



L'Open Access dans le Code des obligations

Auteur-e: Grégoire Geissbühler

Catégories d'articles: Contributions

Domaines juridiques: Droit privé, Droit des obligations

DOI: 10.38023/d77719d4-56ad-40ff-b18f-191f3d9c957d

Proposition de citation: Grégoire Geissbühler, L'Open Access dans le Code des obligations, in : Jusletter 1067

L'interprétation de l'art. 382 CO pointe vers le caractère impératif de celui-ci, permettant ainsi à l'auteur d'un article scientifique de mettre à disposition du public son texte à l'issue d'un délai de trois mois. L'objectif de mettre à disposition la production scientifique des auteurs suisses en Open Access (dans sa version « Green Road ») serait donc réalisable en l'état actuel du droit suisse.

Table des matières

- I. Introduction
- II. Le contrat d'édition
- III. L'art. 382 CO
 - A. Interprétation littérale
 - B. Historique de l'art. 382 CO
 - 1. Dans les textes législatifs
 - 2. Les romans et les sciences au XIXe
 - C. Systématique de l'art. 382 CO
 - 1. Au sein du Titre douzième
 - 2. « Toujours » / « jederzeit » / « sempre »
 - D. But de l'art. 382 CO
 - E. Caractère impératif de l'art. 382 CO
- IV. Questions choisies
 - A. Un contournement par la cession des droits d'auteur ?
 - B. Open Access : droit ou obligation ?
 - C. « Preprint », « Postprint » ou version publiée ?
- V. Conclusion – Évolution ou Révolution ?

I. Introduction

[1] L'Open Access est l'idée que la littérature scientifique est librement mise à disposition sur internet, par les chercheurs, sans restriction financière ou d'appartenance à une institution universitaire. L'idée est à la fois de promouvoir un accès libre au savoir scientifique et d'assurer aux chercheurs que leurs travaux pourront être lus par le plus grand nombre¹.

[2] Une distinction est généralement faite entre la « Green Road » et la « Gold Road » : dans la première, l'auteur dépose une copie de son article dans une archive institutionnelle –

généralement celle de l'université à laquelle il est affilié – à l'échéance d'un délai d'embargo. Dans la seconde, les articles sont immédiatement disponibles pour le public. La *Gold Road* implique généralement que l'auteur (ou une institution universitaire) finance la publication². Il est également possible que l'éditeur choisisse de mettre immédiatement en accès libre certains articles d'intérêt public, comme par exemple des articles en lien avec la pandémie de COVID-19³.

[3] Cette mise à disposition n'est pas qu'une question scientifique, mais doit également prendre en compte des aspects économiques multiples, découlant de la liberté économique des parties impliquées (art. 27 Cst.⁴). Un compromis doit donc être trouvé entre plusieurs intérêts :

- Les auteurs ne sont généralement pas rémunérés par les éditeurs⁵, mais sont obligés de publier et d'être repris et cités pour progresser dans leur carrière, ou ne serait-ce que pour conserver leur poste (principe – critiqué – dit « *publish or perish* »⁶) ;
- Les éditeurs sont rémunérés pour la publication, mais assument en contrepartie un risque économique en investissant dans la publication d'un article ou d'un ouvrage. Ils ont également la charge l'organisation de l'évaluation par les pairs (principe du « *peer-review* »), même si la vérification elle-même est ensuite déléguée à des chercheurs tiers – rémunérés ou non ;
- La communauté scientifique au sens large a intérêt à un accès le plus rapide et le plus large possible, pour alimenter la recherche et l'échange d'idées. Un accès payant représente un frein, surtout pour les chercheurs indépendants ou les institutions ne disposant pas d'un budget important ;
- Le public en général doit également être pris en compte : on trouve d'une part l'idéal du progrès humain et d'autre part – plus prosaïquement – le fait que la recherche scientifique est en grande partie financée par des fonds publics et que le public peut s'attendre à un « retour sur investissement »⁷.

[4] L'Open Access est un phénomène mondial. Dans cette contribution, nous nous consacrerons toutefois uniquement au droit suisse, avec lequel nous sommes plus familier. Nous nous focaliserons surtout sur les aspects contractuels de la relation entre auteur et éditeur, en gardant à l'esprit les intérêts des diverses parties. Nous ne développerons pas non plus les aspects relatifs à l'évaluation par les pairs, la garantie du caractère scientifique des articles publiés ou les critères d'évaluation des revues ou des recherches (facteur d'impact ou équivalent), qui nous éloigneraient trop de notre sujet.

[5] Notre plan sera la suivant : après une rapide présentation du contrat d'édition (II.), nous interpréterons l'art. 382 du Code des obligations – soit la disposition s'approchant le plus de notre sujet – afin de déterminer s'il est de nature impérative (III.), nous examinerons enfin une série de questions contractuelles en lien avec l'Open Access (IV.).

II. Le contrat d'édition

[6] La publication d'un ouvrage ou d'un article scientifique relève en droit suisse du contrat d'édition (art. 380 ss CO). En effet, selon l'art. 380 CO : « Le contrat d'édition est un contrat par lequel l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique ou ses ayants cause s'engagent à la céder à un éditeur, qui s'oblige à la reproduire en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires et à la répandre dans le public. ».

[7] L'auteur s'engage ainsi à céder l'œuvre (plus particulièrement son droit d'auteur⁸, même si l'existence de celui-ci n'est pas nécessaire pour la conclusion du contrat⁹). La cession se fait

uniquement dans la mesure nécessaire pour l'exécution du contrat¹⁰.

[8] Le contrat d'édition proprement dit, suppose que l'œuvre soit publiée « à compte d'éditeur », c'est-à-dire que les frais sont assumés par celui-ci. À défaut, il s'agit d'un contrat mixte, relevant de l'entreprise et du mandat¹¹. Ainsi, la « *Gold Road* », qui implique généralement que l'auteur ou l'institution qui l'emploie assume les frais de publication, ne relève pas en tant que telle du contrat d'édition¹².

[9] Le contrat d'édition est un contrat de durée, qui ne dure que le temps des impressions convenues (une seule, sauf convention contraire – art. 381 CO)¹³. L'édition se rapporte à un ensemble d'exemplaires représentant l'idée de l'auteur à un moment donné (indépendamment du nombre de tirages)¹⁴. En principe l'éditeur n'a pas droit de faire des éditions ou tirages supplémentaires (art. 383 al. 1 et 2 CO)¹⁵. En revanche si plusieurs éditions ont été convenues, l'éditeur y est tenu, et l'auteur pourra se départir du contrat (art. 383 al. 3 CO)¹⁶.

[10] Les obligations des parties – en particulier les obligations d'abstention – s'éteignent une fois le contrat achevé¹⁷. Pour PIAGET, l'édition et la durée du contrat sont des notions pratiquement équivalentes¹⁸. Ainsi, l'épuisement de l'édition met fin au contrat (tous les exemplaires ont été aliénés) lorsque l'éditeur ne peut (art. 383 al. 1 CO), ou ne veut (art. 383 al. 3 CO) en produire d'autres¹⁹.

III. L'art. 382 CO

[11] En l'état actuel du droit suisse, aucune disposition du Code des obligations ne régit spécifiquement l'Open Access. La disposition qui s'en approche le plus est l'art. 382 CO²⁰ qui dispose :

« ¹ Tant que les éditions que l'éditeur a le droit de faire ne sont pas épuisées, l'auteur ou ses ayants cause ne peuvent disposer à son préjudice ni de l'œuvre entière, ni d'aucune de ses parties.

² Les articles de journaux et les articles isolés de peu d'étendue insérés dans une revue peuvent toujours être reproduits ailleurs par l'auteur ou ses ayants cause.

³ Les travaux faisant partie d'une œuvre collective ou les articles de revue qui ont une certaine étendue ne peuvent être reproduits par l'auteur ou ses ayants cause avant l'expiration d'un délai de trois mois à partir du moment où la publication en a été achevée. »

[12] L'art. 382 al. 1 CO constitue une restriction du pouvoir de disposition de l'auteur²¹. Il n'interdit toutefois pas tout acte de disposition. Seuls les actes de disposition au préjudice de l'éditeur – c'est-à-dire qui pourraient lui faire concurrence – sont interdits²² jusqu'à la fin du contrat d'édition²³.

