



Kellerhals
Carrard

Expertise

**sur un droit impératif de publication secondaire comme
moyen de mise en œuvre d'une stratégie nationale suisse sur
le libre accès (Open Access)**

Kellerhals Carrard

Dr Daniel Alder / Dr Thomas Bähler / Barbara Fritschi

9 décembre 2025

Résumé

En Suisse, les résultats de la recherche scientifique peuvent être publiés et diffusés selon la libre décision des chercheurs. En tant qu'autrices et auteurs, elles et ils déterminent quand et comment leurs résultats de recherche sont utilisés. Leur collaboration avec les éditeurs (scientifiques) repose traditionnellement sur le libre choix du contrat, de sorte que les parties peuvent négocier les conditions individuellement. Cette flexibilité permet de répondre spécifiquement aux besoins des différentes disciplines scientifiques et aux différents intérêts. Elle a permis une longue et fructueuse collaboration entre la recherche et le secteur privé en Suisse et repose sur les dispositions relatives au « contrat d'édition » (art. 380 ss CO). Ces dispositions prévoient déjà, comme dans les pays voisins tels que l'Allemagne et l'Autriche, un droit de publication secondaire pour les articles de revue qui ont une certaine étendue avec un délai de carence de trois mois dès la publication (art. 382 CO).

Swissuniversities (Conférence des rectrices et recteurs des hautes écoles suisses) et le Fonds national suisse (FNS) ont l'intention de modifier le droit de publication secondaire (non contraignant) en vigueur et la pratique qui y est associée en Suisse. Ils invoquent à cet effet une stratégie de libre accès (Open Access) qui, contrairement à celle des pays germanophones voisins, prévoit un changement de paradigme : *les résultats de la recherche scientifique qui reposent en partie ou en totalité sur des recherches financées par des fonds publics doivent être librement accessibles*. Cette mesure doit être mise en œuvre par le biais de l'inscription, dans le Code des obligations, d'un droit impératif de publication secondaire. Cela limiterait considérablement la liberté contractuelle et la flexibilité de la pratique actuelle, ce qui soulève des questions importantes quant à l'avenir de la publication scientifique en Suisse.

Le droit impératif de publication secondaire doit permettre aux autrices et auteurs scientifiques de rendre les résultats de leur recherche accessibles gratuitement au public, parallèlement ou après la première publication. La contrainte réside dans le fait que ce droit est contraire à la nature du contrat d'édition selon les art. 380 ss CO et ne pourra plus être exclu à l'avenir, même si les deux parties au contrat le jugent opportun. L'art. 381 CO prévoit que *les droits de l'auteur sont transférés à l'éditeur en tant et aussi longtemps que l'exécution de la convention l'exige*. L'intervention contraignante envisagée dans ce contenu essentiel du « contrat d'édition » modifie fondamentalement l'équilibre des intérêts entre les parties contractantes.

L'introduction d'un droit impératif de publication secondaire pour les publications scientifiques comme moyen de mise en œuvre d'une stratégie nationale de libre accès (Open Access) soulève des questions juridiques et économiques que la présente expertise examine. Cette demande de modification législative ne tient pas

compte de plusieurs critères essentiels qui s'opposent à l'introduction inutile de nouvelles dispositions impératives dans le droit des contrats :

Rentabilité : les éditeurs assument, à leurs propres risques, l'assurance qualité, la préparation, la production, la numérisation et la diffusion des résultats de la recherche. Ils leur permettent d'être visibles et disponibles sous forme de publications. L'argument selon lequel les pouvoirs publics paient deux fois – une fois pour la recherche et une fois pour l'acquisition des publications – est réducteur car le prix d'achat des produits d'édition n'équivaut pas à un deuxième paiement pour les résultats de la recherche, mais correspond au produit final que les éditeurs réalisent en grande partie à leurs propres frais et à leurs propres risques. Le principe de durabilité économique, selon lequel les fonds publics doivent être utilisés de manière efficace, conduira, sous la forme du droit impératif de publication secondaire, à une distorsion du marché et à une augmentation des coûts pour les pouvoirs publics car les prix des produits d'édition augmenteront et il faudra financer des structures éditoriales parallèles.

Sécurité juridique : un autre argument avancé par les partisans du droit impératif de publication secondaire est que les autrices et auteurs cèdent leurs droits d'utilisation relatifs aux droits d'auteur dans les contrats d'édition et ne savent souvent pas si elles/ils sont autorisés à publier leurs textes ailleurs. Cette affirmation ne tient toutefois pas compte de la pratique différenciée des éditeurs qui, en particulier dans le cas des revues, renoncent généralement à des contrats écrits, de sorte que le droit dispositif actuellement en vigueur du Code des obligations s'applique. Par ailleurs, de nombreuses chercheuses et nombreux chercheurs ainsi qu'institutions se prononcent en faveur d'une publication réglementée par un éditeur établi afin que leurs résultats de la recherche soient protégés contre un accès incontrôlé par l'intelligence artificielle. Les éditeurs jouent ainsi un rôle encore plus important qu'auparavant en tant que gardiens des droits d'auteur.

Préoccupations en matière de droit des cartels : un droit impératif de publication secondaire entraînera une distorsion du marché car les répertoires financés par des fonds publics et les revues en libre accès (Open Access) pourraient entraîner une guerre des prix en dessous du seuil de rentabilité par rapport aux publications de recherche non financées par des fonds publics. Cela nuira à la compétitivité des éditeurs. Une intervention de l'État en l'absence de défaillance du marché n'est pas justifiée.

Obstacles constitutionnels : la liberté scientifique des chercheuses et chercheurs et la liberté économique des autrices et auteurs et des éditeurs seraient restreintes par un droit impératif de publication secondaire dans la mesure où les autrices et auteurs scientifiques ne pourraient plus décider du moment et du lieu de publication de leurs travaux, ni de l'exclusivité de ceux-ci. La liberté de publication, qui leur permet de publier leurs contributions dans la revue particulièrement renommée de leur choix, est de fait restreinte si une publication parallèle

est effectuée dans des répertoires financés par des fonds publics, de sorte que la gestion éditoriale et le marketing de distribution de l'œuvre ne sont plus rentables pour les éditeurs de ces revues.

