

**Valérie-Laure Benabou**

*Laboratoire Dante*

*Université de Versailles - Saint-Quentin en Yvelines*

## **LES PUBLICATIONS SCIENTIFIQUES : FAUT-IL CHOISIR ENTRE LIBRE ACCÈS ET LIBRE RECHERCHE ?**

Le 25 juin 2009, la proposition de loi S. 1373 a été introduite par deux sénateurs américains – l'un républicain, l'autre démocrate – en vue d'adopter le *Federal Research Public Access Act of 2009*. Cette proposition, partant du constat que le gouvernement américain dépense chaque année plusieurs dizaines de milliards de dollars dans l'aide à la recherche, vise à assurer un accès public à la production scientifique des agences de l'État. La logique retenue est celle d'un retour immédiat au contribuable, lequel aurait en quelque sorte, non seulement vocation à la dissémination et à la valorisation maximale des connaissances produites grâce à ses impôts, mais également un droit à l'accès direct à celles-ci. Pour parvenir à ce résultat, le texte propose en substance que les onze agences de recherche de l'État américain dont les dépenses en recherche dépassent cent millions de dollars par an procèdent à la mise à disposition des manuscrits de leurs chercheurs sur Internet dans un délai de six mois à compter de leur publication

dans des revues scientifiques. La proposition a recueilli un large soutien de la part des institutions en question et d'un nombre non négligeable de présidents d'universités. Est-ce ici la révolution annoncée dans le monde de l'édition scientifique numérique ?

L'apparition d'Internet a suscité, de la part de la communauté des chercheurs et des bibliothécaires, l'immense espoir de pouvoir utiliser cet outil en vue de modifier l'organisation traditionnelle de la publication scientifique considérée – sans doute à juste titre dans certains domaines – tout à la fois comme sclérosante pour les chercheurs et inutilement coûteuse pour les institutions chargées de diffuser la connaissance. Cet élan s'est traduit d'abord par des initiatives individuelles désordonnées, chacun archivant<sup>1</sup> ou publiant unilatéralement ses écrits ou ses *pre-prints* sur des sites personnels ou sur les sites d'institutions, et des mouvements collectifs promouvant la publication directe des recherches sur Internet, de façon à court-circuiter les

éditeurs commerciaux trop gourmands. À l'instar de ce qui s'est passé dans le monde du logiciel, bibliothécaires et chercheurs ont refusé de satisfaire au modèle dominant en vigueur et ont construit les instruments techniques et juridiques de leur réforme. Cette dernière s'est organisée progressivement par la voie de «déclarations» dépourvues de valeur juridique particulière mais dont la dimension politique n'a cessé de prendre de l'ampleur au cours des dix dernières années.

## La rhétorique du libre accès

Le 14 février 2002, a été signée «l'initiative de Budapest» par laquelle était rappelée «la volonté des scientifiques et universitaires de publier sans rétribution les fruits de leur recherche dans des revues savantes, pour l'amour de la recherche et de la connaissance». Ce texte fondateur aux accents utopistes promeut la pratique de l'auto-archivage par les chercheurs et l'émergence de revues numériques fondées sur des modèles économiques alternatifs. La charte propose de retenir au titre de la notion «d'accès libre», «la 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».

Dans cette philosophie, le droit d'auteur est relégué au rang de contrainte, «le seul rôle du copyright dans ce domaine [devant] être de garantir aux auteurs un contrôle sur l'intégrité de leurs travaux et le droit à être correctement reconnus et cités». Si l'objectif de gratuité pour le lectorat doit entraîner un abandon des fruits des

droits patrimoniaux, le dispositif prévoit cependant un maintien du droit moral à la paternité et à l'intégrité. Bien qu'impulsé par Georges Soros à travers la création de l'OSI (*Open Society Institute*), le mouvement demeurerait, à ce stade, encore assez confidentiel, la déclaration étant signée par quelques personnes non nécessairement représentatives de leurs institutions.

Il était néanmoins relayé, peu de temps plus tard, par la charte ECHO proclamée le 30 octobre 2002 dont le but revendiqué était «de définir les critères d'une exploitation adéquate du potentiel offert par ces nouveaux médias, tant pour la préservation des archives, que pour l'exploration scientifique ou pédagogique ou encore pour la diffusion auprès du public du patrimoine culturel commun de l'humanité». S'agissant du droit d'auteur, cette charte semble adopter une attitude moins ouvertement hostile que celle de l'initiative de Budapest, en rappelant qu'elle exclut «toute contrefaçon des droits de propriété intellectuelle et toute atteinte au droit des personnes» et qu'elle «n'apporte pas son soutien aux travaux sur des contenus, qui en raison de restrictions des droits de propriété, ne peuvent pas être mis en libre accès sur l'Internet». Dans cette perspective, la logique du libre accès s'avère nécessairement tributaire de l'exercice préalable du droit d'auteur par son titulaire et ne peut être que volontaire.

