

# Webinar: Open Access et Droit d'auteur

Le 7 juin 2019

## Questions et réponses

### Citation

#### Question 1:

Si je souhaite publier en Open Access un travail qui contient de nombreuses archives (manuscrits par exemple) ou sources en annexe, à quoi dois-je faire attention ?

#### Réponse :

*(Réponse de Pascale Meister, PACTT) : La loi sur les droits d'auteurs connaît certaines exception d'usage notamment le droit de citation qui est géré par l'art. 25 LDA. En ce qui concerne la longueur de la citation, il n'y a pas de règle absolue. Il faut respecter les principes de proportionnalité et de subordination. La citation doit donc venir étayer le texte principal, servir de démonstration soutenant la thèse et la réflexion et pas l'inverse. (...) La citation doit être clairement reconnaissable. Il est nécessaire d'indiquer la source et l'auteur. Enfin, si l'auteur est décédé depuis plus de 70 ans, son œuvre rentre dans le domaine public. Toutefois, l'obligation d'indiquer la source subsiste. (...)*

Consulter : <https://ccdigitallaw.ch/index.php/french/copyright/5/55-le-droit-de-citation>

La publication d'une œuvre (en Open Access ou de manière plus « traditionnelle ») nécessite certains droits d'auteur. Ceux-ci portent sur votre œuvre en elle-même mais également sur les éventuelles archives et sources utilisées et proposées en annexe. La première question qu'il faut vous poser est donc « est-ce que ce que l'annexe que je souhaite publier est protégée par le droit d'auteur ? » Ce n'est en effet que lorsque l'annexe en question est une œuvre, ou en constitue une partie reconnaissable, que d'éventuels droits peuvent s'appliquer. En supposant que ces annexes soient protégées par le droit d'auteur (L'œuvre en annexe peut être utilisée entièrement ou partiellement, soit dès que les éléments repris peuvent être protégés pour eux-mêmes), l'autorisation de l'auteur est nécessaire. Il est possible que celui-ci ait déjà permis cette utilisation (existence d'un contrat préalable permettant la publication

envisagée ou licence Creative Commons adaptée). Dans ce contexte, une exception au droit d'auteur peut être bien utile mais concerne un type d'utilisation bien précise de l'œuvre. Il s'agit de l'exception de citation. Celle-ci permet de se passer de l'autorisation de l'auteur, mais est limitée. La citation doit être subordonnée au travail dans lequel elle est intégrée, servir de commentaire, de référence ou de démonstration, être proportionnée au but poursuivi et la citation doit être indiquée comme telle. Il est à noter que la citation d'une œuvre entière n'est admise que s'il n'est pas possible d'atteindre le but de la citation avec un extrait.

Consulter : <https://ccdigitalaw.ch/index.php/french/copyright/5b-comment-des-tiers-sont-ils-autorises-utiliser-une-oeuvre-licences>

<https://ccdigitalaw.ch/index.php/french/showcases/creative-commons>

<https://ccdigitalaw.ch/index.php/french/copyright/5/55-le-droit-de-citation>

### **Question 2:**

Lorsqu'un auteur a édité des textes d'écrivains qui sont reproduits dans son livre, peut-il déposer son livre en OA ? Quelle procédure doit-il suivre pour s'assurer d'avoir les droits de publier ces textes sur internet?

### **Réponse :**

La situation dépend de l'étendue des reproductions. S'il s'agit d'un recueil ou d'une traduction, l'auteur-éditeur aura besoin de l'accord des auteurs des œuvres éditées afin de pouvoir déposer son ouvrage. En pratique, les droits sont souvent cédés à l'avance par les auteurs participants par contrat (souvent un contrat d'édition) ou par la loi si les auteurs ont participé à la création d'un ouvrage composé d'après le plan de l'éditeur (art. 393 CO). Si l'utilisation des reproductions contenues dans l'ouvrage est protégée par une exception comme par exemple l'exception de citation, aucune autorisation n'est nécessaire afin de les utiliser. Il sera dans ce cas de figure tout à fait possible de déposer le livre en question dans une archive.

