

Image merchandising jako element komercjalizacji dóbr osobistych¹

adw. Aleksandra Glanc-Walkiewicz²

Błażej Gadek³

Niniejszy artykuł omawia *image merchandising*. Autorzy, odwołując się do doktryny polskiego prawa autorskiego i orzecznictwa sądowego, posilając się źródłami zagranicznymi, poszukują odpowiedzi na pytanie, kto jest dysponentem do komercyjnego wykorzystania maski scenicznej, czyli wykreowanej przez aktora postaci, na potrzeby marketingowe określonych dóbr lub usług.

Uwagi wstępne

Image merchandising polega na wykorzystaniu dla promocji określonych dóbr lub usług wizerunku artysty, w szczególności wcielającego się w rolę aktora. Zjawisko to rozpowszechniło się w latach 70. XX w. i jest silnie powiązane z popularnością gwiazd kina. Polski system prawny nie definiuje *image merchandisingu*. Zjawisko to można umiejscowić na pograniczu ochrony wizerunku w kontekście ochrony dóbr osobistych oraz ochrony wizerunku scenicznego artysty. Problematyczne może okazać się wskazanie, kto jest dysponentem do komercyjnego wykorzystania maski scenicznej, czyli wykreowanej przez aktora postaci, na potrzeby marketingowe określonych dóbr lub usług. Chodzi o ustalenie, czy będzie to producent filmowy, na którego aktor przenosi prawa do artystycznego wykonania, w związku z produkcją utworu, czy też może sam aktor, dysponujący prawem do rozporządzania swym wizerunkiem.

Utożsamianie aktora z rolą

Podczas wywiadu telewizyjnego w popularnym, brytyjskim talk-show, W. Smith wspominał początki swojej kariery filmowej, dla której przełomem miała się okazać rola w sitcomie pt. Bajer z Bel-Air. Przywołał on zabawną anegdotę dotyczącą wyboru imienia i nazwiska postaci, w którą miał się wcielić. A. Riberio, również występujący w tym serialu, miał mu powiedzieć: „Przez resztę życia ludzie będą się do ciebie zwracać twoim serialowym imieniem i nazwiskiem. Nazwij ją W. Smith”⁴.

Ta historia egzemplanuje zjawisko, które w psychologii ujmowane jest w ramach tzw. transferu emocji⁵. Widzowie mają tendencję do utożsamiania bohaterów filmowych i ich przeżyć z aktorem, który wciela się w rolę. Pozytywne skojarzenia i emocje, które budzi postać znana ze srebrnego ekranu, transferowane są na obiekt, będący przedmiotem reklamy, a zachwalany *ad casum* przez aktora nierozdzielnie łączącego się w zbiorowej świadomości z rolą, którą odgrywa. Nie powinno to dziwić, gdyż aż w 95% przypadków wpływ na decyzje konsumentów ma podświadomość⁶.

J. Balcarczyk zwraca uwagę na podnoszoną w literaturze kwestię, że autorytet aktorów wynika często z błędnego utożsamiania odtwórców ról z postaciami, w które się wcielają. Zachowanie takie oparte na podstawowym błędzie atrybucji w istocie sprowadza się do błędu poznawczego⁷. Autorka wskazuje również na siłę, jaką mają takie automatyczne konotacje w umysłach odbiorców, co przekłada się na wzrost zainteresowania danym produktem, jeśli firmuje go tzw. znana twarz, z którą uosabiają oni pozytywne wrażenia lub przeżycia.

Image merchandising w nauce prawa

Z prawnego punktu widzenia w takich sytuacjach mamy do czynienia ze zjawiskiem *character merchandisingu*. Idąc w ślad za definicją przedstawioną w raporcie WIPO, jest to komercyjne wykorzystanie postaci fikcyjnej albo wizerunku osoby fizycznej dla skojarzenia ich z określonymi dobrami występującymi w obrocie konsumenckim⁸. Raport WIPO nie jest jednak aktem prawa powszechnie obowiązującego, a jedynie omówieniem zjawiska przez jedną z wyspecjalizowanych agencji ONZ.

Historycznych początków *image merchandisingu* należy upatrywać w latach 30. XX w., gdy W. Disney rozpoczął eks-

¹ *Image merchandising as a factor of personal rights' commercialization*.

² Autorka jest adwokatem, specjalizuje się w prawie własności intelektualnej, w tym w prawie autorskim, doświadczona procesualistka prowadząca obsługę prawną przedsiębiorstw. W latach 1999–2011 pełniła urząd sędziego Sądu Rejonowego, delegowana do Sądu Okręgowego we Wrocławiu. Obecnie uczestniczka studiów doktorskich na WPAiE Uniwersytetu Wrocławskiego.

