

Prawo do komercyjnego wizerunku w Internecie w świetle prawa Stanów Zjednoczonych

mgr Justyna Balcarczyk - Myczkowska

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

Na początku niniejszego artykułu, będącego jedynie szkicem, próbą naświetlenia rozległej i wciąż poszerzanej problematyki prawa do komercyjnego wizerunku, chciałabym przedstawić genezę wyodrębnienia owego prawa, jego stopniowy rozwój oraz przedmiotowy zakres ochrony. Po tym pobieżnym wprowadzeniu, zajmę się problematyką związaną z możliwościami naruszenia "right of publicity" (oba te terminy, tj. "prawo do komercyjnego wizerunku" oraz "right of publicity" w niniejszym opracowaniu będą używane zamiennie) w internecie, zestawiając je z prawem do wolności słowa. Następnie przedstawię kwestię stron www stworzonych przez fanów osób znanych, list dyskusyjnych zawierających informacje z ich życia prywatnego, witryn zawierających biografie on- line, trivia games, a także komputerowych symulacji zawierających animowane postacie o fizjonomii podobnej do osób publicznych.

Prawo do komercyjnego wizerunku swój początek czerpie z doktryny oraz orzecznictwa Stanów Zjednoczonych. Zaznaczyć jednak należy, iż obecnie zasięg "right of publicity" obejmuje coraz to szerszy krąg kultur prawnych, będąc powoli, acz konsekwentnie rozpoznawanym także i przez inne ustawodawstwa.

Jako, iż zagadnienie dotyczące samego prawa do komercyjnego wizerunku jest bardzo szerokie oraz jest przedmiotem odrębnego przeze mnie omówienia, ograniczę się jedynie do przedstawienia zagadnień kluczowych, które pozwolą na stworzenie jego ogólnego zarysu, aby następnie móc skupić uwagę na przedmiocie niniejszego artykułu, czyli na naruszeniach "right of publicity" w internecie.

Pierwotnie "right of publicity" wywodzone było z prawa do prywatności. Sytuacja ta miała miejsca aż do roku 1953, kiedy to prawo do komercyjnego wizerunku zostało po raz pierwszy literalnie wyodrębnione; stworzenie samego terminu przypisywane jest sędziemu Jerome Frank,

który to w sprawie Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc. w uzasadnieniu wyroku zawarł następujące stwierdzenie: "dodatkowo do oraz niezależnie od prawa do prywatności (...), osoba ma prawo do reklamowej wartości swojej fotografii, itp. oraz prawo do przyznania wyłącznego uprawnienia podmiotowi trzeciemu do publikowania tego wizerunku... To prawo może być zwane "right of publicity"¹. Co więcej- określił to prawo jako czysto majątkowe, co umożliwiło przyznawanie odszkodowań w wysokości wielotysięcznych sum, będących równowartością kwoty, jaką osoba znana otrzymałaby, gdyby wyraziłaby zgodę na rozpowszechnienie swojego wizerunku² oraz podkreślił, iż może być one przeniesione na osobę trzecią na mocy licencji.

To, co zostało wyraźnie przyznane przez orzecznictwo szybko znalazło swoją podbudowę teoretyczną- w znamienitym dla problematyki "right of publicity" artykule³ opublikowanym w 1960 roku, autor- William Prosser dokonał podziału prywatności na cztery sfery, wyodrębniając przy tym ostatnią, do zakresu której zostały zaliczone te rodzaje naruszeń prywatności, które polegały na bezprawnym uczynieniu użytku z czyjegoś nazwiska, wizerunku, czy tożsamości, zazwyczaj w celu uzyskania korzyści majątkowych. Autor nie pokusił się jednak o stworzenie odrębnej siatki pojęciowej dla stworzonych kategorii.

Trzecim kluczowym momentem, przesądającym już definitywnie o uznaniu prawnego bytu "right of publicity", było wydanie wyroku przez Sąd Najwyższy w sprawie Zacchini v. Scripps- Howard Broadcasting Co⁴. Jest to o tyle istotne, iż było to pierwsze i jak dotychczas ostatnie orzeczenie wydane przez najwyższą instancję sądowniczą Stanów Zjednoczonych, dotyczące prawa do komercyjnego wizerunku. W osnowie wyroku Sąd przyznając powodowi odszkodowanie, przychylił się do jego twierdzeń, iż strona pozwana emitując w trakcie wieczornych wiadomości materiał filmowy, w którym została utrwalona cała sztuczka cyrkowa wykonywana powoda, dokonała naruszenia jego prawa do komercyjnego wizerunku.

Sąd nie przychylił się tym samym do zarzutów podnoszonych przez stronę pozwaną, która wywodząc je z I oraz XIV poprawki do Konstytucji Stanów Zjednoczonych podnosiła, iż wyemitowanej wiadomości o twórczości powoda przysługiwała ochrona jako informacji pozostającej w zakresie interesu publicznego, której rozpowszechnianie jest wyrazem wolności słowa. Sąd Najwyższy przyznał, iż faktycznie byłoby tak, gdyby transmisja telewizyjna dotyczyła jedynie części akrobacji Zacchiniego, nie pozbawiając tym samym jego występu jakiegokolwiek

¹ Haelan Laboratories v. Topps Chewing Gum, Inc. 202 F. 2d 866, 2nd Cir. 1953, stan faktyczny w ww. sprawie przedstawiał się następująco: strony sporu będąc przedsiębiorstwami konkurencyjnymi, zajmowały się produkcją gum do żucia, które pakowane były w konfekcje wraz z kartami z wizerunkami graczy w baseball. Strona pozwana- Topps Chewing Gum, Inc., mimo, iż wiedziała o umowach łączących niektórych sportowców ze stroną powodową, mocą których udzielili oni Haelan Laboratories wyłączność na publikowanie ich wizerunków, wykorzystwała ich zdjęcia.

