

Droit d'auteur et Open Access

ASPECTS THÉORIQUES ET DÉFIS PRATIQUES

YVES BAUER, MLAW

Plan

1. Un droit d'auteur exclusif opposé à la philosophie Open Access?
 - Origine du droit d'auteur et de l'Open Access.
 - Crise.
 - Problématiques liées à la révolution numérique.
2. Convergences et frictions? la LDA et l'Open Access
 - Champ d'application du droit d'auteur: l'œuvre.
 - L'auteur.
 - Droits exclusifs.
3. Liberté contractuelle: un problème de mise en œuvre des droits
 - Les moyens mis en œuvre pour favoriser la transition vers l'Open Access.
 - Les œuvres déjà publiées.
 - La publication.

A l'origine: objet et histoire du droit d'auteur

- **1531**: apparition en Suisse.
- Entre le **XVI et XVIIIe siècle**, la protection de l'investissement des éditeurs.
- La législation moderne: protection de la personnalité de l'auteur.
- Au **XXIe siècle**: protection de la liberté de création?

A l'origine: objet et histoire du droit d'auteur

- Objet: On protège les œuvres constituant des biens culturels
 - Ou plus vraisemblablement les comportements humains tournant autour de ces biens

- Aspects constitutionnels:
 - Entorse à la liberté du commerce par la création d'un «monopole»;
 - Garantie de la propriété privée;
 - Protection de l'investissement;
 - Protection de la personnalité de l'auteur;
 - Protection de la liberté créatrice;
 - Protection de la liberté d'expression?

A l'origine: objet et histoire du droit d'auteur

Aujourd'hui:

- Révolution numérique
 - Une opportunité: le modèle ordinaire de publication n'est plus un passage obligé
 - Le passage au «online» offre à l'éditeur de nouveaux modèles de restrictions
 - Du point de vue technique
 - Du point de vue de la politique commerciale

- Un droit en crise?
 - Dans les années 90: revendications
 - Dans le domaine scientifique...
 - ... mais pas seulement.

Déclaration de Budapest du 14 février 2002

Par « *accès libre* » à cette littérature, nous entendons sa *mise à disposition gratuite sur l'internet public*, permettant à tout un chacun de lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces articles, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale, sans barrière financière, légale ou technique autre que celles indissociables de l'accès et l'utilisation d'Internet. La seule contrainte sur la reproduction et la distribution, et le seul *rôle du copyright* dans ce domaine devrait être de garantir aux auteurs un *contrôle sur l'intégrité de leurs travaux* et le droit à être *correctement reconnus et cités*.

Caractéristiques principales d'une œuvre en Open Access

- L'œuvre doit être disponible gratuitement (accès).
- Les utilisateurs doivent disposer de la capacité d'utiliser cette œuvre au-delà des exceptions prévues par la législation.
- Des capacités similaires à celles des licences libres:
 - Étudier
 - Copier
 - Modifier
 - Redistribuer

Caractéristiques principales d'une œuvre en Open Access

Le «libre accès» reste en pratique un concept assez *flou*.

- Certaines œuvres sont accessibles mais pas libres!



Les différentes formes d'Open Access

- **Voie verte** ou autoarchivage:
 - On fournit à l'auteur les outils et l'assistance afin de lui permettre de déposer son œuvre dans une archive électronique ouverte.
 - L'accès gratuit est garanti pour tous les internautes.
- **Voie jaune**: archivage des «preprint».
- **Voie bleue**: archivage des «postprint», voire la version de l'éditeur.
 - Solution «temporaire»
 - Nécessite un changement d'habitude des chercheurs.
 - Ne règle pas le problème des coûts
 - Réaction des éditeurs: embargo
 - Qualité du contenu des archives
 - Métadonnées
 - Preprint

Les différentes formes d'Open Access

- **Voie dorée:** revues alternatives.
 - Créer de nouvelles revues fondées sur le libre accès.
 - Aide aux revues décidant de passer à l'Open Access.
 - Ne nécessite pas de changement de fonctionnement.
 - Les coûts dépendent du modèle économique.
 - L'auteur paie:
 - Critiquée, cette alternative est peu favorable aux organismes peu dotés et manque l'objectif de partage.
 - Problème de peer-review.
 - Financement public:
 - Un modèle traditionnel en plus éthique?
 - Financement par divers services supplémentaires.

Les différentes formes d'Open Access

- Voie hybride et voie ordinaire:

- Entre les voies vertes et dorées.
 - L'éditeur propose à l'auteur d'acheter la «libération» de son œuvre.
 - Double recettes sans prise de risques.

