

1. Zastosowanie umów opcji w przemyśle filmowym

adw. Maciej Kubiak

Słowa kluczowe: umowa opcji, utwór audiowizualny, adaptacja filmowa, oferta, warunek, umowa przedwstępna, odstąpienie umowne, prawo autorskie

Streszczenie: Umowa opcji w przemyśle filmowym jest jednym z kluczowych narzędzi prawnych umożliwiających pozyskanie praw do adaptacji dzieł literackich czy scenariuszy w okresie prac pre-produkcyjnych. Jest o umowa nienazwana, która budowana bywa w praktyce branżowej na podstawie różnych konstrukcji prawnych, takich jak m.in.: umowa przedwstępna, oferta, warunek, uprawnienie kształtujące, elementy stosunku licencyjnego, przeniesienie praw z prawem odstąpienia. Najbardziej praktyczną konstrukcją wydaje się ograniczona licencja w okresie opcji oraz szczegółowa oferta, której przyjęcie przez nabywającego opcję w drodze pisemnego oświadczenia powoduje definitywne uzyskanie niezbędnych praw do realizacji filmu na podstawie utworu objętego opcją.

Wprowadzenie

Współczesny przemysł rozrywkowy i działalność twórcza w zdecydowanej większości opierać się musi na swobodzie umów. Stosunki prawne w tej branży nie znajdują bowiem wielu konkretnych punktów odniesienia w części szczególnej zobowiązań Kodeksu cywilnego. Powyższe należy jednak oceniać pozytywnie, gdyż dynamiczne zmiany technologiczne i rozwój branży audiowizualnej odbywają się sprawniej i skuteczniej, gdy jedyne ograniczenia, z jakimi mają do czynienia strony to to, aby treść lub cel ich czynności nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego (art. 353¹ KC).

Niniejszy artykuł ma na celu przybliżenie praktycznych aspektów umów opcji w branży filmowej, ich roli, najczęściej wykorzystywanych konstrukcji prawnych stosowanych w umowach opcji oraz *essentialia negotii* takich umów. Ponieważ umowa opcji jest umową nienazwaną, w praktyce budowana jest ona na podstawie różnych konstrukcji kodeksowych, z których każda ma swoje konsekwencje prawne oraz praktyczne. Z uwagi na objętość niniejszego tekstu, będzie w nim miejsce jedynie na zasygnalizowanie wybranych możliwych sposobów regulacji relacji stron umów opcji w branży filmowej. Nie jest celem ani ambicją autora – z przyczyn oczywistych – aby kompleksowo przedstawić zagadnienia dotyczące oferty, umowy przedwstępnej, warunku czy przeniesienia prawa z prawem odstąpienia. Dlatego autor skupiać się będzie na tych konstrukcjach jedynie w wąskim kontekście, istotnym dla tematu oraz możliwym w realiach niniejszego artykułu.

Rola umów opcji w branży filmowej

W branży filmowej każda praca nad nowym projektem (tzw. *development*) zaczyna się od tekstu – historii czy tematu, który ma zostać opowiedziany w dziele audiowizualnym. Dopiero mając temat, co najmniej rozwinięty do krótkiej – najczęściej kilkunastuśmiejscowej formy literackiej (tzw. *treatmentu*) lub występujący w postaci gotowego scenariusza albo istniejącego utworu literackiego, producent może podejmować kolejne kroki. Do takich kroków należy pozyskiwanie finansowania (inwestorzy, koproducenci, sponsorzy, podmioty lokujące produkt, środki publiczne *etc.*), ekipy filmowej i aktorów oraz partnerów dystrybucyjnych. W praktyce oznacza to, że bardzo wiele projektów nie dochodzi do skutku, mimo zainteresowania tematem czy tekstem przez producenta. Najczęściej z powodu niezgromadzenia finansowania. W tej sytuacji zdecydowana większość producentów filmowych nie może sobie zwyczajnie pozwolić ekonomicznie, aby nabywać prawa do *treatmentów*, scenariuszy, adaptacji książek lub innych dzieł kultury – nie mając pewności (albo przynajmniej dużego prawdopodobieństwa), że uda się im doprowadzić projekt do końca.

Dlatego w branży filmowej zaczęły pojawiać się i funkcjonować umowy opcji. Ich praktycznym celem było to, aby producent mógł przez jakiś czas mieć wyłączność na rozwijanie swojego projektu na podstawie wcześniejszego utworu (literackiego, filmowego *etc.*), jednak bez konieczności na tym etapie finansowania nabycia do niego wszystkich praw niezbędnych do realizacji filmu

(autorskich majątkowych lub zależnych – zależnie od okoliczności). Natomiast twórca utworu literackiego będzie miał pewność, że nie wyzbywa się praw do swoich dzieł, a czas rozwoju projektu przez producenta jest ograniczony. Jednocześnie strony chciały wiedzieć na jakich zasadach i warunkach dojdzie do realizacji filmu na podstawie utworu pierwotnego w sytuacji, gdy projekt będzie mógł przejść do fazy realizacji.

