

OSIROTELA DELA V PRIMERJALNEM IN EVROPSKEM PRAVU*

Eneja Drobež,

*univerzitetna diplomirana pravnica, magistrica pravnih znanosti
(LL. M., Heidelberg), sodniška pripravnica na Višjem sodišču v Ljubljani,
asistentka na Fakulteti za poslovne vede v Ljubljani in na Evropski pravni
fakulteti v Novi Gorici*

1. OPREDELITEV IN IZHODIŠČNI PROBLEM

1.1. Pomen posebne obravnave osirotelih del za digitalizacijo kulturne dediščine

Osirotela dela so avtorskopravno varovana dela, pri katerih imetnikov pravic kljub skrbnemu iskanju ni mogoče najti.¹ Največkrat se v kategoriji osirotelih del znajdejo tista pisna in avdiovizualna dela, katerih gospodarsko izkoriščanje ne bi prineslo velikega dobička. Običajno so to torej dela z nizko tržno vrednostjo.² Po drugi strani pa gre kljub manjšemu tržnemu pomenu tudi za dela z vsebinami, ki so dragocene za kulturno dediščino, kar pomeni, da je dostop do teh del upravičeno v interesu javnosti.³ Ker so ta dela v kletih in arhivih, dostop do njih ni omogočen širši javnosti, hkrati pa obstaja nevarnost, da se uničijo.

* Članek je napisan na podlagi avtoričinega razširjenega članka *Sirote Jerice* v avtorskem pravu, objavljenega v *Pravni praksi*, 31 (2013) 7-8.

¹ Prvi odstavek 2. člena Direktive 2012/28/EU z dne 25. oktobra 2012 o nekaterih dovoljenih uporabah osirotelih del, UL L 299, 27. oktober 2012. Širša opredelitev vključuje tudi dela, glede katerih je imetnik pravic znan, vendar ne želi izvajati izključnih pravic oziroma za to ni zainteresiran. Ta kategorija spada tudi med t. i. nedostopna dela – dela, glede katerih je imetnik pravic znan, vendar jih ni več mogoče dobiti v prosti prodaji; D. W. K. Khong, nav. delo, str. 2.

² A. Katz, nav. delo, str. 13.

³ K. N. Peifer, nav. delo, str. 1.

Število osirotelih del ni zanemarljivo. Po raziskavah Bodlejske knjižnice na Univerzi v Oxfordu naj bi bilo v Združenem kraljestvu 600.000 različnih izdanih knjig osirotelih, kar je 13 odstotkov vseh knjižnih izdaj.⁴ Po oceni iz obrazložitve nemškega zakonodajnega predloga o obravnavanju osirotelih del z dne 8. februarja 2011, ki ga je postavila frakcija Leve stranke, naj bi bil delež osirotelih del celo večji, in sicer od 30 do 50 odstotkov. Pri tem je delež osirotelih del različen glede na vrsto avtorskih del.⁵ Razlog za tako veliko število osirotelih del je predvsem v podaljševanju avtorskoprnega varstva in opustitvi obveznosti registriranja avtorskih del.⁶

Za ohranitev kulturne dediščine, ki je shranjena v knjižnicah in arhivih, in omogočanje dostopa javnosti do nje bi bilo treba omogočiti, da se osirotela dela pretvorijo v digitalno obliko in dajo na voljo javnosti prek digitalnih knjižnic in podatkovnih baz. Ker pa so osirotela dela avtorskopravno varovana, se za takšno ravnanje zahteva predhodno dovoljenje pogrešanega imetnika pravic. Če knjižnice digitalizirajo dela brez predhodnega dovoljenja, tvegajo, da se bo po digitalizaciji dela našel imetnik pravic in zahteval previsoko plačilo za uporabo dela oziroma prepovedal njegovo uporabo. Steinhauer navaja, da predpostavka ni zgolj hipotetična, saj se z objavo dela na internetu povečajo možnosti, da se najdejo imetniki pravic na delu. Spletno objavo osirotelih del zato Steinhauer označi za iskanje s pomočjo objave.⁷ Pri tem je treba upoštevati, da so za digitalizacijo del potrebna precejšnja finančna sredstva. Predstavniki francoske nacionalne knjižnice (Bibliothèque Nationale de France) so na primer ocenili, da bi za digitalizacijo vseh knjig, ki jih ima knjižnica v arhivih, potrebovali milijardo evrov.⁸ Vložena sredstva pa se investitorju ne morejo povrniti, če pozneje najdeni imetnik digitalizacijo prepove.⁹

1.2. Problematika uvedbe posebnega režima osirotelih del s stališča imetnikov pravic

Uvedba posebnega sistema, ki bi omogočal uporabo osirotelih del, ima lahko za imetnike pravic negativne posledice. Prvič, izpostavljeni so tveganju, da bodo uporabniki – prenačljeno in brez prizadevanja, da bi jih našli – razglasili

⁴ A. Vuopala, nav. delo, str. 3.

⁵ Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes – Digitalisierung vergriffener und verwaister Werke, BT-Drs. 17/4661, <www.bundestag.de> (2. 2. 2013).

⁶ D. W. K. Khong, nav. delo, str. 4.

⁷ »*Recherche durch Publikation.*« E. W. Steinhauer, nav. delo, str. 289.

⁸ S. Sayare, nav. delo.

⁹ K. de la Durantaye, nav. delo (Ein Heim ...), str. 780.

njihova dela za osiretela. Najodmevnejši je primer Googla, ki je leta 2004 začel sistematično skenirati in digitalizirati knjižna dela, ne da bi pridobil dovoljenje vseh imetnikov pravic na teh delih.¹⁰

Poleg tega so osiretela dela konkurenca delom znanih imetnikov pravic. Ta problem je še posebej pereč na področju fotografije. Ocenjuje se, da naj bi bilo neznanega izvora 90 odstotkov vseh fotografij, ki jih hranijo muzeji v Veliki Britaniji.¹¹ Prav tako je velikokrat težko najti avtorja fotografij, ki so dostopne na svetovnem spletu in ki so bile večkrat posnete v sferi zasebnosti. Brezplačna uporaba teh fotografij je zelo privlačna za panoge, ki fotografije komercialno izkoriščajo, kot so oglaševanje ali tiskani mediji, saj se s tem izognejo plačilu honorarja za profesionalnega fotografa. Če se dovoli uporaba osiretelih fotografij, bi bila eksistenca profesionalnih fotografov lahko ogrožena.¹²

1.3. Skladnost posebnega obravnavanja osiretelih del z mednarodnimi konvencijami

V primeru, da država dovoli uporabo osiretelih del, s tem omeji pravice pogršanih imetnikov pravic. Tako kot pri oblikovanju vsake izjeme ali omejitve izključnih avtorskih pravic morajo tudi tu države upoštevati t. i. tristopenjski test, opredeljen v drugem odstavku 9. člena Bernske konvencije za varstvo književnih in umetniških del (v nadaljevanju: BK).¹³ Čeprav se tristopenjski test po besedilu te konvencije nanaša le na pravico reproduciranja, ga morajo države Unije v skladu s Sporazumom TRIPS¹⁴ in pogodbama SOIL¹⁵ upoštevati pri oblikovanju vseh izjem in omejitev avtorske pravice.

¹⁰ Ravnanje Googla je še zmeraj predmet sodne presoje v Združenih državah Amerike, potem ko je bila poravnava med Googlom in avtorskimi organizacijami, ki upravljajo pravice na knjižnih delih, razglašena za nično. Poravnava je predvidevala uvedbo sistema *opt-out*, v okviru katerega bi se domnevalo, da ima Google pravico digitalizirati vsa knjižna dela, ki so bila izdana v katerikoli državi sveta, če avtorji temu izrecno ne ugovarjajo. J. Kaltner, nav. delo, str. 702.

¹¹ K. de la Durantaye, nav. delo (Ein Heim ...), str. 780.

¹² Zaradi navedenih pomislekov, ki so jih navedla združenja fotografov v Veliki Britaniji v spletni akciji (www.stop43.org.uk/pages/our_history.html (2. 3. 2013)), se ni uveljavil 43. člen angleškega predloga Zakona o digitalni ekonomiji 2010 (Digital Economy Bill 2010). Ta je predvideval možnost komercialnega izkoriščanja osiretelih del za plačilo licence. Besedilo predloga zakona je dostopno na <www.publications.parliament.uk> (3. 3. 2013).

¹³ Ur. l. SFRJ, MP, št. 14/75, 4/86; Ur. l. RS, št. 24/92, Ur. l. RS, MP, št. 3/07.

¹⁴ Sporazum o trgovinskih vidikih pravic intelektualne lastnine Svetovne trgovinske organizacije; Ur. l. RS, MP, št. 10/95.

¹⁵ Pogodba Svetovne organizacije za intelektualno lastnino o avtorski pravici ter Pogodba Svetovne organizacije za intelektualno lastnino o izvedbah in fonogramih, Ur. l. RS, MP, št. 25/99.

Države Unije smejo z zakonom uvesti omejitve in izjeme le, če so izpolnjeni pogoji: (1) da gre za določene posebne primere, (2) da to ni v škodo redni uporabi del ter (3) da se s tem ne prizadene neupravičena škoda zakonitim interesom avtorja.¹⁶ Tristopenjski test je treba upoštevati tudi pri določanju nadomestila za uporabo osirotelih del – verjetno je, da tega testa ne bi prestala ureditev, ki bi dovoljevala brezplačno uporabo del tudi v primeru, da se imetnik pravic pozneje najde.

2. DIREKTIVA 2012/28/EU KOT EVROPSKI ODGOVOR NA PROBLEMATIKO OBRAVNAVANJA OSIROTELIH DEL

2.1. Dosedanje aktivnosti in sprejetje Direktive 2012/28/EU o nekaterih dovoljenih uporabah osirotelih del

Na evropski ravni so se po letu 2005 začele aktivnosti za omogočanje uporabe osirotelih del in s tem za ohranitev evropske kulturne dediščine prek digitalizacije gradiv, ki jih hranijo evropske knjižnice in javni arhivi. Leta 2006 je Evropska komisija izdala Priporočilo 2006/585/ES o digitalizaciji, spletni dostopnosti kulturnega gradiva in digitalnem arhiviranju. V njem je državam priporočila, da ustvarijo mehanizme za omogočanje uporabe osirotelih del.¹⁷ To priporočilo ni bilo učinkovito, saj takrat razen Madžarske nobena država ni uzakonila posebnega režima za osirotela dela.

Pomemben projekt na evropski ravni je leta 2008 začeti projekt oblikovanja enotne evropske digitalne knjižnice, muzeja in arhiva Europeana, kamor naj bi posamezne države članice prispevale svojo kulturno dediščino v digitalni obliki.¹⁸ Projekti, kakršen je Europeana, pa bi bili brez vzpostavitve enotnega pravnega režima obravnavanja osirotelih del v EU obsojeni na propad.¹⁹

Leta 2008 je Komisija EU začela pripravljati direktivo kot zavezujoč pravni vir. Oktobra 2012 je bila tako sprejeta Direktiva 2012/28/EU o nekaterih do-

¹⁶ Tudi Direktiva 2012/28/EU o nekaterih dovoljenih uporabah osirotelih del povzema test sorazmernosti v 20. uvodni izjavi (UL L 299, 27. oktober 2012). Pri tem je slovenski prevod nekoliko ponesrečen, ker določa, da poseg v avtorske pravice ne sme biti »nesmiseln«.

¹⁷ UL L 236, 31. avgust 2006, str. 28–30, točka 6a.

¹⁸ Resolucija Evropskega parlamenta z dne 5. maja 2010 o Europeani – »naslednji koraki« (2009/2158(INI)), UL C 81 E/04, 15. marec 2011.

¹⁹ K. de la Durantaye, nav. delo (Ein Heim ...), str. 787.

voljenih uporabah osirotelih del.²⁰ Ta direktiva države članice zavezuje, da do 29. oktobra 2014 uvedejo sisteme za uporabo osirotelih del.²¹

2.2. Ključne značilnosti Direktive 2012/28/EU

2.2.1. Področje uporabe direktive

Namen direktive je omogočiti vzpostavitev evropskih digitalnih knjižnic.²² Direktiva upošteva občutljivost problematike osirotelih del, zaradi česar je področje njene uporabe v skladu z njenimi členi ozko. Hkrati pa državam več manevrskega prostora dajejo uvodne izjave.

Za osirotela dela se po prvem odstavku 2. člena Direktive 2012/28/EU štejejo dela, če nihče izmed imetnikov pravic teh del ali fonogramov ni opredeljen oziroma najden kljub opravljenemu in zabeleženemu skrbnemu iskanju. Direktiva tako ne vzpostavlja posebnega režima za nedostopna dela – dela, ki jih ni več mogoče dobiti v prosti prodaji. V 4. uvodni izjavi izrecno določa, da ne posega v specifične rešitve držav članic, s katerimi bi te prek posebne obravnave nedostopnih del omogočile množično digitalizacijo avtorskopравnih vsebin. Prav tako je iz te uvodne izjave razvidno, da direktiva ne posega v Sporazum o razumevanju glede ključnih načel v zvezi z digitalizacijo in zagotavljanjem razpoložljivosti nedostopnih del, ki so ga 20. septembra 2011 podpisali predstavniki evropskih knjižnic, avtorjev, založnikov in kolektivnih organizacij.²³ Iz sporazuma je mogoče razbrati, da so podpisniki želeli, da države članice omogočijo digitalizacijo nedostopnih del prek uvedbe razširjenih kolektivnih licenc oziroma s pravnim varstvom dogovorov, ki bi po vzoru propadle poravnave v projektu Google Books vključevali vsa dela, ob tem pa bi avtorji imeli pravico, da izključijo svoje delo iz dogovora.²⁴ Tak sporazum seveda za države članice ni zavezujoč, zato je odločitev o tem, ali se bo vzpostavil režim posebne obravnave nedostopnih del ter kakšne značilnosti bo imel, tudi po sprejetju direktive v pristojnosti držav članic. Pri tem pa morajo države članice upoštevati tudi drugi odstavek 5. člena Direktive 2001/26/ES, ki taksativno določa dovoljene vsebinske omejitve pravice do reproduciranja. Ker ta člen posebej ne

²⁰ UL L 299, 27. oktober 2012.

