

9 września 2011

Prof. dr hab. Wojciech Sadurski

**Opinia  
w sprawie roszczeń QXL Poland („Allegro”) przeciwko Fundacji „Zielone Światło”**

1. Jestem profesorem nauk prawnych w Polsce, profesorem wydziału prawa Uniwersytetu Sydneyjskiego (Sydney, Australia), profesorem Kolegium Prawa w Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie i profesorem Centrum Europejskiego Uniwersytetu Warszawskiego. Moje specjalności naukowe to: prawo konstytucyjne porównawcze, prawo konstytucyjne polskie (w szczególności, w zakresie praw i wolności obywatelskich), prawo europejskie i teoria prawa. Opublikowałem wiele książek naukowych i artykułów na te tematy; pełna lista moich publikacji dostępna jest na następującej stronie: <http://sydney.edu.au/law/about/staff/WojciechSadurski/index.shtml>. Jedną z moich naukowych specjalności jest prawo wolności słowa (które, jak uważam, ma specjalne zastosowanie do niniejszej sprawy); jestem m.in., autorem książki „Freedom of Speech and Its Limits” [Wolność słowa i jej granice], wyd. Kluwer Academic Publishers 1999) i szeregu artykułów na ten temat; zagadnieniom prawnej ochrony wolności słowa poświęcony jest również rozdział 6(7) mojej książki „Prawo przed sądem”, Wydawnictwo Sejmowe 2008.
2. Niniejszą Opinię sporządziłem na podstawie stanu faktycznego, zrelacjonowanego mi przez Helsińską Fundację Praw Człowieka, a także na podstawie lektury pism procesowych obydwu stron i własnej kwerendy w publicznie dostępnych mediach. Tak zrekonstruowany stan faktyczny poddałem analizie prawnej, na podstawie własnej wykładni prawa, w szczególności Konstytucji RP, Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPCz), a także prawa konstytucyjnego i prawa własności intelektualnej niektórych innych państw, które mogą być wzięte pod uwagę dla celów porównawczych i jako inspiracja, choć oczywiście nie mają żadnej mocy wiążącej w polskim systemie prawnym. Poglądy tu wyrażone są moimi własnymi przekonaniem, opartymi o moją najlepszą wiedzę i przemyślenia, ale nie należy ich przypisywać żadnej z instytucji, z jaką jestem zawodowo lub organizacyjnie związany. Nie jestem w żaden sposób związany z żadną stroną niniejszego sporu; nie znam osobiście nikogo z pracowników lub właścicieli firmy QXL Poland ani Fundacji „Zielone Światło” lub innych organizacji, uczestniczących w kampanii przeciwko Allegro, stanowiącej tło niniejszej sprawy,
3. W największym skrócie, stan faktyczny, w zakresie faktów bezpośrednio istotnych dla dalszej analizy, przedstawia się w sposób następujący. (Niniejszy zarys nie rości sobie aspiracji do wyczerpującego omówienia wszystkich istotnych faktów i wydarzeń, ale wyłącznie tych, które będą niezbędne dla dalszej analizy w niniejszym dokumencie). W 2010 roku Fundacja prowadziła kampanię pod hasłem „Nazizmu Nigdy Więcej na Allegro” protestując przeciwko dostępności w serwisie aukcyjnym „Allegro” pewnych przedmiotów zawierających symbole i treści nazistowskie, takich jak znaczki z podobizną Hitlera, kartki ze swastyką, nagrania zespołów muzycznych określonych przez Fundację jako neonazistowskie itp. Częścią kampanii było rozdawanie, m.in. przy wejściu do stacji metra w Warszawie, ulotek zawierających tekst protestujący przeciwko obecności tych przedmiotów w obrocie

handlowym w ramach serwisu Allegro, zaś tekstowi towarzyszył znak graficzny zawierający słowa „Stop Allegro” (z grubsza przypominające choć nie identyczne z liternictwem logo Allegro) tyle że na miejsce liter „ll” podstawione zostały podstawione litery „SS” napisane charakterystycznym liternictwem, nie pozostawiającym wątpliwości, że chodzi o nazistowską formację paramilitarną SS. Jak rozumiem, akcja ta była odpowiedzią na długotrwałe nieusuwanie przez Allegro produktów z symboliką faszystowską z serwisu. Miała ona na celu zwrócenie uwagi władz i społeczeństwa na działania Allegro. W październiku 2010 spółka QXL Poland Sp. z o.o. (operator serwisu Allegro) pozwała Stowarzyszenie „Zielone Światło” o ochronę dóbr osobistych. Dowodzone, że zmienione logo Allegro zawierające symbol nazistowski naruszało dobre imię spółki, wskazując, że logo Allegro jest wysoko cenioną wartością i elementem utrwalonym w świadomości odbiorców, a akcja naraziła serwis na utratę zaufania. Spółka QXL Poland Sp. z o.o. (dalej: „Allegro”) wniosła o zabezpieczenie powództwa na czas trwania postępowania w postaci usunięcia wszelkich materiałów zawierających logo Allegro, zniszczenia tych materiałów i opublikowania wskazanego przez siebie oświadczenia. Dnia 20 stycznia 2011 roku Sąd Okręgowy oddalił wniosek z przyczyn formalnych, jednak 5 maja 2011 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie zmienił ww. postanowienie i zabezpieczył powództwo na czas trwania procesu.

4. Jak wynika jasno z powyższego zarysu, niniejszy konflikt roszczeń prawnych obrazuje rywalizację dwóch typów prawomocnych interesów prawnych, reprezentowanych przez obie strony: interesu w realizowaniu wolności słowa (lub wolności wypowiedzi), wyrażanego przez Fundację „Zielone Światło” a zakotwiczonego w Konstytucji RP (Art. 54.1) i w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka („EKPCz”) (Art. 10), a z drugiej strony interesu w ochronie własnej nazwy i znaku towarowego, wyrażanego przez Allegro, a zakotwiczonego w polskim prawie własności intelektualnej, a pośrednio także w Konstytucji RP, w tym zakresie, w jakim realizacja przez Fundację „Zielone Światło” uprawnień wynikających z Art. 54.1. może zagrozić prawom Allegro, co stanowiłoby uzasadnioną podstawę ograniczenia prawa wolności wyrażania poglądów (Art. 31.3), a także w EKPCz w tym zakresie, w jakim Art. 10 (2) pozwala na ograniczenia wolności wyrażania opinii przez wzgląd na prawa innych podmiotów. W związku z tym, pełna analiza prawnych zagadnień związanych z niniejszą sprawą musi obejmować: (A) analizę uprawnień Fundacji „Zielone Światło”, (B) analizę uprawnień Allegro, i (C) analizę porównania i wzajemnego wyważania obu tych uprawnień, jeśli oba uznane zostaną za prawomocne. W niniejszej Opinii dowiodę, że uprawnienia Allegro, na jakie może się powołać dla ograniczenia uprawnień Fundacji „Zielone Światło”, nie są prawomocne (C1), ale jeśli nawet, z ostrożności procesowej przyjąć, że są prawomocne, to i tak nie posiadają one wystarczającej rangi konstytucyjnej, by przeważać nad rywalizującymi z nimi uprawnieniami Fundacji „Zielone Światło” (C2).

#### **(A) Analiza uprawnień po stronie Fundacji Zielone Światło**

5. Fundacja „Zielone Światło” podjęła działania o charakterze komunikacji publicznej („wyrażenie poglądów” w rozumieniu Art. 51 Konstytucji), wyrażając określony, negatywny, pogląd na temat dostępności w serwisie aukcyjnym „Allegro” przedmiotów mających w przekonaniu Fundacji „Zielone Światło” charakter nazistowski. Słuszność lub niesłuszność krytyki, wyrażonej przez Fundację „Zielone Światło” nie ma żadnego związku z rangą ochrony konstytucyjnej, wynikającej z art. 54 Konstytucji, gdyż nie należy do żadnej z kategorii konstytucyjnych ograniczeń praw i wolności obywatelskich, określonych w artykule 31 (3)

Konstytucji (o czym szerzej – poniżej, par. 8). Artykuł 54 powiada, że „Każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów(...)”. Ocena słuszności tych poglądów nie wpływa na stopień ochrony prawnej uprawnienia wynikającego z art. 54. Natomiast orzecznictwo TK i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz) wskazuje jednoznacznie, że szczególną rangę w hierarchii wypowiedzi chronionych konstytucyjnie mają wypowiedzi, poglądy i informacje dotyczące spraw publicznych i politycznych, w szczególności (ale nie tylko) związanych z oceną urzędników i funkcjonariuszy publicznych.