W przypadku umów opcji filmowej najczęściej myśli się o opcji na prawa do adaptacji audiowizualnej literatury (literatura piękna, biografie, reportaże, komiksy *etc.*). W praktyce umowy te mają jednak znacznie szersze zastosowanie i dotyczą korzystania z innych utworów audiowizualnych przy produkcji nowych filmów – *prequeli, sequeli, spin off-ów, remaków*, jak również adaptacji scenicznych (teatralnych, musicalowych *etc.*). Wreszcie umowy opcji są często stosowane przy umowach na formaty telewizyjne oraz w przypadku opcji na realizację filmu o żyjących osobach (zgoda na wkroczenie w sferę dóbr osobistych, w tym prywatność, prawo do wizerunku, nazwiska *etc.*) lub osobach zmarłych (zgoda osób bliskich w kontekście kultu pamięci po osobie zmarłej). Te ostatnie opcje wykazują jednak sporo odrębności z uwagi na ich przedmiot, w związku z tym nie będzie to przedmiotem dalszych rozważań.

Podstawowe postanowienia umowy opcji

Ponieważ umowa opcji jest umową nienazwaną, strony mogą dość swobodnie budować treść wzajemnych zobowiązań. Niemniej z perspektywy praktyki warto, aby umowa opcji regulowała co najmniej poniżej opisane kwestie.

Opcja zawierana jest na określony czas. Powinien to być czas niezbędny do przeprowadzenia tzw. *developmentu*¹ filmowego, w tym zgromadzenia przez producenta finansowania. W praktyce najczęściej spotyka się opcje trwające od roku do 5 lat. Alternatywnie są to umowy na rok z mechanizmem i warunkami przedłużania opcji na kolejne lata.

Ponieważ w okresie opcji uprawniony do utworu objętego opcją jest ograniczony w jego eksploatacji, standardem jest, że opcje mają charakter odpłatny. Tym bardziej że zazwyczaj w okresie opcji udzielana jest też ograniczona licencja (ewentualnie zgoda na wykonywanie praw zależnych – zależnie od okolicz-

¹ Mianem *developmentu* filmowego określa się okres, w którym projekt filmowy rozwija się z fazy koncepcyjnej do okresu pre-produkcyjnego. W okresie *developmentu* zawierane są zazwyczaj umowy opcji oraz producenci poszukują źródeł finansowania.

ności) do korzystania z tekstu na potrzeby tworzenia kolejnych warstw literackich (synopsis, *treatment*, drabinka, scenariusz), utrwalania, zwielokrotniania oraz udostępniania oryginału i opracowań potencjalnym współpracownikom, ekipie, finansującym. Bywają też przypadki, gdy umowa opcji jest zawierana pod tytułem darmym (zwłaszcza w sytuacji krótkich okresów opcji, niskobudżetowych projektów dokumentalnych *etc.*). O ile w PrAut nie ma przeciwskazań co do udzielania bezpłatnych licencji czy zgód na wykonywanie praw zależnych, o tyle nie można zapominać o podatkowych konsekwencjach takich działań – w szczególności w zakresie podatku dochodowego – skutkujących, co do zasady, powstaniem przychodu podatkowego z tytułu nieodpłatnych świadczeń po stronie otrzymującego licencję/zgodę na wykonywanie praw zależnych.

Kolejną ważną kwestią, która powinna być uregulowana w umowie opcji jest sposób i moment jej wykonania. Tutaj wiele będzie zależeć od wybranej konstrukcji prawnej, przy czym rozwiązaniem najbardziej praktycznym jest sytuacja, gdy wykonanie opcji jest możliwie automatyczne (sprowadza się do złożenia oświadczenia np. o przyjęciu oferty, ewentualnie dodatkowo zapłaty ustalonego wynagrodzenia). Trzeba przy tym pamiętać, że przeniesienie praw oraz udzielenie licencji wyłącznej wymaga formy pisemnej pod rygorem nieważności (art. 53 i art. 67 ust. 5 PrAut).

Istotnym zagadnieniem jest również zakres wyłączności w okresie obowiązywania umowy opcji. Najczęściej obejmuje on wyłączność na *development* filmowy. Jednak może ona być zarówno szersza – obejmująca wszelkie prace nad dziełami audiowizualnymi, czy wręcz wszelkie formy korzystania z praw zależnych, jak też znacznie bardziej precyzyjna i ograniczona – np. przewidująca wyłączność na realizację prac przygotowawczych do 45-minutowego filmu dokumentalnego w języku polskim.

Jakkolwiek teoretycznie umowa opcji może przewidywać, że po poinformowaniu przez producenta, strony przystąpią do negocjacji w dobrej wierze warunków umowy na adaptację filmową danego dzieła lub jego ekranizację, to należy pamiętać, że takie rozwiązanie nie gwarantuje, że strony dojdą do porozumienia co do wszystkich negocjowanych postanowień i że do zawarcia takiej umowy dojdzie. Co jest tym istotniejsze, że odpowiedzialność za prowadzenie negocjacji w złej wierze realnie sprowadza się zazwyczaj do ochrony ujemnego interesu umownego.

