



NARUSZENIE WIZERUNKU OSÓB PUBLICZNYCH W REKLAMIE

Marta Aleksandrowicz

**Prawa
człowieka** ””
W PRACY MAGISTERSKIEJ

HR HELSINKA FUNDACJA
PRAW CZŁOWIEKA

MARTA ALEKSANDROWICZ, adwokat, absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Laureatka trzeciego miejsca w III edycji ogólnopolskiego Konkursu na najlepszą pracę magisterską o prawach człowieka, za pracę magisterską z dziedziny prawa pt. *Naruszenie wizerunku osób publicznych w reklamie*.

Analiza uwzględnia stan prawny na 2011 rok.

PROMOTOR PRACY

prof. dr hab. Mirosław Wyrzykowski

ORGANIZATOR KONKURSU

Helsińska Fundacja Praw Człowieka

PROJEKT WSPIERANY PRZEZ



WYDAWCA

Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2015

ISBN 978-83-62245-26-0

REDAKCJA JĘZYKOWA

Edyta Ruta

OPRACOWANIE GRAFICZNE I SKŁAD

Marek Łomacz

Spis treści

Wstęp	3
-----------------	---

Rozdział I

Osoba publiczna (powszechnie znana) w reklamie	5
---	----------

1. Pojęcie reklamy	5
1.1. Uwagi ogólne.	5
1.2. Definicje legalne reklamy	6
1.3. Klasyfikacje reklamy	7
1.4. Cel i funkcje reklamy	7
1.5. Reklama a wolność słowa (słabsza ochrona reklamy)	8
2. Pojęcie „osoby publicznej”	11
2.1. Pojęcie „osoby publicznej” na gruncie zagranicznej doktryny i orzecznictwa	11
2.2. Niejednolite rozumienie pojęcia „osoba publiczna” w prawie polskim.	13
2.3. Rodzaje osób publicznych	15
3. Osoba publiczna w reklamie	16
3.1. Uwagi ogólne.	16
3.2. Słabsza ochrona wypowiedzi reklamowej a ochrona interesów osób publicznych	17
4. Ekonomiczne i psychologiczne uzasadnienie obecności osób publicznych w reklamie	19
4.1. <i>Personality merchandising</i>	20
4.2. Rekomendacja, poparcie celebryty (<i>celebrity endorsement</i>)	20
4.3. Zagrożenia związane z wykorzystaniem wizerunku osoby publicznej w reklamie	24
4.4. Psychologiczne uzasadnienie obecności osób publicznych w reklamie (Model transferu znaczenia)	25

Rozdział II

Wizerunek w reklamie.	27
--------------------------------------	-----------

1. Uwagi ogólne	27
1.1. Podstawy prawne ochrony	27
2. Przedmiot ochrony	28
2.1. Pojęcie wizerunku	28
2.2. Wizerunek jako dobro osobiste	30
2.3. Przedmiot ochrony w art. 23 k.c. i art. 81 pr. aut.	31
2.4. Rozpoznawalność jako wyznacznik wizerunku	32
3. Wizerunek osoby publicznej w reklamie	33
3.1. Uwagi ogólne.	33
3.2. Komerccjalizacja wizerunku	33
3.3. Inne przejawy wykorzystania tożsamości osoby publicznej w reklamie	41
3.4. Szczególne postaci wizerunku	42

Rozdział III

Naruszenie wizerunku osoby publicznej w reklamie	47
---	-----------

1. Zasady rozpowszechniania wizerunku osób powszechnie znanych w świetle polskiego prawa	47
1.1. Zgoda jako okoliczność wyłączająca bezprawność	48
1.2. Umowa zezwalająca	50

2.	Naruszenie wizerunku osoby publicznej w reklamie	51
2.1.	Brak zgody lub przekroczenie zakresu zgody	51
2.2.	Odwołanie zgody	53
2.3.	Zapłata za pozowanie	54
2.4.	Miejsce publiczne	55
3.	Rozpowszechnianie bez zgody wizerunku osoby powszechnie znanej na podstawie art. 81 ust. 2 pr. aut. w celach komercyjnych	55
3.1.	Wizerunek wykonany w związku z pełnieniem funkcji publicznej (osoba powszechnie znana wykonująca funkcje publiczne)	55
3.2.	Wizerunek osób publicznych jako szczegół (element całości)	56
3.3.	Cel rozpowszechniania wizerunku osoby powszechnie znanej lub szczegółu większej całości.	57
3.4.	Wizerunek sportowca.	58

Rozdział IV

Ochrona wizerunku osoby publicznej w przypadku jego naruszenia w reklamie. 60

1.	Prywatnoprawne podstawy ochrony	60
1.1.	Ochrona na podstawie prawa autorskiego (art. 81 pr. aut.)	61
1.2.	Ochrona na podstawie prawa cywilnego (art. 23 i 24 k.c.)	61
1.3.	Samoregulacja i kodeksy deontologiczne (<i>soft law</i>)	63
2.	Roszczenia ochronne w przypadku naruszenia prawa do wizerunku osób publicznych w reklamie	65
2.1.	Roszczenia niemajątkowe w razie naruszenia prawa do wizerunku.	65
2.2.	Roszczenia majątkowe	66
2.3.	Problem zasadności przyznawania zadośćuczynienia w przypadku naruszenia prawa do wizerunku	69
2.4.	Skuteczność tradycyjnych środków ochrony	71

Zakończenie 72

Bibliografia 75

Wstęp

Ostatnie lata pokazały, że popularność osób publicznych może uzyskać wymierną wartość majątkową, a hasło „wszystko jest na sprzedaż” w odniesieniu do ludzkiej osobowości uzyskało nowy, realny wymiar. Atrybuty tożsamości znanych osób, zwłaszcza ich wizerunek i nazwisko, stały się bardzo dochodowym towarem, a rekomendacja takiej osoby – najlepszym sposobem przyciągnięcia uwagi konsumentów i zapewnienia sukcesu komercyjnego danego produktu lub usługi. Reklamy z użyciem gwiazd są niezwykle skuteczne, lubiane przez odbiorców, a czasem zyskują nawet miano kultowych. Olbrzymi potencjał majątkowy oznaczeń identyfikujących osoby publiczne, zwłaszcza wizerunku, sprawia, iż są one niezwykle pożądane w reklamie. Wizerunek ze względu na łatwość jego utrwalania i rozpowszechniania jest zarazem dobrem najbardziej zagrożonym naruszeniami. Pokusa łatwego zarobku, zaoszczędzenia trudów i kosztów odpłatnego uzyskania prawa do wykorzystania wizerunku w reklamie oraz niejasne uregulowania niejednokrotnie skłaniają reklamodawców do naruszania wizerunku znanych osób. Przedmiotem niniejszej pracy będzie przedstawienie zjawiska komercjalizacji wizerunku, zwłaszcza coraz powszechniejszej praktyki wykorzystywania wizerunku osób powszechnie znanych w reklamie. Szczególny nacisk zostanie położony na omówienie przypadków naruszeń prawa do wizerunku, przedstawienie środków jego ochrony oraz ocenę skuteczności i adekwatności tradycyjnych środków ochrony.

W pierwszym rozdziale przedstawione zostanie zjawisko wykorzystania popularności osób publicznych w reklamie. Po pierwsze przybliżone zostanie pojęcie, definicje legalne oraz cel i funkcje reklamy. Następnie przeanalizowana zostanie relacja pomiędzy wolnością słowa a wolnością wypowiedzi komercyjnej. Celem rozważań będzie odpowiedź na pytanie, czy i w jakim zakresie wypowiedź komercyjna korzysta z ochrony wolności słowa. Kolejnym poruszonym zagadnieniem będzie konflikt zachodzący pomiędzy wolnością wypowiedzi komercyjnej, w szczególności w jej aspekcie informacyjnym (prawie obywateli do informacji komercyjnej) oraz w aspekcie wolności twórczości artystycznej, a prawem do prywatności osób publicznych. Postaram się zbadać, czy istnieją sytuacje, w których naruszenie prawa do prywatności osób publicznych może być ograniczone ze względu na wolność wypowiedzi komercyjnej.

W rozdziale pierwszym niniejszej pracy, posiłkując się definicjami pojęcia osoby publicznej, wypracowanymi przez doktrynę oraz orzecznictwo polskie i zagraniczne, podjęta zostanie próba określenia, kim jest właściwie osoba publiczna i jakie powinny być podstawy jej wyróżnienia. Przedstawione zostaną również podziały osób publicznych w oparciu o różne kryteria. Rozdział pierwszy ma za zadanie przybliżyć podstawowe pojęcia związane z tematyką niniejszej pracy i wprowadzić do dalszych, szczegółowych rozważań. Ponadto stanowi próbę odpowiedzi na pytanie, czy istnieje potrzeba wypracowania jednolitej terminologii i kryteriów wyróżniania osób publicznych.

Po przedstawieniu koniecznych informacji wprowadzających, skoncentruję się na poszukiwaniu i przedstawianiu ekonomicznego i psychologicznego uzasadnienia wykorzystywania atrybutów tożsamości osób publicznych w reklamie. Przeanalizuję dwa typy komercjalizacji wizerunku: rekomendację (*endorsement*) oraz oznaczanie produktów atrybutami tożsamości popularnych osób (*merchandising*). Przeanalizowane zostaną ponadto różne modele psychologicznego uzasadnienia skuteczności oddziaływania osoby publicznej na konsumenta: model wiarygodności, model atrakcyjności oraz najbardziej rozbudowany i najpełniej tłumaczący to zjawisko – model transferu znaczenia (*meaning transfer*), nazywany przez niektórych przedstawicieli polskiej doktryny transferem sympatii lub transferem renoimy. Rozważania te zostaną poparte obserwacjami z dziedziny psychologii, przykładami rzeczywistych kampanii reklamowych oraz orzecznictwem.

Rozdział drugi „Wizerunek w reklamie” stanowi studium zjawiska komercjalizacji dóbr osobistych w polskiej i zagranicznej rzeczywistości prawnej oraz prezentuje reakcję prawa na to zjawisko. Na początku rozdziału podejmę próbę zdefiniowania pojęcia „wizerunek”, korzystając z dorobku polskiego orzecznictwa i wypowiedzi doktryny. Rozważę, czy na gruncie prawa cywilnego i prawa autorskiego możemy mówić o tym samym przedmiocie ochrony i jednolitym rozumieniu pojęcia wizerunek. Następnie dokonana zostanie charakteryzacja wizerunku jako dobra osobistego człowieka, o ściśle osobistym i niemajątkowym charakterze. W dalszej części rozdziału przybliżone zostanie zjawisko postępującej komercjalizacji wizerunku i wynikającego z tego konfliktu z tradycyjnym pojmowaniem dóbr osobistych. W celu prawnoporównawczym oraz przedstawienia postulatów rozwiązania tego konfliktu przybliżona zostanie koncepcja *persony*, „lobbowana” w polskiej doktrynie głównie przez Teresę Grzeszak, oraz amerykańska instytucja *right of publicity*. Obie te konstrukcje mają za zadanie chronić majątkowy potencjał atrybutów tożsamości człowieka (zwłaszcza osób powszechnie znanych) przed naruszeniami w celach komercyjnych, które zagrażają majątkowym interesom uprawnionych. Na zakończenie przedstawione zostaną postulaty *de lege ferenda*, mogące pomóc w rozwiązaniu tego konfliktu oraz dostosowaniu prawa polskiego do realiów społecznych i ekonomicznych.

W rozdziale drugim przedstawione zostaną również inne przejawy wykorzystania tożsamości osoby powszechnie znanej w reklamie. Szczególna uwaga zostanie poświęcona przypadkom naruszenia nazwiska, godności, czci czy też dobrego imienia osoby publicznej poprzez naruszenie jej wizerunku. Rozdział drugi przybliży również szczególne postaci wizerunku, takie jak: maska artystyczna, karykatura, satyra, sobowtór oraz ostatnio wyszczególniane kategorie: wizerunek piśmienniczy oraz wizerunek dźwiękowy (głos).

Rozdział trzeci skupia się na zagadnieniu naruszenia wizerunku osób publicznych w reklamie. Naruszenie wizerunku obejmuje głównie sytuacje posłużenia się wizerunkiem znanej osoby bez jej zgody, z przekroczeniem zakresu zgody, lub sytuacje, w których dana osoba zmienia zdanie i cofa udzieloną wcześniej zgodę. Problematyczne jest określenie charakteru prawnego zgody, udowodnienie faktu jej udzielenia oraz zakresu zgody na rozpowszechnianie wizerunku. Niejasne są również charakter i dopuszczalność umów o rozpowszechnianie wizerunku, z uwagi na niedopuszczalność w prawie polskim rozporządzania dobrami osobistymi. Ciekawa jest przy tym powszechna praktyka zawierania takich umów, które wprost stwierdzają, iż prawo do wizerunku zostaje przeniesione.

Następnie przybliżone zostaną zasady rozpowszechniania wizerunku osób publicznych w prawie polskim oraz ograniczenia prawa do wizerunku, czyli sytuacje, w których możliwe jest rozpowszechnianie wizerunku osób publicznych bez ich zgody. Rozważona zostanie zasadność stosowania tych ograniczeń w przypadku wykorzystania wizerunku osób publicznych w celach wyłącznie komercyjnych bez realizowania funkcji informacyjnych, sprawozdawczych, czy też dokumentacyjnych. Dalsza część rozdziału dotyczy problemu wykorzystania wizerunku sportowca, oraz ograniczenia prawa do wizerunku zawodnika reprezentacji Polski.

Ostatni, czwarty, rozdział przedstawia możliwe sposoby ochrony wizerunku osoby publicznej przed jego naruszeniem w reklamie. Zostaną w nim przedstawione przesłanki i zasady ochrony na podstawie prawa cywilnego i autorskiego oraz wzajemny stosunek roszczeń przewidzianych w przepisach art. 24 kodeksu cywilnego i art. 81 prawa autorskiego. Przybliżone zostanie również zjawisko samoregulacji środowisk związanych z reklamą i szczególna rola kodeksów deontologicznych. Następnie zaś katalog roszczeń, które przysługują osobie, której wizerunek został naruszony. Po dokonaniu ich krótkiej analizy poruszony zostanie problem zasadności stosowania instytucji zadośćuczynienia, w sytuacji, gdy nie występuje krzywda po stronie osoby uprawnionej, a jedynie naruszenie jej interesu majątkowego. Na zakończenie podjęta zostanie próba oceny skuteczności tradycyjnych środków ochrony oraz przedstawione postulaty *de lege ferenda*.

Rozdział I

Osoba publiczna (powszechnie znana) w reklamie

1. Pojęcie reklamy

1.1 Uwagi ogólne

Z początkiem lat dziewięćdziesiątych XX w. reklama stała się jednym z najważniejszych elementów gry rynkowej¹. Uznawana jest obecnie za główną siłę ekonomiczną, która przyczyniła się do rozwoju wolnego rynku. Dlatego też popularne hasło „reklama dźwignią handlu” jest w pełni uzasadnione.

Słowo „reklama” pochodzi od łacińskiego wyrażenia *clamo, reklamo*, które oznacza: głośno wołać, krzyczeć, hałasować, wzywać, nawoływać². Może oznaczać też wielokrotne powtarzanie, zwracanie uwagi. W krajach anglojęzycznych używa się natomiast terminu „*advertising*”, który oznacza „odwrócenie uwagi”, skierowanie jej na określony produkt³.

Początki reklamy, której historia sięga czasów starożytnych, to krzyki i nawoływanie na targowiskach i jarmarkach⁴. Istotą reklamy jest pewien przekaz informacyjny dotyczący głównie produktów lub usług. Niezmienny pozostaje cel reklamy, czyli nakłonienie konsumenta do zwrócenia uwagi na dany produkt lub usługę, jego wyboru i zakupu (perswazja). Reklama jest to zatem prezentowana werbalnie lub niewerbalnie informacja (przekaz handlowy) o danym produkcie lub usłudze, połączona z komunikatem o charakterze perswazyjnym.

Wypowiedź komercyjna, aby być skuteczną, musi przyciągnąć uwagę jej adresata, pozostać w jego pamięci. W tym celu posługuje się różnymi środkami, których efektywność zależy w decydującej mierze od siły perswazyjnej, jaką posiadają te środki w sferze psychologicznej. Reklama przechodziła ewolucję. Początkowo kształtowana była według formuły SLB (*Stay, Look, Buy*) – „zatrzymaj się, spójrz, kup”, później AIDA (*Attention, Interest, Desire, Action*) – „zauważ, zainteresuj się, pragnij, działaj”⁵. Obecnie reklamy kształtowane są na podstawie formuły DIPADA, w myśl której reklama ma: (1) określić potrzeby odbiorcy; (2) stwierdzić potrzeby i pragnienia, jakie zaspokaja reklamowany przedmiot; (3) przekonać odbiorcę o jego zaletach; (4) wywołać pozytywną postawę względem reklamowanego dzieła; (5) pobudzić pragnienie jego posiadania; (6) wywołać działania prowadzące do jego zakupu⁶. Jest to pewien proces, służący wywołaniu pożądanych przez przedsiębiorcę postaw w celu osiągnięcia celów komercyjnych.

Reklama stanowi przedmiot zainteresowania różnych dziedzin: ekonomii, marketingu, psychologii, socjologii oraz prawa⁷. Dlatego też na potrzeby każdej z dziedzin formułowane są stosowne jej definicje. Amerykańskie Stowarzyszenie Marketingu definiuje reklamę jako „wszelką płatną, bezosobową formę prezentowania i popierania dóbr, usług oraz idei przez określonego nadawcę”. Definicje są niekiedy

¹ E. Nowińska, *Reklama w radiu i telewizji (w:) Prawo mediów*, red. J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, Warszawa 2005, s. 309.

² J. Pieńkos „Słownik łacińsko-polski”, Warszawa 1996, s. 76.

³ E. Nowińska, *Zwalczanie nieuczciwej reklamy. Zagadnienia cywilno-prawne*, Kraków 1997, s. 18.

⁴ R. Walczak „Prawne aspekty reklamy w ustawodawstwie polskim, europejskim i międzynarodowym”, Warszawa – Poznań 2001, s. 19.

⁵ Szerzej G. Belch, M. Belch, *Advertising and Promotion, Sixth Edition*, The McGraw-Hill Companies 2003, s. 147.

⁶ E. Nowińska, *Zwalczanie nieuczciwej reklamy...*, s. 18.

⁷ K. Grzybezyk, *Prawo reklamy*, Warszawa 2008, s. 15.

proste, np.: „Reklamą jest rozpowszechnianie wiadomości o usługach i towarach w celu wpłynięcia na kształtowanie popytu”, lub złożone: „[reklama] Jest to drukowane, rękopiśmienne, ustne lub graficzne powiadomienie o osobie, towarze, usługach lub ruchu społecznym jawnie pochodzące od zamawiającego reklamę i opłacone przez niego w celu zwiększenia zbytu, rozszerzenia klienteli, otrzymania głosów lub publicznej akceptacji”⁸. Reklama może być również definiowana bardzo ogólnie, jako „wszystkie środki oddziaływania organizacji przemysłowych i handlowych na przyszłych nabywców towarów i usług”⁹.

Większość definicji reklamy przedstawia ją jako komunikat, który ma za zadanie zwiększyć popyt na dany towar, promować go i w wyniku tych działań zwiększyć jego sprzedaż. Definicje te nie są jednak precyzyjne. Czasami reklama jest tworzona, by odnieść przeciwny skutek, a mianowicie zmniejszyć popyt i/lub podaż. Przykładem takiej reklamy są kampanie społeczne np. antynikotynowe czy antyalkoholowe, które mają zachęcić do zachowań prozdrowotnych. Niektóre reklamy, zachwalając dany produkt, dążą jednocześnie do zmniejszenia popytu na produkt konkurencyjny. Reklama ma olbrzymi wpływ na odbiorcę dlatego, że jest nie tylko komunikatem, który ma informować klienta. Nadrzędnym i głównym celem reklamy jest perswazja – przekonanie danego klienta do zakupu reklamowanego produktu. Skuteczne wpływanie na klienta wymaga zaawansowanej wiedzy psychologicznej i wnikliwych badań rynku¹⁰.

Na potrzeby niniejszej pracy reklamę można zdefiniować jako przekaz informacji mający przekonać konsumenta do pewnej idei, najczęściej mający na celu zachęcić konsumentów do zakupu określonych produktów lub usług poprzez zastosowanie różnego rodzaju mechanizmów opartych na teoriach psychologicznych, socjologicznych, statystycznych itd.

1.2 Definicje legalne reklamy

W ustawodawstwie polskim występuje kilka definicji legalnych reklamy. Zgodnie z przepisem art. 4 pkt 6 ustawy z 22 grudnia 1992 roku – o radiofonii i telewizji¹¹ – „reklamą jest każdy przekaz, nie pochodzący od nadawcy, zmierzający do promocji sprzedaży albo innych form korzystania z towarów lub usług, popierania określonych spraw lub idei albo osiągnięcia innego efektu pożądanego przez reklamodawcę, nadawany za opłatą lub inną formą wynagrodzenia”.

W myśl art. 2 pkt f Europejskiej konwencji o telewizji ponadgranicznej, sporządzonej w Strasburgu 5 maja 1989 roku i ratyfikowanej przez Polskę 9 lipca 1990 roku¹², „[r]eklamą są wszelkie publiczne obwieszczenia mające na celu popieranie sprzedaży, zakupu lub wynajmu produktu, idei czy sprawy lub spowodowanie innego skutku pożądanego przez reklamującego, dla których celów udzielono reklamującemu czasu transmisyjnego na zasadach odpłatności lub za inne podobne wynagrodzenie”.

Ustawa z 6 września 2001 roku - Prawo farmaceutyczne w art. 52 ust. 1 definiuje pojęcie reklamy produktu leczniczego jako działalność, która polega na informowaniu i zachęcaniu do stosowania produktu leczniczego i która ma jednocześnie na celu zwiększenie liczby przepisywanych recept, jak też dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych¹³.

W piśmiennictwie rozróżnia się dwa ujęcia reklamy – reklamę *sensu stricte* oraz *sensu largo*. B. Jaworska-Dębska¹⁴ za reklamę w szerszym ujęciu uważa „wszelkie starania zmierzające do upowszechnienia określonych informacji o ludziach, firmach, ideach, przedsięwzięciach lub rzeczach podejmowane w celu ich popularyzacji, wzbudzenia zainteresowania nimi”. Węższa definicja zakłada, iż są to wszelkie działania podejmowane w celu zwrócenia uwagi potencjalnych zaintereso-

8 Za M. Gajlewicz, *Reklama: czy powinno istnieć dobro chronione?*, PUG 1993, nr 4, s. 2.

9 E. Drabienko, *Wybrane zagadnienia prawne w działalności reklamowej*, PUG 1975, nr 6, s. 183.

10 B. Kwarciak, *Co trzeba wiedzieć o reklamie*, Kraków 1997, s. 13.

11 Tekst jedn. Dz.U. z 2004 r. Nr 253, poz. 2531 z późn. zm.

12 Dz.U. z 1995 r. Nr 32, poz. 160 z późn. zm.

13 J. Z. Golonka, *Kilka słów o naruszeniu dóbr osobistych w reklamie*, Edukacja Prawnicza 2010, nr 4.

14 B. Jaworska-Dębska, *Wokół pojęcia reklamy* PUG 1989, nr 12, s. 21.

wanych albo odbiorców i w miarę możliwości pozyskanie ich jako stałych klientów na określone towary lub usługi¹⁵.

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wskazuje, iż reklamą jest każda informacja o produkcie, nie tylko spot telewizyjny czy radiowy, ale również plakat, napis na różnych przedmiotach (np. ubraniach, urządzeniach itp.), informacja listowna oraz reklama w Internecie, inaczej – reklama internetowa. Ponadto Kodeks Etyki Reklamy¹⁶ definiuje w art. 3 lit. a reklamę jako przekaz zawierający w szczególności informację lub wypowiedź, najczęściej o odpłatnym charakterze (względnie wynagrodzenie w innej formie), towarzyszący czyjejkolwiek działalności, którego wyłącznym celem jest zwiększenie zbytu konkretnych produktów, promocja innej formy korzystania z nich lub osiągnięcie innego pożądanego efektu¹⁷.

1.3 Klasyfikacje reklamy

Reklamę można klasyfikować za pomocą różnych kryteriów. Wyróżniamy reklamę dozwoloną i niedozwoloną (kryterium przedmiot reklamy, miejsce jej zamieszczenia lub wyczerpanie znamion czynu nieuczciwej konkurencji), reklamę bezpośrednią i pośrednią (kryterium – używanie oznaczeń określonego produktu lub usługi bądź dla wyróżnienia innego produktu lub usługi). Ze względu na rodzaj mediów, przez który emitowana jest reklama, możemy wyróżnić reklamę prasową, kinową, radiową, telewizyjną, internetową, pocztową, uliczną. Ze względu na rodzaj adresata reklamę możemy podzielić na ogólną (konsumpcyjną, czyli skierowaną do klienta), profesjonalną (skierowaną do handlowców) oraz reklamę dziecięcą. Reklamę możemy podzielić także na komercyjną (gospodarczą), której celem jest promowanie towarów lub usług oraz niekomercyjną, która ma za zadanie promować określone sprawy, idee, postawy, a tym samym zbliża się do propagandy. Ze względu na przesłanie możemy podzielić reklamy na: reklamę gospodarczą, polityczną, społeczną, charytatywną¹⁸.

1.4 Cel i funkcje reklamy

Celem każdego przedsiębiorcy jest dążenie do maksymalizacji zysków poprzez zwiększenie sprzedaży. Muszą oni z jednej strony dbać i zachować dotychczasowych klientów, a równocześnie zyskiwać nowych. Jednym z najskuteczniejszych sposobów na zwiększenie sprzedaży jest przekonująca reklama. Jej zadanie polega na zwróceniu uwagi potencjalnego klienta na określony towar (usługę) i nakłonienie go do jego (jej) kupna. Konsument musi uwierzyć, że kupno danego towaru zaspokoi jego potrzeby, zwiększy poziom jego szczęścia. Jak było już wspomniane w niniejszej pracy, często zdarza się, że reklama jest tworzona, by odnieść przeciwny skutek, a mianowicie zmniejszyć popyt. Niektóre reklamy, zachwalając dany produkt, dążą jednocześnie do zmniejszenia popytu na produkt konkurencyjny.

Początkowo traktowano reklamę jedynie jako element konkurencji. Z czasem dostrzeżono, że może ona także kształtować popyt. Reklama wspiera, a czasem nawet tworzy wrażenie zapotrzebowania na jakąś rzecz i to częstokroć dzięki niej konsument podejmuje ostateczną decyzję o kupnie towaru (usługi). Reklama ma podkreślić i w korzystny sposób przedstawić istotne cechy produktu, np.: jakość, cenę, sposób wykonania.

Podsumowując, celem reklamy jest „sterowanie potrzebami klienta-konsumenta poprzez opiniujące i rzeczowo informujące wskazanie na wybrane, określone cechy towaru-usługi”. Reklama spełnia w życiu gospodarczym następujące funkcje podstawowe: agitacyjną, informacyjną, ułatwiającą wybór i stabilizującą oraz funkcje dodatkowe, jak oddziaływanie na kształtowanie ocen oraz funkcję gwarancyjną w zakresie jakości i poziomu świadczenia¹⁹.

¹⁵ Tamże.

¹⁶ Kodeks Etyki Reklamy to zbiór przepisów określających, co jest dopuszczalne, a co nieetyczne w przekazie reklamowym; reguluje wszystkie aspekty komunikacji reklamowej z uwzględnieniem specyfiki różnych mediów.

¹⁷ J.Z. Golonka, *Kilka słów o naruszeniu dóbr...*

¹⁸ K. Grzybzyk, *Prawo reklamy...*, s. 18.

¹⁹ E. Nowińska, *Zwalczanie nieuczciwej reklamy...*, s. 27-30.

Profesjonalna reklama wymaga zastosowania wiedzy naukowej z dziedzin takich, jak ekonomia, matematyka, psychologia, socjologia czy też teoria kultury²⁰. Oczywiście, co warto podkreślić, wymaga także dogłębnej znajomości prawa, gdyż jest kompleksowo regulowana przez wiele aktów prawnych w każdym jej aspekcie. Powstają nawet szczegółowe regulacje deontologiczne (*soft law*), czy też poradniki i szkolenia dla praktyków²¹. Prawo pełni funkcję regulatora reklamy. Skuteczność reklamy wymaga wiedzy z dziedziny psychologii i innych, prawo natomiast, ogranicza i reguluje jej dopuszczalne formy i mechanizmy. Prawo w imię innych wartości ogranicza wypowiedź komercyjną.

1.5 Reklama a wolność słowa (słabsza ochrona reklamy)

W XVIII wieku wskutek rozwoju wszelkich tekstów drukowanych zwiększyła się możliwość komentowania aktualnych wydarzeń, dyskusowania na ważne społecznie tematy oraz rozpowszechniania myśli i poglądów. Aby zapewnić swobodę obiegu informacji, należało zagwarantować swobodę ich wyrażania: przekazywania, rozpowszechniania i odbioru. Doktryna liberalna zaczęła traktować tę swobodę w kategorii wolności obywatelskiej i rozumieć bardzo szeroko – jednostka może czynić wszystko w granicach wyznaczonych jedynie przez prawa innych. Pojawiły się gwarancje konstytucyjne wolności słowa²².

Należy wyróżnić dwa aspekty reklamy: reklamę jako działalność gospodarczą oraz reklamę jako wypowiedź informacyjną. Działalność reklamowa jest jednym z rodzajów działalności gospodarczej. Swoboda działalności gospodarczej jest chroniona na podstawie art. 20 Konstytucji. Wszelkie ograniczenia działalności gospodarczej, a więc także działalności reklamowej są możliwe tylko na mocy ustawy i ze względu na ważny interes publiczny (art. 22 Konstytucji). W wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 stycznia 2003 roku²³ podkreślono, iż „ograniczenia *commercial speech* (co do czego istnieje większa swoboda reglamentacyjna państw europejskich niż w wypadku ograniczeń swobody informacji odnoszącej się do innych kwestii niż reklama i promocja) muszą być dokonane ustawą, z uwagi na ważny interes kolidujący ze swobodą. (...) Kolejną przesłanką jest, aby ograniczenie było konieczne w demokratycznym społeczeństwie. Ponieważ celem reklamy i promocji jest intensyfikacja sprzedaży, każde ograniczenie reklamy (podmiotowe, przedmiotowe, co do medium, czasu itd.) pozostaje w koniecznym związku z ograniczeniem pola jej pro- sprzedażowego oddziaływania”.

Reklama, będąc sama działalnością gospodarczą, stała się immanentnie związana z prowadzeniem wszelkiego rodzaju działalności gospodarczej: handlowej, usługowej czy produkcyjnej. Każda reklama jest nie tylko działalnością gospodarczą, lecz też pewnego rodzaju wypowiedzią. Wynika to z faktu, iż do głównych funkcji reklamy należy funkcja informacyjna. Każda reklama przekazuje jakąś informację. Wolność wypowiedzi wiąże się z wolnością przepływu informacji, a więc także przekazu reklamowego. Ochrona przyznawana reklamie uzależniona jest od stopnia zawartości treści handlowej.

Odpowiedzi wymaga pytanie, czy wypowiedź handlowa, w tym reklama, znajduje się w sferze wolności wypowiedzi. Początkowo wypowiedzi były dzielone na podlegające ochronie wypowiedzi polityczne i społeczne oraz podlegające słabszej ochronie wypowiedzi handlowe. Relacje między przedsiębiorcą i klientem, świadomym konsumentem, który podejmuje przemyślane decyzje i oczekuje wyczerpujących informacji o nabywanym towarze lub usłudze sprawiły, iż ten podział przestał być taki oczywisty²⁴. W wyroku z dnia 21 kwietnia 2004 roku²⁵ Trybunał Konstytucyjny wskazał, iż „Zwornikiem konstytucyjnego prawa konsumenta do <<bycia poinformowanym>> jest art. 54 ust. 1 Konstytucji. (...) Przepis ten <<każdemu>>, a więc i konsumentowi- zapewnia wolność pozyskiwania informacji”.

20 B. Kwarciać, *Co trzeba wiedzieć...*, s. 21.

21 Przykładowo poradnik M. Brzozowskiej *Prawo autorskie w reklamie i marketingu*, Warszawa 2009.

22 S. Jankiewicz, *Problemy ochrony wolności wypowiedzi reklamowej na przykładzie reklamy porównawczej*, (w:) *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej 2001*, z. 77 *Zagadnienia nieuczciwej konkurencji*, red. J. Barta, s.74.

23 Wyrok TK K 2/02, OTK ZU 2003, Nr 1A, poz. 4. Orzeczenie dotyczyło zakazu reklamy produktów wykorzystujących podobieństwo do napojów alkoholowych.

24 S. Jankiewicz, *Problemy ochrony wolności wypowiedzi reklamowej...*, s.73.

25 Wyrok TK K 33/03, OTK ZU 2004, Nr 4A, poz.31. Wyrok dotyczył obowiązku stosowania biopaliw.

Trybunał ponadto podkreślił, iż niewłaściwym jest redukcja wolności słowa, zwłaszcza w zakresie „pozyskiwania informacji” jedynie do tradycyjnie pojętego dyskursu politycznego. Jednostka występuje w społeczeństwie w wielu rolach społecznych, także konsumenta.

Reklama jest jednym z typów wypowiedzi handlowej. Problematiczne jest oddzielenie reklamy od czystej informacji, gdyż reklama jest wypowiedzią „z pogranicza”. Z jednej strony jest to pewien typ wypowiedzi, a z drugiej jest to wypowiedź ściśle związana z funkcjonowaniem rynku i nastawiona na maksymalizację zysku. Jak stwierdza S. Jankiewicz²⁶, fakt, iż reklama służy temu celowi, „nie jest ani naganne ze społecznego punktu widzenia, ani sprzeczne z prawem, dlatego wydawałoby się, że nie ma podstaw do jakiegoś specjalnego traktowania wypowiedzi o charakterze gospodarczym”. Jak jednak wspomniano wyżej, reklama oprócz warstwy informacyjnej zawiera także warstwę perswazyjną. Są wypowiedzi, które pozornie są czystą informacją np.: „Promocja. Dwa w cenie jednego”, ale pośrednio zachęcają do zakupu w danym sklepie.

1.5.1. Wolność wypowiedzi handlowej w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności

Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 roku²⁷ zwana dalej „EKPC” nie wymienia wprost swobody wypowiedzi handlowej (*commercial speech*). Trudności przysparza również określenie, jakie cechy konstytuują ten typ wypowiedzi. W kontekście prawa Unii Europejskiej wypowiedź handlowa jest definiowana jako „rozpowszechnianie informacji, wyrażanie idei lub rozpowszechnianie obrazów w trakcie promocji ekonomicznej aktywności wraz z korespondującym prawem do odbierania takich informacji”²⁸. Głównym celem wypowiedzi handlowej jest zwiększenie ekonomicznego interesu jednostek i przedsiębiorców.

W pierwszym z orzeczeń²⁹, w którym ETPC zajmował się reklamą, badając zgodność z Konwencją ingerencji w niedozwoloną reklamę, nie udzielono odpowiedzi na pytanie czy art. 10 EKPC chroni także wypowiedź handlową.

W sprawie *Markt intern Verlag GmbH i Klaus Beermann przeciwko Niemcom*³⁰ Trybunał stwierdził, iż ochrona zapewniana przez art. 10 EKPC nie ogranicza się tylko do niektórych rodzajów wiadomości i poglądów. Zawężenie ochrony przewidzianej przez art. 10 EKPC tylko do wypowiedzi politycznej oraz kulturalnej pozbawiłoby możliwości jakiegokolwiek ochrony dużą część prasy. Trybunał przyznał, iż w sprawach gospodarczych państwa członkowskie zachowują istotny margines uznania (*margin of appreciation*) zwłaszcza w dziedzinach zmiennych i złożonych jak nieuczciwa konkurencja, gdzie analizy wymaga każdy indywidualny przypadek³¹.

Orzecznictwo Trybunału wskazuje, iż w przypadku konfliktu należy dokonywać każdorazowo ważenia między wolnością słowa a inną racją (*balancing*). Trybunał nie usprawiedliwił łatwo ingerencji w wypowiedź, która oprócz aspektu reklamowego stanowi także ważny głos w danej sprawie, może poruszyć opinię publiczną lub mieć dla niej istotne znaczenie. Zgodnie ze stanowiskiem ETPC, wypowiedź czyisto komercyjna, niemająca na celu informować konsumentów, a tylko przynosić zyski reklamodawcom i sprzedawcom towarów, korzysta z najniższego poziomu ochrony.

Ograniczenia nakładane na wypowiedź handlową mogą być usprawiedliwione celami ochrony nieuczciwej konkurencji oraz ochroną przed nieprawdziwą lub wprowadzającą w błąd informacją. Te cele mogą być objęte jednym wspólnym pojęciem: ochrona reputacji lub praw innych” (*the protection of the reputation or rights of others*). Słowo „innych” oznacza zarówno konkurentów na tym samym rynku

26 S. Jankiewicz, *Problemy ochrony wolności wypowiedzi reklamowej...*, s.73.

27 Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 285 i 286.

28 Sprawa C-71/02, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH v Troostwijk GesmbH*, cyt. za D.J. Harris, M O’Boyle, E.P.Bates, C.M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2009, s. 461.

29 *Bartold przeciwko Niemcom*, orzeczenie z dnia 25 marca 1985 r.

30 Orzeczenie z dnia 20 listopada 1989 r.

31 I. C. Kamiński, *Media w europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, (w:) *Prawo mediów*, red. J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, Warszawa 2005, s. 64.

oraz generalnie konsumentów. ETPC stwierdził, iż nawet publikacja obiektywnie prawdziwej reklamy może być ograniczona w celu zapewnienia poszanowania praw innych lub z powodu specjalnych okoliczności związanych ze specyfiką danej działalności i profesji³².

Istnieją przynajmniej dwa powody, dlaczego wypowiedź mająca na celu handlowe (gospodarcze) lub ekonomiczne interesy musi otrzymać mniejszą ochronę niż wypowiedź polityczna czy też artystyczna. Po pierwsze regulowanie wypowiedzi handlowej stwarza mniejsze zagrożenie dla gwarancji konstytucyjnych wolności słowa. Po drugie praktyka regulowania wypowiedzi odnoszącej się do ekonomicznych transakcji jest rozpowszechniona i ugruntowana³³.

W późniejszej sprawie *Casado Coca v. Spain*³⁴ ETPC potwierdził swój pogląd z orzeczenia *Markt Intern*, stwierdzając, że prawie całkowity zakaz reklamowania się przez prawników nie narusza art. 10 EKPC. Stwierdził jednak, że wszelkie ograniczenia reklamy muszą być dokładnie przeanalizowane przez sąd, który musi być przekonany, że przedmiotowe ograniczenia są uzasadnione i proporcjonalne³⁵.

Przegląd orzecznictwa wskazuje, iż wypowiedź handlowa jest relatywnie mniej chroniona niż wypowiedź polityczna czy artystyczna. Państwa mają pozostawiony w tej sferze duży margines uznania (*margin of appreciation*). Jednakże pomimo to, iż motyw danej wypowiedzi jest czysto ekonomiczny, nie powinno jej to pozbawiać ochrony przyznanej na mocy art. 10 EKPC. Pod uwagę powinien być każdorazowo brany interes konsumentów w wolnym przepływie informacji handlowych³⁶.

Trybunał Konstytucyjny wyraźnie podkreślił³⁷, że *commercial speech*, do którego należy również reklama, jest objęta ochroną art. 10 EKPC oraz podlega ochronie prawa europejskiego jako „emanacja swobody gospodarczej” i jedno z praw podstawowych wspólnot. Odpowiednikiem art. 10 EKPCZ jest art. 54 ust. 1 Konstytucji, który ustanawia wolność komunikowania się jako prawo podstawowe (dopuszczając jego ustawowe ograniczenia), a *commercial speech* jest niewątpliwie objęta zakresem ochrony. Jak słusznie podnosi Trybunał³⁸, „przy ocenie dopuszczalności i stopnia ograniczeń *commercial speech* (w tym wypadku reklamy) powinny być wykorzystane doświadczenia prawa wspólnotowego. Ponadto nie ma żadnych przesłanek do przyjmowania na tle art. 54 Konstytucji wężej niż w EKPCZ interpretacji wolności wypowiedzi”³⁹. Należy ocenić bardzo pozytywnie wyżej przytoczone rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego. Jednolite zapatrywanie na wypowiedź handlową, jako objętą zakresem ochrony wolności słowa, przy równoczesnym uwzględnianiu przy dokonywaniu oceny każdorazowo prawa europejskiego, pozwoli zachować koherentność porządków prawnych wewnętrznego i międzynarodowego.

1.5.2 Wypowiedź handlowa (*commercial speech*) w prawie amerykańskim

W amerykańskim prawie konstytucyjnym wypowiedź handlowa (*commercial speech*), jako wypowiedź stanowiąca wyłącznie zachętę do handlowej transakcji, była początkowo uznawana za znajdującą się całkowicie poza zakresem ochrony przewidzianej Pierwszą Poprawką⁴⁰. Zaczynając od lat 70., zaczęto uznawać, że ten rodzaj wypowiedzi jest jednak objęty pewną ochroną. W orzeczeniu *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*⁴¹, w którym uznano za niekonstytucyjną ustawę zakazującą reklamowania cen leków na receptę, Sąd Najwyższy US stwierdził, iż „[r]eklama, chociażby pozbawiona smaku i wydająca się czasem przesadna, jest pomimo wszystko rozpowszechnianiem informacji odnośnie tego, kto produkuje i sprzedaje dany produkt, z jakich przyczyn i za jaką

32 Krone Verlag GmbH & Co KG v Austria (No 3) 2003-XII; 42 EHRR 578 para 31, cyt. D.J. Harris, M O'Boyle, E.P. Bates, C.M. Buckley, *Law of the European Convention...*, s. 461.

33 M.W. Janis, R.S. Kay, Anthony W. Bradley, *European Human Rights Law. Text and Materials*, Oxford University Press 2008, s. 296.

34 Orzeczenie z dnia 24 lutego 1994, 18 E.H.R.R.1.

35 M.W. Janis, R.S. Kay, Anthony W. Bradley, *European Human Rights Law...*, s. 296.

36 D.J. Harris, M O'Boyle, E.P. Bates, C.M. Buckley, *Law of the European Convention...*, s. 461.

37 Por. Wyrok TK K 2/02 oraz wyrok TK K 33/03.

38 Wyrok TK K 2/02.

39 Wyrok TK K 33/03.

40 *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52 (1942).

41 425 U.S. 748, 763-5 (1976).

cenę”. W związku z powyższym, nawet jeżeli Pierwsza Poprawka była przewidziana pierwotnie jako instrument ochrony podejmowania decyzji w warunkach demokracji, to nie można stwierdzić, że wolny przepływ informacji [reklamowych] nie służy temu celowi⁴².

Obecnie wypowiedź handlowa należy do kategorii wypowiedzi średnio chronionej (*intermediate protection*). Z najdalej idącej ochrony korzysta wypowiedź polityczna (*political speech*), wypowiedź artystyczna (*artistic speech*) i wypowiedź historyczna (*historical speech*). Poza zakresem ochrony przewidzianej Pierwszą Poprawką znajdują się podżeganie (*incitement*), obsceniczność (*obscenity*), zniesławienie (*defamation*), „słowa walki” (*fighting words*), czyli słowa uznawane przez każdą rozsądną osobę (*reasonable man*) za do tego stopnia obraźliwe, że uzasadniająca użycie przemocy w odpowiedzi.

Pierwsza Poprawka gwarantuje, że „[k]ongres nie może stanowić żadnych praw ograniczających wolność wypowiedzi lub prasy”. W ciągu ostatnich paru dekad Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych sporadycznie stosował Pierwszą Poprawkę do wypowiedzi handlowej. W orzeczeniu *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council* Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych zdefiniował wypowiedź handlową (*commercial speech*) jako wypowiedź, która proponuje transakcję handlową. Definicja ta została poszerzona w orzeczeniu *Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Service Commission*⁴³ do „wypowiedzi związanej wyłącznie z ekonomicznymi interesami nadawcy komunikatu i jego odbiorców”⁴⁴.

Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych w sprawach dotyczących wypowiedzi handlowej orzekał bardzo niejednolicie. W niektórych przypadkach odmawiał zastosowania Pierwszej Poprawki⁴⁵, w innych zaś przyznawał ograniczoną ochronę wypowiedzi handlowej. Niejednolitość orzecznictwa w tej mierze wynika częściowo z trzech podstawowych czynników: (1) podziału wypowiedzi przez Sąd na handlową (*commercial*) i niehandlową (*noncommercial*); (2) podziału regulacji na zależne od treści (*content-based*) i niezależne od treści (*content-neutral*); (3) skłonności Sądu Najwyższego do podtrzymywania wyroków sądów stanowych nakładających ograniczenia na wypowiedź handlową (*commercial speech*).

Sądy amerykańskie przyznają wypowiedzi handlowej mniejszą ochronę przewidzianą Pierwszą Poprawką i często pozwalają na ograniczanie jej wolności. Kwestionują regulujące ją przepisy rzadziej niż próby regulowania wypowiedzi niekomercyjnych. Sąd Najwyższy uważniej bada regulacje zależne od treści wypowiedzi, niż te niezależne od treści⁴⁶.

Podsumowując, Amerykański Sąd Najwyższy – podobnie jak ETPC – rozpoznaje interes publiczny w regulowaniu wypowiedzi komercyjnej. W przypadku obu sądów wypowiedź handlowa podlega mniejszej ochronie niż wypowiedź polityczna czy artystyczna. Kryterium ochrony jest ważność danej wypowiedzi dla publicznej debaty. Można stwierdzić, że im więcej w danej wypowiedzi handlowej jest informacji służących ochronie konsumenta, tym bardziej jest ona chroniona. W konsekwencji, im więcej jest wypowiedzi reklamowej, perswazyjnej, tym wypowiedź korzysta z mniejszej ochrony.

2. Pojęcie „osoby publicznej”

2.1 Pojęcie „osoby publicznej” na gruncie zagranicznej doktryny i orzecznictwa

Bogaty dorobek w zakresie formułowania definicji pojęcia „osoba publiczna” (*public figure*) posiada prawo amerykańskie. Osoba publiczna to jednostka, która zdobyła sławę lub rozgłos lub dobrowolnie zaangażowała się w publiczny spór. Amerykański słownik prawniczy *Black's Law Dictionary* wyróżnia jeszcze dwie dodatkowe kategorie: osoba urzędowa, urzędnik państwowy (*public official*) oraz oso-

42 M.W. Janis, R.S. Kay, Anthony W. Bradley, *European Human Rights Law...*, s. 297.

43 447 U.S. 557, 562 (1980).

44 J.A. Barron, C.T. Dienes. *First Amendment Law in a Nutshell*, Thomson/ West 2008, s. 170.

45 Zob. *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52 (1942).

46 M.B. Nutt, *Trends in First Amendment Protection of Commercial Speech*, *Vanderbilt Law Review*, HeinOnline, Citation: 41 Vand. L. Rev. 173 1988.

ba, która angażując się w jedną sprawę o charakterze publicznym, zdobyła sławę lub rozgłos w związku z tą konkretną sprawą⁴⁷.

Do kategorii *public figures* możemy zaliczyć m.in.: aktorów⁴⁸, sportowców⁴⁹, funkcjonariuszy publicznych⁵⁰, sławnych wynalazców i badaczy⁵¹, a także bohaterów wojennych⁵². Są to osoby, które osiągnęły sukces, zrobiły karierę, stały się przedmiotem publicznego zainteresowania⁵³.

W orzeczeniu *New York Times Co. v. Sullivan*⁵⁴ Sąd Najwyższy wyróżnił kategorię osób publicznych, uznając, że są to urzędnicy publiczni (państwowi – *public officials*). W późniejszym orzeczeniu *Curtis Publ'g Co. v. Butts*⁵⁵ Sąd rozszerzył kategorię osób publicznych, stwierdzając, że są to „osoby publiczne rozumiane w sposób ogólny”.

W orzeczeniu *Gertz v. Robert Welch* z 1974 roku⁵⁶ Sąd Najwyższy stwierdził, iż osoby publiczne znalazły się w centrum zainteresowania opinii publicznej dzięki swym możliwościom, władzy, prestiżowi i rozgłosowi. Ponownie rozszerzono pojęcie osób publicznych. Nie są to już tylko urzędnicy publiczni (*public officials*), ale utworzono nowy katalog osób uznawanych za *public figures*: (1) urzędnicy publiczni (*public officials*); (2) osoby, które odegrały znaczącą rolę w publicznym sporze; (3) osoby publiczne każdego rodzaju (*all purpose figures*).

Ostatnia kategoria obejmuje osoby, które zajmują wysokie pozycje społeczne oraz decydują o sprawach publicznych. Są powszechnie znane w danej społeczności, wnoszą istotny wkład w kształtowanie spraw publicznych, np. gwiazdy sceny i ekranu, znani sportowcy, sławni kreatorzy mody⁵⁷.

Powszechnie uznawana w amerykańskiej doktrynie jest definicja W. L. Prossera, zgodnie z którą osobą publiczną jest ta, która przez swoje osiągnięcia, sławę, styl życia, wykonywany zawód – stała się publiczną osobistością. Jest to jednostka, która przez dobrowolnie podjęte własne wysiłki i dążenia, znalazła się w ośrodku zainteresowania opinii publicznej, co powoduje, że społeczeństwo ma prawo interesować się jej dokonaniem, zachowaniami, romansami, cechami charakteru⁵⁸.

Uzyskanie statusu osoby publicznej może być skutkiem wykonywania powierzonych funkcji publicznych, wybitnymi dokonaniem w sztuce, nauce, teatrze, sporcie czy polityce.

Nawet jednorazowe wydarzenie może skutkować uznaniem danej osoby za osobę publiczną, jeżeli wydarzeniu, z którym była ona związana, towarzyszył rozgłos⁵⁹.

W. L. Prosser zalicza do kategorii osób publicznych także jednostki, które stały się powszechnie znane wbrew swojej woli. Uzyskują one status jednostek publicznych tymczasowo i zachowują go tak długo, aż okoliczności z nimi związane przestaną budzić zainteresowanie społeczeństwa. Warunkiem niezbędnym pozwalającym traktować jednostkę jako osobę publiczną jest pewien stopień rozpoznawalności tej osoby przez społeczeństwo⁶⁰.

Każdy z nas intuicyjnie wyczuwa, co kryje się pod pojęciem osoba publiczna, czy też innymi słowy – osoba powszechnie znana. Oba te pojęcia, które mogą być używane zamiennie, podkreślają dwie

47 *Black's Law Dictionary*, (9th ed. 2009), Bryan A. Garner, Editor in Chief, Thomson Reuters 2009.

48 *Paramount Picture v. Leader Press*, 106 F. 2d 229 (10th Cir. 1939).

49 *Ruth v. Educational Films*, 194 App.Div. 893, 184 N.Y.S. 948 (1920).

50 *Martin v. Horton*, 210 Miss. 668, 50 So. 2d 391 (1951).

51 *Corliss v. E.W.Walker Co.*, 64 Fed. 280 (D. Mass. 1894), *Thompson v. Curtis Pub. Co.*, 193 F.2d 953 (3d Cir. 1952).

52 *Continental Optical Co. v. Reed*, 119 Ind. App. 643, 86 N.E.2d 306 (1949).

53 J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo do ochrony prywatności osób publicznych w orzecznictwie polskim i zagranicznym*, Głosa Przegląd Prawa Gospodarczego 2005, nr 1, s. 34 i n.

54 *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 84 S.Ct. 710, 11 L. Ed. 2d 686, 1964.

55 *Curtis Publ'g Co. v. Butts*, 388 U.S. 130, 1967.

56 *Gertz v. Robert Welch*, 418 U.S. 323, 345-46, 1974.

57 J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo do ochrony prywatności osób publicznych...*, s. 34 i n.

58 *Cason v. Baskin*, 159 Fla. 31, 30 So. 2d 635, 638, 1947 cyt. za: J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo do ochrony prywatności osób publicznych...*, s. 34 i n.

59 *Cohen v. Marx*, 211 P. 2d 320, Calif. App. 1950, cyt. za: J. Sieńczyło-Chlabicz, *Naruszenie prywatności osób publicznych przez prasę. Analiza cywilno-prawna*, Zakamycze 2006, s. 223.

60 J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo do ochrony prywatności osób publicznych...*, s. 34 i n.

najważniejsze cechy takiej osoby: powszechną rozpoznawalność w społeczeństwie oraz pewną przynależność do społeczeństwa („osoba **publiczna**”), w tym sensie, że budzi ona usprawiedliwione zainteresowanie członków społeczeństwa, którzy chcą znać szczegóły jej życia prywatnego.

Doktryna i orzecznictwo niemieckie nazywa osoby publiczne osobistościami współczesności (*Personen der Zeitgeschichte*). Do tej kategorii zalicza się osoby, które ze względu na pozycję zajmowaną w hierarchii społecznej, pełniony urząd, zdolności i umiejętności lub prowadzoną działalność wzbudzają szczególne zainteresowanie społeczeństwa.

Pojęcie osób publicznych (*public figures*) zostało zdefiniowane także w rezolucjach Rady Europy. Rezolucja Zgromadzenia Doradczego RE nr 428/1970 z dnia 23 kwietnia 1970 roku w sprawie deklaracji dotyczącej działalności środków masowego przekazu w odniesieniu do ochrony praw człowieka zaproponowała bardzo ogólną definicję, stwierdzając, iż osobą publiczną jest osoba uczestnicząca w życiu publicznym.

Bardziej precyzyjną definicję pojęcia „osoba publiczna” zawiera rezolucja Zgromadzenia Parlamentarnego RE nr 1165 (1998) dotycząca prawa do prywatności osób publicznych. Stwierdza ona, iż są to osoby sprawujące funkcje publiczne i/lub dysponujące środkami publicznymi. W znaczeniu szerszym są to wszystkie osoby, które ogrywają role w życiu publicznym np. w polityce, ekonomii, sztuce, sprawach społecznych, sporcie lub w innych dziedzinach⁶¹.

2.2 Niejednolite rozumienie pojęcia „osoba publiczna” w prawie polskim.

Ustawodawstwo i judykatura polska nie wypracowały jednolitego pojęcia ani definicji osoby publicznej (*public figure*). Jak zauważają przedstawiciele polskiej doktryny⁶² takie pojęcia, jak osoba publiczna, osoba powszechnie znana, osoba wykonująca działalność publiczną są bardzo niejednoznaczne, a kryteria ich wyróżniania nieostre.

Na gruncie prawa polskiego możemy mówić o węższym i szerszym rozumieniu pojęcia osoby publicznej.

W świetle polskiej doktryny pojęcie „osoba publiczna” rozumiane jest szeroko. O kwalifikacji danej jednostki do tej kategorii mogą decydować w szczególności: powszechna znajomość danej osoby w społeczeństwie, pełnienie istotnych ról społecznych oraz wykonywanie działalności publicznej rozumianej jako aktywność polityczna, gospodarcza i społeczna itd.⁶³.

A. Kopff⁶⁴ posługuje się pojęciem „osób budzących powszechne zainteresowanie”⁶⁵ i stwierdza, iż są to postaci historyczne oraz osoby odgrywające aktualnie szczególną rolę w życiu społecznym, politycznym lub kulturalnym albo wzbudzające znaczne i powszechne zainteresowanie, np. znane gwiazdy filmowe⁶⁶.

Zdaniem A. Szpunara⁶⁷ osoby publiczne to osoby, „których działalność polityczna, społeczna bądź kulturalna budzi szczególne zainteresowanie całego społeczeństwa”. K.W. Kubiński natomiast określa osoby publiczne jako osoby powszechnie znane, biorące udział w życiu publicznym⁶⁸. Różne jest rozumienie przez autorów pojęcia i zakresu działalności publicznej. Część z nich rozumie ją szeroko jako wszelką działalność artystyczną, polityczną, gospodarczą, społeczną etc⁶⁹. B. Michalski⁷⁰ stwierdza, iż „najważniejszą cechą działalności publicznej jest to, że jednostka lub grupa osób dobrowolnie podej-

61 J. Sieńczyło-Chlabicz, *Naruszenie prywatności osób publicznych przez prasę...*, s. 224.

62 Tak m.in. J. Sieńczyło-Chlabicz, J. Barta, R. Markiewicz.

63 J. Sieńczyło-Chlabicz, *Naruszenie prywatności osób publicznych przez prasę...*, s. 231.

64 A. Kopff, *Ochrona sfery życia prywatnego jednostki w świetle doktryny i orzecznictwa*, ZNUJ Prace Prawnicze 1982, z.100, s. 30.

65 Tym samym pojęciem posługuje się A. Szpunar, *Ochrona dóbr*, s. 153.

66 A. Kopff, *Ochrona sfery życia prywatnego jednostki...*, s. 30.

67 A. Szpunar, *O ochronie sfery życia prywatnego*, Nowe Prawo 1982, nr 3-4, s. 7.

68 Por. K.W. Kubiński, cyt. za: J. Sieńczyło-Chlabicz, *Naruszenie prywatności osób publicznych przez prasę...*, s. 230.

69 J. Sieńczyło-Chlabicz, *Naruszenie prywatności osób publicznych przez prasę...*, s. 230.

70 B. Michalski, *Podstawowe problemy prawa prasowego*, Warszawa 1998, s. 50-51, cyt. za: J. Sieńczyło-Chlabicz, *Naruszenie prywatności osób publicznych przez prasę...*, s. 230.

muje działania w dziedzinie szeroko rozumianej twórczości lub działalności politycznej, gospodarczej, społecznej itp., przedstawia ją do oceny społeczeństwa jako całości lub zainteresowanym grupom społecznym⁷¹.

Podobne stanowisko prezentuje P. Sut⁷¹, twierdząc, iż osoby działające w sferze publicznej to osoby zaangażowane w życie polityczne, artystyczne, naukowe, jak również działające charytatywnie.

W doktrynie polskiej nie istnieje jednolita definicja osoby publicznej. Do tej kategorii zaliczane są osoby zajmujące się działalnością polityczną, jak również artystyczną, naukową, społeczną oraz działające charytatywnie. Rozszerzanie katalogu osób uznawanych za osoby publiczne jest typowe i charakterystyczne, co możemy zaobserwować na przykładzie Stanów Zjednoczonych. Tak szerokie pojmowanie pojęcia osoba publiczna wiąże się bezpośrednio z konstytucyjną zasadą wolności słowa oraz prawem do prywatności jednostki. Określanie, czy dana osoba należy do kategorii osób publicznych następuje *ad casu*. Każdorazowo musimy analizować przynależność osoby do katalogu, który powinien pozostać jak najbardziej otwarty, elastyczny. Ogólnie możemy przyjąć, iż osoby publiczne są to takie jednostki, których działalność wzbudza zainteresowanie ze strony społeczeństwa oraz, że są to najczęściej osoby powszechnie znane.

Według przedstawicieli polskiej doktryny, do osób publicznych możemy zaliczyć osobę, która spełnia jedną z następujących przesłanek: (1) zajmuje się działalnością publiczną, w szczególności pełni funkcje publiczne; (2) budzi uzasadnione zainteresowanie społeczeństwa, przede wszystkim z uwagi na prowadzoną działalność lub skutek uczestniczenia w wydarzeniu, które wzbudziło szczególne zainteresowanie społeczeństwa; (3) jest osobą powszechnie znaną.

W obowiązujących aktach prawnych ustawodawca posługuje się niejednolitą terminologią na określenie osób działających w sferze publicznej. Moim zdaniem słuszny jest postulat J. Sieńczyło-Chlabicz⁷² posługiwania się jednolicie pojęciem „osoba publiczna”, odpowiednikiem angielskiego „*public figure*” ze względu na wzrastającą popularność tego terminu w doktrynie i orzecznictwie światowym. Niezbędne jest ujednoczenie terminologii związanej z osobami działającymi w sferze publicznej we wszystkich regulacjach związanych z ochroną dóbr osobistych i w prawie autorskim. W myśl wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 września 2001 roku⁷³ identyczne lub podobne określenia dotyczące dóbr osobistych, użyte przez ustawodawcę w prawie prasowym i autorskim, powinny być jednolicie rozumiane.

Rozumienie pojęcia osoba publiczna na gruncie prawa autorskiego jest szersze niż na gruncie prawa prasowego. W art. 81 ust. 2 pkt 1 prawa autorskiego⁷⁴ zastosowano kryterium powszechnej znajomości danej osoby, jej popularności i pełnienia szeroko rozumianych funkcji publicznych: politycznych, społecznych, zawodowych. Art. 14 ust. 6 prawa prasowego⁷⁵ za osoby publiczne uznaje „osoby wykonujące działalność publiczną”.

Zdaniem M. Wyrzykowskiego⁷⁶ w prawie polskim występują co najmniej trzy różne kategorie osób, w stosunku do których prawo reguluje w sposób zróżnicowany prawo do prywatności. Możemy wyróżnić: (1) osoby pełniące funkcje publiczne, (2) osoby prowadzące działalność publiczną (co nie jest tożsame z pełnieniem funkcji publicznej), oraz (3) osoby publiczne, inaczej osoby powszechnie znane, które osiągnęły sukces i są rozpoznawalne w społeczeństwie. Do pierwszej kategorii należą osoby, które spełniają kumulatywnie dwie przesłanki: wykonują pewne zadania ze sfery władztwa publicznego (*imperium*) oraz zarządzają środkami publicznymi (*dominium*)⁷⁷.

71 P. Sut, *Ochrona sfery intymności w prawie polskim- uwagi de lege lata i de lege ferenda*, RPEiS 1994, nr 4, s. 104.

72 J. Sieńczyło-Chlabicz, *Naruszenie prywatności osób publicznych przez prasę...*, s. 233.

73 V CKN 440/00, OSNC 2002, nr 5, poz. 68.

74 Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn. Dz.U. z 2006 roku Nr 90, poz. 631 z późn. zm.).

75 Ustawa z dnia 26 stycznia 1984 r.- Prawo prasowe (Dz. U. Nr 5, poz. 24 ze zm.).

76 M. Wyrzykowski, komentarz do wykładu mec. M. Lacha „*Granice wolności słowa – czy gwiazdy show-businessu mają prawo do prywatności?*” zorganizowanego w dniu 5.03.2009 r. przez Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka oraz Zakład Praw Człowieka WPIA UW. http://www.hfhrpol.waw.pl/obserwatorium/index.php?option=com_content&view=article&id=1023:prywatno-celebrities-obejrzyj-wyklad-on-line&catid=47:aktualnosciprog&Itemid=66.

77 Por. wyrok TK z 12.05.2008 r., SK 43/05, OTK ZU 2008, Nr 4A, poz. 57.

Trybunał Konstytucyjny, w postanowieniu z dnia 30 marca 2009 roku⁷⁸, podkreślił, że osoby publiczne są to osoby, które ze względu na swą pozycję mają możliwość oddziaływania swoimi zachowaniami, decyzjami, postawami i poglądami na sytuację szerszych grup społecznych i w związku z tym muszą zaakceptować ryzyko wystawienia się na surowszą ocenę opinii publicznej. Osoby pełniące funkcje publiczne to osoby, które „pełnią funkcję, piastują stanowisko albo wykonują zawód, z którymi wiąże się wykonywanie zadań władzy publicznej (tzn. podejmowanie wpływających na sytuację innych osób czynności, opartych na wyraźnie wskazanej podstawie prawnej, albo chociaż uczestniczenie w tych czynnościach, np. poprzez ich przygotowanie) lub gospodarowanie mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa. Spośród tego zakresu wykluczone są natomiast stanowiska, choćby nawet były zajmowane w ramach organów władzy publicznej, które mają charakter usługowy lub techniczny”.

Podsumowując w prawie polskim brak jest więc jednolitej definicji osoby publicznej. Osobami publicznymi są zgodnie z orzecznictwem sądów polskim osoby pełniące funkcje publiczne⁷⁹. Jednak zalicza się do tej kategorii również mało znanego prezesa spółdzielni mieszkaniowej, do której należało wielu mieszkańców danej miejscowości oraz sędziego sądu okręgowego ze względu na pełnioną przez niego funkcję zaufania publicznego⁸⁰. W myśl wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 20 grudnia 2006 roku⁸¹ „wykładnia pojęcia <<osoba publiczna>> nie może zmierzać do objęcia jego zakresem każdej osoby, której aktywność życiowa wykracza ponad przeciętny poziom, choćby nazwisko tej osoby zostało ujawnione wcześniej w środkach masowego przekazu. Do grona osób powszechnie znanych zaliczyć należy natomiast te, które niejako wprost godzą się na upublicznienie wiedzy o swoim życiu rodzinnym lub zawodowym (aktorzy, piosenkarze itp.) oraz te, których zachowanie wyraża konkludentną zgodę na rozgłos (np. politycy)”.

2.3 Rodzaje osób publicznych

Osoby publiczne możemy podzielić na osoby bezwzględnie (absolutnie) powszechnie znane (sławne osobistości – *celebrities*) oraz osoby „znane względnie”⁸². Osoby względnie znane to m.in. osoby znane jedynie lokalnie (wójt, burmistrz, lokalni artyści), osoby budzące powszechne zainteresowanie tymczasowo i z powodu zaistnienia szczególnej sytuacji, np. wypadek, bycie świadkiem lub sprawcą przestępstwa, duża wygrana oraz partnerzy, osoby towarzyszące, partnerzy osób powszechnie znanych⁸³.

W orzecznictwie sądów amerykańskich wyróżniono różne rodzaje osób publicznych. Najbardziej znane to: osoby publiczne z własnej woli (*voluntary public figures*) oraz osoby publiczne nie z własnej woli (*involuntary public figures*). Osoby publiczne w większości przypadków dobrowolnie poddają siebie i swoją pracę pod osąd społeczeństwa, dążą do sławy. Do drugiej kategorii zalicza się jednostki, które nie zabiegały o sławę i nie godziły się na nią, jednak wskutek pewnych okoliczności stały się obiektem zainteresowania społeczeństwa.

Doktryna amerykańska wypracowała także podział na osoby publiczne w ograniczonym zakresie (*limited-purpose public figure*) oraz osoby publiczne w pełnym zakresie (*general-purpose public figure*), czyli sławne osobistości „*celebrities*”⁸⁴.

Daniel J. Boorstin zdefiniował termin „*celebrities*” jako: „znani z tego, że są znani” (*[t]he celebrity is a person who is known for his well-knownness*)⁸⁵. Polski termin „celebryta” jest odpowiednikiem angielskiego słowa *celebrity*. Słowo *celebrities* pochodzi natomiast od łacińskiego *celebritas*, czyli wyróżnienie, sława i *celeber* – popularny, sławny⁸⁶.

78 SK 38/07, OTK ZU 2009, Nr 3A, poz. 43.

79 Wyrok SN z 26.02.2002 r. (ICKN 413/01), OSNC 2003/2, poz. 24.

80 J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo do ochrony prywatności osób publicznych...*, s. 34 i n.

81 Wyrok SA w Warszawie z 20.12.2006 r. (VI ACa 567/06), niepubl. *Prawo autorskie. Orzecznictwo*, red. S. Stanisławska-Kloc, A. Matlak, Warszawa 2010, s. 525.

82 J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo do ochrony prywatności osób publicznych...*, s. 34 i n.

83 J. Barta, R. Markiewicz, *Media a dobra osobiste*, Warszawa 2009, s. 82.

84 J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo do ochrony prywatności osób publicznych...*, s. 34 i n.

85 D.J. Boorstin, *The Image: A guide to Pseudo-events in America*, Harper & Row, Publishers, Incorporated, New York 1965, s. 57.

86 Tamże.

Określenia celebryta po raz pierwszy użył tygodnik „Polityka”⁸⁷, a następnie zaaprobował W. Godzic⁸⁸. Jak stwierdza M. Brzozowska⁸⁹, pojęcie *celebrities* „odnosi się do osób znanych publicznie, występujących na estradzie, ekranie i do sportowców. Celebryta jest powszechnie znany, rozpoznawalny, wzbudza zainteresowanie mediów i ich odbiorców. Określenie to jest bardziej pojemne niż „gwiazda”. Kategorię celebrytów tworzą nie tylko aktorzy i aktorki, piosenkarki, uczestnicy telewizyjnych reality shows, sportowcy, ludzie należący do świata show biznesu, ale także osoby znane ze świata polityki, czy też osoby znane z tego, że są znane (np. Paris Hilton czy też Kim Kardashian)”.

Należy jednak zauważyć, iż polskie określenie „celebryta” posiada raczej pejoratywne znaczenie. Jest używane w odniesieniu do osób, które owszem są popularne i funkcjonują w sferze popkultury, ale nie koniecznie uważane są za gwiazdy, czy też autorytety⁹⁰.

Osoby publiczne w pełnym zakresie dobrowolnie zaangażowały się w publiczny spór, w wyniku czego ich prawo do prywatności jest ograniczone, ale jedynie w odniesieniu do wydarzeń, na skutek których stały się publicznie znane. W przypadku tych osób stosuje się konstrukcję „wiadomości mających istotną wartość informacyjną” (*newsworthiness*). Sąd ma obowiązek każdorazowo zbadać, czy informacje są na tyle interesujące i ważne, że powinny być przekazane społeczeństwu. Związane jest to z prawem i obowiązkiem prasy informowania społeczeństwa o faktach, wydarzeniach i okolicznościach dotyczących osób publicznych⁹¹.

Osoby publiczne w prawie niemieckim objęte są pojęciem osobistości współczesności (*Personen der Zeitgeschichte*). Dzielą się na dwie kategorie: absolutne osoby współczesności (*Absolute Personen der Zeitgeschichte*) oraz względne osoby współczesności (*Relative Personen der Zeitgeschichte*). Do pierwszej kategorii zaliczane są te, które wyróżniają się wśród innych obywateli ze względu na np. urodzenie, pozycję polityczną lub społeczną, i w związku z tym znajdują się w centrum publicznego zainteresowania (politycy, członkowie rodziny królewskiej, artyści, sportowcy).

Osoby względne stają się jedynie tymczasowo obiektem zainteresowania opinii publicznej. Niemieckie sądy często wymagają czegoś więcej niż jedynie zwykłego udziału w jakimś wydarzeniu. Może to być szczególna funkcja tej osoby lub okoliczności. Zgodnie z orzecznictwem sądów niemieckich do osób względnych należą w szczególności członkowie ich rodzin.

3. Osoba publiczna w reklamie

3.1 Uwagi ogólne

Życie prywatne osób publicznych, ich wizerunek oraz wartości, jakie reprezentują, stały się bardzo dochodowym towarem dla środków masowego przekazu, zwłaszcza w dziedzinie reklamy. Traktowane są jako środek przyciągnięcia uwagi, bodziec, zachęta do sprzedaży. Osoby publiczne posiadają wizerunek, który posiada szczególną wartość, nie tylko kulturową, ale i majątkową.

W związku z powyższym istnieje coraz większe ryzyko naruszeń interesów osobistych oraz majątkowych popularnych osób. Ich ochrona jest uzasadniona ochroną dóbr osobistych, ale pojawiają się też argumenty, że osoby publiczne powinny być świadome, że pozycja, jaką zajmują w społeczeństwie, często wskutek własnego wyboru i decyzji, automatycznie pociąga za sobą zwiększone zainteresowanie ich osobą i co za tym idzie większą ingerencję w ich prywatność. Przedstawiciele doktryny polskiej i zagranicznej są zgodni, że osobom publicznym przysługuje węższy zakres ochrony prywatności niż osobom prywatnym⁹².

87 E. Gietka, *Raport celebryci*, Polityka 2006, nr 37, s. 4.

88 W. Godzic, *Znani z tego, że są znani. Celebryci w kulturze tabloidów*, Warszawa 2007, s. 28.

89 M. Brzozowska, *Celebryci i ich sobowtóry w reklamie*, <http://biznes.interia.pl/prasa/marketing-w-praktyce/news/celebryci-i-ich-sobowtory-w-reklamie,1427886,4869>.

90 T. Grzeszak, *Celebryci kontra tabloidy, czyli o nowych funkcjach zadośćuczynienia (w): PIPWI UJ Prawo Własności Intelektualnej Wczoraj, Dziś i Jutro*, red. J. Barta, A. Matlak, z. 100, Kraków 2007, s. 127.

91 J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo do ochrony prywatności osób publicznych...*, s. 34 i n.

92 J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo do ochrony prywatności osób publicznych...*, s. 34 i n.

Zdaniem J. Barty i R. Markiewicza⁹³ analiza literatury i orzecznictwa prowadzi do wniosku, że większa ingerencja w sferę prywatności jest możliwa w stosunku do osób pełniących określone funkcje publiczne, prowadzących działalność publiczną⁹⁴; osób publicznych, utożsamianych często z osobami powszechnie znanymi (niekoniecznie wszystkim)⁹⁵; osób stanowiących obiekt uzasadnionego zwiększonego zainteresowania publicznego. Osoby publiczne to przede wszystkim: (1) politycy, wysocy urzędnicy państwowi czy samorządowi (*public officials*) lub kandydaci do tych funkcji; (2) artyści i sportowcy; (3) wybitni naukowcy i odkrywcy; (4) osoby ze świata biznesu⁹⁶.

3.2 Słabsza ochrona wypowiedzi reklamowej a ochrona interesów osób publicznych

Osobom publicznym przysługuje mniejszy zakres ochrony prywatności niż osobom prywatnym. Ochrona prywatności osób publicznych może być zatem ograniczona ze względu na ważny interes publiczny, jak prawo i obowiązek prasy do informowania społeczeństwa o ważnych wydarzeniach i zaspokajania jego usprawiedliwionej ciekawości. M. Wyrzykowski w zdaniu odrębnym od wyroku i postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 października 2006 roku⁹⁷ podkreśla, że orzecznictwo ETPC wskazuje: „a) granice dopuszczalnej krytyki są szersze w stosunku do osób publicznych niż wobec osób prywatnych, b) politycy a tym bardziej pochodzący z wyborów powszechnych funkcjonariusze publiczni świadomie i w sposób nieunikniony wystawiają się na kontrolę i ostrą reakcję ze strony prasy, w konsekwencji czego c) muszą być bardziej tolerancyjni, nawet wobec szczególnie brutalnych ataków ze strony prasy, zaś d) zakres usprawiedliwionej ochrony dóbr osobistych polityków i innych osób publicznych powinien być określany w konfrontacji z wartością, jaką w demokratycznym społeczeństwie jest otwarta i szeroka debata”. Także w wyroku z dnia 11 października 2006 roku⁹⁸ Trybunał podkreślił, iż w państwie demokratycznym, ze względu na cele i funkcje debaty publicznej, dochodzi do przesuwania coraz dalej granicy wolności wypowiedzi w sprawach związanych z funkcjonowaniem instytucji i osób publicznych, zwłaszcza funkcjonariuszy publicznych, gdyż ich działalność rzutuje na losy społeczeństwa. Wolność wypowiedzi podlega w tych przypadkach silniejszej ochronie. Media spełniają nie tylko funkcję informacyjną oraz edukacyjną, ale także dostarczają społeczeństwu rozrywki⁹⁹.

Nie oznacza to jednak, że każda ingerencja w prywatność osoby publicznej będzie usprawiedliwiona. Sławnym osobistościom przysługuje ochrona przed bezprawnym wykorzystaniem ich dóbr osobistych: wizerunku czy nazwiska w reklamie, w celu promocji i zwiększenia sprzedaży towarów lub usług. Ochrona może zostać przyznana także w sytuacji, gdy publikowane są nieprawdziwe informacje o danej osobie lub gdy kreuje się fałszywy, niezgodny z prawdą wizerunek. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której ujawnienie prywatności danej osoby ma służyć jedynie celom komercyjnym¹⁰⁰.

Zdaniem M. Wyrzykowskiego¹⁰¹ sądy chroniąc prywatność osób publicznych, powinny dokonywać ważenia dwóch wartości: wolności prasy i prywatności, oraz kierować się przede wszystkim zasadami przyzwoitości i zdrowym rozsądkiem (*common sense*).

W szczególności w przypadku wizerunku osoby publicznej dopuszczalność ingerencji podlega licznym ograniczeniom. W odniesieniu do reklamy nie możemy powiedzieć, że wkroczenie w sferę prywatności jest wskazane ze względu na „usprawiedliwione zainteresowanie”¹⁰², czy też „okoliczności relewantne dla oceny pełnionych funkcji”¹⁰³.

93 J. Barta, R. Markiewicz, *Media a dobra osobiste...*, s.79.

94 Por. wyrok TK z 21.10.1998 r., K 24/89, OTK 1998, nr 6, poz. 97.

95 To kryterium przyjmuje ustawodawca w art. 81 pr. aut.

96 J. Barta, R. Markiewicz, *Media a dobra osobiste...*, s.79.

97 Wyrok TK P 10/06, OTK ZU 2006, Nr 9A, poz. 128. Wyrok dotyczył karalności zniesławienia.

98 Wyrok TK P 3/06, OTK ZU 2006, Nr 9A, poz. 121. Wyrok dotyczył zakresu karalności znieważenia funkcjonariusza publicznego.

99 *Ruth v. Educational Films*, 194 App. Div. 893, 184 N.Y.S 948 (1920)- baseball za J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo do ochrony prywatności osób publicznych...*, s. 34 i n.

100 Wyrok SO w Warszawie z 30.12.2005r., XXIVC 865-05, za: T. Grzeszak, *Celebryci kontra tabloidy, czyli o nowych funkcjach zadośćuczynienia...*, s. 129.

101 M. Wyrzykowski, komentarz do wykładu mec. M. Lacha „Granice wolności słowa – czy gwiazdy show-businessu mają prawo do prywatności?”..., patrz przyp. 77.

102 Takie kryterium przywołał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 2.10.1998 r., K 24/89, OTK 1998, nr 6, poz. 97.

103 Por. wyrok SA w Krakowie z dnia 14 czerwca 1994 r., I ACr 281/94, za: B. Gawlik, *Dobra osobiste. Zbiór orzeczeń Sądu Apelacyjnego w Krakowie*, Kraków 1999, s.129.

Jak już wspomniano na początku tego rozdziału, wypowiedź handlowa, a więc i reklama, podlega ochronie, lecz jest to ochrona relatywnie mniejsza w stosunku do innych rodzajów wypowiedzi. Pozostaje więc określić, jak ta ograniczona wolność reklamy ma się do prawa osób publicznych do prywatności. Zawsze przy zderzeniu prawa do informacji z prawem do prywatności następuje bardzo wyraźny „stan napięcia”¹⁰⁴. Prawo do wizerunku osób powszechnie znanych może być ograniczone ze względu na zagwarantowane w Konstytucji RP prawo obywateli do informacji (*right to be informed*). Zgodnie jednak z orzecznictwem ETPC wkraczanie w sferę prywatności osób publicznych powinno być wyjątkiem dopuszczalnym wyłącznie na potrzeby debaty publicznej. W myśl wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2001 roku¹⁰⁵ ujawnieniu powinny podlegać takie informacje, których przemilczenie byłoby dla interesów publicznych szkodliwe.

ETPC w sprawie *White v. Szwecja*¹⁰⁶ stwierdził, iż na państwie spoczywa pozytywny obowiązek ochrony wizerunku nie tylko w stosunkach wertykalnych: państwo-jednostka, ale także w stosunkach horyzontalnych: jednostka-prasa. Wydaje się, iż skoro prasa jest medium najbardziej uprzywilejowanym i korzysta z najdalej idącej ochrony wolności słowa, to stosując zasadę *a maiori ad minus*, można tezę tego orzeczenia rozciągnąć także na stosunki jednostka-pomioty zajmujące się działalnością reklamową.

W przypadku działalności reklamowej, trudno mówić o debacie publicznej, a przynajmniej debacie o takiej wadze, która uzasadniałaby naruszenie prywatności osób publicznych, nawet jeżeli naruszenie dotyczyłoby wyłącznie interesów majątkowych. Nie ma podstaw do przyjęcia, iż interes konsumenta miały być w jakiś lepszy sposób realizowany przy bezprawnym użyciu wizerunku sławnych osobistości. Nawet reklamy informacyjne czy społeczne mogą dobrze realizować swoją funkcję bez użycia wizerunku osoby publicznej. Oczywiście użycie takiej osoby zapewnia wzmocnienie przekazu, transfer znaczenia (renomy, sympatii, wartości), ale chęć realizacji tych celów nie usprawiedliwia lekceważenia interesów osób publicznych oraz nadużyć. Zawsze możliwe jest znalezienie osoby, która zgodzi się bezpłatnie użyczyć swojego wizerunku lub zrobi to za mniejsze wynagrodzenie.

Reklama naruszająca wizerunek *public figures*, tylko w celu osiągnięcia komercyjnego sukcesu i większego zysku, nieniosąca za sobą żadnych treści, ważnych ze względu na interes publiczny, powinna korzystać z minimalnej ochrony, a nawet być jej pozbawiona.

W tym wypadku nie mamy do czynienia z konfliktem wolność słowa-interes jednostki, ale z konfliktem interes majątkowy sprzedawcy produktu lub usługi-interes majątkowy jednostki. Dlaczego mielibyśmy chronić bardziej koncerty, których zasoby są niewspółmiernie wyższe niż przeciętnego obywatela, nawet dobrze sytuowanej osoby publicznej? Zwłaszcza tak wrażliwe dobro, jakim jest wizerunek człowieka, powinno być szczególnie chronione ze względu na swój podwójny charakter – dobra osobistego immanentnie związanego z człowiekiem, częścią jego tożsamości oraz majątkowy, jako dobro mające potencjał gospodarczy, mogące przynosić duży zysk. Każda jednostka powinna mieć wyłączne prawo do podjęcia decyzji o dopuszczeniu do rozpowszechniania jej wizerunku w celach reklamowych, a jeśli podejmie decyzję o jego skomercjalizowaniu – do wynagrodzenia.

Można się zastanowić, czy istnieje jakakolwiek sytuacja, kiedy wbrew zgodzie osoby publicznej będzie można wykorzystać jej wizerunek w reklamie, motywowanej dobrem konsumentów. Przykładowo wykorzystanie wizerunku aktora wraz ze słowami: „dbajcie o zdrowie”. Przekaz niewątpliwie jest ważny ze względu na interes publiczny, ale wydaje się, że reklama nie zasługuje na ochronę. Podobnie, gdyby ten sam aktor zachęcał do picia wody mineralnej X, gdyż zawiera ona ważne mikroelementy. Przekaz może być prawdziwy, ale reklama nadal stanowi naruszenie wizerunku. Podobnie w przypadku reklam społecznych, czy też mających za zadanie promocję regionu.

Biorąc pod uwagę, iż wypowiedź handlowa, jaką jest reklama, cieszy się mniejszą ochroną niż inne rodzaje wypowiedzi, a ponadto prawo do prywatności osób publicznych może podlegać ograniczeniom

104 J. Barta, R. Markiewicz, *Media a dobra osobiste...*, s. 85.

105 II CKN 559/99.

106 Orzeczenie z 19.09.2006, skarga nr 42435/02.

tylko ze względu na interes publiczny, reklama naruszająca wizerunek osoby publicznej, a przez to jej interesy majątkowe i/lub osobiste, prawie nigdy nie będzie mogła skutecznie powoływać się na ochronę wolności słowa.

4. Ekonomiczne i psychologiczne uzasadnienie obecności osób publicznych w reklamie

Udział w reklamie autentycznych osób, najlepiej popularnych, rekomendujących dany produkt zapewnia tzw. transfer znaczenia (*meaning transfer*), obejmujący m.in. transfer sympatii, renomy, autorytetu oraz wszystkich innych wartości, z którymi utożsamiana jest gwiazda. Jak słusznie zauważa T. Grzeszak¹⁰⁷, osoby te czynią reklamę bardziej wiarygodną, a przez to wzmacniają jej skuteczność. Sławna osoba jest czasem wykorzystywana tylko w celu przyciągnięcia uwagi potencjalnego nabywcy. Jak zauważa W. Godzic¹⁰⁸ „uwaga, którą celebryci skupiają na sobie może łatwo przejść z kapitału kulturowego do finansowego. Coraz częściej obraz gwiazdy kosztuje, a jego cena wyznaczana być może bardzo precyzyjnie”.

Nie można się jednak w pełni zgodzić z określaniem przez niektórych przedstawicieli doktryny procesu transferu znaczenia jako transferu sympatii, gdyż określenie to jest zbyt wąskie. Udział rzeczników produktu w reklamie zapewnia nie tylko transfer sympatii, ale też renomy i wszystkich wartości immanentnie związanych z daną osobą, czasem nawet antypatii. Model transferu znaczenia zostanie omówiony w dalszej części rozdziału.

Kapitał finansowy wizerunku osób powszechnie znanych spowodował jego szybką komercjalizację. W praktyce działalności reklamowej możemy wyróżnić dwa rodzaje komercyjnego wykorzystania wizerunku osób powszechnie znanych. Pierwszą z nich jest rekomendacja (*endorsement*), która polega na takim oddziaływaniu na odbiorców reklamy, by wywołać w nich wrażenie, że dana osoba popiera, „firmuje” dany produkt. Drugim rodzajem wykorzystania wizerunku, pokrewnym do reklamy, jest *merchandising*, czyli zbudowanie skojarzenia produktu z osobą go sygnującą¹⁰⁹. *Merchandising* przejawia się najczęściej w umieszczeniu rozpoznawalnych oznaczeń popularnej osoby na produktach lub usługach, m.in.: jej wizerunku, nazwiska lub innych atrybutów tożsamości. Obejmuje zazwyczaj produkcję i dystrybucję towarów (np. koszulek, kubeczków, długopisów, zeszytów), sygnowanych przez osobę powszechnie znaną. Zdaniem M. Czajkowskiej-Dąbrowskiej i I. Wiszniewskiej¹¹⁰ istota *merchandisingu* polega na „wykorzystaniu rozmaitych symboli, które mają siłę przyciągającą zainteresowanie potencjalnych nabywców towarów lub usług poza zakresem pierwotnego używania ich symboli. Wykorzystane w ten sposób symbole z reguły są przedmiotem praw podmiotowych bezwzględnych, w szczególności praw z zakresu własności intelektualnej”. Polskim odpowiednikiem pojęcia *merchandising* mogłoby być zdaniem autorek wyrażenie „komercjalizacja dóbr niematerialnych”, lub w wielu przypadkach „wtórna komercjalizacja”. Termin ten jest również używany dla określenia zagadnień związanych z udzielaniem licencji na korzystanie z nazw lub podobizn postaci fikcyjnych lub prawdziwych, dla oznaczania produktów lub usług¹¹¹.

Oba rodzaje komercjalizacji określane są przez Światową Organizację Własności Intelektualnej (WIPO) zbiorczą nazwą *character merchandising*. Określenie *character* może wynikać z chęci zaznaczenia, że chodzi o komercyjne czynienie użytku z osobowości, reputacji i innych cech charakterystycznych danej osoby fizycznej¹¹².

107 T. Grzeszak, *Reklama a ochrona dóbr osobistych (naruszenie praw osobistych wykorzystanych w reklamie żyjących osób fizycznych)*, PPH 2000, nr 2, s. 7 i n.

108 W. Godzic, *Znani z tego, że są znani...*, s. 28.

109 J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja*. Studium cywilnoprawne, Warszawa 2009, s. 273.

110 M. Czajkowska-Dąbrowska, I. Wiszniewska, *Merchandising – czyli komercjalizacja popularnych symboli*, PPH 1998, Nr 10, s. 1 i n.

111 K. Grzybezyk, *Prawo reklamy...*, s. 211.

112 J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja...*, s. 250.

W raporcie WIPO *character merchandising* został określony jako „dostosowanie lub wtórna eksploatacja przez twórcę postaci fikcyjnej lub przez upoważnioną osobę bądź osoby trzecie faktycznie istniejącej osoby lub postaci fikcyjnej w zakresie podstawowych cech (takich jak imię, nazwisko lub wizerunek) owej osoby lub postaci fikcyjnej poprzez odniesienie owych cech do produktów lub usług w celu wytworzenia u przyszłych odbiorców chęci nabycia lub użycia owych produktów lub skorzystania z usług w wyniku stworzenia więzi polegającej na utożsamianiu się nabywców z postacią firmującą te produkty lub usługi”¹¹³. Konsument popełnia w takiej sytuacji typowy błąd atrybucji, przejawiający się w przeniesieniu wartości kojarzonych z popularną osobą, sympatii oraz renomy na produkt, bez uwzględnienia kontekstu i innych okoliczności¹¹⁴. Zakup rzeczy jest powodowany skojarzeniem z popularną osobą, a nie rzeczywistą potrzebą nabycia danego produktu lub usługi. To właśnie obecność atrybutu danej osoby publicznej czyni dany produkt atrakcyjnym. T. Grzeszak¹¹⁵ nazywa to zjawisko „transferem renomy”, J. Balcarczyk¹¹⁶ natomiast „merchandisingiem reputacji”.

