

Prof. dr hab. Artur Nowak-Far, adw.

Ul. Śląska 21

81-316 Gdynia

**ANALIZA ZAKRESU OBOWIĄZKU OBJĘCIA SKŁADKAMI UBEZPIECZENIA
SPOŁECZNEGO WYBRANYCH GRUP ARTYSTÓW WYKONAWCÓW**

**(OSÓB WSPÓŁTWORZĄCYCH KONCERTY FILHARMONICZNE, TANCERZY
I AKTORÓW)**

Stan prawny na 30 marca 2021 r.

Warszawa 2021

SPIS TREŚCI

Strona

Synopsa opinii	
1. Cel i zakres opinii	4
2. Uprawnienia wynikające z prawa autorskiego i regulacji systemu zabezpieczenia społecznego	6
3. Realizacja uprawnień prawa autorskiego w kontekście stosunku pracy	9
4. Stan regulacji prawnej dotyczącej wykonań artystycznych	12
4. 1. Perspektywa stricte interpretacyjna	12
4. 2. Perspektywa cywilnoprawna	14
4. 3. Perspektywa prawa autorskiego	32
5. Orzecznictwo polskie w zakresie klasyfikacji działań artystów-wykonawców	38
6. Ocena praktyki instytucji kultury	45
6. 1. Kwestie ogólne	45
6. 2. Umowy z solistami (wokalistami, instrumentalistami, tancerzami) i aktorami obsadzonymi w głównych rolach	49
6. 3. Dyrygenci	51
6. 4. Osoby prowadzące warsztaty muzyczne lub taneczne	52
6. 5. Członkowie orkiestr	53
6. 6. Członkowskie zespołów tanecznych – niesoliści	57
6. 7. Aktorzy	60
7. Wnioski	64

Synopsa opinii:

1. **Problem objęcia działań artystów-wykonawców (takich jak aktorzy, tancerze, soliści-śpiewacy, soliści-instrumentaliści, dyrygenci, artyści prowadzący warsztaty muzyczne oraz artyści-instrumentaliści) obowiązkiem odprowadzenia składek ubezpieczenia społecznego (emerytalnego i rentowego) odzwierciedla wątpliwości dotyczące kwalifikacji ich działań albo jako takich, które polegają na wytworzeniu utworów znajdujących się pod ochroną prawa autorskiego, albo jako zwykłego świadczenia usług (do których stosuje się reżim właściwy dla umów zlecenia).**
2. **Z umowami zawartymi z poszczególnymi artystami związane jest zróżnicowane prawdopodobieństwo uznania uzgodnionych w nich działań artystycznych za świadczenie usług (co wyklucza uzyskanie przez nich ochrony prawa autorskiego). W odniesieniu do poszczególnych artystów-wykonawców jest ono zróżnicowane.**
3. **Różnice w kwalifikacji umów zawieranych przez artystów-wykonawców z instytucjami kultury mają istotne znaczenie dla ukształtowania interesów tych osób. W obecnym systemie kwalifikacja umów zawartych poza stosunkiem pracy jako tzw. „umów zlecenia” może (przy spełnieniu przez owych artystów innych wymagań z zakresu prawa zabezpieczenia społecznego) dać im w przyszłości jedynie świadczenia ZUS; z kolei korzystanie z praw autorskich pozwala na korzystanie przez tych artystów (a nawet ich spadkobierców) z długotrwałej możliwości eksploatacji praw autorskich (praw pokrewnych).**
4. **W każdym z przypadków angażowania artystów-wykonawców, mamy do czynienia z ich działaniami, które – w koncepcji sądów, w tym Sądu Najwyższego – mogą się kwalifikować jako takie, w których dzieło (jeżeli powstaje) jest niematerialne i „nieucieleśnione w rzeczy”. Jako takie dzieła prawa autorskiego owe sądy kwalifikują te, w odniesieniu do których można wykazać po pierwsze, że o ogóle są dziełami (a więc efektami umowy rezultatu a nie starannego działania) w rozumieniu Kodeksu cywilnego, a także gdy udowodni się definiowaną przez owe sądy kreatywność (oryginalność) wkładu osób te działania podejmujące, a także zindywidualizowanie rezultatu tego wkładu uwidocznionego w dziele lub – gdy idzie o utwory będące wynikiem współtwórczości, gdy wykaże się, że utwory powstały w wyniku „zestrojenia wysiłku twórczego” tak, że w ostatecznym kształcie utworu znalazła jakieś odbicie kreatywność osób, które ten wysiłek podjęły.**
5. **Należy zauważyć, że w ocenie działań artystów-wykonawców zmierzającej do ich kwalifikacji jako dzieł chronionych prawem autorskim albo jako zwykłą sprzedaż usług niezbędne jest wzięcie pod uwagę przepisów prawa autorskiego, które zasadniczo pozwalają zaliczyć tę grupę artystyczną jako korzystającą z praw pokrewnych prawa autorskiego (art. 85 ust. 2 UstPA).**

- 6. Zasadniczym niedociągnięciem wspomnianego już podejścia sądów (jak również i w części konstrukcji umów zawieranych z artystami wykonawcami) jest pominięcie tego, że takie zdarzenia jak koncerty są rezultatem współtwórczości wszystkich artystów uczestniczących w ich wykonaniu. W takim kontekście udział poszczególnych artystów wykonawców w wykonaniu koncertów lub innych występów jest zróżnicowany, ale – zarówno w kontekście konstrukcji współtwórczości UstPA, jak i orzecznictwa TSUE – nie na tyle, by automatycznie wyłączać uprawnienia prawa autorskiego wobec poszczególnych grup wykonujących ten sam koncert/występ.**
- 7. Organy kontrolne należy zachęcić do tego, by w ramach prowadzonych w instytucjach czynności dokonywały bliższej analizy umów pod kątem:**
 - (a) bliższego stwierdzenia natury utworów, które mają być na ich podstawie wykonywane i identyfikacji, czy w odniesieniu do danej, ocenianej partii, stwarzają one artyście-wykonawcy obiektywną możliwość indywidualnej kreacji;**
 - (b) sprawdzenia, czy dysponując taką możliwością dany artysta-wykonawca mógł z niej skorzystać zważywszy na koncepcję utworu zaproponowaną przez innego twórcę (reżysera lub dyrygenta);**
 - (c) czy dany artysta-wykonawca istotnie z niej skorzystał.**

1. Cel i zakres opinii

Zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego ekspertyzę, jej celem jest określenie zakresu odpowiedzialności instytucji kultury z tytułu składek ZUS od umów na prace twórcze zawieranych przez artystami-wykonawcami. W szczególności ekspertyza dotyczy artystów-wykonawców muzyki, tańca oraz artystów teatralnych.

Innymi słowy, celem ekspertyzy jest zidentyfikowanie, czy umowy zawierane przez wspomniane polskie instytucje kultury z wymienionymi rodzajami artystów-wykonawców dotyczące przygotowania przez nich i wykonania określonych w tych umowach utworów podlegają obowiązkowi odprowadzenia składek zabezpieczenia społecznego, tj. składek emerytalnych i rentowych (dalej określanych właśnie jako „składki ZUS”).

Należy już na wstępie zauważyć, że oczekiwaniem Zamawiającego jest odniesienie się w ekspertyzie do umów opierających na wykonanie przez wspomnianych artystów „prac twórczych”. Należy zatem w ekspertyzie wskazać, co to są „prace twórcze” i – jeżeli to możliwe – kiedy prace uzgodnione w umowie z instytucją kultury nie są twórcze.

Przepisami, w świetle których należy oceniać obowiązek odprowadzania składek ubezpieczenia społecznego jest Ustawa z 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych¹ (określana dalej „UstSUS”). Mające poważne znaczenie dla opinii regulacje prawa autorskiego zawarte są natomiast w Ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych² (dalej UstPA).

W analizie uwzględniłem – za zgodą Związku Filharmonii Polskich – zasadnicze materiały poglądowe będące w dyspozycji tego podmiotu, takie jak w szczególności pozbawione cech indywidualizujących wzorce umów proponowanych artystom-wykonawcom.

Opinia odzwierciedla stan prawny na dzień 30 marca 2021 r. Wszystkie tabele i rysunki zaprezentowane w tym opracowaniu są moimi opracowaniami autorskimi.

¹ Tekst jednolity w Dz. U. z 2017 r. poz. 1778 ze zm.

² Dz. U. z 1994 r. poz. 83 ze zm., która w części wykonuje postanowienia Dyrektywy 2006/115/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12 grudnia 2006 r. w sprawie prawa najmu i użyczenia oraz niektórych praw pokrewnych prawu autorskiemu w zakresie własności intelektualnej, Dz. U. 2006, L 376, s. 28. Uzasadnia to relewantność orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) w sprawach interpretacji niektórych instytucji UstPA.

2. Uprawnienia wynikające z prawa autorskiego i z regulacji systemu zabezpieczenia społecznego

Zasadniczym problemem, którego dotyczy ta opinia jest sposób realizacji dwóch różnych interesów twórców wykonawców: interesu realizowanego w zakresie systemu zabezpieczenia społecznego oraz interesu realizowanego na gruncie prawa autorskiego. Te – z uwagi na przepisy UstSUS różnicujące umowy o dzieło i umowy, do których stosuje się przepisy właściwe dla umów zlecenia (w kontekście relacji nie ujętych w umowach o pracę), są postrzegane jako stosujące ze sobą w sprzeczności.

Na gruncie obowiązującego prawa uznanie danej umowy za rodzaję zobowiązanie do odprowadzenia składek ZUS w zasadzie wyklucza możliwość realizacji przez twórcę wykonawcę uprawnień do dysponowania majątkowymi prawami autorskimi. I odwrotnie: wytworzenie praw autorskich powoduje – na gruncie obecnej, raczej kontrowersyjnej regulacji Ust SUS - że uzyskane z ich gospodarczej eksploatacji świadczenia nie są objęte systemem zabezpieczenia społecznego w zakresie składek ZUS.

Nie da się jednoznacznie stwierdzić, który z tych interesów jest bardziej wartościowy – wymaga to bowiem uwzględnienia konkretnych okoliczności, w którym następuje wykonanie utworu, a nawet konkretnej sytuacji osób uprawnionych. W szczególności należy brać pod uwagę treść zawartych przez wykonawców, w danych okolicznościach, umów, jak również inny rozkład powstałej ekonomicznej korzyści w czasie. Z pewnością jednak, poważna część uprawnień z tytułu prawa autorskiego są bardziej dostępne dla uprawnionych i mogą być dłużej eksploatowane gospodarczo, a przy tym prawne określenie tych uprawnień jest gwarantowane na wyższym poziomie organizacji systemu prawnego niż to ma miejsce w odniesieniu do uprawnień wynikających z odprowadzania składek ZUS. Jest tak przede wszystkim dlatego, że:

- (a) pierwotne nabycie praw autorskich następuje po prostu w wyniku ich wytworzenia, bez konieczności spełnienia jakiś dodatkowych warunków lub wymagań formalnych;
- (b) realizacja praw autorskich jest możliwa od momentu ich wytworzenia;
- (c) prawa autorskie istnieją od momentu ich wytworzenia, zasadniczo do momentu, w którym upływa okres 70 lat od śmierci autora/ostatniego współautora; tak więc stanowią one więźkę uprawnień, które istnieją i mogą być gospodarczo eksploatowane także przez spadkobiorców autora;
- (d) istnienie i zakres uprawnień prawa autorskiego wynika w znacznym zakresie z umów międzynarodowych,³ jak również z prawa UE; uniezależnia to je od politycznego cyklu podejmowania decyzji, które miewa krótkoterminową perspektywę i nie gwarantuje takiej

³ Akt paryski Konwencji berneńskiej o ochronie dzieł literackich i artystycznych sporządzony w Paryżu dnia 24 lipca 1971 r. (Dz. U. RP, załącznik do nr. 82, poz. 474 z 24 lipca 1971 r.), Międzynarodowa Konwencja o ochronie wykonawców, producentów fonogramów oraz organizacji nadawczych sporządzona w Rzymie dnia 26 października 1961 r. (Dz. U nr 125 poz. 800); Traktat Światowej Organizacji Własności Intelektualnej o prawie autorskim sporządzony w Genewie 20 grudnia 1996 r. (Dz. U. RP 2005, nr 3 poz. 12); Traktat Światowej Organizacji Własności intelektualnej o artystycznych wykonaniach i fonogramach sporządzony w Genewie dnia 20 grudnia 1996 r., (Dz. U. RP 2004, nr 41, poz. 375)

długookresowej stabilności rozwiązań, jaka wynika właśnie ze zobowiązań międzynarodowych i *acquis de l'Union*

Dokładniej różnice pomiędzy uprawnieniami prawa autorskiego i uprawnieniami wynikającymi z systemu zabezpieczenia społecznego przedstawia tabela 1.

Tabela 1: Porównanie uprawnień prawa autorskiego i uprawnień gwarantowanych w systemie zabezpieczenia społecznego

ASPEKT UPRAWNIENIA	PRAWO AUTORSKIE	SYSTEM ZABEZPIECZENIA SPOŁECZNEGO
Nabycie uprawnień	Wynik wytworzenia utworu	Wynik odprowadzenia składek i spełnienia innych warunków formalnych
Realizacja uprawnień	Możliwa natychmiast po wytworzeniu utworu	Możliwa jedynie w przypadku spełnienia wymagań, od których zależy nabycie uprawnień – wymagania zróżnicowane dla różnych świadczeń z zakresu zabezpieczenia społecznego
Istota uprawnień	Korzystanie z osobistych praw autorskich (tj. przede wszystkim bycie konotowanym z utworem); gospodarcza eksploatacja praw majątkowych z utworu; pewna możliwość odzyskania praw majątkowych także wtedy, gdy nastąpiło dysponowanie nimi na rzecz innych osób.	Korzy stanie ze świadczeń zabezpieczenia społecznego: zdrowotnych, rentowych i emerytalnych – na zróżnicowanych warunkach (zdrowotnych w każdym momencie; rentowych i emerytalnych – jedynie wtedy, gdy wystąpią warunki ich uzyskania
Determinanty gospodarczych korzyści z eksploatacji uprawnień	Subiektywna rynkowa wartość uprawnień, warunki umowy dotyczące dysponowania uprawnieniami, zaistnienie okoliczności uzasadniających roszczenie o powrót uprawnień do autora	W odniesieniu do świadczeń zdrowotnych ich wartość nie zależy od wysokości wniesionych składek: w odniesieniu do innych świadczeń zabezpieczenia społecznego, wielkość świadczeń zależy od wniesionych składek – ale z górnymi limitami składek i wartości świadczeń.
Czas trwania uprawnień	Od momentu powstania utworu do upływu 70-letniego okresu po	Od momentu powstania okoliczności (uzasadniającej

	śmierci autora/ostatniego, tj. najdłużej żyjącego, ze współautorów; w przypadku samych praw wykonawczych, 50 lat od artystycznego wykonania	świadczenie zdrowotne lub rentowego albo osiągnięcie wieku przy spełnienia innych warunków świadczenia emerytalnego), od których zależy początek świadczenia; zasadniczo do momentu śmierci uprawnionego (od tej reguły istnieją wyjątki)
Długookresowa stabilność rozwiązań prawnych gwarantujących istnienie i stały zakres uprawnień	Duża – zmiany ograniczone także zobowiązaniami na poziomie prawa międzynarodowego i prawa UE	Relatywnie mała – zmiany wynikają z bieżących potrzeb budżetowych a nawet z politycznego cyklu koniunkturalnego

Różnice pomiędzy uprawnieniami prawa autorskiego i uprawnieniami wynikającymi z regulacji określających działanie systemu zabezpieczenia społecznego są znaczne i niebagatelne dla uprawnionych. Przejawiają się one nie tylko w zakresie wspomnianego już nabycia uprawnień, ich realizacji, czasu trwania i długookresowej stabilności, lecz również w odniesieniu do determinant gospodarczych korzyści z eksploatacji owych uprawnień oraz – co bardzo ważne – z samej ich istoty. W tym ostatnim zakresie jedynie uprawnienia prawa autorskiego gwarantują zapewnienie trwałej łączności wykonywanego utworu z jego twórcą, co stanowi główny kod społeczny, za pomocą którego artyści anonsują swój szczególny status i poprzez który realizowana jest ważna funkcja prestiżowa ich zawodowego zajęcia. Także w ramach tego – moim zdaniem bardzo niedocenianego przez prawników niezajmujących się ekonomiczną analizą prawa - aspektu działalności artystycznej realizuje się także proces zwiększania pozycji rynkowej twórców, a więc i otwierania im szerszych możliwości zarobkowych w przyszłości.

3. Realizacja uprawnień prawa autorskiego w kontekście stosunku pracy

Poważna część wspomnianych niematerialnych (i materialnych) korzyści prawa autorskiego może być realizowana przez artystów-wykonawców w ramach umów o pracę. W takim przypadku zachowują oni możliwość realizacji wspomnianej funkcji statusowej i prestiżowej; wynagrodzenie za wszelkie ich działania w ramach stosunku pracy (tj. z punktu widzenia pracownika – stosunku, którego kluczową cechą jest to, że opiewa on na staranne działanie a nie rezultat) jest wypłacane niezależnie od wytworzenia w jego ramach utworów lub nie. Jednocześnie wszakże, w ramach tego stosunku zakłada się możliwość uzgodnienia przez jego strony, że pracownik może wytworzyć utwory w rozumieniu prawa autorskiego albo wręcz będzie je wytwarzał w ramach powierzonych mu obowiązków. Co istotne, w ramach umowy o pracę, prawa majątkowe do wytworzonych utworów przypadają automatycznie pracodawcy. W takim przypadku:

- (a) ze względu na to, że umowa o pracę jest umową starannego działania, należy przyjąć, że pracodawca:
 - poprzez wypłacanie wynagrodzenia niezależnie od tego, czy utwory (należytej jakości) zostały wytworzone, czy nie, ponosi gospodarcze ryzyko niewytworzenia utworów, ale – z uwagi na możliwość powierzenia innych obowiązków – może być ono zredukowane ze względu na jakieś korzyści z pracy pracownika powstające poza obszarem regulacji prawa autorskiego;
 - zasadniczym celem typowej (będącej zasadniczym zamysłem prawodawcy kodeksowego) umowy o pracę nie jest wytwarzanie przez pracowników utworów; jeżeli są one jednak tworzone, przejęcie przez pracodawcę praw majątkowych do nich stanowi rodzaj „premiu nadzwyczajnej” pracodawcy, który ponosi ryzyko bezowocności w tym zakresie starannych działań pracowników;
- (b) rozwiązanie dotyczące relacji pracowniczej w kontekście prawa autorskiego odzwierciedla możliwość bycia twórcą także w ramach zasadniczej relacji, w której – właśnie ze względu na niemożliwość dokładnego określania parametrów rezultatów pracy twórczej (inaczej jest w przypadku pracy nietwórczej) – utwory pojawiają się w ramach stosunku dalece nie sparametryzowanego w tym wymiarze;
- (c) pracodawca może jednak określić parametry mechanizmu zwiększającego prawdopodobieństwo wytworzenia przez pracowników praw autorskich (poprzez określenie organizacji pracy i wprowadzenie systemu koordynacji działań pracowników), a także koniecznych mechanizmów umożliwiających ustalenie finalnej postaci dzieła – poprzez określenie, w jaki sposób, gdzie lub kiedy pracownik bądź pracownicy będą prezentować wytworzony przez siebie utwór.

W odniesieniu do stosunku pracy instytucji kultury z artystami-wykonawcami (np. instrumentalistami, solistami, tancerzami, aktorami) wspomniana relacja jest nieco inna poprzez to, że inny jest gospodarczo-społeczny kontekst tego stosunku. W odniesieniu do artystycznych składników tych stosunków (tj. składników odnoszących się do twórczości):

- (a) po pierwsze, umowy o pracę zawierane są z artystami dysponującymi w pełni kwalifikacjami odpowiadającymi działalności zatrudniającej instytucji, a także jej zasadniczemu profilowi repertuarowemu;

- (b) po drugie, umowy o pracę wymagają udziału artystów-wykonawców w próbach oraz przedstawieniach – których konkretne terminy i wymiary czasowe są ustalane przez pracodawcę;
- (c) po trzecie, tak działania pracodawcy, jak i pracowników są nastawione na wytworzenie utworów w rozumieniu prawa autorskiego – a więc mamy tu do czynienia z najwyższym możliwym w stosunkach pracy poziomem prawdopodobieństwa wytworzenia takich utworów.

Tym elementem, który jednak odróżnia tak ukształtowany stosunek pracy od umów o dzieło jest to, że w przypadku umów o pracę, niepowstanie dzieła (także z przyczyn leżących po stronie pracownika) nie powoduje automatycznego wstrzymania wypłaty wynagrodzenia – a już na pewno przesłanką takiego wstrzymania nie może być niewytworzenie utworu czy nienadanie mu pożądanej jakości. Ryzyko gospodarcze w tym zakresie leży bowiem wyłącznie na pracodawcy, zaś pracownik może tu odpowiadać jedynie dyscyplinarnie wtedy, gdy swoim postępowaniem naruszy powszechnie obowiązujące przepisy prawa lub (bynajmniej nie artystyczne) zasady świadczenia pracy ustalone w umowie o pracę oraz w regulaminie pracy w instytucji kultury przyjętym przez pracodawcę.

Istotnym jednak wnioskiem płynącym z analizy wspomnianej relacji jest to, że:

- (a) stosunek prawny, nawet taki, który – jak to ma miejsce w przypadku umowy o pracę - jest ukształtowany jako stosunek oparty na logice starannego działania a nie rezultatu – może być kontekstem wytworzenia utworów w rozumieniu prawa autorskiego a tym samym i uprawnień wynikającym z tego wytworzenia;
- (b) w przypadku zatrudnienia pracowników na stanowiskach związanych z działalnością artystyczno-wykonawczą, pracodawca może organizować miejsce pracy i samą pracę tak, by zwiększyć prawdopodobieństwo wytworzenia utworów znacząco ponad poziom właściwy innym pracodawcom, np. w przemyśle – nie może jednak za niepowodzenia w tym zakresie (zarówno co do samego wytworzenia utworów, jak i osiągnięcia przez nie wystarczającego poziomu jakościowego) uczynić automatycznego tytułu do wyciągnięcia negatywnych konsekwencji wobec pracowników; jeżeli spełniają oni techniczne wymogi właściwe starannemu działaniu, ryzyko w tym zakresie będzie leżeć jedynie po stronie pracodawcy;
- (c) przepisy prawa autorskiego na styku z prawem pracy, zakładają umówienie się – w ramach umowy o pracę – na automatyczne przejmowanie przez pracodawcę praw majątkowych do utworów powstałych na jej podstawie, ale jedynie gdy w ogóle one powstaną i będą nadawały się do gospodarczej eksploatacji przez pracodawcę; od pracodawcy wcale nie wymaga się, by w umowie o pracę określał jakieś konkretne parametry jakościowe tworzonych przez pracowników utworów;
- (d) wszelkie prawa (tj. prawa osobiste i majątkowe) powstałe w wyniku starań pracowniczych w ramach stosunku pracy nie zależą od żadnych formalności; jedynie pracodawca – aby automatycznie przejąć prawa majątkowe – musi dopełnić procedury „przyjęcia utworu”, tj. co najmniej skwitować (poświadczyć pracownikowi), że utwór został przez niego wytworzony i, że w określonym dniu owe prawa majątkowe zostały przejęte;
- (e) przejęcie przez pracodawcę praw osobistych od pracownika nie jest nigdy możliwe; co więcej w przypadku nieprzystąpienia przez pracodawcę do rozpowszechniania utworu, pracownik ma roszczenie o zwrot przejętych przez pracodawcę praw majątkowych – zasadniczo dlatego, że w rozpowszechnieniu utworu tkwi jednej z najważniejszych interesów twórczych, tj. interes w postaniu konotacji utworu z jego autorem oraz interes w

rozpropagowaniu wiedzy o tym, że autor w ogóle istnieje i był zdolny do stworzenia dzieła (a zatem najpewniej jest zdolny do tworzenia dzieł podobnego rodzaju).

Umowy o pracę (jako umowy *par excellence* starannego działania) bez klauzul dotyczących obowiązku co najmniej starania się przez pracownika o wytwarzanie utworów prawa autorskiego, nie mogą prowadzić do automatycznego przejścia przez pracodawcę utworów wytworzonych przez pracownika (co jest negatywnym aspektem prawnym stosunku pracy w tym zakresie). Nawet gdyby utwory takie były w czasie pracy wytworzone, należałoby je traktować jako takie, które powstały poza stosunkiem pracy, być może nawet w warunkach naruszenia przez pracownika zasady podległości pracowniczej i dysponowania czasem pracy przez pracodawcę. Gdyby pracodawca chciał nabyć utwór powstały w tych warunkach musiałby zawrzeć z pracownikiem osobną umowę o przeniesienie praw majątkowych do niego w stosownym zakresie.