6. W niniejszej sprawie, to ostatnie nie wchodzi w grę. Natomiast bez wątplenia przedmiot wypowiedzi Fundacji „Zielone Światło” należy do problematyki kontrowersyjnych zagadnień publicznych najwyższej rangi, z punktu widzenia prawa i praktyki politycznej. Jak stwierdził ETPCz, „Orzecznictwo nie zezwala na rozróżnienie między dyskusją polityczną i inną dyskusją o sprawach publicznie ważnych” (Orzeczenie *Thorgeirson v. Islandia*, 25.6.1992, A. 239 par. 64). W Polsce (jak i w wielu innych krajach) kompleks zagadnień dotyczących stosunku do niedalekiej przeszłości, jest jednym z nośnych publicznie tematów, co do których ludzie się ze sobą spierają i które to spory determinują kształt obowiązującego prawa. Dostępność na rynku przedmiotów symbolicznych, związanych z faszyzmem (albo z innymi postaciami reżimów totalitarnych bądź autorytarnych) należy do tej samej kategorii zagadnień bulwersujących opinię publiczną jak np. dostępność na rynku książkowym „Mein Kampf” lub karalność za negowanie zbrodni Holocaustu. Są to problemy zarówno niezmiernie kontrowersyjne jak i o najwyższym znaczeniu praktycznym, gdyż od różnych odpowiedzi na te trudne pytania zależy kształt polskiego prawa, które z kolei poddane będzie ocenie społecznej. Nie ulega więc wątpliwości, że Fundacja „Zielone Światło” podjęła – w sposób ostry i kontrowersyjny – zagadnienie o wielkiej randze publicznej.
7. Zarówno orzecznictwo TK jak i ETPCz nie pozostawia wątpliwości co do wzmożonej ochrony tej kategorii wypowiedzi. Jak uznał TK, „Swoboda wypowiedzi jest jednym z fundamentów społeczeństwa demokratycznego, warunkiem jego rozwoju i samorealizacji jednostek. Swoboda ta nie może ograniczać się do informacji i poglądów, które są odbierane przychylnie albo postrzegane jako nieszkodliwe lub obojętne” (K 4/06, z powołaniem się na orzeczenie ETPCz *Handyside v. Wielka Brytania*, 17.12.1976, A. 25, par. 29). Z kolei ETPCz dodał, że to postrzeganie celów wolności słowa związane jest z „wymaganiami pluralizmu, tolerancji i otwartości na inne poglądy, bez których demokratyczne społeczeństwo nie istnieje” (*Handyside*, par. 49). Jasno to pokazuje, że wypowiedzi na tematy, związane ze sprawami publicznymi, znajdują się na samym szczycie hierarchii wypowiedzi, korzystających z konstytucyjnej ochrony. Ponadto, krytyka tak potężnych podmiotów jak Allegro jest zbliżona w swym charakterze do krytyki władz, a ta zasługuje na najwyższy stopień ochrony. Jak napisał autor niedawnej monografii na temat konfliktu między wolnością wypowiedzi a ochroną znaków towarowych: „wolność kontrolowania i krytykowania władz musi również obejmować wolność krytykowania symboli władzy, jako że one reprezentują tę władzę. Obok symboli państwowych i symboli religijnych, władza w demokracji jest także reprezentowana przez podmioty prywatne a w szczególności przez ich znaki towarowe. Jako logiczna konsekwencja, wolność kontrolowania i krytykowania władzy prywatnej („private power”) oznacza wolność krytykowania symboli władzy prywatnej, tzn. znaków towarowych” ((Wolfgang Sakulin, *Trademark Protection and Freedom of Expression*, Kluwer Law International, Rotterdam 2011, s. 114.).

8. Oczywiście nie wszystkie wypowiedzi korzystają z ochrony konstytucyjnej, a Konstytucja w art. 31.3 wylicza enumeratywnie podstawy uzasadnionych ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. Ograniczenia te mogą być uzasadnione wyłącznie koniecznością dla (1) bezpieczeństwa lub porządku publicznego, (2) ochrony środowiska zdrowia i moralności publicznej, (3) wolności i praw innych osób; dodatkowo, te trzy podstawy muszą być powiązane z (a) wymogiem ustawowej regulacji ograniczenia, (b) relacją konieczności w demokratycznym państwie i (c) wymogiem nienaruszenia istoty wolności i praw (w tym przypadku – wolności słowa). W moim przekonaniu, *prima facie* wyłącznie podstawa (3) mogłaby wchodzić tu w grę: Allegro mogłoby powoływać się na własne „prawa”, uzasadniające ograniczenie wypowiedzi Fundacji „Zielone Światło”. Czy takie „prawa” istnieją – to będzie przedmiotem analizy w dalszym ciągu niniejszej Opinii (cz. B). Nawet jeśli, przyjmijmy dla celów argumentacyjnych, takie „prawo” zostanie uznane po stronie Allegro, to jego efektywność w ograniczeniu wolności wypowiedzi po stronie Fundacji „Zielone Światło” musiałaby być uzależniona od spełnienia wymogu (c), a mianowicie że nie naruszy to istoty wolności chronionej przez Art. 54. Jak zostanie poniżej wykazane, taki warunek nie jest spełniony, biorąc pod uwagę fakt, że jak zostało to wykazane (par. 6), kategoria wypowiedzi do której należy przedmiotowa wypowiedź Fundacji „Zielone Światło”, należy do najbardziej chronionych typów wypowiedzi, korzystających z ochrony Konstytucyjnej i konwencyjnej (w sensie: wynikającej z EKPCz).
9. Jednak czy *forma* i *metoda* wypowiedzi, wybrana przez Fundację „Zielone Światło”, podlega także ochronie? Czy nie można by przyjąć, że chroniona jest tylko *treść* (którą można przecież spokojnie wyartykułować jako np: „Jesteśmy przeciwni dostępności na rynku handlowym artykułów o charakterze faszystowskim i krytykujemy firmę Allegro za umożliwienie obrotu takimi przedmiotami”), która to treść niewątpliwie podlegałaby ochronie prawnej, ale ochrona ta nie obejmuje form tak drastycznych i dla Allegro (przyjmijmy to na mocy hipotezy) obraźliwych, jak umieszczenie symbolu zbrodniczej organizacji nazistowskiej wbudowanego w znak towarowy Allegro? Tego typu rozróżnienie między chronioną treścią a niepodlegającą ochronie formą wypowiedzi nie daje się jednak obronić, ani w sferze zdrowego rozsądku ani na gruncie prawa. Zdroworozsądkowa refleksja przekonuje, że forma wypowiedzi jest nieodłączna od treści: gniewny okrzyk lub satyryczny obraz niosą *inne* treści niż przekaz o podobnej intencji, ale wyartykułowany w sposób spokojny i analityczny. W tym sensie, forma staje się częścią treści. Także orzecznictwo wyraźnie poddaje ochronie wypowiedzi ostre, gwałtowne, drastyczne – jak przedmiotowa wypowiedź Fundacji „Zielone Światło”. Jak zauważył TK: „Debata publiczna nacechowana jest niejednokrotnie dużym napięciem emocji, łączy się z używaniem pojęć i określeń celowo przerysowanych, skrajnych i przejawia subiektywne poglądy oraz przekonania osób je wypowiadających” (P 3/06). Trudno o lepszą charakterystykę, którą można by odnieść także do wypowiedzi Fundacji „Zielone Światło”. Jak dalej stwierdza TK: „Nie ma wolnej, swobodnej, demokratycznej debaty w sytuacji, w której poziom emocji i „soczystość” używanego języka miałyby być z góry narzuconym standardem, określonym w sposób sformalizowany i zbiurokratyzowany przez organy władzy publicznej” (P 3/06). Także ETPCz podkreślił, że ochrona wypowiedzi, wynikająca z art. 10, „odnosi się w równym stopniu” do wypowiedzi, które „obrażają, oburzają lub wprowadzają niepokój w państwie lub jakiejś grupie społecznej” (Handyside, par. 49). W orzeczeniu odnoszącym się co prawda do wolności prasy, ale stosującym się *mutatis mutandis* także do niniejszego przypadku, Europejska Komisja Praw Człowieka

uznała że w rozpatrywanej przez siebie sprawie „forma wypowiedzi była przesadna” ale dodano: „Satyra zakłada sama w sobie przesadę. W wypadku debaty publicznej nie można poprzestać na ocenie wyłącznie formy i słów” (raport De Hayes i Gijssels v. Belgia, 29.11.1995, skarga nr 19983/92).

