



HAL
open science

Le rôle du droit d'auteur dans le développement de l'open access via les archives ouvertes

Carine Bernault

► **To cite this version:**

Carine Bernault. Le rôle du droit d'auteur dans le développement de l'open access via les archives ouvertes. CILA2014 / Colloque international: "Libre accès et recherche scientifique: vers de nouvelles valeurs", Université de la Manouba, Tunisie et le Centre National Universitaire de Documentation Scientifique et Technique (CNUDST - Tunis), Nov 2014, Tunis, Tunisie. halshs-01120188

HAL Id: halshs-01120188

<https://shs.hal.science/halshs-01120188>

Submitted on 25 Feb 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0
International License

Le rôle du droit d'auteur dans le développement de l'open access via les archives ouvertes

CILA 2014

*Carine Bernault, Professeur à l'Université de Nantes,
Directrice de l'IRDP*

Résumé

Le droit d'auteur est incontournable lorsque l'on évoque l'open access, que ce soit pour organiser l'accès aux publications scientifiques ou permettre leur exploitation. Pourtant, les dispositifs mis en place pour promouvoir l'open access ne donnent pas toujours la même place au droit d'auteur. Si la recherche d'efficacité peut justifier l'adoption de solutions plus ou moins contraignantes pour les scientifiques, il est également envisageable de responsabiliser les chercheurs en leur donnant les moyens de partager leurs œuvres et d'en permettre l'utilisation.

Mots-clés.

Droit d'auteur, œuvre, libre accès, libre utilisation, Creative commons, exception au droit d'auteur, fair use, fair dealing.

Abstract

Copyright is inescapable when we talk about open access. It allow to organize free availability and use of scientific works for any interesting people. Nevertheless, copyright don't necessarily take the same place in devices set up to promote open access. Some solutions are more or less compulsory for researchers. But it's also possible to adopt distinct method, which make scientists more responsible and give them means to share their works and allow their use.

Keywords.

Copyright, work, free access, exploitation, Creative commons, copyright limitation, fair use, fair dealing

I Introduction

Le droit d'auteur est incontournable lorsque l'on évoque l'open access. Les travaux scientifiques présentés sous forme d'articles ou d'ouvrages sont des œuvres originales et les chercheurs sont donc des auteurs, titulaires de droits sur leurs créations. Dès lors, l'exploitation de ces publications suppose l'accord de ces auteurs. Avant le développement de l'open access, cet accord était traditionnellement formalisé par un contrat d'édition confiant au seul éditeur le rôle de publier l'œuvre et de la diffuser aux lecteurs. Avec l'open access, ces pratiques évoluent, l'éditeur peut lui-même communiquer l'œuvre de manière « ouverte » ou bien permettre le dépôt du texte dans une archive.

Le droit d'auteur est également incontournable lorsque l'on évoque l'autre « volet » de l'open access : l'utilisation de l'œuvre rendue accessible. L'initiative de Budapest pour l'accès ouvert¹ proclame en effet que l'« accès libre » à la littérature scientifique implique certes « sa mise à disposition gratuite sur l'Internet public » mais aussi la possibilité pour le lecteur d'exploiter l'œuvre « sans barrière financière, légale ou technique autre que celles indissociables de l'accès et l'utilisation d'Internet ». Ici, l'impact du droit d'auteur est directement envisagé puisqu'il est ajouté dans la déclaration de Budapest que « 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 ». La déclaration de Berlin, dans la même logique, prévoit que les auteurs d'une œuvre scientifique « concèdent à tous les utilisateurs (...) une licence les autorisant à la copier, l'utiliser, la distribuer, la transmettre et la montrer en public, et de réaliser et de diffuser des œuvres dérivées, sur quelque support numérique que ce soit et dans quelque but responsable que ce soit, sous réserve de mentionner comme il se doit son auteur (les règles usuelles de la collectivité continueront à disposer des modalités d'attribution légitime à l'auteur et d'utilisation responsable de l'œuvre publiée, comme à présent), tout comme le droit d'en faire des copies imprimées en petit nombre pour un usage personnel »².

Pour autant, les travaux menés sur l'open access ne donnent pas toujours la même place au droit d'auteur. Dans le fameux rapport Finch publié en juin 2012 au Royaume-Uni par exemple, on ne trouve pas le mot copyright dans les 10 recommandations formulées pour promouvoir l'open access (Finch, 2012). Certes, l'une de ces recommandations, la 3^{ème}, porte sur le nécessaire développement de politiques destinées à faciliter l'utilisation des œuvres,

¹ <http://www.budapestopenaccessinitiative.org/translations/french-translation> (consulté le 11 juill. 2014)

² <http://openaccess.inist.fr/?Declaration-de-Berlin-sur-le-Libre> (consulté le 11 juill. 2014).

³ § 3.19.

⁴ §3.44 ; 3. 47 ; 5.9 et 7.62.

⁵ § 4.10 ; 4.18 et 8.9.

⁶ § 4.27.

⁷ <http://www.fosteropenscience.eu> (consulté le 11 juill. 2014).

⁸ <http://www.sparc.arl.org/resources/authors/addendum-2007> (consulté le 11 juill. 2014).

