

archipel

PARIS | GENEVA



AUGMENTER LA VISIBILITÉ ET L'IMPACT
D'UNE PUBLICATION SCIENTIFIQUE EN
MAÎTRISANT LE DROIT D'AUTEUR



AUGMENTER LA VISIBILITÉ ET L'IMPACT D'UNE PUBLICATION SCIENTIFIQUE EN MAÎTRISANT LE DROIT D'AUTEUR

* Janelise Favre¹ and Tania Germond²

ABSTRACT

La réputation d'un chercheur est fortement empreinte de la qualité, de la diffusion et des citations de ses publications. Lorsqu'un auteur publie, il dispose du droit exclusif de décider quand et de quelle manière son œuvre sera divulguée et utilisée. Une bonne connaissance des principes du droit d'auteur et des méthodes de divulgation permet donc aux chercheurs d'augmenter la visibilité et ainsi l'impact de leurs publications.

MOTS CLÉS

Droit d'auteur – œuvre scientifique - publication – *Open Access* – Creative Commons – *h*-index

Remerciements à Madame Cécile Lebrand, PhD (*Open Science advocate and information specialist*), Bibliothèque universitaire de Médecine (CHUV) pour ses précieux conseils.

Août 2018

* Par ordre alphabétique

1 Avocate – Associée chez Archipel – Genève – Suisse

2 Titulaire du brevet d'avocat – PACTT (Bureau de Transfert de Technologie de l'Université de Lausanne (UNIL) et du Centre Hospitalier Universitaire Vaudois (CHUV)) – Suisse

TABLE DES MATIÈRES

1.	INTRODUCTION	4
2.	L'ŒUVRE : SA CRÉATION ET SA PROTECTION	4
2.1.	Qu'est-ce qu'une œuvre ?	4
2.2.	Qu'est-ce qu'une œuvre scientifique ?	6
2.3.	La qualité d'auteur et de coauteur	8
2.4.	Les droits conférés à l'auteur	10
2.5.	L'exception de la citation	10
2.6.	La durée de la protection	12
2.7.	L'application de la LDA lors de litiges internationaux	12
2.8.	Les risques et les sanctions encourus en cas de violation du droit d'auteur	13
2.9.	Exemples de cas	13
3.	LA DIVULGATION DE L'ŒUVRE	15
3.1.	Le contrat d'édition traditionnel	15
3.2.	L'Open Access	16
3.2.1.	<i>Les idées reçues</i>	16
3.2.2.	<i>Comprendre l'Open Access</i>	16
3.2.3.	<i>Les nouvelles directives du FNS sur l'Open Access</i>	17
3.2.4.	<i>Open Research Data</i>	18
3.2.5.	<i>Le text- and data-mining dans le nouveau projet de la LDA</i>	19
3.3.	Creative Commons	20
3.3.1.	<i>L'objectif de Creative Commons</i>	20
3.3.2.	<i>Le fonctionnement de Creative Commons</i>	21
3.3.3.	<i>Les licences Creative Commons</i>	21
3.3.4.	<i>Quelles licences choisir pour la prépublication ?</i>	26
4.	CONCLUSION	27

1. INTRODUCTION

La recherche et l'innovation constituent les éléments essentiels d'une société en constante évolution. La créativité est soutenue par nos lois et notamment par les règles sur la protection de la propriété intellectuelle qui permettent d'inciter les chercheurs³ à partager leurs connaissances tout en se sachant protégés.

La propriété intellectuelle se subdivise en deux domaines : la propriété industrielle (brevets, marques, designs, etc.) et le droit d'auteur.

Dès qu'un auteur publie, il génère une œuvre, créant ainsi une valeur protégée par la loi sur le droit d'auteur.

Or, trop souvent, les chercheurs se contentent de jouer un rôle passif dans la protection et la valorisation de leurs droits d'auteur.

La publication étant une des formes importantes du capital scientifique, il convient que les auteurs maîtrisent les notions élémentaires du droit d'auteur.

L'objectif de cet article est de sensibiliser les chercheurs sur le contenu et la valeur de leur droit d'auteur.

La première partie de cet article est consacrée à l'œuvre, à l'auteur et à sa protection. Nous expliquerons notamment ce qu'il faut entendre par œuvre scientifique et dans quels cas celle-ci est protégée. Une étude de cas est présentée afin de permettre aux chercheurs de mieux appréhender le concept de l'œuvre protégée.

La seconde partie de cet exposé traite de la publication de l'œuvre. Nous examinerons les deux méthodes de diffusion : le contrat d'édition et la publication en *Open Access*. Nous donnerons quelques conseils aux auteurs pour augmenter les taux de citation de leurs articles et ainsi leur *h*-index.

2. L'ŒUVRE : SA CRÉATION ET SA PROTECTION

2.1. QU'EST-CE QU'UNE ŒUVRE ?

Par œuvre, on entend toute création de l'esprit, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel⁴.

Les deux critères déterminants sont donc l'existence d'une « création de l'esprit » et son « caractère individuel ».

Par **création de l'esprit**, il faut comprendre que l'œuvre doit reposer sur une activité humaine ; elle doit être l'expression d'une manifestation de pensée⁵. Les objets qui se sont créés sans l'intervention humaine ne sont pas protégés. Par création de l'esprit, il faut comprendre que l'œuvre doit reposer sur une activité humaine ; elle doit être l'expression d'une manifestation de pensée . Les objets qui se sont créés sans l'intervention humaine ne sont pas protégés.

3 Pour faciliter la lecture de cet article, nous avons décidé d'utiliser le terme « chercheur » au masculin. Néanmoins, le lecteur est invité à lire « chercheur ou chercheuse »

4 Article 2 al. 1 LDA

5 Message concernant une loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (loi sur le droit d'auteur, LDA), FF 1989 III p. 506

pas des œuvres. Ainsi, les produits de la nature ou de la technique **créés indépendamment d'une activité intellectuelle de l'être humain ne sont pas des œuvres**⁶. Il importe en effet que les éléments préexistants soient modifiés par l'intervention de l'auteur⁷. Il n'est en revanche pas nécessaire que l'activité de l'esprit soit importante ; une activité très modeste suffit⁸. La qualité de la création n'a pas plus d'importance : qu'elle soit prodigieuse ou médiocre, la création de l'esprit peut être protégée par le droit d'auteur⁹. Néanmoins, l'œuvre doit aboutir à l'élaboration de quelque chose de nouveau, qui se distingue de ce qui existe déjà¹⁰.

L'article 2 al. 2 de la Loi sur le droit d'auteur (LDA) précise que les œuvres scientifiques sont des créations de l'esprit.

L'œuvre doit ensuite revêtir un **caractère individuel**. Selon la jurisprudence, l'individualité est une des caractéristiques fondamentales de l'œuvre protégée¹¹. L'individualité se distingue de la banalité ou du travail de routine ; elle résulte de la diversité des décisions prises par l'auteur, de combinaisons surprenantes et inhabituelles, de sorte qu'il paraît **exclu qu'un tiers confronté à cette même tâche ait pu créer une œuvre identique**¹².

Le caractère individuel d'une œuvre ne dépend pas de l'historique de l'œuvre, en particulier des efforts financiers ou intellectuels qui y ont conduit¹³. En effet, l'œuvre est à juger pour elle seule, indépendamment des circonstances entourant sa création¹⁴.

Enfin, la protection d'une œuvre au titre du droit d'auteur est donnée indépendamment de sa forme (manuscrit, version PDF ou autres formes)¹⁵.

A noter que les **programmes d'ordinateurs** (logiciels) sont également considérés comme des œuvres¹⁶. Il peut sembler étrange que les programmes d'ordinateurs soient protégés par le droit d'auteur. Faute de mieux, le législateur suisse a considéré que les logiciels sont des « créations industrielles » protégées par la loi sur le droit d'auteur¹⁷.

Une œuvre sera protégée par le droit d'auteur si elle est le résultat d'une création de l'esprit et qu'elle revêt un caractère individuel.

6 DENIS BARRELET / WILLI EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, Staempfli 2008, p. 11

7 CHRISTOPHE CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 5^{ème} édition, LexisNexis 2017, p. 61

8 DENIS BARRELET / WILLI EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, Staempfli 2008, p. 11

9 ATF 105 II 297

10 VINCENT SALVADÉ, *Droit d'auteur et technologies de l'information et de la communication, quid iuris*, 2015, p. 4

11 ATF 113 II 306

12 ATF 136 III 225

13 ATF 130 III 714

14 Message concernant une loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (loi sur le droit d'auteur, LDA), FF 1989 III p. 506

15 RETO HILTY/ MATTHIAS SEEMANN, *Open Access – L'accès aux publications scientifiques dans le droit suisse*, novembre 2009, p. 18

16 Article 2 al. 3 LDA

17 FRANÇOIS DESSEMONTET, CR LDA, article 2, p. 37

2.2. QU'EST-CE QU'UNE ŒUVRE SCIENTIFIQUE ?

L'**œuvre scientifique**, contrairement à la découverte scientifique, jouit de la protection du droit d'auteur, pour autant qu'elle témoigne d'un minimum d'effort créateur.

