

Vol. 27, n° 3

La numérisation des œuvres et leur mise à la disposition du public par des bibliothèques en Pologne

Teresa Grzeszak*

Introduction	1181
1. La numérisation et le droit d'auteur	1182
1.1 Les problèmes liés à l'accès au patrimoine culturel dans les bibliothèques	1182
1.2 La numérisation des collections des œuvres en Pologne	1184
2. La base juridique en Pologne	1185
2.1 Les données générales	1185
2.2 Les licences légales pour les bibliothèques	1186
2.2.1 La licence pour les bibliothèques dans la <i>Loi du 1^{er} avril 2004 modifiant la Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins du 4 février 1994</i>	1186

© Teresa Grzeszak, 2015.

* Maître de conférences à l'Université de Varsovie, Faculté de droit et de l'administration, Institut de droit civil ; elle remercie la professeure Mistrale Goudreau pour sa collaboration précieuse à la révision de la version française finale de cet article.

2.2.2	La licence pour les bibliothèques dans la <i>Loi du 11 septembre 2015 modifiant la Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins du 4 février 1994</i>	1189
3.	Des œuvres orphelines.	1190
3.1	Les œuvres anonymes et sous pseudonyme versus les œuvres « orphelines »	1190
3.2	L'utilisation des œuvres orphelines par des bibliothèques en vertu de la <i>Loi du 11 septembre 2015</i>	1191
4.	Les œuvres inaccessibles dans le commerce	1195
	Conclusion	1196

Introduction

Dans ce numéro qui rend hommage à Ghislain Roussel, qui a été secrétaire général et directeur des affaires juridiques de Bibliothèque et Archives nationales du Québec de 2001 à 2009, un article sur le rôle des bibliothèques à l'ère des technologies de l'information est on ne peut plus approprié. En effet, le rôle des bibliothèques change avec les possibilités de numérisation et de mise à la disposition du public de leurs collections. On n'en est plus au simple prêt public des exemplaires sur support papier. Or, la Pologne est en voie d'adopter une loi relative aux principes d'utilisation numérique des œuvres orphelines et des œuvres inaccessibles dans le commerce. Cet article, dédié à Ghislain Roussel, est consacré à la description du renforcement de la position des bibliothèques vis-à-vis des ayants droit des auteurs¹.

L'article décrit la base légale pour la numérisation et la mise à la disposition du public des œuvres qui se trouvent dans les collections des bibliothèques accessibles au public. Il présente d'abord la situation actuelle, puis explique les modifications apportées par la *Loi du 11 septembre 2015*² modifiant la *Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins du 4 février 1994*³, afin de transposer en droit polonais la *Directive 2012/28/EU du Parlement européen et du Conseil sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines*⁴.

-
1. La loi renforce aussi la position des musées, archives, institutions de la culture et des établissements d'enseignement, mais l'article traite seulement des bibliothèques.
 2. *La Loi du 11 septembre 2015 modifiant la Loi sur le droit d'auteur et des droits voisins du 4 février 1994*, Dziennik Ustaw 2015, pos.1639, en ligne : <<http://dziennikustaw.gov.pl/du/2015/1639/1>>.
 3. *La Loi du 4 février 1994 version unifiée* Dziennik Ustaw 2006, Nr 90, pos 631 (Journal officiel 2006, pos 631).
 4. OJ L 299, 27.10.2012, pp 5–12, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32012L0028>>.

L'objectif de cette nouvelle réglementation sur les œuvres orphelines et sur les œuvres qui ne sont plus accessibles dans le commerce est de faciliter l'établissement de collections numérisées, utiles et attrayantes pour les utilisateurs. La réforme de la loi adapte la réglementation de la licence légale des bibliothèques aux solutions de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt de la Cour (quatrième chambre) du 11 septembre 2014– *Technische Universität Darmstadt c Eugen Ulmer KG* (Affaire C-117/13)⁵. La réforme prévoit aussi une rémunération payable par l'État aux auteurs des œuvres de langue polonaise dont les œuvres font l'objet de prêt public par des bibliothèques. C'est donc aussi une mise en œuvre de la *Directive 2006/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle*⁶.

1. La numérisation et le droit d'auteur

1.1 *Les problèmes liés à l'accès au patrimoine culturel dans les bibliothèques*

Le droit d'auteur vise à régler les conflits entre les créateurs et les utilisateurs, entre les ayants droit des auteurs et les destinataires, consommateurs de la culture et du savoir. De nos jours, la facilité pratique avec laquelle on accède aux œuvres se conjugue avec la difficulté de le faire légalement. Les possibilités techniques de numérisation et de mise à la disposition du public des œuvres, de manière que chacun puisse y avoir l'accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement, s'accompagnent souvent de l'impossibilité de trouver l'ayant droit et d'obtenir son accord. Les droits d'auteur, moraux et pécuniaires, ont été élargis au cours du XX^e et au début du XXI^e siècles – dans tous leurs aspects (objet, contenu, le temps de protection, le territoire de protection) et, par conséquent, la plupart des biens culturels contemporains (du XX^e et du XXI^e siècles) collectionnés par les bibliothèques sont protégés par la loi.