⁹ [http://capitalizationofdiscovery.com/BIENNIAL-REPORT-OF-THE-DIRECTOR-NATIONAL-INSTITUTES OF HEALTH, FISCAL YEARS 2008 & 2009, ABOUT NIH 1-39, 1-41 \(2010\)](http://capitalizationofdiscovery.com/BIENNIAL-REPORT-OF-THE-DIRECTOR-NATIONAL-INSTITUTES-OF-HEALTH-FISCAL-YEARS-2008-&-2009-ABOUT-NIH-1-39-1-41-2010)
http://report.nih.gov/biennialreport/pdf/NIH_Biennial_FY0809_Volume_I.pdf

spécialement à des fins non commerciales. Ce sujet est directement lié au droit d'auteur. Par ailleurs, le terme « copyright » apparaît tout de même dans l'ensemble du rapport, pour évoquer la problématique du text mining³, l'impact des contrats conclus avec les éditeurs sur l'open access⁴, les usages qui peuvent relever d'exceptions ou de limitations au droit d'auteur⁵, les œuvres orphelines⁶.

Mais on voit ainsi que le droit d'auteur est essentiellement perçu comme un frein voire un obstacle au développement du libre accès. L'objet de cette intervention est de montrer que le droit d'auteur peut aussi être un outil au service du partage de la littérature scientifique, pour peu que l'on donne aux scientifiques les moyens d'exploiter leurs droits à cette fin. Il s'agit ici d'aborder ce sujet en envisageant plus spécifiquement le cas des archives ouvertes.

Une des différences entre la « voie verte » des archives ouvertes et la « voie dorée » des revues en open access tient au fait que les secondes reposent sur une véritable politique éditoriale menée par le ou les gestionnaires de la revue. Le recours aux archives ouvertes permet en revanche au chercheur de communiquer directement ses travaux au monde entier, par un simple dépôt et peut le laisser maître des modalités de cette communication.

Pour tenter de faire le point sur le rôle du droit d'auteur dans le développement de l'open access via les archives ouvertes, nous envisagerons la question de l'accès aux œuvres scientifiques (II) puis celle de l'« utilisation » des œuvres ainsi rendues accessibles (III), dissociant ainsi les deux « pieds » sur lesquels repose l'open access.

II. Accès aux œuvres scientifiques et droit d'auteur : contraindre ou responsabiliser les chercheurs ?

La question posée ici est simple : comment favoriser le dépôt des travaux scientifiques dans les archives ouvertes et quel peut être le rôle du droit d'auteur ? L'interrogation peut sans doute surprendre : dans la mesure où le mouvement de l'open access correspond véritablement à l'intérêt de la recherche et des chercheurs, on pourrait penser que ces derniers alimentent naturellement les archives ouvertes avec leurs travaux. Mais la question se pose néanmoins car il semble que l'intérêt de la recherche ne rejoigne pas toujours celui des chercheurs. Une telle affirmation paraît évidemment paradoxale, sinon absurde ou choquante et pourtant... L'intérêt de la recherche est de voir les travaux scientifiques rendus librement accessibles si possible dès leur divulgation. Les chercheurs poursuivent généralement ce même but puisqu'ils souhaitent que leurs travaux enrichissent le savoir commun. Mais dans le même temps, ils veulent que ces travaux soient valorisés, reconnus par leurs pairs afin d'en tirer un bénéfice pour leur carrière mais aussi pour obtenir de nouveaux financements pour de futurs travaux. Ce phénomène de « schizophrénie » du chercheur est bien connu (Guédon, 2001) : nous voulons tous accéder librement aux recherches de nos collègues pour alimenter nos propres travaux mais tout en souhaitant que nos articles soient publiés dans de prestigieuses revues qui ne

³ § 3.19.

⁴ §3.44 ; 3. 47 ; 5.9 et 7.62.

⁵ § 4.10 ; 4.18 et 8.9.

⁶ § 4.27.

pratiquent pas forcément l'open access. D'ailleurs, consciente de cette difficulté, la Commission européenne, dans sa recommandation de juillet 2012 relative à l'accès aux informations scientifiques et à leur conservation incite les Etats membres à veiller « à ce que le système des carrières universitaires soutienne et récompense les chercheurs qui adhèrent à une culture de partage de leurs résultats de recherche, notamment en garantissant le libre accès à leurs publications et en élaborant, en encourageant et en utilisant de nouveaux modèles, critères et indicateurs alternatifs pour l'évaluation des carrières ».

Dès lors, se pose nécessairement la question de savoir comment inciter les chercheurs à rendre leurs travaux librement accessibles, ce qui suppose aussi de bien identifier les obstacles à surmonter. Or, le droit d'auteur peut à la fois constituer un obstacle au libre accès et devenir un outil pour en favoriser le développement.

Tout d'abord, si l'on souhaite donner tout son sens à l'open access, il faut diffuser en accès ouvert les travaux actuels, futurs mais aussi passés. Or pour ces derniers, l'obstacle au libre accès viendra bien souvent des contrats conclus par les auteurs avec les éditeurs. Très souvent, ces contrats accordent à l'éditeur une exclusivité d'exploitation de l'œuvre, et cela sur support « papier » comme pour une exploitation en ligne, pour le monde entier et pour toute la durée des droits. Le chercheur est alors privé de la possibilité d'exploiter lui-même sa création sauf à négocier avec l'éditeur un avenant au contrat, ce qui n'est sans doute pas impossible mais risque d'être laborieux. Ici, le droit d'auteur peut donc être un obstacle au libre accès et tout dépendra du rapport de force entre l'auteur et son éditeur.

Cette question du rapport de force est également importante lorsque l'on aborde le cas de la diffusion des œuvres actuellement publiées. L'auteur peut alors faire le choix du libre accès en décidant de publier son article dans une revue qui autorisera en parallèle le dépôt dans une archive ouverte, parfois après une période dite d'embargo assurant à l'éditeur une exclusivité de quelques mois. Tout dépend donc de la volonté du chercheur et de sa capacité à trouver un éditeur « conciliant ».

