

Maja Ignatowicz

LOKOWANIE PRODUKTU I JEGO REGULACJA W PRAWIE UNIJNYM

Product placement in the EU regulations

The purpose of this article is to attempt to investigate the issue of product placement, to analyze and systematize this innovative legal subject, from the point of view of European law. The aim of this study is also to present the difference between product placement and advertising. The major objective of this research is the introduction to the European regulations, as well as an examination of their history, in terms of both advertising and product placement itself, likewise demonstration that all the amendments of existing directives, regarding advertising and product placement, were directly dictated by the continuous technological progress, causing changes in the audiovisual sector, thereupon existing regulations had to be adapted, to provide equal rights for all European Union Members.

Key words: product placement, television, advertising, Television Without Frontiers Directive, Audiovisual Media Services Directive, AVMSD

Wprowadzenie

W ostatnich latach media stały się nieodłącznym elementem życia każdego człowieka, który ma choć niewielki dostęp do współczesnych technologii, takich jak telewizor czy radio, przemysł audiowizualny stał się jednym z najważniejszych sektorów rynkowych, napędzających gospodarkę każdego państwa, a przedsię-

biorcy zaczęli przeznaczać coraz to większe środki na promocję swoich produktów lub usług. Poszukiwanie przez przedsiębiorców nowych form skutecznej promocji a przez przemysł audiowizualny nowych źródeł finansowania produkcji spowodowały, że obok tradycyjnej reklamy, pojawiła się nowa, jeszcze bardziej dochodowa forma promocji – lokowanie produktu.

Lokowanie produktu (z ang. *product placement*) jest to forma eksponowania produktów w filmach fabularnych oraz innych audycjach, zarówno telewizyjnych jak i radiowych, polegająca na umieszczaniu danego produktu w dialogach, lub wkomponowaniu go w fabułę i scenografię, w ten sposób, iż przemawia on do podświadomości odbiorcy, zachęcając do nabycia produktów lub usług.

Product placement w sposób pozornie naturalny, nie kojarzący się z nachalną reklamą, wyznacza trendy, przedstawia nowe produkty, które często stają się popularne, a nawet kultowe właśnie dzięki temu, iż zostały one dobrze ulokowane w popularnych produkcjach, gdyż ludzie bardzo często i chętnie kupują produkty używane przez np. ulubionych bohaterów z serialu, z którymi chcą się utożsamiać. Lokowanie produktu jest równocześnie zjawiskiem niezwykle dochodowym, przynoszącym korzyści finansowe zarówno przedsiębiorcom, którym zależy na sprzedaży produktów i usług, jak i producentom przekazów audiowizualnych, dla których wpływy z lokowania są źródłem finansowania produkcji. Jednak należy pamiętać, że w parze z dochodami idzie odpowiedzialność za odpowiednie umieszczanie lokowanych produktów w audycji, przy jednoczesnym wyeksponowaniu ich walorów.

Przedmiotem niniejszej publikacji jest lokowanie produktu, zostanie w niej podjęta próba analizy i usystematyzowania tego nowego i jednocześnie kontrowersyjnego pod względem prawnym zagadnienia, z punktu widzenia prawa europejskiego.

Definicja lokowania produktu

Rozważania na temat regulacji prawnych lokowania produktu, rozpocząć należy od definicji samego lokowania, jak i reklamy, z której lokowanie się wywodzi. Reklama jest podstawowym źródłem dochodów mediów komercyjnych i przemysłu audiowizualnego, a jednocześnie jednym z najciekawszych zjawisk społecznych. Słowo „reklama” pochodzi od łacińskich określeń *clamo*, *clamare*, które w tłumaczeniu znaczą – krzyczeć, obwieszczać, głośno wołać jak również świadczyć¹. Reklama stała się zjawiskiem powszechnym, a co za tym idzie, obiektem zainteresowań wielu dziedzin nauki, począwszy od psychologii, przez medioznawstwo i ekonomię, aż po prawo, w związku z czym, powstało wiele jej definicji. Jedną z najprostszych jest rozumienie reklamy jako „zespołu czynności i środków [...] stosowanych w celu zainteresowania i zachęcenia do zakupu

¹ Z. Bajka, *Historia mediów*, Kraków 2008, s. 181.

danego towaru, zwrócenia uwagi na danego producenta, placówkę handlową”². Reklama jest zatem odpłatną formą prezentacji dóbr, usług i idei, oddziaływująca na decyzje i postawy konsumentów, jak i zjawiska rynkowe. Jest to więc zespół działań, wywierających wpływ na ludzi, poprzez nakłanianie ich do nabycia danego towaru lub korzystania z oferowanych usług. Reklama rozpowszechniana jest przez nadawcę, przy pomocy mediów masowych (prasa, radio, telewizja itp.), jak i za pośrednictwem innych masowych przekazów (billboardy, ulotki, gadzety itp.)³.