## Licence/éditeur

### Question 3:

J'ai publié un article dans une revue dans les années 1980. A l'époque, les questions d'Open Access et de diffusion sur internet n'existaient pas. Puis-je aujourd'hui publier mon article en OA ? À quoi faut-il être attentif ?

### Réponse :

(Réponse de Melanie Graf): First the researchers should take a look into the publishing contract. It might be that they remained the owners of the copyright in the first place or that there is a clause what will happen if the journal stops existing. If you want you can send me the contracts.

= L'auteur doit vérifier sur son contrat d'édition les clauses de droit d'auteur et de licence qu'il a signées.

Une publication en Open Access (green ou gold) impliquera certains droits d'auteur. Il faut donc commencer par déterminer qui dispose des droits nécessaires à la publication au moment de celle-ci. Généralement, les contrats d'édition prévoient la cession des droits de l'auteur à l'éditeur. Le premier réflexe consiste donc à retrouver et étudier le contrat d'édition afin de déterminer si l'utilisation que vous planifiez est spécifiquement permise par le contrat (Pour les contrats « récents », il est possible que l'éditeur autorise un dépôt dans une archive publique après un délai d'embargo).

Dans le cas où le contrat ne prévoit pas expressément qu'il est possible de déposer l'œuvre dans une archive ouverte, voire la publier dans une revue Open Access, il faudra interpréter le contrat et chercher la volonté commune des parties lors de sa conclusion. L'article 16 al. 2 LDA précise qu'il faut partir du principe que seuls sont cédés les droits nécessaires à l'exécution du contrat. Dès lors, en fonction du contrat, il est possible d'argumenter qu'un contrat ne prévoyant qu'une édition papier n'implique pas la cession des droits nécessaires à une publication online ou à un dépôt dans une archive ouverte. En conséquence, l'auteur resterait titulaire des droits nécessaires et pourrait publier à son gré.

Dans la pratique, ces questions se posent moins souvent qu'il n'y paraît. S'il est possible au cas par cas d'argumenter en faveur d'une interprétation du contrat n'impliquant pas la cession des droits relatifs à une publication en ligne, la majorité des contrats d'édition contiennent une clause précisant que les droits d'édition sont cédés pour tous les types de publication existant, voire même à venir. Dans ces cas, l'accord de l'éditeur (qui acceptera parfois moyennant finance) est nécessaire.

Cette situation peut être reprise en ce qui concerne les droits obtenus sur des œuvres pour l'édition d'ouvrages « papier ». Le contrat et son interprétation déterminera si le droit de publier en ligne l'œuvre a été transféré par l'auteur ou son ayant-droit.

**Question 4:**

Je souhaite mettre le manuscrit de mon livre sur Serval, mais celui-ci contient de nombreuses images. Puis-je publier en OA mon texte en ajoutant un SPECIMEN sur les images ?

**Réponse :**

Dans le cas des images protégées par le droit d'auteur, l'accord de l'auteur des images ou de ses ayants droits est nécessaire afin de les publier avec l'ouvrage. Il n'existe aucune exception spécifique autorisant dans un quelconque cadre l'utilisation d'images si l'on ajoute « SPECIMEN » sur celles-ci. Ce type de pratique n'a donc aucun effet spécifique aux yeux de la loi sur le droit d'auteur. Il faudra examiner au cas par cas si chaque image est libre de droit, fait l'objet d'une licence d'utilisation, d'une autorisation de l'auteur ou fait l'objet d'une exception au droit d'auteur comme par exemple l'exception de citation. De plus, des modifications trop importantes effectuées sur l'œuvre peuvent porter atteinte aux droits à l'intégrité de l'auteur. Cette situation vaut également pour les pratiques visant à « cacher » dans l'archive des œuvres protégées.

Consulter : <https://ccdigitallaw.ch/index.php/french/copyright/4/41/411-erstveroeffentlichungsrecht/413-schutz-der-werkintegritaet>

<https://ccdigitallaw.ch/index.php/french/copyright/5/55-le-droit-de-citation>

**Question 5:**

En Suisse, la loi permet de citer des œuvres si elles illustrent un propos. Il semble que cela concerne également les images/œuvres d'art. Est-ce bien le cas ? Dans quelle mesure, dans les champs comme l'archéologie, le cinéma ou l'histoire de l'art, les œuvres reproduites sont-elles des illustrations d'un propos ? On pourrait aussi estimer qu'elles sont le centre du propos à partir duquel un discours est développé. Comment faire pour ces domaines directement touchés ?