³ Autor jest absolwentem prawa WPAiE Uniwersytetu Wrocławskiego. Zawodowy obszar jego zainteresowań obejmuje szeroko pojmowane prawo prywatne, ze szczególnym uwzględnieniem styku nowych technologii i prawa.

⁴ The Graham Norton Show | Series 11 Episode 6 | BBC One, <https://youtu.be/hFjwbKMlmF4> (dostęp z 22.2.2020 r.).

⁵ A. Grzeszak, Jaki Baśka miała biust?, *Polityka* 2004, Nr 34.

⁶ Za: G. Zaltman, *How Customers Think: Essential Insights into the Mind of the Market*, Boston 2003, s. 9.

⁷ D. Doliński, B. Bloch, *Ukryte sensy zachowań. Rozmowy o wywieraniu wpływu i reklamie*, Kraków 2006, s. 114.

⁸ WIPO, *Character Merchandising*, Geneva 1994, s. 6.

ploatację wizerunku Myszki Miki oraz innych bohaterów ze swej tajni, przenosząc je na przedmioty codziennego użytku. Lata 70. i 80. XX w. to z kolei okres wyjątkowo wzmożonego korzystania w *merchandisingu* z postaci fikcyjnych, wykreowanych na potrzeby filmów – wystarczy wspomnieć Rambo, ET czy postaci z Gwiezdnych Wojen, które trafiały na wszystkie artykuły, które można sprzedać – pościele, koszulki, bluzy, miniaturowe figurki czy gargantuiczne plakaty⁹. Sektor ten stał się niezwykle dochodowy. W samym 2014 r. tylko Disney, globalny lider rynku licencjodawców, na *merchandisingu* zarobił blisko 41 mld dolarów, a tylko dwa lata później 56,6 mld¹⁰.

Image merchandising, będący jednym z podtypów *character merchandisingu*, polega na wykorzystywaniu, do celów prowadzenia działalności gospodarczej (usług, reklamy, produkcji towarów) fikcyjnej postaci, wykreowanej na potrzeby odegrania określonej roli filmowej, przez aktora (osobę fizyczną w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego). By posłużyć się instruktywnym przykładem – *image merchandising* to koszulka z wizerunkiem S. Stallone'a, przedstawiająca go jako boksera, w sportretowanej przez niego roli Rocky'ego Marciano, z filmu pt. Rocky, lub reklama karty płatniczej, w której wystąpił R.D. Anderson, pokazująca jak za pomocą przedmiotów życia codziennego, za które zapłacić można kartą płatniczą, umyka on oprawcom. Nazwisko Anderson może w pierwszej chwili nie brzmieć znajomo, ale podświadomość Czytelników na pewno podsunęłaby właściwy obraz, gdyby powiedzieć, iż jest to odtwórca roli MacGyvera¹¹.

Praktyka stosowania *image merchandisingu*

Zjawisko *image merchandisingu* nie jest zawieszone w prawnej próżni. Jego regulacja wiąże się ściśle z instytucją ochrony wizerunku, zarówno na gruncie prawnocivilnej ochrony dóbr osobistych, jak i ochrony wizerunku w rozumieniu prawnautorskim. Zagadnienia te zostaną poddane analizie w dalszej części artykułu.

W obrocie gospodarczym wykorzystanie wizerunku aktora do celów reklamowych może przybierać dwie zasadnicze postaci. Aktor może reklamować produkt lub usługę, niejako podpisując się pod nimi własnym imieniem i nazwiskiem, co u odbiorcy, pozytywnie identyfikującego postać artysty, prowadzi do chęci nabycia danych dóbr lub usług. To zagadnienie, ściśle związane z komercjalizacją prawa do wizerunku, jako jednej z postaci dóbr osobowych, pozostaje poza przedmiotem zainteresowania niniejszego artykułu.

