



HAL
open science

Open access et recherche en droit

Carine Bernault

► **To cite this version:**

Carine Bernault. Open access et recherche en droit. Colloque e-Omed “ Numérique et droit ” , Nov 2017, Kaslik, Liban. halshs-01638089

HAL Id: halshs-01638089

<https://shs.hal.science/halshs-01638089v1>

Submitted on 19 Nov 2017

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.

Colloque e-Omed « Numérique et droit » Kaslik- 20 novembre 2017

Open access et recherche en droit

Carine Bernault
Professeur à l'université de Nantes

Il faut sans doute commencer en rappelant ce qu'est l'open access.

Tout en commencé dans les années 1990, avec l'apparition des premières archives ouvertes : ArXiv en 1991, *Social Science Research Network* (SSRN) en 1994 et *Research Papers in Economics* (RePEc) en 1997. Mais ce sont les « 3B » qui constituent une étape décisive dans le développement de l'*open access*. Les 3 B ce sont les déclarations de Budapest, Berlin et Bethesda, adoptées en 2002 et 2003 qui systématisent l'open access¹.

L'objectif est assez simple : permettre un libre accès aux publications scientifiques. Deux voies sont envisagées :

- publier les articles dans des revues accessibles gratuitement aux lecteurs, ce que l'on appelle dans le jargon la « voie dorée »,
- publier les articles dans des revues réservées aux abonnés mais en déposant des copies des textes dans des archives ouvertes accessibles gratuitement à tout internaute, telles que HAL en France (la « voie verte »).

Donc l'*open access* c'est d'abord l'accès gratuit aux articles scientifiques. Mais ce n'est pas que cela. L'article accessible gratuitement doit aussi pouvoir être exploité facilement.

Cet extrait de l'initiative de Budapest met clairement l'accent sur ces deux exigences (nous soulignons) :

« 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 ».

Pourquoi, soudain, les chercheurs se sont-ils préoccupés ainsi de la diffusion de leurs travaux de recherche ? Cela s'explique par la conjonction de plusieurs facteurs. D'abord, l'apparition d'internet a changé la donne. Il permet concrètement, et facilement, d'envisager une diffusion gratuite des articles scientifiques dans le monde entier.

¹ Déclaration (ou initiative) de Budapest, février 2002, Open Society Institute ; Déclaration de Berlin, octobre 2002, Institut Max Planck ; Déclaration de Bethesda, avril 2003, Howard Hughes Medical Institute.

Mais l'explication n'est pas seulement technique. Elle tient aussi aux pratiques de certains éditeurs scientifiques. Profitant notamment du développement de leurs plates-formes en ligne pour organiser l'accès à leurs publications, des éditeurs ont augmenté le coût de leurs revues dans des proportions déraisonnables. Par exemple, « les analyses font état d'une augmentation du prix des revues de 200% à 300% entre 1975 et 1995 et de 22% à 57% entre 2004 et 2007 »². En 2012, l'université de Harvard révéla qu'elle dépensait près de 3,75 millions de dollars par an au titre des abonnements aux revues scientifiques³. Cette même année, le marché mondial de l'édition scientifique est estimé à 21 milliards d'euros, les services numériques représentant en moyenne 60 % des chiffres d'affaires et jusqu'à 75% chez les plus grands éditeurs⁴. À cela s'ajoute un phénomène de concentration : « les 5 premiers éditeurs contrôlent 40% du marché (en valeur) des revues scientifiques » et « les quatre premiers éditeurs, s'ils éditent au plan mondial 24,8% des titres, publient 50,1 % des revues à plus fort facteur d'impact ». Les « 12 plus grands éditeurs publient 74% des 27 000 revues scientifiques actives »⁵.