5. JOUE 2014/ C 409/15, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=OJ:C:2014:409:TOC>>.

6. OJ L 376, 27.12.2006, pp 28–35 (version codifiée).

Le paradoxe est qu'un tout petit pourcentage d'entre eux a une valeur marchande. La plupart des biens culturels sont protégés – mais n'intéressent qu'un petit cercle de personnes, trop petit pour justifier des investissements d'une exploitation traditionnelle. Le coût d'exploitation serait plus grand que les recettes anticipées. Par contre, la numérisation et l'Internet offrent la possibilité d'une utilisation de masse des œuvres déposées dans des bases de données. Des bases de données et des collections, regroupant tant des œuvres célèbres que des créations oubliées, ayant ou non une valeur commerciale, offrent grâce au système de recherche (avec indexation par mots-clés) une possibilité de trouver rapidement les informations nécessaires pour la consultation des œuvres. L'apprentissage et le divertissement ne se déroulent plus comme autrefois. De nos jours, les gens aiment faire leurs recherches par eux-mêmes. Ils prennent connaissance du patrimoine culturel et découvrent le monde à leur façon. Aujourd'hui, au lieu de fouiller les bibliothèques d'exemplaires sur support papier, ils consultent les bases de données et les collections d'œuvres sur Internet. Ils suivent de plus en plus rarement les anciennes méthodes d'étude des grandes œuvres, visant à acquérir un ensemble circonscrit de connaissances sur un problème choisi, parce que tout change trop vite.

La valeur individuelle d'une œuvre en particulier s'accroît lorsqu'elle est incorporée à un ensemble ordonné d'œuvres regroupées dans une base numérique. Il est fort possible que, dans une collection de bibliothèque traditionnelle, une œuvre ne soit jamais vue ou lue par quiconque, alors qu'elle sera facilement repérée dans une collection numérique.

En principe, le producteur de la base de données et l'organisateur d'une collection doivent obtenir toutes les licences nécessaires des ayants droit. Parfois, c'est impossible d'un point de vue pratique. La question principale devient : comment, pour promouvoir l'éducation et la diffusion de la culture, limiter le droit d'auteur sans le réduire à néant ? Si l'œuvre est accessible dans une base de données sur Internet, dans la plupart des cas, les consommateurs ne chercheront plus à acquérir des exemplaires ailleurs (par exemple dans les librairies, ou les magasins de musique qui vendent des disques ou des CD). Il est évident que les nouveaux modes d'apprentissage et d'accès au patrimoine culturel et historique changent le modèle économique de l'industrie du droit d'auteur.

L'usage licite, prévu par la *Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins*, permet l'utilisation des œuvres sans la permission des ayants droit. Des licences légales autorisent les établissements déterminés par la loi à utiliser des œuvres dans des buts précis. L'usage est alors réglementé d'une façon très détaillée et très diversifiée dans les lois nationales. L'Union européenne oblige les pays membres à adopter des solutions juridiques uniformes, d'après des modèles proposés dans les directives suivantes :

- *Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*⁷ ;
- *Directive 2012/28/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines*⁸.

1.2 La numérisation des collections des œuvres en Pologne

Actuellement, la Pologne cherche à modeler son droit d'auteur selon les cadres dessinés par les directives de l'Union européenne. La numérisation des collections des bibliothèques les plus importantes est en cours, mais la mise en ligne couvre surtout des œuvres dans le domaine public. Les œuvres protégées ne sont pas accessibles facilement à cause des problèmes liés à l'octroi des licences. C'est tout le problème financier et technique lié aux œuvres orphelines. La Bibliothèque nationale polonaise a créé une base *Polona*⁹, ouverte à tous. Elle dispose (au 25 juillet 2015) de 867170 documents digitalisés (c'est plus de 3000000 numérisations) et, parmi ceux-ci, on trouve des livres, des revues, des manuscrits, des cartes, des photographies, etc. Le travail de numérisation se poursuit. Selon le directeur de la Bibliothèque nationale, Dr Tomasz Makowski, en décembre 2015 il y en aura plus d'un million. Également, sont accessibles dans les Archives NInA¹⁰ plus de 7 500 films, pièces de théâtre, concerts et autres enregistrements audiovisuels. Le NAC, [Archives nationales numérisées¹¹], une base de données préparée par les Archives nationales, est aussi accessible sur Internet. Des bibliothèques universi-

7. OJ L 167, 22.6.2001, pp 10–19, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=URISERV:l26053>>.

8. OJ L 299, 27.10.2012, pp 5–12, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32012L0028>>.

9. <<http://polona.pl/>>.

10. <<http://www.nina.gov.pl/>>.

11. <<http://www.nac.gov.pl/>>.

taires renommées, par exemple celles de l'Université Jagellonne de Cracovie¹², de l'Université de Varsovie¹³, de l'Université de Wrocław¹⁴, offrent au public l'accès à des bases d'œuvres numérisées. Dans les contrats conclus de nos jours avec les créateurs, on trouve généralement des clauses traitant de la numérisation, de la reproduction de l'œuvre dans une base de données et de la mise à la disposition du public de l'œuvre.