² problem jest bardziej skomplikowany w sytuacjach, gdy osoba w ogóle nie wyraziłaby zgody na rozpowszechnienie swojego wizerunku; analiza tej kwestii przekracza jednak ramy tegoż opracowania

³ William Prosser "Privacy", 48 California Law Review 383 (1960)

⁴ Zacchini v. Scripps- Howard Broadcasting Co., 433 U.S. 562 (1977)

późniejszej wartości dla publiczności, która zamiast oglądać to w cyrku, całość zobaczyła na ekranie telewizyjnym. Tym samym, pomimo tego, iż emitowana wiadomość miała charakter informacyjny, strona pozwana dokonując emisji całości programu artystycznego, przekroczyła granice przesłanki informacyjnej, naruszając tym samym prawo powoda do objęcia kontrolą komercyjnej wartości dokonania artystycznego, utożsamianego w świadomości społecznej jedynie z nim.

W świetle powyższego wyводу warto zwrócić uwagę na całkowicie odmienne od rodzimego podejście do katalogu sytuacji, w których rozpowszechnianie czyjegoś wizerunku jest dozwolone. W świetle prawa amerykańskiego nie stanowi naruszenia "right of publicity" zamieszczenie zdjęcia (bądź utrwalonego w inny sposób wizerunku) wówczas, gdy przekaz ten ma charakter informacyjny. W prawie amerykańskim nie ma więc konieczności tworzenia jakiegokolwiek katalogu sytuacji, zaistnienie których wyłączałyby bezprawność (jak ma to miejsce w prawie polskim na tle normy art. 81 ust. 2 Ustawy z dnia 4 lutego 1994r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych), lecz za każdym razem ocenia się charakter publikacji jako takiej. Co więcej- ów zakres przesłanki "informacyjnego charakteru" pojmowany jest nad wyraz szeroko, w jego granicach mieszczą się zarówno informacje sensu stricto, jak i plotki oraz komentarze, a także rozrywka. "Przesłankę tą wypełniają wszelkie kwestie zainteresowania publicznego, które nie są ograniczone jedynie do rozpowszechnianych informacji w znaczeniu aktualnych wydarzeń, lecz obejmują także wszelkie rodzaje danych związanych ze zdarzeniami historycznymi, edukacyjnymi oraz faktograficznymi, nie wyłączając z tego katalogu rozrywki. Wszystkie te informacje dotyczą bowiem interesujących faz ludzkiej aktywności"⁵. Stanowisko to zostało dodatkowo rozszerzone poprzez zaakceptowane przez doktrynę orzeczenie sądowe w sprawie *Time v. Hill*⁶, zgodnie z którym "media służą zaspokajaniu społecznego zapotrzebowania na informacje, które to są konieczne lub stosowne do stawienia czoła nagłym problemom tego właśnie okresu". Wyżej określona granica wytycza więc nie zamknięty katalog zawierający wszystko, co może być postrzegane jako znajdujące się w orbicie zainteresowania społecznego, nawet wówczas, gdy ograniczone to jest jedynie do konkretnej, wąskiej grupy odbiorców. Uwagi te odnoszą się także i do wiadomości plotkarskich, gdyż w ujęciu doktryny amerykańskiej: "plotka jest częścią faktów o przekazie informacyjnym, gdyż kolumny plotkarskie otwierają ludziom oczy na możliwości oraz niebezpieczeństwa i tym samym są autentycznie informacyjne"⁷. Jedynym wymogiem przesądającym o pozostawieniu publikacji pod ochroną I i XIV poprawki jest istnienie związku

⁵ *Paulsen v. Personality Posters, Inc.* 299 NYS 2d 501, 506 (1968)

⁶ *Time v. Hill*, 385 US 374, 388 (1967)

⁷ Richard A. Possner "The right of privacy", 12 GA L. REV 393,396 (1978), za: Cristina Fernandez "The right of publicity on the Internet", *Marquette Sports Law Journal*, 1998, vol. 8

między uczynieniem użytku z czyjejs osobowości ("persona"), a przekazem informacyjnym, natomiast w przypadku braku tegoż powiązania rozpowszechnienie wizerunku nie wiązałoby się z celem komunikacyjnym, lecz komercyjnym, co przesądzałoby o bezprawności publikacji.