- Voie platine ou diamant:

- Une organisation à but non lucratif évalue et publie un contenu librement accessible...
- ...puis le mets à disposition librement à condition qu'il soit utilisé dans un but non lucratif (Creative Commons: NC)
 - Il est parfois difficile de dissocier les utilisations à but lucratif, et celles qui ne le sont pas.

“Copyright” et Open Access

Obstacle ou outil?

- Les chercheurs se voient bloquer l'accès au fruit de la recherche à cause du «Copyright».
- Le droit exclusif destiné à protéger l'auteur devient-il son ennemi?
 - Une réponse définitive nécessiterait bien plus que des connaissances juridiques.

Pour les juristes: l'Open Access est une modalité d'exercice du droit exclusif de l'auteur.

- Comme le droit exclusif permet à l'auteur d'interdire l'accès, celui-ci peut décider d'en faire usage afin d'ouvrir son accès.

L'œuvre (à caractère scientifique)

Article 2 al. 1 LDA:

« Par œuvre, *quelles qu'en soient la valeur ou la destination*, on entend toute *création de l'esprit*, littéraire ou artistique, qui a un *caractère individuel* ».



De plus, l'œuvre doit être *exprimée*.

➤ Pas nécessairement « fixée ».



L'œuvre (à caractère scientifique)

Caractère individuel:

«C'est la diversité des décisions de l'auteur, les combinaisons surprenantes et inhabituelles qui constituent l'individualité de l'œuvre. L'individualité se distingue de la banalité et du travail de routine»

(Dessemontet in: de Werra/Gilliéron CoRo PI p. 26, 2013).

L'œuvre (à caractère scientifique)

Sont des créations de l'esprit:

- Art. 2 al. 1 lit. a « *les œuvres recourant à la langue, qu'elles soient littéraires, scientifiques ou autres* ».
- Art. 2 al. 1 lit. d « *les œuvres à contenu scientifique ou technique, tels que les dessins, les plans, les cartes ou les ouvrages sculptés ou modelés* ».
 - Un article dans une revue, un mémoire, une thèse, un manuel, etc.
- A condition de respecter les autres critères, notamment le caractère individuel.
 - La marge de manœuvre dont dispose l'auteur pour apporter le caractère individuel est essentielle.

L'œuvre (à caractère scientifique)

Qu'est-ce qui est protégé?

- Forme extérieure: organisation de la présentation de l'œuvre.
- Forme intérieure: agencement des idées ou de l'exposé, systématique, ...

Le cas particulier des recueils et bases de données:

- Art. 4 LDA: les recueils sont protégés
 - S'ils répondent en eux-mêmes au critères de l'article 2 LDA.
 - En particulier si l'agencement de leur contenu possède un caractère individuel.
 - Les bases de données, des « super recueils » qui manquent souvent d'individualité dans la structure.
 - Rien n'interdit (selon le droit d'auteur) la reprise des données contenues.

Premier constat: Tout ce qui est hors du cadre n'est pas soumis aux restrictions de la LDA.

À votre avis



4. Je peux utiliser une œuvre...?

- a. Si elle est disponible en libre accès sur internet: on peut partir du principe que l'auteur a consenti à sa réutilisation.
- b. Sans le consentement de l'auteur afin de rendre plus attractif un article.
- c. Dans mon article si elle sert de commentaire, de référence ou de démonstration.
- d. En principe. L'important est de citer correctement sa source.

À votre avis



4. Je peux utiliser une œuvre...?

- a. Si elle est disponible en libre accès sur internet: on peut partir du principe que l'auteur a consenti à sa réutilisation.
- b. Sans le consentement de l'auteur afin de rendre plus attractif un article.
- c. Dans mon article si elle sert de commentaire, de référence ou de démonstration.
- d. En principe. L'important est de citer correctement sa source.

L'œuvre utilisée dans une publication

Le principe: l'auteur d'une œuvre dispose des droits exclusifs.

- L'exception: le droit de citation (art. 25 LDA) :

*« Les citations tirées d'œuvres divulguées sont licites dans la mesure où elles servent de **commentaire**, de **référence** ou de **démonstration** et pour autant que leur **emploi en justifie l'étendue** ».*

- Conditions matérielles:
 - Un lien de connexité est nécessaire.
 - La citation doit servir le contenu et être proportionnée au but suivi.
 - La citation entière d'une œuvre doit être justifiée.
 - Une œuvre protégée:
 - Toutes les combinaisons sont possibles en principe.
 - Un exercice limité:
 - Droit moral.
 - Triple test.

