

Jadwiga Ptaszyńska*
ORCID: 0000-0002-3061-3938
Uniwersytet Wrocławski

<https://doi.org/10.19195/1733-5779.35.11>

Współpraca podmiotów działających w mediach społecznościowych z przedsiębiorcami

JEL Classification: K15, K20, K29

Słowa kluczowe: influencer, współpraca, umowa

Keywords: influencer, collaboration, contract

Abstrakt: Artykuł porusza kwestie związane ze współpracą osób działających w mediach społecznościowych z przedsiębiorcami. Tematyka obejmuje rodzaje zawieranych pomiędzy stronami umów, opis podstawowych zagadnień oraz postulaty *de lege ferenda*. Analiza opiera się na punkcie widzenia doktryny, judykatury oraz przeprowadzonych badaniach. Celem artykułu jest prezentacja aktualnie obowiązującego stanu prawnego i wykazanie, jakiego rodzaju umowy powinny być zawierane w przypadku podejmowania współpracy przez podmiot występujący w mediach społecznościowych oraz przedsiębiorcę. Ponadto autorka wskazuje możliwości i rozwiązania na przyszłość, które usprawniłyby zawieranie umów z influencerami.

Cooperation between entities operating in social media and entrepreneurs

Abstract: The article discusses issues related to the cooperation between people working in social media and entrepreneurs. The topics include the types of contracts exchanged between the parties, description of basic issues and *de lege ferenda* postulates. The analysis was based on the doctrinal and judicial points of view, as well as the conducted research. The aim of the article is to present the current legal status and to show what kind of contract should be made between an entity appearing in social media and an entrepreneur. In addition, the author identifies opportunities and solutions that would improve arrangements with influencers in the future.

* Opiekun naukowy (Scientific Tutor) — prof. dr hab. Elwira Marszałkowska-Krześ

Wstęp

Przedsiębiorca to zgodnie z art. 43¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku — Kodeks cywilny (dalej: k.c.)¹ osoba fizyczna, osoba prawna bądź jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, prowadząca działalność gospodarczą lub zawodową. Jak wskazuje P. Nazaruk², elementy tak skonstruowanej definicji wyznaczają dwa kryteria rozumienia przedsiębiorcy: podmiotowe oraz funkcjonalne. Podmiotowe sprowadza się do stwierdzenia, iż przymiot przedsiębiorcy przysługuje każdemu podmiotowi stosunków cywilnoprawnych; jest nim nawet osoba fizyczna nieposiadająca pełnej zdolności do czynności prawnych, a także spółka kapitałowa w organizacji³. Natomiast funkcjonalne opiera się na wykonywaniu przez podmiot działalności gospodarczej bądź zawodowej. Warto zauważyć, iż działanie w celu zarobkowym nie jest niezbędną przesłanką do uznania danej osoby prawnej za przedsiębiorcę. Jak wynika z orzecznictwa Sądu Najwyższego, alternatywą celu zarobkowego może być zasada racjonalnego gospodarowania, która umożliwia zakwalifikowanie jako przedsiębiorców między innymi spółdzielni lub spółki wodnej⁴. Ponadto w doktrynie przyjmuje się, że za działalność gospodarczą można uznać także taką, która wymaga stałego dofinansowania, na przykład badawczą. W świetle obowiązujących przepisów kodeksu cywilnego kryterium funkcjonalne nie zostało więc jednoznacznie określone. Nie wskazano także jego relacji z prawem publicznym. Niemniej jednak do celów niniejszego opracowania autorka zastosuje wskazaną w art. 43¹ k.c. definicję przedsiębiorcy.

Influencer to osoba działająca w szeroko pojętych social mediach, takich jak Instagram, YouTube, Facebook. Dzięki zamieszczanym na profilu postom, dodawaniu *stories* czy filmów ma wpływ na decyzje wielu ludzi, z którymi wchodzi w trwałe relacje. Z powodu nieistnienia konkretnej regulacji określającej status kont i kanałów influencerów branża reklamowa otrzymała możliwość wykorzystywania ich potencjału w reklamach i szeroko pojętym marketingu⁵. Ponadto na osoby występujące w social mediach nie został nałożony wymóg każdorazowego wskazania, iż materiał jest sponsorowany, jak ma to miejsce w prasie. W taki sposób narodził się *influncer marketing*, czyli

¹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku — Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.; dalej: k.c.).

² Zob. P. Nazaruk, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. J. Ciszewski, P. Nazaruk, Warszawa 2019, LEX, komentarz do art. 43(1), nb 2.

³ W. Popiołek, [w:] *Kodeks cywilny*, t. 1. *Komentarz do art. 1–449*¹⁰, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2020, Legalis, komentarz do art. 43(1), nb 6.

⁴ Tak zwłaszcza uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 stycznia 2011 roku, III CZP 125/10, OSNC 2011/10, poz. 1072.

⁵ K. Grzybczyk, *Rozrywki XXI wieku a prawo własności intelektualnej*, Warszawa 2020, LEX, rozdz. VI, nb 4.

forma marketingu, w której główną rolę odgrywają tak zwani influencerzy. Są to osoby prowadzące blogi i vlogi (video blogi) o różnej tematyce, a zamieszczane na tych blogach treści są uważane za najbardziej rzetelne i wiarygodne w Internecie. Powstanie mediów społecznościowych sprawiło, że zmieniła się forma relacji. Wynika to z faktu, że Internet „redukuje” odległość między jego użytkownikami i pozwala na komunikowanie się osób z całego świata. Ten bezpośredni charakter komunikacji powoduje, że reklamy nie docierają już efektywnie do mas. Chcąc zareklamować produkt lub usługę, firma musi zwracać się bezpośrednio do konsumenta. Dlatego właśnie firmy szukają influencerów, którzy będą pośrednikami między klientem a marką. Ich pośrednictwo pozwoli na stworzenie relacji marki z konsumentem⁶.