[13] L'art. 382 al. 2 et 3 CO permet au contraire de disposer immédiatement, respectivement dans un délai de trois mois, des articles isolés ou appartenant à des contributions collectives, la distinction se faisant sur la base du critère de l'actualité²⁴, ou plus généralement du contenu et de la portée de l'article²⁵. HILTY ajoute que la distinction peut aussi se faire en vertu du risque de concurrence au sens de l'alinéa 1²⁶.

[14] TERCIER/BIERI/CARRON ne se prononcent pas directement sur le caractère dispositif ou impératif de l'art. 382 al. 2 et 3 CO²⁷, même s'ils indiquent que les normes relatives au contrat d'édition sont « pour l'essentiel dispositives »²⁸. GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY en

font de même²⁹. PIAGET ne se prononce pas non plus, alors qu'il suggère en revanche des clauses contractuelles concernant l'art. 382 al. 1 CO³⁰. CHERPILLOD indique de façon générale que les règles en matière de contrat d'édition sont dispositives³¹, et réserve les conventions contraires pour cet article³². BREITSCHMID indique que les règles de l'art. 382 al. 2 et 3 CO sont souvent écartées³³. Pour HILTY, la question est peu importante, car même si la pré/post-publication ne devrait pas porter atteinte aux droits de l'éditeur, celui-ci se fait généralement céder les droits d'auteur, tout en sachant que ces articles ont été adoptés avant l'entrée en vigueur de la première version de la LDA³⁴. STREULI-YOUSSEF, se basant sur l'opinion de TROLLER, considère qu'un contrat d'édition proprement dit n'est pas conclu, mais que l'éditeur s'est simplement engagé à reproduire l'œuvre dans le journal³⁵. Enfin, HOCHREUTENER a une opinion particulière, en se basant sur l'interprétation historique de l'art. 382 CO : selon elle, l'article 382 al. 1 CO (interdiction de publication parallèle par l'auteur) est de nature impérative, vu le transfert des droits d'auteur à l'éditeur, mais les alinéas 2 et 3 (droit de republier de l'auteur) demeureraient de droit dispositif³⁶.

[15] Le Tribunal fédéral n'a pas tranché³⁷, pas plus que les cours cantonales.

[16] Nous allons explorer cette thématique en suivant les méthodes habituelles d'interprétation du Tribunal fédéral : littérale, historique, systématique et téléologique.

A. Interprétation littérale

[17] En comparant les trois langues officielles, l'article 382 CO se lit ainsi :

Français	Allemand	Italien
Droit de disposition de l'auteur	Verfügung des Verlaggebers	Diritti di disposizione dell'autore
Tant que les éditions que l'éditeur a le droit de faire ne sont pas épuisées, l'auteur ou ses ayants cause ne peuvent disposer à son préjudice ni de l'œuvre entière, ni d'aucune de ses parties.	Solange die Auflagen des Werkes, zu denen der Verleger berechtigt ist, nicht vergriffen sind, darf der Verlaggeber weder über das Werk im Ganzen noch über dessen einzelne Teile zum Nachteile des Verlegers anderweitig verfügen.	Finché le edizioni dell'opera cui ha diritto l'editore non siano esaurite, l'autore non può disporre altrimenti, a pregiudizio dell'editore, né dell'opera intera, né di singole parti di essa.
Les articles de journaux et les articles isolés de peu d'étendue insérés dans une revue peuvent toujours être reproduits ailleurs par l'auteur ou ses ayants cause.	Zeitungsartikel und einzelne kleinere Aufsätze in Zeitschriften darf der Verlaggeber jederzeit weiter veröffentlichen.	L'autore può sempre ripubblicare gli articoli di giornali e le singole pubblicazioni di poca estensione inserite nelle riviste.
Les travaux faisant partie d'une œuvre collective ou les articles de revue qui ont une certaine étendue ne peuvent être reproduits par l'auteur ou ses ayants cause avant l'expiration d'un délai de trois	Beiträge an Sammelwerke oder grössere Beiträge an Zeitschriften darf der Verlaggeber nicht vor Ablauf von drei Monaten nach dem vollständigen Erscheinen des Beitrages weiter veröffentlichen.	Le memorie che fanno parte di un'opera collettiva e quelle di maggior estensione inserite nelle riviste non possono essere ripubblicate dall'autore prima che siano trascorsi tre mesi da quando ne fu compiuta la pubblicazione.

mois à partir du moment où la publication en a été achevée.		
---	--	--

[18] Les textes romanche et anglais, disponibles sur le site de l'administration fédérale, ont été volontairement omis, ceux-ci n'ayant pas de force légale³⁸.

[19] À la lecture des textes, on observe qu'il n'y a pas d'indication explicite du caractère dispositif (« sauf convention contraire », *etc.*) ou impératif de cette disposition (« il ne peut être dérogé [...] », cf. p.ex. art. 361 CO).

[20] Quelques éléments sont toutefois à retenir :

- Les versions françaises et italiennes parlent explicitement d'un « droit » de disposition de l'auteur, alors que le texte allemand ne parle que de la disposition [de l'oeuvre] ;
- Le premier alinéa fait explicitement référence à un « préjudice » / « Nachteil » / « pregiudizio » potentiel qui affecterait l'éditeur, au contraire des deux autres alinéas, qui semblent donc ne pas porter atteinte aux droits de celui-ci ;
- Il existe une opposition entre le premier et le deuxième alinéa, puis entre le deuxième et le troisième alinéa : « ne peuvent disposer » / « peuvent toujours » / « ne peuvent être » ; « darf [...] weder [...] noch » / « darf [...] jederzeit » / « darf [...] nicht » ; « non può » / « può sempre » / « non possono essere » ;
- Le deuxième alinéa est pourvu d'un adverbe particulièrement fort : « toujours » / « jederzeit » / « sempre » ;

[21] L'interprétation littérale étant – pratiquement par nature – incomplète, il convient déjà d'analyser ce texte à la lumière de l'histoire du Code des obligations, puis de sa systématique. Nous terminerons, comme toujours, par une analyse téléologique.

B. Historique de l'art. 382 CO

1. Dans les textes législatifs

[22] Le projet initial de Code de commerce de MUNZINGER de 1865 ne prévoyait aucune disposition relative au contrat d'édition, et ne prouvait que des règles relatives au commerce, c'est-à-dire au Registre du commerce, sociétés commerciales, vente, commission, transport, assurance, lettre de change, chèque, faillite, ainsi qu'un projet relatif à un Tribunal fédéral, qui n'existait pas encore à l'époque³⁹.

[23] Une première version d'un Code des obligations a été achevée fin 1870 et livrée « en un petit nombre d'exemplaires » aux autorités fédérales⁴⁰. Dans le résumé qu'en donne le Conseil fédéral, il est pour la première fois fait référence à un « contrat de librairie »⁴¹, traduction de « Verlagsvertrag », dans la version allemande⁴². Il s'agit à notre connaissance de la première mention du contrat d'édition dans une publication officielle de la Confédération.

[24] Après le décès de MUNZINGER en 1873 et la révision constitutionnelle de 1874 prévoyant d'unifier le droit des obligations⁴³, le travail de création du Code des obligations s'est poursuivi en commission et a abouti en 1875, à un « Schweizerisches Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wechselrechtes », dont nous n'avons pu retrouver que la version

allemande⁴⁴. Le Conseil fédéral relève que tant la systématique du Code que le style ont été peu modifiés par rapport à la version précédente⁴⁵.

[25] Ce projet, qui préfigure le Code actuel, prévoyait des dispositions relatives au contrat d'édition (« Verlagsvertrag »), et notamment un article 360, qui disposait ce qui suit :

« Der Autor darf, so lange die Auflagen des Werkes, zu denen der Verleger berechtigt ist, nicht vergriffen sind, über das Werk weder im Ganzen, noch über einzelne Theile desselben anderweitig verfügen.

Hat er dagegen einzelne Beiträge zu einem Sammelwerke oder zu einer Zeitschrift geliefert, so bleibt ihm unbenommen, dieselben entweder selbstständig oder in einer Gesamtausgabe seiner Werke zu veröffentlichen. »

[26] Soit en français, traduction libre :

« Tant que les éditions de l'œuvre auxquelles l'éditeur a droit ne sont pas épuisées, l'auteur ne peut disposer de l'œuvre en totalité ou de parties individuelles de celle-ci d'aucune autre manière.