Niezorganizowanie bądź nieprawidłowe zorganizowanie przez pracodawcę pracy uniemożliwiającej lub utrudniającej osiągnięcie przez pracowników efektu w postaci wytworzenia utworu spowoduje zaś niemożliwość osiągnięcia takiego celu, nawet gdyby w umowach o pracę zaznaczono obowiązek tworzenia utworów prawa autorskiego przez pracowników (co jest negatywnym faktycznym aspektem stosunku pracy w tym zakresie). Zaistnienie owego negatywnego faktycznego aspektu skutkujące niemożliwością wytworzenia utworu nie może być okolicznością usprawiedliwiającą jakiegokolwiek negatywne konsekwencje wobec pracownika; może natomiast być tytułem do roszczeń pracownika z tytułu niestwarzania mu przez pracodawcę możliwości rozwoju zawodowego (w tym artystycznego).

Implikacją przedstawionej analizy jest to, że także w ramach stosunku pracy, w ramach ogólnych parametrów zobowiązań umownych właściwych dla tego stosunku, pracownicy mogą być twórcami utworów, w tym utworów powstających w ramach artystycznych wykonań.

Należy podkreślić, że w ramach tego stosunku, organy kontrolne nie wymagają umawiania się pracodawcy z pracownikiem na dokładnie sparametryzowane *ex ante* dzieła. Jest to działanie prawidłowe, ponieważ – w ramach stosunku pracy - owe dzieła mogą być traktowane jako takie, które – w konkretnym, dającym się parametryzować wymiarze - pojawiają się jako niekonieczny efekt realizacji zobowiązań umownych stron. Innymi słowy, ich zaistnienie jest poniekąd „wtórnie” stwierdzane przez pracownika (który przedstawia dzieło pracodawcy) i pracodawcę (który dokonuje przyjęcia dzieła i potem jest zobowiązany do przystąpienia do jego rozpowszechnienia).

4. Stan regulacji prawnej dotyczącej artystycznych wykonań poza stosunkiem pracy

4.1. Perspektywa stricte interpretacyjna

W kontekście przedmiotu tej umowy, UstSUS i UstPA są ze sobą powiązane w tym rozumieniu, że przepisy UstPA w niektórych przypadkach determinują określony sposób zastosowania przepisów UstSUS. W odniesieniu do umów zawieranych przez instytucje kultury z artystami-wykonawcami taki jest bowiem faktyczny efekt zastosowania tekstów interpretacyjnych wymaganych by odróżnić umowy o dzieło (tj. w kontekście wykonań artystycznych, umów opiewających na wykonanie utworów muzycznych, słownych, słowno-muzycznych, bądź tanecznych lub pantomimicznych) od umów o świadczenie usług tego rodzaju, że uzasadnione jest zastosowanie do nich przepisów Kodeksu cywilnego mających zastosowanie do umów zlecenia. Należy podkreślić, że bardzo istotną kwestią wykładni UstSUS i UstPA w takim układzie jest identyfikacja przepisów, które muszą być interpretowane autonomicznie od tych, które wręcz nie mogą być tak interpretowane, ponieważ należy się w ich interpretacji odwołać do przepisów innych ustaw, w szczególności – w odniesieniu do UstSUS - właśnie do przepisów UstPA.

Dodatkowo, należy również pamiętać, że traktowanie poszczególnych regulacji prawnych jako bytów zasadniczo autonomicznych i konieczność określenia dopuszczalnych (czy wręcz koniecznych) relacji pomiędzy nimi odnosi się także do relacji prawa krajowego i prawa Unii Europejskiej. Kwestia ta dotyczy w szczególności interpretacji unijnych regulacji prawa autorskiego.

Zasady te powinny być stosowane tak dalece, jak wspomniane pojęcia:

- (a) mają własne znaczenia, ustabilizowane w kontekście regulacji, w której występują;
- (b) są użyte w danej regulacji jedynie w taki sposób, że odsyła ona *expressis verbis* do ich znaczenia określanego w kontekście innej regulacji, w której to owe pojęcia są też użyte,
- (c) nie mogą w danej regulacji być inaczej interpretowane jak tylko w kontekście innej regulacji – choćby nawet ta dana regulacja wyraźnie (*expressis verbis*) do owej innej regulacji nie odsyłała.

W regulacji dotyczących system zabezpieczenia społecznego, w tym w szczególności w UstSUS, mamy do czynienia z tym ostatnim przykładem. W odniesieniu do praw autorskich (w tym – co oczywiste – autorskich praw wykonawczych) przepisy w niej zawarte – same w sobie – nie mogą być podstawą ich zrekonstruowania w danym zakresie stosowania i normowania. Jednocześnie jednak, regulacja ZUS (w tym UstSUS) nakazuje jednoznacznie zakwalifikować daną umowę albo jako umowę o dzieło, albo jako taką która jest jakąś inną umową. W odniesieniu do praw artystów-wykonawców, z uwagi na szczególny charakter ich zajęcia i w ogóle kwalifikacji, które mają zasadniczą wartość dla instytucji kultury - alternatywa ta jest węższa. Dotyczy ona kwalifikacji uzgodnionych z instytucjami kultury działań takich artystów-wykonawców albo jako utworów (tj. swoistych dzieł prawa autorskiego), działań dokonywanych w ramach praw pokrewnych, albo zwykłych usług, w odniesieniu do których stosowany jest reżim Kodeksu cywilnego właściwy umowom zlecenia.

To, że w praktyce sądowej i kontrolnej w zasadzie pomija się kwestię praw pokrewnych potwierdza analiza orzecznictwa sądów polskich, które umowy o dzieło (w tym o artystyczne wykonanie) kontrastuje się z umową o świadczenie usług. Należy jednak koniecznie zwrócić uwagę i na to, że sądy te zauważają również, że umowy mogą mieć charakter mieszany – tak np. kwestię ujął w swoim wyroku z 10 stycznia 2017 r. (sygn. III UK 53/16) Sąd Najwyższy. Oczywistą implikacją takiego podejścia jest albo nieobjęcie, albo objęcie wykonawcy danej umowy ubezpieczeniem społecznym z tytułu wykonania przez niego działań uzgodnionych w danej umowie – w zależności od oceny, którego składnika było więcej.

Drugą ważną kwestią interpretacyjną jest ta dotycząca konieczności zapewnienia zupełności wykładni, którą można sprowadzić do zakazu wykładni *per non est* – tj. takiej, w której określone przepisy prawne (a zatem i normy systemu prawnego), które nie pasują do przyjętej koncepcji interpretacyjnej – są po prostu pomijane. Innymi słowy, w interpretacji wymaga się uwzględnienia wszystkich elementów danego przepisu i składników danej regulacji.⁴

Zasada autonomicznej interpretacji umów przez sądy oraz inne organy państwa znajduje wyraz także w orzecznictwie sądów, w tym Sądu Najwyższego. Ten ostatni – także w sprawach, w których ma dokonać oceny przesłanek kwalifikacji zawartych przez strony umów jako umów o dzieło prawa autorskiego albo jako umów o świadczenie usług – słusznie wskazuje, że strony nie mogą, poprzez samo nazwanie przez siebie przedmiotu umowy w określony sposób, determinować faktycznego charakteru zawartej umowy.⁵ Wyznacza to właśnie zakres wspomnianej autonomicznej interpretacji, w której organy administracji lub sądy po prostu nie są związane samą nazwą umów czy nawet użytą w nich przez strony nomenklaturą właściwą dla jakiegoś rodzaju umowy. Muszą natomiast wgłębić się w istotę zawartych w nich postanowień a nawet przyrzeć się faktycznemu sposobowi ich wykonywania, a nawet szerzej, zachowaniu stron po zawarciu umowy.⁶ Celem tego działania powinno być ustalenie znaczenia wedle obiektywnego wzorca wykładni, czyli takiego, który wskazuje, jak strony powinny rozumieć treść ustalonych przez siebie zobowiązań⁷ zważywszy na ich rzeczywistą (a nie jedynie zadeklarowaną w umowie) wolę – tj. taką, którą każdy uczestnik obrotu znajdujący się w podobnej sytuacji, zrozumiałby w określony sposób.⁸

W orzecznictwie sformułowano wiele zasad takiej wykładni umów, która tu określono mianem autonomicznej (w stosunku do tego, co wyraziły strony). Najistotniejsze dla wykładni umów, o których można w ogóle mówić w tej opinii i które jeszcze nie zostały w niej uwzględnione są następujące:

⁴ Zob. np. uchwałę Trybunału Konstytucyjnego z 14 czerwca 1995 r. W 19/94, OTK 1995, nr 1, s. 23. W doktrynie zob. np. Lech Morawski, *Zasady wykładni prawa*, TNOiK, Toruń 2010, s. 122-123.

⁵ Zob. zwłaszcza wyrok z 28 marca 2000 r. sygn.. II UKN 386/99, OSNAPiUS 2001, nr 16, poz. 522.

⁶ Zob. wyrok SA w Lublinie z 8 września 2015 r., sygn. I ACa 208/15; wyrok SA w Gdańsku z 16 października 2013 r. sygn. I ACa 468/131 wyrok SA w Katowicach z 22 listopada 2013 r. sygn. V ACa 481/13.

⁷ Zob. wyrok SA w Warszawie z 28 października 2013 r. sygn. VI ACa 911/13.

⁸ Zob. wyrok SA w Katowicach z 22 stycznia 2013 r. sygn. V ACa 481/13.

- (a) wykładnia powinna obejmować etap analizy, czy postanowienia umowy dają się ustalić w oparciu o rzeczywiste znaczenie nadawane im przez obie strony, a gdy można założyć, że tak nie jest lub być nie musi, należy odwołać się do metody obiektywnej, w której rekonstruuje się, jak faktycznie strony rozumiały składane przez drugą stronę oświadczenia woli i jak je powinny były rozumieć, gdyby działały z należytą starannością;⁹
- (b) dla ustalenia, jak strony rzeczywiście pojmowały swoje oświadczenia woli należy brać cały kontekst sytuacyjny jej zawarcia (w tym np. treść negocjacji), zachowanie się stron, sposób wykonania zobowiązania,¹⁰ a także to, czy umowa odnosi się do zawodowego charakteru działalności stron;¹¹
- (c) należy przyjąć, że cel umowy jest określony przez funkcję, jaką strony określają dla danej czynności w ramach zawitego przez nie stosunku prawnego; owa funkcja określa intencję stron co do skutków umowy;
- (d) cel umowy (identyfikowany przez funkcję, jaką strony przypisują danej czynności) nie musi być wyartykułowany w treści umowy, a może być ustalony w oparciu o analizę okoliczności towarzyszących czynności prawnej.¹²

Wykładania postanowień umów z zastosowaniem wzorca art. 65 §2 k. c. wymaga więc analizy kontekstu, w którym umowa się zawiała i jest wykonywana, a także traktowania jej holistycznie, tj. jako całość o określonej funkcji gospodarczo-społecznej, w której społeczne rola stron uwzględniona w umowie, a także zamierzone faktyczne funkcjonowanie jej postanowień (traktowanych jako całość) określa „niepewne” znaczenie (sens) oświadczeń woli, które ta umowa odzwierciedla.

Należy podkreślić, że przytoczone reguły wykładni powinny być stosowane obiektywnie, tj. nie tylko po to, by dyskwalifikować jedynie pewne typy umów jako nieprawidłowo odzwierciedlające wolę stron a pomijać te dyrektywy wtedy, gdy mogłyby one rozsądnie służyć wzmocnieniu argumentacji przeciwnej. Stąd np. za sprzeniewierzenie się tym zasadom należy w szczególności uznać pomijanie przez organy kontrolne samego faktu, że instytucja kultury zawiera umowę z artystą w kontekście planowanego przez nią przedsięwzięcia artystycznego i - w konsekwencji – wymaganie, by wszelkie parametry twórcze były w umowie wyraźnie zapisane. Jest to przejaw skrajnego formalizmu, który nie ma uzasadnienia w orzecznictwie dotyczącym tej kwestii.

4. 2. Perspektywa cywilnoprawna

Jak już wspomniano, wynagrodzenia z tytułu umów o dzieło i umów o świadczenie usług, do których mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego właściwe dla umowy

⁹ Wyrok SA w Warszawie z 29 listopada 2013 r., sygn. I ACa 891/13.

¹⁰ Wyrok SA w Gdańsku z 16 października 2013 r. sygn. I ACa 468/13; wyrok SA w Warszawie z 22 października 2013 r. sygn. VI ACa 32/13.

¹¹ Zob. wyrok SA w Białymstoku z 27 marca 2015 r., sygn. I ACa 885/14.

¹² Zob. wyrok SA w Gdańsku z 16 października 2013 r. sygn. I ACa 468/13.

zlecenia są różnie traktowane z punktu widzenia powstania z ich tytułu obowiązku ubezpieczenia emerytalnego i rentowego. Zgodnie z przepisem art. 6 ust. 1 pkt 4 UstSUS:

„1. Obowiązkowo ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowym podlegają, z zastrzeżeniem art. 8 i 9, osoby fizyczne, które na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej są:

(...)

- 1) osobami wykonującymi pracę na podstawie umowy agencyjnej lub umowy zlecenia albo innej umowy o świadczenie usług, do której zgodnie z Kodeksem cywilnym stosuje się przepisy dotyczące zlecenia, zwanymi dalej „zleceniobiorcami”, oraz osobami z nimi współpracującymi (...).”

Wynagrodzenia uzyskane z tytułu świadczenia usług podlegają zatem obowiązkowi ubezpieczenia emerytalnego i rentowego. Taka zasada wynika z przepisów *ius cogens* UstSUS.

W odróżnieniu od tej właśnie zasady, wynagrodzenia uzyskane w ramach prawidłowo zawartej umowy o dzieło nie podlegają ubezpieczeniom społecznym. Przesądza o tym brak w określającym podmiotowy zakres zastosowania obowiązku ubezpieczenia emerytalnego i rentowego art. 6 UstSUS.

Interpretacja wspomnianego przepisu Ust SUS oraz wszelkich innych relewantnych przepisów dotyczących zabezpieczenia społecznego, musi odwoływać się do cywilnoprawnego pojęcia „dzieła”. Takie jest rezultatem umów, których przedmiot jest uregulowany w art. 627 k. c., odnoszącym się właśnie do umowy o dzieło. Konstrukcję tę organy ZUS (i – co warto również zauważyć – organy podatkowe) najczęściej konfrontują z działaniami dokonywanymi w ramach umów o świadczenie usług (o których mowa w art. 750 k. c.). W odniesieniu do takich umów, na podstawie właśnie art. 750 k. c., mają być odpowiednio stosowane przepisy o zleceniu (tj. te zawarte w art. 734-749 k. c.).

Należy zauważyć, że – jak to już podkreślono i zanalizowano w poprzedniej części opinii - sama nazwa umowy (nadana przez jej strony) ani nawet ogólnie rozumiana intencja stron (zwłaszcza tak, jak ją one przedstawiają *ex post*) nie przesądzają o tym, czy dana umowa jest istotnie umową o dzieło, czy umową o świadczenie usług (do której stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące umowy zlecenia). Decyduje w tej mierze faktyczne uzgodnienie istniejące pomiędzy stronami (zgodny zamiar), które musi znaleźć odzwierciedlenie w odpowiadającym strukturze danej umowy modelu jej wykonania przyjętym i zrealizowanym przez jej strony ze względu na określony przez nie jej cel. Zasadę tę oddaje przepis art. 65§2 k. c., który przewiduje, że:

„[w] umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu”.

Implikuje to całkiem częste powstawanie takich sytuacji, w których strony umowy nie zdołały ujawnić swojej intencji w sposób, w którym zgodny zamiar i cel umowy wskazywałby jednoznacznie na to, że jej przedmiotem jest dzieło i w dodatku takie, które jest utworem prawa autorskiego. Jednocześnie powoduje jednak powstawanie wątpliwości po stronie organów kontrolnych (zwłaszcza tych działających w zakresie systemu zabezpieczenia społecznego oraz organów podatkowych) także w sytuacjach, w których ów zamiar i cel wskazują jednak na zawarcie umowy o dzieło.

Warto zwrócić uwagę, że w swoim orzecznictwie SN odnoszącym się już konkretnie do kwestii odróżnienia umów o dzieło (prawa autorskiego) od umów, do których stosuje się przepisy o zleceniu podkreślił, że może to implikować także sytuacje, w których utwory prawa autorskiego powstawałyby nie tylko w ramach umowy o dzieło, ale także w ramach umów o pracę (co jest oczywiste – także ze względu na istnienie w samym prawie autorskim instytucji pracowniczych praw autorskich), jak również – co nadzwyczaj zaskakujące - w ramach umów o świadczenie usług.¹³ Najpewniej jednak w tej ostatniej konstatacji chodzi o rzadko uwzględnianą w polskiej praktyce możliwość pojawienia się utworów prawa autorskiego w kontekście umów o świadczenie usług – które wtedy muszą i tak być interpretowane z zastosowaniem wzorca art. 65 §2 k. c. właśnie jako *de facto* umowy o dzieło.

Podstawową różnicą pomiędzy umową o dzieło a umową o świadczenie usług, do której stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego o zleceniu (którą nawet SN niesłusznie nazywa niekiedy „umową zlecenia”) jest to, że umowa o dzieło jest umową konkretnego rezultatu, zaś „umowa zlecenia” jedynie starannego działania. Implikuje to, że warunkiem prawidłowego wykonania tej pierwszej umowy musi być pojawienie się – w wyniku działań jednego z kontrahentów (zobowiązanego z tytułu umowy), ale przy wymaganym koniecznym udziale zamawiającego) konkretnego dzieła. Taki warunek nie dotyczy umów o świadczenie usług, do których stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego o zleceniu.

Należy przy tym zauważyć, że szczególnie w zbiegu z przepisami UstPA, predykaty umowy o dzieło określone w Kodeksie cywilnym są uściśnione, gdyż dotyczą jedynie takich dzieł, które zarazem są utworami w rozumieniu UstPA. W Art. 1 UstPA prawodawca celowo wymaga, by utwór (tj. szczególnego rodzaju dzieło) miał ustaloną (a nie „utrwaloną”) postać. Utrwalenie utworu oznacza – zgodnie z regułami językowymi – „nadanie trwałej, niezmiennej postaci”, w tym także zarejestrowanie znaków (w ujęciu semiotyki) takich jak dźwięki, obrazy na taśmach, płytach, w pamięci komputera itp. nośnikach, w celu ich późniejszego odtworzenia.¹⁴ „Ustalenie postaci” oznacza zaś, w szczególności, nadanie czemuś jakiejś formy, zadecydowanie o sposobie jego uzewnętrznienia, w szczególności o przebiegu jakichś działań lub zjawisk, nad którymi ma się kontrolę.¹⁵ W ujęciu zaprezentowanym w wyroku SN z 25 kwietnia 1973 r. (sygn. I CR 91/73), ustalenie to zatem „osiągnięcie przez utwór jakiegokolwiek postaci, chociażby nietrwałej, jednakże na tyle stabilnej, żeby cechy i treść utworu wywierały efekt artystyczny”.¹⁶ W orzecznictwie podkreśla się także, by ten sposób komunikowania dzieła powalał na jego wyrażenie w jakiegokolwiek postaci – byleby tylko była na tyle określona, żeby „umożliwiała jego percepcję przez inne osoby niż [sam] twórca”.¹⁷

W praktyce, w ujęciu poniekąd statystycznym, możemy mieć zatem do czynienia z dziełami, których ustalona przez twórcę postać została utrwalona, jak i takimi, które nie zostały

¹³ Postanowienie SN z 22 marca 2018, sygn. II UK 262/17. Sąd Najwyższy nie określił jednak implikacji tej konstatacji w zakresie obowiązków z zakresu prawa zabezpieczenia społecznego i prawa podatkowego.

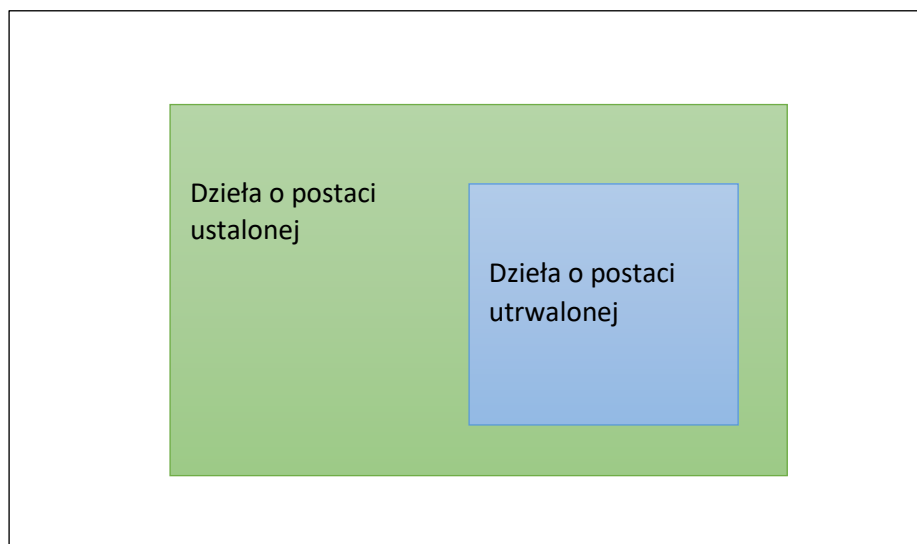
¹⁴ Zob. podobnie np. *Słownik języka polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/slovniki/utrwalenie.html> (dostęp 3 marca 2021 r.)

¹⁵ Dla porównania zob. *ibidem*, (dostęp 3 marca 2021 r.).

¹⁶ OSNCP 1974, nr 3, poz. 50.

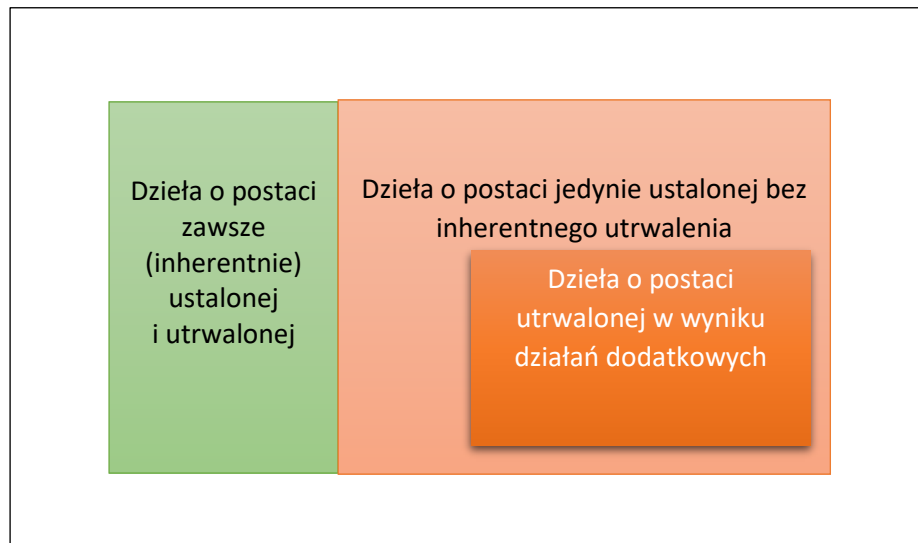
¹⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 28 sierpnia 2009 r., sygn. I ACa 309/09.

utrwalone. W każdym przypadku ustalenie postaci dzieła jest pojęciem prakseologicznie pierwotnym w stosunku do jego utrwalenia, co oznacza, że każde dzieło musi – *ex definitione* – mieć ustaloną postać, ale to, czy jest ono utrwalane jest już kwestią albo danego gatunku twórczości, albo wynika z konkretnej w tej sprawie decyzji jego twórcy albo innej osoby dysponującej efektem pracy twórczej. Stąd relacja logiczna tych dwóch sytuacji jest relacją predykatu szerszego („ustalenie postaci”) i zawierającego się w nim predykatu o węższym zakresie znaczeniowym („utrwalenie”).



Rysunek 1: Relacja logiczna (prakseologiczna) predykatów „ustalenia postaci” i „utrwalenia” – w odniesieniu do dzieł prawa autorskiego

Wspomniane utrwalenie wynikające z praw danego gatunku twórczości i je technicznie odzwierciedlającego wynika stąd, że niektóre dzieła (np. scenografia teatralna, dzieła malarskie albo rzeźbiarskie) po prostu nie mogą zaistnieć bez ich utrwalenia; inne jednak (np. zaśpiewanie piosenki, występ pantomimiczny, wykonanie układu choreograficznego, odegranie roli teatralnej) – jako prawa wykonawcze - mają pierwotnie zawsze postać ustaloną i nieutrwaloną, chociaż mogą również być utrwalone w zapisie wizualnym, dźwiękowym albo audiowizualnym – zależnie znów od gatunku twórczości oraz przyjętej przez twórcę ustalenia postaci jego dzieła.



