

Digitalizacja materiałów archiwalnych w świetle prawa autorskiego. Zagadnienia wybrane

ADRIAN NIEWĘGŁOWSKI

Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie / Maria Curie-Skłodowska University in Lublin (Poland)
adrian.nieweglowski@mail.umcs.pl, ORCID 0000-0002-0948-9813

STRESZCZENIE

W artykule przedstawiono problematykę digitalizacji materiałów archiwalnych, pod którym to pojęciem rozumie się przekształcanie ich tradycyjnego zapisu do cyfrowej postaci. Obecnie coraz częściej materiały archiwalne istnieją od początku w formie cyfrowej. Dawniej przybierały jednak formy wydrukowanych książek, spisanych dokumentów itp. Rozwój technologii sprawia, że bardzo duża część archiwów dokonuje cyfryzacji swoich tradycyjnych zbiorów, m.in. w celu sprawniejszego udostępniania materiałów archiwalnych. Po nadaniu archiwaliom cyfrowej postaci, mogą być one rozpowszechniane na dużą skalę za pośrednictwem Internetu. Takie zabiegi nie są jednak często obojętne z punktu widzenia obowiązujących w danym państwie przepisów z zakresu prawa autorskiego. Czasami regulacje te przewidują zasady, na jakich może odbywać się digitalizacja. Problematyka, której dotyczy artykuł, jest bardzo szeroka. Dlatego też analizie poddano najważniejsze aspekty zagadnienia, mające praktyczny walor dla działalności archiwalnej. W artykule poruszono m.in. problem udostępniania materiałów w postaci cyfrowej. Odniesiono się do nowych przepisów, w tym z zakresu dzieł osieroconych.

SŁOWA KLUCZOWE

materiał archiwalny, utwór, prawo autorskie, dozwolony użytek publiczny, digitalizacja, udostępnianie utworów, archiwa

Digitalization of archival materials in the light of copyright law. Selected issues

ABSTRACT

The article presents the issue of digitization of archival materials, which is the transformation of their traditional form into a digital one. Currently, more and more archival materials are born in digital form. In the past, however, they were created especially as copies of printed books, written documents, etc. Due to the development of technology a large part of archives is digitalizing their traditional collections in order to make access to archival materials more efficient. Once the archives have been digitized, they can be made available on a large scale via the Internet. However, such activities are often not indifferent to the copyright law of a particular country. Sometimes these regulations provide certain rules under which digitization may take place. The problem addressed in the article is very broad. That is why the analysis covers the most important aspects of the issue which have practical value for archival policy. Some topics have been excluded. The article discusses, among others, the problem of making the materials available to the public in digital form. Reference is made to the new legislation, including that concerning orphan works.

KEYWORDS

archival material, work, copyright, fair use, digitization, making works accessible, archives

Wprowadzenie

Pojęcie „digitalizacji” jest w literaturze i praktyce definiowane na kilka sposobów. Mimo różnic w kwestiach szczegółowych, funkcjonujące określenia mają zbliżony kształt. W najprostszym rozumieniu digitalizacja to przekształcenie zapisu określonej treści intelektualnej, który dotychczas funkcjonował w postaci analogowej, w formę cyfrową¹. Z punktu widzenia celu niniejszej wypowiedzi ograniczenie się do takiego ujęcia jest wystarczające. Szczegółowe kwestie, natury zwłaszcza technologicznej, nie muszą być na potrzeby niniejszego artykułu szerzej rozwijane. Na podkreślenie zasługuje okoliczność, że cel digitalizacji nie jest kluczowy dla definiowania samego pojęcia. Tworzenie cyfrowych obrazów dóbr niematerialnych służy zarówno ich udostępnieniu publiczności, jak i zabezpieczeniu tradycyjnych nośników przed zniszczeniem. Cyfrowe zapisy dóbr kultury są także czasami przechowywane bez zamiaru ich udostępniania.

Digitalizacji może towarzyszyć utrwalenie cyfrowego obrazu dobra niematerialnego w określonym nośniku fizycznym. W rachubę wchodzi różne nośniki, w tym optyczne, magnetyczne oraz mieszane, czyli optyczno-magnetyczne². Tak

¹ Zob. zamiast wielu: M. Dziągglewski, A. Guzik, M. Juza, *Digitalizacja dziedzictwa kulturowego w Polsce. Repozytoria cyfrowe jako potencjalne źródło dostępu do zasobów kulturowych*, „Studia Humanistyczne AGH” 2017, t. 16 (2), s. 89. „W dziedzinach związanych z ochroną dóbr kultury, takich jak bibliotekarstwo, muzealnictwo czy konserwatorstwo, rozumie się zwykle pod tym pojęciem [tzn. digitalizacji – uwaga A.N.] odwzorowanie w postaci zapisu cyfrowego zabytków, muzealiów, materiałów bibliotecznych.”, zob.: A. Widacka-Bisaga, T. Zaucha, *Słowo i obraz. Digitalizacja zbiorów Muzeum Narodowego w Krakowie*, „Muzealnictwo” 2011, z. 52, s. 102. Na temat pojęcia digitalizacji zob. również: J. Sobczak, M. Gołda-Sobczak, *Digitalizacja i udostępnienie w Internecie dorobku kulturowego oraz ochrona zasobów cyfrowych*, [w:] *Prawo wobec kultury i sztuki*, red. K. Chałubińska-Jentkiewicz, K. Kakareko, J. Sobczak, Warszawa 2018, s. 85 i n. Zob. ponadto: S. Kotecka-Kral, *Informatyzacja usług publicznych – założenia konstrukcyjne*, [w:] *Prawo nowych technologii*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, Warszawa 2021, s. 13 i n.

² Niekiedy, zwłaszcza w języku potocznym, przyjmuje się, że cyfrowy obraz dobra intelektualnego może być sporządzony tylko w nośnikach optycznych, takich jak w szczególności płyty CD czy DVD. Dlatego pojęcie „nośników cyfrowych” bywa odnoszone właśnie do ostatnio wymienionych przedmiotów. Nazywa się je wprost «nośnikami cyfrowymi», zob. zamiast wielu: D. Kot, *Elektroniczny obrót utworem w świetle prawa autorskiego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej” 2006, z. 94, s. 76, 239. Takie określenie jest o tyle mylące, że cyfrowy zapis utworu może istnieć też w innych nośnikach, w szczególności magnetycznych. Oddzielić należy wobec tego technologię zapisu dobra niematerialnego w nośniku (może ona być różna – cyfrowa, analogowa) od samego typu nośnika. Szerzej na temat różnych relacji między rodzajami nośników zob. zwłaszcza: J. Szczotka, *Obrót materialnym nośnikiem utworu w perspektywie prawa rzeczowego i prawa autorskiego*, „Barometr Regionalny” 2018, t. 16, s. 107 i n.

być jednak nie musi. Zdarza się, że cyfrowy zapis utworu egzystuje bez ucieleśnienia w przedmiocie materialnym (np. w płycie CD itd.). Przykładem jest umieszczenie go w chmurze obliczeniowej lub na stronie internetowej właściwej instytucji publicznej bądź też innego podmiotu.

Aktualnie nie tylko w Polsce, ale i w wielu różnych państwach na świecie, trwa zakrojona na szeroką skalę digitalizacja materiałów archiwalnych. Jej powody są różne. Bez wątplenia jednym z nich jest zapewnienie łatwiejszego dostępu osobom zainteresowanym do archiwaliów. Nie ulega też wątpliwości, że materiał w cyfrowej postaci jest pod wieloma względami łatwiej przechowywać. Nie chodzi tylko o możliwość zaoszczędzenia miejsca, ale także zmniejszenie kosztów związanych z konserwacją nośników. Zalety digitalizacji są niewątpliwe i dostrzega się je w piśmiennictwie archiwistycznym³. Towarzyszą im też pewne zagrożenia dla oryginalnego nośnika, jakie ten proces może nieść za sobą⁴. Mimo tego, pozytywne aspekty digitalizacji zdają się przeważać nad ich ujemnymi następstwami. Postępujący proces digitalizacji dóbr kultury jest poza tym czymś, czego nie da się zatrzymać. Z tego też powodu zdecydowano się poświęcić mu uwagę w niniejszym artykule.

Digitalizacja może być czynnością obojętną z punktu widzenia prawa autorskiego. Wiele, zwłaszcza dawniej powstałych, archiwaliów nie jest nim chronionych. Prawa autorskie majątkowe mają charakter czasowy. Po upływie pewnego okresu wygasają. To zaś sprawia, że ilekroć przedmiotem tych praw są archiwalia, mogą one być eksploatowane bez zgody twórcy⁵. Niektóre materiały archiwalne powstały zanim pojawiły się regulacje z zakresu prawa autorskiego, dlatego nigdy nie były chronione. Mimo tego zasób archiwalny (zarówno państwowy, jak i niepaństwowy) stale się powiększa, a w jego skład wchodzi materiały objęte pra-

³ W. Zawitkowska, *O konieczności intensyfikacji procesów digitalizacji materiałów archiwalnych i pożytkach z tego płynących na przykładzie zbioru dokumentów pergaminowych Litewskiej Akademii Nauk w Wilnie*, „Wieki Stare i Nowe” 2012, t. 9, zwłaszcza uwagi na s. 10–11.

⁴ Ibidem. Te zagrożenia pojawiają się zwłaszcza w przypadku, gdy czynności składające się na digitalizację nie są wykonywane przez odpowiednio przygotowane, kompetentne osoby.

⁵ W Polsce zagadnienie czasu trwania autorskich praw majątkowych reguluje przede wszystkim przepis art. 36 Ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j.: Dz. U. 2021, poz. 1062, dalej: ustawa autorska). Przewiduje on wygaśnięcie praw autorskich majątkowych z upływem siedemdziesięciu lat, obliczanych na ogół (w uproszczeniu) począwszy od śmierci twórcy. Zasługuje na podkreślenie, że ten okres jest ujednolicony w skali całej UE. Obowiązuje bowiem Dyrektywa 2006/116/WE z 12 grudnia 2006 r. w sprawie czasu ochrony prawa autorskiego i niektórych praw pokrewnych (Dz. Urz. UE L 372/12 z 27.12.2006). Wspomnieć trzeba też o ochronie praw pokrewnych, która na ogół trwa krócej, niż w przypadku praw autorskich. Jest to jednak wątek uboczny dla prowadzonych rozważań.

wem autorskim. To zaś rodzi pytanie o to, na jakich zasadach może się odbywać digitalizacja archiwaliów chronionych autorskimi prawami majątkowymi. Pozostaje z tym w związku kwestia, w jakich okolicznościach uprawniony może się jej sprzeciwić. Te pytania są ważne przede wszystkim dla jednostek państwowej sieci archiwalnej, które są odpowiedzialne za proces digitalizowania materiałów archiwalnych. Pośrednio zagadnienia te, ze względu na dostęp do cyfrowych zbiorów, są istotne także dla użytkowników zasobu archiwalnego. To również przesądza o zasadności podjęcia tematu digitalizacji w niniejszym artykule⁶.

Istota digitalizacji

Słusznie zauważa Wioletta Zawitkowska⁷, że od strony technologicznej digitalizacja jest procesem, w którym można wyróżnić kilka etapów. Pierwszy z nich stanowi przygotowanie materiału do skanowania. Następnie autorka wyodrębnia właściwą fazę digitalizacji, która polega na skanowaniu materiału archiwalnego, ewentualnie wykonywaniu zdjęć aparatem cyfrowym. W. Zawitkowska wskazuje również w tym zakresie na metodę pośrednią, hybrydową. Sprowadza się ona do równoczesnego skanowania i wykonywania mikrofilmu⁸. Kolejnym etapem jest obróbka plików, ich kompresja, porządkowanie oraz indeksowanie. Proces kończy zapis plików z archiwaliami na nośnikach (np. pendrive), względnie na dysku twardym komputera⁹.