**Réponse :**

Il existe en effet une exception au droit d'auteur lorsque l'œuvre en question est utilisée en tant que citation. Cette exception n'est en principe pas limitée quant au type d'œuvre qui peut être cité. Il peut donc s'agir d'un texte, d'une reproduction, voire d'un extrait d'œuvre audiovisuelle. Il est donc parfaitement possible d'utiliser des images d'œuvres dans le cadre de l'exception de citation.

L'exception de citation est cependant limitée, et sa justification dépendra du cas d'espèce. L'œuvre citée doit être subordonnée au propos principal et doit lui servir de référence, de commentaire ou de démonstration en plus d'être proportionnée. Tel est par exemple le cas de citation d'extrait d'une œuvre littéraire dans le cadre d'un travail commentant celle-ci. La citation entière d'une œuvre (ce qui arrive souvent avec les œuvres graphiques) ne se justifie que lorsqu'un extrait ne permettrait pas d'atteindre le but de la citation.

En d'autres termes, la citation d'une œuvre se justifie si la citation en tant que telle sert à appuyer le discours, quand bien même celui-ci porterait sur l'œuvre en question. A contrario, si la citation ne sert pas le discours mais consiste juste par exemple en une illustration, elle n'est pas justifiée et l'accord de l'auteur devient nécessaire.

Consulter : <https://ccdigitalaw.ch/index.php/french/copyright/5/55-le-droit-de-citation>

#### **Question 6 :**

Ce droit de « citation » des images est-il uniquement valable en Suisse ? Si l'artiste est américain, mais que le livre est publié en Suisse, quel droit fait foi ? Et si le livre est ensuite publié en OA sur Serval ?

#### **Réponse :**

Dans les situations n'impliquant pas que des acteurs suisses, il convient de déterminer quel droit est applicable. En principe, aucune loi n'a d'effets hors de son territoire. En conséquence, chaque tribunal commencera par appliquer les règles de droit international privé de son propre Etat afin de définir quel droit matériel s'applique au fonds. En Suisse, ces règles exigent d'appliquer le droit suisse lorsqu'une utilisation a lieu en Suisse, mais réservent les cas dans lesquels un contrat réglerait ce type de question. Il convient dès lors en premier lieu de chercher si une telle est prévue dans un éventuel contrat entre l'artiste américain et vous. Dans le cas contraire, il peut être très difficile de déterminer quel droit est applicable. Lorsque vous utilisez l'œuvre lors la création de votre livre, le droit suisse s'appliquera (si la création a lieu en Suisse). Idem si le livre est distribué en Suisse. Par contre, dans les situations impliquant une diffusion en ligne il est difficile de répondre. Certaines juridictions considèrent que c'est la mise en ligne qui détermine le droit applicable, d'autres qu'il s'agit du lieu de réception, ou du lien de survenance du dommage. En fonction de ces diverses possibilités, la publication peut être considérée en même temps comme légitime aux yeux du droit suisse, mais pas aux yeux d'un autre droit. Cette situation crée des risques et de nombreuses incertitudes, c'est pour cette raison que bon nombre d'acteurs du web recourent au blocage géographique.

Consulter : <https://ccdigitalaw.ch/index.php/french/copyright/1/15-determiner-le-territoire-dutilisation-cas-de-la-diffusion-en-ligne>

**Question 7:**

Il arrive que l'on doive payer une « redevance d'utilisation » d'un document (image par exemple), même si l'auteur de l'image est décédé il y a plus de 70 ans. En quoi consiste cette « redevance d'utilisation » ?