W celu ochrony obu stron relacji istotne jest zawarcie umowy obejmującej szczegółowe wytyczne co do wynagrodzenia, oczekiwań oraz działań, które mają zostać podjęte.

Współpraca podmiotów działających w mediach społecznościowych z przedsiębiorcami polega w większości przypadków na promowaniu danej marki z wykorzystaniem swoich zasięgów, udostępnianiem treści z nią związanych, a czasem nawet sygnowaniu jej swoim nazwiskiem. W związku z ogromnym rozwojem social mediów w ostatnich latach tego rodzaju działania zyskały niezwykłą popularność. Marki zaczęły zauważać ogromne korzyści wynikające ze współpracy, a w obrocie gospodarczym powstała nowa, dochodowa profesja. Niezwykle istotne stało się wskazanie, jakiego rodzaju umowy zabezpieczą interesy obu stron oraz na jakich aspektach powinny się one skupić. Na pierwszy plan wysunął się też występujący na rynku problem braku szczegółowego określenia przepisów umów pomimo podjęcia współpracy, ze względu na zbyt nieprecyzyjną regulację prawną w tym zakresie. W niniejszym artykule postaram się wskazać sposoby ochrony interesów obu stron współpracy, rodzaje umów, które powinny być pomiędzy nimi zawierane, oraz postanowienia, na których należy się skupić. Poruszę także kwestię wykorzystania wizerunku oraz autorskich praw majątkowych.

Rodzaje zawieranych umów

Regulacja dotycząca zawierania umów z influencerami jest nieprecyzyjna; ich rodzaj będzie więc zależeć od tego, czy strony oczekują konkretnego rezultatu (umowa o dzieło), czy też starannego działania (umowa zlecenia). Często strony umowy dążą także do dobrowolnego i odpowiadającego im kreowania umowy, takim przykładem jest zawarcie umowy poprzez akceptację regulaminu na stronie internetowej. Tak kreowany pomiędzy nimi stosunek należałoby zaliczyć do umów nienazwanych.

W przypadku dążenia stron do konkretnego, indywidualnie oznaczonego rezultatu — dzieła, które może mieć postać zarówno materialną, jak i niematerialną, zawierają one umowę o dzieło. Zgodnie z art. 627 k.c. przez umowę o dzieło przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła, a zama-

⁶ https://mfiles.pl/pl/index.php/Influencer_marketing (dostęp: 11.11.2020).

wiający do zapłaty wynagrodzenia. Elementami przedmiotowo istotnymi wskazanej umowy jest określenie dzieła, do którego wykonania zobowiązany będzie przyjmujący zamówienie, oraz wynagrodzenia, do którego zapłaty zobowiązany jest zamawiający⁷. Jak wskazuje A. Brzozowski, w ślad za judykaturą

stosunek prawny umowy o dzieło dochodzi do skutku w wypadku złożenia przez obie strony zgodnych oświadczeń woli. Do skutecznego zawarcia umowy o dzieło nie jest zatem wymagane zawarcie jej w formie pisemnej — może przybrać postać czynności konsensualnych, bądź mieć formę ustną⁸.

W praktyce, w sytuacji gdy przedsiębiorca oczekuje ściśle oznaczonego rezultatu, na przykład zakupu pięćdziesięciu produktów z wykorzystaniem kodu promocyjnego udostępnionego influencerowi, pomiędzy stronami dojdzie do zawarcia umowy o dzieło. Jej rezultatem będzie dokonanie przez odbiorców osoby aktywnej w social mediach zakupów na stronie internetowej osoby prowadzącej działalność gospodarczą. Do skutecznego zawarcia umowy dojdzie poprzez zgodne oświadczenie woli, dokonane nawet w formie ustnej. W przypadku tego rodzaju umowy przyjmujący zamówienie będzie zobowiązany do osiągnięcia oczekiwanego przez zamawiającego rezultatu, za które otrzyma umówione wynagrodzenie. Aby zabezpieczyć interesy zamawiającego, warto wskazać zakres czasu, w ciągu którego rezultat powinien być osiągnięty. Może się bowiem zdarzyć, że cel zostanie zrealizowany później niż oczekuje zamawiający. W takim przypadku w gestii obu stron będzie dążenie do wskazania w umowie konsekwencji przekroczenia założonego czasu. W sytuacji gdy strony umawiają się na wykonywanie określonego rodzaju czynności często powtarzających się, bez względu na to, jaki przyniosą one rezultat, nie możemy mówić o umowie o dzieło, nawet jeżeli została ona tak nazwana. Przy ocenie, z jaką umową mamy do czynienia, bierzemy pod uwagę jej treść, a nie samą nazwę⁹. Jeżeli naszym zamiarem jest zawarcie umowy z influencerem, a celem z góry określony rezultat, powinniśmy zawierać umowę o dzieło.

Umowa zlecenie to umowa starannego działania. Do oceny wykonania umowy konieczna jest analiza starań i działań podejmowanych przez zleceniobiorcę w celu osiągnięcia korzystnego wyniku. Ocenie nie będzie zatem podlegać konkretnie osiągnięty cel, tylko czynności zmierzające do jego osiągnięcia oraz staranność ich wykonania. Zgodnie z art. 734 k.c. przez taką umowę przyjmujący zlecenie zobowiązuje się do wykonania określonej czynności prawnej dla dającego zlecenie, której odpłatne bądź nieodpłatne wykonywanie jest przedmiotem umowy. Jak wskazuje P. Machnikowski:

⁷ Zob. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 4 kwietnia 2013 roku, III AUa 96/13, LEX nr 1388970.