4.1 *Personality merchandising*

Personality merchandising jest zjawiskiem pokrewnym do reklamy, obejmującym komercjalizację renomy sławnych osób lub formę ich autoreklamy¹¹⁷. Jak już wspomniano, najczęściej ta forma komercjalizacji wizerunku przejawia się w produkcji i sprzedaży różnego rodzaju produktów „sygnowanych” wizerunkiem i/lub nazwiskiem popularnej osoby. Jest to jedna z najskuteczniejszych form aktywizacji sprzedaży, która sprawia, że konsument interesuje się i nabywa produkt nie ze względu na jego walor użytkowy, ale na „markę” osoby publicznej. Oznaczenie produktu atrybutami osoby powszechnie znanej powoduje transfer znaczenia, renomy i sympatii z danej osoby na produkt. Konsument natomiast przenosi swoją sympatię z idola na produkt. Psychologiczne uzasadnienie wykorzystania atrybutów tożsamości osób publicznych w reklamie zostanie omówione szerzej w dalszej części pracy¹¹⁸. *Personality merchandising* odnosi się do komercjalizacji atrybutów tożsamości znanych osobistości ze świata rozrywki czy też sportu: wizerunku, nazwiska, głosu poprzez ich uwypuklenie i umieszczenie na produktach¹¹⁹.

4.2 Rekomendacja, poparcie¹²⁰ celebryty (*celebrity endorsement*)

Proces rekomendacji produktu przez jednostkę (*endorsement process*) polega na identyfikacji, wyborze i użyciu odpowiedniej osoby w celu komunikacji z segmentem docelowym reklamy (*target segment*)¹²¹.

Amerykańska Federalna Komisja Handlu (*Federal Trade Commission*), dalej zwana FTC definiuje rekomendację jako każdą wypowiedź reklamową, w którą mogą uwierzyć konsumenci, odzwierciedlającą opinie, przekonania, wyniki lub doświadczenia osób innych niż sponsor reklamy (*sponsoring advertiser*)¹²². Taka osoba zwana jest rzecznikiem lub ambasadorem produktu (*endorser*)¹²³. W Stanach Zjednoczonych FTC wprowadziła specjalne wytyczne regulujące udział w reklamie rzeczników produktu, dostrzegając, że wypowiedź z ich udziałem jest uznawana za bardziej wiarygodną, w związku z czym istnieje większe ryzyko wprowadzenia konsumenta w błąd. Wytyczne są zróżnicowane w zależności od osoby rzecznika produktu.

113 Tamże, s. 251.

114 K. Grzybczyk, *Prawo reklamy...*, s. 211.

115 T. Grzeszak, *Reklama a ochrona dóbr osobistych...*, s. 7 i nast.

116 J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja...*, s. 252.

117 T. Grzeszak, *Reklama a ochrona dóbr osobistych...*, s. 7 i nast.

118 Por. rozdział I, pkt 4.3.

119 M. Wach, *Personality Merchandising jako instytucja stosowana do wykorzystywania wizerunku sportowca w celach promocyjnych i reklamowych*, PPH 2010, nr 10, s. 28 i n.

120 Takie tłumaczenie w D. Wolfram-Romanowska, P. Kaszubski, *Angielsko-polski słownik reklamy TV*, Warszawa 2003.

121 G.J. Tellis, *Advertising and Sales Promotion Strategy*, University of Southern California, Addison-Wesley Educational Publishers, Inc., United States 1998, s. 185.

122 Takie tłumaczenie w D. Wolfram-Romanowska, P. Kaszubski, *Angielsko-polski słownik reklamy...*

123 Tamże.

4.2.1 Rzecznik (ambasador) produktu

Rzecznik produktu jest to osoba lub organizacja, która mówi i/lub pojawia się w reklamie w celu poparcia reklamodawcy lub jego twierdzeń. Terminem tym objęci są także modele, którzy zostali wybrani do reklamy przede wszystkim ze względu na swoją atrakcyjność¹²⁴. Rzecznicy produktu (*endorsers*) mogą być podzieleni na trzy grupy: eksperci (*experts*), niefachowi konsumenci, czyli zadowoleni użytkownicy (*lay consumer*) oraz osoby powszechnie znane (*celebrities*).

A. Niefachowy rzecznik produktu (*Lay endorser*) to osoba występująca w reklamie, nieznana szerzej publiczności oraz niebędąca ekspertem. FTC wymaga, by takie osoby były typowymi konsumentami. Jeżeli reklamodawca używa aktora zamiast typowego konsumenta, powinien ten fakt ujawnić w reklamie. Doświadczenia przedstawione przez rzecznika produktu muszą być potwierdzone przez reklamodawcę jako typowe, które może podzielać znaczna część rzeczywistych konsumentów. Reklamodawca nie może się bronić, podnosząc, iż każdy konsument może uzyskać inny rezultat. Tylko jasne i zrozumiałe ujawnienie typowych doświadczeń konsumentów może chronić reklamę przed uznaniem jej za wprowadzającą w błąd¹²⁵.

B. Eksperci (*experts*) FTC definiuje ekspertów jako jednostki, które grupa docelowa reklamy postrzega jako osoby posiadające większą wiedzę o reklamowanym produkcie niż przeciętny konsument (wiedzę specjalną). Eksperci są wybierani ze względu na swoje wykształcenie, doświadczenie i osiągnięcia w danej dziedzinie. FTC wprowadziło bardzo rygorystyczne regulacje określające, kto może występować jako ekspert, w stosunku do jakich produktów i na jakich warunkach. Wymaga się m.in., by eksperci zachwalali tylko produkty z dziedziny, w której się specjalizują. Celem jest ponownie ochrona konsumentów przed wprowadzeniem w błąd¹²⁶.

C. Sławne osobistości (*celebrities*) są jednostkami, które są znane dużej liczbie populacji, przede wszystkim z powodu rozgłosu oraz publicznego rozpowszechniania wiadomości (*publicity*¹²⁷) związanych z ich życiem. Większość osób publicznych reklamujących produkty lub usługi pochodzi ze świata rozrywki. Sławne osobistości mają wyróżniającą się osobowość, która przekazuje szczególne znaczenie do grupy docelowej.

Termin celebryta obejmuje także jednostki kontrowersyjne lub nielubiane przez większość populacji. Mogą być one skutecznymi ambasadorami produktu tak długo, jak używane są ostrożnie, w celu przekazania określonego wizerunku firmy. Przykładowo firma Pepsi zawsze promowała swój napój jako skierowany do młodego pokolenia i postanowiła zatrudnić do kampanii reklamowej piosenkarkę Madonnę. Madonna prawdopodobnie utożsamiała w 1989 roku (myślę, że wciąż uosabia) wiele cech, które młode pokolenie ceni, tj. wolność seksualna, niczym nieskrępowane wyrażanie siebie, bunt przeciwko autorytetom¹²⁸.

Warto podkreślić, iż w reklamie nie musi być *explicite* użyte imię i nazwisko lub pseudonim celebryty, zwłaszcza jeżeli osoba ta jest powszechnie rozpoznawalna.

FTC wymaga, by rekomendacja odzwierciedlała uczciwe i szczerze opinie i doświadczenia rzeczników produktu. Jeżeli osoba reklamująca dany produkt lub usługę wypowiada jakieś twierdzenie, reklamodawca musi posiadać potwierdzenie jej słów. Uznaje się, że celebryta nie musi używać danego produktu lub korzystać z danej usługi, by móc je rekomendować. Jednakże jeżeli dana osoba twierdziła w reklamie, że używa danego produktu lub usługi, musi to być zgodne z prawdą. W przeciwnym przypadku zarówno celebryta jak i reklamodawca ponoszą odpowiedzialność za wprowadzenie konsumentów w błąd (*misrepresentation*)¹²⁹.

124 G.J. Tellis, *Advertising and Sales Promotion Strategy...*, s. 185.

125 Tamże, s. 44.

126 Tamże, s. 44.

127 Zdaniem M. Wachy pojęcie „publicity” jest pojmowane bardzo szeroko jako „publiczne rozpowszechnianie wiadomości” różne od pojęcia publikacji jako „aktu tworzenia” (w:) M. Wach, *Prawo do prywatności osób publicznych w Stanach Zjednoczonych*, PiP 2004, z. 8, s. 89 i n.

128 G.J. Tellis, *Advertising and Sales Promotion Strategy...*, s. 186.

129 Tamże, s. 44.

Wiele osób publicznych (zwłaszcza w Stanach Zjednoczonych) zarabia ogromne sumy pieniędzy, występując w reklamach jako rzecznicy produktu (*advertising spokescharacter*) i udzielając mu rekomendacji (*celebrity endorsement*). Zjawisko to nie dotyczy wszystkich osób powszechnie znanych. Niektórzy wolą nie występować w reklamach, gdyż nie chcą być posądzeni przez swoich fanów, że się komercjalizują lub można za pomocą pieniędzy wpływać na ich poglądy¹³⁰. Są niechętni żeby plamić swój wizerunek, czy szargać reputację, występując w płatnych reklamach.

Dobrze dobrany rzecznik produktu może pomóc osiągnąć komercyjny sukces towaru lub usługi¹³¹. Jak wynika z badań domu mediowego Zenith Optimedia Group, aż 83% widzów w Polsce pamięta reklamy, w których wystąpiła gwiazda telewizji, muzyki lub kina¹³².

4.2.2 Rola rzeczników produktu

Warto zastanowić się, jaką rolę odgrywają i jakiemu celowi służą rzecznicy produktu w dzisiejszej reklamie. Badacze zaproponowali trzy główne modele, które tłumaczą rolę rzeczników produktu w procesie komunikacji: model wiarygodności źródła (*source credibility model*), model atrakcyjności źródła (*source attractiveness model*) i transfer znaczenia (*meaning transfer model*).

A. Wiarygodność źródła (*source credibility model*)

Ten model oparty jest na założeniu, że konsumenci są znacznie bardziej skłonni uwierzyć w komunikat reklamowy, który uznają za wiarygodny. Uznanie przez konsumenta komunikatu za wiarygodny zależy od dwóch cech, które musi posiadać źródło komunikatu: fachowość, bycie kompetentnym (*expertise*) i bycie godnym zaufania (*trustworthiness*).

Expertise to w tym wypadku zdolność źródła do formułowania wniosków, które są postrzegane jako przekonujące i uzasadnione przez odbiorców. Adresaci reklamy postrzegają kogoś jako eksperta w danej dziedzinie, tak długo, jak długo uważają go za osobę kompetentną w danej kwestii. Badania pokazały, że wielu odbiorców jest w stanie zaakceptować twierdzenia osoby, którą uważają za bardziej od siebie kompetentną¹³³.

Bycie wiarygodnym to gotowość źródła do szczerych twierdzeń. Źródło jest bardziej skłonne być prawdziwym, jeżeli nie ma prywatnego interesu i nie czerpie korzyści z udzielanej rekomendacji. Większość odbiorców reklamy zdaje sobie sprawę, że rzecznicy produktu są opłacani i w związku z tym mają korzyści z reklamowania produktu. Dlatego też lepszym rozwiązaniem jest wybieranie niezależnych ekspertów. Wtedy efektywność rzecznika produktu zależy od tego, czy postrzeganie go przed wystąpieniem w reklamie jako wiarygodnego przeważa uprzedzenia widowni spowodowane faktem, że reklamuje on dany produkt odpłatnie.

Powyższy model zakłada, że jeżeli odbiorca reklamy uzna dane źródło za wystarczająco wiarygodne, to przyjmie daną opinię albo nastawienie w tym konkretnym kontekście. Następnie zintegruje daną opinię lub informację ze swoim systemem przekonań (*belief system*). Proces ten nazywa się interioryzacją, uwewnętrznieniem (*internalization*). Osoby te są skłonne zachować dane przekonanie, nawet wtedy, gdy zapomną o rzeczniku produktu¹³⁴.

B. Model atrakcyjności źródła

Model atrakcyjności źródła oparty jest na założeniu, że akceptacja komunikatu reklamowego zależy od atrakcyjności źródła, na które wpływają trzy czynniki: znajomość źródła (*familiarity*), sympatia do danej osoby (*likability*) oraz podobieństwo między nadawcą komunikatu i odbiorcą (*similarity*). Znajomość źródła następuje w wyniku wcześniejszego jego wyeksponowania, sympatia jest to natomiast

¹³⁰ G. Belch, M. Belch, *Advertising and Promotion...*, s. 170.

¹³¹ G.J. Tellis, *Advertising and Sales Promotion Strategy...*, s. 44.

¹³² Źródło: T. Molga, S. Stodolak, *Celebrytów biznes szol – gwiazdy z reklamy*, Wprost 2011, Nr 13, s. 72 i n.

¹³³ G.J. Tellis, *Advertising and Sales Promotion Strategy...*, s. 188.

¹³⁴ Tamże, s. 188.

pozytywny stosunek do źródła z powodu jego wyglądu zewnętrznego i zachowania. Im w większym stopniu źródło charakteryzują te trzy cechy, tym bardziej jest atrakcyjne i ma większą szansę, że jego komunikat spotka się z akceptacją odbiorców.

Atrakcyjność źródła wpływa na zaakceptowanie komunikatu reklamowego przez odbiorcę na dwa sposoby: poprzez identyfikację (*identification*) i stymulowanie (*conditioning*). Rzecznik produktu jest bodźcem stymulującym markę lub produkt. Gdy rzecznik jest długotrwale związany z jakąś marką, atrakcyjność źródła przechodzi na markę. Ma to trwalszy efekt niż identyfikacja, nawet jeżeli odbiorcy zapomną samą reklamę¹³⁵.

Przykładem stymulowania marki jest współpraca Marka Kondrata z bankiem ING. Aktor jest od 12 lat wierny jednej marce, w wywiadach mówi o sobie jako o „pracowniku” banku. Tajemnicą sukcesu reklam z jego udziałem jest według specjalistów „wierność marce, inteligentne reklamy oraz rzetelnie przygotowany produkt bankowy”. W 2010 roku bank ING zdobył 213 tys. nowych klientów, a media spekulują, że Marek Kondrat zarabia około miliona złotych rocznie¹³⁶.

Zjawisko identyfikacji polega na tym, że konsument zaczyna widzieć w sobie pewne podobieństwo do źródła. Jest skłonny zaakceptować opinie, przekonania lub zachowania rzecznika produktu (np. nastolatki bardzo łatwo przejmują sposób ubierania się gwiazd). Odmienne niż w przypadku modelu wiarygodności źródła przyjęcie nowych opinii lub nastawienia trwa tylko dopóty, dopóki odbiorca komunikatu uważa źródło za atrakcyjne.

Zdaniem G. Belch i M. Belch¹³⁷ marketerzy¹³⁸ (*marketers*) dostrzegają, że ludzie są znacznie bardziej skłonni ulec wpływowi wiadomości od kogoś, do kogo czują się w pewien sposób podobni. Jeżeli zarówno nadawca, jak i odbiorca komunikatu mają podobne potrzeby, cele, zainteresowania czy też styl życia, dane twierdzenie będzie lepiej zrozumiane i odebrane. To zjawisko tłumaczy, dlaczego tak często w reklamie występuje przedstawiciel pewnej grupy docelowej. Jako przykład można podać stereotypową gospodynię domową występującą w kampanii promocyjnej margaryny czy proszku do prania¹³⁹.

Jednakże takie podobieństwo nie jest wcale zawsze tak pożądane, atrakcyjne czy też doceniane przez odbiorców reklam. Z tego też powodu zaczęto dostrzegać wartość celebrytów przy wymyślaniu i tworzeniu reklam: gwiazd telewizji i filmu, sportowców, polityków i innych popularnych osób. Ponad 20% wszystkich reklam telewizyjnych w Stanach Zjednoczonych są to reklamy z udziałem celebrytów. Najbardziej pożądanym do pozyskania sportowcem był jeszcze do niedawna Tiger Woods¹⁴⁰, który zarobił więcej niż \$60 milionów dolarów rocznie z kontraktów reklamowych z Nike, Disney, American Express, General Mills i Buick. Także Michael Jordan jest jednym z najlepiej zarabiających, obok Britney Spears i Lance’a Armstronga¹⁴¹.

Firmy są gotowe wydać olbrzymie sumy, żeby zachęcić sławne osobistości do rekomendowania ich produktu lub usługi w reklamie. Osoby publiczne mają siłę przyciągania uwagi konsumentów (*stopping power*), to znaczy, pozwalają dostrzec reklamę nawet w dużym ich reklam nagromadzeniu – powodującym zmniejszenie siły oddziaływania przekazu. Popularna osoba korzystnie wpływa na uczucia, nastawienie i zachowania zakupowe (*purchase behaviour*) konsumentów. Udział celebrytów może ponadto zwiększyć zauważalność i rozpoznawalność produktu przez grupę docelową. Warto podkreślić, że często sympatia czy też autorytet danej osoby publicznej wynika z błędnego jej utożsamiania z odgrywaną postacią, a zachowanie to jest również oparte na podstawowym błędzie atrybucji.

135 G.J. Tellis, *Advertising and Sales Promotion Strategy...*, s. 189.

136 Źródło: T. Molga, S. Stodolak, *Celebrytów biznes szol-gwiazdy...*, s. 72 i n.

137 G. Belch, M. Belch, *Advertising and Promotion...*, s. 172.

138 Takie tłumaczenie w angielsko-polskim słowniku reklamy.

139 A. Burdoch, *Modern Advertising*, Warszawa 2004, s. 111.

140 Książka, z której korzystałam powstała w 2003 roku, przed wybuchem sekskandalu. Przełożył się on bardzo negatywnie na wizerunek sportowca, wielu reklamodawców zerwało z nim kontrakty.

141 G. Belch, M. Belch, *Advertising and Promotion...*, s. 173.

4.3 Zagrożenia związane z wykorzystaniem wizerunku osoby publicznej w reklamie

G. Belch i M. Belch wymieniają szereg zagrożeń, jakie wiążą się z wykorzystaniem tożsamości osoby publicznej w reklamie: (1) przyćmienie, przesłonięcie produktu przez celebrytę (*overshading the product*); (2) nadmierne wyeksponowanie celebryty (*overexposure*); (3) podatność odbiorców (grupy docelowej) (*target audiences' receptivity*); (4) ryzyko dla reklamodawcy (*risk to the advertiser*)¹⁴².

A. Przyćmienie produktu ma miejsce wtedy, gdy konsumenci skupiają całą uwagę na popularnej osobie i nie zauważają marki produktu. Reklamodawcy powinni wybierać osoby, które przyciągną uwagę konsumentów i zachęcą ich do kupna określonego towaru czy usługi, a jednocześnie nie odwrócą nadmiernie uwagi od samego produktu. Przedsięwzięcia nie powinny opierać się jedynie na wykorzystaniu znanej twarzy. Powiązanie gwiazdy z marką nie może być nierealne. Przykładowo: reklama piwa EB z udziałem Jeana Reno, zapewnienia Sophii Loren o porzuceniu włoskich makaronów na rzecz makaronów firmy Malma, Claudia Schiffer reklamująca firmę odzieżową Monari oraz reklama garniturów Vistula z udziałem Pierce'a Brosnana, filmowego Jamesa Bonda¹⁴³.

B. Nadmierne wyeksploatowanie celebryty

Gwiazda, która ma być twarzą danego produktu lub usługi, nie może być zbyt „wyeksploatowana”, czyli kojarzyć się odbiorcom ze zbyt dużą ilością innych produktów. Reklamodawcy mogą wprowadzać do umów specjalne klauzule, ograniczające ilość produktów, które dana osoba może rekomendować, by nie traciła swojego potencjału marketingowego. Takie klauzule są zazwyczaj bardzo kosztowne, ale większość gwiazd zgadza się (bez dodatkowej opłaty) nie rekomendować podobnych produktów.

Wiele znanych osób, zdając sobie sprawę, że ich sława jest przemijająca, chce ją wykorzystać w jak największym stopniu i zarobić jak najwięcej pieniędzy. Powinny być one jednak świadome, że mogą utracić swoją wiarygodność wskutek rekomendowania zbyt dużej liczby produktów. Przykładowo występowanie znanej piosenkarki Cher w zbyt dużej liczbie reklam zniszczyło nie tylko jej wiarygodność, ale także jej karierę aktorską. W Polsce osobą, która prawdopodobnie wystąpiła w największej ilości reklam jest Adam Małysz. Był on m.in. rzecznikiem marki: Audi, Winiary, Poczty Polskiej, Red Bulla, Goplany, ubezpieczyciela Generali oraz ostatnio herbaty Teekanne¹⁴⁴.

C. Podatność odbiorców/Postrzeganie przez odbiorców

Jednym z najważniejszych czynników przy wyborze rzecznika produktu jest określenie, czy dana osoba pasuje do grupy docelowej i jak jest przez nią odbierana. Badania wskazują, że młodszy odbiorca jest bardziej podatny na rekomendację osób znanych niż ludzie starsi. Przed zatrudnieniem danej osoby często prowadzone są badania rynku w celu ustalenia, czy dana osoba będzie skutecznym ambasadorem produktu – czy cieszy się sympatią konsumentów oraz z jakimi wartościami jest kojarzona.

D. Ryzyko dla reklamodawcy

Zachowanie osoby reklamującej produkt może stwarzać ryzyko dla firmy. Rzecznik produktu może swoim zachowaniem zawstydząć firmę, której produkty rekomenduje. W celu uniknięcia podobnych kłopotów reklamodawcy uprzednio wnikliwie analizują życie prywatne celebryty oraz jego pochodzenie. Powszechną praktyką jest również zamieszczanie tzw. „klauzul moralności” (*moral clause*) w umowie, które pozwalają firmie na zerwanie umowy i zakończenie współpracy w wypadku wystąpienia określonych okoliczności.

Warto zauważyć, że umieszczanie takich klauzul pozwala jedynie na rozwiązanie umowy już po zaistnieniu zdarzenia, ale mu nie zapobiega¹⁴⁵. Niewątpliwie jednak może pełnić skuteczną funkcję prewencyjną i zniechęcać gwiazdy do niewłaściwego zachowania (np. poprzez wysokie kary umowne).

¹⁴² Tamże.

¹⁴³ Źródło: T. Molga, S. Stodolak, *Celebrytów biznes szol – gwiazdy...*, s. 72 i n.

¹⁴⁴ Tamże.

¹⁴⁵ G. Belch, M. Belch, *Advertising and Promotion...*, s. 175.

4.4. Psychologiczne uzasadnienie obecności osób publicznych w reklamie (Model transferu znaczenia)

Grant McCracken¹⁴⁶ na podstawie badań z zakresu psychologii społecznej zaproponował model transferu znaczenia jako bogatszy i bardziej kompleksowy opis procesu rekomendacji niż ten oferowany przez konstrukcje źródła wiarygodności i źródła atrakcyjności. Głównym założeniem tego modelu jest przekonanie, że sławne osobistości kodują w sobie unikalny zestaw znaczeń, wartości, które następnie mogą być przeniesione na reklamowany produkt¹⁴⁷. Zdaniem psychologa dr. Krzysztofa Przybyszewskiego, jeżeli dany celebryta jest np. przystojny i szarmancki, to twórcy reklamy liczą, że jego pozytywne cechy zostaną przeniesione na reklamowany produkt¹⁴⁸. Efektywność celebryty jako rzecznika danego produktu zależy od kulturowego znaczenia, które osoba ta wnosi do procesu rekomendacji. Każdy celebryta reprezentuje sobą inny status, płeć, wiek, jak również osobowość. Wyróżniamy trzy fazy procesu transferu znaczenia:

A. Faza I Kulturowe znaczenie

Osoby publiczne zyskują potężne znaczenie poprzez role, jakie odgrywają w telewizji, filmie, sporcie lub w innej dziedzinie. Każda z tych ról powoduje kontakt danej osoby z określonymi obiektami, osobami i kontekstami. Ich znaczenia są następnie przenoszone na celebrytę. Każda ze sławnych osobistości buduje swój wizerunek, w którym zostaje zakodowana unikalna wiązka znaczeniowa, określone wartości.

B. Faza II Rekomendacja

Rekomendując dany produkt lub usługę, osoby publiczne wnoszą swój wizerunek i zakodowane znaczenie do reklamy i przekazują je produktowi. Następuje transfer znaczenia zakodowanego w celebrycie na produkt¹⁴⁹.

C. Faza III Konsumpcja

W ostatniej fazie następuje transfer znaczenia, które celebryta nadał produktowi z produktu na konsumenta¹⁵⁰. Konsument kupuje rekomendowany produkt z zamiarem przejęcia części pożądanego, zakodowanego w nim znaczenia. Model transferu znaczenia zakłada, że konsument nabywa produkt nie tylko dla jego właściwości funkcjonalnych, ale też dla jego kulturalnej i symbolicznej wartości. Czasem jest to dosłowne rozumowanie: „Jeżeli kupię te perfumy – Sophia – zdobędę odrobinę czaru Sophii Loren” albo przez samo oddziaływanie gwiazdy (Sophia Loren jako twarz perfum czyni je bardziej atrakcyjnymi dla potencjalnego nabywcy)¹⁵¹.

Znaczenie nabyte przez towary i celebrytów w społeczeństwach konsumpcyjnych wychodzi poza proste skojarzenie ich ze sobą i przenika do życia konsumentów¹⁵². Osoby publiczne kojarzą się z sukcesem i konsumentci podświadomie wierzą, że skoro sławna osobistość używa danego towaru lub usługi i osiągnęła tak wysoki status społeczny, to oni też mogą go osiągnąć – wystarczy tylko skusić się na kupno reklamowanej rzeczy.

Zdaniem McCrackena we współczesnych społeczeństwach konsumpcyjnych, gdzie dzięki nowoczesnym technologiom komunikacji ciągle występuje transfer znaczenia, osoby publiczne są postrzegane jako pewien ideał, wzór dla przedstawicieli danej grupy docelowej¹⁵³.

Omówiony wyżej model transferu znaczenia jest niezwykle istotny w procesie angażowania gwiazdy do wystąpienia w reklamie. Twórcy reklamy muszą najpierw zdecydować, jaki obraz i wartości są istotne dla grupy docelowej konkretnego produktu, usługi lub firmy – np. tradycyjna rodzina. Później

¹⁴⁶ Sławny antropolog, autor książki *Kultura i Konsumpcja*, konsultant m.in. koncernu Coca-Cola, Ikea, Chrysler.

¹⁴⁷ G.J. Tellis, *Advertising and Sales Promotion Strategy...*, s. 190.

¹⁴⁸ Źródło: T. Molga, S. Stodolak, *Celebrytów biznes szol-gwiazdy...*, s. 72 i n.

¹⁴⁹ G.J. Tellis, *Advertising and Sales Promotion Strategy...*, s. 190.

¹⁵⁰ G. Belch, M. Belch, *Advertising and Promotion...*, s. 176.

¹⁵¹ G.J. Tellis, *Advertising and Sales Promotion Strategy...*, s. 191.

¹⁵² A. Burdoch, *Modern Advertising...*, s. 112.

¹⁵³ McCracken, *Culture and Consumption*, 1989, s. 318, cyt. za: A. Burdoch, *Modern...*, s. 112.

zaś, która osoba publiczna będzie najlepiej reprezentować te wartości. Kampania reklamowa powinna być zaprojektowana w ten sposób, by jak najlepiej ukazać to symboliczne znaczenie i dotrzeć z nim do konsumenta.

Specjaliści od reklamy i marketingu często korzystają z usług instytucji, które zajmują się wyborem osób publicznych do reklam, a część z nich prowadzi nawet własne badania na temat postrzegania celebrytów przez konsumentów. Marketerzy mogą także przeprowadzać wstępne badania, by określić czy doszło do transferu właściwego znaczenia na produkt.

Osoby publiczne, które nie są już w centrum uwagi, mogą utracić swą zdolność do przekazywania jakiegokolwiek istotnego znaczenia na produkt. Najważniejsze czynniki decydujące o wyborze rzeczownika produktu to: (1) dopasowanie osoby do grupy docelowej produktu lub usługi oraz marki; (2) całościowy wizerunek gwiazdy; (3) koszt pozyskania gwiazdy; (4) jej wiarygodność; (5) ryzyko kontrowersji oraz (6) czy gwiazda jest znana i lubiana wśród odbiorców reklamy.

Ostatnie reklamy banku PKO BP z udziałem Szymona Majewskiego mają za zadanie zatrzymać dotychczasowych klientów i pozyskać nowych. Szymon Majewski jest uznawany przez specjalistów za trzecią najbardziej rozpoznawalną twarz w świecie polskiej rozrywki. Kojarzy się z dynamizmem, otwartością i pozytywną energią, co ma odzwierciedlać zmiany, jakie obecnie zachodzą w PKO BP. Twórcy reklamy chcieli dokonać transferu znaczenia z osoby Szymona Majewskiego na bank PKO BP i jego usługi. Twierdzą, że „oprócz tego, że wielu go lubi [Szymona Majewskiego], ważne jest to, że niewielu go nie lubi. Kojarzy się z wartościami rodzinnymi jako miły facet, dobry mąż i ojciec, jego humor nie jest złośliwy, ale ciepły”¹⁵⁴. Już niedługo będziemy mogli zaobserwować, czy działania twórców reklamy okazały się skuteczne.

Globalizacja i władza, jaką w dzisiejszych czasach mają środki masowego przekazu, przyczyniły się do spopularyzowania praktyki wykorzystywania tożsamości osób publicznych w reklamie. Informacje rozprzestrzeniają się bardzo szybko, a na mediach spoczywa presja, by dostarczyć jak najwięcej informacji o gwiazdach, które są przedmiotem międzynarodowego zainteresowania. To zjawisko jest również przyczyną, dla której wykorzystanie gwiazd w reklamach stało się tak ważne w marketingu. Niektóre marki przyjęły nazwisko gwiazdy (np. Nike), podczas gdy nazwiska innych gwiazd same stały się marką (np. Michael Jordan)¹⁵⁵.

Wraz z rozwojem technik marketingowych wielu konsumentów stało się bardziej ostrożnych w odniesieniu do rekomendacji produktów przez osoby publiczne. Jako przykład może posłużyć artykuł opublikowany przez *New York Times*, który ujawnił, że firmy farmaceutyczne płaciły osobom publicznym lub wspieranym przez nie akcjom dobroczynnym w zamian za reklamowanie ich produktów. W wyniku powstałych kontrowersji CNN i inni główni nadawcy ogłosili, że mają zamiar ujawnić wszelkie tego rodzaju porozumienia¹⁵⁶.

Podsumowując, właśnie ze względu na tak wielki potencjał, jaki mają w sobie osoby publiczne, często dochodzi do szeregu prób wykorzystania ich wizerunku jak najmniejszym kosztem. Jeżeli dana firma nie posiada wystarczających środków lub nie chce zadać sobie trudu zgodnego z prawem pozyskania wizerunku osoby publicznej, decyduje się na jego naruszenie.

¹⁵⁴ Źródło: T. Molga, S. Stodolak, *Celebrytów biznes szol – gwiazdy...*, 72 i n.

¹⁵⁵ A. Burdoch, *Modern Advertising...*, s. 112.

¹⁵⁶ G. Belch, M. Belch, *Advertising and Promotion...*, s. 171.

Rozdział II

Wizerunek w reklamie

1. Uwagi ogólne

Wizerunek człowieka jest najchętniej wykorzystywanym dobrem osobistym w reklamie, a tym samym dobrem najbardziej podatnym na naruszenia. Podobnie jak imię i nazwisko (pseudonim), wizerunek pełni funkcję identyfikacyjną i informacyjną, określa tożsamość człowieka. Ta szczególna więź pomiędzy wizerunkiem a człowiekiem powoduje, iż każde naruszenie wizerunku, przejawiające się w jego wykorzystywaniu niezgodnie z wolą osoby uprawnionej, może budzić jej zdecydowany sprzeciw. Zwłaszcza w obliczu postępującego zjawiska komercjalizacji wizerunku wydaje się, że każdy człowiek ma uzasadniony i istotny interes, w decydowaniu, czy, w jaki sposób, i na jakich warunkach udostępnić publicznie swój wizerunek. Wizerunek człowieka jest dobrem, które może być bardzo szybko i łatwo utrwalane lub ustalane (np. przy przekazie telewizyjnym na żywo, a następnie zwielokrotniane i rozpowszechniane. Może także stać się przedmiotem manipulacji, np.: przekształcania, opatrywaniem komentarzem, być przedstawianym w różnych kontekstach¹⁵⁷.

Z prawem do wizerunku wiążą się interesy osobiste i majątkowe przedstawionej osoby. Ochrona interesów uprawnionej osoby może być zapewniona na drodze deliktowej lub poprzez przyznanie jej prawa do zakazywania innym określonych zachowań. W sytuacji, gdy naruszenie godzi w pewne idealne wartości, niewątpliwie mamy do czynienia z ochroną dóbr osobistych. Problematyczne jest jednak określenie charakteru prawa podmiotowego, które przysługuje osobie przedstawionej w sytuacji, gdy naruszenie godzi głównie w jej interesy majątkowe¹⁵⁸.

Według światowej doktryny i orzecznictwa prawo do wizerunku jest najczęściej rozumiane jako: (1) prawo chroniące interesy idealne, zagrożone w związku z utrwalaniem, rozpowszechnianiem, zniekształcaniem i wykorzystywaniem wizerunku w różnych kontekstach (fragment *right of privacy*); (2) prawo tworzące wyłączność rozpowszechniania wizerunku, przypominające prawa na dobrach niematerialnych (fragment *right of privacy*), gdzie ochrona interesów idealnych realizowana jest w ramach praw osobistych (*right of privacy*); (3) prawo monistyczne (mieszane: osobisto-majątkowe), chroniące interesy osobiste i stanowiące wyłączność eksploatacji¹⁵⁹.

1.1 Podstawy prawne ochrony

Podstawowe znaczenie dla ochrony wizerunku ma Kodeks cywilny (dalej zwany k.c.)¹⁶⁰, który zalicza w art. 23 k.c. wizerunek do dóbr osobistych. Art. 24 § 3 k.c. stanowi, iż ochrona udzielana na mocy Kodeksu cywilnego nie wyłącza ochrony cywilnoprawnej przewidzianej w innych przepisach. Możemy tu zaliczyć przede wszystkim ochronę wizerunku przewidzianą prawem autorskim¹⁶¹ (art. 81-83 pr. aut.) oraz prawem prasowym¹⁶² (art. 13 ust. 2 i 3, art. 14 ust. 1, 3, 5 i 6, 31-33 pr. pr.).

¹⁵⁷ T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku i korespondencji (w): System prawa prywatnego*, t. 13, *Prawo autorskie*, red. J. Barta, Warszawa 2007, s. 535.

¹⁵⁸ Tamże.

¹⁵⁹ Tamże.

¹⁶⁰ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz.93 ze zm.).

¹⁶¹ Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn. Dz.U. z 2006 roku Nr 90, poz. 631 z późn. zm.).

¹⁶² Ustawa z dnia 26 stycznia 1984 r.- Prawo prasowe (Dz. U. Nr 5, poz. 24 ze zm.).

Konstytucyjne¹⁶³ podstawy ochrony prawa do wizerunku możemy wywodzić z prawa do prywatności (art. 47 Konstytucji RP), które często podlega ograniczeniom na rzecz wolności słowa i prawa społeczeństwa do informacji (art. 54 Konstytucji RP).

Ponadto ochronę zarówno prawa do prywatności, jak i wolności słowa przewidują akty międzynarodowe: art. 8 i art. 10 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 roku¹⁶⁴ oraz art. 17 i art. 19 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z dnia 16 grudnia 1996 roku¹⁶⁵.

2. Przedmiot ochrony

2.1 Pojęcie wizerunku

W prawie polskim brak jest legalnej definicji wizerunku, istnieje za to szereg definicji stworzonych przez doktrynę. Nie potrafi ona jednak jak dotąd wypracować jednej, powszechnie akceptowanej definicji. Przedstawiciele doktryny przy próbach definiowania pojęcia wizerunku i konstruowania prawa do wizerunku reprezentują bardzo różne podejście do tego zagadnienia. Część z nich wizerunek rozumie wyłącznie jako zespół fizycznych cech człowieka, inni natomiast ujmują to pojęcie szerzej, obejmując pojęciem wizerunku także charakterystyczny ubiór i sposób zachowania, a w najszerszym ujęciu wizerunek jest traktowany jako wyobrażenie o jednostce wyrobione w odbiorze społecznym¹⁶⁶. Coraz wyraźniejsze jest zjawisko obejmowania pojęciem wizerunku wciąż nowych elementów osobowości człowieka w celu zapewnienia im ochrony prawnej¹⁶⁷.

Słowo „wizerunek” pochodzi od niemieckiego słowa *Viserung* i oznacza czyjąś podobiznę, wyobrażenie czegoś, portret, obraz¹⁶⁸. Oznacza też „sposób, w jaki dana osoba jest widziana, przedstawiana”¹⁶⁹. S. Ritterman¹⁷⁰ uznał, iż „wizerunek danej osoby obejmuje głowę, jak i całą postać, indywidualizującą tę osobę jako jednostkę fizyczną”. Definicja ta pozwala na wyróżnienie dwóch podstawowych elementów wizerunku: można go przypisać tylko osobie fizycznej i jako wizerunek można zakwalifikować tylko takie elementy, które indywidualizują daną osobę¹⁷¹.

S. Grzybowski¹⁷² twierdził, iż poprawna nazwa dobra osobistego, które może ulec naruszeniu w przypadku rozpowszechniania wizerunku osoby fizycznej bez jej zgody to „obraz fizyczny”. Obraz fizyczny został zdefiniowany jako „nie tylko rysy twarzy, lecz wszelkie takie cechy fizyczne, które indywidualizują pewną osobę fizyczną, pozwalają ją rozpoznać, np. charakterystyczna budowa ciała. Propozycja używania pojęcia „obraz fizyczny” zamiast kodeksowego „wizerunek” spotkał się z raczej krytycznym przyjęciem. K. Stefaniuk¹⁷³ słusznie stwierdził, iż skoro wizerunek został wymieniony *explicite* jako dobro osobiste w art. 23 k.c., to najwyraźniej intencją ustawodawcy było przyjęcie takiej nazwy tego dobra. Zauważył on, iż nie można ściśle zdefiniować pojęć stworzonych do określenia wartości niematerialnych, takich jak wizerunek, ale można podać ich pewne charakterystyczne cechy. Zalicza do nich: cechy twarzy i całej postaci, które pozwalają zidentyfikować jakąś osobę jako określoną jednostkę fizyczną. Stwierdza, iż „z charakterystycznym, sobie tylko właściwym wyglądem, obrazem fizycznym, osoba ta łączy uczucia składające się na jej życie psychiczne, do którego ochrony przez ochronę wizerunku ustawodawca zmierza”.

163 Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm. I ze sprost.

164 Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 285 i 286.

165 Dz.U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167.

166 E. Traple, *Dobra osobiste w reklamie (w:) Prawo reklamy i promocji*, red. E. Traple, Warszawa 2007, s. 811.

167 J. Sieńczyło-Chłabicz, *Rozpowszechnianie wizerunku osób powszechnie znanych*, PPH 2003, nr 9, s. 39 i n.

168 M. Szymczak, *Słownik języka polskiego*, t.3, Warszawa 1978-1981, s. 726.

169 S. Dubisz, *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 4, Warszawa 2003, s. 457.

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

171 J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja...*, s. 21 i n.

172 S. Grzybowski, *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1957, s. 95.

173 K. Stefaniuk, *Naruszenie prawa do wizerunku przez rozpowszechnianie podobizny*, PiP 1970 nr 1, s. 64.

Wizerunek był wielokrotnie definiowany przez doktrynę także jako wytwór niematerialny, przedstawiający za pomocą środków plastycznych podobiznę danej osoby (lub danych osób)¹⁷⁴, dostrzegalne cechy fizyczne człowieka, które tworzą jego wygląd i identyfikują go pośród innych ludzi¹⁷⁵, konkretyzacja obrazu fizycznego w postaci zdanej do eksploatacji¹⁷⁶, ustalenie obrazu fizycznego zdane do zwielokrotniania i do rozpowszechniania¹⁷⁷, a w najszerszym ujęciu jako obraz wizualny danej osoby oraz jej wizerunek dźwiękowy, ale także wszystkie elementy pozwalające na zidentyfikowanie konkretnej osoby.¹⁷⁸ Wizerunkiem będzie zatem zarówno portret malarski, jak i fotografia, karykatura, maska artystyczna, wizerunek piśmienniczy, a także portret stworzony drogą cyfrową¹⁷⁹.

Zauważalna wydaje się tendencja do poszerzania katalogu cech człowieka objętych pojęciem wizerunek i tym samym zasługujących na ochronę. Należy również zaznaczyć, że doktryna nie jest zgodna w podejściu do istoty charakteru wizerunku – czy wizerunek jest wytworem niematerialnym, czy też konkretyzacją obrazu fizycznego, zdaną do eksploatacji. J. Barta i R. Markiewicz definiują pojęcie wizerunku, o którym mowa a w art. 81 pr. aut. jako „wytwór niematerialny”, który za pomocą środków plastycznych przedstawia rozpoznawalną podobiznę danej osoby. Uznają, iż wizerunek nie powinien być ujmowany wąsko jako jedynie „obraz fizyczny” człowieka. Wizerunek to także „naturalne cechy człowieka” np. makijaż, ubiór, rekwizyty. Autorzy podnoszą, iż „ważny jest odbiór oraz wartość identyfikacyjna poszczególnych elementów. Określona osobę wyróżniać mogą równie dobrze co kształt i kolor oczu, także noszone przez nią na stałe okulary; podobnie: fryzura, makijaż, ubiór, rekwizyty (np. laska), o ile tylko – w oderwaniu lub w łączności z innymi cechami – są one dla tej osoby charakterystyczne. Na wizerunek osoby (definiowany często ogólnie jako wygląd człowieka, jako podobizna określonej osoby) składać się może niekiedy również szczególnie sposób poruszania, zachowania, gestykulacji; wystarczy tu wspomnieć chociażby Charliego Chaplina”. J. Barta i R. Markiewicz wyróżnili także oprócz wizerunku plastycznego także wizerunek piśmienniczy¹⁸⁰.

Najszersze ujęcie wizerunku zaproponowała J. Sieńczyło-Chlabicz. Jej zdaniem wizerunek obejmuje nie tylko obraz fizyczny (obraz wizualny) danej osoby, lecz także głos (wizerunek dźwięczny) oraz wszystkie elementy identyfikujące daną jednostkę jako konkretną osobę fizyczną, np. sposób mówienia i poruszania się. Są to zatem te cechy, które są postrzegane w odbiorze publicznym jako charakterystyczne dla danej osoby i umożliwiające jej identyfikację¹⁸¹.

T. Grzeszak podkreśla, że nie udało się wypracować jednolitej definicji tego pojęcia. W związku z powyższym powstaje pytanie, czy można budować jednolite pojęcie wizerunku na gruncie art. 23 k.c. i art. 81 pr. aut., czy też są to pojęcia różne i jest dla nich przewidziany różny zakres ochrony. Autorka wskazuje, iż wymiennie używa się terminów: wizerunek, portret, podobizna, obraz fizyczny. Postuluje również rozróżnienie następujących pojęć: (1) obraz fizyczny (wygląd człowieka), czyli atrybut jego tożsamości; (2) wizerunek, czyli konkretyzacja obrazu fizycznego (jego ustalenia) zdana do rozpowszechniania¹⁸²; (3) portret, czyli utwór o tematyce portretowej, który jest przedmiotem obrotu autorskiego i praw autorskich osobistych; (4) materialny egzemplarz, w którym wizerunek (często portret) jest utrwalony. Przedmiot prawa własności; (5) persona, miałaby być nowym dobrem osobistym, wyodrębnionym w celu ochrony jednostki przed niechcianym, reklamowym skojarzeniem z jej osobą¹⁸³.