Auteur, Auteurs? Qui décide?

Les œuvres composées:

- Chacun est l'auteur de sa contribution.
- Plus éventuellement une protection pour le recueil.
- **Conséquence:**
 - L'auteur dispose en principe seul des droits sur sa contribution spécifique.



Les œuvres communes:

- Plusieurs auteurs collaborent ensemble à l'œuvre commune.
- Pas nécessairement un mix.
- L'apport doit être créatif.
- **Conséquence:**
 - L'œuvre ne peut être utilisée que d'un commun accord...
 - ... mais on ne peut refuser que pour une raison valide
 - La mise à disposition en open Access d'une œuvre est une forme d'exercice des droits: l'accord de **tous les auteurs** est nécessaire, avant ou après la création



Quel droits dans le monde numérique?

Droits exclusifs:

- **Droit de reproduction** (art. 10 al.2 let. a LDA):
 - L'auteur a le droit exclusif de confectionner des exemplaires de l'œuvre.
 - Une «copie» au sens du droit d'auteur est réalisée sur un support durable.
 - Reproduction sur un disque dur ou un serveur.
 - Reproduction totale ou partielle.

- **Droit de communication** (art. 10 al. 2 let. c LDA):
 - En particulier le droit de mise à disposition.
 - L'auteur a le droit exclusif de faire en sorte qu'un tiers puisse accéder à l'œuvre.
 - Peer to peer.
 - Accès à une base de données en ligne.

Quel droits dans le monde numérique?

- **Droit à l'intégrité** (Art. 11 LDA):
 - L'auteur a le droit exclusif de décider si, quand et de quelle manière l'œuvre peut être modifiée, incorporée à un recueil ou utilisée pour la création d'une œuvre dérivée.
 - L'auteur dispose du droit inaliénable de s'opposer à toute modification portant atteinte à sa personnalité.
- **Droit à la paternité** (Art. 9 LDA):
 - L'auteur a le droit de faire reconnaître sa qualité d'auteur.

Déclaration de Budapest du 14 février 2002

Par « *accès libre* » à cette littérature, nous entendons sa *mise à disposition gratuite sur l'Internet public*, permettant à tout un chacun de lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces articles, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale, sans barrière financière, légale ou technique autre que celles indissociables de l'accès et l'utilisation d'Internet. La seule contrainte sur la reproduction et la distribution, et le seul *rôle du copyright* dans ce domaine devrait être de garantir aux auteurs un *contrôle sur l'intégrité de leurs travaux* et le droit à être *correctement reconnus et cités*.

Incompatibilités?

En théorie, un auteur dispose des moyens d'assurer l'accès libre à son œuvre...

 ... mais cette liberté est soumise à la stratégie commerciale de l'éditeur.

Parfois, l'auteur décide également d'user de cette liberté en ne choisissant pas la voie de l'Open Access.

Dois-t-il être contraint?

Transition vers l'Open Access

Imposer au chercheur l'Open Access:

- Les organismes de financement de la recherche, peuvent exiger que le fruit de celle-ci soit diffusé en Open Access
- L'UE impose, pour les projets Horizon 2020, de préciser les modalités et conditions de l'accès ouvert aux publications scientifiques financées
 - En particulier, les participants s'engagent à diffuser aussi vite que possible et par les moyens appropriés leurs résultats.
- La politique du FNS:
 - Conditionnement du financement au libre accès aux résultats
- La loi Bernoise sur l'Université:
 - Cession des droits d'auteur à l'Université
- La loi zurichoise sur la HES et le modèle «allemand»:
 - Attribution des droits d'utilisation exclusifs à la HES
- Modèle «anglais».
 - Attribuer à la Haute école une licence pour les publications secondaires.

Transition vers l'Open Access

Inciter les chercheurs à choisir la voie de l'Open Access:

- Parfois difficile.
 - Facteur d'impact.
 - Opportunité de carrière du chercheur.

Valorisation par l'Etat des publications en Open Access:

- Et impact sur le financement des Hautes écoles.

Soutient de la part de la Haute école:

- Lors de la négociation avec les éditeurs.
- Prise en charge des coûts de publication et des API.

Dans la pratique: la publication d'une œuvre

La voie "ordinaire": le contrat d'édition:

- Art. 16 al. 1 « *Les droits d'auteur sont cessibles et transmissibles par succession* ».
 - Tous les droits d'utilisation peuvent être cédés individuellement ou globalement à un tiers.
 - La situation est plus compliquée pour les droits moraux.

- La liberté est grande concernant la forme.