Comparabilité internationale : d'autres pays, comme l'Allemagne et l'Autriche, ont des règles moins strictes en matière de droit de publication secondaire. Dans les pays germanophones, les monographies et les précis de droit ne sont pas soumis au droit impératif de publication secondaire et des délais de carence (plus longs) sont prévus. Il est également pertinent de noter que ces pays ont réglementé le droit de publication secondaire dans le droit de propriété intellectuelle et non, comme envisagé en Suisse, dans le droit des contrats d'édition. Dans la mesure où, selon les règles de conflit de lois applicables de la LDIP suisse, le droit des contrats d'édition de l'un de ces États s'applique à un contrat d'édition conclu avec un éditeur étranger, ce droit des contrats d'édition ne confère pas aux autrices et auteurs un droit impératif de publication secondaire, tout comme les ordres juridiques qui ne connaissent pas du tout de droit impératif de publication secondaire. En raison des réglementations étrangères liées au droit de propriété intellectuelle, une disposition impérative dans le droit suisse des contrats d'édition conduit en fin de compte à favoriser les grandes maisons d'édition étrangères et (malgré l'utilisation des deniers publics nationaux) à affaiblir les petites et moyennes entreprises éditoriales suisses, ce qui nuira également à la place scientifique suisse.

Accords sectoriels : un droit impératif de publication secondaire entraînera une distorsion du marché, nuira à la compétitivité des éditeurs et augmentera les coûts pour les pouvoirs publics, qui devront probablement développer leurs propres capacités d'édition. Des solutions contractuelles flexibles semblent donc plus efficaces et plus équitables sur le plan économique. La concurrence et les mécanismes de marché existants ont contribué de manière significative à la qualité des contenus. Cependant, le financement public (principe de solidarité plutôt que principe de consommation) d'infrastructures d'édition publiques simple à bas seuil menace à long terme la qualité des contenus. Au lieu d'une législation contraignante, les accords sectoriels offrent une solution plus souple et plus adaptable, qui répond mieux aux besoins des différentes disciplines et institutions de recherche. Il convient de noter que les résultats de la recherche scientifique et les découvertes en sciences humaines sont de nature fondamentalement différente – cette différence doit être prise en compte autant que possible dans les pratiques de publication.

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ	2
I. SITUATION INITIALE	6
II. PRESTATIONS DES ÉDITEURS	7
III. CESSION DES DROITS D'AUTEUR DANS LA PRATIQUE ÉDITORIALE	8
A. Principe	8
B. Réglementation légale dispositive	9
C. Revues	9
D. Monographies	10
E. Division du paysage éditorial entre les travaux de recherche financés par des fonds publics et les autres publications scientifiques	13
IV. LIMITES JURIDIQUES EN MATIÈRE DE DROIT DES CARTELS	14
V. LIMITES CONSTITUTIONNELLES	14
VI. CONTEXTE INTERNATIONAL	15
A. Droit impératif de publication secondaire dans les pays européens avoisinants	15
B. Application d'un droit impératif de publication secondaire de la Suisse dans les relations juridiques internationales	16
C. Excursus : clauses d'élection de for et d'élection de droit	18
D. Résultat	19
VII. DES ACCORDS SECTORIELS PLUTÔT QU'UNE LÉGISLATION CONTRAIGNANTE	19
VIII. CONCLUSION	21

I. Situation initiale

- 1 Swissuniversities et le FNS exigent que les publications scientifiques issues de recherches financées par des fonds publics soient librement accessibles à tous, en d'autres termes, qu'elles soient publiées en libre accès (Open Access).¹ Pour garantir cela, ils demandent l'ancrage d'un droit impératif de publication secondaire dans le Code des obligations.²
- 2 Cette requête s'appuie notamment sur les arguments suivants :
 1. Il est avancé qu'autrement, les pouvoirs publics paient deux fois : une fois lors du financement de la recherche et une fois lors de l'achat, pour les bibliothèques universitaires, des publications dans lesquelles les résultats de la recherche sont présentés.³ Cet argument est toutefois réducteur. Le prix d'achat que les bibliothèques paient pour les produits d'édition ne constitue pas un double paiement des résultats de la recherche, abstraction faite des éventuels honoraires versés aux autrices et auteurs. Ce prix correspond au prix que les éditeurs, en tant qu'acteurs privés opérant avec les conditions de marché, peuvent exiger pour le produit final qu'ils ont réalisé à leurs propres frais et à leurs propres risques. Ce produit final résulte de l'activité éditoriale (au sens des art. 380 et 384 al. 1 CO), dont le sens, le but et la valeur sont connus et expressément recherchés par les autrices et auteurs, sans quoi ils ne confieraient pas leur œuvre à un éditeur.
 2. Un autre argument en faveur du droit impératif de publication secondaire est que les autrices et auteurs cèdent généralement leurs droits d'utilisation relatifs au droit d'auteur aux éditeurs dans le cadre de contrats d'édition et qu'ils ne savent parfois pas si elles ou ils sont autorisés à publier leur texte sur leur site web ou dans les répertoires numériques d'une université. Pour des raisons de sécurité juridique, il serait donc nécessaire d'ancrer légalement un droit impératif de publication secondaire.⁴ Cette présentation générale ne tient pas compte de la pratique différenciée des éditeurs qui, notamment dans le cas des revues, renoncent généralement à des contrats (d'édition) écrits, de sorte que les dispositions facultatives du Code des obligations s'appliquent (voir à ce sujet ci-dessous, ch. 13).
 3. En matière de droit des marchés publics, le principe de durabilité économique, selon lequel les fonds publics doivent être utilisés de manière économique et offrir aux citoyens le meilleur « retour sur investissement », est invoqué en premier lieu. Si l'accès aux services de publication cofinancés par

¹ Voir SWISSUNIVERSITIES/FNS, Stratégie nationale suisse en matière d'Open Access, révisée en 2024 (ci-après citée : *Open Access*), p. 3.

² SWISSUNIVERSITIES/FNS, *Open Access*, p. 18 ; cf. également FLORENT THOUVENIN et al., *Regulatory Framework : droit de publication secondaire et Open Access comme défi réglementaire*, Zurich/Fribourg/Genève/Lugano/Zurich, 9 octobre 2023 (ci-après cité : *Regulatory Framework*), p. 16 s.

³ FLORENT THOUVENIN et al., *Regulatory Framework*, p. 8.

⁴ THOUVENIN et al., *Regulatory Framework*, p. 9.

des fonds publics est excessivement restreint ou rendu plus coûteux, cela peut être considéré comme une utilisation inefficace des ressources publiques, qui ne respecte pas le principe de durabilité économique.⁵ Il n'est pas fait mention des critères d'attribution équivalents de l'art. 2, let. a à d LMP/OMP, de l'égalité de traitement ou de la non-discrimination, ni de la promotion d'une concurrence loyale. Le fait qu'un droit impératif de publication secondaire puisse conduire à une inégalité de traitement des acteurs concernés dans le secteur de l'édition (spécialisée) ou à une distorsion du marché sera également abordé ci-après (cf. *infra*, ch.21 f.).