Należy opowiedzieć się za szerokim ujęciem wizerunku, czyli uznaniem, iż obejmuje on wszelkie elementy identyfikujące daną jednostkę jako konkretną osobę, pozwalające na rozpoznanie przez osoby

174 J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Cwiąkalski, R. Markiewicz, E. Traple, *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, Warszawa 1995, s.386.

175 E. Wojnicka, *Prawo do wizerunku w ustawodawstwie polskim*, ZNUJ PWiOWI 1990, z.56, s. 107 i n.

176 T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku i korespondencji...*, s.497.

177 A. Matlak, *Cywilnoprawna ochrona wizerunku*, KPP 2004, z. 2, s. 317 i n.

178 J. Sieńczyło-Chlabicz, *Przedmiot i charakter prawa do wizerunku*, PUG 2003, Nr 8, s.20.

179 K. Grzybezyk, *Prawo reklamy...*, s. 39.

180 J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół prawa do wizerunku*, ZNUJ PWiOWI 2002, z.80, s.12.

181 E. Traple, *Dobra osobiste w reklamie...*, s. 813.

182 Jest przedmiotem obrotu, a jego synonimem jest podobizna.

183 T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku i korespondencji...*, s.538.

trzecie. Wizerunek powinien być pojmowany jako odwzorowanie cech fizycznych danej osoby wraz ze wszystkimi charakterystycznymi cechami, które umożliwiają jego identyfikację w społeczeństwie. Decydujące jest kryterium rozpoznawalności.

2.2 Wizerunek jako dobro osobiste

Wizerunek człowieka jest prawdopodobnie najbardziej narażonym na naruszenie w reklamie dobrem osobistym. Wymieniony jest *explicite* w art. 23 k.c. i chroniony na podstawie art. 24 k.c. Mogą też znaleźć zastosowanie inne przepisy: np. z ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, o znakach towarowych, o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub o ochronie danych osobowych.

Dobra osobiste są atrybutem wszystkich osób fizycznych, a dzięki przepisowi art. 43 k.c. przepisy o ochronie dóbr osobistych osób fizycznych stosuje się odpowiednio do osób prawnych. W myśl art. 23 k.c. „[d]obra osobiste człowieka, jak w szczególności zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska, pozostają pod ochroną prawa cywilnego”.

Zgodnie z definicją zaproponowaną przez Z. Radwańskiego¹⁸⁴ dobra osobiste są to wartości obejmujące fizyczną i psychiczną integralność człowieka, jego indywidualność oraz godność i pozycję w społeczeństwie, co stanowi przesłankę samorealizacji ludzkiej. S. Grzybowski¹⁸⁵ natomiast definiuje dobra osobiste jako indywidualne wartości świata uczuć, stanu życia psychicznego człowieka, niematerialne i immanentnie związane z jednostką ludzką.

Odpowiadające tym dobrom prawa przysługują każdemu człowiekowi od momentu poczęcia aż do chwili śmierci. Ich ochrona na gruncie prawa cywilnego realizowana jest w kategorii przyznania praw podmiotowych bezwzględnych, skutecznych *erga omnes*, niezbywalnych i niedziedzicznych. Ten przeważający w doktrynie pogląd zdecydowanie wzmacnia ochronę dóbr osobistych ze względu na istniejące domniemanie bezprawności ich naruszenia.

Art. 23 k.c. wymienia jedynie przykładowo dobra osobiste. Wyróżniają się one niematerialną postacią i niemajątkowym charakterem. Możemy zaobserwować stałą tendencję do rozszerzania katalogu wartości uznanych za dobra osobiste człowieka, co potwierdził Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 18 stycznia 1984 r.¹⁸⁶, stwierdzając, że „otwarty katalog dóbr osobistych obejmuje także dobra osobiste związane ze sferą życia prywatnego, rodzinnego, ze sferą intymności (...)”. Zdaniem Z. Radwańskiego¹⁸⁷ niezamknięty zakres pojęcia „dobra osobiste” powoduje, że ważną podstawę do uznania dalszych typów dóbr podlegających ochronie stanowią przepisy konstytucyjne o prawach i wolnościach obywatelskich oraz konwencje międzynarodowe.

Z punktu widzenia reklamy najbardziej podatne na naruszenia są: wizerunek, nazwisko, firma lub nazwa przedsiębiorstwa, sfera prywatności adresata reklamy¹⁸⁸. Naruszenie dóbr osobistych w reklamie polega najczęściej na ośmieszaniu i poniżaniu człowieka (cześć), uszkodzeniu jego publicznemu wizerunkowi poprzez wywoływanie skojarzeń jego osoby z reklamą (prywatność), rozpowszechnianiu jego wizerunku bez jego zgody (wizerunek), bezprawnym posługiwaniu się jego nazwiskiem (nazwisko) itp. Przy określeniu, czy dane zachowanie jest bezprawne, możemy posłużyć się kodeksami deontologicznymi¹⁸⁹, których reguły nie mają jednak mocy norm prawnych. Czasem naruszenie dóbr osobistych w reklamie może zostać zakwalifikowane jako delikt lub czyn nieuczciwej konkurencji¹⁹⁰. Najczęściej naruszonymi dobrami osobistymi osób powszechnie znanych jest wizerunek, nazwisko, pseudonim, nierzadko też dobre imię, cześć oraz godność.

184 Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007, s. 148.

185 T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku i korespondencji...*, s. 540.

186 I CR 400/83, OSN 1984, poz. 195.

187 Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, s. 148.

188 K. Grzybyk, *Prawo reklamy...*, s. 34.

189 Kodeksy postępowania w dziedzinie reklamy.

190 T. Grzeszak, *Reklama a ochrona dóbr osobistych...*, s. 7 i nast.

2.3 Przedmiot ochrony w art. 23 k.c. i art. 81 pr. aut.

W związku z brakiem jednolitej definicji wizerunku i możliwości uzyskania ochrony na podstawie różnych aktów prawnych pojawia się pytanie, czy wizerunek powinien być tak samo traktowany na gruncie art. 23 k.c. i art. 81 pr. aut. Zdaniem A. Matlaka¹⁹¹ należy w tym przypadku zastosować wykładnię systemową oraz celowościową i przyjąć jednolite rozumienie terminu wizerunek na gruncie obu ustaw. Art. 81 pr. aut. ma za zadanie dookreślać reżim ochrony wizerunku przewidziany w Kodeksie cywilnym, a różne rozumienie terminu wizerunek przysporzyłoby wielu trudności interpretacyjnych.

Odmienne poglądy prezentuje E. Traple¹⁹². Powołując się na T. Grzeszak, stwierdza, że pojęcie „wizerunek” użyte w art. 23 k.c. jest szersze i stanowi „obraz postaci człowieka, także jego cech charakteru i zachowań, jaki powstaje w odbiorze publicznym w kontekście zaprezentowania publicznie odwzorowania fizycznych cech człowieka”, natomiast wizerunek na gruncie prawa autorskiego należy rozumieć tylko jako odwzorowanie cech człowieka, ewentualnie razem z charakterystycznymi rekwizytami pozwalającymi na rozpoznanie danej osoby przez publiczność. Zatem w przypadku wizerunku dochodzi do kumulatywnego zbiegu przepisów. Kodeks cywilny chroni kształtowanie obrazu człowieka w publicznym odbiorze, sferę prywatności, natomiast prawo autorskie decyduje o uznaniu wyłączności w dysponowaniu obrazem własnej osoby i ochronę interesu majątkowego z tym związanego¹⁹³.

Zgadzając się z poglądem E. Traple, podzielanym przez większość doktryny, iż kodeks cywilny chroni interesy osobiste, a prawo autorskie interesy majątkowe, opowiadam się za jednolitym rozumieniem pojęcia wizerunek i jak już wspomniałam, za rozumieniem szerokim. Wydaje się, iż należy przychylić się do postulatu przeniesienia przepisów o wizerunku z ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych do kodeksu cywilnego¹⁹⁴. Takie stanowisko zajmują m.in. J. Barta i R. Markiewicz oraz J. Sieńczyło-Chlabicz, a także Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego w Zielonej Księdze do kodeksu cywilnego¹⁹⁵.

Podnosi się, iż prawo do wizerunku jest regulowane w prawie autorskim ze względów historycznych i bez racjonalnego uzasadnienia. Większość przedstawicieli doktryny twierdzi, że szczególne regulacje dotyczące wizerunku i korespondencji należy stosować nie tylko do utworu, ale też do listu, który nie jest utworem¹⁹⁶. Wydaje się, iż umieszczenie przepisów dotyczących dóbr osobistych w Kodeksie cywilnym zapewniłoby większą systemową spójność i przejrzystość¹⁹⁷.

Wizerunek jest przedmiotem dwóch regulacji: kodeksu cywilnego i prawa autorskiego. Oczywiście w przypadku ochrony przewidzianej w art. 23 k.c. chodzi o ochronę interesów idealnych: psychicznej i fizycznej integralności człowieka, dobrej sławy, czci, ale także samoistnie wizerunku, jako atrybutu tej tożsamości i prawa człowieka do bycia przedstawianym w prawdziwym świetle. Prawo autorskie natomiast chroni interesy majątkowe związane z naruszeniem monopolu eksploatacji własnego wizerunku.

Myszę, że można pomocniczo stosować do oceny tego, jaki interes został naruszony, kryteria wypracowane przez J. Balcarczyk: klasycznego i komercyjnego wizerunku, ale wciąż byłyby to ten sam wizerunek. Moim zdaniem takie ogólne ujmowanie pojęć pomaga uniknąć zbytniej kazuistyki i budowania wciąż nowych definicji wizerunku, które nie wnoszą nic nowego. Ogólne konstrukcje, konkretyzowane *ad casu*, sprawdzają się w prawie amerykańskim i bardziej odpowiadają szybko zmieniającym się stosunkom społecznym, nie powodując przy tym zbytniego komplikowania się instytucji.

191 A. Matlak, *Cywilnoprawna ochrona wizerunku...*, s. 321–322.

192 E. Traple, *Dobra osobiste w reklamie...*, s. 813 i n.

193 Tamże.

194 Tak m.in. J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo do wizerunku a komercjalizacja dóbr osobistych...*

195 *Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, pod red. Z. Radwańskiego, Warszawa 2006, s. 40.

196 Tak m.in. J. Barta, R. Markiewicz, K. Stefaniuk, inaczej E. Wojnicka.

197 J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo do wizerunku a komercjalizacja dóbr osobistych...*, s. 19 i n.

2.4 Rozpoznawalność jako wyznacznik wizerunku

Funkcja identyfikacyjna i informacyjna wizerunku implikuje wymóg wykazania przez osobę uprawnioną, że rozpowszechniony został jej wizerunek i jest ona na nim rozpoznawalna. W doktrynie nie ma jednolitego poglądu co do stopnia, w jakim osoba przedstawiona musi być rozpoznawalna – czy wystarczy, by wizerunek osoby uprawnionej rozpoznały ona i osoby z jej najbliższego otoczenia, czy też musi być rozpoznawalna także przez osoby trzecie. Możemy wyróżnić dwa aspekty rozpoznawalności¹⁹⁸: sposób przedstawienia osoby, czyli grupa cech umożliwiających identyfikację oraz krąg odbiorców tego przedstawienia.

Jeżeli chodzi o pierwszy aspekt, zdaniem J. Sieńczyło-Chlabicz, najważniejsze jest to, jak dany wizerunek jest odbierany – czy oglądający zdaje sobie sprawę, że widzi konkretną osobę. Autorka zauważa, że prawo autorskie nie określa potrzebnego stopnia rozpoznawalności cech, ani nie podaje grupy cech pomagającej w identyfikacji. Najważniejszą rolę odgrywa twarz, ale istotna jest każda cecha, która pozwala zidentyfikować daną osobę, np. sposób poruszania się. Rozpoznanie jest również możliwe poprzez przedstawianie danej osoby wśród grupy przyjaciół w taki sposób, że odbiorca może przypuszczać, iż znajduje się ona wśród nich¹⁹⁹.

Odnosnie kręgu odbiorców, dla których dana osoba musi być rozpoznawalna, by udzielono jej ochrony, J. Sieńczyło-Chlabicz, analizując rozwiązania niemieckie, opowiada się za hipotetyczną rozpoznawalnością jako wystarczającą do udzielenia ochrony osobie uprawnionej do wizerunku. W tym ujęciu, wystarczającym byłoby aby osoba była rozpoznawalna tylko przez krąg swoich najbliższych znajomych, niekoniecznie przez osoby trzecie²⁰⁰.

Inny pogląd prezentuje T. Grzeszak²⁰¹, która stwierdza, że udzielenie ochrony jest uzależnione od konieczności podobieństwa dostrzegalnego nie tylko przez osobę zainteresowaną, ale także przez osoby trzecie. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego²⁰² rozpoznawalność musi być uniwersalna i nie może się ograniczać tylko do kręgu osób najbliższych. Autorka podkreśla, że tylko w przypadku dochodzenia ochrony czci lub prywatności, naruszonej poprzez rozpowszechnianie wizerunku wystarczy, by osoba została rozpoznana przez kogokolwiek. W przypadku osób publicznych zachodzi prawidłowość, że im bardziej dana osoba jest znana, tym łatwiej ją rozpoznać, nawet w przypadku mało wyraźnego czy uproszczonego przedstawienia, np. karykatura, zamazane zdjęcie.

Natomiast J. Barta i R. Markiewicz²⁰³ wskazują, iż „rozpoznawalność” nie musi być utożsamiania z podaniem danych identyfikujących określoną osobę, czyli np. jej imienia i nazwiska. Wystarczające jest kojarzenie człowieka przedstawionego na nośniku z konkretną osobą.

Podsumowując, wydaje się więc, iż w przypadku reklamy, która jest wypowiedzią czysto komercyjną i korzysta z mniejszej ochrony, należy przyjąć za wystarczający dla udzielenia ochrony wymóg rozpoznawalności jednostki przez krąg najbliższych osób. Poziom tej ochrony powinien być wprost proporcjonalny do stopnia naruszenia. W sytuacji, gdy naruszone są interesy osobiste i majątkowe, należy przyznać priorytet ochronie jednostki.

Należy się jednak zastanowić, czy nie lepszym rozwiązaniem byłoby uznanie, iż w sytuacji, gdy naruszone zostały interesy osobiste jednostki, wystarczy rozpoznawalność przez krąg najbliższych osób, a w przypadku naruszenia jedynie interesów majątkowych rozpoznawalność musi obejmować również osoby trzecie, być „powszechna”.

Komercjalizacja dóbr osobistych doprowadziła do umajątkowienia wizerunku. Autonomia jednostki w dysponowaniu wizerunkiem i uzyskania za to wynagrodzenia tworzy jego majątkowy charakter.

198 IV CKN 1819/00, OSP 2004, Nr 6, poz. 75, s. 320.

199 J. Sieńczyło-Chlabicz, *Przedmiot, podmiot i charakter prawa do wizerunku...*, s. 20.

200 Tamże.

201 T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku i korespondencji...*, s. 542.

202 Wyrok SN z 27 lutego 2003 r., IV ACa 348/03, niepubl.

203 J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół prawa do wizerunku...*, s. 13.

Dla ochrony interesu niemajątkowego wystarczająca powinna być rozpoznawalność przez najbliższych. Krzywda powstaje przez samą świadomość, że ktoś naruszył tak ważne dobro, jak wizerunek. Jednak w sytuacji naruszenia wizerunku komercyjnego, wydaje się, że musi on być powszechnie rozpoznawalny. Jedną z metod oceny mogą być badania statystyczne. W przypadku reklamy można spróbować posłużyć się domniemaniem faktycznym, że skoro naruszytel wykorzystał akurat ten wizerunek, to musiał wiedzieć, co czyni i czynić to z premedytacją.

Ponieważ celem reklamy jest uzyskanie wyższej sprzedaży, a reklama musi przekonać „wiele osób”, to rozpoznawalność będzie kluczowa dla ochrony majątkowego aspektu wizerunku. Nie oznacza to bynajmniej, że nie można dochodzić zadośćuczynienia za krzywdę czy odszkodowania (np. bezprawnie wykorzystano wizerunek danej osoby w reklamie firmy Adidas i prawdopodobnie firma Nike nie będzie chciała jej już zatrudnić, gdyż kojarzy się ona z produktami konkurencji).

3. Wizerunek osoby publicznej w reklamie

3.1 Uwagi ogólne

Coraz częściej najważniejszym i najbardziej charakterystycznym elementem reklamy jest udział w niej osób publicznych – znanych aktorów, muzyków, polityków itp. Posłużenie się wizerunkiem popularnej osoby przykuwa uwagę odbiorców i prawie zawsze gwarantuje doskonałą sprzedaż towaru lub usługi. Osoby zajmujące się reklamą zdają sobie sprawę, że nawet najpiękniejsza anonimowa modelka nie jest w stanie podzielać na potencjalnych kupujących tak, jak popularna osoba. W Polsce coraz więcej osób powszechnie znanych decyduje się na udział w reklamie. Jako przykład mogą posłużyć chociażby reklamy banków, w których występuje w ostatnim czasie wiele polskich osób publicznych m.in. Marek Kondrat (Bank ING), Piotr Fronczewski (Getin Bank), Hubert Urbański i Katarzyna Kowalska (Millennium Bank).

Jak już wspomniano, najczęściej reklama z udziałem *public figures* bazuje na posłużeniu się jej nazwiskiem lub wizerunkiem lub przedstawia ją jako nabywcę określonych dóbr i usług²⁰⁴.

Pomimo faktu, że w większości przypadków wizerunek *public figures* jest wykorzystywany w reklamie za ich zgodą i częstokroć przynosi im duże zyski, zdarzają się sytuacje, kiedy twórcy reklamy przedstawiają jakąś osobę bez jej pozwolenia.

3.2 Komercjalizacja wizerunku

Wizerunek powszechnie kojarzony jest z dobrami osobistymi i rozumiany jako atrybut osobowości człowieka²⁰⁵. W ostatnich latach w coraz większym stopniu możemy zaobserwować proces komercjalizacji wizerunku w Polsce. Termin „komercjalizacja” oznacza „oparcie czegoś na zasadach komercyjnych, komercyjnych, handlowych, kupieckich”. Słowo wywodzi się od łacińskich terminów *commercialis* – handlowy, *commercium* – handel towarami²⁰⁶. Proces ten jest charakterystyczny także na świecie, gdzie coraz częściej dostrzega się elementy majątkowe prawa do wizerunku oraz określoną wartość rynkową wizerunku. Zdaniem przedstawicieli doktryny może to oznaczać początek kreowania prawa majątkowego do kontroli komercyjnego wykorzystania wizerunku i innych atrybutów tożsamości identyfikujących osoby powszechnie znane, stanowiący odpowiednik amerykańskiej konstrukcji *right of publicity*. Jak już wspomniano wyżej, komercjalizacja wizerunku osób publicznych przybiera najczęściej dwie formy: rekomendacja (*endorsement*) i *merchandising*²⁰⁷.

204 np. udział Marii Peszek w reklamie konta internetowego *Inteligo*.

205 E. Traple, *Dobra osobiste w reklamie...*, s. 823.

206 W. Kopański, *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych*, Warszawa 2002.

207 Por. rozdział 1 pkt 4.1 i 4.2.

Problematyczne staje się zatem określenie charakteru prawa do wizerunku. Czy prawo do wizerunku powinno być traktowane jako prawo o charakterze wyłącznie osobistym, czy może mieszanym, tj. osobisto-majątkowym, czy też najdalej idąc, jako prawo o charakterze wyłącznie majątkowym²⁰⁸. Klasyczny podział na dobra o charakterze majątkowym oraz dobra niemajątkowe opiera się na kryterium interesu ekonomicznego podmiotu uprawnionego. Zjawisko komercjalizacji atrybutów ludzkiej osobowości wywołało uzasadnione wątpliwości związane z tym podziałem.

Dobrem, które nie podlega jednoznacznej ocenie jest wizerunek. Jak stwierdza J. Balcarczyk²⁰⁹, w wyniku stopniowego nabierania przez wizerunek wartości rynkowej, nie jest on już dobrem o „czystych” cechach, klasycznie przypisywanym dobrom osobistym. W praktyce obrotu wizerunek funkcjonuje jako dobro majątkowe i jest przedmiotem prawnego obrotu. Jak słusznie podnoszą J. Barta i R. Markiewicz²¹⁰, wizerunek wyróżnia się dwiema cechami: dwoistością ochrony oraz szczególnym stopniem komercjalizacji.

3.2.1 Konstrukcja i charakter prawa do wizerunku

Ochrona wizerunku realizowana jest zarówno na gruncie prawa cywilnego, jak i na gruncie prawa autorskiego. Kodeks cywilny stanowi o „dobrach osobistych człowieka” i nakazuje utworzone na jego podstawie prawa podmiotowe zaliczać do praw niemajątkowych, osobistych. Przyjmuje się powszechnie, że zgoda uprawnionego na naruszenie jego dobra osobistego uchyla bezprawność. Art. 81 pr. aut. nie przesądza, jaki charakter mają chronione dobra i odpowiadające im prawa. Zgoda jest skonstruowana jako upoważnienie do korzystania z wizerunku i kreuje zarzut hamujący do wykonywania prawa podmiotowego do wizerunku. Prawo wynikające z art. 81 pr. aut. jest bezwzględnym prawem podmiotowym²¹¹. W jego treści zawierają się zarówno uprawnienia pozytywne (zezwoleń na rozpowszechnianie wizerunku) oraz zakazowe (zakazywanie rozpowszechniania wizerunku bez zgody). Doktryna nie jest jednak zgodna co do charakteru tego prawa.

Konflikt w doktrynie co do charakteru prawa do wizerunku najlepiej obrazuje rozbieżne stanowisko „duetu profesorów” J. Barty i R. Markiewicza. Niestety nie jesteśmy w stanie ustalić, który z nich prezentuje jakie stanowisko, gdyż postanowili tego nie ujawniać²¹².

Pierwsza koncepcja zakłada, iż wizerunek stanowi przedmiot dwóch praw podmiotowych: prawa osobistego (z art. 23 k.c.) i prawa majątkowego (z art. 81 pr. aut.). Taka interpretacja, iż umieszczenie wizerunku w dwóch osobnych źródłach nie było przypadkowe, dostrzega powszechne zjawisko komercjalizacji wizerunku (także nazwiska, prywatności etc.)²¹³. Wizerunek korzysta zatem z ochrony kumulatywnej, opartej na dwóch różnych podstawach prawnych. Art. 23 i 24 k.c. mają za zadanie ochronę pozamajątkowych interesów, a prawo kreowane na ich podstawie ma charakter osobisty: jest nieprzenoszalne, niedziedziczne i wygasa ze śmiercią osoby będącej podmiotem prawa.

Regulacja w prawie autorskim nie przesądza o charakterze interesów, ani prawa do wizerunku. Nie nawiązuje i nie odsyła do przepisów Kodeksu cywilnego, zatem wydaje się, iż nie istnieją żadne formalne, ani racjonalne przeszkody, aby wizerunek z art. 81 pr. aut. traktować jako dobro majątkowe lub mieszane majątkowo-osobiste²¹⁴.

W związku z postępującą komercjalizacją wizerunku osób powszechnie znanych, wizerunek stał się bardzo cennym towarem. Powszechna stała się praktyka zawierania umów zezwalających na jego wykorzystanie. Umowy te są coraz odważniejsze – często całkowicie rezygnują z konstrukcji, mających odzwierciedlać ideę ściśle osobistego charakteru prawa do wizerunku i jasno stanowią, że ich celem

208 J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo do wizerunku a komercjalizacja dóbr osobistych...*, s. 19 i n.

209 J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja...*, s. 260.

210 J. Barta, R. Markiewicz, *Media a dobra osobiste...*, s. 115.

211 E. Traple, *Dobra osobiste w reklamie...*, s. 823.

212 Por. wywiad z prof. Bartą i Markiewiczem w magazynie radców prawnych pt. „Kancelaria”, kwiecień 2011

213 J. Barta, R. Markiewicz, *Media a dobra osobiste...*, s. 116.

214 Tamże, s. 119.

jest przeniesienie tego prawa²¹⁵. Majątkowy charakter wizerunku nie sprowadza się do tego, że jego naruszenie może wywołać szkodę majątkową. Istotnym jest, iż „wizerunek jest dziś dobrem niematerialnym o realnej i potencjalnej wartości majątkowej, wartości często dużej i wymiernej. Jest dobrem, którym często „handluje się”, które stanowi przedmiot umów”²¹⁶.

Pogląd ten zdaje się podzielać J. Sieńczyło-Chlabicz²¹⁷, wskazując trzy możliwe rozwiązania sporu dotyczącego charakteru prawa do wizerunku: (1) uznanie mieszanego osobisto-majątkowego charakteru prawa do wizerunku wraz z uznaniem pośmiertnej ochrony majątkowych elementów prawa do wizerunku; (2) uznanie istnienia dwóch praw: prawa do wizerunku jako prawa osobistego, niezbywalnego i niepodlegającego dziedziczeniu i prawa do oznaczeń identyfikujących osoby powszechnie znane (odpowiednik amerykańskiego *right of publicity*) – jako prawa majątkowego, zbywalnego i dziedzicznego; (3) uznanie wizerunku za przedmiot wyłącznie prawa osobistego.

Wydaje się, że ostatnie rozwiązanie nie odpowiada współczesnym potrzebom społecznym i ekonomicznym, nie uwzględnia dorobku polskiej i zagranicznej doktryny i orzecznictwa.

Uznanie, że dane dobro ma również aspekt majątkowy, nie rozstrzyga o charakterze tego dobra. Decydujące znaczenie ma przyjęta regulacja prawna i rozstrzygnięcie, który z elementów ma nadrzędne znaczenie. O charakterze danego dobra powinno decydować to, który element – osobisty czy majątkowy ma nadrzędny charakter i jaka została przyjęta regulacja prawna²¹⁸. Zdaniem J. Sieńczyło-Chlabicz podobnie jak jednego z „duetu profesorów”, wizerunek jest przedmiotem dwóch praw podmiotowych: prawa osobistego z art. 23-24 k.c. i prawa mieszanego, mającego charakter osobisto-majątkowy na gruncie art. 81 pr. aut. Prawo decydowania o każdym rozpowszechnieniu na gruncie art. 81 pr. aut. Pozwala chronić zarówno interesy osobiste, jak i majątkowe.

Według alternatywnego poglądu, nazwanego „Obroną koncepcji tradycyjnej”²¹⁹, określenie „wizerunek” zawarte w art. 81 pr. aut. i art. 23 k.c. dotyczy tego samego dobra osobistego, co nie wyklucza interpretacji, iż na gruncie art. 81 występuje portret (wizerunek zrealizowany), a na gruncie art. 23 dotyczy także „abstrakcyjnego wizerunku”. W myśl tej koncepcji art. 81 pr. aut. nie stanowi odrębnej podstawy ochrony, a jedynie „uszczegóławia zasady ochrony wizerunku ze względu na oznaczone w prawie autorskim sposoby korzystania z niego”. W pozostałym zakresie, a zatem tworzenia wizerunku lub jego eksploatacji innej niż rozpowszechnianie, ocen należy dokonywać wyłącznie na gruncie art. 23 k.c.”²²⁰.

T. Grzeszak²²¹ także dostrzega majątkowe interesy związane z wizerunkiem, stwierdzając, iż komercjalizacja niektórych uprawnień osobistych jest już faktem, do którego prawo musi się jakoś odnieść.

Słusznie, wydaje się, stwierdza E. Traple²²², iż nie ulega wątpliwości, że art. 23 k.c. jest ukierunkowany na ochronę interesów osobistych i takie samo założenie leżało u podstaw art. 81 pr. aut. Jednak w praktyce obrotu, w obliczu coraz szerszego zjawiska komercjalizacji wizerunku, art. 81 pr. aut. zaczął pełnić inną rolę, której Ustawodawca nie przewidział. Ukształtował on monopol rozpowszechniania wizerunku, rozumianego jako dobro niematerialne, a naruszenie prawa o charakterze niemajątkowym może powodować roszczenie majątkowe. Uprawniony zyskał wyłączność eksploatacji wizerunku. P. Sut²²³ uważa, iż pogląd, iż dobra osobiste są zawsze wartościami o charakterze niemajątkowym, budzi poważne wątpliwości, ponieważ zależy to od kontekstu społecznego.

215 Tamże, s. 117.

216 Tamże, s. 118.

217 J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo do wizerunku a komercjalizacja dóbr osobistych...*, s. 19 i n.

218 M. Czajkowska-Dąbrowska, s. 471; A. Matlak, *Cywilnoprawna ochrona wizerunku...*, s. 329.

219 J. Barta, R. Markiewicz, *Media a dobra osobiste...*, s. 120.

220 J. Barta, R. Markiewicz, *Media a dobra osobiste...*, s. 120.

221 T. Grzeszak, *Glosa do wyroku SN z 16 kwietnia 2004 r.*

222 E. Traple, *Dobra osobiste w reklamie...*, s. 824.

223 P. Sut, *Problem twórczej wykładni przepisów o ochronie dóbr osobistych...*, s. 31.

Słusznie moim zdaniem stwierdza E. Traple²²⁴, że dwoistość regulacji ochrony wizerunku stanowi dobry przykład takiego kontekstu i dopiero w konkretnym stanie faktycznym, będzie można zdecydować, czy chronimy wartość niemajątkową czy majątkową. W wypadku art. 23 k.c. będzie to zawsze wartość niemajątkowa, a w art. 81 niemajątkowa lub majątkowa zależnie od kontekstu.

Warty uwagi jest postulat przewartościowania definicyjnej teorii dóbr osobistych²²⁵. Cechą pozwalającą na kwalifikację danego atrybutu tożsamości powinien być nie jego niemajątkowy charakter, ale więź, jaka istnieje pomiędzy danym przedmiotem ochrony, a osobą fizyczną. Pogląd ten był już wcześniej sygnalizowany przez B. Gawlika²²⁶, który stwierdził, iż pewne dobra zasługują na szczególną instytucjonalną ochronę ze względu na szczególną więź, jaka istnieje pomiędzy tym atrybutem osoby fizycznej, a nią samą. Analiza tej więzi, która w odniesieniu do „klasycznych” dóbr osobistych będzie się zazwyczaj wywodzić z godności, a w przypadku dóbr osobistych posiadających wartość majątkową – z prawa jednostki do samostanowienia, powinna być dokonywana w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego²²⁷.

Wydaję się, iż w obowiązującym stanie prawnym należy się przychylić do stanowiska, że wizerunek jest przedmiotem dwóch praw podmiotowych: prawa osobistego z art. 23-24 k.c. i prawa mieszanego, mającego charakter osobisto-majątkowy na gruncie art. 81 pr. aut. Prawo decydowania o każdym rozpowszechnieniu na gruncie art. 81 pr. aut. pozwala chronić zarówno interesy osobiste, jak i majątkowe, zależnie od kontekstu konkretnego rozpowszechnienia.

Przyjęcie poglądu o dwoistej naturze osobisto-majątkowej wizerunku w art. 81 pr. aut. pozwala przyjąć, że wartość tego dobra nie ustaje po śmierci osoby przedstawionej i może być ono dziedziczone na zasadach ogólnych²²⁸. Także T. Grzeszak²²⁹ nie wyklucza dziedziczenia prawa do wizerunku na zasadach ogólnych, jeżeli przyjmujemy koncepcję o mieszanym, osobisto- majątkowym charakterze wizerunku.

W przypadku koncepcji o czysto majątkowym charakterze wizerunku, możliwość decydowania o rozpowszechnianiu wizerunku wygasałaby ze śmiercią osoby przedstawionej, a roszczeń nie można byłoby dochodzić na mocy art. 83 pr. aut. po upływie 20 lat od śmierci uprawnionego.

3.2.2 Komercjalizacja wizerunku w orzecznictwie

W orzecznictwie sądów polskich można wciąż wskazać niewiele przykładów spraw dotyczących komercyjnego wykorzystania wizerunku. Pierwszym przypadkiem była sprawa dotycząca bezprawnego wykorzystania wizerunku znanego sportowca na pocztówkach²³⁰.

Jak zauważył Sąd Najwyższy, w przypadku rozpowszechniania pocztówek z wizerunkiem powoda, zostało naruszone jego prawo do rozporządzania dobrem osobistym. Powód doznał uszczerbku majątkowego, który polegał na utracie wynagrodzenia, jakie otrzymałby, gdyby zawarto z nim umowę o wydanie fotografii w formie pocztówki. Kwota ta została uznana za bezpodstawne wzbogacenie (art. 405 k.c.) Wizerunek powoda został wykorzystany bez jego zgody w celu komercyjnym i dlatego Sąd Najwyższy przyznał mu roszczenie z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia²³¹.

W kolejnej sprawie, znanej pod nazwą „Pigwa”²³², pozwani używali pseudonimu powoda oraz jego wizerunku (rzeczywistego lub karykatury) jako oznaczenia produkowanego lub sprzedawanego przez nich piwa, podpiwku i innych produktów spożywczych. Charakterystycznymi cechami dla wykreowanej przez powoda postaci Genowefy Pigwy był świętokrzyski strój oraz chusta.

224 E. Traple, *Dobra osobiste w reklamie...*, s. 825.

225 J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja...*, s. 279.

226 B. Gawlik, *Ochrona dóbr osobistych...*, s. 126.

227 J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja...*, s. 284.

228 J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół prawa do wizerunku...*

229 T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku i korespondencji...*, s. 568.

230 Wyrok SN z 27.06.1977 r., I CR 127/77 (niepubl.), za J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo do wizerunku a komercjalizacja dóbr osobistych...*, s. 19 i n.

231 J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo do wizerunku a komercjalizacja dóbr osobistych...*, s. 19 i n.

Zobacz też artykuł M. Czajkowska-Dąbrowska, I. Wiszniewska, *Merchandising- czyli komercjalizacja popularnych symboli...*, s. 1.

232 Wyrok S.A. w Krakowie z 1.02. 1995 r., IACr 697/94, cyt. Za B. Gawlik: *Dobra osobiste. Zbiór orzeczeń Sądu Apelacyjnego w Krakowie, Kraków 1999*, s. 136 i n.

Sąd Apelacyjny w Krakowie uznał, iż użycie w celach reklamowych wizerunku i pseudonimu artystycznego powoda bez jego zgody stanowi bezprawne naruszenie jego dóbr osobistych. Zdaniem sądu pozwani spożytkowali wartość majątkową postaci kreowanej przez powoda, wykorzystując skojarzenia odbiorców z tą postacią w celu zachęcenia do zakupu towarów. Zasądzone odszkodowanie było w wysokości wynagrodzenia, jakie powód uzyskałby w razie zawarcia z naruszającym stosownej umowy zezwalającej na wykorzystanie wizerunku i pseudonimu powoda. W powyższej sprawie Sąd potraktował wizerunek jako dobro niematerialne, dostrzegając także majątkowe elementy prawa do wizerunku²³³.

M. Czajkowska-Dąbrowska²³⁴ stwierdza, iż można dostrzec przejawy kształtowania „niejako mimochodem, wyłącznego prawa do rozporządzania wizerunkiem jako dobrem majątkowym. Kwalifikacja faktu braku zapłaty za wykorzystanie czyjegoś wizerunku jako wzbogacenia się bez podstawy prawnej lub jako bezprawnego wyrządzenia szkody jest w gruncie rzeczy równoważna założeniu, że wizerunek stanowi dobro niematerialne, przedmiot wyłącznego prawa majątkowego”. Zauważa jednak również, iż ze względu na zasadę *numerus clausus* praw podmiotowych bezwzględnych uznanie istnienia bezwzględnego prawa podmiotowego rozporządzania wizerunkiem wymaga wyraźnego przepisu ustawy „który by usankcjonował tę swoistą, nową postać własności”.

3.2.3 Wizerunek komercyjny

J. Balcarczyk²³⁵ podjęła próbę zdefiniowania oddzielnej kategorii wizerunku – wizerunku komercyjnego, stwierdzając, iż do tej pory pojęcie to było używane raczej w sposób intuicyjny, bez przybliżania jego znaczenia. Potrzeba wyodrębnienia tego typu wizerunku wynika ze specyfiki przekazu, w którym został on umieszczony, a więc przekazu reklamowego. Wizerunek ten będzie nadal kwalifikowany jako dobro osobiste, ale przy uwzględnieniu potrzeby zmiany postrzegania i definiowania dóbr osobistych jako dóbr niemajątkowych i położenia nacisku na więź łączącą podmiot z przedmiotem prawa.

Zdaniem autorki w orzecznictwie możemy odnotować dokonywanie rozdziału na wizerunek „klasyczny” i wizerunek komercyjny. W wyroku z 16 kwietnia 2004 roku²³⁶ Sąd Najwyższy odróżnił zgodę na informacyjne rozpowszechnianie od zgody na wykorzystanie reklamowe. Wizerunek komercyjny jest to wizerunek, który „został rozpowszechniony lub wykorzystany w celu *merchandisingu* lub w innym celu komercyjnym”. Opatrzanie terminu „wizerunek” przymiotnikiem „komercyjny” ma na celu jedynie zaakcentowanie jego wartości majątkowej, przy równoczesnym zachowaniu wszystkich przesłanek konstytuujących wizerunek jako przedmiot ochrony²³⁷.

3.2.4 Persona

Jedną z propozycji stworzenia zbiorczego prawa, które chroniłoby komercyjne wykorzystanie atrybutów tożsamości człowieka, zwłaszcza posiadających wymierną wartość majątkową, jest konstrukcja persony. Termin „persona” został po raz pierwszy użyty (w literaturze europejskiej) przez J.S.C. Pinckaersa²³⁸. Na pojęcie persony składają się wszystkie „symbole oraz wyznaczniki identyfikujące osobę fizyczną”, wszystkie atrybuty tożsamości identyfikujące daną jednostkę, takie jak: imię, wizerunek, głos, podpis, cechy charakterystyczne oraz pozostałe wyróżniające elementy, dzięki którym dana osoba może zostać zidentyfikowana (rozpoznana) przez innych ludzi²³⁹. J.S.C. Pinckaers podkreślił, iż co prawda atrybuty te są określane jako części tożsamości lub składniki osobowości, ale termin persona jest bardziej uniwersalny, może być używany „ponadnarodowo”, bez potrzeby tłumaczenia na inne języki²⁴⁰.

233 J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo do wizerunku a komercjalizacja dóbr osobistych...*, s. 19 i n.

234 M. Czajkowska-Dąbrowska, *Glosa do wyroku SA w Warszawie z 13 stycznia 1999 r.*, *I ACa 1089/98*, OSP 2000, nr 9, poz. 142.

235 J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja...*, s. 277.

236 I CK 495/03, *Glosa* 2005, nr 1, poz. 54.

237 J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja...*, s. 277.

238 J.C.S. Pinckaers, *From privacy toward a new intellectual property right in persona*, Kluwer Law International 1996, s. 265 i n., za: J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku...*, s. 313.

239 J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja...*, s. 313.

240 J.C.S. Pinckaers, *From privacy...*, s. 265 i n., za: J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku...*, s. 313.

W polskiej doktrynie najwięcej uwagi zagadnieniu persony poświęciła T. Grzeszak²⁴¹. Pojęcie persony nawiązuje do starogreckiego określenia *prosopon*, oznaczającego maskę aktorską, a zarazem tworzonej na scenie postaci (łac. *persona*)²⁴².

T. Grzeszak²⁴³ określa personę jako niemajątkowe dobro o wartości majątkowej, stanowiące majątkowy odpowiednik indywidualności człowieka. Jest to majątkowe prawo do eksploatacji atrybutów własnej tożsamości. Persona miałaby być nowym dobrem osobistym, wyodrębnionym w celu chronienia interesu jednostki sprzeciwianiu się niechcianym, reklamowym skojarzeniom z jej osobą. W rozumieniu T. Grzeszak persona jest wartością najbliższą publicznemu wizerunkowi człowieka (*image*)²⁴⁴. „Persona może zlewać się z publicznym wizerunkiem, ale może też być świadomie kreowana (zarówno przez samego uprawnionego, jak i przez np. specjalistów od wizerunku) w świadomości opinii publicznej. Jest ona zbiorowym wyobrażeniem na temat danej osoby, przy czym nie chodzi tu o jej ocenę moralną (dobrą czy złą opinię), tylko sumę wrażeń, emocji i skojarzeń, jakie ona powszechnie budzi. Im ktoś w opinii innych posiada bardziej wyrazistą osobowość i im jest sławniejszy, tym większą wartość rynkową posiada jego persona”²⁴⁵.

Konstrukcja persony ma wskazywać na nową wartość atrybutów tożsamości człowieka, która jest godna ochrony, posiadającą równocześnie wartość idealną i ekonomiczną²⁴⁶. Jak słusznie stwierdza T. Grzeszak²⁴⁷, „uprawniony nie musiałby wykazywać naruszenia jego idealnego interesu, by móc zakazać eksploatacji własnej renomy. Dzięki temu mógłby kontrolować nie tylko pierwsze wykorzystanie, lecz również każde kolejne, gdyż stanowiłyby one przejawy eksploatacji jego persony”. Pojęcie persony pozwoliłoby objąć wizerunek rozumiany szeroko: jako odwzorowanie postaci, maskę artystyczną, głos oraz wszystkie inne atrybuty tożsamości, które pozwalają na identyfikację danej osoby jako określonej jednostki ludzkiej. Przy określaniu zakresu persony należałoby położyć nacisk, tak jak sugeruje J. Sieńczyło-Chlabicz, na kryterium rozpoznawalności²⁴⁸.

Wydaje się, iż nie należy ograniczać tej instytucji tylko do osób powszechnie znanych²⁴⁹, gdyż jak wskazano w rozdziale I niniejszej pracy, bardzo często wykorzystywani w reklamie są niefachowi rzecznicy produktu (*lay consumer*) – osoby, które nie są szerzej znane odbiorcom reklamy. Ponadto osobom prywatnym bardzo trudno będzie dowieść np. bezpodstawne wzbogacenie naruszcyciela, gdyż trudności przysporzy im wykazanie uszczerbku w ich majątku.

T. Grzeszak konstruuje dwa prawa, które mają przysługiwać osobie uprawnionej: prawo do persony i prawo na personie. Prawo do persony to „prawo do zakazywania reklamowego wykorzystania, tj. wywoływania reklamowego skojarzenia z daną osobą, ponieważ to godzi w jej publiczny wizerunek. Stwarza się wrażenie, że ona się na to zgodziła, że akceptuje reklamę, co nie jest prawdą, a nawet, gdy takiego wrażenia nie stwarza, to wywołuje niepożądane dla uprawnionego skojarzenie z niechcianą reklamą”. Prawo na personie przewiduje natomiast ochronę interesu majątkowego osoby publicznej, polegającego na możliwości wykorzystania „siły zarobkowej” własnej renomy i wyłączność w korzystaniu „z wartości, jaką posiada kontrolowanie rozpowszechniania nośników persony”²⁵⁰.

3.2.5 Right of publicity

Kolejną propozycją wzmocnienia ochrony prawa do wizerunku jest przyznanie jednostkom odrębnego prawa majątkowego, zbliżonego do amerykańskiej instytucji *right of publicity*, które byłoby zbywalne

241 Por. T. Grzeszak, *Reklamowe wykorzystanie wizerunku i nazwiska, jako przykład wykorzystania persony*, w: *Dokąd zmierza prawo autorskie we współczesnym świecie?*, Kraków 2006 oraz T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku i korespondencji ...*, s. 540.

242 K.-N. Pfeifer, *Individualität im Zivilrecht*, za: T. Grzeszak, *Reklamowe wykorzystanie...*, s.37.

243 T. Grzeszak, *Reklama a ochrona dóbr osobistych...*, s. 9.

244 J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja...*, s. 313.

245 Tamże.

246 T. Grzeszak, *Reklamowe wykorzystanie...*, s. 37 i n.

247 Tamże, s. 9.

248 J. Sieńczyło-Chlabicz, *Ekonomiczna eksploatacja oznaczeń osób powszechnie znanych*, PiP 2003, z. 7, s. 96.

249 Tak też J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja...*, s. 314.

250 T. Grzeszak, *Reklamowe wykorzystanie...*, s. 37 i n.

i podlegające dziedziczeniu. Konstrukcja *right of publicity* nie jest tożsama z prawem do wizerunku. Jest kategorią szerszą, gdyż obejmuje nie tylko wizerunek w tradycyjnym rozumieniu, jako odwzorowanie fizycznych cech człowieka, ale także inne atrybuty tożsamości człowieka, np. głos etc. *Right of publicity* jest definiowane jako „prawo każdej osoby do zapobiegania nieautoryzowanemu, komercyjnemu wykorzystaniu swojej tożsamości”²⁵¹. Polskim odpowiednikiem tego pojęcia mogłoby być „prawo do kontroli komercyjnego wykorzystania własnej tożsamości”.