²¹ Prvi odstavek 9. člena.

²² Uvodni izjavi 1 in 3.

²³ Memorandum of Understanding – Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works, <ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/20110920-mou_en.pdf> (14. 5. 2013).

²⁴ Prav tam, Principle No. 2 – Practical Implementation of Collective Agreements, točki 4 in 5.

predvideva izjeme za nedostopna dela, režim posebne obravnave nedostopnih del ne more določati vsebinske omejitve pravice do reproduciranja.²⁵

Direktiva se v nadaljevanju nanaša le na uporabo osirotelih del v nekaterih javnih neprofitnih organizacijah, kot so knjižnice, arhivi in javne radiotelevizijske organizacije,²⁶ ter za nepridobitne namene.²⁷ Pri tem mora biti uporaba osirotelih del v javno korist – v namene ohranjanja in obnove del in fonogramov ter zagotavljanja kulturnega in izobraževalnega dostopa do njih.²⁸ Vendar direktiva hkrati spodbuja javno-zasebno partnerstvo.²⁹ Podobna javno-zasebna partnerstva glede digitalizacije del, ki niso več avtorskopravno varovana, je Google že sklenil s francosko nacionalno knjižnico in bavarsko deželno knjižnico. V obeh primerih je javnost izrazito nasprotovala temu, da bi tuje (ameriško) monopolno podjetje komercializiralo kulturno dediščino.³⁰

Direktiva se ne uporablja za fotografije, temveč le za besedila, kinematografska ali avdiovizualna dela in fonograme. Ker sledi namenu digitalizacije knjižničnih in arhivskih gradiv, se direktiva omeji na dela v zbirkah javno dostopnih knjižnic, izobraževalnih ustanov ali muzejev ter v zbirkah arhivov ali ustanov filmske ali avdiodediščine.³¹ Ob sklicevanju na mednarodno pravno kurtoazijo direktiva s področja svoje uporabe izključi avtorska dela, ki ne izvirajo iz Evropske unije, torej tista, ki niso bila prvič objavljena oziroma predvajana znotraj evropskih meja.³² S tem se poskuša izogniti očitkom, ki jim je bil izpostavljen 43. člen novele Zakona o digitalni ekonomiji v Veliki Britaniji, in sicer, da bo licenciranje osirotelih del odprlo vrata Googlu, da dela s celotnega sveta legalno digitalizira v eni državi, nato pa ponudi na svetovnem spletu.³³

2.2.2. Uvedba izjeme oziroma omejitve avtorske pravice na osirotelem delu

Države članice morajo v skladu s prvim odstavkom 6. člena urediti izjemo ali omejitev pravice reprodukcije in pravice do dajanja na voljo javnosti tako, da

²⁵ K. de la Durantaye, nav. delo (Die Nutzung ...), str. 442.

²⁶ Prvi odstavek 1. člena; naslovniki so javno dostopne knjižnice, izobraževalne ustanove in muzeji ter tudi arhivi, ustanove filmske ali avdiodediščine in javne radiotelevizijske organizacije.

²⁷ Drugi odstavek 6. člena.

²⁸ Drugi odstavek 6. člena.

²⁹ Uvodna izjava 21; četrti odstavek 6. člena.

³⁰ K. de la Durantaye, nav. delo (Ein Heim ...), str. 779.

³¹ Drugi odstavek 1. člena.

³² Uvodna izjava 12; drugi odstavek 1. člena.

³³ <www.theregister.co.uk/2012/11/12/uk_theft_firestorm_photographers_artists> (4. 4. 2013).

navedenim neprofitnim organizacijam omogočijo, da osiretela dela reproducirajo v digitalni obliki in jih dajejo na voljo javnosti. Direktiva pa ne določa, na kakšen način naj države članice oblikujejo izjemo ali omejitev avtorskih pravic. Tako kot pri oblikovanju vsake izjeme ali omejitve izključnih avtorskih pravic morajo države tudi tu upoštevati tristopenjski test, opredeljen v drugem odstavku 9. člena BK.³⁴ Direktiva zakonodajalcu določa zgolj obveznosti, da zagotovi:

1. da pozneje najdeni imetnik pravic lahko prepove nadaljnjo uporabo dela in
2. da pozneje najdeni imetnik pravic dobi pošteno nadomestilo za dotedanjo uporabo dela.³⁵

Pri višini nadomestila za dotedanjo uporabo dela se upoštevata nepridobitnost namena uporabe in dejstvo, da je digitalizacija del v javnem interesu. Določitev okoliščin, v katerih se sme organizirati plačilo takšnega nadomestila, vključno z rokom zapadlosti plačila, pa je prav tako prepuščena državam članicam.³⁶

2.2.3. Uskladitev standardov skrbnega iskanja imetnikov pravic in vzpostavitev registrov avtorskih del

Direktiva 2012/28/EU v 3. členu določa, da se mora za vsako delo izvesti skrbno iskanje v dobri veri s pregledom ustreznih virov. Skrbno iskanje se mora opraviti pred uporabo dela ali fonograma.³⁷ V prilogi direktive je naveden seznam virov in podatkovnih baz, ki jih mora uporabnik preveriti, da zadosti standardu skrbnega iskanja – od katalogov knjižnic, registrov kolektivnih in avtorskih organizacij do povezav več podatkovnih zbirk in registrov (na primer v okviru projekta ARROW).

Na podlagi tega lahko pričakujemo, da se bo povečal pomen katalogov in registrov avtorskoppravno varovanih del. Avtorska dela, ki v kataloge in registre ne bodo vključena, bodo uporabniki lahko legitimno digitalizirali brez soglasja avtorjev, saj se bo o njih domnevalo, da so osiretela. Zato bodo izključne pravice uživali le avtorji registriranih del, avtorjem neregistriranih del pa bo v skladu s 6. členom direktive ostala le pravica do nadomestila za uporabo teh del. S tem se približamo prvotnim sistemom varstva avtorske pravice, v katerih je bila registracija dela predpostavka za avtorskoppravno varstvo.

³⁴ Uvodna izjava 20 Direktive 2012/28/EU. Tristopenjski test povzema tudi Direktiva 2001/29/ES v petem odstavku 5. člena.

³⁵ Peti odstavek 6. člena direktive.

³⁶ Uvodna izjava 18; peti odstavek 6. člena.

³⁷ Glej tudi 13. in 14. uvodno izjavo.

Tak sistem je lahko v nasprotju z drugim odstavkom 5. člena BK, ki v povezavi s prvim odstavkom 5. člena BK določa, da za uživanje in izvrševanje pravic po konvenciji, razen uživanja in izvrševanja pravic v državi izvora dela, ne velja nobena formalnost in sta neodvisni od varstva v državi izvora dela. Zato država članica Bernske unije, ki od svojih državljanov zahteva formalnosti kot deponiranje kopij avtorskega dela ali registracijo, ne more postavljati enakih zahtev tudi za druge avtorje Bernske unije, razen če njihovo delo izvira iz te države.³⁸ Posamezna država članica EU pa bo od avtorjev, katerih dela izvirajo iz držav članic EU, pričakovala, da poskrbijo za uvrstitev svojih del v register avtorskih del ali knjižnični katalog v državi izvora – v nasprotnem primeru bodo ta dela veljala za osirotela.

Menim, da je direktiva v skladu z Bernsko konvencijo ravno iz razloga, ker s področja svoje uporabe izključi dela, ki izvirajo iz držav, ki niso članice EU.³⁹ Zato ne vpliva na zavezo posamezne države članice, da bo spoštovala pravice avtorjev tretjih držav, ki izhajajo iz Bernske konvencije, kar je tudi v skladu s prvim odstavkom 351. člena Pogodbe o delovanju Evropske unije (v nadaljevanju PDEU).⁴⁰ S tem se ohranijo zaveze po prepovedi formalizmov, ki jih imajo države članice EU v razmerju do avtorjev iz držav Bernske unije, ki niso države članice EU.

Z registracijo avtorskega dela v državi izvora se stroški iskanja imetnikov pravic zmanjšajo na minimum, imetniki pravic pa niso obremenjeni pretirano. Avtor je namreč tisti, ki s preprostim dejanjem evidentiranja dela v registru najlažje zmanjša stroške svojega iskanja.⁴¹ Zaradi tega bi bilo upravičeno tudi drugačno pravno obravnavanje tistih, ki se ne potrudijo vključiti svojih del v registre, saj je »sedeti in delati nič redko zakon«.⁴² Zato menim, da se s povečanjem pomena registracije del oziroma različnim obravnavanjem registriranih in neregistriranih del lahko učinkovito uredi problematika digitalizacije avtorskih del.

2.2.4. Vzpostavitev evropskega registra osirotelih del

Direktiva predvideva ustanovitev evropskega registra osirotelih del, ki ga bo vodil Urad za usklajevanje na notranjem trgu (znamke in modeli). Postopek vpisa dela v register osirotelih del bo potekal takole: uporabnik, ki je javna ozi-

³⁸ W. Nordermann in drugi, nav. delo, str. 72.

³⁹ Uvodna izjava 12; drugi odstavek 1. člena.

⁴⁰ Sodba Sodišča z dne 9. februarja 2012 v zadevi C-277/10 (*Martin Luksan proti Petrus van der Let*), še neobjavljena v ZOdl, točka 61, s tam navedeno nadaljnjo sodno prakso.

⁴¹ Vnos v register je lahko zelo preprost in učinkovit, če se lahko opravi na spletu.

⁴² »*Sitting back and doing nothing is rarely the law*«, citat po A. Katz, nav. delo, str. 19.

roma nepridobitna institucija, najprej izvede skrbno iskanje v državi članici izvora dela. Če imetnika pravic ne najde, obvesti o tem pristojni organ v državi članici ter mu posreduje tudi informacije v zvezi s postopkom iskanja imetnika pravic in s tem, kako bo organizacija uporabljala osirotelo delo. Pristojni nacionalni organ vse podatke posreduje Uradu za usklajevanje na notranjem trgu (znamke in modeli), ta pa jih nato zabeleži v javno dostopnem registru osirotelih del.⁴³

Nejasno pa je, ali naj se dovoli uporaba registriranih osirotelih del, ne da bi se od novega uporabnika že registriranega dela zahtevalo, da tudi sam izvede skrbno iskanje. S tem se sicer zmanjšajo stroški uporabnikov. Po drugi strani pa obstaja možnost, da bi se v postopku iskanja, ki bi ga uporabnik izvedel pozneje od prvotnega, pogrešani imetnik pravic vendarle našel. Za varstvo pogrešanih imetnikov bi bilo zato smiselno od uporabnika, ki želi uporabljati že registrirano delo, zahtevati, da v primeru, da je od prvotnega iskanja minilo več kot na primer eno leto, iskanje imetnika pravic ponovi.⁴⁴

2.2.5. Iskanje imetnikov pravic v državi izvora dela in vzajemno priznavanje statusa osirotelega dela

Uporabniku načeloma ni treba izvesti skrbnega iskanja v celotni Evropski uniji, temveč le v državi izvora dela – torej v državi, kjer je bilo delo prvič objavljeno. Če delo ni bilo objavljeno, se kot država izvora dela šteje država, v kateri je bilo delo prvič predvajano.⁴⁵ Drugače pa velja, če obstajajo dokazi, iz katerih se sklepa, da bi se lahko pomembne informacije o imetnikih pravic našle v drugih državah – v tem primeru se mora opraviti tudi pregled virov informacij, ki so na voljo v teh drugih državah.⁴⁶

Če se ugotovi, da imetnika pravic v državi izvora dela ni mogoče najti, pridobi avtorsko delo status osirotelega dela v celotni EU in se kot osirotelo delo lahko uporablja v vseh državah članicah.⁴⁷ V primeru, da se imetnik pravic pozneje najde, pa lahko uveljavlja svojo pravico do nadomestila po pravilih države članice, v kateri ima sedež uporabnik.⁴⁸

⁴³ Peti in šesti odstavek 3. člena.

⁴⁴ Podobno bo s podzakonskimi akti, ko bodo sprejeti v Veliki Britaniji; glej Orphan Works – Impact Assessment, 15. junij 2012; <www.ipo.gov.uk/consult-ia-bis1063-20120702.pdf> (3. 3. 2013), str. 5–6.

⁴⁵ Tretji odstavek 3. člena direktive.

⁴⁶ Četrty odstavek 3. člena direktive.

⁴⁷ Uvodne izjave 8, 9 in 15, 4. člen.

⁴⁸ Peti odstavek 6. člena.

2.3. Vmesni sklep

Direktiva 2012/28/EU državam članicam nalaga, da do konca oktobra 2014 uvedejo poseben režim obravnavanja osirotelih del. Ne določa vseh temeljnih značilnosti tega režima, temveč samo:

1. kakšna je opredelitev osirotelih del;
2. katere vrste del spadajo v režim osirotelih del;
3. kdo je upravičen uporabnik;
4. za katere namene se smejo osirotela dela uporabiti;
5. kdaj je zadoščeno standardu skrbnega iskanja in kdaj se mora iskanje opraviti;
6. pravilo o vzajemnem priznavanju statusa osirotelega dela.