Rysunek 2: Możliwe relacje logiczne w ramach zbioru utworów o ustalonej postaci

Oznacza to, że wszystkie dzieła prawa autorskiego tworzą jeden zbiór utworów o ustalonej postaci (bo jest to konieczna ich cecha), ale w tym zbiorze istnieją dwa rozłączne podzbiory:

- (a) utworów o postaci mających zawsze (inherentnie) postać utrwaloną;
- (b) utworów o postaci nigdy nie mających postaci utrwalonej inherentnie, a jedynie taka, która można utrwalić za pomocą istniejących technik i technologii utrwalania obrazu lub dźwięku (lub szerzej – użytych znaków); w ujęciu praktycznym, utwory te dzielą się na:
 - takie, które pozostały nieutrwalone;
 - takie, które zostały utrwalone za pomocą jakiejś techniki lub technologii temu służącej.

Utwór to szczególne dzieło. Jego akceptowalność w obrocie, a nawet zdolność bytu w obrocie zależy od jego ustalenia w określonym, akceptowanym społecznie, kształcie. Stąd utwór może mieć postać niedokończoną albo nawet posiadać usterki – co może wpływać na jego wartość, ale nie decyduje o tym, że nie jest to dzieło. W odniesieniu do utworów powstających w ramach artystycznych wykonania (nieuosobionych w dziele), utwory nie przestają być dziełami wtedy, gdy mają postać niedokończoną. Kwestią, która musi być oceniana z przypadku na przypadek jest natomiast to, jakich rozmiarów działanie artysty-wykonawcy musi być, by dzieło w ogóle powstało.

Tabela 2: Utrwalenie dzieła a ustalenie postaci utworu

Kryterium	Utrwalenie dzieła	Ustalenie postaci utworu
Istota pojęcia	Pojęcie ogólne odnoszące się do każdego dzieła	Pojęcie szczególne UstPA, odnoszące się jedynie do utworów
Znaczenie	Nadanie dziełu właściwości trwałości, tj. posiadania jakoś zakrzepłej fizykalnie postaci	Nadanie dziełu jakiegokolwiek postaci mieszczącej się w prawie gatunku; brak wymagania fizykalności/zakrzepłej fizykalnie postaci
Wymaganie finalności	Utrwalenie (rozumiane jako działanie sprawcze) zawsze jest finalne (bo powstaje postać trwała) – choćby dzieło było „nie dokończone”	Ustalenie postaci oznacza użycie zrozumiałego dla odbiorców kodu znaków albo przyjęcie określonego (wykonawczego) sposobu ich odczytania - które odbiorcy są w stanie odebrać – stosownie do praw gatunku;
Kryterium jakościowe (cywilnoprawne) oceny niekompletności dzieła/utworu	Niedokończenie dzieła (niebędącego utworem) lub nienadanie mu postaci dokładnie ustalonej przez strony nakazuje kwalifikować umowę o dzieło jako niewykonaną/nieprawidłowo wykonaną	Strony mają znaczną swobodę w ustaleniu kompletności utworu – skoro utworem mogą być dzieła niedokończone, i one mogą być przyjęte jako akceptowalne w ramach łączącego strony stosunku umownego
Postać	Zawsze oddzielająca się od naturalnej struktury dzieła poprzez wykorzystanie zapisu na jakimś nośniku	W zasadniczej postaci tożsama z naturalną strukturą dzieła

Należy podkreślić, że utrwalenie, o którym tu mowa nie polega na – oczekiwanym niekiedy przez organy kontrolne – przedstawieniu określonych przez nie dokumentów świadczących o przygotowaniu lub wykonaniu utworów, takich jak np. autorskie sprawozdania, koncepcje, dokumenty przyjęcia utworów. Te bowiem dokumenty często jedynie pośrednio wskazują na treść umów albo także na fakt i ewentualnie sposób ich wykonania. Jednak niekoniecznie są w ogóle elementem utworu. Wręcz przeciwnie, najczęściej nim po prostu nie

są. Są natomiast ważnymi (choć niedecydującymi) dowodami na to, że nieutrwalone dzieło zostało kiedykolwiek wykonane.

Utworki wykonawcze nieutrwalone żadną metodą mają postać niematerialną w tym sensie, że trwają w określonej przestrzeni i czasie, ale potem ich „nie ma” – pozostawiają jedynie określone wrażenie samemu wykonawcy i jego publice oraz określoną ich pamięć o występie. W doktrynie od dawna przyjmuje się możliwość samoistności tak właśnie ujmowanych rezultatów dzieł niematerialnych.¹⁸ Stąd oczywisty jest wniosek, że wytworzenie utworów (dzieł) niematerialnych może być przedmiotem umowy o dzieło.

Warto zwrócić uwagę, że umowy zawierane przez filharmonie z muzykami albo przez teatry z aktorami i tancerzami (których można określić w tym kontekście ogólnym mianem artystów-wykonawców) są tym rodzajem umów, które nieodmiennie wymagają osobistego świadczenia; nawet gdyby tak nie zapisano wyraźnie w umowie, to ze względu na właściwości samego świadczenia, filharmonie albo teatry mogłyby żądać osobistego świadczenia właśnie ze względu na jego właściwość, w którym nie jest przecież obojętne, kto konkretnie wykonuje określoną partię zapisaną w partyturze. O obowiązku osobistego świadczenia przesądza treść art. 356 §1 k. c., który brzmi następująco:

„Wierzyciel może żądać osobistego świadczenia dłużnika tylko wtedy, gdy wynika to z treści czynności prawnej (...) albo z właściwości świadczenia.”

W kontekście tego przepisu pojawia się istotne zagadnienie relacji pomiędzy określeniem „właściwości świadczenia” (K.c.) a „prawem gatunku” (o którym to pojęciu jest mowa w art. 29 UstPA) i które jest szerzej stosowane w doktrynie prawa autorskiego). To pierwsze określenie (tj. „właściwość świadczenia” oznacza taką jego cechę lub zespół cech, które czynią osobiste wykonanie świadczenia tak istotnym w stosunku prawnym, że wykonanie przez kogokolwiek innego nie pozwala na osiągnięcie tej cechy lub zespołu cech. W doktrynie wskazuje się w szczególności, że chodzi tu o taką sytuację, w której:

„...świadczenie spełnione przez inną osobę niż dłużnik nie będzie miało tych cech, które miałyby świadczenie spełnione przez dłużnika. Dotyczy to przede wszystkim świadczeń polegających na wykonaniu utworu artystycznego czy naukowego...”¹⁹

W takim ujęciu „właściwość świadczenia” stanowiąca o jakiś konstytutywnych i unikatowo wskazanych jego przymiotach (które mogą być zrealizowane w jakiejś konkretnej, obejmowanej wolą stron umowy, postaci tylko przez zobowiązanego do świadczenia²⁰) jest

¹⁸ Zob. np. Roman Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, Księgarnia Wyd. Gubrynowicz i Syn, Lwów 1939, s. 543-544.

¹⁹ P. Machnikowski, komentarz do art. 356 K. c. w: E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C. H. Beck, Warszawa 2006, s. 514.

²⁰ Na takie rozumienie pojęcia wskazuje także treść art. 391 K. c., odnosząca się do niemożliwości spełnienia przyrzeczenia publicznego w drodze substytucji świadczenia przyrzczonego na naprawienie szkody wywołanej odstąpieniem od tego świadczenia wtedy, gdy właściwość przyrzczonego świadczenia na to nie pozwala, tj. ma taką postać, że nie da się dokonać owej substytucji tak, by miało to znaczenie dla stron, zwłaszcza zaś dla wierzyciela.

pojęciem stanowiącym część składową „właściwości stosunku prawnego” pomiędzy tymi stronami (tj. okoliczności, o których mowa w art. 353¹ K. c.) i – w ściślejszych nawet ramach logicznych – część składową pojęcia „właściwość zobowiązania” (o której mowa np. w art. 455 K. c. czy art. 509 K. c.). W takich ujęciach, „właściwość świadczenia” jest tą jego cechą prakseologiczną (tj. odnoszącą się do gospodarczego celu i treści) „właściwości zobowiązania”, która umożliwia realizację „właściwości stosunku prawnego” jako takiego – w tej postaci, którą strony zakładają w umowie odnosząc ją do jakiegokolwiek normatywnego, legitymowanego wzorca.²¹

Pojęcie „prawo gatunku” odnosi się do inherentnie istniejącej takiej właściwości świadczenia, która jest przypisana określonej typowi dzieł, grupowanych tak, że uznaje się je za przynależne określonej typowi twórczości prawa autorskiego. W ramach tego rozumienia, „gatunek” oznacza określoną wystarczająco ogólnie formę utworu (i tylko utworu, a więc nie każdego dzieła!). W odniesieniu do tej kwestii nawet nauka nie ma jednolitego stanowiska. Cechą wspólną wszystkich różniących się od siebie stanowisk jest jednak to, że rzeczy/zjawiska należące do jednego gatunku muszą mieć istotne (esencjonalne, swoiste) cechy wspólne, które nie pozwalają zaliczyć ich do innych gatunków rzeczy²²; że gatunek jest kategorią węższą niż rodzaj a szerszą niż np. odmiany gatunkowe. Istotną kwestią w tym zakresie jest także to, że rodzaje działalności artystycznej są w miarę stałe, zaś niższe struktury podziału stale się rozwijają. Wykonawcze realizacje dzieł takich jak koncert muzyczny, przedstawienie taneczne, sztuka teatralna można uznać za właśnie przykłady gatunków dzieł sztuki, do których one przynależą. Odmianą gatunkową byłyby zaś np. wykonanie koncertu kameralnego, sztuki baletowej, sztuki teatralnej. Z kolei wszystkie te gatunki i odmiany gatunkowe mieściłyby się odpowiednio w rodzaju muzyki poważnej, baletu oraz dramatu. Zawierając zatem umowę na wykonanie określonego dzieła przyjmuje się zazwyczaj implicytywnie, że wykonanie będzie się mieściło w prawidłach danego gatunku, a tym bardziej rodzaju (przy czym w tym drugim przypadku odejście od prawideł rodzaju niweczyłoby zasadniczą postać dzieła, bo przecież „balet nie może być śpiewany”). Odejście od gatunku a tym bardziej odmiany gatunkowej jest możliwe, ale musiałyby być to wyraźnie przewidziane w umowie z wykonawcą (możliwe jest bowiem modyfikowanie gatunków²³, pozorne odtwarzanie konwencji gatunkowej w ramach innego gatunku²⁴, tworzenie nowych gatunków²⁵, a także ich łączenie²⁶).

²¹ Zob. przegląd doktryny w: P. Machnikowski, *Kształtowanie stosunku zobowiązaniowego jako przedmiot kompetencji stron*, w: E. Łętowska (red.), *Prawo zobowiązań – część ogólna*, (System Prawa Prywatnego, t. 5), C. H. Beck, Warszawa 2006, s. 501-508.

²² Zob. zwłaszcza Arystoteles, *O częściach zwierząt*, w *eadem*, *Dzieła wszystkie*, t. 3, PWN, Warszawa 1992, s. 642-644.

²³ Np. zaśpiewanie (bez słów tworzących zrozumiały tekst) utworu pierwotnie instrumentalnego.

²⁴ Np. poprzez stworzenie pastiszu na kanwie utworu o pierwotnie poważnej treści.

²⁵ W stosunku do istniejącego zasobu gatunków muzyki, muzyka elektroniczna była swego czasu taką nowością.

²⁶ Takie połączenia mogą same zostać z czasem uznane za odrębny gatunek, zob. np. „śpiewogry” (w tym religijne intermedia), które z czasem przyjęły formy gatunkowe opery, operetki, music-hallu itp.

„Prawo gatunku” to więc określony predykat (właściwość) świadczenia, której strony umawiające się na wykonanie określonego utworu zasadniczo nie chcą (albo nie mogą) w ogóle wybierać lub kształtować, lecz który musi w umowie istnieć (lub być po prostu implikowany jako „rzecz dana”) by w ogóle można było mówić o wykonaniu dzieła (i o możliwości jego wykonania). Fundamentalnym „prawem gatunku” jest np. to, że – w uproszczeniu - śpiewak lub aktor operuje na scenie głosem (za pomocą, którego odtwarza określony tekst muzyczny bądź słowno-muzyczny), tancerz własnym ciałem (odtworząc zapis choreograficzny), artysta-instrumentalista używa w występie określonych instrumentów w oparciu o zapis umowy; jeżeli umowa opiewa na „tworzenie nowych wykonań na żywo” (przykładem mogą być wszelkiego rodzaju improwizacje, w tym tzw. „jazzowy *jam session*”, w którym twórcy tworzą dzieło „na poczekaniu”, a więc zasadniczo nie posługują się żadnym konkretnym zapisem znakowym tego, co grają) – to i ta forma jest rządzona właśnie „prawem gatunku”. Implikuje to, że gdyby wymagano od np. właśnie muzyków jazzowych odtworzenia *jam session* z określonych nut, naruszono by prawo gatunku, a w konsekwencji cała umowa byłaby wadliwa, bo zaprzeczałaby właściwości świadczenia, a przez to samego zobowiązania, a w dalszej perspektywie byłaby sprzeczna z właściwością stosunku prawnego, którą zobowiązani mieliby prawo ukształtować w oparciu o ich rozumienie ustabilizowanej społecznej koncepcji tego, co to jest *jam session*).

Tak rozumiane „prawo gatunku” odróżnia dzieło prawa autorskiego (utwór) od dzieł, do których zastosowanie ma jedynie *corpus* przepisów Kodeksu cywilnego (w tym w szczególności art. 627 K. c.) od utworów regulowanych w przepisach UstPA. Tych pierwszych nie wykonuje się zgodnie z „prawem gatunku” a w ich miejsce wchodzi „zasady sztuki (np. budowlanej, stolarskiej, ciesielskiej itp.), które w całości są objęte domeną publiczną, istnieją w znanej wiedzy technicznej, skończonej liczbie, a zatem ich wybór jest dla wykonawcy dzieła (w rozumieniu art. 627 K. c.) bardzo ograniczony. Z tego powodu, owe „zasady sztuki” dają się ująć w formę „zasad dobrej roboty” (technicznych, bezpieczeństwa i higieny pracy itp.), a przez to mogą przybrać (i często przybierają) postać norm technicznych.

Prawo gatunku i technicznie pojmowane zasady sztuki różnią się także w odniesieniu do domeny, w której występują - w odniesieniu do dzieł niebędących utworami – w typowej sytuacji - całość wiedzy, jak je wykonać jest umiejscowiona w domenie publicznej; w odniesieniu do utworów w domenie publicznej umiejscowione są jedynie techniczne zasady prawidłowości wykonania – poza tą wąską liczbą standardów, liczy się jednak znaczna liczba zasad wykonawczych, które wykonawca musi „dopiero wymyślić” i których liczba nie jest w ogóle czymkolwiek ograniczona. Implikacją tego jest różnica w kryteriach doboru przez wykonawcę wskazówek działania – w odniesieniu do dzieł niebędących utworami, musi się on kierować istniejącymi już zasadami technicznymi; w przypadku utworów UstPA to zasadniczo autor wybiera a nawet tworzy te wskazówki kierując się jedynie zasadniczymi wymaganiami gatunkowymi i być może jakimiś wskazówkami zamawiającego (bądź odbiorców dzieła). Ryzyko twórcy dzieła niebędącego utworem, który stosuje istniejące i ustabilizowane wskazówki działania jest bardzo małe. Ryzyko artysty-wykonawcy zaś jest znaczne – bo występ może się przez to nie spodobać, tj. nie spełnić oczekiwań jakościowych odbiorów dzieła – co oznacza konieczność poniesienia znacznych kosztów reputacyjnych. Przyjęte motywy wyboru wskazówek też są zupełnie inne w stosunku do dzieła niebędącego utworem a utworu. W tym pierwszym przypadku motywem jest wypełnienie generalnych kryteriów jakości – funkcjonalności (tj. zdolności do osiągnięcia użyteczności uzgodnionej z odbiorą), bezpieczeństwa oraz estetyki. W przypadku utworów „funkcjonalność” pochodzi zazwyczaj z innego porządku prakseologicznego o oznacza przede wszystkim zdolność do wywierania odpowiednio silnego wrażenia, plasującego się w świecie estetyki; stąd kryterium wyboru jest chęć wzmocnienia tego wrażenia, chęć wykorzystania gwarantowanego przez UstPA związku

autora z utworem w celu podkreślenia własnego „ego” artystycznego i własnej obecności w danej dziedzinie sztuki i w odniesieniu do danego gatunku (tj. w istotnym uproszeniu w celu uzyskania pozycji „znanej piosenkarki”, „uznanej aktorki”, „wybitnego tancerza”, „popularnego performer” itp.).

Dzieła niebędące utworami różnią się od tych utworami będących także regułami odbioru – co w szczególności przejawia się wtedy, gdy mamy do czynienia z nieukończoną postacią dzieła/utworu. Dzieła niebędące utworami, w swojej nie ukończonej postaci, nie są tym, na co opiewa umowa, a najczęściej bywa również i tak, że wręcz nie uzyskują tożsamości uzgodnionego dzieła. Jeżeli zatem strony umówiły się na stworzenie przez zobowiązanego np. stołka, to przedstawienie nie zmontowanych części tego przedmiotu nie czyni z nich „stołka” lecz „stołek w częściach” lub „komplet do zmontowania stołka”. Jeżeli natomiast nawet nie ma takiego kompletu części, nie możemy w ogóle mówić o „stołku” (choćby w częściach) a jedynie o jakimś „niepełnym zbiorze części przeznaczonych do wytworzenia bliżej nieokreślonego, małego mebla”. W odniesieniu do utworów, które mają tożsamość bez względu na ukończenie, nie ukończona postać dzieła jest nim nadal (choć aby utrzymać tożsamość gatunkową musi pozostać w konwencji gatunku).

Tabela 3: „Prawo gatunku” a techniczne zasady sztuki w odniesieniu do – odpowiednio - utworów UstPA i dzieł (nie utworów) w rozumieniu K. c.

Aspekt	„Prawo gatunku” (prawa autorskiego)	„Zasady sztuki” (techniczne)
Domena	Publiczna jedynie co do zasadniczej wiedzy o formie; w pozostałym zakresie prywatna	Publiczna w zakresie zasadniczej wiedzy o formie, a zwłaszcza w odniesieniu do szczegółowych zasad działania oraz kryteriów prawidłowości wykonania
Liczba wskazówek działania	Nieograniczona	Ograniczona – odtwarzająca tradycję techniczną i wiedzę techniczną nagromadzoną do danej daty
Kryteria wyboru wskazówek działania	Niewielka część kryteriów ma charakter techniczny (są to kryteria technicznej biegłości wykonania); większość kryteriów ustalana dowolnie przez twórcę w kontekście wybranej przez niego koncepcji artystycznego wykonania (w ramach znacznego ryzyka oceny)	Odtwarzające techniczne standardy działania oraz techniczne kryteria odbioru rezultatu działań zobowiązanego

Geneza standardów	Wiedza techniczna (warsztat autorski), w większości obszar kreatywności twórcy	Zasadniczo jedynie wiedza techniczna*
Motywacja zastosowania	Wzmocnienie wrażenia, wyeksponowanie własnej osobowości twórcy w tym jego kreatywności.	Cel techniczny (użytkowy), którym jest stworzenie przedmiotu o zakładanej przez zamawiającego (albo stereotypowo zakładanej przez wykonawcę) użyteczności
Reguły odbioru	Zasadniczo zadowalające wrażenie, które bierze się także (ale niejedynie i nie w dominującym zakresie) z technicznie pojmowanej prawidłowości wykonania; możliwość odbioru utworu niedokończonego (bez utraty przez dany przedmiot/zjawisko) przymiotu bycia utworem	Osiągnięcie celu użytkowego w zakresie technicznie motywowanych właściwości jakościowych (spełnienie wymogów funkcjonalności, bezpieczeństwa użytkowania i estetyki wykonania); niemożliwość odbioru nieukończonego rezultatu działań zobowiązanego bez zmiany tożsamości dzieła

* Istnieje tu ograniczony aspekt kreatywności („pomysłowość techniczna”), który może iść na tyle daleko, że może być przesłanką patentowalności przyjętego rozwiązania. W ujęciu przedstawionym w tabeli posługujemy się konstruktem typowym, najczęściej występującym, w którym liczy się jedynie znajomość warsztatu.

Wszystko to implikuje, że oceny działania stron umów o dzieło nie da się ujednoczyć tak, że logikę cywilnoprawną odnoszącą się do dzieł niebędących utworami zastosuje się – bez żadnych dostosowań - do utworów (a to jest, niestety, częstą praktyką organów kontrolnych, w pewnym zakresie odzwierciedlaną w bardzo generalizującym orzecznictwie sądowym). Kryteria oceny *modi operandi* stron takich umów muszą być tu zróżnicowane i odzwierciedlać prawa gatunku.

Należy zauważyć, że – niekiedy w praktyce kontrolnej (z zakresu zabezpieczenia społecznego lub podatkowej), a także w orzecznictwie sądów - zgłaszane są intuicyjnie uzasadniane opinie organów co do wartości lub konieczności osobistego świadczenia poszczególnych grup artystów wykonawców wtedy, gdy mamy do czynienia z utworami zbiorowymi lub ze współautorstwem. Wspomniane opinie wskazują na swoistą, także intuicyjnie pojmowaną, gradację wartości poszczególnych tych grup w kontekście ich technicznego lub artystycznego (twórczego) znaczenia dla całego utworu. W takim ujęciu najwyższy poziom obowiązku (związany z kluczową rolą w utworze) przyznaje się wykonawcom-solistom (którzy niewątpliwie nadają osobiste piętno całemu utworowi) lub odtwórcom głównych ról (którzy mają szansę być najbardziej dostrzegalni przez publiczność). Problem z tym podejściem jest jednak taki, że:

- (a) pojawia się tu płynność opinii odnosząca się koniecznej przecież w takim układzie oceny aspektu indywidualnego i twórczego w odniesieniu do poszczególnych grup artystów-

- wykonawców niebędących solistami lub odtwórcami głównych ról – do której to oceny organy kontrolne są niepowołane i w odniesieniu do której zazwyczaj nie są kompetentne;
- (b) naruszona jest również reguła art. 1 ust. 1 UstPA, który przecież nakazuje sądom i organom kontrolnym powstrzymanie się przed taką oceną - bo przecież przepis ten podkreśla, że nie liczy się wartość utworu (utworem jest przecież „każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia”);
 - (c) w nawet wspomnianej intuicyjnej ocenie, poważne problemy oceny „wartości” wkładu poszczególnych osób pojawiają się w odniesieniu do np. wybitnych interpretacji ról drugo- a nawet dalszoplanowych, wyrazistych artystycznie wykonań partii orkiestrowych czy chóralnych, czy także wyrazistych partii tanecznych w układach zbiorowych;
 - (d) technicznie rozumiana sprawność wykonania nie determinuje wartości utworów, gdyż ta zależy również od gatunku a nawet przyjętej konwencji (stąd nie ma wątpliwości, że utworem jest „bardzo źle technicznie” wykonanie przez Jerzego Stuhra piosenki „Śpiewać każdy może” – być może odzwierciedlające również niedociągnięcia warsztatu wokalnego tego wybitnego aktora).

Z pewnością jednak ma istotne znaczenie praktyczne i prawne odróżnienie udziału poszczególnych osób w wykonaniu utworu od ich udziału nie wykonawczego (przez co należy rozumieć także „nietwórczego”), w którym działania danej osoby w kontekście koncertu czy przedstawienia sprowadzają ją do tworzenia np. technicznego elementu scenografii. Z uwagi na brak w tych działaniach elementu twórczego, nie ma potrzeby oceniać „stopnia wartości twórczej” (co czego – jak wspomniano – ani sądy, ani organy kontrolne są nieuprawnione i w odniesieniu do czego nie mają kompetencji) a ocena jest jedynie zerojedynkowa. Przykładem niewykonawczego udziału w realizacji utworu zbiorowego jest z pewnością wykonywanie zadania statysty, któremu nie powierzono żadnej czynności, w której musiałby on wysilić się na stworzenie koncepcji postaci czy koncepcji sytuacyjnej sceny a jedynie podjąć czynności materialnotechniczne, takie jak np. przechodzenie albo stanie w tle.