10. Można tu nawiązać, tytułem inspiracji z prawa porównawczego, do doktryny Sądu Najwyższego USA, który interpretując wolność słowa pod rządami Pierwszej Poprawki do Konstytucji USA od dawna ustalił, że treść nie da oddzielić się od formy, a konstytucyjna wolność słowa chroni także emocjonalne, ostre, często wulgarne określenia, bowiem Pierwsza Poprawka chroni „emotywną funkcję” w równym stopniu jak „kognitywną treść”, a funkcja emotywna „często może być ważniejszym elementem całościowego przekazu” (Cohen v. California, 403 U.S. 15, 26 (1971)).
11. Taki właśnie charakter miała wypowiedź Fundacji „Zielone Światło”: w drastyczny, emocjonalny i (zdaniem wielu) przesadzony sposób wskazywała ona na niebezpieczny problem, jakim w przekonaniu Fundacji jest dostępność w obiegu handlowym przedmiotów o charakterze faszystowskim. Żaden rozsądny człowiek nie uzna, że dokonując takiego drastycznego przerysowania, Fundacja zarzuciła firmie Allegro lub jej pracownikom przekonania lub sympatie faszystowskie. Nikt rozsądny nie uznałby tej wypowiedzi za znieważenie lub zniesławienie właścicieli lub pracowników Allegro. Jedynym oczywistym przekazem, wynikającym z drastycznego i mało taktownego symbolu graficznego, jakim posłużyła się Fundacja „Zielone Światło”, była ostra krytyka dopuszczenia przez Allegro takich przedmiotów do obrotu handlowego, przy jednoczesnym czerpaniu z tego zysków. (Trzeba podkreślić, że ważnym elementem ulotki, na której znajdowało się zdeformowane logo Allegro był także tekst, wyłuszczający charakter obiekcji Fundacji Zielone Światło; gdyby więc jakiś odbiorca komunikatu miał jakieś wątpliwości co do charakteru akcji, zostałyby one szybko rozwiane przez lekturę tekstu, w którym nie pada nawet pośredni zarzut pod adresem Allegro o sympatie nazistowskie właścicieli lub pracowników firmy). Czy zarzut tak wyrażony przez Fundację „Zielone Światło” jest uzasadniony – nie jest i nie powinien być przedmiotem niniejszej analizy. Dla oceny stopnia ochrony prawnej przedmiotowej wypowiedzi Fundacji „Zielone Światło” ważne jest tylko to, czy ta wypowiedź należy do kategorii, korzystającej z najwyższego stopnia ochrony konstytucyjnej i konwencyjnej. Uwagi na temat drastycznego, przerysowanego czy nietaktownego charakteru *formy* wypowiedzi nie mogą podważyć wyrażonej wcześniej opinii, że przedmiotowa wypowiedź cieszy się najwyższym stopniem ochrony konstytucyjnej i konwencyjnej.

#### **(B) Analiza uprawnień po stronie Allegro**

12. Przechodząc do drugiej strony konfliktu uprawnień, czyli do uzasadnienia roszczeń wysuwanych przez Allegro, należy na początek pokrótce wyeliminować kilka potencjalnych uzasadnień tezy, że prawa Allegro (w rozumieniu art. 31.3 Konstytucji, gdzie „wolności i prawa innych osób” mogą stanowić podstawę ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw, w tym wolności wyrażania poglądów) uzasadniają ograniczenie praw Fundacji „Zielone Światło”, opisanych powyżej (cz. A). Po pierwsze – Allegro nie ma „praw” do tego, by inny podmiot, w tym Fundacja „Zielone Światło”, nie krytykował jego (Allegro) postępowania: takiego „uprawnienia” do braku krytyki nie ma nikt i oczywiście Allegro nawet nie wytacza

takiego (ani zbliżonego) argumentu. Allegro nie ma prawa do ochrony przed ostrą, zaczepną, drastyczną czy mało taktowną krytyką, z powodów wymienionych wyżej (par. 9) – i Allegro nie wytacza takiego (ani zbliżonego) argumentu). Allegro *ma* prawo do ochrony przed zniesławieniem albo znieważeniem, jako że zakazy zniesławienia i znieważenia, w granicach określonych prawem karnym (odpowiednio artykuły 212 i 216 kk), stanowią konstytucyjnie dozwolone ograniczenia wolności wyrażania poglądów, ale komunikacyjne działania Fundacji „Zielone Światło” polegające na deformacji znaku towarowego Allegro przez wpisanie do niego symbolu SS nie stanowią ani zniesławienia ani znieważenia w rozumieniu prawa karnego. Allegro takich przestępstw nie zarzuca Fundacji „Zielone Światło” więc szersze wyjaśnianie, dlaczego działanie Fundacji „Zielone Światło” nie stanowi ani znieważenia ani zniesławienia byłoby w tym miejscu bezprzedmiotowe.

13. Skoro wyeliminowane zostały – jako nie mające podstaw i nie występujące w zarzutach ze strony Allegro – powyższe podstawy domniemyanych uprawnień Allegro, to możemy zawęzić dalszą dyskusję do właściwie sformułowanego i precyzyjnie ograniczonego roszczenia ze strony Allegro, zmierzającego do ukazania, że akcja Fundacji „Zielone Światło” naruszyła jego uprawnienia. Jest oczywiste, że jedyna podstawa, na jakiej Allegro może oprzeć się w swym postępowaniu mającym na celu obronę dóbr osobistych w postaci dobrego imienia przed działaniem Fundacji „Zielone Światło”, musi być związana z wykorzystaniem *znaku towarowego* Allegro przez Fundację „Zielone Światło” w swej akcji przeciw Allegro.<sup>1</sup> Znak towarowy, a ściślej: charakter uprawnień, jakie Allegro ma względem swego znaku towarowego, muszą być w centrum rozważań nad uprawnieniami Allegro do dobrego imienia, rywalizującymi z uprawnieniami Fundacji „Zielone Światło”. Ponieważ sposób wykorzystania przez Fundację „Zielone Światło” znaku towarowego Allegro jest nietypowy i wymykający się standardowym uzasadnieniom uprawnień wynikających z własności intelektualnej (w samej rzeczy, cała *istota* działań Fundacji „Zielone Światło” zasadza się na zaskakującej nietypowości wykorzystania znaku towarowego Allegro, co pozwala przykuć uwagę przechodnia – czytelnika ulotki), musimy w tych rozważaniach odwołać się do uzasadnień, do *ratione juris* ochrony własności intelektualnej (a w szczególności znaków towarowych), a następnie zastanowić się, na ile te uzasadnienia odnoszą się do niniejszej sprawy. Prawo i uprawnienia nie istnieją bowiem w oderwaniu do ich uzasadnień, a w przypadku konfliktu uprawnień lub niepewności co do prawowitych granic uprawnień, tylko refleksja nad ich uzasadnieniami może podyktować nam prawidłowe rozwiązania.
14. Dla uniknięcia nieporozumień dodam, że w dalszych rozważaniach pomnę, jako ewidentnie błędne, zarzuty Allegro jakoby ich znak stanowił „utwór” w znaczeniu prawa autorskiego, a zatem posługiwanie się przez fundację zdeformowanym znakiem Allegro stanowił miałyby naruszenie także prawa autorskiego. Argument ten (przytoczony w pozwie raczej na marginesie, co wskazywałoby na niewiarę – uzasadnioną – Powoda w moc tego argumentu) jest w sposób ewidentny błędny, a z dwóch głównych kategorii prawa własności intelektualnej znak Allegro wypełnia jedynie znamiona znaku towarowego a nie utworu lub dzieła w rozumieniu prawa autorskiego („copyright”). W żadnym z rozwiniętych systemów ochrony własności intelektualnej słowo „Allegro”, nawet ze specyficznym liternictwem, nie uznane zostałyby za „utwór” kwalifikujący się do ochrony prawa autorskiego: nie ma