Država članica se mora tako zaradi pomanjkljivih določb direktive v zvezi s tem sama odločiti, na kakšen način bo uredila vprašanja:

1. kdo in kdaj preverja, da je uporabnik iskal imetnike pravic z zadostno skrbnostjo,
2. ali morajo uporabniki za izkoriščanje osirotelih del pridobiti licenco,
3. ali je za to licenco treba plačati, kdaj in komu.

Tudi Slovenija bo morala najti pot za oblikovanje svojega sistema obravnavanja osirotelih del. Pri tem pa se lahko zgledujemo po obstoječih režimih obravnavanja osirotelih del, kot jih poznajo v Kanadi, na Madžarskem, v skandinavskih državah ali v Veliki Britaniji, in po zakonodajnih iniciativah iz Nemčije, ZDA ali Avstralije. Na nekatera vprašanja lahko podamo tudi svoj odgovor, ki bi upošteval posebnosti slovenske tradicije avtorskega prava in slovenskega kulturnega okolja. V nadaljevanju navajam ključne značilnosti obstoječih in predlaganih sistemov obravnavanja osirotelih del, njihove prednosti in slabosti.

3. OBSTOJEČI NACIONALNI SISTEMI OBRAVNAVANJA OSIROTELIH DEL

3.1. Kanada

Kanadski Zakon o avtorski pravici ima že od leta 1988 uveljavljen poseben režim za osirotela dela.⁴⁹ Prvi odstavek 77. člena določa, da lahko uporabnik pri Svetu za avtorsko pravo (Copyright Board – v nadaljevanju Svet) pridobi licenco za uporabo avtorskopravno varovanega dela, če izkaže, da se je potrudil, da bi našel imetnika pravic na tem delu, vendar iskanje ni bilo uspešno. Licenca

⁴⁹ Člen 77 Canadian Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, besedilo zakona je dostopno na <laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-42/FullText.html> (5. 5. 2013).

je neizključne narave in se podeli pod pogoji, kot jih določi Svet. Pri določanju pogojev ima Svet široko diskrecijsko pravico, pogoji pa so odvisni od namena uporabe osirotelega dela.⁵⁰

Zakon predvideva, da uporabniku, če gre za dobroverno uporabo, ni treba plačati licence za uporabo osirotelih del, razen če to zahteva pozneje najdeni imetnik pravic v obdobju pet let po poteku licence.⁵¹ Kljub takšni zakonski ureditvi je Svet izdajo licence v 70 odstotkih pogojeval z vnaprejšnjim plačilom kolektivni organizaciji, ki upravlja enake vrste pravic, v višini, kot velja za uporabo del iz repertoarja kolektivne organizacije.⁵² Svet svojo prakso utemeljuje na doktrini *cy-près*, ki se je razvila v pravu trusta.⁵³ V skladu s to doktrino sodišče v primeru, da premoženja ni mogoče uporabiti v prvotni namen, določi namen uporabe premoženja, ki je blizu prvotnemu. Svet tako meni, da bi povprečni imetnik pravic raje videl, da bi uporabniki za uporabo njegovega dela plačali nadomestilo v korist drugih avtorjev, kot pa da bi uporabniki delo lahko uporabljali brezplačno.⁵⁴

3.2. Madžarska

Madžarska je uzakonila posebno obravnavo osirotelih del v 57.A do 57.D členu Zakona o avtorski pravici.⁵⁵ Njen sistem je podoben kanadskemu sistemu v tem, da licence za uporabo osirotelih del podeljuje državni organ – Svet za avtorsko pravo. Licenca se lahko podeli za obdobje največ pet let ter velja na teritoriju Madžarske. Licenca je neizključna in neprenosljiva, poleg tega ni mogoče pridobiti licence, ki bi omogočala bodisi predelavo bodisi podeljevanje nadaljnjih licenc.⁵⁶

Znesek plačila za licenco določi Svet za avtorsko pravo ob upoštevanju namena in obsega uporabe dela.⁵⁷ Pri tem madžarski Zakon o avtorski pravici razlikuje med uporabo za pridobitne in nepridobitne namene. Če uporabnik na podlagi izkoriščanja osirotelega dela ne pridobi dohodka niti posredno, uporabnik plača nadomestilo šele, če in ko se najde imetnik pravic. Pred pridobitvijo li-

⁵⁰ Drugi odstavek 77. člena kanadskega Zakona o avtorski pravici.

⁵¹ Tretji odstavek 77. člena kanadskega Zakona o avtorski pravici.

⁵² J. de Beer in M. Bouchard, nav. delo, str. 252.

⁵³ Več o doktrini *cy-près* R. P. Mulheron, nav. delo, str. 15.

⁵⁴ J. de Beer in M. Bouchard, nav. delo, str. 237.

⁵⁵ Act LXXVI of 1999 on Copyright – angleški prevod prečiščenega besedila je dostopen na <www.hipo.gov.hu> (2. 2. 2013).

⁵⁶ Drugi stavek prvega odstavka 57.A člena madžarskega Zakona o avtorski pravici.

⁵⁷ Prvi stavek prvega odstavka 57.A člena madžarskega Zakona o avtorski pravici.

cence za pridobitno uporabo dela pa mora uporabnik plačati nadomestilo, ki se deponira pri Svetu za avtorsko pravo.⁵⁸ Če se imetnik pravic v petih letih po izteku trajanja licence ne javi, Svet finančna sredstva prenese na kolektivno organizacijo, ki je pristojna za licenciranje drugih vrst uporabe avtorskega dela. Če takšna kolektivna organizacija ne obstaja, se sredstva prenesejo na nacionalni sklad za kulturo.⁵⁹

Ker na Madžarskem velja sistem razširjenega kolektivnega upravljanja avtorskih pravic, se v primeru, da obstaja kolektivna organizacija za upravljanje določenih pravic, repertoar te kolektivne organizacije razširi na vsa dela enake vrste, razen na tista, katerih avtorji izrecno izjavijo, da želijo pravice upravljati individualno. Ker avtorji osirotelih del svoje volje ne morejo izjaviti, njihova dela postanejo predmet kolektivnega upravljanja. Zato se na Madžarskem uporabljajo zakonske določbe o posebni obravnavi osirotelih del le, če ne obstaja kolektivna organizacija za upravljanje pravic na vrsti del, kamor spada delo, katerega imetnik pravic ni znan.⁶⁰ Zaradi dveh različnih načinov licenciranja osirotelih del – prek Sveta za avtorsko pravo ali prek kolektivnih organizacij – madžarski sistem obravnavanja osirotelih del velja za »dvotirnega«.⁶¹

3.3. Velika Britanija

Letos je tudi Velika Britanija sprejela zakonodajo, ki bo omogočila ustvariti poseben režim za osirotela dela.⁶² Člen 77 Zakona o reformiranju podjetništva in regulative 2013 določa, da se v Zakon o avtorski pravici, modelih in patentih 1988 vnesejo nove določbe 116.A do 116.C člena.⁶³ Prvi odstavek 116.A člena pooblašča državno tajništvo (*Secretary of State*), da s podzakonskimi predpisi določi sistem podeljevanja licenc za uporabo osirotelih del. Zakon omogoča uporabo osirotelih del v pridobitne in nepridobitne namene.⁶⁴ V obeh primerih pa mora uporabnik za uporabo plačati neposredno ob podelitvi licence.⁶⁵ Po mnenju organov, ki so zakon pripravljali, naj bi bilo

⁵⁸ Drugi odstavek 57.A člena madžarskega Zakona o avtorski pravici.

⁵⁹ Peti odstavek 57.A člena madžarskega Zakona o avtorski pravici.

⁶⁰ Sedmi odstavek 57.A člena madžarskega Zakona o avtorski pravici.

⁶¹ D. R. Hansen, G. A. Hinze, J. M. Urban, nav. delo, str. 21.

⁶² Podoben zakonodajni predlog je bil dan že leta 2010, vendar ni bil sprejet; D. W. K. Khong, nav. delo, str. 3.

⁶³ Besedilo je dostopno na <www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/24/part/6/crossheading/copyright-and-rights-in-performances/enacted> (5. 5. 2013).

⁶⁴ Četrty odstavek 116.A člena.

⁶⁵ Četrty odstavek 116.C člena.

omogočanje brezplačne uporabe osirotelih del v nasprotju z mednarodnimi pogodbami, imelo pa bi tudi negativne učinke na vrednost avtorskih del znanih avtorjev.⁶⁶

V Veliki Britaniji je do zdaj veljal sistem prostovoljnega kolektivnega upravljanja avtorskih pravic. Člen 77 Zakona o reformiranju podjetništva in regulative 2013 v tem pogledu prinaša pomembno spremembo, saj predvideva, da lahko kolektivne organizacije zaprosijo za pooblastilo za podeljevanje razširjenih kolektivnih licenc.⁶⁷ V tem primeru mora kolektivna organizacija zadostiti strožjim pogojem transparentnosti delovanja in vzpostaviti sistem iskanja imetnikov pravic.⁶⁸ V skladu z oceno vpliva zakona sicer razširjene kolektivne licence niso mišljene kot posebna rešitev za osirotela dela, vendar se glede na njihovo naravo pričakuje, da bodo obsegala tudi osirotela dela.⁶⁹

3.4. Skandinavske države

V nordijskih državah se je najprej razvil sistem razširjenih kolektivnih licenc, v tem okviru pa rešujejo tudi problematiko osirotelih del. Sistem je bil uveden na začetku šestdesetih let 20. stoletja v povezavi s pravicami primarnega oddajanja glasbenih del. Vse nordijske države uporabljajo sisteme razširjenih kolektivnih licenc za primarno oddajanje, kabelsko retransmisijo in priobčitve javnosti že predvajanih televizijskih del. Danska pa je edina med njimi, ki je uveljavila razširjeno kolektivno upravljanje kot splošno določbo.⁷⁰ Da lahko kolektivna organizacija podeljuje razširjene kolektivne licence, mora biti reprezentativna, kar pomeni, da mora v okviru pogodb z imetniki pravic zastopati pomemben del (večino oziroma velik del) repertoarja določene vrste avtorskih del oziroma večino avtorjev. V večini nordijskih dežel potrebuje kolektivna organizacija tudi dovoljenje pristojnega ministrstva.⁷¹

Statuti kolektivnih organizacij, ki podeljujejo razširjene kolektivne licence, vsebujejo več klavzul za varstvo nečlanov: (1) pravica do izjave, da ne želijo biti vključeni v sistem; (2) pravica, da so obravnavani enako kot člani; (3) enako obravnavanje v zvezi z udeležbo v socialnih in kulturnih skladih; ter (4)

⁶⁶ Orphan Works – Impact Assessment, 15. junij 2012; <www.ipo.gov.uk/consult-ia-bis1063-20120702.pdf> (5. 5. 2013), str. 3.

⁶⁷ Prvi odstavek 116.B člena.

⁶⁸ Extended Collective Licencing (ECL) – Impact Assessment, 18. maj 2012, str. 3; <www.ipo.gov.uk/consult-ia-bis1054-20120702.pdf> (5. 5. 2013).

⁶⁹ Prav tam, str. 3.

⁷⁰ J. Axhamn in L. Guibault, nav. delo, str. 25–26.

⁷¹ Prav tam, str. 26.

pravica do postavitve zahtevka za individualen honorar.⁷² Od kolektivne organizacije se pričakuje, da poišče tistega, v čigar imenu je prejela honorar, vendar lahko to stori tudi pozneje, potem ko je bilo delo že uporabljeno.⁷³ Raziskava švedske vlade pa naj bi pokazala, da kolektivne organizacije tudi dejansko iščejo nečlane, da bi jih obvestile o upravljanju njihovih del v sistemu razširjenih kolektivnih licenc.⁷⁴

3.5. Japonska, Indija in Južna Koreja

Posebne sisteme obravnavanja osirotelih del poznajo še na Japonskem,⁷⁵ v Indiji⁷⁶ in v Južni Koreji.⁷⁷ Skupno jim je to, da po kanadskem vzoru predvidevajo licenciranje osirotelih del, ki ga opravlja centralni državni organ.⁷⁸

3.6. Opredelitev do obstoječih sistemov obravnavanja osirotelih del

3.6.1. Razvrstitev obstoječih sistemov

Obstoječe režime obravnavanja osirotelih del lahko razvrstimo v tri glavne skupine:

1. sistem licenciranja osirotelih del, ki ga opravlja poseben državni organ (primer: Kanada);
2. sistem, v katerem se problematika osirotelih del ureja prek razširjenih kolektivnih licenc (primer: nordijske države);
3. dvotirni sistem, v katerem licence za uporabo del podeljuje bodisi poseben državni organ bodisi kolektivna organizacija v okviru razširjenih kolektivnih licenc (primera: Madžarska in Velika Britanija). Ker ima dvotirni sistem značilnosti obeh oblik, ga ne bom posebej preučila.

⁷² Prav tam, str. 28.

⁷³ D. R. Hansen, G. A. Hinze, J. M. Urban, nav. delo, str. 9.

⁷⁴ J. Axhamn in L. Guibault, nav. delo, str. 35.

⁷⁵ Člen 67 japonskega Zakona o avtorski pravici (Copyright Act 1970, Law No. 48, 1970), neuradni prevod zakona v angleščino je dostopen na <www.cric.or.jp/cric_e/clj/clj.html> (3. 3. 2013).