W świetle powyższych uwag, nie sposób nie podkreślić odmiennego od rodzimego pojmowania wizerunku. Otóż nie ogranicza się on jedynie do zewnętrznych cech wyróżniających daną osobę, lecz rozciąga się także i na jej głos, ogólny zarys sylwetki, nazwisko, pseudonim lub nawet charakterystyczne zestawienia imion, a także i przedmioty materialne lub dokonania (vide: wyrok *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*) nieomylnie z nią kojarzone w świadomości społecznej. Podstawowym kryterium przesądzającym o stwierdzeniu naruszenia "right of publicity", a tym samym i decydującym o udzieleniu powodowi ochrony prawnej jest rozpoznawalność jego osoby w rozpowszechnionym wizerunku. Wówczas, gdy mamy do czynienia z publikacją przedstawiającą osobę powszechnie znaną wprawdzie znajdującą się w tłumie, lecz z charakterystycznym dla niej nakryciem głowy, mającą obrazować w zestawieniu z reklamą ekskluzywnych kosmetyków ślubnych wymarzoną ceremonię weselną⁸, bądź rosnącego czarnoskórego mężczyznę w skulonego w kącie ringu bokserskiego⁹ - ratio legis prawa do komercyjnego wizerunku nie wzbudza raczej wątpliwości. Wspomnieć jednak należy o chyba najszerzej dyskutowanym i najbardziej kontrowersyjnym wyroku dotyczącym się "right of publicity", który zapadł w sprawie *White v. Samsung Electronics America, Inc.*¹⁰, w którym to powódka-będąca hostessą w teleturnieju "Koło Fortuny" domagała się zasądzenia na jej rzecz odszkodowania twierdząc, iż strona pozwana w reklamie swoich produktów posłużyła się jej wizerunkiem. Sporna reklama będąc parodią programu telewizyjnego, którego powódka niegdyś była gwiazdą, przedstawiała między innymi kręcącego kołem robota, ubranego w sposób dla niej charakterystyczny. Warto dodać, iż strona pozwana potwierdziła, iż głównym założeniem reklamy było naśladowanie teleturnieju. Po przeprowadzonym postępowaniu Sąd wprawdzie przyznał, iż prawo do komercyjnego wizerunku Vanny White nie zostało naruszone wprost, gdyż przedsiębiorstwo Samsung nie wykorzystało jej podobizny, lecz specyficznie ucharakteryzowanego robota, stwierdzając jednak przy tym, że "(...) nie jest istotne w jaki sposób pozwany naruszył "right of publicity" powódki, lecz zasadnicze znaczenie ma kwestia, czy pozwany takiego naruszenia się dopuścił. Zasada, która stanowiłaby, że prawo do komercyjnego wizerunku można pogwałcić wyłącznie poprzez wykorzystanie dziewięciu metod naruszenia wizerunku, stałaby się wyzwaniem dla co sprytniejszych strategów reklamowych do wymyślenia dziesiątej". W konsekwencji- z racji

⁸ *Onassis v. Christian Dior- New York, Inc.* 472 N.Y.S. 2d 254 (N.Y. Sup. Ct. 1984)

⁹ *Ali v. Playgirl, Inc.* 447 F. Supp. 723

¹⁰ *White v. Samsung Electronics America, Inc.*, 971 F. 2d 1395 (9th Cir. 1992)

tego, iż przedstawiony robot utożsamiał cechy charakterystyczne, rozpoznawalne dla powódki, Sąd przychylił się do jej twierdzeń, zasądając na jej rzecz odszkodowanie.

Jak już wspomniano, mimo, iż prawo do prywatności, z którego przecież wyodrębniono "right of publicity", jest prawem osobistym, prawo do komercyjnego wizerunku jest postrzegane jako prawo o charakterze majątkowym i własnościowym. Ów substrat majątkowy doktryna wywodzi zazwyczaj z teorii nakładu pracy, propagowanej głównie przez Melville Nimmer-a¹¹, który to wywodząc swoje tezy z doktryny liberalizmu Johna Lock'a, głosił, że wizerunek każdego z nas jest efektem nakładu pracy włożonego w jego stworzenie oraz ukształtowanie, efektem czego stało się pozyskanie przez niego wymiernej wartości majątkowej. Prawo to może być skutecznie odseparowane od osoby je utożsamiającej; może to zostać skutecznie uczynione bądź mocą umowy, przenoszącą owe prawo, bądź poprzez udzielenie licencji¹². "Right of publicity" jest przy tym prawem dziedzicznym.

Reasumując: doktryna amerykańska stosunkowo szeroko określa zakres informacji, pozostających w orbicie zainteresowania publicznego. Tym samym- rozpowszechnianie tych wiadomości wraz z towarzyszącymi im dla zobrazowania opisywanego wydarzenia lub osoby wizerunkami (utrwalonymi z dowolny sposób), będąc wyrazem wolności prasy, pozostaje w zakresie ochrony I i XIV poprawki do Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Z kolei publikacja wszelkich informacji nie mieszczących się w wyżej zakreślonym obrębie "newsworthness" stanowi naruszenie prawa osoby opisywanej.

Natomiast, gdy wiadomości towarzyszy wizerunek, rozumiany, jak wskazano wcześniej, także jako i nazwisko, i pseudonim, i pozostałe cechy charakterystyczne dla danej osoby, który nie pozostaje w związku z publikowaną informacją, bądź też wizerunek ten rozpowszechniany jest samodzielnie, w oderwaniu od przekazu (zazwyczaj ma to miejsce w przypadku publikacji reklamowych, lecz nie jest jedynie do nich ograniczone)- naruszone zostaje prawo osoby sportretowanej do jej komercyjnego wizerunku. Tym samym- publikacja nastąpiła bez wymaganej umowy, która byłaby równoznaczna z koniecznością uiszczenia osobie sportretowanej określonej sumy za jej wyrażoną zgodę na publikację.

Obecnie "right of publicity", za najznamienitszym przedstawicielem doktryny w tej dziedzinie- Thomasem McCarthy, definiowane jest jako: "prawo każdej osoby fizycznej do obejmowania kontrolą oraz czerpania zysków z komercyjnej wartości, jaka przysługuje jej/ jego nazwisku, wizerunkowi, wyglądowi zewnętrznemu oraz pozostałym wyznacznikom tożsamości¹³".