W moim przekonaniu, wykluczone jest uznanie za niewykonawcze (nietwórcze) wykonywanie muzyki np. w niesolowych partiach orkiestrowych na odpowiednio wysokim poziomie technicznym. Przemawia za tą argumentacją zwłaszcza to, że w takim przypadku technika nie stwarza wykonawcy już żadnego „oporu”, a więc może się on skupić jedynie na nadaniu swojemu udziałowi w utworze indywidualnego piętna. To samo dotyczy wykonawstwa utworów scenicznych. Argumentacja, że wykonawcę w takim kontekście „można łatwo zmienić” jest nieprawdziwa w tym sensie, że zamiana jednego wysokiej klasy wykonawcy na innego spowoduje po prostu wytworzenie innego dzieła, które może się mieścić w parametrach pozwalających na uznanie go za odpowiadające profesjonalnej scenie lub sali koncertowej – ale jednak nie będzie tym samym, co utwór odebrany w pierwotnym składzie osobowym. W zakresie wykraczającym poza technicznie rozumiane „odtworzenie” na tyle krótkiego i niezłożonego fragmentu tekstu muzycznego, że niemożliwa jest już jego twórcza interpretacja, organy kontrolne nie mają kompetencji do oceny wartości powstałego utworu (który w dodatku może być niedokończony). Implikuje to jednak, że powinny starać się określić granicę, poza którą – z uwagi na krótkość i niezłożoność fragmentu tekstu muzycznego powoduje, że wykonawca go jedynie technicznie odtwarza.

Należy zniuansować w tym przypadku analizę organów kontrolnych w odniesieniu do utworów, w których artyści-wykonawcy stwarzają jeden utwór działając na zasadzie przyczynienia się do powstania utworu zbiorowego bądź na zasadzie współtwórczości. Definicja utworu zbiorowego da się odtworzyć na podstawie art. 11 UstPA – w świetle tego

przepisu jest to taki utwór, który składa się z utworów zdolnych do funkcjonowania samodzielnie, ale który jest jednocześnie funkcjonalną całością. Z kolei wykładania art. 9 UstPa wskazuje, że utwory mogą być tworzone na zasadzie współtwórczości poprzez łączenie wysiłku twórczego dwóch lub więcej osób:

- (a) w taki sposób, że to, co jest udziałem tych osób nie ma być lub nie może być wydzielone jako mające samodzielne znaczenie;
- (b) w taki sposób, że polega to na połączeniu w jedną całość utworów, które mają samodzielne znaczenie, co implikuje, że mogą one być w utworze jakoś wyodrębnione.

Określenie „posiadać samodzielne znaczenie”, które prawodawca użył we wspomnianych tu przepisach art. 11 i 9 UstPA oznacza zdolność dzieła do samodzielnego wypełniania funkcji społecznych i gospodarczych w kontekście przepisów UstPA. W każdym z wyodrębnionych (w oparciu o zastosowaną procedurę twórczą) typów współtwórczości wymaga się, by – bez względu na ową procedurę – dana osoba współkształtowała dzieło (traktowane tu jako jedność treści i formy) jako całość, a przez to miała wpływ na ostateczny kształt dzieła.²⁷ W orzecznictwie Sądu Najwyższego, wymagany proces ujmuje się jako „zestrojenie wysiłku twórczego w celu osiągnięcia konkretnego wyniku wspólnej działalności twórczej”.²⁸ Sąd Najwyższy podkreślił, m. in., że:

„każda współtwórczość zakłada czynny udział kilku osób w procesie twórczym, w wyniku którego powstaje wspólne dzieło stanowiące owoc działalności duchowej współtwórcy. Jeżeli tak powstałe dzieło stanowi całość, w której bądź to nie można wyróżnić wkładu poszczególnych twórców bądź też wkładu tego nie można bez szkody dla całości wyłączyć (tzn. gdy wkłady te nie stanowią same w sobie odrębnych utworów), mamy do czynienia z przypadkiem, w którym stosownie do przepisu art. 11 § 1 Prawa autorskiego prawo autorskie przysługuje współtwórcy łącznie.

Współtwórczość nie zachodzi, gdy współpraca określonej osoby nie ma charakteru twórczego lecz pomocniczy, chociażby umiejętność wykonywania czynności pomocniczych wymagała wysokiego stopnia wiedzy fachowej, zręczności i inicjatywy osobistej.

(...)

Współtwórczość w rozumieniu prawa autorskiego ma miejsce tylko przy istnieniu porozumienia współtwórców co do stworzenia wspólnym wysiłkiem wspólnego dzieła. Porozumienie takie może wynikać z umowy albo z czynności konkludentnych.”

Kryteriami, które – w ujęciu przytoczonego orzeczenia SN - muszą zatem być tu wzięte pod uwagę, są:

- (a) kryteria obiektywne:
 - proceduralne, w postaci czynnego udziału osób w procesie twórczym;
 - materialne, w postaci konkretnego rezultatu tego procesu;

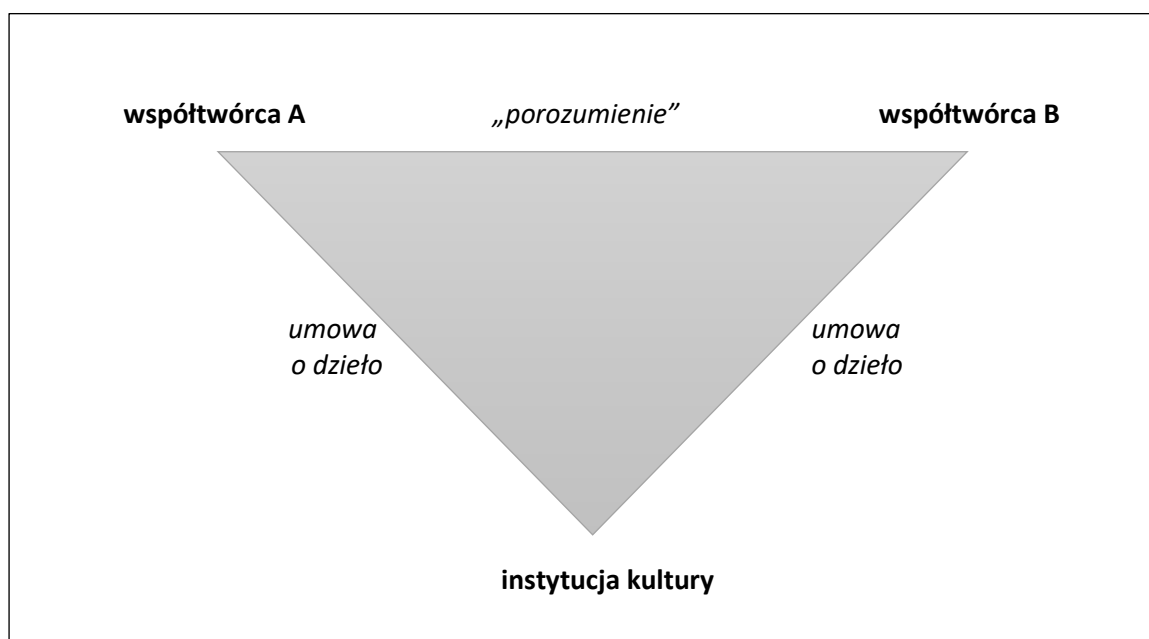
²⁷ J. Błęszyński, *Prawo autorskie*, PWN, Warszawa 1988, s. 67, 83; analogiczne stanowisko w: J. Barta, *Dzieło muzyczne i jego twórca w świetle przepisów prawa autorskiego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 1980, Nr 20, s. 105-106.

²⁸ Wyrok z 27 września 1973 r. sygn. III CRN 420/72.

- (b) kryterium subiektywne – w postaci istnienia „porozumienia” współtwórców co do stworzenia wspólnym wysiłkiem ich dzieła.

Nie jest jasne, co w rozumieniu SN oznacza wspomniane „porozumienie”. Skoro jednak jest ono użyte w konkretnym kontekście współtworzenia dzieła – które może zacząć się także przez po prostu przystąpienie do jego wykonania - z pewnością można przyjąć, że chodzi w nim o jakąś formę takiego współdziałania, które jest zdolne do wytworzenia więzi twórczej (a przez to prawnej) współautorstwa – bez względu na to, w jakim konkretnym kontekście owo współdziałanie ma miejsce. W odniesieniu do typowej sytuacji zawarcia ze współtwórcami umowy o wytworzenie dzieła przez instytucję kultury powstały układ będzie miał postać:

- (a) albo jednolitej, zawartej ze współtwórcami, umowy o wytworzenie wspólnego dzieła, co jednocześnie wytworzy pomiędzy nimi węzeł „porozumienia”;
- (b) albo zapewnienia, poprzez odpowiednie skoordynowanie zawartych, pojedynczych umów, współtwórczego udziału przyszłych współautorów w wytworzeniu poprzez nich uzgodnionego dzieła – co także musi wytworzyć pomiędzy nimi węzeł „porozumienia”;
- (c) najmniej prawdopodobnego zawarcia przez przyszłych współtwórców umowy o wykonaniu dzieła i wtórne zawarcie umowy o to wykonanie z instytucją kultury.



Rysunek 3: Stosunki prawne i faktyczne pomiędzy instytucją kultury a współtwórcami w wykonywaniu dzieła w warunkach współtwórczości

Warto zwrócić uwagę na to, że w przypadku utworów bardzo złożonych, wymagających udziału znacznej liczby współtwórców (a często również osób wykonujących funkcje pomocnicze o charakterze nietwórczym, takie jak np. przygotowanie techniczne zgodnie z właściwymi *riderami*), gdy proces współtwórczości jest inicjowany i organizowany przez jakiś podmiot – w zasadzie wykluczone jest (z powodów praktycznych) samoorganizowanie się współtwórców. Muszą oni zatem zdać się albo na kogoś kto zainicjuje

i organizuje proces twórczy. W najczęściej występujących przypadkach rozważanych w tej opinii będzie to jakaś instytucja kultury. Taka sytuacja jest wtedy najbardziej predystynowana do tego, by interpretować udział artystów-wykonawców tak, że jest on regulowany przez art. 85 ust. 2 UstPA i inne przepisy odnoszące się do praw pokrewnych. Tak czy inaczej, mówimy wtedy o umowie o dzieło.

Ważną konstatacją, która wyklucza możliwość wyłączenia artystów-wykonawców z kręgu współtwórców wspomnianych utworów jest to, że – gdyby przyjąć, że nie tworzą oni razem utworu, zaistniałoby możliwość „powstawania” utworów, które nie miałyby żadnych autorów, a jedynym uprawnionym do nich byłaby organizująca proces tworzenia instytucja kultury (która sama nie mogłaby być przecież autorem). W takim przypadku, nawet na gruncie regulacji UstPA – na gruncie tak funkcjonujących przepisów - nikt nie dysponowałby osobistymi prawami autorskimi. Implikuje to, że:

- (a) jedynie osoby, które pełnią - w kontekście powstawania utworów angażujących większą liczbę wykonawców – funkcje techniczne i pomocnicze, nie są z pewnością twórcami tych utworów;
- (b) osoby, które artystycznie uczestniczą w powstaniu takich utworów jako współwykonawcy, których udział wywiera ich własne piętno na owych utworach, a więc którzy również są w stanie w ogóle takie piętno wywrzeć (a przez to jakoś kontrolować/uzgadniać treść tego piętna), muszą być uznane za współtwórców dzieła;
- (c) te osoby, które nie są w stanie spełnić warunku zidentyfikowanego w pkt (b), nie mogą być uznane za współtwórców; nie wytwarzają one również praw pokrewnych.

Kluczowym zatem kryterium zdolności do bycia współtwórcą jest możliwość wywarcia (jakiegokolwiek) indywidualnego, kreatywnego piętna na utworze, co z kolei implikuje możliwość kontrolowania (a ściślej współkontrolowania) jego kształtu przez osoby uczestniczące w jego realizacji. W praktyce przygotowań utworów realizowanych w warunkach współtwórczości nie może oznaczać to narzucenia jednej wizji (zwłaszcza w umowie – bo po prostu nie ma to ani umownego, ani artystycznego sensu), lecz raczej wypracowywanie jej w konkretnej interakcji pomiędzy współtwórcami (wspomnianego już „porozumienia”), którzy mogą odgrywać w tym procesie różne role, np.:

- (a) w koncertach filharmonicznych – dyrygenta, solistów-śpiewaków, solistów-instrumentalistów, członków orkiestry (w dodatku mających zróżnicowane zadania artystyczne, bardziej lub mniej eksponujące ich rolę w koncercie), a także ewentualnie osób prowadzących koncerty;
- (b) w przedstawieniach baletowych – solistów, osób wykonujących eksponowane partie przedstawienia nieodgrywających postaci głównych (tzw. koryfejów), członków zespołu baletowego (*corps de ballet*) wykonujących partie zespołowe, członków orkiestry (jeżeli muzyka jest wykonywana „na żywo” – jak w pkt (a)), reżyserów;
- (c) w przedstawieniach teatralnych – aktorów odgrywających główne role i role innych planów, a także reżyserów.

Każda z wymienionych osób staje się współtwórcą wtedy, gdy w ramach wspomnianej interakcji („porozumienia”), korzystając ze wskazówek osoby, która ma koncepcyjnie uspołnić przedstawienie, jest w stanie komunikować (w języku odpowiadającym prawom gatunku) własną koncepcję wykonawczą. Implikuje to, że w procesie twórczym muszą się ścierać indywidualności artystyczne (z indywidualnymi, kreatywnymi podejściami do całego utworu oraz do własnej w tym zakresie partii), zaś ostateczny kształt utworu jest rezultatem

kompromisu artystycznego. Nie jest więc faktycznie nigdy elementem treści zawartej pisemnie umowy – ta bowiem określa jedynie ogólne ramy wykonania.

Warto zauważyć, że – jeżeli określone osoby wymienione w pkt (a)-(b) - obiektywnie nie mogą (z uwagi na brak kompetencji technicznych) nadać utworowi żadnego indywidualnego piętna albo nie mogą tego zrobić ze względu na funkcję w przedstawieniu – nie są współautorami utworu. Przykład takiej sytuacji jest zilustrowany w filmie „Kobieta w kapeluszu” z 1985 r. w reżyserii Stanisława Różewicza,²⁹ w którym, w fabule, aktorce powierza się w kręconym filmie rolę „kobiety w kapeluszu”, zaś na pytanie, jaka jest zasadnicza koncepcja tej postaci, reżyser odpowiada, że nie ma ona żadnego znaczenia – chodzi po prostu o pojawienie się na ekranie właśnie w czerwonym kapeluszu. Analogicznie należałoby potraktować udział w koncercie instrumentalnym kogoś, kto markowałby jedynie granie (nie realizując żadnej innej funkcji artystycznej, np. aktorskiej zmierzającej do wywołania efekty komicznego – bo takie działania należy kwalifikować jako utwory, jeżeli spełniają kryterium kreatywności i indywidualności).

Implikacją umowy o dzieło jest wyłączenie stosowania postanowienia przepisu art. 472 k. c., który przewiduje, że „jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest zachowanie należytej staranności”. Wymóg ten należy interpretować w kontekście ogólniejszego wymogu art. 355 k. c., który wymaga staranności „ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju”, którą określa także mianem „należytej”. W umowie o dzieło ten, który je wykonuje odpowiada za rezultat. W świetle przytoczonych przepisów, nie może to jednak oznaczać, że nie ma ta osoba obowiązku zachowania należytej staranności, ani nawet, że w umowie z taką osobą zawartą nie powinno się (dla zachowania właściwości stosunku prawnego, a zatem i właściwości świadczenia) w ogóle zawierać postanowień dotyczących standardu staranności. Standard staranności może bowiem mieć w umowach dwie różne postaci:

- (a) stanowić inherentny składnik stosunku prawnego, bez którego nie byłby on tym stosunkiem, który został zawarty pomiędzy stronami – czego przykładem są wszystkie umowy starannego działania, w tym i umowy o świadczenie usług, do których stosuje się przepisy K. c. dotyczące umowy zlecenia;
- (b) stanowić wprowadzony przez strony dodatkowy standard umowy o dzieło, służący zwiększeniu prawdopodobieństwa osiągnięcia uzgodnionego przez nie rezultatu, czyli – innymi słowy – dookreśleniu *modus operandi*, które strony mogą uznawać za konieczny prakseologicznie, ale niestanowiący składnika właściwości stosunku prawnego/właściwości zobowiązania/świadczenia element łączącego strony stosunku prawnego.

W przypadku drugiego typu standardu staranności, odstępianie od niego stanowiłoby naruszenie niekonstytucyjnego dla danego typu/rodzaju stosunku prawnego warunku, który prowadziłby do odpowiedzialności odszkodowawczej jedynie wtedy, gdy w końcowym rezultacie, dzieło byłoby wadliwe. Gdyby jednak takie nie było, wykluczone byłoby odszkodowanie za nieprawidłowe wykonanie dzieła.

Pewną wartość w przedstawionym zarysie przedstawia także ogólnie odnoszący się do zobowiązań przepis art. 474 k. c., który przewiduje, że dłużnik odpowiedzialny jest jak za

²⁹ <https://filmpolski.pl/fp/index.php?film=121185> (dostęp 11 marca 2021 r.)

własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa”.

W odniesieniu do umowy zlecenia (a przez to do umowy o świadczenie usług), przepisy Kodeksu cywilnego przewidują szereg szczególnych postanowień:

- (a) art. 738 – przyjmujący zlecenie może powierzyć wykonanie zlecenia osobie trzeciej także wtedy, gdy jest zmuszony do tego przez okoliczności, z zastrzeżeniem przejęcia w takim przypadku zobowiązania solidarnego (z osobą, której wykonanie zlecenia powierzył) wobec zleceniodawcy; w takim przypadku zleceniobiorca zobowiązany jest do zawiadomienia dającego zlecenie o tożsamości zastępcy – po dopełnieniu tego obowiązku jest wtedy odpowiedzialny jedynie za brak należytej staranności w wyborze zastępcy,
- (b) art. 740 zdanie drugie – przyjmujący zlecenie jest zobowiązany wydać wszystko, co przy wykonaniu zlecenia dla niego uzyskał, chociażby w imieniu własnym,
- (c) art. 745 – jeżeli kilka osób przyjęło zlecenie wspólne, ich odpowiedzialność względem zleceniodawcy jest solidarna,
- (d) art. 746 – m. in. możliwość wypowiedzenia zlecenia w każdym czasie za zwrotem przyjmującemu części wynagrodzenia odpowiadającej jego dotychczasowym czynnościom.

Umowa o dzieło ma natomiast m. in. następujące swoistości:

- (a) istnieją umowy o dzieło, których wykonanie zależy od osobistych przymiotów przyjmującego zamówienie – takie ulegają automatycznemu rozwiązaniu m. in. wskutek niezdolności do pracy wykonawcy (art. 646 §1 k. c.),
- (b) zamawiający może w każdej chwili przed ukończeniem dzieła, odstąpić od umowy – za wypłatą umówionego wynagrodzenia (art. 644 k. c.),
- (c) w przypadku wadliwego lub sprzecznego z umową wykonywania umowy zamawiający może ostatecznie od umowy odstąpić lub powierzyć poprawienie lub dalsze wykonanie dzieła innej osobie (art. 636§1 k. c.),
- (d) w przypadku wad dzieła, których nie da się usunąć, zamawiający może – w zależności od tego czy wady są istotne, czy nie - m. in. odstąpić od umowy albo żądać obniżenia wynagrodzenia należnego wykonawcy dzieła (art. 637 §2 k. c.), przy czym do rękojmi za wady dzieła stosuje się odpowiednio przepisy o rękojmi przy sprzedaży (art. 638 k. c.),
- (e) istnieją takie sposoby wykonania dzieła, które wymagają współdziałania zamawiającego (wynika to z art. 640 k. c.).

Również w oparciu o orzecznictwo Sądu Najwyższego, odnoszące się do różnic pomiędzy umową o dzieło a umową o świadczenie usług, można je przedstawić w następującej tabeli:

Tabela 4: Zasadnicze różnice pomiędzy umową o dzieło i umową o świadczenie usług (z uwzględnieniem zasadniczych tez orzecznictwa SN)

Umowa o dzieło	Umowa o świadczenie usług
<p>Umowa rezultatu (gdy prawidłowo wykonana – zawsze skutkowa) – ważniejszy aspekt finalny; rezultat jest <i>essentialium negotii</i>.</p> <p>Wykonawca umowy bierze na siebie ryzyko osiągnięcia uzgodnionego rezultatu</p> <p>Wykonawca umowy ma wpływ na kształt rezultatu</p> <p>Przedmiotem umowy - realizacja dzieła oznaczonego, którego oznaczenie następuje pierwotnie, w trakcie układania postanowień umowy</p> <p>Sprawdzalność rezultatu umowy przewidziana w jej wzorcu normatywnym</p>	<p>Suma czynności faktycznych lub prawnych (w ramach umowy starannego działania, która może doprowadzić do jakiegoś, także zamierzonego przez strony, skutku) – ważniejszy aspekt czynnościowy; rezultat nie jest zatem <i>essentialium negotii</i>.</p> <p>Wykonawca umowy nie bierze na siebie ryzyka osiągnięcia uzgodnionego rezultatu</p> <p>Wykonawca ma niewielki wpływ na kształt rezultatu</p> <p>Przedmiotem umowy – podjęcie określonej w umowie kategorii czynności prawnej/usług</p> <p>Efekt umowy i jego sprawdzalność wykracza poza wzorzec normatywny umowy</p>

Z tabeli wynika, że – jak zauważył SN w wyroku II UK 53/16 odnoszącym się do dzieł prawa autorskiego (tj. utworów) – zasadniczym kryterium rozróżnienia pomiędzy umową o dzieło a umową o świadczenie usług jest „sposób ułożenia efektu zobowiązania”. Jedynie w umowach o dzieło występuje podkreślenie relacji zachodzącej pomiędzy normatywnym zidentyfikowaniem zachowania wykonawcy a uzyskaniem efektu końcowego, od osiągnięcia którego zależy także uzyskanie przez wykonawcę wynagrodzenia, a także ewentualne powstanie zobowiązań akcesoryjnych (np. obowiązku rozliczenia materiałów, sposobu naprawy wad dzieła itd.). W przypadku umowy o świadczenie usług, zasadniczym elementem więzi prawnej łączącej jej strony jest sama czynność i jej dokonanie.³⁰

³⁰ Zob. także orzeczenia SN z dnia 28 sierpnia 2014 r. II UK 12/14, Lex nr 1521243.

4. 3. Perspektywa prawa autorskiego

Jak już to wspomniano, prawo autorskie posługuje się pojęciem „utworu” - węższym niż pojęcie „dzieła”, ale mieszczącym się w całości w logicznym zakresie określenia „dzieło”. W świetle art. 1 ust. 1 Prawa autorskiego, utworem jest:

„...każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia.”

Elementy składowe definicji utworu przesądzają zatem to, że utwór musi spełniać łącznie następujące wymagania:

- (a) być przejawem działalności twórczej,
- (b) być takim przejawem owej działalności, który ma charakter indywidualny,
- (c) być takim przejawem owej działalności, który ustalił się w jakiejkolwiek postaci,

Z definicji art. 1 ust. 1 wynika także, że do zaistnienia utworu nie ma znaczenie wartość, przeznaczenie i sposób wyrażenia utworu jako rezultatu owej działalności.

W doktrynie podkreśla się, że przez „działalność twórczą” należy rozumieć taką, której każdy rezultat, choćby w minimalnym stopniu³¹, odróżniał się od innych rezultatów tego samego typu działalności, a zatem taką, która jest zdadna do nadania owemu rezultatowi cechy nowości.³² W doktrynie oraz orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE (TSUE) podkreśla się, że do listy czynników, od których nie zależy (za)istnienie dzieła zalicza się m. in. nakład pracy i wymagane (niekiedy bardzo duże) umiejętności, jeżeli tylko nie skutkują one oryginalnością utworu³³, tzn. ujawnieniem w wyniku ich zastosowania „własnej twórczości intelektualnej ich autora”³⁴ czy „wytworzenia oryginalnego wyrazu twórczych możliwości autora”³⁵, a także zastosowanie w działaniu tylko rozwiązań rutynowych zawsze stosowanych w danej sytuacji.³⁶ Stąd, w orzeczeniu w sprawie C-393/09 *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany v Ministerstvu kultury* TSUE orzekł, że kryterium oryginalności nie jest spełnione, jeżeli sposób wyrażenia elementów dzieła wynika tylko z ich funkcji

³¹ Zob. np. wyrok SN z 31 marca 1953 r sygn. IIC834/52.

³² Zob. Np. Maria Poźniak-Niedzielska, *Wprowadzenie. Pojęcie utworu*, w: Janusz Barta (red.), *System prawa prywatnego. Prawo autorskie*, C. H. Beck, Warszawa 2007, s. 8-9.

³³ Zob. np.; orzeczenia: z 1 marca 2012 w sprawie C-604/10 *Football Dataco et al. v. Yahoo! UK Ltd*, ECLI:EU:C:2012:115, pkt 42.

³⁴ Zob. orzeczenie z 16 lipca 2009 r. w sprawie C-5/08 *Infopaq International v Danske Dagbladet Forening*, ECLI:EU:C:2009:465, pkt 35, 37, 38.

³⁵ *Ibidem*, pkt 41.