Dlatego zdecydowanie lepszym rozwiązaniem jest zawarcie w umowie opcji wszystkich elementów zobowiązań stron, która wejdą w życie (zaktualizują się) z chwilą wykonania opcji (zakres udzielonych praw, wynagrodzenie,

poziom swobody twórczej i ewentualnie kontroli twórcy utworu pierwotnego *etc.*).

Ograniczona licencja wraz z ofertą

W ocenie autora najlepszą konstrukcją prawną, która oddaje biznesowe potrzeby i realia zawierania umów opcji jest umowa nienazwana, w której twórca (lub inny uprawniony, np. wydawca) udziela producentowi ograniczonej licencji i zgody na wykonywanie praw zależnych (na potrzeby wstępnych prac literackich oraz prezentowania dzieła pierwotnego i jego opracowań – potencjalnym partnerom projektu) oraz oświadcza producentowi swoją wolę zawarcia umowy o treści ustalonej w umowie opcji (oferta w rozumieniu art. 66 KC). Jednocześnie określając termin przyjęcia oferty i tym samym związania się nią bez możliwości jej odwołania – będący okresem umowy opcji (art. 66 ust. 2 i art. 66² § 2 KC *a contrario*). Producent zaś zobowiązuje się do zapłaty wynagrodzenia za opcję i licencję oraz jest uprawniony w określonym czasie do przyjęcia oferty.

Z chwilą otrzymania przez składającego oferty oświadczenia o jej przyjęciu, strony zaczyna wiązać umowa będąca przedmiotem oferty. Takie rozwiązanie daje największą pewność prawną i pewność obrotu. Ma to niebagatelne znaczenie w przypadku wielomilionowego budżetu gromadzonego przez producenta w celu realizacji filmu na podstawie utworu będącego przedmiotem opcji. Model oferty powoduje również, że nie ma potrzeby zawierania dalszych umów czy prowadzenia negocjacji. Jak się wydaje nie ma również zastrzeżeń czy dylematów w doktrynie i orzecznictwie co do skuteczności takiej konstrukcji (których nie brakuje przy innych rozwiązaniach).

Umowa przedwstępna

Niekiedy pojawiają się umowy opcji tworzone na podstawie konstrukcji umowy przedwstępnej. Umowa przedwstępna to taka, przez którą jedna ze stron lub obie zobowiązują się do zawarcia oznaczonej umowy. Umowa taka powinna określać istotne postanowienia umowy przyrzeczonej (art. 389 KC), może również – a w przypadku regulacji opcyjnych powinna – zawierać termin, do którego ma być zawarta umowa przyrzeczona.

Można jednak skonstruować relacje stron w analizowanym modelu tak, że jedynie jedna ze stron jest zobowiązana do zawarcia umowy (twórca/wydawca), a producent ma prawo żądać jej zawarcia. Ponadto w przypadku, gdy umowa przedwstępna czyni zadość wymaganiom, od których zależy ważność umowy przyrzeczonej, w szczególności wymaganiom co do formy, strona uprawniona może dochodzić zawarcia umowy przyrzeczonej przed sądem (art. 390 § 2 KC). Nie jest to jednak rozwiązanie praktyczne, gdyż w ocenie autora eliminuje istotę opcji, czyli co do zasady szybką, swobodną i samodzielną decyzję producenta do skorzystania z prawa opcji. Konstrukcja ta wymusza bowiem ponowne złożenie dwóch oświadczeń woli, aby umowa przyrzeczona mogła dojść do skutku, a możliwość zastąpienia oświadczenia twórcy orzeczeniem sądu, z powodów praktycznych i czasowych nie może być uznana za satysfakcjonującą dla producenta uprawnionego z opcji.

Warunek

Potencjalnie można budować umowę opcji na podstawie konstrukcji warunku, gdyż co do zasady powstanie lub ustanie skutków czynności prawnej można uzależnić od zdarzenia przyszłego i niepewnego (art. 89 KC). Niesie to za sobą jednak cały szereg ryzyk i problemów. Po pierwsze, taki warunek zawieszający (np. udzielenie zgody na wykonanie praw zależnych – w postaci adaptacji filmowej, czy przeniesienia praw do scenariusza), jeśli miałby zależeć wyłącznie od decyzji producenta byłby czystym warunkiem potestatywnym (*si voluero*). Tymczasem uzależnienie skutków czynności wyłącznie od woli stron czynności prawnej nie może być uznane za warunek w rozumieniu art. 89 KC². W doktrynie wskazuje się ponadto, że zamieszczenie takiego warunku w treści czynności prawnej jest wyrazem braku dostatecznego zamiaru związania się nią, co miałyby być jednoznaczne z koniecznością uznania, że w ogóle nie dochodzi do jej dokonania³.

