

## Walka o neuronalne terytoria. Zastosowanie zdobyczy nauk kognitywnych w badaniu naruszeń prawa o ochronie znaków towarowych

Nauki kognitywne i ich metody z ogromnym rozmachem wkraczają w sferę życia codziennego. Obserwując dynamiczny rozwój neuroekonomii czy neuromarketingu, przekonujemy się, że zastosowanie metod takich jak fMRI pozwala spojrzeć na całe spektrum zagadnień w całkiem nowy sposób, uświadamiając nam, jak gigantyczną rolę w codziennych decyzjach odgrywają procesy nieświadome i niekontrolowane.

Także prawo korzysta z osiągnięć neuronauk, stosując je w coraz szerszym zakresie, przede wszystkim w ramach procesu karnego i kryminalistyki. Jakkolwiek w Polsce stosowanie metod obrazowania nie zyskało jeszcze takiej popularności, jaką cieszy się chociażby w Stanach Zjednoczonych, niemniej należy się spodziewać dynamicznego rozwoju tej techniki również w rodzimym prawie. Ze względu na swoistość prawa amerykańskiego, czyli *common law*, opierającego się w większej mierze na precedensie niż prawie stanowionym, zastosowanie technik obrazowania zaczęło dynamicznie kształtować system prawny. Znany jest przypadek Herberta Weinsteina, który zamordował swoją żonę, po czym, by upozorować samobójstwo, zrzucił ją z balkonu. Obrona, wobec braku argumentów, zdecydowała się na badanie rezonansem, które wykazało specyficzne zmiany w mózgu Weinsteina i, mimo iż naukowcy nie akceptowali wówczas powszechnie wyników skanowania mózgu, doprowadziło do przekwalifikowania czynu z zabójstwa pierwszego stopnia (z premedytacją) na nieumyślne spowodowanie śmierci. Ze względu na europejski system prawny takie rozwiązanie nie mogłoby zostać zaakceptowane, niemniej jednak wspomniany wyżej przypadek ukazuje, jak dalece metody obrazowania mózgu mogą wpłynąć na prawo.

Omówiony powyżej przykład dotyczył prawa karnego, w którym badanie mózgu za pomocą rezonansu jest uzasadnione z kryminalistycznego punktu widzenia. Nie jest nowością odkrywanie za pośrednictwem metod naukowych nowych uwarunkowań do agresji czy określonego rodzaju zachowania. Zupełnie inaczej rzecz się ma jeśli chodzi o prawo autorskie, w tym szczególnie prawo ochrony znaków towarowych.

W polskim prawie, zgodnie z ustawą Prawo własności przemysłowej, znak towarowy to „każde oznaczenie przedstawione w sposób graficzny lub takie, które da się w sposób graficzny wyrazić, jeżeli oznaczenie takie nadaje się do odróżniania w obrocie towarów jednego przedsiębiorstwa od tego samego rodzaju towarów innych przedsiębiorstw. Może to być w szczególności wyraz, rysunek, ornament, kompozycja kolorystyczna, forma przestrzenna, w tym forma towaru lub opakowania, a także

melodia lub inny sygnał dźwiękowy” [Prawo Własności Przemysłowej, art. 120 ust. 1 (Dz.U. 2001, Nr 49, poz. 508)].

W Polsce wykorzystanie nauk kognitywnych w prawie o ochronie znaków towarowych to wciąż melodia przyszłości, wydaje się bowiem, że w sprawach z zakresu prawa autorskiego zastosowanie tego typu metod naukowych, w przeciwieństwie do prawa karnego, jest bezcelowe. Jest to jednak niesłuszna intuicja. Zauważyć można, że ochrona znaków towarowych oparta jest na przesłankach natury psychologicznej, tak zresztą jak i sama reklama. Jak zostanie później dowiedzione, znak towarowy czy reklama zagrożone są przez proces „rozmycia” bądź wyparcia ich przez inne, acz podobne znaki lub reklamy. Jest to z punktu widzenia gry rynkowej zabieg często stosowany. Nazwanie podrzędnego produktu podobnie czy identycznie jak innego, jednak o wyrobionej marce, może zwiększyć prestiż firmy żerującej, a zaszkodzić tej, która z określonym znakiem wiąże swoją pozycję i buduje pozytywny wizerunek wśród konsumentów.