Jeśli chodzi zaś o definicję reklamy z punktu widzenia polskiego ustawodawstwa, to doktryna nie wykształciła jednego, uniwersalnego znaczenia tego pojęcia. Poszczególne akty prawne, zarówno krajowe jak i europejskie oraz międzynarodowe, kreują różne definicje reklamy, które mają w praktyce znaczenie tylko dla stosowania danego aktu prawnego. Mimo iż przedstawiciele doktryny wielokrotnie podejmowali próby jednolitego zdefiniowania tej kwestii, to nadal interpretacje tego pojęcia są odmienne. Definicje te są zróżnicowane w zależności od dziedziny czy aktu prawnego, w którym występuje zagadnienie reklamy. Aby jednak zrozumieć znaczenie reklamy z prawnego punktu widzenia, warto przytoczyć najpopularniejszą definicję polskiego ustawodawstwa, zawartą w art. 4 pkt 17 ustawy o radiofonii i telewizji⁴, gdzie napisano, że jest to „przekaz handlowy, pochodzący od podmiotu publicznego lub prywatnego, w związku z jego działalnością gospodarczą lub zawodową, zmierzający do promocji, sprzedaży lub odpłatnego korzystania z towarów lub usług, reklamą jest także autopromocja”. Podsumowując, reklama jest zespołem konkretnych działań, przy pomocy których, wpływa się na ludzi, w celu zachęcenia jak największej ich liczby do wejścia w posiadanie reklamowanych towarów przez kupno, wymianę, bądź też korzystanie z oferowanych usług⁵. Z prawnego punktu widzenia, reklamę można zakwalifikować jako instytucję prawa cywilnego, którą należy rozpatrywać jako oświadczenie woli i istotną prawnie relewantną formę przedumowną⁶.

Z kolei lokowanie produktu, zwane także *product placement*, zgodnie z definicją ustawową zawartą w ustawie o radiofonii i telewizji, jest „przekazem handlowym polegającym na przedstawieniu i nawiązywaniu do towaru, usługi lub ich znaku towarowego”⁷. Warunkiem legalności lokowania produktów jest ich związanie z samą audycją w zamian za opłatę, podobne wynagrodzenie, bądź też nieodpłatne udostępnianie towaru i usług, w taki sposób, iż stanowią one element samej audycji. Upraszczając, lokowanie polega na umieszczeniu okre-

² *Mały ilustrowany leksykon PWN*, Warszawa 1997, s. 1039.

³ *Słownik terminologii medialnej*, red. W. Pisarek, Kraków 2006, s. 183.

⁴ Ustawa z dnia 19.12.1992 r. o radiofonii i telewizji, Dz.U. 1993 Nr 7 poz. 34, ze zm.

⁵ *Popularna encyklopedia mass mediów*, red. J. Skrzypczak, Poznań 1999, s. 463.

⁶ R. Stefanicki, *Prawna klasyfikacja reklamy. Skuteczne wyróżnianie oferty*, „Prawo Spółek” 2001, nr 5, s. 55.

⁷ Art. 4 pkt 21, ustawy o radiofonii i telewizji.

ślonych produktów, m.in. w różnych produkcjach filmowych, telewizyjnych lub radiowych, w sposób pozornie przypadkowy, mający na celu przykucie uwagi odbiorcy, a dzięki temu mimowolne zapoznanie go z produktem, jego wyglądem, nazwą czy znakiem towarowym. Głównym zadaniem udanego lokowania, jest wkomponowanie produktu w treść i formułę audycji czy filmu, np. poprzez umieszczenie go jako elementu scenografii czy dialogu, w taki sposób aby produkt zapadł w pamięci widza, jednocześnie nie kojarząc się z reklamą. Lokowanie produktu można zatem zdefiniować jako „miękką reklamę”, stanowiącą samodzielny instrument komunikacji marketingowej, który do niedawna traktowany był jako jedna z form reklamy ukrytej⁸.

Lokowanie produktu stosowane jest przede wszystkim w mediach masowych, za pomocą wszelkich nośników, takich jak np.: filmy fabularne, animowane i dokumentalne, seriale telewizyjne, programy telewizyjne (m.in. talk-show, reality-show), sztuki teatralne, gazety, książki, obrazy i zdjęcia⁹.

Charakteryzując *product placement*, warto wspomnieć o kilku jego rodzajach. Co prawda nie da się wskazać jednolitego, oficjalnego podziału, prawdopodobnie dlatego, iż jest to zagadnienie stosunkowo nowe, jednak w praktyce wykształciły się następujące „umowne” rodzaje:

- *Fictomercial* – (nazwa pochodząca od słów *fiction* + *commercial*), polegające na lokowaniu produktu w literaturze, poprzez „wplatanie” produktu do fabuły. Za prekursora tej formy *product placement*, uważany jest Ian Fleming, twórca postaci Jamesa Bonda¹⁰. Autor ten w swoich dziełach umieszczał szczegółowe opisy marek ubioru, samochodu jak i miejsc, w których kultowy bohater przebywał¹¹. Przykładowo James Bond zawsze pił *Martini* i nosił zegarek *Rolex*.
- *Product publicity* – który polega na upublicznieniu produktu. Często traktowany jako kategoria samodzielna, jedynie wywodząca się z lokowania produktu¹². Istotą *product publicity* jest umieszczanie fotografii przedstawiających wyrób w mediach masowych, są to głównie nowo wprowadzone na rynek produkty¹³.
- *Product design* – istotą którego jest nawiązanie współpracy z artystą, celem projektowania i tworzenia nowych produktów¹⁴.
- *Product endorsement* – czyli „wykorzystywanie popularności znanej osoby przy upublicznianiu produktów i usług przedsiębiorcy w kontaktach

⁸ E. Nowińska, *Zwalczanie nieuczciwej reklamy. Zagadnienia cywilno-prawne*, Kraków 2002, s. 115.

⁹ A. Czarniecki, *Product placement. Niekonwencjonalny sposób promocji*, Warszawa 2003, s. 85 i n.

¹⁰ K. Grzybczyk, *Lokowanie produktu. Zagadnienia prawne*, Warszawa 2012, s. 15.

¹¹ B. Cathcart, *The man with the golden typewriter*, „New Statesman” 2006, Vol. 135, No. 4818, s. 54–56.