Si, en revanche, il a fourni des contributions individuelles à une œuvre collective ou à une revue, il reste libre de les publier soit indépendamment, soit dans une édition collective de ses œuvres. »

[27] On voit donc, dès le projet initial, une opposition (« dagegen ») entre d'une part les œuvres cédées en entier, catégorie à laquelle appartiennent sans doute les thèses, monographies, *etc.*, et d'autre part les contributions individuelles, de plus faible étendue et publiées avec d'autres. Si les premières demeurent dans la sphère de maîtrise de l'éditeur jusqu'à l'épuisement des éditions, les autres restent à la libre disposition de l'auteur.

[28] Ce projet initial a ensuite été commenté par le Conseil fédéral dans son message du 27 novembre 1879. L'exposé des motifs ne couvre pas l'entier des dispositions et une seule mention du contrat d'édition est à relever, le Conseil fédéral relève que :

« En outre, de nombreux experts furent entendus au sujet de diverses questions, ainsi pour [...] les conventions entre auteurs et éditeurs, [...] *etc.* »⁴⁶.

[29] Les Chambres se sont ensuite prononcées. Le Conseil des États relève et discute, sans toutefois la modifier, une règle « d'équité » – parmi d'autres exemples – lors que l'auteur ne peut achever l'œuvre, en permettant selon les circonstances à l'éditeur d'en publier tout ou partie⁴⁷. Le Conseil des États n'a finalement effectué que deux modifications sur le contrat d'édition, à savoir la suppression du rétablissement d'une édition déjà préparée mais qui aurait péri par cas fortuit, estimant qu'il valait mieux appliquer le régime de l'impossibilité, ainsi qu'une disposition relative à l'œuvre conçue selon un plan de l'éditeur⁴⁸. Le Conseil national s'est rallié à ces propositions⁴⁹.

[30] En définitive, le Code de 1881 dispose ceci :

« [Art. 375] Tant que les éditions que l'éditeur a le droit de faire ne sont pas épuisées, l'auteur et ses ayants-cause ne peuvent disposer à son préjudice ni de l'œuvre entière, ni d'aucune des parties de l'œuvre.

[Art. 376] Les articles de journaux et les articles isolés de peu d'étendue insérés dans une revue peuvent toujours être reproduits ailleurs par l'auteur ou ses ayants-cause. Les travaux qui font partie d'une œuvre collective et les articles de revue d'une étendue plus considérable ne peuvent être reproduits par eux avant l'expiration d'un délai de trois mois à partir du moment où la publication en a été achevée. »⁵⁰

[31] On le voit, l'art. 360 du projet initial a été scindé en deux (art. 375 et 376), entre d'une part les « œuvres » traditionnelles, que l'éditeur a seul le droit de reproduire, et les articles et travaux isolés ou appartenant à une publication collective, qui peuvent être librement reproduits. Parmi ceux-ci, une distinction en fonction de leur importance est ajoutée, un embargo de trois mois étant imposé pour les articles importants⁵¹.

[32] Le Code de 1881, en tant qu'il concerne le contrat d'édition, fait de nombreuses distinctions entre les règles dispositives (art. 373 : « À moins de stipulations spéciales » ; art. 377 al. 1 : « si le contrat ne précise pas » et 2 : « à défaut de convention » ; art. 380 : « Si la convention » ; art. 382 : « sauf convention contraire »), et les règles apparemment impératives (art. 374 al. 2, art. 377 al. 2 2e phr., et art. 378 al. 1 : « est tenu de » ; art. 377 al. 2 *in fine* : « il ne peut plus » ; art. 378 al. 2 : « sans toutefois pouvoir » ; art. 380 : « il est déchu de son droit » ; art. 387 al. 1 : « n'en est pas moins tenu » et al. 2 : « il doit [...] il y est tenu »). Certaines règles enfin apportent des précisions d'interprétation (notamment les art. 381, 383 et 384 relatifs aux œuvres d'ensemble et aux honoraires).

[33] Le Code de 1881 a ensuite évolué vers sa forme définitive de 1911. Le contrat d'édition n'a été que peu touché : la seule modification relevée par le Message de 1905 est l'introduction d'un alinéa relatif au nombre d'exemplaires gratuits remis à l'auteur⁵². Les articles ont été renumérotés pour être mis à la suite du [Code civil](#) en préparation, et sont passés de 375 et 376 à 1431 et 1432⁵³.

« [1431] Tant que les éditions que l'éditeur a le droit de faire ne sont pas épuisées, l'auteur et ses ayants cause ne peuvent disposer à son préjudice ni de l'œuvre entière, ni d'aucune de ses parties.

[1432] Les articles de journaux et les articles isolés de peu d'étendue insérés dans une revue peuvent toujours être reproduits ailleurs par l'auteur ou ses ayants cause. Les travaux faisant partie d'une œuvre collective ou les articles de revue d'une certaine étendue ne peuvent être reproduits par l'auteur ou ses ayants cause avant l'expiration d'un délai de trois mois à partir du moment où la publication en a été achevée. »

[34] Ce projet voit également l'apparition de notes marginales : les deux articles sont regroupés sous « III. Droit de disposition de l'éditeur », l'art. 1431 étant accompagné de la note « Prohibitions » et l'art. 1432 de « Restrictions »⁵⁴.

[35] La version allemande du projet est sans doute plus correcte, car elle fait référence au droit de disposition de l'auteur, et non de l'éditeur : « III. Verfügungsrechte des Verlaggebers. ». La note marginale de chaque article est également plus précise : « Verbot nachteiliger Verfügungen » et « Rechte betr. Zeitungsartikel. » ce qui serait traduisible par « Interdiction des dispositions préjudiciables » et « Droits concernant les articles de journaux »⁵⁵.

[36] Le Message supplémentaire et le projet de 1909 n'ont pas apporté de changements du texte des articles 1431 et 1432⁵⁶, seule la note marginale de l'art. 1432 est modifiée en « Droit de reproduire des articles de journaux, etc. »⁵⁷, plus proche de la version allemande légèrement

augmentée « Rechte betr. Zeitungsartikel u. dgl. » et « Droits concernant les articles de journaux et équivalents »⁵⁸.

[37] Enfin, en 1911, la Commission de rédaction du Droit des Obligations proposa de conserver une numérotation indépendante des articles du Code civil et du Code des obligations⁵⁹. La seule modification dans le texte final fut la « réunification » des articles 1431 et 1432, devenus l'art. 382 al. 1, respectivement al. 2 et 3 CO (on retrouve pratiquement la structure de l'art. 360 du Schweizerisches Obligationenrecht de 1875, avec l'ajout du délai d'embargo du Code de 1881), et un changement de la note marginale en « Droit de disposition de l'auteur »⁶⁰, plus conforme à la version allemande. Les notes marginales des articles séparés ont cependant été perdues.

[38] Sous cette forme l'art. 382 CO s'est conservé sans changement jusqu'à nos jours.

2. Les romans et les sciences au XIXe

[39] L'art. 382 CO est marqué dès sa genèse par une dualité entre les œuvres de grande importance d'une part et les articles d'autre part. À notre sens, cette distinction peut s'expliquer non seulement par les techniques à disposition au moment de la conception du Code⁶¹, mais également par les usages qui en étaient faits par les auteurs pour diffuser leurs textes et leurs idées.

[40] Au XVIIIe siècle, la littérature, le théâtre ou la philosophie sont principalement publiées sous formes de livres (VOLTAIRE, ROUSSEAU, LA FAYETTE, MONTESQUIEU, BEAUMARCHAIS, MARIVAUX, CONDORCET, GOETHE, SCHILLER, KANT, BECCARIA, SWIFT, DEFOE, *etc.*). Pour les sciences également, les traités et autres œuvres imposantes ont les faveurs de ce siècle : l'Encyclopédie, bien sûr (ou son pendant l'Encyclopædia Britannica), ou encore l'Histoire naturelle du BUFFON, les Éléments d'algèbre d'EULER, *etc.* À cette période, l'*imprimatur*, d'abord concédé par les autorités, est de plus en plus souvent « délégué » aux sociétés savantes⁶². Cette prédominance du livre suit une tradition déjà ancrée aux siècles précédents, depuis l'invention de l'imprimerie (DESCARTES, PASCAL, CALVIN, HOBBS, COPERNIC, GALILÉE, NEWTON, GROTIUS, MACHIAVEL, *etc.*).