Należy sobie uświadomić, że decyzje odnośnie do wyboru produktu zapadają w naszym mózgu w ciągu zaledwie kilku milisekund, podejmowane są więc nieświadomie, głównie na podstawie emocji i skojarzeń. Naturalne jest także, że w sytuacji natłoku bodźców reklamowych atakujących nasz mózg część informacji zostaje z niego wyparta, część bodźców osłabiona, a zaledwie niektóre udaje się zapamiętać. Nietrudno to zrozumieć, biorąc pod uwagę, że przeciętny Amerykanin (jakkolwiek jest to przykład najbardziej ekstremalny) widzi dziennie około trzech tysięcy logo. Wobec tego, aby taki znak został zapamiętany, powinien wpłynąć odpowiednio silnie na emocje, które są jednym z najważniejszych czynników oddziałujących na zapamiętywanie. Mimo że chcielibyśmy zapewne wierzyć, iż nie poddajemy się sile logo bezwiednie i emocjonalnie, musimy sobie uświadomić, że racjonalizacja jest tylko iluzją, a proces poddawania się reklamie to proces neurologiczny.

Emocje i zachowania instynktowo-popędowe regulowane są w węchomózgowiu, powiązanych bezpośrednio z układem limbicznym, gdzie znajduje się ciało migdałowate odpowiedzialne za przetwarzanie bodźców takich jak przyjemne/nieprzyjemne, hipokamp, czyli struktura odpowiedzialna za pamięć oraz wzgórze wraz z podwzgórzem, które poprzez hormony wpływają na emocje. Zatem to układ limbiczny wraz ze strukturami odpowiedzialnymi za przetwarzanie bodźców, emocje i pamięć odpowiadają za zapamiętanie znaku towarowego. Wniosek z tego następujący: dzięki emocjom udaje nam się zapamiętać określone bodźce, które następnie, trafiając do naszej siatki skojarzeń, wpływają na odbiór kolejnych bodźców.

Ten zachodzący w mózgu proces można zobrazować za pomocą kazusu związanego z marką *Tiffany's*. Otóż nazwa słynnego ekskluzywnego sklepu jubilerskiego została wykorzystana do rozreklamowania klubu ze striptizem. Jakkolwiek sędzia rozpoznający tę sprawę uznał, że racjonalny konsument nie pomyli marki jubilerskiej z tego typu klubem, zgodził się jednak, iż umysł może nieświadomie skojarzyć te dwie marki, przez co renoma słynnego jubilera zostanie mocno nadszarpnięta.

W 2000 roku Maureen Morrin i Jacob Jacoby przeprowadzili eksperyment, podczas którego przedstawiali reklamy popcornu o nazwie Heineken, ciasteczek dla psów Dogiva oraz firmy prawniczej Hyatt. Eksperyment ów miał na celu sprawdzenie, jak reklamy różnych produktów, o nazwach identycznych lub zbliżonych do nazw

produktów słynnych marek, wpłyną na szybkość kojarzenia bardziej znanych firm. W wyniku eksperymentu dowiedziono, że ekspozycja na zmylające reklamy, mających „rozmyć” skojarzenia z główną marką, spowolniły u badanych proces identyfikacji oryginalnego produktu z marką. Były to co prawda różnice rzędu milisekund, jednak jak zostało to już wcześniej podkreślone, decyzja o wyborze produktu zapada w wyniku skojarzenia dokonującego się właśnie w tak krótkim czasie. Tak więc zwiększenie koniecznego mentalnego wysiłku dla rozpoznania marki może mieć znaczące skutki. W świetle prawa o ochronie znaków towarowych było to nie lada odkrycie, uświadamiające, jak często pozornie inne nazwy czy logo (np. opisane w eksperymencie porównanie Godivy i Dogivy) mogą wpłynąć na decyzję konsumentką.