La rhétorique du mouvement s'est ensuite précisée lors de la déclaration de Bethesda pour l'édition en libre accès du 11 avril 2003, dans le cadre restreint de la communauté de la recherche biomédicale. L'objectif affiché était d'établir des mesures concrètes nécessaires à la promotion d'un passage rapide et efficace à la publication en libre accès par toutes les parties concernées, organismes de soutien et de financement de la recherche scientifique, chercheurs, éditeurs, bibliothécaires et toute autre personne ayant besoin d'accéder à ce savoir. Cette déclaration est importante dans son contenu, d'abord en ce qu'elle précise les critères de la notion de

publication en libre accès. Pour être ainsi qualifiée la publication doit remplir deux critères.

En premier lieu, il faut que «le/les auteur(s) ainsi que les titulaires du droit d'auteur accordent à tous les utilisateurs un droit d'accès gratuit, irrévocable, mondial et perpétuel et leur concèdent une licence leur permettant de copier, utiliser, distribuer, transmettre et visualiser publiquement l'œuvre et d'utiliser cette œuvre pour la réalisation et la distribution d'œuvres dérivées, sous quelque format électronique que ce soit et dans un but raisonnable, et ce à condition d'en indiquer correctement l'auteur ; ils accordent également aux utilisateurs le droit de faire un petit nombre de copies papier pour leur usage personnel». En second lieu, «la version complète de l'œuvre, ainsi que tout document connexe, dont une copie de l'autorisation ci-dessus, réalisée dans un format électronique standard approprié, est déposée dès sa publication initiale dans au moins un réservoir en ligne subventionné».

La déclaration se positionne également de manière singulière vis-à-vis du droit d'auteur puisqu'elle entend court-circuiter les revendications éventuelles des éditeurs en affirmant que «le libre accès est l'attribut de travaux individuels et pas nécessairement celui des revues ou des éditeurs», ce qui s'entend au regard des objectifs affichés de reprise en main des travaux de recherche par leurs auteurs. Mais on est davantage surpris lorsque la déclaration propose non moins que de remplacer le droit d'auteur dans son volet extrapatrimonial en établissant que ce sont «les règles de la communauté, plutôt que les lois sur le droit d'auteur, [qui] continueront à fournir les mécanismes garantissant une bonne attribution de la paternité de l'œuvre et une utilisation responsable de l'œuvre publiée». S'agissant de la question de la valorisation des publications mises en libre accès, la déclaration de Bethesda précise que c'est la valeur intrinsèque du contenu de la publication et non la revue dans laquelle elle est intégrée qui doit être prise en considération,

rompant ainsi avec la tradition des comités de lecture, et que ces publications alternatives doivent d'autant plus promouvoir les carrières des chercheurs qu'elles constituent un «service rendu à la communauté».

Le point d'orgue de ces pétitions de principe demeure sans doute la «déclaration de Berlin sur le libre accès à la connaissance en sciences exactes, sciences de la vie, sciences humaines et sociales» du 22 octobre 2003, visant à «promouvoir un Internet qui soit un instrument fonctionnel au service d'une base de connaissance globale et de la pensée humaine». Dans une phraséologie très idéologique, elle envisage le libre accès comme un changement de paradigme, «source universelle de la connaissance humaine et du patrimoine culturel ayant recueilli l'approbation de la communauté scientifique».

Sur le plan opérationnel, la déclaration de Berlin s'inspire largement des avancées de la déclaration de Bethesda dont elle reprend presque fidèlement la définition de la contribution au libre accès, subordonnant ce «label» à la double condition d'un octroi d'une licence de libre accès et de réutilisation d'une part et à l'archivage électronique de l'œuvre d'autre part. Toutefois, au contraire des textes précédents, rien n'est dit à propos du droit d'auteur, sauf à remarquer que les précisions terminologiques apportées à Berlin empruntent largement au vocabulaire de la propriété intellectuelle (œuvre, œuvres dérivées, support). Cette déclaration, rédigée sous l'égide du prestigieux Institut Max Planck, a connu un important retentissement en raison de l'adhésion qu'elle a suscitée de la part d'acteurs majeurs de la recherche au plan international ; elle demeure, aujourd'hui encore, le texte de référence régulièrement cité en matière d'accès libre.

Elle ne marque pas pour autant la fin de la réflexion puisque, depuis lors, plusieurs réunions telles que celles de mai 2004 à Genève et de mars 2005 à Southampton ont contribué à mettre en place des

outils opérationnels au service de cette cause. On pense encore, au plan national, au protocole d'accord signé en juillet 2006 par différentes institutions de recherche françaises comme le CNRS et l'ANR visant à promouvoir l'archivage électronique systématique des travaux de recherche. Le processus est donc en perpétuel mouvement.