Le caractère individuel des œuvres scientifiques réside moins dans le contenu de l'œuvre – qui est fortement tributaire de la logique scientifique – que dans sa forme concrète linguistique ou stylistique, sa formulation et la structure de son contenu¹⁸.

Dans un arrêt de 1987 traitant de l'œuvre scientifique, le Tribunal fédéral a commencé par préciser ce qui ne constitue pas une œuvre scientifique protégée par le droit d'auteur :

« Le contenu de ce qu'un chercheur déclare à propos des faits, événements et des circonstances tombe dans le domaine public dès qu'il a été publié ; même s'il s'agit de connaissances nouvelles ou acquises au prix d'un labeur, elles ne jouissent pas de la protection du droit d'auteur. Le résultat des activités d'un chercheur est librement utilisable, ce qui est conforme au but même de la recherche scientifique, tournée vers le libre accès aux idées et aux connaissances¹⁹. »

Le Tribunal fédéral rappelle ici le **principe de la liberté de la découverte**, de l'opinion et de l'idée scientifique.

Découvrir n'est pas créer. En effet, le contenu d'une découverte scientifique n'est pas l'œuvre de l'esprit du chercheur, mais la communication de faits jusqu'alors inconnus ou peu connus²⁰. Le principe de la liberté de la découverte scientifique en droit d'auteur trouve sa justification dans l'intérêt de la recherche scientifique. **La découverte scientifique et les résultats qui en découlent ne peuvent être protégés par le droit d'auteur**, les critères de création de l'esprit et de l'individualité faisant défaut.

Pour illustrer ce point, l'activité d'un archéologue est parlante. En effet, un archéologue ne sera pas auteur de ses découvertes, même si son activité implique un solide savoir-faire, de nombreuses connaissances et un immense effort²¹. Ainsi, l'archéologue ne crée rien de nouveau. Il découvre des choses qui existent déjà. Cela étant, si l'archéologue rédige un article sur ses découvertes et que celui-ci respecte le critère de l'individualité, alors il sera protégé par le droit d'auteur.

Ce même arrêt explique ce qui constitue une œuvre protégée par le droit d'auteur dans des travaux scientifiques :

« En revanche, la forme concrète d'une œuvre scientifique peut être protégée en droit d'auteur. D'abord, sa forme extérieure mérite cette protection quand elle se distingue nettement des écrits de tiers relatifs au même sujet. Evidemment, l'auteur d'une œuvre scientifique n'a qu'une faible marge de manœuvre, puisqu'il doit s'en tenir à certains faits précis et employer le jargon de son

18 RETO HILTY/ MATTHIAS SEEMANN, *Open Access – L'accès aux publications scientifiques dans le droit suisse*, novembre 2009, p. 18

19 ATF 113 II 306, JdT 1988 I 304 (trad.)

20 Traité de Genève concernant l'enregistrement international des découvertes scientifiques du 3 mars 1978

21 CHRISTOPHE CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 5^{ème} édition, LexisNexis 2017, p. 61

domaine, s'il veut être pris au sérieux et compris. Lorsque la marge de manœuvre ne laisse aucune place à des tournures individuelles ou originales, parce que le contenu dicte les termes de la communication, il n'y a pas non plus place pour la protection du droit d'auteur. A part sa forme extérieure, une œuvre scientifique peut posséder un caractère propre en raison de son plan, du choix et de la sélection des matières ou de leur agencement ; elle jouit alors de la protection du droit d'auteur²². »

Le Tribunal fédéral rappelle ici que la **forme concrète** d'une œuvre scientifique peut être protégée par le droit d'auteur. Sa forme extérieure mérite protection lorsqu'elle se distingue des écrits de tiers relatifs au même sujet²³. Par forme extérieure, il faut entendre celle qui frappe les yeux. Il peut s'agir de la structure de la présentation, de sa substance, du choix des sujets, des libellés, de la rédaction, des descriptions, etc.

Enfin, cette jurisprudence explique dans quelles conditions le droit d'auteur d'une œuvre scientifique peut être violé :

« Lorsqu'il s'agit de travaux scientifiques, les droits de leur auteur peuvent donc être lésés si un tiers en reprend la forme concrète ou la suit dans ses caractéristiques fondamentales. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que la forme de l'œuvre ne peut être protégée si elle s'impose pour des motifs techniques. Ainsi, le plan, la conception des matières et leur ordonnance ne peuvent faire l'objet de la protection du droit d'auteur que dans leur ensemble ou s'ils se rapportent aux relations qu'ont entre elles les différentes parties d'une œuvre ; on ne saurait accorder la protection légale à des détails, des dates, des preuves, des exemples, etc.²⁴ »

La lecture de cette jurisprudence pourrait laisser penser que les travaux scientifiques manquent régulièrement de la protection du droit d'auteur. Ce n'est pas exact. Le Tribunal fédéral a rappelé dans une jurisprudence ultérieure que le caractère individuel exigé dépend de la liberté de création dont l'auteur jouit ; si la nature de l'objet ne lui laisse que **peu de marge de manœuvre**, ce qui est le cas pour les œuvres scientifiques, la protection du droit d'auteur sera accordée même si le degré d'activité créatrice est faible²⁵.

En règle générale, on peut dire que ce qui est protégé dans une œuvre scientifique, c'est la forme de l'expression de l'idée, de l'opinion ou de la découverte, pour autant que cette forme soit originale et individuelle, ce qui implique qu'une autre personne ayant la même spécialisation ou les mêmes affinités n'aurait pas été en mesure de relater ses travaux scientifiques sous une même forme.

A titre d'exemple, l'article d'**Einstein** « Les fondements de la théorie de la relativité générale » publié dans la revue allemande scientifique « Annalen der Physik » est protégé par le droit d'auteur. Néanmoins, la théorie

22 ATF 113 II 306, JdT 1988 I 304 (trad.)

23 ATF 113 II 306, JdT 1988 I 304 (trad.)

24 ATF 113 II 306, JdT 1988 I 304 (trad.)

25 ATF 136 III 225

de la relativité n'est pas considérée comme une œuvre protégée par le droit d'auteur. Bien qu'il ait fallu le génie d'Einstein pour élaborer cette théorie, celle-ci relève de la découverte scientifique, des lois de la nature et, pour ces raisons, cette théorie a appartenu au domaine public dès sa publication.

Découvrir n'est pas créer. Une découverte scientifique n'est pas une œuvre scientifique protégée par le droit d'auteur. L'œuvre scientifique est protégée pour autant qu'elle témoigne d'un minimum d'effort créateur. En règle générale, on peut dire que ce qui est protégé dans une œuvre scientifique, c'est la forme de l'expression de l'idée, de l'opinion ou de la découverte pour autant que cette forme soit originale et individuelle.

2.3. LA QUALITÉ D'AUTEUR ET DE COAUTEUR

L'auteur d'une œuvre est la **personne physique** qui l'a créée²⁶. Lorsque plusieurs personnes ont concouru à la réalisation de l'œuvre, le droit d'auteur leur appartient en commun ; on parle alors de coauteurs²⁷.

Pour ce qui concerne les œuvres scientifiques, le plus souvent, celui qui ne participe pas à la rédaction même de l'œuvre n'acquiert pas la qualité de coauteur. En effet, tel que mentionné ci-dessus, l'œuvre scientifique est protégée par sa forme, par son expression et non par l'idée. Néanmoins, celui qui influence l'articulation de l'œuvre (soit par la structure ou par le choix des exemples) peut également obtenir le statut de coauteur²⁸.

Les Académies suisses des sciences ont élaboré un code de bonnes pratiques pour l'intégrité de la recherche scientifique²⁹ lequel précise en son article 3.3 que : « *L'auteur est la personne qui, par son travail scientifique personnel, a fourni une contribution essentielle à la planification, à la réalisation, à l'évaluation ou au contrôle du travail de recherche* »³⁰. Cet article prévoit encore que le seul fait d'occuper une fonction de cadre au sein de l'institut de recherche ou de soutenir le projet sur le plan financier et organisationnel ne donne pas droit de figurer comme auteur. Enfin, il précise que la qualité d'auteur honorifique n'existe pas.