⁶ W Unii Europejskiej została przyjęta Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/790 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie prawa autorskiego i praw pokrewnych na jednolitym rynku cyfrowym oraz zmiany dyrektyw 96/9/WE i 2001/29/WE (Dz. Urz. UE L 130/92 z 17.05.2019, s. 92 i n.). Dyrektywa ta zawiera pewne rozwiązania odnoszące się do archiwów m.in. w art. 2 pkt 3. Niemniej jednak dyrektywa, o której w tym miejscu mowa, nie została jeszcze wdrożona do polskiego ustawodawstwa. Ponieważ ostatecznego kształtu polskich przepisów, które stanowiłyby implementację dyrektywy, nie sposób przesądzać, zdecydowano się na pominięcie tego zagadnienia. W chwili, gdy pisane są te słowa, nie został opublikowany nawet projekt zmiany ustawy autorskiej, który dostosowywałby ten akt prawny do dyrektywy 2019/790. Zob. szerzej w związku z tym: R. Markiewicz, *Prawo autorskie na jednolitym rynku cyfrowym. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/790*, Warszawa 2021, zwłaszcza (gdy chodzi o instytucje kultury) uwagi ze s. 48 i n.

⁷ *O konieczności intensyfikacji procesów digitalizacji*, s. 9–10.

⁸ *Ibidem*, s. 9.

⁹ *Ibidem*, s. 10. Dodać wypada, że autorka do digitalizacji zalicza również przechowywanie cyfrowych kopii archiwaliów oraz ich udostępnianie on-line, bądź za pomocą wydruków

Przejsz w tym miejscu należy do oceny procesu digitalizacji z punktu widzenia prawa autorskiego. Jej dokonanie jest zasadne przy założeniu, że materiał archiwalny jest równocześnie utworem chronionym przez ustawę autorską. W razie digitalizacji materiału będącego utworem istotne jest rozważenie, czy:

1. proces, o którym mowa, prowadzi do powstania przeróbki pierwotnego dzieła;
2. jest on tylko zwielokrotnieniem utworu, przekształceniem jego postaci z tradycyjnego egzemplarza (np. maszynopisu) do formatu cyfrowego.

Odpowiedź na powyższe pytanie jest punktem wyjścia do dalszych rozważań związanych z możliwością dokonywania procesu digitalizacji i udostępnianiem kopii cyfrowych utworów. Jeśliby uznać digitalizację za przeróbkę, opracowanie utworu, to w rachubę wchodzi art. 2 ustawy autorskiej¹⁰. Na rozpowszechnianie utworu w zmodyfikowanej postaci twórca dzieła macierzystego musi wyrazić zgodę¹¹. Ilekroć digitalizacja nie jest przeróbką, stosowanie art. 2 ustawy autorskiej nie wchodzi w rachubę. Podstaw do sporządzenia kopii cyfrowej materiału archiwalnego i rozpowszechnienia go trzeba wtedy szukać w innych przepisach ustawy autorskiej.

Nie traktuje się w teorii ani praktyce prawa autorskiego digitalizacji jako przeróbki utworu¹². Jest tak nawet wtedy, gdy procesowi, o którym mowa, towarzyszy na przykład kompresja czy rozpoznawanie pisma odręcznego. Celem digitalizacji jest możliwie dokładne odwzorowanie określonego dobra niematerialnego, które wcześniej istniało w fizycznym nośniku (np. maszynopis książki). Materiał archiwalny, utrwalony dotąd różnymi metodami w rzeczy ruchomej, zostaje zapisany w nowej postaci (cyfrowej). Forma wyrażania, jaką autor nadał treści zawartej w materiale archiwalnym, nie ulega jednak żadnej zmianie. W przeciwnym razie mogłoby dojść do naruszenia wartości

itp. To ujęcie wydaje się zbyt szerokie. Przechowywanie czy udostępnienie cyfrowych kopii materiałów archiwalnych jest już czymś, co następuje po zakończeniu procesu digitalizacji. Jest to wobec tego odrębny proces, który można sprowadzić do publicznego udostępniania archiwaliów w postaci zdigitalizowanej. Ponieważ udostępnianie cyfrowych kopii archiwaliów wiąże się z digitalizacją, zagadnienie to jest także omawiane w artykule.

¹⁰ Zob. art. ustawy autorskiej.

¹¹ Zgoda na korzystanie z przeróbki (bądź zgoda na rozporządzanie prawami do opracowania) jest wymagana, jeśli prawa autorskie do dzieła macierzystego są nadal w mocy.

¹² Zob. zamiast wielu: E. Traple, *Komentarz do art. 2 ustawy autorskiej*, [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. J. Barta, R. Markiewicz, Warszawa 2011, s. 52–53.

historycznej zdigitalizowanego materiału. W efekcie procesu, o jakim mowa, powstaje nowy sposób poznania materiału archiwalnego¹³.

Mimo że digitalizacja nie jest rodzajem przeróbki, to jednak stanowi formę zwielokrotnienia materiału archiwalnego. W efekcie tego procesu zwiększa się liczba tych archiwaliów w obrocie. Jest przy tym zasadą, że osoba, do której należą prawa autorskie do materiału archiwalnego, ma prawo kontrolować wszelkie zwielokrotnienia tego dobra¹⁴. Sam fakt legalnego nabycia własności egzempla-

¹³ „Formą wyrażania” jest sposób, za pomocą którego autor materiału archiwalnego przedstawia zawartą w nim treść. Przejawia się ona w metodzie formułowania myśli, układzie poszczególnych zdań i innych elementów tekstowych. Ten sposób wyrażania z zasady nie zmienia się wskutek digitalizacji. Zmianie ulega natomiast tzw. „forma ustalenia dzieła” (na temat relacji pomiędzy formą wyrażenia oraz sposobem ustalenia dzieła szerzej zob.: A. Kopff, *Dzieło sztuk plastycznych i jego twórca w świetle przepisów prawa autorskiego*, Kraków 1961, s. 17–18). Materiał archiwalny, utrwalony dotąd w rzeczy, w rezultacie digitalizacji zaczyna egzystować jako plik cyfrowy. Następuje to wskutek zeskanowania maszynopisu itd. Niekiedy zdigitalizowany egzemplarz materiału archiwalnego może być uszkodzony (rozdarte kartki, skreślenia, plamy). Przez to fragmenty tekstu bywają nieczytelne lub trudne do rozszyfrowania. Te uszkodzenia mogły nastąpić nie z woli twórcy materiału archiwalnego, lecz jako konsekwencja zużycia przedmiotu, z którego wcześniej korzystała duża liczba osób. Innym razem nieczytelność egzemplarza to efekt jego niewłaściwego przechowywania. Towarzyszące digitalizacji odwzorowanie oryginalnej treści dokumentu (skreślonej przez osoby trzecie) nie jest rodzajem przeróbki. Przeciwnie, zmierza do powstania kopii cyfrowej, która maksymalnie oddawałaby istotę utworu zgodnie z wolą autora. Jeśli jednak to sam autor usuwał na bieżąco fragmenty swego dzieła, powinno się to uszanować. W przeciwnym razie mogłoby dojść do naruszenia prawa do integralności dzieła, ilekroć jest ono chronione osobistymi prawami autorskimi. Wykorzystanie przy dokonywaniu digitalizacji automatycznego tłumacza (programu komputerowego), który przełożyłby całość (lub fragmenty) materiału na inny język, prowadzi do powstania opracowania (tłumaczenia). Takie działanie jest już poważną ingerencją w formę wyrażenia utworu. Po digitalizacji będzie on funkcjonował w innym kształcie, aniżeli pierwotnie nadany mu przez autora. Jeśli przetłumaczony, tą lub inną drogą, materiał miałby być rozpowszechniany, autor (lub inne uprawnione osoby) powinien wyrazić na udostępnianie zgodę. Nie zmienia to faktu, że – w założeniu – digitalizowane materiały archiwalne nie są zwykle przerabiane. Za rodzaj przeróbki nie mogą być uznane zabiegi polegające na zwiększeniu czytelności tekstu. Ułatwiają one zapoznanie się z materiałem archiwalnym, mimo tego nie wpływają na sposób wyrażania dzieła.

¹⁴ Zasada ta obowiązuje przy założeniu, że materiał archiwalny jest chroniony prawami autorskimi. Ilekroć takiej ochrony nie ma, to możliwości kopiowania materiałów zwiększają się. O niektórych powodach braku ochrony archiwaliów już wspomniano. Wśród nich jest upływ czasu. Po pewnym okresie autorskie prawa majątkowe wygasają. Trzeba jednak powiedzieć i o tym, że ustawodawca wyklucza z góry uznanie określonych przedmiotów, często zgromadzonych w archiwach, za utwór. Jest tak niezależnie od tego, kiedy dokładnie owe przedmioty powstały. Wymienia je art. 4 ustawy autorskiej. Jego obowiązywanie sprawia, że dokumenty i materiały urzędowe nie są chronione w prawie autorskim. To powoduje, że digitalizacja orzeczeń sądowych, ksiąg wieczystych, aktów stanu cywilnego, innych rejestrów sądowych może nastąpić bez rozważania kwestii naruszenia prawa autorskiego. To samo dotyczy przykładowo aktów normatywnych (ustaw, rozporządzeń, zarządzeń) oraz ich urzędowych projektów czy opublikowanych

rza chronionego prawem autorskim materiału archiwalnego nie uprawnia do wykonania jego kopii. Podstawa do tego musi wynikać albo z umowy z podmiotem praw autorskich, albo z przepisów o tzw. dozwolonym użytku¹⁵. Status właściciela rzeczy nie daje więc prawa do dowolnego korzystania z zawartego w niej utworu.

Archiwa, jako publiczne instytucje, nie pozostają z podmiotami praw autorskich w żadnych relacjach osobistych. Dlatego podstaw do ewentualnej digitalizacji materiałów znajdujących się w zasobach archiwalnych szukać trzeba w przepisach o dozwolonym użytku publicznym (a nie osobistym). Te regulacje zawiera ustawa autorska. Zostaną one w dalszej części artykułu poddane analizie. Archiwum może chcieć eksploatować utwory przybierające kształt materiałów archiwalnych szerzej, niż pozwala na to dozwolony użytek publiczny. Ilekroć ten ostatni przypadek ma miejsce, konieczne jest uzyskanie upoważnienia od osób uprawnionych. W przeciwnym razie może dojść do naruszenia podmiotowych praw autorskich.