<sup>1</sup> Wydaje się to przyznawać samo Allegro; w piśmie procesowym powoda z 20 lipca 2011 stwierdza się wyraźnie, że „rozpowszechnianie krytycznych w stosunku do powoda informacji nie stanowi przedmiotu niniejszego postępowania, ani sprzeciwu powoda. (...) Proces ten dotyczy zniekształcenia znaku *allegro*” (s. 10).

charakteru „oryginalnego, „literackiego” ani jakiegokolwiek innego „dzieła”, związanego z prawem autorskim (abstrahując już od faktu, że w odróżnieniu od słów specjalnie stworzonych dla oznaczenia jakiejś firmy, jak np., Exxon, choć i w tym przypadku sądy brytyjskie odmówiły uznania prawa autorskiego do tego słowa, por. Exxon Corp. v. Exxon Insurance Consultants [1982] Ch. 119; [1981] 3 All E.R. 241], słowo „allegro” ma swoje utrwalone znaczenie kulturowe (w szczególności – muzyczne), niezależne od użycia go w znaku towarowym firmy; *a fortiori* nie kwalifikuje się więc do rozważań z zakresu prawa autorskiego). Gdyby jednak przyjąć, dla celów argumentacyjnych, ekscentryczną i nie dającą się obronić tezę, że mamy do czynienia z prawem autorskim firmy do znaku zawierającego słowo Allegro napisane charakterystyczną czcionką, to niniejsze rozważania stosują się *mutatis mutandis* także do konfliktu między prawem do wolności wyrażania poglądów a prawem autorskim do utworu.

15. Jako niekontrowersyjny punkt wyjścia dalszych rozważań przyjąć należy, że głównym uzasadnieniem ochrony znaków towarowych jest prawowity interes gospodarczy wytwórców danego produktu lub dostawcy usługi. Głównym uzasadnieniem ochrony znaku jest poświadczenie dla konsumenta *pochodzenia* danego produktu lub usługi (tzw. *badge of origin*): widząc znak towarowy na danym produkcie lub w związku z daną usługą, konsument kieruje się tym faktem jako jednym z motywów swego zakupu, wybierając produkty lub usługi dostarczane przez renomowane (zdaniem konsumenta) firmy. W tym sensie, znak towarowy ma bardzo wymierną wartość ekonomiczną dla wytwórcy lub usługodawcy i ta wartość stanowi uzasadnienie ochrony znaku towarowego.
16. W sposób oczywisty, takie uzasadnienie *nie* stosuje się do przedmiotowej sprawy. Fundacja „Zielone Światło” nie przywłaszcza sobie znaku towarowego Allegro w sposób nawet zbliżony do przedstawionego przed chwilą uzasadnienia ochrony znaku towarowego. Fundacja „Zielone Światło” nie konkuruje z Allegro na rynku usług w sektorze, w którym działa Allegro: w samej rzeczy, Fundacja „Zielone Światło” nie jest *żadnym* wytwórcą ani usługodawcą, a posługiwanie się przez nią (zmienionym) znakiem towarowym Allegro nie wiąże się z żadnymi celami ani motywami ekonomicznymi. Standardowe uzasadnienie ochrony znaków towarowych, wyartykułowane powyżej (par. 15), w sposób oczywisty nie stosuje się do tej sprawy.
17. Powyższe uzasadnienie nie wyczerpuje jednak wszystkich prawowitych uzasadnień ochrony znaków towarowych. Nawet jeśli podmiot posługujący się znakiem towarowym innego podmiotu nie czyni tego w celach nieuczciwego zawłaszczenia zysków, to właściciel znaku towarowego ma uprawnienie do pewnego zakresu ochrony tego znaku przed takim jego wykorzystaniem, które mogłoby wprowadzić konsumenta w błąd co do pochodzenia lub charakteru produktu („customer confusion”, w prawie anglo-amerykańskim) albo które prowadzi do degradacji, „rozmycia się” znaku towarowego w społecznej percepcji, a w konsekwencji do poważnego obniżenia jego wartości ekonomicznej. Jak wcześniej wywiodłem (par. 16) w niniejszym przypadku nie mamy do czynienia z możliwością wprowadzenia konsumenta w błąd. Czy jednak zachodzi możliwość obniżenia wartości znaku przez jego „rozmywanie” czyli naruszenie jego niepowtarzalności (tzw. trademark dilution)?
18. W pewnym sensie – tak; przecież właśnie celem działań Fundacji „Zielone Światło” jest ostra krytyka właściciela Allegro, a metodą tej krytyki jest użycie i przeinaczenie znaku towarowego Allegro. Ale nie na *tym* polega uzasadniona ochrona znaków towarowych przed degradacją. W prawie innych państw, które można tu rozważyć na zasadzie inspiracji,

przyjęto, że prawnie niedopuszczalna „degradacja znaku towarowego” (trademark dilution; słowo „dilution” tłumacząc tu jako degradacja choć dosłownie oznacza bardziej „rozmywanie”, „wypłukanie” itp) polega na tym, że specyficzna, wyróżniająca cecha znaku towarowego ulega z czasem zatarciu w wyniku używania go przez osoby trzecie bez zezwolenia właściciela znaku. Utrata wartości znaku polega więc na tym, że przestaje być on kojarzony bezpośrednio z jego właścicielem. (To osłabienie podstawowej funkcji znaku polegającej na wskazaniu na źródło pochodzenia towaru, może nastąpić w drodze „rozmycia” (przez długotrwałe używanie danego renomowanego znaku na towarach nie wytworzonych przez właściciela znaku, choć niekoniecznie w sposób mylący konsumenta co do pochodzenia produktu, a więc w kontekstach innych niż bezprawne przywłaszczenie znaku dla zmylenia konsumenta co do źródła pochodzenia) albo „zdeprecjonowania” (przez osłabienia pozytywnych skojarzeń ze znakiem w oczach konsumentów). Ale często takie „rozmycie” wcale nie jest dla właściciela znaku towarowego niekorzystne: jeśli mówimy „elektroluks” (zamiast odkurzacz) albo „kserować” (zamiast kopiować), choć oba słowa oznaczają konkretną firmę lecz zaczęły być używane w sensie generycznym, to takie „rozmycie” jest korzystne dla firmy Elektrolux lub Xerox bo nadaje im status wyłączności w oczach konsumenta. Tak czy inaczej, jest oczywiste, że w przypadku Allegro pierwszy typ „degradacji” (polegającego na oderwaniu sensu znaku od oryginalnego produktu wytworzonego przez właściciela znaku) nie wchodzi w grę; pozostaje zadać pytanie, czy wchodzi w grę drugi typ „degradacji”, polegający – wyrażmy to raz jeszcze, innymi słowami – na tym, że jego wartość ulegnie obniżeniu, przez kojarzenie go w oczach konsumentów z faktami lub zjawiskami ocenianymi negatywnie?