Ces considérations financières ou économiques ne sont toutefois pas les seules à prendre en compte. Certains éditeurs ont profité du numérique pour imposer des restrictions qui ne pouvaient voir le jour au temps des seules revues imprimées. Ainsi, ils ont pu exiger la négociation de conditions particulières pour rendre les revues accessibles en ligne hors du campus par exemple⁶. Par ailleurs, avec le numérique, les bibliothèques ne peuvent plus archiver les revues car si elles mettent fin à un abonnement, elles perdent évidemment la possibilité d'accéder aux publications futures mais aussi aux publications passées. Il faut reconnaître que « le modèle de diffusion à accès limité qui prévaut a pour effet de limiter les possibilités d'échange des connaissances scientifiques ayant fait l'objet d'une publication, empêchant par-là même l'émergence d'une véritable communauté scientifique mondiale et collaborative »⁷.

Cette situation a conduit à une vaste contestation, menée par les chercheurs eux-mêmes, qui révèle un paradoxe : « alors que les auteurs-chercheurs publient gracieusement leurs résultats dans ces revues, leurs bibliothèques sont conduites à déboursier des sommes considérables pour acquérir certaines d'entre elles (selon les disciplines, un abonnement peut atteindre ainsi 20 000 euros/an). La valeur ajoutée par le médiateur-éditeur peut-elle justifier une telle situation ? »⁸.

Voilà donc ce qu'est l'*open access* et pourquoi il a émergé.

Le décor étant planté, nous pouvons maintenant aborder le sujet à travers deux questions :

- pourquoi avoir recours à l'*open access* ?
- comment développer l'*open access* en général et en droit en particulier ?

1. Pourquoi avoir recours à l'*open access* ?

² Rapport du comité IST (Information Scientifique et Technique) remis au ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche le 19 mai 2008, p. 9.

³ Voy. D. BOLLIER, *La renaissance des communs, Pour une société de coopération et de partage*, Editions Charles Léopold Mayer, 2014, p. 127.

⁴ Voy. CNRS, Direction de l'Information Scientifique et Technique, *L'Édition de sciences à l'heure numérique : dynamiques en cours* (2015), p. 9.

⁵ *Ibid.*, p. 11.

⁶ Sur ces points, P. SUBER, *Open Access, The MIT Press Essential Knowledge Series*, 2012, p. 34.

⁷ F. SHAHEED, Rapport sur les politiques en matière de droit d'auteur et droit à la science et à la culture, ONU, 24 déc. 2014, A/HRC/28/57, § 79.

⁸ G. CHARTRON, « Marchands de savoir », *Revue de l'université de Louvain*, avr. 2004, n° 146, p. 15.

D'abord en tant que chercheur, on peut trouver un intérêt à l'*open access* dans la mesure où il permet d'accéder facilement et gratuitement à des articles scientifiques, y compris ceux publiés à l'étranger dans des revues qui nous sont inaccessibles. Cette question de l'accès à la recherche est évidemment centrale et il est inutile d'expliquer en quoi elle est cruciale pour les chercheurs des pays en voie de développement. On s'inscrit là dans la logique de partage des connaissances, logique qui touche aussi la pédagogie avec les « Ressources éducatives libres » portées l'UNESCO (expression apparue en 2002 dans un forum de l'UNESCO). On rejoint là la question dans l'ère du temps des « biens communs ».

Mais l'*open access* peut aussi être une formidable vitrine, qui permet de diffuser ses propres travaux, de les valoriser. A ce titre, l'*open access* présente aussi, évidemment, un intérêt pour les laboratoires de recherche et pour les universités dont la réputation, on le sait, repose largement sur la diffusion de leur recherche.

Au-delà, lorsque la recherche est financée par des fonds publics, on ne peut ignorer que l'*open access* rejoint des préoccupations liées au service public. Et l'on en arrive alors au fameux paradoxe, pointé par le CNRS, paradoxe sur lequel repose le modèle « traditionnel » de diffusion des travaux scientifiques : « les investissements sont publics, pris en charge par l'État, (mais) les bénéficiaires sont privés, au profit de quelques maisons d'édition »⁹. Pour dire les choses autrement : l'argent public finance deux fois la recherche. Il finance les travaux de recherche dont les résultats sont ensuite publiés dans des revues auxquelles les laboratoires et bibliothèques s'abonnent là encore grâce à des fonds publics. Les bénéficiaires tirés de ces abonnements profitent aux seuls éditeurs.