- Conséquence: Le droit est **définitivement transféré**.
 - L'auteur perd définitivement la maîtrise de son droit.
 - Le cessionnaire devient titulaire du droit cédé.

Un contrat d'édition de revue



« Je cède par les présentes au Titulaire des droits d'auteur, à titre exclusif, les droits d'auteur (...), les auteurs acceptent d'accorder une licence exclusive d'édition et de distribution) ainsi que de tous les tableaux, illustrations ou autres matériels soumis pour publication en tant que partie intégrante du manuscrit (l'« Article »). Cette cession des droits d'auteur signifie que j'ai cédé au Titulaire le droit exclusif de publier et de reproduire l'Article, ou toute partie de l'Article, en format papier, électronique et sous toute autre forme et sur tout autre support (qu'ils soient actuellement connus ou mis au point ultérieurement), en toutes langues, dans le monde entier, pour toute la durée des droits d'auteur, ainsi que le droit d'autoriser des tiers à faire de même, avec effet à la date d'acceptation de l'Article en vue de sa publication. Ceci inclut le droit de faire appliquer à des tiers les droits cédés aux titres des présentes. »

(Elsevier contrat d'édition de revue, 2016)

Dans la pratique: la publication d'une œuvre

Conséquences de la cession:

- Le cessionnaire (la maison d'édition) est titulaire des droits d'auteur.
- Un éventuel open Access dépend de sa volonté/du contrat d'édition.
- Les éditeurs ne sont généralement pas totalement opposés à toute forme d'open Access.
 - Mais la pratique peut varier fortement:
 - Voie verte, dorée ou hybride.
 - Embargo.

Dans la pratique: la publication d'une œuvre

La Licence

- L'auteur autorise temporairement un tiers à faire usage d'un droit.
 - Le donneur de licence reste titulaire de l'ensemble des droits d'auteur.
 - Mais renonce à exercer son droit exclusive vis à vis du preneur de licence.
 - Le preneur de licence peut utiliser le ou les droits faisant l'objet de la licence.
- Un exemple de diversité: les licences Creative Commons.
 - L'auteur fait usage de son droit afin de permettre par avance les utilisations prévues.
- Conséquence:
 - En fonction des droits faisant l'objet de la licence, c'est le preneur de licence qui dispose du droit exclusif d'interdire une utilisation.

À votre avis



5. J'ai publié il y a de nombreuses années une œuvre chez un éditeur. Lors de nos discussions, il n'était pas question de publication sur internet, ni d'Open Access. Puis-je publier moi-même cet article dans une revue libre?

- a. Oui. En tant qu'auteur, c'est moi qui décide des usages de mon œuvre.
- b. L'éditeur est le seul à pouvoir autoriser cette utilisation.
- c. Il n'était pas question, dans nos discussions de publication «online», je reste donc titulaire de ces droits et je peux décider de publier en ligne.
- d. Mon contrat prévoit probablement la cession de mes droits d'exploitation sur support papier comme numérique.
- e. Le législateur a décidé de mettre en œuvre la transition vers l'Open Access. En conséquence, les éditeurs sont obligés de revoir leurs contrats afin d'autoriser au moins le dépôt des articles dans des archives ouvertes.

À votre avis



5. J'ai publié il y a de nombreuses années une œuvre chez un éditeur. Lors de nos discussions, il n'était pas question de publication sur internet, ni d'Open Access. Puis-je publier moi-même cet article dans une revue libre?

- a. Oui. En tant qu'auteur, c'est moi qui décide des usages de mon œuvre.
- b. L'éditeur est le seul à pouvoir autoriser cette utilisation.
- c. Il n'était pas question, dans nos discussions de publication «online», je reste donc titulaire de ces droits et je peux décider de publier en ligne.
- d. Mon contrat prévoit probablement la cession de mes droits d'exploitation sur support papier comme numérique.
- e. Le législateur a décidé de mettre en œuvre la transition vers l'Open Access. En conséquence, les éditeurs sont obligés de revoir leurs contrats afin d'autoriser au moins le dépôt des articles dans des archives ouvertes.

Les œuvres concernées: les œuvres déjà publiées

Œuvres déjà publiées:

- Les droits ont-ils fait l'objet d'une cession ou d'une licence?
 - En règle générale, les droits nécessaires à la mise à disposition en Open Access sont entre les mains de l'éditeur.
 - Une mise en Open Access violerait donc le contrat entre l'auteur et l'éditeur...
 - ... et ouvrirait la voie à un action.
 - Sur le plan civil (art. 61 LDA).
 - Sur le plan pénal (art. 67 LDA).
- La seule solution: négocier la diffusion en Open Access.
 - Parfois en «rachetant» la liberté de l'œuvre.