19. Czy deformacja dokonana celowo, w zamiarze krytyki właściciela znaku, również da się podciągnąć pod „rozmycie znaku towarowego”? Najbliższy przypadek prawny, jaki udało mi się odnaleźć w prawie innych państw, wykazujący najwięcej analogii z niniejszym przypadkiem, miał miejsce w USA i dotyczył bardzo podobnego do niniejszego przypadku „ataku” na firmę Walmart (olbrzymią sieć sklepów), którego znak towarowy połączony został z symboliką nazistowską (Smith v. Wal-Mart Stores, 537 F. Supp. 2d 1302 – Dist. Court, ND Georgia 2008). 20 marca 2008 federalny Sąd Okręgowy w Atlancie wydał wyrok w sprawie Smith w. Wal-Mart, dotyczący skargi firmy Wal-Mart przeciwko panu Charlesowi Smithowi, zagorzałemu krytykowi firmy, który wytworzył i rozpowszechnił znak, zawierający słowo „Wal [gwiazdka] Olocaust” (stanowiące połączenie słów Wal-Mart i Holocaust), napisane liternictwem zbliżonym do logo firmy, graficznie wspierane przez symbol stylizowany na nazistowskiego orła. Miało to służyć krytyce firmy, która w przekonaniu Smitha źle traktuje swych pracowników, ma negatywny wpływ na społeczność lokalne i generalnie ma zły wpływ na Stany Zjednoczone jako kraj. Znak Wal\*oocaust rozpowszechniany przez Smitha na koszulkach, kubkach itp. miał służyć przeprowadzeniu analogii między firmą a reżimem nazistowskim. Firma domagała się wydania przez sąd zakazu rozpowszechniania jakichkolwiek znaków i symboli rozpoczynających się od zgłosek „Wal”, które są zastrzeżone jako znak towarowy firmy. (Smith rozpowszechniał także symbole Wal-Qaeda (czyli Wal-Kaida) i inne, zbliżone deformacje nazwy Wal-Mart). W swoim wyroku Sąd najpierw rozważył test „wprowadzenia konsumenta w błąd” („consumer confusion”) i doszedł do wniosku, że do tego tu nie doszło: użycie przez Smitha znaku Wal\*oocaust stanowiło oczywistą dla konsumentów „parodię” i nikt nie mógł być wprowadzony przez nią w błąd co do pochodzenia towarów. (Ta część orzeczenia odpowiada z grubsza argumentowi,

przeprowadzonemu przeze mnie powyżej, par. 16). Przechodząc do testu „trademark dilution”, sąd rozważył znany od dawna amerykańskiemu orzecznictwu test „degradacji przez oczerzenie” (dilution by tarnishment) polegającej na tym, że „znak towarowy jest przedstawiany w niemiłym lub nieprzyjnym kontekście, mogącym wywołać odczucia niechętnie względem danego produktu”. Uwzględniając ten test, sąd uznał (opierając się na utrwalonym orzecznictwie), że taka degradacja może być uwzględniana tylko w odniesieniu do wypowiedzi mających charakter handlowy, zaś w kontekście „parodii” lub „satyry”, nie może być brana pod uwagę ze względu na ochronę konstytucyjnej wolności słowa. Na tej podstawie sąd uznał, że Smith nie naruszył uprawnień Wal-Martu związanych z jego znakiem towarowym.

20. Bardziej ogólnie, w Stanach Zjednoczonych sądy wielokrotnie konfrontowane były ze sprawą tzw. „trademark parody”, czyli parodii używającej znak towarowy, która to sprawa bezpośrednio stosuje się do sprawy Allegro. Sprawa „parodii” ogniskuje w sobie w najwyższym stopniu konflikt między wolnością słowa (bo parodia jest zazwyczaj dokonywana w celach nie-handlowych ale w celach politycznych, artystycznych itp.) a własnością intelektualną. Zapewne najsylniejszym, bo zawierającym najbardziej pogłębione uzasadnienie, orzeczeniem jest wyrok federalnego sądu apelacyjnego okręgu 2 w USA w sprawie Cliffs Notes v. Bantam Doubleday Dell, 886 F.2d 490 (2 Cir. 1989), gdzie renomowany wydawca Bantam zarzucił wydawcy Cliffs Notes opublikowanie satyrycznych książeczek, naśladujących w grafice okładek okładki popularnej serii Bantama, zawierającej streszczenie poważnych dzieł literackich. Sąd uznał, że parodia ta rodziła bardzo niewielkie prawdopodobieństwo wprowadzenia konsumenta w błąd, a zatem prawo do wolności słowa przeważało nad prawem do ochrony własności intelektualnej. Generalnie, w USA przyjęte jest, że parodia stanowi skuteczną obronę przed zarzutem naruszenia znaków towarowych o ile tylko nie występuje realna i poważna szansa zmylenia konsumenta co do rzeczywistego charakteru danego wyrobu lub usługi (por. obszernie na ten temat Kelly L. Baxter, „Trademark Parody: How to Balance the Lanham Act with the First Amendment”, Santa Clara Law Review t. 44 (2003-4), ss. 1179-1210).
21. W innym systemie prawnym, a mianowicie w Republice Południowej Afryki, podobne orzeczenie wydane zostało niedawno przez najwyższą instancję sądową tego kraju, a mianowicie Sąd Konstytucyjny. (Orzeczenie to zostało szeroko podjęte w naukowych opracowaniach dotyczących relacji między prawem własności intelektualnej a wolnością słowa i ze względu na to znaczenie doktrynalne owego orzeczenia, warto je tu streścić). W sprawie Laugh It Off Promotions v. South African Breweries International, orzeczenie z 27 maja 2005, sprawa CCT 42/04, poszło o użycie znaku towarowego popularnego piwa Carling Black Label Beer przez organizację społeczną Laugh It Off, która wytworzyła znak (umieszczany na T-shirtach) do złudzenia przypominający znak „Black Label”, tyle że słowo „Label” zastąpione zostało przez „Labour”. Słowo „Black Labour”, oznaczające „czarna siła robocza”, zostało tu użyte w celach krytyki stosunku firmy do swych pracowników. W swym orzeczeniu Sąd wyartykułował problem konstytucyjny jako konflikt między prawem wolności słowa a prawem własności (intelektualnej). Sąd przyjął, że dla obrony swego roszczenia, właściciel znaku towarowego musiałby udowodnić, że poniósł „znaczące straty ekonomiczne” w wyniku działań oponenta. Ponieważ taki dowód nie został przeprowadzony, roszczenie formy o zakazanie używania i rozpowszechniania znaku „Black Labour” zostało oddalone.

22. Dodajmy na marginesie, że w obu orzeczeniach przed chwilą streszczonych: amerykańskim i południowo-afrykańskim, mieliśmy do czynienia również ze śladową działalnością handlową podmiotów oskarżonych o deformację znaku towarowego: Charles Smith sprzedawał internetowo T-shirty z symbolem Wal\*Ocaust; organizacja Laugh It Off też sprzedawała koszulki ze znakiem Black Labour. W obu przypadkach, sądy uznały, że działalność handlowa ma charakter drugorzędny i instrumentalny względem przekazu komunikacyjnego i dlatego akcja musi być traktowana w kategoriach ochrony wolności słowa. W przypadku Allegro, działalność handlowa nie istnieje nawet w takim śladowym wymiarze po stronie Fundacji Zielone Światło, a zatem analogia przemawia *a fortiori* na rzecz Fundacji Zielone Światło.
23. Bardzo zbliżony do zdeformowanego symbolu Allegro był zdeformowany znak wielkiej firmy naftowej Esso użyty przez międzynarodową organizację Greenpeace: walcząc z Esso, Greenpeace posłużył się znakiem „Esso” (napisanym identycznym liternictwem jak logo firmy i w charakterystycznym, niebieskim kółku, tyle że litery „ss” w słowie Esso zastąpione zostały przez symbole dolara „\$\$”). Esso France pozwał organizację Greenpeace przed sądem w Paryżu. W wyroku z dnia 8 kwietnia 2008 francuski Sąd Najwyższy oddalił skargę Esso. Jeśli chodzi o ochronę znaku towarowego, Sąd (podobnie jak wcześniej uczynił to sąd niższej instancji) uznał, że nie wchodzi w grę niebezpieczeństwo wprowadzenia konsumenta w błąd. Ponadto znak towarowy E\$\$O (w przeciwieństwie do Esso) nie jest używany w obiegu handlowym, a zatem jego użycie przez Greenpeace nie jest nielegalne. Z kolei roszczenie Esso oparte na ochronie dobrego imienia zostało oddalone na tej podstawie, że użycie symbolu E\$\$O w celach „parodii lub krytyki” chronione jest przez zasadę wolności słowa. (Por. analizę tego orzeczenia i poprzedzającego je orzecznictwa niższych sądów francuskich w tej sprawie, w [www.iam-magazine.com/issues/Article.ashx?g=46a24ecb-1bcd-4c10-be35-4854fdb8a9da](http://www.iam-magazine.com/issues/Article.ashx?g=46a24ecb-1bcd-4c10-be35-4854fdb8a9da)).
24. W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka nie było, o ile mi wiadomo, sprawy analogicznej do przypadku Allegro. Pewne (ale bardzo odległe) podobieństwa można odnaleźć z faktami sprawy Steel i Morris przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, orzeczenie 15 lutego 2005, skarga nr 68416/01. Sprawa dotyczyła dwojga działaczy brytyjskich, Helen Steel i Davida Morrisa, którzy od dawna prowadzili kampanię przeciwko znanej sieci restauracji McDonald's. Na ulotkach, rozdawanych przez nich w ramach swej kampanii, umieszczali oni słynne logo firmy, ale zdeformowane w taki sposób, by używając liternictwo znane z logo McDonald's powstawały słowa McDollars, McGreedy (McPazerny), McCancer (McRak), McMurder (McMorderstwo) itp. Tym zdeformowanym znakom towarzyszył na ulotkach tekst mający dowiesć związków między działalnością firmy a głodem w Trzecim Świecie, „ekonomicznym imperializmem”, „trwonieniem zasobów”, niszczeniem tropikalnych dżungli i innymi aspektami „katastrofy ekologicznej”. W Wielkiej Brytanii, Steel i Morris zostali pozwani przez McDonald's o zniesławienie (należy podkreślić: *nie* o naruszenie własności znaku towarowego) i skazani wyrokiem z 19 czerwca 1997 na wysokie kary pieniężne. Sąd apelacyjny oddalił wniosek o apelację. Sprawa przed ETPCz dotyczyła zarzucanego Wielkiej Brytanii naruszenia dwóch artykułów Konwencji: uprawnień do rzetelnego procesu wynikających z Art. 6 Konwencji i wolności wypowiedzi (Art. 10). Trybunał uznał że oba te artykuły zostały naruszone i chociaż kwestia deformacji lub wykorzystania znaków towarowych nie pojawiła się w orzeczeniu, to jednak przy okazji rozpatrywania kwestii zniesławienia ETPCz wyraził zdanie, stosujące się do niniejszej sprawy Allegro, a mianowicie, że „w ulotce w kampanii pewien zakres hiperboli i przesady musi być tolerowany, a nawet