Le vrai défi concerne l'accès numérique aux œuvres de langue polonaise du XX^e siècle. Bien qu'il existe de nombreux exemplaires de livres publiés au XX^e siècle, les exemplaires sont périssables (à cause de la qualité du papier généralement utilisé dans l'impression des livres et de la presse). Bien qu'une énorme quantité des œuvres se trouvent dans les archives, bibliothèques et musées, elles ne sont accessibles que pour les spécialistes. Le grand projet de la numérisation des livres par Google Books a mobilisé l'Europe pour chercher à résoudre les problèmes juridiques qui paralysent la réalisation du projet parallèle en Europe (le *Europeana*¹⁵), mais sans porter atteinte au droit d'auteur et aux droits voisins. Le concept de *fair use* n'est pas répandu en Europe.

2. La base juridique en Pologne

2.1 Les données générales

La Pologne suit le modèle du droit d'auteur absolu, exclusif, à l'image du droit de propriété. D'après l'article 17 de la *Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins du 4 février 1994*, sauf disposition contraire de la loi, le créateur jouit du droit exclusif d'utiliser l'œuvre et d'en disposer dans tous les domaines d'exploitation ainsi que d'un droit à rémunération en contrepartie de l'utilisation de l'œuvre. Le contrat de transfert ou de licence de droit d'auteur doit mentionner le domaine d'exploitation pour que la disposition soit valide (art 41). Les exemples des différents domaines d'exploitation sont énumérés dans la loi (art 50) et parmi eux, on trouve :

12. <<http://jbc.bj.uj.edu.pl/dlibra?action=ChangeLanguageAction&language=en>>.

13. <<http://ebuw.uw.edu.pl/dlibra?action=ChangeLanguageAction&language=en>>.

14. <<http://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra?action=ChangeLanguageAction&language=fr>>.

15. <<http://www.europeana.eu/portal/>>.

- la reproduction de l'œuvre à l'aide d'une technique numérique,
- la communication au public de l'œuvre de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

La Pologne est membre de l'Union européenne depuis le 1^{er} mai 2004. La *Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins* est régulièrement modifiée pour incorporer des dispositions des directives européennes.

2.2 Les licences légales pour les bibliothèques

2.2.1 La licence pour les bibliothèques dans la Loi du 1^{er} avril 2004 modifiant la Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins du 4 février 1994

D'après l'article 28 de la *Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins du 4 février 1994*, modifié par la *Loi du 1^{er} avril 2004*¹⁶,

Les bibliothèques, les services d'archives et les écoles peuvent :

- 1) rendre accessibles gratuitement, dans les limites de leurs tâches statutaires, les exemplaires d'œuvres divulguées¹⁷ ;
- 2) confectionner ou faire confectionner des exemplaires isolés d'œuvres divulguées, afin de compléter, préserver ou protéger leurs collections ;
- 3) de mettre les collections à la disposition, dans le but de recherche ou de l'apprentissage, au moyen de terminaux spécialisés, à des particuliers sur le territoire des établissements.

Les bibliothèques bénéficiaires de cette exception au droit d'auteur sont les bibliothèques publiques, communales, privées¹⁸, toutes accessibles au public. Elles peuvent rendre accessibles à titre gra-

16. La *Loi du 1^{er} avril 2004 modifiant la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins du 4 février 1994*, Dziennik Ustaw (Journal officiel) 2004 Nr 91, pos 869.

17. Art 6 al 1 par 3 – « Une œuvre divulguée est une œuvre qui a été mise à la disposition du public avec le consentement du créateur ».

18. Elżbieta Traple pour son commentaire de l'article 28, dans Janusz Barta et Ryszard Markiewicz (dir), *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*. Coll Lex (Varsovie Wolters Kluwer, 2011) à la p 264.

tuit, dans les limites de leurs tâches légales, les exemplaires des œuvres divulguées.

Le prêt public n'est pas encore assorti d'une obligation de rémunérer les ayants droit. La *Loi du 11 septembre 2015*, modifiant la loi en vigueur, prévoit la rémunération des auteurs polonais – et d'œuvres de langue polonaise (article 28 alinéa 3) – pour le prêt public des livres par les bibliothèques publiques, en dehors de leurs locaux. Les redevances seront versées par l'État et perçues par la société de gestion du droit d'auteur et des droits voisins désignée dans l'ordonnance prévue à l'article 35 de la *Loi du 11 septembre 2015*¹⁹.

La possibilité, pour les bibliothèques, de reproduire des œuvres sans la permission des ayants droit, et sans rémunération pour eux, est restreinte à la confection d'exemplaires isolés d'œuvres divulguées, afin de compléter, préserver, ou protéger leurs propres collections. L'article 28 a été interprété d'une façon stricte : les copies doivent être sur un support papier, ce qui suit la méthode d'interprétation des exceptions prônée par la jurisprudence et la doctrine polonaises²⁰. Les exceptions ne correspondent pas à des droits subjectifs des utilisateurs et elles sont interprétées de manière restrictive par les juges. Le juge ne peut alors soupeser les droits et les intérêts des parties ; il doit limiter la portée des exceptions.

