

ADRIAN NIEWĘGŁOWSKI*

DYREKTYWA W SPRAWIE DZIEŁ OSIEROCONYCH I JEJ ZNACZENIE DLA POLSKIEGO PRAWA AUTORSKIEGO¹

I. ISTOTA PROBLEMU DZIEŁ OSIEROCONYCH

Niewątpliwie problem dzieł osieroconych należy obecnie do jednego z częściej poruszanych zagadnień prawa autorskiego. Tematyka ta przekracza granice konkretnych państw, spotkała się z dużym zainteresowaniem nie tylko na forum Unii Europejskiej, lecz także w płaszczyźnie międzynarodowej. Dzieła osierocone stanowią obecnie jeden z najważniejszych składników zbiorów bibliotecznych czy też zasobów archiwalnych. Według różnych szacunków utwory osierocone stanowić mogą od 40² do nawet 75%³ wszystkich utworów na świecie.

Termin „dzieło osierocone” używany jest zwykle w dwóch znaczeniach. W znaczeniu szerszym chodzi tu o utwory (także część spośród przedmiotów praw pokrewnych), których autor nie jest znany lub nie można się z nim skontaktować. W węższym ujęciu określenie to odnosi się do dóbr niematerialnych chronionych prawami autorskimi lub pokrewnymi, ilekroć dysponenta tych praw nie można zidentyfikować lub zlokalizować, najczęściej po to, aby uzyskać od niego zgodę na korzystanie z konkretnego przedmiotu intelektualnego⁴.

* *Dr nauk prawnych, pracownik naukowych w Katedrze Prawa Gospodarczego i Handlowego UMCS w Lublinie.*

¹ Praca naukowa finansowana ze środków budżetowych na naukę w latach 2010–2013 jako projekt badawczy (nr projektu: N N110 150039).

² Tak podaje, powołując się na badania przeprowadzone przez British Library, A. Vetulani: *Dzieła osierocone — w poszukiwaniu europejskiego rozwiązania*, Prace z Prawa Własności Intelektualnej 2009, z. 103, s. 28.

³ Tak z kolei D.J. Brown, R. Boulderstone: *The impact of electronic publishing: the future for publishers and librarians*, München 2008, s. 119.

⁴ J.A.L. Sterling: *World Copyright Law*, London 2008, s. 611. Jak zauważa cytowany w tym miejscu autor, oprócz pojęcia dzieła osieroconego używane jest również określenie „osierocony materiał”, które obejmuje nie tylko utwory, lecz także osierocone fonogramy, wideogramy etc.

To drugie, jak powiedziano, węższe znaczenie, jest zarazem o wiele bardziej precyzyjne. Znacznie lepiej bowiem oddaje istotę prawnych problemów związanych z dziełami osieroconymi.

Ze względu na to, że podmioty autorsko–uprawnione do dzieł osieroconych nie są znane lub nie można ich zlokalizować, nie można uzyskać licencji na korzystanie z nich zgodnie z prawem. Problemy z tym związane narastają i nie jest w stanie ich rozwiązać rozwój środowiska cyfrowego, w tym różnych portali społecznościowych (np. Myspace), które ułatwiają lokalizację twórców. Ustalenie podmiotów autorskoupwzornionych może być trudne ze względu na nieuregulowane kwestie spadkowe (gdy nie wiadomo, kto spośród grona spadkobierców uprawniony jest do danego utworu), czy też dotyczące się likwidacji lub upadłości wydawców lub producentów, którzy wcześniej nabyli od twórców stosowne prawa autorskie. Zauważa się, że często w praktyce po zakończeniu postępowań upadłościowych pojawia się problem, do kogo należą prawa autorskie, które ujawniono po wykreśleniu upadłego z rejestru, gdyż tego ustawodawca nie wyjaśnia⁵.

Zagadnienie dzieł osieroconych odnosi się też do przypadku, w którym osoba prawna nie może działać ze względu na brak w składzie organów. Ponieważ to organ może na przykład udzielić upoważnienia licencyjnego, brak w jego składzie organu prowadzi do analogicznych skutków prawnych, jak niemożność skontaktowania się czy ustalenia tożsamości osoby fizycznej, będącej uprawnionym z tytułu autorskich praw majątkowych⁶.

Żeby utwór zakwalifikować jako osierocony, wystarczy, że nie można skontaktować się z jedną spośród osób majątkowo uprawnionych do utworu⁷. Odnosić to pojęcie trzeba wobec tego również do przypadku utworów współautorskich⁸.

Chociaż utwór osierocony wywołuje czasem skojarzenie z rzeczą niczyją, skojarzenie to zupełnie nie oddaje sensu tego pojęcia. Utwór osierocony to zawsze — jak powiedzielibyśmy, zastrzegając jednak uproszczenie — czyjś utwór w tym sensie, że jest on ciągle przedmiotem ochrony majątkowych praw autorskich⁹. Utwory, których prawno–autorska ochrona już ustała, albo wręcz takie, które — ze względu na czas swego powstania — nigdy nie były chronione prawami autorskimi (np. dzieła antyku), nie mieszczą się w ogóle w prawnym pojęciu dzieł osieroconych.

Skoro wobec tego kategoria dzieł osieroconych ściśle wiąże się z problemem autorskich praw majątkowych, a nie osobistych twórcy, te ostatnie schodzą w tym

⁵ M. Załucki: *Utwory „osierocone” na skutek upadłości (w:) Własność intelektualna w prawie upadłościowym i naprawczym*, pod red. M. Załuckiego, Warszawa 2012, s. 120. Zob. też uchwała SN z dnia 24 stycznia 2007 r., III CZP 143/06, OSN 2007, nr 5, poz. 65.

⁶ Zob. M. Poźniak–Niedzielska, A. Niewęglowski: *Niektóre aktualne problemy prawa autorskiego w XXI wieku (w:) Prawo handlowe XXI wieku. Czas stabilizacji, ewolucji czy rewolucji? Księga jubileuszowa Profesora Józefa Okolskiego*, pod red. M. Modrzejewskiej, Warszawa 2010, s. 831 i n.

⁷ S. Stanisławska–Kloc: *Utwory osierocone*, *Prace z Prawa Własności Intelektualnej* 2007, z. 100, s. 455.

⁸ J.A.L. Sterling: *World...*, *op. cit.*, s. 613.

⁹ Zob. K. Garnett, G. Davies, G. Harbottle: *Copinger and Skone James on Copyright*, t. 1, London 2008, s. 230–231.

zakresie na dalszy plan. Mówiąc inaczej, potrzeba wprowadzenia tej kategorii utworów do języka prawnego i prawniczego nie wynika z faktu zerwania między autorem i utworem związku, którego zewnętrznym wyrazem są prawa osobiste twórcy. Najistotniejszy jest w tym przypadku problem w identyfikacji nie tyle osobistej, ile raczej majątkowej relacji konkretnej osoby i utworu. Widać wyraźnie zresztą na tym tle, że sformułowanie „dzieło osierocone” jest mylące i nie można oprzeć się wrażeniu, że używa się go chyba z braku lepszego określenia. Osierocenia utworu nie należy próbować łączyć z utraceniem z nim przez twórcę więzi intelektualnego ojcostwa, nawet jeżeli przyjęta konwencja językowa (użycie słowa „osierocony”) mogłaby do tego wprost zachęcać.

Paradoksalnie więc z problemem dzieł osieroconych możemy zetknąć się także, gdy nie budzi wątpliwości, kto jest autorem konkretnego utworu. Utwór może być również „osierocony” mimo tego, że z twórcą można się skontaktować bez większego problemu. Ilekroć jednak w powyższych sytuacjach nie możemy ustalić osoby majątkowo uprawnionej do utworu (np. wydawcy), dzieło takie należy uznać za osierocone¹⁰.