II. Prestations des éditeurs

- 3 Les éditeurs publient des œuvres. La signification de cette notion est décrite à l'art. 384 al. 1 CO : les éditeurs reproduisent l'œuvre sous une « **forme convenable** », doivent faire les « **annonces nécessaires** » et prendre les « **mesures habituelles pour le succès de la vente** ». Du côté de l'éditeur, ces obligations se reflètent notamment dans les tâches de la direction de projet, de la production, du marketing et de la distribution. Le risque financier est supporté par l'éditeur.
- 4 L'art. 384 al. 2 CO prévoit, dans le cadre de la réglementation de la distribution, que la fixation du prix est laissée à la discrétion de l'éditeur (sans toutefois que la vente soit entravée par un prix excessif). Ce « droit de fixation du prix » est la contrepartie du fait que l'éditeur supporte le risque financier lié à la reproduction et à la distribution de l'œuvre.⁶ Le marché des publications spécialisées est naturellement plus petit que celui de la littérature de divertissement par exemple, et ne peut en principe pas s'étendre au-delà de la communauté des spécialistes. L'argument selon lequel les intérêts des éditeurs seraient pris en compte si un droit impératif de publication secondaire n'autorisait que la mise à disposition *gratuite*,⁷ est donc réducteur. Même s'il empêche l'autrice ou l'auteur de tirer profit de la diffusion payante des données enrichies aux frais de l'éditeur, le fait qu'un texte soit accessible gratuitement à tous réduira le *marché* des exemplaires payants publiés par les éditeurs, voire rendra impossible toute vente de ces exemplaires.
- 5 Si la production d'un produit d'édition reste envisageable sur un marché qui est réduit, les prix de ce produit devraient augmenter en raison de la baisse du nombre d'œuvres vendables. En même temps, il est très probable que les bibliothèques universitaires continueront à acquérir ces œuvres pour leurs utilisateurs même si ceux-ci peuvent les consulter gratuitement sur internet. Ainsi, le « double paiement » supposé pour l'activité de recherche d'une part et l'acquisition de l'ouvrage éditorial d'autre part ne prendrait pas simplement fin parce que l'ouvrage est librement accessible sur internet. Cependant, les prix plus élevés des

⁵ THOUVENIN et al., Regulatory Framework, p. 71.

⁶ Cf. ZK-HOCHREUTENER, art. 384 N 33.

⁷ THOUVENIN et al. Regulatory Framework, p. 32.

produits d'édition affecteraient également les bibliothèques, de sorte que, dans l'ensemble, les coûts pour les pouvoirs publics auraient tendance à augmenter si un droit impératif de publication secondaire était introduit.

- 6 On peut également se demander si les bibliothèques universitaires renonceraient réellement à acquérir des licences pour des plateformes « toutes maisons d'édition confondues », qui permettent d'effectuer des recherches rapides et efficaces dans un vaste réservoir de textes pratiques et scientifiques très variés – y compris ceux qui ne sont pas financés par des fonds publics – sur un sujet donné.
- 7 De telles bases de données deviennent d'ailleurs plus attrayantes lorsque la recherche dans une même base permet d'accéder à un maximum d'informations pertinentes dans un domaine donné. En droit, par exemple, ces bases de données contiennent souvent, outre les ouvrages d'auteurs, des textes de loi et des arrêts des tribunaux (librement accessibles sur internet et non protégés par le droit d'auteur conformément à l'art. 5 LDA).
- 8 L'inscription dans la loi d'un droit impératif de publication secondaire pourrait avoir l'effet indésirable que les bibliothèques publiques continuent à acheter des abonnements payants aux plateformes, mais que ces dernières puissent enrichir leur offre avec des textes mis à leur disposition par les autrices et auteurs sur la base du droit impératif de publication secondaire, ce que les autrices et auteurs seraient probablement autorisés à faire selon la réglementation prévue, à condition que les textes soient mis à la disposition de la plateforme *gratuitement* et que les exploitants de la plateforme les rendent également accessibles en dehors du système de paiement en vertu du droit impératif de publication secondaire. La plateforme devient plus attractive grâce à son offre élargie, l'exploitant de la plateforme peut donc en tirer profit et même, le cas échéant, augmenter les frais d'abonnement ou d'utilisation pour une plateforme désormais encore plus utile pour des recherches efficaces, sans que la plateforme n'ait à supporter de coûts supplémentaires pour l'élargissement de son offre.

III. Cession des droits d'auteur dans la pratique éditoriale

A. Principe

- 9 L'art. 381 al. 1 CO stipule que les droits de l'auteur sont transférés à l'éditeur en tant et aussi longtemps que l'exécution du contrat l'exige. En d'autres termes, le transfert des droits d'auteur doit se faire dans la mesure où l'objectif le justifie.⁸
- 10 Transférer à l'éditeur *moins* de droits que ceux nécessaires à l'exécution du contrat n'aurait de toute façon aucun sens, *ni* pour l'éditeur, *ni* pour l'autrice ou l'auteur. En effet, si l'éditeur ne dispose pas des droits dont il a besoin pour exé-

⁸ ZK-HOCHREUTENER, art. 381 N 9.

cuter le contrat, il ne pourra logiquement pas remplir ses obligations contractuelles, ce qui n'est certainement pas dans son intérêt. L'objectif du contrat d'édition est en effet que l'éditeur reproduise et commercialise l'œuvre (art. 380 CO). Selon l'œuvre, outre le droit d'auteur pour une édition imprimée, le droit à (certaines) exploitations numériques sera également transféré. On peut penser par exemple au cas où une autrice ou un auteur publie un article dans un magazine spécifique qui paraît à la fois en version imprimée et en version numérique. Dans ce cas, l'objet du contrat couvrira toujours de manière réaliste les deux versions et, même sans mention explicite, les droits d'auteur pour les versions imprimée et numérique seront transférés à l'éditeur.

- 11 En transférant les droits d'auteur nécessaires, celle ou celui qui cède l'œuvre à publier confère à l'éditeur un droit dit absolu, c'est-à-dire un droit que l'éditeur peut faire valoir, comme le propriétaire d'un bien, à l'égard de toute personne, y compris celle ou celui qui a cédé l'œuvre.⁹ Dans la mesure où les droits d'auteur ont été transférés à l'éditeur, celle ou celui qui a cédé l'œuvre ne peut plus en disposer. Il est certes envisageable de ne céder aucun droit d'auteur à l'éditeur, mais seulement une licence – éventuellement non exclusive – si un accord peut être trouvé avec l'éditeur à ce sujet. Cependant, la doctrine est divisée sur la question de savoir s'il s'agit alors encore d'un contrat d'édition au sens des art. 380 ss CO ou d'un contrat de licence.¹⁰

B. Réglementation légale dispositive

- 12 L'art. 382 CO règle de manière dispositive à partir de quand celle ou celui qui a cédé l'œuvre peut à nouveau en disposer. Cette norme prévoit une gradation tenant compte des différentes catégories d'œuvres et concrétise ainsi l'idée fondamentale de l'art. 381 al. 1 CO, selon laquelle les droits d'auteur ne sont transférés à l'éditeur qu'en tant et aussi longtemps que l'exécution du contrat l'exige.¹¹ Étant donné qu'une telle réglementation échelonnée est nécessairement schématique et ne rend pas justice à chaque cas concret, il est judicieux que les dispositions de l'art. 382 CO soient dispositives car c'est le seul moyen de garantir, par des dispositions contractuelles, que les droits d'auteur restent chez l'éditeur aussi longtemps que cela est effectivement nécessaire. Il convient toutefois de noter que la réglementation dispositive adoptée par le législateur semble très bien répondre aux intérêts des différentes parties concernées, comme exposé ci-après.