Mais l'étude des différentes situations rencontrées dans plusieurs pays montre que si l'open access dépend de la seule volonté des chercheurs, son développement risque d'être freiné. Un chercheur isolé face à un éditeur puissant et prestigieux peut hésiter à défendre sa volonté de favoriser le libre accès. Face à un contrat type adressé par une maison d'édition, il est parfois bien difficile pour le non juriste de savoir comment négocier et quoi négocier. Certes, des opérations de sensibilisation sont menées auprès des chercheurs, dans le cadre de programme comme FOSTER par exemple⁷. Des clauses types sont même parfois proposées afin que les auteurs puissent les soumettre directement à leurs éditeurs. Ici on peut citer les actions de SPARC⁸ ou BSN 4 (Bibliothèque scientifique numérique) en France qui travaille actuellement à la rédaction d'un addendum aux contrats d'édition afin de permettre le développement de l'open access. Mais il reste ensuite toujours à négocier avec l'éditeur.

⁷ <http://www.fosteropenscience.eu> (consulté le 11 juill. 2014).

⁸ <http://www.sparc.arl.org/resources/authors/addendum-2007> (consulté le 11 juill. 2014).

D'autres voies ont donc été explorées pour assurer l'essor de l'open access. Elles peuvent alors conduire, directement ou indirectement, à imposer le dépôt de l'œuvre dans une archive ouverte et le droit d'auteur y joue un rôle plus ou moins important. Il nous semble que cinq voies, parfois complémentaires, peuvent être distinguées.

A. L'incitation

Tout d'abord, on peut simplement inciter les chercheurs à recourir à l'open access. Cette option permet au moins d'informer les chercheurs, de leur expliquer ce qu'est l'open access et comment il peut être réalisé. Néanmoins, l'impact sera généralement très limité. Par exemple, aux États-Unis, avant l'intervention du législateur, l'Institut National de la santé (NIH) incitait ses chercheurs à rendre leurs travaux librement accessibles. Or, seuls 19% d'entre eux avaient effectivement franchi le pas⁹.

B. Le bouton « demande de copie »

Il nous faut évoquer cette voie qui n'a pas vocation à permettre une généralisation de l'open access mais peut apparaître comme un moyen de contourner les restrictions imposées par certains éditeurs.

Ainsi, Archipel, l'archive ouverte de l'UQAM (Université du Québec à Montréal) permet aux membres de cette université de déposer en accès restreint leurs publications sous embargo. « Cela signifie que seules ses métadonnées sont visibles, mais qu'il est possible d'obtenir une copie du texte intégral en faisant la demande à son auteur, en cliquant sur le bouton «demande de copie» présent sur la fiche signalétique du document. L'auteur peut ainsi s'assurer que le requérant vise une utilisation de son document permise en vertu des exceptions de la Loi canadienne sur le droit d'auteur, notamment l'utilisation équitable aux fins d'étude privée, de recherche, de critique ou de compte rendu »¹⁰.

*De tels « boutons », appelés aussi « fair use button » ou « fair dealing button », permettent aux internautes d'obtenir directement auprès de l'auteur une copie de son article afin de l'exploiter dans le cadre d'une exception au droit d'auteur prévue par la loi (SALE *et al.*, 2010). Si l'auteur accepte la transmission de cette copie, le destinataire s'engage alors à respecter les conditions posées par la loi sur le droit d'auteur applicable. S'agissant par exemple du droit canadien, l'article 29 de la loi de 1985 autorise l'utilisation équitable d'une œuvre « aux fins d'étude privée, de recherche, d'éducation, de parodie ou de satire ».*

Mais il faut être bien conscient que le recours à une telle solution n'est possible que si la loi applicable autorise la communication de copies de l'œuvre à des fins de recherche. S'agissant du droit français par exemple, la situation est assez complexe car l'exception de copie privée qui pourrait s'appliquer ici est

⁹ NIH, *Capitalizing on Discovery*, in BIENNIAL REPORT OF THE DIRECTOR: NATIONAL INSTITUTES OF HEALTH, FISCAL YEARS 2008 & 2009, ABOUT NIH 1-39, 1-41 (2010) http://report.nih.gov/biennialreport/pdf/NIH_Biennial_FY0809_Volume_I.pdf

¹⁰ <http://www.archipel.uqam.ca/faq.html> (consulté le 11 juill. 2014).

subordonnée notamment au fait que la source de la copie soit « licite »¹¹. Cette exigence a par ailleurs été consacrée par la Cour de Justice de l'Union européenne dans une décision du 10 avril 2014¹², ce qui signifie que tous les Etats membres reconnaissant l'exception de copie privée doivent désormais faire application de cette condition. Selon la CJUE, cela suppose que la source de la copie ne soit pas « contrefaite ». Mais des incertitudes subsistent sur le sens à donner exactement à cette exigence. Par exemple, la personne qui met la source de la copie privée à disposition, ici le scientifique auteur de la publication, doit-elle simplement disposer de cette copie de manière licite ou doit-elle en outre être autorisée à partager cette copie ? Dans le premier cas, l'exception de copie privée pourrait être appliquée car le chercheur, auteur d'un texte, dispose licitement de la copie de celui-ci. En revanche, dans le second cas, l'exclusivité de diffusion de l'œuvre ayant été donnée à l'éditeur, le scientifique ne peut plus partager la matrice de la copie et l'exception devient alors inapplicable.

Par ailleurs, cette pratique permet de contourner les modalités d'accès à l'œuvre organisées par l'éditeur et on peut se demander si les exigences du test des trois étapes seraient respectées, dans la mesure où une atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre pourrait être avérée. Le droit de l'Union européenne¹³ exige effet qu'une exception prévue par la loi ne puisse être mise en œuvre que si les trois « étapes » de ce test sont satisfaites, à savoir si l'exception concerne certains « cas spéciaux », ne porte pas « atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre » et ne cause aucun « préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit ». On constate donc que le recours à ce type de « bouton » est loin d'être évident dans tous les pays.