⁸ Zob. A. Brzozowski, [w:] *Kodeks cywilny*, t. 2. *Komentarz do art. 450–1088. Przepisy wprowadzające*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2021, LEX, komentarz do art. 627, nb 6.

⁹ W. Wyrzykowski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4. *Zobowiązania. Część szczególna (art. 535–764(9))*, red. M. Frasz, M. Habdas, Warszawa 2018, LEX, komentarz do art. 627, nb 17.

Czynność prawna będąca przedmiotem zlecenia może być określona ściśle (przez wskazanie drugiej stronie czynności oraz podanie jej wszystkich, bądź niektórych, zwłaszcza przedmiotowo istotnych, postanowień) lub rodzajowo. Jedną umową można też zlecić dokonanie wielu czynności, a nawet nieokreślonej ich liczby — stałe dokonywanie czynności prawnych określonego rodzaju lub rodzajów¹⁰.

Jakie więc cechy odróżniają umowę zlecenie od umowy o dzieło? Problematyką tą zajął się Sąd Apelacyjny w Łodzi¹¹, podnosząc, że podstawową kwestią odróżniającą umowę zlecenie od umowy o dzieło jest, w przypadku drugiej z nich, dążenie stron do określonego w umowie, zindywidualizowanego rezultatu. Natomiast przyjmujący zlecenie ma za zadanie staranne podejmowanie czynności zmierzających do osiągnięcia założonego przez strony wyniku. Odmienne będzie się więc kształtował cel omawianych umów. W umowie o dzieło przyjmujący zamówienie ma osiągnąć z góry zaplanowany rezultat, niezależnie od świadczonej w tym celu pracy. Przyjmujący zlecenie zaś ma starannie wykonywać powierzone mu czynności, które niekoniecznie będą zmierzać do określonego rezultatu. Ponadto cechą wyróżniającą umowę o dzieło, zgodnie ze stanowiskiem sądu, jest brak stosunku podporządkowania pomiędzy zamawiającym a przyjmującym zamówienie. Sposób wykonania dzieła zależeć więc będzie od jego twórcy, który ma dążyć do osiągnięcia założonego rezultatu, i za to zostanie rozliczony.

Mając to na uwadze, w sytuacji gdy strony chcą jedynie wypromowania danej marki, sygnowania jej swoim nazwiskiem, nagrania vloga bądź *instastory* dotyczących nowego produktu bez oczekiwania konkretnego rezultatu, powinny zawrzeć umowę zlecenie. Jednak w praktyce, ze względu na chęć dowolnego odpowiadającego stronom kreowania stosunku prawnego, bardzo rzadko zawierane są umowy zlecenia. W większości przypadków dochodzi do zawarcia umowy o świadczenie usług, co do której należy stosować odpowiednio przepisy o zleceniu. Odpowiednie stosowanie polega na stosowaniu niektórych z nich wprost, a innych — po dokonaniu pewnych modyfikacji. Część z nich w ogóle nie znajduje zastosowania. Stopień stosowania przepisów dotyczących umowy zlecenia do umowy o świadczenie usług zależeć będzie od treści i charakteru konkretnej umowy. Należy bowiem mieć na względzie specyfikę umowy, do której zawarcia dążą przedsiębiorca i influencer. Jeżeli jednak strony zdecydowałyby się na zawarcie umowy zlecenia, należy pamiętać, iż art. 740 k.c. kreuje obowiązek utrzymywania kontaktu z dającym zlecenie. Jest to związane z faktem, iż przyjmujący zlecenie dokonuje czynności w interesie dającego zlecenie, a co za tym idzie musi działać zgodnie z jego życzeniami. Influencerzy chcą zachować niezależność oraz możliwość swobodnego, zgodnego z własnym pomysłem i przekonaniem promowania

¹⁰ Zob. P. Machnikowski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2019, Legalis, komentarz do art. 734, nb 2, pkt 2.

¹¹ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 9 kwietnia 2015 roku, III AUa 835/14, LEX nr 1747522.

marki. Osoby te nie mogą wprowadzać swoich odbiorców w błąd i udawać czy też przedstawiać rzeczy w sposób sprzeczny z własnymi przekonaniem. Mogłoby się to odbić na ich relacjach z odbiorcami. W interesie influencera jest zatem zawarcie umowy i wprowadzenie do niej regulacji pozwalającej w sposób niezależny dokonywać czynności, a umowa zlecenie poniekąd utrudnia takie działanie.

