 stycznia 2009 r. w sprawie *Sud Fondi srl i inni p. Włochom*, skarga nr 75909/01.

⁸ Np. wyrok Wielkiej Izby ETPCz z 7 czerwca 2012 r. w sprawie *Centro Europa 7 srl i Di Stefano p. Włochom*, skarga nr 38433/09, ECHR 2012-III.

⁹ Wyrok ETPC z 30 listopada 2010 r. w sprawie *Oklešen and Pokopališko Pogrebne Storitve Leopold Oklešen S.P. p. Słowenii*, skarga nr 75909/01.

¹⁰ Wyrok ETPC z 24 listopada 2005 r. w sprawie *Capital Bank AD p. Bułgarii*, skarga nr 49429/99, ECHR 2005-XII.

¹¹ Wyrok ETPC z 3 lipca 2003 r. w sprawie *Buffalo Srl en liquidation p. Włochom*, skarga nr 38746/97.

¹² Wyrok ETPC w sprawie *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos p. Rosji*, skarga nr 14902/04.

konsekwencjami własnych błędnych decyzji, gdy płatnik nie miał podstaw do podejrzeń o wystąpieniu błędu. Jednak w państwie musi istnieć mechanizm pozwalający przedsiębiorcom na odzyskiwanie nienależnych podatków¹³.

Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej może ulegać ograniczeniu ze względu na potrzebę ochrony praw innych osób. Władze państwowe będą więc nie tylko uprawnione, ale i zobowiązane, do podjęcia działań w celu ochrony prawa do życia (np. reguły bezpieczeństwa)¹⁴ lub prawa do życia prywatnego i rodzinnego (np. reguły ochrony środowiska naturalnego)¹⁵.

3. Jak trzeba się skarżyć?

Spółka i inne podmioty gospodarcze mające osobowość prawną działają poprzez własne organy w sposób określony w przepisach prawa i statucie. Powstaje jednak pytanie, czy zdolności skargowej nigdy nie będą mieli wspólnicy (członkowie). Początkowo w Strasburgu w pewnych okolicznościach przyznawano prawo do wniesienia skargi udziałowcowi większościowemu. Obecny standard jest jednak dużo bardziej rygorystyczny. Wskazano, że w przypadku spółek naturalne są różnice poglądów między udziałowcami lub między nimi a zarządem. Takie różnice mogą wystąpić jeszcze mocniej, gdy spółka znajduje się w toku procedur upadłościowych. Wspólnicy mogą więc dokonać „przekłucia korporacyjnej powłoki” (ang. *piercing of the corporate veil*), czyli wnieść skargę z pominięciem organów spółki (lub likwidatorów), tylko wyjątkowo. Trzeba przekonująco wykazać, że podjęcie działań poprzez organy spółki lub likwidatora jest niemożliwe¹⁶.

4. Kto nie może się skarżyć

Artykuł 34 Konwencji oznajmia, że ze skargą indywidualną do Trybunału może wystąpić „osoba, organizacja pozarządowa lub grupa jednostek”. Choć nie ulegało wątpliwości, że owa „osoba” to także osoba prawna, to jednak w kontekście zdolności skargowej znaczenie uzyskiwało także pojęcie „organizacji pozarządowej”. Tę ostatnią konstrukcję należy rozumieć nie w znaczeniu kojarzonym z podmiotami tzw. sektora obywatelskiego, lecz przez opozycję do „organizacji rządowej”, która nie może złożyć skargi. Uzasadnieniem dla takiej reguły jest zapobieżenie sytuacji, w której państwo występowałoby przez Trybunałem jednocześnie jako skarżący i „pozwany”.

Organizacjami rządowymi są nie tylko jednostki publicznej władzy centralnej, ale i publicznej władzy regionalnej lub samorządowej, niezależnie od tego, jak szerokie byłyby gwarancje ich samodzielności.

¹³ Wyrok ETPC z 25 stycznia 2007 r. w sprawie *Aon Conseil et Courtage S.A. i inni p. Francji*, skarga nr 70160/01.

¹⁴ Wyrok ETPC z 15 grudnia 2009 r. w sprawie *Kalender p. Francji*, skarga nr 4314/02.

¹⁵ Wyrok ETPC z 9 czerwca 2005 r. w sprawie *Fedeyeva p. Francji*, skarga nr 55723/00, ECHR 2005-IV.

¹⁶ Wyrok ETPC z 25 października 1995 r. w sprawie *Agrotexim i inni p. Grecji*, skarga nr 14807/89, Series A. 330-A.