[41] La première moitié du XIXe voit toutefois apparaître un changement. Ainsi, La Vieille Fille fut pour la première fois publiée par BALZAC en 1836 dans le quotidien (à bas coût) La Presse, sous forme de roman-feuilleton⁶³. D'autres auteurs – parmi lesquels GEORGES SAND, SUE ou DUMAS père – participèrent également à ce nouveau format littéraire et certaines des œuvres majeures du XIXe siècle ont d'abord été publiées dans des journaux⁶⁴. Ce format n'était pas réservé à la langue française : à la même époque, c'est sous forme de feuilleton que DICKENS a publié pour la première fois Oliver Twist.

[42] DUMAS en particulier publiait régulièrement dans des revues littéraires des textes qu'il reprenait ensuite dans des ouvrages. Par exemple des textes parus en 1833–1834 dans la Revue des Deux-Mondes qui seront ensuite repris dans ses Impressions des Voyage⁶⁵ ou son premier roman à succès, Les Trois Mousquetaires⁶⁶.

[43] Tout au long du siècle, FÉVAL (Le Bossu), FLAUBERT (Madame Bovary), STENDHAL (Vanina Vanini⁶⁷), MAUPASSANT (Une vie, Bel-Ami), ZOLA (Au bonheur des dames, Germinal), FONTANE (Effi Briest), STEVENSON (Treasure Island⁶⁸), DOSTOÏEVSKI (Crime et Châtiment, Les Frères Karamazov⁶⁹), TCHEKOV (plus de 600 nouvelles) ou encore TOLSTOÏ (La Guerre et la Paix, Anna

Karénine⁷⁰) publieront sous ce format. En Suisse, on peut par exemple mentionner le Resli, der Güterbub, Geschichte eines Bernerjungen de SCHLACHTER.

[44] Pour l'édition scientifique, s'il est vrai que les vénérables Journal des Sçavants et Philosophical Transactions of the Royal Society of London datent tous deux de 1665, c'est dans cette même période que naissent certaines des revues prestigieuses encore en activité aujourd'hui : The Lancet en 1823, Nature en 1869, Science en 1880. Les Annalen der Physik⁷¹ sont un peu plus anciennes (1790).

[45] Dans le domaine juridique suisse, ce sera notamment la Zeitschrift für vaterländisches Recht (ancêtre de la Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins / Revue de la société des juristes bernois) qui connaît sa première parution en 1837, le Journal des Tribunaux en 1846, la Revue de Droit Suisse en 1852, la Semaine Judiciaire en 1879 ou encore la Revue pénale suisse en 1888.

[46] Cette pratique de publication s'est poursuivie au XXe et XXIe siècle et s'est étendue à d'autres arts, en particulier la bande dessinée. C'est ainsi que Le Petit Vingtième, puis le Soir ont publié les aventures de Tintin par HERGÉ⁷², avant que des journaux spécialisés n'apparaissent en Europe : Tintin (HERGÉ, JACOBS, MARTIN...), Spirou (FRANQUIN, PEYO, JIJÉ, MORRIS...)⁷³, Pilote (GOSCINNY, UDERZO, BRÉTECHER, GOTLIB...), Tchô (ZEP, BOULET, MANDEL...) ; aux États-Unis : Action Comics (SIEGEL/SHUSTER), Detective Comics (KANE/FINGER), Timely Comics et ses successeurs (LEE, KIRBY, DITKO...) ; ou encore au Japon : Weekly Shōnen Jump (AKIRA TORIYAMA, EIICHIRO ODA, YOSHIHIRO TOGASHI, MASASHI KISHIMOTO, TITE KUBO...).

[47] La distinction entre livres et articles et la possibilité pour l'auteur de publier à nouveau une œuvre parue dans un journal n'est donc pas le fruit du hasard ou une lubie du rédacteur du Code des obligations, mais elle est au contraire le reflet d'une pratique courante à l'époque, en Suisse comme en Europe, et tant dans le domaine scientifique que littéraire. Elle reflète à notre sens l'*opinio iuris* de l'époque, qui a été reprise dans la loi dès les premières versions du Code des obligations.

C. Systématique de l'art. 382 CO

1. Au sein du Titre douzième

[48] Le Titre douzième prévoit de façon régulière que certaines dispositions restent à la libre disposition des parties, en réservant explicitement les conventions contraires. Par exemple :

- Art. 383 al. 1 CO : « Si le contrat ne précise pas [...] »
- Art. 383 al. 2 CO : « Sauf stipulation contraire [...] »
- Art 387 al. 2 CO, art. 389 al. 3 CO : « Sauf convention contraire [...] »

[49] D'autres prévoient une marge de manœuvre, assortie d'une contrainte :

- Art. 384 al. 2 CO : « Il fixe le prix de vente, sans toutefois pouvoir l'élever de façon à entraver l'écoulement de l'ouvrage. »
- Art. 385 al. 2 CO : « L'auteur conserve le droit [...] ; s'il impose par là des frais imprévus à ce dernier, il lui en doit récompense. »
- Art. 389 al. 2 CO : « Lorsque les contractants conviennent [...] l'éditeur est tenu [...] »

[50] D'autres encore paraissent impératives :

- Art. 384 al. 1 CO : « L'éditeur est tenu de reproduire [...] il doit faire également [...] »
- Art. 385 al. 2 CO : « L'éditeur ne peut faire [...] »
- Art. 390 al. 1 CO : « [...] l'éditeur n'en est pas moins tenu [...] »
- Art. 390 al. 2 CO : « [...] il doit le mettre à la disposition de l'éditeur [...] »
- Art. 390 al. 3 CO : « Il a droit à une juste indemnité dans les deux cas. »
- Art. 391 al. 2 CO : « L'éditeur est tenu de [...] »

[51] Enfin, certaines font appel au juge ou à l'interprétation du cas d'espèce :

- Art. 383 al. 3 CO : « [...] l'auteur ou ses ayants cause peuvent lui faire fixer par le juge un délai [...] »
- Art. 388 al. 1 CO : « Celui qui donne une œuvre à éditer est réputé avoir droit à des honoraires, lorsque les circonstances ne permettent pas de supposer qu'il entendait renoncer à toute rémunération. »
- Art. 388 al. 2 CO : « Le chiffre des honoraires est fixé par le juge, à dire d'expert. »
- Art. 392 al. 2 CO : « Exceptionnellement, si le maintien intégral ou partiel du contrat paraît possible et équitable, le juge peut l'autoriser et prescrire toutes mesures nécessaires. »

[52] Schématiquement, les parties ont la liberté de définir les éléments essentiels du contrat (le juge ne peut y suppléer – art. 2 al. 2 CO), soit en particulier le choix du cocontractant, l'œuvre elle-même et les modalités qui s'y rattachent : nombre d'édition, traductions, exemplaires gratuits, *etc.*

[53] D'autres dispositions en revanche ont une nature impérative. Il peut s'agir de modalités qui touchent à la nature du contrat (soustraite à la volonté des parties selon l'art. 18 CO, dont on déduit que les parties ne sont pas maîtresses de la qualification du contrat⁷⁴), et dont la modification altérerait l'essence du contrat : par exemple, un éditeur ne pourrait pas à la fois conclure un contrat d'édition et refuser de reproduire l'œuvre (art. 384 al. 1 CO) ou fixer un prix prohibitif empêchant *de facto* la diffusion de l'œuvre (art. 384 al. 2 CO). Ces normes visent également à la bonne et transparente exécution du contrat : éviter que l'objet du contrat ne soit substantiellement altéré par l'auteur (art. 385 al. 1 CO) ou permettre la vérification du chiffre des ventes (art. 389 al. 2 CO).

[54] Il s'agit également de dispositions réglant les situations postérieures à la fin du contrat (en particulier les art. 390 et 391 CO), une des parties pouvant sinon arguer que le contrat ayant pris fin, les stipulations convenues sont caduques, et donc inexécutables.

[55] Les domaines réservés à l'appréciation du juge sont ceux qui sont trop sensibles pour être réglés définitivement par la loi, et qui doivent prendre en compte les circonstances de l'espèce et l'économie générale du contrat, telles que le délai entre des éditions successives (art. 383 al. 3 CO) ou les honoraires de l'auteur (art. 388 al. 2 CO).