Inne badania neurologiczne także doskonale ukazały, jak często naszym wyborem rządzi marka, nie zaś jakość produktu. Otóż zapytani o swoje preferencje, respondenci stwierdzali, że cola smakuje im bardziej niż pepsi. Kiedy jednak zawiązano im oczy, okazało się, że smak pepsi był dla nich faktycznie bardziej pociągający. Badani w rzeczywistości kierowali się swoimi pozytywnymi skojarzeniami z danym produktem, co potwierdziły wyniki obrazowania fMRI. Eksperymenty takie jak wyżej opisany dowiodły, że marka kształtuje rzekomo rzeczywiste informacje zmysłowe, jak smak czy zapach, przed faktycznym spróbowaniem produktu przez konsumenta. Mózg jednak zwodzi nas, formułując sąd na temat produktu, nim go spróbujemy, równocześnie tworząc iluzję podjęcia decyzji w tej właśnie chwili. Wiele rzekomo racjonalnych decyzji jest zaledwie wrażeniem ukształtowanym przez sieci neuronów. Wydaje się więc, że zabiegi marketingowe wpływają na nasz umysł. Jak jednak dowodzi Robert Lee Hotz w artykule *Mapping the Mind: Searching for the Why of Buy*, reklama może nie tylko zmienić nasz umysł, ale wręcz wpłynąć na mózg. Aby to udowodnić, przywołuje się jako przykład naukę gry na pianinie, dzięki której zmianie mogą ulec poszczególne części kory mózgowej. Analogicznie traktuje się częste oglądanie tej samej reklamy.

Tak więc można dojść do wniosku, że specjaliści od marketingu poprzez reklamę mogą sprawić, że zafundują nam nasz mózg, co doskonale tłumaczy ogromną popularność neuromarketingu. Ludzki mózg jest jednak narzędziem niedoskonałym i o ograniczonej pojemności, a zatem pewne marki zajmujące w nim określone miejsce mogą zostać wyparte przez inne. Może się też okazać, iż dana firma wykorzystuje skojarzenie z marką na tyle silnie zakorzenione, że zamiast je wyprzeć, niejako skorzysta z cudzego sukcesu marketingowego. Na przykład użyje takiej samej nazwy dla zupełnie innego produktu, pozwalając, aby nasz mózg sam zapracował na komercyjny sukces, nazywając napój dla sportowców Reksona i pasożytując równocześnie na marketingowej maszynie koncernu kosmetycznego Rexona. Tak więc marki poprzez reklamy, logo i znaki towarowe walczą o neuronalne terytoria w naszym mózgu, wiedząc, że w obliczu natłoku informacji musi on filtrować bodźce, aby nie ulec przeciążeniu. Znak towarowy musi być zatem wyrazisty. Jeśli jednak pojawi się inny znak, w pewien sposób, lecz niezupełnie, może dojść do równie niepożądanego procesu, a mianowicie zatarcia granic i pomieszania symboli, co prowadzi do niespójności.

Można więc powiedzieć, że mamy do czynienia z dwoma sposobami naruszenia znaku towarowego. Zewnętrznym, który polega na skopiowaniu czy też zbyt dosłownym nawiązaniu do nazwy, symbolu, logo, kształtu opakowania itp., oraz wewnętrznym

nym, który doprowadza do rozmycia i zatarcia skojarzeń. Dlatego właśnie słynny amerykański sędzia i teoretyk prawa Richard Posner w sprawie *Ty Inc. kontra Ruth Perryman* uznał, że zacieranie skojarzeń poprzez manipulowanie znakami towarowymi jest równie szkodliwe jak ich kopiowanie, ponieważ sprawia, iż informacje znajdujące się w naszym mózgu, a będące podstawą odróżnienia jednej marki od drugiej, ulegają rozmyciu, co może powodować rzeczywiste straty. Owo zacieranie skojarzeń polega na aktywowaniu dwóch odmiennych znaczeń dla danej marki. Jeżeli firma produkująca towary niezwiązane z tymi wytwarzanymi przez słynną markę doda do sieci skojarzeń dodatkowe elementy, spowolni to czas przetwarzania danych, a w szczególności w sytuacji, gdy są to produkty skrajnie różne. Jest to dosyć paradoksalne, wydawać się bowiem może, że właśnie podobieństwo produktów powinno stanowić największe zagrożenie.