⁷⁶ Člena 17 in 18 indijskega Zakona o avtorski pravici (Copyright Act 1957, nazadnje spremenjen s Copyright Amendment Act of 2012), zakon je dostopen na <copyright.gov.in/Documents/CRACT_AMNDMNT_2012.pdf> (3. 3. 2013).

⁷⁷ Člen 50 južnokorejskega Zakona o avtorski pravici (Copyright Act 1957, Law No. 432) <www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=7182> (3. 3. 2013).

⁷⁸ D. R. Hansen, G. A. Hinze, J. M. Urban, nav. delo, str. 21.

3.6.2. Sistem licenciranja osirotelih del s strani posebnega državnega organa

Kanadski sistem, v katerem uporabo osirotelih del dovoljuje in nadzoruje poseben državni organ, je bil zgled tudi drugim državam, ki so želele omogočiti njihovo izkoriščanje, kot so Madžarska, Japonska, in Južna Koreja. V literaturi pa je razširjeno stališče, da tak sistem ni učinkovit, ker ni omogočil širše uporabe osirotelih del.⁷⁹ Število uporabnikov tako v Kanadi kot na Madžarskem, ki zaprosijo za podelitev licence za uporabo osirotelih del, je namreč zelo majhno. Kanadski Svet za avtorsko pravo je od leta 1988 do leta 2008 prejel 441 prošenj za uporabo osirotelih del. Od tega je podelil približno 230 licenc, v preostalih primerih pa so se našli imetniki pravic ali pa je bila vloga umaknjena ali zavržena. Ko je Svet leta 2007 prenehal podeljevati licence za arhitekturne načrte, je število prošenj močno upadlo.⁸⁰ Leta 2010 je tako podelil le šest licenc za uporabo osirotelih del, pri tem so se nekatere nanašale na uporabo več sto del.⁸¹ Tudi na Madžarskem je Svet za avtorsko pravo od uveljavitve sistema licenciranja osirotelih del s strani državnega organa leta 2009 obravnaval zgolj 22 prošenj za izdajo licence.⁸²

Čeprav je število prošenj in podeljenih licenc majhno, je avtorskih del, ki so bila predmet obravnave kanadskega Sveta za avtorsko pravo, razmeroma veliko. Do leta 2008 prejete prošnje so obsegale uporabo 12.640 različnih del.⁸³ Tudi na Madžarskem se prošnje za licenco večkrat navezujejo na uporabo večjega števila del. Nacionalni arhiv avdiovizualnih gradiv je na primer zaprosil za licenco za uporabo 370 osirotelih del, knjižnica madžarskega parlamenta pa za uporabo približno 1000 del.⁸⁴ Zato menim, da se ta sistem za potrebe digitalizacije del in njihovega dajanja na voljo javnosti ni izkazal za neučinkovitega. Lahko predvidevamo, da bodo tudi slovenske knjižnice in arhivi, ki bodo digitalizirali knjižnična in arhivska dela, zaprosili za uporabo več osirotelih del hkrati, pri čemer število vlog zaradi omejenega števila uporabnikov tudi ne bo tako veliko.

Vendar bodo le redki uporabniki zaprosili za licenco za uporabo osirotelih del, če bodo s tem imeli prevelike stroške. Uporabnikovi stroški v sistemu podeljevanja licenc s strani državnega organa obsegajo predvsem stroške iskanja imetnikov pravic, ki se mora opraviti pred podelitvijo licence. Če mora upo-

⁷⁹ K. de la Durantaye, nav. delo (Ein Heim ...), str. 783; A. Katz, nav. delo, str. 30.

⁸⁰ J. de Beer in M. Bouchard, nav. delo, str. 242.

⁸¹ K. de la Durantaye, nav. delo (Ein Heim ...), str. 783.

⁸² D. R. Hansen, G. A. Hinze, J. M. Urban, nav. delo, str. 21.

⁸³ J. de Beer in M. Bouchard, nav. delo, str. 242.

⁸⁴ D. R. Hansen, G. A. Hinze, J. M. Urban, nav. delo, str. 22.

rabnik za licenco tudi vnaprej plačati, skupni stroški hitro presežejo koristi, ki jih ima uporabnik od osirotelih del kot komercialno manj zanimivih del. V tem primeru se uporabniki ne bodo odločili za digitalizacijo del, ki bi bila sicer kulturno pomembna, vendar zanimiva zgolj manjšemu delu javnosti.⁸⁵ Zato bi bilo smiselno vezati plačilo licence na pogoj, da se imetnik pravic najde.

Menim, da ni pravilno predvidevanje kanadskega Sveta, da bi avtorji osirotelih del raje videli, da se plačilo za uporabo njihovih del posreduje drugim avtorjem, kot pa da bi se njihova dela uporabljala brezplačno. Avtorji namreč niso solidarnostna skupnost, ki bi sledila skupnemu namenu, temveč so avtorji med seboj v konkurenčnem razmerju, saj si vsak želi pridobiti čim večji del publike.⁸⁶ Poleg tega so osirotela dela po navadi manj tržno zanimiva. Zato bi bili avtorji teh del morebiti še veseli, če bi kdo pokazal zanimanje za njihovo uporabo, in bi tako uporabo brezplačno dovolili.⁸⁷

Mednarodne konvencije zahtevajo spoštovanje avtorjeve pravice do pravičnega plačila za uporabo njegovih del.⁸⁸ Vendar to ne pomeni, da bi bila oprostitev uporabnikov plačila v primeru, da se imetnik pravic ne najde, v nasprotju s pravico do pravičnega plačila. Avtor, ki se ne najde, ne more dobiti plačila. S stališča tega konkretnega avtorja je vseeno, ali je uporabnik delo uporabil brezplačno ali pa je plačal licenco tretji osebi, ki jo je zakonodajalec postavil na njegovo mesto. Zato okoliščina, da se za uporabo osirotelega dela zahteva vnaprejšnje plačilo kolektivni organizaciji, ne vpliva na morebitno neskladnost dovoljevanja uporabe osirotelih del z vidika mednarodnih konvencij.

Prav tako s pravnega vidika ni sprejemljivo, da bi se obveznost plačila za uporabo osirotelih del utemeljevala z bojaznijo, da bi prosta uporaba osirotelih del znižala dohodke drugih avtorjev. Avtor namreč nima pravice do maksimalnega monopolnega dohodka iz uporabe svojih del, temveč le do primerne nagrade, ki mu omogoča nadaljnje ustvarjalno in umetniško delo.⁸⁹

3.6.3. Razširjene kolektivne licence

Nedavna uvedba razširjenih kolektivnih licenc v Veliki Britaniji in sprejetje Sporazuma o razumevanju na evropski ravni⁹⁰ kažeta, da je tak sistem zaradi

⁸⁵ E. Lichtenberger, nav. delo, str. 115.

⁸⁶ U. Müller, v: T. Hoeren, U. Sieber in B. Holznagel: Multimedia-Recht, 32. Ergänzungslieferung 2012, Teil 7.5 Verwertungsgesellschaften im digitalen Umfeld, točka 6 <beck-online.beck.de> (5. 4. 2013).

⁸⁷ K. de la Durantaye, nav. delo (Ein Heim ...), str. 780.

⁸⁸ Glej primeroma drugi odstavek 11. bis člena BK.

⁸⁹ Uvodna izjava 10 Direktive 2001/29/ES.

⁹⁰ Glej podnaslov 2.2.1.

preprostosti zelo privlačen. Prednost razširjenih kolektivnih licenc je v tem, da uporabnikom ni treba iskati imetnikov pravic na posameznih delih, temveč lahko ta dela legitimno uporabljajo na podlagi licence.⁹¹ Če se imetniki pravic pozneje najdejo, lahko uveljavljajo svoje zahteve le nasproti kolektivni organizaciji oziroma je kolektivna organizacija zavezana razbremeniti uporabnike odgovornosti nasproti imetnikom pravic. Tako se olajša interakcija med uporabniki in imetniki pravic,⁹² uporabniki pa prihranijo stroške in čas za oblikovanje in ponujanje večjih baz avtorskih del.⁹³

Vendar zgolj uvedba razširjenih kolektivnih licenc problema osiretelih del dejansko ne odpravi, temveč se le dolžnost iskanja imetnikov in s tem povezani stroški prenesejo na kolektivno organizacijo.⁹⁴ V tem primeru bi morala zakonska rešitev predvidevati tudi, kako naj kolektivne organizacije iščejo imetnike pravic, ki niso njeni člani oziroma člani sestrskih organizacij. Vendar tega ni storila nobena izmed obravnavanih držav, v katerih poznajo razširjeno kolektivno upravljanje.

Kolektivne organizacije iz skandinavskih držav veljajo za zelo učinkovite tudi pri iskanju imetnikov pravic. V literaturi se vendarle poudarja, da takšnega sistema ni mogoče učinkovito vzpostaviti v drugih pravnih okoljih, kjer ni primerljive tradicije.⁹⁵ Tudi v nordijskih državah sistem razširjenih kolektivnih licenc daje prednost domačim avtorjem, tako članom kot nečlanom; tujih avtorjev kolektivne organizacije ne iščejo.⁹⁶

Menim, da kolektivne organizacije niso primerne za iskanje imetnikov pravic, ki niso njihovi člani. Stroški iskanja se namreč v tem primeru porazdelijo na vse uporabnike, ne glede na to, ali uporabljajo dela članov ali osiretela dela, zaradi česar se zvišajo licenčnine. Če pa kolektivna organizacija ne zviša licenčin, breme iskanja imetnikov osiretelih del nosijo njeni člani, kar je v na-

⁹¹ Gervais je ta tip kolektivnega upravljanja opredelil za učinkovito rešitev problema osiretelih del. D. Gervais, nav. delo, str. 27.

⁹² I. Hargreaves, nav. delo, str. 37.

⁹³ Kot primer je v oceni učinkov angleškega reformnega zakona predstavljen BBC-jev spletni program iPlayer, kjer je posebna ekipa potrebovala pet let za to, da je razčistila pravice na delih, ki jih program ponuja, pri čemer mora BBC baze redno preverjati; Extended Collective Licencing (ECL) – Impact Assessment, 18. maj 2012, str. 4; <www.ipo.gov.uk/consult-ia-bis1054-20120702.pdf> (4. 4. 2013).

⁹⁴ A. Katz, nav. delo, str. 37.

⁹⁵ J. Axhamn in L. Guibault, nav. delo, str. 41.

⁹⁶ Tudi drugače imajo nordijske kolektivne organizacije zgolj z nekaterimi kolektivnimi organizacijami sklenjen t. i. sporazum A, ki omogoča izplačilo tujim avtorjem glede na dejansko uporabo njihovih del. Z drugimi imajo sklenjen sporazum B, ki obema kolektivnima organizacijama preprosto dovoljujejo, da obdržita sredstva, zbrana v domači državi. T. Riis in J. Schovsbo, nav. delo, str. 20.

sprotju z vlogo kolektivne organizacije kot prvenstveno zasebne organizacije, ki je skrbnik pravic *svojih članov*. Če kolektivna organizacija ne vложи dovolj truda v iskanje imetnikov pravic, ki niso njeni člani, pa se s sredstvi, zbranimi na račun uporabe osirotelih del, obogatijo njeni člani prek socialnih in kulturnih skladov.⁹⁷

4. PREDLAGANI SISTEMI OBRAVNAVANJA OSIROTELIH DEL

4.1. Nemčija

V Nemčiji so bili doslej objavljeni trije zakonodajni predlogi: prvi osnutek zakona je 30. novembra 2010 predlagala socialdemokratska frakcija (SPD),⁹⁸ drugi z dne 8. februarja 2011 je bil podan na pobudo frakcije Leve stranke (die Linke),⁹⁹ tretjega pa je 10. aprila 2013 dala zvezna vlada.¹⁰⁰ Skupno vsem trem zakonodajnim predlogom je, da so drugače kot v kanadski, madžarski ali britanski ureditvi predvideli vzpostavitev posebnega režima zgolj za nepridobitne namene, v namen digitalizacije arhivskih knjižnih del.

4.1.1. Predlog SPD z dne 30. novembra 2010

Zakonodajni predlog SPD z dne 30. novembra 2010 je predvideval uvedbo posebnega režima za osirotela in nedostopna dela. Nedostopna dela bi urejal novi § 13d nemškega Zakona o upravljanju avtorske in sorodnih pravic (Urheberrechtswahrnehmungsgesetz – UrhWahrnG).¹⁰¹ Ta paragraf bi uveljavil zakonsko domnevo, da je kolektivna organizacija, ki upravlja pravice za elektronsko reproduciranje in dajanje del na voljo javnosti, upravičena za upravljanje pravic

⁹⁷ Primeroma nemška kolektivna organizacija GEMA prihodke, ki jih pridobi v imenu nezastopanih avtorjev (*Pas Membre*), kadar so ti soavtorji uporabljenega dela skupaj z zastopanim avtorjem, v največ primerih nameni v socialne in kulturne sklade; S. Müller, nav. delo, str. 421–423.

⁹⁸ Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, BT-Drs.17/3991, <www.bundestag.de> (3. 3. 2013).

⁹⁹ Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes – Digitalisierung vergriffener und verwaister Werke, BT-Drs. 17/4661, <www.bundestag.de> (3. 3. 2013).

¹⁰⁰ Besedilo je dostopno na <www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RegE_Gesetzes_zu_Nutzung_verwaister_Werke_und_zu_weiteren_Aenderungen_des_Urheberrechtsgesetzes_und_des_Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes.pdf?__blob=publicationFile> (30. 8. 2013).