C. Revues

- 13 Le fait que les éditeurs spécialisés suisses ne concluent généralement *pas* de contrats d'édition écrits avec les autrices et auteurs dans le domaine des revues

⁹ SHK URG-DE WERRA, art. 16 N 7.

¹⁰ Cf. ZK-HOCHREUTENER, art. 381 N 37, qui n'y voit plus de contrat d'édition, et l'avis contraire dans BSK OR I-Hilty, art. 381 N 2.

¹¹ Cf. ZK-HOCHREUTENER, art. 382 N 14.

qui dérogeraient au droit dispositif, montre à quel point le droit actuellement en vigueur en lien avec les contrats d'édition tient compte des intérêts des parties. Par conséquent, en ce qui concerne les contributions dans les revues spécialisées des éditeurs suisses, c'est généralement le droit dispositif qui s'applique, lequel prévoit que les petites contributions peuvent être publiées ailleurs immédiatement et les contributions qui ont une certaine étendue après un délai de carence de trois mois à compter de leur publication (art. 382 al. 2 et 3 CO). Toutefois, certaines autrices ou certains auteurs estiment (contrairement à l'énoncé de la loi) qu'il ne faut pas se baser sur la longueur des contributions mais plutôt sur le fait qu'il s'agisse d'un reportage d'actualité ou d'un traitement approfondi d'un sujet. Pour ce dernier cas, qui inclut les contributions scientifiques, le délai de carence de trois mois est considéré comme applicable.¹²

- 14 L'argument selon lequel les autrices et auteurs ne savent souvent pas s'ils ont le droit de publier leurs contributions et que l'instauration d'un droit impératif de publication secondaire permettrait d'obtenir une sécurité juridique¹³ n'est toutefois pas recevable. En effet, dans la mesure où cette incertitude résulte de l'ignorance du droit dispositif en l'absence d'un contrat d'édition écrit, on ne voit pas pourquoi ces autrices et auteurs devraient avoir connaissance d'une disposition légale impérative.

D. Monographies

- 15 Alors que les contributions à des ouvrages collectifs ainsi que les articles de revues qui ont une certaine étendue peuvent également être publiés librement ailleurs après un délai de trois mois en vertu du droit dispositif, le droit dispositif prévoit à l'art. 382 al. 1 CO, pour toutes les œuvres, que l'auteur peut publier son œuvre (ou des parties de celle-ci) ailleurs, tant qu'elle n'est pas épuisée, que si cela ne cause aucun préjudice à l'éditeur. Un tel préjudice peut par exemple consister en une baisse des ventes de l'ouvrage par l'éditeur¹⁴, ce qui sera naturellement régulièrement le cas si les ouvrages scientifiques (co)financés par des fonds publics sont *systématiquement* mis à disposition gratuitement et dans leur intégralité sur internet, une situation qui n'existe pas encore aujourd'hui dans le paysage éditorial suisse. Dans son étude « OAPEN-CH - Auswirkungen von Open Access auf wissenschaftliche Monographien in der Schweiz » (OAPEN-CH - Impact de l'Open Access sur les monographies scientifiques en Suisse), le FNS a certes conclu que l'Open Access n'avait ni d'effet négatif, ni d'effet positif sur les ventes de monographies.¹⁵ Cependant, l'étude elle-même précise que les résultats doivent être interprétés avec prudence compte tenu du nombre relativement

¹² BSK OR I-HILTY, art. 382 N 5 ; HILTY/SEEMANN, Rz 90 ff.

¹³ THOUVENIN et al. Regulatory Framework, p. 9.

¹⁴ ZK-HOCHREUTENER, art. 382 N 24.

¹⁵ OAPEN-CH - Impact de l'Open Access sur les monographies scientifiques en Suisse. Un projet du Fonds national suisse (FNS) (ci-après cité : *FNS, OAPEN-CH*), p. 48.

faible de livres pilotes et de la période d'enquête relativement courte.¹⁶ En outre, près de la moitié des monographies incluses dans l'étude étaient des thèses ou des thèses habilitations.¹⁷ Les thèses et les thèses habilitations ne constituent pas, à l'exception des éditeurs spécialisés dans les thèses, le cœur de l'activité commerciale des éditeurs car ces travaux de qualification ne sont pas publiés par les éditeurs en raison du nombre de ventes généralement très modeste, mais dans le but de fidéliser les autrices et auteurs à un stade précoce. Les résultats de l'étude ne peuvent donc pas être généralisés et ne peuvent notamment pas être extrapolés à des catégories d'ouvrages telles que les ouvrages de doctrine, les manuels pratiques, les monographies rédigées par des scientifiques reconnus, etc. Même l'expertise issue du domaine universitaire « *Regulatory Framework: Zweitveröffentlichungsrecht und Open Access als regulatorische Herausforderungen* » (Cadre réglementaire : droit de publication secondaire et libre accès (Open Access) comme défis réglementaires) doute que les résultats de l'étude du FNS puissent être généralisés et perdurent à long terme. Selon l'expertise mentionnée, il faut plutôt s'attendre à ce que le comportement de la demande évolue avec le temps, lorsque les demandeurs se seront habitués à pouvoir lire des monographies imprimées sur des plateformes librement accessibles.¹⁸

¹⁶ Dans le cas des livres (monographies, commentaires, encyclopédies, etc.) dont les coûts de production par tirage sont parfois élevés en fonction de leur présentation, les éditeurs doivent tabler sur une longue durée de vie et se font généralement céder les droits d'utilisation relatifs au droit d'auteur pour l'exploitation sous formes papier et aussi souvent électronique afin de pouvoir réaliser les recettes escomptées. Si cela devait être empêché par un droit impératif de publication secondaire, on peut se demander si de telles œuvres pourraient encore être produites de manière rentable par les éditeurs. À cet égard, il est nécessaire, au sens de l'art. 381 al. 1 CO, que les droits d'auteur sur ces œuvres soient transférés dans une plus large mesure aux éditeurs, faute de quoi la reproduction et la distribution de ces œuvres prévues dans le contrat d'édition ne seraient plus possibles pour les éditeurs pour des raisons économiques.