C. L'open access imposé par le « haut »

Une option consiste également, pour les bailleurs de fonds qui financent les recherches, à subordonner leur soutien à des travaux de recherche à la condition que les publications en résultant soient diffusées en open access. Ici, les exemples sont nombreux, et paraissent pouvoir être regroupés en deux catégories.

Tout d'abord une loi peut imposer l'open access et en faire plus ou moins clairement la condition du versement des crédits de recherche. Ainsi, l'Union européenne s'est fortement engagée en faveur de l'open access dans une recommandation publiée en juillet 2012¹⁴ et dans le cadre du programme « Horizon 2020 ». On peut notamment lire dans cette recommandation que les Etats membres devraient « définir des politiques claires en matière de diffusion des publications scientifiques issues de la recherche financée par des fonds publics et du libre accès à ces dernières ». Mais surtout, s'agissant du programme « Horizon 2020 », l'article 43.2 du règlement 1290/2013 du 11 décembre 2013 définissant les règles de participation au programme-cadre pour la recherche et l'innovation « Horizon 2020 » et les règles de diffusion des

¹¹ Art. L. 122-5, 2° du Code de la propriété intellectuelle.

¹² CJUE 10 avr. 2014, C-435/12, *ACI*: LEPI juin 2014, n° 82, obs. C. Bernault.

¹³ Art. 5, directive 2001/29. Pour la France voir l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁴ Recommandation de la commission du 17 juillet 2012 relative à l'accès aux informations scientifiques et à leur conservation, C(2012) 4890 final.

résultats dispose : « en ce qui concerne la diffusion des résultats par voie de publications scientifiques, l'accès ouvert s'applique selon les modalités et conditions établies dans la convention de subvention ». Le principe est donc bien celui de l'accès ouvert et des lignes directrices ont été publiées en ce sens fin 2013¹⁵. Il existe d'autres exemples : aux Etats-Unis, une loi a été votée dès 2009 afin d'exiger que les travaux financés par le NIH, institut national de la santé, soient déposés dans l'archive ouverte « PubMed Central » au plus tard 12 mois après leur publication¹⁶. Plus récemment, la section 527 du *Consolidated Appropriations Act* de 2014 signé par le président Obama le 17 janvier dernier prévoit que toute agence fédérale soumise à cette loi et qui investit plus de 100 millions de dollars dans la recherche doit s'assurer que les travaux ainsi financés sont librement accessibles en ligne au plus tard 12 mois après la date « officielle » de publication¹⁷. En Argentine, une loi votée fin 2013 exige plus largement que toutes les recherches réalisées grâce à des fonds publics soient librement accessibles dans une archive interopérable, éventuellement après une période d'embargo qui ne peut excéder 6 mois pour les articles¹⁸. Ces textes traduisent une volonté politique clairement affirmée d'imposer l'open access et il faut ici souligner la responsabilité de chaque Etat. Si véritablement, les gouvernements souhaitent faire du libre accès une priorité dans le domaine scientifique, il leur appartient d'adopter des décisions qui conduiront les chercheurs travaillant grâce aux fonds publics à recourir à l'open access. Il y a donc là de véritables choix politiques à opérer. Une telle approche conduit par ailleurs à responsabiliser les organismes qui financent les recherches. Le législateur détermine l'objectif à atteindre : l'open access. Il appartient ensuite à l'organisme qui finance ces recherches d'identifier les moyens à mettre en œuvre comme par exemple inclure l'open access dans les conventions conclues avec les chercheurs financés. Ces derniers devront ensuite négocier avec un éditeur qui accepte les contraintes imposées par le bailleur de fonds.

Mais une intervention législative n'est pas toujours indispensable. Ainsi, au Royaume-Uni, les *Higher Education Funding Council* (HEFC) sont chargés de répartir entre les différents établissements d'enseignement supérieur la somme qui leur est allouée globalement par l'Etat. Or, les HEFC ont annoncé qu'à compter du 1^{er} avril 2016, toute publication ou intervention lors d'un colloque qui ne sera pas disponible en open access ne sera pas pris en compte pour évaluer l'activité de ces établissements, évaluation importante puisqu'elle détermine le montant qui sera attribué à chaque école ou université¹⁹. On retrouve là, à une autre échelle, une démarche proche de celle adoptée par l'université de Liège. Dès 2007, elle a imposé la création d'une « digithèque » institutionnelle dans laquelle tous ses membres doivent enregistrer les

¹⁵ Guidelines on Open Access to Scientific Publications and Research Data in Horizon 2029, 11 déc. 2013 :

http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/grants_manual/hi/oa_pilot/h2020-hi-oa-pilot-guide_en.pdf (consulté le 11 juill. 2014).

¹⁶ Public Law 111-8, Division F, section 217.

¹⁷ Public Law 113-76, Division H section 527, <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-113publ76/pdf/PLAW-113publ76.pdf> (consulté le 11 juill. 2014).

¹⁸ <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2012/PDF2012/SANCIONES/I927-D-2011.pdf> (consulté le 11 juill. 2014).