L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 11 septembre 2014 – *Technische Universität Darmstadt c Eugen Ulmer KG* (Affaire C-117/13) propose une interprétation plus libérale²¹ de

19. Art 35¹⁻⁴ de la *Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins du 11 septembre 2015*. Ces dispositions incorporent en droit polonais la Directive 2006/115/ce du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle.

20. *Wyrok Sądu Najwyższego* (Arrêt de la Cour suprême) du 20 mars 2015, II CSK 224/14, LEX nr 1711682 ; *Wyrok Sądu Apelacyjnego* (Arrêt de la Cour d'appel de Łódź) du 18 septembre 2013, I ACa 406/13, LEX nr 1372327 ; Elżbieta Traple, *supra* note 19 à la p 266 souligne qu'il est nécessaire d'élargir la notion d'exemplaire pour y inclure la copie numérisée.

21. Comme l'écrit la Cour de justice de l'Union européenne :
L'article 5, paragraphe 3, sous n), de la directive 2001/29, lu en combinaison avec l'article 5, paragraphe 2, sous c), de celle-ci, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'un État membre accorde aux bibliothèques accessibles au public, visées à ces dispositions, le droit de numériser les œuvres faisant partie de leurs collections, si cet acte de reproduction est nécessaire, aux fins de la mise à la disposition des usagers de ces œuvres, au moyen de terminaux spécialisés, dans les locaux de ces établissements.
L'article 5, paragraphe 3, sous n), de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens qu'il ne couvre pas des actes tels que l'impression d'œuvres sur papier ou

l'article 5 al.2 c) de la Directive, visant à opérer un équilibre entre les droits des auteurs et ceux des utilisateurs des œuvres. Des commentateurs polonais ont commencé à réagir, pour proposer une interprétation large, libérale, qui embrasse les copies numérisées²².

Chaque exception du droit d'auteur est soumise au test des trois étapes²³ d'après l'article 35 (« L'usage licite ne peut porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, ni aux intérêts légitimes du créateur »).

La loi permet de rendre accessibles, à des fins de recherche ou d'étude privée, des collections, au moyen de terminaux spécialisés, à des particuliers sur le territoire des bibliothèques. Le territoire des établissements se limite aux locaux séparés, dans lesquels les bibliothèques exercent leurs activités²⁴.

Cette réglementation correspond en général à l'article 5.2 de la *Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*²⁵. Elle omet

leur stockage sur une clé USB, effectués par des usagers à partir de terminaux spécialisés installés dans des bibliothèques accessibles au public, visées à cette disposition. En revanche, de tels actes peuvent, le cas échéant, être autorisés au titre de la législation nationale transposant les exceptions ou les limitations prévues à l'article 5, paragraphe 2, sous a) ou b), de cette directive, dès lors que, dans chaque cas d'espèce, les conditions posées par ces dispositions sont réunies.

22. Sybilla Stanisławska-Kloc pour son commentaire de l'article 28, dans Damian Flisak (dir), *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, coll Lex (Varsovie, Wolters Kluwer, 2015) à la p 436 ; Zbigniew Pinkalski, *Digitalizacja i udostępnianie zbiorów bibliotecznych w ramach dozwolonego użytku publicznego*. Coll LEX Prawo Europejskie (Varsovie, Europejski Przegląd Sądowy, 2015) à la p 46.
23. La Cour d'appel de Łódź a appliqué cette règle dans l'arrêt du 18 septembre 2013 r. I ACa 406/13, LEX nr 1372327.
24. Sybilla Stanisławska-Kloc, *supra* note 23 à la p 439 ; Beata Jewuła et Sybilla Stanisławska-Kloc, *Prawo autorskie, a działalność bibliotek, (licencja dla bibliotek z art.28 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych)*. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej 2008, Cahier Nr 2, à la p 138.
25. Art 5.2. de la Directive 2001/29/CE :
Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations au droit de reproduction prévu à l'article 2 dans les cas suivants : [...]
c) lorsqu'il s'agit d'actes de reproduction spécifiques effectués par des bibliothèques accessibles au public, des établissements d'enseignement ou des musées ou par des archives, qui ne recherchent aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect ; [...]
n) lorsqu'il s'agit de l'utilisation, par communication ou mise à disposition, à des fins de recherches ou d'études privées, au moyen de terminaux spécialisés, à des particuliers dans les locaux des établissements visés au paragraphe 2, point c),

l'interdiction de tirer profit de l'activité de la bibliothèque ou l'exigence de respecter des obligations liées aux achats et aux licences des livres numérisés²⁶. L'obligation de respecter des contrats conclus est pourtant évidente.