oczekiwany" („In a campaigning leaflet a certain degree of hiperbole and exaggeration is to be tolerated and even expected (...)” (par. 90).

25. Kwestie związane z prawem właściciela do znaku towarowego w kontekście wykorzystania znaku w celach parodii, satyry, krytyki politycznej itp., doczekały się już dość wyczerpującego opracowania w *doktrynie prawniczej* wielu krajów. Amerykańska prawniczka Kelly Baxter w zasadniczym artykule na ten temat, dochodzi do wniosku, że „w determinowaniu, czy interesy wynikające z Pierwszej Poprawki [w zakresie, w jakim chroni ona wolność słowa – przyp. WS] powinny przeważać nad interesami związanymi ze znakiem towarowym, sądy powinny rozważyć czynniki takie jak m.in. czy (1) główny cel parodii ma charakter artystyczny lub polityczny a nie przesłanki ekonomiczne, (2) istnienie zastrzeżenia informującego konsumentów, że to jest parodia” (Kelly L. Baxter, „Trademark Parody: How to Balance the Lanham Act with the First Amendment”, *Santa Clara Law Review* t. 44 (2003-4), s. 1209. Łatwo zauważyć, że oba warunki zostały spełnione w przedmiotowej sprawie: deformacja znaku Allegro miała cel polityczny, a nie handlowy, zaś brak zastrzeżenia został z nawiązką zrekompensowany tekstem, wyjaśniającym naturę zarzutów Fundacji przeciwko Allegro. Inny amerykański prawnik, partner kancelarii prawnej specjalizującej się w prawie własności intelektualnej, Mark Partridge, dowodzi, że „strona powodowa [czyli właściciel znaku towarowego – WS] ma największą szansę wygrać sprawę dotyczącą sparodiowania znaku towarowego, gdy parodia jest lekceważąca lub obraźliwa, gdy parodia jest identyczna albo bardzo podobna do oryginalnego znaku towarowego, a istnieje uzasadniony i silny interes publiczny w zapobieżeniu wprowadzenia w błąd” (Mark V.B. Partridge, *Trademark Parody and the First Amendment: Humor In the Eye of the Beholder*, *John Marshall Law Review*, t. 29 (1995-1996), ss. 877-890, s. 890). W naszym przypadku, ostatni warunek nie jest spełniony, gdyż ryzyko wprowadzenia konsumentów w błąd praktycznie nie istnieje. Jak pisze z kolei czołowa australijska specjalistka własności intelektualnej, w kraju tym przyjęta została przez sądy doktryna, „że właściciel znaku towarowego chcący dowieść naruszenia prawa do znaku towarowego musi pokazać nie tylko, że pozwany użył jego znaku towarowego, ale także, że użył go w bardzo określony sposób, a mianowicie jako oznaki pochodzenia [towaru], dla zasygnalizowania jego źródła. Wszystkie inne formy użycia i odniesienia do zarejestrowanych znaków towarowych są w domenie publicznej i są dostępne dla np. zespołów muzycznych, konkurentów handlowych i politycznych satyryków” (Patricia Loughlan, „Protecting Culturally Significant Uses of Trade Marks (Without a First Amendment)”, *European Intellectual Property Review* (2000): 328-331, s. 329). Jak widać, wszystkie te opinie mają zbieżną cechę: dowodzą one, że parodiowanie (deformowanie) znaku towarowego powinno pozostawać w zasięgu prawnie chronionej wolności słowa, chyba że parodia (deformacja) może wprowadzić konsumenta w błąd co do charakteru, a w szczególności źródła pochodzenia produktu (usługi) i w ten sposób (ale *tylko* w ten sposób) zagrozić interesom ekonomicznym właściciela znaku towarowego. Tak określiłbym consensus doktrynalny w kwestii, stosującej się do niniejszej sprawy. Bardziej generalnie, doktryna (w szczególności: europejska) podkreśla, że w konflikcie między wolnością wypowiedzi a prawem znaków towarowych, te ostatnie muszą być interpretowane wąsko, by nie naruszyły wolności wypowiedzi; interpretując prawo systemu EKPCz, Unii Europejskiej, a także Niemiec i Holandii, Sakulin w swej niedawnej fundamentalnej monografii na ten temat pisze: „Artykuł 10 [EKPCz] nakłada na państwa obowiązek dopilnowania, by wykonywanie uprawnień do znaków towarowych nie naruszało wolności

wypowiedzi osób trzecich i państwa muszą realizować swe pozytywne zobowiązania, a zatem tak kształtować prawo znaków towarowych, by różnorodność wypowiedzi nie była nadmiernie ograniczona. (...) Ustawodawcy powinni kształtować prawo znaków towarowych w taki sposób, by realizacja uprawnień ze znaków towarowych nie prowadziła do niewspółmiernego ograniczenia wolności wypowiedzi, a sądy i instytucje rejestrujące [znaki towarowe] muszą interpretować normy prawa znaków towarowych w świetle [zasady] wolności wypowiedzi” (Wolfgang Sakulin, *Trademark Protection and Freedom of Expression*, Kluwer Law International, Rotterdam 2011, s. 111).