Jak przyjmuje art. 737 k.c., w przypadku gdy w treści umowy nie określono sposobu wykonania danej czynności prawnej, wówczas przyjmujący zlecenie może samodzielnie zadecydować o sposobie jego realizacji. Jednak zgodnie ze stanowiskiem doktryny¹² ze wskazanego artykułu należy również interpretować uprawnienie przysługujące dającemu zlecenie do udzielania, także w trakcie trwania umowy, następnych wskazówek co do sposobu wykonywania zawartej pomiędzy stronami umowy zlecenia. Co do zasady wskazówki te będą wiążące dla przyjmującego zlecenie. Może on odstąpić od nakazanego mu sposobu wykonania zlecenia jedynie w sytuacji łącznego spełnienia następujących przesłanek: gdy zajdą okoliczności wymagające zmiany sposobu wykonania zlecenia, a dający zlecenie o nich nie wie; przyjmujący zlecenie ma utrudniony kontakt z dającym zlecenie, co w konsekwencji prowadzi do niemożliwości przekazania mu informacji o wskazanych już okolicznościach; gdy jest wysoce prawdopodobne, że dający zlecenie przystałby na zmianę sposobu wykonania umowy lub zastosowania wskazówek, gdyby wiedział o nowych okolicznościach. Ponadto zleceńbiorca nie musi stosować się do wskazówek następnych, które nie dotyczą sposobu wykonania zlecenia. W razie potrzeby odstąpienia od wskazówek — na przykład gdy nie pasują one do wizerunku influencera i nie są zgodne z jego wartościami — zgodnie z art. 740 k.c. zleceńbiorca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym zleceniodawcę i oczekiwać od niego zgody w tym zakresie. Dlatego umowy zlecenia wśród influencerów nie są popularne. Natomiast przedsiębiorca zawierający umowę z influencerem może być zainteresowany ściśle określonym kształtem działań promocyjnych i dążyć do zawarcia umowy zlecenia. Jednak podmiotom wykonującym działalność gospodarczą także powinno zależeć na dotarciu do jak największej liczby osób, swojej docelowej grupy odbiorców. Decydując się na wybór konkretnej osoby do promocji marki, pomimo chęci czuwania nad jej działaniami, nie powinni wydawać jej wiążących poleceń sprzecznych z dotychczas prezentowanymi stanowiskami. W interesie obu stron będzie zatem umożliwienie influencerowi swobodnego przedstawiania informacji poprzez dokonanie dodatkowego przepisu „czuwania” przedsiębiorcy nad podejmowanymi działaniami, aby nie były one sprzeczne z polityką firmy. Tym samym trzeba przejść do omówienia umowy o świadczenie usług umożliwiającej wpisanie tego rodzaju przepisu.

¹² Zob. P. Zakrzewski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4, komentarz do art. 737, nb 2.

Zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach w większości przypadków umowy zawierane pomiędzy influencerem a przedsiębiorcą należą do umów o świadczenie usług, nieuregulowanych innymi przepisami, do których odpowiednie zastosowanie znajdują przepisy umowy zlecenia. Sąd orzekł bowiem, że

Umowę zawieraną każdorazowo pomiędzy wnioskodawcą a influencerem drogą elektroniczną poprzez akceptację regulaminu serwisu przez influencera, a zatem bez zachowania formy pisemnej, stanowiącą podstawę do prowadzenia kampanii reklamowych w internecie przez influencera, należy zaliczyć do umów nienazwanych, ponieważ stosunek prawny, jaki łączy wnioskodawcę i influencera oraz reklamodawcę, kreowany jest w sposób dowolny i odpowiadający stronom. Jednocześnie, biorąc pod uwagę opisany stan faktyczny, organ stwierdził, że w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z usługą — influencer prowadzi kampanię promocyjną reklamodawcy w internecie, w zamian za co otrzymuje od wnioskodawcy wynagrodzenie. Całość świadczonej przez influencera usługi stanowi szereg czynności, które ten zobowiązuje się podjąć w celu realizacji przyjętego zlecenia, w tym bardzo istotne jest, że przyjęte do wykonania zadanie zgodne jest z przedmiotem działalności tej osoby, jej dokonaniami zawodowymi, zainteresowaniami czy pasją¹³.

Zastosowanie znajdzie więc art. 750 k.c. Wyrażona w nim norma stwarza problem dotyczący jednoznacznego określenia, do jakiego rodzaju umów powinniśmy odpowiednio stosować przepisy dotyczące umowy zlecenia. W przypadku umów o współpracy zobowiązujących na przykład do kolportażu materiałów promocyjno-reklamowych nie powinniśmy mieć wątpliwości, że jest to umowa o świadczenie usług, do której stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu¹⁴. W art. 750 k.c. chodzi bowiem o usługi polegające na świadczeniu w interesie innej osoby oznaczonych czynności faktycznych. Mogą być one wykonywane w sposób ciągły, jednorazowo bądź kilkakrotnie, w zależności od umowy stron. Jednakże w przypadku umowy zawieranej z influencerem należy mieć na uwadze jej szczególną specyfikację, wiążącą się z brakiem zastosowania poszczególnych regulacji dotyczących umowy zlecenia do stosunku kształtowanego między stronami. Umowa zawierana między przedsiębiorcą a influencerem będzie bowiem dążyć do podejmowania przez podmiot działań promujących markę i poszerzających grono jej odbiorców. Są to zatem czynności faktyczne, a nie prawne. Influencer nie jest zobligowany do zawierania umów z osobami trzecimi, jak ma to miejsce chociażby w przypadku umowy agencyjnej. Jak wskazuje P. Nazaruk, do „umów o świadczenie usług polegających na czynnościach faktycznych nie ma zastosowania zasada powiązania zlecenia z pełnomocnictwem (art. 734 § 2)”¹⁵.

Nie wszystkie przepisy dotyczące umowy zlecenia znajdują zastosowanie do umowy o świadczenie usług. Część z nich może być stosowana wprost lub po

¹³ Zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 17 kwietnia 2018 roku, I SA/Gl 1364/17, LEX nr 2482751.

¹⁴ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2006 roku, V CK 445/05, LEX nr 192052.