**Réponse :**

Lorsqu'une œuvre est tombée dans le domaine public, son auteur (ou l'ayant-droit) ne dispose plus d'aucun droit patrimonial au sens de la LDA. Une éventuelle utilisation ne nécessite donc plus de payer une redevance. De telles redevances peuvent exister lorsqu'une œuvre est par exemple photographiée et que l'auteur de l'image considère que son travail sur l'image de l'œuvre en question est une œuvre et est protégé (c'est souvent la position des musées et des photographes officiels des œuvres de leurs collections), mais s'il ne s'agit pas d'une œuvre au sens de l'article 2 LDA (par manque d'individualité par exemple), alors aucune redevance ne peut être fondée sur la LDA. La pratique des musées peut cependant varier fortement. Certains musées proposent (sous diverses licences, souvent ne permettant pas un usage commercial) un libre accès aux photographies de leurs collections tombées dans le domaine public. Dans un tel cas, il faudra comparer le contenu de la licence avec l'usage que vous envisagez afin de savoir si d'autres démarches sont nécessaires. D'autres musées adoptent des pratiques commerciales plus discutables : ils interdisent l'accès aux œuvres afin de les reproduire dans le but d'imposer l'utilisation de photographies « officielles » protégées et pouvant faire l'objet d'une redevance. La légalité de ce type de pratique dépend de la législation de l'Etat dans lequel le musée est situé.

**Question 8:**

Si je prends moi-même en photo l'œuvre d'un l'artiste décédé il y a plus de 70 ans dans un musée, ai-je le droit de la publier ? Autre exemple : si je prends mes propres photographies de peintures d'église du XVI<sup>e</sup> siècle, dois-je demander une autorisation auprès de l'église ?

**Réponse :**

Dès lors que l'œuvre est tombée dans le domaine public (la durée de 70 est un principe solide mais il existe des exceptions), il n'existe, au sens du droit d'auteur plus de droits sur l'œuvre en question. Chacun est donc libre d'utiliser l'œuvre de la manière qu'il souhaite, par exemple en publiant des photographies, dans des ouvrages ou autres. Concernant la photographie elle-même, celle-ci sera protégée s'il s'agit d'une œuvre au sens du droit d'auteur, en particulier si la condition d'individualité est validée (l'œuvre n'est plus protégée mais la photographie de celle-ci résultant des choix particuliers du photographe l'est). Il est relativement difficile d'établir avec certitude l'individualité d'une photographie, et c'est souvent là-dessus que jouent les musées pour exiger une rémunération pour la publication des photographies de leurs collections. En principe, plus la photographie est « neutre » (pas de jeu d'éclairages, un angle ordinaire pas d'élément particuliers dans la composition de la photographie), moins elle risque d'être protégée. Ainsi, une simple reproduction 1 :1 d'un tableau ne sera vraisemblablement pas protégée, tandis que la photographie d'une sculpture prise d'un point de vue proposant des jeux d'ombres et de lumière particuliers le sera. Si vous êtes l'auteur de la photographie, les mêmes règles s'appliquent. Vous pourrez donc publier votre photographie, mais celle-ci ne sera peut-être pas protégée.

**Question 9:**

Si l'auteur fait la demande d'obtention des droits de reproduction des images pour une diffusion en OA de son livre, doit-il spécifier des points importants dans son contrat (en termes de zone de diffusion, de durée, par exemple) ?

**Réponse :**

En premier lieu, il est important de savoir avec qui négocier. Certains auteurs cèdent leurs droits à des agrégateurs ou à des sociétés de gestion pour gérer leurs droits. Il faut donc chercher à l'avance à qui s'adresser, soit qui dispose de la capacité de vous accorder les droits dont vous avez besoin. Par exemple, un artiste ayant cédé ses droits ne pourra pas valablement vous accorder un droit d'utilisation.

La liberté contractuelle est relativement importante dans les contrats de licence et d'édition. Vous disposez donc en théorie d'une latitude importante dans la négociation des termes du contrat, mais la marge de manœuvre dépendra de votre interlocuteur. L'étendue des droits cédés ou des autorisations est fondamentale. Il peut par exemple judicieux de préciser que l'utilisation permise pour une publication papier et numérique. D'éventuelles restrictions temporelles ou géographiques peuvent également être importante, dans la mesure où elles peuvent avoir un impact important sur l'exploitation de l'ouvrage. L'élément le plus important est de vous assurer que le contrat envisagé couvre tous les droits nécessaires à l'utilisation que vous envisagez. Sur cet aspect, les licences Creative Commons peuvent être très utiles. Leurs étendues sont très faciles à appréhender, et il peut ainsi être plus facile de comprendre l'étendue des droits cédés.