Digitalizacja w ramach dozwolonego użytku z art. 28 ustawy autorskiej

Podstaw prawnych digitalizacji materiałów archiwalnych, które są zarazem utworami, można poszukiwać w różnych regulacjach ustawy autorskiej¹⁶. Wśród nich na pierwszy plan wysuwa się art. 28 tej ustawy. W kontekście dozwolonego

opisów patentowych. W archiwach są zgromadzone jednak także inne dokumenty, takie jak np. fotografie, ilustracje, projekty architektoniczne czy architektoniczno-urbanistyczne. Mogą one korzystać z ochrony prawa autorskiego, stąd pytanie o ich legalną digitalizację jest często uzasadnione. Zarazem podkreślenia wymaga, że artykuł obejmuje prawno-autorskie aspekty digitalizacji archiwaliów. Niektóre, nawet niechronione w ustawie autorskiej, dokumenty mogą zawierać dane osobowe podmiotów trzecich. Kwestię ich ochrony i zgodnego z prawem przetwarzania regulują odrębne przepisy, których omawianie wykracza poza cele i założenia postawione w niniejszym artykule naukowym. Szerzej zob. również: A. Nowicka, *Komentarz do art. 4 ustawy autorskiej*, [w:] *Ustawy autorskie. Komentarze. Prawo autorskie i prawa pokrewne. Ochrona baz danych. Zbiorowe zarządzanie prawami autorskimi i prawami pokrewnymi*, t. 1, red. R. Markiewicz, Warszawa 2021, s. 186 i n.

¹⁵ Mianem „dozwolonego użytku” określa się zespół przepisów prawnych, które pod pewnymi warunkami pozwalają uczestnikom obrotu korzystać z chronionych utworów bez zgody podmiotów praw autorskich. Te regulacje są podyktowane potrzebami społecznymi, które wykluczają w niektórych sytuacjach sprzeciwienie się przez uprawnionego eksploatacji jego utworów. Dozwolony użytek dzieli się na osobisty i publiczny. Do przejawów wolnego użytku należą m.in. prawo cytatu, przedruk, korzystanie przez szkoły i uczelnie, niepełnosprawnych, podczas ceremonii religijnych itd. W kwestiach szczegółowych zob. art. 23–35 ustawy autorskiej.

¹⁶ O wzajemnych relacjach między różnymi podstawami digitalizacji materiałów archiwalnych jest mowa dalej.

użytku wyraźnie wskazano w nim m.in. na archiwa¹⁷. Zgodnie z treścią artykułu „[...] archiwa mogą:

1. użyczać, w zakresie swoich zadań statutowych, egzemplarze utworów rozpowszechnionych,
2. zwielokrotniać utwory znajdujące się we własnych zbiorach w celu uzupełnienia, zachowania lub ochrony tych zbiorów,
3. udostępniać zbiory dla celów badawczych lub poznawczych za pośrednictwem końcówek systemu informatycznego (terminali) znajdujących się na terenie tych jednostek

– jeżeli czynności te nie są dokonywane w celu osiągnięcia bezpośredniej lub pośredniej korzyści majątkowej¹⁸. Przytoczony przepis nie wskazuje wprost na możliwość digitalizowania materiałów archiwalnych. Mimo tego odnosi się do ich zwielokrotniania, a to obejmuje różne przypadki wykonania kopii utworu. Chodzić może o wytworzenie kolejnego egzemplarza metodą drukowania czy reprografii (kserowanie). Niemniej jednak nie można wykluczyć z tego zakresu digitalizacji materiału archiwalnego, która jest rodzajem zwielokrotnienia¹⁹. Często uzasadnia ją potrzeba „ochrony” zbiorów archiwalnych. Tradycyjne, papierowe egzemplarze materiałów archiwalnych nierzadko niszczej. Digitalizacja prowadzi w konsekwencji do zabezpieczenia treści dokumentacji archiwalnej, czyli do

¹⁷ Określenie to (czyli „archiwa”) nie jest wyjaśnione w ustawie autorskiej. Nie powinno jednak ulegać wątpliwości, że w przepisach o dozwolonym użytku ustawodawcy chodzi o jednostki państwowej sieci archiwalnej. Prawodawca nie ma na myśli w szczególności archiwum rozumianego jako pomieszczenie w zakładzie pracy, gdzie przechowywane są materiały. Chodzi o pewną jednostkę organizacyjną, która realizuje zadania publiczne z zakresu archiwizowania dokumentów (a nie archiwum traktowane jako miejsce przechowywania archiwaliów). Jako beneficjenta przepisu art. 28 ustawy autorskiej można wskazać również m.in. Narodowe Archiwum Cyfrowe. Jego powołanie do życia zostało dostrzeżone swego czasu również w obcojęzycznej literaturze (zob.: J. Henrik, R. Dixon-Gough, *History of Archives in the Respective Countries*, [w:] *Preservation in Digital Cartography. Archiving Aspects*, red. M. Jobst, Berlin-Heidelberg 2011, s. 85–86).

¹⁸ Zob. art. 28 ustawy autorskiej.

¹⁹ Od razu trzeba uzupełnić, że art. 28 ustawy autorskiej obejmuje takie formy zwielokrotnienia, które prowadzą do powstania trwałego zapisu dobra niematerialnego. Niekiedy, podczas różnych procesów technologicznych, są generowane cyfrowe kopie utworów. Dotyczy to chociażby stron internetowych (na których mogą się znajdować materiały archiwalne), które zapisują się w pamięci podręcznej komputera. Kwestii incydentalnego i przejściowego zapisywania się cyfrowych kopii utworów dotyczy odrębny przepis ustawy autorskiej. Chodzi o regulację zamieszczoną w art. 23¹ ustawy autorskiej. Ponieważ nie odnosi się ona ściśle do zagadnienia digitalizacji materiałów archiwalnych, przepis art. 23¹ ustawy autorskiej nie jest omawiany w niniejszym artykule.

jej ochrony²⁰. Jako zgodne z prawem autorskim wskazuje się sporządzenie kopii cyfrowych brakujących stron materiału stanowiącego utwór²¹. Możliwe jest również powielenie całego utworu, jeśli jest to na przykład jeden z brakujących tomów kolekcji (w zbiorze) danego archiwum²².

Skoro ustawodawca zezwala archiwom na udostępnianie zbiorów za pomocą terminali, wynika z tego możliwość digitalizacji archiwaliów. Jako „terminal” należy rozumieć monitor z klawiaturą, który jest podłączony do systemu komputerowego lub sieci komputerowej²³. Chodzi o urządzenie, które zapewnia dostęp do treści cyfrowych. Takie treści muszą się w terminalu w jakiś sposób znaleźć, co zakłada często konieczność digitalizacji.

Udostępnianie za pomocą terminali niesie ze sobą określone ograniczenia. Przede wszystkim urządzenia te muszą być zlokalizowane na „terenie archiwum”.

²⁰ Jak się słusznie zauważa, digitalizacja w celach innych niż wymienione w art. 28 ustawy autorskiej stanowi wkroczenie w monopol autorski, chyba że archiwum dysponuje stosowną licencją (zob.: W. Szpringer, *Koncepcja open access w świetle ekonomicznej analizy praw własności intelektualnej*, Warszawa 2011, s. 149 i n.). Przykładem może być odpłatne zeskanowanie materiału archiwalnego na żądanie użytkownika i zapisanie kopii na jego przenośnym dysku. Takie działanie nie jest podejmowane ani w celu uzupełnienia, ani ochrony zasobów. Nie mieści się również w konwencji udostępniania materiału za pomocą terminala, o czym dalej. Czymś zupełnie innym jest użyczenie zainteresowanemu materiału tak, ażeby on sam za pomocą własnego urządzenia wykonał kopię cyfrową egzemplarza (zapisując ją w pamięci telefonu komórkowego). Takie działanie znajduje się w zakresie art. 28 ust. 1 pkt 1 ustawy autorskiej. To zaś, czy zwielokrotniwszy cyfrowo materiał, użytkownik będzie z niego korzystał zgodnie z prawem autorskim, nie jest sprawą archiwum. Stąd nie ma uzasadnienia oczekiwanie od użytkownika oświadczenia, że zdigitalizowanych materiałów będzie używał zgodnie z prawem autorskim. Archiwum nie ma kontroli nad tym, jak po sporządzeniu cyfrowej kopii użytkownik skorzysta z niej w domu czy w pracy. Jeśli przekroczy granice dozwolonego użytku osobistego, będzie to jego (a nie archiwum) naruszenie, za które użytkownik ponosić będzie samodzielną odpowiedzialność.

²¹ J. Szczotka, *Najem i użyczenie egzemplarzy utworu jako odrębne pola eksploatacji*, Warszawa 2013, s. 441.

²² Przykładem może być wielotomowa encyklopedia. Jeśli archiwum brakuje jednego z wolumenów, może go zwielokrotnić (również w postaci cyfrowej) z powołaniem się na dozwolony użytek. Podstawą sporządzenia kopii jest wtedy przepis art. 28 ust. 1 pkt 1 ustawy autorskiej. Jak zauważa J. Szczotka, w celu wykonania kopii cyfrowej archiwum może zamówić (wypożyczyć) brakujący egzemplarz od innej instytucji kultury. Po zeskanowaniu lub innym zwielokrotnieniu nośnik jest zwracany użyczającemu podmiotowi. Zob. *ibidem*.

²³ Zob. *Wielka Encyklopedia PWN*, t. 27, red. J. Wojnowski, Warszawa 2005, s. 342, hasło „terminal”: „Nazwa «terminal» jest też używana na określenie komputera z przeglądarką WWW, za pośrednictwem którego użytkownik korzysta z programu w komputerze”. Z kolei według innego źródła „terminal” to urządzenie końcowe, takie jak w szczególności ekranopis komputerowy, aparat telefoniczny, aparat końcowy transmisji danych, zob.: J. Kempisty, *Mały słownik cybernetyczny*, Warszawa 1973, s. 462.

Taki warunek wynika z przepisu art. 28 ustawy autorskiej²⁴. Użytkownikowi, na podstawie tego ostatniego przepisu, nie można więc zapewnić dostępu do zasobów ze stanowiska pracy czy prywatnego mieszkania. Te miejsca nie znajdują się na terenie (działania) archiwum²⁵. Dlatego digitalizacja, jeśli następowałaby w celu umożliwienia zapoznania się z utworami z dowolnego miejsca, wymagałaby uzyskania licencji. Przy jej braku już sam akt sporządzenia cyfrowego obrazu utworu prowadziłby do odpowiedzialności cywilnoprawnej naruszcyciela. Może on być również źródłem odpowiedzialności karnej na podstawie art. 117 ustawy autorskiej²⁶.

Istotnym problemem w dokonywaniu digitalizacji na podstawie art. 28 ustawy autorskiej jest ust. 2 tego ostatniego przepisu. Zgodnie z jego treścią zwielokrotnienie²⁷ „nie może prowadzić do zwiększenia liczby egzemplarzy utworów i powiększenia zbiorów”, odpowiednio użyczanych lub udostępnianych cyfrowo za pomocą terminali.

Trzeba wyraźnie podkreślić, że digitalizacja czy inne wykonanie kopii utworu zawsze prowadzi do powiększenia się zbiorów archiwum. Oczekiwanie, że sporządzający kopię zniszczy nośnik oryginalny (wtedy zbiory mogłyby się nie zwiększyć) jest nieracjonalne. Takiego działania nie można byłoby zaakcepto-

²⁴ Sformułowanie „na terenie archiwum” nie jest wolne od wątpliwości teoretycznych i praktycznych. Archiwum może działać na obszarze całego państwa polskiego. Nierzadko też wchodzi w relacje z podmiotami zagranicznymi, np. wypożyczając część zasobów czasowo do celów zorganizowania wystawy. Ustawodawcy chodziło jednak o miejsce, w którym manifestuje się bieżąca działalność archiwum jako jednostki organizacyjnej. W praktyce obejmuje ono budynek archiwum, w którego pomieszczeniach zamieszczone są terminale. Na ogół te części budynku są odpowiednio przystosowane i przybierają kształt czytelnicy materiałów archiwalnych.