Druga z tych postaci, jednocześnie stanowiąca przedmiot analizy, to *image character*, będący hybrydą *real personality* i *fictional character*. Przykładowo agencję ochroniarską chciałby założyć K. Costner, który grał w filmie „Bodyguard” z W. Houston. Nazwałby ją *Frank Farmer Bodyguard* i występował w materiałach promocyjnych, a jego działalność

budziłaby u potencjalnych klientów zainteresowanie, gdyż jest silnie związana z wyobrażeniem działania takiego ochroniarza, wynikającym z wykreowanej przez aktora postaci w filmie. Mógłby zatem on dyskontować swoją grę w filmie, który okazał się międzynarodowym przebojem, na inne obszary działalności gospodarczej. Taką agencję ochroniarską, odwołującą się do roli K. Costnera z „Bodyguarda”, mogłaby również założyć osoba trzecia, angażując aktora tylko w promocję jej działalności. Sytuacja rodziłaby wiele pytań odnośnie do tożsamości dysponenta, prawa do skomercjalizowanego wykorzystania postaci, która stanowi element dzieła, a jednocześnie jest nieodparcie związana z wizerunkiem konkretnej osoby fizycznej.

Maska artystyczna a wizerunek

Dostrzeżony wyżej problem nie umknął również nauce prawa. W polskiej doktrynie prawa autorskiego wyróżniono pojęcie maski artystycznej, mającej odróżnić wizerunek, poddany ochronie prawnautorskiej od składowej części dzieła, jaką jest wizerunek sztuczny, ponieważ wykreowany przez aktora na potrzeby wcielenia się w postać, którą odgrywa. Pojęciem tym jako pierwszy posłużył się S. Ritterman, który zdefiniował maskę artystyczną jako „wizerunek, jaki artysta sztucznie stwarza dla oddania cudzej, a nie własnej postaci”¹².

Pojęcie *image merchandisingu* jest zatem immamentnie związane z maską artystyczną, choć samo określenie maski artystycznej nie stanowi definicji legalnej. Jeśli jednak uda się ustalić desygnat nazwy „maska artystyczna”, zdaje się, że będzie można precyzyjnie wskazać uprawnionego do dysponowania wizerunkiem scenicznym artysty. Jeśli oczywiście nie okazałoby się, że zakresy pojęć maski artystycznej i wizerunku w konkretnym przypadku krzyżują się wzajemnie.

Rozróżnienie, gdzie kończy się wizerunek, a zaczyna maska artystyczna, napotyka wiele trudności. J. Barta i R. Markiewicz wskazują, że nie można wykluczyć, że posługiwanie się wypracowanymi przez aktora cechami tudzież z nim kojarzonymi, jak chociażby elementy stroju, rekwizyty czy fryzury, może stanowić posługiwanie się jego wizerunkiem¹³. Nie ograniczają się oni zatem li tylko do naturalnych cech człowieka, jak zauważa J. Balcarczyk¹⁴. Stoi to w opozycji do poglądu, który wyraża E. Wojnicka, wskazująca, że wizerunkiem są dostrzegalne, fizyczne cechy człowieka tworzącego

⁹ *Ibidem*, s. 6–7.

¹⁰ Za CNBC, <https://www.cnn.com/2017/04/18/star-wars-helps-make-disney-57-billion-in-licensed-products.html> (dostęp z 22.2.2020 r.).

¹¹ Reklama Master Card, reż. T. Kuntz, 2006, za: <https://youtu.be/gYryLFfOa8k> (dostęp z 22.2.2020 r.).

¹² S. Ritterman, Komentarz do ustawy o prawie autorskim, Kraków 1937, s. 120.

¹³ J. Barta, R. Markiewicz, Ochrona powszechnych dóbr osobistych, [w:] J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, Prawo mediów, Warszawa 2001, s. A/14.

¹⁴ J. Balcarczyk, Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja, Warszawa 2009, s. 24.

jego wygląd i pozwalające na identyfikację osoby wśród ludzi. Barta i Markiewicz wydają się zwolennikami podejścia, w którym następuje precyzyjne rozdzielanie przedmiotów ochrony, poddanych dodatkowo odrębnym reżimom prawnym – dobrom osobistym oraz prawom pokrewnym do artystycznego wykonania, aczkolwiek zauważają, że w pewnych okolicznościach rozpowszechnianie artystycznego wykonania i wizerunku są ze sobą równoznaczne¹⁵. Podejście to jest jednak dyskusyjne, ponieważ natychmiastowo nasuwa się kontrargument z zastosowaniem art. 87 ustawy z 4.2.1994 r. o prawach autorskich i prawach pokrewnych¹⁶. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu: „Jeżeli umowa nie stanowi inaczej, zawarcie przez artystę wykonawcę z producentem utworu audiowizualnego umowy o współudział w realizacji utworu audiowizualnego przenosi na producenta prawa do rozporządzania i korzystania z wykonania, w ramach tego utworu audiowizualnego, na wszystkich znanych w chwili zawarcia umowy polach eksploatacji”.