¹⁵ Zob. P. Nazaruk, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz...*, komentarz do art. 750, nb 6.

dokonaniu modyfikacji, a inne mogą być nawet całkowicie wyłączone. Wynika to z możliwości swobodnego kształtowania przez strony stosunku prawnego — zgodnie z art. 353¹ k.c. Tego rodzaju umowy będą więc korzystne dla obu stron, ponieważ dadzą swobodę regulacji przepisów, jakie mają się w nich znaleźć. W takiej umowie należałoby określić oczekiwania obu stron, a w szczególności: wynagrodzenia, czasu trwania dokonywanych promocji, możliwości wykorzystania wizerunku osoby promującej wraz z jej ramami, możliwości ingerencji i kontroli ze strony osoby zlecającej. Z punktu widzenia przedsiębiorcy przydatnym postanowieniem umowy jest umożliwienie kontroli utworu przed publikacją — czasami może się okazać, że nie spełnia on określonych na początku założeń marketingowych marki. Jednakże, co warto podkreślić, powinna to być jedynie możliwość przeczytania lub zobaczenia publikacji przed jej udostępnieniem, a nie ingerencja w nią, albowiem to influencer najlepiej zna grono swoich odbiorców i wie, jak przekazać informacje w sposób dla nich interesujący. Narzucenie nienaturalnej formy lub sposobu promocji produktu pozbawi influencera jego największego atutu, czyli autentyczności.

W każdej umowie warto także zastrzec, aby publikowane treści czy też stworzone przez influencerów utwory nie zawierały opracowań bezprawnych — czynności naruszających dobra osobiste innych osób, oczerniających występujące na rynku marki lub naruszających prawa autorskie innych twórców.

Prawa do stworzonego utworu oraz wizerunku

Uzyskiwanie autorskich praw majątkowych do utworów powstałych w celu wykonania umowy nie zawsze jest konieczne. Jeżeli przedsiębiorca nie wykorzystuje materiałów stworzonych przez influencerów, a jedynie oczekuje stworzenia przez podmiot działający w mediach społecznościowych utworu i prezentowania go w określony między stronami sposób, to podstawowe, zobowiązujące postanowienia umowne będą wystarczające. Jednakże, jeżeli twórczość influencerów miałaby być wykorzystywana przez przedsiębiorcę, chociażby na jego stronie internetowej, to do umowy należy dodać odpowiednią regulację związaną z nabyciem licencji bądź majątkowych praw autorskich do danego utworu oraz do wykorzystania wizerunku influencerów. Osoba prowadząca działalność gospodarczą nie może promować swojej firmy, wykorzystując wizerunek znanej w mediach społecznościowych osoby bez jej zgody. Tak samo nie można bez zgody wykorzystywać utworu stworzonego przez twórcę. Jeżeli przedsiębiorca planuje stworzyć na przykład linię kremów sygnowaną nazwiskiem influencerów, w umowie muszą się znaleźć przepisy zezwalające na takie działanie oraz wskazujące, kto posiada prawa do stworzonego wspólnie produktu. W praktyce bardzo łatwo o konflikty pomiędzy firmami a osobami działającymi w mediach społecznościowych, wynikające z nieprecyzyjnych postanowień umownych w tej kwestii bądź ich zupełnego bra-

ku¹⁶. Artykuł 41 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych (dalej: pr.aut.)¹⁷ wskazuje dwa sposoby, które umożliwiają przejście autorskich praw majątkowych na inne osoby na podstawie zawartej między stronami umowy, to jest w wyniku umowy o przeniesienie autorskich praw majątkowych oraz umowy o korzystanie z utworu, zwanej umową licencyjną. Obie umowy będą więc w dużej mierze regulowane przepisami prawa autorskiego, a w pozostałym zakresie zastosowanie znajdą przepisy prawa cywilnego.

W przypadku umowy o przeniesienie autorskich praw majątkowych influencer, będący autorem danego utworu, może przenieść prawo do niego na przedsiębiorcę. Jak wskazuje T. Targosz, „umowa przenosząca autorskie prawa majątkowe jest dwustronną czynnością prawną o charakterze zobowiązująco-rozporządzającym. Przeniesienie prawa ma charakter translatywny i oznacza ubytek przenoszonych uprawnień po stronie zbywcy”¹⁸. Autorskie prawa majątkowe przechodzą z jednego podmiotu na drugi. W związku z tym pierwotny właściciel praw autorskich przestaje nim być na rzecz innego podmiotu. Tego rodzaju umowa jest zatem umową najdalej idącą, gdyż może doprowadzić do definitywnej utraty przez autora przenoszonych praw. Ze względu na tak duże ryzyko w praktyce to rozwiązanie jest wykorzystywane rzadko, na przykład gdy copywriter ma stworzyć dla zlecającego podmiotu tekst na bloga i wymaga, aby jego opracowanie nie było wykorzystywane przez inne osoby. Nie będzie to powszechne rozwiązanie przy współpracy podmiotów działających w mediach społecznościowych z przedsiębiorcami, ponieważ obarczone jest zbyt dużym ryzykiem i stratą dla promującego. Jednak gdyby influencer stworzył dla przedsiębiorcy na przykład linię ubrań, ważne jest, aby strony jasno określiły, kto będzie posiadał do nich pełnię praw. Jeżeli twórca przekazałby je na rzecz firmy, to w jego gestii będzie zastrzeżenie sobie dodatkowych dochodów, takich jak procent od sprzedaży. Zawarta między stronami umowa może dotyczyć zarówno utworu istniejącego, jak i przyszłego. W doktrynie oraz judykaturze w większości uznaje się za dopuszczalną umowę przenoszącą dotyczącą utworu przyszłego, w której strony postanowią, że przejście praw na nabywcę nastąpi z chwilą stworzenia utworu i nie będzie wymagało dodatkowej czynności rozporządzającej¹⁹. Co istotne, aby umowa przenosząca au-

¹⁶ <https://www.filipiakbabicz.com/nowe-media-i-technologie/2020/06/02/zakonczenie-wspolpracy-influencerki-z-duza-marka-kosmetyczna-czy-skin79-ma-prawo-korzystac-ze-znaku-towarowego-deynn-beauty-procedura-rejestracji-znaku-w-uprp-i-jej-konsekwencje/> (dostęp: 11.11.2020).