Z punktu widzenia osoby zainteresowanej korzystaniem z utworu osieroconego istnieje wiele problemów, które należy rozwiązać. Ustalenie osoby autorsko-uprawnionej może być trudne, ilekroć przedmiot jest w istocie rzeczy zbiorem różnych, chronionych dóbr niematerialnych. Przykładowo, podmiot autorsko-uprawniony do treści książki może być znany, gdy zarazem nie można ustalić uprawnionego do zamieszczonych w niej ilustracji lub zdjęć¹¹. Podobnie, sam fakt zidentyfikowania uprawnionego do artystycznego wykonania utworu nie przesądza jeszcze, czy taki status ma sam utwór, który jest przedmiotem wykonania, czy też fonogram, który je zawiera (a więc nie jest pewne, czy również utwór i fonogram też są osierocone)¹².

II. MODELE REGULACJI PRAWNYCH

W momencie gdy problem dzieł osieroconych zaczął coraz bardziej narastać, pojawiły się pytania o prawne instrumenty rozwiązania kwestii, jakie wiążą się z eksploatacją tych dzieł. Najważniejsze stało się rozstrzygnięcie, czy i na jakich zasadach osoby będące w dobrej wierze, chcące korzystać z utworów w sposób niezarobkowy, mogą korzystać z dzieł osieroconych¹³.

¹⁰ Zob. szerzej S. Stanisławska-Kloc: *Dyrektywa 2012/28/UE o utworach osieroconych — czy jesteśmy na właściwej drodze do rozwiązania problemu?*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2013, z. 1, s. 119.

¹¹ J.A.L. Sterling: *World...*, *op. cit.*, s. 613.

¹² *Ibidem*.

¹³ S. Van Gompel: *Unlocking the Potential of Pre-Existing Content: How to Address the Issue of Orphan Works in Europe?*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2007, nr 6, s. 674.

Konwencja berneńska o ochronie dzieł literackich i artystycznych z 9 września 1886 r.¹⁴ posługuje się pojęciem utworów anonimowych oraz wydanych pod pseudonimem, jednakże nie zawiera przepisów dostosowanych do specyfiki dzieł osieroconych¹⁵. Tak samo należałoby ocenić postanowienia traktatu WIPO o prawie autorskim z 1996 r.¹⁶ oraz traktatu WIPO o artystycznych wykonaniach i fonogramach z 1996 r.¹⁷ Słusznie zauważa się, że taki stan rzeczy może niepokoić, skoro obecnie znajdujemy się w dobie dynamicznego rozwoju globalnej komunikacji, przekraczającej granice państw. W obliczu tego faktu stosowne rozwiązania powinny być przyjęte właśnie na szczeblu międzynarodowym, a nie tylko krajowym¹⁸.

Jeżeli natomiast chodzi o ustawodawstwa poszczególnych państw, wyróżnić można cztery modele rozwiązań prawnych¹⁹:

Po pierwsze, system polegający na udzielaniu licencji na korzystanie z dzieł osieroconych przez sąd lub specjalnie powołany do tego organ. Przykładem jest tu sekcja 77 kanadyjskiej ustawy o prawie autorskim. Jeżeli konkretna osoba nie może zidentyfikować podmiotu autorskoprawnionego, zwraca się z wnioskiem do specjalnego organu (Copyright Board) o udzielenie stosownej licencji. Jeden wniosek może objąć większą liczbę utworów osieroconych²⁰. Dlatego Copyright Board udziela jedną decyzją upoważnienia (niewyłącznej licencji) do reprodukcji nawet tysiąca utworów osieroconych²¹.

Po drugie, system rozszerzonego zbiorowego zarządu (Extended Collective Licensing System). Jest on charakterystyczny dla krajów skandynawskich (np. Dania, Finlandia, Szwecja)²². W tym modelu nie jest powoływana odrębna instytucja do udzielania licencji na korzystanie z dzieł osieroconych. Należy to do gestii organizacji zbiorowego zarządzania, których repertuar został rozszerzony o zarząd utworami nieznanymi lub niemożliwymi do zlokalizowania podmiotów²³. Użytkownik zainteresowany uzyskaniem licencji na korzystanie z dzieła osieroconego zwraca się o nią do właściwej organizacji zbiorowego zarządzania. System ten jest użyteczny

¹⁴ Dz.U. z 1935 r. Nr 84, poz. 515.

¹⁵ J.A.L. Sterling: *World...*, *op. cit.*, s. 615. Utwór anonimowy czy utwór wydany pod pseudonimem może, ale wcale nie musi, być dziełem osieroconym. Utwór anonimowy może już nie korzystać z ochrony, może też być chroniony, gdy zarazem ustalenie podmiotu autorskoprawnionego (np. wydawcy) nie jest kłopotliwe. Podobnie jest z utworem wydanym pod pseudonimem.

¹⁶ Dz.Urz. z 2000 r. L 89/8.

¹⁷ Dz.Urz. z 2000 r. L 89/15.

¹⁸ J.A.L. Sterling: *World...*, *op. cit.*, s. 615.

¹⁹ *Ibidem*, s. 614; zob. też S. Stanisławska-Kloc: *Dyrektywa...*, *op. cit.*, s. 122 i n.

²⁰ J. de Beer: *New form of governance for digital orphans: Copyright litigations, licenses and legal information* (w:) *Trade Governance in the Digital Age: World Trade Forum*, eds. M. Burri, T. Cottiera, Cambridge 2012, s. 354. Zob. też J. Brito, B. Dooling: *An Orphan Works Affirmative Defense to Copyright Infringement Actions*, Michigan Technology Law Review 2005, nr 12, s. 105.

²¹ Zob. J. de Beer: *New...*, *op. cit.*, s. 354. W przyp. 47 na s. 354 autor odsyła do decyzji Copyright Board wydanej na rzecz Kanadyjskiego Instytutu Historycznych Mikroreprodukcji, w następstwie której rzeczony Instytut uzyskał zgodę na eksploatację 1,048 utworów (sygn. decyzji: 1993-UO/TI-5).

²² J.A.L. Sterling: *World...*, *op. cit.*, s. 614; A. Vetulani: *Dzieła...*, *op. cit.*, s. 29-30.

²³ A. Vetulani: *Dzieła...*, *op. cit.*, s. 29-30.

w tych sferach istnienia utworów osieroconych, na których organizacje zbiorowego zarządzania rzeczywiście działają²⁴.

Po trzecie, system polegający na wprowadzeniu dozwolonego użytku w zakresie monopolu płynącego z autorskich praw majątkowych²⁵. Propozycję stworzenia tego typu rozwiązań zgłoszono w Wielkiej Brytanii i w Niemczech²⁶. W tym systemie użytkownik nie składa wniosku o licencję na korzystanie z dzieła osieroconego do żadnego podmiotu. Jeżeli podjął starania w celu ustalenia autorsko-uprawnionego i zakończyły się one niepowodzeniem, może korzystać z utworu osieroconego, zaznaczając, że dzieło jest eksploatowane na zasadzie ustawowej licencji. Jeżeli następnie ujawniłby się podmiot uprawniony do utworu, może żądać wynagrodzenia za korzystanie z niego²⁷.

Po czwarte, system ograniczenia środków sądowych w przypadku eksploatacji dzieła osieroconego (*Limited remedies*)²⁸. Takie rozwiązanie zaproponowano w USA²⁹. Podobnie jak w systemie brytyjskim, nie przewiduje się w tym przypadku zwracania się o licencję do specjalnego organu ani organizacji zbiorowego zarządzania. Generalnym założeniem systemu amerykańskiego jest konieczność wypełnienia przez użytkownika normatywnie określonych przesłanek korzystania z danego dzieła osieroconego. Przede wszystkim zostałyby on zobowiązany do przeprowadzenia „starannego poszukiwania” uprawnionego do utworu i poszanowania praw twórcy. Gdyby użytkownik przeprowadził takie postępowanie, a następnie „ujawniłby się” podmiot praw autorskich, w stosunku do owego użytkownika mogłyby zostać skierowane tylko niektóre spośród roszczeń cywilnoprawnych, jakie przysługują w typowych przypadkach naruszenia praw autorskich³⁰. Dokładniej mówiąc, sąd mógłby zasądzić jedynie wynagrodzenie za korzystanie z dzieła osieroconego. W rachubę wchodziłaby „stosowna rekompensata” (*reasonable compensation*) za eksploatację utworu³¹. Jeżeli jednak korzystanie z utworu miało charakter niekomercyjny, a użytkownik zaniechałby eksploatacji dzieła po ujawnieniu się uprawnionego — ten ostatni nie miałby prawa do wynagrodzenia³². Po ujawnieniu się podmiotu uprawnionego mogłyby on zakazać dalszej eksploatacji utworu osiero-

²⁴ S. Van Gompel: *The Orphan Works Chimera and How to Defeat It: A View From Across the Atlantic*, Berkeley Technology Law Journal 2012, nr 27, s. 1349.