¹² K. Grzybczyk, *op. cit.*, s. 16.

¹³ R. Adamus, *Problematyka lokowania produktu (product placement)*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 11, s. 16.

¹⁴ K. Grzybczyk, *op. cit.*, s. 16.

z otoczeniem”¹⁵. Ten rodzaj lokowania opiera się na publicznym deklarowaniu przez znaną osobę sympatii lub poparcia dla produktu, w konsekwencji czego, przedsiębiorca reklamując swój produkt może powołać się na słowa wypowiedziane przez znaną osobę, mówiąc np. „Pan X. używa tego mydła”, dzięki czemu wzrasta liczba potencjalnych nabywców, którzy nie tylko utożsamiają się z publiczną osobą, ale także w pewnym sensie mają pewność, iż produkt ten jest wart zakupu, skoro sam „Pan X.” go popiera. Warto tutaj także wspomnieć, iż *product endorsement*, był jedną z pierwszych form lokowania produktu, gdyż stosowano go już w XII wieku, kiedy to w ówczesnej Anglii, przedsiębiorcy i producenci ubiegali się o gwarancję królewską zwaną *Royal Warrant of Appointment*. Można powiedzieć, że był to najwyższy z możliwych certyfikatów jakości. Podczas reklamowania produktów, przedsiębiorcy używali sformułowania „*by appointment to the Queen*” (czyli w drodze powołania/ zatwierdzenia przez królową), co było zatwierdzeniem patronatu brytyjskiej rodziny królewskiej. Monarcha był największym autorytetem jak i symbolem bogactwa, więc automatycznie konsumenci chcąc się z nim utożsamiać, chętnie zakupowali reklamowane dobra i usługi¹⁶.

- *Historic placement* – polegający na lokowaniu produktów w filmach, spektaklach teatralnych czy literaturze, których akcja rozgrywa się w dawnych czasach¹⁷, stosowany zwykle w celu podkreślenia długiej obecności produktu lub marki na rynku.

Historia lokowania produktu

Pod koniec XIX w. i z początkiem XX w. powstały pierwsze filmy fabularne. To właśnie w tym okresie można doszukiwać się początków lokowania produktów, w formie stosowanej w dzisiejszych czasach. Wraz z rozwojem przemysłu kinematograficznego, zwłaszcza w drugiej połowie XX wieku, nastąpił dynamiczny rozwój reklamy, a co za tym idzie rozpowszechnienie *product placement*.

Pierwsze w historii kina lokowanie produktu miało miejsce już w 1896 roku, kiedy to bracia *Lumiere* wyprodukowali pierwszy w historii kina, krótki, niemy film „Washing Day in Switzerland”, w którym pojawiła się marka mydła „Sunlight Soap”¹⁸. W dzisiejszych czasach film ten, zostałby uznany bardziej za spot reklamowy, niż za produkcję filmową bowiem trwa on niecałą minutę,

¹⁵ B. Ford, J. Ford, *Television and Sponsorship*, Oxford 1993, s. 8.

¹⁶ www.royalwarrant.org/history oraz www.royal.gov.uk/MonarchUK/symbols/royalwarrants.aspx [dostęp: 15.11.2014].

¹⁷ A.J. Horach, *Product Placement – zacznijmy mówić tym samym językiem*, „IMPACT” 2002, nr 6, s. 10.

¹⁸ J.V. Pavlik, *Media in the Digital Age*, Columbia University Press, 2008, s. 160.

natomiast akcja koncentruje się na wspólnym robieniu prania przez aktorów, przy użyciu wspomnianego wyżej mydła.

Z upływem lat, pojawiało się coraz więcej filmów, zwykle krótkometrażowych, a co za tym idzie, więcej lokowanych produktów. I tak przykładowo w 1919 roku w filmie „The Garage” (produkcji Fatty Arbuckle), reklamowano benzynę „Red Crown Gasoline”, a w roku 1927 w filmie „Wings” ulokowano czekoladki „Hershey’s”¹⁹. Gwałtowny rozwój *product placement* nastąpił w okresie powojennym, zwiększyła się także różnorodność reklamowanych produktów (od samochodów, przez alkohol, po papierosy). Jednymi z najpopularniejszych przykładów lokowania produktu jest seria filmów o James’ie Bondzie, których tytułowy bohater stał się symbolem luksusu i technologicznych nowości. Zawsze posiadał on najnowsze samochody, na przykład jeździł BMW i pił Martini. Wizerunki tych marek były doskonale wpasowane zarówno w scenografię jak i scenariusz, w ten sposób, że widz oglądając film, nie odczuwał ani przez chwilę, iż jest to forma reklamy. Natomiast sam James Bond stał się kultowym bohaterem, z którym wiele osób chciało się utożsamiać, a co za tym idzie, pić ten sam alkohol, posiadać identyczny samochód, bądź przebywać w tych samych miejscach. *Product placement* stał się jednym z najbardziej dochodowych sposobów reklamy, być może i najskuteczniejszym, czego dowodem może być najnowsza część przygód James’a Bond’a „Skyfall” gdzie bohater pije piwo „Heineken”, natomiast kontrakt z producentem na lokowanie tego produktu opiewał na astronomiczną kwotę 45 milionów dolarów²⁰.