## **La portée juridique des mécanismes de libre publication**

L'étude de la juridicité du processus peut s'opérer sur deux plans. Au niveau collectif en premier lieu, la généralisation des pratiques dans les groupes de chercheurs tend à donner à la règle le caractère d'un usage voire d'une coutume. En second lieu, au plan individuel, différentes initiatives semblent reposer sur un postulat commun, celui de la volonté de l'auteur de livrer son œuvre au public. Mais la philosophie semble évoluer vers une démarche plus contrainte.

### ***L'émergence d'un usage ou d'une coutume***

Que faut-il retenir de cette succession d'initiatives au plan juridique<sup>2</sup> ? Au premier regard, cet élan altruiste à la libre publication, à la gratuité et à la connaissance universelle pourrait s'apparenter à une simple école de pensée, à une norme comportementale prescrite, dans une communauté donnée, par des personnes variées et qui, de surcroît ne sont pas nécessairement représentatives d'institutions. Un phénomène en devenir tout au plus, à la force obligatoire inexistante ou balbutiante. Toutefois, la récurrence des énoncés de principes, l'ampleur grandissante du mouvement, sa généralisation à

l'ensemble des secteurs de la recherche et surtout l'existence d'une pratique amènent à déceler l'émergence d'un usage, voire probablement d'une coutume. Désormais, et ce dans le monde entier, les chercheurs sont incités moralement ou expressément à mettre les résultats de leurs travaux en ligne à travers des « réservoirs <sup>3</sup> » (*repositories*) hébergés par leurs institutions de rattachement ou par les bailleurs de fonds de leur recherche. De plus en plus souvent, ils ont recours à la pratique de l'archivage électronique et ils consultent toujours davantage les sites Internet pour prendre connaissance des travaux de leurs pairs.

Les vertus affichées de visibilité des travaux et de dissémination des savoirs semblent convertir chaque jour chercheurs et institutions. Les économies occasionnées par la mise à disposition gratuite des publications scientifiques permettent à l'ensemble des intermédiaires du savoir, y compris parmi les plus pauvres, de diffuser leurs connaissances et de participer au progrès de la science, décloisonnant ainsi la recherche en élargissant son public. Dans ce contexte, qu'est-ce que le juriste pourrait trouver à ajouter, voire à redire à cet élan altruiste, reposant sur la bonne volonté des acteurs et répondant à une attente collective politiquement consensuelle ? Mais s'il convient sans doute de saluer ces initiatives et de souligner leur raffinement progressif, il n'est toutefois pas inutile de relever certaines ambiguïtés du mouvement, notamment au regard du droit d'auteur et, par ailleurs, d'étudier les difficultés issues du modèle juridique de licence qui est au cœur du libre accès.

L'une des difficultés congénitales du « libre » dans le domaine de la publication scientifique, comme d'ailleurs dans le domaine du logiciel ou des autres œuvres de l'esprit, tient à ce qu'il n'existe pas « un » mais « des » libres. *Open Access, Open Content, Open Archive* pour ne citer que ceux-ci représentent trois mouvements partageant une philosophie d'ensemble mais se démar-

quant les uns des autres dans leurs finalités et leurs instruments. Si l'*Open Access* insiste, comme son nom l'indique sur la teneur de l'usage accordé, le mouvement de l'*Open Content* s'efforce d'aller au-delà en se focalisant sur le contenu du travail scientifique dont la vocation est de circuler et d'être modifiée par ses pairs. Quant au mouvement de l'*Open Archive*, pionnier dans ce domaine, il s'est construit essentiellement autour de l'idée de conservation. Ainsi, bien que les initiatives se fédèrent progressivement et que les mouvements s'interpénètrent, l'impression demeure d'une myriade de solutions aux règles différentes voire divergentes. Il est donc difficile de prétendre envisager d'un trait de plume les implications juridiques du libre dans la recherche scientifique puisqu'elles peuvent varier considérablement selon l'organisme d'appartenance du chercheur, les licences choisies ou déterminées, le régime juridique applicable dans un État, et les objectifs affichés par divers protagonistes. Plus qu'une coutume généralisée, on assiste à une multitude d'usages concordants.

### ***Une pratique volontaire ou contrainte ?***

Une des ambiguïtés des mouvements *Open Access* tient à la détermination du caractère volontaire ou non de la mise à disposition des travaux de recherche. À la lecture des déclarations, il se dégage que la philosophie de libre accès, développée, à l'origine, à partir d'une logique spontanée, a évolué vers une démarche plus « dirigiste ». Désormais, les chercheurs sont incités, voire contraints, par leurs organismes d'appartenance ou par les institutions de financement de leurs travaux à mettre leurs résultats en libre accès. Deux voies sont généralement proposées : la voie « en or », consistant à réaliser la publication directement sur Internet dans une revue alternative, la voie « verte » limitée au seul

archivage d'une version plus ou moins intermédiaire de la publication. Toutefois, les différentes déclarations demeurent très évasives quant à la personne en charge de la décision de mise à disposition. Or, il se peut que la publication d'un travail scientifique suscite un concours de volontés contradictoires. Appartient-il au chercheur, considéré comme seul auteur de décider s'il souhaite, et selon quelle voie, mettre son œuvre en libre accès ? Doit-on considérer que c'est à son employeur direct que revient ce pouvoir ou encore au consortium éventuellement constitué pour les besoins de la recherche ?