²⁵ J.M. Urban: *How Fair Use Can Help Solve the Orphan Works Problem*, Berkeley Technology Law Journal 2012, nr 27, s. 1380 i n.

²⁶ S. Van Gompel: *The Orphan Works...*, *op. cit.*, s. 1348.

²⁷ A. Vetulani: *Dzieła...*, *op. cit.*, s. 30–31; zob. też S. Van Gompel: *Unlocking...*, *op. cit.*, s. 697.

²⁸ A. Vetulani: *Dzieła...*, *op. cit.*, s. 32–33; zob. szerzej S. Van Gompel: *Unlocking...*, *op. cit.*, s. 695; *idem*: *The Orphan Works...*, *op. cit.*, s. 1348.

²⁹ Zob. w związku z tym U.S. Copyright Office, *Report on Orphan Works 2006*, dostępny pod adresem elektronicznym: <http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report-full.pdf>.

³⁰ S.A. Hetcher: *The emerging U.S. approach to orphan works: a partial fault standard for copyright infringement (w:) Individualism and Collectiveness in Intellectual Property Law*, ed. J.M. Rosén, Cheltenham–Northampton 2012, s. 153.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

nego, chyba że użytkownik przekształciłby je w dzieło zależne (np. dokonał tłumaczenia)³³. Wówczas dzieło zależne mogłoby być nadal eksploatowane pod warunkiem umieszczenia oznaczenia o podmiocie uprawnionym i zapłacenia mu stosownej rekompensaty pieniężnej (*injunctive relief*)³⁴.

Pomimo podobieństwa do systemu zaproponowanego w Wielkiej Brytanii rozwiązanie amerykańskie różni się od niego istotnie. Propozycja brytyjska zmierza w kierunku włączenia korzystania z dzieł osieroconych do konstrukcji dozwolonego użytku, co zarazem oznacza, że użytkownik — eksploatujący takie dzieło — nie narusza w ogóle prawa autorskiego. Dozwolony użytek stanowi, jak wiadomo, wyjątek od zasady monopolu prawnoprawno-autorskiego. W koncepcji amerykańskiej użytkownik jest natomiast naruszcycielem prawa autorskiego, gdy korzysta z dzieła osieroconego³⁵. Nawet bowiem gdyby eksploatował dzieła osierocone na zasadach przewidzianych w projekcie, można w stosunku do niego wystąpić z roszczeniem z tytułu naruszenia praw autorskich, choć ograniczonym do żądania zapłacenia wynagrodzenia.

W porównaniu z rozwiązaniami przyjętymi w krajach skandynawskich i Kanadzie, propozycje anglosaskie są znacznie mniej sformalizowane; użytkownik sam podejmuje starania w kierunku ustalenia, czy dzieło ma status osieroconego, i nie ma tutaj „pośrednictwa” ze strony organizacji zbiorowego zarządzania ani innego organu. Paradoksalnie jednak to, co może jawić się jako zaleta, może zarazem być postrzegane jako wada propozycji Wielkiej Brytanii czy USA. W gruncie rzeczy system ten sprzyja prowadzeniu poszukiwań na niewielką skalę, ograniczonych do pojedynczych lub kilku utworów³⁶. Poszukiwanie prowadzone w odniesieniu do większej liczby dóbr niematerialnych, w celu na przykład ich masowej digitalizacji, mogłoby przekraczać możliwości konkretnego użytkownika. Co więcej, rozwiązania kanadyjskie i nordyckie są w przypadkach masowej digitalizacji bezpieczniejsze, ponieważ to podmioty udzielające licencji użytkownikom przejmują na siebie ciężar odpowiedzialności z tytułu eksploatacji dzieła osieroconego³⁷.

III. REGULACJA PROBLEMU DZIEŁ OSIEROCONYCH W UNII EUROPEJSKIEJ

W obliczu narastającego znaczenia kwestii dzieł osieroconych w Unii Europejskiej, problem ten doczekał się normatywnego rozstrzygnięcia. Zagadnienie

³³ T. Aplin: *A global digital register for the preservation and access to cultural heritage: problems, challenges and possibilities* (w: *Copyright and Cultural Heritage: Preservation and Access to Works in a Digital World*, ed. E. Derclaye, Cheltenham–Northampton 2010, s. 19.

³⁴ A. Vetulani: *Dzieła...*, *op. cit.*, s. 32–33.

³⁵ L.P. Loren: *Abandoning the Orphans: An Open Access Approach to Hostage Works*, Berkeley Technology Law Journal 2012, nr 27, s. 1431.

³⁶ S. Van Gompel: *The Orphan Works...*, *op. cit.*, s. 1348.

³⁷ S. Stanisławska-Kloc: *Dyrektywa...*, *op. cit.*, s. 122.

to reguluje dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2012/28/UE z dnia 25 października 2012 r. w sprawie niektórych dozwolonych sposobów korzystania z dzieł osieroconych³⁸.

Pewną zapowiedź stopnia szczegółowości dyrektywy stanowi jej konstrukcja — zwraca uwagę obszerna, czternastostronicowa preambuła i dwanaście przepisów, które mają w założeniu rozwiązać ogrom problemów związanych z dziełami osieroconymi.

Dyrektywa ogranicza zakres utworów osieroconych, z których można korzystać, oraz katalog podmiotów uprawnionych do ich eksploatacji. Co się tyczy pierwszej kwestii — jako dzieła osierocone potraktowano wyłącznie określone kategorie utworów.

Pierwszą z tych kategorii można określić w uproszczeniu pojęciem utworów „piśmienniczych”. Chodzi o książki, czasopisma, gazety, magazyny oraz „inne teksty pisane” (art. 1.2b dyrektywy). Pozornie mogłoby się wydawać, że właśnie ta ostatnia część przepisu art. 1.2b dyrektywy (odwołująca się do „innych tekstów pisanych”) poszerza katalog dzieł osieroconych. W dyrektywie generalnie jednak wskazano, że ma ona zastosowanie do dzieł piśmienniczych opublikowanych, czyli zwielokrotnionych za zgodą twórcy, których egzemplarze (materialne kopie) zostały udostępnione publicznie³⁹. „Innymi tekstami pisanyimi” — w świetle analizowanego przepisu — nie mogą być wobec tego na przykład e-booki czy też wypowiedzi i materiały mające postać elektroniczną, rozpowszechnione wyłącznie w Internecie⁴⁰. Dlatego zakres utworów piśmienniczych mogących zostać uznanymi za osierocone wyznacza w zasadzie pierwsza część przepisu (a więc odwołanie się do „książek, gazet, czasopism, magazynów”). Jako „inny tekst pisany” nie może być potraktowana w szczególności korespondencja, jeśli nie została wcześniej opublikowana. Nie może być dziełem osieroconym fotografia, która nie jest częścią utworu piśmienniczego (np. nie jest zamieszczona w książce lub magazynie), ponieważ sama w sobie nie może być, co oczywiste, uznana za „inny tekst pisany”.

Dotykamy w tym miejscu istotnego, jak sądzę, problemu — mianowicie jak potraktować „niepiśmiennicze” części utworu osieroconego, takie jak ilustracje, fotografie. Można zastanawiać się, czy prawo korzystania z utworu osieroconego obejmuje wtedy wyłącznie elementy pisane, czy też rozciąga się na cały utwór. Wydaje się, że należałoby zaakceptować tę drugą ewentualność, a więc przyjąć, że na warunkach określonych w dyrektywie można korzystać ze wszystkich elementów osieroconego utworu piśmienniczego — także więc z fotografii i ilustracji. W przeciwnym razie musielibyśmy na przykład zrezygnować przy okazji udostępniania

³⁸ Dz.Urz. UE z 2012 r. L 299/5 (dalej: dyrektywa).