¹⁷ Si un droit très étendu et impératif de publication secondaire était créé, permettant à l'autrice ou à l'auteur, quelle que soit la catégorie de l'œuvre, de disposer immédiatement de son œuvre et de la rendre librement accessible sur internet, cela irait à l'encontre de l'art. 381 al. 1 CO, qui, selon un avis en doctrine (voir ci-dessus, ch. 9), a déjà été conçu de manière contraignante afin de protéger l'autrice ou l'auteur. En effet, si un scientifique ne peut plus céder les droits d'auteur nécessaires à l'exécution du contrat d'édition à un éditeur, cela signifie en conséquence que le concept du contrat d'édition tel qu'il est défini dans le code

¹⁶ FNS, OAPEN-CH, p. 27.

¹⁷ Voir la liste dans SNF, OAPEN-CH, p. 78 et suivantes.

¹⁸ THOUVENIN et al. Regulatory Framework, p. 32.

des obligations est contourné pour une partie considérable de la littérature scientifique.

- 18 Avec une réglementation aussi étendue, la Suisse irait d'ailleurs beaucoup plus loin que d'autres pays. En Allemagne et en Autriche par exemple, non seulement les monographies et les précis de droit ne sont pas soumis d'emblée au droit impératif de publication secondaire, mais les ouvrages collectifs tels que les manuels, les ouvrages issus de séminaires et même les annuaires n'en font pas non plus partie. Dans ces pays, seules les contributions parues dans des recueils périodiques, à savoir au moins deux fois par an, sont concernées. De plus, le délai de carence de douze mois est nettement plus long que celui prévu par le droit suisse actuellement en vigueur à l'art. 382 al. 2 et 3 CO (Autriche : § 37a UrhG ; Allemagne : § 38, al. 4, UrhG). À cela s'ajoute le fait qu'en Autriche comme en Allemagne, le droit impératif de publication secondaire ne s'applique qu'à partir d'un certain niveau de financement public. En Autriche, il n'est applicable que si l'autrice ou l'auteur a rédigé la contribution *en tant que* membre du *personnel* scientifique d'un institut de recherche financé à hauteur d'au moins 50% par des fonds publics (§ 37a UrhG). L'Allemagne, en revanche, se réfère plus précisément à l'activité de recherche concrète en tant que telle et exige que la publication ait été rédigée *dans le cadre d'une activité de recherche financée à hauteur d'au moins 50% par des fonds publics* (§ 38, al. 4 UrhG). Pour plus de détails sur le droit impératif de publication secondaire dans d'autres pays, voir ci-dessous, ch. 25 s.).
- 19 Si les pouvoirs publics décidaient de prendre en charge eux-mêmes la production et la distribution d'ouvrages issus de recherches financées en partie par des fonds publics, à l'instar d'une entreprise soumise aux lois du marché – par exemple en créant des « maisons d'édition universitaires » –, il faudrait tenir compte non seulement de l'intervention concurrentielle de l'Etat dans l'économie du libre-marché, mais aussi des coûts que cela entraînerait et qui seraient également à la charge des pouvoirs publics. Il semble incertain que le financement de cette tâche puisse être garanti à long terme. Il est à noter que le Conseil fédéral a annoncé le 20 septembre 2024 que les contributions liées à des projets seraient supprimées à partir de 2026. Swissuniversities a été informé que pour les programmes 2025-2028, les fonds ne peuvent être engagés et versés que pour l'année 2025. L'un des programmes pour lesquels swissuniversities avait demandé des fonds fédéraux pour la période 2025-2028 est le projet Open Science II. Le 8 novembre 2024, la Conférence suisse des hautes écoles a certes donné suite à la demande du comité directeur de swissuniversities, qui s'était prononcé en faveur de la mise en œuvre de tous les programmes prévus pour la période 2025-2028 et avait demandé que ceux-ci soient dotés, en 2025, d'un montant correspondant à leur part du volume total initialement prévu pour 2025-2028. Néanmoins, il apparaît

qu'un financement durable des publications par les pouvoirs publics – en particulier en période de pression budgétaire générale – ne va pas de soi.¹⁹ La question de savoir s'il est dans l'intérêt public que l'État prenne en charge les coûts de production de publications qui, jusqu'à présent, pouvaient être financées par une activité privée fonctionnant sur le marché, c'est-à-dire par l'utilisateur final, est en fin de compte une question politique. Cela peut notamment être remis en question dans le cas d'ouvrages collectifs auxquels contribuent également des autrices et auteurs extérieurs au milieu universitaire et qui suscitent un intérêt notable dans la pratique (voir *infra*, ch. 20).

E. Division du paysage éditorial entre les travaux de recherche financés par des fonds publics et les autres publications scientifiques

- 20 Il existe, dans de nombreux domaines scientifiques, des ouvrages dits « à auteurs multiples », tels que des commentaires en sciences des textes comme le droit ou la théologie, des encyclopédies en plusieurs volumes qui sont consultées notamment dans les sciences humaines au-delà des limites étroites des disciplines, etc. Ces ouvrages sont souvent le fruit d'une collaboration entre des autrices et auteurs qui rédigent leurs textes dans des contextes très variés. Ainsi, en droit, le même commentaire peut comporter des contributions de praticiennes et praticiens sans aucun financement tiers, d'employés d'universités qui rédigent leurs commentaires dans le cadre de leur emploi, ainsi que d'employés d'institutions publiques qui rédigent leurs textes pendant leur temps libre, etc. Cependant, l'ouvrage doit être produit dans son intégralité. Dans la mesure où l'éditeur ne peut plus couvrir les coûts de production et réaliser un bénéfice raisonnable grâce aux ventes sur le marché, il reste à voir si, à l'avenir, les contributions d'autrices et d'auteurs qui font cofinancer leur travail par des fonds publics pourront encore être prises en compte dans les ouvrages pour lesquels l'expertise de praticiens est souhaitée. Si de telles œuvres étaient produites par les pouvoirs publics et proposées en téléchargement gratuit, par exemple sous forme d'e-books édités par une maison d'édition universitaire, cela signifierait concrètement que les pouvoirs publics financerait des publications spécialisées utilisées par exemple par des psychologues, des architectes, des médecins et des avocats dans le cadre de leur activité professionnelle. En offrant un accès gratuit à la littérature spécialisée, les pouvoirs publics financerait des « outils » pour des groupes professionnels qui, en règle générale, auraient tout à fait les moyens de payer ces outils.