Les Académies suisses des sciences ont par ailleurs publié des recommandations traitant de la qualité d'auteur dans les publications scientifiques³¹. A teneur de celles-ci, la qualité d'auteur revient « [...] à *chaque personne, laquelle a fourni, par son travail personnel, une contribution essentielle au travail de recherche lors de sa planification, de sa réalisation, de son interprétation ou de son contrôle, ainsi³² qu'à la rédaction du texte.* »³³

26 Article 6 LDA

27 Article 7 al. 1 LDA

28 IVAN CHERPILLOD, CR LDA, article 7, p. 57

29 Académies suisses des sciences, *L'intégrité dans la recherche scientifique : principes de base et procédure*, 2008

30 Académies suisses des sciences, *L'intégrité dans la recherche scientifique : principes de base et procédure*, 2008, p. 18

31 Académies suisses des sciences, *Qualité d'auteur des publications scientifiques – analyse et recommandations*, 2013

32 Nous soulignons.

33 Académies suisses des sciences, *Qualité d'auteur des publications scientifiques – analyse et recommandations*, 2013, art. 3.3

L'EPFL et l'ETH Zürich ont également émis des directives pour l'intégrité dans la recherche lesquelles reprennent les recommandations des Académies suisses des sciences. En effet, selon lesdites directives, pour être considéré comme auteur, un chercheur doit remplir les critères suivants : (i) avoir fourni une contribution essentielle à la planification, à la réalisation, à l'évaluation et au contrôle du travail de recherche ; (ii) avoir **participé à la rédaction du manuscrit** ; et (iii) avoir approuvé la version finale du manuscrit³⁴.

En revanche, les directives pour l'intégrité scientifique dans le domaine de la recherche des Universités de Lausanne, Genève et Berne (notamment), précisent quant à elles que la condition de la participation à la rédaction du manuscrit n'est pas nécessaire pour obtenir le statut de coauteur. En effet, ces directives prévoient que la qualité d'auteur est reconnue à la personne qui, par son travail personnel, a fourni une contribution essentielle au travail de recherche lors de sa planification, de sa réalisation, de son interprétation ou de son contrôle³⁵.

Le Code de conduite européen pour l'intégrité en recherche³⁶ prévoit quant à lui que : « [t]ous les auteurs s'entendent sur l'ordre de citation des auteurs, et reconnaissent que la paternité elle-même repose sur une contribution significative à la conception de la recherche, à la collecte des données pertinentes, à l'analyse ou l'interprétation des résultats »³⁷. Ce document précise encore que les auteurs reconnaissent d'une manière appropriée les travaux et les contributions intellectuelles importants de tiers, notamment des collaborateurs, des assistants et des donateurs qui ont influencé les travaux de recherche.

Dans le cadre des publications scientifiques, il est courant que les articles soient analysés par des **experts** (validation par les pairs). Les pairs ne peuvent pas être considérés comme des coauteurs de l'œuvre s'ils se contentent d'émettre un jugement, d'exprimer une critique ou de proposer des suggestions d'amélioration³⁸.

L'auteur d'une œuvre est la personne physique qui l'a créée. Selon les Académies suisses des sciences ainsi que les directives de l'EPFL et de l'ETH ZH, il importe d'avoir participé à la rédaction d'un manuscrit pour avoir le statut de coauteur. Selon les directives de la plupart des universités suisses, la condition de la participation à la rédaction du manuscrit n'est pas nécessaire pour obtenir ce statut, néanmoins une contribution essentielle au travail de recherche est exigée.

34 EPFL, *Directive pour l'intégrité dans la recherche et pour une bonne pratique scientifique*, état au 1er janvier 2017, art. 11, ETH Zürich, *Guidelines for Research Integrity*, 14 November 2007, art. 14

35 Unil, *Directive de la Direction 4.2 Intégrité scientifique dans le domaine de la recherche et procédure à suivre en cas de manquement à l'intégrité*, 8 mai 2017, art. 2.10 ; Universität Bern, *Regulations concerning scientific integrity*, 16 October 2012, art. 3 al. 2 let. f ; Unige, *Intégrité dans la recherche scientifique*, 12 avril 2012, art. 2.11

36 Code de conduite européen pour l'intégrité en recherche, 2018

37 Code de conduite européen pour l'intégrité en recherche, 2018, article 2.7 p.7

38 RETO HILTY/ MATTHIAS SEEMANN, *Open Access – L'accès aux publications scientifiques dans le droit suisse*, novembre 2009, p. 25

2.4. LES DROITS CONFÉRÉS À L'AUTEUR

Contrairement aux marques ou aux brevets qui nécessitent un enregistrement, il n'est pas nécessaire de suivre un processus formel pour bénéficier de la protection du droit d'auteur. Il n'existe pas de registre pour les œuvres protégées. L'œuvre est protégée de facto dès sa création³⁹.

Il n'est ainsi pas nécessaire d'apposer le symbole © (pour copyright) sur les exemplaires de l'œuvre. Néanmoins, ce symbole suivi du nom du titulaire des droits et de l'année de la première publication peut s'avérer utile pour informer le public que l'auteur entend se prévaloir de ses droits et ainsi décourager le plagiat.

Le droit d'auteur confère aux auteurs des droits moraux et patrimoniaux. Les **droits patrimoniaux** permettent à l'auteur de réaliser un revenu sur l'œuvre qu'il a créée (droit de diffusion, de reproduction, de retransmission, etc.⁴⁰). Les **droits moraux** protègent la personnalité de l'auteur. Ils permettent de préserver le lien particulier qui existe entre un auteur et son œuvre, soit notamment le droit de revendiquer la paternité d'une œuvre, le droit de décider de sa divulgation et de s'opposer aux atteintes⁴¹. Les droits patrimoniaux d'une œuvre peuvent être cédés, contrairement aux droits moraux.

La loi sur le droit d'auteur prévoit néanmoins que dans certaines circonstances, une œuvre peut être utilisée sans avoir à obtenir le consentement de son auteur ni devoir le rémunérer. Il s'agit notamment de l'utilisation d'une œuvre à des fins privées⁴², pour l'établissement des comptes rendus d'actualité⁴³ ou par le biais de citations⁴⁴. Dans le cadre de cet article, nous aborderons uniquement l'exception de citation.

L'œuvre est protégée de facto dès sa création (pas d'enregistrement nécessaire). Le droit d'auteur confère aux auteurs (i) les droits moraux, qui préservent le lien entre l'auteur et son œuvre (ex : droit de paternité) et (ii) les droits patrimoniaux, qui permettent à l'auteur de réaliser un revenu sur l'œuvre qu'il a créée. Les droits moraux sont incessibles, contrairement aux droits patrimoniaux.

2.5. L'EXCEPTION DE LA CITATION

L'exception de la citation est instaurée dans l'intérêt général. Elle représente une **restriction** au droit d'auteur permettant de faciliter et favoriser la libre discussion intellectuelle et le libre débat d'idées⁴⁵.

L'exception de citation constitue l'une des plus importantes restrictions au droit d'auteur.

39 Article 29 al. 1 LDA

40 Article 10 LDA

41 Article 9 LDA ; VINCENT SALVADÉ, *Droit d'auteur et technologies de l'information et de la communication, quid iuris*, 2015, p. 8

42 Article 19 LDA

43 Article 28 LDA

44 Article 25 LDA

45 PIERRE-EMMANUEL RUEDIN, *La citation en droit d'auteur*, p. 5

L'article 25 al. 1 LDA prévoit que « [l]es 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 ».

L'obligation de citation de la LDA ne vise que la reprise d'œuvres protégées. Chacun peut librement reprendre une œuvre qui n'est pas ou plus protégée par la LDA, ou une partie non originale d'une œuvre protégée⁴⁶. Il convient ici de rappeler que la **déontologie scientifique** impose néanmoins de mentionner la source dont est tirée une idée⁴⁷.

La citation est licite dans la mesure où celle-ci est subordonnée au contenu dans lequel elle est intégrée. Elle doit demeurer **accessoire**. La citation est limitée dans son ampleur ; elle ne peut dépasser ce qui est nécessaire pour atteindre le but recherché⁴⁸.

L'article 25 al. 2 LDA précise les conditions formelles de la citation : l'indication de la citation, la mention de la source et le nom de l'auteur.

Il importe que la citation puisse être distinguée du contenu dans lequel elle est insérée⁴⁹. Ainsi, le passage cité doit être clairement mis en évidence (p.ex. entre guillemets, en italique ou par un paragraphe séparé). La mention de la source doit permettre d'identifier l'œuvre de laquelle la citation est tirée⁵⁰ et ce, même si l'élément repris provient d'un travail personnel antérieur de l'auteur.

Selon les usages, la citation doit mentionner le titre de l'œuvre citée, les pages ou toutes autres indications qui permettent de retrouver les passages cités, le numéro, l'année d'édition, la maison d'édition ainsi que le nom de l'auteur⁵¹.

La question de savoir si des **graphiques** ou des tableaux peuvent être insérés dans une œuvre à titre de citation est controversée. De tels éléments sont considérés comme des œuvres visuelles⁵². Dans la mesure où ces éléments peuvent être considérés comme des œuvres à part entière et que la réglementation sur la citation impose que celle-ci soit limitée dans son ampleur, la citation d'une œuvre entière, et donc d'un graphique ou d'un tableau, ne devrait pas être autorisée.

Néanmoins, il convient de définir si des graphiques ou des tableaux reprenant des faits ou des chiffres peuvent être considérés comme des œuvres remplissant le critère de l'individualité (paragraphe 2.1). Nous sommes d'avis que si ces éléments peuvent être présentés de la même manière par une autre personne ayant la même spécialisation que l'auteur, alors ils ne constituent pas des œuvres protégées par le droit d'auteur. De tels éléments devraient pouvoir être utilisés sans même respecter les règles sur la citation. Toutefois, et tel que rappelé ci-dessus, la déontologie scientifique impose de mentionner la source du graphique ou des tableaux.