### **(C) Porównanie i wyważenie obu uprawnień**

#### **(C1) Allegro nie ma prawowitych uprawnień, które zostały naruszone**

26. Reasumując dotychczasowe wywody: prawa właściciela znaku towarowego uzasadnione są fundamentalnym uzasadnieniem ochrony własności intelektualnej w ogóle, a znaków towarowych w szczególności. Uzasadnienie to wiąże się z ekonomicznymi interesami właściciela znaku, a ich główna funkcja polega na informowaniu potencjalnego kupującego o tym, kto wytworzył dany produkt i przyciąganiu kupców do produktów wytworzonych przez renomowane firmy. Naruszenie znaku towarowego polega na wprowadzeniu konsumenta w błąd co do źródła pochodzenia produktu i w ten sposób, interesy właściciela znaku podlegają bezprawnemu naruszeniu. Oczywiście, istnieją również inne sposoby wykorzystania znaku towarowego, które mogą pośrednio naruszyć ekonomiczne interesy właściciela znaku, ale właściciel znaku nie ma prawa do ochrony przed jakimkolwiek użyciem znaku mającym potencjalnie negatywne ekonomiczne konsekwencje. (Tytułem przykładu: przypuśćmy, że popularny „celebryta” oświadczy w wywiadzie dla tabloidu, że „Dla mnie [tu nazwa popularnego napoju] jest beznadziejna” – to takie „użycie znaku towarowego” ma niewątpliwie potencjalnie negatywny wpływ na popyt na ten produkt, ale właściciel znaku nie ma uzasadnionego roszczenia przeciwko tej wypowiedzi). Użycie znaku towarowego dla krytyki towaru lub produktu, a w szczególności dla krytyki nie motywowanej walką konkurencyjną, nie może być wykluczone przez prawo własności znaku towarowego, gdyż (1) nie mieści się w ramach uzasadnienia dla znaku towarowego (gdyż nie wprowadza w błąd co do źródła pochodzenia produktu), (2) mieści się w ramach wypowiedzi chronionych przez wolność słowa. Ta ostatnia ochrona nie jest absolutna: jeśli mamy do czynienia ze znieważeniem lub zniesławieniem, te ostatnie formy wypowiedzi nie są prawnie chronione, ale brak ochrony nie wynika wtedy z ochrony znaku towarowego lecz jest od własności intelektualnej niezależny i wynika z charakteru samej wypowiedzi. Jeśli jednak dana wypowiedź, wykorzystująca znak towarowy (w kontekście niehandlowym), nie ma skądinąd charakteru zniesławienia, znieważenia lub innych zakazanych form wypowiedzi, to ochrona znaku towarowego nie jest skuteczna w naruszeniu prawa do wypowiedzi, nawet jeśli wypowiedź ta ma potencjalnie negatywne skutki handlowe dla wytwórcy czy usługodawcy.

**(C2) Nawet gdyby uprawnienia Allegro zostały naruszone, uprawnienia Fundacji przeważają nad domniemanymi uprawnieniami Allego**

27. Do tej pory przyjąłem, że prawo własności intelektualnej, jak w przypadku Allegro, nie daje firmie Allegro nawet *prima facie* uzasadnionego roszczenia przeciwko fundacji „Zielone Światło”. Nie ma tu więc rzeczywistego konfliktu uprawnień, ponieważ „uprawnienie”, jakie mogłoby przysługiwać firmie Allegro, okazuje się iluzoryczne. Nikt nie ma prawa do ochrony swego znaku towarowego przed wykorzystaniem go w taki sposób, jak uczyniła to Fundacja Zielone Światło. Nie ma więc naruszenia uprawnienia firmy Allegro i nie musimy dokonywać wyważania skonfliktowanych ze sobą uprawnień. Jednak dla celów „ostrożności procesowej”, i wyłącznie na zasadach *arguendo*, przyjmę na chwilę hipotezę, że uprawnienia Allegro zostały *prima facie* naruszone. W takim przypadku mielibyśmy do czynienia z konfliktem dwóch typów uprawnień: uprawnienia wynikającego z własności znaku towarowego, po stronie Allegro, i uprawnienia do wolności wypowiedzi, po stronie Fundacji Zielone Światło. Żadne z tych dwóch uprawnień nie ma charakteru absolutnego (w przeciwnym wypadku, konflikt byłby nieusuwalny, a poza tym klóciłoby się to z Konstytucją RP, przewidującą w art. 31(3) możliwość ustawowych ograniczeń wszystkich praw i wolności).
28. Decydujące znaczenie dla takiego wyważania ma *metodologia* porównywania i wyważania uprawnień, pozostających ze sobą w konflikcie. Możliwe są dwa podejścia; „uproszczone” i złożone (quasi-konstytucyjne). Metoda uproszczona polegałaby na jasnym wyartykułowaniu typu uprawnień, pozostających tu ze sobą w konflikcie (wolność słowa i prawa własnościowe, oparte na prawie własności intelektualnej), a następnie uznaniu jednego z tych uprawnień za ważniejsze. Wiele przemawia za tym, że priorytet musi być przyznany prawu wolności słowa, które, zarówno w orzecznictwie jak i doktrynie uznane jest za rodzaj „meta-uprawnienia”, uprawnienia tak ważnego, że wręcz konstytuującego ład demokratyczny. Jak określił to TK, „Swobodna debata publiczna w państwie demokratycznym jest jednym z najważniejszych gwarantów wolności i swobód obywatelskich” (P. 3/06). „Wolność słowa stanowi jedno z podstawowych praw człowieka, przysługujących w naturalny sposób każdej jednostce ludzkiej. Rolą unormowań konstytucyjnych jest potwierdzenie istnienia tej wolności (...) (W 3/93). Te wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego świadczą o nadzwyczajnej, nadrzędnej roli wolności słowa względem innych praw i wolności konstytucyjnych. Także doktryna konstytucyjna podkreśla, że wolność wyrażania poglądów i opinii, zagwarantowana w art. 54 „może być uważana za jedną z najbardziej elementarnych gwarancji zasady demokracji i pluralizmu politycznego” (Leszek Garlicki, Polskie prawo konstytucyjne: zarys wykładu, wyd. 14, Liber Warszawa 2010, s. 110).
29. Metodologia wyważania uprawnień, którą nazwałem tu „uproszczoną”, pozostawia jednak wiele do życzenia. Wystarczy powiedzieć, że w oparciu o taką metodę należałoby uznać, że jakakolwiek, nawet najdrobniejsza, realizacja uprawnienia wolności słowa musi mieć przewagę nad jakimkolwiek, nawet najbardziej znaczącym, roszczeniem opartym na prawach własnościowych. To prowadziłoby do absurdu, wynikającego z braku właściwego wyważania sensu *stricto*, opartego na proporcjonalności między ograniczeniem jednego uprawnienia a realizacją drugiego. Niezbędna jest zatem metodologia złożona, którą nazwę tu „quasi-konstytucyjną”. W przypadkach, gdy sąd musi dokonać wyważania wzajemnego uprawnień, mających rangę konstytucyjną, a ustawa ani orzecznictwo nie dyktują jednoznacznie rozwiązania, czyli sprawa jest precedensowa (tak jak obecna), sąd musi przyjąć perspektywę quasi-ustawodawcy, a mianowicie rozważyć, jakie rozwiązanie dyktowałaby mu Konstytucja,

gdyby daną sprawę (w tym wypadku: użycie i deformację znaku towarowego dla ostrej krytyki publicznej właściciela znaku) ustawodawca postanowił *explicite* uregulować. W takim przypadku, ustawodawca musiałaby spełnić kryteria dopuszczalności ograniczenia prawa i wolności zawarte w art. 31 (3). Podkreślam, że przyjęcie takiej metodologii nie oznacza przejmowania przez sąd funkcji ustawodawcy, lecz jest przejawem uznania nadrzędnej roli Konstytucji w systemie prawnym, co oznacza m.in., że w sprawach nieuregulowanych ustawowo *explicite* sąd musi bezpośrednio uciekać się do norm konstytucyjnych i na ich podstawie dokonać wyważenia rywalizujących ze sobą, w danym konkretnym przypadku, uprawnień.