¹⁹ <<https://www.swissuniversities.ch/themen/hochschulpolitik/programme-und-projekte/informationen-pgb-2025#:~:text=Der%20Bundesrat%20hat%20am%202020,der%20Projektgebundenen%20Beitr%C3%A4ge%20ab%202026.>>.

IV. Limites juridiques en matière de droit des cartels

- 21 Du point de vue du droit des cartels, les publications via la « voie verte » (sans délai d'embargo) constituent de facto une sous-cotation des prix, qui est en principe autorisée et même souhaitable dans le cadre d'une concurrence efficace. En revanche, la sous-cotation des prix en lien avec des répertoires financés par des fonds publics et des revues en libre accès (Open Access) gérées par des universités pose un problème au regard du droit des cartels dans la mesure où cela peut conduire à une guerre des prix avec des prix de l'offre (généralement en libre accès (Open Access)) inférieurs aux prix de revient, dans la mesure où les services d'édition nécessaires à une distribution réussie sont généralement minimisés ou compensés par des fonds publics. En d'autres termes, ce financement public entraîne des prix d'utilisation faussant le marché, répréhensibles au regard du droit de la concurrence et inférieurs aux prix de revient, ce qui conduit, du point de vue du droit de la concurrence, à un appauvrissement de l'offre payante encadrée par les éditeurs et à une substitution incomplète par des répertoires financés par des fonds publics, dotés d'un contenu soutenu de manière unilatérale par des financements publics.
- 22 Une telle entrave à la concurrence, qui semble injustifiée et utilise la puissance financière des pouvoirs publics et qui ne respecte pas les principes commerciaux (sous-cotation ciblée des prix ou rémunération insuffisante des prestations éditoriales), conduit à l'éviction des concurrents qui opèrent dans des conditions de marché normales. Pour ces raisons, ce ne sont pas seulement les risques d'excès de prix ou d'entrave au libre accès (Open Access) aux revues sur les plateformes numériques commerciales par les éditeurs spécialisés qui sont préoccupants au regard du droit des cartels, comme cela est souvent avancé²⁰, mais plutôt l'entrave et la distorsion du marché par des répertoires financés par des fonds publics, par des réseaux d'universités puissants sur le marché et par des revues en libre accès (Open Access) gérées par des universités, voire par des éditeurs universitaires dont la structure des coûts est peu transparente. Pour un marché fonctionnel des publications scientifiques, des solutions contractuelles flexibles et dispositives entre les parties concernées dans le cadre de l'art. 382 CO en vigueur, également à la lumière de l'art. 5 al. 2 LCart, semblent donc plus justifiées pour des raisons d'efficacité économique qu'un droit impératif et rigide de publication secondaire, qui correspond de facto à un accord de marché entre les pouvoirs publics qui disposent d'un pouvoir de marché.

V. Limites constitutionnelles

- 23 Les interventions ayant une incidence sur le marché, telles que le droit impératif de publication secondaire en lien avec les répertoires financés par des fonds publics, doivent également être considérées d'un œil très critique du point de vue

²⁰ THOUVENIN et al., Regulatory Framework, p. 53.

du droit constitutionnel. Une telle réglementation porte manifestement atteinte à la liberté de publication des autrices et auteurs scientifiques, qui est couverte par la liberté scientifique au sens de l'art. 20 Cst. Dès lors que les autrices et auteurs scientifiques ne peuvent plus décider du moment et du lieu de publication de leurs travaux, ni de l'exclusivité de ceux-ci, cela les empêche, notamment en cas d'obligation légale de publier en libre accès (Open Access), de publier leurs contributions dans la revue de leur choix²¹ lorsqu'une publication parallèle dans des répertoires financés par des fonds publics a lieu et que, par conséquent, la gestion éditoriale et le marketing de distribution de l'œuvre ne sont plus rentables économiquement.

- 24 Cela met également sous pression la liberté économique garantie par la Constitution (art. 27 al. 2 Cst.), qui protège le libre exercice de l'activité entrepreneuriale et la liberté contractuelle. D'une part, un droit impératif de publication secondaire prive les éditeurs de la possibilité de publier des articles scientifiques en exclusivité et de générer ainsi les revenus nécessaires à la gestion éditoriale, au marketing et à la distribution. D'autre part, la publication d'articles scientifiques est souvent d'une importance décisive pour une carrière scientifique ; ainsi, il est de plus en plus important, pour une candidature, une nomination ou une promotion, d'avoir publié dans une (ou plusieurs) revue(s) particulière(s) et particulièrement renommée(s).²² Le fait que des publications soient publiées ou non, et dans quelles revues, influence donc la carrière et, par conséquent, les possibilités de revenus des chercheuses et chercheurs dans toutes les disciplines, de sorte qu'un droit impératif de publication secondaire affecte très directement la liberté économique des autrices et auteurs scientifiques.

VI. Contexte international

A. Droit impératif de publication secondaire dans les pays européens avoisinants

- 25 D'un point de vue du droit comparé, certains États européens voisins de la Suisse ont introduit une réglementation légale du droit de publication secondaire. Pour les autrices et auteurs de publications scientifiques financées au moins en partie par des fonds publics, des dispositions relatives au droit de publication secondaire sont prévues principalement dans le droit d'auteur (Allemagne, Autriche, Pays-Bas) ou dans des lois spéciales (France, Belgique, Espagne), qui empiètent toutes sur le droit de publication des autrices et auteurs fondé sur le droit d'auteur²³. En raison de la territorialité de la protection du droit d'auteur, ces restrictions du droit d'auteur n'ont en principe d'effet direct que sur les marchés de ces pays.

²¹ THOUVENIN et al., *Regulatory Framework*, p. 56.

²² THOUVENIN et al., *Regulatory Framework*, p. 60.

²³ THOUVENIN et al., *Regulatory Framework*, p. 21 ss.