²⁵ Podkreśla się w piśmiennictwie prawniczym, że na podstawie art. 28 ustawy autorskiej archiwum nie może zapewnić użytkownikom dostępu do materiałów w dowolnie wybranym miejscu i czasie. Ten ostatni dostęp określa się jako „całkowicie wirtualny”. Zob.: J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, Warszawa 2008, s. 128. Zob. także szerzej: B. Jewuła, S. Stanisławska-Kloc, *Prawo autorskie a działalność bibliotek [licencja dla bibliotek z art. 28 ust. pr. aut. i pr. pokr.]*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2008, z. 102, s. 136.

²⁶ Digitalizacja mieści się w pojęciu „zwielokrotnienia”, które jest użyte w art. 117 ust. 1 ustawy autorskiej. Dlatego stworzenie cyfrowego obrazu materiału archiwalnego do celów wykraczających poza art. 28 ustawy autorskiej jest często przestępstwem. Kluczowy jest cel działania sprawcy. Nie ma w podobnych przypadkach znaczenia, czy zamierzony skutek (tzn. np. udostępnienie materiałów użytkownikowi w jego mieszkaniu) rzeczywiście nastąpił. Zob. szerzej: J. Raglewski, *Komentarz do art. 117*, [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. D. Flisak, Warszawa 2015, s. 1446 i n. Tego typu przestępstwa przyjęło się określać mianem „formalnych”.

²⁷ Skoro „zwielokrotnianie” to – *lege non distinguente* – również digitalizacja.

wać ze względu na obowiązek szczególnej pieczy nad archiwaliami. Spoczywa on m.in. na archiwach państwowych, a także na wielu innych podmiotach²⁸. Do tego trzeba dodać wspomnianą okoliczność, że podstawą sporządzenia cyfrowej kopii dzieła jest niekiedy materiał użyczony od innego podmiotu. Musi on być wprawdzie zwrócony, jednak zasób archiwum dokonującego digitalizację i tak się przecież powiększy. Wejdzie w jego skład cyfrowa kopia utworu (materiału), której wcześniej nie było.

Artykuł 28 ust. 2 ustawy autorskiej trzeba interpretować racjonalnie, zgodnie z jego celem. Oparcie się tylko na jego dosłownym brzmieniu mogłoby doprowadzić do błędnych wniosków. W dalszej perspektywie uniemożliwiłoby to archiwom dokonywanie digitalizacji.

Digitalizacja dokonywana w ramach dozwolonego użytku przez jednostki państwowej sieci archiwalnej musi się opierać na kryteriach proporcjonalności i niezbędności. Nie powinno dochodzić do niekontrolowanej multiplikacji materiałów archiwalnych, stanowiących utwory. Jeśli do celów archiwów wystarczy sporządzenie jednej kopii cyfrowej dzieła, to należy się do tego ograniczyć. W tym sensie digitalizacja nie może prowadzić do „powiększenia zbiorów” również tych, które są udostępniane cyfrowo. Wykonanie wielu kopii tego samego materiału archiwalnego może stanowić naruszenie art. 28 ust. 2 ustawy autorskiej. W tym ostatnim przypadku doszłoby do wkroczenia w autorskie prawa majątkowe. Uprawniony może wówczas wystąpić na drogę sądową z roszczeniami z art. 79 ustawy autorskiej.

Obowiązujące przepisy ustawy autorskiej nie zobowiązują archiwum do stwarzania użytkownikom możliwości kopiowania zdigitalizowanych materiałów. Archiwa mają kompetencje do udostępnienia ich za pomocą terminali, co odbywa się na różne sposoby. Korzystającemu z dokumentacji zapewnia się czasem możliwość przeglądania jej na ekranie monitora. Archiwum może jednak umożliwić mu wykonanie kopii na własnym urządzeniu (np. na płycie CD). Może również zapewnić mu wydruk materiału. To mieści się w konwencji „udostępnienia

²⁸ Zob. m.in. art. 12 Ustawy z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (t.j.: Dz. U. 2020, poz. 164, z późn. zm., dalej: ustawa archiwalna). Przepis ten nakłada obowiązki związane m.in. z ochroną materiałów archiwalnych przed zniszczeniem na szereg podmiotów państwowych oraz na niepaństwowe jednostki organizacyjne. Zob. bliżej: M. Konstankiewicz, *Komentarz do art. 12*, [w:] idem, A. Niewęglowski, *Narodowy zasób archiwalny i archiwa. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 157. Oprócz tego, zniszczenie materiału archiwalnego przez podmiot, na którym spoczywa prawny obowiązek jego ochrony, jest przestępstwem. O tym ostatnim przesądza treść art. 52 ustawy archiwalnej.

za pomocą terminala”, o którym stanowi przepis art. 28 ustawy autorskiej. Sam użytkownik może wykonać kopię, opierając się na przepisach o wolnym użytku. Taką regulacją jest art. 23 ustawy autorskiej dotyczący dozwolonego użytku osobistego. Prokurator czy pełnomocnik strony może zapisać kopię utworu udostępnionego mu poprzez terminal, odwołując się do art. 33² ustawy autorskiej. Udostępnianie zdigitalizowanych utworów może służyć celom naukowym lub poznawczym. W zasadzie archiwum nie ma możliwości weryfikacji, w jakich celach użytkownicy korzystają z materiałów archiwalnych udostępnionych im w postaci cyfrowej. W danych okolicznościach mogłoby się jednak okazać, że ktoś chce eksploatować materiał w za szerokich granicach, np. w działalności komercyjnej²⁹. W takiej sytuacji archiwum powinno odmówić udostępnienia materiału archiwalnego (utworu) za pomocą terminalu.

Poza zakresem dozwolonego użytku publicznego (art. 28 ustawy autorskiej) jest w szczególności wysłanie użytkownikowi materiału archiwalnego na jego adres e-mail. W takim przypadku może on z niego korzystać w dowolny sposób, również za pomocą własnych urządzeń. Nie jest to wobec tego eksploatacja za pomocą terminali, które w dodatku muszą być usytuowane (stosownie do wskazanego art. 28) na terenie archiwum.

Archiwum ma prawo ograniczyć możliwość kopiowania przez użytkowników swoich zasobów udostępnianych za pomocą terminali. Jednostka sieci archiwalnej nie musi wtedy tłumaczyć użytkownikom swojej decyzji. Użytkownicy nie mają również żadnych podstaw do wysuwania roszczenia o zapewnienie im dostępu do materiałów w szerszym zakresie niż istniejący. Użytkownik ma prawo korzystać w archiwum z terminala, który pozwala wyłącznie przeglądać cyfrowy dokument. Nie ma wtedy możliwości zapisania go na swoim urządzeniu przenośnym lub w inny sposób³⁰.

²⁹ Wiedzę o tym, że użytkownik chce wykorzystać zdigitalizowane zasoby w celach handlowych archiwum mogłoby uzyskać od osób trzecich. W podobnych przypadkach ważnego znaczenia nabiera prawidłowa ocena wiarygodności otrzymanych informacji. Potrzeba dokonania weryfikacji byłaby niepotrzebna, jeśli użytkownik sam przyznałby, że chce materiał archiwalny będący utworem eksploatować (po skopiowaniu) handlowo. To wykraczałoby poza granice przepisów ustawy autorskiej poświęconych dozwolonemu użytkowi.

³⁰ Zasługuje na podkreślenie, że użytkownik zasobów archiwalnych czy bibliotecznych nie może na podmiotach wskazanych w art. 28 ustawy autorskiej „wymuszać” wykonania na jego rzecz kopii materiału (utworu). W praktyce zdarza się kierowanie podobnych żądań przez użytkowników w kierunku archiwów czy bibliotek. Powołują się oni na to, że na podstawie dozwolonego użytku osobistego (art. 23 ustawy autorskiej) użytkownikom (np. czytelnikom) można kopiować utwory w określonym zakresie. Nie powinno się jednak mieszać ze sobą dwóch odrębnych

Z tym, co wyżej powiedziano, pozostaje w związku przepis art. 16a ustawy archiwalnej. Ta regulacja przyznaje „każdemu”³¹ prawo dostępu do materiałów archiwalnych. Oprócz tego, nakłada ona m.in. na archiwa państwowe i wyodrębnione³² obowiązek udostępniania archiwaliów, również tych, które mają postać cyfrową. Powinność zapewnienia dostępu dotyczy przy tym nie tylko materiałów, które od początku miały kształt cyfrowy³³. Rozciąga się ona ponadto na materiały zdigitalizowane przez archiwum. To z kolei, zważywszy na tematykę niniejszego artykułu, uzasadnia poświęcenie art. 16a ustawy archiwalnej większej uwagi³⁴.

Zakresy normowania art. 16a ustawy archiwalnej oraz art. 28 prawa autorskiego nakładają się na siebie. Zachodzącą pomiędzy nimi relację można, w zakresie dotyczącym digitalizacji i udostępniania cyfrowych kopii archiwaliów, objaśnić następująco.

Przepis art. 28 ustawy autorskiej stanowi *lex specialis* w stosunku do ustawy archiwalnej (art. 16a), jeśli w rachubę wchodzi materiał archiwalny stanowiący chroniony utwór. Dlatego dokonanie digitalizacji przedmiotu ochrony prawa autorskiego i jego cyfrowe udostępnienie musi nastąpić zgodnie z ustawą autorską (art. 28). Jeśli natomiast materiał archiwalny nie jest chroniony w prawie autor-

kwestii. To, że osobie fizycznej przysługuje prawo do kopiowania większości dzieł w ramach dozwolonego użytku osobistego to jedna rzecz. Natomiast to, czy instytucja kultury ma obowiązek wykonać dla czytelnika kopię (np. cyfrową) utworu, to zupełnie inne zagadnienie. Takiego obowiązku prawo autorskie na archiwa (w szczególności) nie nakłada. Co więcej, słusznie się podkreśla, że przepis art. 28 ustawy autorskiej nie autoryzuje przypadku wykonania przez archiwum kopii cyfrowej na indywidualne zamówienie użytkownika. Takie działanie przekraczałoby ramy zakreślone w art. 28 ustawy autorskiej. Zob.: K. Gienas, *Komentarz do art. 28, [w:] Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. E. Ferenc-Szydełko, Warszawa 2016, s. 303–304. Wypożyczywszy egzemplarz utworu, użytkownik może z jego pomocą sam wykonać taką kopię. Szerzej na temat tego zagadnienia, z odniesieniem się do polskiego orzecznictwa, zob. A. Niewęglowski, *O kopiowaniu książek przez biblioteki*, „Ius Novum” 2015, nr 1, s. 141 i n.

³¹ Czyli niezależnie od obywatelstwa, wieku oraz takich kryteriów jak np. „interes prawny”.

³² Ścisłe biorąc, obowiązek rozciąga się na wszystkie jednostki wymienione w art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz ust. 2 ustawy archiwalnej. Prawodawca obejmuje je zbiorczym określeniem „podmioty zobowiązane” (w domyśle: do udostępnienia). Oprócz archiwów państwowych i wyodrębnionych należą do nich niektóre biblioteki i muzea.

³³ Tzn. nie były przekształcane z zapisu analogowego na cyfrowy. Określono te materiały archiwalne mianem tych, które powstały „w pierwotnym formacie plików cyfrowych” (art. 16a ust. 2 pkt 1 ustawy archiwalnej).