[56] Les règles de l'art. 382 CO visent à la fois la bonne exécution du contrat par les parties, en empêchant une exploitation parallèle d'un ouvrage durant le contrat, et en règlent le sort de l'œuvre une fois le contrat achevé par épuisement de l'édition (cf. également ci-dessous, VI.). Elles nous semblent donc relever du droit impératif.

2. « Toujours » / « jederzeit » / « sempre »

[57] Nous avons relevé dans notre analyse littérale de l'art. 382 al. 2 CO que celui-ci utilisait les termes « toujours » / « jederzeit » / « sempre ». Ces termes ne sont pas anodins en eux-mêmes, mais prennent un sens particulier s'ils sont lus en parallèle d'autres dispositions du Code des obligations. Ainsi, notamment :

- Le duo « jederzeit » / « sempre » (la version française est « en tout temps ») se retrouve à l'art. 404 al. 1 CO, dont le Tribunal fédéral a reconnu le caractère impératif⁷⁵. Il en va de même pour les art. 34 al. 1 et 465 al. 1 CO, concernant la révocation des procurations, qui sont également impératives (art. 34 al. 2 CO).
- Le duo « toujours » / « sempre » est utilisé à l'art. 137 CO (la version allemande n'utilise pas d'adverbe comparable), et cette disposition est impérative, comme les autres dispositions relatives à la prescription du titre troisième (art. 129 CO).
- « Jederzeit » et la variante « en tout temps » / « in ogni tempo » sont également utilisés aux art. 337 al. 1 et 418r al. 1 CO, qui concerne le droit de mettre fin à un contrat de durée pour justes motifs, qui est également un principe général relevant du droit impératif⁷⁶.
- Le Tribunal fédéral n'a pas encore tranché le caractère impératif ou dispositif de l'art. 377 CO, quoique la doctrine penche en faveur d'un caractère dispositif⁷⁷.

[58] À notre sens, la force des termes utilisés et leur utilisation pour décrire d'autres institutions impératives du droit des obligations est un argument important en faveur du caractère impératif de l'art. 382 CO. De plus, le terme « toujours » de la version française peut être remplacé par « en tout temps » (comme dans la plupart des autres articles), sans perte de sens : l'auteur peut effectivement choisir de publier son article ailleurs sans restriction temporelle une fois l'édition achevée (dans l'hypothèse de l'art. 382 al. 2 CO), c'est donc bien qu'il peut le faire « en tout temps ».

[59] C'est dans ce sens-là également qu'il faut comprendre le projet originel de MUNZINGER : l'idée étant que l'auteur « reste libre » / « bleibt ihm unbenommen » de publier sans autre contrainte ou embargo un article qu'il aurait remis à un éditeur.

D. But de l'art. 382 CO

[60] Concernant l'interprétation téléologique, l'opinion de PIAGET selon laquelle le contrat d'édition a pour but de protéger l'auteur⁷⁸ ne nous semble pas refléter la diversité des situations qui se présentent, et le fait que l'auteur et l'éditeur travaillent généralement en bonne intelligence en vue d'un but commun⁷⁹. Il nous semble donc plutôt que l'art. 382 CO effectue une pesée des intérêts entre l'auteur et l'éditeur.

[61] Parmi les différentes situations possibles d'édition, la loi distingue à juste titre entre d'une part les livres et d'autre part les revues. Cette distinction est sans doute la plus pertinente, tant la réunion de ces deux modes de diffusion des idées sous un même régime serait difficile.

[62] Le livre est une institution plurimillénaire : il descend du codex romain, lui-même héritier des papyrus et des tablettes gravées ou sculptées. Par nature, il se conserve. Sa durabilité explique son prix, même si l'apparition et le perfectionnement de l'imprimerie l'a rendu plus accessible. Même à l'heure actuelle et malgré les progrès de la technique, la préparation et la diffusion d'un livre est un processus long, et le livre n'est pas certain de trouver son public. À cela s'ajoute des frais fixes importants pour maintenir l'infrastructure lui permettant d'exécuter

correctement ses obligations de reproduction et de diffusion. L'éditeur prend donc un risque économique important, qui justifie une protection.

[63] À l'inverse, les articles de journaux et de revues sont plus récents, et se situent à l'autre extrémité du spectre de l'édition : ils ne s'inscrivent pas nécessairement dans la durée, et font l'objet d'un large tirage, généralement unique, envoyé à des abonnés et disponibles à la vente pour une courte durée, qui dépend surtout de la périodicité de l'ouvrage. À quelques exceptions près⁸⁰, l'article n'est pas publié individuellement, mais fait partie d'un ensemble. Enfin, l'abonné ne choisit que rarement les articles qui lui seront envoyés, au contraire d'un livre. Il est donc moins probable qu'il s'y attache. Ainsi, le lecteur ne conservera probablement pas tous les articles qu'il reçoit, mais les recyclera sitôt périmés.

[64] Dans cette situation, l'éditeur n'a pas le même besoin de protection, ni le même risque de dommage – faute de concurrence que pourrait lui faire l'auteur – et c'est au contraire l'auteur qui risque de voir son œuvre être vouée à l'oubli après une brève période de disponibilité.

[65] Les journaux scientifiques sont une catégorie intermédiaire : leur parution est en principe moins fréquente que la presse traditionnelle, et leur impact est de plus longue durée. Leur public est également plus limité, ce qui crée un risque. Ils n'ont toutefois pas la même portée que les livres. Les ouvrages collectifs, qui sont le reflet d'un événement scientifique (actes de conférence) ou d'une occasion festive (mélanges pour un anniversaire ou un départ à la retraite) se trouvent également dans cet entre-deux, car ils portent généralement sur une série de problématiques données, qui seront appelées à évoluer, là où les livres généraux sont plutôt axés sur les grands principes d'un domaine.

[66] Ces trois catégories générales sont reprises dans les trois alinéas de l'art. 382 CO : l'éditeur est protégé pour les livres qu'il édite tant que le risque de concurrence existe, l'auteur est protégé contre la disparition presque irrémédiable de son œuvre, et les catégories intermédiaires font l'objet d'un compromis : pour trois mois, le temps que l'œuvre trouve son public, l'éditeur est protégé. Il y a ainsi une incitation pour les lecteurs intéressés de s'abonner, respectivement de se procurer l'ouvrage, afin de rester à la pointe de leur domaine.

[67] Cela correspond également à la durée de l'édition : si l'écoulement des exemplaires d'un livre peut prendre du temps, l'intégralité des exemplaires d'un journal est presque immédiatement vendue. L'élément de durée propre au contrat d'édition est réduit à sa plus simple expression. La protection de l'éditeur ne peut pas durer au-delà du contrat, et celui-ci disparaît dès les ouvrages distribués.

[68] Internet et les bases de données ont certes affecté le monde de l'édition, scientifique en particulier, mais le régime légal ne doit pas être complètement abandonné au prétexte d'une évolution technologique. Le système suisse est suffisamment souple pour englober ce type d'innovations. De plus, le système commercial de mise à disposition qui est généralement proposé aujourd'hui – paiement individuel de quelques dizaines de francs pour chaque article – est de nature à freiner l'accès à ces articles : les articles en accès libre, même via une plateforme « non-officielle », sont en effet plus cités⁸¹.

[69] L'intérêt pour les ouvrages généraux et les revues ne nous semble pas avoir diminué, seule leur mode de diffusion a été altéré. Il est aujourd'hui possible d'acheter un livre électronique, ou de recevoir par courriel les articles (ou leur chemin d'accès sur internet) qui

étaient autrefois diffusés par la poste. Ces deux modes de diffusion, physique et électronique, cohabitent souvent.

[70] À notre sens, on doit considérer que la diffusion de l'article a eu lieu par cette communication, et ainsi constituer « l'insertion » dans la revue au sens de l'art. 382 al. 2 CO et « l'achèvement de la publication » de l'art. 382 al. 3 CO, épuisant ainsi la fonction du contrat d'édition.

E. Caractère impératif de l'art. 382 CO

[71] L'interprétation étant terminée, reste à savoir si l'art. 382 CO doit être considéré en tout ou partie comme relevant du droit impératif.