B. Application d'un droit impératif de publication secondaire de la Suisse dans les relations juridiques internationales

- 26 En ce qui concerne l'application d'un droit impératif de publication secondaire ancré dans le droit suisse du contrat d'édition, la question se pose de savoir si ce droit pourrait également être appliqué lorsque les autrices et auteurs font publier leur œuvre par une maison d'édition basée à l'étranger.
- 27 La question centrale est de savoir quel droit un tribunal suisse appliquerait en vertu du droit en vigueur s'il devait statuer sur une action civile dans ce contexte.
- 28 L'art. 122 LDIP stipule que, pour les contrats relatifs aux droits de propriété intellectuelle, le droit applicable est celui de l'État de résidence habituelle de la personne qui transfert le droit de propriété intellectuelle ou en concède l'utilisation, en l'occurrence l'autrice ou l'auteur. Toutefois, selon la doctrine dominante, les contrats d'édition ne sont pas régis par l'art. 122 LDIP, mais par l'art. 117 LDIP, qui est la norme générale applicable aux contrats. Cela s'explique par le fait que le contrat d'édition comporte des obligations *importantes* pour l'éditeur, qui sont avant tout liées à l'œuvre. Selon l'art. 117 LDIP, le droit applicable est celui de l'État avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits, ce qui est vraisemblablement l'État dans lequel la partie qui fournit la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou son établissement (art. 117 al. 2 LDIP). La prestation caractéristique du contrat d'édition est considérée comme étant la prestation commerciale de l'éditeur, c'est pourquoi le droit applicable est celui de l'État dans lequel l'éditeur a son établissement.²⁴
- 29 Comme indiqué ci-dessus (cf. ch. 25), les États européens qui ont adopté des dispositions relatives à un droit impératif de publication secondaire ne les ont pas inscrites dans le droit des contrats d'édition, mais généralement dans le droit de propriété intellectuelle. Dans la mesure où le droit des contrats d'édition de l'un de ces États s'applique à un contrat d'édition conclu avec un éditeur étranger, celui-ci ne prescrit pas un droit impératif de publication secondaire, tout comme les ordres juridiques qui ne connaissent pas du tout de droit impératif de publication secondaire.
- 30 L'art. 18 LDIP prévoit certes la possibilité d'appliquer *certaines dispositions* du droit suisse qui, en raison de leur *but particulier*, sont impératives, même si le droit d'un autre État s'applique par ailleurs au cas concret. Toutefois, selon le message du Conseil fédéral relatif à la LDIP, les dispositions impératives en vertu de l'art. 18 LDIP **ne désignent pas « toutes »** les dispositions impératives du droit civil », mais uniquement les normes qui « exigent une application impérative en raison de leur objectif tout à fait particulier de maintien de l'ordre public ».²⁵ Il

²⁴ À ce sujet, voir ZK IPRG VISCHER/MOSIMANN, art. 122 N 25 s.

²⁵ FF 1983 I 263, 314, ch. 214.53 ; voir également BSK IPRG-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, art. 18 N 13 (mise en évidence en gras ajoutée par les auteurs).

est pour le moins douteux que le droit impératif de publication secondaire se voie attribuer un tel poids.

- 31 Pour toute question concernant l'existence, le contenu et l'étendue ainsi que les possibilités et les conditions d'un transfert, c'est-à-dire si et comment il est possible de disposer des droits de propriété intellectuelle ou si seulement parties de ces droits peuvent être cédées, ainsi que pour les questions de violation du droit de propriété intellectuelle légalement transférée dans le contrat d'édition, le droit applicable est toutefois déterminé séparément, le principe dit du pays de protection s'appliquant (art. 110 LDIP).²⁶ Par conséquent, le droit d'auteur applicable est celui dont la protection est revendiquée.²⁷ Le champ d'application territorial de ce droit, dont le plaignant invoque la protection, est déterminé par l'interprétation de la norme invoquée, mais la plupart des États partent du principe que l'effet de leurs droits de propriété intellectuelle est limité à leur territoire (principe de territorialité ; voir *infra*, ch. 25).²⁸
- 32 Dans la mesure où l'art. 18 LDIP ne s'applique pas, le droit de publication secondaire envisagé dans le droit des contrats d'édition favorise les éditeurs étrangers par rapport aux éditeurs suisses si le droit étranger applicable aux contrats d'édition ne prévoit pas de droit impératif de publication secondaire ; car une réglementation locale en matière de droit d'auteur n'a d'effet territorial que sur le territoire national. En effet, si un éditeur étranger s'est fait céder l'intégralité des droits d'auteur par l'autrice ou l'auteur, la mise à disposition gratuite sur internet constituerait une violation du contrat dans la mesure où l'œuvre serait également accessible dans des pays dont le droit d'auteur ne prévoit pas de droit impératif de publication secondaire. À cet égard, il est en principe concevable qu'un éditeur étranger puisse faire valoir des dommages et intérêts pour violation de contrat à l'encontre d'une autrice ou d'un auteur domicilié(e) en Suisse.
- 33 Outre d'éventuelles demandes en dommages-intérêts, les éditeurs pourraient avant tout chercher à obtenir la suppression de la mise à *disposition gratuite* sur internet. Étant donné que les autrices et auteurs ne procèdent souvent pas à cette deuxième publication sur leur propre site internet, dont ils peuvent disposer à leur guise, mais probablement le plus souvent en mettant l'œuvre à disposition, par exemple, dans un répertoire d'une haute école, la question se pose de savoir si les éditeurs étrangers pourraient également agir directement contre les exploitants suisses de tels répertoires ou autres. La Suisse serait compétente en raison du for du défendeur et, comme il s'agit ici d'une question de violation du droit d'auteur, les tribunaux suisses appliqueraient, comme indiqué, le droit du pays pour lequel la protection est revendiquée, sur la base du principe du pays de protection ancré à l'art. 110 LDIP, ce qui, en cas d'accessibilité mondiale, concerne en principe tous les ordres juridiques imaginables, de sorte qu'il y a lieu de

²⁶ ZK IPRG VISCHER/MOSIMANN, art. 122 N 6, 9 ss.

²⁷ ZK IPRG VISCHER/MOSIMANN, art. 122 N 8 ss.

²⁸ BSK IPRG-Jegher/Kunz, art. 110 N 18, 25.

supposer que de nombreuses législations pourraient reconnaître des violations du droit d'auteur. Dans ce contexte, il est concevable que des éditeurs étrangers exigent des répertoires, par exemple, des mesures telles que le géoblocage. Cela compromettrait en partie l'objectif du droit impératif de publication secondaire, car les chercheuses et chercheurs suisses qui effectuent des recherches à l'étranger – par exemple dans le cadre d'un séjour à l'étranger financé par le FNS – pourraient ne pas avoir librement accès à ces publications en raison du géoblocage.