Konsekwentnie odrzucano więc jako niedopuszczalne skargi wnoszone przez gminy lub osoby występujące w ich imieniu, wskazując, że nie jest istotny zakres posiadanej autonomii, gdyż gminy wykonują funkcje publiczne, a ich działania i zaniechania rodzą odpowiedzialność państwa na mocy Konwencji¹⁷. Skargowego *locus standi* odmówiono też organizacji zawodowej, która jako podmiot prawa publicznego wykonywała „urzędowe funkcje powierzone na mocy konstytucji oraz ustawodawstwa”¹⁸. Identycznie uznano w przypadku hiszpańskich linii kolejowych RENFE, gdyż działały one pod kontrolą państwa i miały monopol na usługi przewozowe¹⁹.

W późniejszym orzecznictwie dotyczącym przedsiębiorstw państwowych Trybunał zaczął jednak analizować także zakres i stopień niezależności od władz politycznych. Odrzucał jako niedopuszczalne skargi przedsiębiorstw, w których państwo było jedynym lub większościowym właścicielem i które nie miały „dostatecznej instytucjonalnej i operacyjnej niezależności wobec państwa”²⁰. Sam status własnościowy nie wydaje się jednak rozstrzygać o tym, czy dane przedsiębiorstwo należy uznać za organizację rządową²¹.

5. Zakończenie

Trybunał dopuszcza spółki oraz inne podmioty prowadzące działalność gospodarczą jako podmioty postępowań skargowych inicjowanych na mocy Konwencji. Co do zasady tacy skarżący muszą być reprezentowani przez swoje organy. Czasami jednak skargę mogą wnieść także wspólnicy (udziałowcy). Zdolności skargowej są jednak pozbawione podmioty kwalifikowane jako „organizacje rządowe”. W odniesieniu do tej kategorii prawnej zaszła jednak istotna ewolucja w strasburskim orzecznictwie. Obecnie kładzie się akcent nie na własnościowy status danego podmiotu, lecz na zakres posiadanej samodzielności. Nadal jednak podmioty sprawujące władzę publiczną, nawet jeśli posiadają znaczną autonomię (np. gminy), nie mają zdolności skargowej.

W strasburskim Trybunale czekają obecnie na rozpoznanie skargi, które mogą istotnie doprecyzować, a nawet ukształtować, konwencyjny standard. Skargi związane z aneksją Krymu i konfliktem we wschodniej Ukrainie podnoszą pytanie o możliwość wniesienia skargi przez podmiot państwowy (przedsiębiorstwo państwowe) jednego państwa (Ukrainy) przeciwko innemu państwu (Rosji). W takim przypadku nie zachodzi sytuacja polegająca na tym, że to samo państwo występowałoby przed Trybunałem jednocześnie w dwóch rolach procesowych: jako skarżący i „pozwany”. Być może Trybunał będzie

¹⁷ Decyzja ETPC z 1 lutego 2001 r. w sprawie *Ayuntamiento de Mula p. Hiszpanii*, skarga nr 55346/00, ECHR 2001-I.

¹⁸ Decyzja ETPC z 20 czerwca 1995 r. w sprawie *Consejo General de Colejos Oficiales de Economista de España v. Hiszpanii*, skargi nr 26114/95 i 26455/95, DR t. 82-B, s. 150.

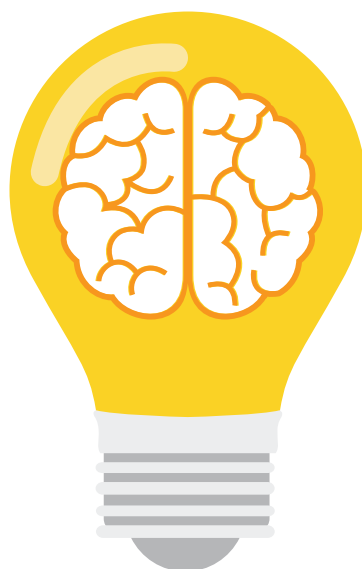
¹⁹ Decyzja ETPC z 8 września 1997 r. w sprawie *RENFE p. Hiszpanii*, skarga nr 35216/97, DR t. 90-B, s. 179.

²⁰ Decyzja ETPC z 9 kwietnia 2013 r. w sprawie *ZASTAVA IT TURS p. Serbii*, skarga nr 24922/12, § 21-22.

²¹ Wyrok ETPC z 13 grudnia 2007 r. w sprawie *Islamic Republic of Iran Shipping Lines p. Turcji*, skarga nr 40998/98, ECHR 2007 V.

musiał ponadto zająć się kwestią tego, czy Ukraina może powołać się jako państwo na swoje prawo własności przeciwko Rosji.