Wprowadzenie do europejskich regulacji reklamy z lokowaniem produktu włącznie

W ostatniej dekadzie nastąpił gwałtowny rozwój technologii komunikacyjnych i satelitarnych technik przenoszenia obrazu i dźwięku, czego skutkiem był dynamiczny wzrost produkcji medialnych. Audiowizualne media zaczęły odgrywać kluczową rolę w funkcjonowaniu nowoczesnego, demokratycznego społeczeństwa oraz w rozwoju i przekazywaniu wartości społecznych, a także w kształtowaniu światopoglądu obywateli. W związku z tym niezwykle istotnym jest, aby podmioty sektora audiowizualnego, w sposób jasny i przewidywalny prowadziły swą politykę i realizowały swe strategie biznesowe. Podstawą do tych działań, są odpowiednie regulacje prawne.

Dlatego na początku lat 80. XX wieku, państwa członkowskie Unii Europejskiej, rozpoczęły prace nad dostosowaniem przepisów do dynamicznych zmian sektorów komercyjnych na rynkach medialnych. Pierwszym krokiem było otwarcie rynku audiowizualnego na konkurencję, której skutkiem było przyjęcie

¹⁹ www.blogs.amctv.com/movie-blog/2010/05/product-placement-in-the-movies.php [dostęp: 15.11.2014].

²⁰ www.dailymail.co.uk/tvshowbiz/article-2131180/Daniel-Craig-shaken-stirred-Heinekens-sponsorship-new-Bond-film-Skyfall.html [dostęp: 15.11.2014].

przez Komisję Europejską w 1984 roku Zielonej Księgi, dotyczącej ustanowienia wspólnego rynku nadawczego, w szczególności satelitarnego i kablowego²¹. Następnie w 1987 roku, wydana została Zielona Księga w sprawie rozwoju wspólnego rynku usług i urządzeń telekomunikacyjnych²². Zwieńczeniem współpracy nad nową polityką audiowizualną było przyjęcie w 1989 roku dyrektywy Rady 89/552/EWG, zwanej dyrektywą „Telewizja bez granic”²³. Jednym z najważniejszych postanowień tego dokumentu, było wprowadzenie przepisów mających na celu ochronę konkurencji oraz gwarancji swobody przepływu usług nadawczych pomiędzy państwami członkowskimi na wspólnym rynku, przy jednoczesnym zachowaniu pewnych celów interesu publicznego (takich jak ochrona konsumentów i nieletnich, prawo do odpowiedzi, czy różnorodność kulturowa), a także ochrona konkurencji. Gwarancje te były nie tylko następstwem rozwoju europejskiego rynku audiowizualnego, ale przede wszystkim wynikały z obowiązku zapewnienia obywatelom Unii Europejskiej ich powszechnych, podstawowych praw, jakimi były i są: wolność słowa oraz prawo wolnego dostępu do informacji.

Kolejną istotną kwestią wprowadzoną przez dyrektywę było uregulowanie prawne reklamy telewizyjnej, która została zdefiniowana jako:

wszelka forma ogłoszeń emitowanych za opłatą lub inną formą wynagrodzenia bądź w celach promocyjnych przez przedsiębiorstwa prywatne bądź publiczne, mających związek z ich działalnością handlową, gospodarczą, rzemieślniczą lub zawodową oraz mających na celu promocję towarów i usług, również w dziedzinie handlu nieruchomościami, a także prawa i obowiązki w zamian za zapłatę²⁴.

Ważnym osiągnięciem dyrektywy 89/552/EWG było spełnienie obowiązku zapewnienia obywatelom UE wolności słowa poprzez przyznanie im w art. 23 prawa do odpowiedzi, polegającego na tym, iż każda osoba fizyczna lub prawna, której uzasadnione interesy zostały naruszone w wyniku przedstawienia nieprawdziwych faktów w telewizyjnym programie, ma prawo do odpowiedzi lub równoważnych środków prawnych w celu obrony swoich praw i interesów.

Należy jednak pamiętać, iż dyrektywa wyznaczyła jedynie minimalne standardy, które państwa członkowskie mogą indywidualnie regulować, jednak zasady te muszą pozostać zgodne zarówno z prawem europejskim jak i samą dyrektywą²⁵.

²¹ European Commission, *Television without Frontiers: Green Paper on the establishment of the common market for broadcasting, especially by satellite and cable*, COM(84) 300final. Maj 1984.

²² European Commission, *Towards a Dynamic European Economy, Green Paper on the development of the common market for telecommunication services and equipment*, COM(87) 290final. Czerwiec 1987.

²³ Dyrektywa 89/552/EWG Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 3.10.1989 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych); Dz.U.L298 z 17.10.1989 ze zm.

²⁴ Art. 1(b) 89/552/EWG.

²⁵ Ch. Koenig, A. Bartosch, J. Braunn, *Ev Competition and Telecommunications Law*, The Hague 2002, s. 755.

W związku z postępującym dynamicznym rozwojem technologii, a także w celu zapewnienia większej pewności prawnej, pojawiła się potrzeba zaktualizowania zasad przyjętych w 1989 r., dlatego już w 1997 r. Parlament Europejski i Rada znowelizowały dyrektywę 89/552/EWG²⁶. Jedną z najistotniejszych kwestii poruszonych w nowelizacji było sprecyzowanie pojęcia jurysdykcji stosowanej do sektora audiowizualnego. Już w preambule wskazano: „Mając na uwadze orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich głównym kryterium określającym kompetencje konkretnego Państwa Członkowskiego należy uczynić kryterium miejsca prowadzenia działalności”²⁷. Miejsce to zostało określone w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 1991 r. w sprawie „Factortame”²⁸, jako „obejmujące rzeczywiste prowadzenie działalności gospodarczej przez stałe przedsiębiorstwo, przez czas nieokreślony”²⁹.