¹⁷ Ustawa z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 288 ze zm.).

¹⁸ Zob. T. Targosz, [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. D. Flisak, Warszawa 2015, LEX, komentarz do art. 41, nb 25.

¹⁹ Tak zwłaszcza wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 4 kwietnia 2001 roku, I ACa 72/01, OSA 2002, nr 2, poz. 6.

torskie prawa majątkowe była ważna, konieczne jest zachowanie zwykłej formy pisemnej pod rygorem nieważności.

Kolejną z możliwości jest podpisanie umowy licencyjnej upoważniającej do korzystania z cudzego dzieła. W takim przypadku autorskie prawa majątkowe nie przechodzą na inną osobę — nadal będą należeć do twórcy, jednak inne osoby będą mogły z nich korzystać w ramach licencji. Wyróżniamy licencje wyłączną oraz niewyłączną. Pierwsza z nich gwarantuje licencjobiorcy wyłączność; z kolei druga nie pozbawia licencjodawcy możliwości upoważnienia kolejnych podmiotów do korzystania z dzieła na tym samym polu eksploatacji. Gdy dochodzi do zawarcia licencji wyłącznej, licencjobiorca najczęściej ma zamiar ekonomicznej eksploatacji utworu, w większości przypadków przez jego rozpowszechnianie. Zazwyczaj jest to związane z koniecznością podjęcia wielu działań i zainwestowania znacznej sumy pieniężnej, w związku z czym zadaniem licencji jest zabezpieczenie interesów licencjobiorcy przed wykorzystaniem jego starań przez osoby trzecie. Gdy licencjobiorca dokonał inwestycji, promował i rozpowszechnił dany utwór, dokonując wszelkich starań, aby odniósł sukces, wówczas umożliwienie rozpowszechnienia go przez inne podmioty spowodowałoby, że mogłyby one wejść na rynek, oferując niższą cenę za ten sam utwór. Charakterystycznym elementem licencji jest zezwolenie na korzystanie z utworu. W praktyce obrotu bardzo często w umowach licencyjnych strony zamieszczają regulację wielu innych praw i obowiązków, na przykład dotyczących eksploatacji utworu, sposobu i warunków tej eksploatacji czy promocji. Warto dodać, iż zgodnie z judykaturą jeżeli w umowie nie ma wyraźnych postanowień o przeniesieniu majątkowych praw autorskich, to ze względu na wymaganą do ich przeniesienia formę pisemną *ad solemnitatem* prawa te pozostają przy twórcy i można jedynie uznać, że doszło do konkludentnego udzielenia licencji wyłącznej²⁰.

Na zakończenie wskazać należy, że w doktrynie toczy się spór co do charakteru prawnego licencji. Duża grupa przedstawicieli uznaje umowę licencyjną za kategorię więzi obligacyjnej, której ostateczny charakter zależy od woli stron. Możliwość dowolnego regulowania charakteru takiej umowy przez strony nie pozwala na wyodrębnienie prawa podmiotowego o bezwzględnej naturze, którym dysponowałby licencjobiorca. Wielu zwolenników ma także teoria o rozporządzającym charakterze, co usprawiedliwiałoby wniosek o skuteczności praw licencjobiorcy względem następcy praw licencjodawcy. Ostatnia z koncepcji zakłada jej zobowiązująco-rozporządzający charakter. Przy zawieraniu tego rodzaju umowy należy więc mieć na uwadze ryzyko związane z powstałym sporem i konsekwencjami dla licencjobiorcy.

W kwestii wykorzystywania wizerunku, czyli dostrzegalnych cech fizycznych człowieka tworzących jego wygląd i pozwalających na identyfikację go wśród lu-

²⁰ Tak zwłaszcza wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 26 kwietnia 2017 roku, I ACa 110/16, LEX nr 2522729.

dzi, zgodnie z art. 81 pr. aut. jego rozpowszechnianie wymaga zezwolenia osoby na nim przedstawionej. Przepis wprowadza zatem ochronę prawa do wizerunku osoby fizycznej. Ochrona ta ma charakter autonomiczny, czyli jest niezależna od naruszenia czci, prywatności lub innych dóbr osobistych. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny zezwolenie na rozpowszechnianie wizerunku jest jednostronną czynnością prawną o charakterze upoważniającym²¹. Ustawodawca nie przewidział żadnych wymagań dotyczących formy, w jakiej powinna być udzielona zgoda na rozpowszechnianie wizerunku. W związku z tym można ją wyrazić w każdej formie, jednak — co istotne — zgoda ta nie może ulegać wątpliwości. Judykatura prezentuje stanowisko, zgodnie z którym osoba udzielająca zgody na wykorzystywanie swego wizerunku musi mieć pełną świadomość nie tylko formy jego przedstawienia, ale także czasu i miejsca jego publikacji²². W przypadku umowy zawartej między przedsiębiorcą a influencerem wizerunek wykorzystywany jest w celu czynienia z niego użytku, najczęściej aby wypromować daną markę. Podkreśla się, że takie umowy co do zasady mają charakter upoważniający²³. Oznacza to, że po stronie przedsiębiorcy nie powstanie żadne prawo podmiotowe, ale jedynie możliwość podejmowania czynności mieszczących się w ramach udzielonego zezwolenia. W umowie warto określić także, do jakiego momentu zgoda zostaje udzielona, aby po zakończeniu współpracy między stronami przedsiębiorca nie mógł już wykorzystywać wizerunku influencera. Ponadto w gestii osoby działającej w mediach społecznościowych jest zastrzeżenie, że po zakończonej współpracy jej wizerunek powinien zostać usunięty ze stron internetowych osoby prowadzącej działalność gospodarczą bądź jego ulotek czy też innych kampanii reklamowych. W przeciwnym wypadku pomiędzy stronami może powstać spór poddany pod rozstrzygnięcie sądu, co narazi je na dodatkowe koszty postępowania i reprezentacji.