³⁹ Co do pojęcia utworu opublikowanego zob. np. przepis art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz.U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 ze zm.); dalej: pr. aut.

⁴⁰ Z zastrzeżeniem art. 1.3 dyrektywy, który omawiam niżej. Zob. pogląd S. Stanisławskiej-Kloc: *Dyrektywa...*, *op. cit.*, s. 135. Zdaniem autorki pojęciem publikacji należy objąć wydania elektroniczne utworów.

książki (utworu osieroconego) z zamieszczenia fotografii, a to mogłoby zostać poczytane za naruszenie integralności treści i formy utworu. Do takiej interpretacji uprawnia zresztą przepis art. 1.4 dyrektywy. Zgodnie z jego treścią dyrektywa ma zastosowanie także do utworów i innych przedmiotów objętych ochroną, zawartych w utworach i fonogramach, o których mowa w art. 1 ust. 2 i 3 dyrektywy, włączonych do nich lub stanowiących ich integralną część.

Powracając do głównego nurtu rozważań, należy zauważyć, że ograniczeniem pojęcia utworu piśmienniczego jest dodatkowo zawężenie go wyłącznie do dzieł pisanych, które znajdują się w zbiorach publicznie dostępnych bibliotek, placówek oświatowych i muzeów, a także w zbiorach archiwów lub instytucji odpowiedzialnych za dziedzictwo filmowe lub dźwiękowe. Dyrektywa jednak nie wymaga, aby konkretny zbiór, w którym znajduje się potencjalny utwór osierocony, był powszechnie dostępny. Ważne jest, aby określona jednostka (muzeum, archiwum lub biblioteka) była dostępna publicznie. Dlatego też z rozwiązań zawartych w dyrektywie nie będą mogły korzystać na przykład biblioteki, które udostępniają utwory konkretnym osobom (np. członkom stowarzyszenia prowadzącego bibliotekę).

Powyższe instytucje muszą być publicznie dostępne, co oczywiście nie oznacza, że muszą mieć status jednostek należących do sektora publicznego (tzn. państwowych lub samorządowych jednostek organizacyjnych). Mogą być również tworzone przez podmioty prywatne. Nie jest również przesądzone, że mają one zapewniać dostęp do swych zbiorów drogą „tradycyjną” (np. użyczenie egzemplarzy). W rachubę wchodzi również jednostki zapewniające do swych zbiorów dostęp wyłącznie elektronicznie (np. Google Book Search, Amazon Library)⁴¹.

Drugą kategorię dzieł osieroconych stanowią „utwory audiowizualne i filmowe”. Tak jak utwory audiowizualne i filmowe traktowane są również fonogramy, będące przedmiotem praw pokrewnych. W obrębie tej kategorii dzieł osieroconych⁴² możemy wyróżnić dwie podgrupy:

- 1) utwory audiowizualne, fonogramy i wideogramy, które znajdują się w zbiorach publicznie dostępnych bibliotek, placówek oświatowych oraz muzeów, a także w zbiorach archiwów lub instytucji odpowiedzialnych za dziedzictwo filmowe lub dźwiękowe, oraz
- 2) utwory audiowizualne, fonogramy i wideogramy, wyprodukowane przez nadawców publicznych do dnia 31 grudnia 2002 r. włącznie i znajdujące się w ich archiwach (tzw. *cut off date*).

Pomiędzy tymi dwiema podgrupami istnieje pewna zależność, co sprawia, że fonogramy, utwory audiowizualne i filmowe mogą należeć niekiedy do każdej z tych

⁴¹ R.C. Picker: *Private Digital Libraries and Orphan Works*, Berkeley Technology Law Journal 2012, nr 27, s. 1259 i n.

⁴² Właściwie, biorąc pod uwagę, że dyrektywa znajduje zastosowanie również do fonogramów, powinno się używać sformułowania „dobra niematerialne osierocone” albo „materiały osierocone”. Z uwagi jednak na to, że konwencja językowa „dzieła/utwory osierocone” jest obecnie najbardziej rozpowszechniona, posługuję się nią w toku dalszych wywodów.

podgrup. Przykładowo, fonogram wyprodukowany przez nadawcę publicznego przed 31 grudnia 2002 r. może znajdować się zarazem w archiwum nadawcy, który go wyprodukował (podgrupa 2), jak i w archiwum instytucji odpowiedzialnej za dziedzictwo filmowe lub dźwiękowe (podgrupa 1). Powstaje więc pytanie, jak ocenić sytuację fonogramu, który został wyprodukowany po 31 grudnia 2002 r. przez nadawcę publicznego, ale znajduje się w zasobie archiwalnym innego podmiotu. Moim zdaniem do takiego fonogramu zasada *cut off date* nie ma zastosowania, ponieważ należy on do podgrupy wskazanej wyżej jako pierwsza. Może on więc zostać uznany za „osierocony”, pod warunkiem spełnienia pozostałych przesłanek zawartych w dyrektywie.

Zarówno dzieła piśmiennicze, jak i utwory audiowizualne, filmowe, fonogramy muszą spełnić pewne warunki, aby można było zastosować do nich dyrektywę. Z końcowej części przepisu art. 1.2 dyrektywy wynika, że ma ona zastosowanie do utworów nadal chronionych prawami autorskimi (w przypadku fonogramów — prawami pokrewnymi), które zostały po raz pierwszy opublikowane na terytorium państwa członkowskiego lub — w przypadku braku publikacji — po raz pierwszy nadane na terytorium państwa członkowskiego. Niewątpliwie, utwory audiowizualne, filmowe, jak i fonogramy mogą być zarówno nadane (np. drogą radiową, telewizyjną), jak i opublikowane (utrwalone na płycie CD, DVD czy nośniku USB, zwielokrotnione i wprowadzone do obrotu).

Pozornie mogłoby się wydawać, że utwory piśmiennicze mogą być tylko opublikowane, ale — patrząc nawet od strony czysto technicznej — tak być wcale nie musi. „Tekst pisany” może być przecież przedmiotem słuchowiska radiowego, teoretycznie nawet przed opublikowaniem, stąd może być też przedmiotem nadania. Przypomnijmy jednak, że ustawodawca europejski, definiując pojęcie dzieła piśmienniczego w art. 1.2a dyrektywy, wskazał wyraźnie, że ma ona zastosowanie do „**utworów opublikowanych** w postaci (podkreśl. aut.) książek, czasopism, gazet, magazynów [...]”, stąd wydaje się, że jego intencją było ograniczenie kategorii dzieł piśmienniczych do utworów już opublikowanych na terenie Unii⁴³. Słuchowisko radiowe, polegające na czytaniu przez lektora fragmentów książki w cotygodniowej audycji, nie może zresztą „przybrać postaci” książki czy magazynu, a tego przecież ustawodawca unijny wymaga.

Wyjątkowo, dyrektywa przewiduje możliwość rozszerzenia kategorii dzieł, do których ma zastosowanie, na utwory inne niż nadane i opublikowane. Stosownie do treści art. 1.3 dyrektywy może ona mieć zastosowanie do utworów i fonogramów, które nigdy nie były opublikowane ani nadane, ale zostały w inny sposób udostępnione publicznie za zgodą uprawnionych przez ściśle określone podmioty — publicznie dostępne biblioteki, placówki oświatowe oraz muzea, a także archiwa lub instytucje odpowiedzialne za dziedzictwo filmowe lub dźwiękowe. Rozszerzenie

⁴³ Zob. S. Stanisławska-Kloc: *Dyrektywa..., op. cit.*, s. 135.

zastosowania dyrektywy w odniesieniu do tych utworów jest możliwe tylko przy założeniu, że podmioty uprawnione nie sprzeciwiłyby się wykorzystaniu go zgodnie z dyrektywą⁴⁴.

Ta ostatnia regulacja może mieć zastosowanie zwłaszcza do przypadku, gdy autorskouprawniony zgodził się na udostępnienie jego utworu (fonogramu) w bibliotece elektronicznej na określony czas (udzielił licencji na pewien okres). Jeżeli po upływie tego czasu nie można byłoby się już z nim skontaktować i zarazem można byłoby zakładać, że udzieliłby kolejnej licencji⁴⁵, zastosowanie przytoczonego wyżej przepisu wchodziłoby w grę. Regulacja ta wydaje się więc pomyślana jako nie tyle stworzenie możliwości korzystania z danego utworu (fonogramu), ile raczej jako usankcjonowanie kontynuacji eksploatacji dzieła osieroconego.