46 STEVE REUSSER, *L'admissibilité des hyperliens en droit d'auteur*, Helbing Lichtenhahn, 2014, p. 102.

47 PIERRE-EMMANUEL RUEDIN, *La citation en droit d'auteur*, p. 114

48 DENIS BARRELET / STEPHANE WERLY, *Droit de la communication, Précis de droit Stämpfli*, 2011, p.621.

49 MARC-ANDRÉ RENOLD / RAPHAËL CONTEL, CR LDA, article 25, p. 285

50 MARC-ANDRÉ RENOLD / RAPHAËL CONTEL, CR LDA, article 25, p. 285

51 MARC-ANDRÉ RENOLD / RAPHAËL CONTEL, CR LDA, article 25, p. 286

52 PIERRE-EMMANUEL RUEDIN, *La citation en droit d'auteur*, p. 206

A noter également qu'une citation tirée d'un programme d'ordinateur est *a priori* licite. Dans un article scientifique, il est ainsi autorisé de reproduire quelques lignes de la programmation d'un logiciel afin de mettre en évidence une erreur ou une particularité, par exemple⁵³.

La violation intentionnelle de l'obligation de citation est une contravention punie d'une peine d'amende⁵⁴.

La citation doit demeurer accessoire au contenu dans lequel elle est intégrée. La question de savoir si des graphiques ou des tableaux peuvent être insérés dans une œuvre à titre de citation est controversée. Nous sommes d'avis que s'ils peuvent être présentés par une autre personne ayant la même spécialisation que l'auteur, alors ils ne constituent pas des œuvres protégées par le droit d'auteur. Néanmoins, la déontologie scientifique impose de mentionner la source du graphique ou des tableaux.

2.6. LA DURÉE DE LA PROTECTION

La protection du droit d'auteur prend fin **70 ans** après le décès de l'auteur⁵⁵. Pour les programmes d'ordinateur, la durée de protection expire **50 ans** après le décès de l'auteur⁵⁶. Lorsque plusieurs personnes ont participé à la création d'une œuvre ou d'un programme, la protection du droit d'auteur prend fin respectivement 70 et 50 ans après le décès de la dernière personne impliquée⁵⁷.

La protection du droit d'auteur prend fin 70 ans après le décès de l'auteur. Pour les programmes d'ordinateur, la durée de protection expire 50 ans après le décès de l'auteur.

2.7. L'APPLICATION DE LA LDA LORS DE LITIGES INTERNATIONAUX

Le droit d'auteur est soumis au principe de territorialité, c'est-à-dire que le droit du pays où la protection est demandée est en principe applicable⁵⁸. Lorsqu'un litige a des liens avec l'étranger, le lésé devra alors analyser les règles de droit international privé pour déterminer le for et le droit applicable, sous réserve d'une convention prévoyant une élection de droit.

La loi sur le droit international privé suisse (LDIP) rattache notamment la compétence des autorités au lieu du résultat de l'acte illicite. Celui-ci se confond généralement avec le domicile du lésé. En ce qui concerne le droit applicable, la LDIP prévoit aussi que le lésé peut choisir celui du résultat et, dès lors, celui de son domicile.

53 PIERRE-EMMANUEL RUEDIN, *La citation en droit d'auteur*, p. 225

54 Article 68 LDA

55 Article 29 al. 2 let b LDA

56 Article 29 al. 2 let a LDA

57 Article 30 LDA

58 MICHEL JACCARD / EVA CELLINA, *Les Creative Commons, avenir du droit d'auteur ?* in SJ 2017 II p. 229 ss

Par conséquent, une victime domiciliée en Suisse peut ainsi poursuivre un plagiaire même étranger devant les tribunaux de son domicile et appliquer le droit suisse⁵⁹.

Une victime domiciliée en Suisse peut poursuivre un plagiaire même étranger devant les tribunaux de son domicile et appliquer le droit suisse.

2.8. LES RISQUES ET LES SANCTIONS ENCOURUS EN CAS DE VIOLATION DU DROIT D'AUTEUR

La personne qui utilise une œuvre sans l'autorisation préalable de son auteur viole le droit d'auteur s'il ne bénéficie pas d'une exception prévue par la loi ni d'une autorisation conventionnelle. Cette violation du droit d'auteur est passible de sanctions civiles et pénales.

Sur le plan civil, l'action en cessation⁶⁰ et/ou l'action en dommages et intérêts peuvent être ouvertes. Cette dernière action aboutit si la victime prouve qu'elle a subi un dommage⁶¹. Il existe d'autres actions civiles telles que l'action en concurrence déloyale.

Sur le plan pénal, quiconque, de manière intentionnelle et sans droit, utilise une œuvre sous une désignation fautive ou différente de celle décidée par l'auteur, divulgue ou modifie une œuvre, confectionne des exemplaires d'une œuvre par n'importe quel procédé, propose au public, aliène ou d'une quelconque autre manière met en circulation des exemplaires d'une œuvre est puni, en cas de plainte, d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire.

La violation du droit d'auteur est passible de sanctions civiles et pénales. Sur le plan civil, une action en dommages et intérêts peut être ouverte. Sur le plan pénal, celui qui viole le droit d'auteur de manière intentionnelle est passible d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire.

2.9. EXEMPLES DE CAS

Les exemples de cas ci-dessous comportent des états de faits tirés de la jurisprudence ou parvenus à notre connaissance et pour lesquels nous avons procédé à une analyse à l'aune de l'exposé ci-dessus.

Ont été jugés **protégeables** par le droit d'auteur : les manuels d'enseignement scientifiques⁶², une monographie⁶³, un commentaire⁶⁴, des exercices et instructions contenues dans un manuel lorsqu'ils

59 JULIEN FRANCEY, *La responsabilité délictuelle des fournisseurs d'hébergement et d'accès Internet*, Schultess, 2017, p. 340

60 Cette action a pour objectif d'ordonner la suspension d'une atteinte au droit d'auteur.

61 RALPH SCHLOSSER, CR LDA, article 62, p. 51

62 ATF 88 IV 123, JdT 1963 IV 25 (trad.)

63 FRANÇOIS DESSEMONTET, CR LDA, article 2, p. 32

64 FRANÇOIS DESSEMONTET, CR LDA, article 2, p. 32

constituent le résultat original d'une création intellectuelle⁶⁵, une thèse⁶⁶ (à l'exception des données brutes, des connaissances scientifiques, des théories abstraites ou des méthodes), des bases de données (pour autant que le choix des données recensées ou leur organisation ne soient pas purement et simplement dictés par la finalité de la base de données considérée)⁶⁷, un fascicule de demande de brevet et ses diverses parties (avant que la demande ne soit publiée)⁶⁸, une représentation cartographique de terrains rocheux (pour autant qu'elle dépende de la volonté esthétique du cartographe)⁶⁹.

Sont à **notre avis protégeables** : une méthodologie issue de l'acquis et de l'expérience de son auteur⁷⁰, un recueil de textes ou d'images scientifiques (même non commentés, pour autant que l'auteur ait effectué un choix et suivi un certain schéma personnel, retenant certains textes et en excluant d'autres)⁷¹, un catalogue pour autant qu'il ne constitue pas une simple énumération mais soit le résultat d'un travail de recherche et de classification⁷², les images d'un PET scan si l'utilisateur a exercé un choix des paramètres de l'image (cadrage, angle de prise de vue, etc)⁷³.

Ont en revanche été **jugés non protégeables** : les données scientifiques (ou données de la recherche)⁷⁴, une découverte ou une idée scientifique⁷⁵, les fascicules et les publications de demandes de brevet (dès que la demande est publiée)⁷⁶, des tables de logarithmes⁷⁷, un compendium de médicaments (car l'arrangement présente un caractère factuel, purement logique, sans aucune individualité)⁷⁸.

Sont **selon nous non-protégeables** : des questionnaires permettant d'établir des diagnostics pour autant que seule la sémantique des questions soit déterminante et que l'ordre des questions soit aléatoire.

65 ATF 88 IV 123, JdT 1963 IV 25 (trad.)

66 ATF 113 II 306, JdT 1988 I 304 (trad.), consid. 3b, *a contrario*

67 NATHALIE TISSOT, *Base de données et droit d'auteur, Internet 2003 travaux des journées d'étude organisés à l'Université de Lausanne les 21 mai et 26 novembre 2003*, 2004, p. 203

68 PHILIPPE GILLIÉRON, CR LDA, article 5, p. 52

69 ATF 103 Ib 324

70 L'énumération de la méthode et des éléments nécessaires à cette fin ne laisse selon nous pas de place à des tournures individuelles ou originales, compte tenu du fait que le contenu dicte les termes de la communication. En revanche, le fait d'avoir présenté la méthode dans un certain ordre, en se servant de son acquis et de son expérience, constitue une activité intellectuelle justifiant une protection légale.