Face à la publication en libre accès, les attitudes de ces différents protagonistes peuvent éminemment varier selon leurs stratégies individuelles à court ou long terme. Celui-ci souhaitera diffuser au plus vite le résultat obtenu pour bénéficier d'un effet de notoriété académique ; au contraire, celui-là préférera conserver ce résultat confidentiel dans la perspective d'un dépôt de brevet ou d'une opportunité commerciale. L'un décidera de « garder » un article en vue de le publier dans une revue particulière, tandis que l'autre souhaitera gonfler rapidement le volume de son répertoire de publications numériques, sans considération pour l'expertise éditoriale. L'institution de recherche pourra pousser à la publication numérique immédiate pour favoriser son rayonnement et afin de décrocher des contrats financés, tandis que le bailleur de fonds voudra éviter les phénomènes de passagers clandestins et conserver un avantage concurrentiel sur un marché.

La question de la détermination du titulaire du choix de mise en libre accès s'avère par conséquent déterminante. Or, son traitement reste étrangement évasif dans les différentes déclarations. Une raison simple permet d'expliquer ce flou entretenu : ces textes ont en principe une vocation internationale voire mondiale et ne rentrent pas dans le détail ni des législations applicables, ni des contrats existants. Il est dès lors impossible, sauf à procéder par une pétition de principe

irréaliste, de déterminer avec certitude la personne qui aura le pouvoir de décider. Faute de mettre en place un système juridique véritablement alternatif des mécanismes de propriété intellectuelle, les différents textes en sont réduits à procéder à un renvoi, plus ou moins assumé selon les termes des déclarations, au droit d'auteur et/ou au copyright pour déterminer le titulaire des droits. Ainsi, dans le cadre de l'*Open Access*, la licence de mise à disposition doit émaner de l'auteur et /ou des titulaires de droit.

Par conséquent, même lorsque le mouvement de libre accès invite à son renoncement ou précisément parce qu'il propose de le faire, il induit que le régime du droit d'auteur pré-existe au choix de la mise à disposition du travail de recherche.

## **La logique de libre publication au regard des principes de la propriété intellectuelle**

Cette filiation difficilement assumée entre les mouvements *Open Access* et la propriété intellectuelle suscite de nombreuses interrogations quant aux mécanismes envisagés pour appréhender la titularité des droits, leur exercice, et le respect des règles d'ordre public.

### ***La titularité des droits***

La détermination de la titularité initiale peut considérablement varier selon la législation applicable, voire au sein d'une même législation, selon la qualité de l'auteur. À titre d'exemple, l'auteur personne physique (ici le chercheur) sera considéré comme le titulaire du

droit d'auteur en France en vertu de l'article L 111-1 du Code de la propriété intellectuelle même s'il est salarié tandis qu'un régime particulier d'attribution légale du droit s'appliquera pour un agent public depuis la loi DADVSI, ce régime dérogatoire n'étant pas nécessairement applicable à l'ensemble des agents selon leur statut (voir l'article de M. Cornu, *supra*) et pas en principe aux enseignants du supérieur... Ajoutons que la recherche étant souvent le fait de plusieurs intervenants, il convient de naviguer dans le régime des œuvres plurales pour décider de la qualification d'œuvre de collaboration ou d'œuvre collective. Ajoutons encore que les travaux scientifiques sont fréquemment élaborés au sein de consortiums impliquant une pluralité d'acteurs publics et privés

Il est loisible, pour corser le tout, de relever que certains des travaux vont conduire à des inventions susceptibles d'être brevetées et qu'en ce cas, le régime de la titularité varie fortement selon le cadre dans lequel la recherche a été menée, s'agissant d'attribuer l'invention. Il suffit enfin de rappeler que nombre de publications scientifiques sont produites dans le cadre d'un montage international et on aura compris que la question de la titularité peut très vite devenir singulièrement complexe s'agissant de la propriété intellectuelle.

### ***L'exercice des droits dans le cadre de la libre publication***

La seconde ambiguïté tient à ce que, malgré tout, c'est à partir du droit d'auteur que se construit le mécanisme du libre accès. Il existe des gradations dans l'ampleur du rejet du modèle de la propriété intellectuelle. Ainsi, selon les pratiques, on s'inscrira dans un exercice traditionnel du droit d'auteur, tandis que d'autres tendront vers une logique de domaine public consenti ou encore de domaine public subi.