Jak o tym częściowo wspomniano w toku wywodów, eksploatacja dzieł osieroconych w ujęciu dyrektywy jest ograniczona od strony podmiotowej — ma ona być przekazana w gestię publicznie dostępnych jednostek, takich jak biblioteki, archiwa, placówki oświatowe, muzea, czy nadawców publicznych, mających siedzibę w państwach członkowskich, w celu realizacji ich zadań w interesie publicznym. Pojedynczy użytkownik (np. osoba fizyczna) nie może, w świetle dyrektywy, udostępniać swoich zasobów dzieł osieroconych⁴⁶. Czynić to mogą jednostki organizacyjne, które, chociażby eksploatowały dzieła w sposób całkowicie wirtualny (udostępnianie utworów i fonogramów *via* Internet), muszą posiadać siedzibę na terenie jednego z państw Unii Europejskiej. Podmioty upoważnione z mocy dyrektywy do korzystania z dzieł osieroconych mogą to czynić wyłącznie w celu realizacji ich zadań w interesie publicznym.

Utwór lub fonogram w świetle dyrektywy jest osierocony, jeżeli żaden z podmiotów uprawnionych do niego nie jest znany lub, nawet jeżeli chociaż jeden z nich jest znany, żaden nie został odnaleziony pomimo starannego poszukiwania podmiotów uprawnionych przeprowadzonego i zarejestrowanego zgodnie z przepisami dyrektywy (por. art. 2.1 dyrektywy). Jeżeli prawa do utworu lub fonogramu należą do więcej niż jednego podmiotu, a nie wszystkie podmioty są znane lub, nawet jeżeli są znane, nie zostały odnalezione w wyniku starannego poszukiwania, przeprowadzonego i zarejestrowanego zgodnie z dyrektywą, utwór lub fonogram może być eksploatowany, jeżeli znane i odnalezione podmioty uprawnione udzieliły na to zgody (por. art. 2.2 dyrektywy).

Warunkiem zgodnego z dyrektywą korzystania z dzieła osieroconego jest przeprowadzenie starannego poszukiwania „w dobrej wierze”. Pojęcie „dobra wiera” ma, jak sądzę, zaakcentować to, że poszukiwanie przeprowadzamy, zakładając, że nie wiemy, kim jest (lub gdzie jest) podmiot autorskouprawniony i ta niewiedza

⁴⁴ *Ibidem*, s. 136.

⁴⁵ Na przykład założenie to mogłoby mieć oparcie w tym, że autor wcześniej kilkakrotnie udzielał danemu podmiotowi czasowych licencji na korzystanie z jego dzieł.

⁴⁶ Pojedynczy użytkownik może korzystać z dzieł osieroconych, gdy udostępnią je biblioteki czy archiwa.

jest w świetle konkretnych okoliczności usprawiedliwiona. Podkreślenie to jest istotne. Żeby powołać się na przepisy dyrektywy, nie wystarczy wykazać, że samo poszukiwanie było wnikliwe — a więc że sprawdzono wszelkie możliwe rejestry (źródła, które należy poddać badaniu, wskazano w załączniku do dyrektywy) i wyniki poszukiwań nie dały rezultatu. Jeżeli bowiem przeprowadzono badanie rejestrów, ale powołujący się na przepisy o dziełach osieroconych był w złej wierze (np. wiedział, choćby dzięki źródłom zupełnie nietypowym, innym niż rejestry itp., kto jest podmiotem uprawnionym, ale zaniechał uzyskania zgody na eksploatację) — korzystał z utworu w sposób bezprawny. Poszukiwanie musi być przeprowadzone przed rozpoczęciem korzystania z dzieła osieroconego — w przeciwnym razie akt jego eksploatacji również trzeba potraktować jako bezprawny.

Prowadzenie poszukiwań mają zapewnić podmioty wskazane w przepisie art. 1 dyrektywy, a więc wspomniane biblioteki, archiwa czy muzea. Na państwach członkowskich spoczywa natomiast obowiązek określenia źródeł dla poszczególnych utworów lub fonogramów. Dyrektywa wyznacza jednak w tym zakresie standard minimalny — ustalenie tych źródeł może wykraczać poza te, które wskazano w załączniku do dyrektywy, ale nie może być od zawartego w tymże katalogu węższe. Państwa członkowskie mają też zapewnić stworzenie przez prowadzących poszukiwania stosownych rejestrów, ilustrujących między innymi liczbę tych poszukiwań. Informacje z poszczególnych państw powinny następnie znaleźć się w jednolitym rejestrze, prowadzonym i zarządzanym przez Urząd Harmonizacji Rynku Wewnętrznego (OHIM) z siedzibą w Alicante.

Poszukiwania należy w świetle dyrektywy przeprowadzić co do zasady w jednym państwie członkowskim — zasadniczo rzecz biorąc, w państwie, w którym utwór został opublikowany albo nadany, w przypadku zaś utworów audiowizualnych i filmowych — w państwie, w którym producent filmowy ma siedzibę lub miejsce stałego pobytu. W przypadku zaś gdy utwór lub fonogram nie był opublikowany ani nadany, tylko wcześniej w inny sposób rozpowszechniony przez daną jednostkę za zgodą podmiotu autorsko-uprawnionego, poszukiwanie przeprowadza się w państwie członkowskim, w którym siedzibę ma jednostka, która udostępniła publicznie utwór.

Transgraniczne prowadzenie poszukiwań traktuje się w dyrektywie jako wyjątek od reguły. Tylko jeżeli są powody, by sądzić, że informacje o podmiotach uprawnionych można znaleźć również w innych państwach, należy też sprawdzić źródła dostępne w tych państwach (por. art. 3.4 dyrektywy).

Dyrektywa oparta jest na zasadzie wzajemnego uznawania (*mutual recognition*) statusu utworu osieroconego, którą to zasadę traktuje się nawet jako rdzeń całego systemu stworzonego w dyrektywie⁴⁷. Uznanie utworu (fonogramu) za osierocony w jednym państwie członkowskim sprawia, że uzyskuje on ten status w całej Unii

⁴⁷ S. Van Gompel: *The Orphan Works...*, *op. cit.*, s. 1348.

Europejskiej. Ta swoista unijna „adopcja” dzieła osieroconego oznacza, że utwór można wykorzystywać zgodnie z dyrektywą i mieć do niego dostęp we wszystkich państwach członkowskich. Zarazem system wzajemnego uznawania dotyczy nie tylko statusu utworu. Odnosi się on też — pośrednio — do wzajemnego uznawania poszczególnych, krajowych rozwiązań, jakie przyjęły państwa członkowskie w odniesieniu do dzieł osieroconych⁴⁸.

Zasada wzajemnego uznawania, gdyby przyjrzeć się jej skutkom, przypomina nieco unijne wyczerpanie praw podmiotowych — uznanie statusu dzieła osieroconego w jednym państwie Unii wywiera automatyczny skutek na terenie pozostałych państw członkowskich. Oczywiście podobieństwo to nie zmienia faktu, że majątkowe prawa autorskie (lub pokrewne) uprawnionych podmiotów nie wygasły, lecz pozostają jakby w pewnym „zawieszeniu”. Państwa członkowskie zapewniają podmiotowi uprawnionemu do utworu lub fonogramu, jak to ujęto w dyrektywie, możliwość „zakończenia statusu utworu osieroconego” w zakresie przysługujących mu praw (por. art. 5 dyrektywy). Owo „zakończenie statusu” wywiera automatyczny skutek we wszystkich państwach członkowskich. Podmiot, który doprowadził do wygaśnięcia statusu utworu osieroconego, może żądać godziwej rekompensaty za korzystanie z jego dzieła, stosownie do zasad określonych w art. 6.5 dyrektywy.