¹⁰¹ Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, z dne 9. septembra 1965, BGBl. I, str. 1294 in nasl.

na vseh delih, ki so bila izdana pred letom 1966. Če bi kolektivna organizacija pridobila plačilo od uporabnika za uporabo nedostopnega dela, bi uporabnika morala razbremeniti odgovornosti nasproti imetniku pravic.

Predlagani § 13e UrhWahrnG pa je obravnaval osirotela dela. Po prvem odstavku § 13e UrhWahrnG bi v primeru, da uporabnik s skrbnim iskanjem ni mogel najti imetnika pravic, veljalo, da je kolektivna organizacija, ki je pristojna za upravljanje pravic na določeni vrsti del, pristojna licencirati elektronsko reproduciranje in dajanje teh del na voljo javnosti. Uporabnik bi za digitalizacijo osirotelih del kolektivni organizaciji plačal primerno nadomestilo. Po drugem odstavku § 13e UrhWahrnG bi pozneje najdeni imetnik pravic imel v razmerju do kolektivne organizacije enake pravice in dolžnosti kot njen član. Imetnik pravic pa bi lahko dal izjavo, da bo sam upravljal svoje pravice, pri čemer bi ta izjava veljala samo za naprej. S tem je zakonodajni predlog SPD dejansko predvidel uvedbo razširjenega kolektivnega upravljanja pravic do elektronskega reproduciranja in dajanja na voljo javnosti.¹⁰²

4.1.2. Predlog frakcije Leve stranke z dne 8. februarja 2011

Zakonodajni predlog z dne 8. februarja 2011 je predvideval uveljavitev nove vsebinske omejitve avtorske pravice (nem. *Schrankenregelung*) v § 52c nemškega Zakona o avtorski in sorodnih pravicah (Urheberrechtsgesetz – UrhG).¹⁰³ Prvi odstavek predlaganega § 52c UrhG je omogočal dajanje na voljo javnosti knjižničnih, muzejskih ali arhivskih del v nepridobitne namene, če s pomočjo standardiziranega iskanja ni mogoče najti imetnikov pravic. Predlog je predvidel obvezno plačilo primerne nadomestila za uporabo osirotelega dela ob upoštevanju nepridobitnega namena uporabe. Pozneje najdeni imetnik pravic bi lahko uveljavljal pravico do nadomestila samo prek kolektivne organizacije, uporabe dela za vnaprej ne bi mogel prepovedati.¹⁰⁴ Predlog Leve stranke tako vsebuje elemente obveznega kolektivnega upravljanja osirotelih del.

4.1.3. Predlog zvezne vlade z dne 10. aprila 2013

Najnovejši zakonodajni predlog se neposredno nanaša na implementacijo Direktive 2012/28/EU in ureja osirotela dela v §§ 61 do 61c UrhG. V skladu s § 61 je dovoljeno reproduciranje in dajanje osirotelih del na voljo javnosti. Zakon v drugem odstavku omeji osirotela dela na tiste kategorije del, ki so določene v direktivi. Pri tem lahko osirotela dela uporabljajo samo javno dostop-

¹⁰² K.-N. Peifer, nav. delo, str. 1.

¹⁰³ Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, z dne 9. septembra 1965, BGBl. I, str. 1273 in nasl.

¹⁰⁴ Drugi in tretji odstavek predloga § 52 c UrhG.

ne institucije, kot so knjižnice ali muzeji, kadar je to potrebno za izpolnitev njihovih nalog v interesu javnosti, kot na primer za ohranitev, restavracijo in omogočanje dostopa javnosti do njihovih zbirk.¹⁰⁵ Predlagani § 61a predvideva postopek skrbnega iskanja, pri čemer povzema določbe direktive. Uporabnik mora v skladu s četrtem odstavkom § 61a postopek iskanja dokumentirati in informacije o njem posredovati Nemškemu uradu za patente in znamke (Deutsches Patent- und Markenamt – DPMA). Predlagani § 61b pa določa, da mora uporabnik prenehati z uporabo dela takoj, ko je seznanjen, da se je našel imetnik pravic na delu. Pozneje najdeni imetnik pravic ima pravico od uporabnika zahtevati plačilo primerne nadomestila za dotedanjo uporabo dela.

Zakonodajni predlog z dne 10. aprila 2013 omogoča tudi uporabo nedostopnih del in v ta namen predvideva uveljavitev novih §§ 13d in 13e UrhWahrnG. V skladu s § 13d bi se vzpostavila domneva, da je kolektivna organizacija, ki je pristojna upravljati pravice do reproduciranja in dajanja nedostopnih del na voljo javnosti, v teh primerih upravičena upravljati tudi pravice avtorjev, ki niso njeni člani:

1. če gre za dela, ki so bila objavljena pred 1. januarjem 1966 ali pa se hranijo v javno dostopnih ustanovah,
2. če gre za uporabo v nepridobitne namene,
3. če so dela vpisana v register nedostopnih del pri DPMA in imetnik pravic temu ne ugovarja v roku šestih tednov od objave vpisa.

4.2. ZDA

V ZDA so problematiko osirotelih del urejali trije zakonski predlogi: predlog iz leta 2006¹⁰⁶ ter dva predloga iz leta 2008.¹⁰⁷ Vsi predlogi so temeljili na poročilu Zveznega urada za avtorsko pravo iz januarja 2006.¹⁰⁸ Avtorji poročila so predlagali omejitev pravnih sredstev imetnika avtorske pravice, če je uporabnik izvedel in dokumentiral kvalificirano iskanje (angl. *a qualifying search*) imetnika pravic na delu, vendar tega v dobri veri ni mogel najti ali identificirati.¹⁰⁹ Uporabnik bi moral na reprodukciji dela ustrezno označiti, da gre za

¹⁰⁵ Peti odstavek predloga § 61 UrhG.

¹⁰⁶ Orphan Works Act of 2006, H.R. 5439, 109th Cong. (2006); <www.govtrack.us/congress/bills> (5. 2. 2013).

¹⁰⁷ Orphan Works Act of 2008, H.R. 5589, 110th Cong. (2008); Shawn-Bentley Orphan Works Act of 2008 S. 2193 (2008) <www.govtrack.us/congress/bills> (5. 2. 2013).

¹⁰⁸ U.S. Copyright Office, Report on Orphan Works, <www.copyright.gov/orphan/orphan-report-full.pdf> (4. 3. 2013).

¹⁰⁹ Prav tam, str. 8.

osirotelo delo.¹¹⁰ Ničesar mu ne bi bilo treba plačati vnaprej, prav tako mu ne bi bilo treba vnaprej dokazovati, da je opravil dokumentirano iskanje. V primeru, da bi se pozneje našel imetnik pravic na osirotelem delu, bi ta imel nasproti uporabniku na voljo samo pravno sredstvo za uveljavljanje razumnega nadomestila za uporabo dela (angl. *reasonable compensation*), ne pa tudi drugih pravnih sredstev iz naslova kršitve avtorske pravice.¹¹¹ Neprofitne izobraževalne institucije, muzeji, knjižnice, arhivi ali javne radiotelevizijske hiše bi lahko brezplačno uporabljali osirotela dela, če bi bila uporaba dobrodelne, izobraževalne ali religiozne narave in bi z njo sledili nepridobitnim namenom.¹¹²

Drugače kot v vseh do zdaj veljavnih sistemih obravnavanja osirotelih del, kjer skrbnost pri iskanju vnaprej preverja poseben državni organ oziroma iskanje opravi kolektivna organizacija, je ameriški predlog nadzor nad skrbnostjo iskanja imetnika pravic poveril sodiščem. Sodišča bi namreč v konkretnem sporu med imetnikom pravic in uporabnikom morala ugotavljati, ali je imetnik pravic pred uporabo dela opravil skrbno iskanje.¹¹³

4.3. Avstralija

V Avstraliji sta poseben sistem obravnavanja osirotelih del predlagala profesorja Brennan in Fraser.¹¹⁴ Navedeni predlog predvideva tri stopnje, v katerih bi imele pomembno vlogo tudi kolektivne organizacije, čeprav ne bi bile pristojne zahtevati nadomestil za vsakršno uporabo osirotelih del.

Na prvi stopnji bi moral uporabnik iskati imetnika pravic. Če ga ne bi našel, bi poslal kolektivni organizaciji, ki bi bila pristojna za izvedbo režima osirotelih del, obvestilo o iskanju in vrsti nameravane uporabe dela. Ta bi na podlagi obvestila delo vnesla v register osirotelih del, za kar bi moral uporabnik plačati takso.¹¹⁵ Če bi se imetnik pravic našel v treh mesecih od vpisa osirotelega dela v register, uporabnik ne bi pridobil pravice do uporabe osirotelega dela. Imetnik pravice pa bi lahko svoje delo iz registra osirotelih del prenesel v prostovoljni register avtorskopravno varovanih del.¹¹⁶

¹¹⁰ Prav tam, str. 10.

¹¹¹ Prav tam, str. 12.

¹¹² Prav tam, stran 13.

¹¹³ T. Armin, nav. delo, str. 21.

¹¹⁴ D. Brennan in M. Fraser, *The Use of Subject Matter with Missing Owners – Australian Copyright Policy Options* (avgust 2011), <www.law.uts.edu.au/comslaw/Researchreports/MissingOwnersDiscussionPaperAugust11.pdf> (5. 5. 2013).

¹¹⁵ Prav tam, str. 8.

¹¹⁶ Prav tam, str. 9.

Druga stopnja bi obsegala čas od treh mesecev do treh let po objavi dela v registru osirotelih del. Če bi se v tem času pojavil imetnik pravic na delu, bi bila njegova pravna sredstva nasproti uporabniku omejena na zahtevek za plačilo primerne licenčnine (angl. *a reasonable licence fee*), kadar bi bila narava uporabe dela pridobitna. V primeru uporabe dela za nepridobitne namene imetnik pravic ne bi bil upravičen do plačila.¹¹⁷

Na tretji stopnji, ki bi se začela po izteku treh let od objave dela v registru osirotelih del, pa bi pristojna kolektivna organizacija podelila uporabniku brezplačno prisilno licenco za konkretno uporabo osirotelega dela. V primeru, da se v tretji fazi imetnik pravic najde, lahko zahteva plačilo nadomestila za uporabo dela samo za vnaprej in samo prek kolektivne organizacije. Reševanje sporov med uporabniki, imetniki pravic in kolektivno organizacijo na vseh treh stopnjah bi bilo v pristojnosti avstralskega Tribunala za avtorsko pravo (Copyright Tribunal of Australia).¹¹⁸

4.4. Opredelitev do predlaganih sistemov obravnavanja osirotelih del

Nemška zakonodajna predloga z dne 30. novembra 2010 in 11. februarja 2011 dejansko predvidevata uvedbo razširjenega oziroma obveznega kolektivnega upravljanja osirotelih del z obveznostjo vnaprejšnjega plačila za licenco. Zato zanju veljajo enake prednosti in slabosti, kot so bile že obrazložene v točki 3.6.3 in deloma 3.6.2. Najnovejši predlog z dne 10. aprila 2013 pa omogoča prosto uporabo osirotelih del ob obveznosti plačila neposredno avtorju, če se ta pozneje najde. Slabost za uporabnika so morebitni visoki stroški iskanja imetnikov pravic, ki se mora opraviti pred uporabo dela. Zato de la Durantaye predvideva, da se bodo uporabniki v primeru osirotelih del, ki so hkrati tudi nedostopna, raje odločili za plačilo licence kolektivni organizaciji.¹¹⁹

Prednost ameriškega sistema je v tem, da uporabniku ni treba zaprositi za licenco pred uporabo osirotelega dela. Tako se uporabnik lahko izogne dolgotrajnemu in zapletenemu postopku licenciranja, kakršnega poznajo v Kanadi. Po drugi strani pa je uporabnik soočen s pravno negotovostjo, saj ne ve, kako bo sodišče v sporu presojalo njegovo iskanje. Zato bi morali uporabniki, ki bi nameravali množično digitalizirati knjižnična in arhivska dela, oblikovati visoke rezerve za vodenje poznejših sodnih postopkov.¹²⁰ Menim tudi, da dovo-

¹¹⁷ Prav tam, str. 10.

¹¹⁸ Prav tam, str. 11.

¹¹⁹ K. de la Durantaye, nav. delo (Die Nutzung ...), str. 442.

¹²⁰ T. Armin, nav. delo, str. 20.

litev brezplačne uporabe osirotelih del v nepridobitne namene preveč posega v pravico imetnikov pravic do pravičnega plačila za uporabo varovanega dela.

Avstralski predlog uporabniku ponuja veliko prednosti, saj omogoča brezplačno uporabo osirotelega dela, kadar se imetnik pravic pozneje ne najde. Predlog predvideva tudi krajši in bolj preprost postopek pridobivanja licence, kot je primeroma uveljavljen v kanadskem sistemu. S stališča kolektivne organizacije, ki bi bila pristojna za vzpostavitev režima osirotelih del, pa ni posebej privlačen, saj bi morala podeljevati brezplačne licence. Zato bi morali stroške v zvezi z vzpostavitvijo in vodenjem registra osirotelih del ter stroške vodenja sodnih postopkov v sporih z imetniki pravic nositi člani kolektivne organizacije, če teh stroškov ne bi bilo mogoče pokriti iz taks uporabnikov. Z vidika načela pravičnega plačila za uporabo varovanega dela sta sporni okoliščini: (1) uporabnik ni dolžan plačati nadomestila v primeru uporabe dela za nepridobitne namene; (2) rok, v katerem lahko imetnik pravic uveljavlja pravico do nadomestila za nazaj (tri leta od objave dela v registru osirotelih del), je zelo kratek. Tudi pogoj, da se pravice na osirotelih delih po treh letih od vpisa del v register obvezno kolektivno upravljajo, pozneje najdenega imetnika pravic preveč omejuje.