Donc si les enjeux en termes de diffusion des connaissances sont les mêmes que la recherche soit menée grâce à des financements publics ou privés, on constate que l'*open access* prend un sens particulier s'agissant de la recherche publique. Cela explique d'ailleurs que dans les nombreux pays qui ont adopté des dispositions pour imposer ou faciliter l'*open access*, c'est la recherche financée par des fonds publics qui est visée.

2. Comment développer l'*open access* (en droit) ?

On aborde ici les modalités de développement de l'*open access* et l'on va s'attarder sur l'article L. 533-4 du Code de la recherche français, créé par la loi du 7 octobre 2016 dite loi pour une République numérique. .

« I.- Lorsqu'un écrit scientifique issu d'une activité de recherche financée au moins pour moitié par des dotations de l'Etat, des collectivités territoriales ou des établissements publics, par des subventions d'agences de financement nationales ou par des fonds de l'Union européenne est publié dans un périodique paraissant au moins une fois par an, son auteur dispose, même après avoir accordé des droits exclusifs à un éditeur, du droit de mettre à disposition gratuitement dans un format ouvert, par voie numérique, sous réserve de l'accord des éventuels coauteurs, la version finale de son manuscrit acceptée

⁹ Avis du comité d'éthique du CNRS, le COMETS, sur les relations entre chercheurs et maisons d'édition scientifique, 30 juin 2011, Ann. 1, p. 6. (<http://www.cnrs.fr/fr/organisme/ethique/comets/avis.htm>). Voy. aussi R. MONVOISIN, « Recherche publique, revues privées », Le Monde diplomatique déc. 2012, p. 27 et P. SUBER, *Open Access*, The MIT Press Essential Knowledge Series, 2012, p. 38 : « The deeper problem is that we donate time, labor, and public money to create new knowledge and then hand control over the results to businesses that believe, correctly or incorrectly, that their revenue and survival depend on limiting access to that knowledge ».

pour publication, dès lors que l'éditeur met lui-même celle-ci gratuitement à disposition par voie numérique ou, à défaut, à l'expiration d'un délai courant à compter de la date de la première publication. Ce délai est au maximum de six mois pour une publication dans le domaine des sciences, de la technique et de la médecine et de douze mois dans celui des sciences humaines et sociales.

La version mise à disposition en application du premier alinéa ne peut faire l'objet d'une exploitation dans le cadre d'une activité d'édition à caractère commercial.
(...)

IV.-Les dispositions du présent article sont d'ordre public et toute clause contraire à celles-ci est réputée non écrite ».

S'inspirant du droit allemand, le législateur français a choisi non pas d'imposer l'*open access* mais de donner aux chercheurs le droit d'y recourir. Nous allons « décomposer » cet article L. 533-4, en l'appliquant plus particulièrement à la recherche en droit pour mesurer à la fois son intérêt et les interrogations qu'il soulève.

Ce texte s'applique aux « écrits scientifiques » mais pas à tous les écrits scientifiques. Ne sont concernés que les articles publiés dans des périodiques paraissant au moins une fois par an. Les ouvrages ou articles de mélanges par exemple ne sont donc pas visés par ce texte. Cela n'interdit pas de les diffuser en *open access* mais il faut alors négocier avec l'éditeur. Déjà apparaît une difficulté qui concerne spécialement les juristes. Certains éditeurs défendent l'idée que nos articles de doctrine ne sont pas « écrits scientifiques ». Ainsi, bien qu'étant enseignants-chercheurs nous ne serions pas vraiment des chercheurs (sommes-nous alors des enseignants, c'est un autre sujet...). Pourquoi ne s'agirait-il pas d'écrits scientifiques ? Tout simplement parce que nos articles sont aussi lus par des professionnels, avocats, magistrats par exemple. Ils ne s'adressent pas uniquement aux chercheurs et cela les « disqualifierait » en quelques sorte. Argumentation très déplaisante pour nous autres, juristes, voire vexatoire, mais aussi (me semble-t-il) incohérente. Par exemple les articles écrits par nos collègues scientifiques spécialistes de recherche médicale ou pharmaceutiques ne sont-ils pas lus par des médecins praticiens qui ne sont pas forcément eux-mêmes des chercheurs ? Les articles des sociologiques, psychologues, ne s'adressent-ils qu'aux sociologues et psychologues universitaires ? Il n'est pas nécessaire de multiplier les exemples pour souligner davantage l'absurdité de l'argument. Ce qui donne à un écrit un caractère scientifique, ce n'est pas le public visé mais la démarche, scientifique justement, adoptée. Mais il reste que les juristes pourraient se heurter, ici, à une difficulté particulière.