Dozwolone korzystanie z dzieł i fonogramów osieroconych reguluje art. 6 dyrektywy. Wynika z niego, że ustawodawca unijny jako modelowe rozwiązanie proponuje oparcie eksploatacji osieroconych dóbr niematerialnych na konstrukcji dozwolonego użytku publicznego, a więc wyjątku od zasady monopolu praw autorskich. Wskazywane wyżej podmioty, w których zbiorach znajdują się utwory i fonogramy osierocone, mogą je publicznie udostępniać, przy czym punkt odniesienia dla pojęcia „publicznego udostępniania” stanowią przepisy innej dyrektywy. Mianowicie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2001/29/WE z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym⁴⁹. Przepis art. 3 tej ostatniej dyrektywy pojęcie udostępniania traktuje niezwykle szeroko, obejmując nim jakiegokolwiek publiczne udostępnienie drogą przewodową lub bezprzewodową, a także w taki sposób, aby każdy miał dostęp do przedmiotów praw autorskich i pokrewnych w czasie i miejscu dowolnie przez siebie wybranym (np. Internet).

Utwory osierocone mogą być w świetle dyrektywy nie tylko udostępniane, lecz także zwielokrotniane do celów digitalizacji, udostępniania, zwielokrotniania, katalogowania, ochrony i odnawiania zasobów.

Takie ukształtowanie uprawnień do korzystania z dzieł osieroconych pozwala w założeniu zrealizować cel dyrektywy, wyrażony w preambule (pkt 1), a związany ze wspieraniem tworzenia europejskich bibliotek cyfrowych, które swoje zdigitali-

⁴⁸ *Ibidem*. Zob. też S. Stanisławska-Kloc: *Dyrektywa...*, *op. cit.*, s. 147–148.

⁴⁹ Dz.Urz. UE z 2001 r. L 167/10 (dalej: dyrektywa 2001/29/WE).

zowane zbiory udostępniają za pośrednictwem Internetu. Dyrektywa w sprawie dzieł osieroconych, inaczej niż dyrektywa 2001/29/WE, nie zawęży możliwości publicznego udostępniania zbiorów przez Internet do konieczności wykorzystywania terminali (końcówek systemu informatycznego), znajdujących się na terenie działania bibliotek czy archiwów lub muzeów. Konieczność wykorzystywania terminali ogranicza poważnie zakres udostępniania utworów i utrudnia tworzenie bibliotek całkowicie wirtualnych — a więc zapewniających dostęp do zbioru z dowolnie wybranego miejsca (np. z mieszkania użytkownika), bez konieczności udania się na przykład do budynku biblioteki, w którym znajduje się komputer umożliwiający elektroniczne korzystanie ze zbiorów.

Oczywiście słusznie też podkreśla się, że dyrektywa w sprawie dzieł osieroconych nie ma w ogóle zastosowania, ilekroć porozumienie się z podmiotem praw autorskich w celu korzystania z utworu nie jest wymagane⁵⁰. W Unii Europejskiej katalog dozwolonych sposobów korzystania z utworu bez zgody autorskouprawnionego został wskazany w art. 5 dyrektywy 2001/29/WE⁵¹. Katalog ten przewiduje dozwolony użytek publiczny między innymi dla archiwów, bibliotek, szkół w zakresie niekomercyjnych reprodukcji utworów. Implementacja dyrektywy w państwach członkowskich rozszerzy więc przysługujący tym podmiotom zakres dozwolonych form eksploatacji posiadanych zbiorów.

IV. OCENA UNIJNYCH ROZWIĄZAŃ DOTYCZĄCYCH DZIEŁ OSIEROCONYCH

Dyrektywa w sprawie dzieł osieroconych spotyka się z różnymi ocenami, jednak przyznać trzeba, że wśród nich przeważają głosy krytyczne⁵². Często zauważa się, że w świetle dyrektywy trzeba podjąć próbę starannego poszukiwania każdego podmiotu uprawnionego do potencjalnego utworu osieroconego, co będzie nie tylko czasochłonne, ale i bardzo kosztowne w przypadku wszelkiego rodzaju projektów, zakładających masową digitalizację licznych zasobów zgromadzonych w danych jednostkach⁵³. Rozwiązanie przewidziane w dyrektywie jest raczej przystosowane do przypadków, gdy w danym zbiorze (bibliotecznym, archiwalnym, muzealnym itd.) jest niewiele utworów, co do których brak pewności w kwestii identyfikacji autorskouprawnionego. Wtedy możliwe jest przeprowadzenie poszu-

⁵⁰ S. Van Gompel: *The Orphan Works...*, *op. cit.*, s. 1350.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Zob. R. Kerremans: *A critical view on the European draft directive for orphan works*, *Queen Mary Journal of Intellectual Property* 2012, nr 1, s. 38 i n. Zob. też S. Van Gompel: *The Orphan Works...*, *op. cit.*, s. 1360–1361; A. Ringalada: *Orphan Works, Mass Right Clearance and Online Libraries: The Flaws of the Draft Orphan Works Directive and Extended Collective Licensing as a Solution*, *Medien und Recht International* 2011, nr 8, s. 3–10; zob. też wyważone stanowisko S. Stanisławskiej-Kloc, *Dyrektywa...*, *op. cit.*, s. 158.

⁵³ S. Van Gompel: *The Orphan Works...*, *op. cit.*, s. 1360; J.M. Urban: *How Fair Use...*, *op. cit.*, s. 1409.

kiwań w odniesieniu do niektórych dzieł. Jeżeli jednak w rachubę wchodziłoby kilkaset lub kilka tysięcy utworów, prowadzenie poszukiwań w odniesieniu do każdego takiego utworu przez archiwum czy bibliotekę mogłoby zahamować cały proces digitalizacji ich zasobów, tym bardziej że — przypomnijmy — w świetle dyrektywy staranne poszukiwanie musi być przeprowadzone przed podjęciem jakiegokolwiek próby eksploatacji utworu osieroconego (por. art. 3.1 dyrektywy).

Nie ulega kwestii, że przyjęty w dyrektywie niezbyt sformalizowany system oparty na starannym poszukiwaniu jest dopasowany do sytuacji, w której zjawisko osierocenia utworu jest sytuacją rzadką, a więc gdyby takich dzieł było niewiele — należałoby zakładać, że system ten będzie efektywny. Tak jednak nie jest, dlatego powyższym, krytycznym uwagom pod adresem modelu dyrektywy nie sposób odmówić racji. Skoro cała idea uchwalenia tych przepisów sprowadza się do umożliwienia bibliotekom czy archiwom masowej digitalizacji, to wydaje się, że wybrano złe narzędzie. W literaturze zauważono, że w takich przypadkach lepiej sprawdziłby się system oparty na zbiorowym zarządzaniu dziełami osieroconymi i udzielaniu licencji na korzystanie z nich⁵⁴. Rozszerzenie zbiorowego zarządzania na prawa nieznanymi lub nieodnalezionymi twórców, wzorem państw skandynawskich⁵⁵, umożliwiłoby użytkownikom uzyskiwanie licencji obejmujących prawo do digitalizowania większej liczby utworów, co lepiej koresponduje z celami dyrektywy, bez konieczności prowadzenia poszukiwań indywidualnych podmiotów praw autorskich przez same jednostki zainteresowane udostępnianiem utworów⁵⁶.

Poszczególnym rozwiązaniom dyrektywy trudno też zarzucać błąd, ponieważ wiele kwestii pozostawiono w niej w sposób bardzo ogólny. Ta uwaga odnosi się do procesu poszukiwania utworów, o którym w gruncie rzeczy wiemy tyle, że ma być „staranny”. Naturalnie, ustawodawca wskazał pewien katalog źródeł, jakie należy uwzględnić, prowadząc poszukiwanie autorskoupornionych, ale przecież nawet przy założeniu, że trzeba te źródła zbadać, nie jest przesądzone, jak dokładnie należy to zrobić. Tymczasem poszukiwania, o których mowa, będą prowadzone głównie na poziomie poszczególnych państw członkowskich, co sprzyjać będzie tworzeniu własnych, krajowych standardów ustalania autorskoupornionych. Powinno chyba być inaczej, skoro wynik tych poszukiwań (tj. nieustalenie podmiotu uprawnionego do utworu) będzie odnosił skutek w całej Unii Europejskiej. Regulacja dyrektywy powinna być więc w tym zakresie dokładniejsza, tak aby mogła doprowadzić do tworzenia się jednolitych, unijnych standardów.