¹¹ Melville B. Nimmer "The right of publicity", 19 Law & Contemp. Probs. 203 (1954)

¹² S. Bergmann "Publicity rights in the United States and in Germany; a comparative analysis", Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal, 1999

¹³ T. McCarthy "The right of publicity and privacy", 1992

Po przedstawieniu ogólnych zarysów, jakie przybrało oraz nadal przybiera "right of publicity" należy poddać analizie kwestię kluczową dla niniejszego opracowania, a mianowicie problemy, jakie mogą pojawić się na tle upowszechniania wizerunku za pośrednictwem nowego środka przekazu, jakim jest Internet. Z pozoru wydawać by się mogło, że wystarczającym będzie dokonanie prostego przełożenia wyżej opisanych reguł rządzących "right of publicity" w przypadku dokonania jego naruszenia przez prasę lub telewizję, jednak specyficzne podejście doktryny amerykańskiej do internetu oraz władających nim reguł zamyka tą drogę.

Komentatorzy prawa powszechnie zgadzają się, iż internet jest wyrazem najlepszej i najpełniejszej realizacji założeń pierwszej poprawki do Konstytucji Stanów Zjednoczonych, a mianowicie wolności słowa. Jest on bowiem zbliżony do forum idealnej wymiany myśli i poglądów, na którym każdy jest jednocześnie i mówcą, i słuchaczem. Naturalną cechą tego środka przekazu jest także jego dostępność dla każdego. To wszystko sprawiło, iż internet jest zdecentralizowanym i demokratycznym środkiem przekazu, w zakresie którego rządowa cenzura jest bardziej utrudniona, niż gdziekolwiek dotychczas.¹⁴ Co za tym idzie- doktryna stara się stworzyć nowy porządek, wytyczyć odmienne ramy, w zakresie których utarte już pojęcia, w tym i prawo do komercyjnego wizerunku, zyskałyby odmienną regulację. Przytaczając słowa profesora Volokh'a: "Pierwsza poprawka w czasach nowego porządku informacyjnego nie tyle, że będzie miała szersze zastosowanie, ona będzie miała zastosowanie tak rozległe, jak nigdy przedtem"¹⁵. Powodem tego jest fakt, iż regulacja prawna odnosząca się do wolności wypowiedzi oparta była na pewnych założeniach, jak ów idealny model wymiany myśli powinien funkcjonować. Z uwagi na pojawienie się nowego środka przekazu, stanowiącego najpełniejszą emanację wolności słowa, należy dostosować istniejące prawo do jego specyfiki, przyznając najwyższą wagę właśnie wolnej wymianie myśli, opinii i sądów. Potrzebne więc będzie "stworzenie pewnych specyficznych, dostosowanych do nowego środka przekazu prawnych ram jego funkcjonowania, weryfikując równocześnie regulacje już istniejące. Weźmy jako przykład prawo do komercyjnego wizerunku. Common law przywiązuje większą wagę do interesów osób znanych, których wizerunek został rozpowszechniony, niż do prawa społeczeństwa do wolności słowa. Z odwrotną sytuacją mamy do czynienia w cyberprzestrzeni, gdzie waga ta przechyla się na korzyść mocnej realizacji pierwszej poprawki. Logiczną konsekwencją tego powinno być osłabienie pozycji osób publicznych, których wizerunek został opublikowany w internecie. Jedynie oczywiste, rażąco komercyjne wykorzystanie

¹⁴ Eugene Volokh "Cheap speech and what it will do", 104 Yale Law Journal 1805 (1995)

¹⁵ j.w.

wizerunku w sieci powinno być uznawane za bezprawne, natomiast w przypadku reszty "szarej strefy" szala powinna przeważać się na korzyść społeczeństwa¹⁶.

1. Strony fanów

Większość z osób powszechnie znanych sama zabiega o stworzenie stron www, których przedmiotem byłaby ich kariera, osiągnięcia oraz wybrane fakty biograficzne. Mają one bowiem świadomość, iż nie istnienie w sieci w najbliższej przyszłości będzie równoznaczne z nie istnieniem w świadomości społecznej, co dla artysty, którego kariera opiera się na wyrazach uznania przez swoją publiczność, byłoby równoznaczne z zakończeniem pracy zawodowej. Z tego powodu osoby publiczne same zakładają swoje oficjalne strony, bądź też dokonują tego za pośrednictwem popularnych magazynów plotkarskich, które poprzez swoją witrynę umożliwiają połączenie się z administrowaną przez siebie stroną "gwiazd".

Często strony te są tworzone przez samych fanów, którzy na ich łamach mogą podzielić się zebranych przez siebie wiadomościami biograficznymi na temat swoich idoli, umieścić ich wideoklipy, zdjęcia oraz aktualne informacje.

Nierzadko osoby publiczne czerpią bezpośrednio korzyści z owoców pracy swoich sieciowych fanów. Najlepszym przykładem może być kariera wokalna Tori Amos, która posiada ponad 70 nieoficjalnych stron internetowych administrowanych przez jej wielbicieli; jej kariera nabrała prawdziwego "wiatru w żagle" dopiero wtedy, gdy dorobek piosenkarki stał się dostępny w internecie¹⁷.