Dans l'essentiel des pratiques d'archives ouvertes ou d'accès libre, on notera que, en dépit de l'objectif de circonvenir certaines politiques d'éditeurs commerciaux, rien n'est prévu dans le dispositif pour empêcher, en amont, la transmission des droits par contrat à un éditeur. Ainsi, si l'auteur passe un accord pour la publication comprenant une cession pour les exploitations numériques, il ne pourra ni lui, ni son institution d'appartenance, procéder à une publication en ligne unilatéralement sans être contrefacteur de son propre article. La plupart du temps d'ailleurs, la logique retenue n'est pas celle d'un boycott des éditeurs traditionnels mais plutôt d'une négociation d'une cohabitation pacifique, notamment en ménageant des fenêtres de publications différées, à l'instar de la chronologie des médias dans le domaine audiovisuel.

L'idée est alors d'instaurer un délai, en général de six mois, pendant lequel l'éditeur commercial aura l'exclusivité de la publication et pourra monétiser le cas échéant la publication à son bénéfice et parfois à celui de l'auteur, indirectement. Au terme de cette période, la publication intervient dans la logique de l'*Open Access* ou de mouvements similaires. Si ce ne sont pas les délais, c'est le contenu même de la publication qui est modulé. Il est ainsi possible de combiner le libre accès d'une pré-publication (*pre-print*) qui ne comporte pas encore l'ensemble des informations pertinentes mais qui offre une version bêta de l'article, avec une publication classique du travail final offrant alors une version complète et stable. De cette manière, les coûts de traitement éditorial des papiers demeurent à la charge de l'éditeur et le mécanisme de sélection des revues à comité de lecture est maintenu.

Ainsi, la liberté contractuelle préside à l'organisation de la diffusion des savoirs, dans le respect du droit d'auteur, la variante consistant essentiellement dans l'exploitation d'une logique « scientifique » de longue traîne permettant à une publication de connaître un

écho plus retentissant après avoir achevé son cycle d'exploitation commerciale ou de procéder à un « *teasing* » avec celle-ci. Souvent d'ailleurs, dans ce cas, la politique de mise en archive ne s'applique qu'aux articles sélectionnés par des revues à comité de lecture, permettant ainsi de procéder à une approche sélective de la politique d'archivage.

Parfois néanmoins, la logique d'opposition au mécanisme de l'édition scientifique est plus frontale et se traduit par une véritable politique de contournement. Ainsi, des initiatives fleurissent, telles que l'« Author Addenda » proposée par le SPARC (*Scholarly Publishing and Academic Resources Coalition*), Sciences Commons ou encore le prestigieux MIT, qui incitent les chercheurs à amender les contrats passés avec les éditeurs de manière à conserver leurs droits lors de la soumission d'article. Plus radicale encore est l'attitude de certaines facultés de l'université de Harvard qui demandent à leurs chercheurs de retenir leurs droits et de fournir une version finale de chaque article pour être déposée dans une archive ouverte. En Grande-Bretagne, l'ensemble des *Research Councils*, récemment rejoints par l'*Engineering & Physical Sciences Research Council* (ESPRC), adoptent une politique pour le libre accès, laissant le choix aux chercheurs soit de déposer leurs articles dans une archive ouverte, soit de publier dans une revue en libre accès.

Dans ce cas, le cycle économique classique est totalement court-circuité, ouvrant probablement la voie, à terme, à une nouvelle forme d'exploitation commerciale par des médiateurs de savoirs, comme les agrégateurs de contenus ou encore les moteurs de recherche, la valeur ne résidant plus dans la sélection et la mise en forme de l'information mais dans le fait de contribuer à son repérage. Le dispositif proposé qui tourne le dos à l'édition traditionnelle demeure toutefois ancré dans le droit d'auteur (en validant la paternité du travail accompli par les chercheurs) même s'il en modifie l'exercice.

Une étape supplémentaire est en passe d'être franchie dans le processus de décrochage du modèle de la propriété intellectuelle à travers une approche « fiscale » de la publication scientifique. Ainsi, fleurissent des initiatives visant à promouvoir non plus un accès ouvert mais un accès public qui s'appuient essentiellement sur l'idée que le subventionnement public de la recherche doit conduire à un retour immédiat au contribuable qui en est à la source. Ainsi, le Conseil norvégien pour la recherche a adopté, en janvier 2009, un mandat rendant obligatoire le libre accès des publications scientifiques, issues de recherches qu'il finance. Par ailleurs, l'Association norvégienne des universités émet des recommandations quant à une diffusion plus large des résultats de la recherche, visant à long terme que tous les articles scientifiques, issus de recherches financées sur fonds publics, soient accessibles librement.

Le Conseil indien pour la recherche scientifique et industrielle (CSIR) recommande que chacun de ses 40 laboratoires adopte un mandat pour le libre accès. Ainsi, tous les articles publiés doivent être librement accessibles par le dépôt du texte intégral et des métadonnées dans une archive institutionnelle ou par la publication dans une revue en libre accès. Dans une telle approche, le chercheur n'est plus véritablement maître du destin de sa publication, tout entière destinée à servir aux intérêts de la collectivité publique. Le changement de paradigme serait dès lors total et l'idée même de propriété intellectuelle reléguée aux oubliettes au profit d'une logique de mécénat. Il ne s'agirait plus seulement de court-circuiter la figure de l'éditeur mais bien celle de l'auteur, devenu simple exécutant d'une prestation de service de recherche pour le compte de l'État qui le finance.