Postulaty *de lege ferenda* — wyniki przeprowadzonych badań

Dynamiczny rozwój techniki oraz możliwość coraz szybszego przekazywania informacji doprowadziły do powstania w świecie gospodarczym nowej profesji. Jednakże w ślad za zmianami technologicznymi nie podążyły zmiany prawne. W praktyce niejasne stało się, jakie umowy powinny być zawierane pomiędzy stronami, jak je opodatkować czy o jakich postanowieniach umownych powinno się pamiętać.

²¹ K. Bojańczyk, [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. W. Machała, R.M. Sarbiński, Warszawa 2019, LEX, komentarz do art. 81, nb 26.

²² Tak zwłaszcza wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 7 maja 2014 roku, I ACa 1686/13, LEX nr 1500839.

²³ J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja*, Kraków 2009, LEX, rozdz. 3, podrozdz. 4.2.3.

Na potrzeby niniejszego artykułu przeprowadziłam badania wśród sportowców mających powyżej 20 tysięcy odbiorców na Instagramie oraz zawierających współpracę z przedsiębiorcami. Zadałam im pytania: czy rozpoczynając współpracę zawierają z przedsiębiorcą umowę, a jeżeli tak, to jaką?; czy uregulowali kwestie związane z prawami autorskimi oraz wykorzystywaniem wizerunku? Jedynie dwie z zapytanych osób zawarły pisemną umowę z osobą prowadzącą działalność gospodarczą, a tylko jedna z nich odnosiła się do kwestii wykorzystywania wizerunku. Pozostałe osoby komunikowały się z przedsiębiorcami w sposób ustny. Taki sposób zawarcia pomiędzy stronami umowy, do którego może dojść *per facta concludentia*, nie zabezpiecza interesów influencera oraz przedsiębiorcy. Możliwość zawarcia umowy pisemnej, w której treści strony jednoznacznie określiłyby swoje oczekiwania, wynagrodzenie, prawa i obowiązki, nie powodowałby wątpliwości w trakcie jej wykonywania. Takie działanie wiązałoby się z mniejszą liczbą konfliktów, a tym samym spraw dochodzonych na drodze postępowania sądowego. Siedmiu z piętnastu badanych dokonywało wymiany towaru za usługę. W zamian za otrzymane rzeczy promowały przedsiębiorcę w mediach społecznościowych. Nie zawierały jednak umowy barteru, polegającej na wzajemnej wymianie bez konieczności sięgania po pieniądze, ponieważ ma ona charakter umowy odpłatnej²⁴.

Wyniki przeprowadzonych badań w sposób jednoznaczny pokazują, iż kwestia rodzaju umów, jakie powinny być zawierane pomiędzy stronami, oraz ich postanowień wciąż pozostaje niejasna. Z tego powodu coraz więcej funkcjonujących w mediach społecznościowych podmiotów nie określa istotnych z punktu widzenia interesu stron kwestii umownych. Takie postępowanie przesądza o tym, że w razie powstania sporu między stronami możliwość wykazania i udowodnienia treści umowy staje się iluzoryczna. Istotne jest, aby wraz z rozwojem technologicznym nastąpił rozwój prawa i jednoznaczna regulacja w tej kwestii. Rozwiązaniem problemu byłoby wprowadzenie do kodeksu cywilnego osobnego artykułu regulującego problematykę zawierania umów osób działających w mediach społecznościowych z przedsiębiorcami. Takie działanie z pewnością doprowadziłoby do większej liczby legalnie zawartych umów oraz uniemożliwiłoby wykorzystywanie luk prawnych w tej kwestii przez strony.

Podsumowanie

Dokonując wyboru jednej z aktualnie występujących w obrocie umów — to jest o dzieło, zlecenie oraz świadczenie usług — należy mieć na uwadze ich wady i zalety dla obu stron. Pierwsza zobowiązuje influencera do wykonania określonego pomiędzy stronami dzieła za ustalonym wynagrodzeniem. W gestii stron

²⁴ A. Cempura, A. Kasolik, *Metodyka sporządzania umów gospodarczych*, Warszawa 2020, LEX, rozdz. 6, podrozdz. 33.