Zauważalna jest zatem problematyka precyzyjnego rozdzielania przedmiotów ochrony, poddanych dodatkowo odrębnym reżimom prawnym – cywilnoprawnej regulacji dóbr osobistych oraz prawnoautorskiemu systemowi ochrony praw pokrewnych do artystycznego wykonania. Z kolei inni autorzy, jak chociażby T. Grzeszak czy A. Matlak stoją na stanowisku, że przedmioty ochrony mogą mieć wspólne zakresy, gdy nie jest możliwe obiektywne rozdzielanie rzeczywistej postaci od odtwarzanej¹⁷.

Granica pomiędzy maską artystyczną a wizerunkiem artysty

O komplikacji wynikającej z takich różnych stanowisk świadczy spór w doktrynie będący echem orzeczenia SN z 15.4.1965 r.¹⁸. Przedmiotem sprawy był zarzut powódki – aktorki, znanej z filmu pt. *Krzyżacy* z roli *Danuśki*, która twierdziła, że publikacja pocztówek, które ją przedstawiały podczas odgrywania roli, naruszała jej prawo do wizerunku¹⁹. Sąd odmówił jednak aktorce prawa do ochrony wizerunku, gdyż jak wskazał w uzasadnieniu, to producent jest uprawniony do użycia zdjęć zrobionych przez operatora na potrzeby promocji filmu.

W świetle obecnie obowiązujących przepisów, zwłaszcza przywołanego art. 87 PrAutU, nie budzi to oczywiście wątpliwości, zwłaszcza że mowa tu o zdjęciach realizowanych przez ekipę filmową na planie filmowym, ale wymaga to przyjęcia, że pola eksploatacji, o których mowa w przywołanej normie prawnej, obejmują również obszar marketingu produkcji, co *prima facie*, zdaje się jak najbardziej uzasadnionym podejściem.

Jednak w uzasadnieniu SN szeroko wyznaczył zakres maski artystycznej, co spotkało się z krytyką A. Kopffa. W głosie do wyroku argumentował on, że przy użyciu roz-

szerzającej definicji maski artystycznej, którą posłużył się SN, o jej zastosowaniu mówiono by zawsze, gdy aktor został przedstawiony w roli, w jakiej przedstawiony jest w filmie. Z uwagi na wykonanie artystyczne w filmie, dziejącym się we współczesnych aktorowi czasach albo w takich sytuacjach, gdy rola nie wymaga od niego diametralnej zmiany wyglądu zewnętrznego, glosator widzi pole do kolizji między maską artystyczną a prawem do wizerunku. Autor wskazywał, że w takich wypadkach „nie ulegają zatarciu cechy indywidualizujące aktora jako jednostkę fizyczną i dlatego mamy do czynienia z wizerunkiem”²⁰.

Jest on zatem zwolennikiem rozróżnienia sytuacji między tą, gdy wykorzystanie maski artystycznej mogłoby doprowadzić do naruszenia wizerunku, a realizacją uprawnień dysponenta praw do artystycznego wykonania, z racji ich „wchłonięcia” przez producenta, w ramach umowy o współudział w realizacji utworu audiowizualnego.

Rzeczywiście stanowisko SN nie wydaje się dość przekonujące, zważywszy na to, że na pierwszy rzut oka w zakresie *merchandisingu* postaci ograniczałoby producentów filmowych do wyłącznie takich artystycznych wykonań, gdy aktor swym wyglądem znacząco odbiegałby od swego wizerunku na co dzień. Mogłoby wręcz dojść do kuriozalnej sytuacji, gdy aktor grający bardzo charakterystyczną rolę, niewymagającą od niego jednocześnie mocnej zmiany wizerunku, dyskontowałby tę rolę na poczet własnych korzyści, właśnie za sprawą *image merchandisingu*, choć *de facto* uprawnienia do rozporządzania maską artystyczną przeniósł na producenta filmowego. J. Balcarczyk wskazuje, że nie sposób w takiej sytuacji oczekiwać od przeciętnego odbiorcy, iż domyśli się, że fotos przedstawia nie aktora, jako osobę fizyczną, lecz wykonawcę w trakcie gry aktorskiej²¹. To rozumowanie jednak może nie zawsze okazać się poprawne. Ilustratywnym przykładem byłoby wykorzystanie dla celów marketingowych A. Schwarzeneggera, przyodzianego w skórzaną kurtkę i charakterystyczne, przeciwsłoneczne okulary. Wydaje się, że duża grupa odbiorców mogłaby w pierwszej chwili rzec Terminator, by dopiero w drugiej kolejności podać nazwisko byłego gubernatora Kalifornii. Należy jednak zwrócić uwagę na odmiennność prawa amerykańskiego, które w tym zakresie wyróżnia pojęcie prawa do wizerunku postaci fikcyjnej, przyznając ochronę odtwórcy, który się w nią wcielił – a zatem spojrzenie odmienne od rodzimego.