Z przedstawionych wyników badań wypływają istotne implikacje praktyczne. Otóż zgodnie z prawem można uznać, że doszło do naruszenia znaku towarowego w sytuacji podobieństwa między dwoma znakami, które oceniane jest zwykle przez sędziego. Metoda ta ma wiele wad, począwszy od subiektywności oceny, skończywszy na warunkach sali sądowej, kiedy to jest czas, aby przeanalizować określony znak w sposób racjonalny. Jak jednak wiadomo, w sytuacji dokonywania wyboru mózg konsumenta podejmuje decyzje w ciągu milisekund. Widać zatem, że metody stosowane przez sąd nie przystają do realiów, w których znaki towarowe są stosowane. Niekiedy podobieństwo badane jest za pomocą ankiet. Jak jednak wskazują ich wyniki, konsumenci muszą podejmować swe decyzje w sposób absolutnie racjonalny. Jest to naturalnie tylko złudzenie, racjonalizacja procesu podświadomego, zachodzącego niezależnie od woli. Respondenci odpowiadają zatem zgodnie ze swoimi wyobrażeniami, nie zdając sobie sprawy, że decyzję za nich w ciągu zaledwie ułamka sekundy podejmuje mózg. Tak więc i ta metoda badawcza jest raczej bezcelowa. Faktycznie przydatny przy badaniu naruszenia znaków towarowych jest fMRI, sądy jednak wzbraniają się przed tą metodą ze względów ekonomicznych. Ponadto należy zastanowić się, co dokładnie oznacza określone w ustawie „podobieństwo” między dwoma znakami. Z powyższych rozważań można wszakże wywnioskować, że to, co w zasadzie nie narusza prawa, nie spełniając warunków podobieństwa i pozostając niezauważone przez nasz umysł, przyswajane jest przez mózg, a następnie staje się elementem procesu decyzyjnego.

Naturalnie rozwój neuronauki nie doprowadzi do legislacyjnej rewolucji, w każdym razie na pewno nie w systemie prawa kontynentalnego, jednak powinniśmy zwrócić uwagę na fakt, że pewne kategorie uznane przez prawodawców i prawo za oczywiste wcale takie nie są. Należy się spodziewać, że w sytuacjach tzw. *hard cases* metody wypracowane przez neuronaukę zaczną być stosowane również w Polsce. Obecnie jednak można śledzić powolny i nieśmiały rozwój ich zastosowania w prawie amerykańskim i wynikające z tego implikacje.

## BIBLIOGRAFIA

- Hotz R.L. (2005). *Mapping the Mind: Searching for the Why of Buy*. „Los Angeles Times”, 27 lutego.
- Jaśkowski P. (2009). *Neuronauka poznawcza – jak mózg tworzy umysł*. Warszawa: Vizja Press & It, rozdz. IV.
- Jacoby J. (2002). *Experimental Design and the Selection of Controls in Trademark and Deceptive Advertising Surveys*. „The Trademark Reporter” 92(4), s. 890–956.
- Martino T. (1996). *Trademark Dilution*. New York: Clarendon Press.
- Morrin M., Jacoby J. (2000). *Trademark Dilution: Empirical Measures for an Elusive Concept*. „Journal of Public Policy & Marketing” 19(2), s. 265–276.
- Schechter F.I. (1927). *The Rational Basis of Trademark Protection*. „Harvard Law Review” 40(6).
- Studziński J. (2010). *Droga marki do mózgu*. „Network Magazyn”, <http://www.networkmagazyn.pl/droga-marki-do-mozgu> (dostęp: 10.05.2012).
- Tushnet R. (2008). *Gone in Sixty Milliseconds: Trademark Law and Cognitive Science*. „Texas Law Review” 86, s. 507.
- Wells M. (2003). *In Search of the Buy Button*. „Forbes”, 1 września.

### ***A Struggle for Neuronal Territory. Application of Cognitive Science to Trademark Protection Law***

Recently we are facing increasing application of neuroscience in law, however limited to criminal law and crime detection. The idea to implement neuroscience to trademark protection law is quite new and unexplored. There are however experiments that can make us see the problem in a different light. One of them certainly is Morrin/Jacoby experiment which points out how familiar trademarks can confuse consumers brain. Results of this experiment show that judge's decision can be enriched with the idea of dilution. In connection with the above it seems understandable that pure idea of infringement ceases to be enough. Consequently, a trademark can be both infringed and diluted. Dilution is defined as an unconscious process which occurs when two or more marks use remarkably like logos, or have very similar names. Shall dilution be applied in law? It seems quite an interesting idea, yet it would lead to extreme inflation of law. Moreover, its theoretical bases are quite frail. Taking all the above mentioned doubts it seems reasonable to be reserved about such concepts.