Częstokroć wysiłki fanów owocują stworzeniem przez nich, opartej na ich własnych badaniach, biografii osób publicznych. Na tym tle doszło do najgłośniejszego jak do tej pory procesu, w którym to strona powodowa- Curtis Management Group (dalej: CMG)- przedsiębiorstwo zajmujące się zarządzaniem spuścizną artystyczną m.in. Jamesa Dean'a twierdziła, iż strona pozwana- American Legend, publikując na swojej witrynie internetowej wśród wielu innych informacji o gwiazdach także i biografię "buntownika bez powodu", opartą o poczynione przez siebie badania, naruszyła jego prawo do reklamowego wizerunku (jak już wskazano- jest to prawo dziedziczne)¹⁸. Ponadto CMG zarzuciło stronie pozwanej, iż umieszczając link wiodący do oficjalnej strony Jamesa Dean'a (zarządzanej przez CMG), chciała stworzyć wrażenie jakoby CMG otwarcie aprobowало tą nieoficjalną witrynę. Co więcej- CMG oskarżyło stronę pozwaną o bezprawne posłużenie się jej znakiem towarowym, gdyż nazwa przedsiębiorstwa

¹⁶ Van Valkenbourg "Symposium: innovation and the information environment: the first amendment in the cyberspace", 75 Or. L. Rev. 319, 324

¹⁷ za: Yahoo Internet Life, Oct. 1996, "Showbiz on the Web. What's new, what's brewing"

¹⁸ CMG Worldwide, Inc. v. American Legends et al., No. 49D109607 (Ind., Marion County, filed July 17, 1996)

widniała na podanym linku, wiodącym do strony CMG. "Pozew ten ukazuje całkowity brak zrozumienia dla podstawowej natury sieci internetowej, jako hipertekstu. Ów hipertekst nie jest niczym innym, niż neuronami, wchodzącymi w skład systemu nerwowego, jakim jest www. Http jest szczególnego rodzaju protokołem, mechanizmem połączeń, który umożliwia użytkownikowi poruszanie się w hipertekście, na który przecież składają się miliony dokumentów. Każda strona posiada linki do informacji związanych z tematem przeglądanej witryny, gdyż to jest jedynym i optymalnym sposobem, aby uczynić ten środek przekazu sterownym. Pomijanie tej podstawowej zasady tego medium on-line, prowadzić będzie do mylnych interpretacji prawa cyberprzestrzeni¹⁹". Pozew został oddalony.

Dodatkowo, odnośnie biografii osób znanych, zauważyć należy, iż fakty biograficzne, jako charakteryzujące się wartością informacyjną, znajdują się pod ochroną I poprawki do Konstytucji. Kwestia ta była przedmiotem analizy w sprawie *Rosemont Enterprises, Inc. v. Random House Inc.*²⁰, w której to Sąd jednoznacznie przyznał: "Biografia Howard-a Hughes, opublikowana przez pozwanego, niezależnie od swojej wartości literackiej czy też stylu literackiego, zaliczana jest do kategorii raportów o osobach bądź wydarzeniach godnych zainteresowania publicznego, która będąc konstytucyjnie chronioną znajduje się poza zakresem możliwych naruszeń prywatności. Albowiem tak, jak owo prawo do prywatności osób publicznych musi poddawać się interesowi publicznemu, taki "right of publicity" nie ma zastosowania tam, gdzie w grę wchodzi kwestia wolnego szerzenia myśli, idei, przekazów na temat wydarzeń pozostających w zakresie zainteresowania społecznego oraz wszelkich kwestii o wartości publicznej".

Wracając do stron fanów jednoznacznie należy stwierdzić, iż umieszczone na nich informacje wraz z towarzyszącymi im wizerunkami (oczywiście pod warunkiem, iż ma on związek z publikowaną treścią) znajdują się pod ochroną pierwszej poprawki. Wyjątek może mieć miejsce wówczas, gdy pod domeną posługującą się rozpoznawalnym nazwiskiem, bądź pseudonimem (który także jest przedmiotem ochrony w ramach "right of publicity") znajdują się informacje zupełnie nie związane z osobą, firmującą swoimi danymi ową witrynę, bądź produkty oferowane do sprzedaży²¹. W takim przypadku bez wątpienia prawa osoby trzeciej zostały bezprawnie naruszone w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Wizerunek osoby publicznej nie może bowiem zostać wykorzystany jedynie w celu przyciągnięcia uwagi, a przez to- zwiększenia sprzedaży lub nakładu.

Częstokroć strony fanów zawierają także i pliki z krótkimi filmami wideo. W zależności od ich zawartości, możemy mieć do czynienia z sytuacjami dwojakiego rodzaju: gdy bowiem przekaz zawierał będzie jedynie skrótowe obrazy z bieżącego życia osoby publicznej (w tym także

¹⁹ C. Fernandez, j.w.

²⁰ *Rosemont Enterprises, Inc. v. Random House, Inc.*, 294 NYS2d 122, 128-129 (1968)

²¹ problem zostaje jedynie wspomniany, gdyż kwestia rejestracji domen przekracza ramy tego artykułu

i z jej aktualnych prac nad nowymi osiągnięciami artystycznymi), wówczas film taki, jako należący do kategorii informacyjnej lub dokumentalnej, nie będzie stanowił naruszenia prawa osoby uwiecznionej do jej komercyjnego wizerunku. Odmiennie będzie natomiast wówczas, gdy ów przekaz filmowy będzie obejmował całe wykonanie artystyczne, pozbawiając je tym samym późniejszej wartości rynkowej (vide: wyrok *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*).