Right of publicity wywodzi się z prawa do prywatności, które jest prawem podmiotowym jednostki do bycia pozostawionym w spokoju (*the right to be let alone*) i prawem do powstrzymywania innych przed naruszaniem prywatności²⁵². Jest to wywodzący się z prawa do prywatności delikt przywłaszczenia sobie wizerunku, nazwiska lub popularności osoby w celu osiągnięcia zysku lub korzyści dla innej osoby. Konstrukcja *right of publicity* ma służyć dwóm celom: ochronie jednostek przed uszczerbkiem (*distress*), który może wyniknąć z niezgodnego z wolą osoby wykorzystania jej tożsamości, oraz ochronie interesów własnościowych i majątkowych tych jednostek związanych z ich tożsamością. W ramach tego prawa przewidziana jest również możliwość komercjalizacji wizerunku: transferu tego prawa na inne podmioty poprzez umowę, sprzedaż, prezent, a w niektórych przypadkach przez dziedziczenie i testament²⁵³.

Right of Publicity zostało po raz pierwszy skonstruowane w orzeczeniu w sprawie *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*²⁵⁴. Sprawa dotyczyła sporu dwóch producentów gumy do żucia, którzy zawarli z grupą graczy w baseball umowy o udostępnienie wizerunku na zasadach wyłączności (najpierw umowę taką zawarła spółka Haelan Laboratories, a następnie taką samą umowę spółka Topps Chewing Gum) w kampanii reklamowej. Sąd uznał, iż legitymowani przenieśli na stronę powodową prawo do wizerunku, zapewniając równocześnie, że przysługuje im ono na wyłączność. W związku z tym prawo do wykorzystania wizerunku sportowca (*right of publicity*) ma status zbywalnego prawa majątkowego i zostało przeniesione na powoda. Odróżniono prawo majątkowe, zbywalne *right of publicity* od nieprzenoszalnego i osobistego *right of privacy*. Należy podkreślić, iż orzeczenie to wywołało wiele kontrowersji, jednak z czasem zostało zaakceptowane i rozpoczęło kształtowanie prawa do komercyjnego wykorzystania własnej tożsamości.

Kamieniem milowym w kształtowaniu się instytucji *right of publicity* było orzeczenie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*²⁵⁵. Lokalna stacja telewizyjna nagrała występ cyrkowca bez jego zgody i wyemitowała go w całości podczas wieczornych wiadomości. Powód powołał się na *right of publicity*, podnosząc, iż telewizja nie tylko nie uzyskała zgody na wyemitowanie jego występu, ale także wiedziała, że powód odmówił tej zgody. Argumentował również, że wyświetlenie występu spowodowało u niego szkodę majątkową, gdyż widzowie nie będą już zainteresowani, żeby zapłacić za bilet i zobaczyć występ na żywo w cyrku.

Sąd podkreślił w tym orzeczeniu ekonomiczny charakter prawa do komercyjnego wizerunku. Szkada wyrządzona powodowi polegała na utracie zarobku, w wyniku umożliwienia publiczności obejrzenia występu za darmo i zniechęcenie jej tym samym do obejrzenia i zapłacenia za występ na żywo. W tym wypadku *right of publicity* ma zapobiegać bezpodstawnemu wzbogacaniu się osób w wyniku bezprawnego wykorzystania tożsamości lub dokonania innych osób, bez zapłaty im stosownego wynagrodzenia. Wyżej przytoczony wyrok jest jedynym wyrokiem Sądu Najwyższego w przedmiocie *right of publicity*, ale ze względu na fakt, iż orzeczenia te tworzą prawo i na wielki autorytet, jakim cieszy się Sąd Najwyższy, powszechnie uznana została instytucja *right of publicity*²⁵⁶.

251 Bruce P. Keller, *The Right of Publicity: Past, Present, and Future*, 1207 PLI/Corp 159, 182 (2000).

252 Traci S. Jackson, *How Far Is Too Far? The Extension of the Right of Publicity to a Form of Intellectual Property Comparable to Trademark/Copyright*, HeinOnline, 6 Tul. J. Tech. & Intell. Prop. 181, 2004.

253 Bruce P. Keller, *The Right of Publicity: Past, Present, and Future*, 1207 PLI/Corp 159, 182 (2000).

254 *Haelan Laboratories v. Topps Chewing Gum, Inc.*, 202 F. 2d 866, 2nd Cir. 1953.

255 *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562 (1977).

256 J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku...*, s. 181.

Głośna była również sprawa z 1964 roku dotycząca wykorzystania przez wytwórnię Walta Disneya filmu ukazującego znanego aktora Kirka Douglasa, bawiącego się z dziećmi w Disneylandzie, który był następnie parokrotnie wyświetlany w programie „Disneyland”. Rozpatrujący sprawę sąd w Kalifornii podkreślił w wyroku, iż atrybuty tożsamości znanych osobistości mają „wymierną wartość handlową”²⁵⁷.

3.2.6 Uwagi *de lege ferenda*

Proces obejmowania pojęciem wizerunek coraz to nowych elementów osobowości człowieka przypomina kształtowanie się amerykańskiej konstrukcji *right of publicity*. Pomimo, że w Polsce i w innych państwach systemu kontynentalnego nie występuje konstrukcja *right of publicity*, w obliczu zjawiska coraz szerszej komercjalizacji tożsamości osób powszechnie znanych wydaje się, iż należy uznać za celowe i uzasadnione ekonomicznie wprowadzenie w ramach własności intelektualnej podobnej instytucji w prawie polskim²⁵⁸.

Right of publicity jest prawem wyłącznym, majątkowym, zbywalnym i dziedzicznym, wyodrębnionym w celu ochrony komercyjnych, majątkowych interesów znanych osobistości (*celebrities*). Jego polski odpowiednik również mógłby obejmować prawo do wizerunku, nazwiska i wszelkich innych atrybutów tożsamości człowieka, które mogą podlegać komercjalizacji.

Przedmiotowe prawo chroni potencjalną wartość *persony*, jego treścią jest uprawnienie do kontrolowania komercyjnego wykorzystania nazwiska, wizerunku lub innych oznaczeń identyfikujących osoby powszechnie znane²⁵⁹. Jak już wspomniano wyżej, przedmiot *right of publicity* jest znacznie szerszy niż prawa do wizerunku i obejmuje wszystkie atrybuty tożsamości, dzięki którym osoba jest rozpoznawalna, i które posiadają wartość ekonomiczną.

Zdaniem J. Sieńczyło-Chlabicz²⁶⁰ należałoby wprowadzić prawo, które uwzględni aspekt majątkowy prawa do wizerunku, nazwiska i innych oznaczeń identyfikujących osoby powszechnie znane. Konstrukcja przypominająca *right of publicity* mogłaby zabezpieczyć komercyjną wartość atrybutów tożsamości osób powszechnie znanych oraz zapobiegać bezpodstawnemu wzbogaceniu jako konsekwencji przywłaszczenia *persony*, chronić jednostkę przed bezprawnym wykorzystaniem *persony*, które powoduje obniżenie jej wartości komercyjnej, a także chroniłaby konsumentów przed reklamą wprowadzającą w błąd przez sugerowanie, że popularna osoba rekomenduje dany towar lub usługę.

Uważam, że należy przychylić się do powyższego stanowiska. Warto jednak podkreślić, iż wymagałoby ono połączenia sił przedstawicieli doktryny, szerokiej dyskusji oraz stosownych zmian w Kodeksie cywilnym. Przedstawiciele doktryny, którzy opowiadają się za dominującym osobistym charakterem prawa do wizerunku i innych dóbr osobistych uznają celowość utrzymania wyłącznie osobistego charakteru tych praw, przy równoczesnym liberalizowaniu ograniczeń co do zasad zawierania umów dotyczących wykonywania praw osobistych.

Warto zastanowić się, dlaczego pomimo powszechnej zgody w doktrynie, iż obecne uregulowania nie spełniają oczekiwań oraz nie odpowiadają realiom społecznym i ekonomicznym, nie są podejmowane efektywne próby zmiany prawa. Być może wynika to z faktu, iż przypadki bezprawnego wykorzystania wizerunku w reklamie dotyczą wąskiej grupy ludzi i dlatego nie jest wywierana dostateczna presja społeczna na Ustawodawcę. Kolejną przyczyną może być fakt, iż sądy, posiadając dużą dyskrecjonalność w stosowaniu środków ochrony, potrafią przedsięwziąć odpowiednie kroki w przypadku komercyjnych naruszeń wizerunku, kierując się zdrowym rozsądkiem i zasadami przyzwoitości, pomimo dość zagmatwanego stanu prawnego.

257 Podaję za J. Barta, R. Markiewicz, *Media a dobra osobiste...*, s. 118

258 Podobnie J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo do wizerunku a komercjalizacja dóbr osobistych...*, s. 19 i n.

259 J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo do wizerunku a komercjalizacja dóbr osobistych...*, s. 19 i n.

260 Tamże.

3.3 Inne przejawy wykorzystania tożsamości osoby publicznej w reklamie

3.3.1 Nazwisko i pseudonim

Innym przejawem wykorzystania tożsamości osoby publicznej w reklamie jest użycie imienia i nazwiska lub pseudonimu popularnej osoby. Imię i nazwisko indywidualizuje i identyfikuje człowieka, pełni ponadto funkcję ewidencyjną.

W dzisiejszych czasach wizerunek, nazwisko mogą stać się ikoną kultury, telewizji, sportu, czy show-biznesu. Ikona (znak ikoniczny) to „coś, co jest uosobieniem cech określających daną postać lub rzecz, znak rozpoznawczy, symbol czegoś”²⁶¹. Ikonami stają się zazwyczaj wybitne postaci z danej branży, wybitni i popularni aktorzy, sportowcy, piosenkarze, czasem również politycy²⁶². Jak zauważa K. Grzybczyk²⁶³, postaci te stają się wzorami i ideałami do naśladowania dla dzieci i młodzieży (często też dorosłych). Wszystkie z nich mają imiona i nazwiska lub pseudonimy, które stają się nieodłącznym elementem wizerunku. Pojawia się nawet pogląd, iż „anonimowy wizerunek nie może stać się ikoną, natomiast wraz z imieniem i nazwiskiem nabywa funkcji symbolicznych”.

Nazwisko lub pseudonim w reklamie, tak jak wizerunek, ma za zadanie identyfikować dany produkt, daną usługę z występującą lub przedstawioną w reklamie osobą. Podanie nazwiska (pseudonimu) powszechnie znanej, poważanej osoby, niewątpliwie czyni przedmiot reklamy bardziej wiarygodnym, wywołuje zatem pożądany i wynikający z istoty reklamy efekt marketingowy. Zdaniem T. Grzeszak „nawet najbardziej kulturalna reklama nie może odwoływać się do konkretnej osoby bez jej zgody, by nie stwarzać wrażenia jej osobistej rekomendacji, ale również po to, by nie narażać na szwank jej publicznego wizerunku podejrzeniami, że zgodziła się (najprawdopodobniej odpłatnie) na udział w niej. Jej efektem jest nie tylko transfer sympatii ze sławnej osoby na reklamowaną firmę, czy jej towary. Zachodzi również zjawisko odwrotne. Odtąd będzie ona kojarzona z daną reklamą”²⁶⁴. W związku z powyższym zrozumiałym jest, że osoba publiczna chce decydować jak będzie wykorzystany jej wizerunek, czy nazwisko. Mieści się to w ramach szeroko rozumianego prawa do prywatności.

Warto podkreślić, iż możliwa jest sytuacja, w której bezprawne użycie nazwiska lub pseudonimu uprawnionej osoby w przekazie reklamowym spowoduje, iż dojdzie do naruszenia dobra w postaci wizerunku w „zbiegu” (w kumulacji) z naruszeniem godności, dobrego imienia, czci lub jeszcze innych dóbr.

3.3.2 Wizerunek a dobre imię, cześć i godność

Dobrami osobistymi, które również mogą być naruszane w reklamie są dobre imię, cześć i godność, m.in. przez przedstawienie danej osoby w niekorzystnym świetle. Prawo do bycia przedstawianym w prawdziwym świetle, a więc w konsekwencji prawo do decydowania o swoim wizerunku również mieści się w ramach prawa do prywatności.

Reklama wykorzystująca tożsamość osoby powszechnie znanej może spowodować poniżenie tej osoby w oczach opinii publicznej oraz doprowadzić do utraty zaufania w stosunku do tej osoby. Efektem takiej reklamy może być zatem znaczne utrudnienie wykonywania działalności publicznej przez tę osobę, a w skrajnych przypadkach nawet uniemożliwienie zajmowania określonego stanowiska. Ponadto może to prowadzić do rozpowszechniania informacji zniesławiających lub pomawiających.

Ocena naruszenia tych dóbr powinna opierać się na kryteriach zarówno obiektywnych, jak i subiektywnych. Innymi słowy, należy brać pod uwagę zarówno obiektywną reakcję ogółu społeczeństwa i zarazem indywidualne odczucie konkretnej osoby (element subiektywny)²⁶⁵.

261 M. Szymczak, *Słownik języka polskiego*, t. II, Warszawa 1978-1981, s. 354.

262 K. Grzybczyk, *Prawo reklamy...*, s. 35.

263 Tamże, s. 36.

264 T. Grzeszak, *Reklama a ochrona dóbr osobistych...*, s. 8.

265 J.Z. Golonka, *Kilka słów o naruszeniu dóbr osobistych w reklamie...*

3.4 Szczególne postaci wizerunku

3.4.1 Wizerunek a maska artystyczna

Maska artystyczna (kreacja artystyczna) jest to postać, w którą aktor wciela się w danym utworze. Prawdopodobnie po raz pierwszy termin „maska artystyczna” został zdefiniowany w 1937 roku przez S. Rittermana²⁶⁶ jako „wizerunek, jaki artysta sztucznie stwarza dla oddania cudzej, a nie własnej postaci”²⁶⁷. Wyróżniono tym samym dwa dobra: wizerunek i maskę artystyczną (ujmowaną jako element utworu). Rozpowszechniany mógł być zatem albo wizerunek, albo maska artystyczna²⁶⁸.

Pojawiło się przy tym pytanie dotyczące wzajemnej relacji między wizerunkiem jako dobrem osobistym, a wizerunkiem scenicznym powstałym w wyniku wcielenia się aktora w daną rolę filmową lub teatralną. Na gruncie art. 19 pr. aut. z 1926 roku S. Ritterman²⁶⁹ wyraził pogląd, iż „maska artystyczna nie jest przedmiotem ochrony jako rodzaj wizerunku, lecz jako element gry artystycznej jest elementem dzieła w rozumieniu art. 1 wskazanej ustawy. Jednakże maska ze względu na trudność ustalenia wytworów sztuki odtwórczej i reprodukcji tych wytworów objęta jest wspomnianą ochroną jedynie w ograniczonym zakresie”.

Odrębność maski artystycznej od wizerunku podzielił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 kwietnia 1965 roku²⁷⁰. Powódka, aktorka wcielająca się w postać Danusi w filmie „Krzyżacy”, zarzuciła pozwaniemu, iż w wyniku publikacji pocztówek przedstawiających ją w roli Danusi naruszone zostało jej prawo do wizerunku. Powódka stwierdziła, iż „rozpowszechnianie pocztówek z jej podobizną przynosi jej, aktorce dramatu, ujmę, albowiem naraża ją na podejrzenia i zarzuty, że stwarza sobie w ten sposób reklamę, co w środowisku aktorskim uważane jest za niewłaściwe i niezgodne z etyką aktora”.

Sąd nie przychylił się do twierdzeń powódki, stwierdzając, iż „przedmiotem ochrony z art. 55 Prawa autorskiego jest portret (wizerunek pewnej osoby), a nie maska artystyczna, jaką osoba ta (artysta) sztucznie stwarza dla oddania cudzej, a nie własnej postaci. Zakwestionowane pocztówki nie przedstawiają wizerunku (portretu) powódki Grażyny S., lecz postać <<Danuśki>> z filmu według powieści H. Sienkiewicz <<Krzyżacy>> odtworzoną przez powódkę. (...) Tego rodzaju maska artystyczna, będąca dziełem odtwórcy (artysty), nie korzysta z ochrony przepisów prawa autorskiego, gdyż prawa odtwórców korzystają tylko z ochrony przewidzianej w prawie cywilnym”. Zdaniem Sądu Najwyższego producent ma prawo, w granicach wyznaczonych przepisami prawa cywilnego, do wykorzystywania maski artystycznej do celów reklamowych. Sąd uznał jednak, że te działania nie mogą naruszać innych dóbr osobistych aktora, w szczególności jego godności osobistej, dobrego imienia i pozycji artysty w Państwie Ludowym.

Powołany wyrok został bardzo krytycznie przyjęty przez przedstawicieli doktryny. A. Kopff²⁷¹ wskazał, iż dokonana przez Sąd wykładnia pojęcia maski artystycznej jest zbyt rozszerzająca. W myśl poglądu wyrażonego przez Sąd należałoby przyjąć, że za każdym razem, gdy aktor jest przedstawiony podczas wcielania się w daną rolę, mamy do czynienia z maską artystyczną. Należy jednak zauważyć, iż nie zawsze wcielanie się w rolę wymaga od aktora istotnej zmiany jego wyglądu zewnętrznego. A. Kopff²⁷² stwierdza, iż „w takiej sytuacji nie ulegają bynajmniej zatarciu cechy indywidualizujące aktora jako jednostkę fizyczną i dlatego mamy do czynienia z wizerunkiem”. Inna sytuacja występuje w sytuacji, gdy aktor jest poddawany takiej charakteryzacji, że zatarte są jego cechy indywidualizujące go jako jednostkę fizyczną lub występuje w masce, jak to miało miejsce w teatrze greckim. A. Kopff²⁷³ zaprezentował tezę, iż o wizerunku możemy mówić wówczas, gdy odtwórca może być zindywiduali-

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

267 J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja* ..., s. 35.

268 T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku i korespondencji*..., s. 543.

269 S. Ritterman, *Komentarz do ustawy o prawie autorskim*..., s. 120.

270 ICR 58/65 (OSP 1966, z.6, poz.130).

271 A. Kopff, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 kwietnia 1965 r.*, I CR 58/65, OSP 1966, z.6, poz. 130.

272 A. Kopff, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 kwietnia 1965 r.*, I CR 58/65, OSP 1966, z.6, poz. 130.

273 Tamże.

zowany: „jeśli (...) reprodukcje pozwalały zindywidualizować powódkę jako Marię Grażynę S., to Sąd Najwyższy powinien był stwierdzić, że chodzi o jej wizerunek korzystający z ochrony przewidzianej art. 55 Prawa autorskiego”.

Sprawa po latach ponownie trafiła na wokandę. Sąd Najwyższy w 1967 roku²⁷⁴ oddalił rewizję pozwanego od wyroku korzystnego dla powódki, uznając roszczenie za usprawiedliwione. Sąd Najwyższy stwierdził, iż pozwany powinien był uzyskać zgodę aktorki na rozpowszechnianie pocztówek. W uzasadnieniu podnoszono, że „uprawnienia do reklamy filmu, przysługujące producentowi na podstawie umowy z aktorem, ograniczają się do zasadniczych celów działalności reklamowej i nie mogą pozostawać w sprzeczności z zasadami obowiązującymi w środowisku aktorskim. (...) Zgoda producenta na wydanie pocztówek z wykorzystaniem zdjęć przedstawiających odtworzoną przez aktora postać z filmu nie pozbawia wydawcy cech działania bezprawnego, jeżeli wyrażenie zgody nastąpiło z naruszeniem granic przysługujących producentowi uprawnień. Z naruszeniem takich uprawnień niewątpliwie mamy do czynienia, gdyż wydanie pocztówek z wizerunkiem odtwarzanej przez danego aktora postaci fikcyjnej nie jest równoznaczne z działalnością reklamową na potrzeby promocji danego filmu”.

Zgodnie z poglądem wyrażanym przez część doktryny²⁷⁵ często wizerunek aktora staje się integralną artystycznego wykonania, które „pochłania” prawo do wykonania artysty wykonawcy”, ale są sytuacje, w których stworzona przez aktora kreacja nie będzie stanowić jednocześnie artystycznego wykonania i będzie wymagać osobnej ochrony (np. prezentacja zdjęć z filmu lub przedstawienia teatralnego nie jest rozpowszechnieniem wykonania)²⁷⁶.

Konkludując, rozpowszechnianie „maski artystycznej” co do zasady należy traktować jako rozpowszechnianie równocześnie wizerunku aktora²⁷⁷, jeżeli jest możliwym rozpoznanie danej osoby (jej prawdziwej tożsamości). Dominująca jest więc koncepcja, iż maska artystyczna jest szczególnym rodzajem wizerunku.

3.4.2 Karykatura i satyra

Kolejnym szczególnym rodzajem wizerunku jest karykatura. W przypadku tej formy artystycznego wyrazu pojawia się pytanie, czy karykatura może być potraktowana jako rodzaj wizerunku i podlegać tożsamym zasadom rozpowszechniania.

Słowo „karykatura” pochodzi od włoskiego słowa *caricare*, czyli przesadzać, szarżować²⁷⁸. Karykaturą mogą być portrety, na których podkreślono i wyolbrzymiono niektóre charakterystyczne cechy danej osoby (np. elementy twarzy lub ciała), ale w taki sposób, by nadal było wiadomo, kto jest na nich przedstawiony. Karykatura to „rysunek typu portretowego lub sytuacyjnego, przesadnie akcentujący cechy charakterystyczne postaci lub zdarzenia w celu uzyskania efektu satyrycznego lub humorystycznego”²⁷⁹.

Coraz częściej możemy się spotkać z wykorzystaniem karykatur znanych osób w reklamie. Jako przykładem można posłużyć się reklamą jednego z polskich banków, w której znany aktor wygłaszał orędzie prezydenckie. Po wyemitowaniu reklamy w prasie podnoszono, iż jest to rodzaj parodiowania prezydenta. Można jednak przychylić się do zdania, iż był to bardziej pewnego rodzaju „pastisz orędzia” niż naśmiewanie się z Prezydenta²⁸⁰.

Powstaje zatem pytanie, czy karykatura znanej osoby jest formą dozwoloną w reklamie, czy też stanowi naruszenie jej wizerunku. W Polsce jako pierwszy podjął próbę zakazu publikacji swoich karyka-

274 Wyrok SN z 19.05.1967 r., I CR 624/66, OSNC 1968, nr 8-9, poz. 141.

275 m.in. T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku i korespondencji...*, s. 544, A. Matlak, *Cywilnoprawna ochrona wizerunku...*, s. 319 i n.

276 E. Traple, *Dobra osobiste w reklamie...*, s. 820.

277 Por. J. Barta, R. Markiewicz, *Media a dobra osobiste...*; orzeczenie SN z 15.04.1965 r., I CR 58/65, OSPiKA 1966, nr 6, poz. 130.

278 S. Sadurski, *Karykatura – co to takiego*, <http://karykaty.com/felieton.htm>.

279 J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja...*, s. 57.

280 M. Brzozowska, *Prawo autorskie w reklamie i marketingu*, Warszawa 2009, s. 31 i n.

tur Adam Małysz²⁸¹. Należy jednak zaznaczyć, iż skoczek nie miał nic przeciwko rozpowszechnianiu swoich karykatur co do zasady, chodziło jedynie o zaspokojenie jego interesu majątkowego i płacenie tantiemów. Zdaniem E. Wojnickiej²⁸² wizerunek przedstawiony w karykaturze jest rozpoznawalny (gdyż na tym polega istota karykatury) i jej rozpowszechnianie musi podlegać takim samym ograniczeniom, jak rozpowszechnianie wizerunku. Równocześnie publikowanie karykatur znanych osób może odbywać się jej zdaniem bez ich zgody, a w przypadku innych osób zawsze wymagana jest zgoda²⁸³.

Przepis art. 41 pr. pras. stanowi o możliwości sporządzania i rozpowszechniania karykatur, jednak także w tym przypadku wątpliwym wydaje się rozciąganie tego przepisu na działalność *stricte* reklamową, dotyczy on raczej wyłącznie prasy realizującej funkcje uczestniczenia w debacie publicznej i komentowania aktualnych wydarzeń. Wprowadzenie tej regulacji miało na celu zagwarantowanie realizacji zadań, wymienionych w art. 1 pr. pras.: „wolności wypowiedzi i urzeczywistnienia prawa obywateli do rzetelnego informowania, jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej”.

Należy jednak wyraźnie podkreślić, że karykatury zniesławiające wykonane wyłącznie w celu wywołania przykrości lub naruszające godność człowieka, będą oceniane w świetle art. 23 k.c.

Istotną kwestią wydaje się odpowiedź na pytanie, czy możliwość rozpowszechniania karykatury można uzależniać na podstawie art. 81 pr. aut. od zgody osoby przedstawionej. Wydaje się, że odpowiedź na tak postawione pytanie zależy od przyjętej koncepcji wizerunku. Jeżeli przyjmiemy założenie, że wizerunek jest wiernym odwzorowaniem fizycznego obrazu człowieka, wtedy nie będziemy mogli uznać karykatury za wizerunek, gdyż jej istotą jest dokonywanie zniekształceń, ale umożliwiających identyfikację osoby. W tym przypadku może być udzielona ochrona tylko na podstawie art. 23 k.c., jeśli spełnione są jej przesłanki – naruszenie czci, godności, dobrej sławy. Nie rozwiązywałoby to jednak problemu karykatury w reklamie. Wydaje się, iż należy uznawać karykaturę za wizerunek, ilekroć wywołuje ona skojarzenia z osobą przedstawioną.

Zdaniem J. Barty i R. Markiewicza²⁸⁴ ewentualny zakaz wykorzystania wizerunku np. polityka w utworze satyrycznym, czy też karykaturze umieszczonej w reklamie, należy wywodzić z jego „niechęci do uczestniczenia w reklamie, w sprzeczności co do faktycznego pośredniego promowania określonego producenta (towaru) lub w ochronie jego interesów majątkowych w tym zakresie. Wydaje się, że co najmniej pierwsza okoliczność mogłaby zostać potraktowana jako podstawa do stwierdzenia bezprawności omawianych praktyk reklamowych”. J. Barta i R. Markiewicz, uważają, że powyższe okoliczności powinny być badane tylko w świetle art. 23 i 24 k.c., co zapewnia większą elastyczność ocen.

Podsumowując, reklama, w której przedstawia się karykatury znanych postaci, nie służy celom wynikającym z art. 41 pr. pras. Satyryczny charakter utworu nie przesądza także o braku naruszenia dóbr osobistych. Wydaje się, że wykorzystanie karykatury osoby powszechnie znanej wymaga zgody tej osoby i nie może naruszać jej dóbr osobistych.

3.4.3 Sobowtór

Podświadomy transfer znaczenia z ulubionej postaci na produkt lub usługę, sprawia, że wizerunek osoby staje się główną siłą napędową reklamy. Szereg wymogów, jakie musi spełnić reklamodawca, aby posłużyć się wizerunkiem osoby powszechnie znanej, niejednokrotnie skłania do szukania innych, łatwiejszych rozwiązań.

Jedna z sieci marketów spożywczych posłużyła się reklamą, w której przedstawiono osobę łudząco podobną do jednego z prezydentów Rzeczypospolitej Polskiej robiącego zakupy. Co więcej, ukazano

281 Podaję za: S. Sadurski, *Karykatura – co to takiego*, <http://karykatyry.com/felieton.htm>.

282 E. Wojnicka, *Prawo do wizerunku...*, s. 107 i n.

283 E. Traple, *Dobra osobiste w reklamie...*, s. 821.

284 J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, Warszawa 2010, s. 147.

również dwie klientki sklepu, z których jedna pytała drugiej: „Widziała Pani, kto tu robi zakupy?”. Nie wskazano przy tym, że w reklamie wystąpił sobowtór prezydenta²⁸⁵.

Szczególne upodobanie sieci marketów spożywczych do wykorzystywania sobowtórów w reklamie, widać również na przykładzie zakończonej procesem sprawy wykorzystania sobowtóra Cezarego Pazury. Aktor wytoczył sprawę sieci marketów oraz twórcom reklamy. Podnosił, iż jego wizerunek i nazwisko stanowią wypracowaną przez lata markę, a reklama naraża jego dobre imię i „w sposób skandaliczny żeruje na jego wizerunku”. Podkreślał, że nigdy nie wystąpiłby w takiej reklamie i nie chce, by jego wizerunek był w podobny sposób wykorzystywany²⁸⁶.

Innym przykładem posłużenia się sobowtórami znanych osób w celach reklamowych była kampania jednej z rozgłośni radiowych. Na plakatach, przy hasle „Przesłuchamy każdy zespół”, umieszczono wizerunki gwiazd muzyki, np. piosenkarza Bono z zespołu U2 czy Lenny Kravitz. Co prawda pod wizerunkami umieszczono małymi literami napis: „na zdjęciu... (imię i nazwisko modela)”, ale należałoby się zastanowić, czy taka praktyka jest dopuszczalna, czy też jest przykładem reklamy wprowadzającej w błąd²⁸⁷.

Nie budzi wątpliwości, że rzeczywistą intencją reklamodawcy we wszystkich powyższych sytuacjach było nawiązanie do wizerunku osoby powszechnie znanej, a prezentowanie wizerunku sobowtóra było zarazem rozpowszechnianiem wizerunku pierwowzoru. Z drugiej strony, reklamodawca posiadał zgodę na rozpowszechnianie wizerunku od sobowtóra, a prawo polskie nie przewiduje zakazu reklamy z udziałem osób łądząco podobnych do osób powszechnie znanych. Pozostaje jeszcze kwestia, czy możemy komuś zabronić występować w reklamie tylko dlatego, że jest do kogoś łądząco podobny. Zakaz taki naruszałby prawa samego sobowtóra, gdyż nie mógłby on występować w jakiegokolwiek reklamie. W przypadku sobowtóra widać najlepiej, że w wykorzystaniu wizerunku w reklamie nie chodzi tylko o interes niemajątkowy, lecz głównie majątkowy.

Słusznie zauważa T. Grzeszak, że wykorzystanie wizerunku w celach marketingowych i merchandisingowych to „najdonioślejszy gospodarczo sposób korzystania z osoby” (...). „Można zakazać sobowtórów rozpowszechniania jego wizerunku, który kojarzony jest z inną osobą, tylko w przypadku naruszenia jej prawa do czci, prywatności. Istnieje możliwość zakazywania wykorzystania w reklamie wizerunków sobowtórów sławnych ludzi lub aktorów ich naśladowujących tyle, że na innej podstawie prawnej niż art. 81 pr. aut., zgodnie z którym naruszone zostałyby ich prawo do osoby z art. 23 k.c.”²⁸⁸.

3.4.4 Głos

Coraz częściej można spotkać zarówno w wypowiedziach doktryny, jak i w orzecznictwie, postulat objęcia ochroną głosu. Podkreśla się, że głos jest również elementem zewnętrznym indywidualizującym człowieka²⁸⁹. Przesłanką ochrony jest więc także „rozpoznawalność”, przekonanie, iż głos ma pewne cechy wyróżniające, pozwalające go przypisać określonej osobie. Przesłanka ta będzie najczęściej spełniona w przypadku m.in. znanych piosenkarzy, aktorów, prezenterów. Rozpoznawalność może przejawiać się nie tylko w samym brzmieniu czy barwie głosu, ale może też wynikać z używania charakterystycznych dla danej osoby słów lub zwrotów²⁹⁰.

J. Barta i R. Markiewicz²⁹¹ traktują głos jako odrębne dobro osobiste, które powinno być chronione „paralelnie” do wizerunku odnoszącego się do wizerunku człowieka. Podobnie T. Grzeszak²⁹² uważa, iż *de lege lata* należy stosować do zapisu głosu *per analogiam* art. 81 pr. aut., przy zastrze-

285 Podaję za: M. Brzozowska, *Prawo autorskie w reklamie i marketingu...*, s. 32.

286 <http://blog.emarketing.info.pl/2010/03/sobowtor-w-reklamie/>.

287 M. Brzozowska, *Prawo autorskie w reklamie i marketingu...*, s. 31 i n.

288 T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku i korespondencji...*, s. 543.

289 J. Barta, R. Markiewicz, *Media a dobra osobiste...*, s. 124.

290 Tamże, s. 125.

291 J. Barta, R. Markiewicz, *Media a dobra osobiste...*, s. 124.

292 T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku i korespondencji...*, s. 543.

zeniu, że nie jest on wizerunkiem danej osoby. Słusznie jednak stwierdza J. Sieńczyło-Chłabicz²⁹³, że głosu nie należy traktować jako odrębnego dobra osobistego, tylko powinien być on chroniony w ramach prawa do wizerunku, jako obraz danej osoby odbierany za pomocą słuchu, jako „dźwięczny wizerunek”. Należy przychylić się do postulatu szerokiego pojmowania prawa do wizerunku, w którego skład wchodzi wizerunek dźwiękowy. Kluczowe dla takiego rozumienia jest kryterium rozpoznawalności

3.4.5 Wizerunek piśmienniczy

Ten rodzaj wizerunku, wyróżniony przez J. Bartę i R. Markiewicza²⁹⁴ polega na takim przedstawieniu rzeczywistej osoby w dziele literackim poprzez np. opisanie jej życiorysu lub podanie nazwiska, żeby była ona rozpoznawalna i jednoznacznie kojarzona. Nie jest on zatem „plastycznym” odwzorowaniem danej osoby, ale pomimo to pozwala na rozpoznanie przedstawionej osoby. Pomimo, że autorzy stwierdzają, iż w prawie polskim nie istnieje tego rodzaju dobro, nie oznacza to dopuszczalności całkowitej swobody w przedstawianiu ludzi w dziełach piśmienniczych. Ograniczenia wynikają z ochrony innych dóbr osobistych²⁹⁵. Jako przykład można przytoczyć niedawną sprawę z powództwa aktorki Weroniki R. przeciwko Andrzejowi Ż. o naruszenie dóbr osobistych, prawa do prywatności i „godności jako kobiety” poprzez inspirację jej życiorysem i podanie wielu faktów biograficznych z życia aktorki przy kreowaniu postaci literackiej Esterki w powieści „Nocnik”.

293 J. Sieńczyło-Chłabicz, *Rozpowszechnianie wizerunku osób powszechnie znanych...*, s. 39 i n.

294 J. Barta, R. Markiewicz, *Media a dobra osobiste...*, s. 123.

295 W. Danilewicz, *Prawne pojęcie wizerunku*, Edukacja Prawnicza 2010, nr 6.

Rozdział III

Naruszenie wizerunku osoby publicznej w reklamie

1. Zasady rozpowszechniania wizerunku osób powszechnie znanych w świetle polskiego prawa

Stosownie do przepisu art. 81 ust. 1 pr. aut. zasadą jest, iż rozpowszechnianie wizerunku wymaga zezwolenia osoby na nim przedstawionej. Użyty w przepisie zwrot „zezwoenie” należy rozumieć jako udzielenie przez uprawnionego zgody na rozpowszechnienie wizerunku²⁹⁶. Każde reklamowe wykorzystanie wizerunku wiąże się z rozpowszechnieniem, a więc wymaga zgody uprawnionego²⁹⁷. Rozpowszechnienie wizerunku jest rozumiane jako jego publiczne udostępnienie.

Jak już wspomniano w poprzednich rozdziałach, wizerunek człowieka jest najczęściej wykorzystywanym dobrem osobistym w reklamie, i stąd też najbardziej narażonym na naruszenie. Coraz bardziej powszechną praktyką jest posługiwanie się w reklamie wizerunkami osób powszechnie znanych, które zapewniają transfer znaczenia (głównie sympatii i renomy) na reklamowany produkt i są tym samym jego najlepszą rekomendacją.

W większości przypadków udostępnienie wizerunku jest uzgodnionym działaniem marketingowym, poprzedzonym zawarciem umowy zezwalającej, ale oczywiście zdarzają się też sytuacje, w których reklamodawca wykorzystuje wizerunek znanej osoby bez jej zgody, lub przekraczając granice tej zgody. Czasem zdarzają się też sytuacje, gdy dana osoba zmienia zdanie i cofa udzieloną wcześniej zgodę²⁹⁸.

W przypadku wykorzystania wizerunku w celach czysto komercyjnych, sądy szczególnie wnikliwie badają, czy osoba publiczna udzieliła zgody i w jakim zakresie. Braku zgody nie można w przypadku reklamy próbować uzasadniać „wolnością prasy” i potrzebą dostępu do informacji. W przypadku reklamy można ewentualnie próbować uzasadniać wykorzystanie wizerunku osoby bez jej zgody zasadą „wolności sztuki”²⁹⁹, ale sukces takiej argumentacji wydaje się być wysoce wątpliwy.

Zgoda na rozpowszechnienie wizerunku może być wyrażona w każdej formie, ale z uwagi na fakt, iż to na rozpowszechniającym wizerunek spoczywa ciężar udowodnienia, iż przedstawiona osoba wyraziła zgodę, należałoby sporządzić zezwolenie w formie pisemnej, np. w postaci oświadczenia woli lub umowy zezwalającej. Istotna jest również treść udzielanego zezwolenia. Zezwolenie na wykorzystanie wizerunku musi być wyrażone ze świadomością wynikających z niego konsekwencji, określać precyzyjnie sposób i warunki wykorzystania wizerunku, a także nie może być ono abstrakcyjne³⁰⁰. Wydaje się, że warto uwzględnić takie elementy, jak: określenie podmiotu rozpowszechniającego wizerunek; podanie miejsca i czasu publikacji; wskazanie celu publikacji; komentarza towarzyszącego publikacji wizerunku; zestawienie z innymi wizerunkami itp.³⁰¹ Osoba, której udzielono zgody, nie jest upoważniona przenieść jej na osoby trzecie, chyba, że takie uprawnienie wynikałoby z treści zezwolenia³⁰².

296 J. Sieńczyło-Chłabicz, *Rozpowszechnianie wizerunku na gruncie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, Radca prawny 2001, nr 2.

297 T. Grzeszak, *Reklama a dobra osobiste...*, s. 8 i n.

298 E. Traple, *Dobra osobiste w reklamie...*, s. 811.

299 J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie...*, s. 415.

300 J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół prawa do wizerunku...*, s. 11 i n.

301 J. Sieńczyło-Chłabicz, *Rozpowszechnianie wizerunku na gruncie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych...*, s. 92 i n.

302 J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół prawa do wizerunku...*, s. 11 i n.

Na gruncie ustawy o prawie autorskim zgoda uprawnionego nie jest jedyną przesłanką legalizującą rozpowszechnianie wizerunku. Ustawodawca wprowadził w art. 81 pr. aut. bezwzględne podmiotowe prawo do wizerunku, na którego treść składają się uprawnienia pozytywne (zezwozenie na rozpowszechnienie) oraz zakazowe (możliwość zakazania rozpowszechniania wizerunku) i tym samym wyznaczył w art. 81 ust. 2 pr. aut. „sferę swobodnego działania innym podmiotom, obszar dozwolonego użytku, kreowany w wyniku wyważania konkurujących interesów”³⁰³.

Rozpowszechnienie wizerunku może być zgodne z prawem w przypadkach: uzyskania zapłaty za pozowanie, rozpowszechniania wizerunku sporządzonego w miejscu publicznym, osoby powszechnie znanej wykonującej funkcje publiczne, wizerunku jako szczegółu, wizerunku sportowca. Warto jednak zauważyć, że wymienione wyjątki mają służyć celom informacyjnym, nauczania, wyjaśniania i tym samym trudno uzasadnić w ten sposób komercyjne wykorzystanie wizerunku w reklamie.

1.1. Zgoda jako okoliczność wyłączająca bezprawność

Rozpowszechnienie wizerunku w reklamie wymaga zgody uprawnionego. Zdaniem T. Grzeszak³⁰⁴ udzielenie zgody na rozpowszechnienie wizerunku stanowi wykonanie prawa do wizerunku. Jeżeli przyjmiemy założenie, że treścią tego prawa jest decydowanie o każdym kolejnym rozpowszechnianiu, to oznacza to, że uprawniony może udzielać zezwozenia wielokrotnie, różnym podmiotom.

Duże kontrowersje wzbudza zagadnienie konsekwencji prawnych zgody na naruszenie dobra osobistego. Przeważa pogląd uznający zgodę za okoliczność wyłączającą bezprawność naruszenia dobra osobistego³⁰⁵. Przeciwnicy tego stanowiska podnoszą, iż przyjęcie zasady, że zgoda wyłącza bezprawność naruszenia, pozbawiłoby ochronę dóbr osobistych niemal wszelkiego praktycznego znaczenia³⁰⁶.

Pojawiły się twierdzenia, że ocena skutków zgody powinna być dokonywana z uwzględnieniem całokształtu okoliczności, w szczególności powinno się brać pod uwagę: rodzaj dobra osobistego oraz konsekwencje jego ewentualnego zagrożenia lub naruszenia. Swoboda dysponowania przez jednostkę swoimi dobrami osobistymi powinna podlegać każdorazowo ocenie w świetle ogólnych zasad prawa, zwłaszcza zasad współżycia społecznego (art. 56 k.c.). Przedstawiciele tego stanowiska proponują, iż należy uznać, że działanie za zgodą uprawnionego jest co do zasady bezprawne. Przy ocenie wyrażonej zgody w konkretnym stanie faktycznym należy każdorazowo rozważyć, czy wyrażenie zgody nie jest sprzeczne z szeroko pojmowanym interesem powszechnym oraz interesem uprawnionego. Dopiero stwierdzenie braku kolizji umożliwi uznanie, że udzielona zgoda wyłącza bezprawność naruszenia³⁰⁷.

Wydaje się, iż należy się przychylić do poglądu A. Szpunara³⁰⁸, który wyróżnił dwa rodzaje zgody. Pierwszy z nich to zgoda, która została zastrzeżona przez przepisy szczególne (w tym mający największe znaczenie dla przedmiotu tej pracy art. 81 pr. aut.), gdzie do naruszenia prawa do wizerunku może dojść tylko w przypadku działania bez zgody uprawnionego, druga sytuacja zaś to naruszenie dóbr osobistych. Autor stwierdził, iż wprawdzie kwestia bezprawności naruszenia dóbr osobistych musi być w poważnym stopniu zależna od oceny całokształtu okoliczności konkretnej sprawy i oceniana w świetle konkretnego stanu faktycznego (zwłaszcza w razie równoczesnego naruszenia pozostałych dóbr osobistych, na których naruszenie nie wyrażono zgody), jednakże należy przyjąć ogólną zasadę, że zgoda uprawnionego wyłącza bezprawność naruszenia dobra osobistego³⁰⁹.

303 J. Barta, R. Markiewicz, *Dobra osobiste osób fizycznych (w:)* red. J. Barta, R. Markiewicz, *Media a dobra osobiste...*, s. 108.

304 T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku i korespondencji...*, s. 556.

305 M. Wyrwiński, *Zgoda na naruszenie dobra osobistego (w:)* red. J. Barta, R. Markiewicz, *Media a dobra osobiste...*, s. 206.