Nul doute que la dissémination du savoir serait ainsi assurée pour le plus grand nombre via cet accès public. On demeure néanmoins plus sceptique sur les vertus d'un tel système en termes d'incitation et de liberté

de recherche. En effet, les contraintes imposées par les circuits de financement conduisent d'ores et déjà à favoriser une recherche pilotée par des politiques de plus ou moins long terme. Cette tension dirigiste ne pourrait que s'accroître si la maîtrise de la publication devait échapper tout entière à son auteur. Certains services de valorisation de la recherche dans les universités françaises prétendent déjà, hors de tout fondement légal, se substituer au chercheur dans la décision de publication.

Or, contrairement à l'une des idées véhiculées par les déclarations, il est délicat de dissocier la substance d'un article du contexte de sa publication. L'écriture pour une revue papier n'est pas celle d'une publication électronique; la rédaction et le fond vont varier en fonction de la langue choisie; la politique de citation sera fonction du lectorat, etc. Abandonner ces choix à des personnels administratifs, voire à des directeurs de laboratoire pourrait conduire à un formatage de la pensée au regard de canons requis, voire à une véritable confiscation de la liberté de recherche. Il faudrait donc veiller à ce que le libre accès ne devienne pas un prétexte au musellement de la recherche scientifique. Il n'est pas inutile de rappeler que l'un des fondements du droit d'auteur a été précisément la liberté de création, garantie par la maîtrise de l'auteur de ses productions que n'assurait pas le mécénat. Cette liberté est souvent maintenue dans les législations par des dispositions d'ordre public.

### ***La conjugaison de la libre publication avec l'ordre public***

En tout état de cause, si une logique d'éviction du droit d'auteur devait prospérer, elle appellerait une intervention légale, du moins s'agissant des dispositions de la loi qui sont d'ordre public. Or, la loi française,



par exemple, est truffée de règles auxquelles il ne peut être dérogé par contrat. Ainsi, rien n'empêche un auteur de décider de la mise à disposition gratuite de son œuvre, le code de la propriété intellectuelle ayant même récemment rappelé cette possibilité dans une formule redondante par rapport aux principes fondamentaux de la matière<sup>4</sup>. En revanche, il ne peut être renoncé globalement à l'exercice du droit moral de l'auteur. D'après la loi française, sauf dans le cadre nouveau du statut des agents publics mais dont l'applicabilité aux enseignants chercheurs ne s'impose pas, l'auteur, seul, a le pouvoir de divulguer son œuvre, c'est-à-dire de décider quand, où et comment il va communiquer celle-ci au public. Ce droit, qui est également l'exercice d'une liberté, ne peut pas être aliéné valablement. Pas davantage ne serait valable la renonciation définitive à l'exercice du droit à la paternité ou du droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre. Dans la conception hexagonale, le créateur seul détermine la forme ou les formes dans lesquelles il souhaite que son œuvre soit transmise.

Toute atteinte à l'une de ces prérogatives, par exemple une décision de publication par un tiers dans une forme non définitive, est passible des sanctions de la contrefaçon soit trois ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende. Ainsi, les déclarations prétendant que le droit à la paternité et le droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre pourront être assurés par les seuls usages académiques ne seraient d'aucune pertinence si ces usages allaient contre la volonté de l'auteur. Le droit d'auteur sert ici de rempart ultime contre les tentations de censure hiérarchique puisqu'il peut être opposé à tout tiers, même lorsque celui-ci est le patron du laboratoire. Il est vrai que le droit moral n'existe pas de manière universelle et notamment pas aux États-Unis et que la protection doit être parfois recherchée ailleurs que dans la législation sur le droit d'auteur. Toutefois, lorsqu'il existe, le droit moral peut être un soutien efficace des

principes d'attribution et de non-modification qui sont nécessaires au fonctionnement éthique de la recherche scientifique. Il n'est pas nécessaire de jeter le bébé avec l'eau du bain.

L'exercice des droits patrimoniaux n'est lui-même pas complètement disponible pour son titulaire. Ainsi, un auteur ne peut procéder à la cession globale de ses œuvres futures en vertu de l'article L 131-1 du Code de la propriété intellectuelle, ce qui interdit à son employeur, sauf cas particuliers, de se considérer *a priori* comme maître de la production à venir de ses chercheurs. Le Code, notamment en son article L 131-3, organise également la défense de l'auteur contre son cocontractant en exigeant que la cession des droits soit accompagnée de mentions déterminant son étendue dans le temps, dans l'espace et selon les modes d'exploitation. Ainsi, ce n'est pas parce que la mise à disposition interviendrait de manière gratuite qu'elle est nécessairement illimitée dans ses implications. Il est vrai que la DADVSI a organisé un régime spécifique pour les agents publics permettant à l'État de préempter les droits de ses fonctionnaires lorsque les droits servent à l'exercice d'une mission de service public, mais une fois encore, la loi ne semble pas viser dans ce régime spécifique les chercheurs et professeurs qui exercent des fonctions hors d'un contrôle hiérarchique.