Ważnym osiągnięciem nowelizacji była regulacja stwierdzająca, iż reklamy powinny być łatwe do rozpoznania i oddzielone od innych elementów programu³⁰. Uzasadnieniem tego przepisu jest ochrona potencjalnych klientów, którymi są odbiorcy, poprzez informacje o charakterze danego przekazu. Reguły te mają również na celu zabezpieczenie niezależności redakcyjnej, a także integralności audycji, ponadto służą wspieraniu uczciwej konkurencji między przedsiębiorcami, jak i ochronie niezależności mediów³¹.

Jednak mimo ciągle ponawianych prób dostosowania prawa do rozwoju technologii, aż do 2004 roku, *product placement*, zaliczany był do jednej z form reklamy ukrytej, która z kolei była zakazana³². Klasyfikacja *product placement* jako reklamy ukrytej podyktowane było tym, że polegało ono na umieszczeniu produktu, usługi lub znaku towarowego w scenariuszu, czy audycji, naruszając równocześnie zasadę oznaczenia przekazu reklamowego, a co za tym idzie, ingerując w treść obrazu i audycji. To właśnie w 2004 roku Komisja Europejska orzekła, iż dyrektywa „Telewizja bez granic”, nie zakazuje jednoznacznie odniesienia w słowach czy obrazach do dóbr, usług czy znaków towarowych, także poprzez lokowanie produktu³³. Z czego wynika, iż *product placement* może być

²⁶ Dyrektywa 97/36/WE z dnia 30.06.1997 r. zmieniająca dyrektywę Rady 89/552/EWG w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich dotyczących wykonywania telewizyjnej działalności transmisyjnej, Dz.U.Ue L332 z dnia 18.12.2007.

²⁷ Preambuła p. 10 dyrektywy 97/36/WE.

²⁸ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 25.07.1991 r., *The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte-Factortame Ltd.*, C-221/89, nr Lex 124026.

²⁹ Preambuła p.11 dyrektywy 97/36/WE.

³⁰ Art. 10 (1) dyrektywy 89/552/EWG: „Reklama telewizyjna i telezakupy muszą być łatwo rozpoznawalne i jednoznacznie oddzielone od innych części programu środkami optycznymi i/lub akustycznymi”.

³¹ R. Keller, *European and International Media Law. Liberal Democracy, Trade and the New Media*, Oxford 2011, s. 139-142; *Media Law and Practice*, eds. D. Goldberg, G. Sutter, I. Walden, Oxford 2009, s. 307 i n.

³² K. Grzybczyk, *op. cit.*, s. 49.

³³ *Commission interpretative communication on certain aspects of the provisions on televised advertising in the „Television without Frontiers” Directive (2004/C 102/02)*, introduction p. 8.

kwalifikowane jako reklama ukryta, w zależności od intencji nadawcy³⁴, jeśli jego zamiarem było promowanie produktu czy usługi, w sposób mogący wprowadzać odbiorcę w błąd, działanie takie traktowane będzie jako reklama ukryta, czego konsekwencją jest jej zakazanie. Kryterium zamiaru jest kwestią niezwykle sporną, trudną do sprecyzowania i weryfikacji, jednak stało się początkiem uregulowania nowego w prawie, jednak popularnego w mediach zjawiska jakim jest *product placement*. Wraz z rozpoczęciem przygotowań nad uregulowaniem lokowania produktu, pojawiły się także odmienne, bardziej liberalne stanowiska, traktujące *product placement*, jako formę tak zwanej „miękkiej reklamy”, która w zasadzie nie jest nieuczciwa³⁵.

Wspomniane rozważania, a także postępujący rozwój technologii informacyjnych i komunikacyjnych, stały się punktem wyjścia do zmian w europejskim krajobrazie audiowizualnym. Konsultacje nad reformą dyrektywy „Telewizja bez granic” prowadzone były ze wszystkimi interesariuszami, zarówno ze społeczeństwem, jak i przedstawicielami przemysłu audiowizualnego i mediów, w formie pisemnej i ustnej³⁶ i zostały zakończone w 2005 roku, kiedy to Komisja Europejska przedstawiła wniosek zawierający projekt nowej dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych³⁷.

Już we wstępie wskazano przyczyny zmian regulacji. Jako jedną z najważniejszych Komisja wskazała potrzebę poprawy konkurencyjności europejskiego przemysłu w dziedzinie komunikacji i informacji przez modernizację ram prawnych dla medialnych usług audiowizualnych³⁸.

Jednak najważniejszą zmianą zaproponowaną przez Komisję, było uregulowanie kwestii lokowania produktu, które mimo iż dotychczas nie było wprost zdefiniowane aż do 2005 roku, z czasem stawało się źródłem niezwykle szybko rosnących przychodów nadawców. Prawodawca tworząc te przepisy miał przed sobą niezwykle trudne wyzwanie, ponieważ kwalifikacja *product placement* nie jest wyłącznie problemem dogmatycznym, w związku z czym musiał on stworzyć konkretną regulację, odpowiednią zarówno dla producentów programów, dla których lokowanie jest źródłem finansowania tych przekazów, jak i dla reklamodawców, korzystających z nowoczesnej, atrakcyjnej i dochodowej formy promocji. Ponadto regulacja ta powinna być korzystna dla dostawców audiowizualnych usług medialnych, którym należy zagwarantować niezależność redakcyjną. Należy jednak pamiętać, o chyba najistotniejszej kwestii, jaką jest ochrona odbiorców, dlatego przepisy te muszą także chronić przed uciążliwymi formami

³⁴ K. Grzybczyk, *op. cit.*, s. 50.

³⁵ E. Nowińska, *Zwalczanie nieuczciwej reklamy*, Kraków 2001, s. 128.