2.2.2 *La licence pour les bibliothèques dans la Loi du 11 septembre 2015 modifiant la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins du 4 février 1994*

La nouvelle rédaction de l'article 28 élargit la portée de la licence existante. Outre les bibliothèques, les établissements d'enseignement, de recherche, etc. hébergent aussi des collections. Ils peuvent prêter, dans les limites de leurs prérogatives légales, des exemplaires des œuvres divulguées, qui se trouvent dans leurs collections. Ils peuvent aussi :

- confectionner des exemplaires isolés d'œuvres divulguées, afin de compléter, préserver ou protéger leurs collections ;
- mettre les collections à la disposition, dans le but de recherche ou d'apprentissage, au moyen de terminaux spécialisés, à des particuliers sur le territoire des établissements. La reproduction et la mise à la disposition du public ne peuvent être faites à but lucratif (direct ou indirect) (article 28 alinéa 1). Il est évident que des copies peuvent être sous format papier ou numérisées.

L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 11 septembre 2014 – *Technische Universität Darmstadt c Eugen Ulmer KG* (Affaire C-117/13) a guidé le législateur polonais dans sa clarification des principes d'utilisation des œuvres par les bibliothèques dans son projet de réforme du droit d'auteur. L'article 28 alinéa 2 de cette loi précise que la reproduction ne peut pas mener à l'agrandissement

d'œuvres et autres objets protégés faisant partie de leur collection qui ne sont pas soumis à des conditions en matière d'achat ou de licence ;

Journal officiel n° L 167 du 22/06/2001 p. 0010 – 0019.

26. Comme il est énoncé dans l'arrêt de la Cour de l'Union européenne, affaire C-117/13 :

La notion de « conditions en matière d'achat ou de licence », figurant à l'article 5, paragraphe 3, sous n), de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, doit être comprise en ce sens qu'elle implique que le titulaire de droits et un établissement, tel qu'une bibliothèque accessible au public, visé à cette disposition doivent avoir conclu un contrat de licence ou d'utilisation de l'œuvre concernée spécifiant les conditions dans lesquelles cet établissement peut utiliser celle-ci.

de la collection de la bibliothèque en cause ; et d'après l'article 28 alinéa 3 de la loi, l'exception au droit d'auteur, prévue pour les bibliothèques, n'est pas applicable, si l'utilisation de l'œuvre est déjà réglée par un accord conclu avec l'ayant droit sur l'œuvre.

Les dispositions de l'article 28 de la loi sont applicables aux droits voisins (article 100 de la loi).

Les exceptions en faveur des bibliothèques (de l'article 28) ne sont pourtant pas applicables aux bases de données²⁷, qui sont aussi considérées comme des œuvres collectives²⁸.

3. Des œuvres orphelines

3.1 Les œuvres anonymes et sous pseudonyme versus les œuvres « orphelines »

Selon le droit polonais, « [d]ans la mesure où le créateur n'a pas révélé sa qualité d'auteur, il est remplacé dans l'exercice du droit d'auteur par le producteur ou par l'éditeur et, à défaut, par l'organisation appropriée de gestion collective des droits des auteurs »²⁹. Il ne renonce pas à son droit d'auteur. Par contre, il est remplacé dans l'exercice de ce droit par la personne nommée par la loi. Dans ces cas, l'auteur est identifié, accessible – mais seulement à un cercle limité des personnes. Ce n'est pas le cas des œuvres dites « orphelines ».

Les œuvres orphelines, dans le sens de la Directive, ne sont pas des œuvres abandonnées, pour lesquelles les auteurs ont renoncé à leurs droits. Ce sont des œuvres qui circulent dans la société, qui sont accessibles « physiquement », mais dont il est impossible, sans des efforts disproportionnés, de déterminer les ayants droit ou de les localiser. Parce que les sanctions pour les violations du droit d'auteur sont sévères, les éditeurs et les producteurs des bases de données ne veulent pas commencer l'exploitation sans une permission de l'ayant droit et risquer un procès. Ils ne veulent pas investir

27. Art 30 de la *Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins*, modifié par la *Loi du 10 juillet 2015*.

28. Art 3 « Les recueils, anthologies, morceaux choisis et bases de données sont protégés par le droit d'auteur si le choix qui y est admis, la disposition ou la composition présente un caractère créateur, sans préjudice des droits sur les œuvres utilisées. »

29. Art 8 al 3 de la *Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins du 4 février 1994*.

des sommes importantes dans des entreprises risquant d'être considérées comme des « activités de piratage ».

Ils veulent prendre le contrôle du patrimoine culturel, ce qui comprend notamment les œuvres, les prestations des artistes-interprètes, les films, les phonogrammes et les émissions de radio et télévision. Ce contrôle peut être exercé grâce à la *Loi sur les bases de données*³⁰, et grâce au droit d'auteur sur les collections des œuvres, mais seulement avec l'accord des ayants droit des auteurs et titulaires de droits voisins sur les œuvres reproduites dans les bases et collections, et mises à la disposition du public en ligne.