[72] L'opinion d'HOCHREUTENER concernant l'art. 382 al. 1 CO peut nous convaincre. En effet, si l'auteur transfère ses droits à l'éditeur pour la durée du contrat d'édition, il est cohérent qu'il ne puisse pas lui faire concurrence jusqu'à ce que le tirage convenu soit épuisé. On touche ici au cœur de la convention, soit le transfert des droits en contrepartie d'un risque économique pris par l'éditeur (le contrat d'édition proprement ne concerne pas l'édition à compte d'auteur), et il y aurait une contradiction entre les devoirs de promotion de l'éditeur et une exploitation parallèle – voire parasitaire – de l'auteur.

[73] Le caractère impératif est également modulé par le fait que les comportements qui ne seraient pas dommageables à l'éditeur restent autorisés, et que cette prohibition est limitée à la durée du contrat, soit jusqu'à épuisement de l'édition convenue.

[74] En revanche, affirmer le caractère dispositif des articles 382 al. 2 et 3 CO ne nous convainc pas. Après l'analyse à laquelle nous nous sommes livrés, au moins huit arguments pointent en faveur d'un caractère impératif comparable à celui de l'alinéa 1 :

- La méthode littérale n'est pas concluante en elle-même, mais elle pointe vers un « droit » de l'auteur, qu'il lui est loisible de « toujours » exercer. L'usage des termes « toujours » / « jederzeit » / « sempre » est généralement un marqueur de normes impératives dans les autres dispositions du Code des obligations ;
- Les notes marginales des art. 375 et 376 aCO faisaient une différence entre la « prohibition » de reproduire un ouvrage, opposée à un « droit » de disposer des articles ;
- L'interprétation historique montre un consensus de la pratique en faveur de cette distinction, laquelle est renforcée par le contexte éditorial du XIXe siècle ;
- La systématique du titre douzième montre que les dispositions réglant le sort des œuvres une fois le contrat achevé et la bonne exécution du contrat sont de nature généralement impérative ;
- Au confluent des méthodes systématiques et historiques, la distinction entre les art. 375 et 376 aCO n'est pas un argument particulièrement convaincant, dès lors que l'art. 360 du projet initial réunissait ces deux dispositions, et contenait déjà l'opposition entre l'édition d'ouvrages et l'édition d'articles sans toutefois la restriction de trois mois ;
- Sur le plan téléologique, l'art. 382 CO permet une protection des droits de l'éditeur tant que dure la diffusion d'un tirage de l'œuvre, pour éviter la concurrence de l'auteur, mais doit cesser une fois que la diffusion est achevée, ce qui est pratiquement immédiat pour les articles ;
- Enfin, l'art. 382 CO pris dans son entier opère une pesée des intérêts entre l'auteur et l'éditeur, et permet une protection adéquate des deux parties.

[75] Ainsi, nous parvenons à la conclusion que, pour les contrats d'édition scientifique soumis au droit suisse, l'auteur dispose d'un droit – de nature impérative – à republier son œuvre à l'issue d'un délai d'embargo de trois mois. Ce droit lui permet de déposer sa contribution tant sur une page internet privée ou professionnelle que sur une plateforme institutionnelle dédiée à l'Open Access (« *Green Road* »)⁸².

[76] L'éditeur ne peut pas s'opposer à cette publication par l'auteur à l'échéance du délai, et ne saurait demander des dommages-intérêts de ce chef à l'auteur, faute de violation du contrat. Il ne peut pas non plus agir contre les tiers auprès desquels l'auteur aurait déposé l'article, cette remise ayant eu lieu licitement – et l'éditeur n'ayant pas de contrat avec eux.

IV. Questions choisies

[77] Le caractère impératif de l'art. 382 CO étant établi, il reste à notre sens trois questions à examiner : s'il est possible de contourner le droit impératif, par exemple en cédant les droits d'auteur (A.), si l'Open Access doit être vu comme un droit de l'auteur ou comme une obligation de l'éditeur (B.), ou encore quelle version peut être réutilisée par l'auteur (C.).

A. Un contournement par la cession des droits d'auteur ?

[78] On pourrait envisager que l'éditeur choisisse de conclure non un contrat d'édition proprement dit, mais une cession totale des droits d'auteur, afin de se prémunir de toute mise à disposition concurrente, y compris par l'auteur.

[79] Il nous apparaît toutefois que cette construction contractuelle ne permettrait pas de contourner le caractère de l'art. 382 CO. En effet, la qualification du contrat n'est pas laissée à la libre disposition des parties, mais se détermine en fonction de la réelle et commune intention des parties⁸³. Dès lors que les parties avaient l'intention de céder des droits d'auteur afin de permettre la diffusion de l'œuvre, on se trouve nécessairement dans un contrat d'édition, et l'art. 382 CO déploiera ses effets.

[80] Il n'est pas exclu que l'éditeur souhaite conserver le droit de republier lui-même un article, ou de continuer à le mettre à disposition du public (gratuitement ou moyennant paiement) même à l'échéance du délai de trois mois. L'art. 382 CO ne l'interdit pas, mais empêche uniquement les conventions visant à restreindre le droit de l'auteur de disposer librement de son œuvre à l'échéance du délai légal.

B. Open Access : droit ou obligation ?

[81] Une vision absolue de l'Open Access consisterait à mettre à la charge de l'éditeur une obligation de rendre accessible gratuitement les articles qu'il publie. Une telle approche n'est toutefois pas compatible avec le texte légal.

[82] L'éditeur s'engage à « répandre dans le public » l'œuvre, et non à la conserver ou la mettre à disposition pour une certaine durée. Le maintien de bases de données et la valeur ajoutée de celles-ci (liens hypertextes, fonction de recherche, *etc.*) nous semble relever d'un autre contrat, et pourrait se faire par une simple licence. L'accessibilité future des articles – sur le site internet de l'éditeur ou un site tiers – n'a donc pas à être garantie, sauf convention contraire.

[83] L'obligation qui peut être faite à certains auteurs – en raison de leurs sources de financement ou de leur affiliation – de mettre à disposition d'une plateforme institutionnelle leurs articles en Open Access est une problématique séparée, qui ne concerne pas l'éditeur.

C. « Preprint », « Postprint » ou version publiée ?

[84] La rédaction d'un article est généralement un processus itératif : il est rare que l'auteur rédige d'une traite un texte déjà complet et mis en forme, qui ne nécessitera aucune adaptation. On distingue ainsi généralement trois étapes⁸⁴ : (i) le « *preprint* », qui est le manuscrit initial de l'auteur, avant vérification ou relecture par les pairs ; (ii) le « *postprint* », qui correspond au texte revu et corrigé et (iii) la version mise en forme et effectivement publiée. Il est donc nécessaire de déterminer quelle version peut ou ne peut pas être publiée par l'auteur.

[85] La réponse est à notre sens donnée ici par la définition des éléments essentiels du contrat. Les parties se mettent d'accord sur l'œuvre au cours de la négociation et du processus éditorial : ni l'éditeur ni l'auteur ne sont d'accord de publier autre chose que la version finale. Cela se matérialise tant par les exigences qualitatives de l'éditeur que par la nécessité d'obtenir le bon à tirer de l'auteur avant que la publication n'ait lieu. C'est donc la version finale qui peut être réutilisée par l'auteur à l'échéance du délai d'embargo.

[86] Les autres versions (*preprint* et *postprint*) ne sont en tant que telles pas concernées par le contrat. Toutefois, l'auteur ne devrait à notre sens pas pouvoir contourner le délai d'embargo légal en publiant immédiatement une version précédente. Il porterait sinon atteinte aux intérêts de l'éditeur.

[87] Si l'auteur a déjà mis en ligne une version *preprint* dans une base de données (par exemple [arXiv.org](https://arxiv.org)⁸⁵) – pour permettre une discussion ou pour s'assurer que la paternité de l'idée ou la découverte lui reviendra, en particulier si le processus éditorial est long – cela n'empêche pas une publication, l'auteur doit toutefois le révéler à l'éditeur, selon les règles de la bonne foi (art. 381 al. 3 CO)⁸⁶.

V. Conclusion – Évolution ou Révolution ?

[88] L'Open Access ne signe pas la fin du monde de l'édition tel que nous le connaissons. Lors de la rédaction de la version initiale du Code des obligations, MUNZINGER ne pouvait anticiper l'invention d'internet, mais il avait déjà saisi les enjeux d'une diffusion des articles par des revues et la nécessité d'un compromis entre l'intérêt de l'auteur de diffuser largement ses idées et l'intérêt de l'éditeur d'être rémunéré pour le risque pris et les efforts consentis. L'équilibre trouvé reflétait la technique du temps.