³⁶ *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concern in the pursuit of television broadcasting activities*, Brussel 2005, COM(2005) 646 final. [SEC(2005) 1625] [SEC(2005) 1626], s. 2.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

promocji, jak i zapewniać odpowiedni poziom oglądanych audycji³⁹. By sprostać tym wszystkim wymaganiom, Komisja Europejska w propozycji dyrektywy podniosła, iż lokowanie produktu powinno być dozwolone pod określonymi warunkami, jednak w przypadku, kiedy ma ono charakter ukryty, powinno być zakazane⁴⁰. Nastąpiło także rozróżnienie *product placement* od kryptoreklamy (która na gruncie nowych regulacji byłaby praktyką zakazaną z powodu negatywnego wpływu na konsumentów), poprzez stwierdzenie, iż zakaz kryptoreklamy nie obejmuje dozwolonego prawnie w ramach niniejszej dyrektywy lokowania⁴¹. Wartym podkreślenia jest fakt, iż lokowanie produktu, w zakresie nieuregulowanym na gruncie przepisów projektu, podlega takim samym ograniczeniom jak i przepisom jakościowym, które stosowane są w reklamie.

Dokument ten, został w niewielkim stopniu poprawiony, chodziło głównie o kwestie sprecyzowania definicji, jak i dopracowania przepisów dotyczących *product placement*, co dało impuls do przyjęcia w marcu 2007 roku, poprawionego projektu dyrektywy⁴². W następstwie dyskusji prowadzonych wewnątrz Rady UE i Parlamentu Europejskiego, zatwierdzono poprawki, w wyniku czego, dnia 24.05.2007, przyjęto formalnie wspólne, polityczne stanowisko odnośnie do nowej dyrektywy, natomiast w dniu 29.11.2007, Parlament Europejski, oficjalnie przyjął nowelizację dyrektywy „Telewizja bez granic”, nadając jej nowy tytuł – dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych⁴³, która weszła w życie w dniu 19.12.2007 r.

W artykule 1 nowej dyrektywy audiowizualnej, zawarte są pojęcia, zdefiniowane na potrzeby tego aktu prawnego, w tym lokowanie produktu. Definicja *product placement* występuje w tym samym brzmieniu jakie otrzymała już w projekcie tej regulacji, czyli „wszelkie formy handlowego przekazu audiowizualnego polegającego na przedstawieniu lub nawiązaniu do produktu, usługi lub ich znaku towarowego, w taki sposób, że stanowią one element samej audycji, w zamian za opłatę lub podobne wynagrodzenie”⁴⁴. Na podstawie tej definicji można zatem wyróżnić trzy warunki niezbędne do istnienia *product placement*. Po pierwsze, musi być on handlowym przekazem audiowizualnym, to znaczy, iż ma on formę obrazu z dźwiękiem lub bez oraz ma on służyć bez-

³⁹ J. Miles, A. Bannister, *Branded Television Content: Some Legal and Commercial Perspectives*, „Entertainment Law Review” 2007, No. 7, s. 227.

⁴⁰ *Proposal for a Directive of the European Parliament...*, s. 18.

⁴¹ *Ibidem*, s. 19.

⁴² Zmieniony projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniający dyrektywę Rady 89/552/EWG w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich, dotyczących wykonywania telewizyjnej działalności transmisyjnej („Medialne usługi audiowizualne bez granic”) COM/2007/0170 wersja ostateczna.

⁴³ *Dyrektywa 2007/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11.12.2007 r. zmieniająca dyrektywę Rady 89/552/EWG w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich, dotyczących wykonywania telewizyjnej działalności transmisyjnej*, Dz.U.UE L 337/25. Zwana dalej dyrektywą audiowizualną.

⁴⁴ Art. 1 (m) dyrektywy 2007/65/WE.

pośredniemu bądź pośredniemu promowaniu towarów, usług lub wizerunku osoby fizycznej lub prawnej prowadzącej działalność gospodarczą. Obrazy te są umieszczane w audycji w zamian za opłatę, podobne wynagrodzenie lub w celach autopromocji⁴⁵.

Drugą przesłanką jest przedstawienie lub nawiązanie do reklamowanego produktu lub usługi, w ten sposób iż stanowi ono element audycji. Polega to nie tylko na wpłataniu produktów lub ich znaków towarów w scenografię, ale także omawianie ich podczas dialogu bohaterów.

Ostatnim warunkiem jest opłata lub podobne wynagrodzenie, czyli element handlowy, konieczny do kwalifikacji danego przekazu reklamowego jako *product placement*. Chodzi tu nie tylko o zapłatę pieniężną, ale także na przykład korzyści osobiste, prezenty, zrzeczenie się roszczenia, czy nawet przeniesienie praw, w zamian za pokazanie, czy też przedstawienie produktu w programie⁴⁶.

W rozdziale IIA dyrektywy audiowizualnej, zostały umieszczone przepisy wspólne, mające zastosowanie do wszystkich audiowizualnych usług medialnych. Regulacja lokowania produktu, została umieszczona w art. 3g dyrektywy. Z treści tego przepisu można wyróżnić zasady, wyjątki od zasad oraz wyjątki od wyjątków⁴⁷. Co do zasady, zgodnie z art. 3g ust. 1 dyrektywy audiowizualnej, a co zostało także wspomniane w motywie 62 preambuły, lokowanie produktu jest zabronione. Jednakże już w ust. 2 tego artykułu, ustanowiono dwa odstępstwa od tej generalnej reguły zakazu, mianowicie, o ile państwo członkowskie nie postanowi inaczej, *product placement* jest dozwolony w utworach kinematograficznych, filmach i serialach, które zostały wyprodukowane na użytek audiowizualnych usług medialnych, jak i w audycjach sportowych i rozrywkowych. Stosowanie *product placement* dopuszczalne jest także, gdy nie dochodzi do płatności, a jedynie następuje bezpłatne dostarczenie pewnych towarów lub usług (np. rekwizyty, nagrody), w celu zaprezentowania ich w audycji. Jednak w audycjach dla dzieci, lokowanie produktu jest bezwzględnie zakazane.