4.5. Zavarovanje pred pravnimi zahtevki imetnikov pravic kot alternativa

V primeru, da država ne uvede posebnega sistema obravnavanja osirotelih del, je prenos tveganja, da se imetnik pravic po uporabi dela pojavi in zahteva plačilo, mogoč v okviru sklenitve zavarovanja med uporabnikom in zavarovalnico.¹²¹ Vendar do zdaj niti v državi, kakršna je Velika Britanija, ki ima tradicionalno zelo razvito panogo zavarovalništva, ni bilo zavarovalnice, ki bi ponujala tako storitev. Razloge je mogoče najti predvsem v negotovosti, ali bi bilo ponujanje zavarovanja pred pravnimi zahtevki imetnikov pravic sploh pravno dopustno.¹²²

¹²¹ Takšni predlogi so bili podani v Veliki Britaniji, glej Orphan Works Impact Assessment z dne 15. junija 2012, <www.ipo.gov.uk/consult-ia-bis1063-20120702.pdf> (3. 3. 2013).

¹²² Prav tam, str. 6.

5. KLJUČNA IZHODIŠČA ZA OBLIKOVANJE IZJEME ALI OMEJITVE PRAVIC NA OSIROTELIH DELIH V SLOVENSKEM PRAVU

5.1. Veljavne izjeme ali omejitve avtorske pravice

Slovenski Zakon o avtorski in sorodnih pravicah (ZASP)¹²³ določa več oblik vsebinskih omejitev avtorske pravice: v 47. in 47.a členu določa zakonite licence, v okviru katerih se avtorska dela lahko brez dovoljenja imetnika pravic, vendar za plačilo primerne nadomestila, uporabljajo za namene pouka, periodike in v korist invalidnih oseb. V 48. do 57. členu ZASP pa so naštet primeri, v katerih se lahko avtorska dela prosto uporabljajo, ne da bi se zahtevalo dovoljenje avtorja ali plačilo nadomestila.¹²⁴ Nadaljnjo vsebinsko omejitev avtorske pravice pomenijo tudi prisilne licence, v okviru katerih se za uporabo dela zahteva dovoljenje imetnikov pravic, vendar ga ti morajo podeliti. Prisilno licenco v korist delodajalca določa drugi odstavek 101. člena ZASP.¹²⁵ V slovenski sodni praksi in literaturi je zavzeto stališče, da obliko prisilne licence pomenijo tudi primeri, v katerih je kolektivno upravljanje avtorske in sorodnih pravic v skladu s 147. členom ZASP obvezno.¹²⁶ V te zakonske okvire je smiselno umestiti tudi posebno določbo o obravnavanju osirotelih del.

5.2. Obvezno kolektivno upravljanje pravic do reproduciranja v digitalni obliki in dajanja knjižničnih in arhivskih del na voljo javnosti

Slovenski zakonodajalec bi lahko za rešitev problema osirotelih del v 147. člen ZASP dodal novo, 5. točko, v kateri bi za pravice do reproduciranja knjižničnih in arhivskih del v digitalni obliki in dajanja teh del na voljo javnosti določil obvezno kolektivno upravljanje. S tem bi slovenski arhivi in knjižnice lahko pridobili licenco za digitalizacijo vseh del, ki jih hranijo.

Sistem obveznega kolektivnega upravljanja pravic do reproduciranja v digitalni obliki in dajanja del na voljo javnosti bi bil lahko v skladu z Direktivo 2012/28/EU. Ta namreč v 24. uvodni izjavi ter petem odstavku 1. člena izrecno

¹²³ Ur. l. RS, št. 21/95 in nasl.

¹²⁴ O omejitvah avtorske pravice v slovenskem pravu M. Bogataj Jančič, nav. delo, str. 76–78.

¹²⁵ M. Trampuž, B. Oman in A. Zupančič, nav. delo, str. 232.

¹²⁶ Sodba Višjega sodišča v Ljubljani z dne 24. oktobra 2012, II Cp 1356/2012, točka 13; Sodba Višjega sodišča v Ljubljani z dne 30. oktobra 2012, II Cp 65/2012, točka 8; obe sodbi tu citirata M. Trampuž, B. Oman in A. Zupančič, nav. delo, str. 363, 366.

določa, da ne posega v ureditve držav članic v zvezi z upravljanjem avtorskih pravic. Vendar se s tem, ko je državam članicam prepuščeno, da se same odločijo med kolektivnim upravljanjem ali posebnim obravnavanjem osirotelih del, onemogoči poenotenje digitalizacije varovanih del na evropski ravni. Poleg tega bi bil tak sistem v nasprotju z zahtevo 5. člena Direktive 2012/28/EU, po kateri mora imetnik pravic imeti možnost prepovedati nadaljnjo uporabo dela, saj v sistemu obveznega kolektivnega upravljanja imetnik pravic te pravice nima. Tak sistem bi tudi preveč posegal v pravice znanih imetnikov pravic, saj ti lahko sami učinkovito nadzorujejo, ali je kakšna knjižnica digitalizirala njihovo delo in ga v tej obliki ponudila na voljo javnosti npr. po spletu.

5.3. Razširjeno kolektivno upravljanje pravice do reproduciranja del v digitalni obliki in dajanja del na voljo javnosti

Slovenski zakonodajalec bi lahko uvedel razširjeno kolektivno upravljanje pravice do reproduciranja v digitalni obliki in pravice do dajanja del na voljo javnosti. To bi bilo v skladu s predlogom novele ZASP z dne 8. oktobra 2012, po kateri bi se za primere, v katerih zdaj velja obvezno kolektivno upravljanje avtorskih pravic, uvedel sistem razširjenega kolektivnega upravljanja.¹²⁷

Sistem razširjenega kolektivnega upravljanja pravic do reproduciranja v digitalni obliki in dajanja del na voljo javnosti bi uporabnikom omogočil, da legitimno digitalizirajo vsebine iz svojih arhivov, brez dodatnih stroškov iskanja imetnikov pravic. Hkrati bi bil ta sistem v skladu s 5. členom Direktive 2012/28/EU, saj imetnikom pravic omogoča, da izstopijo iz sistema kolektivnega upravljanja in te pravice upravljaajo sami.

Vendar Direktiva 2012/28/EU predvideva, da je treba imetnike pravic na delu iskati pred njegovo uporabo.¹²⁸ Z uvedbo razširjenega kolektivnega upravljanja pa bi se zavrl razvoj novih tehnologij, ki bi uporabnikom olajšale iskanje imetnikov pravic in sklepanje individualnih pogodb.¹²⁹ Verjetno je tudi, da slovenske kolektivne organizacije ne bi bile pripravljene vložiti sredstev za iskanje pogrešanih imetnikov pravic, sredstva, ki bi se zbrala iz naslova osirotelih del, pa bi šla članom kolektivne organizacije.¹³⁰ Zato menim, da sistem razširjenega kolektivnega upravljanja za učinkovito rešitev problematike osirotelih del ne bi bil primeren.

¹²⁷ E. Drobež, nav. delo, str. 15.

¹²⁸ Uvodna izjava 13; drugi odstavek 2. člena.

¹²⁹ O tem tudi K. de la Durantaye, nav. delo (Ein Heim ...), str. 786.

¹³⁰ Glej točko 3.6.3; o kritiki slovenskih kolektivnih organizacij tudi J. Žurej, nav. delo, str. II.

5.4. Sistem podeljevanja licenc s strani centralnega organa

Problematiko osirotelih del bi slovenski zakonodajalec lahko uredil s tem, da bi za preverjanje skrbnosti iskanja imetnikov pravic in podeljevanje licenc za uporabo osirotelih del pooblastil poseben organ. Te pristojnosti bi lahko prevzel Svet za avtorsko pravo, ki že zdaj igra pomembno vlogo pri določanju tarif kolektivnih organizacij.¹³¹ S tem povezani stroški bi se lahko pokrivali iz taks, ki bi jih uporabnik moral plačati ob vložitvi vloge za podelitev licence, deloma pa tudi iz proračuna, upoštevaje okoliščino, da so uporabniki neprofitne organizacije in da je digitalizacija slovenske kulturne dediščine v javnem interesu.

Menim, da bi bil to najboljši način za omogočanje digitalizacije in dajanja na voljo javnosti del, ki jih hranijo slovenske knjižnice, muzeji in arhivi. Tako bi se zagotovilo, da se imetniki pravic iščejo pred uporabo dela. Ker je iskanje imetnikov pravic po Direktivi 2012/28/EU standardizirano, uporabniki s tem ne bi imeli veliko stroškov. S podelitvijo licence bi bili uporabniki tudi pravno zaščiteni.

Menim tudi, da bi slovenski zakonodajalec moral omogočiti prosto uporabo osirotelih del v nepridobitne namene, ob obveznosti plačila nadomestila za nazaj in neposredno imetniku pravic, če pozneje najdeni imetnik pravic to zahteva v določenem roku. Rok za uveljavljanje nadomestila za imetnika pravic tudi ne bi smel biti prekratek – v skladu s splošnimi zastaralnimi roki bi lahko obsegal tri do pet let od poteka licence.

Alternativa, torej plačilo nadomestila kolektivnim organizacijam oziroma državnemu organu, lahko privede do položaja, ko so drugi avtorji oziroma država obogateni zaradi uporabe del, ki jih niso ustvarili.¹³² Pri tem je treba upoštevati tudi okoliščino, da gre pri uporabnikih v skladu z direktivo za javne knjižnice, muzeje in arhive. Ker so kontaktne informacije teh uporabnikov javno znane, jih lahko pozneje najdeni imetniki pravic sami brez težav poiščejo in od njih neposredno zahtevajo plačilo. Smiselno bi bilo zahtevati, da uporabniki na delu jasno označijo, da gre za osirotelo delo – s tem se povečajo možnosti, da se imetniki pravic pozneje najdejo.

Druga možnost bi bila, da bi uporabniki morali položiti varščino v višini primernega nadomestila pri Svetu za avtorsko delo, pri čemer bi to varščino dobili nazaj, če se imetnik pravic ne bi oglasil v roku treh do pet let po izteku licence. Vendar bi bilo to povezano z nadaljnjimi stroški hrambe sredstev. Takšno

¹³¹ Glej Poslovnik Sveta za avtorsko pravo, Ur. l. RS, št. 87/12.

¹³² Tako tudi K. de la Durantaye, nav. delo (Ein Heim ...), str. 785.

prakso je poskusil vzpostaviti tudi kanadski Svet za avtorsko pravo, vendar se ni izkazalo niti za ekonomično niti za učinkovito.¹³³

6. SKLEP

Temeljno načelo avtorskega prava je, da je za uporabo avtorskopravno varovanega dela treba vedno pridobiti predhodno dovoljenje imetnikov pravic. Zaradi čedalje daljšega trajanja avtorskopravnega varstva in opustitve obveznosti registracije avtorskih del se večkrat zgodi, da imetnikov pravic ni mogoče najti. K temu pripomore tudi ravnanje imetnikov pravic, ki ne poskrbijo za to, da bi bila povezava med njimi in varovanimi deli jasno razvidna. V tem primeru obstaja nevarnost, da bodo dela, ki so pomembna z vidika kulturne dediščine, odšla v pozabo.

Na evropski ravni problematiko osirotelih del ureja Direktiva 2012/28/EU. Vsebuje samo podrobnejša pravila v zvezi z nekaterimi vidiki obravnave osirotelih del, kot sta standard skrbnega iskanja in pravilo o vzajemnem priznavanju osirotelih del. Državam članicam pa je prepuščeno, da same odločijo, kdo bo podeljeval licence za uporabo osirotelih del ter komu in kdaj bo uporabnik moral plačati za njihovo uporabo.

Ob upoštevanju prednosti in slabosti veljavnih in predlaganih režimov za obravnavanje osirotelih del ter tudi značilnosti slovenske ureditve avtorskega prava menim, da bi bilo smiselno, da slovenski zakonodajalec dovoljenje težko izsledljivega imetnika pravic nadomesti z dovoljenjem organa, kakršen je Svet za avtorsko pravo. Svet bi pred podelitvijo licence preveril, ali je uporabnik imetnike pravic iskal z zadostno skrbnostjo. Ne bi pa opravljal funkcije skrbnika del pogrešanih imetnikov pravic, saj v njihovem imenu ne bi zahteval vnaprejšnjega plačila za licenco. Uporabnik bi plačal za digitalizacijo in dajanje osirotelih del na voljo javnosti samo, če in ko bi se našel imetnik pravic. Stroški uporabnikov, ki so po direktivi lahko le določene neprofitne organizacije, bi se s tem znižali, zaradi česar bi lahko uporabniki digitalizirali tudi dela, ki bi bila zanimiva le manjšemu delu javnosti. S tem bi se vzpostavilo pravično ravnotežje med interesi pogrešanih imetnikov pravic, da za uporabo dela dobijo plačilo, ter interesi javnosti za ohranitev slovenske kulturne dediščine in s tem tudi kulturne identitete.

¹³³ J. de Beer in M. Bouchard, nav. delo, str. 236.