² Zob. wyr. SN z 11.10.2002 r., I CKN 1044/00, Legalis; wyr. SN z 10.4.2003 r., III CKN 1335/00, Legalis; wyr. SN z 11.8.2011 r., I CSK 605/10, Legalis; wyr. SA w Krakowie z 19.5.2015 r., I ACa 120/15, Legalis.

³ Więcej na ten temat Z. Radwański, w: Z. Radwański (red.), System Prawa Prywatnego. Tom. 2. Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2008, s. 265; zob. też post. SN (7) z 22.3.2013 r., III CZP 85/12, OSNC 2013, Nr 11, poz. 132; z poglądem tym polemizuje R. Strugała, w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2017, komentarz do art. 89, Nb 10, Legalis.

Wprawdzie w doktrynie dominujący zdaje się być obecnie pogląd dopuszczający warunek potestatywny, który uzależnia skutki prawne czynności od zdarzenia zależnego wyłącznie od woli jednej ze stron⁴. Co więcej, można również próbować konstruować umowę opcji odwołującą się do zdarzeń częściowo zewnętrznych (np. otrzymanie dotacji z Polskiego Instytutu Sztuki Filmowej, zgromadzenie finansowania), ale zawsze będą one przynajmniej częściowo zależne od woli i aktywności samego producenta.

Niezależnie już nawet od tego, że dopuszczalność warunku potestatywnego była, jest i zapewne zawsze będzie kontrowersyjna, co samo w sobie stanowi zwiększenie ryzyka gospodarczego przy opieraniu na jego podstawie umowy mającej zagwarantować podstawowe prawa niezbędne do realizacji filmu, warto zwrócić uwagę na jeszcze jedną kwestię. Zgodnie z art. 93 KC, jeżeli strona, której zależy na nieziszczeniu się warunku, przeszkodzi w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego ziszczeniu się warunku, następują skutki takie, jakby warunek się ziścił. Norma ta, w okolicznościach opisanych powyżej, gdy ziszczenie się warunku (a w konsekwencji zapłata za prawa i ich pozyskanie do ekranizacji) bez wątpienia będzie w istotnym stopniu zależne od działań lub zaniechań producenta – może stanowić podstawę do sporów w sytuacji, gdy producent z opcji skorzystać nie będzie chciał (doprowadzi do nieziszczenia się warunku).

Niektórzy autorzy za dopuszczalną uznają umowę, której skuteczność strony uzależniły (traktując jako warunek potestatywny) od oświadczenia woli jednej z nich, że zamierza z umowy skorzystać – tzw. umowa opcyjna⁵. O ile nie budzi wątpliwości autora dopuszczalność istnienia umowy opcyjnej jako takiej, o tyle uważa on, że nie należy oświadczenia woli o skorzystaniu z prawa opcji traktować jako ziszczenia się warunku, a takiego uprawnienia jednej ze stron jako warunku zawieszającego.

⁴ Zob. szerzej ewolucje poglądów doktryny i orzecznictwa R. Strugała, w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny, *op. cit.*, Nb 9–13, Legalis oraz M. Pazdan, w: K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. T. I. Komentarz. Art. 1–449¹⁰, Warszawa 2018, komentarz do art. 89, Nb 17, Legalis.

⁵ Tak M. Pazdan, w: K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny, *op. cit.*, Nb 16, Legalis. Por. też: J. Strzebińczyk, w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny, *op. cit.*, s. 242, Nb 10; K. Mularski, w: M. Gutowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1–352, Warszawa 2016, s. 626, Nb 24.

Przeniesienie prawa z prawem odstąpienia

Ostatnim analizowanym w niniejszym tekście modelem, na którym można by było oprzeć umowę opcji, jest zawarcie docelowej umowy z prawem odstąpienia przysługującym producentowi. Strony zawierałyby umowę, na podstawie której producent nabyłby komplet praw niezbędnych do realizacji dzieła audiowizualnego (zależnie od okoliczności faktycznych np. zgodę na wykonywanie praw zależnych w postaci stworzenia scenariusza na bazie innego dzieła literackiego i jego ekranizację albo przeniesienie praw do scenariusza *etc.*). Jednocześnie producent miałby liczony w latach termin na odstąpienie od takiej umowy. Takie umowne prawo odstąpienia byłoby dopuszczalne na podstawie art. 395 KC.

Trzeba jednak pamiętać, że umowa opcji najczęściej zawiera również zobowiązania stron, które powinny być wykonywane w okresie zanim dojdzie do upływu okresu opcji (w tym przypadku do momentu odstąpienia). Zazwyczaj jest to płatność wynagrodzenia za okres opcji oraz ograniczona licencja. Tymczasem, co do zasady, w razie wykonania prawa odstąpienia umowa uważana jest za niezawartą. To, co strony już świadczyły, ulega zwrotowi w stanie niezmienionym, chyba że zmiana była konieczna w granicach zwykłego zarządu. Za świadczone usługi oraz za korzystanie z rzeczy należy się drugiej stronie odpowiednie wynagrodzenie (art. 395 § 2 KC). Wprawdzie doktryna i orzecznictwo dopuszczają odstąpienie częściowe na przyszłość, niemniej w przypadku takiego odstąpienia niezbędne będzie rozliczenie stron oraz uregulowanie korzystania przez producenta z określonych praw własności intelektualnej przed odstąpieniem.