³⁴ Ustawa archiwalna wymienia również cele, którym ma służyć udostępnienie materiałów użytkownikom (m.in. poznawcze, zarobkowe), zob. art. 16a ust. 4 tej ustawy. Są one jednak ujęte przykładowo.

skim³⁵, to wtedy w grę wchodzi zastosowanie art. 16a ustawy archiwalnej. Dana jednostka organizacyjna może udostępnić w ostatnim przypadku zdigitalizowany materiał nie tylko za pomocą terminali w budynku archiwum. Może on być użytkownikowi skopiowany na urządzenie przenośne (np. pendrive). Raz jeszcze trzeba wszakże podkreślić okoliczność zasadniczą. Przepis art. 16a ustawy archiwalnej nie reguluje w ogóle dozwolonego użytku utworów. Z obowiązku udostępniania materiałów przez archiwum nie można w konsekwencji wyciągać zbyt daleko idących wniosków. Archiwum nie może, z powołaniem się na przepis art. 16a ustawy archiwalnej, udostępniać chronionych utworów w szerszych graniach niż wynikające z dozwolonego użytku w prawie autorskim (chyba, że ma np. licencję). Przeciwna konkluzja, jeśli się nasunęła, jest całkowicie błędna.

Dozwolony użytek dzieł osieroconych a digitalizacja zasobów archiwalnych

Archiwa zostały wyraźnie wymienione jako jednostki, które mogą być beneficjentami dozwolonego użytku dzieł osieroconych³⁶. Przesądono o tym wprost w przepisie art. 35⁵ ust. 2 ustawy autorskiej. Tzw. „dzieła osierocone” muszą się z woli ustawodawcy wyróżniać dwiema cechami. Po pierwsze, znajdować się w zasobach różnych instytucji naukowych i kulturalnych. Są wśród nich uczelnie, biblioteki i muzea, a niekiedy organizacje radiowe i telewizyjne. Po drugie, co nie mniej ważne, albo nie wiadomo, komu przysługują do tych utworów prawa autorskie, albo nie można z podmiotami tych praw nawiązać kontaktu³⁷. Brak możliwości ustalenia lub skontaktowania się z uprawnionymi utrudnia korzystanie z utworów, o których mowa. Czyni niemożliwym zwłaszcza-

³⁵ W rozważanym przypadku nie ma znaczenia powód braku tej ochrony. Mogła ona wygasnąć z racji upływu czasu albo nigdy nie istnieć, ponieważ materiał został wyłączony z monopolu prawa autorskiego (np. dlatego, że stanowi dokument urzędowy w rozumieniu art. 4 ustawy autorskiej).

³⁶ Na temat rozumienia słowa „archiwa” zob. uwagi w przypisie 13.

³⁷ Np. nie jest znane aktualne miejsce zamieszkania podmiotu praw autorskich majątkowych bądź, w przypadku osób prawnych, ten podmiot został zlikwidowany i nie wiadomo, kto jest sukcesorem. Powodów niemożności ustalenia lub odnalezienia podmiotów praw autorskich do utworów osieroconych jest dużo. Zob.: 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.

cza uzyskanie licencji na eksploatację dzieł. Ten problem stara się ustawodawca rozwiązać, regulując wolny użytek utworów osieroconych.

W konsekwencji zasługuje na odnotowanie następująca okoliczność: wbrew sugestii, jaka mogłaby płynąć z nazwy „dzieło osierocone”, to w sensie właścielskim „czyjś” utwór. Nie jest to wobec powyższego odpowiednik znanej w prawie cywilnym „rzeczy niczyjej”, która do żadnego podmiotu nie należy. Kategoria dzieł osieroconych obejmuje utwory, których czas ochrony jeszcze nie upłynął. Ponieważ nadal są objęte monopolem, swoboda korzystania z tych dzieł pozostaje ograniczona. Istnieje zarazem potrzeba zapewnienia do nich dostępu, zwłaszcza w celach edukacyjnych i kulturalnych. Taki dostęp mogłaby umożliwić digitalizacja, a w dalszej kolejności upowszechnienie „wirtualnych” zasobów. Barięra stał się jednak brak możliwości identyfikacji lub ustalenia uprawnionych podmiotów. Bez tego ostatniego wspomniana digitalizacja na większą skalę staje pod znakiem zapytania.

Znaczna część zasobów, zwłaszcza bibliotecznych, ale również archiwalnych, obejmuje dzieła osierocone w podanym wyżej znaczeniu³⁸. Wśród powodów tego stanu rzecz na plan pierwszy wysuwa się to, że katalogując zasoby, biblioteki nie aktualizują następnie danych o autorsko-uprawnionych. Nie czyni się tego również, gdy chodzi o zbiory archiwalne³⁹. W wielu przypadkach byłoby to zresztą bardzo trudne, niekiedy wręcz niemożliwe. Odformalizowany obrót prawami autorskimi powoduje, że nie ma żadnych rejestrów umożliwiających sprawdzenie, na kogo przeszły prawa do danego dzieła. Tego typu informacje stanowią nieraz przedmiot tajemnic handlowych. Stosowana przez wydawców informacja o uprawnionym, zamieszczana na stronach redakcyjnych książki, nie rozwiązuje tego problemu⁴⁰.

Rozpoczęcie korzystania z utworów osieroconych wymaga od archiwum spełnienia pewnych warunków. W pierwszej kolejności oczekuje się zarejestrowania archiwum w specjalnej bazie danych. Prowadzi ją Urząd Unii Europejskiej ds.

³⁸ Według różnych szacunków, utwory osierocone mogą stanowić od 40% do 75% światowego zasobu dóbr kultury. Zob. A. Vetulani, *Dzieła osierocone – w poszukiwaniu europejskiego rozwiązania*, „Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2009, z. 103, s. 28.

³⁹ A. Horvat, D. Zivkovic, *Copyright Issues Related to the Digitalization of Cultural Heritage in Croatia*, [w:] *Technological convergence and social networks in information management*, red. S. Kurbanoglu, U. Al, P.L. Erdogan, Y. Tonta, N. Ucak, Berlin–Heidelberg 2010, s. 165.

⁴⁰ Nie zawsze jest ona zgodna ze stanem faktycznym, a poza tym, po zamieszczeniu noty copyright, prawa autorskie mogły przecież zostać przeniesione na kolejny podmiot.

Ochrony Własności Intelektualnej (dalej: EUIPO)⁴¹. Wniosek o zarejestrowanie w bazie składa się jednak za pośrednictwem Ministra ds. Kultury i Ochrony Dziedzictwa Narodowego. Wspomniany minister przeprowadza wstępną weryfikację wniosku (zob. art. 35⁷ ustawy autorskiej). W dalszej kolejności konieczne jest podjęcie próby odnalezienia lub skontaktowania się z podmiotem uprawnionym do utworu. Polskie prawo autorskie, podobnie jak ustawodawstwa innych państw Unii Europejskiej, opiera dozwolony użytek dzieł osieroconych na modelu „starannego poszukiwania”⁴².

⁴¹ Jeśli utwór osierocony jest zarejestrowany w bazie EUIPO, to nie ma obowiązku ponownego przeprowadzania starannego poszukiwania podmiotów praw autorskich majątkowych. Archiwum może wtedy działać w zaufaniu do informacji zamieszczonych w bazie EUIPO.

⁴² Ten model, choć przyjęty w Unii Europejskiej, nie jest jedyny. W innych państwach (poza UE) przyjmuje się różne sposoby rozwiązania problemu dzieł osieroconych. Np. w Kanadzie można zwrócić się do specjalnego organu, który udziela licencji na korzystanie z dzieł osieroconych. Procedura ta ma pewne mankamenty, gdyż jest często czasochłonna. Niesie za sobą jednak bezpieczeństwo prawne. Korzystający z utworu nie musi sam poszukiwać uprawnionych, z czym wiązałoby się ryzyko odpowiedzialności, jeśliby zrobił to niestaranie. Zarazem, na podstawie jednego wniosku, działające w Kanadzie archiwum może uzyskać licencję na korzystanie z wielu dzieł osieroconych, które ma w swoich zbiorach. Licencja obejmuje możliwość digitalizacji zasobów. Zob.: 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*, red. M. Burri, T. Cottier, Cambridge 2012, s. 354. Ten ostatni autor podaje m.in. (w przyp. 47 na s. 354) przykład uzyskania licencji na eksploatację dzieł osieroconych przez Kanadyjski Instytut Historycznych Mikroreprodukcji. Jedno zezwolenie objęło wówczas prawo do wykorzystania ponad tysiąca utworów, znajdujących się w zasobach rzeczonoego Instytutu. Podobny do kanadyjskiego model przyjęto niegdyś w niektórych krajach skandynawskich. Nie powoływano jednak w tych państwach żadnego specjalnego organu do zajmowania się dziełami osieroconymi. Poszerzono kompetencję działających w tych krajach organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi o możliwość udzielania licencji na korzystanie z dzieł osieroconych. Ten model nosi nazwę rozszerzonego zbiorowego zarządu. Rozważany system również zdejmuje z jednostki archiwalnej ciężar samodzielnego prowadzenia starannych poszukiwań. Zainteresowane eksploatacją (digitalizacją) swoich zasobów archiwum zwraca się o licencję na korzystanie z dzieł osieroconych do organizacji zbiorowego zarządu. Omawiany w tym miejscu model, jak się podkreśla, też ma swoje mankamenty. Nie we wszystkich bowiem obszarach powstawania dzieł osieroconych organizacje zbiorowego zarządzania rzeczywiście działają. Zob.: 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. Jeśli wobec tego prawami do części dzieł osieroconych nikt nie zarządza, powstaje problem z uzyskaniem licencji na digitalizację. Szerzej na ten temat, zob.: A. Niewęglowski, M. Poźniak-Niedzielska, *Dzieło osierocone – nowe wyzwanie dla prawa autorskiego*, [w:] *Ochrona niematerialnego dziedzictwa kulturalnego*, red. eadem, Warszawa 2015, s. 38–42. Chociaż poszczególne sposoby radzenia sobie z problematyką dzieł osieroconych są niejednakowo oceniane, to uczciwie trzeba przyznać, że żaden z nich nie jest idealny. Z nowszej literatury na temat dzieł osieroconych zob.: M. Matyjasek, *Problemy wynikające z autorskoprawnej ochrony dzieł osieroconych oraz istniejące modele służące ich rozwiązaniu*, „Zeszyty Naukowe

Dla wielu jednostek organizacyjnych, takich jak archiwa, przeprowadzenie poszukiwań uprawnionych do dzieł osieroconych jest zadaniem zbyt trudnym. Nie zajmują się one tym w codziennej działalności. Nie mają również odpowiednio przygotowanych do tego pracowników, nie wspominając o kwestiach finansowych z tym związanych⁴³. Dlatego polski ustawodawca wprowadził pewne ułatwienia. Określił, które źródła należy sprawdzić, ażeby poszukiwanie uprawnionych do dzieł osieroconych mogło być uznane za „staranne”⁴⁴. Oprócz tego istnieje baza, do której wpisywane są utwory osierocone. Prowadzi ją Europejski Urząd ds. Ochrony Własności Intelektualnej⁴⁵. W odniesieniu do tych utworów nie ma obowiązku przeprowadzania starannych poszukiwań. Wynika to z przepisu art. 35⁶ ust. 7 ustawy autorskiej. To ostatnie może mieć duże znaczenie dla archiwów.

Pomiędzy dozwolonym użytkiem wynikającym z art. 28 ustawy autorskiej a przepisami o dziełach osieroconych istnieją następujące różnice.