71 PHILIPPE GILLIÉRON, CR LDA, article 5, p. 45 ; LAURENCE THYS, *Aspects juridiques de la publication scientifique, Guide pratique à l'attention des membres de la communauté universitaire*, Bruxelles 2009

72 LAURENCE THYS, *Aspects juridiques de la publication scientifique, Guide pratique à l'attention des membres de la communauté universitaire*, Bruxelles 2009 ; il s'agit d'une décision belge mais nous estimons que des tribunaux suisses devraient avoir la même position.

73 Il s'agit d'une œuvre photographique au sens de l'article 2 al. 2 let. g LDA

74 RO 88 IV 127 = JdT 1963 IV 27

75 ATF 113 II 306 JdT 1988 I 304 (trad.)

76 PHILIPPE GILLIÉRON, CR LDA, article 5, p. 52 (cf. note 50 *supra*)

77 Cour d'appel du canton de Berne, 2^{ème} chambre civile, 28 novembre 1940, Schleicher & Schüll c. Aerni-Leuch (non publié) ; Le droit d'auteur : revue de l'Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 15 juin 1942, p. 68

78 ATF 136 III 225, JdT 1988 I 394 (trad.), c. 4.1; ZivGer BS, sic ! 2004, p. 490 ss, *Arzneimittel-Kompendium*.

3. LA DIVULGATION DE L'ŒUVRE

L'auteur a le droit exclusif de décider si, quand et de quelle manière son œuvre sera divulguée⁷⁹.

L'auteur peut décider de publier son travail *via* un éditeur traditionnel ou en *Open Access*. Il peut également décider d'associer ces deux modes de publication (paragraphe 3.2.2). Dans ce cas, l'auteur doit impérativement s'assurer que les droits cédés à l'éditeur et à la plate-forme de libre accès sont compatibles.

Nous allons, dans un premier temps, analyser le contenu standard d'un contrat d'édition (paragraphe 3.1) puis les différentes voies de publication en *Open Access* (paragraphe 3.2).

3.1. LE CONTRAT D'ÉDITION TRADITIONNEL

On distingue principalement deux sortes de contrats d'édition. Le contrat qui transfère les droits d'auteur à l'éditeur et le contrat de licence.

Dans un **contrat de transfert des droits**, l'auteur cède à l'éditeur ses droits patrimoniaux. L'éditeur obtient un droit absolu qu'il peut opposer à quiconque, donc à l'auteur également.

Dans un **contrat de licence**, l'auteur conserve ses droits. L'éditeur n'obtient que l'autorisation (soit la licence) d'utiliser l'œuvre. L'auteur reste propriétaire de son œuvre. En cas de licence exclusive, l'auteur s'engage à ne pas concéder d'autres licences sur l'œuvre, alors que dans le cas d'une licence non exclusive, l'auteur peut attribuer d'autres licences à des tiers.

Afin de déterminer si un auteur qui a publié une œuvre par un éditeur est autorisé à la déposer parallèlement sur une plate-forme d'*Open Access*, il convient d'analyser quels droits l'auteur a cédés.

Nous ne pouvons que chaudement recommander aux chercheurs de **lire attentivement** les contrats d'édition qui leur sont proposés afin de s'assurer qu'ils ne transfèrent pas à l'éditeur plus de droits que nécessaire. En effet, il a été constaté que certaines maisons d'édition n'hésitent pas, *via* des contrats-types, à se faire céder des droits pourtant incessibles (notamment le droit d'être reconnu comme auteur). De telles clauses seraient invalidées par des tribunaux suisses, mais il appartiendrait néanmoins à l'auteur de saisir la justice pour en obtenir l'invalidation.

On distingue principalement deux sortes de contrats d'édition. Le contrat de transfert de droits (par lequel l'auteur cède à l'éditeur ses droits patrimoniaux) et le contrat de licence (par lequel l'auteur conserve ses droits patrimoniaux mais autorise l'éditeur à utiliser l'œuvre sous certaines conditions).

79 Article 9 al. 2 LDA

3.2. L'OPEN ACCESS

3.2.1. Les idées reçues

En préambule, nous tenons à battre en brèche deux idées reçues.

Premièrement, il n'est **pas exact** que les publications en *Open Access* ont moins d'effet sur le *h-index* de l'auteur. Au contraire, une recherche a encore confirmé que les journaux en *Open Access* engendrent plus de citations⁸⁰. Cette recherche établit également que lorsqu'un chercheur publie dans un journal en *Open Access*, le taux de citation de son article n'est pas directement corrélé à l'impact factor du journal.

Deuxièmement, l'*Open Access* **ne remet pas en question le droit d'auteur** dans son principe. En effet, la LDA garantit à l'auteur le droit exclusif de décider si, quand et de quelle manière son œuvre sera publiée. L'*Open Access* n'annihile aucunement ce droit.

Les publications dans les journaux en *Open Access* engendrent plus de citations. L'*Open Access* ne remet pas en question le droit d'auteur dans son principe.

3.2.2. Comprendre l'Open Access

L'*Open Access* est un mouvement né il y a une dizaine d'années pour faire face à l'explosion des coûts de la documentation scientifique mais aussi pour accélérer la diffusion des publications.

L'*Open Access* défend l'idée que toutes les publications scientifiques devraient être accessibles gratuitement dans le monde entier. Le principal objectif de ces archives ouvertes est de permettre aux chercheurs, aux organisations scientifiques et aux entreprises - disposant d'un budget limité - de pouvoir participer à une recherche scientifique. Ce mouvement permet également d'ouvrir les résultats de recherche au grand public.

Toutefois, la gratuité de l'*Open Access* est relative. En effet, si l'utilisateur peut accéder gratuitement aux publications, la diffusion de la publication en *Open Access* a un coût généralement supporté par le chercheur et/ou son institution.

A ce jour, diverses voies de publication sont proposées.

La **voie dorée** (la « gold road ») signifie que la publication initiale et originale est faite dans un produit média en libre accès, comme par exemple une revue ou un journal *Open Access*, un livre *Open Access* ou tout autre média en *Open Access*. Les coûts de publication (« *Article Processing Charges* » or « *APC* ») sont généralement payés par l'auteur, une institution ou un bailleur de fonds⁸¹.

80 Chua S, Qureshi AM, Krishnan V *et al.* The impact factor of an open access journal does not contribute to an article's citations [version 1; referees: 2 approved]. *F1000Research* 2017, 6:208 (doi: 10.12688/f1000research.10892.1)

81 <http://www.snf.ch/fr/leFNS/points-de-vue-politique-de-recherche/open-access/Pages/default.aspx#Variantes%20de%20l%27Open%20Access> (10.07.2018)

La **voie verte** (la « green road ») prévoit que les auteurs peuvent, en parallèle de la version de l'article éditée par un éditeur traditionnel, déposer sur une plateforme dédiée une version acceptée de leur manuscrit et la rendre ouvertement accessible après un délai d'embargo. Pendant ce délai d'embargo, le lecteur doit payer la maison d'édition pour lire l'article.

La **voie hybride** est une forme alternative de la voie dorée où les chercheurs publient dans une revue à abonnement mais paient en sus des frais afin de rendre leur publication immédiatement librement accessible. L'accès aux résultats scientifiques est ainsi payé deux fois (« double dipping »).

A noter que pour contourner la durée des **embargos** ou le temps de la revue par les pairs, les chercheurs déposent de plus en plus régulièrement une version de leur texte non encore révisée par les pairs (« prépublication » ou « preprint ») sur des archives destinées à cet effet tel que arXiv ou bioRxiv. La prépublication ne comprend évidemment pas les modifications exigées au cours de la revue par les pairs. Dans ce cas, le chercheur devra vérifier auprès de l'éditeur si une prépublication de l'article est autorisée.

La voie dorée : la publication initiale et originale est faite dans un produit média en libre accès.

La voie verte : les auteurs peuvent, en parallèle de la version de l'article éditée, déposer sur une plateforme dédiée la version de leur manuscrit en version acceptée et la rendre ouvertement accessible après un délai d'embargo.

La voie hybride : forme alternative de la voie dorée où les chercheurs publient dans une revue à abonnement mais paient en sus des frais afin de rendre leur publication immédiatement librement accessible.

3.2.3. Les nouvelles directives du FNS sur l'*Open Access*

Depuis le 1er avril 2018, toute **recherche financée au minimum à 50%** par des subsides du Fonds national suisse de la recherche scientifique (FNS) doit être publiée en *Open Access* selon la définition de la Convention de Budapest⁸². Le FNS préconise la **voie dorée**⁸³. En cas de publication par la voie verte, la période d'embargo ne peut être supérieure à 6 mois pour les articles de revue et à douze mois pour toutes les autres publications⁸⁴. Le FNS ne prend pas en charge les coûts du double dipping⁸⁵. Pour satisfaire aux critères de la voie verte du FNS, seules les prépublications évaluées par les pairs peuvent être auto-archivées⁸⁶.