W kwestiach bardziej szczegółowych zwrócono uwagę na zbyt wąski zakres przedmiotowy dyrektywy; zdaniem niektórych powinna obejmować wszystkie, a nie

⁵⁴ A. Ringnalada: *Orphan Works...*, *op. cit.*, s. 8 i n.; zob. też S. Van Gompel, P.B. Hugenholtz: *The Orphan Works Problem: The Copyright Conundrum of Digitizing Large-Scale Audiovisual Archives, and How to Solve It*, *Popular Communication: The International Journal of Media and Culture* 2010, nr 1, s. 61.

⁵⁵ T. Koskinen-Olsson: *Collective management in the Nordic countries (w:) Collective management of Copyright and Related Rights*, ed. D. Gervais, The Hague 2008, s. 25.

⁵⁶ Zob. też S. Van Gompel: *The Orphan Works...*, *op. cit.*, s. 1361.

tylko niektóre kategorie utworów⁵⁷, również te nieopublikowane⁵⁸. Chociaż istotnie decyzja ustawodawcy europejskiego co do tego, które kategorie utworów powinny być uznawane za osierocone, wydaje się dość dowolna, jednak zaliczenie do grona utworów osieroconych dzieł niepublikowanych (czy nierozpowszechnianych) byłoby ryzykowne. Często nie jest jasne, jaki jest powód tego, że dzieło nie zostało rozpowszechnione — mogło być to wynikiem świadomej decyzji jego twórcy. Dopuszczenie możliwości udostępniania dzieł osieroconych nieopublikowanych albo w ogóle nierozpowszechnionych obarczone byłoby ryzykiem, że po ujawnieniu się twórcy mógłby on wystąpić z roszczeniem o naruszenie autorskiego prawa osobistego, którym jest decydowanie o pierwszym ujawnieniu dzieła publiczności. Trudno natomiast przyjąć, żeby dyrektywa mogła przyznać odstępstwa od praw osobistych twórcy, stąd akurat w tym przypadku krytyka pod adresem rozwiązań zamieszczonych w dyrektywie jest, jak się wydaje, przesadzona.

Istotnym *novum* jest przewidziana w dyrektywie możliwość zakończenia statusu dzieła osieroconego, która przysługuje uprawnionemu w każdym czasie. Jest to swoista klauzula *opt-out*, umożliwiająca odzyskanie kontroli nad eksploatacją dzieła (fonogramu). Szczegółowe rozwiązania co do tego, jak powinno nastąpić owo „zakończenie statusu utworu osieroconego”, należą do państw członkowskich, jednak zabrakło w dyrektywie podkreślenia, że państwa członkowskie nie powinny tego procesu niepotrzebnie formalizować, nakładać na podmiot autorskouprawniony nadmiernych obowiązków. Mogłoby to bowiem doprowadzić do naruszenia zasady przewidzianej w konwencji berneńskiej, że wykonywanie praw autorskich nie jest uzależnione od konieczności dochowania formalności (art. 4.2 konwencji)⁵⁹. Trzeba mimo to przyznać, że ze względu na wagę zdarzenia prawnego, jakim jest zakończenie statusu dzieła osieroconego, nie wydaje się, żeby mogło to nastąpić w sposób zupełnie dowolny. Przepisy krajowe powinny więc regulować, w jaki sposób podmiot uprawniony powinien złożyć oświadczenie woli zmierzające do „odzyskania” utworu osieroconego, tak aby nie budziło ono wątpliwości dla korzystających. Wydaje się, że oświadczenie to należałoby składać przed organem władzy publicznej, a następnie powinno ono zostać zakomunikowane do publicznej wiadomości tak, aby dotarło do maksymalnie szerokiego kręgu osób. Podmiotu uprawnionego nie należy w tym zakresie obciążać kosztami złożenia tego oświadczenia.

⁵⁷ Zob. np. stanowisko EBIB w sprawie dzieł osieroconych, udostępnione pod adresem elektronicznym: <http://www.ebib.info/wiadomosci/471-stanowisko-ebib-w-sprawie-dzie-osieroconych>.

⁵⁸ Zob. w związku z tym stanowisko Centrum Cyfrowego w sprawie projektu dyrektywy w sprawie niektórych dozwolonych możliwości wykorzystania utworów osieroconych, które udostępniono pod następującym adresem elektronicznym: http://centrumcyfrowe.pl/wp-content/uploads/2012/04/Centrum-Cyfrowe_Dzie%C5%82a-osiercone_komentarz-do-dyrektywy.pdf.

⁵⁹ S. Dusollier: *(Re)introducing Formalities in Copyright as a Strategy for the Public Domain* (w:) *Open Content Licensing: From Theory to Practice*, ed. L. Guibault, Ch. Angelopoulos, Amsterdam 2011, s. 96 i n.

Jednocześnie, zakończenia statusu dzieła osieroconego nie powinno się, jak sądzę, łączyć z jego unieważnieniem⁶⁰. Asumptem do tego mogłoby być chociażby polskie tłumaczenie tekstu dyrektywy, gdzie posłużono się właśnie pojęciem „unieważnienie statusu utworu osieroconego”⁶¹. Unieważnienie może dotyczyć decyzji, która jest źródłem przyznania prawa podmiotowego, ale akurat na tym obszarze prawa własności intelektualnej, którym jest prawo autorskie (inaczej jest w prawie własności przemysłowej), problem ten nie powstaje. Zresztą samo uzyskanie przez dany utwór statusu osieroconego pozostaje bez wpływu na istnienie („ważność”) praw autorskich (czy w przypadku fonogramów — pokrewnych). Najistotniejsze jest jednak, żeby zakończenia statusu osieroconego nie traktować jako unieważnienia, ponieważ wszelkie unieważnienia wywołują skutki z mocą wsteczną. W tym przypadku dopuszczenie takiej konstrukcji podważałoby legalność zgodnej z dyrektywą eksploatacji dzieła osieroconego. Zakończenie statusu dzieła osieroconego to wygaśnięcie tego statusu na przyszłość, co nie przekreśla tego, że zgodne z dyrektywą akty eksploatacji tego dzieła, podjęte przez uprawnione podmioty, były legalne. Bardziej adekwatne jest moim zdaniem rozważanie zakończenia statusu dzieła osieroconego w kategoriach wygaśnięcia, a nie unieważnienia⁶².

V. IMPLEMENTACJA DYREKTYWY DO PRAWA POLSKIEGO. UWAGI DE LEGE FERENDA

Polskie prawo autorskie nie ma w gruncie rzeczy rozwiązania, które można by określić jako modelowe rozstrzygnięcie kwestii dzieł osieroconych. Trudno za takie uznać treść przepisu art. 8 ust. 3 pr. aut., zgodnie z którym dopóki twórca nie ujawnił swojego autorstwa, w wykonywaniu prawa autorskiego zastępuje go producent lub wydawca, a w razie ich braku — właściwa organizacja zbiorowego zarządzania prawami autorskimi. Ten przepis nie ma, ściśle rzecz biorąc, zastosowania do dzieł osieroconych, lecz do utworów anonimowych, opublikowanych pod pseudonimem lub kryptonimem⁶³. Chodzi więc o przypadek, gdy twórca jest znany wydawcy, producentowi czy organizacji zbiorowego zarządzania, natomiast podmioty te reprezentują go dlatego, że ów twórca nie chce doprowadzić do ujawnienia swego autorstwa. Mamy tu więc do czynienia z pewnym przemyślanym działaniem autora, a nie z sytuacją, w której podmiot autorskouprawniony do utworu nie jest nikomu

⁶⁰ Zob. jednak S. Stanisławska-Kloc: *Dyrektywa..., op. cit.*, s. 148–150.

⁶¹ Zob. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0289:FIN:PL:PDF>.

⁶² S. Stanisławska-Kloc zauważa, że „unieważnienie” statusu dzieła osieroconego wywołuje skutki na przyszłość (S. Stanisławska-Kloc: *Dyrektywa..., op. cit.*, s. 148–149). Takie skutki podważają racjonalność posługiwania się w tym zakresie słowem „unieważnienie”, które z założenia działa z mocą wsteczną.