³⁶ Zob. orzeczenie z 22 grudnia 2010 r. w sprawie C-393/09 *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany v Ministerstvu kultury*, ECLI:EU:C:2010:816.

technicznej, „ponieważ różne sposoby wyrażenia zamysłu są tak ograniczone, że sam zamysł i jego wyraz spajają się w jedno”.³⁷

Jednocześnie z orzecznictwa TSUE wynika, że ocena tych negatywnych (a także, jeżeli też się pojawiają, pozytywnych) okoliczności musi uwzględniać specyfikę danej dziedziny twórczości, w której podjęto oceniane działania, a także że w dziełach stanowiących rezultat wspólnego wysiłku twórczego należy owe działania oceniać zasadniczo jednolicie. Z tego ostatniego powodu w orzeczeniu z 16 lipca 2009 r. w sprawie C-5/08 *Infopaq International v Danske Dagbladet Forening* TSUE stwierdził, że:

„...brak jest [w unijnym prawie autorskim] zapisów wskazujących na to, że części takie podlegają innemu reżimowi prawnemu niż ten, któremu podlega cały utwór. Wynika z tego, że są one chronione prawem autorskim, jeżeli jako takie przyczyniają się do oryginalności całego dzieła.”³⁸

Takie pojmowanie wymogu zaistnienia działalności twórczej łączy się z wymogiem, by ta działalność miała charakter indywidualny. W doktrynie dominuje pogląd, że oznacza to zdolność do wytworzenia łącznika pomiędzy rezultatem działalności danej osoby a nią samą w postaci unikatowego co do treści węzła autorstwa.³⁹ Ów łącznik istnieje wtedy, gdy rezultat działalności spełnia wymagania oryginalności – w takim stopniu, w którym, choćby minimalnie, owa działalność czyni zeń coś niepowtarzalnego i nieposiadającego swojego wiernego odpowiednika w przeszłości z tego powodu, że istnieją w nim jakieś nowe elementy⁴⁰ - innymi słowy jakiegoś indywidualnego piętna oddającą w nim jakieś właściwości związane z niepowtarzalną osobowością danego człowieka.⁴¹ W swoim orzecznictwie sądy polskie podnoszą również, że z indywidualnością kreatywnego aktu wiodącego do wytworzenia dzieła mamy również do czynienia wtedy, gdy jego substratem jest „subiektywnie nowy wytwór intelektu”, i gdy ów rezultat działań twórczych „nie polega na odtworzeniu istniejącego już wytworu” – i że ocena tej okoliczności powinna się opierać na jakiś przesłankach obiektywnych a nie jedynie na „subiektywnym przekonaniu twórcy o jego nowości”.⁴² Obok tego właśnie poglądu (określanego jako koncepcja podmiotowa albo koncepcja subiektywna), sądy sformułowały także stanowisko nieco odmienne, określane mianem koncepcji przedmiotowej (obiektywizującej) wymagające, by twórca swobodnie wybierał formę (bądź formy) utworu lub jego składniki i zarazem równie swobodnie uporządkowywał te składniki.⁴³ W takim ujęciu, przedmiotem badania, czy spełniony został wymóg indywidualności jest nie tyle ustalenie istnienia autorskiego piętna (autonomiczne kryterium rezultatu), lecz możliwość odróżnienia

³⁷ Pkt 49 orzeczenia.

³⁸ Orzeczenie w sprawie C-5/08 *Infopaq International v Danske Dagbladet Forening*, pkt 38 .

³⁹ Np. *ibidem*, s. 9.

⁴⁰ Zob. *ibidem*.

⁴¹ Zob. np. Ryszard Markiewicz, *Ilustrowane prawo autorskie*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018, s. 40.

⁴² Wszystkie elementy tezy w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 23 października 2015 r., sygn. I ACa 121/15.

⁴³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 29 października 1997 r., sygn. I ACa 477/97.

dzieła od innych istniejących już wytworów tej samej kategorii twórczości (np. tego samego gatunku).⁴⁴

Tabela 5: Działanie twórcze i odtwórcze w orzecznictwie sądów polskich – zasadnicze predykaty

Kryterium	Działanie twórcze	Działanie odtwórcze
Indywidualizacja/brak indywidualizacji rezultatu	Indywidualizacja rezultatu – istnienie w rezultacie piętna twórcy; możliwość wykorzystania swobody wyboru/uporządkowania elementów/treści rezultatu (wytworzenie nowej domeny twórczej)	Brak indywidualizacji – brak piętna twórcy na rezultacie; brak swobody wyboru/uporządkowania elementów/treści rezultatu (pozostawanie w całości w domenie publicznej)
Powtarzalność/niepowtarzalność rezultatu (oryginalność)	Niepowtarzalność (oryginalność) – odejście od odtworzenia istniejącego już utworu (dostateczne odróżnienie od innych wytworów danej kategorii)	Powtarzalność (brak oryginalności) – pozostawanie w ramach (w kanonie) istniejącego już utworu; odtworzenie tego, co już istnieje*
Wiedza wykonawcy (twórcy) o rezultacie	Subiektywna nowość rezultatu dla wykonawcy (twórcy)	Subiektywnie oceniana pełna uprzednia wiedza wykonawcy (twórcy) o wszystkich parametrach uzyskanego rezultatu
Istota działań twórcy w kontekście wykonywania utworu (repertuar środków wyrazu)	Odejście w działaniu o rutyny, szablonu, przeznaczenia materiału, wiążących schematów – swoboda wyboru działań lub sposobu ich realizacji	Odwołanie się wyłącznie do rutyny, szablonu, przeznaczenia materiału, wiążące schematy – brak swobody wyboru działań lub sposobu ich realizacji
Wymagania dotyczące wykonania rezultatu	Zdolność do wywarcia indywidualnego piętna na	Rutynowe/mechaniczne wykorzystanie określonej

⁴⁴ Zob. np. E. Kurzępa, Utwór muzyczny – rozważania w kontekście twórczości algorytmicznej i prawa autorskiego, w: M. Jankowska, P. Gwoździwicz-Matan, P. Stec (red.), Własność intelektualna a dziedzictwo kulturowe, Wyd. Ius Publicum, Warszawa 2020, s. 188-189

	rezultacie; faktyczne pozostawienie takiego piętna – w ramach technicznie pojętego rezultatu (tj. nadanie przez to stypizowanemu rezultatowi cech odróżniających go od innych rezultatów tego samego typu)	(technicznie pojętej) wiedzy, wykazanie technicznej sprawności oraz użycia odpowiednich narzędzi, materiałów lub technologii
--	--	--

*Ujęcie wzbudza wątpliwości doktryny z uwagi na to, że – *contra legem* – wyklucza niektóre typy dzieł uznawanych za utwory w porządku UstPA, np. o charakterze paralelnym.⁴⁵

W tym kontekście należy podkreślić, że tak rozumiane pojęcie indywidualnego charakteru ma postać sorytykalną, tzn. taką, której nie da się nieintuicyjnie wymierzyć i która jest stopniowalna na szerokim *continuum* rozciągającym się pomiędzy wybitnie indywidualnym, a przez to unikatowym charakterem dzieła, po sytuacji, w której indywidualny charakter ujawnia się jedynie nieznacznie a wreszcie po takiej, w której oceniane działania w ogóle nie mają indywidualnego charakteru. Na tę swoistość zwrócił Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 29 października 1997 r.⁴⁶, który stwierdził, że:

„nie da się generalnie oznaczyć minimum indywidualności, które stanowiłoby wartość progową dla uzyskania ochrony w prawie autorskim i pozwalałoby w sposób dostatecznie bezpieczny rozróżnić wytwory indywidualne zdadne i niezdatne do ochrony. W każdym przypadku budzącym wątpliwość, tj. wtedy, gdy indywidualność badanego wytworu intelektualnego nie jest intuicyjnie oczywista, zachodzi konieczność odwołania się do ocen wartościujących. W ocenach tych należy kierować się dyrektywą nakazującą uwzględniać aksjologiczne uzasadnienie norm prawa autorskiego, jak i właściwości wytworów intelektualnych poddanych ocenom wartościującym.”

W świetle postanowienia art. 1 ust. 2 pkt 7 UstPA, utworami są m. in. utwory muzyczne i słowno-muzyczne. Z zakresu ochrony prawa autorskiego wyłączone są przedmioty niestanowiące utworów. Artykuł 1 ust. 2¹ (odzwierciedlający art. 9 ust. 2 porozumienie TRIPS, zgodny z Konwencją Berneńską) wskazuje, że nie są nimi m. in. idee, procedury, metody i zasady działania; ochroną prawa autorskiego objęty jest wyłącznie sposób wyrażania. Za to z ochrony prawa autorskiego korzysta utwór już w chwili jego ustalenia, choćby w postaci niedokończonej (ust. 3 UstPA).

Prawo autorskie dotyczy również twórczości wspólnej (współtwórstwa) utworów, a także utworów zbiorowych. Tych pierwszych dotyczy regulacja art. 9-10 UstPA, który przewiduje, m. in. że:

(a) współtwórcom przysługuje prawo autorskie wspólnie,

⁴⁵ Zob. np. W. Machała, *Utwór. Przedmiot prawa autorskiego*, C. H. Beck, Warszawa 2013, s. 162-182.

⁴⁶ Sygn. I ACa 477/97, Lex nr 533708.

- (b) każdy ze współtwórców może wykonywać prawo autorskie do swojej części utworu mającej samodzielne znaczenie, bez uszczerbku dla praw pozostałych współtwórców,
- (c) do wykonywania prawa autorskiego do całości utworu potrzebna jest zgoda wszystkich współtwórców (którą w określonych okolicznościach może zastąpić orzeczenie sądowe),
- (d) każdy ze współtwórców może dochodzić roszczeń z tytułu naruszenia prawa autorskiego do całości utworu,
- (e) do autorskich praw majątkowych przysługujących współtwórcom stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu cywilnego o współwłasności w częściach ułamkowych,
- (f) jeżeli twórcy połączyli swoje odrębne utwory w celu wspólnego rozpowszechniania, każdy z nich może żądać od pozostałych twórców udzielenia zezwolenia na rozpowszechnianie tak powstałej całości, chyba że istnieje słuszna podstawa odmowy, a umowa nie stanowi inaczej.

W odniesieniu do utworu zbiorowego, art. 11 UstPA przewiduje, że autorskie prawa majątkowe przysługują producentowi lub wydawcy, a do poszczególnych części mających samodzielne znaczenie – ich twórcom.

Prawo autorskie posługuje się także konstrukcją praw (autorskich) zależnych i pokrewnych. Takimi prawami są w szczególności prawa wykonawcze. W świetle przepisu art. 46, ich zaistnienie zależy zasadniczo od twórcy utworu pierwotnego – jeżeli wykonawstwo dotyczy utworu, do którego prawa pierwotne nie wygasły. W odniesieniu do utworów, wobec których wygasły majątkowe prawa autorskie, prawa wykonawcze (pokrewne) powstają bez takiej zgody – po prostu w wyniku artystycznego wykonania. Należy zauważyć, że prawa wykonawcze (zależne) mogą powstać także w warunkach współtwórczości.

Artystycznych wykonań dotyczą przepisy art. 85 i nn. UstPA (odnoszące się do tzw. praw pokrewnych – i tak obejmowanych umowami o dzieło). Przewidują one m. in., że:

- (a) każde artystyczne wykonanie utworu „pozostaje pod ochroną [prawa autorskiego] niezależnie od jego wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia” (art. 85 ust. 1 UstPA),
- (b) owymi „artystycznymi wykonaniami” są w szczególności działania instrumentalistów, wokalistów oraz innych osób, które w sposób twórczy przyczyniają się do powstania wykonania (art. 85 ust. 2 UstPA),
- (c) artyście wykonawcy przysługuje, w granicach określonych w ustawie, wyłączne prawo do ochrony dóbr osobistych – te zaś polegają m. in. na wskazywaniu go jako wykonawcy, ale z wyłączeniem przypadków, w których „pominięcie jest zwyczajowo przyjęte” (art. 86 ust. 1 pkt 1), a także do uzyskiwania wynagrodzenia m. in. za „korzystanie z artystycznego wykonania” lub za rozporządzanie prawami do takiego wykonania (art. 86 ust. 2 UstPA),
- (d) zawarcie przez artystę wykonawcę z producentem utworu audiowizualnego umowy o współudział w realizacji takiego utworu automatycznie przenosi na producenta prawa do rozporządzania i korzystania z wykonania – na wszystkich polach eksploatacji (art. 87 UstPA),
- (e) prawo artystów wykonawcy nie narusza prawa do autorskiego wykonywania utworu (UstPA art. 88).

Przytoczone przepisy UstPA udzielają zatem ochrony artystycznym wykonaniom w relatywnie szerokim zakresie. Za artystyczne wykonania owe przypisy uznają takie, które nie tylko definiują dzieło jako takie, ale które „w sposób twórczy przyczyniają się do powstania wykonania”. Ochrona nie zależy m. in. ani od wartości wykonania, ani jego przeznaczenia. Jednocześnie przepisy te umożliwiają zawężenie uprawnień artystów wykonawców, zwłaszcza

tych, którzy właśnie przyczyniają się do powstania wykonania utworu, w stosunku do uprawnień autorskich pierwotnych – wtedy, gdy jest to zwyczajowo przyjęte, można bowiem pominąć wskazanie artysty wykonawcy jako twórcy, przez co w sumie narusza się formalny wymóg zachowania związku autora (artysty wykonawcy) z utworem. Jednocześnie wskazane przepisy Prawa autorskiego nie ograniczają możliwości umownego dysponowania majątkowymi prawami autorskimi przez artystów wykonawców w odniesieniu do dzieł utrwalonych.

Prawo polskie nie zawiera definicji artysty. Nie da się zatem zrekonstruować w oparciu o jakieś przepisy pojęcia „artysty-wykonawcy”. Definicja słownikowa konfrontowana z zacytowanymi przepisami sugerowałaby zatem, że jest to ktoś, kto na odpowiednim poziomie aspiracji i własnych umiejętności, a także społecznego ich uznania (opartego na kryteriach zobiektywizowanych), tworzy lub wykonuje utwory, nadając im jakiś indywidualny charakter, dzieła mieszczące się granicach tego, co – w przyjętym powszechnie kodzie cywilizacyjnym – uznajemy za sztukę.⁴⁷ „Wykonania artystyczne” to zatem takie, które są wykonywane przez artystów, a przez to uzyskują szczególne cechy odzwierciedlające wspomniane aspiracje, umiejętności i koncepcję wykonawczą.

⁴⁷ Zob. zwłaszcza szeroką listę znaczeń w: *The Compact Edition of the Oxford English Dictionary*, Vol. I, Oxford University Press, Oxford 1985, s. 475 (119),

5. Orzecnictwo polskie w zakresie klasyfikacji działań artystów-wykonawców

W odniesieniu do uprawnień artystów wykonawców orzecznictwo sądów polskich koncentruje się na dwóch powiązanych zagadnieniach:

- (a) na kwestii rozgraniczenia umów o dzieło od umów o świadczenie usług, do których stosuje się reżim prawny właściwy umowom zlecenia,
- (b) na kwestii znamion oryginalności i indywidualizacji czynności polegających na odtwarzaniu utworów muzycznych ocenianych z punktu widzenia materialnej zgodności ich treści z treścią zawartych umów o dzieło.

Wspólną cechą wspomnianego orzecznictwa jest to, że - w realiach polskich - zostało ono poniekąd wywołane sztucznie z uwagi na różne traktowanie umów o dzieło (zwłaszcza zaś o dzieło wytworzone tak, że może ono być utworem w rozumieniu prawa autorskiego) z punktu widzenia regulacji podatku dochodowego od osób fizycznych oraz regulacji dotyczącej systemu zabezpieczenia społecznego. Drugą ważną cechą tego orzecznictwa jest to, że zupełnie pomija ono kwestię interpretacji wykonawstwa utworów muzycznych w większych grupach jako działania współautorskiego albo tworzącego utwór zbiorowy (co samo w sobie rodzi podejrzenie o interpretację *non per est*), także wykonywania utworów na zasadach właściwych prawom pokrewnym. Trzecią istotną cechą tego orzecznictwa jest również to, że jedynie pozornie stara się ono wypracować zobiektywizowany model identyfikacji wykonawczych uprawnień prawa autorskiego starając się odwołać do takich pojęć jak w szczególności pojęcia „twórczej interpretacji” jednocześnie (chyba jednak pozornie) odzegnując się od artystycznej oceny analizowanych wykonań – opartej przy tym nie na własnym odczuciu sądu ale raczej na jakimś modelu ekstrapolacji poglądów „ogólnych” na ten temat, czy po prostu (nierzadko nie w pełni wyposażonej w doświadczenie i wiedzę) intuicji.

W wydanym w kontekście przepisów ZUS wyroku Sąd Najwyższy (Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych) III UK 53/16 z 10 stycznia 2017 r., tego rodzaju model argumentacyjny wykorzystał do rozróżnienia, czy w danej umowie z artystami-instrumentalistami będącymi członkami orkiestr chodzi o umowę o dzieło, czy umowę zlecenia, czy jakąś inną umowę o świadczenie usług.⁴⁸ Orzekł w nim m. in, że:

„odtworzenie przez artystę[,] w trakcie koncertu[,] cudzych utworów (wraz z innymi osobami) może wypełnić [wymogi] umowy o dzieło”.

Jednocześnie, wszakże zauważył, że:

„[m]ożliwa jest umowa o dzieło, nieobjęta obowiązkiem ubezpieczenia społecznego, której przedmiotem jest wykonanie koncertu, pod warunkiem jednak, że koncertowi temu można przypisać cechy utworu. Te warunki spełniałoby jednakże tylko wykonanie (...) utworu muzycznego o charakterze niestandardowym, niepowtarzalnym, wypełniającym kryteria twórczego i indywidualnego dzieła. Natomiast ochronie prawa autorskiego nie podlegają (...) działania wymagające co prawda określonych umiejętności i talentu, ale mające charakter odtwórczy.”

⁴⁸ Lex nr 2188651.

Z orzeczenia wynika, że mogą być jakieś wykonania partii koncertowych (bo o takie – mimo niedoskonałości języka, SN chodzi), którym można przypisać cechy utworu (prawa autorskiego). Warunkiem takiego wykonania byłoby to, że utwór muzyczny miałby charakter „niestandardowy”, „niepowtarzalny” – dlatego, że, zdaniem SN – przez to wypełnionyby „kryteria dzieła twórczego i indywidualnego”. Poza definicją „utworu (prawa autorskiego)” umieszcza SN takie działania, które mają charakter „odtwórczy” (w domyśle najpewniej „standardowy” „powtarzalny”, „nietwórczy” i „nieindywidualny”), mimo że wymagają jakiś umiejętności i talentu. Implikacją tej kwalifikacji byłoby zastosowanie do tych działań reżimu właściwego dla umów o świadczenie usług.

W tym kontekście, SN zaakceptował stanowisko (sądu pierwszej instancji), że koncert może nie być twórczą, kreatywną aranżacją utworów, które mogłyby dalej - jako samoistny rezultat działań - funkcjonować w obrocie np. jako „aranżacja określonej kompozycji” w wykonaniu artysty-wykonawcy. Zaakceptował także stanowisko, że członek orkiestry (przynajmniej w rozważanym stanie faktycznym) nie jest „twórcą”, a jedynie „odtwórcą” utworów muzycznych – rezultatem jego pracy nie może być „nowy, funkcjonujący w obrocie byt” – takim jest jedynie utwór skomponowany przez jego „faktycznego twórcę”. Sąd Najwyższy uznał także, że wspomniany „nowy byt” powstałby wtedy, gdyby np. „poprzez odmienną interpretację, nadano takiemu utworowi takie cechy, że dany utwór funkcjonować będzie w obrocie jako zupełnie nowy twór niematerialny”. Na powstanie takiego „nowego bytu” wskazywałoby także uzgodnienie w umowie „wytucznych odnośnie tytułów wykonywanych utworów, ich charakteru czy sposobu interpretacji”.

Sąd Najwyższy uznał za poprawne stanowisko sądu pierwszej instancji, że „sposób wykonania utworów” nie przesądza o powstaniu dzieła (orkiestrowego) wtedy, gdy „mógł się on nieznacznie różnić od wykonania tego samego utworu przez innego muzyka”.⁴⁹ Zaakceptował także stanowisko, że o powstaniu dzieła nie decydują będące w dyspozycji wykonawcy „indywidualne sposoby wykonania powierzonych jej zadań, w tym wiedza oraz indywidualne możliwości i predyspozycje”, gdyż nie są to „właściwości, które charakteryzują daną pracę jako dzieło”. Z tego powodu Sąd Najwyższy uznał, że członek orkiestry swoim staraniem nie doprowadza do powstania koncertu, gdyż nie powierzono mu partii solowej, jest on jednym z wielu odtwórców muzyki biorących udział w wydarzeniu oraz musi się on „podporządkować dyrygentowi i jego poleceniom”. Dodał także (w moim przekonaniu arbitralnie), że gra członka orkiestry nie przekłada się bezpośrednio na „indywidualny charakter koncertu, czy jego wyjątkowość”. Sąd Najwyższy uznał także, że nie można przyjąć, że efekt pracy członka orkiestry, będącego jednym z wielu wykonawców, tworzył odrębne, indywidualne dzieło, które w dodatku można byłoby poddać sprawdzeniu pod kątem tego, czy jest wadliwe z punktu widzenia tego, co uzgodniono.

Dodatkowo SN wskazał, że umowa o „dzieło autorskie” powinno mieć następujące cechy:

- (a) jej przedmiotem musi być „dzieło autorskie” oznaczone w umowie jako „utwór” (choć nie za bardzo wiadomo, dlaczego?), przy czym Sąd Najwyższy uznał, że utwór jest prawidłowo oznaczony, jeżeli przedmiotem umowy jest „rezultat działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w określonej przez strony postaci”,

⁴⁹ Wskazuje to na niespójność z tym, co Sąd Najwyższy orzekł w wyroku z 31 marca 1953 r sygn. IIC834/52.

- (b) umowa ta powinna wskazywać rodzaj utworu, postać jego ustalenia, formę rozporządzania, pola eksploatacji i wynagrodzenie.

We wspomnianym wyroku II UK 53/16 Sąd Najwyższy zgodził się z poglądem sądu niższej instancji, że na istnienie dzieła w rozumieniu prawa autorskiego, tj. utworu, wskazywałaby klauzula o przeniesieniu na zamawiającego autorskich praw (dodajmy, majątkowych – bo tylko takie mogą być przedmiotem takiej klauzuli) do utworu. Podkreślił również, że aby w ogóle można było mówić o dziele, musi ono być w umowie z wykonawcą określone konkretnie (konkretnie musi być ujęty przedmiot zobowiązania, w szczególności poprzez określenie indywidualnych cech dzieła). W orzeczeniu z 2 czerwca 2017 r. (sygn. III UK 147/16), SN podkreślił, że:

„[d]zieło musi mieć (...) z góry przewidywalne i możliwe do osiągnięcia parametry stanowiące punkt wyjścia w procesie. Wynika z tego, że nie jest umową o dzieło umowa, w której nie „oznaczono dzieła” w wyżej przedstawionym znaczeniu (co stwierdza się nie tylko według treści umowy, ale także po dokonaniu wykładni oświadczeń woli stron, uwzględniającym zgodny zamiar stron i cel umowy oraz zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje - art. 65 k.c., a przede wszystkim w odniesieniu do poczynionych ustaleń faktycznych).”

W tym kontekście, w tym samym wyroku, SN podkreślił także, iż zamiar ułożenia stosunków w standardzie umowy o dzieło obliguje do staranności i indywidualnego podejścia przy określeniu parametrów dzieła tak, by uchwycić istotę uzgodnionego świadczenia. W orzeczeniu Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 17 stycznia 2019 r. (sygn. III AUa 1281/18) sąd podkreślił, że w wypadku umowy o dzieło, przedmiot umowy musi być tak określony, by strony upewniły się, że starania przyjmującego zamówienie doprowadza w przyszłości do konkretnego, indywidualnie oznaczonego rezultatu. Zakłada się przy tym, że rezultat, o który umawiają się strony, musi być z góry określony, mieć samoistny byt oraz być obiektywnie osiągalny i pewny. Co więcej, w umowie o dzieło, pojęcie „oznaczenie” odnosi się do - następującego pierwotnie w trakcie układania postanowień umownych - „oznaczenia” indywidualnego efektu. Odróżnia to ją od umowy o świadczenie usług, w której oznaczenie przedmiotu umowy opisuje kategorię powtarzających się działań (zobowiązanie ciągłe).⁵⁰ Sąd Apelacyjny w Szczecinie, w wyroku z 10 maja 2016 r. (sygn. III AUa 747/15)⁵¹ wskazał, że najważniejszymi elementami, przez które dzieło się identyfikuje jest wskazanie co najmniej:

- (a) charakteru umówionego działania (np. poprzez określenie, że chodzi o „przygotowanie i wykonanie koncertów”),
- (b) dziedzinę, w obrębie której wykonywana ma być umowa (np. „muzyka:),
- (c) rodzaj i nazwę zdarzenia artystycznego, na którym grany był koncert, a więc w ramach której nastąpił rezultat działania artystów wykonawców.