82 Article 11.9 du Règlement d'exécution général relatif au règlement des subsides du 11 juillet 2018, Fonds National Suisse de la recherche scientifique

83 Article 11.10, Règlement d'exécution général relatif au règlement des subsides du 1er avril 2018, Fonds national Suisse de recherche scientifique ; Article 17 al. 2, Règlement relatif à l'encouragement des publications en libre accès du 7 novembre 2017, Fonds national Suisse de recherche scientifique ; Article 3, Guide relatif à l'encouragement des publications de livres en *Open Access* du 09 mars 2018, Fonds national Suisse de recherche scientifique

84 Article 11.12 al. 3, Règlement d'exécution général relatif au règlement des subsides du 11 juillet 2018, Fonds National Suisse de la recherche scientifique

85 <http://www.snf.ch/fr/leFNS/points-de-vue-politique-de-recherche/open-access/Pages/default.aspx#Variantes%20de%20l%27Open%20Access> (10.07.2018)

86 <http://www.snf.ch/fr/pointrecherche/faq/Pages/faq-open-access-quelle-version-peut-etre-auto-archivee-green-road.aspx> (10.07.2018)

Des règles similaires existent notamment au sein de l'Union européenne au travers du fonds d'Horizon 2020⁸⁷ et aux Etats-Unis au travers des programmes du National Institute of Health et du National Science Foundation.

Le FNS exige que la publication de livres ou d'articles en Open Access soit réalisée sous licence Creative Commons BY-NC-ND à tout le moins, mais recommande l'utilisation de la licence CC BY, qui est la plus étendue des licences Creative Commons, comme nous le verrons ci-dessous⁸⁸ (paragraphe 3.3.3).

Depuis le 1er avril 2018, toute recherche financée au minimum à 50% par des subsides du FNS doit être publiée en Open Access. Le FNS préconise la voie dorée.

3.2.4. Open Research Data

Le libre accès aux données de la recherche (« *Open Research Data* » ou « *ORD* ») découle de l'idée que le **partage des données de recherche** apporte une contribution essentielle à la recherche scientifique en termes d'impact, de transparence et de reproductibilité⁸⁹. Ce principe est ancré notamment dans le Concordat on *Open Research Data* publié le 26 juillet 2016⁹⁰ qui édicte des principes de bonne conduite concernant le traitement des données de la recherche.

La convention souligne la responsabilité des chercheurs dans le traitement de leurs données, avec notamment une nécessité de faire évaluer ces données par leurs pairs.

En sus de l'accès des publications *online*, le FNS soutient également le principe de l'*Open Research Data*. Il prévoit l'obligation d'inclure un plan de gestion de données (« *Data Management Plan* ») lors de la soumission d'une requête pour la plupart des instruments d'encouragement⁹¹. Les chercheurs financés par le FNS sont tenus (i) d'archiver les données de recherches sur lesquelles ils ont travaillé et qu'ils ont produit durant leurs travaux, (ii) de partager ces données avec d'autres chercheurs, à moins qu'ils ne soient liés par des clauses légales, éthiques, de copyright, de confidentialité ou autres, et (iii) de déposer leurs données et métadonnées dans des archives publiques existantes, dans des formats accessibles et réutilisables sans restriction par tout un chacun⁹². Ainsi, les données sur lesquelles se basent les publications doivent être partagées, à tout le moins les données nécessaires pour reproduire les résultats publiés. Ces données doivent être rendues accessibles

87 Article 29.2, Annotated Model Grant Agreement, H2020 Program. du 3 juillet 2018

88 Article 3, Guide relatif à l'encouragement des publications de livre en *Open Access* du 9 mars 2018, Fonds National Suisse de la recherche scientifique

89 http://www.snf.ch/fr/leFNS/points-de-vue-politique-de-recherche/open_research_data/Pages/default.aspx (10.07.2018); <https://rd-alliance.org/data-harvest-report-sharing-data-knowledge-jobs-and-growth.html> (10.07.2018); <http://www.encyexchange.ac.uk/7426/the-uk-data-service-best-practice-in-efficiency-effectiveness-and-value-for-money/> (10.07.2018)

90 <https://www.ukri.org/files/legacy/documents/concordatonopenresearchdata-pdf/> (10.07.2018)

91 http://www.snf.ch/fr/leFNS/points-de-vue-politique-de-recherche/open_research_data/Pages/data-management-plan-dmp-directives-pour-les-chercheuses-et-chercheurs.aspx (10.07.2018).

92 http://www.snf.ch/fr/leFNS/points-de-vue-politique-de-recherche/open_research_data/Pages/default.aspx#D%E9claration%20de%20principe%20du%20FNS%20sur%20le%20libre%20acc%E8s%20aux%20donn%E9es%20de%20la%20recherche%20%28Open%20Research%20Data%29 (10.07.2018)

aussi rapidement que possible mais au plus tard au moment de la publication scientifique correspondante. Les données doivent être publiées selon les principes FAIR⁹³ ce qui signifie Findable – Accessible – Interoperable – Reusable. Ces principes sont utilisés par un nombre croissant d'organisations d'encouragement de la recherche, tels que, en sus du FNS, le H2020 et NIH⁹⁴.

Le FNS soutient le principe de l'Open Research Data. Il est nécessaire d'inclure un plan de gestion de données lors de la soumission d'une requête pour la plupart des instruments d'encouragement. Les données doivent être publiées selon les principes FAIR.

3.2.5. Le text- and data-mining dans le nouveau projet de la LDA

Pour soutenir la transition vers l'*Open Access*, le cadre réglementaire suisse doit être adapté pour autoriser et encourager les pratiques *Open Access* et la réutilisation des travaux protégés.

Dans ce contexte, le projet de la future loi sur le droit d'auteur introduit notamment une clause importante en faveur de la science. Elle autorise la reproduction nécessaire à la **fouille de textes et de données** (« *text- and data-mining*») sans avoir (i) à obtenir au préalable l'autorisation de l'auteur des œuvres reproduites, ni (ii) à rémunérer l'auteur de l'œuvre reproduite.

Par l'évolution des technologies, les informations (textes, sons, images et autres données) sont disponibles en grande quantité sous un format électronique. Le *text- and data-mining* est une technique qui permet d'utiliser ces informations en ayant recourt à des procédés analytiques utilisant des algorithmes dans le but d'explorer des données volumineuses et d'en déduire des nouvelles thèses scientifiques ou vérifier des thèses existantes⁹⁵. La fouille implique la confection d'une grande quantité de reproductions permanentes. L'obtention d'autorisation de la part des auteurs de ces œuvres reproduites étant quasiment impossible et les rémunérations y relatives disproportionnées, le législateur a décidé d'ajouter cette nouvelle restriction au droit d'auteur qui autorise le duplicata de copies pour la recherche scientifique⁹⁶.

Cette nouvelle restriction au droit d'auteur est soumise à des conditions : elle n'est valable que si elle s'applique à la recherche scientifique et si elle répond à une nécessité technique en vue de l'activité de recherche, ce qui signifie que la copie doit être fabriquée par l'application d'un procédé technique lié à la recherche⁹⁷. Seules des œuvres accessibles licitement peuvent faire l'objet d'une fouille de textes.

Ce projet de loi est actuellement en révision auprès des Chambres fédérales.

Le projet de la nouvelle LDA introduit une clause autorisant le *text- and data-mining*.

93 <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4792175/pdf/sdata201618.pdf> (10.07.2018)

94 Article 47, Règlement des subsides du 1er janvier 2016, Règlement du Fonds national Suisse

95 Message du Conseil Fédéral relatif à la modification de la loi sur le droit d'auteur du 22 novembre 2017, FF 2018 p. 594 s.

96 Message du Conseil Fédéral relatif à la modification de la loi sur le droit d'auteur du 22 novembre 2017, FF 2018 p. 570

97 Message du Conseil Fédéral relatif à la modification de la loi sur le droit d'auteur du 22 novembre 2017, FF 2018 p. 595

3.3. CREATIVE COMMONS

3.3.1. L'objectif de Creative Commons

Le début du XXIème siècle marque l'arrivée du Web 2.0. grâce auquel l'Internet se développe et crée de nouvelles applications. Le web devient un réseau qui privilégie le partage des savoirs. La fonction « copier / coller » devient un réflexe et met à mal le droit d'auteur.

Dans ce contexte, l'organisation à but non lucratif Creative Commons, fondée en 2001, offre gratuitement un certain nombre de licences de droits d'auteurs qui permettent de **remplacer le « tous droits réservés » par « certains droits réservés »**⁹⁸.

L'objectif des licences Creative Commons est de **faciliter la diffusion et le partage des œuvres**. Les licences Creative Commons ont été créées en réponse au constat que les lois actuelles sur le droit d'auteur sont un frein à la diffusion de la culture⁹⁹.