pozostanie wskazanie czasu jej trwania, aby uchronić się od przeciągającego się okresu, w którym miałyby ono zostać wykonane. W praktyce jeżeli strony chciałyby zamieszczenia przykładowo dwóch postów na profilu osoby działającej w mediach społecznościowych, taka umowa okaże się wystarczająca i korzystna dla stron. Kolejna z nich jest umową starannego działania, w której istotny będzie nie rezultat, ale to, czy dążąc do jego wykonania, strona zachowała należyta staranność. Umowa ta będzie jednak ryzykowna dla influencera, ponieważ zlecający może kontrolować dokonywane przez niego czynności oraz wydawać polecenia. W konsekwencji takie działania mogą doprowadzić do zaburzenia jego relacji z odbiorcami przez publikację treści, z którymi by się nie utożsamiał. Z kolei przedsiębiorca nie może oczekiwać rezultatu, na którym mu zależy, a jedynie starań ze strony influencera. Uważam więc tę umowę za najmniej korzystną dla obu stron. Ostatnia — umowa o świadczenie usług — będzie jedną z najczęściej zawieranych między stronami umów, w większości przypadków drogą internetową poprzez akceptację warunków ambasadoringu bądź regulaminu. Będzie to umowa najbardziej korzystna, gdyż pozwoli na swobodną regulację stosunku prawnego między stronami, nie faworyzując żadnej z nich. Jednakże przy każdej z zawieranych umów najważniejsze jest doprecyzowanie oczekiwań stron oraz możliwości wykorzystywania wizerunku czy praw autorskich osoby promującej. W przeciwnym razie niepewna regulacja lub jej brak mogą doprowadzić do wielu konfliktów między stronami, prowadzących do postępowania sądowego.

Analizując przedstawione argumenty, można stwierdzić, że regulacja prawna w tym zakresie wymaga zmian i dostosowania do tak prężnie rozwijającej się profesji. Aby chronić interesy obu stron, należy zawierać umowy precyzujące ich wzajemne oczekiwania, takie jak: wynagrodzenie, czas jej trwania oraz możliwość wykorzystywania wizerunku i autorskich praw majątkowych influencera. Ponadto w celu ułatwienia dalszej interpretacji i ewentualnego rozwiązywania sporów umowy powinny być zawierane w formie pisemnej.

Bibliografia

Literatura

- Balcarczyk J., *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja*, Kraków 2009, <https://sip.lex.pl/#/monograph/369193019/40?keyword=Balcarczyk%20J.,%20Prawo%20do%20wizerunku%20i%20jego%20komercjalizacja&tocHit=1&cm=STOP> (dostęp: 11.11.2020).
- Cempura A., Kasolik A., *Metodyka sporządzania umów gospodarczych*, Warszawa 2020 <https://sip.lex.pl/#/monograph/369461696/5/cempura-aleksandra-kasolik-anna-metodyka-sporzadzania-umow-gospodarczych?keyword=cempura%20metodyka%20sporzc%C4%85dzania&cm=SFIRST> (dostęp: 11.11.2020).
- Grzybczyk K., *Rozrywki XXI wieku a prawo własności intelektualnej*, Warszawa 2020, <https://sip.lex.pl/#/monograph/369461787/5/grzybczyk-katarzyna-rozrywki-xxi-wieku-a-prawo-wlasnosci-intelektualnej?keyword=grzybczyk&cm=STOP> (dostęp: 11.11.2020).

- Kodeks cywilny*, t. 1. *Komentarz do art. 1–449¹⁰*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2020, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrwgm3dmmmy>.
- Kodeks cywilny*, t. 2. *Komentarz do art. 450–1088. Przepisy wprowadzające*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2021, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrwh3dqnjoobqxalrvgu4tcnrgmmya>.
- Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2019, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrtgu4dkna#>.
- Kodeks cywilny. Komentarz*, red. J. Ciszewski, P. Nazaruk, Warszawa 2019, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587804251/601691/ciszewski-jerzy-red-nazaruk-piotr-red-kodeks-cywilny-komentarz?cm=URELATIONS>.
- Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4. *Zobowiązania. Część szczególna (art. 535–764(9))*, red. M. Fras, M. Habdas, Warszawa 2018, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587768919/566359/fras-mariusz-red-habdas-magdalena-red-kodeks-cywilny-komentarz-tom-iv-zobowiazania-czesc...?cm=URELATIONS>.
- Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. D. Flisak, Warszawa 2015, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587731409/528849/flisak-damian-red-prawo-autorskie-i-prawa-pokrewne-komentarz?cm=URELATIONS>.
- Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. W. Machała, R.M. Sarbiński, Warszawa 2019, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587792266/589706/machala-wojciech-red-sarbinski-rafal-marcin-red-prawo-autorskie-i-prawa-pokrewne-komentarz?cm=URELATIONS>.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku — Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm).
- Ustawa z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 288 ze zm.).
- Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 stycznia 2011 roku, III CZP 125/10, OSNC 2011/10, poz. 107.

Orzecznictwo

- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2006 roku, V CK 445/05, LEX nr 192052.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 2012 roku, I CSK 199/12, LEX nr 1254613.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 4 kwietnia 2013 roku, III AUa 96/13, LEX nr 1388970.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 9 kwietnia 2015 roku, III AUa 835/14, LEX nr 1747522.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 17 kwietnia 2018 roku, I SA/Gl 1364/17, LEX nr 2482751.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 4 kwietnia 2001 roku, I ACa 72/01, OSA 2002/2/6, LEX nr 50088.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 7 maja 2014 roku, I ACa 1686/13, LEX nr 1500839.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 26 kwietnia 2017 roku, I ACa 110/16, LEX nr 2522729.

Źródła internetowe

- <https://www.filipiakbabicz.com/nowe-media-i-technologie/2020/06/02/zakonczenie-wspolpracy-influencerki-z-duza-marka-kosmetyczna-czy-skin79-ma-prawo-korzystac-ze-znaku-towarowego-deynn-beauty-procedura-rejestracji-znaku-w-uprp-i-jej-konsekwencje/>.
- <https://isap.sejm.gov.pl/>.
- https://mfiles.pl/pl/index.php/Influencer_marketing.
- <https://orzeczenia.ms.gov.pl/>.