Istotną kwestią związaną ze wspomnianymi wyżej zasadami, jest fakt, iż decyzja o zalegalizowaniu *product placement*, należy do swobodnego uznania państw członkowskich, jednak całkowity zakaz lokowania, obejmuje tylko audiowizualne usługi medialne świadczone przez dostawców usług medialnych, którzy podlegają jurysdykcji danego państwa członkowskiego⁴⁸. W dalszej części art. 3g dyrektywy, znajduje się katalog otwarty (dopuszczalne jest ustanawianie dodatkowych zasad) wymagań, których należy przestrzegać w przypadku zezwolenia na stosowanie *product placement* w danym państwie. Wymogami tymi są:

⁴⁵ Art. 1 (h), dyrektywy 2007/65/WE.

⁴⁶ G. Gounalakis, *Werbung im Rundfunkprogramm – Zwischen Trennungsgrundsatz und Schleichwerbung*, „Wettbewerb in Recht und Praxis” 2005, Nr 12, s. 1482-1483.

⁴⁷ O. Castendyk, Article 3g AVMSD, [w:] *European Media Law*, eds. O. Castendyk, E. Dommering, A. Scheuer, Alphen aan den Rijn, 2008, s. 913.

⁴⁸ K. Jakubowicz, *Unia Europejska a media. Między kulturą a gospodarką*, Warszawa 2010, s. 131.

- Audycje nie mogą zachęcać w sposób bezpośredni do zakupu, czy najmu towarów lub usług, zwłaszcza przez specjalne i promocyjne odniesienia do tych produktów. Lokowanie produktu samo w sobie opiera się na prezentowaniu produktów w pozytywnym świetle, dlatego warunek ten jest kwestią sporną, bowiem prawie w każdym przypadku można *product placement* uznać za zachętę do nabycia. Jednak do niezgodnych z dyrektywą przekazów, należy zaliczyć te, które np. bezpośrednio odnoszą się do produktu, poprzez odwołanie się do jego właściwości bądź skuteczności.
- Reklamowany produkt nie może być nadmiernie eksponowany. Problematycznym jest fakt, iż słowo „nadmiernie” nie jest nigdzie w dyrektywie sprecyzowane, w związku z czym nie wiadomo, kto miałby być odpowiedzialny za dokonanie oceny, czy dane eksponowanie jest „nadmierne” oraz na podstawie jakich kryteriów należałoby dokonywać tej oceny.
- Ich treść nie podlega wpływom powodującym naruszenie niezależności redakcyjnej dostawcy usług medialnych. To właśnie niezależność redakcyjna i jej ochrona jest jednym z ważniejszych celów wyznaczonych przez dyrektywę. Kwestia ta została wspomniana już w punkcie 63 preambuły do dyrektywy audiowizualnej.
- W celu ochrony widzów przed wprowadzaniem ich w błąd, powstał obowiązek poinformowania widza o zastosowaniu lokowania. Audycje, w których zastosowano *product placement*, powinny być odpowiednio oznaczone zarówno na początku, na końcu, a także po wznowieniu po przerwie reklamowej. Informacja ta może zostać przekazana w formie np. neutralnego symbolu graficznego. Jednak formę i rodzaj tego symbolu, państwa mogą kształtować same, w ramach przyznanych im praw dotyczących indywidualnych regulacji lokowania⁴⁹.

Mimo wspomnianych wyżej warunków legalnego *product placement*, istnieją produkty, których lokowanie jest bezwzględnie zakazane. Są to: wyroby tytoniowe i papierosy, jak również wyroby przedsiębiorstw, których zasadnicza działalność obejmuje produkcję i sprzedaż papierosów oraz innych wyrobów tytoniowych, a także konkretne produkty lub zabiegi lecznicze dostępne wyłącznie na receptę w państwie członkowskim, którego jurysdykcji podlega dostawca usług medialnych.

Podsumowując, dyrektywa zakazuje lokowania produktów podlegających unijnym regulacjom reklamy. Jednak równocześnie zostawia państwom członkowskim pewną swobodę w zakresie *product placement*, dzięki której mogą one indywidualnie np. rozszerzyć katalog produktów objętych zakazem lokowania.

⁴⁹ Art. 3 ust. 1 dyrektywy 2007/65/WE.

Dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych z 2010 roku

Rozwój technologii cyfrowych, przyczynił się do utworzenia wielu nieznanych wcześniej metod rozpowszechniania przekazów audiowizualnych, przez co wzrosło także zainteresowanie nimi przez indywidualnych odbiorców, w rezultacie czego, rozpoczęły się działania, mające na celu rozszerzenie oferty przekazów kierowanych do odbiorców, poprzez udostępnienie im coraz to nowszych rozwiązań technologicznych. Jednak proces ten wymagał odpowiedniego zaplecza prawniczego. Krótco po nowelizacji dyrektywy „Telewizja bez granic” w 2007 roku, powstała potrzeba wzmocnienia wewnętrznego rynku usług nadawczych i audiowizualnych, a także modernizacji zasad tych usług, w tym reklam.