Ponadto należy pamiętać, że zwłaszcza w przypadku pełnego przeniesienia praw, twórca może przejawiać obawy przed wyzbyciem się swojego prawa i odsunięciem w czasie o kilka lat momentu otrzymania wynagrodzenia, co może być szczególnie bolesne ekonomicznie w przypadku likwidacji czy upadłości producenta. Można również mieć wątpliwości czy w każdym przypadku – przy tak długich okresach, jakie występują przy filmowych opcjach – da się tak uregulować kwestie rozliczeń, aby były one optymalne podatkowo (niekiedy obowiązek podatkowy może pojawić się zanim dojdzie do zapłaty wynagrodzenia).

Wreszcie nie można zapominać, że twórca utworu zamówionego do utworu audiowizualnego może, po upływie 5 lat od przyjęcia zamówionego utworu, zezwolić na rozpowszechnianie tego utworu w innym utworze audio-

wizualnym, jeżeli w tym terminie nie doszło do rozpowszechnienia utworu audiowizualnego z jego utworem (art. 72 PrAut). Umownie nie można tego okresu wydłużyć. Również z tej perspektywy model oferty przyjmowanej z chwilą wykonania opcji wydaje się rozwiązaniem zdecydowanie korzystniejszym dla producenta i bardziej oddającym zgodny zamiar stron umowy opcji.

Zakończenie

Brak szczegółowej regulacji kodeksowej umów opcji filmowych zostawia stronom sporą elastyczność w ukształtowaniu wzajemnych praw i obowiązków oraz w stosowaniu istniejących konstrukcji prawnych. Dokonując ich wyboru trzeba jednak brać pod uwagę specyfikę branży filmowej oraz ekonomiczny i biznesowy cel zawierania takiej umowy. W świetle wszystkich analizowanych konstrukcji prawnych – oferty, warunku, umowy przedwstępnej, umowy docelowej z prawem odstąpienia wydaje się, że najbardziej praktycznym i oddającym relacje stron będzie model oparty na ograniczonej licencji z ofertą wiążącą uprawnionego z utworu pierwotnego, którą producent może w okresie opcji przyjąć składając jednostronne oświadczenie woli.

Option agreements in the film industry

Keywords: *option agreement, audio-visual work, motion picture adaptation, offer, condition, preliminary agreement, right to withdrawal, copyrights.*

Summary: *The option contract in the film industry is one of the key legal tools enabling the acquisition of rights to adapt literary works or scripts during the development period. It is an unnamed contract that is being built in practice based on various legal constructions, such as preliminary agreement, offer, condition, forming right, elements of the license, transfer of rights with the right of withdrawal. The most practical construction seems to be a limited license during the option period and a detailed offer. The acceptance of such offer by the producer – by means of a written statement – causes the definitive acquisition of rights necessary to produce the film based on the underlying literary work covered by the option.*

2. Kontrakty reklamowe gwiazd oraz influencerów mediów społecznościowych

adw. Bartłomiej Witucki

Słowa kluczowe: dobra osobiste, wizerunek, prywatność, osoba publiczna, osoba powszechnie znana, artystyczne wykonanie, utwór, prawa osobiste, *right of publicity*, komercjalizacja osobowości, komercjalizacja prywatności.

Streszczenie: Autor omawia pojęcia komercjalizacji wizerunku, osobowości i prywatności. Przedstawia propozycję definicji pojęcia osoby publicznej. Wskazuje obok rozpoznawalności inne przesłanki angażowania osób publicznych w działania reklamowe na zasadzie tzw. transferu emocji – skojarzeniu lubianej postaci lub cenionego autorytetu z produktem czy marką. Omawia zakres przenoszonych praw oraz udzielanych zezwoleń w umowach o udział w kampaniach reklamowych i innych działaniach marketingowych, wskazując, że obok kampanii w mediach tradycyjnych aktualnie równorzędne znaczenie mają działania w mediach społecznościowych oraz angażowanie przez reklamodawców obok gwiazd również tzw. *influencerów*, o sile których przesądzają tzw. zasięgi w mediach społecznościowych.