⁶³ J. Barta, R. Markiewicz (w:) *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, pod red. J. Barty, R. Markiewicza, Warszawa 2011, s. 124–125; M. Poźniak-Niedzielska, A. Niewęglowski: *Niektóre..., op. cit.*, s. 845; S. Stanisławska-Kloc, *Dyrektywa..., op. cit.*, s. 155.

znany lub w ogóle nie można się z nim skontaktować, co jest jak wiadomo kluczowe dla statusu utworu osieroconego.

Przedstawiona regulacja art. 8 ust. 3 pr. aut. nie może więc posłużyć do zrealizowania celów dyrektywy w sprawie dzieł osieroconych. Również przepisy prawa autorskiego o dozwolonym użytku publicznym, które przyznają bibliotekom, archiwom czy szkołom pewne możliwości eksploatawania utworów (por. art. 27 i 28 pr. aut.), nie mogą obecnie być traktowane jako generalne rozwiązanie problemów związanych z dziełami osieroconymi⁶⁴. Polskie rozwiązania są dostosowane do rozwiązań dyrektywy 2001/29/WE, co umożliwi na przykład archiwom i bibliotekom udostępnianie zdigitalizowanych utworów i fonogramów w bardzo wąskim zakresie — za pośrednictwem terminali (końcówek systemu informatycznego) — por. art. 28.3 pr. aut. Dyrektywa w sprawie dzieł osieroconych idzie natomiast znacznie dalej, zezwalając na takie udostępnianie utworów, które zapewnia korzystanie z nich z dowolnie wybranego miejsca. Ponadto, dyrektywa stwarza możliwość uprawnionym jednostkom uzyskiwania dochodów z tytułu udostępniania dzieł osieroconych (por. art. 6.2 *in fine* dyrektywy).

Polska, tak samo zresztą jak inne państwa członkowskie, powinna implementować dyrektywę w ciągu dwóch lat od jej wejścia w życie. Nie jest to wcale długi okres, jeśli weźmie się pod uwagę wiele problemów, których rozwiązania zostały zaledwie „naszkicowane” w kilkunastu przepisach dyrektywy. Zapewne stworzenie w Polsce stosownych rozwiązań przybierze postać nowej regulacji w przepisach o dozwolonym użytku publicznym, jakkolwiek wydaje się, że nie należy problemu implementacji dyrektywy sprowadzić do tego tylko aspektu.

Dyrektywa ma w założeniu ułatwić tworzenie cyfrowych zbiorów utworów osieroconych, ale nie jest to cel sam w sobie. Aby jej wdrożenie miało sens, powinno się w jak największym stopniu zapewnić dostęp do tych zasobów naukowcom (por. pkt 1 preambuły dyrektywy) oraz innym osobom, które chcą korzystać z utworów i fonogramów osieroconych w celach kulturalnych i edukacyjnych (por. pkt 20 preambuły dyrektywy)⁶⁵. Jednostki, uprawnione do digitalizacji i udostępniania osieroconych utworów i fonogramów, otrzymały od ustawodawcy europejskiego istotną zachętę. Jest nią wspomniana już możliwość uzyskiwania dochodów z tego tytułu, co — przy braku normatywnych zabezpieczeń — może też stanowić pokusę pobierania wygórowanych opłat, niepotrzebnie utrudniających dostęp do zdigitalizowanych zasobów. Oczywiście trudno prognozować, na ile taka pokusa mogłaby okazać się silna w polskich warunkach. Beneficjenci dyrektywy (archiwa, biblioteki, muzea) powinni mieć jednak wyraźnie sprecyzowany obowiązek niedyskryminującego udostępniania utworów użytkownikom. Wydaje się też, że należałoby

⁶⁴ Zob. też G. Bieniek: *Problematyka dzieł osieroconych — uwagi na gruncie prawa polskiego i rozwiązań światowych*, Paestra 2012, z. 11/12, s. 297.

⁶⁵ Zob. też W. Szpringer: *Koncepcja Open Access w świetle ekonomicznej analizy praw własności intelektualnej*, Warszawa 2011, s. 111.

zastanowić się nad stworzeniem jednolitego w skali kraju systemu naliczania i pobierania opłat za udostępnianie dzieł i fonogramów osieroconych.

Z pola widzenia ustawodawcy nie powinien też zniknąć podmiot autorsko-uprawniony w tych przypadkach, gdy nie przeprowadzono starannego poszukiwania. Zwraca uwagę na to unijny ustawodawca, wskazując (w pkt 19 preambuły dyrektywy), że w przypadku, gdy utwór lub fonogram został niesłusznie uznany za utwór osierocony, w wyniku poszukiwania, które nie było staranne, w ustawodawstwach państw członkowskich dostępne są środki zaradcze stosowane w przypadku naruszenia praw autorskich, przewidziane zgodnie z właściwymi przepisami krajowymi i prawem Unii⁶⁶.

Wynika z tego konieczność stworzenia stosownych rozwiązań również w sferze przepisów o naruszeniu praw autorskich majątkowych⁶⁷. Można rozważyć wprowadzenie ułatwień procesowych dla autorsko-uprawnionego w przypadkach, w których doszło do niesłusznego uznania jego utworu za osierocony. Dowód co do tego, że poszukiwanie było staranne, powinien spocząć na podmiocie, który je przeprowadził. Takie rozwiązanie mobilizowałoby jednostki uprawnione do skrupulatnego prowadzenia poszukiwań, ponieważ w razie podniesienia ewentualnych roszczeń przez uprawnionego, to na nich spoczywałby ciężar dowodu co do dochowania staranności w tym zakresie.

Można też zastanowić się nad zróżnicowaniem w tego typu przypadkach zakresu obowiązku odszkodowawczego — odszkodowanie mogłoby być odpowiednio wyższe w sytuacji, gdy niesłuszne ustalenie statusu utworu osieroconego było wynikiem rażącego niedbalstwa w prowadzeniu poszukiwań, w porównaniu z przypadkiem, gdy było to skutkiem mniejszego stopnia winy. Najsurowiej powinien być traktowany przypadek, gdy utwór uznano za osierocony w złej wierze — a więc na przykład gdy prowadzący poszukiwanie w stosownych rejestrach czynił to tylko na pozór, gdyż z innych źródeł (np. od osoby trzeciej) wiedział, kto jest w rzeczywistości podmiotem uprawnionym do utworu albo jak można się z nim skontaktować.

Ewentualne roszczenia podmiotu, którego utwór został niesłusznie uznany za osierocony, powinny być ograniczone w stosunku do jednostki, która prowadziła poszukiwanie w sposób nieprawidłowy, względnie wobec podmiotów będących w złej wierze. Nie wydaje się, że uprawniony powinien mieć możliwość pozwania innych osób, które korzystały z utworu, zakładając w sposób usprawiedliwiony okolicznościami, że utwór został zgodnie z prawem uznany za osierocony.

⁶⁶ Zob. S. Stanisławska-Kloc, *Dyrektywa...*, *op. cit.*, s. 150.

⁶⁷ Zob. J. Barta, R. Markiewicz: *Prawo autorskie*, Warszawa 2010, s. 83; S. Stanisławska-Kloc: *Dyrektywa...*, *op. cit.*, s. 157.

ADRIAN NIEWĘGŁOWSKI

DIRECTIVE ON ORPHAN WORKS AND ITS IMPACT
ON THE POLISH COPYRIGHT LAW

S u m m a r y

The paper discusses the impact of the Directive on certain permitted uses of orphan works on the Polish legal system. The author first presents the solutions applied in the foreign legal systems (US, Canada and the UK). Thereafter, the paper analyzes the question whether the system employed in the Directive, that involves a thorough search for entities with copyrights as a precondition for using those works, constitutes the right approach. The author claims that such procedure may not be appropriate in the case of orphan work with several authors, as it is the case in the European Union. The author argues that a better way of addressing the problem would be to entrust the management of orphan works with specialized entities that would pay remuneration to parties entitled to copyright once they emerge. The Polish Copyright Act should provide for such a procedure and the author advocates an appropriate implementation of the Directive into the Polish law.