3.2 L'utilisation des œuvres orphelines par des bibliothèques en vertu de la Loi du 11 septembre 2015

L'utilisation des œuvres par les bibliothèques ne sert pas seulement à celles-ci ; elle contribue aussi à protéger le patrimoine culturel et bénéficie à toute la société, comme l'indique la *Directive 2012/28/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines*. La réglementation sur les œuvres orphelines mène à la création de collections d'œuvres numérisées, qui ressemblent aux bases de données visées par la *Loi sur les bases de données*. La principale différence se situe au niveau de l'interdiction de l'exploitation des œuvres orphelines dans un but lucratif. La bibliothèque numérique doit promouvoir l'apprentissage et la diffusion de la culture. Il est à noter que la Directive ne parle pas de l'exploitation des œuvres par les bibliothèques, mais seulement de l'utilisation qu'elles font des œuvres orphelines, alors que cette utilisation pourrait devenir la source de revenus. Les bibliothèques pourront percevoir des redevances d'une telle utilisation, à condition qu'elles soient destinées à recouvrer les coûts directs de la numérisation et de la mise à la disposition du public des œuvres orphelines (article 35⁵ alinéa 3), ce qui correspond aux exigences de l'article 6 alinéa 2 de la Directive :

[...] Les organisations peuvent percevoir des recettes dans le cadre de ces utilisations, dans le but exclusif de couvrir leurs frais liés à la numérisation et à la mise à disposition du public d'œuvres orphelines.

30. *Loi du 27 juillet 2001 sur la protection des bases de données* (2001) – Dziennik Ustaw (Journal officiel) 2001, Nr 128, poz 402, telle que modifiée en 2007 – Dziennik Ustaw 2007, Nr 99 pos 1238.

Le prix pour l'accès doit être modéré, suffisant pour couvrir les coûts de la numérisation et de la mise à la disposition du public. On peut néanmoins prédire qu'une telle règle va encourager la hausse des prix pour l'accès à la collection.

Les bibliothèques³¹ se trouvent parmi les organisations créées pour atteindre les objectifs liés à leur mission d'intérêt public, entités³² qui sont autorisées par la *Loi du 10 juillet 2015* à reproduire des œuvres orphelines publiées ou – en l'absence de la publication, diffusées³³ – pour la prochaine fois sur le territoire de l'Union européenne ou L'Espace économique européen. Elles sont aussi autorisées à les mettre à la disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement (article 35 alinéa 1). Cette réglementation vise à respecter le droit moral de l'auteur qui est libre de décider quand l'œuvre sera mise pour la première fois à la disposition du public (article 16 paragraphe 4).

La loi concerne seulement des catégories d'œuvres expressément nommées à l'article 35 alinéas 3 et 4³⁴, ce qui correspond à l'article 1 alinéas 2 et 3 de la Directive 2012/28/UE. Ne sont pas mentionnées dans ces catégories les photographies et les images fixes qui existent seulement en tant qu'œuvres indépendantes.

Pour que l'œuvre soit considérée orpheline, la bibliothèque doit d'abord faire une recherche diligente de l'identité des ayants droit.

31. Des bibliothèques accessibles au public au sens de l'art 3 de la *Loi sur les bibliothèques du 27 juin 1997*, texte unifié, Dziennik Ustaw 2012 pos 642.

32. La loi polonaise tient compte de la liste des organisations de l'art 1 al 1 de la Directive 2012/28/UE.

33. Il s'agit des œuvres audiovisuelles, ou des vidéogrammes, ainsi que des œuvres commandées pour être incluses dans des œuvres audiovisuelles ou vidéogrammes [mais uniquement en ce qui concerne leur exploitation en tant que composante de l'œuvre audiovisuelle ou d'un vidéogramme] qui se trouvent dans les collections des institutions mentionnées à l'art 35 al 1 et 3. La licence légale ne concerne pas l'exploitation indépendante des œuvres, faite en dehors de leur utilisation dans l'œuvre audiovisuelle ou vidéogramme. La disposition concerne aussi les œuvres fixées dans des phonogrammes, produites par des organisations publiques de radiodiffusion et télévision.

34. Art 35 al 3 : 1) Des bibliothèques, qui collectionnent des œuvres publiées sous forme de livres, revues, journaux, magazines ou autres écrits (imprimés) qui font partie des collections de bibliothèques ; 2) des œuvres cinématographiques ou audiovisuelles et œuvres et autres objets protégés qui sont incorporés, ou inclus, ou qui font partie intégrante des œuvres ou vidéogrammes ; 3) œuvres fixées dans des phonogrammes. Il s'agit des vidéogrammes et phonogrammes collectionnés par des organisations mentionnées à l'art 35 al 1. Cette liste est conforme à la liste de l'art 1 al 2 para 2 et 3 de la Directive 2012/28/UE.

Elle pourra déléguer la recherche à un tiers, par exemple à une société de gestion du droit d'auteur ou des droits voisins³⁵ (article 35⁶ paragraphe 6). La loi reconnaît expressément une telle possibilité. La recherche peut être faite à titre onéreux, comme le prévoit l'article 13 du préambule de la Directive 2012/28/UE.