En 2017, on comptait près de 1,5 milliard d'œuvres publiées sous Creative Commons, dont plus de 1,4 million d'articles de recherche. PLOS (Public Library of Science) a publié à elle seule plus de 200'000 articles de recherche sous licences Creative Commons¹⁰⁰.

Creative Commons est une organisation à but non lucratif qui a été créée dans le but de sensibiliser le public aux évolutions du droit d'auteur face aux nouvelles technologies.

3.3.2. Le fonctionnement de Creative Commons

Schématiquement, Creative Commons a développé des licences pour que l'information – au sens large – circule sans obstacle tout en protégeant les auteurs. Au contraire des éditeurs qui cherchent à se faire concéder une étendue toujours plus large de droits d'auteur, Creative Commons développe des droits d'utilisation aptes à s'adapter au monde de l'Internet.

Lorsqu'un auteur publie son œuvre sous licence Creative Commons, il définit **certains droits d'utilisation** dans des contrats de licence standard.

Les licences Creative Commons sont conçues en 3 couches : (1) le *Legal Code* est un outil juridique qui définit les différentes licences en utilisant une terminologie juridique appréciée des avocats ; (2) le *Common Deed*, également appelé « lisible par les humains » synthétise le *Legal Code* en termes simples et clairs à l'attention des non-juristes ; (3) le *Digital Code*, également appelé « lisible par des machines », est un résumé des autorisations et obligations découlant des licences écrit dans un langage que les logiciels, les moteurs de recherches et autres

98 <https://creativecommons.org/faq/fr/#quest-ce-que-certains-droits-r%C3%A9serv%C3%A9s-signifie> (07.08.2018)

99 https://fr.wikipedia.org/wiki/Licence_Creative_Commons (10.07.2018)

100 <https://stateof.creativecommons.org/> (10.07.2018)

types de technologies peuvent comprendre¹⁰¹. Le *Digital Code* ne nécessite aucune intervention humaine et s'apparente donc à un *smart contract* du blockchain¹⁰².

Les licences Creative Commons sont des contrats conçus pour être opposables en justice.

3.3.3. Les licences Creative Commons

Les licences Creative Commons sont des licences **non exclusives**, ce qui implique que l'utilisateur d'une œuvre n'a pas d'exclusivité sur celle-ci.

L'auteur est libre de choisir la licence sous laquelle il désire que son œuvre soit publiée. Une fois son choix effectué, l'auteur ne pourra plus modifier les règles d'utilisation de son œuvre par une licence plus restrictive. En ce sens, la licence Creative Commons est irrévocable.

Il existe différents pictogrammes résumant le contenu de la licence. Ces pictogrammes peuvent être insérés au côté de l'œuvre.

L'utilisation d'une œuvre publiée sous licences Creative Commons entraîne l'obligation de lier expressément l'œuvre à son auteur. Cette obligation est commune à toutes les licences et se « résume » par le pictogramme BY. **L'obligation de citation est donc toujours imposée.** Elle apporte une protection intéressante dans certains ordres juridiques - notamment les Etats-Unis - qui ne prévoient pas un droit à la paternité d'une œuvre¹⁰³.

Les licences Creative Commons permettent une cession non exclusive, à titre gratuit et pour le monde entier, de certains droits d'auteur patrimoniaux.

3.3.3.1. CC BY



Il s'agit de la licence d'attribution par défaut. Elle ne peut être écartée. Il s'agit de la licence la plus étendue. Elle permet à l'utilisateur d'une œuvre de la distribuer et/ou de la modifier, même à des fins commerciales.

Une modification est définie comme une adaptation, une transformation, une traduction ou une œuvre dérivée qui se fonderait sur l'œuvre principale.

Exemple : si le présent article est publié en CC BY, alors tous les lecteurs de cet article sont autorisés à le partager, à le copier, à le reproduire, à le réutiliser, à l'adapter, etc. Ils pourront

101 <https://creativecommons.org/licenses/?lang=fr> (10.07.2018)

102 MICHEL JACCARD / EVA CELLINA, *Les Creative Commons, avenir du droit d'auteur ?* in SJ 2017 II p. 229 ss.

103 MICHEL JACCARD / EVA CELLINA, *Les Creative Commons, avenir du droit d'auteur ?* in SJ 2017 II p. 229 ss.

publier leur nouvel article sans utiliser une licence CC. Ils pourront faire une exploitation commerciale du nouvel article. Ils seront en revanche obligés de citer les auteurs de l'article source et indiquer si des modifications ont été effectuées par rapport à l'article original.

Toute exploitation de l'œuvre (partager, copier, reproduire, distribuer, communiquer, réutiliser, adapter) par tous moyens, sous tous formats et sous toutes licences sont possibles, y compris à des fins commerciales.

Obligations :

- **Citer les auteurs de l'œuvre originale.**
- **Indiquer si des modifications ont été effectuées.**

3.3.3.2. CC BY-SA



Il s'agit de la licence du partage à l'identique (SA signifiant Share Alike). Cette licence permet aux utilisateurs d'une œuvre de la modifier, même à des fins commerciales. La distribution de l'œuvre dérivée doit néanmoins se faire sous la même licence que celle de l'œuvre originale. Il s'agit de la licence la plus utilisée par les auteurs¹⁰⁴ (elle est notamment utilisée par Wikipédia).

Exemple : si le présent article est publié en CC BY-SA, alors tous les lecteurs de cet article sont autorisés à le partager, à le copier, à le reproduire, à le réutiliser, à l'adapter, etc. Ils sont néanmoins obligés de publier leur nouvel article sous une licence CC BY-SA. Ils pourront faire une exploitation commerciale du nouvel article. Ils seront en revanche obligés de citer les auteurs de l'article source et indiquer si des modifications ont été effectuées par rapport à l'article original.

Toute exploitation de l'œuvre (partager, copier, reproduire, distribuer, communiquer, réutiliser, adapter) par tous moyens sont possibles, y compris à des fins commerciales, pour autant que la diffusion des nouvelles œuvres se fasse selon la même licence CC.

Obligations:

- **Citer les auteurs de l'œuvre originale.**
- **Indiquer si des modifications ont été effectuées.**
- **Diffuser les nouvelles œuvres dérivées selon des conditions identiques (selon la même licence) à celles de l'œuvre originale (donc autoriser à nouveau les modifications et les utilisations commerciales).**

104 37% des œuvres en 2016, <https://stateof.creativecommons.org/2016/> (26.07.2018)

3.3.3.3. CC BY-ND



Cette licence n'autorise pas de modification (ND signifiant *Non Derivative*). Cette licence autorise la distribution de l'œuvre, à des fins commerciales ou non. Il n'est en revanche pas possible de modifier l'œuvre ou de créer des œuvres dérivées.

Exemple : si le présent article est publié en CC BY-ND, alors tous les lecteurs de cet article sont autorisés à le publier et à faire commerce de cette nouvelle publication. Néanmoins, l'article ne pourra pas être modifié ou complété. Il peut être publié sous une autre licence CC. Les auteurs de l'article source devront être cités.

L'œuvre originale peut être partagée, copiée, reproduite, distribuée ou communiquée, y compris à des fins commerciales, par tous moyens, sous tous formats et sous toutes licences pour autant que l'œuvre soit diffusée sans modification et dans son intégralité.

Obligation:

- Citer les auteurs de l'œuvre originale.

Interdiction :

- Effectuer une diffusion partielle, modification, adaptation ou traduction de l'œuvre.

3.3.3.4. CC BY-NC



Il s'agit de la licence non commerciale (NC signifie Non Commercial). Elle permet de modifier une œuvre à des fins non commerciales uniquement. Les œuvres dérivées n'ont pas à être publiées sous la même licence.

Le terme non commercial est défini comme une utilisation qui n'est pas initialement prévue comme commerciale ou qui ne vise pas directement l'obtention d'un avantage commercial. Cette licence ne signifie pas qu'une utilisation commerciale de l'œuvre n'est pas possible, mais plutôt qu'elle est soumise à l'autorisation préalable de l'auteur.

L'utilisation « non commerciale » est une notion indéterminée dont l'étendue devra être précisée par les juridictions locales.

Exemple : si le présent article est publié en CC BY-NC, alors tous les lecteurs de cet article sont autorisés à le partager, à le copier, à le reproduire, à le réutiliser, à l'adapter, etc. mais ils ne peuvent pas faire une exploitation commerciale du nouvel article. Le nouvel article peut être

publié sous une autre licence CC. Les auteurs de l'article source doivent être cités et les modifications effectuées par rapport à l'article original doivent être indiquées.

Toutes diffusions de l'œuvre originale (partager, copier, reproduire, distribuer, communiquer, réutiliser, adapter) par tous moyens, sous tous formats et sous toutes les licences sont possibles, pour autant que l'exploitation de l'œuvre ou des œuvres dérivées ne se fasse pas à des fins commerciales.

Obligations:

- Citer les auteurs de l'œuvre originale.
- Indiquer si des modifications ont été effectuées.

Interdiction :

- Tirer profit (gain ou plus-value commerciale) de l'œuvre ou des œuvres dérivées.