306 S. Grzybowski, *Ochrona...*, s. 120.

307 A. Cisek, *Dobra osobiste*, s. 95-97, za J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja...*, s. 141.

308 A. Szpunar, *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979, s. 159-161

309 Tamże, s. 159-161.

1.1.1 Zgoda z art. 81 pr. aut.

W myśl przepisu art. 81 pr. aut. rozpowszechnianie wizerunku wymaga zgody osoby na nim przedstawionej. Stanowi on przykład normy, która *expressis verbis* zastrzega wymóg uzyskania zgody uprawnionego³¹⁰. W doktrynie istnieje pogląd, iż to sformułowanie jest podstawą do uznania, iż istnieje monopol eksploatacji wizerunku, w związku z czym osoba uprawniona ma wyłączność w zakresie decydowania o jego rozpowszechnianiu. „Właściciel wizerunku” posiada prawo wyłączne, „monopol” decydowania o rozporządzaniu swoim wizerunkiem. Zdaniem J. Balcarczyk³¹¹ użyte przez ustawodawcę w art. 81 pr. aut. sformułowanie jest poprawne. Uzależnienie rozpowszechniania wizerunku od zgody uprawnionego jest wyrazem przyznania mu możliwości dysponowania wizerunkiem, który zyskuje byt niezależny. W przypadku wykonywania tego władztwa przez uprawnionego nie ma, zdaniem autorki, konieczności dokonywania oceny, czy wyrażona zgoda nie narusza zasad współżycia społecznego lub innych norm ogólnych. Przepis art. 81 ust. 1 pr. aut. ma charakter bezwzględny, gdyż dopuszczalność rozpowszechnienia wizerunku zależy od woli uprawnionego. Osoba przedstawiona może się sprzeciwiać rozpowszechnianiu z różnych przyczyn, np. może jej się nie podobać sposób, w jaki została przedstawiona, jej zestawienie z innymi wizerunkami lub komentarzami, czy też nieuzyskanie wynagrodzenia w zamian za wyrażenie zgody³¹².

Podsumowując, zgodnie z dominującym poglądem doktryny, zgoda uprawnionego jest okolicznością wyłączającą bezprawność³¹³. Nie może być udzielona już po zaistnieniu naruszenia. Zgoda nie ma mocy wstecznej, ale jej udzielenie *ex post* może spowodować uchylenie odpowiedzialności³¹⁴, może być także traktowana jako odstępianie od dochodzenia ochrony prawnej³¹⁵.

1.1.2 Problem charakteru prawnego zgody w przypadku osób publicznych

Ograniczone ramy niniejszej pracy nie pozwalają na szczegółowe przedstawienie problematyki charakteru prawnego zgody. W doktrynie wyróżnia się dwa podstawowe podejścia do niniejszego zagadnienia. Według pierwszego z nich zgoda jest kwalifikowana jako jednostronna czynność prawna upoważniająca³¹⁶, a według drugiego jest działaniem podobnym do czynności prawnej³¹⁷. Niektórzy autorzy³¹⁸ używają sformułowania „działanie prawne zbliżone do oświadczenia woli”. Wybranie jednego z tych stanowisk ma nie tylko znaczenie teoretyczne, ale także wpływa na ocenę skutków prawnych wyrażenia zgody. Jeżeli uznamy zgodę za czynność prawną, umożliwi to zastosowanie ogólnych przepisów dotyczących czynności prawnych, w tym regulacje zdolności do czynności prawnych oraz wad oświadczeń woli.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 30 listopada 1982 roku³¹⁹ przychylił się do stanowiska, iż zgoda jest czynnością prawną, gdyż nie dopatrywał się naruszenia prawa do tajemnicy korespondencji w sytuacji, kiedy decyzję o publikacji fragmentów listów do nastolatki podjęli jej rodzice. Wydaje się, że należy się przychylić do stanowiska uznającego zgodę za jednostronną czynność prawną upoważniającą, gdyż zwolennicy drugiego stanowiska formułowali swoje stanowiska głównie na tle zgody na zabieg medyczny, której charakter jest odmienny od zgody na rozpowszechnianie wizerunku. Ponadto istotny wydaje się argument, że kwalifikacja zgody jako czynności prawnej niesie ze sobą wiele pozytywnych konsekwencji ze względu na spójność systemu prawnego i pragmatykę stosowania prawa³²⁰.

310 J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja* ..., s. 143.

311 Tamże, s. 145.

312 J. Sieńczyło-Chlabicz, *Rozpowszechnianie wizerunku na gruncie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych*..., s. 92 i n.

313 Tak m.in. M. Sośniak, Z. Radwański, A. Szpunar, E. Skowrońska-Bocian, J. Balcarczyk.

314 M. Sośniak, *Funkcje i skuteczność zgody osoby uprawnionej w zakresie ochrony dóbr osobistych* (w:) *Prace z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci profesora Józefa Stanisława Piątowskiego*, Warszawa 1985, s. 71, za J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja* ..., s. 151.

315 A. Kubiak-Cyrul, *Dobra osobiste*..., s. 221, za J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku*..., s. 151.

316 Tak m.in. S. Grzybowski, *Ochrona dóbr osobistych*..., s. 122.; K. Stefaniuk, *Naruszenie prawa do wizerunku*, s. 67.

317 Tak m.in. A. Cisek, Z. Sośniak, A. Szpunar, Z. Radwański, M. Pazdan.

318 E. Traple, *Dobra osobiste w reklamie*..., s. 827, M. Wyrwiński, *Zgoda na naruszenie dobra osobistego* (w:) red. J. Barta, R. Markiewicz, *Media a dobra osobiste*..., s. 204.

319 II CR 435/82, niepubl., za T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku i korespondencji*..., s. 556.

320 M. Wyrwiński, *Zgoda na naruszenie dobra osobistego* (w:) red. J. Barta, R. Markiewicz, *Media a dobra osobiste*, Warszawa 2009, s. 206.

Należy jednak zastrzec, że stanowisko to nie jest powszechnie aprobowane w doktrynie. Jak stwierdza J. Balcarczyk³²¹, ze stanowiska Sądu Najwyższego, w sytuacji, gdy nie jest aprobowane, nie można wywodzić zasady ogólnej i w konsekwencji nie można uznać dyskusji dotyczącej charakteru prawnego zgody za zakończoną. Także zdaniem E. Traple³²² – ponieważ w odniesieniu do art. 81 pr. aut. mamy do czynienia z prawem podmiotowym do rozpowszechniania wizerunku, należy przypisać zgodzie na rozpowszechnianie wizerunku charakter oświadczenia woli. Warto odnotować, iż T. Grzeszak, która zdecydowanie kwalifikowała zezwolenie za jednostronną czynność upoważniającą³²³, w nowej edycji Systemu Prawa Prywatnego z 2007³²⁴ roku, zdaje się wycofywać z tego stanowiska. Nie przedstawia już siebie jako zwolenniczki wyżej wymienionej koncepcji, stwierdzając jedynie, iż „zezwolenie na rozpowszechnianie wizerunku jest upoważnieniem, które musi być zgodne z ustawą i zasadami współżycia społecznego (...)”.

Według M. Poźniak-Niedzielskiej³²⁵ zgoda na rozpowszechnianie wizerunku może: (1) być samodzielną czynnością prawną – oświadczenie woli jest samodzielnym aktem prawnym, wprost z tej czynności wynika zakres uprawnień do rozpowszechniania wizerunku; (2) stanowić odrębne oświadczenia woli pozostające w związku z inną czynnością – w tym wypadku treść tej czynności może wpływać na interpretację udzielonego zezwolenia; (3) wchodzić w skład innej czynności prawnej – np. być jedną z klauzul umownych bądź też wynikać z okoliczności np. wystąpienie, udzielenie wywiadu na żywo.

Wydaje się, że przychylić należałoby się do stanowiska, iż zgoda na rozpowszechnianie wizerunku jest czynnością prawną upoważniającą, gdyż nie dochodzi do zrzeczenia się dobra osobistego, a jedynie do upoważnienia aż do odwołania do rozpowszechniania wizerunku, do korzystania z tego prawa.

1.2. Umowa zezwalająca

Upoważnienie do rozpowszechniania wizerunku jest zazwyczaj składnikiem umowy zezwalającej, w której strony określają „pola eksploatacji wizerunku” oraz wynagrodzenie osoby przedstawionej. Zakres zgody na rozpowszechnianie wizerunku oraz kwestie jej odwołalności są jednym z najważniejszych elementów umów o korzystanie z wizerunku w celach reklamowych³²⁶. Wydaje się, iż głównym problemem tego rodzaju umów jest niemożność zrzeczenia się i niezbywalność praw osobistych³²⁷. Ze względu na ścisły związek wizerunku z osobą przedstawioną nie można się go zrzec, ani przenieść na inną osobę.

Umowa zezwalająca powinna respektować właściwość danego zobowiązania (art. 353¹ k.c.), a udzielenie zezwolenia na rozpowszechnianie wizerunku wywołuje zazwyczaj skutki zarówno w sferze interesów osobistych, jak i majątkowych. Dysponowanie tymi interesami podlega odmiennym regułom prawnym i mają na nie wpływ ograniczenia obrotu prawami osobistymi³²⁸. W związku z powyższym przyjmuje się, że zgoda może być odwołana w każdej chwili, aż do wystąpienia zdarzenia, które je konsumuje. Należy jednak podkreślić, iż to dominujące w doktrynie stanowisko, stwarza ryzyko istotnych strat materialnych po stronie reklamodawców.

Zdaniem T. Grzeszak³²⁹ umowa zezwalająca wywiera przede wszystkim skutki obligacyjne. Ze względu na charakter dobra osobistego, jakim jest wizerunek, wątpliwości budzi dopuszczalność umownego zrzecania się prawa do odwołania upoważnienia w stosunku do kontrahenta umowy (na czas trwania umowy). W doktrynie światowej toczy się dyskusja, czy takie postanowienia nie są próbą obejścia zakazu zrzecania się tego prawa, który wynika z natury praw osobistych. Wydaje się, iż umowne

321 J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja...*, s. 146.

322 E. Traple, *Dobra osobiste w reklamie...*, s. 830.

323 T. Grzeszak, T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku i korespondencji...*, s. 507.

324 Tamże, s. 556.

325 M. Poźniak-Niedzielska, J. Szczotka, M. Mozgawa, *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Zarys wykładu*, Bydgoszcz- Warszawa- Lublin 2007, s. 135.

326 E. Traple, *Dobra osobiste w reklamie...*, s. 827.

327 Tamże, s. 828.

328 T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku i korespondencji...*, s. 557.

329 Tamże.

zrzeczenie się odwołalności zgody jest nieskuteczne, ponieważ jest równoznaczne ze zrzeczeniem się prawa osobistego. Zdaniem K. Grzybczyk³³⁰ nie można udzielić zgody *pro futuro i in blanco* „ponieważ byłoby to równoznaczne ze zrzeczeniem się prawa osobistego, czego czynić przecież nie wolno”.

Słusznie moim zdaniem postuluje T. Grzeszak³³¹, popierana przez E. Traple³³², iż jeżeli w konkretnym przypadku wykonanie prawa do wizerunku będzie miało na celu wyłącznie realizację interesów majątkowych (cel czysto komercyjny, np. reklama), to uzasadnionym będzie odstąpienie od tego rygorystycznego reżimu dysponowania dobrami osobistymi i zaakceptowanie zrzeczenia się roszczeń związanych z konkretnym wykorzystaniem. Natomiast dopuszczenie przenoszenia, chociażby częściowego prawa do wizerunku, wymagałoby interwencji ustawodawcy³³³.

Podsumowując, często pojawiają się wątpliwości w związku z zawieraniem umów dotyczącymi eksploatacji dóbr osobistych (m.in. wizerunku). Przyjmuje się jednak, że zgoda ma charakter odwoławczy, a strony mogą w umowie przewidzieć karę umowną albo obowiązek wynagrodzenia szkody w przypadku skorzystania przez udzielającego zgodę z takiego uprawnienia.

2. Naruszenie wizerunku osoby publicznej w reklamie

W dzisiejszym świecie, profesjonalnej reklamy, sytuacje nieświadomego wykorzystania wizerunku osób publicznych bez ich zgody należą do rzadkości. Wydaje się, iż każda osoba związana z reklamą wie, lub powinna wiedzieć, że aby wykorzystać wizerunek osoby publicznej w reklamie, musi posiadać jej zgodę. Naruszenie wizerunku popularnej osoby w reklamie będzie w takim razie najczęściej wynikiem świadomego i celowego działania, w celu zaoszczędzenia środków pieniężnych. Reklamodawcy często wydają się liczyć na to, iż osoba publiczna będzie zadowolona z jakiegokolwiek rozgłosu, lub po prostu nie będzie chętna wszczynać postępowania sądowego.

Cześć z nich, idąc za przykładem tabloidów, wlicza ewentualny proces w koszty prowadzenia działalności. Naruszenie wizerunku osoby publicznej w reklamie może więc polegać albo na wykorzystaniu jej wizerunku bez zgody, lub też być wynikiem braku porozumienia między stronami co do zakresu i odwołalności zgody. Wydaje się, iż najczęstsze spory związane z naruszeniem wizerunku w reklamie będą związane z odwołaniem zgody przez osobę publiczną lub przekroczeniem zakresu takiej zgody przez reklamodawcę.

2.1. Brak zgody lub przekroczenie zakresu zgody

Bardzo często naruszenie wizerunku osób publicznych w reklamie związane jest z przekroczeniem zakresu zgody lub wątpliwościami co do wyrażenia zgody przez uprawnionego. W przypadku ustalania, czy została wyrażona zgoda i w jakim zakresie, dominuje raczej restryktywna wykładnia, zwłaszcza jeżeli wizerunek osoby publicznej zostaje wykorzystany wyłącznie do celów gospodarczych (komercyjnych), zwłaszcza w reklamie³³⁴.

Zakres i przedmiot zgody muszą być precyzyjnie wskazane, a zezwolenie bezsporne i dotyczyć konkretnego wizerunku. J. Barta i R. Markiewicz³³⁵ uważają, że zezwolenie nie może mieć charakteru abstrakcyjnego i dotyczyć wizerunku „w ogóle”. Zgoda musi dotyczyć konkretnie wskazanego dobra, które dodatkowo objęte jest swobodną dyspozycją uprawnionego³³⁶. Zgoda musi być wyrażona w sposób nie budzący wątpliwości, a zakres zgody precyzyjnie sformułowany i obejmować takie elementy

330 K. Grzybczyk, *Naruszenie dobra osobistego w reklamie*, Rejent 1999, nr 9, s. 123.

331 T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku i korespondencji...*, s. 557.

332 E. Traple, *Dobra osobiste w reklamie...*, s. 828.

333 T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku i korespondencji...*, s. 557.

334 J. Barta, R. Markiewicz, *Media a dobra osobiste...*, s. 108.

335 Tamże.

336 M. Sośniak, *Funkcje...*, s. 69, za: J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja...*, s. 147.

jak: czas rozpowszechniania reklamy, media w jakich będzie rozpowszechniana, liczbę i formę egzemplarzy nośników wizerunku, miejsca jego publikacji, a nawet połączenie z inną reklamą³³⁷. W uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 marca 2003 roku³³⁸ możemy znaleźć stwierdzenie, iż „(...) Istnienia zgody na rozpowszechnianie jej wizerunku, które wyłącza bezprawność działania zgodnie z art. 81 ust. 1 pr. aut., ani jej zakresu, nie domniemywa się. Zgoda na wykorzystanie wizerunku musi być niewątpliwa i to także co do warunków i płaszczyzn dopuszczalnego wykorzystania (...)”.

Zgoda, aby wyłączyć bezprawność musi być precyzyjna, nie można zatem udzielać zgody blankietowej. K. Stefaniuk dopuszcza dorozumiane udzielenie zgody, podnosząc, iż jeżeli zgoda jest elementem umowy, która może być wykonana tylko przy wykorzystaniu wizerunku, to należy uznać dorozumiane jej udzielenie. Zdaniem J. Balcarczyk³³⁹ konstrukcja dorozumianej zgody może być stosowana jedynie wyjątkowo, w szczególnych okolicznościach. Zasadą powinna być konieczność każdorazowego uzyskania wyraźnej i jednoznacznej zgody uprawnionego na wkroczenie w sferę jego dóbr osobistych.

Brak wyraźnego sprzeciwu uprawnionego co do zasady nie może być pochytywany za dorozumianą zgodę. Przyjęcie odmiennego poglądu prowadziło do zaprzeczenia władztwa jednostki nad wykorzystaniem swojej tożsamości. Nie można również domniemywać zgody z faktu, iż poprzednio osoba nie sprzeciwiała się bezprawnemu dysponowaniu jej dobrami osobistymi: „Popularność powoda jako znakomitego sportowca oraz okoliczność, że zdjęcia zamieszczone na wydawanych przez pozwaną pocztówkach były uprzednio reprodukowane w czasopiśmie bez sprzeciwu powoda, nie uzasadniają poglądu, że pozwanej tylko z samego faktu owej popularności służyło (...) uprawnienie do wydawania przedmiotowej pocztówki bez zgody powoda”³⁴⁰. Nie należy podzielić poglądu Sądu Najwyższego wyrażonego w wyroku z dnia 2 lutego 1967 roku³⁴¹, w którym wywiódł zgodę na rozpowszechnianie wizerunku z jego wcześniejszego opublikowania (powódka wyraziła zgodę na publikację swojego wizerunku w jednej gazecie, była przekonana, iż jest to publikacja jednorazowa, ponowna publikacja była bez jej zgody). Sąd Najwyższy stwierdził, iż „z chwilą, gdy zgoda na publikację zdjęcia zostanie wyrażona, a samo zdjęcie opublikowane, dopuszczalna jest dalsza jego publikacja czy to przez to samo czasopismo, czy też przez inne czasopisma. Takie bowiem uprawnienie przysługuje zainteresowanym osobom z mocy art. 18 pr. aut., tego bowiem rodzaju dobra osobiste, jak prawo do własnego wizerunku ustawa zrównuje – jeśli chodzi o ich ochronę – z prawami autorskimi. Jednakże dalsza publikacja jest dopuszczalna, jak wynika z art. 21 prawa autorskiego, tylko pod warunkiem wskazania źródła oraz bez wprowadzania zmian w przedrukowanej fotografii. Wynika więc stąd, że cudze zdjęcie raz opublikowane może być dalej publikowane tylko z powołaniem okoliczności, w jakich zostało wykonane i opublikowane po raz pierwszy”. Sąd zarzucił ponadto pozwanej, iż niewłaściwe było opatrzenie wizerunku powódki cytatem z poezji oraz użycie go w charakterze szaty graficznej strony tytułowej pisma, a więc nie dla celów dalszej publikacji, ale dla przyozdobienia pisma. W kontekście reklamy należałoby uznać, że wyrażona raz zgoda na wykorzystanie wizerunku w reklamie, nie uzasadnia ponownego, bezpłatnego go wykorzystania („przedruku”) w reklamie. Takie wykorzystanie nie służy dalszej publikacji, ale ma cel komercyjny - zwiększenie sprzedaży bez ponoszenia kosztów odpłatnego wykorzystania wizerunku. Podkreślając, że ogólnie pogląd, iż wcześniejsza publikacja uzasadnia kolejne publikacje tego samego wizerunku, spotkała się z dużą krytyką, należy wskazać, że tym bardziej w sferze działalności reklamowej jest on niedopuszczalny. Wyrokowi zarzucano niezrozumiałe zrównanie ochrony przyznanej prawu do wizerunku z prawami autorskimi.

Zdaniem J. Barty i R. Markiewicz³⁴² zgoda dotyczy tylko konkretnego podmiotu, a osoby trzecie, które także chcą rozpowszechnić dany wizerunek, muszą uzyskać osobną zgodę.

337 E. Traple, *Dobra osobiste w reklamie...*, s. 831.

338 I ACa 733/02, Zbiory IPWI, Prawo Autorskie. Orzecznictwo, red. S. Stanistawska, A. Matlak, Warszawa 2010, s. 536.

339 J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja...*, s. 147.

340 Wyrok SN z dnia 27 kwietnia 1997 r., I CR 127/77, za J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie. Przepisy...*, s. 95.

341 I CR 496/66, OSNC 1967, nr 9, poz. 161.

342 J. Barta, R. Markiewicz, (w:) *Prawo autorskie*, Komentarz, s. 630.

W zależności od rodzaju wizerunku oraz tego w jakim kontekście, celu i na jaką skalę ma być on rozpowszechniony, naruszone mogą być różne uprawnienia osobiste i różne interesy majątkowe osoby przedstawionej. Zarówno E. Traple³⁴³ jak i T. Grzeszak³⁴⁴ są zgodne, iż nie ma powodu, aby w przypadku rozpowszechniania wizerunku stosować *per analogiam* przepisy prawa autorskiego dotyczące pól eksploatacyjnych (art. 41 pr. aut.) ponieważ specyfika obrotu wizerunkiem jest inna. Raczej jest to prawo decydowania jednorazowo o rozpowszechnieniu konkretnego wizerunku. Jak tłumaczy E. Traple: „wydaje się, że każde rozpowszechnienie wizerunku w nowym medium, w nowym rozmiarze rozpowszechniania w innym przedziale czasowym wymaga ponownej zgody”³⁴⁵. Wynika to z konstrukcji wyłącznego prawa dysponowania wizerunkiem, która rozciąga się na każdy sposób i na każdy akt wykorzystania wizerunku. „Jest to konsekwencja ochrony na podstawie prawa podmiotowego bezwzględnego w sytuacji, gdy ustawodawca nie ogranicza tego prawa do pierwszej decyzji rozpowszechnieniu, tak jak np. ma to miejsce w odniesieniu do prawa decydowania o pierwszym udostępnieniu utworu publiczności”³⁴⁶. Przyjęcie stanowiska, że to uprawniony ma w ramach wyrażania pierwszej zgody dokonywać zawężenia prawa eksploatacji wizerunku jest trudne do zaakceptowania i powodowałoby przerzucenie ciężaru dowodu na osobę przedstawioną. Ciężar dowodu co do faktu uzyskania zgody, jej celu i zakresu spoczywa na korzystającym – zarówno przy roszczeniu opartym na art. 23 k.c., jak i na art. 81 pr. aut.³⁴⁷.

Forma udzielenia zezwolenia może być dowolna: może mieć charakter ustny, pisemny, a nawet postać aktu notarialnego³⁴⁸. Patrząc od strony interesu reklamodawcy, mając na względzie, iż to na nich spoczywa ciężar dowodu, iż uprawniony wyraził zgodę na rozpowszechnianie wizerunku, dla celów dowodowych warto, aby takie zezwolenie było udzielone w formie pisemnej.

2.2 Odwołanie zgody

Doktryna jest zgodna, iż zgoda jest odwoławca w każdym momencie, aż do chwili, kiedy jej odwołanie stanie się bezprzedmiotowe, ponieważ interes osobisty został już skonsumowany³⁴⁹. Zdaniem Z. Radwańskiego³⁵⁰ odwołanie może nastąpić jedynie do czasu ingerencji. Wynika to z faktu, iż wyrażając zgodę, uprawniony nie rozporządza swoim dobrem, a jedynie umożliwia korzystanie przez inną osobę z dobra pozostającego cały czas w jego wyłącznej sferze prawnej³⁵¹.

Odmienne uważa T. Traple³⁵², jej zdaniem pogląd ten ma uzasadnienie w przypadku zabiegów medycznych, ale nie ma uzasadnienia w przypadku wykorzystania wizerunku. Odwołanie zgody po nastąpieniu naruszenia ma zawsze sens w sytuacji, kiedy powstrzymuje dalsze działania, które w przekonaniu osoby publicznej dodatkowo naruszają jej dobra osobiste lub przyczynią się do zwiększenia szkody. Odpowiedź na pytanie, czy w konkretnym przypadku zgoda może być odwołana już po wystąpieniu naruszenia, powinna być udzielona w oparciu o zasady współżycia społecznego. „Ponieważ zgoda mieści się w wykonywaniu prawa podmiotowego do rozpowszechniania wizerunku, można przyjąć, że instrumentem kontroli może być nadużycie prawa podmiotowego”³⁵³.

Należy jednak wskazać, iż brak jest zasady w systemie prawnym, która umożliwiałaby swobodne odwoływanie czy też cofanie swoich oświadczeń. Istnieją za to wprost przeciwne, na przykład *pacta sunt servanda* oraz *volenti non fit iniuria*, które nakazują ponoszenie konsekwencji swo-

343 E. Traple, *Dobra osobiste w reklamie...*, s. 832.

344 T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku i korespondencji...*, s. 558.

345 E. Traple, *Dobra osobiste w reklamie...*, s. 832.

346 E. Traple, *Dobra osobiste w reklamie...*, s. 834.

347 Zob. wyrok SN z 20.05.2004 r. (II Ck 330/03) i wyrok SA w Warszawie (II ACa 1455/99), za: E. Traple, *Dobra osobiste w reklamie...*, s. 834.

348 J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja...*, s. 151.

349 T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku i korespondencji...*, s. 556.

350 Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, s. 160.

351 J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja...*, s. 151.

352 E. Traple, *Dobra osobiste w reklamie...*, s. 831.

353 E. Traple, *Dobra osobiste w reklamie...*, s. 831.

ich działań w sferze prawnej³⁵⁴. System prawny powinien raczej chronić bezpieczeństwo obrotu i zaufanie uczestników obrotu i pozwalać na nieponoszenie konsekwencji tylko w wyjątkowych przypadkach.

W przypadku prawa do wizerunku również brak jest podstaw, które pozwalałyby na przyjęcie tak szerokiej swobody uprawnionego do odwoływania swojej zgody. Jako bardzo ważny argument przemawiający za tak dużą swobodą możemy uznać specyfikę naruszenia, a mianowicie fakt, że skutki takiego rozpowszechnienia są nieodwracalne. Żaden ze środków, służących przywróceniu stanu sprzed naruszenia: wyjaśnienie, sprostowanie, przeprosiny – nie przyniosą rezultatu. Wyjątkiem są sytuacje, w których dana osoba chciała wystąpić w reklamie, a spór dotyczył jedynie wynagrodzenia. Wtedy przeproszenie wraz z odpowiednią pieniężną rekompensatą powinno być wystarczające. Zdaniem M. Wyrwińskiego³⁵⁵ niemożność zagwarantowania ochrony *ex post* powinna przemawiać za maksymalnym wzmocnieniem ochrony dobra osobistego przed naruszeniem. Z tego właśnie powodu uzasadnionym jest przyznanie prawa do każdorazowego odwołania zgody na rozpowszechnienie wizerunku.

W tym miejscu w celu ochrony reklamodawców przed całkowitą dyskrejonalnością osób publicznych należy rozważyć, czy konstrukcje prawa zobowiązań pozwalają podmiotom wykorzystującym wizerunek wzmocnić w drodze umownej stan pewności co do ewentualnego cofnięcia zgody. Jak już wspomniano wyżej, dopuszczalność cofnięcia zgody ze względu na ryzyko naruszenia dóbr osobistych innych niż wizerunek przy rozpowszechnianiu wizerunku jest bezsporna, natomiast cofnięcie zgody z innych powodów np. próba wymuszenia wyższego wynagrodzenia, powinno podlegać ocenie z punktu widzenia nadużycia prawa podmiotowego (np. cofnięcie zgody przez osobę, która chce zawrzeć korzystniejszą umowę z innym podmiotem, można zakwalifikować jako nadużycie).

Zdaniem T. Traple³⁵⁶ rozwiązaniem chroniącym pozycję reklamodawcy jest wprowadzenie do umowy klauzul umownych przewidujących karę umowną za nieuzasadnione cofnięcie zgody, przy czym celowe byłoby wyliczenie sytuacji, które strony uważają za uzasadnione. „Zgoda na wykorzystanie wizerunku powinna być powiązana z zobowiązaniem do niepodnoszenia, w przypadku określonych działań, roszczeń zakazujących rozpowszechniania. Uprawniony mógłby cofnąć zgodę, ale naruszyłby postanowienia umowy i poniesie odpowiedzialność odszkodowawczą³⁵⁷.”

Jak już wspomniano w niniejszej pracy, w przypadku, gdy przedmiotem sporu są jedynie kwestie majątkowe, należałoby dopuścić umowne zrzeczenie się prawa do odwołalności zgody, z wyłączeniem sytuacji, gdy wizerunek jest wykorzystywany w innym kontekście, z innymi napisami etc., czy też, gdy poprzez rozpowszechnianie wizerunku naruszane są także inne dobra osobiste, takie jak cześć, prywatność itp.

Podsumowując, wyrażenie zgody na rozpowszechnienie wizerunku wyłącza bezprawność działania osoby, która rozpowszechnia dany wizerunek. Zgoda powinna określać czas trwania i zakres udzielonego zezwolenia. Zgoda może być co do zasady w każdym czasie odwołana, dlatego też wydaje się, że warto uregulować w umowie warunki odwołalności zgody, ewentualne rozliczenia między stronami i kary umowne.

2.3 Zapłata za pozowanie

Art. 81 ust. 1 pr. aut. stanowi, iż w braku wyraźnego zastrzeżenia zezwolenie nie jest wymagane, jeżeli osoba przedstawiona na wizerunku otrzymała umówioną zapłatę za pozowanie. Przepis ten stanowi wyjątek od zasady, że każde rozpowszechnienie wizerunku wymaga zgody osoby na nim przedstawionej i zawiera domniemanie (obalalne), iż osoba która otrzymała zapłatę za pozowanie, wyraziła zgodę na rozpowszechnianie wizerunku.

354 M. Wyrwiński, *Media a dobra osobiste...*, s. 218.

355 M. Wyrwiński, *Media a dobra osobiste...*, s. 219.

356 E. Traple, *Dobra osobiste w reklamie...*, s. 832.

357 Tamże.

Zdaniem T. Grzeszak³⁵⁸ domniemanie to obejmuje zgodę na wielokrotne rozpowszechnianie wizerunku. Przepis ten opiera się na założeniu, że jeżeli ktoś płaci za pozowanie, to robi to w celu korzystania z czyjegoś wizerunku, a portretowany, przyjmując zapłatę, powinien się z tym liczyć³⁵⁹.

Domniemanie można obalić, wykazując, iż osoba uprawniona uczyniła wyraźne zastrzeżenie przy pozowaniu. J. Barta i R. Markiewicz³⁶⁰, stwierdzają, że zastrzeżenie powinno być dokonane w czasie uzgadniania warunków finansowych pozowania. Pogląd ten podziela m.in. T. Grzeszak³⁶¹. Z uwagi na fakt, iż brak wyraźnego zastrzeżenia może być interpretowany jako domniemanie wyrażenia zgody, dobrze gdyby to zastrzeżenie znalazło się w treści umowy o pozowanie. W treści zastrzeżenia można np. umieścić obowiązek uzyskania odrębnej zgody na rozpowszechnianie wizerunku, jego warunki, czy też zastrzeżenie, że rozpowszechnianie jest możliwe po upływie określonego czasu³⁶².

Warto zauważyć, iż domniemanie powyższe nie obejmuje sytuacji, w których w wyniku rozpowszechniania wizerunku następuje naruszenie także innych dóbr osobistych chronionych na podstawie art. 23 i 24 k.c. (np. czci, godności i prywatności). Dlatego też bardzo popularne stały się umowy regulujące relacje pomiędzy profesjonalnymi modelami a podmiotami wykorzystującymi ich wizerunki, co można odnieść także do osób publicznych.

2.4 Miejsce publiczne

Okoliczność, że dana osoba znajduje się w miejscu publicznym (ulica, centrum handlowe, plaża) nie może być automatycznie traktowana jako okoliczność pozwalająca na posłużenie się jej wizerunkiem³⁶³, zwłaszcza w sytuacji, gdy zdjęcie ma służyć nie celom informacyjnym, a komercyjnym. Nic nie usprawiedliwia wykorzystania takiego zdjęcia w reklamie, zwłaszcza jeśli osoba uprawniona dała wyraźnie do zrozumienia, że nie życzy sobie zdjęcia.

3. Rozpowszechnianie bez zgody wizerunku osoby powszechnie znanej na podstawie art. 81 ust. 2 pr. aut. w celach komercyjnych

Wyłączne prawo osoby publicznej do rozporządzania swoim wizerunkiem może być niekiedy ograniczane przez prawo społeczeństwa do informacji. Wyróżniamy dwie główne kategorie sytuacji, w których możliwe jest rozpowszechnianie wizerunku danej osoby bez jej zgody: informowanie o publicznej działalności powszechnie znanych osób oraz przekazywanie obrazów zgromadzeń, publicznych imprez lub krajobrazów, w których dana osoba stanowi tylko szczegół większej całości³⁶⁴.

3.1. Wizerunek wykonany w związku z pełnieniem funkcji publicznej (osoba powszechnie znana wykonująca funkcje publiczne)

Art. 81 ust. 2 pkt 1 stanowi, iż nie wymaga zezwolenia rozpowszechnianie wizerunku osoby powszechnie znanej, jeżeli wizerunek wykonano w związku z pełnieniem przez nią funkcji publicznych, w szczególności politycznych, społecznych, zawodowych.

W związku z powyższym, dozwolone jest rozpowszechnianie wizerunku np. polityka w sejmie, aktora na premierze filmu, ale nie jest już dozwolone rozpowszechnianie ich wizerunków w sytuacjach czysto prywatnych. Praktyka wskazuje, że najczęściej przedstawia się aktorów (zwłaszcza w tzw. prasie plotkarskiej) w sytuacjach w ogóle nie związanych z wykonywaną przez nich pracą. Należy jednak za-

358 T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku i korespondencji...*, s. 558.

359 K. Stefaniuk, *Naruszenie prawa do wizerunku przez rozpowszechnianie podobizny*, Państwo i Prawo z 1970 r., z. 1, s. 64.

360 J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie...*, s. 147.

361 T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku i korespondencji...*, s. 558.

362 J. Śieńczyło-Chlabicz, *Rozpowszechnianie wizerunku na gruncie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych...*, s. 92 i n.

363 Tak m.in. J. Barta, R. Markiewicz, *Media a dobra osobiste...*, s. 109, E. Wojnicka, *Prawo do wizerunku...*, s. 115-117.

364 T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku i korespondencji...*, s. 559

uważyć, że w dużej mierze sytuacje te są „kontrolowane” przez *celebrytów* i dokonywane za ich zgodą i wiedzą³⁶⁵.

Kwestią nie budzącą większych kontrowersji w doktrynie i orzecznictwie jest fakt, iż wizerunek wykonany w związku z pełnieniem funkcji publicznych nie może być wykorzystany bez zgody zainteresowanego w reklamie w celach wyłącznie komercyjnych³⁶⁶.

Prawo autorskie wskazuje w sposób ścisły przesłanki określające, kiedy można wykorzystać wizerunek osoby publicznej bez jej zgody. Wykorzystanie wizerunku osoby publicznej w reklamie, nawet sporządzonego podczas wykonywania przez tę osobę funkcji publicznych będzie stanowiło nie tylko naruszenie prawa autorskiego, ale także dóbr osobistych np. wizerunku, prawa do prywatności, a nawet czci i godności. Celem ustawodawcy było bowiem zagwarantowanie prawa do informacji o sprawach mających istotne znaczenie dla społeczeństwa, a nie zapewnienie komercyjnego sukcesu produktów i obniżenie kosztów przez reklamodawców.

Sąd powinien każdorazowo badać, czy dana reklama przekazuje istotne dla społeczeństwa informacje o problemach społecznych, wydarzeniach, osobach, stanach (np. reklama społeczna), czy też służy jedynie celom komercyjnym.

W związku z powyższym należy z osobą powszechnie znaną podpisać stosowną umowę na korzystanie i rozpowszechnianie jej wizerunku w celach reklamowych. Niesłusznym bowiem wydaje się tak dalece idące uprzywilejowanie reklamodawców i zachęcanie ich do obchodzenia wymogu uzyskania zgody na wykorzystanie wizerunku osoby publicznej kosztem zmniejszenia lub nawet pozbawienia ochrony prywatności oraz praw majątkowych osób publicznych. Zysk uzyskany ze sprzedaży reklamowanych produktów jest i tak niewspółmiernie wysoki w stosunku do ceny, jaką płaci się za uzyskanie zgody.

Należy również zapobiegać sytuacjom, kiedy podmioty wliczają w ryzyko koszty ewentualnego procesu, zamiast uzyskać zgodę. Wydaje się, że jest to zachowanie nieetyczne, obciążające ponadto zbędnie wymiar sprawiedliwości. Wizerunek człowieka jest na tyle istotnym dobrem, że osoba powinna sama decydować, czy i za jaką cenę dokona jego komercjalizacji.

3.2. Wizerunek osób publicznych jako szczegół (element całości)

Na początku należy podkreślić, iż zgodnie z jednolitym poglądem doktryny, również ten wyjątek nie ma zastosowania do wykorzystywania wizerunku osoby bez jej zgody w celach wyłącznie komercyjnych. Prawo autorskie w art. 81 ust. 2 pkt 2 stanowi, iż nie jest wymagana zgoda na rozpowszechnianie wizerunku osoby stanowiącej jedynie szczegół całości, takiej jak: zgromadzenie, krajobraz, publiczna impreza. Celem tego przepisu jest „umożliwienie prowadzenia działalności dokumentacyjnej, sprawozdawczej, a także zapewnienie wolności fotografowania wydarzeń publicznych”³⁶⁷, dlatego też raczej nie można powoływać się na ten wyjątek w wypadku reklamy czysto komercyjnej.

Powszechna była praktyka reklamodawców przedstawiania osób powszechnie znanych jako tła, niewykadrowanych, na drugim planie. Sąd Apelacyjny w Krakowie uznał, iż „dla zastosowania art. 81 ust. 2 pkt 2 prawa autorskiego rozstrzygające znaczenie ma ustalenie w strukturze przedstawienia relacji między wizerunkiem osoby (lub osób) a pozostałymi elementami jego treści; rozpowszechnianie wizerunku nie wymaga zezwolenia, jeżeli stanowi on jedynie element akcydentalny lub akcesoryjny przedstawionej całości, tzn. w razie usunięcia wizerunku nie zmieniłyby się przedmiot i charakter przedstawienia”³⁶⁸.

365 Tamże.

366 Tak m.in. tamże, s. 559, J. Barta, R. Markiewicz, *Media a dobra osobiste...*, s. 110, J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie...*, s. 147.

367 M. Brzozowska, *Prawo reklamy...*, s. 147.

368 Wyrok z 5 listopada 2002 r., I ACa 869/02, TPP 2003, nr 3, poz.109.

3.3. Cel rozpowszechniania wizerunku osoby powszechnie znanej lub szczegółu większej całości.

Przyjęcie założenia, iż art. 81 pr. aut. kreuje monopol eksploatacji wizerunku, oznacza, że przewidziane wyjątki, zezwalające na rozpowszechnianie wizerunku bez zgody osoby uprawnionej, mogą uzyskać ochronę przed ich komercyjnym wykorzystaniem na gruncie Kodeksu cywilnego lub ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wydaje się, że nie można zgodzić się całkowicie z poglądem T. Grzeszak, podzielanym przez E. Tra-ple, iż żeby dochodzić ochrony wizerunku na gruncie art. 23 i 24 k.c. należy dodatkowo wykazać, iż poprzez naruszenie wizerunku zostały naruszone także inne dobra osobiste, takie jak np.: prywatność, cześć czy godność. Bardziej przychylam się do stanowiska prezentowanego m.in. przez J. Bartę i R. Markiewicza³⁶⁹ oraz J. Sieńczyło-Chłabicz, iż ochrona wizerunku ma wśród dóbr osobistych autonomiczny charakter, a sprzeciwienie się wykorzystaniu wizerunku nie wymaga wykazania, iż doszło równocześnie do ingerencji w sferę prywatności, godności czy czci jednostki. Wizerunek jest dobrem osobistym samoistnym, na co wskazuje jego wymienienie w art. 23 k.c., a jego ochrona jest uzasadniona prawem każdej osoby do samostanowienia i bycia przedstawionym w prawdziwym świetle. Oczywiście między naruszeniem wizerunku i innych dóbr osobistych występują pewne zależności np. często określone działanie ingeruje nie tylko w prawo do prywatności jednostki, ale też w inne dobra osobiste, np. cześć czy prywatność. Słuszny interes (także majątkowy) w decydowaniu o prezentacji własnego wizerunku jest tym bardziej uzasadniony, jeżeli oprócz prawa do wizerunku została naruszona także sfera prywatności, wizerunek został pokazany w krzywdzącym kontekście.

Niemniej jednak, przedstawiciele doktryny są zgodni, że reklamowe wykorzystanie wizerunku znanej osoby bez jej zgody godzi w prawo jednostki do decydowania o tym, jak chce być postrzegana przez innych. Stwarza fałszywe wrażenie, że osoba publiczna zgodziła się udostępnić swój wizerunek dla celów reklamowych i uzyskała z tego tytułu wynagrodzenie. Chociaż w środowiskach artystycznych raczej zaakceptowano występowanie w reklamach, to jednak wciąż cześć artystów deklaruje, iż nigdy nie weźmie w niej udziału. Jeszcze większy opór występuje w środowisku polityków, których posądzenie o reklamowanie jakiegoś produktu może narazić na utratę wiarygodności. Wykorzystanie wizerunku w reklamie bez zezwolenia może narażać te osoby na zawstydzenie, a nawet wyszydzenie w środowisku zawodowym, przy równoczesnym braku wynagrodzenia.

Ograniczenia prawa do wizerunku mogą mieć zastosowanie tylko w wypadku rozpowszechniania go w celach informacyjnych, a nie w celach czysto komercyjnych. Powołany przepis ma umożliwić prowadzenie działalności informacyjnej, sprawozdawczej, prezentowanie wydarzeń publicznych, gromadzenie materiałów w celach dokumentacyjnych. Mamy tu do czynienia z wykładnią zawężającą, biorącą pod uwagę cel tej regulacji. Taka wykładnia pozwala na pełniejszą i skuteczniejszą ochronę interesów majątkowych uprawnionego niż wykładnia literalna.

Oczywiście problem może pojawić się w sytuacji zbiegu celu komercyjnego i informacyjnego³⁷⁰. Przykładowo posłużenie się wizerunkiem np. znanego polityka, sporządzonym w związku z pełnieniem przez niego funkcji publicznych w reklamie, może prowadzić do naruszenia jego dóbr osobistych. Reklama bowiem może sugerować, iż polityk pozytywnie ocenia dany produkt, rekomenduje go oraz zgodził się na wykorzystanie swojego wizerunku w celach reklamowych. W takiej sytuacji zasadnym jest posłużenie się konstrukcją dóbr osobistych z art. 23 i 24 k.c.³⁷¹ Możliwe jest zatem stwierdzenie bezprawności rozpowszechniania wizerunku na podstawie art. 23 k.c. mimo spełnienia przesłanek podanych w art. 82 ust. 2 pr. aut. (w przypadku wykorzystania wizerunku osoby powszechnie znanej w reklamie).

369 J. Barta, R. Markiewicz, *Media a dobra osobiste...*, s. 98.

370 T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku i korespondencji...*, s. 567.

371 J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie...*, s. 147 i n.

3.4. Wizerunek sportowca

Sportowcy są bardzo skutecznymi rzecznikami produktu. Sukces sportowy bardzo szybko przekłada się na sympatię i podziw kibiców. Rekomendacja gwiazdy może mieć zatem bardzo dużą siłę perswazyjną. Sportowcami najbardziej zaangażowanymi w reklamowanie produktów są m.in. Tiger Woods czy David Beckham. Również w Polsce niezwykle popularne stały się reklamy z wykorzystaniem czołowych sportowców: Adama Małysza, Otylii Jędrzejczak, Justyny Kowalczyk czy też Roberta Kubicy. Dzięki sponsoringowi sportowemu zawodnicy otrzymują środki finansowe, które mogą przeznaczyć np. na szkolenia i nowy sprzęt, a przedsiębiorcy uwiarygadniają swoje produkty lub usługi i zwiększają ich prestiż³⁷². Sportowiec, jak każda osoba fizyczna, ma prawo do kontroli reklamowego wykorzystania swojego wizerunku i otrzymywania za jego udostępnienie stosownego wynagrodzenia.

Pewne ograniczenie prawa do wizerunku sportowców przewiduje przepis art. 33 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o sporcie kwalifikowanym³⁷³. Przepis ten budzi wiele kontrowersji, a nawet pytań o jego zgodność z Konstytucją RP. Zdaniem R. Szczepaniaka³⁷⁴ art. 33 ust. 2 ustawy o sporcie kwalifikowanym jest sprzeczny z art. 31 Konstytucji RP mówiącym o wolności człowieka. W myśl ust. 1 przedmiotowego przepisu „Członek kadry narodowej udostępnia, na zasadach wyłączności, swój wizerunek w stroju reprezentacji kraju polskiego związkowi sportowemu, który jest uprawniony do wykorzystania tego wizerunku do swoich celów gospodarczych w zakresie wyznaczonym przez regulamin tego związku lub międzynarodowej organizacji sportowej działającej w danej dyscyplinie sportu”.