30. Jak stwierdziłem wcześniej (par. 8), jedyną *prima facie* uzasadnioną podstawą ograniczenia prawa wolności wyrażania poglądów w tej sprawie jest podstawa określona jako „prawa innych osób” (art. 31 (1) 1 zd. *in fine*). Jest to jedyna z konstytucyjnych podstaw ograniczenia uprawnień, która nie ma charakteru samoistnego (typu bezpieczeństwo i porządek publiczny itp.), lecz opiera się na innych, już prawnie uznanych prawach innych podmiotów. W tym przypadku byłyby to prawa własnościowe (art. 64 Konstytucji), skonkretyzowane jako prawo własności intelektualnej do znaku towarowego (przyjmijmy *arguendo*, że – wbrew argumentom zawartym w części (B) niniejszej Opinii - Allegro może przytoczyć takie prawa dla wsparcia swego roszczenia). Są one jednak skuteczne dla ograniczenia prawa wolności słowa tylko pod warunkiem „konieczności w demokratycznym państwie” i „nienaruszania istoty wolności i praw” (art. 31 (3)). (Z oczywistych przyczyn pomijam tu wymóg ustawowego ustanowienia tych ograniczeń, art. 31(3) zd. 1, gdyż przyjęta tu metodologia nie dotyczy sędziowskiej oceny konstytucyjności samej regulacji lecz stanowi zastosowanie przez sędziego *per analogia* norm, skierowanych przez Konstytucję do ustawodawcy).
31. Czy zakaz używania przez Fundację zdeformowanego znaku towarowego Allegro byłby „konieczny w demokratycznym państwie”? Jeśli konieczność dotyczy ochrony praw Allegro do niedeformowania jego znaku towarowego w jakimkolwiek celu i kontekście, przyjmując *arguendo* że Allegro ma takie uprawnienie, to tego typu konieczność jest oczywista na mocy tautologii. Ale czy taki zakaz da się pogodzić z wymogiem nienaruszania istoty prawa do wolności wyrażania poglądów? Z całą pewnością nie. Wszystko, co zostało powiedziane w niniejszej Opinii w cz. (A) dowodzi, że tego typu wypowiedź, jakiej dopuściła się Fundacja, należy do kategorii wypowiedzi najbardziej chronionych przez konstytucyjną wolność słowa w państwie demokratycznym. Zakaz tego typu wypowiedzi, bez względu na to, czy dotyczyłby treści czy formy wypowiedzi (zob. par. 9) godziłby zatem w samą istotę wolności wyrażania swych przekonań. Istota ta bowiem jest określona przez funkcję wolności słowa, jaką jest zapewnienie nieskrępowanej debaty na tematy publiczne, obejmującej także wypowiedzi ostre, niepopularne, drastyczne i szokujące. Jak wyjaśnił to TK, „Koncepcja ‘istoty praw i wolności’ (...) opiera się (...) na założeniu, że we ramach każdego konkretnego prawa i wolności można wyodrębnić pewne elementy podstawowe (rdzeń, jądro), bez których takie prawo czy wolność w ogóle nie będzie istnieć (...)” (P 11/98 s. 179). Takim rdzeniem, w przypadku wolności słowa, jest możliwość ostrego krytykowania pewnych działań w sferze publicznej czy gospodarczej, które zdaniem krytykującego stanowią np. skandaliczne przekroczenie norm przyzwoitości albo zagrożenie dla demokracji. Zakaz takich wypowiedzi godzi w cel, funkcje a zatem istotę prawa do wyrażania własnych poglądów. Wyważenie wzajemne prawa wolności słowa z art. 54 i praw własnościowych związanych z własnością znaku towarowego musi więc prowadzić w tym przypadku do wniosku, że

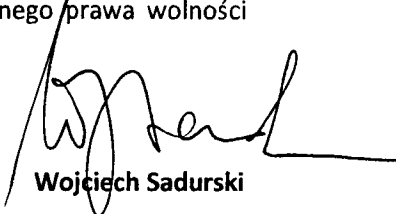
ograniczenie wolności słowa przez uznanie wypowiedzi Fundacji za niezgodną z prawem, byłoby nieuzasadnione i niedopuszczalne na gruncie porządku prawnego pod rządami Konstytucji RP.

32. Rozważmy na koniec, na zasadzie argumentu „adwokata diabła”, następującą replikę na powyższy argument. Skoro prawo wolności słowa ( po stronie Fundacji) ma korzystać ze wzmożonej ochrony konstytucyjnej wynikającej z rygorów art. 31 (3), to przecież te same kryteria ograniczeń uprawnień konstytucyjnych można by zastosować też do uprawnienia będącego (*arguendo*) po stronie Allegro, stanowiące uszczegółowienie konstytucyjnego prawa do własności (art. 64). Skoro ograniczenia wolności słowa nie mogą naruszać istoty tego uprawnienia, to (kontynuując argument „advocatus diaboli”) także ograniczenia praw własnościowych do znaków towarowych nie mogą naruszyć ich istoty (por. art. 64(3) Konstytucji). Takie postawienie sprawy oznaczałoby oczywiście pewien impas prawny, gdyż jakkolwiek decyzja naruszałaby prawo jednej ze stron, ale przynajmniej stanowiłoby to skuteczne wsparcie dla roszczeń Allegro.
33. Ale taki argument byłby nieuzasadniony, z dwóch powodów. Po pierwsze: pojęcie „ograniczeń” uprawnienia o jakich mowa w art. 31(3) i 64(3) dotyczy ograniczeń ustanowionych przez państwo (a w szczególności przez ustawodawcę, zaś tylko per analogia, jak w niniejszym rozumowaniu, przez sąd). Źródłem domniemanego „ograniczenia” prawa Allegro do znaków towarowych byłoby działania innego podmiotu prywatnego a nie państwa, następowaloby więc ono w płaszczyźnie „poziomej”. Tego Konstytucja nie reguluje. Natomiast źródłem domniemanego (i jak twierdzą, realnego) ograniczenia prawa Fundacji do wolności wyrażania swych poglądów byłby, w przypadku wyroku przyznającego słusność roszczeniom Allegro, sąd, a zatem państwo. Po drugie, i co ważniejsze, naruszenie „istoty” uprawnienia jest nieporównywalne w obu przypadkach: trudno twierdzić, że działania Fundacji naruszają „istotę” prawa własnościowego do znaków towarowych, gdyż jak obszernie wywodzono wcześniej (par. 15 i nast.) istota ta dotyczy głównej funkcji znaków towarowych, jaką jest jednoznaczne określenie dla konsumenta źródła pochodzenia produktu w celu ochrony interesów ekonomicznych wytwórcy. Tego typu funkcja nie wchodzi w grę w niniejszym przypadku, jak to ukazałem w par. 16, a zatem naruszenie prawa własnościowego Allegro, jeśli nawet (*arguendo*) do tego doszło, w żadnym przypadku nie naruszyło „istoty” tego prawa. Nie jest więc możliwe skuteczne przeprowadzenie obrony uprawnień Allegro symetrycznej do obrony uprawnień Fundacji, zawartej w par. 31.

## Wnioski

34. Niniejsza sprawa obrazuje konflikt dwóch typów roszczeń związanych z uprawnieniami prawnie chronionymi: roszczeń do wolności słowa (wolności wyrażania swych przekonań) i własności intelektualnej związanej ze znakami towarowymi. Po stronie wolności słowa, kategoria wypowiedzi, do której należała przedmiotowa wypowiedź Fundacji, należy do najbardziej chronionej kategorii wypowiedzi w państwie demokratycznym, gdyż dotyczy krytyki zjawisk i zachowań w sferze publicznej, będących przedmiotem wielkiego zainteresowania publicznego. Fakt, że wypowiedź ta była ostra i prowokująca, nie pozbawia jej ochrony konstytucyjnej. Po stronie uprawnień, związanych ze znakami towarowymi, nie doszło do naruszenia prawnie chronionych interesów właściciela znaku, gdyż użycie znaku nie było związane z tymi funkcjami znaków towarowych, które stanowią uzasadnienie prawnej ochrony, a w szczególności nie było związane z wprowadzeniem konsumenta w błąd

co do pochodzenia produktu lub usługi. Nie doszło również do innych form naruszenia znaku towarowego związanych z uzasadnionymi podstawami ochrony własności intelektualnej (np. niedopuszczalnego „zużycia” znaku itp). Ponieważ wszelkie inne ewentualne roszczenia Allegro (np. związane z ochroną dobrego imienia firmy) w sposób nieuchronny są pochodne względem ochrony znaku towarowego, trzeba stwierdzić, że nie doszło tu do naruszenia uprawnień Allegro, a zatem nie mamy do czynienia z koniecznością wzajemnego wyważania rywalizujących ze sobą uprawnień. Gdyby jednak *arguendo* przyjąć, że doszło do naruszenia uprawnień Allegro, to w sytuacji nieuchronnego porównywania i wyważania rywalizujących ze sobą uprawnień, priorytet należy przyznać uprawnieniom Fundacji do swobody wyrażania swych poglądów, gdyż ograniczenie tego uprawnienia przez zakaz wypowiedzi takich jak przedmiotowa wypowiedź stanowiłoby naruszenie istoty konstytucyjnego prawa wolności słowa.



Wojciech Sadurski