2. Alt.fan grupy dyskusyjne oraz listservs²²

Gwiazdy często starają się zbliżyć do swoich fanów za pomocą stworzonych pod swoim nazwiskiem grup dyskusyjnych, których tematem jest kariera tejże osoby. Na tym publicznym forum ludzie porozumiewają się za pomocą słów, obrazów oraz dźwięków. Jest to znacznie bogatsza rozmowa, niż ma to miejsce off-line, a co najistotniejsze- wymieniane informacje nie odchodzą w niebyt, lecz są umieszczane w archiwum uporządkowanym tematycznie²³. Dochodzi i do tego, iż niektórzy z idoli podsycając dyskusję, sami biorą udział w toczących się rozmowach. Przykładem może być japońska gwiazda muzyki pop- Reiko Chiba, który pozwala, aby jego fani drogą głosowania wybierali garderobę, którą piosenkarz powinien mieć na sobie każdego dnia²⁴.

Często zdarzają się także publiczne wystąpienia gwiazd, nadawane on-line, będące częścią zaplanowanych internetowych "cyber-show". Podczas jednego z nich, zorganizowanego przez AOL ze sławną modelką- Bridgette Hall, zaprosiła ona swojego fana, będącego autorem jednej z wiadomości skierowanej do niej podczas spotkania, na przyjęcie charytatywne organizowane przez siebie w Nowym Jorku. Nie można byłoby wymyślić lepszej reklamy dla providera tego serwisu, gdyż stworzyło ono wrażenie, iż za pośrednictwem tejże witryny można rzeczywiście ziszczyć swoje marzenie o spotkaniu z gwiazdą²⁵.

W istocie zarówno grupy dyskusyjne, jak i listserv nie są niczym innym, niż publicznym forum umożliwiającym ich uczestnikom wymianę informacji, obserwacji oraz wyrażenia swoich uwag na temat osoby, będącej ich wspólnym idolem. Oprócz tego, iż wszystkie przedstawione tam sądy są umieszczane w archiwum, oba te przejawy kultu jednostki niewiele różnią się od ongiś popularnych fan-klubów, obecnie czerpiących jedynie z najnowszych zdobyczy techniki. I nie ma żadnego znaczenia fakt, iż niektóre z opinii mogą nie korelować z linią, jaką obrała osoba publiczna w celu budowy swojego scenicznego image.

3. Trivia games

²² automatyczne usługi przesyłania wiadomości do wszystkich użytkowników, których adresy są umieszczone na liście dyskusyjnej, umożliwiające wymianę zamieszczonych informacji pomiędzy osobami o tożsamych zainteresowaniach (tzw. przesyłanie wiadomości w systemie jeden do wielu)

²³ C. Fernandez, j.w.

²⁴ za: Yahoo Internet Life, Oct. 1996, "In the future. No one will be famous unless they are famous online"

²⁵ C. Fernandez, j.w.

Zwane też często encyklopedią, są zbiorem informacji złożonym z pytań i odpowiedzi na temat konkretnej osobie, programie bądź zagadnieniu, ułożonym bądź przedmiotowo, bądź chronologicznie, tworzące tym samym zbiór danych, dostępny on-line²⁶. Szukając analogii dla trivia games w realnym świecie wskazać należy na board games, których postaciami są gwiazdy showbusinessu. Z uwagi na to, iż dotychczas naruszenie prawa do publicznego wizerunku poprzez posłużenie się nim w trivia games nie było przedmiotem analizy sądowej, zagadnienie zostanie przedstawione poprzez wykorzystanie analogii tych symulacji elektronicznych w stosunku do board games.

Kwestia objęcia board games ochroną I poprawki była przedmiotem rozważań sądu w sprawie Palmer v. Schonhorn Enterprises Inc.²⁷, w której animowana podobizna postaci powoda - znanego gracza w golfa - została wykorzystana przez stronę pozwaną w grze komputerowej. Co interesujące- strona pozwana reklamując sam produkt nie posłużyła się nazwiskiem powoda, jego dane nie znalazły się także na opakowaniu. Sąd jednak zajmując stanowisko odnośnie tego argumentu stwierdził, iż to, że nabywca do momentu zakupu i zainstalowania gry nie wiedział, kto będzie jej głównym bohaterem w żaden sposób nie wpływa na sam fakt dokonanego naruszenia jego prawa do komercyjnego wizerunku. "Przede wszystkim, jeśli wykorzystanie wizerunku osoby trzeciej w celu rozpowszechniania informacji jest zgodne z prawem, to już uczynienie użytku z tej samej informacji, aby uzyskać z tego korzyść majątkową w zestawieniu z promowanym produktem handlowym- zgodne z prawem na pewno nie jest²⁸". Pogląd ten znalazł swoje odzwierciedlenie w orzeczeniu, mocą którego Sąd przyznał powodowi wysokie odszkodowanie.

Pogląd ten spotkał się z krytyką części przedstawicieli doktryny²⁹, którzy z porównania board games ze zwykłą publikacją książkową wywodzą, iż jeśli gry były by rozpowszechniane w formie drukowanej, wówczas z naruszeniem nie mielibyśmy do czynienia. Twierdzą oni, iż odmienny pogląd wyrażony w orzecznictwie wynika z faktu nietradycyjnego podejścia do board games jak do odrębnego środka przekazu. Podnoszą także, iż komercyjna wartość wizerunku nie jest wykorzystywana w celu przyciągnięcia uwagi do promowanej gry, lecz ów wizerunek staje się częścią składową sprzedawanego produktu.