Ust. 2 natomiast stanowi, iż „zawodnik przed zakwalifikowaniem do kadry narodowej wyraża zgodę na rozpowszechnianie swojego wizerunku w stroju reprezentacji kraju w rozumieniu art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2000 r. Nr 80, poz. 904 z późn. zm.)”.

Zdaniem J. Barty i R. Markiewicza³⁷⁵ dochodzi tutaj *de facto* do częściowego „wywłaszczenia” sportowca z przysługującego mu prawa do wizerunku. Wyrażenie „członek kadry udostępnia swój wizerunek” nie można też rozumieć jako uzależnienie udostępnienia wizerunku od zgody członka kadry. Przepis niejako wymusza na zawodniku wyrażenie zgody na rozpowszechnianie wizerunku, gdyż jest to warunek zakwalifikowania do kadry. Trudno wyobrazić sobie częste sytuacje, w których sportowiec zrezygnuje z prestiżu bycia członkiem kadry, gdyż będzie zmuszony do udostępnienia swojego wizerunku. Zgoda taka ma zatem charakter iluzoryczny. Zdaniem J. Barty i R. Markiewicza³⁷⁶ regulacja ta to „kamufaż ukrywający swoistą ustawową licencję wyłączną na korzystanie z wizerunku sportowca w stroju reprezentacji kraju”. Licencja ta pozbawia sportowca wizerunku, na który pracował wiele lat, prawa o często bardzo dużej wartości majątkowej. Wątpliwości budzi również fakt, iż to regulamin związku (lub międzynarodowej organizacji sportowej) ma decydować o zakresie, w jakim związek sportowy może korzystać z wizerunku sportowca, na którego kształt sportowcy nie mają wpływu. J. Barta i R. Markiewicz³⁷⁷ wskazują, iż należy tutaj dopatrzyć się ustawowej licencji, ale nie wiadomo, na czym rzecz i w jakim eksploatacyjnym zakresie.

Problem ten został podniesiony m.in. przez M. Żurawskiego, kapitana reprezentacji Polski w piłce nożnej, który wytoczył powództwo przeciwko Telekomunikacji Polskiej S.A. (zwanej dalej TP S.A., sponzorowi generalnemu Polskiego Związku Piłki Nożnej (zwanego dalej PZPN). Na podstawie umowy z dnia 25 sierpnia 2006 roku PZPN zobowiązał się do zapewnienia udziału zawodników Piłkarskiej Reprezentacji Polski w sesjach zdjęciowych na potrzeby reklamowe i informacyjne TP S.A. Zdjęcia powoda z sesji zdjęciowej reprezentacji zostały wykorzystane w kampanii reklamowej pozwanej w telewizji, czasopiśmie i na stronach internetowych.

372 K. Grzybezyk, *Prawo reklamy...*, s. 46.

373 Dz. U. Nr 155, poz. 1298 z późn. zm.

374 R. Szczepaniak, *Problem prawa do wizerunku sportowca-reprezentanta kraju*, MoP 2007, nr 17, s. 948 i n.

375 J. Barta, R. Markiewicz, *Media a dobra osobiste...*, s. 113.

376 Tamże, s. 113.

377 Tamże, s. 114.

Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z dnia 26 września 2007 roku przyznał rację piłkarzowi. Sąd uznał, iż uprawnienie do wykorzystania wizerunku zawodnika przysługuje jedynie PZPN i nie obejmuje prawa do przeniesienia tej zgody na podmiot trzeci. Stwierdzono, iż pozwana powinna uzyskać zgodę bezpośrednio od powoda. Sąd uznał, iż działanie TP S.A. stanowiło naruszenie dóbr osobistych – prawa do wizerunku.

W dniu 3 lipca 2008 roku Sąd Apelacyjny w Warszawie zmienił wyrok i oddalił powództwo³⁷⁸, stwierdzając, iż działanie TP S.A. polegające na rozpowszechnieniu zdjęć powoda nie było bezprawne w rozumieniu art. 24 k.c.

Orzeczenie Sądu Apelacyjnego jest dość zaskakujące, a jeszcze dalej idący okazał się wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 2009 roku³⁷⁹, w którym Sąd oddalił skargę kasacyjną zawodnika, stwierdzając, iż ustawodawca w art. 33 ust. 1 ustawy o sporcie kwalifikowanym dał polskiemu związkowi sportowemu prawo do samodzielnego wykorzystania wizerunku zawodnika w stroju reprezentacji do swoich celów gospodarczych.

Zdaniem Sądu przepis art. 33 ustawy o sporcie kwalifikowanym – wizerunek jest udostępniany przez zawodnika na zasadach wyłączności, a to udostępnienie jest czymś więcej niż zgoda na gruncie art. 81 pr. aut. Wola zawodnika bycia reprezentantem kraju jest zarazem zgodą na udostępnienie jego wizerunku. Ponadto oznacza to, iż zawodnik nie może upoważniać jakichkolwiek osób trzecich do wykorzystania jego wizerunku, gdyż wyłączne prawo na jego wykorzystanie ma związek sportowy. Zdaniem Sądu wykorzystanie wizerunku do celów gospodarczych ma również cel zarobkowy, zgodny z funkcją polskiego związku sportowego. Pozyskane w ten sposób środki finansowe mają służyć realizacji zadań statutowych związku, m.in.: szkoleniu zawodników kadry. Pieniądze te więc pośrednio trafiają do zawodnika, gdyż dzięki nim zapewniane mu są odpowiedni trening i sprzęt, z funduszy tych szkoleni są także młodzi zawodnicy. Orzeczenie to oczywiście nie usatysfakcjonowało sportowców i może być uznane za wysoce dyskusyjne.

Innym przykładem bezprawnego wykorzystania wizerunku sportowca w reklamie jest sprawa Roberta Korzeniowskiego³⁸⁰. Sportowiec pozwał firmę TOP 2000, która wykorzystwała jego wizerunek do reklamy swoich produktów, uznając, że mogą go wykorzystać bez jego zgody, gdyż wizerunek został wykonany w związku z pełnioną funkcją. Ta argumentacja oczywiście nie została podzielona przez sąd. Podkreślono, iż przepis ten nie ma zastosowania w przypadku wykorzystania wizerunku dla celów reklamowych. Przeznaczeniem tego przepisu jest umożliwienie działalności informacyjnej, sprawozdawczej czy dokumentacyjnej.

378 Wyrok SA w Warszawie z 3.07.2008 r., IV ACa 1620/07, niepubl., za: M. Wach, *Personality merchandising ...*

379 Wyrok SN z 16.12.2009 r., I CSK 160/09, niepubl., za: M. Wach, *Personality merchandising...*

380 Podaje za K. Grzybczyk, *Prawo reklamy...* s. 44.

Rozdział IV

Ochrona wizerunku osoby publicznej w przypadku jego naruszenia w reklamie

1. Prywatnoprawne podstawy ochrony

Jak już wspomniano³⁸¹, wizerunek jest jednym z dóbr osobistych, wymienionych *explicite* w art. 23 k.c. jako dobro osobiste, pozostaje więc pod ochroną prawa cywilnego. Katalog roszczeń przysługujących uprawnionemu, którego dobro osobiste zostało naruszone, zawiera art. 24 k.c., a ponadto art. 23 § 3 k.c. stanowi, iż norma art. 24 k.c. nie uchybia uprawnieniom przewidzianym w innych przepisach. Podstawowe znaczenie dla ochrony wizerunku oprócz Kodeksu cywilnego mają prawo autorskie (art. 81- 83 pr. aut.) oraz prawo prasowe (art. 13 ust. 2 i 3, art. 14 ust. 1, 3, 5 i 6, 31-33 pr. pr.).

Powszechnie w doktrynie przyjmuje się, że w przypadku ochrony wizerunku mamy do czynienia z kumulatywnym zbiegiem regulacji pozakodeksowych, w tym autorskich, z zasadami odpowiedzialności kodeksowej. Na podstawie orzecznictwa polskich sądów wydaje się, że środki ochrony określone przepisami prawa autorskiego i przepisami kodeksu cywilnego, mogą być stosowane zarówno kumulatywnie, jak i alternatywnie. Decydujący powinien być wybór osoby zainteresowanej³⁸².

W doktrynie pojawia się również pogląd, iż ustawa o prawie autorskim jest regulacją szczególną i jej przepisy stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego. Wykładnia systemowa przemawia więc za tym, aby jej postanowienia były interpretowane przy uwzględnieniu przepisów kodeksu cywilnego. Obie regulacje wzajemnie się uzupełniają i powinny być przez poszkodowanego brane pod uwagę łącznie³⁸³.

Wydaje się, że wyżej przytoczone poglądy nie muszą się wzajemnie wykluczać. W omawianych przypadkach nie znajdzie bowiem zastosowania zasada *lex specialis derogat legi generali*. Dopuszczalnym wydaje się zatem uznanie, że pokrzywdzony powinien brać pod uwagę obie regulacje łącznie, a później podjąć decyzję, w jaki sposób chce dochodzić ochrony.

Z powodu niejasności aktualnych regulacji i dużego chaosu pojęciowego należy się przychylić do postulatu przeniesienia przepisów o wizerunku z ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych do kodeksu cywilnego³⁸⁴. Takie stanowisko jest powszechnie przyjmowane w doktrynie i podzielane przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego w Zielonej Księdze do kodeksu cywilnego³⁸⁵. Podnosi się m.in., iż prawo do wizerunku jest uregulowane w prawie autorskim tylko ze względów historycznych i bez racjonalnego uzasadnienia. Większość przedstawicieli doktryny twierdzi, że szczególne regulacje dotyczące wizerunku i korespondencji należy stosować nie tylko do utworu, ale też do listu, który nie jest utworem³⁸⁶. Wydaje się, że umieszczenie przepisów dotyczących dóbr osobistych w Kodeksie cywilnym zapewniłoby większą systemową spójność i przejrzystość³⁸⁷.

381 Por. Rozdział II pkt 2.2.

382 Zob. wyroki SN: z 3.09.1998, I CKN 818/97, OSNC 1999, nr 1, poz. 21 i z 5.01.2001, V CKN 499/00, niepubl., za: J. Sieńczyło-Chłabicz, *Prawo do wizerunku a komercjalizacja dóbr osobistych...*, s. 19 i n.

383 J. Sieńczyło-Chłabicz, *Rozpowszechnianie wizerunku na gruncie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych...*, s. 92 i n.

384 Tak m.in. J. Sieńczyło-Chłabicz, *Prawo do wizerunku a komercjalizacja dóbr osobistych...*, s. 19 i n.

385 *Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego...*, s. 40.

386 Tak m.in. J. Barta, R. Markiewicz, K. Stefaniuk, inaczej E. Wojnicka.

387 J. Sieńczyło-Chłabicz, *Prawo do wizerunku a komercjalizacja dóbr osobistych...*, s. 19 i n.

Rozważenia wymaga również fakt skuteczności tradycyjnych środków ochrony. Czy obowiązujące prawo skutecznie chroni interesy osób powszechnie znanych przed komercyjnym wykorzystaniem ich wizerunku, czy też może należałoby ustanowić w ramach własności intelektualnej odpowiednik amerykańskiego *right of publicity*³⁸⁸?

1.1. Ochrona na podstawie prawa autorskiego (art. 81 pr. aut.)

Przepisy prawa autorskiego odnoszące się do wizerunku i korespondencji mają charakter szczególny, gdyż zawierają postanowienia ograniczające swobodę wypowiedzi twórczej, głównie ze względu na poszanowanie dóbr osobistych³⁸⁹. Ochrona przewidziana przepisami prawa autorskiego dotyczy przypadków rozpowszechnienia wizerunku bez zgody osoby uprawnionej. Osoba uprawniona musi jedynie wykazać fakt rozpowszechnienia jej wizerunku.

Jak już wspomniano, to na rozpowszechniającym spoczywa ciężar dowodu co do istnienia i zakresu zgody. Zgoda uprawnionego wyłącza bezprawność. Na podstawie art. 83 pr. aut., który zawiera odesłanie do art. 78 ust. 1 pr. aut., osoby, których wizerunek został rozpowszechniony bez wymaganego zezwolenia, mogą wystąpić z roszczeniami analogicznymi do tych, które przysługują twórcy w przypadku naruszenia jego autorskich dóbr osobistych. Pokrzywdzonemu przysługują zatem na podstawie art. 24 § 3 k.c. uprawnienia przewidziane w kodeksie cywilnym³⁹⁰.

Problematiczne w praktyce jest ograniczenie odesłania do ust. 1 art. 78 pr. aut, co nie pozwala posłużyć się ust. 2 tego artykułu. Brak zatem rozstrzygnięcia kwestii, kto może występować z roszczeniami z tytułu naruszenia prawa do wizerunku w ciągu 20 lat od śmierci osoby przedstawionej na tym wizerunku³⁹¹.

W przypadku ochrony wizerunku występują roszczenia, z których można skorzystać już w sytuacji zagrożenia prawa do wizerunku oraz takie, które przysługują pokrzywdzonemu wobec już dokonanego naruszenia. Osoba, której wizerunek został zagrożony cudzym działaniem, może zatem na podstawie art. 78 ust. 1 pr. aut. żądać zaniechania tego działania, a jeżeli wizerunek został już rozpowszechniony może także żądać, aby osoba, która dopuściła się naruszenia, dopełniła czynności potrzebnych do usunięcia jego skutków, w szczególności, aby złożyła publiczne oświadczenie o odpowiedniej treści i formie.

Dodatkowo jeżeli naruszenie było zawinione, sąd może przyznać osobie uprawnionej odpowiednią sumę pieniężną tytułem zadośćuczynienia za doznaną krzywdę lub – na jej żądanie – zobowiązać sprawcę, aby uiścił odpowiednią sumę pieniężną na wskazany przez uprawnionego cel społeczny.

1.2. Ochrona na podstawie prawa cywilnego (art. 23 i 24 k.c.)

Ochrona dóbr osobistych uzależniona jest od zaistnienia łącznie przesłanek: istnienia dobra osobistego, naruszenia lub zagrożenia tego dobra oraz bezprawności działania. Pierwsze dwie przesłanki wykazać musi powód, pozwany musi zaś dowieść, iż jego zachowanie nie było bezprawne.

Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego o sygn. I CKN 463/01 z kwietnia 2003 roku naruszenie dóbr osobistych ma miejsce zawsze, gdy występuje ingerencja w sferę dóbr osobistych. Definicję bezprawności znajdujemy w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 19 lipca 1982 roku I CR 225/82, niepubl., zgodnie z którym „wprowadzone w art. 24 Kodeksu cywilnego domniemanie bezprawności dotyczy zachowania się sprzecznego z normami prawa lub zasadami współżycia społecznego, bez względu na winę lub nawet świadomość sprawcy”. Art. 24 k.c. wprowadza zatem domniemanie bezprawności.

388 Tamże.

389 Komentarz do art. 81 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U.00.80.904), (w:) J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Cwiakalski, R. Markiewicz, E. Traple, Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, Dom Wydawniczy ABC, 2001, wyd. II, LEX.

390 Por. wyr. Sądu Apel. w Łodzi z 28 sierpnia 1996 r., OSP 1997 r., poz. 42; OSA 1997, nr 7-8, s. 42; „Monitor Prawniczy” 1997, nr 8, s. 318, z głosem T. Grzeszak, podają za: Komentarz do art.83 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U.00.80.904), Sieńczyło-Chlabicz J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Cwiakalski, R. Markiewicz, E. Traple, Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz...

391 Tamże.

W konsekwencji ciężar dowodu spoczywa każdorazowo na osobie naruszającej dane dobro osobiste.

W celu obalenia domniemania bezprawności sprawca musi udowodnić, że wystąpiła jedna z okoliczności ją wyłączających. Przy ochronie wizerunku mogą przede wszystkim znaleźć zastosowanie: zgoda poszkodowanego oraz działanie w celu ochrony uzasadnionego interesu społecznego³⁹².

W uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 4 lutego 2005 roku³⁹³ możemy znaleźć stwierdzenie, iż wydawca, który dopuszcza się opublikowania reklamy zawierającej zdjęcia, które naruszają dobra osobiste osoby na niej uwidocznionej, ponosi odpowiedzialność przewidzianą w art. 24 k.c., chyba że wykaze, iż naruszenie to nie było bezprawne.

Wydaje się, że w przypadku działalności reklamowej lub innego czysto komercyjnego wykorzystania wizerunku osoby publicznej jedyną okolicznością wyłączającą bezprawność będzie zgoda pokrzywdzonego, przy równoczesnym skrupulatnym zbadaniu zakresu tej zgody i okoliczności towarzyszących rozpowszechnieniu. W przypadku wątpliwości obowiązywać powinna wykładnia jak najbardziej restrykcyjna.

Osoba, która chce skorzystać z ochrony przewidzianej w kodeksie cywilnym, musi wykazać, że nastąpiło naruszenie jej dobra osobistego, jakim jest wizerunek lub w przypadku, gdy wyraziła zgodę na rozpowszechnienie wizerunku albo rozpowszechnienie jej wizerunku nie wymagało zgody na podstawie art. 81 ust. 2 pr. aut., że naruszono poprzez jej wizerunek inne dobra osobiste, takie jak np. cześć, dobre imię, prywatność. Przychylam się do poglądu wyrażonego przez J. Bartę i R. Markiewicza³⁹⁴ oraz J. Sieńczyło-Chlabicz³⁹⁵, że ochrona wizerunku ma wśród dóbr osobistych autonomiczny charakter i nie wymaga wykazywania przy okazji, że doszło do ingerencji np. w prawo do prywatności, cześć lub godność jednostki. Pogląd ten potwierdza wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 stycznia 1999 roku³⁹⁶, w którego uzasadnieniu podkreślono, iż „Wizerunek człowieka jest zgodnie z art. 23 k.c. zaliczany do jego dóbr osobistych podlegających ochronie niezależnie od tego, czy skutek posłużenia się nim w sposób bezprawny, a więc bez zgody zainteresowanego, przez osobę trzecią, doszło do naruszenia innych dóbr osobistych człowieka, jak cześć czy godność”. Wizerunek podlega zatem samodzielnej ochronie prawnej.

W związku z powyższym zawinione naruszenie prawa do wizerunku stanowi samodzielną i wystarczającą podstawę do dochodzenia zadośćuczynienia. Naruszenie innych dóbr osobistych – renomy, prywatności, czci – przy okazji naruszenia wizerunku może stanowić dodatkową podstawę zadośćuczynienia³⁹⁷.

Naruszenie idealnego interesu będzie w przypadku wizerunku polegało na naruszeniu prawa jednostki do bycia przedstawionym w prawdziwym świetle i sugerowaniu, że dana osoba odpłatnie rekomenduje jakiś produkt i wywołaniu skojarzeń tej osoby z daną reklamą. Naruszenie takie będzie godzić w niemajątkowy interes ściśle związany z osobą uprawnioną (interes osobisty). Może polegać na rozpowszechnieniu wizerunku, jego zniekształceniu, opatrzeniu komentarzem, czy po prostu wywołaniu wrażenia, że dana osoba „się sprzedała” i tym samym uszkodzeniu jej publicznemu wizerunkowi itd. Oczywiście takie rozpowszechnienie może godzić też w inne dobra osobiste: cześć, nazwisko, prywatność i wtedy będzie to uzasadniać przyznanie zadośćuczynienia i wpływać na jego wysokość.

392 A. Szpunar, *ochrona dóbr osobistych...*, s. 106 i n.

393 I CK 515/04, niepubl., *Prawo Autorskie. Orzecznictwo*, red. S. Stanistawska-Kloc, A. Matlak, Warszawa 2010, s. 531.

394 J. Barta i R. Markiewicz, *Media a dobra osobiste...*, s. 98.

395 J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo do wizerunku a komercjalizacja dóbr osobistych...*, s. 19 i n.

396 Wyrok SA w Warszawie z 13.01.1999 r., I ACa 1089/98, OSP 2000, z.9, poz. 142, z glosą M. Czajkowskiej-Dąbrowskiej, Wokanda 2000, nr 3, s.42; podobnie wyrok SA w Warszawie z 26.11.2003 VI ACa 348/03, niepubl., *Prawo Autorskie. Orzecznictwo*, red. S. Stanistawska-Kloc, A. Matlak, Warszawa 2010, s. 534.

397 K. Czyżewski, *Ile kosztuje wizerunek*, Rzeczpospolita PCD.2004.3.20, lex 42666/1.

1.3. Samoregulacja i kodeksy deontologiczne (*soft law*)

Coraz częściej próbę regulowania wykorzystania wizerunku w reklamie podejmują podmioty związane z reklamą, dostrzegając płynące z tego korzyści. Samoregulacja jest to „zjawisko uczestniczenia podmiotów innych niż państwo w procesie tworzenia, implementacji i egzekwowania obowiązywania określonych reguł, w miejsce podejmowania tych działań przez państwo lub wyręczenia władzy państwowej w podejmowaniu pewnych działań”³⁹⁸. Jednym z przejawów samoregulacji w dziedzinie mediów są kodeksy etyki zawodowej, kodeksy dobrych praktyk handlowych itp.

Tendencja do wzrostu samoregulacji w sferze mediów wynika m.in. ze zwiększenia się działań medialnych prowadzonych przez podmioty prywatne w miejsce publicznych, wzrostu liczby nadawców działających na rynku, większej liczby aktywności wymagających uregulowania oraz osłabienia legitymacji państwa do działania w tej sferze (zasada subsydiarności), przy wciąż wzrastającej potrzebie regulacji związanej z interesem publicznym w tej dziedzinie. To zadanie często przekracza możliwości finansowe i organizacyjne państwa i dlatego część odpowiedzialności przerzucona jest na podmioty działające na rynku mediów³⁹⁹.

Wydaje się zasadnym twierdzenie, iż coraz częściej „dopilnowanie” przestrzegania norm przez wszystkich uczestników medialnego rynku leży w interesie ich samych. Zwłaszcza w przypadku naruszenia prawa do wizerunku poprzez jego bezprawne, nieodpłatne wykorzystanie w reklamie – podmioty prywatne powinny stanowczo reagować. W sytuacji, kiedy jeden z nich narusza wizerunek osoby publicznej, nie ponosząc przy tym żadnych obciążeń finansowych, jest to dla pozostałych podmiotów ekonomicznie niekorzystne, godzi w zasady uczciwej konkurencji i narusza ekonomiczne interesy podmiotów, które przestrzegają prawa. Kolejnym ważnym czynnikiem, który zmusza podmioty do przestrzegania zasad etyki biznesowej jest presja społeczna. Należy zauważyć, iż ewentualna społeczna dezaprobata dla tego rodzaju zachowań dotknie całe środowisko reklamowe, a nie tylko poszczególnych naruszcycieli.

Pomimo wzrostu znaczenia kodeksów deontologicznych, państwo nadal zachowuje rolę ostatecznej instancji decyzyjnej, nadzoruje i kontroluje działania podmiotów.

W dziedzinie reklamy także powstają kodeksy etyki, kodeksy reklamy, deklaracje, których autorami mogą być zarówno pojedynczy przedsiębiorcy, jak i ich związki. Reklamy sprzeczne z tymi standardami mogą zostać uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Działania samoregulacyjne są bardzo pozytywnym zjawiskiem. Odciażają instytucje państwowe i wymiar sprawiedliwości oraz niejednokrotnie są bardziej skuteczne niż wyrok sądu stwierdzający naruszenie.

Jeżeli chodzi o moc prawną kodeksów deontologicznych, należy podkreślić, iż są one pomocne przy określaniu, czy nastąpiło naruszenie prawa do wizerunku, jednak ich reguły nie mają mocy norm prawnych. Nie jest zatem pewne, czy sąd potraktuje naruszenie reguł kodeksu deontologicznego jako naruszenie praw podmiotowych bezwzględnych, a nie jako zwykły delikt lub czyn nieuczciwej konkurencji⁴⁰⁰. Należy przy tym podkreślić, iż przewidują one jednak pewne sankcje, np.: wykluczenie ze stowarzyszenia, publiczne ogłoszenie faktu naruszenia kodeksu itd., które mogą być bardzo dotkliwe.

Kodeks etyczny reklamy stanowi zbiór zasad, jakimi powinni kierować się przedsiębiorcy oraz osoby zajmujące się działalnością marketingową, reklamową, dystrybucyjną, sponsoringową i promocją sprzedaży. Zasady w nim zawarte stanowią uzupełnienie obowiązujących przepisów prawa, m.in.: Konstytucji RP, Kodeksu cywilnego, Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Prawa prasowego, Ustawy o radiofonii i telewizji, Ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, czy też prawa własności przemysłowej. Działania w dziedzinie reklamy powinny być zgodne z prawem i dobrymi obyczajami. Kodeks odwołuje się w nich do poczucia odpowiedzialności społecznej, nie pochwała zachowań wprowadzających odbiorców w błąd.

398 M. Ożóg, *Reklama radiowa i telewizyjna (w:) Prawo reklamy i promocji*, red. E. Traple, s. 242.

399 M. Ożóg, *Reklama radiowa i telewizyjna...*, s. 243.

400 T. Grzeszak, *Reklama a dobra osobiste...*, s. 8.

W kodeksach deontologicznych znajdują się postanowienia dotyczące wykorzystania wizerunku osób fizycznych. Kodeks postępowania w dziedzinie reklamy Międzynarodowego Stowarzyszenia Reklamy IAA w Polsce⁴⁰¹ za zasadę podstawową uważa fakt, że wszelka działalność reklamowa powinna być zgodna z prawem i normami obyczajowymi, uczciwa oraz zgodna z prawdą. Każdą reklamę powinno być przygotowana z należyтым poczuciem odpowiedzialności i przestrzegać ogólnie przyjętych i uznawanych reguł uczciwej konkurencji. Żadna reklama nie powinna podważać społecznego zaufania do działalności reklamowej. W art. 6 Kodeksu postępowania w dziedzinie reklamy znajduje się także zapis dotyczący rekomendacji, zgodnie z którym „reklamy nie powinny zawierać ani powoływać się na jakiegokolwiek rekomendacje, jeśli nie są one prawdziwe lub nie dotyczą własnych doświadczeń osób, które ich udzielają. Nie wolno posługiwać się rekomendacjami, które straciły swą ważność”.

Z perspektywy prawa do wizerunku najważniejszy jest art. 8 przedmiotowego Kodeksu, w myśl którego reklama nie powinna przedstawiać lub odnosić się do jakiegokolwiek osoby, zarówno prywatnej, jak i publicznej, bez uzyskania jej uprzedniej zgody, ani też bez uprzedniej zgody opisywać lub odnosić się do rzeczy będącej własnością jakiegokolwiek osoby w sposób mogący wywołać wrażenie jej osobistej rekomendacji. Art. 9 ust. 2 Kodeksu stwierdza ponadto, że reklama nie powinna wykorzystywać w sposób nieuprawniony dobrego imienia związanego z nazwiskiem osoby, nazwą lub symbolem innej firmy lub produktu. Kodeks powołuje do życia Komitet d/s Praktyk w dziedzinie Reklamy (KPR) oraz Sąd Honorowy Reklamy Polskiej. Werdykt Sądu, stwierdzający naruszenie postanowień Kodeksu jest przekazywany do publicznej wiadomości. Ponadto Wszystkie osoby i instytucje działające w dziedzinie reklamy zobowiązane są do postępowania zgodnie z wydanym przez Sąd Honorowy werdyktem.

Kolejnym ważnym kodeksem deontologicznym jest Kodeks etyki reklamy⁴⁰² uchwalony przez Radę Reklamy w dniu 12 kwietnia 2006 roku. W art. 12 ust. 1 niniejszego Kodeksu znajduje się zapis, iż reklama nie może przedstawiać lub odnosić się do jakiegokolwiek osoby fizycznej, w tym także powszechnie znanej w związku z np. pełnieniem przez nią funkcji publicznych, bez uzyskania jej wcześniejszej zgody, ani też bez uprzedniej zgody opisywać lub odnosić się do rzeczy będącej własnością konkretnej osoby, w sposób mogący wywołać wrażenie jej osobistej rekomendacji. W myśl przepisu art. 12 ust. 2 postanowienia ust. 1 stosują się odpowiednio do podmiotów innych niż osoby fizyczne.

Warto również wspomnieć o Kodeksie zasad etyki reklamy politycznej⁴⁰³. Co prawda reklama polityczna jest obecnie w Polsce zabroniona, ale wydaje się, iż nie jest to rozwiązanie dobre i raczej nieprzyjęte na świecie. Może się okazać, że będziemy mieć do czynienia z większą obecnością reklamy politycznej ukrytej, lub pozornie niepolitycznej, a podejmującej tematy społeczne. Punkt 2 niniejszego kodeksu stwierdza, iż „reklamy polityczne nie mogą dyskredytować żadnej firmy, osoby polityka, innego ugrupowania politycznego ani ich działalności bezpośrednio lub przez implikacje, ani przez przedstawienie w sposób obraźliwy lub ośmieszający, ani jakikolwiek podobny sposób. Odnośnie wizerunku – najważniejszy wydaje się punkt 3, w myśl którego reklamy polityczne nie powinny przedstawiać lub odnosić się do jakiegokolwiek osoby, zarówno prywatnej, jak i publicznej, bez uzyskania jej uprzedniej zgody, ani też bez uprzedniej zgody opisywać lub odnosić się do rzeczy będących własnością jakiegokolwiek osoby w sposób mogący wywołać wrażenie osobistej rekomendacji.

Podsumowując, należy podkreślić, iż samoregulacja komercyjnego wykorzystania wizerunku osób publicznych w reklamie jest bardzo pozytywnym zjawiskiem i leży także w interesie podmiotów zajmujących się działalnością w reklamie. Sytuacja, kiedy jakiś podmiot wykorzystuje w reklamie wizerunek osoby publicznej bez jej zgody, nie płacąc jej stosownego wynagrodzenia stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji, jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego oraz co najważniejsze, godzi w interesy tych podmiotów, które przestrzegają prawa, podejmując trudy uzyskania zgody i zapłaty wysokiego wynagrodzenia. Ostracyzm wewnątrz danego środowiska, wykluczanie podmiotów naruszających prawo z różnego rodzaju stowarzyszeń oraz nagłaśnianie przypadków nagannego zachowa-

401 http://www.iaa.org.pl/oreklamie_kodeksy_dziedzina_reklamy.htm.

402 http://www.iaa.org.pl/oreklamie_kodeksy.htm.

403 http://www.iaa.org.pl/oreklamie_kodeksy_zasady_etyki.htm.

nia może często okazać się bardziej skuteczne niż tradycyjne postępowanie sądowe. Ponadto, reguły zawarte w kodeksach deontologicznych mogą być pomocne w ocenie, czy nastąpiło naruszenie i być pomocniczo stosowane przez sądy przy szukaniu adekwatnego środka ochrony.

2. Roszczenia ochronne w przypadku naruszenia prawa do wizerunku osób publicznych w reklamie

Roszczenia służące ochronie dóbr osobistych można podzielić na roszczenia niemajątkowe i majątkowe. Do pierwszej grupy możemy zaliczyć roszczenie o zaniechanie oraz roszczenie o usunięcie skutków naruszenia, a do drugiej roszczenie o zadośćuczynienie oraz o odszkodowanie za szkodę majątkową. Zbieg roszczeń może mieć charakter alternatywny (np. roszczenie o zadośćuczynienie na podstawie art. 78 ust. 1 pr. aut., albo na podst. art. 448 k.c.) lub kumulatywny (np. roszczenie o zadośćuczynienie, o przeproszenie, o odszkodowanie za szkodę majątkową). Wybór powinien należeć do osoby uprawnionej. W sytuacji zagrożenia prawa do wizerunku (np. przygotowań do publikacji wizerunku, produkcji reklamy) uprawniony może żądać zaniechania tych działań. Może również wystąpić o zabezpieczenie roszczenia na zasadach ogólnych (art. 730 i nast. k.p.c.)⁴⁰⁴. Zgodnie z powszechnym poglądem doktryny podmiotowi danego dobra osobistego przysługuje również powództwo o ustalenie na podstawie art. 189 k.c.⁴⁰⁵.

2.1. Roszczenia niemajątkowe w razie naruszenia prawa do wizerunku

Artykuł 24 § 1 k.c. i art. 78 ust. 1 pr. aut. zawierają roszczenia niemajątkowe przysługują osobie, której wizerunek został zagrożony lub naruszony: roszczenie o zaniechanie i usunięcie skutków naruszenia, w szczególności poprzez złożenie oświadczenia o odpowiedniej treści. Jednym z roszczeń niemajątkowych, którego celem jest ograniczenie negatywnych skutków naruszenia jest roszczenie o zaniechanie naruszenia, czyli o zatrzymanie dalszego rozpowszechniania. Roszczenie o zaniechanie naruszenia, niezależnie czy dane działanie ma charakter zawiniony czy też nie, przysługuje zarówno wobec zagrożenia oraz naruszenia wizerunku⁴⁰⁶.

Usunięcie negatywnych skutków już dokonanego naruszenia jest trudne, a czasem niemożliwe, dlatego tak ważna jest prewencja naruszeń prawa do wizerunku, przejawiająca się m.in. w daleko idącej odwołalności zgody. Usunięcie negatywnych skutków może polegać na złożeniu przez naruszcyciela oświadczenia o odpowiedniej treści (wyjaśnienia, przeproszenia, wyrazów ubolewania). Może być ono realizowane nie tylko w sposób wyraźnie wymieniony w ustawie (złożenie publicznego oświadczenia o odpowiedniej treści i formie), lecz także w inny sposób określony przez Sąd – np. przez nakaz ogłoszenia w czasopiśmie wyroku⁴⁰⁷ lub treści ugody sądowej, przez zobowiązanie do zawiadomienia określonych osób⁴⁰⁸. Pokrzywdzony może także żądać opublikowania jego sprostowania lub odpowiedzi. Wybór odpowiedniej formy i ustalenie treści środka służącego do usunięcia skutków naruszenia są związane z okolicznościami konkretnej sprawy.

Zdaniem T. Grzeszak⁴⁰⁹, działania te mają sens, gdy doszło do naruszenia czci uprawnionego lub jego prawa do bycia przedstawionym w niezafałszowany sposób. Jednak w wielu przypadkach naruszenia innych dóbr osobistych wskutek rozpowszechniania wizerunku sposobem usuwania skutków naruszenia poprzez dochodzenie roszczeń o charakterze majątkowym, w szczególności zadośćuczynienia.

404 T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku i korespondencji...*, s. 569.

405 J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku...*, s. 159.

406 Komentarz do art. 78 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U.00.80.904), Sieńczyło-Chlabicz J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Cwiąkański, R. Markiewicz, E. Traple, *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz...*

407 Por. niepubl. orz. SN z 9 października 1974 r., I CR 495/74.

408 Komentarz do art. 78 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U.00.80.904), Sieńczyło-Chlabicz J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Cwiąkański, R. Markiewicz, E. Traple, *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz...*

409 T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku i korespondencji...*, s. 570.

2.2. Roszczenia majątkowe

Bardziej dolegliwe i w rezultacie skuteczniejsze w walce z naruszeniami wizerunku osób publicznych w reklamie będą roszczenia majątkowe: o zadośćuczynienie i o odszkodowanie za szkodę majątkową. Jak wskazuje A. Śmieja⁴¹⁰, w dobie kultu dóbr materialnych większe wrażenie na sprawcach naruszenia czyni „uderzenie ich po kieszeniach”, a dolegliwość będzie tym większa, im większą kwotą zostaną obciążeni. Osoba, której wizerunek został naruszony w reklamie, może domagać się zasądzenia odpowiedniej sumy dla siebie lub na wskazany cel społeczny (art. 448 i art. 78 ust. 1 pr. aut.), odszkodowanie może zostać przyznane na podstawie art. 24 § 2 k.c.

2.2.1. Zadośćuczynienie

Osoba, której wizerunek został naruszony w reklamie, może domagać się zasądzenia odpowiedniej sumy dla siebie lub na wskazany cel społeczny (art. 448 k.c. i art. 78 ust. 1 pr. aut.). Dyskusję w doktrynie wzbudził fakt, czy osoba pokrzywdzona może dochodzić tych dwóch roszczeń łącznie. Powszechnie dopuszcza się kumulację roszczeń o zadośćuczynienie dla uprawnionego i na wskazany przez niego cel społeczny na podstawie art. 448 k.c., gdyż ustawodawca użył spójnika „lub”⁴¹¹.

Rozpowszechnianie wizerunku bez zgody może uzasadniać dochodzenie roszczeń na podstawie art. 78 ust. 1 pr. aut., ponieważ odsyła do niego art. 82 pr. aut. Jeżeli w wyniku tego rozpowszechniania naruszone zostały interesy idealne: wizerunek, cześć, prywatność, kult pamięci osoby zmarłej, zastosowanie może znaleźć art. 448 k.c. Wybór sposobu dochodzenia ochrony należy do uprawnionego⁴¹². Celem zadośćuczynienia jest wynagrodzenie krzywdy, która została wyrządzona czynem niedozwolonym. Przede wszystkim funkcją zadośćuczynienia jest funkcja kompensacyjna. Niejako obok wymienia się funkcje: satysfakcyjną, prewencyjną i penalną.

Sądy posiadają dużą dyskrecjonalność w zakresie przyznawania zadośćuczynienia. Trybunał Konstytucyjny⁴¹³ stwierdził, iż „sąd jest obowiązany zasądzić, w granicach żądania, określoną sumę pieniężną, jeśli wykazano naruszenie dobra osobistego czyimś zawinionym zachowaniem, zaś niemożliwe jest (lub niemożliwe w pełni) naprawienie, zminimalizowanie lub usunięcie skutków tego czynu w drodze zastosowania środków ochrony niemajątkowej”. Nie może być tak, że prawo jest nieadekwatne i nieskuteczne, musi reagować na łamanie i naruszanie praw.

Zdaniem T. Grzeszak⁴¹⁴ sądy zasądzają coraz wyższe zadośćuczynienia/sumy na cele społeczne, ponieważ dominująca w polskiej doktrynie koncepcja, że szkody majątkowe kompensuje odszkodowanie, a krzywdy kompensować powinno zadośćuczynienie, nie przystaje do rzeczywistości.

Podstawową funkcją zadośćuczynienia jest funkcja kompensacyjna⁴¹⁵. Głównym celem przyznania zadośćuczynienia jest wyrównanie krzywdy doznanej przez poszkodowanego. Funkcja kompensacyjna przejawia się w dążeniu do zatarcia ujemnych doznań psychicznych pokrzywdzonego. Ma usunąć lub zminimalizować poczucie krzywdy. Funkcja prewencyjna i represyjna powinna pełnić rolę uboczną⁴¹⁶.

Kompensowanie środkami pieniężnymi naruszenia dóbr niemajątkowych budzi wątpliwości. Podnoszona jest kwestia nieprzystawalności sankcji z art. 448 k.c. do charakteru chronionych dóbr. Doktryna oraz orzecznictwo często określają zadośćuczynienie jako „paliatyw i to często zawodny”⁴¹⁷, czy też

410 A. Śmieja, *Z problematyki odpowiedzialności uregulowanej w art. 448 k.c.(w): Odpowiedzialność cywilna...*, s. 282-283, za: J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja...*, s. 163.

411 T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku i korespondencji...*, s. 572.

412 Tamże, s. 570- 571.

413 Wyrok TK z 7.02. 2005 r., SK 49-03.

414 T. Grzeszak, *Celebryci kontra tabloidy, czyli o nowych funkcjach zadośćuczynienia...*, s. 133.

415 Por. S. Grzybowski, *Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego*, Warszawa 1957, s. 158; A. Szpunar, *Ochrona dóbr osobistych...*, s. 1979; Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, s. 178; uchwała SN z 8.12.1973., III CZP 37/73, OSN 1974, nr 9, poz. 145.

416 A. Wojciechowska, *Kumulacja czy alternatywa. Uwagi na temat majątkowych środków ochrony dóbr osobistych w świetle art. 448 k.c. i art. 78 pr.aut.*

417 S. Grzybowski, *Ochrona dóbr osobistych...*, s. 147.

„środek z natury rzeczy niedoskonały”⁴¹⁸ oraz środek, który próbuje „godzić ogień z wodą”⁴¹⁹. Trudno jest bowiem określić odpowiednią wysokość zadośćuczynienia, „zmierzyć krzywdę” i określić, jaka suma będzie „odpowiednia”.

Zdaniem doktryny i orzecznictwa powinna być to suma odpowiadająca wielkości doznanej krzywdy, ustalana przy uwzględnieniu zarówno indywidualnych odczuć poszkodowanego, jak i elementów obiektywnych⁴²⁰. Coraz częściej uznaje się, iż funkcja kompensacyjna zadośćuczynienia polega nie tyle na przyznaniu ekwiwalentu za doznaną krzywdę (gdyż ciężko jest „zmierzyć cierpienie”), ale ma poprawić sytuację materialną pokrzywdzonego i dać mu możliwość zaspokajania jego potrzeb osobistych. Funkcja kompensacyjna może się również przejawiać w zadowoleniu z faktu przeznaczenia sumy pieniężnej na rzecz wybranej organizacji. Funkcja kompensacyjna może się zatem przejawiać, w zaspokojeniu potrzeb materialnych lub na gruncie przeżyć psychicznych⁴²¹. Zdaniem A. Mączyńskiego⁴²² „zadośćuczynienie przypadające pokrzywdzonemu służy powetowaniu jego ujemnych doznań (poczucia krzywdy) dzięki satysfakcji płynącej z możliwości dysponowania środkami pieniężnymi uzyskanymi od osoby odpowiedzialnej za krzywdę. Są jednak ludzie, dla których źródłem takiej samej, czy może większej satysfakcji, będzie to, że pieniądze zasądzone od sprawcy naruszenia przyczynią się do wsparcia popieranego przez nich celu”. Zadośćuczynienie może zatem pełnić również funkcję satysfakcyjną.

Wysokość zasądanego zadośćuczynienia powinna być dla sprawcy naruszenia odczuwalną sankcją majątkową⁴²³. Funkcja kompensacyjna i satysfakcyjna zadośćuczynienia będzie polegała w tym przypadku nie na wyrównaniu uszczerbku pokrzywdzonego, ale na osiągnięciu przez niego zadowolenia i poczucia sprawiedliwości. Ta odczuwalna satysfakcja nie powinna być jednak „złośliwą satysfakcją, gdyż zadośćuczynienie ma pełnić przede wszystkim funkcję kompensacyjną, a nie represyjną.

Wydaje się, że zwłaszcza w sytuacji wykorzystania wizerunku w celach komercyjnych przyznawane środki pieniężne (ale lepiej gdyby było to odszkodowanie) powinny stanowić „odczuwalną sankcję” dla naruszydiciela, zniechęcającą go od podejmowania podobnych działań. Sądy powinny uwzględniać sytuację majątkową naruszydiciela, a zasądzona suma powinna stanowić znaczący czynnik kalkulacyjny w działalności gospodarczej osoby odpowiedzialnej za naruszenie⁴²⁴. Stanowi to propozycję odejścia od kierowania się przy ustalaniu wysokości zadośćuczynienia okolicznościami dotyczącymi osoby pokrzywdzonej, a zamiast tego odniesienie się do sytuacji majątkowej naruszydiciela i uznanie, że dopiero wtedy, gdy sankcja stanowi „znaczącą wielkość kalkulacyjną w działalności gospodarczej osoby”, może dojść do wypełnienia funkcji satysfakcyjnej. Jest to ciekawy pomysł, który może rozwiązać konflikt, wynikający z założenia, że zadośćuczynienie powinno kompensować jedynie krzywdę moralną. Motywem zasądzenia zadośćuczynienia jest dążenie do przywrócenia w tej sferze stanu spokoju, równowagi. Sankcje majątkowe w swojej funkcji kompensacyjnej i satysfakcyjnej mają służyć zmniejszeniu tej krzywdy. Wydaje się, że satysfakcja pokrzywdzonego nie pochodzi z uznania przez sąd jego racji i przywrócenia harmonii wartości (przynajmniej nie tylko), ale ma podłoże ekonomiczne, że suma stanowi odczuwalną sankcję dla naruszydiciela⁴²⁵. Przyznanie takiego zadośćuczynienia jest również warunkiem realizacji funkcji prewencyjnej, gdyż „relatywnie niska wysokość zasądanego zadośćuczynienia, które stanowiłoby tylko <<symboliczną>>, a nie rzeczywistą wielkość kalkulacyjną w jego [wydawcy] działalności

418 Uchwała SN z 8.12.1973 r., III CZP 37/73, OSNCP 1974, poz. 145.

419 T. Targosz, *Roszczenia służące ochronie dóbr osobistych (w:) Media a dobra osobiste*, red. J. Barta i R. Markiewicz, s. 330.