Po pierwsze, możliwości digitalizacji utworów są dla archiwów znacznie większe na podstawie regulacji o dziełach osieroconych niż na podstawie art. 28 ustawy autorskiej. Kluczowym ograniczeniem przy zwielokrotnianiu dzieł osieroconych są przede wszystkim zadania statutowe archiwów. Prawodawca wskazuje wprowadzić pewne cele, jakim musi służyć korzystanie z osieroconych utworów w przepisie art. 35⁵ ust. 3 ustawy autorskiej. Wśród nich są zachowanie, odnawianie i udostępnianie w celach kulturalnych dzieł znajdujących się w zbiorach archiwum. Katalog ostatnio wymienionych celów jest jednakże tylko przykładowy⁴⁶. Świadczy o tym poprzedzający go zwrot „w szczególności”. Dlatego wykona-

Prawa Własności Intelektualnej Uniwersytetu Śląskiego” 2015, z. 3, s. 269 i n.; J. Sieńczyło-Chlabicz, *Komentarz do art. 35⁵ ustawy autorskiej*, [w:] *Ustawy autorskie...*, s. 1014 i n.

⁴³ Zabrzmie to jak truizm, jednak prowadzenie poszukiwań uprawnionych do dzieł osieroconych wymaga sporych kosztów, których jednostki państwowej sieci archiwalnej często nie byłyby w stanie udźwignąć. Ta kwestia, choć wydawałaby się oczywista, często umyka w naukowej dyskusji.

⁴⁴ Są one wymienione w załączniku do Rozporządzenia Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 23 października 2015 r. w sprawie wykazu źródeł, których sprawdzenie jest wymagane w ramach starannych poszukiwań podmiotów uprawnionych do utworów i przedmiotów praw pokrewnych, które mogą być uznane za osierocone, oraz sposobu udokumentowania informacji o wynikach starannych poszukiwań (Dz. U. 2015, poz. 1823). Zasługuje na podkreślenie, że poszukiwania trzeba prowadzić w dobrej wierze. Przesądza o tym treść art. 35⁶ ust. 1 ustawy autorskiej. Wobec tego nawet jeśli beneficjent przeszukał wszystkie źródła wskazane w rozporządzeniu, jednak ma wiedzę o pochodzeniu lub lokalizacji uprawnionych, poszukiwanie nie jest staranne.

⁴⁵ Baza jest dostępna pod adresem elektronicznym: European Union Intellectual Property Office, <https://euipo.europa.eu/orphanworks/> [dostęp: 8.11.2021 r.].

⁴⁶ Tymczasem cele wymienione w art. 28 ustawy autorskiej są wyliczone w sposób enumeracyjny. Dlatego dokonanie digitalizacji w innym celu, niż w ostatnim przepisie wymieniony,

nie kopii cyfrowej utworu przez archiwum dla użytkownika mieści się w ramach art. 35⁵ ust. 3 ustawy autorskiej. Do zadań, które realizują archiwa, należy bowiem udostępnianie różnych materiałów użytkownikom.

Po drugie, dozwolony użytek wynikający z przepisu art. 28 ustawy autorskiej jest możliwy, o ile digitalizacja, a następnie udostępnianie utworów, odbywa się nieodpłatnie. Świadczy o tym zastrzeżenie w końcowej części ust. 1 art. 28 ustawy autorskiej. Wyraźnie w nim zaznaczono, że wymienione czynności nie mogą być dokonywane „w celu osiągnięcia bezpośredniej lub pośredniej korzyści majątkowej”. Odnosząc to, co powiedziano, do dozwolonego użytku dzieł osieroconych, należy zwrócić uwagę na ważną różnicę. Prawodawca pozwala archiwom uzyskiwać przychody z eksploatacji dzieł osieroconych w ramach wolnego użytku. Zarazem podkreśla się w art. 35⁵ ust. 2 ustawy autorskiej, że wspomniane przychody muszą zostać „przeznaczone na pokrycie bezpośrednich kosztów digitalizacji i publicznego udostępniania utworów osieroconych”⁴⁷.

Po trzecie, udostępnienie zdigitalizowanych dzieł osieroconych może nastąpić w sposób „całkowicie wirtualny”, ilekroć odbywa się w granicach wolnego użytku. Innymi słowy, archiwum nie jest ograniczone konwencją końcówek systemu informatycznego (terminali), ulokowanych w siedzibie jednostki. W przepisie art. 35⁵ ust. 2 ustawy autorskiej wyraźnie postanowiono, że w ramach dozwolonego użytku dzieła osierocone można udostępniać publicznie „w taki sposób, aby każdy mógł mieć do nich dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym”. Jest to istotna różnica w stosunku do przepisu art. 28 ustawy autorskiej. Na podstawie art. 35⁵ ust. 2 aktu prawnego archiwum może dzieła osierocone umieścić na swojej stronie internetowej. Każdy użytkownik Internetu ma wtedy możliwość zaznajomienia się z nimi w wybranym czasie i bez konieczności udawania się do budynku archiwum. W ramach art. 35⁵ ust. 2 ustawy autorskiej mieści się

jest przekroczeniem granic dozwolonego użytku z art. 28 ustawy autorskiej. Może to prowadzić do naruszenia praw autorskich.

⁴⁷ Nie wyjaśnia prawodawca, co dokładnie rozumieć pod określeniem „kosztów bezpośrednich”. W rachubę wchodzi wydatki różnego rodzaju. Może chodzić o koszty osobowe (np. wynagrodzenie wypłacone osobom skanującym dokumenty, obsługującym stronę internetową za pomocą której udostępnia się materiały on-line). Należą tu ponadto wydatki rzeczowe, służące zakupowi aparatury niezbędnej do zwielokrotniania i udostępniania utworów osieroconych. Natomiast pokrywanie przychodami z eksploatacji dzieł osieroconych ogólnych kosztów związanych z funkcjonowaniem archiwów nie byłoby zgodne z prawem. Przez koszty ogólne trzeba rozumieć nakłady na ogrzewanie, utrzymanie czystości w archiwum itp.

też przesłanie cyfrowej kopii utworu osieroconego *via* e-mail (to również zapewnienie dostępu w wybranym miejscu i czasie)⁴⁸.

Po czwarte, dozwolony użytek na podstawie art. 28 ustawy autorskiej nie jest obciążony koniecznością zapłacenia przez archiwum wynagrodzenia za korzystanie z utworu. Podmiot praw do dzieła nie może skutecznie kierować do archiwum roszczenia o zapłatę⁴⁹. Sytuacja ta przedstawia się inaczej na gruncie digitalizacji i udostępniania materiałów archiwalnych, które są zarazem dziełami osieroconymi. Archiwum musi mieć na względzie, że podmiot uprawniony do dzieła osieroconego może w pewnym momencie zostać ustalony. W dalszej kolejności, ilekroć ten podmiot byłby zainteresowany losami swojego utworu, może on doprowadzić do wygaszenia statusu danego dzieła jako osieroconego. Tego zagadnienia dotyczy przepis art. 35⁸ ustawy autorskiej. Szczegółowe omawianie zagadnienia wygaśnięcia pozycji prawnej utworu osieroconego wykracza poza zakres artykułu. W tym miejscu chodzi o zwrócenie uwagi na inną okoliczność. Mianowicie uprawniony do utworu dawniej osieroconego może zażądać od archiwum wynagrodzenia za korzystanie z niego. Stykamy się w konsekwencji z dozwolonym użytkowaniem, który może wymagać poniesienia kosztów na honorarium dla autorsko-uprawnionego. Wysokość tego wynagrodzenia, w razie sporu pomiędzy uprawnionym do zapłaty a archiwum, rozstrzygnie sąd na drodze cywilnej. Przy określeniu honorarium bierze się pod uwagę różne czynniki. Przede wszystkim wielkość przychodów, jakie archiwum osiągnęło z digitalizacji i udostępnienia. Uwzględnia się również zakres eksploatacji utworu (np. ilu użytkownikom go udostępniono on-line). Konieczne jest wzięcie pod uwagę szkody, jaka została wyrządzona uprawnionemu poprzez udostępnienie⁵⁰. Ze względów praktycznych dobrym rozwiązaniem może okazać się zachowanie przez archiwum części przychodów z eksploatacji dzieł osieroconych. Chodziłoby o potraktowanie ich jako rodzaju funduszu „zamrożonego” na wypadek, gdyby ujawnił się uprawniony. Zgromadzone w ten sposób środki można byłoby przeznaczyć na zapłacenie twórcy honorarium. Nie jest to sprzeczne z art. 35⁵ ust. 3 usta-

⁴⁸ Oczywiście, otrzymawszy plik cyfrowy z materiałem archiwalnym (będącym utworem), użytkownik może eksploatować dzieło wyłącznie w granicach wyznaczonych przez przepisy o dozwolonym użytku.

⁴⁹ Archiwum, jeśli by takowe wynagrodzenia uiściło, może domagać się zwrotu wniesionej zapłaty na podstawie przepisów o nienależnym świadczeniu.

⁵⁰ Zob. art. 35⁸ ust. 5 ustawy autorskiej.

wy autorskiej. Powinność wypłacenia wynagrodzenia uprawnionemu można uznać za bezpośredni koszt digitalizacji i udostępnienia zasobów.

Digitalizacja utworów niedostępnych w obrocie handlowym

Podstawą tworzenia kopii cyfrowych przez archiwa mogą być także przepisy ustawy autorskiej o tzw. „utworach niedostępnych w obrocie handlowym”. Dokładniej mówiąc, chodzi o regulacje zawarte w art. 35¹⁰ – art. 35¹² ustawy autorskiej. Te ostatnie przepisy obejmują utwory drukowane w formie książek, czasopism, dzienników itp., które są nadal chronione. Dzieła te nie są jednak dostępne dla nabywców⁵¹ w liczbie egzemplarzy „zaspokajającej racjonalne potrzeby odbiorców” albo w inny sposób (np. w formie kopii cyfrowych sprzedawanych przez Internet)⁵². Istnienie regulacji, które są w tym miejscu sygnalizowane, ma mobilizować wydawców do utrzymywania tytułów, na które jest zapotrzebowanie, w swojej ofercie. Gdy ze wspomnianej oferty dzieła znikają, pojawia się możliwość zapewnienia dostępności do utworów przez różnego rodzaju instytucje kultury. Wśród nich są również archiwa⁵³.

Archiwom zapewnia się możliwość, po pierwsze, zwielokrotniania utworów, które są niedostępne w obrocie handlowym. Warunkiem jest to, że zostały one po raz pierwszy opublikowane przed 24 maja 1994 r. na terytorium Rzeczypo-

⁵¹ Ustawodawca nie wskazuje na to wprost, ale chodzi o utwory niedostępne na tzw. pierwotnym rynku książki. Dostępności na rynku wtórnym (antykwarecznym) nie bierze się w tym przypadku pod uwagę. Na temat utworów niedostępnych w obrocie handlowym zob. m.in.: M. Czajkowska-Dąbrowska, *Komentarz do art. 35¹⁰ – 35¹² ustawy autorskiej*, [w:] *Ustawy autorskie...*, s. 1070 i n. Zob. również: W. Machała, *Komentarz do art. 35¹⁰*, [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. idem, R.M. Sarbiński, Warszawa 2019, s. 786 i n.; M. Ożóg, *Komentarz do art. 35¹⁰*, [w:] *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. P. Ślęzak, Warszawa 2017, s. 375 i n.; Z. Pinkalski, *Utwory niedostępne w obrocie handlowym. Glosa do wyroku TS z 16 listopada 2016 r., C-301/15*, System Informacji Prawnej „LEX” 2017, <https://sip.lex.pl/komentarze-i-publicacje/glosy/utwory-niedostepne-w-obrocie-handlowym-glosa-do-wyroku-ts-z-dnia-16-386191309> [dostęp: 13.07.2021].