¹⁹ Policy for open access in the post-2014 Research Excellence Framework, 7 mars 2014 : http://www.hefce.ac.uk/media/hefce/content/pubs/2014/201407/HEFCE2014_07.pdf (consulté le 11 juill. 2014).

références de leurs publications et déposer la version intégrale de leurs articles publiés depuis 2002, cela « en conformité avec les règles applicables en matière de droit d'auteur ». Afin d'assurer une effectivité à cette politique de libre accès, il a également été décidé que les différents « comités d'évaluation » ne prendraient en compte « dans tout processus d'évaluation de dossier à l'ULg que les publications référencées dans la bibliographie institutionnelle (...) et déposées conformément aux règles définies »²⁰. Le recours à l'open access a donc un impact direct sur la situation des chercheurs.

Une telle démarche présente un intérêt incontestable. Des politiques comme celles mises en place aux Etats-Unis ou au Royaume-Uni rééquilibrent le rapport de force précédemment évoqué entre l'auteur et son éditeur : lors de la négociation, les chercheurs peuvent faire valoir auprès des éditeurs la politique imposée par la loi ou le bailleur de fonds. L'inconvénient d'une telle approche, si elle n'est pas généralisée par la loi, tient au fait qu'elle est subordonnée à la décision du bailleur de fonds, ce qui signifie qu'elle reste nécessairement ponctuelle.

On le voit donc, avec cette option, il est très peu question de droit d'auteur finalement ! Il s'agit ici d'imposer l'open access « par le haut » en considérant que les éditeurs devront alors nécessairement s'adapter pour pouvoir publier les travaux des chercheurs qui travaillent grâce aux fonds publics. Dans cette logique, on impose donc l'open access en « jouant » sur les modes de financement de la recherche et/ou sur l'évolution de la carrière des chercheurs, ce qui revient à leur imposer implicitement le modèle de l'open access : le « publier ou périr » devient, « publier et déposer ou périr ». On peut sans doute penser que cette voie est la plus efficace, on peut aussi envisager une autre possibilité, qui présente l'intérêt de responsabiliser davantage les chercheurs.

D. L'open access entre les mains des chercheurs

Une option radicalement différente peut être retenue et elle repose alors, au contraire, pleinement sur le droit d'auteur. L'exemple allemand est ici le plus évident. Depuis le 1^{er} janvier 2014, la loi allemande prévoit que l'auteur dispose d'un « droit d'exploitation secondaire » (*Zweitverwertungsrecht*). Il peut ainsi « rendre publiquement accessible (sa) contribution dans la version acceptée du manuscrit, après un délai de douze mois suivant sa première publication, toute fin commerciale étant exclue ». Ce dispositif s'applique lorsque cette contribution scientifique est « née d'une activité de recherche financée au moins pour moitié par des ressources publiques et publiée dans une collection périodique paraissant au moins deux fois par an »²¹.

L'approche semble inédite et paraît particulièrement intéressante sur le plan juridique. Cette loi prétend en effet redonner à l'auteur le contrôle sur son œuvre. Or, c'est bien là le but du droit d'auteur, tel que conçu dans nos pays

²⁰ Procès-verbal de la délibération du conseil d'administration de l'Université de Liège du 23 mai 2007, http://orbi.ulq.ac.be/files/extrait_moniteur_CA.pdf

²¹ Loi du 1^{er} oct. 2013 relative à l'utilisation des œuvres orphelines et épuisées et à une autre modification de la loi sur le droit d'auteur, *Bundesgesetzblatt*, 2013 I Nr. 59 du 8 octobre 2013, p. 3728. Traduction proposée par H. Gruttemeier, *Point sur le libre accès en Allemagne*, (<http://openaccess.inist.fr/?Point-sur-le-Libre-Acces-en>)

européens, et notamment en Allemagne et en France. Une telle disposition législative replace l'auteur « au centre du jeu » et lui donne le moyen de contourner les exigences de l'éditeur. Ici, l'open access n'est donc imposé par le « haut » (les financeurs) mais il est rendu possible par le « bas » (les auteurs).

Il faut mesurer le caractère exceptionnel d'une telle disposition : quel que soit le contenu du contrat d'édition, l'auteur pourra passer outre pour exercer ce droit d'exploitation secondaire. Le dispositif est séduisant car il responsabilise l'auteur. Il faut reconnaître qu'il présente aussi des faiblesses. S'agissant de l'exemple allemand, les conditions de mise en œuvre de ce droit sont très (trop) restrictives : un financement public « au moins pour moitié » et une publication « dans un périodique paraissant au mois deux fois par an ». Et au delà de ce cas particulier, ce qui fait l'intérêt d'une telle disposition en constitue en même temps la limite : laisser les auteurs décider et les responsabiliser suppose qu'ils s'emparent de cette nouvelle possibilité et exercent pleinement le droit qui leur est reconnu par la loi. Là est l'incertitude mais le pari mérite d'être pris et dans ce cas, on voit bien que le droit d'auteur est un « outil » au service de l'open access. Il reste alors à envisager une dernière option permettant de développer l'accès ouvert à la littérature scientifique.

E. L'open access via une présomption de cession des droits d'auteur

Cinquième possibilité, jamais expérimentée à notre connaissance : créer dans la loi une présomption de cession des droits patrimoniaux de l'auteur au bénéfice de l'établissement public qui a financé, en tout ou partie, les travaux de recherche. Cette présomption serait strictement limitée car elle investirait seulement l'établissement du droit de déposer une copie de l'œuvre publiée par le chercheur dans une archive ouverte. Seule cette exploitation, non commerciale par essence, serait admise. Par ailleurs, la présomption ne s'appliquerait que si l'auteur lui-même n'a pas déjà rendu son œuvre librement accessible. Elle pourrait également ne pas produire effet pendant une période d'embargo prédéfinie, de 6 à 12 mois par exemple. Une fois cette période expirée, l'établissement pourrait alors diffuser la publication en libre accès si l'auteur n'en prend pas l'initiative. Un tel dispositif devrait être accompagné de l'obligation pour l'auteur et/ou pour l'éditeur de remettre une copie de la version publiée de son texte à l'établissement. Cette solution pourrait être complémentaire de celle déjà évoquée et mise en œuvre notamment au Royaume-Uni. Dans un dispositif tel que celui adopté par les britanniques, les établissements d'enseignement supérieur sont conduits à inciter leurs chercheurs à diffuser leurs travaux en open access mais si ces derniers ne se prêtent pas au « jeu », ces établissements n'ont aucun moyen de leur imposer cette exploitation. Dès lors, une telle présomption de cession pourrait écarter ce risque de blocage et permettre d'atteindre effectivement l'objectif de développement du libre accès.