Si la recherche s'avère infructueuse, la bibliothèque devra adresser au ministre de la Culture et du Patrimoine une demande pour l'inscription de l'œuvre dans le registre tenu par l'OHIM (article 35⁷ alinéa 1), tel que le prévoit l'article 3 alinéa 6 de la Directive 2012/28/UE. La documentation relative à la recherche doit être conservée. À compter de l'inscription de l'œuvre dans le registre, la recherche diligente est présumée avoir été faite (article 35⁶ alinéa 7). L'œuvre est considérée comme une œuvre orpheline dans tous les pays de l'Union européenne.

Le ministre de la Culture et du Patrimoine, dans une ordonnance, doit préciser les sources appropriées pour effectuer la recherche, en tenant compte des sources mentionnées à l'annexe de la Directive, de la disponibilité des informations sur des ayants droit dans des sources particulières, et de la nécessité d'exiger que la recherche soit effectuée de bonne foi (article 35⁶ alinéa 9).

L'article 35 de la *Loi du 11 septembre 2015* prévoit la possibilité de la révocation du statut d'œuvre orpheline. L'ayant droit peut prouver son droit et exiger que l'organisation qui utilise son œuvre prenne acte de l'expiration du statut d'œuvre orpheline. Dans ce cas, l'organisation doit demander la radiation de l'œuvre du registre de l'OHIM (qui aura un effet *erga omnes*) et doit cesser d'utiliser l'œuvre. Si la demande de radiation de l'ayant droit n'est pas réglée dans un délai d'un mois, la possibilité d'exploitation légale de son œuvre finit à ce moment-là. L'ayant droit peut poursuivre celui qui a violé son droit d'auteur. Si l'organisation en cause n'existe plus et n'a pas de successeur, l'ayant droit peut s'adresser au ministre de la Culture et du Patrimoine. La décision du ministre, si négative, peut être portée en appel.

Les ayants droit, identifiés et retrouvés, pourront demander de celui qui exploite l'œuvre une compensation équitable, qui prendra en considération l'étendue de l'exploitation, le niveau des recettes de

35. Joanna Sieńczyło-Chlabicz a suggéré d'assigner les tâches de recherche diligente aux sociétés de gestion du droit d'auteur, « *Utwory osierocone-propozycje nowelizacji prawa autorskiego w zakresie starannego poszukiwania podmiotu praw autorskich* », (2014) 10 *Państwo i Prawo*, aux pp 30 et ss.

cette exploitation et le dommage causé par elle (article 35 alinéa 5). En pratique, le recours sera illusoire pour les détenteurs de droits sur des œuvres moins prisées. Cependant le système permettra à ceux qui exercent leurs droits sur des œuvres ayant une grande valeur de demander une compensation équitable pour l'utilisation de l'œuvre dans la collection numérisée de l'organisation.

L'article 6 alinéa 4 de la Directive indique qu'elle ne porte pas atteinte à la liberté des bibliothèques de conclure des contrats aux fins de l'accomplissement de leur mission d'intérêt public, notamment des contrats de partenariat public-privé. La loi polonaise ne comporte pas cette précision et elle ne limite pas la liberté contractuelle des organisations (par exemple, en exigeant que ces accords ne puissent pas imposer de restrictions aux utilisations des œuvres par les bénéficiaires de la Directive ou en interdisant d'octroyer au partenaire commercial des droits pour utiliser ou contrôler l'utilisation des œuvres orphelines³⁶).

La Directive définit les organisations qui peuvent utiliser des œuvres dans les limites d'usage licite, sans payer de rémunération aux ayants droit. Cet usage, en théorie restreint, limité par la mission particulière des bibliothèques, pourra en pratique être le seul usage possible pour la plupart des œuvres. Sans une version numérisée, une œuvre demeure souvent cachée dans la bibliothèque, ou dans le service d'archive, et c'est seulement par hasard que quelqu'un la dénicher. Le sort de la plupart des œuvres est simple : c'est l'oubli. Les bases de données offrent aux personnes intéressées une facilité de repérage extraordinaire. Sans bouger de chez soi, une personne peut accéder à des informations autrefois réservées aux spécialistes, ou aux gens qui étaient prêts à consacrer un temps et un effort considérables à sonder les étagères des bibliothèques et des archives.

Du point de vue juridique, la licence légale pour l'exploitation des œuvres orphelines par des organismes choisis et dans un but précis n'équivaut pas à une expropriation : en théorie, les ayants droit conservent leurs droits d'exploiter l'œuvre d'une autre façon, par exemple sous la forme d'exemplaires tangibles (reproduction, distribution) ou numérisés (dans un but commercial), ou de la diffuser, etc. En pratique, d'un point de vue économique, ces autres modes d'exploitation deviennent illusoire. C'est pourquoi la loi crée une procé-

36. Une telle exigence se trouve au paragraphe 22 du préambule de la Directive 2012/28/UE.

dure d'opposition à l'inscription de l'œuvre au registre de l'OHIM et donne la possibilité de demander une compensation équitable auprès de celui qui a introduit l'œuvre dans la collection numérique. Les ayants droit vont ainsi récupérer leur droit d'auteur et vont pouvoir négocier les conditions de l'exploitation de leurs œuvres.

Par ailleurs, puisque l'utilisation de la plupart des œuvres orphelines va commencer et finir dans de telles collections numériques, il faut admettre que ceux qui contrôleront les collections et les mettront à la disposition du public pourront pratiquement s'approprier la valeur de milliers d'œuvres.