Literatura

- Jens Adolphsen in Marina Mutz: Das Google Book Settlement, v: GRUR Int 2009, str. 789–799.
- Talke Armin: Verwaiste Werke: Regelungsmöglichkeiten auf europäischer Ebene und Umsetzung im Deutschen Recht. Epubli, Berlin 2012.
- Johan Axhamn in Lucie Guibault: Cross-Border Extended Collective Licensing: a Solution to Online Dissemination of Europe's Cultural Heritage? University of Amsterdam, Amsterdam 2011; <www.ivir.nl/publicaties/gu-ibault/ECL_Europeana_final_report092011.pdf> (5. 5. 2013).
- Jeremy F. de Beer in Mario Bouchard: Canada's »Orphan Works« Regime: Unlocatable Owners and the Copyright Board, v: Oxford University Commonwealth Law Journal, 10 (2010) 2, str. 215–254; <ssrn.com/abstract=1916840> (4. 5. 2013).
- Maja Bogataj Jančič in drugi: Upravljanje avtorskih in sorodnih pravic na internetu – vidik javnih institucij. Mirovni inštitut, Ljubljana 2010; <www.arhiv.mvzt.gov.si> (29. 1. 2013).
- Maja Bogataj Jančič: Avtorsko pravo v digitalni dobi. Pasadena, Ljubljana 2008.
- Eneja Drobež: Nekateri pomisleki v zvezi s predlogom novele ZASP, v: Pravna praksa, 30 (2012) 43, str. 13.
- Katharina de la Durantaye: Wofür wir Google dankbar sein müssen, v: ZUM 2011, str. 538–542.
- Katharina de la Durantaye: Ein Heim für Waisenkinder – Die Regelungsvorschläge zu verwaisten Werken in Deutschland und der EU aus rechtsvergleichender Sicht, v: ZUM 2011, str. 777–788.
- Katharina de la Durantaye: Der Kampf um die Public Domain, v: GRUR Int. 2012, str. 989–994.
- Katharina de la Durantaye: How to Build an Orphanage, and Why, v: JIPITEC, (2011) 2-3, str. 226–234; <www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-3-2011/3177> (2. 2. 2013).
- Katharina de la Durantaye: Die Nutzung verwaister und vergriffener Werke – Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, v: ZUM 2012, str. 437–445.
- Mihaly Ficsor: Collective management of copyright and related rights from the Viewpoint of International Norms and the *acquis communautaire*, v: David Gervais (ur.): Collective management of copyright and related rights. Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2010.
- David Gervais: Collective management of copyright: theory and practice in the digital age, v: David Gervais (ur.): Collective management of copyright and related rights. Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2010.

- David R. Hansen, Gwen A. Hinze in Jennifer M. Urban: Orphan Works and the Search for Rightsholders: Who Participates in a 'Diligent Search' under Present and Proposed Regimes?, 28. januar 2013, Berkeley Digital Library Copyright Project, White Paper No. 4; <ssrn.com/abstract=2208163> (6. 5. 2013).
- Ian Hargreaves: Digital Opportunity – A Review of Intellectual Property and Growth, v: IPO, maj 2011; <www.ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf> (7. 5. 2013).
- Thomas Hoeren, Ulrich Sieber in Bernd Holznagel (ur.): Handbuch Multimedia-Recht, 32. dopolnilna izdaja. Beck München 2012; dostopna na spletni bazi <beck-online.beck.de> (5. 4. 2013).
- Ariel Katz: The Orphans, The Market, and the Copyright Dogma: A Modest Solution to a Grand Problem (27. julij 2012), v: Berkeley Technology Law Journal, 27 (2012) 3; <ssrn.com/abstract=2118886> (12. 2. 2013).
- Jonathan A. Kaltner: USA – U.S. Book Authors Win Class Certification in Google Books Copyright Dispute, v: GRURInt 2012, str. 702.
- Dennis W. K. Khong: The (Abandoned) Orphan Works Provision of the Digital Economy Bill (1. avgust 2010); <ssrn.com/abstract=1671785> (30. 1. 2013).
- Reinhold Kreile, Jürgen Becker in Karl Riesenhuber (ur.): Recht und Praxis der Gema. 2. izdaja. de Gruyter, Berlin 2008.
- Eva Lichtenberger: Kollektives Rechtemanagement in Europa – verwaiste Werke und der Zugang zu digitalem content, v: Stern, Klaus in drugi, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube – Urheberrechtliche Lösungen für die audiovisuelle Medienwelt. Beck, München 2011.
- Stefan Müller: Der Verteilungsplan für das Aufführungs- und Senderecht (Verteilungsplan A), v: Reinhold Kreile, Jürgen Becker in Karl Riesenhuber (ur.): Recht und Praxis der Gema, 2. izdaja. de Gruyter, Berlin 2008, str. 401–577.
- Rachael P. Mulheron: The Modern Cy-près Doctrine. UCL Press, London 2006.
- Wilhelm Nordermann in drugi: International Copyright and Neighbouring Rights Law – Commentary with the special emphasis on the European Community. VCH Verlagsgesellschaft, Weinheim 1990.
- Karl-Nikolaus Peifer: Vergriffene und verwaiste Werke: Gesetzliche Lösung in Sicht?, v: GRUR Prax 2011, str. 1–3.

- Scott Sayare: France to Digitize Its Own Literary Works, v: New York Times, 14. december 2009; <www.nytimes.com/2009/12/15/world/europe/15france.html?_r=1> (3. 3. 2013).
- Thomas Riis in Jens Schovsbo: Extended Collective Licenses and the Nordic Experience – It's a Hybrid but is it a VOLVO or a Lemon?, v: Columbia Journal of Law and the Arts, 33 (2010) IV; <ssrn.com/abstract=1535230> (1. 3. 2013).
- Eric Wilhelm Steinhauer: EU-Kommission will Digitalisierung verwaister Werke ermöglichen – Auswirkungen der geplanten Richtlinie auf Recht und Gesetzgebung in Deutschland, v: GRUR-Prax 2011, str. 288–290.
- Miha Trampuž, Branko Oman in Andrej Zupančič: ZASP s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 1997.
- Anna Vuopala: Assessment of the Orphan Works Issue and Costs for Rights Clearance. Evropska komisija, maj 2010; <ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/reports_orphan/anna_report.pdf> (30. 1. 2013).
- Jurij Žurej: Avtorsko pravo – odprta vprašanja in pomisleki, v: Pravna praksa, 30 (2012) 43, priloga.

VERWAISTE WERKE IN DER RECHTSVERGLEICHUNG UND IM UNIONSRECHT

Eneja Drobež,

*universitätsdiplomierte Juristin, LL. M. (Heidelberg), Rechtsreferendarin
am Höheren Gericht in Ljubljana, wissenschaftliche Assistentin an der
Fakultät für Wirtschaftswissenschaften in Ljubljana und an der Europäischen
Rechtswissenschaftlichen Fakultät in Nova Gorica*

1. BEGRIFFSBESTIMMUNG UND AUSGANGSPROBLEM

Ein Werk oder Tonträger gilt als verwaist, wenn keiner der Rechteinhaber ermittelt oder ausfindig gemacht worden ist, trotz Durchführung einer sorgfältigen Suche nach den Rechteinhabern.¹ Die meisten dieser Fälle finden sich in der Kategorie Werke, deren wirtschaftlicher Ausnutzung nur eine geringfügige Bedeutung zukommt.² Auf der anderen Seite geht es bei vielen verwaisten Werken, insbesondere bei Werken mit wertvollen Inhalten um das kulturelle Erbe einer Nation. Deswegen besteht ein berechtigtes Interesse der Allgemeinheit am Zugang zu denselben.³ Da sich die Werke jedoch in Archiven befinden, ist einem breiten Publikum kein leichter Zugang möglich. Gleichzeitig besteht auch die Gefahr, dass die Werke durch Zerstörung oder Verschleiß verloren gehen.

Durch Digitalisierung und öffentliche Zugänglichmachung im Internet kann technisch ermöglicht werden, wertvolle Inhalte aus Bibliotheksarchiven einem breiteren interessierten Publikum anzubieten. Den technischen Möglichkeiten steht allerdings eine rechtliche Hürde im Wege, nämlich diejenige der beiden

¹ Art. 2. Abs. 1 Richtlinie 2012/28/EU vom 25. Oktober 2012 über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke, Abl. L 299, 27. Oktober 2012.

² A. Katz, a.a.O., S. 13.

³ K. N. Peifer, a.a.O., S. 1.

Nutzungsarten (Digitalisierung, Angebot im Internet) und für diese wird eine vorherige Zustimmung des Rechteinhabers benötigt. Dieser ist jedoch, was auch durch die Begriffsbestimmung eines verwaisten Werkes erläutert wird, nicht auffindbar. Bibliotheken, die die Digitalisierung eines Werkes unternehmen, übernehmen somit das Risiko, dass sich der Rechteinhaber nachträglich meldet und die Nutzung seines Werkes verbietet, bzw. hierfür ein hohes Entgelt verlangt. Diese Möglichkeit bestehe nach Steinhauer nicht nur theoretisch, da die Zugänglichmachung eines Werkes im Internet die Chancen, den Rechteinhaber ausfindig zu machen, erheblich erhöht, so dass diese Nutzungsweise auch als »*Recherche durch Publikation*« bezeichnet werden könne.⁴ Für einen gerechten Interessenausgleich zwischen den Benutzern der urheberrechtlich geschützten Werke und den Rechteinhabern ist eine besondere urheberrechtliche Regelung unvermeidlich.

2. RICHTLINIE 2012/28/EU ÜBER BESTIMMTE ZULÄSSIGE FORMEN DER NUTZUNG VERWAISTER WERKE

Auf europäischer Ebene wurde der Problematik der verwaisten Werke besondere Aufmerksamkeit geschenkt, was auf den Erlass eines verbindlichen Rechtaktes hinauslief. Am 24.8.2006 erließ die Europäische Kommission eine Empfehlung zur Digitalisierung und Online-Zugänglichkeit kulturellen Materials und dessen digitaler Bewahrung.⁵ Am 24.5.2011 hat die Europäische Kommission eine Richtlinie über die zulässige Benutzung verwaister Werke vorgeschlagen.⁶ Am 25.10.2012 erließ die EU die Richtlinie 2012/28/EU über bestimmte Formen der Nutzung verwaister Werke. Die Mitgliedstaaten müssen die Richtlinie bis zum 29.10.2014 in ihren nationalen Rechten umsetzen und somit eine Schrankenregelung zur Ermöglichung der Nutzung verwaister Werke einführen.⁷

Die Richtlinie regelt den Zugang zu verwaisten, nicht hingegen zu vergriffenen Werken als solchen, die nicht mehr in Büchereien und anderen Verkaufsstellen erhältlich sind. Die Mitgliedstaaten sollen jedoch spezifische Regelungen für vergriffene Werke grundsätzlich treffen können.⁸ Darüber hinaus lässt die Richtlinie jegliche Regelungen über die Verwaltung von Rechten auf natio-

⁴ E. W. Steinhauer, a.a.O., S. 289.

⁵ ABl. L 236 vom 31.8.2006, S. 28–30.

⁶ KOM (2011) 289 endg.

⁷ Art. 9 Abs. 1 Richtlinie 2012/28/EU.

⁸ Erwägungsgrund 4 der Richtlinie.

nalor Ebene unberührt.⁹ Gegenstand der Richtlinie sind Urheberrechte sowie Leistungsschutzrechte an Schriftwerken, Filmen, audiovisuellen Werken und Tonaufnahmen, nicht aber an den Schriftwerken, Filmen oder audiovisuellen Werken enthaltenen Fotografien.¹⁰ Darüber hinaus regelt die Richtlinie nur den Zugang zu Werken, die innerhalb der EWR zuerst veröffentlicht oder mit Zustimmung des Rechteinhabers öffentlich zugänglich gemacht worden sind.¹¹ So ist der privilegierte Nutzerkreis begrenzt – und zwar auf öffentlich zugängliche Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen, Archive und öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten.¹² Die Nutzer dürfen verwaiste Werke nur für unentgeltliche kulturelle und bildungspolitische Zwecke benutzen, wobei mit einer Vergütung nur die Kosten der Digitalisierung und Zugänglichmachung der Werke gedeckt werden dürfen.¹³ Der Abschluss öffentlich-privater Partnerschaftsübereinkommen ist aber nicht ausgeschlossen.¹⁴

Ob ein Werk verwaist ist, muss durch sorgfältige Suche grundsätzlich im jeweiligen Mitgliedstaat festgestellt werden, also wo das Werk erstmals an die Öffentlichkeit gelangte oder wo der Hersteller eines Films oder eines audiovisuellen Werkes seine Hauptniederlassung hat.¹⁵ Die Richtlinie enthält ausführliche Angaben zu den Standards der sorgfältigen Suche, sowie einen Anhang mit Benennung von Datenbanken, in denen die Recherche durchgeführt werden muss. Wenn das Verwaisten eines Werkes in einem Mitgliedstaat festgestellt wird, gilt dieses als verwaist in allen Mitgliedstaaten.¹⁶ Dies gilt, bis sich der Rechteinhaber meldet und der Waisenstatus des Werkes beendet wird.¹⁷ Der Rechteinhaber hat ein Recht auf einen gerechten Ausgleich für die vorangegangene Nutzung.¹⁸

3. DER UMSETZUNGSSPIELRAUM DES SLOWENISCHEN GESETZGEBERS

Der slowenische Gesetzgeber ist verpflichtet, bis Ende Oktober 2012 eine spezielle Regelung für den Umgang mit verwaisten Werken zu schaffen. Dabei

⁹ Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie.

¹⁰ Art. 10 der Richtlinie.

¹¹ Art. 1 Abs. 2 und 3 der Richtlinie.

¹² Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie.

¹³ Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie.

¹⁴ Erwägungsbegründung 21.

¹⁵ Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie.

¹⁶ Art. 4 der Richtlinie.

¹⁷ Art. 5 der Richtlinie.