3.3.3.5. CC BY-NC-SA



Cette licence permet de modifier une œuvre, à des fins non commerciales, pour autant que les nouvelles œuvres soient publiées sous la même licence.

Exemple : si le présent article est publié en CC BY-NC-SA, alors tous les lecteurs de cet article sont autorisés à le partager, à le copier, à le reproduire, à le réutiliser, à l'adapter, etc. mais ils ne peuvent pas en faire une exploitation commerciale. Le nouvel article doit être publié sous la même licence CC. Les auteurs du présent article devront être cités.

Toutes diffusions de l'œuvre originale (partager, copier, reproduire, distribuer, communiquer, réutiliser, adapter) par tous moyens sont possibles, pour autant que l'exploitation de l'œuvre ou des œuvres dérivées ne se fasse pas à des fins commerciales et que la diffusion de l'œuvre se fasse sous la même licence CC.

Obligations:

- Citer les auteurs de l'œuvre originale.
- Indiquer si des modifications ont été effectuées.
- Diffuser les nouvelles œuvres dérivées selon des conditions identiques (selon la même licence) à celles de l'œuvre originale (donc autoriser à nouveau les modifications et les utilisations commerciales).

Interdiction :

- Tirer profit (gain ou plus-value commerciale) de l'œuvre ou des œuvres dérivées.

3.3.3.6. CC BY-NC-ND



Il s'agit de la licence la plus restrictive. Elle n'autorise qu'à télécharger des œuvres et à les partager. Il n'est pas possible de modifier les œuvres ni de les utiliser à des fins commerciales.

Exemple : si le présent article est publié en CC BY-NC-ND, alors tous les lecteurs de cet article sont autorisés à le reprendre et à le publier. Il ne sera pas possible de faire une exploitation commerciale du téléchargement de cet article. L'article ne pourra pas être modifié ou complété et les auteurs du présent article devront être cités.

Toutes diffusions de l'œuvre originale (partager, copier, reproduire, distribuer, communiquer) par tous moyens, sous tous formats et sous toutes les licences sont possibles, pour autant que l'exploitation de l'œuvre ne se fasse pas à des fins commerciales et que l'œuvre soit diffusée sans modification et dans son intégralité.

Obligation:

- **Citer les auteurs de l'œuvre originale.**

Interdictions :

- **Tirer profit (gain direct ou plus-value commerciale) de l'œuvre ou des œuvres dérivées.**
- **Effectuer une diffusion partielle, modification, adaptation ou traduction de l'œuvre.**

3.3.3.7. CC0



Il ne s'agit pas d'une licence au sens propre. Par l'utilisation de ce pictogramme, l'auteur informe qu'il met son œuvre dans le domaine public, de manière irrévocable. Le titulaire de droits d'auteur renonce à ses droits dans la limite des lois applicables. En droit suisse, l'auteur ne peut pas renoncer à ses droits moraux.

Exemple : si le présent article est publié en CC0, alors tous les lecteurs de cet article sont autorisés le partager, à le copier, à le reproduire, à le réutiliser, à l'adapter, etc. et ils peuvent en faire une

exploitation commerciale. Le nouvel article peut être publié librement. Bien que la licence CCO ne l'exige pas, le droit suisse impose néanmoins que les auteurs du présent article soient cités.

Il ne s'agit pas d'une licence en soi. L'œuvre originale peut être librement réutilisée, améliorée, modifiée, y compris à des fins commerciales, sans qu'il soit obligatoire de citer les auteurs de l'œuvre originale, ni de diffuser la nouvelle œuvre sous la même licence.

Obligation (en droit suisse):

- Citer les auteurs de l'œuvre originale.

3.3.3.8. CC +



Là aussi, il ne s'agit pas d'une licence en soi, mais d'un protocole permettant de prévoir certaines conditions à l'utilisation d'une œuvre qui ne sont pas prévues par Creative Commons, par exemple de prévoir une rémunération à certaines conditions.

Il suffit à l'auteur d'afficher le pictogramme de la licence Creative Commons choisie et d'y accoler un signe « + » ainsi que le pictogramme de l'accord complémentaire.

Il ne s'agit pas d'une licence en soi, mais d'un protocole.

3.3.4. Quelles licences choisir pour la prépublication ?

Un auteur décide de divulguer son œuvre en **prépublication** principalement pour trois raisons : (1) marquer l'antériorité de sa recherche, (2) accélérer l'innovation et les progrès et (3) augmenter son h-index avant que l'article ne soit publié par l'éditeur.

Pour ce qui concerne l'**antériorité** de la recherche, il sied de rappeler que le droit d'auteur n'empêche aucunement des tiers d'utiliser les connaissances divulguées au travers de la publication d'un article. Le droit d'auteur impose une obligation de citation. Si un auteur veut empêcher les tiers d'utiliser ses connaissances, il faudra qu'il le fasse par le dépôt d'un brevet. L'antériorité de la recherche n'a donc de valeur que pour la réputation de l'auteur.

Au sujet du taux de citation de l'article, plus la licence Creative Commons est large, plus l'article pourra être utilisé sous différentes formes et donc cité. Ainsi, si l'objectif de l'auteur est d'augmenter son *h*-index par une

divulgarion de son œuvre en prépublication, il est alors recommandé qu'il choisisse une licence Creative Commons peu restrictive (exemple : CC-BY). Néanmoins, l'auteur qui prévoit de publier son article via un éditeur doit au préalable s'assurer de ne pas avoir cédé ses droits patrimoniaux à ce dernier afin de ne pas enfreindre son contrat d'édition par la divulgation de sa prépublication.

Si l'objectif de la prépublication est de permettre l'augmentation du h-index de l'auteur avant que l'article ne soit publié par l'éditeur, alors l'auteur devrait le publier sous une licence CC peu restrictive. Le droit d'auteur ne permet pas d'empêcher des tiers d'utiliser les connaissances de l'auteur.

4. CONCLUSION

Plus une publication est facilement accessible, plus celle-ci sera lue et citée. Cette thèse découle de la logique mais est également corroborée par les recherches mentionnées ci-dessus.

En poursuivant ce raisonnement, il semble évident que plus l'auteur octroie de droits à l'utilisateur de son œuvre, plus son œuvre pourra être utilisée sous des formes différentes et divulguée par de nouveaux canaux de communication. Dans la mesure où l'obligation de citation subsiste au travers des Creative Commons, le **h-index de l'auteur** ne peut être que positivement influencé par une publication sous licence large de Creative Commons.

Bousculer les traditions du « tous droits réservés » par le principe du « certains droits réservés » développé par Creative Commons devrait ainsi être bénéfique tant à l'auteur qu'à la recherche.

Dans le même ordre d'idées, nous constatons actuellement les prémices d'un nouveau paradigme : celui de l'abandon de la propriété immatérielle au profit de l'innovation. On parle **d'Open Science**.

Le très controversé Elon Musk, CEO de Tesla, a déclaré en 2014 : « *All Our Patent Are Belong To You* »¹⁰⁵. Selon lui, les brevets représentent régulièrement une mince protection contre les concurrents alors qu'ils freinent l'innovation. Elon Musk a ainsi autorisé tout un chacun de librement disposer de la technologie brevetée par Tesla.

Une université danoise¹⁰⁶ promeut et pratique le mouvement d'*Open Science* au travers d'une plateforme dédiée¹⁰⁷. Cette initiative prévoit que ni l'université, ni les entreprises privées qui participent au financement des recherches ne peuvent breveter des résultats. Les résultats sont mis à la disposition de tous, gratuitement, au travers de la plateforme. De grandes entreprises commerciales comme LEGO, VELUX ou ECCO participent à cette initiative. Nous sommes d'avis que ces philosophies transposées par les mouvements

105 <https://www.tesla.com/blog/all-our-patent-are-belong-you?redirect=no> (10.07.2018)

106 <http://scitech.au.dk/en/collaboration/business-collaboration/collaboration-on-research-and-innovation/open-science/> (10.07.2018)

107 <https://spoman-os.org/> (10.07.2018)

d'*Open Access*, par Creative Commons et même par les initiatives d'*Open Science* ne malmènent pas le droit d'auteur tel que rappelé ci-dessus. En effet, les droits moraux intrinsèquement liés à l'auteur d'une œuvre ne sont pas remis en question par ces nouvelles méthodes de diffusion de la connaissance, notamment parce que l'obligation de citation subsiste toujours.

Au contraire, un auteur qui maîtrise les outils de publication pourra positivement influencer la valeur de sa publication par le biais de l'augmentation des taux de citation de ces travaux et ainsi de son *h*-index.

* * * *



Cette œuvre est mise à disposition selon les termes de la [Licence Creative Commons Attribution 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

PARIS

92, rue Jouffroy d'Abbans
75017 Paris - France

T +33 1 40 54 51 00
F +33 1 40 54 51 01

GENEVA

11, Route de Chêne 1207
Geneva - Switzerland

T +41 22 722 05 40
F +41 22 722 05 49

archipel-law.com