[89] Cet équilibre n'a pas été fondamentalement modifié. Il est aujourd'hui possible de diffuser plus largement et librement ses idées, mais la nécessité pour un auteur de s'associer à un éditeur n'a pas disparu : ce dernier est généralement chargé de superviser la revue et les éventuelles corrections à apporter à l'œuvre, ce qui est un gage de sa qualité. Il connaît également le marché et les lecteurs potentiels mieux que l'auteur. L'accroissement de l'offre d'articles disponibles fait qu'il est impossible pour un chercheur de lire l'entier de la production scientifique de son domaine, sauf à se spécialiser au-delà du raisonnable. Le choix de lecture sera donc guidé par la réputation de l'auteur, mais aussi celle de l'éditeur.

[90] L'auteur et l'éditeur ayant besoin l'un de l'autre, il serait regrettable de renoncer à un système équilibré et préservant les intérêts des diverses parties.

[91] L'Open Access n'empêche pas non plus l'innovation. L'auteur rendra généralement son article disponible sur une plateforme centralisée – à condition toutefois d'être rattaché à une université ou une institution analogue – mais force est de constater que ces plateformes ne proposent pas pour l'instant de fonctionnalités facilitant la recherche ou allant plus loin que la simple mise à disposition d'un article que le lecteur intéressé aurait déjà identifié.

[92] L'éditeur qui se serait réservé une licence sur un article peut encore l'utiliser : la valeur ajoutée et le prix qu'il pourra obtenir des tiers sera fonction de son ingéniosité : plateforme unique, recueil thématiques, facilité d'utilisation et de recherche, possibilité de sauvegarder et d'annoter les articles ou encore traduction des articles publiés dans une langue étrangère sont autant de pistes de valorisation de ce capital intellectuel.

GRÉGOIRE GEISSBÜHLER, Docteur en droit, Avocat (LALIVE, Genève), Chargé de cours (Unil).

Conflits d'intérêts : l'auteur est depuis 2016 auteur de newsletters et de livres publiés par la maison d'édition Schulthess Médias Juridiques SA, à Zurich et Genève ; depuis 2017 chargé de cours à l'Université de Lausanne, et travaillait auparavant à l'Université de Genève ; depuis 2020 membre du panel d'évaluateurs du Programme national Open Science I de swissuniversities.

Les opinions présentées ici n'engagent que leur auteur.

Toutes les sources internet citées ont été consultées pour la dernière fois le 28 avril 2021.

-
- 1 Swissuniversities, Open Access, le savoir pour tous : https://www.swissuniversities.ch/fileadmin/swissuniversities/Dokumente/Hochschulpolitik/Open_Access/ ; Université de Lausanne, Qu'est-ce que l'Open Access : <https://www.unil.ch/openscience/fr/home/menuinst/open-access/quest-ce-que-lopen-access.html> ; Budapest Open Access Initiative: <https://budapestopenaccessinitiative.org/>; Déclaration de Berlin sur le Libre Accès à la Connaissance en Sciences exactes, Sciences de la vie, Sciences humaines et sociales : https://openaccess.mpg.de/68042/BerlinDeclaration_wsis_fr.pdf.
 - 2 FABIENNE GRAF/DARIO HAUX, Verpflichtung zu Open Access – universitäres Publizieren der Zukunft ?, *sui generis* 2017 229, p. 230 ss ; RETO M. HILTY/MATTHIAS SEEMANN, Open Access: Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen im schweizerischen Recht, *Avis de droit pour le compte de l'Université de Zurich*, 2009, N 11–12 ; SwissUniversities, Open Access, le savoir pour tous, p. 8–9.
 - 3 Par exemple les articles et le numéro spécial de la Revue Médicale Suisse N 691-2 « COVID-19 », du 27 avril 2020 : <https://www.revmed.ch/RMS/2020/RMS-N-691-2>.
 - 4 GRAF/HAUX (n. 2), p. 237 s.
 - 5 DENIS CHERPILLOD, art. 380–393, in Luc Thévenoz/Franz Werro (édit.), *Commentaire Romand, Code des Obligations I*, art. 1–529 CO, 2e éd., Helbing Lichtenhahn 2012 (cité : CR CO I-CHERPILLOD), CO 388 N 1, 18.
 - 6 THOMAS C. ERREN/DAVID M. SHAW/PER MORFELD, Analyzing the Publish-or-Perish Paradigm with Game Theory: The Prisoner's Dilemma and a Possible Escape, *Science and Engineering Ethics* volume 22, 2016, p. 1431–1446 : « *The paradigm encapsulates the pressure experienced in academic arenas to publish quickly in order to ascend and remain atop academic ladders. Scientists who publish infrequently tend to be at a disadvantage when it comes to career prospects.* ». Voir également : CATHERINE FRAMMERY, « Publish or perish », quand la science met les chercheurs sous pression, *Le*

Temps, 19 septembre 2017, <https://www.letemps.ch/sciences/2017/09/19/publish-or-perish-science-met-chercheurs-pression>.

- 7 STEPHEN BURANYI, Is the staggeringly profitable business of scientific publishing bad for science?, The Guardian, 27 juin 2017, <https://www.theguardian.com/science/2017/jun/27/profitable-business-scientific-publishing-bad-for-science>.
- 8 CR CO I-CHERPILLOD (n. 5), CO 380 N 2 ; MAGDA STREULI-YOUSSEF, Art. 380–393 OR, in Marc Amstutz et al. (édit.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Schulthess 2007 (cité : CHK-STREULI-YOUSSEF), CO 382 N 1.
- 9 CR CO I-CHERPILLOD (n. 5), CO 380 N 2, CO 381 N 1 ; RETO HILTY, Art. 380–393 OR, in Corinne Widmer-Lüchinger/David Oser (édit.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7e éd., Helbing Lichtenhahn 2019 (cité : BSK OR I-HILTY), CO 380 N 5.
- 10 CR CO I-CHERPILLOD (n. 5), CO 381 N 2.
- 11 PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, Les contrats spéciaux, 5^e éd, Schulthess 2016, N 4202.
- 12 Fonds National Suisse pour la recherche scientifique, Open Access to Publications, <http://www.snf.ch/fr/leFNS/points-de-vue-politique-de-recherche/open-access/Pages/default.aspx>.
- 13 TERCIER/BIERI/CARRON (n. 11), N 4207.
- 14 EMMANUEL PIAGET, Le contrat d'édition portant sur une publication numérique – Analyse des articles 380 ss CO sur la base d'un modèle méthodologique permettant de distinguer contrats nommés et innommés, Stämpfli 2004, p. 275 s. ; TERCIER/BIERI/CARRON (n. 11), N 4244.
- 15 TERCIER/BIERI/CARRON (n. 11), N 4251.
- 16 PIAGET (n. 14), p. 276 s. ; TERCIER/BIERI/CARRON (n. 11), N 4252.
- 17 BSK OR I-HILTY (n. 9), CO 382 N 3.
- 18 PIAGET (n. 14), p. 273.
- 19 PIAGET (n. 14), p. 266.
- 20 Dans ce sens également : HILTY/SEEMANN (n. 3), N 104.
- 21 PIAGET (n. 14), p. 265.
- 22 BSK OR I-HILTY (n. 9), CO 382 N 2 ; PIAGET (n. 14), p. 266 ss ; CHK-STREULI-YOUSSEF (n. 8), CO 382 N 2 ; TERCIER/BIERI/CARRON (n. 11), N 4236.
- 23 BSK OR I-HILTY (n. 11), CO 382 N 3.
- 24 CR CO I-CHERPILLOD (n. 5), CO 382 N 2 ; BSK OR I-HILTY (n. 9), CO 382 N 5 ; PIAGET (n. 14), p. 270 ; TERCIER/BIERI/CARRON (n. 11), N 4239.
- 25 CHK-STREULI-YOUSSEF (n. 8), CO 382 N 5.
- 26 BSK OR I-HILTY (n. 9), CO 382 N 5.
- 27 TERCIER/BIERI/CARRON (n. 11), N 4236, 4239.
- 28 Tercier/BIERI/CARRON (n. 11), N 4193.
- 29 THEO GUHL/ALFRED KOLLER /ANTON K. SCHNYDER/JEAN NICOLAS DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9^e éd, Schulthess 2000, §48 N 8.
- 30 PIAGET (n. 14), p. 270.
- 31 CR CO I-CHERPILLOD (n. 5), Intro. CO 380–393 N 10.
- 32 CR CO I-CHERPILLOD (n. 5), CO 382 N 3.
- 33 PETER BREITSCHMID, in Jolanta Kren Kostkiewicz et al. (édit.) OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 3e éd., Orell Füssli 2016 (cité : OFK-BREITSCHMID), CO 382 N 2. Également dans ce sens : CHK-STREULI-YOUSSEF (n. 8), CO 382 N 8.
- 34 BSK OR I-HILTY (n. 9), CO 382 N 2, 6. Voir toutefois HILTY/SEEMANN (n. 2), N 74, 106–108, 123 et 315 qui plaident en faveur du caractère dispositif de cette disposition, ainsi que de manière plus générale des dispositions relatives au contrat d'édition.
- 35 CHK-STREULI-YOUSSEF (n. 8), CO 382 N 5 ; ALOIS TROLLER, Der Verlagsvertrag, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Band V/3a, Zurich 1976 (cité : ZK-TROLLER), CO 382 N 7.
- 36 INGE HOCHREUTENER, Art. 380–393 OR, Der Verlagsvertrag, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Band V/2e, 4e éd., Zurich 2011 (cité : ZK-HOCHREUTENER), CO 382 N 7–10.
- 37 Mention de l'art. 382 al. 2 CO, dans un autre contexte : ATF 101 II 102.
- 38 Art. 4 et 70 al. 1 Cst. ; art. 13a let. d et 14 al. 1 LPubl.
- 39 WALTHER MUNZINGER, Motifs du Projet de code de commerce suisse, Zurich 1865 (traduction française par MARC DUFRAISSE).
- 40 FF 1871 II 253, p. 351–352.