Wprowadzenie

Wizerunek, imię i nazwisko, głos to dobra osobiste. Także twórczość artystyczna czy dorobek zawodowy – niezależnie od ochrony na gruncie innych przepisów – podlega ochronie prawnej dóbr osobistych. Wymienione dobra osobiste składają się na tożsamość człowieka, stanowią część jego osobowości. Pomimo osobistego charakteru tych dóbr nikt nie kwestionuje, że mogą one mieć swą wymierną wartość ekonomiczną. Na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat jesteśmy świadkami procesu komercjalizacji wizerunku. Poszukując genezy prawnej tego pojęcia, należy sięgnąć do amerykańskiego *ri-*

ght of publicity, wyodrębnionego z prawa do prywatności. W piśmiennictwie przyjmuje się, że pierwszy spór sądowy dotyczący komercyjnego wykorzystania wizerunku to sprawa *Haelan Laboratories Inc. v. Topps Chewing Gum Inc.* z 1953 r. przed sądem apelacyjnym w Nowym Jorku. Chodziło w niej o wykorzystanie wizerunków graczy bejsbola na kartach załączanych do gum do żucia przez konkurencyjnego producenta gum. W wyroku uwzględniającym powództwo sąd stwierdził, że istnieje „prawo do reklamowej wartości swojego wizerunku oraz prawo do przyznania wyłącznego uprawnienia podmiotowi trzeciemu do jego rozpowszechniania”, uznając, że ma ono charakter własnościowy i może być zwane *right of publicity*¹.

Za pierwszy spór sądowy w Polsce dotyczący komercyjnego wykorzystania wizerunku uważa się sprawę w latach 60. XX w. z powództwa *Grażyny Staniszewskiej*², odtwórczyni roli Danusi w filmie „Krzyżacy” przeciwko przedsiębiorstwu państwowemu „Ruch” w związku z wydaniem pocztówek z wizerunkiem aktorki w roli Danusi. Powódka nie podnosiła jednak roszczeń odszkodowawczych, a wskazywała jako podstawę swojego roszczenia krzywdę ze względu „na podejrzenia i zarzuty, iż stwarza sobie w ten sposób reklamę, co w środowisku aktorskim uważane jest za niewłaściwe i niezgodne z etyką aktora”. Natomiast już roszczenia odszkodowawcze w podobnej sytuacji podniósł w połowie lat 70. XX w. legendarny pięściarz *Jerzy Kulej*. Sąd Najwyższy uznał je za zasadne³, stwierdzając, że poprzez wydanie pocztówek z wizerunkiem sportowca doszło do naruszenia prawa do wyłącznego rozporządzania swoją fotografią, oraz że uszczerbek majątkowy powoda sprowadza się do utraty wynagrodzenia, jaki powód otrzymałby, gdyby pozwana zawarła z nim umowę o wydanie fotografii w formie pocztówkowej.

Na marginesie należy dodać, że w sprawie aktorki, odtwórczyni roli Danusi w „Krzyżakach”, należy mówić o komercjalizacji postaci, tj. *character merchandising*, w wypadku zaś sprawy *J. Kuleja* – o komercjalizacji osobowości, tj. *personality merchandising*.

Powodem udziału znanych osób w kampaniach reklamowych jest ich rozpoznawalność oraz wzbudzana sympatia lub autorytet. Reklamodawcy, angażując gwiazdy do prowadzonych działań marketingowych, bazują na tzw. transferze emocji – skojarzeniu lubianej postaci z produktem czy marką. W literaturze przedmiotu zjawisko to nazywane jest także płytkim

¹ J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja*, Warszawa 2009, s. 179.

² Wyr. SN z 15.4.1965 r., I CR 58/65, niepubl.

³ Wyr. SN z 27.4.1977 r., I CR 127/77, niepubl.

przetwarzaniem, polegającym na przeniesieniu bez dogłębnej analizy sympatii z osoby na produkt lub markę⁴.

Z uwagi na rozpoznawalność i wzbudzaną sympatię, do kampanii reklamowych są angażowani popularni aktorzy, sportowcy, którzy odnieśli sukces, gwiazdy estrady, osobowości telewizyjne, włącznie z dziennikarzami. Większość z nich można nazwać gwiazdami, wszystkich intuicyjnie nazywa się osobami publicznymi. Termin ten nie jest zdefiniowany w polskim prawie. Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych, w której uregulowano kwestię korzystania z wizerunku posługuje się terminem „osoby powszechnie znanej”. W wyroku z 20.3.2006 r. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że osoba publiczna zajmuje w życiu publicznym istotną pozycję z punktu widzenia kształtowania postaw i opinii ludzi, wywołujące powszechne zainteresowanie ze względu na określone dokonania, np. artystyczne, naukowe czy sportowe⁵.

W tej krótkiej definicji pojęcia osoby publicznej zwraca uwagę to, że Trybunał Konstytucyjny dostrzegł w pierwszej kolejności wpływ osób publicznych na kształtowanie postaw i opinii społecznych. Na uwagę zasługuje także to, że TK nie wymienił polityków jako osób publicznych. W powszechnej opinii znani politycy są postrzegani jako osoby publiczne, niezależnie od tego, że jednocześnie są osobami pełniącymi funkcje publiczne jako np. poseł czy członek rządu. Natomiast zawężanie pojęcia „osoby publicznej” do działalności publicznej, w szczególności do osób pełniących funkcje publiczne, w tym funkcjonariuszy publicznych jest nieporozumieniem, gdyż kłóci się zasadniczo z powszechnie rozumianym znaczeniem tego pojęcia⁶. W ocenie autora istotą pojęcia „osoba publiczna” jest jej rozpoznawalność w społeczeństwie ze względu na prowadzoną działalność, przy czym nie musi to być rozpoznawalność przez ogół społeczeństwa, wystarczy rozpoznawalność na poziomie lokalnej społeczności, np. gminy. Można bowiem uchodzić za osobę publiczną zarówno w skali globalnej, międzynarodowej, krajowej, jak i lokalnej właśnie. W świetle powyższego rozumienia pojęcia osoby publicznej, wydaje się być ono zbliżone do znaczenia terminu ustawowego „osoba powszechnie znana”, użytego w art. 81 ust. 2 PrAut, przy czym ustawodawca nie określił normatywnej definicji tego pojęcia, wskazując jedynie, że pojęcie to obejmuje osoby pełniące funkcje publiczne, przykładowo wymienione w tym przepisie (poli-