Przedstawione stanowisko nie wydaje się jednak uzasadnione, jeśli weźmiemy pod uwagę fakt czerpania korzyści majątkowych związanych z bezprawnym posłużeniem się czyimś wizerunkiem, co w powyższych opiniach nie zostało wzięte pod uwagę. Z tego też względu nie sposób zaprzeczyć, że skonstruowanie postaci fikcyjnej, wizualnie tożsamej z osobą publicznie

²⁶ C. Fernandez

²⁷ Palmer v. Schonhorn Enterprises Inc., 232 A2d 458 (1967)

²⁸ Palmer v. Schonhorn Enterprises Inc., j.w.

²⁹ Andrew B. Sims, James M. Treece

znaną oraz jej późniejsze wykorzystanie w grze komputerowej jest naruszeniem "right of publicity" postaci utożsamiającej wizerunek, którym się bezprawnie posłużono.

Na tle powyższych uwag warto wspomnieć także i o zjawisku tworzenia komputerowo generowanych postaci, które na stałe zamieszkają w społecznej świadomości. Przykładem tego może być japońska gwiazda muzyki pop- Kyoko, która obecnie w kraju kwitnącej wiśni święci swoje triumfy muzyczne³⁰. Czy "right of publicity" swoim zakresem obejmie i owe postacie? Z tym pytaniem doktryna będzie zapewne musiała się zmierzyć w najbliższej przyszłości.

4. Audiografy

Kolejnym, jeszcze prawnie nie zdefiniowanym sposobem czynienia użytku z wizerunku osób publicznych jest tworzenie audiografów, czy też komputerowo generowanych powitań lub wiadomości nagrywanych następnie w telefonach komórkowych lub stacjonarnych, w których wykorzystano ogólnie rozpoznawany głos. Podobna sytuacja na miejsce w przypadku rozpowszechnianych drogą elektroniczną kart z życzeniami, w których wykorzystano audionagrania zarówno postaci telewizyjnych, jak i gwiazd filmowych³¹.

W przypadkach wskazanych powyżej, mimo istnienia jedynie szczątkowej literatury na ten temat, kwestia naruszenia "right of publicity" nie budzi wątpliwości. Stwierdzenie to może zostać sformułowane w sposób tak kategoryczny po pierwsze z uwagi na fakt, iż głos utożsamiany z konkretną osobą, stanowiąc składnik jej tożsamości znajduje się pod ochroną prawa do komercyjnego wizerunku, a po wtóre- poprzez zaistniałe wykorzystanie składnika wizerunku osoby publicznej, pozbawiono ją możliwości kontroli jego komercyjnej eksploatacji. Ponad to bezsprzecznym jest i to, iż takie uczynienie użytku ze składnika czyjejś tożsamości nie zawierając w sobie substratu informacyjnego, nie znajduje ochrony w ramach I poprawki do Konstytucji Stanów Zjednoczonych.

Na tle powyższych rozważań zaakcentować należy także kwestię związaną z dodatkowymi konsekwencjami, które wiążą się z rozpowszechnieniem wizerunku za pomocą internetu, a mianowicie możliwość dalszego powielenia utrwalonego wizerunku przez każdego z użytkowników sieci. Stanowi to bezsprzecznie kolejną dolegliwość związaną z dokonaniem naruszeniem, którą dodatkowo zwiększa specyfika środka przekazu, jakim jest cybersieć. Jako przykład warto przywołać powództwo wytoczone przez grupę modelek, których zdjęcia zostały rozpowszechnione on- line na stronie CompuServe, pod zbiorczą nazwą "Dziewczyny Kalifornii"³². W pozwie zarzuciły one, iż strona pozwana uzyskała fotografie bez ich zgody, a także udostępniła

³⁰ za: C. Fernandez

³¹ za: C. Fernandez

³² *Louder v. CompuServe Inc.*, No BC153274 (Cal. Super. Ct., L.A.County, July 5, 1996)

je za pośrednictwem swojej witryny ponad 4,7 milionom użytkowników, którzy następnie ściągając te pliki, czynili z nich dowolny, niekontrolowany użytek. Powódki domagały się odszkodowania, które następnie zostało im sądownie przyznane, przy czym Sąd podkreślił, iż faktycznie z uwagi na prawdopodobieństwo dokonywania dalszych naruszeń, powiązanych i zapoczątkowanych przez delikt pozwanego, dolegliwość została spotęgowana.

Na tle powyższych uwag wspomnieć należy także o konieczności dokonania weryfikacji utrwalonych już stanowisk dotyczących "right of publicity" poprzez uwzględnienia specyfiki oraz odmiennych praw rządzących siecią internetową.

Podkreśla się bowiem, iż związku z tym, iż dokonywanie publikacji za pośrednictwem internetu nie wymaga wielkich nakładów (w przeciwieństwie do radia, telewizji bądź periodyków) skorygować należy tezę głoszącą, iż w celu ustalenia wysokości odszkodowania należnego osobie, której prawo do komercyjnego wizerunku zostało bezprawnie naruszone, trzeba ustalić wysokość zysków, osiągniętych przez pozwanego, bądź strat poniesionych przez powoda. Konieczność dokonania weryfikacji istniejących poglądów spowodowana jest także i faktem, iż większość witryn internetowych ma charakter non-profit, a tym samym i zamieszczenia na niej wizerunku nie powoduje wzrostu zysków publikującego.