⁵² Dlatego jeśli np. dana pozycja książkowa nie jest już sprzedawana w tradycyjnej, drukowanej formie, ale można ją nabyć na rynku pierwotnym w postaci książki elektronicznej, to dzieło jest dostępne w handlu.

⁵³ Korzystanie z utworów niedostępnych w handlu przez archiwa może wzbudzać kontrowersje. Wydawca często nabywa prawa autorskie majątkowe. Jako uprawniony powinien mieć zapewnione prawa do kierowania się rachunkiem ekonomicznym, gdy chodzi o ocenę, czy dana pozycja powinna jeszcze być na rynku. Należy mieć jednak na uwadze, że czasem pojawia się niewątpliwa potrzeba zapewnienia dostępności do utworów już niewznawianych.

spolitej Polskiej⁵⁴. Dozwolony użytek obejmuje w konsekwencji utwory starsze, wydane ponad dwadzieścia pięć lat temu. Inną przesłanką jest to, że archiwum musi mieć dzieła niedostępne w handlu w swoich zasobach (np. w formie papierowych egzemplarzy). Po drugie, archiwa mogą utwory udostępniać publicznie w taki sposób, aby „każdy mógł mieć do nich dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym” (zob. art. 35¹⁰ ust. 2 ustawy autorskiej). To oznacza w szczególności możliwość digitalizowania utworu (np. poprzez zeskanowanie go) i udostępnienia w Internecie. W efekcie zapewnia się użytkownikom szansę zapoznania się z dziełem w wybranym miejscu i przedziale czasowym. Odesłanie przez prawodawcę w art. 35¹⁰ ust. 2 ustawy autorskiej do art. 35⁵ ust. 3 tej ustawy ma następujące znaczenie: potwierdza ono możliwość digitalizowania utworów niedostępnych w handlu przez archiwa. Pozwala też pobierać przychody z eksploatacji tych utworów, o ile są przeznaczone na pokrycie bezpośrednich kosztów digitalizacji i publicznego udostępnienia dzieł. Widać w tym zakresie pewne podobieństwo do innego przejawu dozwolonego użytku, istotnego dla archiwów, który był już wcześniej w artykule omawiany. Chodzi mianowicie o eksploatację przez archiwa dzieł o charakterze osieroconym.

Pomimo podobieństw, pomiędzy eksploatacją dzieł niedostępnych w handlu i utworów osieroconych jest istotna różnica. W celu rozpoczęcia korzystania z dzieł niedostępnych w handlu konieczne jest zawarcie przez archiwum stosownej umowy. Kontrahentem archiwum staje się w tym zakresie organizacja zbiorowego zarządzania prawami autorskimi. Nie każda organizacja może zawrzeć umowę z archiwum. Chodzi o podmiot wyznaczony do zarządzania prawami do dzieł niedostępnych w handlu. W konsekwencji tytułem do digitalizacji i udostępniania utworów nieobecnych na rynku nie jest dozwolony użytek (licencja ustawowa). Tą podstawą jest umowa licencyjna. Zarazem zarządzający prawami do dzieł niedostępnych w handlu nie może odmówić archiwum udzielenia licencji. Wyznaczona przez Ministra właściwego ds. kultury organizacja zbiorowego zarządzania jest odpowiedzialna za zainkasowanie opłaty licencyjnej od archiwum. To również ta organizacja ma obowiązek przekazać pobrane honoraria uprawnionym (w uproszczeniu – wydawcom).

⁵⁴ Chodzi o dzieła opublikowane przed dniem wejścia w życie obecnie obowiązującej ustawy autorskiej i zarazem takie, które pod jej rządami są nadal chronione. Przy odmiennym założeniu nie miałyby sensu odwoływanie się do przepisów o dozwolonym użytku (te odnoszą się do dzieł chronionych prawami autorskimi).

Korzystanie z dzieł niedostępnych w handlu na podstawie umowy zawartej przez archiwum z organizacją zbiorowego zarządzania cechuje duże bezpieczeństwo prawne. Zawarłszy umowę, archiwum ma legalny tytuł do digitalizacji dzieł i ich udostępniania. Utwory niedostępne w handlu wpisuje się do specjalnego rejestru. Jest on tworzony i prowadzony przez Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego (zob. art. 35¹¹ ustawy autorskiej). Dany utwór mógł być niesłusznie uznany za niedostępny w handlu i ujęty w wykazie, o jakim powiedziano. Jeśli mimo to archiwum korzystało z niego na podstawie licencji udzielonej przez organizację zbiorowego zarządzania, nie naruszyło praw autorskich wydawcy czy innego podmiotu. Nie jest również zobowiązane do zapłaty honorarium wspomnianemu wydawcy (opłatę uiszczało organizacji zbiorowego zarządzania – to ona jest z mocy ustawy autorskiej zobowiązana do zapłaty honorarium). Jeśli organizacja utraciła możliwość zarządzania utworem⁵⁵, to dalsza digitalizacja i udostępnianie go wymaga podstawy prawnej⁵⁶. Porównując to z sytuacją archiwum korzystającego z dzieł osieroconych, można zauważyć różnicę. Po ujawnieniu się, osoba uprawniona ma roszczenie do archiwum o zapłacenie wynagrodzenia⁵⁷. W przepisach jest tylko ogólne wskazanie, jak określić wynagrodzenie za eksploatację dzieła osieroconego. Ponieważ zasady ustalania wysokości wynagrodzenia są wskazane ramowo, między uprawnionym i archiwum może powstać spór, co do ostatecznej wysokości honorarium. Po długoletnim korzystaniu z dzieła osieroconego, wysokość honorarium może okazać się dla archiwum dużym wydatkiem⁵⁸.

⁵⁵ Podmioty praw autorskich mogą złożyć sprzeciw w stosunku do wpisu ich utworów do wykazu dzieł niedostępnych w handlu. Mogą również zrzec się pośrednictwa organizacji zbiorowego zarządzania w omawianym zakresie. Zob. art. 35¹⁰ ust. 3 oraz ust. 4 ustawy autorskiej.

⁵⁶ Może nią być albo przepis o dozwolonym użytku (np. art. 28 ustawy autorskiej), albo nowa umowa licencyjna, w tym przypadku zawarta bezpośrednio z uprawnionym.

⁵⁷ Tzn. tego archiwum, które eksploatowało dzieło w czasie, gdy utwór był jeszcze osierocony.

⁵⁸ Zasługuje na podkreślenie, że uprawniony może niekiedy domagać się honorarium za korzystanie z dzieła osieroconego wraz z odsetkami. Te ostatnie powiększają należność zobowiązanego do zapłaty za każdym razem, gdy ten, dowiedziawszy się o żądaniu uprawnionego, nie uiszczył honorarium w terminie. W takim przypadku korzystający może domagać się zapłaty honorarium z odsetkami. Te ostatnie należą się za okres liczony od dnia bezskutecznego upływu terminu wyznaczonego na uiszczenie sumy dłużnej do dnia zapłaty. Podmiot praw do dzieła osieroconego nie ma natomiast podstaw do naliczania odsetek od momentu rozpoczęcia eksploatacji dzieła. Inaczej byłoby tylko w przypadku, gdyby uprawniony dowiódł, że zobowiązany wiedział, do kogo należą prawa do dzieła osieroconego, jednak nie ujawniał nikomu tego faktu. W ten sposób dla osób trzecich utwor był osierocony.

Kwestia digitalizacji nagrań archiwalnych

Istotnym w praktyce problemem dla organizacji nadawczych są losy utwarteń utworów, które były wykorzystywane do nadań. Żeby wyemitować określone dzieła w programie, często zapisuje się je w określonych nośnikach. Niekiedy w tych przedmiotach rejestruje się treści w postaci cyfrowej. Organizacje nadawcze nie zawsze dysponują prawami autorskimi do tych treści. Nierzadko do nośników inkorporuje się dobra licencjonowane od producentów. Ci ostatni upoważniają nadawców do wykorzystania ich w swoich programach. Czasami licencja obejmuje prawo do kilku emisji danego utworu w programie nadawcy. Po tych kilku nadaniach prawo (licencja) do emisji wygasa, co nadawcy z reguły respektują. Rzecz jednak w tym, że w zasobie nadawcy zostaje nośnik z zarejestrowanym utworem (także artystycznym wykonaniem). W konsekwencji pojawiało się pytanie, jak z owym nośnikiem należy postąpić – czy powinien on być zniszczony, czy też nadawca może go zachować. Niewykluczone przecież, że w przyszłości dojdzie do zwrócenia się do uprawnionego o licencję na kolejną emisję. Nadanie mogłoby wówczas być zrealizowane z pomocą zarchiwizowanego nośnika. Do tego dochodzi kolejna okoliczność. Nagrania mają wartość historyczną, co otwiera możliwość zakwalifikowania ich do kategorii materiałów archiwalnych. Dodatkowo, jeśli stanowią zasób nadawcy publicznego, wchodzi do państwowego zasobu archiwalnego. Z racji zaś tego, że ten ostatni podlega szczególnej ochronie, jego elementów nie można niszczyć.

Rozwiązaniem sygnalizowanych wyżej problemów jest regulacja zawarta w art. 23² ustawy autorskiej. Utworzenia wykonane przez nadawcę na potrzeby emisji należy zniszczyć w terminie miesiąca od ustania uprawnienia do nadania utworu. Tej reguły nie stosuje się jednak, zgodnie z ust. 3 art. 23² ustawy autorskiej, „do utwarteń będących materiałami archiwalnymi wchodzącymi do narodowego zasobu archiwalnego”. W ten sposób osiągnięta została, przynajmniej częściowo, spójność między unormowaniami autorskimi oraz archiwalnymi. Omawiany w tym miejscu przepis (art. 23²) znajduje się w gronie regulacji poświęconych dozwolonemu użytkowi. Pozwala on nadawcom⁵⁹ zachować w swoich zasobach utwory stanowiące materiały archiwalne po ustaniu upoważnienia do ich emitowania.

⁵⁹ Chodzi zarówno o nadawców radiowych, jak i telewizyjnych. Inne podmioty (niemające statusu nadawcy) nie mogą się powołać na omawiany przepis ustawy autorskiej.

Trzeba zaznaczyć, że przepis art. 23² ustawy archiwalnej ma oczywiście zastosowanie do utrważeń, które od początku miały postać cyfrową. Nie stanowi on jednak upoważnienia do digitalizacji nośników, które są w zasobach nadawcy, ale mają formę analogową. Stykamy się z regulacją prawną, która legalizuje przechowywanie zasobów archiwalnych. Do zmiany zapisu utrwalenia (np. na cyfrowy) konieczne jest uzyskanie upoważnienia licencyjnego.

Podsumowanie

Przeprowadzona analiza skłania do kilku refleksji natury ogólnej.