Evidemment, l'instauration d'une telle présomption légale n'est pas indispensable. Les universités par exemple peuvent adopter une politique conduisant au même résultat. Ainsi, aux Etats-Unis, l'université d'Harvard a décidé que tous ses chercheurs lui consentent une licence non exclusive et irrévocable conférant à l'établissement le droit de diffuser leurs travaux à des

fins non commerciales²². Toutefois, la mise en œuvre d'une telle politique à l'échelle d'un établissement peut être plus ou moins délicate selon les pays et toutes les universités n'ont sans doute pas la possibilité d'adopter une telle solution.

Il existe donc différents moyens d'assurer le développement de l'open access. Plus ou moins souples, ils correspondent avant tout à des choix politiques. La solution allemande nous paraît particulièrement intéressante car elle a le mérite de donner aux auteurs le moyen de contrôler l'exploitation leurs créations, elle responsabilise les chercheurs afin qu'ils soient de véritables acteurs du libre accès. Envisageons maintenant la question de l'utilisation de ces œuvres par les chercheurs.

III. « Utilisation » des œuvres scientifiques et droit d'auteur : des exceptions aux licences ouvertes

L'open access, implique, on vient de le voir, que les travaux scientifiques soient accessibles gratuitement en ligne, sans restriction. Mais il ne s'arrête pas là. Si l'on reprend le texte de l'initiative de Budapest pour l'accès ouvert, il s'agit aussi de permettre « 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 ». Dans le même sens et plus récemment, les lignes directrices publiées par la Commission européenne pour promouvoir l'open access dans le cadre du programme Horizon 2020 soulignent que l'open access suppose non seulement un accès gratuit à l'œuvre mais aussi une possibilité de la réutiliser²³.

Dans cette logique, open access signifie « libre » accès mais aussi « libre » utilisation. Or, juridiquement, l'un ne va pas nécessairement avec l'autre. Un article déposé dans une archive ouverte est accessible. En revanche, s'il n'est accompagné d'aucune licence particulière, il ne sera pas librement exploitable. Seules les exceptions au droit d'auteur déterminées par la loi applicable permettront de se livrer à certaines exploitations. Par exemple, au regard du droit français, il sera possible de faire une copie de l'œuvre pour un usage privé, de brefs passages du texte pourront être cités à des fins « critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information »²⁴ et des extraits pourront également être utilisés pour l'enseignement ou la recherche²⁵. Mais au-delà, toute exploitation sera en principe subordonnée à l'accord exprès de l'auteur. Il faut bien mesurer les limites qu'impose une telle situation. Par exemple, on

²² https://osc.hul.harvard.edu/policies#will_do (consulté le 11 juill. 2014).

²³ « Open access can be defined as the practice of providing on-line access to scientific information that is free of charge to the end-user and that is re-usable » (p.2).

²⁴ Art. L. 122-5, 3°, a) du Code de la propriété intellectuelle.

²⁵ Art. L. 122-5, 3°, e) du Code de la propriété intellectuelle.

discute beaucoup, en ce moment, de l'intérêt du *text mining* ou du *data mining* pour la recherche scientifique. Il s'agit ainsi d'« explorer de manière automatique une masse de données pour en extraire un savoir ou une connaissance, pour identifier un lien entre plusieurs informations jusqu'alors considérées comme indépendantes » (Bernault et Clavier, 2015). Or, une telle pratique suppose d'extraire, copier, exploiter les données fouillées et le droit de la propriété intellectuelle peut y faire obstacle. Des réflexions sont en cours, notamment au niveau de l'Union européenne, pour mesurer l'opportunité de créer une nouvelle exception au droit d'auteur afin de permettre ce type de « fouille de données ». Mais en attendant une éventuelle évolution de la législation, la solution la plus simple pour autoriser de telles recherches consiste à associer à l'œuvre diffusée en libre accès une licence autorisant ces exploitations.

Au-delà même du *data* ou *text mining*, pour rendre les œuvres en libre accès librement utilisables, il faut donc les accompagner de licences déterminant les usages autorisés. Les licences les plus connues sont sans doute les *Creative Commons* qui offrent plusieurs options différentes allant de la seule exigence de la mention du nom de l'auteur en cas d'exploitation de l'œuvre à l'interdiction des modifications ou des exploitations commerciales.

Il appartient donc à chaque chercheur qui dépose son œuvre dans une archive de l'associer, ou non, à une licence qui déterminera les actes d'exploitation autorisés. Là encore, si l'objectif de l'open access est de permettre à la fois l'accès et la réutilisation des travaux scientifiques, on peut se demander quels moyens mettre en œuvre pour l'atteindre. L'examen des œuvres disponibles dans diverses archives ouvertes montre que les pratiques sont très hétérogènes et que toutes les œuvres en libre accès ne sont pas librement exploitables, loin de là.