Fakt niezrozumienia tego problemu został *expressis verbis* wskazany w uzasadnieniu szeroko krytykowanego wyroku *Leary v. Punzi*³³, zgodnie z którym: "Prawo do komercyjnego wizerunku powoda nie zostało naruszone w sytuacji użycia jego nazwiska na stronie internetowej, uczynionego w sposób krótkotrwały oraz incydentalny, a także nie zmierzający bezpośrednio do promowania organizacji, której działalność była przedmiotem witryny. Strona www, utrzymywana przez osobę trzecią oraz oparta na nieaktualnych informacjach, wymieniła jedynie nazwisko powoda jako osoby, z którą mieli się kontaktować byli pracownicy pozwanego". W efekcie Sąd, opierając swoje rozstrzygnięcie na tym, iż powód nie poniósł wymiernej szkody związanej z wykorzystaniem jego nazwiska oraz numeru telefonu, a publikacja nie wiązała się z koniecznymi nakładami ze strony pozwanego, oddalił jego powództwo. Wydaje się, iż wyrok ten został oparty na nieprawidłowej próbie dokonania prostego przełożenia zasad rządzących "right of publicity" w świecie prasy oraz telewizji na jego regulację w internecie. Jednakże, z uwagi na zasadnicze różnice rządzące cyber- rzeczywistością reguły te bezpośrednio stosowane być nie mogą; należy więc będzie stworzyć regulacje autonomiczne, dostosowane do specyfiki nowego środka przekazu.

Co więcej, założenie dotyczące ograniczenia nakładów koniecznych dla dokonania publikacji, w praktyce rozszerza podmiotowy zakres "right of publicity" także i na zwykłe osoby

³³ *Leary v. Punzi*, 1999 N.Y. Misc. (Supr. Ct. N.Y. 1999)

fizyczne, nie należące do kręgu "sławnych i bogatych"³⁴. Poprzednio większość teoretyków wprawdzie skłaniała się ku stwierdzeniu, iż owo dodatkowe kryterium rynkowej oraz publicznej rozpoznawalności wyznaczające w istocie komercyjną wartość wizerunku jest jedną z przesłanek decydujących o wysokości przyznanego odszkodowania, jednak nie twierdzono nigdy, iż jest to przesłanka sine qua non przesądzająca o przyznaniu ochrony jako takiej. Niestety, teza ta nie znajdowała odzwierciedlenia w praktyce, gdyż większość sądów amerykańskich rozpatrując pozwy złożone przez osoby nie będące powszechnie znanymi, stosowały w stosunku do nich kryterium "rozpoznawalności", badając czy bezprawnie użyty wizerunek mógł zostać powszechnie skojarzony z osobą go utożsamiającą. Oczywiście jest, iż zasada ta, mająca uzasadnione zastosowanie w przypadku osób publicznych, jest całkowicie chybiona w odniesieniu do "zwykłych obywateli", prowadząc do oddalenia ich roszczeń³⁵. Obecnie wydaje się, że to poprzednie stanowisko będzie musiało być gruntownie zweryfikowane, gdyż z uwagi na charakter non-profit części witryn, a także drastyczne ograniczenie nakładów koniecznych dla dokonania publikacji, poprzednie kryteria, stosowane przez sądy w postępowaniach, przedmiotem których był zarzut naruszenia prawa do komercyjnego wizerunku powoda, nie będą miały dłużej zastosowania. Rodzi to więc konieczność znalezienia rozwiązań, które odpowiadałyby specyfice nowego środka przekazu, jakim jest internet.

Przedstawiając powyższe wątpliwości i nowe wyzwania, jakim będzie musiała sprostać doktryna prawnicza, nie sposób zaprzeczyć, iż w omawianej dziedzinie to właśnie postęp techniki był głównym motorem dla rozwoju tak prawa do prywatności, jak i "right of publicity". Czyż bowiem Charles Warren i Louis Brandeis stworzyliby swoje wiekopomne dzieło "The right to privacy"³⁶, w którym po raz pierwszy wyodrębnione zostało prawo do prywatności, gdyby nie potrzeba chwili spowodowana wtargnięciem fotoreporterów na rodzinną uroczystość jednego z nich? Czy Sąd Najwyższy wydałby wyrok z powodztwa Zacchiniego, gdyby nie zrodziła się konieczność stawienia czoła coraz agresywniejszej transmisji telewizyjnej? Zapewne nie.

I nie można oprzeć się wrażeniu, iż obecnie jesteśmy w trzecim punkcie zwrotnym, związanym z rozpowszechnieniem nowego środka przekazu- internetu, który wymoże na doktrynie dokonanie weryfikacji pojęć już zastanych, dostosowując je do jego specyfiki.

³⁴ sądy USA nie były bowiem skłonne przychylić się do tez pozwów opartych na zarzucie naruszenia "right of publicity", wniesionych przez osoby nie będące publicznie rozpoznawalnymi, mimo, iż część przedstawicieli doktryny twierdziła, iż także tej kategorii powodów przysługuje ochrona; tak: McCarthy

³⁵ patrz: Cheatham v. Paisano Publications, 891 F. Supp. 381

³⁶ Charles Warren, Louis Brandeis "The right to privacy", 4 Harvard Law Review 193 (1890)