Spółki oraz inne podmioty prowadzące działalność gospodarczą mogą się powoływać na wiele przepisów Konwencji. Szczególne miejsce zajmują jednak w ich przypadku uprawnienia majątkowe, chronione na mocy art. 1 Protokołu dodatkowego do Konwencji. Chociaż Trybunał zasądzał w odniesieniu do prawa własności najwyższe w swojej historii sumy tytułem tzw. słusznego zadośćuczynienia, strasburscy sędziowie jednocześnie przyznawali władzom krajowym znaczne uprawnienia do oceny (znaczny margines swobody ocen). Uznawali, że to instytucje państwa są najbardziej uprawnione, by dokonać konfrontacji majątkowych interesów podmiotu oraz szeregu racji publicznych, które mogą uprawniać do ingerencji.



Informacje o autorach

DOMINIKA BYCHAWSKA-SINIARSKA – prawniczka, absolwentka Kolegium Europejskiego w Natolinie, pracowała w kancelarii Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, od 2008 r. prowadzi szereg projektów Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, w tym Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce. Od 2016 r. jest członkinią zarządu Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka.

DOROTA GŁOWACKA – prawniczka, absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego, doktorantka w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Stosunków Międzynarodowych WPiA UŁ. Koordynatorka programu Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, specjalizuje się w zagadnieniach związanych ze swobodą wypowiedzi i prawem do prywatności.

IRENEUSZ C. KAMIŃSKI – profesor prawa w Instytucie Nauk Prawnych PAN. Wykłada również na Uniwersytecie Jagiellońskim. W latach 2014–2016 sędzia *ad hoc* w Europejskim Trybunale Praw Człowieka. Ekspert prawny Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka. Specjalizuje się w prawie międzynarodowym publicznym i prawie praw człowieka.

MICHAŁ KOPCZYŃSKI – prawnik w Programie Spraw Precedensowych Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka. Zainteresowania naukowe, oprócz praw człowieka, skupia na prawie europejskim oraz teorii prawa. Ukończył studia prawnicze na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz kurs prawa niemieckiego i europejskiego, zorganizowany w ramach Szkoły Prawa Niemieckiego, prowadzonej na Uniwersytecie Warszawskim przy współpracy z Wydziałem Nauk o Państwie i Prawie Uniwersytetu Bonn.

ADAM PŁOSZKA – doktorant w Zakładzie Praw Człowieka WPiA UW. Absolwent prawa i stosunków międzynarodowych na Uniwersytecie Warszawskim, a także Centrum Prawa Amerykańskiego prowadzonego przez WPiA UW we współpracy z Wydziałem Prawa stanowego Uniwersytetu Floryda. Od 2012 r. prawnik w Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, a od 2015 r. członek Komisji Ekspertów ds. Przeciwdziałania Bezdomności powołanej przez Rzecznika Praw Obywatelskich.

DOROTA PUDZIANOWSKA – dr nauk prawnych, socjolog, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Studiowała w École Normale Supérieure w Paryżu. Od 2006 r. współpracuje z Helsińską Fundacją Praw Człowieka, gdzie kieruje programem prawnym zajmującym się sprawami z zakresu dyskryminacji. Autorka kilkunastu prac publikowanych w Polsce i za granicą z zakresu praw człowieka, prawa administracyjnego i prawa migracyjnego. Jej praca naukowa była kilkakrotnie nagradzana, m.in. otrzymała nagrodę Prezesa Rady Ministrów za najlepszą pracę doktorską (2012), przyznano jej stypendium dla wybitnych młodych naukowców (2014–2017) oraz dwukrotnie stypendium Fundacji na rzecz Nauki Polskiej. Współpracuje jako ekspertka z organizacjami międzynarodowymi (Rada Europy, Komisja Europejska), ośrodkami akademickimi (m.in. Uniwersytet w Leiden, w Maastricht) i organizacjami pozarządowymi.

JOANNA SMĘTEK – prawniczka, absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. W Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka jest koordynatorem badań i projektów monitoringowych.

MAŁGORZATA SZULEKA – prawniczka, absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. W Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka prowadzi badania na temat stanu przestrzegania praw podstawowych w Polsce i zajmuje się komunikacją społeczną HFPC.

MARCIN SZWED – prawnik w Programie Spraw Precedensowych Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka. Absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego (2013 – dyplom z wyróżnieniem) oraz studiów LL.M. w dziedzinie prawa konstytucyjnego porównawczego na Central European University w Budapeszcie (2014 – dyplom z wyróżnieniem oraz nagroda dla najlepszego studenta programu). Od 2015 r. doktorant w Katedrze Prawa Konstytucyjnego WPiA UW.

ZUZANNA WARSO – prawniczka, od 2011 r. pracuje w Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka. Koordynuje udział Fundacji w europejskim projekcie dotyczącym oceny etycznej badań naukowych i innowacji technicznych, zajmuje się również badaniem wpływu technologii na prawa człowieka oraz prawami kobiet. Jest aplikantką w Izbie Adwokackiej w Warszawie, wiceprzewodniczącą Sekcji Praw Człowieka przy Okręgowej Radzie Adwokackiej w Warszawie.