20 marca 2010, przyjęto nowelizację dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych z 2007 roku⁵⁰. Jako główne cele nowej regulacji wyznaczono, między innymi, wprowadzenie mechanizmów wsparcia, w postaci licznych działań i programów UE, mających na celu zwiększenie konkurencyjności sektora audiowizualnego w Europie. Skoncentrowano się także na promocji i dystrybucji treści audiowizualnych, zachowaniu różnorodności kulturowej, wzmocnieniu ochrony dzieci i konsumentów, a także zapewnieniu pluralizmu mediów.

Jeśli chodzi o regulację lokowania produktu, to nowelizacja dyrektywy z 2010 roku, nie wnosi w zasadzie nic nowego, oprócz zmian strukturalnych, polegających na zmianie numeracji artykułów (z art. 3 w 2007, regulacja przeniesiona została w 2010 roku do art. 11). Jednak mimo iż nowelizacja nie miała większego wpływu na przepisy dotyczące *product placement*, wprowadziła kilka ciekawych zmian. Już w punkcie 2 preambuły dyrektywy AVMSD wskazano, iż audiowizualne usługi medialne, świadczone ponad granicznie za pomocą różnych technologii, są jednym ze środków służących do osiągnięcia celów UE. Wskazano także, iż użytkownicy usług medialnych otrzymują coraz większy dostęp do wyboru usług, jednak równocześnie zostają oni obciążeni większą odpowiedzialnością za swoje wybory, co jest wynikiem rozwoju gospodarczego i technicznego.

Wartą wspomnienia jest nowa regulacja, wprowadzona nowelizacją dyrektywy z 2010 roku, dotycząca kryteriów reklamy napojów alkoholowych⁵¹. I tak między innymi: reklamy napojów alkoholowych nie mogą być kierowane do małoletnich, zwłaszcza poprzez przedstawienie ich spożywających takie napoje; nie mogą kojarzyć spożywania alkoholu ze zwiększoną wydolnością fizyczną bądź kierowaniem pojazdów; zakazane jest kreowanie wrażenia, iż spożycie alkoholu pozytywnie wpłynie na sukces społeczny lub seksualny; nie mogą także akcentować wysokiej zawartości alkoholu w napojach jako cechy mającej pozytywny wpływ na jakość napoju.

⁵⁰ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/12/UE z dnia 10.03.2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (Dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych) Dz.U.UE L 95/L. Zwana także dyrektywą medialną lub AVMSD.

⁵¹ Art. 22 dyrektywy 2010/12/UE.

Reasumując, należy zwrócić uwagę na fakt, iż wraz z rozwojem gospodarczym, technologicznym i kulturowym, nastąpił rozkwit środków masowego komunikowania. Kolejne zmiany dyrektywy „telewizja bez granic” (1997, 2007, 2010) miały na celu nie tylko sprostanie zmianom technologicznym, ale także dostosowanie i ujednoczenie prawa do standardów europejskich, jednakowych dla każdego z państw członkowskich. Kolejne nowelizacje były podyktowane koniecznością dotrzymania kroku ciągle rozwijającemu się społeczeństwu informacyjnemu, które wraz w powszechnym dostępem do audiowizualnych przekazów handlowych potrzebowało odpowiednich, równych a także jednolitych przepisów. Wraz z upływem lat, powstało coraz więcej indywidualnych regulacji lokowania produktu, tworzonych przez państwa członkowskie UE, co jest świadectwem świadomości, iż ta forma przekazu stała się nieodłącznym elementem rzeczywistości w działalności kinematograficznej i filmowo-telewizyjnej.

Podsumowanie

Lokowanie produktu mimo iż jest zjawiskiem stosunkowo nowym, to doczekało się systematycznie nowelizowanych regulacji europejskich, bowiem unijny ustawodawca, chcąc ujednoczyć i dostosować przepisy do ciągle zmieniającego się rynku audiowizualnego, musiał wychodzić na przeciw nie tylko oczekiwaniom gospodarczym, ale także jednostkowym, czyli państwom członkowskim.

W kontekście polskiego ustawodawstwa, *product placement* można rozpatrywać z perspektywy różnych gałęzi prawa. Oprócz regulacji podstawowych, tj. Ustawy o radiofonii i telewizji, lokowanie produktu można analizować w kontekście ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwych praktyk rynkowych. W związku z tym, iż są to zagadnienia złożone i obszerne, zostaną one rozważone w oddzielnej publikacji.

Podsumowując, lokowanie produktu jako nowoczesna forma reklamy i promocji, mimo iż było powszechnie stosowane od wielu lat, zostało uregulowane na gruncie prawa unijnego dopiero w 2007 roku. Nowelizacja dyrektywy „Telewizja bez granic”, była niewątpliwie dobrym rozwiązaniem, bowiem jej celem było ujednoczenie ustawodawstwa państw członkowskich oraz zwiększenie przejrzystości treści reklamowych w audycjach, jak i ułatwienie klasyfikacji działań związanych z przekazem audiowizualnym jako legalne bądź też zabronione. Jednak regulacja ta miała także słabą stronę, chodzi tu o przyznaną państwom członkowskim swobodę działania w zakresie stosowania, wyłączenia czy ograniczenia *product placement* w poszczególnych państwach. Ograniczenie bądź całkowite zakazanie lokowania, które w ramach dyrektywy zostało częściowo zalegalizowane, może przyczynić się do nierównych warunków konkurencji na rynku unijnym, spowodowanych zróżnicowaniem prawa w zakresie lokowania produktu. A przecież jednym z głównym z celów Unii Europejskiej, jest zapewnienie państwom członkowskim równego prawa.