¹⁵ J. Barta, R. Markiewicz, Wokół prawa do wizerunku, [w:] Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej 2002, Nr 80.

¹⁶ T.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1231 ze zm.; dalej jako: PrAutU.

¹⁷ T. Grzeszak, Prawo do wizerunku i korespondencji, [w:] J. Barta (red.), System prawa prywatnego, t. 13, Prawo autorskie, Warszawa 2007.

¹⁸ I CR 58/65, Legalis.

¹⁹ J. Balcarczyk, Prawo do..., s. 36.

²⁰ A. Kopff, Glosa do wyroku SN z 15.4.1965 r., I CR 58/65, OSP 1966, z. 6, poz. 130.

²¹ J. Balcarczyk, Prawo do..., s. 36.

Z drugiej strony jednak, art. 87 PrAutU ma charakter dyspozytywny. D. Flisak wskazuje, że przepis ten uzupełnia normę z art. 70 ust. 1 PrAutU, obejmującą domniemanie nabycia przez producenta utworu audiowizualnego, na podstawie umów o stworzenie utworu lub o wykorzystanie już istniejącego utworu, autorskich praw majątkowych do eksploatacji tych utworów w ramach utworu audiowizualnego jako całości²². Brak sprecyzowanego wyróżnienia w umowie o artystyczne wykonanie pól eksploatacji może spowodować spór o granicę między domyślnym korzystaniem z maski artystycznej przez producenta filmowego, w ramach zgody ustawowej, a naruszeniem prawa do wizerunku artysty – wykonawcy. Rzeczywiście, zwłaszcza tam, gdzie aktor, kolokwialnie mówiąc, „gra siebie”, dla uniknięcia sporów kluczowe byłoby sporządzenie umowy o artystyczne wykonanie, która nie tyle nawet kazuistycznie, ile kompleksowo i rozsądnie, przedstawiałaby tę sytuację.

Nietrudno wyobrazić sobie bowiem sytuację, zwłaszcza przy dostępnych obecnie środkach technicznych, umożliwiających produkcję tzw. *deepfake*ów, polegającą na wykorzystaniu wizerunku z początków kariery niegdyś nieznanej aktorki/aktora, po osiągnięciu przez nią rozpoznawalności. Powstaje pytanie, czy takie ewentualne działanie producenta zasługiwałoby na ochronę prawną? Wydaje się, że przy domyślnej, ustawowej regulacji, taka sytuacja mogłaby się stać zarzewiem sporu prawnego, w szczególności że doszłoby do konfliktu w ocenie, czy zastosowano wizerunek, czy też może posłużono się maską artystyczną. Silnym argumentem za przyjęciem pierwszej oceny byłoby wskazanie, że dla społeczeństwa dany artysta stał się znany nie z roli, która teraz jest przedmiotem *image merchandisingu*, tylko w wyniku późniejszych dokonań. Taki *merchandising* u przeciętnego odbiorcy budziłby zatem skojarzenia nie z postacią, w którą artysta obecnie rozpoznawany wcielał się, lecz z jego teraźniejszymi dokonaniem.

Ciekawy kierunek interpretacji wyroku SN, który przytoczono wyżej, zaproponował B. Michalski. W szczególności dokonywał on rozróżnienia uprawnienia do reklamy przez producenta, bez zgody artysty, w zależności od wykorzystania zdjęć dla celów bezpośrednio związanych z reklamą i propagandą filmu. Niedopuszczalne jego zdaniem jest dokonywanie w imieniu aktora cesji jego praw na innego przedsiębiorcę, w celu obliczonej na zysk działalności handlowej²³. Wciąż zatem zagadnienie ogniskuje się na rozróżnieniu maski artystycznej i wizerunku w konkretnym przypadku. W Stanach Zjednoczonych w takich przypadkach korzysta się z tzw. testu *McFarlanda*. Był on amerykańskim aktorem, który zarzucił sieci restauracji wykorzystanie fotosów z serialu, w którym grał główną rolę, do dekoracji wnętrz lokali, co stanowiło bezprawne naruszenie jego prawa do wizerunku, mimo uzyskania przez właściciela restauracji zgody od producenta²⁴. Sąd przyznał mu rację, uznał bowiem, że w świadomości