⁴ J. Balcarczyk, *Prawo, op. cit.*, s. 248.

⁵ Wyr. TK z 20.3.2006 r., K 17/05, Dz.U. z 2006 r. Nr 49, poz. 358.

⁶ Por. np. wyr. SN z 12.9.2001 r., V CKN 440/00, OSNC 2002, Nr 5, poz. 68, a także J. Sięńczyło-Chlabicz, *Naruszenie prywatności osób publicznych przez prasę. Analiza cywilnoprawna*, Kraków 2006, s. 241.

tyczne, społeczne, zawodowe). Wątpliwości interpretacyjne odnośnie do pojęcia „pełnienia funkcji publicznych” wykraczają jednak poza ramy niniejszego artykułu.

Wracając do polityków, pomimo w wielu wypadkach ogólnopolskiej rozpoznawalności, nie są oni twarzami kampanii reklamowych z dwóch zasadniczych względów: narażałoby to zarówno polityka, jak i reklamodawcę na zarzut działania nieetycznego, a po drugie, zwykle politycy obok wyborców oddających na nich głos posiadają także tzw. elektorat negatywny. A to oznacza, że nie jest spełniony podstawowy warunek udziału w kampanii reklamowej obok powszechnej rozpoznawalności: wzbudzanie powszechnej sympatii.

Pomimo że w dzisiejszych czasach często twarzami kampanii reklamowych bywają dziennikarze, to przyjęcie takiej roli spotyka się z krytyką jako niepożądany trend komercjalizacji tego zawodu i coraz poważniejszego oddalania się od koncepcji dziennikarstwa jako zawodu zaufania publicznego⁷. Niezależnie od rozumienia tej krytyki należy stwierdzić, że udział dziennikarzy w reklamach jest faktem i nic nie wskazuje na to, aby ta tendencja uległa zatrzymaniu. Także z uwagi na to, że okoliczność ta leży w interesie samych mediów, gdyż udział w reklamie zwiększa popularność dziennikarza, która ma bezpośredni wpływ na wzrost oglądalności audycji z jego udziałem.

Na marginesie rozważań o twarzach kampanii reklamowych, często zwanych ambasadorami marki, należy zauważyć pewną odmiennność pojęcia angielskiego „celebrity” i polskiego celebryty. W kulturze anglosaskiej oznacza, po prostu, sławną postać. W języku polskim termin celebryta jest odbierany raczej pejoratywnie, co potwierdza powiedzenie „znany z tego, że jest znany”⁸. Termin „celebryta” zrobił karierę po pierwszych programach typu *reality show* w Polsce, wskutek których nieznane dotąd osoby niemal z dnia na dzień stały się bardzo popularne. Pomimo prób komercyjnego dyskutowania tej popularności celebryci nie stali się pożądanymi przez reklamodawców twarzami przeprowadzanych kampanii. Wydaje się, że ze względu na to, iż w powszechnej opinii udział w tego rodzaju programie to za mało by być przysłowiową lokomotywą kampanii reklamowej.

Kreśląc obraz współczesnych bohaterów kampanii reklamowych nie sposób nie wspomnieć o zasadniczej zmianie na rynku mediów w postaci pojawienia się mediów społecznościowych. Media te stanowią dodatkowy kanał ko-

⁷ J. Zaręba, Udział dziennikarzy w reklamach. Między etyką a praktyką, iNFOTEZY 2012, wol. 2, Nr 1, www.ujk.edu.pl/infotezy [dostęp: 11.7.2019 r.].

⁸ W. Godzic, Znani z tego, że są znani. Celebryci w kulturze tabloidów, Warszawa 2007.

munikacji z odbiorcami. Wykreowały także nowy typ osobowości, niezwykle atrakcyjny dla reklamodawców: tzw. *influencerów*. Przed pojawieniem się mediów społecznościowych temat kampanii reklamowych był stosunkowo prosty: często osoba publiczna, np. znany aktor, sportowiec lub muzyk był twarzą kampanii, twarzą marki, produktu. Kampania reklamowa była realizowana w postaci filmów reklamowych (nazywanych spotami) emitowanych w telewizji, odtwarzanych w kinach, później także w Internecie. Typowa kampania obejmowała również reklamę prasową oraz billboardy. Główny nacisk kampanii był położony na tego rodzaju środki komunikacji (tzw. ATL), które w zależności od specyfiki produktu (w tym usługi), bo celem kampanii jest zwykle sprzedaż (nawet działania *stricte* wizerunkowe przekładają się na sprzedaż, wyjątkiem pozostają tzw. kampanie społeczne, choć i te mogą mieć za cel sprzedaż) wspierana różnego rodzaju działaniami marketingu bezpośredniego (tzw. BTL).