Revenons à l'article L. 533-4. Donc les articles mais pas tous les articles. Seulement ceux issus « d'une activité de recherche financée au moins pour moitié par des dotations de l'Etat, des collectivités territoriales ou des établissements publics, par des subventions d'agences de financement nationales ou par des fonds de l'Union européenne ». C'est donc bien, la recherche publique qui est visée ici. Les travaux menés grâce à des fonds privés peuvent tout à fait être diffusés en *open access*. Certains financeurs l'exigent d'ailleurs. Mais l'article L. 533-4 ne s'appliquera pas. Le seuil de 50% de financement public obligera parfois à se livrer à des calculs dignes des comptes d'apothicaires. Il n'aurait sans doute pas été absurde d'admettre l'application de cet article L. 533-4 dès lors que les recherches sont financées par de l'argent public, quel que soit le seuil du financement.

Sur ce point encore, des éditeurs scientifiques prétendent réserver un sort particulier aux juristes. Les juristes font partie des rares chercheurs qui sont rémunérés par leurs éditeurs lorsqu'ils publient un article. Sauf exception, les éditeurs nous font en effet signer des contrats de cession de droit et nous rémunèrent en contrepartie. Ils prétendent alors contribuer ainsi au

financement de notre recherche. Nos articles ne seraient donc plus issus d'une recherche financée au moins pour moitié par l'argent public. On peut se contenter ici d'une seule remarque. Ces sommes versées par les éditeurs, qui le sont d'ailleurs une fois que la recherche est terminée, ne participent pas au financement de la recherche. Ces sommes sont la contrepartie de la cession de nos droits d'auteur aux éditeurs. Ce sont des redevances, comme on dit en droit d'auteur. Là aussi, les juristes auront sans doute à clarifier la situation.

Poursuivons l'examen de l'article L. 533-4. En présence d'un écrit scientifique remplissant les conditions précédemment posées, la loi investit son auteur « du droit de mettre à disposition gratuitement dans un format ouvert, par voie numérique, sous réserve de l'accord des éventuels coauteurs, la version finale de son manuscrit acceptée pour publication ». Donc la loi nous donne le droit de diffuser notre article en *open access*. Le point important est que ce droit nous est accordé quelque que soit le contenu du contrat conclu avec l'éditeur. Autrement dit, même si ce contrat investit l'éditeur de la totalité des droits d'exploitation, pour toute leur durée (la vie de l'auteur et 70 ans après son décès), ce qui est fréquent en droit, l'auteur pourra rendre son article accessible à tous gratuitement sur internet. Dans le même sens, les dispositions de l'article L. 533-4 sont expressément déclarées « d'ordre public » et il est encore ajouté que « toute clause contraire est réputée non écrite ».

Il faut par ailleurs insister sur le fait que l'auteur peut seulement mettre son article à disposition « gratuitement ». Le lecteur ne doit donc pas avoir à payer pour lire l'article. C'est la logique de l'*open access*. Il ne s'agit pas de profiter de l'article L. 533-4 pour se livrer à une nouvelle exploitation commerciale qui viendrait concurrencer l'éditeur¹⁰.