Brak klauzuli dokładnie określających parametry dzieła SN, w przywoływanym już orzeczeniu III UK 53/16 z 10 stycznia 2017 r., potraktował jako potwierdzenie nieistnienia takich praw. Zdaniem SN, na nieistnienie owych praw wskazuje także to, że:

⁵⁰ Zob. np. orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Poznaniu, sygn. ACa 83/08, Lex 446437. Orzeczenie odnosi się tylko do świadczenia usług (a więc nie do wykazania ich odrębności wobec umów o wytworzenie utworów prawa autorskiego).

⁵¹ Lex nr 2107008.

- (a) osoba podejmująca się określonych działań na rzecz zamawiającego była tylko jednym z wielu odtwórców muzyki biorących udział w koncercie,
- (b) braku powierzenia partii solowej;
- (c) konieczność pełnego podporządkowania dyrygentowi i jego poleceniom,
- (d) nienadanie przez owego wykonawcę koncertowi „żadnej wyjątkowości, na przykład przez nadanie kompozycji muzycznej indywidualnej interpretacji”,

Jako „warunek” SN dodał swoistą uwagę dookreślającą, mówiącą, że nie ma pierwszoplanowego znaczenia „zagadnienie ucieleśniania rezultatów niematerialnych w rzeczy, w szczególności z punktu widzenia odpowiedzialności za wady przedmiotu tej umowy”. Na marginesie należy zauważyć, że tak w orzecznictwie,⁵² jak w doktrynie, zauważa się, że kryterium możliwości określenia „wad” artystycznego dzieła niematerialnego jest drugoplanowym, pomocniczym kryterium kwalifikacji go jako dzieła prawa autorskiego, tym bardziej, że regulacja UstPA nawet nie mówi o „wadach”, lecz o „usterkach” (zob. art. 55 ust. 1 UstPA).⁵³

Zwrot „ucieleśnianie rezultatów niematerialnych w rzeczy” użyty przez SN odnosi się do wypracowanego w judykaturze Sądu Najwyższego⁵⁴ podziału na niematerialne dzieła prawa autorskiego „ucieleśnione w rzeczy” i „nieucieleśnione w rzeczy”. Zgodnie z tą koncepcją te pierwsze utwory (tj. utwory ucieleśnione w rzeczy) pozwalają na nadanie utworowi charakteru samoistnego względem twórcy, tzn. możliwości pozostawania w niezależności od dalszego działania twórcy i bycia wartością autonomiczną w obrocie (co w sumie sprowadza się do konieczności jakiegoś „utrwalenia” utworu w sposób, które pozwoliłyby na zachowanie trwałości odniesienia do przedmiotu umowy z punktu widzenia oceny, czy dzieło jest zgodne z umową (a także umożliwiło naprawienie, przerobienie, uzupełnienie utworu). Za utwory „nieucieleśnione w rzeczy”, SN uznaje takie, które nie odrywają się od ich twórców i trwają tak długo, jak trwa samo działanie ich twórcy.⁵⁵

W innym wyroku II UK 454/13 SN stwierdził przy tym, że – jakoby - w doktrynie dominuje stanowisko, że utwory o charakterze nieucieleśnionym nie mogą stanowić przedmiotu umowy o dzieło. Sąd Najwyższy przytoczył przy tym pogląd, że w literaturze przedmiotu za utwory nieucieleśnione uznaje się recytację, wykonanie koncertu, inscenizację lub przygotowanie produkcji artystycznej; dzieło w postaci niematerialnej, gdy chodzi o dzieło jako sposób wyrażenia, może ucieleśniać się tylko przez odpowiednie zachowanie wykonawcy (co ma jakoby wynikać z art. 1 ust. 21 prawa autorskiego). Sąd Najwyższy jednak zauważył, że „twórczy charakter dzieła, jako rezultatu umowy, może nadać świadczeniu wynikającemu z umowy formę związaną z zamówieniem dzieła, które nie ma ucieleśnionej postaci”. Innymi słowy, „tylko twórczy charakter dzieła, jako rezultat umowy, może nadać świadczeniu formę dzieła, które nie ma ucieleśnionej postaci”.

⁵² Zob. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 10 maja 2016 r. sygn. III AUa 747/15.

⁵³ Zob. Adam Brzozowski, *Umowy odnoszące się do świadczenia usług*, w: Jerzy Rajski (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, t. 7 *Systemu prawa prywatnego*, C. H. Beck, Warszawa 333-334.

⁵⁴ Wyrok z 10 lipca 2014 r. II UK 454/13.

⁵⁵ Zob. także np. wyrok z 28 marca 2000 r. II UKN 386/99.

Ten sam problem podjął Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 26 września 2019 r. (sygn. II GSK 546/19)⁵⁶, w którym sąd ten uznał niedoskonałe co do określenia znamion dzieła umowne powierzenie funkcji solisty w artystycznym wykonaniu koncertu za nieeliminujące tej umowy jako umowy o dzieło prawa autorskiego. Naczelny Sąd Administracyjny przypomniał bowiem, że przy ocenie charakteru umowy należy mieć też na względzie całokształt okoliczności sprawy, w tym przedmiot umowy, sposób i okoliczności jej wykonywania. W szczególności należy sprawdzić, czy w danej sytuacji nie mamy do czynienia z przewidzianym w UstPA "artystycznym wykonaniem utworu" (art. 85 ust. 1 UstPA), do którego zalicza się m.in. działanie aktorów, recytatorów, dyrygentów, instrumentalistów, wokalistów, tancerzy, mimów oraz innych osób w sposób twórczy przyczyniających się do powstania wykonania (art. 85 ust. 2 UstPA). Jednocześnie NSA – moim zdaniem słusznie – podkreślił, że zbędne jest wyraźne zawarcie w treści umowy dotyczącej wykonania koncertu muzycznego zobowiązania wykonawcy do „twórczego (unikalnego) charakteru interpretacji” jako warunku zakwalifikowania jej jako umowy o dzieło, bo przecież jest to kwestia faktycznego rezultatu działania twórcy a nie deklaracji stron umowy. Naczelny Sąd Administracyjny uznał więc, że nawet jeżeli treścią świadczenia artysty muzyka – wykonawcy jest coś, co dopiero spontanicznie powstanie i z zasady jest niepowtarzalne oraz stoi za tym długa edukacja w zakresie interpretacji danego gatunku muzyki, to trudno zakładać, że w umowie w sposób rzetelny da się skrupulatnie opisać to, co później można poddać krytycznej ocenie jako sposób wykonania umowy. Naczelny Sąd Administracyjny odniósł się i do tej kwestii stwierdzając, że:

„[pomimo, że] w umowach rzeczywiście nie określono sposobu naprawienia ewentualnej szkody po wykonanych koncertach ani sposobu weryfikacji, czy doszło do osiągnięcia zamierzonego rezultatu, nie sprecyzowano, co miało stanowić oczekiwany rezultat, [to] [n]ależało jednak mieć na względzie, że adresatem wykonania utworu muzycznego jest nie tyle "zamawiający" co "odbiorcy" koncertu (słuchacze), a problem interpretacji muzycznej jest przedmiotem sporów wśród publiczności i krytyków muzycznych. Zakwalifikowanie umów z wykonawcą do umów o świadczenie usług, z pominięciem powyższych okoliczności, uznać należy zatem za wadliwe, sprzeczne z niespornym stanem faktycznym sprawy”.

Pewne istotne analogie dotyczące wnioskowania Sądu Najwyższego w sprawie artystów wykonawców można wyprowadzić z analizy wyroku z 30 maja 2001 r. (sygn. I PKN 429/00)⁵⁷ dotyczącego wykładów akademickich. Sąd Najwyższy orzekł w jego uzasadnieniu, że przedmiotem umowy o dzieło może być osiągnięcie rezultatu niematerialnego, nieucieleśnionego, np. w poprzez przygotowanie i wygłoszenie cyklu specjalistycznych wykładów – co znajdowało i znajduje potwierdzenie nie tylko w orzecznictwie w sprawach ZUS, ale również tym odnoszącym się do podatków; obecnie zaś znalazło odzwierciedlenie w przepisach prawa: w Ustawie o szkolnictwie wyższym⁵⁸, w art. 116 ust. 7, który przewiduje, że:

„Wykonywanie obowiązków nauczyciela akademickiego stanowi działalność twórczą o indywidualnym charakterze, o której mowa w art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych”.

⁵⁶ Lex nr 2740309.

⁵⁷ OSNP 2003, nr 7, poz. 174.

⁵⁸ Dz. U. z 2019 r. poz. 1231.

Przepis ten można traktować jako implikowaną projektującą definicję legalną pojęcia „utworu”. Jeżeli jednak prawodawca miałby być racjonalny, to owa definicja musi mieć określone uzasadnienie dające się prawidłowo sformułować w kontekście prawa autorskiego. W takim przypadku implikowałoby to uznanie, że koncepcja utworu ma formułę szerszą niż to przyjął SN w swoim orzeczeniu w sprawie członków orkiestry.

Idąc za logiką orzeczenia SN II UK 454/13, należy zauważyć, że SN stwierdził w nim, że możliwe są umowy o dzieło nieobjęta obowiązkiem ubezpieczenia społecznego, których przedmiotem byłoby wykład (albo inny utwór o charakterze nieucieleśnionym), ale jedynie wtedy, gdy byłby on istotnie utworem w rozumieniu prawa autorskiego – tak jak interpretuje je SN. Takim utworem musiałoby być coś niestandardowego, niepowtarzalnego, wypełniającego kryteria twórczego i indywidualnego dzieła. W odniesieniu do rozległej wypowiedzi ustnej (jaką jest wykład) kryteria te są łatwe do spełnienia (chyba, że wykład polegałby na co najmniej drugim odczytaniu przygotowanej uprzednio notatki).

Element kreatywnego (twórczego) i indywidualnego charakteru dzieła jest wymagany w interpretacji SN i interpretowany w kontraście do działań o charakterze odtwórczym, polegającym na wykonywaniu czynności wymagającym określonej wiedzy i zdolności do jej przekazania – co SN wyinterpretował z przepisu art. 1 ust. 2¹ UstPA przewidującego, że:

„[o]chroną objęty może być wyłącznie sposób wyrażenia; nie są objęte ochroną odkrycia, idee, procedury, metody i zasady działania oraz koncepcje matematyczne.”

W wyroku z 5 kwietnia 2002 r. II RN 133/01⁵⁹ Sąd Najwyższy wskazał, że zasadniczym zadaniem osób chcących wykazać istnienie po ich stronie praw autorskich, którymi w ogóle mogą oni dysponować jest udowodnienie istnienia przesłanek powstania tych praw – a te nie leżą w obszarze samych oświadczeń woli stron umowy, w tym ewentualnych oświadczeń o przeniesieniu na zamawiającego autorskich praw do utworu, lecz że w obszarze stworzonych przez strony umowy faktów. Z przytoczonego orzeczenia wynika, że o ocenie całokształtu zobowiązania decyduje wyeksponowanie świadczenia, które miało znaczenie zasadnicze. Sąd Najwyższy uznał, że czynności ucieleśniające dzieło (tj. w tym przypadku, przygotowanie materialnej dokumentacji przyszłych działań, którymi były wykłady) mogły mieć postać dzieła prawa autorskiego, ale jednocześnie uznał (bez wskazania uzasadnienia), że owa dokumentacja (konspekty wykładu) nie stanowiła przejawu ustalenia utworu „ze względu na brak w nich cech wymaganych przez prawo autorskie”.

W przytoczonym wyroku SN uznał, że znaczenie dla istnienia praw autorskich ma także sposób określenia wynagrodzenia. Ten sposób musi wskazywać na związek pomiędzy owym wynagrodzeniem a samym dziełem, jego wartością. Sąd Najwyższy zauważył, że generalnie wynagrodzenie z umowy o dzieło określa się w sposób ryczałtowy lub kosztorysowy (art. 629 k. c. - 632 k. c.). W świadczeniu usługi rozłożonej w czasie istnieje związek wynagrodzenia z ilością, jakością i rodzajem usługi. Generalnie więc wynagrodzenie z umowy o dzieło określa się w sposób ryczałtowy lub kosztorysowy (art. 629 k.c. – 632 k.c.). Zdaniem SN, wykluczone jest zatem w tym przypadku stosowanie jednolitych stawek wynagrodzenia za czas realizacji umowy, niezależnie od nakładu pracy koniecznego do wykonania ustalonych w umowie działań. Takie jednolite stawki wynagrodzenia za czas realizacji umowy wskazywałyby bowiem – zdaniem SN - na zapłatę za wykonanie usługi świadczeniami ciągłymi.

⁵⁹ ONSPiUS 2002, nr 12, poz. 281.

W tym samym wyroku SN jednocześnie wskazał, że również wpisanie działań określonych w umowie w określony proces (np. potraktowanie ich jako działania w ramach „realizacji procesu dydaktycznego”) wskazuje, że nie chodzi o dzieło, lecz „uczestnictwo w określonym trwałym procesie”, co wyklucza zaistnienie umowy o dzieło, która wymaga „zachowań jednorazowych”. Niespełnienie tych wymogów wskazywałoby, że umowa dotyczy wykonywania powtarzalnej pracy za wynagrodzeniem ustalonym w jednostkach czasowych. To zaś prowadzi do wniosku, że strony umówiły się na realizację elementów innej umowy – umowy zlecenia lub innej umowy nienazwanej o świadczenie usług, regulowanej w art. 750 k.c.

6. Ocena praktyki instytucji kultury

6.1. Kwestie ogólne

Umowa zawierane przez instytucje kultury z artystami wykonawcami (takimi jak muzycy, tancerze i aktorzy) są nieco zróżnicowane. Zazwyczaj jednak odnoszą się do kwestii, które można uznać za typowe. Analiza przykładowych umów zawieranych przez filharmonie z muzykami daje następujące rezultaty, tu przedstawione w postaci tabeli:

Tabela 6: Zasadnicze elementy umów z artystami-wykonawcami zawierane przez filharmonie (analiza przykładowych 4 umów)

Kwestia regulacyjna umowy	Sposób uregulowania	Komentarz
Zasadniczy przedmiot umowy	Wykonanie dzieła	
Predykaty uściślające przedmiot umowy	Artystyczne wykonanie (na określonym instrumencie) wskazanych w umowie/załączniku do umowy utworów w ramach wskazanego wydarzenia artystycznego	Umowy różnią się między sobą: niektóre określają program ogólnikowo (np. „uwertury, walce, arie...”) inne operują konkretnymi wskazaniami, co będzie wykonywane (np. „P. Czajkowski, Polonez z opery »Eugeniusz Oniegin«”) Umowa z artystą prowadzącym warsztat muzyczny dla dzieci nie zawiera szczególnych predykatów uściślających
Zobowiązania dodatkowe	„Przekazanie praw do artystycznego wykonania” na warunkach określonych w umowie Udział w działaniach przygotowawczych (tj. w szczególności w próbach)	W umowie wskazano uprawnione formy rozpowszechnienia utworu i pola eksploatacji
Określenie roli wykonawcy dzieła	Artysta-wykonawca	

		Wynika z określenia przedmiotu umowy („artystyczne wykonanie”)
Predykaty uściślające	W zależności od umowy: muzyk (instrumentalista) doangażowany, dyrygent, artysta prowadzący warsztat muzyczny dla dzieci, solista	
Rękojmia za wady	Artysta wykonawca daje rękojmię za wady prawne i za bezwadliwe wykonanie	Artysta oświadcza, że ma prawo do wykonania dzieła i zobowiązuje się do jego bezwadliwego wykonania

Poza umową o przeprowadzenie warsztatów, pozostałe analizowane umowy dotyczą takich wykonań, które są realizowane w oparciu o zaangażowanie szerszego grona artystów-wykonawców. Z uwagi na opisane w poprzednim rozdziale orzecznictwo sądów polskich, z wszystkimi tymi umowami wiąże się pewne (zróżnicowane) prawdopodobieństwo, że zostaną zakwalifikowane nie jako umowy o artystyczne wykonanie dzieła prawa autorskiego lecz jako umowy o świadczenie usług, do których ma zastosowanie reżim Kodeksu cywilnego właściwy dla umów zlecenia. Konsekwencją takiej kwalifikacji byłoby objęcie owych umów obowiązkiem ubezpieczenia społecznego (emerytalnego i rentowego).

Umowy o podobnej strukturze logicznej zawierają instytucje kultury z tancerzami i aktorami. W nich również prawa obowiązki stron ukształtowane są analogicznie – co oczywiste, istotnym elementem różnicującym jest to wszystko, co wynika z samych praw rodzaju sztuki i gatunku, w ramach których ma być wykonywane dzieło będące przedmiotem umów.

Za przyjęciem, że analizowane umowy są umowami o wykonanie dzieła w postaci utworu prawa autorskiego przemawia to, że:

- (a) ich przedmiotem jest artystyczne, zawodowe wykonanie utworów muzycznych, tanecznych (choreograficznych) i scenicznych z pewnością objętych ochroną prawa autorskiego – nie da się zatem *a priori* wykluczyć, że rezultatem tych umów jest powstanie autorskich praw wykonawczych,
- (b) zawierają one klauzule dotyczące rozporządzenia prawami autorskimi, które mogą w ich ramach powstać,
- (c) zawierają one klauzule dotyczące rękojmi wykonawców z tytułu jakości podejmowanych działań artystycznych – zasadniczo stosowne do rodzaju twórczości i gatunku wykonywanego dzieła.

Bez oceny, czy jest to praktyka prawidłowa, czy nie, należy zauważyć, że istotne czynniki zwiększające prawdopodobieństwo, że organy kontrolne (ZUS i podatkowe) nie uznają działań określonych w umowach za utwory prawa autorskiego powstają w zasadzie nie

w kontekście zawartych umów, co raczej na gruncie prawdopodobnej oceny tego, jak najpewniej (w ramach zasadniczo intuicyjnej oceny owych organów kontrolnych) zostały one wykonane. Dodatkowo należy zauważyć, że organy kontrolne zbyt powierzchownie analizują kwestię sposobu wykonania utworów przez artystów-wykonawców.

W wielu przypadkach organy te przyjmują, że podjęte w ramach umów działania nie mają cechy oryginalności, a zatem nie są zdolne do wytworzenia utworów prawa autorskiego, na ogół wtedy, gdy:

- (a) oceniane umowy nie określają na tyle dokładnie przedmiotu utworu, by mógł być on kwalifikowany jako utwór prawa autorskiego,
- (b) umowa odnosząca się do udziału artystów-wykonawców zaangażowanych do wieloosobowych zespołów wykonawczych rodzi znane w kontekście orzecznictwa Sądu Najwyższego wątpliwości co do zdolności takiego właśnie członka zespołu do tworzenia oryginalnych utworów wykonawczych.

Zasadniczą argumentacją, która w kontekście wspomnianego prawdopodobieństwa zakwalifikowania wspomnianych umów jako umów o świadczenie usług może być podnoszona jest to, że wszystkie wymienione umowy mogą przewidywać zasadniczo wykonanie utworów; choć umożliwiają także nagranie występów/warsztatów i eksploatację tych nagrań w sposób typowy dla eksploatacji utworów prawa autorskiego, to jednak organy kontroli mogą uznać, że zasadniczym świadczeniem jest jednak wykonanie określonych działań mających charakter świadczenia usług, a to z uwagi na podnoszoną przez SN naturę działania artysty wykonawcy, który ma – zgodnie z rozumowaniem SN – po prostu czytać nuty, (niemal?) mechanicznie przekładać je na język melodii i rytmu, i w tym wszystkim poddawać się kierownictwu dyrygenta. Istotnym argumentem organów kontrolnych odnoszących się do umów z solistami i dyrygentami oraz z artystami doangażowanymi może również to, że przewidują one udział tych artystów w próbach (co miałyby świadczyć o rozciągnięciu świadczenia w czasie), a także – w odniesieniu do artystów prowadzących warsztaty – rozciągnięcie świadczenia samej umowy w czasie, jak również arbitralne przyjęcie, że wszystkie te działania są „powtarzalne”.

Tych wszystkich twierdzeń nie można jednak przyjmować bez żadnych zastrzeżeń, ponieważ są na ogół arbitralne. Aby takie nie były, należałoby w pierwszym rzędzie sprawdzić, na czym konkretnie polegał udział poszczególnych artystów-wykonawców w wykonaniu całego utworu; w szczególności, trzeba byłoby odpowiedzieć na pytanie, czy mogli oni nadać utworowi (także w jego właściwym fragmencie) indywidualne piętno - a zatem wywrzeć wystarczająco znaczące, silne wrażenie na publiczności. Należy przez to w szczególności zanalizować strukturę i charakter samego utworu oraz udział w nim poszczególnych artystów-wykonawców. Na konieczność takiego właśnie podejścia wskazuje choćby następująca analiza sceny chóralnej z III aktu „Straszego Dworu” Stanisława Moniuszki.

Przypadek partii chóralnej – chór kobiet (chór dziewcząt) z III aktu opery „Straszny Dwór” Stanisława Moniuszki

Partię wykonuje chór, wchodzący w dialog z solistkami odgrywającymi rolę Hanny i Jadwigi. Solistki odtwarzają wspólnie z chórem także samą partię chóralną. Dodatkowo, członek chóru (zwykle dojrzała osoba śpiewająca altem) wyłania się z partią solową, w której śpiewa „...ciężko wam przy igle, ciężko wam przy igle, tożże jeszcze kawał dnia/Ale komu w głowie figle o robotę ani dba...”.

Obszar, w którym poszczególni inni członkowie chóru mogą nadać piętno tej partii, to zarówno sama partia wokalna (można nawet celowo wybić określone w niej głosy), jak i narracja wizualna, w której poszczególne członkinie chóru mogą wykonywać unikatowe czynności sceniczne (szyjąc, prując, wyszywając – ale w sumie wcielając się w konkretne postaci) – które można rozegrać w określony, bardzo wyrazisty sposób, np. humorystycznie.

W tym przypadku sama partia chóralki jest ważnym składnikiem opery i nadaje istotną część jej kolorytu; jest przy tym logicznym łącznikiem sceny poprzedzającej i po tej partii następującej, a także ważnym kontrapunktem fabuły. Dodatkowo jednak, partia ta może być traktowana jako odrębny utwór realizowany w warunkach współtwórczości łączącej przy tym w jedną całość zadania 2 solistów, jednej „partii solowej” członka chóru oraz pozostałych członków zespołu wykonującego tę partię. Należy podkreślić, że wspomniana partia stwarza znaczne pole swobody twórczej wszystkim wykonawcom – członkom chóru.

Istotna argumentacja organów kontrolnych może także nawiązywać do orzecznictwa, które przypisuje istotne znaczenie możliwości kontroli wadliwości przedmiotu świadczenia w umowie o dzieło i egzekwowania uprawnień z tytułu rękojmi za wady – co zwłaszcza miałyby przesądzać o tym, że nie świadczą dzieła artyści wykonawcy – członkowie orkiestr lub innych zespołów artystycznych. Jest to argumentacja wadliwa, najpewniej wynikająca z przyjętej przez owe sądy koncepcji dzieła (utworu), która obejmuje jedynie ostateczne wykonanie koncertu albo odegranie przedstawienia premierowego.

Taka koncepcja jest za wąska – dziełem współtwórców są bowiem także próby polegające na zgraniu zespołu osób, które mają współtworzyć koncert. Przepisy Kodeksu cywilnego nie rozgraniczają inherentnie czynności służących wykonaniu (w tym wynikającego z praw gatunku przygotowaniu) dzieła od samego dzieła – jeżeli już, to pozwalają zamawiającemu rozeznąć się, czy – przynajmniej w przypadku dzieł bardziej złożonych – istnieje wystarczające, zobiektywizowane prawdopodobieństwo wytworzenia dzieła bez wad (a w na gruncie UstPA, „utworu bez usterek”) – przesądza o tym brzmienie art. 636 §1 k. c. który przecież uprawnia zamawiającego dzieło do wezwania wykonawcy dzieła do „zmiany sposobu wykonania” i „wyznaczenia mu w tym celu odpowiedniego terminu”. Przesłanką tych uprawnień jest „wykonywanie [nie „wykonanie” – co koniecznie trzeba podkreślić] dzieła w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową. Niesprostanie żądaniu zamawiającego może – w świetle przytoczonego przepisu kodeksowego – skutkować odstąpieniem przez zamawiającego od umowy już nawet na tym etapie, nie wspominając już o etapie finalnym, o którym mówi inny przepis – art. 637 k. c. Twierdzenie, że w odniesieniu do artystów wykonawców – członków zespołów artystycznych nie da się zidentyfikować wadliwości dzieła jest niezgodne z oczywistym doświadczeniem. Twierdzenie o ewentualnej niemożliwości egzekwowania uprawnień z tytułu rękojmi nie da się natomiast obronić na gruncie wspomnianych właśnie przepisów Kodeksu cywilnego, których nie wolno w interpretacji pomijać.