**Question 10:**

Il arrive que l'auteur-e fasse la demande de droit pour reproduire une image. Toutefois, sa demande reste sans réponse (c'est arrivé dans le cas de musées provinciaux en Grèce par exemple pour une chercheuse en archéologie). L'auteur alors prend le « risque » de publier l'image quand même dans son article. Que faire lorsque ces articles sont ensuite mis en OA sur internet, disponible cette fois à bien plus large échelle ? Continuer à courir le risque d'une publication des images sans droits, sachant qu'avec les futurs outils de reconnaissance d'images, ces musées pourront bientôt aisément savoir que l'auteur-e a publié telle ou telle image en passant outre leur autorisation ?

**Réponse :**

En utilisant une œuvre protégée sans autorisation, et hors du cadre d'une éventuelle exception au droit d'auteur, vous prenez le risque de vous exposer à une action civile voire pénale. L'explosion des technologies de l'information et de la communication simplifient l'accès à ces œuvres ainsi que les capacités des auteurs ou des ayant-droits à repérer les violations de leurs droits.

**Question 11:**

Dans le cadre du Campus virtuel suisse, il y a quelques années, l'une de nos chercheuses a participé à un projet qui consistait à créer et à mettre sur internet des modules de cours contenant des images. Elle avait alors demandé à la fois au Louvre et au Metropolitan les droits pour une image de stèle avec bas-relief (= chaque musée une image) à mettre sur un tel module de cours en ligne. Leur réponse était le paiement d'un montant annuel, de l'ordre de 100 euros/dollars en moyenne par année de parution sur internet. N'y a-t-il pas un droit d'utilisation des images dans le cadre pédagogique ?

**Réponse :**

Il existe en effet une exception autorisant l'utilisation d'œuvres à des fins pédagogiques. Celle-ci est cependant limitée au cadre de l'enseignement, et est donc restreinte aux utilisations faites dans un contexte éducatif. De plus, cette exception ne couvre pas la reproduction de la totalité d'œuvres disponibles sur le marché. Une mise à disposition de la totalité d'une œuvre (si celle-ci n'est pas tombée dans le domaine public) sans restriction d'accès sur le net ne serait donc en principe pas couverte par l'exception pédagogique. En conséquence, il faut soit restreindre l'accès à l'œuvre afin que l'exception puisse s'appliquer, soit trouver un accord avec le titulaire des droits.

**Question 12:**

Comment respecter les exigences OA lorsque le chercheur n'a pas la possibilité de négocier les droits (par exemple lorsqu'il est auteur d'un chapitre de livre ou d'un article dans des actes de colloque, les droits sont négociés par l'éditeur scientifique seulement) ou quand il existe des désaccords entre co-auteurs ?

**Réponse :**

C'est en effet un problème. Lors de la création d'une œuvre collective, chaque auteur reste titulaire de ses droits et les cède en principe à l'éditeur de l'œuvre en question. Dans cette optique, il n'est plus possible d'exiger une publication en open Access, à moins que cela soit spécifié dans le contrat d'édition. Dans le cadre des œuvres communes, chaque auteur doit en principe accepter la publication en open Access de l'œuvre. En cas de désaccord, il n'est pas possible de publier l'œuvre en open Access, sauf si l'auteur dissident s'y oppose de mauvaise foi.

**Question 13:**

Question concernant les publications en histoire de l'art et l'archéologie : Que faire dans le cas où une image a été achetée par l'auteur auprès d'un musée pour la version papier de son article. Peut-il, ensuite, mettre en ligne son article (voie verte ou dorée) sans demander les droits au musée possesseur des droits de l'image ?