społecznej doszło do ujednolicenia wykonawcy oraz odgrywanej przez niego postaci w ten sposób, że w odbiorze stali się nierozłączni²⁵. Wzmiankowany test ma za zadanie ułatwienie oceny, czy konkretne artystyczne wykonanie zbiega się jednocześnie z prawem do wizerunku. Jeśli w świadomości społecznej postać wykreowana na potrzeby utworu zbiegałaby się nierozdzielnie z wizerunkiem artysty, należy nadać pierwszeństwo wizerunkowi. O rozbudowanie testu pokusiła się A.D. Cook, która wyodrębniła sytuacje, gdzie dochodzi do zbiegu artystycznego wykonania i prawa do wizerunku²⁶. Uwagi poczynione przez amerykańską badaczkę mogą się przysłużyć również w polskich warunkach, gdyż stworzony przez nią katalog zawiera różne, potencjalne sytuacje, gdzie dochodzi do utożsamiania wizerunku artysty oraz jego maski artystycznej. Uszeregowane według stopnia nasilenia, jak zauważa J. Balcarczyk, mogą stanowić pomocny materiał dla sądu, by dokonać oceny – czy w konkretnym przypadku prawo do wizerunku i maska artystyczna stanowią niedającą się rozłączyć jedność²⁷.

Image merchandising jako pole eksploatacji

J. Balcarczyk zadaje pytanie, czy samo przedstawienie aktora na fotosie z filmu albo na zdjęciu wykonanym na planie filmowym (tzw. *werk*) może być uznane za artystyczne wykonanie²⁸. Autorka słusznie kontestuje pogląd J. Barty i R. Markiewicza, którzy dowodzą, że „tak jak zagranie jednej nuty trudno uznać za artystyczne wykonanie utworu, tak wątpliwe jest traktowanie tego, co znajduje się na jednym kadrze jako artystyczne wykonanie roli”²⁹. Poszukiwanie wymiernych wskaźników, od jak długiej sekwencji filmowej lub od ilu nut można mówić o artystycznym wykonaniu, zdaje się skazane z góry na porażkę. Autorka słusznie wskazuje na takie sytuacje, które przedstawiają aktora w pełnym kostiumie lub charakterystyce, co uniemożliwia przyznanie mu prawa do ochrony wizerunku, gdzie ewidentnie do czynienia mamy z maską artystyczną³⁰.

Zdaniem A. Gołaszewskiej, jeśli udział aktora lub aktorki ogranicza się do biernego statystowania w ujęciu, przez co

²² D. Flisak, [w:] D. Flisak (red.), Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz, Warszawa 2015, s. 1186; podobnie K. Grzybicki, [w:] P. Ślęzak (red.), Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, Warszawa 2017, s. 614.

²³ B. Michalski, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 15.4.1965 r., I CR 58/65, PiP 1967, z. 4–5, s. 801 i n.

²⁴ *McFarland v. Miller*, 14 F.3d 912 (3d Cir.1994).

²⁵ L.S. Thompson, The Current State of Actors' Rights in Characters They Portray, 12 J. Contemporary Legal Issues 2001, Nr 611, s. 612 i n.

²⁶ A.D. Cook, Should right of publicity protection be extended to actors in the characters which they portray, 9 DePaul – Lca Journal At & Entertainment Law Nr 309/1999.

²⁷ J. Balcarczyk, Prawo do..., s. 48.

²⁸ *Ibidem*, s. 41.

²⁹ J. Barta, R. Markiewicz, Wokół..., s. 14.

³⁰ J. Balcarczyk, Prawo do..., s. 42.

nie można nadać takiej obecności charakteru artystycznego wykonania, to wypełnia to mimo wszystko dyspozycję art. 87 PrAutU. *Argumentum a maiori ad minus* wykonawca przełożył na rzecz producenta prawa pokrewne do artystycznego wykonania wraz z prawem do wykorzystania wizerunku, to tym bardziej należy przyjąć, że wyraził zgodę wyłącznie na wykorzystanie wizerunku w utworze audiowizualnym³¹.

Jednocześnie należy zauważyć, że art. 87 PrAutU wskazuje na wchłonięcie prawa do artystycznego wykonania przez utwór, a *ratio legis* polega na ułatwieniu korzystania z niego przez producenta utworu audiowizualnego. Ścisła wykładnia tego przepisu, zgodna z zasadą *exceptiones non sunt extendendae*, nakazuje dość ostrożne posługiwanie się tą regulacją, w celu komercyjnego wykorzystania maski artystycznej, a wręcz implikuje zastosowanie odrębnych postanowień umownych, pod rygorem bezprawnego korzystania z wizerunku artysty, nawet gdy wciela się w charakterystyczną rolę – element utworu. Jest to istotne zwłaszcza ze względu na posłużenie się przez ustawodawcę formułą „w ramach utworu” odnoszącą się do reguł korzystania przez producenta utworu audiowizualnego. Taką też wykładnię tego artykułu proponuje A. Gołaszewska³².