Par ailleurs, il est nécessaire de préserver les droits acquis. Ainsi, la politique de libre accès doit en principe respecter les cessions qui sont déjà intervenues auprès des éditeurs car les chercheurs ont déjà aliéné leurs droits exclusifs et ne peuvent pas prétendre effectuer une publication concurrente sans demander préalablement l'autorisation à l'éditeur qui aura accepté et publié son article. L'émergence d'une publication véritablement alternative ne peut donc se concevoir que pour des publications nouvelles et non pour l'ensemble des articles déjà entrés dans le cycle traditionnel d'édition. Pour ce fonds de publications antérieures,

une coopération avec les éditeurs est indispensable, sauf à envisager un système autoritaire et légal d'expropriation qui devrait alors respecter les principes fondamentaux de la matière et notamment l'existence d'une compensation financière juste et préalable à l'expropriation.

### **Le modèle de la libre publication face au droit des contrats d'auteur**

La question des frais occasionnés par la publication pose également difficulté. En effet, l'acte de publication, même électronique, présente un coût. Dans l'économie traditionnelle, cette charge pèse en principe sur l'éditeur qui la répercute sur le prix des ouvrages. Il est vrai que nombre d'éditeurs avaient quelque peu subverti ce système pour favoriser les publications «à compte d'auteur» ou encore «à compte à demi». C'est d'ailleurs l'un des griefs à l'origine du mouvement d'accès public que ce double renchérissement de la publication, en aval pour les bibliothèques voyant sans cesse les prix de leurs abonnements augmenter mais aussi en amont pour les chercheurs contraints de «subventionner» l'éditeur pour pouvoir être publié. Toutefois, le Code de la propriété intellectuelle français, en ses articles L 132-2 et L 132-3 disqualifie précisément ces contrats à compte d'auteur et à compte à demi en refusant de considérer qu'ils emportent cession des droits au profit de l'éditeur. En principe donc, lorsque l'éditeur ne prend pas le risque financier de la publication, il ne peut prétendre à être investi des droits qui demeurent dans le patrimoine de l'auteur. La mise en œuvre de cette règle permet d'éviter la confiscation à bon compte des droits des chercheurs.

Le système alternatif mis en place dans les logiques d'*Open Access* ne résout pas nécessairement la ques-

tion des frais de publication de manière satisfaisante. On parle notamment du système «auteur/payeur» laissant entendre que leur charge demeurera sur la tête du chercheur publiant. La réalité est quelque peu différente dans la mesure où les institutions de rattachement des chercheurs envisagent, en contrepartie de la mise à disposition libre des publications, de prendre sur eux les coûts y afférents<sup>5</sup>. Pour l'heure, il semble que les économies réalisées par les bibliothèques en raison du désabonnement à certaines revues permettent de compenser cette charge. Mais ce coût peut s'avérer important si les revues alternatives entendent concurrencer, voire remplacer les revues traditionnelles en termes de fiabilité des expertises. En effet, le postulat de la gratuité empêche de recouper les frais lors de la diffusion ; la totalité de la charge se reporte donc, pour l'instant, sur l'amont. Si les coûts de la publication alternative devaient s'avérer trop onéreux, des mécanismes de sélection des ouvrages à publier risquent de ressurgir ou encore, une diffusion massive mais sans discernement pourrait fleurir. Il n'est donc pas assuré que, de ce point de vue, le mécanisme de l'*Open Access* conduise à des résultats plus efficaces en termes de qualité de l'information produite et diffusée que dans l'édition traditionnelle.

Pour éviter d'être dépassés par le mouvement, les éditeurs commerciaux ont d'ailleurs choisi de participer au phénomène. Ainsi, certains d'entre eux laissent le choix aux auteurs d'offrir un accès libre ou un accès classique par abonnement de leur article moyennant un paiement en amont. Springer, le premier, a dès 2003, proposé le système *Open Choice*, permettant de rendre un article librement accessible pour la somme de 3 000 \$. Les initiatives semblables se multiplient à tel point que l'on parle désormais de «modèle hybride» ou de «revue hybride». Il s'agit d'accepter l'idéologie du libre accès sans toutefois renoncer complètement au modèle de la propriété intellectuelle. Ainsi, les droits

seraient transmis à l'éditeur qui accorderait à l'auteur la possibilité de mettre la publication à disposition.