¹⁸ Art. 6 Abs. 5 der Richtlinie.

enthält die Richtlinie nur teilweise genauere Bestimmungen über die Merkmale der geplanten Regelung:

1. die Begriffsbestimmung, was unter einem „verwaisten Werk“ zu verstehen ist;
2. welche Werkarten unter die spezielle Regelung fallen und welchen Ursprungs die Werke sein sollen;
3. wer berechtigt ist, die verwaisten Werke zu benutzen;
4. welchen Zweck die Benutzung der verwaisten Werke verfolgen soll;
5. wann die Suche nach einem Rechteinhaber durchgeführt werden muss und wann dem Standard einer sorgfältigen Suche genügt wird, und
6. das Gebot der gegenseitigen Anerkennung von verwaisten Werken.

Da die Richtlinie einige Aspekte der Regelung nicht oder nur in geringem Maße regelt, hat der Mitgliedstaat einen größeren Entscheidungsspielraum bei der Gestaltung der Regeln darüber:

1. wer nachprüfen soll, ob der Benutzer nach den Rechteinhabern mit ausreichender Sorgfalt gesucht hat und wann;
2. die Benutzer für die Benutzung verwaister Werke eine Lizenz erwerben sollen und von wem;
3. die Lizenz entgeltlich oder unentgeltlich sein soll.

Slowenien kann sich bei der Gestaltung der Regelung für verwaiste Werke die geltenden Regelungen Kanadas, Ungarns, Großbritanniens oder skandinavischer Länder sowie die gesetzlichen Initiativen aus Deutschland und den vereinigten Staaten zum Vorbild nehmen. Es kann aber auf einige Fragen auch eigene Antworten finden, die den Besonderheiten des slowenischen Urheberrechtssystems und kulturellen Umfelds entsprechen würden.

4. GELTENDE UND VORGESCHLAGENE REGELUNGEN ÜBER VERWAISTE WERKE

In den skandinavischen Ländern sind die Verwertungsgesellschaften seit den 60er Jahren des 20. Jahrhunderts befugt, erweiterte, kollektive Lizenzen zu erteilen. Demzufolge erstreckt sich die erteilte Lizenz auch auf die Nutzung der Werke, deren Rechteinhaber keinen Wahrnehmungsvertrag mit der Verwertungsgesellschaft geschlossen haben. Das gilt nur dann nicht, wenn die Rechteinhaber der Verwertungsgesellschaft die Wahrnehmung ihrer Rechte verbieten.¹⁹ Da die Rechteinhaber, die nicht auffindbar sind, keine solche Erklärung

¹⁹ J. Axhamn und L. Guibault, a.a.O., S. 25–26.

gegenüber Verwertungsgesellschaften abgeben können, befinden sich ihre Werke stets in den Repertoires der Verwertungsgesellschaften. Somit können die Benutzer bei der Verwertungsgesellschaft eine Pauschallizenz erwerben, unter der auch die Benutzung verwaister Werke erlaubt ist. Grundsätzlich soll die Verwertungsgesellschaft nach den Rechteinhabern suchen, dies kann aber durchaus erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen.

Das kanadische Gesetz über die Urheberrechte war weltweit das erste, das eine besondere Regelung für verwaiste Werke einführt. Das Gesetz misst dem Ausschuss für das Urheberrecht (Copyright Board) die wichtigste Rolle bei. Bei ihm kann ein Benutzer eine Lizenz erwerben, nachdem er bewiesen hat, dass er eine sorgfältige Suche nach den Rechteinhabern durchgeführt hat. Für die Erteilung der Lizenz ist jedoch regelmäßig eine Geldsumme an die Verwertungsgesellschaft abzugeben, die die Rechte gleicher Art verwaltet. Es wird vermutet, dass die vermissten Rechteinhaber besser aufzufinden sind, wenn ihre Werke entgeltlich benutzt und mit dieser Summe andere Urheber unterstützt werden.²⁰

Neuere gesetzliche Regelungen, die sich mit verwaisten Werken befassen, sind dadurch gekennzeichnet, dass sie beide geltenden Systeme miteinander kombinieren. Wegen der zwei verschiedenen Arten der Lizenzierung verwaister Werke gelten sie als „dualistisch“.²¹ Ungarn hat sich für die Gestaltung seiner Regelung die in Kanada geltende Regelung zum Vorbild genommen und die Lizenzierung der verwaisten Werke dem Ausschuss für Urheberrecht anvertraut. Da aber die ungarischen Verwertungsgesellschaften dafür zuständig sind, erweiterte kollektive Lizenzen zu erteilen, wird in der Praxis die besondere Regelung nur dann benutzt, wenn keine Verwertungsgesellschaft für die Verwaltung bestimmter Werkarten existiert. Großbritannien hat in diesem Jahr eine Rahmenregelung für verwaiste Werke unter Berücksichtigung der Richtlinie 2012/28/EU geschaffen. Die Regelung erlaubt aber, anders als die Richtlinie, die Benutzung verwaister Werke nicht nur für gemeinnützige, sondern auch für gewerbliche Zwecke. In beiden Fällen ist die Lizenz gegen ein Entgelt zu erhalten. Die Novelle sieht auch vor, dass die Verwertungsgesellschaften erweiterte kollektive Lizenzen erteilen können. Es bleibt daher zu erwarten, dass die erweiterten kollektiven Lizenzen wegen ihrer Eigenschaften auch einige verwaiste Werke erfassen würden.²²

²⁰ J. de Beer und M. Bouchard, a.a.O., S. 252.

²¹ D. R. Hansen, G. A. Hinze und J. M. Urban, a.a.O., S. 21.

²² Extended Collective Licencing (ECL) – Impact Assessment, 18. Mai 2012, S. 3; <www.ipo.gov.uk/consult-ia-bis1054-20120702.pdf> (5. 5. 2013).

In Deutschland und den Vereinigten Staaten wurden bisher verschiedene Regelungsvorschläge über verwaiste Werke veröffentlicht. Der Vorschlag aus den Vereinigten Staaten orientiert sich mehr an einer Begrenzung der Rechtsmittel der Rechteinhaber gegen redliche Benutzer, als an der Gestaltung einer materiellen Schrankenregelung zugunsten der Benutzer.²³ Der letzte Vorschlag der Bundesregierung sieht besondere Regelungen sowohl für verwaiste als auch für vergriffene Werke vor. Danach dürften die verwaisten Werke erst nach der Dokumentation und Übergabe der Dokumente über die sorgfältige Suche an das Deutsche Patent- und Markenamt benutzt werden. Für die vergriffenen Werke legt der Regierungsvorschlag jedoch die Vermutung nahe, dass die Verwertungsgesellschaft, die Rechte an vergriffenen Werken wahrnimmt, berechtigt sei, unter Umständen Dritten diese Rechte, auch an Werken anderer Rechteinhaber einzuräumen, mit denen sie keinen Wahrnehmungsvertrag geschlossen hat.²⁴

5. VORSCHLAG FÜR DIE UMSETZUNG DER RICHTLINIE 2012/28/EU IM SLOWENISCHEN RECHT

Die Richtlinie 2012/28/EU soll im Einklang mit dem geltenden Urheberrecht umgesetzt werden. Das slowenische Gesetz über das Urheberrecht und die verwandten Rechte (ZASP) erfassen die Schranken des Urheberrechts: Artt. 47 und 47a enthalten gesetzliche Lizenzen, die eine Nutzung der geschützten Werke erlauben, unter der Voraussetzung der Zahlung einer angemessenen Vergütung. In den Artt. 48 bis 57 sind die Fälle der freien Nutzungen der geschützten Werke angeführt. Weiter kennt ZASP auch Zwangslizenzen, wo für die Nutzung eine Zustimmung der Rechteinhaber verlangt wird, die aber der Rechteinhaber einem berechtigten Benutzer geben muss. Als eine Form von Zwangslizenz wird in der Literatur und Praxis auch die obligatorische kollektive Rechtswahrnehmung nach Art. 147 ZASP angesehen.²⁵ Nach Art. 147 i.V.m. Art. 151 Abs. 2 und 3 geht nämlich die Wahrnehmungsbefugnis von bestimmten Urheberrechten von Gesetzes wegen auf die zuständige Verwertungsgesellschaft über, auch gegen den Willen des Rechteinhabers.

²³ U.S. Copyright Office, Report on Orphan Works, <www.copyright.gov/orphan/orphan-report-full.pdf> (4. 3. 3013).

²⁴ <www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RegE_Gesetzes_zu_Nutzung_verwaister_Werke_und_zu_weiteren_Aenderungen_des_Urheberrechtsgesetzes_und_des_Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes.pdf?__blob=publicationFile> (30. 8. 2013).

²⁵ Urteile des Höheren Gerichts in Ljubljana vom 24. Oktober 2012 (II Cp 1356/2012) und vom 30. Oktober 2012 (II Cp 65/2012), M. Trampuž, B. Oman und A. Zupančič, a.a.O., S. 363, 366.

Meiner Meinung nach wäre die beste Lösung für verwaiste Werke, wenn ihre Nutzung unter Erteilung einer Lizenz seitens einer öffentlichen Stelle erlaubt würde. Die Stelle würde ebenfalls die Sorgfalt der Suche nach dem Rechteinhaber überprüfen. Die Kosten dafür könnten auch aus dem Staatshaushalt gedeckt werden, angesichts dessen, dass die Benutzer gemeinnützige Einrichtungen wären und dass die Digitalisierung des slowenischen Kulturerbes im allgemeinen Interesse läge. Die Benutzung verwaister Werke soll entgeltlich sein, aber nur wenn sich der wahre Rechteinhaber nachträglich meldet. Die Alternative – vorherige Bezahlung des Entgelts an die Verwertungsgesellschaft – kann zur Folge haben, dass sich andere Rechteinhaber bereichern könnten, obwohl sie bei der Schaffung der benutzten Werke nicht mitgewirkt haben.

Da die Richtlinie jegliche Regelungen über die Verwaltung von Rechten auf nationaler Ebene unberührt lässt, könnte Slowenien auch obligatorische oder erweiterte kollektive Wahrnehmung von Rechten zur Vervielfältigung oder öffentlicher Zugänglichmachung bestimmter Werke einführen.²⁶ Diese Regelung könnte zwar seitens der Benutzer möglicherweise erwünscht sein, da sie nicht verpflichtet sind, die Rechteinhaber zu suchen. Aber dabei würden die Interessen der bekannten Rechteinhaber, die ihre Rechte individuell wahrnehmen wollen und können, erheblich beeinträchtigt. Darüber hinaus würden sich die Chancen auf eine einheitliche Behandlung verwaister Werke auf europäischer Ebene und auf die erfolgreiche Einsetzung eines europäischen Registers mit verwaisten Werken verkleinern. Deswegen ist es nicht ratsam, nur wegen verwaister Werke die Befugnisse der Verwertungsgesellschaften zu erweitern, sondern eher die Entwicklung neuer Technologien zu fördern, die eine erfolgreiche und kostensparende Suche nach Rechteinhabern ermöglichen.

²⁶ Unter dem geltenden Recht ist das bereits der Fall für die öffentliche Zugänglichmachung von Fonogrammen (Art. 147 ZASP).

Izvirni znanstveni članek

UDK: 347.78.05

DROBEŽ, Eneja: Osirotela dela v primerjalnem in evropskem pravu**Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130) št. 9-10**

Temeljno načelo avtorskega prava je, da mora tisti, ki želi uporabiti avtorsko-pravno varovano delo, pred tem vedno pridobiti dovoljenje imetnikov pravic. Uporabnik pa tega ne more pridobiti za osirotela dela – torej v primeru, kadar je povezava med imetniki pravic in delom že tako zbledela, da imetnikov pravic na delu ni mogoče najti. Da osirotela dela ne bi šla v pozabo, bi bilo smiselno omogočiti njihovo uporabo brez dovoljenja pogrešanega imetnika pravic. To zahteva tudi Direktiva 2012/28/EU o nekaterih dovoljenih uporabah osirotelih del. Vendar direktiva pušča državam članicam razmeroma proste roke pri oblikovanju režima osirotelih del. V članku ob upoštevanju prednosti in slabosti veljavnih in predlaganih režimov obravnavanja osirotelih del ter tudi značilnosti slovenske pravne ureditve podajam predlog, kako naj se direktiva prenese v slovenski pravni red. Predlog sledi namenu vzpostavitve pravičnega ravnotežja med interesi pogrešanih imetnikov pravic, da za uporabo dela dobijo plačilo, ter interesi javnosti za ohranitev slovenske kulturne dediščine in s tem tudi kulturne identitete.

Original Scientific Article

UDC: 347.78.05

DROBEŽ, Eneja: Orphan Works in Comparative and European Law**Pravnik, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 9-10**

The fundamental principle of copyright law predicts that for the use of a work protected by copyright one must always obtain the prior approval of the rights holder. However, rights holder can often not be traced. This may also happen due to the fact that right holders do not take steps necessary to ensure a visible link between them and the protected parts, and therefore even those interested in the possible use of the work are not able to obtain their contact details. Consequently, there is a danger that the works important in terms of cultural heritage may not be restored via lasting mediums and would therein be forgotten. At the European level the problem of orphan works is being resolved by the Directive 2012/28/EU on certain permitted uses of orphan works, but its implementation remains largely in the discretion of the Member States. In the article, taking into account the strengths and weaknesses of current and proposed regimes for treatment of orphan works as well as the characteristics of Slovenian copyright law regime, a proposal is made on how to properly transpose the aforementioned directive into the Slovenian legislation. This proposal pursues to establish a fair balance between the interests of rights holders of missing works for their remuneration, and the public interest to preserve Slovenian cultural heritage and its cultural identity.