O tym, że *merchandising* może nie mieścić się w takim domyślnym prawie producenta, świadczyć może otwarty katalog pól eksploatacji, wyszczególniony w art. 50 PrAutU. Dyrektywa wykładni, nakazująca interpretować te same zwroty w obrębie tego samego aktu prawnego w sposób jednolity, prowadzi do takiej właśnie konkluzji. Pola eksploatacji utworu, wprowadzone do języka prawnego, jednocześnie nie doczekały się legalnej definicji.

Interesujący kazus, wart choćby wzmianki, proponują N. Kewalramani i S. Hedge, którzy dostrzegają potencjalny konflikt pomiędzy umową na *merchandising* produktu zawartą z aktorem a wykorzystaniem przez producenta utworu audiowizualnego maski scenicznej tego samego aktora, w celach *merchandisingu* konkurencyjnego produktu³³. Jeśli przedsiębiorstwo, które zawarło umowę z aktorem, dołączyło do umowy postanowienie o wyłączności, istnieje wysokie ryzyko, że spotka się na drodze sądowej z aktorem za złamanie warunków kontraktu. Jeśli jednak maska sceniczna oddzielona jest od wizerunku aktora, to czy można mówić o jego winie? Wydaje się, że niezbędne na tym etapie rozważań jest ustalenie, czy *image merchandising* wchodzi w skład pól eksploatacji istniejących w chwili powstania utworu audiowizualnego. Będzie to bowiem przesądzać o zakresie uprawnień producenta i relacji ochrony prawnoautorskiej z ochroną dóbr osobistych.

Pojęcie pól eksploatacji jest charakterystycznym zwrotem, którym posługuje się polski ustawodawca, a nieznanym w prawodawstwie innych krajów. Ma on istotne praktyczne znaczenie, gdyż określa zakres dopuszczalnego korzystania (sposób korzystania) z utworu. Jak wskazuje W. Machała,

w ustawodawstwie innych krajów pojawiają się pojęcia zbliżone, o analogicznej funkcji, takie jak sposób korzystania (*Nutzungsart*) w prawie niemieckim³⁴. Ustawodawca, posługując się zwrotem w szczególności, po którym wymienia w art. 50 PrAutU pola eksploatacji, dokonuje przykładowej ich egzemplifikacji, z czego nie można wyciągać wniosku, że jest to katalog wyczerpujący³⁵. To przykładowe wyliczenie mocno nawiązuje do rozpowszechnionej unijnej nomenklatury, gdzie używane są terminy: prawo zwielokrotniania (*reproduction right*), prawo dystrybucji (*distribution right*) oraz prawo rozpowszechniania publicznego (*communication right*). Najpopularniejsza definicja mówi, że jest to forma korzystania z utworu wyraźnie odrębna pod względem technicznym lub ekonomicznym³⁶.

Reklamowanie utworu należałoby przyporządkować do niewymienionego *explicite* pola eksploatacji, z uwagi na trudność przyporządkowania go do którejkolwiek z kategorii, jakimi posługuje się ustawodawca. Przeciwnie takiemu pogładowi występują jednak M. Czajkowska-Dąbrowska³⁷ i T. Targosz³⁸, dzieląc argumentację, że cel eksploatacji nie może być kryterium decydującym o odrębności pola. Wskazują one bowiem, że kryterium celowe jest niespójne z polami wyszczególnionymi w art. 50 PrAutU. Eksploatacja utworu w reklamie ma przecież polegać na jego zwielokrotnieniu, rozpowszechnianiu czy wprowadzaniu do obrotu. Jest to jednak prawdziwe jedynie o tyle, o ile utwór w formie niezmienionej, ewentualnie fragmentarycznej, trafia do reklamy.