Ici, se pose donc la question du rôle des archives ouvertes. Elles peuvent tout d'abord, et c'est sans doute le minimum, informer les chercheurs qui déposent leurs travaux de l'intérêt des licences telles que les *Creative Commons*. Mais toute la question est de savoir s'il faut aller au-delà. Certaines archives, c'est le cas de HAL en France, se présentent comme un simple lieu de dépôt des œuvres et soulignent que les auteurs déposants conservent la totalité de leurs droits sur leurs créations²⁶. La consultation du ManuHAL mis à disposition des déposants confirme cette vision de l'open access réduite à l'accès aux travaux scientifiques : on y met en avant la volonté de rendre « immédiatement et gratuitement accessibles aux chercheurs du monde entier » les travaux déposés²⁷ mais jamais il n'est question de l'exploitation de ces travaux par ces chercheurs. Évidemment rien n'interdit à l'auteur d'associer à son œuvre une licence pour en permettre une plus large utilisation. Mais rien n'est prévu non plus pour l'inciter à faire un tel choix et on ne cherche donc pas à lui faciliter la tâche. De manière paradoxale, au regard des objectifs de l'open access, le modèle est donc ici celui des droits « réservés » à l'auteur. Dans ce cas, il serait plus juste de dire que l'on est en présence d'une situation d'open access « partiel » ou « incomplet », un « quasi » open access en quelque sorte.

²⁶ Sur la page d'accueil de HAL (<http://hal.archives-ouvertes.fr>), on peut lire : « Dans un contexte de diffusion électronique, tout auteur conserve ses droits intellectuels, notamment le fait de devoir être correctement cité et reconnu comme l'auteur d'un document » (consulté le 11 juill. 2014).

²⁷ http://www.ccsd.cnrs.fr/support.html#qu_est_ce_que_hal (consulté le 11 juill. 2014).

D'autres archives ouvertes proposent un système « intermédiaire ». Elles sont plus « actives » que HAL en faveur d'un accès ouvert « complet » mais sans pour autant imposer le recours à des licences ouvertes. Ainsi ZENODO, l'archive ouverte créée grâce à des subventions de l'Union européenne et qui est donc directement associée à OpenAIRE, incite les déposants à recourir à des telles licences. Elle réserve par exemple la mise en lumière de certains travaux sur sa page d'accueil aux articles associés à une licence ouverte²⁸.

Enfin, certaines archives, comme par exemple celle de l'université Harvard, appelée DASH²⁹, ont des pratiques bien différentes. Comme on l'a déjà souligné, la politique mise en œuvre par cette université implique que tous ses chercheurs lui consentent une licence non exclusive et irrévocable permettant à l'établissement de diffuser leurs travaux à des fins non commerciales³⁰. Mais l'université peut aussi autoriser des tiers à exploiter ces articles à des fins non commerciales. On devine l'avantage de ce type de mesure : l'université investie de ces droits d'exploitation peut facilement mettre en œuvre une politique globale s'assurant que tous les travaux mis en ligne sont effectivement exploitables à des fins non commerciales. En l'espèce, l'archive d'Harvard n'associe pas de licence *Creative commons* aux travaux mis en ligne mais elle a déterminé des conditions d'utilisation. Elle précise ainsi que les internautes peuvent utiliser, reproduire, distribuer, les articles faisant l'objet de cette politique de libre accès pour mener une étude personnelle, enseigner (ce qui inclut la possibilité de distribuer des copies de l'œuvre aux étudiants), pour mener des recherches (ce qui inclut notamment le *text* et *data mining*). Ces actes sont autorisés à condition notamment que l'internaute ne se livre à aucune exploitation commerciale de l'article et que le nom de l'auteur soit toujours associé à son œuvre³¹. De façon nettement moins ambitieuse, le même type de politique a été mis en place par l'université libre de Bruxelles qui, dans son « règlement en matière de propriété intellectuelle » prévoit que les chercheurs et enseignants lui consentent « une licence non exclusive d'utilisation à des fins d'enseignement ainsi que de reproduction et de communication au public pour la mise en œuvre du dépôt institutionnel »³².

On mesure ainsi l'efficacité d'une politique de libre accès gérée à l'échelle d'un établissement. Cela assure une cohérence dans les pratiques et garantit à la fois l'accès ouvert et la possibilité d'exploiter les travaux mis en ligne.

IV. Conclusion

²⁸ <http://www.zenodo.org/faq> (consulté le 11 juill. 2014).

²⁹ <https://osc.hul.harvard.edu/dash/> (consulté le 11 juill. 2014).

³⁰ https://osc.hul.harvard.edu/policies#will_do (consulté le 11 juill. 2014).

³¹ V. l'ensemble des conditions au point 3 des « Terms of Use for Dash Repository » : <https://osc.hul.harvard.edu/dash/termsfuse> (consulté le 11 juill. 2014).

³² Art. 3 du règlement (<http://www.ulb.ac.be/ulb/greffe/documents/docs/Prointel.pdf>). Consulté le 11 juill. 2014.

Deux constats peuvent être faits pour conclure.

Tout d'abord, il existe une grande diversité de moyens à mettre en œuvre pour favoriser le développement de l'open access, s'agissant aussi bien de l'accès aux publications scientifiques que de leur utilisation. Certaines voies conduisent à responsabiliser les chercheurs, d'autres reviennent à leur imposer l'open access à peine de les priver des moyens de financer leurs travaux. La diversité est sans doute une richesse mais la question de l'efficacité des politiques mises en œuvre doit aussi être posée.