Au terme de ce passage en revue, il est loisible de constater que pour l'heure le système de libre publication peine à s'affranchir des principes traditionnels de la propriété intellectuelle, faute de définir un modèle juridique radicalement alternatif. L'attribution native du droit d'auteur sous-tend l'essentiel des mécanismes mis en place qui reposent sur la décision de communiquer, laquelle demeure centralisée sur la tête du chercheur ou de son cocontractant. Les objectifs poursuivis visent également souvent à la duplication ou à la constitution d'un droit moral permettant au chercheur de s'assurer de la maîtrise intellectuelle de ses travaux. C'est essentiellement à propos des mécanismes de rémunération que les mouvements de libre accès divergent de la pratique du droit d'auteur mais non de ses principes fondateurs. Il n'est nullement exigé par la loi que la diffusion d'une œuvre se fasse contre rémunération. En revanche, il est de principe que si une rémunération est perçue, elle doit être partagée avec l'auteur.

L'*Open Access* ne constitue donc pas véritablement un bouleversement pour la propriété intellectuelle mais un nouveau schéma de diffusion à laquelle elle peut s'adapter. Le choc juridique est sans doute plus important du point de vue du droit des contrats, dans la mesure où les licences d'utilisation ouvertes posent des difficultés d'analyse au regard des règles fondamentales de la matière. Il est loisible de s'interroger ainsi sur la notion de contrat, dans la mesure où la personne du cocontractant est *a priori* indéterminée, ou encore sur l'existence d'une contrepartie dans la relation contractuelle. Plus techniquement encore, on peut être interpellé par l'intrication des différentes licences qui croisent leurs contraintes respectives pour *in fine* conduire à un résultat contre-productif de

glaciation de certaines formes de diffusion des œuvres dérivées<sup>6</sup>.

La confrontation de l'*Open Access* avec la propriété intellectuelle demeure mesurée dès lors que l'exercice du droit d'auteur n'est nullement antinomique avec un modèle de gratuité pour l'utilisateur final. L'existence même de prérogatives morales fortes doit, au rebours d'un discours ambigu, être renforcée et non détournée car elle présente les garanties que la communauté scientifique appelle de ses vœux, à savoir l'identification de la source et la traçabilité de la version originale de la publication. Il semble donc que les deux aspirations puissent aisément cohabiter.

Le constat est sans doute moins angélique s'agissant du mouvement du *Public Access*, lequel ne se soucie plus guère des intérêts des auteurs mais est tout entier tourné vers la diffusion des savoirs comme remboursement des tributs versés par les contribuables dans le financement de la recherche. La logique suivie devrait à terme nier l'existence même de droits d'auteur pour les chercheurs lesquels perdraient tout contrôle sur la diffusion de leurs travaux. Si les propositions de loi en ce sens venaient à prospérer, elles constitueraient un tournant majeur dans l'histoire de la propriété intellectuelle récusée comme système valable de diffusion de la connaissance. Il n'est cependant pas certain que l'alternative proposée conduise à des résultats souhaitables car le chercheur doit pouvoir bénéficier d'une certaine liberté dans sa recherche et dans sa parole pour être incité à produire des travaux de qualité ; court-circuiter son droit de regard sur le destin de ses recherches risque, au contraire, de le décourager.

La rencontre des deux aspirations est sans doute possible. Il n'est pas nécessaire pour atteindre le libre accès de détruire la libre recherche.

NOTES

1. On estime que le mouvement du libre accès est né au début des années 1990 à travers des initiatives comme ArXiv.org, dans le domaine de la physique, ou encore Cogprints, créé par Stevan Harnad, professeur en sciences cognitives à l'Université de Southampton. En France, on pense notamment à l'initiative d'institutions de recherche françaises fédérées dans le système HAL, <<http://hal.archives-ouvertes.fr>>.
2. Nous n'aborderons pas ici la dimension économique, par ailleurs largement explorée dans le cadre du présent volume.
3. Par exemple: *Registry of Open Access Repositories* (ROAR), *Directory of Open Access Repositories* (Open DOAR).
4. Article L.122-7-1 du Code de la propriété intellectuelle, créé par Loi n° 2006-961 du 1<sup>er</sup> août 2006. Art. 1 : L'auteur est libre de mettre ses œuvres gratuitement à la disposition du public, sous réserve des droits des éventuels coauteurs et de ceux des tiers ainsi que dans le respect des conventions qu'il a conclues.
5. L'Université de Berkeley a, par exemple, mis en place le 21 janvier 2008 un fonds dédié au financement des articles en libre accès. Ce programme, appelé BRII (*Berkeley Research Impact Initiative*) d'une durée de 18 mois, bénéficie de 125 000 dollars, dont une partie provient du budget d'acquisition de collections de la bibliothèque. Les auteurs peuvent recevoir jusqu'à 3 000 dollars pour couvrir les frais de publication. Il a été renouvelé le 21 janvier 2008. Au 1<sup>er</sup> octobre 2009, un quart des allocations restaient encore à dépenser.
6. Voir notamment, sur ces questions, les travaux du CSPLA et le *Rapport sur la mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit* (J. Farchy et V.-L. Benabou, dir.), juin 2007, en ligne sur le site du CSPLA: <<http://www.cspla.culture.gouv.fr/travauxcommissions.html>>.