Należy bowiem zauważyć, że tak jak przykładowo wykorzystanie utworu muzycznego w reklamie będzie obejmować pola eksploatacji (w tradycyjnym rozumieniu tego pojęcia) znane już w chwili powstania utworu, tak w przypadku *image merchandisingu* przedmiotem eksploatacji nie będzie sam utwór, lecz jego element, czyli artystyczne wykonanie, który został wchłonięty z chwilą zawarcia umowy (z uwagi na zobowiązująco-rozporządzający skutek takiej umowy). Z poglądem tym polemizuje T. Targosz, który wskazuje, że pola celowe nie powinny być dopuszczalne, ze względu na zapewnienie bezpieczeństwa obrotu³⁹. Zbycie prawa częściowego

³¹ A. Gołaszewska, Art. 87, [w:] Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz, Lex/el. 2019.

³² *Ibidem*, teza 10.

³³ N. Kewalramani, S. Hedge, Character Merchandising, [w:] Journal of Intellectual Property Laws, vol. 17, Georgia 2012, s. 458.

³⁴ M. Wojciech, Art. 50, [w:] Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz, Lex/el. 2019.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ E. Traple, [w:] J. Barta, R. Markiewicz (red.), Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz, Warszawa 2011, s. 330.

³⁷ M. Czajkowska-Dąbrowska, Pola eksploatacji utworów, czyli o dezintegracji pojęcia, [w:] Spory o własność intelektualną. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorom Januszowi Barcie i Ryszardowi Markiewiczowi, Warszawa 2013, s. 178.

³⁸ T. Targosz, [w:] T. Targosz, K. Włodarska-Dziurzyńska, Umowy przenoszące autorskie prawa majątkowe, Warszawa 2010, s. 193.

uszczuła bowiem prawa zwywcy, a w razie przyjmowania pól eksploatacji według niejednoznacznych kryteriów może to prowadzić do nakładania się pól na siebie.

Jeśli jednak iść za dominującym poglądem doktryny, według którego nie można ze względu na kryterium celowościowe rozróżniać pól eksploatacji, należy się zastanowić, kto jest dysponentem maski artystycznej z danego utworu i na jakiej podstawie. Wydaje się za zasadne przyjęcie, że jeśli aktor, kolokwialnie mówiąc, „nie gra samego siebie”, to każda maska artystyczna stanowi część utworu audiowizualnego. Co za tym idzie – producent może nim rozporządzać, jednak dopuszczalne jest to jedynie w granicach wyznaczonych przez art. 87 PrAutU. A jeśli takie założenie przyjmujemy za zasadne, jednocześnie nie włączając *image merchandisingu* do pól eksploatacji, to wykorzystanie wizerunku artysty, przebranego w nawet najbardziej wymyślny kostium, ma charakter bezprawnego, jeśli tylko wykorzystano to do celu odrębnego niż produkcja utworu lub promowanie go. Istotne jest bowiem tutaj rozróżnienie, czy przedmiotem reklamy jest samo dzieło, czy też dobro lub usługa, sprzedawane konsumentom, powołując się na przywołany na początku tekstu „transfer emocji” oparty na błędzie poznawczym.

Podsumowanie

Umowy o artystyczne wykonanie, których jednym z sygnatariuszy będzie aktor, powinny zawierać postanowienia, precyzyjnie regulujące kwestie wykorzystania postaci, w którą wciela się autor. Powinien on przenieść prawo do rozpowszechniania, rozporządzania i korzystania z opracowań artystycznego wykonania w zamian za wynagrodzenie. Zgodnie z art. 87 PrAutU *in fine* przejście praw dotyczy wszystkich pól eksploatacji, znanych w chwili zawarcia umowy. Doprecyzowanie tych pojęć przyczyni się do wyeliminowania jakiegokolwiek niejasności, w kontekście wykorzystania przez producenta *image characteru*, którego nośnikiem jest aktor w danej roli. Pozostając przy dominującym sposobie rozumienia pól eksploatacji, wydaje się, że najwłaściwsze byłoby ujęcie w umowie z aktorem odrębnej klauzuli uwzględniającej prawo do wykorzystania „maski artystycznej” na potrzeby *merchandisingu*.

³⁹ T. Targosz, Art. 50, [w:] Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz, Lex/el. 2019.

Słowa kluczowe: *image merchandising*, maska sceniczna, maska artystyczna, dobra osobiste, wizerunek.

Image merchandising as an element of commercialization of personal rights

This article discusses image merchandising. The authors refer to the doctrine of Polish copyright law and judicial decisions, using foreign sources. They attempt to answer the question of who is the administrator for the commercial use of the stage mask, i.e. a character created by an actor for marketing purposes of certain goods and services.

Keywords: image merchandising, stage mask, artistic mask, personal rights, image.



Covid-19 Ustawy antykryzysowe

www.ksiegarnia.beck.pl

Zadzwonić: 81 46 13 300 • E-mail: kontakt@beck.pl