Ustawa autorska została na przestrzeni lat poszerzona, częściowo pod wpływem konieczności implementacji prawa unijnego, o nowe rozwiązania mające znaczenie dla archiwaliów. Wiele z nich może w istotny sposób ułatwić digitalizowanie zasobów przez archiwa. Aktualnie stosowną podstawą ku temu jest już nie tylko art. 28 ustawy autorskiej. Długo stanowił on jedyne rozwiązanie, na które archiwa mogły się powołać przy digitalizacji i udostępnianiu materiałów archiwalnych, stanowiących zarazem chronione utwory. Obecnie wprowadzono nowe instrumenty w ramach regulacji o dziełach osieroconych. Te ostatnie stanowią nierzadko sporą część zasobów nie tylko archiwów, ale wszystkich instytucji kultury. Oprócz tego, istotną rolę w rozwiązywaniu problemów z digitalizacją zasobów mogą odgrywać przepisy o dziełach niedostępnych w handlu. Docenić trzeba wdrożenie regulacji stworzonych z myślą o zasobie archiwalnym nadawców. Te ostatnie mogą pełnić ważną funkcję, zwłaszcza dla jednostek publicznej radiofonii i telewizji.

W rozmowach z przedstawicielami środowiska archiwalnego można czasem spotkać się z twierdzeniem, że korzystanie z wymienionych regulacji jest wciąż skomplikowane. Wydaje się jednak, że chodzi o coś innego. Omawiane przepisy nie są trudne do wdrożenia do praktyki archiwalnej, mimo to wynikają z nich określone ograniczenia. Nie zapewniają one innymi słowy swobody w digitalizowaniu i udostępnianiu chronionych materiałów on-line. Jest to zrozumiałe, jeśli się zważy, że poruszamy się w obszarze dzieł, które są chronione. Ustawodawca rozumie potrzeby – kulturalne, edukacyjne i podobne – instytucji naukowych i kulturalnych. Zarazem jednak interes uprawnionego jest dla prawodawcy w prawie autorskim pierwszoplanowy. Dlatego jeśli zachodzi potrzeba digitalizacji chronionych dzieł w szerszym zakresie, aniżeli wynikający z dozwolonego użytku, naturalną drogą jest zawarcie umowy licencyjnej. To podejście się zapew-

ne nie zmieni, mimo że pojawiać się będą przypuszczalnie kolejne rozwiązania ułatwiające archiwom korzystanie z ich zbiorów. Zarazem duża część materiałów archiwalnych nie jest w ogóle chroniona w prawie autorskim. Chodzi nie tylko o te dzieła, które nigdy nie były chronione, albo których ochrona wygasła. Niechronione są także dokumenty i materiały urzędowe, akty normatywne itd. Te ostatnie mogą być przedmiotem digitalizacji i udostępniania na dużą skalę.

Ważne znaczenie ma utrzymanie obecnego stanu prawnego, w którym z przepisów o dozwolonym użytku korzystają archiwa, pojmowane jako elementy państwowej sieci archiwalnej. Realizują one zadania w interesie publicznym, ogólnospołecznym, podlegając nadzorowi ze strony Naczelnej Dyrekcji Archiwów Państwowych. W polskim prawie nazwa „archiwum” nie jest zastrzeżona dla tych podmiotów. Teoretycznie mogłyby się pojawić próby tworzenia różnego rodzaju prywatnych archiwów, rozumianych jako specjalistyczne jednostki organizacyjne. Stąd tylko krok dzieli tak ujęte archiwa od próby digitalizowania i udostępniania dzieł. Ze zjawiskiem tym wiąże się ryzyko, zwłaszcza że podmioty prywatne nie podlegałyby w omawianym zakresie żadnemu nadzorowi, który można byłoby uruchomić. Nie wyjaśnił prawodawca, co rozumie przez „archiwa”, gdy przyznawał im określone narzędzia w regulacjach o dozwolonym użytku w prawie autorskim. Przepisów nie można jednak odrywać od kontekstu historycznego i otoczenia, w którym funkcjonują. Chodziło mu zwłaszcza o archiwa państwowe i wyodrębnione, bo to im powierza się zadania w interesie ogółu.

Źródła

- Dyrektywa 2006/116/WE z 12 grudnia 2006 r. w sprawie czasu ochrony prawa autorskiego i niektórych praw pokrewnych (Dz. Urz. UE L 372/12 z 27.12.2006).
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/790 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie prawa autorskiego i praw pokrewnych na jednolitym rynku cyfrowym oraz zmiany dyrektyw 96/9/WE i 2001/29/WE (Dz. Urz. UEL 130/92 z 16.05.2019).
- Rozporządzenie Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 23 października 2015 r. w sprawie wykazu źródeł, których sprawdzenie jest wymagane w ramach starannych poszukiwań podmiotów uprawnionych do utworów i przedmiotów praw pokrewnych, które mogą być uznane za osierocone, oraz sposobu udokumentowania informacji o wynikach starannych poszukiwań (Dz. U. 2015, poz. 1823).

Ustawa z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (t.j.: Dz. U. 2020, poz. 164, z późn. zm.).

Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j.: Dz. U. 2021, poz. 1062, z późn. zm.).

Bibliografia

Barta J., Markiewicz R. *Prawo autorskie*, Warszawa 2008.

Czajkowska-Dąbrowska M., *Komentarz do art. 35¹⁰ – 35¹² ustawy autorskiej*, [w:] *Ustawy autorskie. Komentarze. Prawo autorskie i prawa pokrewne. Ochrona baz danych. Zbiорове zarządzanie prawami autorskimi i prawami pokrewnymi*, red. R. Markiewicz, t. 1, Warszawa 2021, s. 1069–1090.

Beer J. de, *New form of governance for digital orphans, Copyright litigations, licenses and legal information*, [w:] *Trade Governance in the Digital Age, World Trade Forum*, red. M. Burri, T. Cottier, Cambridge 2012, s. 344–364.

Dzięgłowski M., Guzik A., Juza M., *Digitalizacja dziedzictwa kulturowego w Polsce. Repozytoria cyfrowe jako potencjalne źródło dostępu do zasobów kulturowych*, „*Studia Humanistyczne AGH*” 2017, t. 16, s. 89–105.

Gienas K., *Komentarz do art. 28*, [w:] *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. E. Ferenc-Szydełko, Warszawa 2016, s. 292–304.

Henrik J. Dixon-Gough R., *History of Archives in the Respective Countries*, [w:] *Preservation in Digital Cartography. Archiving Aspects*, red. M. Jobst, Berlin–Heidelberg 2011, s. 83–90.

Horvat A., Zivkovic D., *Copyright Issues Related to the Digitalization of Cultural Heritage in Croatia*, [w:] *Technological convergence and social networks in information management*, red. S. Kurbanoglu, U. Al, P.L. Erdogan, Y. Tonta, N. Ucak, Berlin–Heidelberg 2010, s. 161–174.

Jewuła B., Stanisławska-Kloc S., *Prawo autorskie a działalność bibliotek [licencja dla bibliotek z art. 28 ust. pr. aut. i pr. pokr.]*, „*Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej*” 2008, z. 102, s. 117–140.

Kempisty J., *Mały słownik cybernetyczny*, Warszawa 1973.

Konstankiewicz M., *Komentarz do art. 12*, [w:] M. Konstankiewicz, A. Niewęglowski, *Narodowy zasób archiwalny i archiwa. Komentarz*, Warszawa 2016.

Kopff A., *Dzieło sztuk plastycznych i jego twórca w świetle przepisów prawa autorskiego*, Kraków 1961.

Kot D., *Elektroniczny obrót utworem w świetle prawa autorskiego*, „*Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej*” 2006, z. 94.

Kotecka-Kral S., *Informatyzacja usług publicznych – założenia konstrukcyjne*, [w:] *Prawo nowych technologii*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, Warszawa 2021, s. 13–51.

- Machała W., *Komentarz do art. 35¹⁰*, [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. W. Machała, R.M. Sarbiński, Warszawa 2019, s. 786–794.
- Markiewicz R., *Prawo autorskie na jednolitym rynku cyfrowym. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/790*, Warszawa 2021.
- Matyjasek M., *Problemy wynikające z autorskoprawnej ochrony dzieł osieroconych oraz istniejące modele służące ich rozwiązaniu*, „Zeszyty Naukowe Prawa Własności Intelektualnej Uniwersytetu Śląskiego” 2015, z. 3, s. 269–346.
- Niewęglowski A., *O kopiowaniu książek przez biblioteki*, „Ius Novum” 2015, nr 1, s. 141–148.
- Niewęglowski A., Poźniak-Niedzielska M., *Dzieło osierocone – nowe wyzwanie dla prawa autorskiego*, [w:] *Ochrona niematerialnego dziedzictwa kulturalnego*, red. M. Poźniak-Niedzielska, Warszawa 2015, s. 38–54.
- Nowicka A., *Komentarz do art. 4 ustawy autorskiej*, [w:] *Ustawy autorskie. Komentarze. Prawo autorskie i prawa pokrewne. Ochrona baz danych. Zbiorowe zarządzanie prawami autorskimi i prawami pokrewnymi*, t. 1, red. R. Markiewicz, Warszawa 2021, s. 186–202.
- Ożóg M., *Komentarz do art. 35¹⁰*, [w:] *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. P. Ślęzak, Warszawa 2017, s. 375–384.
- Pinkalski Z., *Utwory niedostępne w obrocie handlowym. Glosa do wyroku TS z 16 listopada 2016 r., C-301/15*, System Informacji Prawnej „LEX” 2017, <https://sip.lex.pl/komentarze-i-publicacje/glosy/utwory-niedostepne-w-obrocie-handlowym-glosa-do-wyroku-ts-z-dnia-16-386191309> [dostęp: 13.07.2021].
- Raglewski J., *Komentarz do art. 117*, [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. D. Flisak, Warszawa 2015.
- Sieńczyło-Chlabicz J., *Komentarz do art. 35⁵ ustawy autorskiej*, [w:] *Ustawy autorskie. Komentarze. Prawo autorskie i prawa pokrewne. Ochrona baz danych. Zbiorowe zarządzanie prawami autorskimi i prawami pokrewnymi*, t. 1, red. R. Markiewicz, Warszawa 2021, s. 1013–1036.
- Sobczak J., Gołda-Sobczak M., *Digitalizacja i udostępnienie w Internecie dorobku kulturowego oraz ochrona zasobów cyfrowych*, [w:] *Prawo wobec kultury i sztuki*, red. K. Chałubińska-Jentkiewicz, K. Kakareko, J. Sobczak, Warszawa 2018, s. 85–102.
- Szczotka J., *Najem i użyczenie egzemplarzy utworu jako odrębne pola eksploatacji*, Warszawa 2013.
- Szczotka J., *Obrót materialnym nośnikiem utworu w perspektywie prawa rzeczowego i prawa autorskiego*, „Barometr Regionalny” 2018, t. 16, s. 107–120.
- Szpringer W., *Koncepcja open access w świetle ekonomicznej analizy praw własności intelektualnej*, Warszawa 2011.
- Traple E., *Komentarz do art. 2 ustawy autorskiej*, [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. J. Barta, R. Markiewicz, Warszawa 2011, s. 47–71.

Gompel S. van, *The Orphan Works Chimera and How to Defeat It, A View From Across the Atlantic*, „Berkeley Technology Law Journal” 2012, nr 27, s. 1347–1378.

Gompel S. van, *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. 669–702.

Vetulani A., *Dzieła osierocone – w poszukiwaniu europejskiego rozwiązania*, „Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2009, z. 103, s. 26–50.

Wielka Encyklopedia PWN, t. 27, red. J. Wojnowski, Warszawa 2005.

Zawitkowska W., *O konieczności intensyfikacji procesów digitalizacji materiałów archiwalnych i korzyściach z tego płynących na przykładzie zbioru dokumentów pergaminowych Litewskiej Akademii Nauk w Wilnie*, „Wieki Stare i Nowe” 2012, t. 9, s. 9–19.