6. 2. Umowy z solistami (wokalistami, instrumentalistami, tancerzami) i aktorami obsadzonymi w głównych rolach

Z tej szczególnej perspektywy orzecznictwa SN, najłatwiej jest udowodnić twórczy i oryginalny charakter działań solistów i aktorów grających główne role. Orzecznictwo SN i innych sądów daje bowiem do zrozumienia, że w zasadzie *a priori* uznaje istnienie twórczego wkładu, a przez to powstanie przesłanek oryginalności w działaniach tego typu artystów-wykonawców. Sąd Najwyższy w zasadzie – co do istoty sprawy - nie wyjaśnia, dlaczego tak uważa, jednak uznaje, że występy solistów umożliwiają im nadanie utworom – poprzez interpretację - szczególnego rysu własnej indywidualności, a także że najpewniej są oni zdolni – w typowej sytuacji artystycznego wykonania – nadać zdarzeniu artystycznemu własny, indywidualnie determinowany, a przez to oryginalny charakter.

Sąd Najwyższy nigdy nie dostrzegł istnienia w tym zakresie indywidualnych, wręcz unikatowych, znamion głosu ludzkiego czy ciała, które są „instrumentami” artystów-wykonawców (odpowiednio wokalistów i aktorów oraz tancerzy), co powinno być w tym zakresie – oczywiście jedynie w odniesieniu do tego typu (wszystkich) artystów – i tak podnoszone. Ważnym aspektem argumentacji musi być tu także to, że w umowach z solistami dokładnie określona jest tożsamość spodziewanego rezultatu artystycznego – umowy bowiem określają, co konkretnie jest przedmiotem wykonania. Dodatkowo, z samego faktu zaangażowania konkretnego artysty-wykonawcy może już wynikać określona koncepcja dzieła, na realizację której wręcz liczy instytucja, która solistę angażuje. Najlepiej ilustruje to przykład aktorów, wśród których stwierdza się także tzw. aktorów charakterystycznych (tj. takich, których indywidualność artystyczna tkwi w ich własnych cechach fizjonomii bądź uzewnętrznionych właściwościach psychiki), jak również takich aktorów (niecharakterystycznych), których role predystynują do użycia bardzo szerokiego wachlarza środków artystycznych – wszystko w celu zbudowania i realizacji określonej koncepcji odgrywanej postaci. O kreatywnej unikatowości tych działań (tj. w kontekście umów z artystami-wykonawcami), które „dzieją się” na oczach obserwatora-odbiorcy, przesądzają zarówno warunki naturalne artystów-wykonawców, jak i zamierzone operowanie środkami wyrazu właściwymi danemu gatunkowi sztuki na kanwie owych warunków. Są one jedynie zupełnie szcątkowo rozpoznane przez sądy; podobnie praktyka organów kontrolnych nie wskazuje na ich dbałość o ten element w procesie analizy materiału dowodowego.

Zasadnicze środki indywidualizujące działania artystów-wykonawców przedstawia, dla poszczególnych rodzajów sztuki uwzględnionych w tej opinii, następująca tabela.

Tabela 6: Indywidualizujące warunki i środki wyrazu – przypadek artystów-wykonawców muzyki instrumentalne, dzieł wokalnych, choreograficznych i scenicznych

Indywidualizujące warunki i środki wyrazu	Muzyka (wykonania instrumentalne)	Muzyka (wykonania wokalne)	Taniec	Sztuka aktorska
<i>Inherentne dla wykonawcy</i>	Fizjonomia aparatu motorycznego służącego do gry na danym instrumencie, wrażliwość dotykowa, zdolność modulacji motorycznej	Fizjonomia (rozmiary ciała, budowa ciała, ogólne wrażenia estetyczne, dostępna siła i barwa głosu, dostępny sposób emisji głosu	Fizjonomia (rozmiary ciała, budowa ciała, w tym kośćce i ułożenie mięśni, ogólne wrażenie estetyczne)	Fizjonomia (rozmiary ciała, budowa ciała, ogólne wrażenie estetyczne), dostępna siła i barwa głosu, dostępny sposób emisji głosu
<i>Kontrolowane przez wykonawcę</i>	Wybory dotyczące sposobu realizacji programu wykonania utworu w zakresie dynamiki, agogiki, artykulacji, barwy dźwięków	Wybory dotyczące sposobu realizacji programu wykonania utworu w zakresie dynamiki, agogiki, artykulacji, barwy dźwięków	Wybory dotyczące realizacji programu choreograficznego: wybór wielkości przestrzeni realizacji ruchu, wybór relacji do elementów ożywionych i nieożywionych sceny, dynamika ruchu (w tym zwłaszcza kwestia relacji pomiędzy napięciem ruchowym a jego zwolnieniem, ang. <i>tension-release</i>)	Wybory dotyczące iloczasu, siły wydobycia głosu, wysokości/timbr głosu, wybór barwy, wybór poziomu wyrazistości słowa i frazy (poziomu precyzji artykulacyjnej), operowanie pauzą artystyczną

Opracowanie własne na podstawie: F. Wesołowski, *Zasady muzyki*, PWM, Warszawa 2014, s. 75-82, 148-165; J. Adshead (ed.), *Dance Analysis: Theory and Practice*, Dance Books, London 1988, D. Humphreis, *The Art. of Making Dances*, Princeton Book Co., Princeton 1991, s. 38-66; M. Kotlarczyk, *Sztuka żywego słowa. Dykcja ekspresja, magia*, Papieski Uniwersytet Gregorianum, Rzym 1975, s. 153-202

Oceną powinien być zatem poddany swoisty „dialog” pomiędzy zastosowanymi przez artystę-wykonawcę środkami wyrazu a formą, w odniesieniu do której artysta działa, tj. materia

artystyczną, np. w tekście literackim determinowaną głównie przez treść (zawartość) tekstu, utrzymanie go w konkretnym systemie metrycznym, rytm i rymy.⁶⁰

6. 3. Dyrygenci

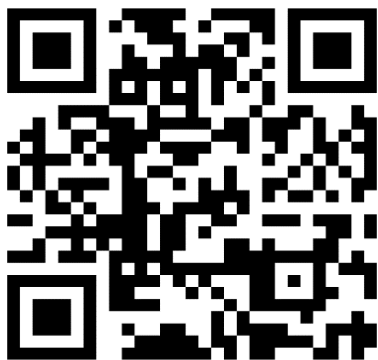
Drugą grupą artystów wykonawców, w odniesieniu do której w miarę łatwo jest udowodnić twórczy i oryginalny charakter ich działań są dyrygenci. Jest jednak prawdopodobne, że w odniesieniu do ich działań należy – w typowej sytuacji, w której kwestię trzeba wyjaśnić organom administracyjnym (w tym kontrolnym) oraz, ewentualnie, organom sądowym, należy założyć istnienie po ich stronie pewnych barier dostępności w zakresie interpretacji sytuacji artystycznej, stwarzanej w ramach działań dyrygentów. Należy zatem podkreślić, że w ich przypadku, działania mają dwa aspekty:

- (a) ustalenia własnej koncepcji wykonania przez orkiestrę utworom muzycznym oraz wyegzekwowanie realizacji tej koncepcji – także w formule wspomnianego w tej opinii „porozumienia” z innym wykonawcami dyrygowanego koncertu;
- (b) odczytania partytury w sposób unikatowy i niepowtarzalny – co wymaga odwołania się do swoistej „choreografii” wykonanej przez dyrygenta.

Wskazane kryteria oceny widać na każdym koncercie (choć – co oczywiste – strona wizualna działań dyrygentów jest najlepiej widoczna dla orkiestry. Stosunkowo wyrazistym przykładem w tym zakresie może być porównanie dwóch różnych wykonań tego samego utworu, np. Danzón No. 2 Arturo Márqueza.

Przykład działań dwojga dyrygentów: Alondry de la Parra, dyrygującej L'Orchestre de Paris i Gustavo Dudamela dyrygującego Orquesta Sinfónica Simon Bolívar – wykonanie Danzón No. 2 Arturo Márqueza (oba występy dostępne na youtube.com – do odtworzenia poprzez sfotografowanie umieszczonych niżej kodów QR telefonem komórkowym i wejście na wskazane automatycznie strony internetowe).

⁶⁰ W. Kayser, *Das sprachliche Kunstwerk. Eine Einführung in die Literaturwissenschaft*. Francke Verlag, Bern 1959, s. 55-108



Występ Alondry de la Parra



Występ Gustavo Dudamela

Alondra de la Parra dyryguje używając rozłożystych, przestrzennych gestów, momentami bez batuty, nadając całemu ciału oraz gestom rąk istotne znaczenie komunikacyjne; w jej sposobie dyrygowania istotne znaczenie mają gesty dłoni oraz komunikacja mimiczna. Ewidentnie, dyrygentka nadaje bardzo liryczny wyraz spokojniejszym partiom utworu; w partiach zdynamizowanych Danzón No. 2 dyrygentka dynamizuje swoje ruchy, wręcz aktywizując całe ciało.

Gestykulacja Gustavo Dudamela jest oszczędniejsza i mniej przestrzenna, ale za to, momentami bardzo dynamicznie kontrpunktująca zasadnicze elementy frazy muzycznej. Ruchy dyrygenta są mniej przestrzenne, wręcz oszczędne, ale wykonane z większym dramatysem. Dyrygent położył nacisk na partie dynamiczne, które tu dominują.

6. 4. Osoby prowadzące warsztaty muzyczne lub taneczne

Trzecią grupą artystów wykonawców, w odniesieniu do której możliwe (choć już trudniejsze) jest wykazanie twórczego i oryginalnego charakteru ich działań są artyści zatrudnieni do prowadzenia warsztatów muzycznych albo tanecznych. Trudność wynika z dwóch łączących się ze sobą powodów:

- (a) tego, że zawierane z tą grupą wykonawców umowy niedostatecznie (przynajmniej w świetle standardów ustalonych w najbardziej w tym zakresie wymagających wyrokach SN) dokładnie określają parametry dzieła, które ma być wykonane,
- (b) zawiera znaczną liczbę cech umowy o świadczenie usług – co do czego należy przedstawić dowody na to, że umowa w istocie jest umową na opracowanie i wykonanie dzieła.

Aby wyeliminować pierwszy problem, należałoby ustalić w umowie dokładniejsze parametry dzieła, które miałyby zostać wykonane i poprzez które to ustalenia byłaby szansa nadania mu cech indywidualności i oryginalności. Dokładniejsze ustalenie parametrów dzieła, o którym tu mowa wymagałoby w szczególności uzgodnienia w umowie scenariusza zajęć, obejmującego co najmniej opis działań podejmowanych z dziećmi, z ewentualnym uwzględnieniem własnych wykonań określonych utworów przez artystę prowadzącego warsztaty; warto byłoby również opisać w umowie koncepcję owych warsztatów, która – jak się można domyślać – zakłada unikatową interakcję uczestników i artysty prowadzącego.

Wspomniane własne wykonania są bardzo ważnym elementem rozwiązania problemu, ponieważ poprzez indywidualnie dobrany scenariusz (z określonym repertuarem utworów, figur) oraz poprzez własne wykonania utworów w ramach warsztatów, powstałaby szansa nadania całemu zdarzeniu artystycznemu indywidualnego charakteru zdeterminowanego przez osobowość artysty; co więcej, pojawiła by się także szansa wykazania niepowtarzalności każdej z edycji warsztatów w ramach tej samej umowy (co jest bardzo ważne z punktu widzenia omówionego już orzecznictwa). Owa niepowtarzalność, ale nie wynikająca po prostu z przypadku, lecz z określonego zamysłu prowadzącego zajęcia, musiałaby być ważnym elementem opisu koncepcji warsztatów.

6. 5. Członkowie orkiestr

Ze względu na istniejące orzecznictwo sądów (w tym Sądu Najwyższego) najtrudniejsze zadanie w zakresie wykazania zaistnienia w wyniku działań artystycznych utworu w rozumieniu prawa autorskiego odnosi się do doangażowanych muzyków – członków orkiestry. Problem ten należy rozpatrywać w dwóch oddzielnych aspektach:

- (a) nadania właściwego kształtu umownej koncepcji dzieła,
- (b) w ogóle podważenia prawidłowości rozumienia kwestii przez sądy, które się w tej sprawie wypowiedziały.

W orzecznictwie nie sformułowano twierdzenia, które przeczyłoby konstatacji, że wykonanie przez orkiestrę koncertu jest utworem w rozumieniu prawa autorskiego. Jednocześnie sądy nie próbowały dokładniej określić, kiedy lub w jakich warunkach koncert staje się utworem rozumianym jako całość – bo owe sądy traktują tę formę wypowiedzi muzycznej jednak jako zbiór działań różnych artystów-wykonawców, które się różnie w kontekście UstPA (a w konsekwencji UstSUS) kwalifikują. Przez to można postawić im zarzut interpretacji *non par est*. W szczególności pomijają kwestię możliwości współtwórczości oraz korzystania przez artystów wykonawców z praw pokrewnych – w ramach działań wyraźnie wymienionych w art. 85 ust. 2 UstPA.

Nieuwzględnienie bardzo ważnej prawnej kwalifikacji koncertu jako formy jednolitej (bo przecież na taką uczęszczają melomani) jest – w moim przekonaniu – zasadniczym źródłem pewnej wadliwości niemal całego tego orzecznictwa. Pominięcie go powoduje, że w rozumieniu sądów, o których tu mowa, twórcami koncertu stają jedynie soliści i dyrygent, bo to oni nadają mu twórczy (w tym oryginalny) i indywidualny charakter. W takim przypadku członkowie orkiestry to podmioty działające na zasadzie jakiegoś „żywej maszyny” albo „żywego playbacku”, który – właściwie nie wiadomo, z jakiego powodu – nie został zastąpiony przez jakąś formę mechanicznego odtwarzania muzyki. Takie ujęcie stoi w sprzeczności z nakazem jednolitej oceny działań składających się na dzieło wyrażonej w powołanym tu już orzeczeniu TSUE C-5/05 *Infopaq International v. Danske Dagblade Forening*; nie jest również zgodne z logiką przepisu art. 472 k. c. odnoszącej się do wspólnej w takim przypadku odpowiedzialności za rezultat koncertu – która także istnieje w wymiarze pozaprawnym, artystycznym.

Uznanie, że koncert (albo jest utworem, powoduje, że uprawnioną argumentacją jest ta, że stanowi on rezultat wspólnego wysiłku wszystkich osób, które biorą udział w jego wykonaniu – przy czym ich kreatywny i indywidualny wkład nie musi być o tym samym

poziomie intensywności i jakości, choć – co oczywiste – można go wykazać w odniesieniu do każdego z członków zespołu orkiestrowego (w tym dyrygenta). Takie ujęcie tej sprawy pozwala również uniknąć zagadnienia ewentualnej nieprawidłowości ogólnej oceny, że każdy instrumentalista orkiestrowy „świadczy usługi ze względu na brak elementu twórczego i indywidualnego” w jego wykonaniu w warunkach, gdy niektórzy z nich – w wielu wykonaniach - nadają poszczególnym, niekiedy rozległym, częściom koncertów ich charakterystyczną treść a przy tym nadają im indywidualny, tworzony przez siebie, charakter. Usuwają także kontrowersyjną tezę o niejednolitości prawnego charakteru prób koncertowych i samego wykonania koncertu, bo przecież w takim układzie, w koncercie chodzi o to, aby poszczególne składniki wyuczonych już (poza działaniami określonymi w samej umowie) fragmentów tego utworu scalić w jedną całość i by ewentualnie ujawnić i naprawić jakieś wady owych składników, a także uzgodnić jakąś koncepcję wykonawczą utworu.

Nie może być jednak sprawą tylko przypadku, że istnieją orkiestry uznane za bardzo dobre i takie, które za takie uznawane nie są – i to nie ze względu na umiejętności techniczne, ale ze względu na osobowości twórcze wchodzące w ich skład. To właśnie z tego powodu istnieją i takie orkiestry (np. Berliner Philharmoniker, Wiener Philharmoniker), w których istotnym, powszechnie znanym, kryterium doboru członków jest wysoka ocena ich własnej osobowości twórczej, przez co składają się one z osób, z których każda nadaje wykonywanym przez orkiestrę utworom rys swojej artystycznej indywidualności. Tę bardzo dużą staranność w doborze muzyków należy odnieść do standardów odpowiedzialności za wspólne wykonanie (a więc współautorstwo wykonawcze) koncertu pojmowanego jako dzieło wspólne muzyków – takie jakie ma zastosowanie w polskim Kodeksie cywilnym, we wspomnianym już art. 474 k. c., zgodnie z którym każdy wykonawca odpowiada nie tylko za siebie, ale także za działania osób, z którymi dzieło wykonuje. Podobnie należy ocenić praktykę dobierania członków orkiestr pod kątem ich (bynajmniej nie ocenianej jedynie technicznie) zdatności/predyspozycji do grania określonych rodzajów utworów, np. określonej epoki muzycznej. Jeszcze bardziej widać to w kontekście członków chórów, o których tu jedynie wspominamy.

Poprzez uznanie koncertu za dzieło będące rezultatem wspólnej twórczości zanika nie dostrzegany przez sądy problem sorytykalności, tj. - w tym przypadku – istnienia trudności w stwierdzeniu, jakie zespoły muzyczne (np. orkiestry kameralne, oktety, kwartety itp.) są jeszcze „zbiorami indywidualności twórczych” a jakie już nie oraz inny w sumie zadziwiający problem – czy to po prostu obecność dyrygenta (a więc tej osoby, która – w ujęciu orzecznictwa SN - „kieruje” koncertem) poniekąd automatycznie pozbawia innych członków zespołu orkiestrowego (poza solistami) zdolności do nadania koncertowi twórczego, indywidualnego charakteru.

Umowy zawierane z uwzględnieniem powyższej uwagi o tym, że koncert jest w istocie rzeczą dziełem opartym na koncepcji współtwórczości, musiałby wyraźnie wskazywać, że zaangażowanie członka orkiestry jest po to, by mógł on włączyć się, jako współautor (w rozumieniu prawa autorskiego) do tworzenia utworu w postaci koncertu.

Koncepcja współtwórczości jest – w moim przekonaniu – zasadniczą podstawą uznania umów zawieranych z członkami orkiestr za umowy o dzieło a nie takie umowy, które dotyczą świadczenia usług (i do których stosuje się reżim właściwy umowom zlecenia).

Podważenie prawidłowości rozumienia tej kwestii przez sądy, w tym – co należy podkreślić – przez Sąd Najwyższy, jest strategią trudną, bo sądy rejonowe niekoniecznie mogą

być skłonne do podważania prawidłowości rozumowania sądów wyższej instancji – choćby owo rozumowanie budziło kontrowersje.

Za uznaniem wykonań utworów przez członków orkiestr za takie, które są dziełami chronionymi przez prawo autorskie przemawia istotna liczba argumentów. Należy w tym względzie zwrócić uwagę, że artysta-wykonawca to taki artysta, który wykonuje utwór cudzego autorstwa, a więc utwór funkcjonujący już w określonym zapisie, np. nutowym albo choreograficznym (tj. „ucieleśnionym w rzeczy”), a więc zasadniczo zdeterminowanym prawidłami dziedziny sztuki, do której taki utwór przynależy. Artyści-wykonawcy korzystają więc nie z praw pierwotnych, lecz wtórnych (pokrewnych) – których zaistnienie i byt zależy od istnienia utworu pierwotnego, stworzonego w określonym zapisie. Przykładami artystów wykonawców są nie tylko artyści wykonujący utwory muzyki poważnej, ale również ci, którzy wykonują utwory muzyki rozrywkowej, w tym także utwory estradowe, które mogą łączyć odtwarzanie zapisu nutowego i choreograficznego. Ich wykonania mają charakter dzieł nieucieleśnionych w rzeczy – toteż aby korzystać z ochrony prawa autorskiego muszą posiadać cechy je indywidualizujące i wskazujące na twórczy, unikatowy charakter.

Artyści-wykonawcy wykonują utwory w zróżnicowany sposób ale zasadniczo zgodnie z określonym zapisem tych utworów w kodzie z użyciem właściwych danej dziedziny sztuki znaków (np. nut, znaków choreograficznych). W tym wymiarze działają dokładnie tak, jak soliści i dyrygenci. Bardzo ważną kwestią odnoszącą się do tego stwierdzenia, jest konieczność rozróżnienia aspektu „zróżnicowania” wykonania artystycznego (aspekt artystyczny) od ewentualnego, niepożądanego „zróżnicowania” wykonania technicznego (aspekt techniczny).

W aspekcie technicznym wszelkie utwory należy wykonywać zgodnie z ich pierwotnym zapisem, tj. tak, jak zostały one zapisane przez ich autorów (tj. autorów dzieł pierwotnych) w celu ich odtwarzania także przez artystów-wykonawców. Zamierzone naruszenie tej zasady musi być interpretowane jako naruszenie integralności dzieła, a więc naruszenie jednego z praw osobistych, które mają wobec swoich dzieł twórcy utworów pierwotnych (a więc utworów wykonywanych przez artystów-wykonawców). Niezamierzone naruszenie tej zasady, w zależności od modelu działania artysty wykonawcy, może być interpretowane albo właśnie jako naruszenie praw osobistych twórców utworu pierwotnego – np. wtedy, gdy można artyście-wykonawcy przypisać winę z niedbalstwa), albo – na przeciwległym krańcu *continuum* możliwych sytuacji - jako przypadkową rozbieżność wykonania utworu mieszczącą się jeszcze w granicach prawideł danej dziedziny sztuki. W kontekście prawa cywilnego, odstęstwa wykonania od zapisu mogą rodzić zobowiązania odszkodowawcze artysty-wykonawcy wobec strony umowy o wykonanie utworu za niewłaściwe wykonanie umowy. Odpowiedzialność tę przewiduje Kodeks cywilny w zakresie wykonań określanych jako „zawodowe” a więc mieszczące się w granicach zawodowego świadczenia usług przez artystów-wykonawców.

W aspekcie artystycznym (i – jak wspomniano – na gruncie prawa autorskiego) wręcz oczekuje się zróżnicowania sposobu wykonania utworu, bo właśnie w tym zakresie (wykonawczym) występuje nadanie mu indywidualnego charakteru przez artystę-wykonawcę oraz w tym zakresie w ogóle możemy mówić o ocenie jakości wykonania wtedy, gdy porównujemy artystów wykonawców wykonujących utwory w instytucjach kultury o najwyższej renomie, bo przecież te niezmiennie starają się angażować jedynie tych artystów, których warsztat techniczny jest najlepszy, a więc którzy gwarantują techniczną zgodność wykonywanych utworów z ich zapisem.

Powyższa uwaga jest bardzo istotna, bo implikuje, że najlepszej klasy artyści-wykonawcy, jako również najlepiej przygotowani technicznie – gwarantują największe prawdopodobieństwo osiągnięcia zgodności wykonania utworu z jego zapisem, a przy tym w ramach jakiejś uzgodnionej koncepcji utworu. Na gruncie wypracowanych w polskiej judykaturze zasad, prowadzi to do paradoksalnego wniosku, że im niższa klasa wykonawców, tym bardziej ich „utwory” (zależne?) są – z technicznego punktu widzenia – samodzielne w stosunku do tego, co wytworzył twórca utworu pierwotnego, a tym samym tym bardziej mają indywidualny, odróżniający je od innych, charakter. Takiego paradoksu nie akceptuje się zarówno w praktyce działalności artystycznej, jak i w praktyce jej krytyki, a także w ocenie prawnej, gdyż jest oczywiste, że przy wysokich technicznie wykonaniach należy brać pod uwagę osobisty, kreatywny wkład artystów wykonawców do utworu, a więc to, co określa się sposobem interpretacji utworu, w ramach której – z punktu widzenia postrzegania w kryteriach artystycznych - utwór i twórca tworzą (oczywiście efemerycznie, na czas wykonywania utworu) jedną całość.

Należy podkreślić, że tak pojętej interpretacji utworu wymaga się nie tylko od artystów wykonawców wykonujących utwory w układzie, w którym ich wykonawstwo jest szczególnie wyeksponowane (soliści), jak również w układzie, w którym wykonują oni utwór wspólnie z innymi tak, że żaden z członków tak stworzonego zespołu nie jest solistą (np. zespoły wokalne, wokально-instrumentalne, instrumentalne), jak również wtedy, gdy zespół tworzy artystyczne tło we wspólnym wykonaniu utworu z udziałem solisty bądź solistów. Na artystyczny wyraz wykonania składa się bowiem nie tylko (artystycznie przejawiająca się) jakość wykonania utworu przez osoby w występie wyeksponowane, ale także jakość (artystycznie przejawiająca się) wykonania wspomnianego tła. To właśnie z tego powodu najwyższej klasy soliści występują tylko z najwyższej klasy orkiestrami. Odrzucenie tego oczywistego wniosku prowadzi do zadziwiającego wniosku, że możliwa jest sytuacja, w której koncertu nie wykonuje żadna osoba mająca status twórcy utworu w kontekście UstPA, ale koncert ten jest nagrany, zaś prawa autorskie (od kogo nabyte?) podmiotu, który sprzedaje nagranie są jednak chronione, bo przecież ów koncert jest „utworem”.