4. Les œuvres inaccessibles dans le commerce

En Pologne, les principes d'accès aux œuvres inaccessibles dans le commerce n'ayant pas pu être réglés dans un accord interprofessionnel, le législateur a décidé de les insérer dans la *Loi sur le droit d'auteur*. Ces principes sont basés sur le Protocole d'Entente *Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works* du 20 septembre 2011³⁷. Une société de gestion du droit d'auteur sera choisie pour 5 ans, par voie de concours, pour accorder des licences aux archives, établissements d'éducation universitaire, instituts de recherche et institutions de culture, qui veulent numériser et communiquer au public des œuvres inaccessibles dans le commerce, mais qui se trouvent dans leurs collections. Les bibliothèques proprement dites ne sont pas mentionnées à l'article 35 mais, selon l'article 2 de la *Loi sur l'activité culturelle et son organisation du 25 octobre 1991*³⁸, les bibliothèques peuvent être des organismes d'activité culturelle publique. En pratique, seules les bibliothèques qui détiennent des exemplaires d'œuvres uniques ou précieuses vont obtenir des licences pour créer des collections numérisées.

Tandis que la loi française relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle du 1^{er} mars 2012³⁹ concerne seulement les livres, la loi polonaise du 11 septembre 2015 concerne les œuvres publiées dans les livres, journaux, revues ou autres formes de publication (sous forme d'imprimés) (article 35¹⁰ alinéa 2). Il s'agit seulement des œuvres publiées pour la première fois avant le

37. <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/20110920-mou_en.pdf> (site consulté le 2015-07-29).

38. Version unifiée de cette loi, Dziennik Ustaw 2012, pos 406.

39. Loi n° 2012-287 JORF n°0053 du 2 mars 2012, en ligne : <<http://www.legi-france.gouv.fr/eli/loi/2012/3/1/2012-287/jo/texte>>.

24 mai 1994 (article 35 alinéa 1), qui ne font plus l'objet d'une diffusion commerciale, avec l'accord de l'ayant droit dans le domaine d'exploitation en cause (article 35 alinéas 1 et 2). Il faut souligner que les contrats antérieurs ne touchaient pas les nouveaux domaines d'exploitation, car ils n'étaient pas connus à l'époque (article 41 alinéa 2 de la *Loi du 4 février 1994*). Grâce à cette réglementation, plusieurs auteurs pourront obtenir une rémunération pour une utilisation numérique.

La loi prévoit la création d'un registre tenu par le ministre de la Culture et du Patrimoine, ouvert au public et accessible sur Internet (article 35¹). Lorsqu'une œuvre est inscrite au registre mentionné à l'article 35¹ depuis plus de neuf mois, le droit d'autoriser sa reproduction et sa représentation sous une forme numérique est exercé par une société de perception et de répartition des droits, agréée à cet effet par le ministre de la Culture et du Patrimoine. La société de gestion du droit d'auteur ou des droits voisins va octroyer les licences, recueillir les redevances et les partager entre les ayants droit. La loi prévoit aussi une procédure par laquelle l'ayant droit peut s'opposer à ce que son œuvre soit gérée par la société de gestion (article 35 alinéas 3 et 4).

Conclusion

L'autorisation donnée aux bibliothèques et aux autres établissements mentionnés dans la *Loi du 10 juillet 2015*, pour la reproduction et la mise à la disposition du public des œuvres orphelines, provoquera un changement important du marché du droit d'auteur. Ces établissements deviendront producteurs (ou coproducteurs) des bases de données et vont utiliser des milliers d'œuvres – qui seront inscrites dans le registre de l'OHIM comme œuvres orphelines – sans payer de rémunération aux ayants droit des auteurs. Une œuvre orpheline en soi a une valeur marchande nulle ou presque nulle. On peut se douter que rares seront les ayants droit qui vont contester le système. Le fait que le public dispose de milliers d'œuvres bien cataloguées, faciles à trouver, constitue un progrès considérable aux niveaux social, scientifique, éducatif et marchand. Les bibliothèques seront en théorie seulement autorisées à faire un usage restreint des œuvres orphelines mais, dans la pratique, elles deviendront des exploitants, qui détrôneront les ayants droit.

On envisage de modifier sous peu⁴⁰ la *Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins*, pour mettre en œuvre la *Directive 2014/26/ue du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur*⁴¹. Un régime de licences collectives élargies pour les sociétés de gestion du droit d'auteur et des droits voisins est envisagé, qui devrait garantir aux ayants droit une rémunération équitable pour l'utilisation des œuvres orphelines.

40. Selon Karol Kościński, directeur du Département des droits intellectuels et des médias, du ministère de la Culture et du Patrimoine, cité dans l'article publié dans *Rzeczpospolita* du 3 août 2015, en ligne : <<http://www4.rp.pl/Prawo-autorskie/308039952-Resort-kultury-zajmie-sie-tzw-dzielami-osieroconymi.html>>.

41. <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32014L0026>>.