Donc l'auteur peut mettre son article en ligne et le rendre accessible gratuitement à tous. Mais il faut distinguer deux cas de figure. Première hypothèse, l'article est publié dans une revue en *open access*, donc une revue accessible à tous gratuitement. Il en existe quelques-unes en droit : la revue francophone de la propriété intellectuelle, la revue Henri Capitant. Dans ce cas, l'auteur peut diffuser son article gratuitement en ligne dès la publication de la revue. Par exemple en le déposant dans une archive ouverte institutionnelles, sur le site de son laboratoire ou de son université. Mais ce n'est pas l'hypothèse la plus fréquente en droit. Bien souvent, les articles sont publiés dans des revues reposant sur le modèle traditionnel « lecteur-payeur », donc accessible sur abonnement. Dans ce cas, c'est la seconde hypothèse, la loi impose alors un délai d'embargo qui court à compter de la date de la première publication. Ce délai est fixé à 6 mois pour les sciences, la technique et la médecine et à 12 mois pour les sciences humaines et sociales. Pendant ce délai, l'auteur ne peut pas diffuser cet article en *open access*. Ce délai d'embargo, c'est en fait la période d'exclusivité accordée à l'éditeur. À l'expiration de l'embargo, l'auteur peut déposer son article dans une archive ouverte, comme HAL en France, et ainsi le rendre accessible à tous, et plus aux seuls abonnés à la revue. Ce dépôt porte sur la version finale de l'article, telle qu'elle a été publiée, mais sans la mise en forme réalisée par l'éditeur pour respecter la maquette de la revue.

Il faut mesurer l'importance de cette disposition. Jusqu'ici beaucoup d'éditeurs prévoyaient une clause d'exclusivité produisant effet pendant toute la durée des droits patrimoniaux de l'auteur (la vie de l'auteur et 70 ans après son décès). Aujourd'hui, cette exclusivité peut être réduite à 6 ou 12 mois si le chercheur le souhaite. Ces délais sont ceux qui sont préconisés par la commission européenne. Évidemment les éditeurs les jugent trop courts et les partisans de l'*open access* trop longs. Ils posent en tout cas des difficultés en présence de recherche transdisciplinaires mêlant sciences humaines et médecine ou sciences humaines et sciences par exemple.

10 V., affirmant qu'il est « interdit » au « chercheur de tirer profit d'une éventuelle réédition de son écrit scientifique à des fins commerciales au-delà de la durée d'embargo », L. Belot, Rapport n° 3399 au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale sur la proposition de loi pour une République numérique, 15 janv. 2016, p. 263. - C. Bernault, Articles scientifiques et données de la recherche : l'*open access* et au-delà dans la loi pour une République numérique : Légipresse 2016, p. 654-660.

Voilà donc le dispositif prévu par la loi pour une République numérique. Le point essentiel ici tient sans doute au fait que la diffusion de ces articles en *open access* est donc un droit pour le chercheur mais pas une obligation. D'autres pays ont fait le choix d'imposer la diffusion en *open access* des articles issus de recherche menées grâce à l'argent public¹¹. Les Etats-Unis l'ont fait très tôt. Ce n'est pas la voie choisie en France et en Allemagne et à titre personnel, je m'en félicite. Cette approche préserve en effet la liberté de l'auteur, la liberté du chercheur. Mais qui dit liberté dit responsabilité. Et aujourd'hui, le développement de l'*open access* dépend donc de notre responsabilité individuelle, en tant que chercheur, mais aussi de notre responsabilité collective. Si l'on considère que l'*open access* est une priorité, alors les établissements de recherche, les universités, doivent s'en emparer. S'en emparer pour informer d'abord les chercheurs, et ensuite, pour les inciter à exercer le droit qui leur est donné par la loi. En Allemagne, où le dispositif existe depuis 2013, il a été établi qu'un an après l'entrée en vigueur de la loi, seuls 10% des chercheurs avaient diffusés leurs travaux en *open access*. L'adoption de cette loi n'est donc qu'une première étape vers le développement de l'*open access*.

¹¹ Pour des exemples, C. Bernault, *Open Access et droit d'auteur*, Larcier, 2016.