- 41 [FF 1871 II 253](#), p. 352.
- 42 [BBI 1871 II 349](#), p. 350. À noter que la pagination et la date ne concordent pas entre les éditions en langues française et allemande de la Feuille fédérale.
- 43 VIRGILE ROSSEL, *Manuel du droit fédéral des obligations*, Payot 1892, p. 4–5.
- 44 Une traduction française officielle semble avoir été publiée par la suite ([FF 1880 I 115](#), p. 133), mais que ROSSEL (n. 43), p. 5, qualifie de traduction « en bien mauvais français ».
- 45 [FF 1880 I 115](#), p. 133.
- 46 [FF 1880 I 115](#), p. 136.
- 47 [FF 1880 III 139](#), p. 146.
- 48 [FF 1880 III 139](#), p. 155–156.
- 49 [FF 1881 I 195](#), p. 218.
- 50 [FF 1881 III 73](#), p. 147 ; voir également : ZK-HOCHREUTENER (n. 36), CO 382 N 1-5.
- 51 ROSSEL (n. 43), p. 445–446.
- 52 [FF 1905 II 1](#), p. 36.
- 53 [FF 1905 II 1](#), p. 176.
- 54 [FF 1905 II 1](#), p. 176.
- 55 [BBI 1905 II 1](#), p. 189.
- 56 [FF 1909 III 747](#), p. 774.
- 57 [FF 1909 III 779](#), p. 892–893.
- 58 [BBI 1909 III 757](#), p. 871.
- 59 [FF 1911 I 695](#), p. 699.
- 60 [FF 1911 II 1](#), p. 113.
- 61 Dans ce sens : PIAGET (n. 14), p. 263.
- 62 MARIO BIAGIOLI, *From Book Censorship to Academic Peer Review*, Emergences, 2002, p. 14 ; KATHLEEN FITZPATRICK, *Planned Obsolescence: Publishing, Technology, and the Future of the Academy*, NYU Press, 2011, p. 21.
- 63 NICOLE MOZET, in Castex Pierre-Georges (édit.), *Balzac : La Comédie Humaine, IV – Études de mœurs : Scènes de la vie de province*, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard 1976, p. 795.
- 64 GILBERT SIGAUX, *Dumas : Les Trois Mousquetaires – Vingt ans après*, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard 1962, p. IX.
- 65 SIGAUX (n. 64), p. XXVI.
- 66 SIGAUX (n. 64), p. XL.
- 67 YVES ANSEL/PHILIPPE BERTHIER, *Stendhal, Œuvres romanesques complètes I*, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard 2001, p. LXXVIII.
- 68 CHARLES BALLARIN, *Stevenson : Œuvres, I*, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard 2001, p. XLI.
- 69 PIERRE PASCAL, *Dostoïevski : Crime et Châtiment*, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard 1950, p. 25 s., 33.
- 70 SYLVIE LUNEAU, *Tolstoï : Anna Karénine, Résurrection*, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard 1951, p. XXXV s.
- 71 Ce journal publiera notamment en 1905 trois des articles phares d'ALBERT EINSTEIN : *Über einm die Erzeugung und Verwandlung des Lichtes betreffenden heuristischen Gesichtspunkt*, *Annalen der Physik*; vol. 4, t. 17, p. 132–148 ; *Über die von der molekularkinetischen Theorie der Wärme geforderte Bewegung von in ruhenden Flüssigkeiten suspendierten Teilchen*, *Annalen der Physik*; vol. 4, t. 17, p. 549–560 ; *Zur Elektrodynamik bewegter Körper*, *Annalen der Physik*; vol. 4, t. 17, p. 891–921.
- 72 Cette participation continue d'HERGÉ au journal *Le Soir* durant la Seconde Guerre Mondiale lui valut d'être un temps interdit de publication : PHILIPPE GODDIN, *Hergé – La Malédiction de Rascar Capac, Volume 1 – Le Mystère des boules de cristal*, Moulinsart/Casterman 2014, p. 112 et 121.
- 73 PATRICK PINCHART/THIERRY MARTENS/FRANÇOISE MICHAUX, *Franquin – Spirou et Fantasio, Volume 1 – Les débuts d'un dessinateur 1946–1950*, p. 7–8.
- 74 GRÉGOIRE GEISSBÜHLER, *Le droit des obligations – Volume 1 – Partie générale*, Schulthess 2020, N 336 et 354.
- 75 [ATF 115 II 464](#).
- 76 GEISSBÜHLER (n. 74), N 126 ; TERCIER/BIERI/CARRON (n. 11), N 375 ; MARIE-NOËLLE VENTURI-ZEN-RUFFINEN, *La résiliation pour justes motifs des contrats de durée*, SJ 2008 II 1, p. 2 ; [ATF 133 III 360](#), SJ 20078 I 482, c. 8.3.

- 77 FRANÇOIS CHAIX, art. 380–393, in Luc Thévenoz/Franz Werro (édit.), Commentaire Romand, Code des Obligations I, art. 1–529 CO, 2e éd., Helbing Lichtenhahn 2012 (cité : CR CO I-CHAIX), CO 377 N 20.
- 78 PIAGET (n. 14), p. 272.
- 79 TERCIER/BIERI/CARRON (n. 11), N 4206, exposent que « La convergence des intérêts, qui peut tendre à l'*animus societatis*, apparente ainsi quelque peu le contrat d'édition au contrat de société ».
- 80 Par exemple les articles de doctrine de la seconde partie de la Semaine judiciaire, qui sont généralement publiés en fascicules individuels.
- 81 JUAN C. CORREA *et al.*, The Sci-Hub effect: Sci-Hub downloads lead to more article citations, arXiv:2006.14979.
- 82 HILTY/SEEMANN (n. 2), N 299, proposent cette solution *de lege ferenda* concernant l'art. 382 al. 3 CO, en tant que des articles scientifiques sont concernés, mais indiquent qu'une modification législative serait nécessaire.
- 83 *Supra* note 71.
- 84 FITZPATRICK (n. 62), p. 146 ; JASMIN SCHMITZ, What are the differences between preprint and postprint versions?, <https://www.publisso.de/en/advice/publishing-advice-faqs/preprint-and-postprint/>.
- 85 FITZPATRICK (n. 62), p. 23.
- 86 BSK OR I-HILTY (n. 9), CO 381 N 13.

Aucun commentaire

Es gibt noch keine Kommentare

* Pflichtfelder

Was ist Ihr Kommentar?

Thème:

Votre commentaire: *

Name: *

Senden

Votre commentaire est vérifié par un modérateur ou une modératrice et sera activé prochainement.