420 Por. J. Panowicz-Lipska, *Majątkowa ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1975, s. 71, przytaczam za: A. Wojciechowska, *Kumulacja czy alternatywa...*

421 A. Wojciechowska, *Kumulacja czy alternatywa...*

422 A. Mączyński, *Zadośćuczynienie pieniężne za krzywdę spowodowaną naruszeniem dobra osobistego. Geneza, charakterystyka i ocena obowiązującej regulacji (w:) Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora A. Szpunara*, Zakamycze 2004, s. 244.

423 Tak m.in. T. Grzeszak, *Celebryci kontra tabloidy, czyli o nowych funkcjach zadośćuczynienia...*, s. 133.

wyrok SA w Krakowie I ACa 869/02, TPP 2003, nr. 3, s. 109 i n.; A. Wojciechowska, *Kumulacja czy alternatywa. Uwagi na temat majątkowych środków ochrony dóbr osobistych w świetle art. 448 k.c. i art. 78 pr.aut. (w:) PIPWI UJ Prawo Własności Intelektualnej Wczoraj, Dziś i Jutro*, red. J. Barta, A. Matlak, z. 100, Kraków 2007, s. 635.

424 Por. wyrok SA w Krakowie z 8.04.1997 r., I ACR 1/97 oraz 5.11.2002 r., IACa 869/02, przytaczam za: A. Wojciechowska, *Kumulacja czy alternatywa...*, s. 635. Uwagi dotyczą wydawcy, ale wydaje się, iż można je rozciągnąć na działalność reklamową.

425 A. Wojciechowska, *Kumulacja czy alternatywa...*

gospodarczej, nie może wywołać efektu tamującego, zapobiegającego dokonywania w przyszłości naruszeń dóbr osobistych⁴²⁶.

Funkcja kompensacyjna zadośćuczynienia w warunkach postępującej komercjalizacji dóbr osobistych, nie może być rozumiana w sposób tradycyjny. Zdaniem A. Wojciechowskiej⁴²⁷ wtedy, gdy dobra osobiste ujawniają aspekt komercyjny (a nie jest to częste), zbliżają się charakterem do więzi twórcy z utworem.

2.2.2. Odszkodowanie za szkodę majątkową

Rozpowszechnianie wizerunku może narazić uprawnionego również na szkodę majątkową. Według art. 24 §2 k.c. jeżeli wskutek naruszenia dobra osobistego została wyrządzona szkoda majątkowa, poszkodowany może żądać jej naprawienia na zasadach ogólnych. Poszkodowany musi wykazać szkodę, zawinione działanie sprawcy oraz normalny związek przyczynowy między tym działaniem a szkodą. Niestety bardzo ciężko wykazać taką szkodę ze względu na brak normalnego związku przyczynowego między naruszeniem wizerunku a ewentualną szkodą. Powoływane często przez powodów argumenty – np. podważenie pozycji zawodowej – wydaje się zbyt „mgliste”⁴²⁸. Żeby dochodzić odszkodowania, powód musiałby wykazać, że wskutek naruszenia jego wizerunku, utracił zarobek.

Jak słusznie podaje T. Grzeszak⁴²⁹, mógłby próbować wykazać, że utracił zarobek od innego podmiotu, któremu udzielił wyłącznej licencji na rozpowszechnianie wizerunku w konkretnych okolicznościach lub np. przedstawiłby dokumenty z procesu negocjowania umowy zezwalającej i tym sposobem udowodniłby swoją szkodę majątkową.

Problemem jest to, iż w Polsce nie ma podstaw prawnych zawierania tego typu umów i nawet jeżeli powód wykaże, że prowadził rozmowy z naruszcicielem, ale nie osiągnęli porozumienia, sąd nie ma podstaw do ustalania, na jakie wynagrodzenie (*lucrum cessans*) mógł liczyć powód. Według J. Sieńczyło-Chlabicz⁴³⁰, aby ustalić wysokość odszkodowania, należy najpierw określić wartość *persony* danej osoby. Wartość tę ma oszacować sąd, biorąc pod uwagę stopień popularności i renomę osoby publicznej w społeczeństwie oraz analizując wysokość odszkodowań zasądzanych w podobnych sprawach. Alternatywnie autorka proponuje „oszacować tę wartość przez odniesienie się do wartości wpływów z reklamy, z której to propozycji zrezygnowały osoby o tym samym stopniu popularności w społeczeństwie”. Warto podkreślić, że sądy powinny również brać pod uwagę, czy dana osoba występowała już wcześniej w reklamie. Każdy występ sprawia bowiem, że staje się ona bardziej „wyeksploatowana” i mniej wiarygodna jako rzecznik produktu.

2.2.3. Wydanie bezprawnie uzyskanych korzyści

W przypadku naruszenia wizerunku dochodzi do naruszenia dobra osobistego, które nie wchodzi do majątku uprawnionego. Roszczenie o wydanie bezprawnie uzyskanych korzyści będzie zatem trudne do udowodnienia dla powoda i w związku z tym może okazać się mało przydatne. Korzyści muszą być uzyskane kosztem uprawnionego (art. 405 k.c.). Wizerunek musiałby być w sensie prawnym przynależny do majątku zubożonego.

Jak słusznie proponuje T. Grzeszak⁴³¹, powołując się na A. Ohanowicza, można przyjąć, iż „kosztem zubożonego uzyskuje się korzyść również wtedy, gdy narusza się w celach zarobkowych jego prawa osobiste i wtedy rozpowszechnianie wizerunku, połączone z uzyskaniem korzyści przez naruszciciela oznaczałoby spełnienie przesłanki z art. 405 k.c. Korzyścią naruszciciela jest uzyskanie korzystania z dobra dostępnego zwykle na rynku odpłatnie. Natomiast zubożeniem uprawnionego jest wartość

426 wyrok SA w Krakowie z 8.04.1997 r., I ACR 1/97 oraz 5.11.2002 r., IACa 869/02.

427 A. Wojciechowska, *Kumulacja czy alternatywa...*, s. 635.

428 T. Grzeszak, *Celebryci kontra tabloidy...*, s. 136.

429 Tamże, s. 137.

430 J. Sieńczyło-Chlabicz, *Rozpowszechnianie wizerunku na gruncie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych...*

431 T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku i korespondencji...*, s. 570- 571.

rynkowa, jaką ma dane wykorzystanie jego wizerunku”. Dość powszechnie w doktrynie pojawiają się postulaty uregulowania tej kwestii w kodeksie cywilnym.

Zarówno T. Grzeszak, jak i J. Balcarczyk wskazują, że może (i chyba powinno) dojść do redefinicji pojęcia dobra osobistego, tak by nie było ono tożsame z dobrem o wartości niemajątkowej. Decydujące znaczenie miałyby ścisła więź (osobisty związek) uprawnionego z danym dobrem niematerialnym. Do majątku uprawnionego weszłoby wtedy samo prawo do komercyjnego (np. reklamowego) wykorzystania wizerunku lub osoby, a prawo do rozpowszechniania wizerunku w celach informacyjnych pozostałoby prawem niemajątkowym. Taki proces dokonał się w prawie niemieckim⁴³².

2.3. Problem zasadności przyznawania zadośćuczynienia w przypadku naruszenia prawa do wizerunku

Coraz częściej w doktrynie podnosi się, iż w sytuacji, gdy poprzez bezprawne naruszenie wizerunku osoby publicznej w reklamie dochodzi jedynie do naruszenia jej majątkowych interesów, nie jest właściwym przyznawanie zadośćuczynienia za doznaną krzywdę. Postulat oparcia roszczeń powoda na normie art. 24 § 2 zamiast na zasadach zadośćuczynienia jest dość powszechnie podzielany w doktrynie, w szczególności przez T. Grzeszak, M. Czajkowską-Dąbrowską, E. Traple, J. Sieńczyło-Chlabicz, J. Balcarczyk oraz pośrednio J. Barta i R. Markiewicz.

W przypadkach naruszania dóbr osobistych, które podlegają komercjalizacji i zyskują przez to realną wartość majątkową, a naruszony został jedynie interes majątkowy powoda, sąd powinien próbować oprzeć się na przesłankach odszkodowania, zamiast nadmiernie rozciągać instytucję zadośćuczynienia. M. Czajkowska-Dąbrowska podkreśla, iż w przypadku dóbr osobistych, które jako potencjalne instrumenty reklamy lub *merchandisingu* mają realną wartość rynkową (np. wizerunek osób powszechnie znanych), można sądzić, że gdyby te osoby chciały, dobra te mogłyby im przynieść wymierną korzyść majątkową. Zdaniem autorki: „Wykorzystanie dóbr bez zezwolenia uprawnionych pozbawia ich tej szansy, a więc może być rozpatrywane w kategoriach szkody (*lucrum cessans*). W takim przypadku mamy do czynienia ze szkodą majątkową spowodowaną naruszeniem – obiektywnie rozumianym – dobra osobistego. Wydaje się, że w takiej sytuacji art. 24 § 2 byłby właściwszą podstawą roszczeń majątkowych osób, których dobra naruszono niż nadmiernie rozciągane przepisy o zadośćuczynieniu pieniężnym za krzywdę”⁴³³.

Zdaniem T. Grzeszak⁴³⁴ zadośćuczynienie nie jest zwykłym odszkodowaniem, ale jednym z podstawowych środków chronienia bezwzględного prawa osobistego i w związku z tym w przypadku naruszenia prawa do wizerunku z art. 81 pr. aut., które wywołało przede wszystkim uszczerbek majątkowy, istnieją podstawy do odmowy zadośćuczynienia, lub przyznania go w symbolicznej wysokości⁴³⁵. Błędna jest zatem powszechna praktyka sądów zasądzania zadośćuczynienia wtedy, gdy uprawniony nie otrzymał wynagrodzenia, na jakie liczył w związku z rozpowszechnianiem wizerunku.

Według T. Grzeszak⁴³⁶, w przypadku praw osobistych, które chronią wyłącznie władzę uprawnionego nad danym dobrem (rozpowszechnianie wizerunku), o krzywdzie możemy mówić dopiero, gdy naruszenie wywoła zarazem ingerencję w osobisty interes, jak i cierpienie psychiczne. Sam fakt naruszenia nie daje podstaw do zadośćuczynienia. Właściwe w takim wypadku byłoby odszkodowanie. W latach 70. Sąd Najwyższy wydał dwa wyroki dotyczące komercjalizacji atrybutów tożsamości, które określały, iż ochrona dóbr osobistych powodów powinna być oparta na roszczeniu odszkodowawczym. Niestety obecnie kontynuowana jest praktyka orzecznicza przyznawania zadośćuczynienia.

432 Tamże, s. 571.

433 M. Czajkowska-Dąbrowska, *glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 stycznia 1999 r...*

434 T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku i korespondencji...*, s. 571.

435 Tamże, s. 571.

436 T. Grzeszak, *Glosa do wyroku SN z 16 kwietnia 2004 (w): Prawo Gospodarcze w orzeczeniach i komentarzach 2005, nr 1, s. 54.*

Pierwsze z orzeczeń Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 1977 roku⁴³⁷ (powoływane już w niniejszej pracy) dotyczyło znanego boksera. Zdaniem powoda poprzez publikację w formie pocztówki zdjęć przedstawiających go na ringu naruszono jego prawo do wizerunku. Sąd stwierdził, iż roszczenia majątkowe z art. 24 § 2 są usprawiedliwione co do zasady i wskazał, iż „Uszczerbek majątkowy powoda sprowadza się do utraty wynagrodzenia, jakie otrzymałby, gdyby pozwana zawarła z nim umowę o wydanie fotografii w formie pocztówki”. Sąd wskazał, że o tę kwotę pozwana została bezpodstawnie wzbogacona i oparł rozstrzygnięcie na art. 405 k.c. Kolejne orzeczenie⁴³⁸ również dotyczyło rozpowszechnienia wizerunku osoby powszechnie znanej w formie pocztówki. Sąd stwierdził, że honoraria stosowane w umowach z piosenkarzami i instrumentalistami (względnie także z aktorami) mogą stanowić „posiłkową wskazówkę dla oceny, na jakich przypuszczalnie warunkach doszłaby do skutku umowa między powodem a pozwaną agencją, gdyby postąpiła ona prawidłowo i zwróciła się do powoda o wyrażenie zgody na reprodukcję jego wizerunku”⁴³⁹. Zdaniem J. Balcarczyk⁴⁴⁰ uznanie przez sądy, iż w wyniku naruszenia wizerunku osoby powszechnie znanej przez jego bezumowne rozpowszechnianie wkracza się w interes majątkowy uprawnionego, pozbawiając go należnego mu wynagrodzenia, uznaje pośrednio komercjalizację wizerunku.

Jednym z przykładów niewłaściwego zastosowania instytucji zadośćuczynienia w przypadku naruszenia wizerunku osoby publicznej w reklamie jest sprawa z powództwa Grażyny Szapołowskiej przeciwko Marie Claire. Sprawa dotyczyła zdjęć aktorki opublikowanych w magazynie „Marie Claire” w listopadzie 1999 roku. Zdjęcia, które zamieszczono obok wywiadu z aktorką, powstały na specjalnie przygotowanej sesji zdjęciowej. Aktorka przed publikacją oglądała i wybrała zdjęcia, które ostatecznie znalazły się w piśmie. Władze MC Press, ówczesnego wydawcy „Marie Claire”, nie podpisały umowy przygotowanej przez agenta aktorki, dotyczącej warunków publikacji fotografii. W rezultacie opublikowano zdjęcia bez uiszczenia stosownego wynagrodzenia. Na tej podstawie aktorka wytoczyła wydawcy proces, twierdząc, że w piśmie zostały użyte, a także wykorzystane w celach reklamowych, zdjęcia – bez jej zgody. Fotografie aktorki znalazły się na okładce pisma, która była umieszczona na bannerach eksponowanych na przystankach komunikacji miejskiej. Odbiorcy mogli zatem zobaczyć jej wizerunek jeszcze przed zakupieniem pisma.

Aktorka wygrała proces przed Sądem Okręgowym w Warszawie, a także przed Sądem Apelacyjnym. Sprawa zakończyła się wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2004 roku⁴⁴¹.

Znacząca część doktryny uznała, że w sprawie tej Sądy były niekonsekwentne. Stan faktyczny będący podstawą rozstrzygnięcia jednoznacznie wskazywał, iż spór dotyczy wynagrodzenia przysługującego powódce za komercjalizację jej dobra osobistego. Strona pozwana zarzucała, iż powódka nie wykazała, że w wyniku rozpowszechnienia zdjęcia wyrządzono jej krzywdę rozumianą jako naruszenie jej świata uczuć. Aktorka jasno stwierdziła, że odwołanie przez nią zgody na rozpowszechnianie wizerunku poddyktowane było względami finansowymi i nie zgodziłaby się na darmowe umieszczenie jej wizerunku na okładce i wykorzystaniu tej okładki w kampanii reklamowej pisma. Wizerunek jest jej kapitałem, którym musi rozsądnie rozporządzać⁴⁴². Sąd Apelacyjny, rozstrzygając apelację na korzyść powódki, nie uwzględnił jednak tak wyrażonego stanowiska i przyznał powódce wyrokiem z 19 kwietnia 2000 roku zadośćuczynienie, zamiast odszkodowania. Stwierdził, iż każdy rozsądnie myślący człowiek, który przywiązuje wagę do swej godności, miałby w takiej sytuacji poczucie krzywdy.

Błędną interpretację przepisów prawa krytykowali m.in. T. Grzeszak⁴⁴³ i J. Balcarczyk⁴⁴⁴. Nie ulega wątpliwości, iż w przytoczonej sprawie spór dotyczył jedynie wynagrodzenia. Aktorka nie doznała krzywdy, naruszono wyłącznie jej interes majątkowy. Jak słusznie wskazuje T. Grzeszak⁴⁴⁵, spór ten nie

437 I CR 127/77 za T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku i korespondencji...*, s. 571.

438 Wyrok SN z 16.12.1977 r., I CR 437/77, niepubl., za: tamże.

439 J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja...*, s. 344.

440 Tamże.

441 I CK 495/03, za: J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku...*, s. 345.

442 M. Domagalski, *Szapołowska wygrała z kolorową prasą*, Rzeczposp. Z 17-18 kwietnia 2004 r., za: Grzeszak, *Gwiazda na okładce – glosa do wyroku SN z 16.04.2004 r.*, „Glosa” 2005 nr 1 s. 58.

443 T. Grzeszak, *Gwiazda na okładce – glosa do wyroku SN z 16.04.2004 r.*, „Glosa” 2005 nr 1 s. 58.

444 J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja...*, s. 346.

445 Grzeszak, *Gwiazda na okładce...*, s. 58.

ma charakteru wyłącznie doktrynalnego, „roszczenie odszkodowawcze rządzi się innymi zasadami, niż roszczenie o zadośćuczynienie. Oparte jest bowiem na zasadach odpowiedzialności deliktowej, w której to na powódzie spoczywa obowiązek wykazania wysokości poniesionej szkody, związku przyczynowego i winy naruszcyciela. Musi on więc wykazać, jakie były w danym wypadku utracone przez niego korzyści z rozpowszechniania wizerunku. O ich wysokości decyduje renoma osoby, której wizerunek został wykorzystany, rodzaj wykorzystania i wynagrodzenie, jakie mogła ona uzyskać na rynku”.

Podsumowując, w sytuacji, gdy poprzez wkroczenie w dobro osobiste posiadające wymierną wartość majątkową, naruszone zostają jedynie interesy majątkowe danej osoby, podstawą roszczenia powinna być norma art. 24 § 2, a nie art. 448 k.c. Należy jednak zgodzić się z zastrzeżeniem M. Czajkowskiej-Dąbrowskiej⁴⁴⁶, że rozwiązanie to możliwe jest tylko w odniesieniu do osób sławnych, które mogą wykazać *lucrum cessans*, natomiast osoby nieznanne będą miały problem z wykazaniem, że ktoś może się do nich zwrócić z propozycją odpłatnego wykorzystania ich wizerunku w reklamie.

2.4. Skuteczność tradycyjnych środków ochrony

Zwiększająca się wartość majątkowa wizerunku znanych osób i coraz powszechniejsze jego naruszenia, zwłaszcza przez tabloidy, są przyczyną trudności w znalezieniu adekwatnych środków ochrony prywatności oraz dóbr osobistych celebrytów. Ponadto możemy często zaobserwować lekceważący stosunek niektórych nadawców, zwłaszcza wydawców tabloidów do orzeczeń sądowych, np. orzekających opublikowanie odpowiedniego oświadczenia przeproszającego⁴⁴⁷. Niepokojąca jest również praktyka, niejako godzenia się nadawców na ewentualny proces, wkalkulowywania go w koszty prowadzenia działalności i rezerwowania na niego środków pieniężnych. Takie postępowanie, ignorowanie orzeczeń sądów i nagminne naruszanie dóbr osobistych osób publicznych, w pewien sposób wzmocniło pozycję osób powszechnie znanych, gdyż uświadomiło sądom nieskuteczność roszczeń niemajątkowych w zwalczaniu naruszeń o podłożu komercyjnym⁴⁴⁸.

Należy podkreślić, to co już podnoszono wyżej, iż dla skuteczności zastosowanego środka ochrony, czyli dodatkowej funkcji prewencyjnej, zasądzone zadośćuczynienie (czy też odszkodowanie) powinno stanowić znaczący czynnik kalkulacyjny w działalności gospodarczej podmiotów. Do sądu będzie należało ustalenie, przy jakiej wysokości kwoty efekt ten zostanie osiągnięty⁴⁴⁹. Jak jednak zastrzega M. Wyrzykowski⁴⁵⁰, wysokość zadośćuczynienia nie może prowadzić do zlikwidowania pluralizmu prasy (zamykania gazet). Należy się jednak zastanowić, czy możemy mieć takie same zastrzeżenia w przypadku podmiotów naruszających dobra osobiste w reklamie. Wydaje się jednak, że wysokość zasądzanych kwot nie może stanowić nadmiernego ograniczania swobody działalności gospodarczej i wolności słowa, które są wartościami chronionymi konstytucyjnie, ale ma za zadanie zniechęcać nadawców do naruszania prawa do wizerunku.

Należałoby się jednak przychylić do postulatu powoływania się (lub przynajmniej starania się powołać) przez sąd w tym przypadku na przesłanki odszkodowania i przyznania poszkodowanemu środków pieniężnych na podstawie art. 24 §2 k.c., zamiast nadmiernego rozciągania konstrukcji krzywdy. Dopiero w przypadku zaistnienia krzywdy po stronie powoda należy przyznać zadośćuczynienie/świadczenie na cel społeczny.

446 Glosa do wyroku SA w Warszawie z 13 stycznia 1999 r., I ACa 1089/98, OSP 2000, nr 9, poz. 142.

447 Np. „Narodowy dzień przeprosin” w „Fakcie” z 5-6 sierpnia 2006 r.

448 T. Grzeszak, *Celebryci kontra tabloidy, czyli o nowych funkcjach zadośćuczynienia...*, s. 133.

449 Tak m.n. T. Grzeszak, *Celebryci kontra tabloidy, czyli o nowych funkcjach zadośćuczynienia*, s. 133., wyrok SA w Krakowie z 5.11.2002 r, I ACa 869/02, za: tamże.

450 M. Wyrzykowski, *komentarz do wykładu mec. M. Lacha „Granice wolności słowa – czy gwiazdy show-businessu mają prawo do prywatności?”...*

Zakończenie

Obecne warunki społeczno-ekonomiczne oraz potrzeby obrotu stawiają przed polskim prawem prywatnym nowe wyzwania w zakresie ochrony dóbr osobistych, które uległy komercjalizacji. Współczesne koncepcje prawne, których rodowód sięga czasów poprzedniego ustroju politycznego i które w czasie transformacji ustrojowej przeszły drobny *face-lifting*, nie przystają do rzeczywistości gospodarczej.

Rynek reklamy jest przykładem zdolności do szybkiego przystosowywania się przedsiębiorców do zmian. Mało kto pamięta o pierwszych, czasem zabawnych, reklamach z lat 90. Dzisiaj przemysł reklamowy to tysiące reklam i milionowe zyski. Tymczasem polskie uregulowania ochrony dóbr osobistych, zwłaszcza te dotyczące reklamowego wykorzystania atrybutów tożsamości człowieka, nie są wystarczająco elastyczne i nie przystają do współczesnych realiów. Idąc dalej, właściwie nie istnieją regulacje reklamowego wykorzystania wizerunku osób publicznych w reklamie, ani określające jego, czy też zakazujące tego wykorzystania.

Niemniej jednak faktem jest, iż wykorzystanie wizerunku osób w reklamie ma miejsce i musi znaleźć odzwierciedlenie w obowiązującym stanie prawnym. Z jednej strony musimy chronić osoby, których wizerunek jest bezprawnie wykorzystywany, a z drugiej uwzględniać także interesy przedsiębiorców, których powinniśmy chronić przed zmiennością celebrytów, którzy raz wyrażają zgodę i inkasują wynagrodzenia tylko po to, by następnie cofnąć zgodę na korzystanie z ich wizerunku.

Ciężar dostosowywania obowiązujących regulacji do panujących warunków społecznych i ekonomicznych spoczywa obecnie na sądach i doktrynie. Nasuwa się jednak pytanie, czy ten ciężar nie jest zbyt duży, a interpretacje zbyt daleko idące. Wydaje się, że w systemie prawa kontynentalnego proponowane rozwiązania powinny znaleźć odbicie w obowiązujących aktach prawnych.

Reklama nie tylko towarzyszy działalności gospodarczej, ale również sama ją stanowi, korzysta zatem z konstytucyjnych gwarancji swobody działalności gospodarczej. Jako forma wypowiedzi niewątpliwie jest objęta, chociaż w relatywnie ograniczonym zakresie, wolnością słowa, zwłaszcza w zakresie informowania konsumentów o istnieniu, zaletach i cenie towarów oraz usług. Z konstytucyjnej ochrony korzystają także jednostki, np. ochrona autonomii informacyjnej, czy ochrona prywatności. W związku z tym niniejsza praca miała za zadanie wyjaśnienie, czy osoby publiczne korzystają z mniejszej ochrony wizerunku wykorzystywanego w celu stricte komercyjnym niż osoby całkowicie prywatne. Celowym było pokazanie zderzenia się dwóch ograniczonych przeciwstawnych praw i wolności: wolności wypowiedzi komercyjnej oraz prawa osób publicznych do prywatności. Łatwiej bowiem uznać, iż wolność słowa przeważa w sytuacji, gdy prawo do prywatności osób publicznych podlega ograniczeniu ze względu na ważny interes i debatę publiczną. W przypadku wykorzystania wizerunku osób publicznych w reklamie nie można powoływać się na „wolność prasy”. Wydaje się, iż ograniczenie prawa do wizerunku osób publicznych w imię wolności wypowiedzi reklamowej, chroniłoby głównie interesy podmiotów związanych z reklamą, a nie konsumentów. Kierując się zdrowym rozsądkiem oraz ważąc przeciwstawne interesy przy zastosowaniu testu proporcjonalności, należy uznać, iż przeważający powinien być interes osób publicznych w kontrolowaniu komercyjnego wykorzystania atrybutów ich tożsamości. Trudno wyobrazić sobie sytuacje, w których naruszenie prawa do wizerunku osób publicznych mogłoby być ograniczone ze względu na wolność wypowiedzi komercyjnej.

Przyjmując jak wyżej, należy jednak opowiedzieć się za wprowadzeniem zmian mających na celu stworzenie większej przejrzystości stanu normatywnego. Obecne przepisy pozwalają bowiem w dużej mierze wykorzystywać wizerunek osób publicznych w celu reklamy tytułu prasowego. Nie jest to jaskrawy przykład wykorzystania wizerunku w reklamie, lecz w pewnym sensie sytuacja hybrydowa. Czym in-

nym bowiem jest wykorzystanie wizerunku gwiazdy w telewizyjnym spocie reklamującym jutrzejsze wydanie bulwarówki. Czym, jak nie reklamą, jest umieszczenie informacji przez producenta konkretnego modelu biżuterii reklamy obok fotografii jednej z gwiazd, mającej na planie filmowym ten sam komplet biżuterii?

Niewątpliwie ujednoczenia wymaga terminologia i kryteria wyróżniania osób publicznych, zwłaszcza w przypadkach stosowania ograniczeń ich prawa do prywatności. W przypadku reklamy posiadanie statusu osoby publicznej nie może usprawiedliwiać naruszenia prywatności osoby publicznej. Osoby takie powinny w takim przypadku korzystać z tak daleko posuniętej ochrony jak osoby prywatne.

Komercjalizacja atrybutów tożsamości człowieka, zwłaszcza osób powszechnie znanych, jest już faktem. Reklamodawcy dostrzegają olbrzymi potencjał i siłę rekomendacji popularnych osób (*endorsement*), czy też popularność „sygnowanych” przez nie produktów (*merchandising*). Nie sposób dziwić się reklamodawcom, że tak chętnie korzystają z rekomendacji oraz innych form komercjalizacji wizerunku. Osoby publiczne są to jednostki, które budzą usprawiedliwione zainteresowanie członków społeczeństwa, często uznawane są za autorytety i wpływają na podejmowane przez nich decyzje. Psychologiczne oddziaływanie tych form na konsumenta jest zbadane i potwierdzone. Istotą reklamy jest perswazja, a transfer znaczenia, który zapewnia udział celebryty w reklamie, niewątpliwie jest jedną z najskuteczniejszych form przekonywania. Należy jednak pamiętać, iż istnieje cienka granica pomiędzy perswazją, a szkodliwą manipulacją.

Dobra osobiste to najwrażliwsze elementy osobowości człowieka, zasługujące na daleko idącą ochronę. Ochrona ta jest szczególnie istotna w przypadku atrybutów tożsamości człowieka – wizerunku i nazwiska. Są one symbolami danej jednostki, identyfikują ją w społeczeństwie. Każdy pragnie zatem móc kształtować swoją osobowość i decydować o niej oraz o tym, jak jest postrzegany w odbiorze społecznym. Może też w zdecydowany sposób sprzeciwiać się reklamowym skojarzeniom danego produktu z jego osobą. Z drugiej zaś strony powszechnie zauważone i zaakceptowane zostało zjawisko komercjalizacji wizerunku. Jak wskazano w niniejszej pracy, wizerunek powinien być jednolicie rozumiany na gruncie prawa cywilnego i autorskiego. Istnieje jednak potrzeba redefinicji pojęcia dobra osobistego, uwzględniająca jego majątkowy charakter. Alternatywą wydaje się utworzenie konstrukcji chroniącej interesy majątkowe osób publicznych na wzór amerykańskiej koncepcji *right of publicity*, która miałyby za zadanie chronić majątkowy potencjał atrybutów tożsamości, głównie osób powszechnie znanych przed naruszeniami w celach komercyjnych. Po raz kolejny należy zgłosić postulat przeniesienia regulacji prawa do wizerunku do kodeksu cywilnego⁴⁵¹.

Należy jednoznacznie stwierdzić, iż w przypadku wykorzystania wizerunku osoby publicznej w celach komercyjnych, zawsze powinna być wymagana zgoda danej osoby. W przypadku reklamy niezasadnym jest powoływanie się na ograniczenia prawa do wizerunku przewidziane m.in. w art. 81 pr. aut., gdyż służą one realizacji funkcji informacyjnych, sprawozdawczych i dokumentacyjnych. Należy uznać, że słusznie stwierdzono w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 2009 roku⁴⁵², że „tylko zgoda upoważnia do wykorzystania – publikowania – wizerunku osoby publicznej. I to tylko w określonym zakresie, a nie dla innych celów, choćby nawet społecznie ważnych”.

W przypadku komercyjnego wykorzystania wizerunku należy bezwzględnie i dolegliwie zniechęcać reklamodawców do posługiwania się bez zezwolenia wizerunkiem znanej osoby.

W celu efektywnej realizacji wyżej wymienionego celu, ochrona zapewniona poszkodowanemu powinna być jak najbardziej kompleksowa. Do osoby uprawnionej powinna należeć decyzja, w jaki sposób chce dochodzić ochrony – czy na podstawie prawa cywilnego, czy autorskiego, czy też obu łącznie.

W obecnym stanie prawnym ochrona osób publicznych przed komercyjnym wykorzystaniem atrybutów ich tożsamości jest niewystarczająca. Obowiązujące konstrukcje są niejednolite i nieprzejrzyste,

451 Tak m.in. J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie...*, s. 414-417.

452 I ACa 22/09, Rzeczpospolita z 24 września 2009 r., za J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie...*, s. 415.

a proponowane środki ochrony nieskuteczne. Umieszczenie wszystkich przepisów dotyczących wizerunku w Kodeksie cywilnym zapewniłoby większą spójność i przejrzystość regulacji. Ponadto powinny zostać podjęte działania zmierzające do wypracowania bardziej efektywnych i adekwatnych środków ochrony prawa do wizerunku. Wymaga to jednak połączenia sił doktryny i wymuszeniu na ustawodawcy zmian w dotychczasowych uregulowaniach. Wymaga to być może także większej presji ze strony środowisk artystycznych, sportowych i politycznych, a także reklamodawców. Również w ich interesie leży uregulowanie tych kwestii, gdyż obecnie obowiązująca koncepcja prawna braku możliwości rozporządzania dobrami osobistymi, przy równoczesnej rozpowszechnionej praktyce zawierania umów zezwalających na takie wykorzystanie wizerunku, naraża ich na dotkliwe straty materialne, prowadzi do nieporozumień i zmusza judykaturę do ekwilibrystyki prawniczej, z jednej strony godząc tradycję i brzmienie prawa cywilnego, z drugiej, uwzględniając potrzeby obrotu i zdrowy rozsądek. Należy pozytywnie ocenić działalność samoregulacyjną podmiotów związanych z reklamą, przejawiającą się przede wszystkim w tworzeniu kodeksów deontologicznych i działalności organów oraz sądów koleżeńskich. Pozwala ona wewnątrznie dyscyplinować reklamodawców i ogranicza nadużycia.

Wprowadzenie regulacji uwzględniających daleko idące zjawisko komercjalizacji wizerunku, i co za tym idzie jego wartość majątkową, pozwoliłoby na lepszą realizację majątkowych interesów zarówno osób publicznych, jak i podmiotów związanych z reklamą, likwidując przy tym stan niepewności prawnej. Należy bowiem podkreślić, iż jedną z najważniejszych wartości prawa jest jego pewność.

Bibliografia

- » BALCARCZYK J., *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja. Studium cywilnoprawne*, Warszawa 2009.
- » BARRON J.A., DIENES C.T., *First Amendment Law in a Nutshell*, Thomson/ West 2008.
- » BARTA J., CZAJKOWSKA- DĄBROWSKA M., CWIĄKALSKI Z., MARKIEWICZ R., TRAPLE E., *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, Warszawa 1995.
- » BARTA J., MARKIEWICZ R., *Wokół prawa do wizerunku*, ZNUJ PWiOWI 2002, z. 80.
- » BARTA J., MARKIEWICZ R., *Media a dobra osobiste*, Warszawa 2009.
- » BARTA J., MARKIEWICZ R., *Prawo autorskie*, Warszawa 2010.
- » BELCH G., BELCH M., *Advertising and Promotion, Sixth Edition*, The McGraw-Hill Companies 2003.
- » BOORSTIN D.J., *The Image: A guide to Pseudo- events in America*, Harper & Row, Publishers, Incorporated, New York 1965.
- » BRZOZOWSKA M., *Prawo autorskie w reklamie i marketingu*, Warszawa 2009.
- » BRZOZOWSKA M., *Celebryci i ich sobowtóry w reklamie*, <http://biznes.interia.pl/prasa/marketing-w-praktyce/news/celebryci-i-ich-sobowtory-w-reklamie,1427886,4869>.
- » BURDOCH A., *Modern Advertising*, Warszawa 2004.
- » CZAJKOWSKA- DĄBROWSKA M., *Glosa do wyroku SA w Warszawie z 13 stycznia 1999 r., I ACa 1089/98*, OSP 2000, nr 9, poz. 142.
- » CZAJKOWSKA- DĄBROWSKA M., WISZNIEWSKA I., *Merchandising- czyli komercjalizacja popularnych symbol*, PPH 1998, Nr 10, s. 1 i n.
- » CZYŻEWSKI K., *Ile kosztuje wizerunek*, Rzeczpospolita PCD.2004.3.20, lex 42666/1.
- » DANILEWICZ W., *Prawne pojęcie wizerunku*, Edukacja Prawnicza 2010, nr 6.
- » DRABIENKO E., *Wybrane zagadnienia prawne w działalności reklamowej*, PUG 1975, nr 6.
- » DUBISZ S., *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 4, Warszawa 2003.
- » GAJLEWICZ M., *Reklama: czy powinno istnieć dobro chronione?*, PUG 1993, nr 4.
- » GARNER B.A. (red.), *Black's Law Dictionary*, (9th ed. 2009), Thomson Reuters 2009.
- » GAWLIK B., *Dobra osobiste. Zbiór orzeczeń Sądu Apelacyjnego w Krakowie*, Kraków 1999.
- » GAWLIK B., *Ochrona dóbr osobistych. Sens i nonsens koncepcji tzw. Praw podmiotowych osobistych*, ZNUJ PWiOWI 1985, z. 41.
- » GIETKA G., *Raport celebryci*, Polityka 2006, nr 37.
- » GODZIC W., *Znani z tego, że są znani. Celebryci w kulturze tabloidów*, Warszawa 2007.
- » GOŁONKA J.Z., *Kilka słów o naruszeniu dóbr osobistych w reklamie*, Edukacja Prawnicza 2010, nr 4.
- » GRZESZAK T., *Reklama a ochrona dóbr osobistych (naruszenie praw osobistych wykorzystanych w reklamie żyjących osób fizycznych)*, PPH 2000, nr 2.
- » GRZESZAK T., *Gwiazda na okładce – glosa do wyroku SN z 16.04.2004 r., „Glosa” 2005 nr 1.*
- » GRZESZAK T., *Celebryci kontra tabloidy, czyli o nowych funkcjach zadośćuczynienia (w:)* PIPWI UJ *Prawo Własności Intelektualnej Wczoraj, Dziś i Jutro*, red. J. Barta, A. Matlak, z. 100, Kraków 2007.
- » GRZESZAK T., *Prawo do wizerunku i korespondencji (w:)* System prawa prywatnego, t. 13, *Prawo autorskie*, red. J. Barta, Warszawa 2007.
- » GRZESZAK T., *Reklamowe wykorzystanie wizerunku i nazwiska, jako przykład wykorzystania persony, (w:)* Dokąd zmierza prawo autorskie we współczesnym świecie?, Kraków 2006.
- » GRZYBCZYK K., *Naruszenie dobra osobistego w reklamie*, Rejent 1999, nr 9.
- » GRZYBCZYK K., *Prawo reklamy*, Warszawa 2008.
- » GRZYBOWSKI S., *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1957.

- » HARRIS D.J., O'BOYLE M., BATES E.P., BUCKLEY C.M., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2009.
- » JACKSON T.S., *How Far Is Too Far? The Extension of the Right of Publicity to a Form of Intellectual Property Comparable to Trademark/Copyright*, HeinOnline, 6 Tul. J. Tech. & Intell. Prop. 181, 2004.
- » JANKIEWICZ S., *Problemy ochrony wolności wypowiedzi reklamowej na przykładzie reklamy porównawczej*, ZNUJ PWiOWI, 2001, z. 77.
- » JANIS M.W., KAY R.S., BRADLEY A.W., *European Human Rights Law. Text and Materials*, Oxford University Press 2008.
- » JAWORSKA- DĘBSKA B., *Wokół pojęcia reklamy* PUG 1989, nr 12.
- » KAMIŃSKI I.C., *Media w europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, (w:) *Prawo mediów*, red. J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, Warszawa 2005.
- » KELLER B.P., *The Right of Publicity: Past, Present, and Future*, 1207 PLI/Corp 159, 182 (2000).
- » KOPALIŃSKI K., *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych*, Warszawa 2002.
- » KOPFF A., *Ochrona sfery życia prywatnego jednostki w świetle doktryny i orzecznictwa*, ZNUJ Prace Prawnicze 1982, z.100.
- » KWARCIAK B., *Co trzeba wiedzieć o reklamie*, Kraków 1997.
- » MATLAK A., *Cywilnoprawna ochrona wizerunku*, KPP 2004, nr 2.
- » MAĆZYŃSKI A., *Zadośćuczynienie pieniężne za krzywdę spowodowaną naruszeniem dobra osobistego. Geneza, charakterystyka i ocena obowiązującej regulacji (w:) Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora A. Szpunara*, Zakamycze 2004.
- » Molga T., Stodolak S., *Celebrytów biznes szoł – gwiazdy z reklamy*, Wprost 2011, Nr 13, s. 72 i n.
- » NOWIŃSKA E., *Zwalczanie nieuczciwej reklamy. Zagadnienia cywilno-prawne*, Kraków 1997.
- » NOWIŃSKA E., *Reklama w radiu i telewizji (w:) Prawo mediów*, red. J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, Warszawa 2005.
- » NUTT M.B., *Trends in First Amendment Protection of Commercial Speech*, Vanderbilt Law Review, HeinOnline, Citation: 41 Vand. L. Rev. 173 1988.
- » OŻÓG M., *Reklama radiowa i telewizyjna (w:) Prawo reklamy i promocji*, red. E. Traple, Warszawa 2007.
- » PIENKOS J., *Słownik łacińsko-polski*, Warszawa 1996.
- » POŹNIAK- NIEDZIELSKA M., SZCZOTKA J., MOZGAWA M., *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Zarys wykładu*, Bydgoszcz – Warszawa – Lublin 2007.
- » RADWAŃSKI Z. (red.), *Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006.
- » RADWAŃSKI Z., *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007.
- » RITTERMAN S., *Komentarz do ustawy o prawie autorskim*, Kraków 1937.
- » SADURSKI S., *Karykatura – co to takiego*, <http://karykatURY.com/felieton.htm>.
- » SIEŃCZYŁO-CHLABICZ J., *Rozpowszechnianie wizerunku na gruncie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, Radca Prawny 2001, nr 2.
- » SIEŃCZYŁO-CHLABICZ J., *Przedmiot, podmiot i charakter prawa do wizerunku*, PUG 2003, Nr 8.
- » SIEŃCZYŁO-CHLABICZ J., *Rozpowszechnianie wizerunku osób powszechnie znanych*, PPH 2003, nr.9
- » SIEŃCZYŁO-CHLABICZ J., *Ekonomiczna eksploatacja oznaczeń osób powszechnie znanych*, PiP 2003, z. 7.
- » SIEŃCZYŁO-CHLABICZ J., *Prawo do ochrony prywatności osób publicznych w orzecznictwie polskim i zagranicznym*, Glosa Przegląd Prawa Gospodarczego 2005, nr 1.
- » SIEŃCZYŁO-CHLABICZ J., *Naruszenie prywatności osób publicznych przez prasę. Analiza cywilno- prawna*, Zakamycze 2006.
- » SIEŃCZYŁO-CHLABICZ J., *Prawo do wizerunku a komercjalizacja dóbr osobistych*, PiP 2007, nr 6.

- » STANISŁAWSKA- KLOC S., MATLAK A. (red.), *Prawo autorskie. Orzecznictwo*, red. S. Stanisławska- Kloc, A. Matlak, Warszawa 2010, s. 525.
- » STEFANIUK K., *Naruszenie prawa do wizerunku przez rozpowszechnianie podobizny*, PiP 1970 nr 1.
- » SUT P., *Ochrona sfery intymności w prawie polskim - uwagi de lege lata i de lege ferenda*, RPEiS 1994, nr 4.
- » SUT P., *Problem twórczej wykładni przepisów o ochronie dóbr osobistych*, PiP 1997, nr 9.
- » SZPUNAR A., *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979.
- » SZPUNAR A., *O ochronie sfery życia prywatnego*, Nowe Prawo 1982, nr 3-4.
- » SZYMCZAK M., *Słownik języka polskiego*, t.2, Warszawa 1978-1981.
- » SZYMCZAK M., *Słownik języka polskiego*, t.3, Warszawa 1978-1981.
- » TELLIS G.J., *Advertising and Sales Promotion Strategy*, University of Southern California, Addison-Wesley Educational Publishers, Inc., United States 1998.
- » TRAPLE E., *Dobra osobiste w reklamie (w:) Prawo reklamy i promocji*, red. E. Traple, Warszawa 2007.
- » WACH M., *Personality Merchandising jako instytucja stosowana do wykorzystywania wizerunku sportowca w celach promocyjnych i reklamowych*, PPH 2010, nr 10.
- » WACH M., *Prawo do prywatności osób publicznych w Stanach Zjednoczonych*, PiP 2004, z. 8
- » WALCZAK R., *Prawne aspekty reklamy w ustawodawstwie polskim, europejskim i międzynarodowym*, Warszawa – Poznań 2001.
- » WOJCIECHOWSKA A., , *Kumulacja czy alternatywa. Uwagi na temat majątkowych środków ochrony dóbr osobistych w świetle art. 448 k.c. i art. 78 pr. aut.*, (w:) PIPWI UJ *Prawo Własności Intelektualnej Wczoraj, Dziś i Jutro*, red. J. Barta, A. Matlak, z. 100, Kraków 2007.
- » WOJNICKA E., *Prawo do wizerunku w ustawodawstwie polskim*, ZNUJ PWiOWI 1990, z. 56.
- » WOLFRAM- ROMANOWSKA D., P. KASZUBSKI, *Angielsko-polski słownik reklamy TV*, Warszawa 2003.
- » WYRZYKOWSKI M., *Komentarz do wykładu mec. M. Lacha „Granice wolności słowa - czy gwiazdy show-businessu mają prawo do prywatności?” zorganizowanego w dniu 5.03.2009 r. przez Helsińską Fundację Praw Człowieka i Zakład Praw Człowieka WPiA UW*, Dostępny: http://www.hfhrpol.waw.pl/obserwatorium/index.php?option=com_content&view=article&id=1023:prywatno-celebrities-obejrzyj-wyklad-on-line&catid=47:aktualnosciprogram&Itemid=66.