Media społecznościowe zaburzyły dotychczasowy podział środków komunikacji na ATL (*above the line*) i BTL (*below the line*), polegający na rozgraniczeniu odbiorcy masowego (ATL) i indywidualnego. Do środków komunikacji rynkowej ATL zalicza się telewizję, radio, prasę i *outdoor* (kampanie billboardowe), do BTL zalicza się zaś reklamę w miejscach sprzedaży (PoS), a czasem także marketing bezpośredni, w tym tzw. *direct mailing*. Do BTL zalicza się także wszelkiego rodzaju promocje konsumenckie.

Przyjmuje się, że podział na ATL i BTL ma swoje źródło w przyjętym w latach 50. ubiegłego stulecia sposobie rozliczeń księgowych z agencjami reklamowymi, które swoje wynagrodzenie opierały na prowizjach za rezerwacje w mediach. Wszystko, co nie wiązało się z reklamą w mediach, nie przynosiło agencjom wynagrodzenia. Dlatego to, co przynosiło zyski, księgowi kwalifikowali ponad kreską (*above the line*), a działanie nieprzynoszące agencji profitów określali jako te pod kreską (*below the line*)⁹. Internet, a w konsekwencji jego rozwój, media społecznościowe, nie tylko zaburzyły ten podział, ale i ukształtowały nowe wsparcie osobowe wszelkiego rodzaju działań marketingowych: *influencerów*. Dziś regularne kampanie reklamowe z udziałem gwiazd ekranu, sceny i sportu są wspierane przez *influencerów* w mediach społecznościowych. Kto to jest *influencer*? Mówiąc najprościej, to ktoś znany w określonym środowisku dzięki swojej aktywności w mediach społecznościowych. To ktoś, kto

⁹ <https://poradnikprzedsiębiorcy.pl/-tradycyjny-podzial-na-atl-i-btl-a-marketing-xxi-wieku> [dostęp: 5.8.2019 r.].

ma tzw. zasięgi, czyli grupę obserwujących (nazywanych także *followersami*), dzięki którym może wpływać na decyzje zakupowe swojego odbiorcy.

Majątkowy i osobisty (niemajątkowy) charakter praw

Przechodząc do omówienia zakresu przenoszonych praw oraz udzielanych zezwoleń w ramach umów o udział w kampaniach reklamowych i innych działaniach marketingowych, w tym prowadzonych w mediach społecznościowych, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że rozróżnienie na prawa przenoszone lub udzielane na podstawie licencji oraz na udzielane zezwolenia jest konieczne z uwagi na niezbywalny charakter praw do dóbr osobistych.

Prawnik przygotowujący umowę o udział w kampanii reklamowej (marketingowej) powinien najpierw odpowiedzieć na pytanie, z których praw uczestnika kampanii reklamodawca zamierza korzystać i jakie świadczenia ma uczestnik zapewnić, w tym wykonać osobiście. Wbrew pozorom można na tym etapie pominąć świadczenia lub prawa, które w świetle planu kampanii mają istotne znaczenie. A o błąd pominięcia wcale nie tak trudno, skoro w ramach kampanii ma dojść do korzystania zarówno z dóbr osobistych, jak i świadczeń, które mogą podlegać ochronie prawnej na gruncie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

Mówiąc o korzystaniu z dóbr osobistych gwiazdy w ramach kampanii marketingowej należy wymienić wizerunek, imię i nazwisko (lub pseudonim), a często także prywatność, kiedy w ramach kampanii gwiazda miałaby dzielić się szczegółami życia osobistego. Pomimo że decyzja o zaangażowaniu gwiazdy do kampanii marketingowej wiąże się nie tylko ze sławą gwiazdy, ale i pozytywnymi skojarzeniami cech osobistych, czyli jakąś dobrą opinią czy renomą, którą cieszy się gwiazda, oczywiście w umowie nie wpisuje się korzystania z dobra osobistego w postaci dobrego imienia. Określa się natomiast, że w ramach kampanii reklamodawca ma prawo do korzystania z wizerunku, imienia i nazwiska, czasem także podpisu gwiazdy w ramach materiałów reklamowych, oraz że gwiazda jest zobowiązana do świadczeń, które wkraczają do sfery życia prywatnego.

W wypadku gdy plan kampanii przewiduje udział gwiazdy w realizacji filmu (spotu) reklamowego należy przyjąć, że wykonanie roli aktorskiej w ramach filmu reklamowego może stanowić artystyczne wykonanie w rozumie-