**Réponse :**

Plusieurs questions se posent :

L'œuvre est-elle tombée dans le domaine public ? Si la durée du droit est échu(e) (généralement 70 ans après la mort de l'auteur), l'œuvre est considérée comme étant tombée dans le domaine public et il est possible de l'utiliser librement sans qu'une autorisation soit nécessaire. Si l'œuvre est encore protégée, alors l'autorisation de l'auteur est en principe nécessaire. Le problème vient généralement du fait qu'il peut exister des droits d'auteur sur la photographie elle-même d'une œuvre exposée. Généralement, les photographies d'œuvres exposées dans les musées posent de nombreux problèmes de droit d'auteur. Sont-elles considérées comme des œuvres ? Cette réponse dépend de la photographie. Une simple "reproduction" d'une œuvre sans marge de manœuvre au niveau des angles ou des éclairages ne sera pas protégée et vous pourrez donc l'utiliser sans qu'aucune autorisation soit nécessaire. Si au contraire il est possible de déceler une individualité dans la photographie, il s'agit alors d'une nouvelle œuvre et l'autorisation de l'auteur ou de son ayant-droit sera nécessaire.

L'étendue de l'"achat" d'une œuvre pose également de nombreuses questions. L'achat d'un exemplaire d'une photographie d'une œuvre ne transfère pas en principe les droits nécessaires à la publication. Si de tels droits ont été achetés pour une publication papier, il conviendra d'examiner le contrat afin de savoir si son interprétation permet de conclure que les droits relatifs à une publication en ligne ont été transférés. Une publication en Open Access nécessite malheureusement en effet l'accord de l'auteur ou de l'ayant-droit puisqu'il s'agit d'une utilisation protégée par des droits exclusifs.

Il est également possible que l'œuvre reproduite dans l'article puisse être considérée comme une citation au sens de l'article 25 LDA, auquel cas aucune autorisation de l'ayant-droit n'est nécessaire.

La situation dans les faits est plutôt difficile. Certains musées ne jouent pas "franc jeu" en restreignant de manière abusive les possibilités de photographier les œuvres, afin de rendre incontournable les photographies prises par des photographes officiels, puis arguent que de telles photographies sont des œuvres au sens du droit d'auteur et que les utiliser nécessitent

l'accord du photographe (ou du musée, lorsque celui-ci bénéficie d'une cession de droits) ainsi que le paiement de redevances. Cette situation est également rendue plus compliquée par la diversité des règlements internes aux musées.

Certains autres musées ont par ailleurs décidé de prendre la voie de l'Open Access en mettant en ligne des images de leurs collections.

**Question 14:**

This question is from a colleague of mine. She wants to know what is the importance of a publisher template (“gabaret de l’éditeur”) ou “Verlagstemplate” (in German). If it makes any difference, if a researcher publishes his document by a publisher’s template for the question if we can open it to public by a repository. In my opinion or estimation, that doesn’t make any difference. We have to decide if we can open to public a document on the basis of his content. An on the basis of what is standing on the paper (if the template has a publishers’ logo or if his name is mentioned on the paper. Then, it can not be a postprint (accepted manuscript) and can not be opened to public if only the accepted manuscript is allowed). What do you mean to this?

**Réponse :**

Dans la voie verte, on distingue deux types de documents. Le pre-print, soit la version de l’article qui n’a pas encore été examinée par les pairs. Le post-print, quant à lui est la version de l’article revue par les pairs et acceptée pour la publication. Dans cette catégorie, on peut distinguer la version de l’éditeur, telle qu’elle sera publiée, ainsi que la version officielle du manuscrit qui est identique dans son contenu, mais peut varier au niveau de la pagination ou du format ou de la mise en page.

Il est vrai que des questions relatives au droit d’auteur ou à d’autres domaines du droit peuvent se poser (on peut penser au droit des marques notamment en ce qui concerne me logo de l’éditeur). Dans la pratique cependant, la question est généralement plus simple. L’existence d’un post-print suppose celle d’un contrat d’édition entre l’auteur et l’éditeur, avec bien souvent la cession des droits de celui-ci sur le contenu même de l’article. Il en résulte que c’est l’éditeur (dans le cadre du contrat d’édition) qui autorise le cas échéant l’auteur à publier son œuvre dans une archive ouverte, et le contrat précisera les modalités de cette mise à disposition en pre-print ou en post print, en version officielle ou de l’éditeur.