Les œuvres concernées: les œuvres pas encore publiées

L'auteur est «libre» de choisir savoir:

- Et choisir de conclure un contrat qui l'empêcherait de diffuser son œuvre en open Access.
 - Voie «ordinaire».

- Et choisir un éditeur proposant une politique spécifique en termes d'Open Access.
 - Les pratiques varient énormément en fonction des revues et des contrats et/ou des disposition régissant les contrats en question :
 - Preprint et postprint.
 - Aucun archivage, voie jaune ou voie bleue.
 - Embargo.

Les œuvres concernées: les œuvres pas encore publiées

L'auteur est «libre» de choisir sa voie.

- Il peut choisir de mettre son œuvre en open Access avant de conclure un contrat avec un éditeur.
 - La situation ordinaire du preprint.
 - Certains éditeurs peuvent exiger à postériori un embargo sur le preprint.
 - Il existe un risque de violation du contrat entre l'auteur et l'éditeur si le preprint est trop proche du postprint.
 - L'auteur peut se voir opposer un refus de l'éditeur.
- Il peut choisir la voie dorée et faire éditer son œuvre dans une revue open access.
 - En principe, pas de cession des droits à l'éditeur, mais peu d'homogénéité.
 - Licences Creative Commons plus ou moins vastes.
 - Contrat de licence spécifique.
 - Y compris au sein des agrégateurs.
 - La prudence est de mise!

Voie dorée: Contrat de licence

I hereby grant to *Journal Owner* an **exclusive publishing and distribution license** in the manuscript identified above and any tables, illustrations or other material submitted for publication as part of the manuscript (the “Article”) in print, electronic and all other media (whether now known or later developed), in any form, in all languages, throughout the world, **for the full term of copyright**, and the right to license others to do the same, effective when the Article is accepted for publication. This license includes the right to enforce the rights granted hereunder against third parties.

The publisher will apply the *Creative Commons Attribution 4.0 International License* (CC BY) to the Article where it publishes the Article in the journal on its online platforms on an Open Access basis. (*Elsevier, license agreement*)

Les rapports entre la Haute école, l'archive ouverte et l'auteur

La loi ou le règlement interne de la Haute école peuvent obliger ou inciter le chercheur à déposer son œuvre dans une archive.

- La pratique et l'étendue du transfert peuvent varier fortement entre les différentes institutions.
 - Ces variations influencent fortement les effets, les modalités et les conséquences du dépôt.
 - Deux cas particuliers:
 - La licence non exclusive.
 - La cession.
- Des frictions peuvent survenir avec l'institution.

Entre l'archive et l'auteur:

- Licence.
 - Si oui, quel type?
- Activité purement technique sans aucune cession.
- Beaucoup de modèles «hybrides» mais très peu de clarté.
- Caractère définitif?

Conclusion

- **Pas d'opposition fondamentale** entre le régime du droit d'auteur «classique» et l'open Access.
 - Si elle n'a pas été nécessairement écrite avec l'Open Access en tête, **la LDA reste applicable**.
- La transition vers l'open Access est en cours.
 - Parfois malgré lui, le chercheur reste au cœur de la gestion des droits d'auteur.

... et elle comporte son lot d'approximations, d'erreur et de problèmes, comme tous les changements de modèles.

- On ne saute pas dans l'inconnu...
- ... mais on peut facilement être confus face à la multiplication des modalités de publication.

POUR PLUS D'INFORMATIONS...



www.ccdigitallaw.ch



www.facebook.com/ccdigitallaw

Bienvenue sur le site du Centre de Compétence pour le droit numérique. Nous offrons un support aux Hautes Écoles Universitaires suisses (étudiants, personnel académique et administratif), afin de faire face aux risques juridiques qui concernent la numérisation, les nouveaux médias, les technologies digitales.

En évidence



Comment éviter le plagiat



Publier sur les médias sociaux



Logiciels libres et open source



Creative Commons

Nouvelles

31.08.2018 - Nouveau design de la plateforme de CCdigitallaw

Au cours des derniers mois nous avons complètement repensé la plateforme de CCdigitallaw. Découvrez le nouveau design en parcourant les sections en évidence ou en consultant nos services. Que pensez-vous de la nouvelle plateforme? Nous apprécions tous les retours!

Services



FAQ



Base de connaissance



Formation



Service de conseil



Questions?

Contacts

info@ccdigitallaw.ch

+41 58 666 49 300

MERCI DE VOTRE
ATTENTION!