Ensuite, on constate une évolution du sens donné à l'« open access », dans la pratique tout au moins. Dans l'initiative de Budapest, on l'a déjà dit, il est question de permettre la « disposition gratuite sur l'Internet public » des travaux scientifiques mais aussi leur utilisation. Ces objectifs concernent toute la « littérature (scientifique) des revues à comité de lecture ». Or, il faut constater un double mouvement qui limite la portée de l'open access ainsi conçu. Le premier mouvement conduit à dissocier l'accès à l'œuvre de l'exploitation de celle-ci. On l'a vu, certaines archives ouvertes ne font rien pour que l'œuvre accessible gratuitement soit ensuite exploitable bien au-delà des seules exceptions au droit d'auteur prévues par les lois applicables. L'accès ouvert se réduit alors à un accès gratuit. Par ailleurs, au fil des exemples cités ici, apparaît le second mouvement : les actions en faveur du libre accès se concentrent aujourd'hui sur les travaux de recherches faisant l'objet d'un financement public. On peut aisément comprendre pourquoi et cela apparaît d'ailleurs clairement dans le guide publié par la Commission européenne fin 2013 déjà évoqué : si le public paie une première fois pour que les recherches soient menées, pourquoi devrait-il payer à nouveau pour accéder aux résultats de ces recherches³³ ? Dans le même sens, aux Etats-Unis par exemple, l'open access est défendu notamment par des mouvements qui représentent les contribuables, lesquels estiment qu'en payant l'impôt, ils paient le droit d'accès aux travaux scientifiques financés par des fonds publics³⁴. On pourrait donc passer d'un accès ouvert à tous les travaux scientifiques, tel que conçu dans la déclaration de Budapest ou de Berlin, à un simple accès gratuit aux travaux faisant l'objet d'un financement public. On peut penser que ce « quasi » open access serait déjà un progrès. On peut aussi regretter ce qui peut apparaître comme un compromis. Mais peut-être est-ce le prix à payer pour faire « bouger les lignes » en attendant de voir s'imposer à l'échelle planétaire l'open access tel que conçu dans la déclaration de Budapest³⁵ ?

³³ « The European Commission's vision is that information already paid for by the public purse should not be paid for again each time it is accessed or used, and that it should benefit European companies and citizens to the full. This means making publicly-funded scientific information available online, at no extra cost, to European researchers, innovative industries and citizens, while ensuring long-term preservation » : Guidelines on Open Access to Scientific Publications and Research Data in Horizon 2020, préc., p. 4.

³⁴ V. par exemple : Alliance for taxpayer access : <http://www.taxpayeraccess.org> (consulté le 11 juill. 2014).

³⁵ En ce sens : Dix ans après l'Initiative de Budapest : ce sera le libre accès par défaut (<http://www.budapestopenaccessinitiative.org/boai-10-translations/french>) : « Hiérarchiser les priorités et mettre en place des stratégies implique de reconnaître que l'accès « gratuit » est supérieur à l'accès payant, l'accès « gratuit » sous licence libre étant lui-même supérieur au seul accès « gratuit », et, enfin, l'accès sous licence libre de type CC-BY ou équivalente est préférable à un accès sous une licence libre qui serait plus restrictive. Il faut mettre en œuvre ce que l'on peut quand on peut. Nous ne devrions pas retarder la mise en œuvre du libre accès « gratuit » au

Bibliographie

- BENABOU, Valérie-Laure (2010). *Les publications scientifiques : faut-il choisir entre libre accès et libre recherche ?* In *Sciences.com, Libre accès et science ouverte*, Hermès, CNRS éditions, n° 57, p. 95.
- BERNAULT, Carine (2011). *Archives ouvertes et droit d'auteur : un nouveau mode de diffusion des travaux scientifiques* In *Propriétés intellectuelles* Oct. 2011, n° 41, p. 374.
- BERNAULT, Carine (2014). *Droit d'auteur et accès à la connaissance, Mélanges André Lucas*, LexisNexis 2014, p. 63 (HAL SHS 01022413).
- BERNAULT, Carine ; CLAVIER, Jean-Pierre (2015), *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, Ellipses, 2^{ème} éd.
- DULONG DE ROSNAY, Mélanie ; LE CROSNIER, Hervé (2013). *Propriété intellectuelle, Géopolitique et mondialisation*, Les essentiels d'Hermès, CNRS éditions.
- FINCH, Janet (2012), *Accessibility, sustainability, excellence : how to expand access to research publications*, <http://www.researchinfonet.org/wp-content/uploads/2012/06/Finch-Group-report-FINAL-VERSION.pdf> (page consultée le 11 juill. 2014)
- GUEDON, Jean-Claude (2001). *A l'ombre d'Oldenburg : Bibliothécaires, chercheurs scientifiques, maisons d'édition et le contrôle des publications scientifiques*, <http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00395366/fr/> (page consultée le 11 juill. 2014)
- LUKOSEVICIENE, Aurelija (2011). *Beyond the Creative Commons Framework of Production and Dissemination of Knowledge*, SSRN 1973967, <http://ssrn.com/abstract=1973967> (page consultée le 11 juill. 2014)
- SALE, Arthur ; COUTURE, Marc ; RODRIGUES, Eloy ; CARR, Leslie ; HARNAD, Stevan (2010). *Open Access Mandates and the « Fair Dealing » Button*, ArXiv : 1002.3074 (page consultée le.....)
- SHAVER, Lea (2009), *Intellectual Property, Innovation and Development : The Access to Knowledge Approach*, SSRN 1437274, <http://ssrn.com/abstract=1437274> (page consultée le 11 juill. 2014)

prétexte de viser l'accès sous licence libre, mais nous ne devrions pas nous limiter non plus au libre accès « gratuit » si nous pouvons obtenir des licences libres » (§2.1). Consulté le 11 juill. 2014