Wadliwa wydaje się także koncepcja samoistności dzieła wykonawczego przyjęta przez SN. Jest tak dlatego, że nie wydaje się ona określać wymaganego odróżniania się wykonań od siebie w sposób, który mógłby być opisany jakimiś obiektywnymi predykatami. W odniesieniu do artystów wykonawców SN po prostu przyjmuje, że wykonania koncertowe utworów członków orkiestr po prostu nie mogą być od siebie różne. Takie podejście abstrahuje od koncepcji „niezależności dzieła od jego wartości”, o której mowa w art. 1 UstPA oraz uznanej w prawie autorskim twórczości równoległej. Co więcej, przyjęcie koncepcji SN, wprowadza ten organ w obszar, w którym utwory rzadko wykonywane mają możliwość uzyskania swoistej premii za „oryginalność” podczas gdy utwory bardzo popularne (np. 1 koncert fortepianowy b-moll Piotra Czajkowskiego) będą stwarzać ryzyko istnienia już wykonania wystarczająco podobnego, by nawet solistom nie gwarantować wymaganego poziomu samoistności dzieła.

Jednocześnie, analiza materiału faktycznego wymaga jednak przypatrzenia się samemu utworowi – bo ten może stwarzać znaczne pole twórczej interpretacji. Przykładem tego rodzaju sytuacji są dwie partie orkiestrowe partytury baletu Piotra Czajkowskiego „Dziadek do orzechów”.

Przypadek wybranych partii orkiestrowych partytury baletu Piotra Czajkowskiego „Dziadek do orzechów”

Uwertura (akt 1 baletu)

Sama uwertura baletu, podobnie zresztą jak inne części tej opery może funkcjonować na własnych prawach, jako odrębny utwór. Uwertura rozpoczyna się charakterystycznym dialogiem nawiązywanym przez skrzypce, do którego dołączają inne instrumenty (altówki, flety, fagoty i dzwonki, a potem pozostałe instrumenty orkiestry). Artystyczne wybory co do kształtu tego utworu (w jego wymiarze instrumentalnym) są dokonywane przez dyrygenta, który jednak niekoniecznie chce i może kontrolować występujące tu i nadające utworowi jego charakter *staccata*. To poszczególni wykonawcy mogą decydować o wymiarach agogicznych wykonania. Utworowi, jego charakter mogą więc nadać poszczególni artyści-wykonawcy, choć bardziej prawdopodobne jest to, że w percepcji publiczności, to raczej partia np. fletów będzie dominująco kształtować odbiór. W danym wykonaniu dyrygent może przy tym w jakimś zakresie ograniczyć swobodę twórczą członków orkiestry.

„Galop dziecięcy i wejście rodziców” (akt 1 baletu)

Utwór (także zdolny do funkcjonowania na swoich własnych prawach) rozpoczyna się charakterystyczną partią trąbek, do których nieco później dołączają instrumenty smyczkowe, ale przy wzmocnieniu partii wszystkich instrumentów dętych). Partia trąbek (bardzo znana i często ogrywana) może być bardzo zróżnicowana w zakresie tempa, dynamiki i wykonania wskazań agogicznych (zwłaszcza sposobu realizacji charakterystycznego *staccato*). W wykonaniu tej partii, z uwagi na to, że jest ona podkładem muzycznym partii baletowych, tak dyrygent, jak i członkowie orkiestry muszą brać pod uwagę możliwości zespołu baletowego oraz sam charakter inscenizacji w warstwie wizualnej

W większości wykonania zwłaszcza udział wykonawców-instrumentalistów odtwarzających początkowe partie utworu ma charakter twórczy.

6. 6. Członkowie zespołów tanecznych – niesoliści

W balecie, niesoliści tworzą dwie grupy: koryfejów (koryfeuszy) i tzw. *corps de ballet*. Do pierwszej grupy zaliczamy tancerzy, którzy jeszcze nie są solistami, ale też nie są „zwykłymi członkami” zespołu baletowego, który tańczy partie zespołowe, zazwyczaj stwarzające perspektywę dla występów solistów albo tańczących układy zespołowe bez solistów i nawet bez koryfeuszy.

W ujęciu prawnym, istotną kwestią dla oceny występów koryfeuszy jest to, że – przynajmniej w baletach klasycznych – wykonują oni tańce w mniejszych grupach („towarzystwo głównych bohaterów”) lub takie rozproszone w fabule partie solowe, których nie przypisano solistom. Z tego powodu, nie ulega najmniejszej wątpliwości, że wywierają oni zarówno piętno na samym utworze, jak i tworzą utwory sceniczne, będące częściami całej

inscenizacji, które mogą być traktowane jako samodzielne utwory. Ten przypadek ilustrują wszystkie partie 2. aktu baletu „Dziadek do orzechów” Piotra Czajkowskiego. Weźmy jednak za przykład partię taneczną tańca rosyjskiego - trepaka.

Przypadek rosyjskiego tańca trepak z 2. aktu baletu „Dziadek do orzechów” Piotra Czajkowskiego (inscenizacja w reżyserii i choreografii Aleksandra Kalinina)



Wykonanie trepaka w inscenizacji Aleksandra Kalinina (źródło: youtube.com)

Profesjonalne wykonanie partii powierza się artystom-wykonawcom o znacznych umiejętnościach technicznych, wykraczających daleko poza standard wymagany wobec członków *corps de ballet*. Z tego powodu partię tę Aleksander Kalinin powierzył 4 koryfejom, którzy – każdy osobno – popisują się w występie karkołomnymi, bardzo przestrzennymi figurami tanecznymi odzwierciedlającymi ludową tradycję kozacką. Każdy z koryfejów wywiera własne piętno na wykonaniu trepaka; jednocześnie zasadnicze wrażenie powstaje w wyniku działania wszystkich czterech koryfejów.

W przypadku występów samego *corps de ballet* należy zauważyć, że mogą one – w mało typowej postaci – polegać na wykonywaniu zadań statystów (tzn. działań niewymagających wykazania się żadnymi szczególnymi umiejętnościami i wypracowania żadnej koncepcji postaci (czy zespołu postaci)). W takim przypadku nie ma mowy o tym, by tego typu działania kwalifikować jako te, w których przejawia się kreatywność wymagana w art. 1 UstPA, a zatem i indywidualizm. Owe działania mieszczą się w ramach świadczenia usług, do których stosuje się przepisy K. c. dotyczące umów zlecenia.

W przypadkach typowych dla baletu, rzadko jednak mamy do czynienia z taką sytuacją. Udział poszczególnych członków *corps de ballet* w przedstawieniach jest na ogół twórczy, choć niekoniecznie wszystkie partie mogą spełniać wymóg osiągnięcia wystarczającego stopnia zindywidualizowania, o którym wspomina się w przytoczonym w tej opinii orzecznictwie. Wystarczający poziom kreatywności i indywidualizacji wykazują te partie, w których poszczególni członkowie *corps de ballet* przestają być ruchomym (ale pasywnym – bo niewystarczająco eksponowanym i nie dającym przestrzeni swobody twórczej) tłem głównych postaci. W przypadku gdy jednak przestrzeń ta istnieje i jest faktycznie wykorzystana, członkowie *corps de ballet* osiągają wystarczający poziom indywidualizacji.

Przypadek wykonania mazura z IV aktu opery „Straszny Dwór” (scena 7.) Stanisława Moniuszki w reżyserii Davida Pountneya i w choreografii Emila Wesolowskiego (2018 r.)



Mazur z opery „Straszny Dwór” w inscenizacji Davida Pountneya (źródło: youtube.com)

Koncepcja wykonania mazura w tej inscenizacji znacząco odbiega od tradycji inscenizacyjnych. Przez to całe to wykonanie jest utworem mającym bardzo indywidualne cechy. Sam mazur jest poza tym całością zdolną do funkcjonowania na swoich własnych prawach, tj. jako samodzielny utwór. Partie przypisane poszczególnym członkom *corps de ballet* uwypuklają ich własny udział poprzez wplecenie krótkich partii przypominających występy koryfeuszy albo (mniej) partii solowych – z możliwością zbudowania jakiejś koncepcji postaci. Co warte zauważenia, w pewnej części sceny działania solistek (odgrywających partie Hanny i Jadwigi Edyty Piaseckiej i Elżbiety Wróblewskiej) polegające na przejeździe powozem przez scenę mogłyby (oczywiście w zupełnej izolacji) przypominać działania statystów.

Inszenizacja wymaga dokładnej analizy roli poszczególnych członków *corps de ballet* w tej części przedstawienia. Uczestnicy scen grupowych w mazurze, których udział został przez reżysera uwypuklony niewątpliwie mają najbardziej twórczy udział w scenie.

Niekiedy wywoływana w toku kontroli kwestia uprzedniego uzgodnienia kształtu dzieła nie ma takiego znaczenia, jak to niekiedy próbuje się sugerować. Zgodnie z zasadami interpretacji umów należy bowiem brać pod uwagę wszystkie istotne okoliczności kontekstu, w tym zatem i to, jakie są prawa gatunku. W tym przypadku artyści-wykonawcy na stosunkowo wczesnym etapie przygotowania przedstawienia dowiadują się, jaka ma być ich rola w przedstawieniu i jakie są jej ramy koncepcyjne. Są również w stanie – w tychże ramach – zaproponować własne koncepcje wykonania roli a nawet odrzucić takie, które – z jakichś istotnych dla nich powodów (tj. ze względu na znajomość własnych możliwości fizycznych, z

uwagi na przekonanie o nieobyczajności) – nie mogą być przez nich zaakceptowane i muszą bądź mogą być przez to negocjowane już w toku przygotowań twórczych.

6. 7. Aktorzy

W literaturze przedmiotu uznaje się, że prawna kwalifikacja wkładu aktorów (albo – w innym ujęciu – odtwórców ról w utworach audiowizualnych) do utworów budzi kontrowersje.⁶¹ Nie dotyczą one jednak tego, czy ich udział jest świadczeniem dzieła, czy usług, lecz raczej kwalifikacji rezultatu ich działań jako współautorstwa dzieła albo po prostu jako korzystania z praw pokrewnych (wykonawczych), o których mowa w art. 85 ust. 2 UstPA. W doktrynie nie jest w szczególności zupełnie sporne to, że – zgodnie zresztą z przepisem art. 86 ust. 1 UstPA, prawo artystów-wykonawców obejmuje ochronę praw osobistych oraz uprawnień do korzystania z artystycznego wykonania i rozporządzania prawami do niego na wskazanych w tym przepisie polach eksploatacji (odnoszących się zasadniczo do utrwalania występów oraz ich zwielokrotniania, obrotu egzemplarzami utrwalonych wykonań oraz rozpowszechniania artystycznego zapisu w innych, trwałych, formach). Jest to rozwiązanie oczywiste, gdyż chroni możliwość eksploatacji praw artystów-wykonawców poza naturalnym obszarem (samego występu), za który przecież otrzymują oni i tak wynagrodzenie i w odniesieniu do którego po prostu nie da się naruszyć ich interesów prawa autorskiego – wtedy, gdy jest ono wykonaniem twórczym. Jeżeli zaś tak nie jest, nie ma w ogóle zastosowania przepisów UstPA – ani tego, ani jakiegokolwiek innego; nie ma także konieczności ochrony takich nietwórczych „wykonań” na gruncie prawa autorskiego.⁶²

O zdolności wytwarzania/współtworzenia utworów w rozumieniu prawa autorskiego przesądza także treść przepisów art. 87-88 UstPA, które w odniesieniu do wszystkich artystów wykonawców przewidują:

- (a) *cessio legis* polegające na tym, że „jeżeli umowa nie stanowi inaczej, zawarcie przez artystę wykonawcę z producentem utworu audiowizualnego umowy o współudział w realizacji utworu audiowizualnego [automatycznie] przenosi na producenta prawa do rozporządzania i korzystania z wykonania, w ramach tego utworu audiowizualnego, na wszystkich znanych w chwili zawarcia umowy polach eksploatacji” (art. 87 UstPA);
- (b) zasadę, zgodnie z którą nie uznaje się korzystania przez takich artystów z tego prawa za naruszenie narusza prawa autorskiego do samego wykonywanego utworu.

I w przypadku występów aktorskich istotną kwestią jest kreatywność i indywidualizacja występu. Z tego powodu udział w przedstawieniu teatralnym albo w filmie polegający na odgrywaniu pasywnego (co nie oznacza nie ruszającego się) tła, bez uzyskania swobody twórczej kształtowania koncepcji postaci i jej faktycznej realizacji scenicznej, nie jest

⁶¹ Zob. np. M. Czajkowska-Dąbrowska, *Prawa pokrewne*, w: J. Barta (red.), *Prawo autorskie, System Prawa Prywatnego*, t. 13, C. H. Beck, Warszawa 2007, s. 327

⁶² Dotyczy to np. suflerów czy techników sceny.

występem chronionym przez prawo autorskie. Kwestię tę ilustruje np. scena zabójstwa Alfreda Illa w „Wizycie starszej pani” w inscenizacji reż. Waldemara Krzystka.

Przypadek sceny zabójstwa Alfreda Illa w dramacie Friedricha Durrenmatta „Wizyta starszej pani”, Teatr TV, 2002 r. w reżyserii Waldemara Krzystka

Niema scena zabójstwa Alfreda Illa (w inscenizacji wyk. Jerzy Stuhr) jest węzłowa dla sztuki. Zgodnie z fabułą Durrenmatta, zabójstwa dokonują mieszkańcy miasteczka odwiedzonego przez Klarę Zachanassian (wyk. Krystyna Janda), z jej raczej subtelnego poduszczenia. „Mieszkańcy miasteczka” w tej scenie mają stwarzać wrażenie bezimiennej grupy; niektórzy jej członkowie jednak indywidualizują się poprzez uwypuklenie w sztuce ich gestów, a zwłaszcza mimiki. Scena raczej nie może być samodzielnie utworem, jednak sposób zagrania jej decyduje znacząco o realizacji programu artystycznego samej sztuki oraz o wydziwisku/wrażeniu, które stara się stworzyć reżyser. W tym celu reżyser zdecydował się właśnie na uwypuklenie niektórych postaci tłumu, co pozwoliło odtwarzającym je aktorom na stworzenie koncepcji postaci.

Udział tych aktorów, którzy zindywidualizowani grane przez nich postaci zabójców i ten wysiłek został pokazany w tej scenie ma zatem, i to zdecydowanie, charakter twórczy.

Kontrastuje z tym obrazem inny, pochodzący z filmu „Faraon” (w reż. Jerzego Kawalerowicza – scena otwierająca to dzieło, przedstawiająca bieg jednego z wysokich dowódców wojska egipskiego, Eunany. W tym przypadku, osoby zatrudnione w tle odgrywają rolę plastycznej perspektywy dla postaci dominujących w danej scenie (tj. wspomnianego wodza). Ich udział w filmie jest zatem czysto techniczny, nie twórczy, ponieważ funkcja jest po prostu „bycie w kadrze” a nawet służenie ciałem do wywołania efektu stroboskopowego.

Przypadek sceny otwierającej film „Faraon” z 1966 r. reżyserii Jerzego Kawalerowicza

W scenie otwierającej film „Faraon” przedstawiono biegnącego w przeciwnym kierunku do oddziałów wojska Eunany (wyk. Ryszard Rączewski). W scenie tej Ryszard Rączewski musiał pokazać zmieniające się emocje odgrywanej postaci, a także jej rosnące zmęczenie i niepokój wynikający z bliskiego spotkania z faraonem Ramzesem (wyk. Jerzy Zelnik). Dla postaci Eunany, wielosetosobowe oddziały wojska są jedynie pasywnym tłem.

Nie ulega wątpliwości, że rola Eunany została odegrana w sposób twórczy. Reżyser nie chciał natomiast w jakikolwiek sposób aktywizować osoby w tle. Stąd należy je uznać za statystów. Ci zaś nie wykonują zadań twórczych w filmie.

Ten sam problem, i do w dwóch płaszczyznach (realnej i fabularnej) może być zilustrowany także przykładem koncepcji roli Ewy (wyk. w filmie przez Hannę Mikuć) we wspomnianym już w tej opinii filmie w reż. Stanisława Różewicza „Kobieta w kapeluszu”.

Przypadek roli Ewy (wyk. Hanna Mikuć) w filmie „Kobieta w kapeluszu” z 1984 r. w reżyserii St. Różewicza

Jeden z wątków fabuły filmu dotyczy kwestii obsadzenia głównej bohaterki filmu, aktorki Ewy w epizodycznej, filmowej roli „kobiety w kapeluszu”. Gdy Ewa próbuje się od reżysera filmu dowiedzieć, czegokolwiek, co pozwoliłoby jej zbudować koncepcję postaci i ją odegrać, dowiaduje się od reżysera, że jest to „bez znaczenia”, bo jej udział w filmie to po prostu „bycie kobietą w kapeluszu” (a więc postacią bez nadanych przez kogokolwiek z (współ)twórców filmu właściwości) i to bez nawet najkrótszego dialogu, czy monologu. Ewa uznaje tę ofertę za zawodowo niesatysfakcjonującą i ją odrzuca.

W warstwie rzeczywistej (realizacji filmu), udział Hanny Mikuć jako odtwórczyni głównej roli polega na twórczym współtworzeniu utworu. Kwestia ta nie ulega żadnej wątpliwości, toteż nie potrzeba jej już tu bliżej wyjaśniać.

W warstwie fabularnej (tego, co film przedstawia), rola „kobiety w kapeluszu” bez żadnych właściwości uczyniłoby udział Ewy w filmie również bezkonceptyjnym – a więc na zasadach właściwych statystom. Ci, jeżeli ich udział w filmie polega na „byciu”, „tworzeniu pasywnego tła” dla akcji, zasadniczo nie tworzą dzieła, chyba, że ich udział jest jakoś istotnie celowo uwypuklony.

Podobna sytuacja ma miejsce w scenie odegranej przez Zbigniewa Zamachowskiego i Lejba Fogelmana. Scenę tę charakteryzuje swoista dynamika powodująca, że dopiero w jej pełnym rozwinięciu, aktorzy grający jej postaci są w stanie nadać im indywidualnego charakteru, czyli – innymi słowy – zbudować i zrealizować koncepcję postaci.

Przypadek sceny handlu złotymi monetami z filmu „Pianista” z 2002 r. w reżyserii R. Polańskiego

Scena handlu złotymi monetami (wyk. Zbigniew Zamachowski i Lejb Fogelman) została odegrana przez artystę zawodowego i amatora. Na samym początku sceny ich udział sprowadza się do stworzenia pasywnej perspektywy dla występu tytułowego bohatera (wyk. Adrien Brody), jednak scena – w której nie ma słów, a jedynie gesty – finalizuje się poprzez nadanie obu postaciom cech bardzo indywidualizujących.

Nie ulega zatem żadnej wątpliwości, że udział obu wykonawców w filmie miał charakter twórczy, bez względu na amatorski status jednego z nich.

W innym przykładzie swoistej anegdoty filmowej, scena będąca składnikiem filmu jest tak wyrazista i tak luźno związana z zasadniczą linią fabularną (albo ściślej, osią syntagmatyczną) filmu, że nie tylko decyduje o tym, że cały film bez niej „byłby innym dziełem”, ale że jest również zdolna do bycia samodzielną jednostką prawa autorskiego. Ilustruje to scena u sklepikarzowej będąca częścią składową filmu „Korczak” w reż. Andrzeja Wajdy

Przypadek sceny u sklepikarzowej z filmu „Korczak” z 1990 r. w reżyserii Andrzeja Wajdy

Rola sklepikarzowej (wyk. Stanisława Celińska) w tym filmie jest krótka, epizodyczna. W zasadniczej części trwa nieco ponad minutę. Odtwarza przy tym scenę z życia Janusza Korczaka, której opis Korczak nam pozostawił w swoim „Pamiętniku”. Odtworzona przez Stanisławę Celińską postać jest bardzo charakterystyczna i ma uwypuklać surrealizm sytuacyjny zdarzeń, które stały się częścią fabuły filmu. Ze względu na swoje zamknięcie, scena nie tylko jest wyrazistym elementem filmu, lecz może być również traktowana jako dzieło na własnych prawach.

Nie ulega wątpliwości, że udział wykonawcy roli sklepikarzowej w filmie ma charakter twórczy – pomimo epizodycznego udziału i nawet braku właściwości bycia zasadniczym elementem fabuły dzieła.

7. Wnioski

Przedstawiony problem objęcia lub nieobjęcia działań artystów wykonawców (takich jak soliści, dyrygenci, artyści prowadzący warsztaty muzyczne oraz artyści doangażowani, aktorzy, tancerze) obowiązkiem odprowadzenia składek ubezpieczenia społecznego (emerytalnego i rentowego) odzwierciedla wątpliwości dotyczące kwalifikacji ich działań albo jako takich, które polegają na wytworzeniu utworów znajdujących się pod ochroną prawa autorskiego, albo jako zwykłe świadczenie usług, do których stosuje się reżim właściwy dla umów zlecenia.

Różnice w kwalifikacji umów zawieranych przez artystów-wykonawców z instytucjami kultury mają istotne znaczenie dla ukształtowania interesów tych osób. W obecnym systemie kwalifikacja umów zawartych poza stosunkiem pracy jako tzw. „umów zlecenia” może (przy spełnieniu przez owych artystów innych wymagań z zakresu prawa zabezpieczenia społecznego) dać im w przyszłości jedynie świadczenia ZUS; z kolei korzystanie z praw autorskich pozwala na korzystanie przez tych artystów (a nawet ich spadkobierców) z długotrwałej możliwości eksploatacji praw autorskich (praw pokrewnych).

Z umowami zawartymi z poszczególnymi artystami związane jest zróżnicowane prawdopodobieństwo uznania uzgodnionych w nich działań artystycznych za świadczenie usług. W odniesieniu do solistów i dyrygentów, tancerzy solistów, koryfejów i aktorów odgrywających główne role jest ono relatywnie małe. Prawdopodobieństwo to jest nieco większe w odniesieniu do artystów prowadzących warsztaty muzyczne, zaś największe w stosunku do artystów doangażowanych do wykonywania koncertów, do członków *corps de ballet*, a także aktorów, których role nie dają możliwości twórczego budowania odgrywanych postaci. Implikuje to jednak, że tam gdzie ta możliwość istnieje i jest wykorzystywana, osoby te wykazują się wymaganą kreatywnością i indywidualnością w realizacji dzieła, co implikuje zastosowanie do nich również reżimy właściwego dla umów o dzieło.

W każdym bowiem z tych przypadków, mamy do czynienia z działaniami, które – w koncepcji sądów, w tym Sądu Najwyższego – mogą się kwalifikować jako takie, w których dzieło (jeżeli powstaje) jest niematerialne i „nieucieleśnione w rzeczy”. Jako takie dzieła prawa autorskiego owe sądy kwalifikują te, w odniesieniu do których można wykazać po pierwsze, że o ogóle są dziełami w rozumieniu Kodeksu cywilnego, a także gdy udowodni się definiowaną przez owe sądy kreatywność (oryginalność) wkładu osób te działania podejmujące, a także zindywidualizowanie rezultatu.

Zasadniczym niedociągnięciem wspomnianego podejścia sądów, jak również i w części konstrukcji umów zawieranych z artystami jest pominięcie tego, że koncerty (i inne dzieła tworzone w warunkach udziału wielu osób) są rezultatem współtwórczości wszystkich artystów uczestniczących w ich wykonaniu. W takim kontekście udział poszczególnych artystów wykonawców w wykonaniu koncertów jest zróżnicowany, ale – zarówno w kontekście konstrukcji współtwórczości UstPA, jak i orzecznictwa TSUE – nie na tyle by wyłączać uprawnienia prawa autorskiego wobec poszczególnych grup wykonujących ten sam koncert. Pogląd ten wzmacnia regulacja UstPA dotycząca traktowania praw pochodnych powstających w kontekście i w wyniku wykonań artystycznych (art. 85 ust. 2 UstPA).

Organy kontrolne należy zachęcić do tego, by w ramach prowadzonych w instytucjach czynności dokonywały bliższej analizy umów pod kątem:

- (a) bliższego stwierdzenia natury utworów, które mają być na ich podstawie wykonywane i identyfikacji, czy w odniesieniu do danej, ocenianej partii, stwarzają one artyście-wykonawcy obiektywną możliwość indywidualnej kreacji;
- (b) sprawdzenia, czy dysponując taką możliwością dany artysta-wykonawca mógł z niej skorzystać zważywszy na koncepcję utworu zaproponowaną przez innego twórcę (reżysera lub dyrygenta), który – kierując się prawami gatunku – ma możliwość ograniczenia swobody twórczej artystów-wykonawców;
- (c) czy dany artysta-wykonawca istotnie z niej skorzystał.