C. **Excursus : clauses d'élection de for et d'élection de droit**

- 34 Il convient également de noter que pour les ouvrages importants, dont font également partie les ouvrages collectifs tels que les commentaires ou les encyclopédies, les éditeurs concluent avec les autrices ou auteurs des contrats d'édition écrits qui contiennent une clause d'élection de for et d'élection de droit. En règle générale, le for juridique convenu est le lieu du siège de l'éditeur et le droit applicable est celui de l'État dans lequel l'éditeur a son siège.
- 35 On peut donc supposer que les litiges civils découlant d'un contrat d'édition conclu avec un éditeur étranger pour des contributions à des ouvrages importants ne seraient pas jugés par un tribunal suisse, mais par un tribunal étranger qui appliquerait le droit de l'État auquel renvoie le droit international privé de l'État du tribunal étranger saisi. Dans la mesure où la clause d'élection de for est valable au regard des exigences de l'art. 5 LDIP ou, le cas échéant, de l'art. 22 CL, un jugement rendu par un tribunal étranger compétent sur la base de la clause d'élection de for doit également être reconnu en Suisse (art. 25 en relation avec l'art. 26 let. b LDIP et l'art. 33 CL). La reconnaissance ne peut être refusée que si la décision est *manifestement* contraire à l'ordre public suisse (art. 27 LDIP ou art. 34 ch. 1 CL). Pour cela, il ne suffit pas que le jugement étranger s'écarte des normes matérielles impératives du droit suisse, mais il doit être en contradiction tellement flagrante avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique national ou avec la conception de la justice qui le sous-tend qu'il apparaît intolérable²⁹ ou, comme l'a formulé le Tribunal fédéral en référence à l'art. 27 LDIP : si la reconnaissance et l'exécution d'une décision étrangère portaient atteinte de manière intolérable au sens juridique national, parce qu'elle méconnaîtrait des règles fondamentales de l'ordre juridique suisse³⁰. Il est pour le moins douteux qu'une telle importance soit accordée à un droit impératif de publication secondaire ancré dans le droit des contrats d'édition.
- 36 Toutefois, si, malgré la clause d'élection de for, une telle procédure n'était pas engagée devant le tribunal étranger convenu, mais (par exemple si une autrice ou un auteur domicilié en Suisse se prévalait sans réserve de l'art. 6 LDIP ou de l'art. 24 CL) en Suisse, elle est admissible selon la LDIP, indépendamment du fait

²⁹ BSK LUGÜ-SCHULER/ROHN/MARUGG, art. 34 N 15.

³⁰ ATF 131 III 182, consid. 4.1.

que le contrat d'édition soit régi par l'art. 122 ou 117 LDIP (art. 116 al. 1, art. 122 al. 2 LDIP) et le droit étranger convenu serait applicable, ce qui rendrait valables les considérations exposées ci-dessus (ch. 29 ss).

D. Résultat

37 Étant donné que le droit de publication secondaire prévu dans le Code suisse des obligations (contrat d'édition) n'a guère le caractère d'ordre public de droit international privé au sens de l'art. 18 LDIP (ou au sens des dispositions encore plus strictes de l'art. 27 LDIP pour la reconnaissance des jugements étrangers), il en résulte un avantage faussant le marché pour les éditeurs étrangers ayant des autrices ou auteurs basés en Suisse, auxquels aucun droit de publication secondaire n'est accordé, ni en vertu d'un contrat d'édition étranger, ni en vertu du droit d'auteur suisse. Ces conditions de marché potentiellement inégales pour les éditeurs nationaux et étrangers en Suisse, dues à la différence de rattachement juridique d'un droit de publication secondaire dans le contexte international, sont hautement contestables et doivent être évitées à tout prix.

VII. Des accords sectoriels plutôt qu'une législation contraignante

38 Dans la mesure où l'art. 381 al. 1 CO est considéré comme une norme impérative, un droit impératif de publication secondaire ne pourrait produire d'effet que si l'exécution du contrat d'édition concerné nécessitait un transfert des droits d'auteur si étendu qu'il exclurait la libre publication secondaire. Ainsi, s'il est effectivement nécessaire, par exemple pour assurer une diffusion adéquate d'une revue, que les droits d'exploitation numérique soient également transférés à l'éditeur et que les contributions ne soient pas publiées ailleurs, du moins pendant un certain temps, les publications basées sur des activités de recherche financées par des fonds publics ne pourront plus paraître dans ce support. On peut supposer que cela va à l'encontre des intérêts de la science en matière de portée dans de nombreux cas. Toutefois, dans la mesure où l'exclusion du droit de publication secondaire n'est pas nécessaire, un transfert des droits qui empêche cette publication à l'éditeur ne serait de toute façon pas possible. Afin de ne pas entraver inutilement les possibilités de publication de la science, il ne semble pas judicieux, dans ce contexte, d'ancrer dans la loi un droit rigide et impératif de publication secondaire. Il serait plus logique de conclure un accord sectoriel qui permettrait d'examiner concrètement dans quelle mesure une publication secondaire est possible pour différentes catégories de publications sans rendre impossible l'exécution des contrats d'édition correspondants.

39 Compte tenu de la doctrine selon laquelle le droit des contrats d'édition actuellement en vigueur dans le CO est de nature dispositive dans son ensemble, y compris l'art. 381 al. 1 CO, un droit impératif de publication secondaire constituerait

un élément étranger à ce type de contrat.³¹ Dans le cadre d'un contrat que le législateur a jusqu'à présent laissé entièrement à l'autonomie privée des parties, les accords sectoriels semblent être une solution plus appropriée qu'un droit impératif de publication secondaire. L'introduction dans la loi d'un droit impératif de publication secondaire exclurait d'emblée toute possibilité d'adaptation aux spécificités des différentes disciplines et institutions de recherche.

- 40 Les accords sectoriels permettent de conclure des dispositions qui, d'une part, garantissent une sécurité de planification à toutes les parties concernées et, d'autre part, peuvent tenir compte des particularités de chaque discipline et des différentes catégories d'œuvres, mais aussi des besoins et de la marge de manœuvre financière des différents instituts de recherche ou chercheuses et chercheurs. Contrairement à une disposition légale contraignante qui fixe une règle définitive, les accords sectoriels peuvent être plus facilement adaptés lorsque les besoins du secteur de la recherche évoluent, ce qui est non seulement possible, mais également prévisible à l'ère de la numérisation croissante.
- 41 Le fait que le consortium des bibliothèques universitaires suisses ait déjà conclu des accords dits « read-and-publish » avec certains grands éditeurs (majoritairement étrangers) montre que les universités sont également disposées à accepter de telles solutions. Jusqu'à présent, aucun contrat « read-and-publish » n'a été proposé à l'échelle nationale aux éditeurs suisses de taille moyenne. Il convient de mettre fin à cette inégalité de traitement. En outre, il existe des domaines scientifiques dans lesquels les revues (mais aussi d'autres ouvrages) ne sont généralement pas achetées par des scientifiques, mais par des praticiens. On peut citer ici l'exemple des revues juridiques spécialisées, dont une grande partie des abonnements sont souscrits par des praticiens, tels que des avocats. La question se pose ici de savoir s'il est dans l'intérêt du public que les pouvoirs publics, au lieu de financer les prix d'abonnement modérés pour l'achat des revues par les bibliothèques publiques, doivent financer la totalité des coûts de production de la revue afin que ces publications soient accessibles gratuitement sur internet pour tout le monde, y compris les clients fortunés issus de la pratique. Ces fonds publics supplémentaires pourraient plutôt être utilisés pour financer davantage la recherche scientifique en tant que telle, et non la production éditoriale de publications pour lesquelles il existe un marché privé.
- 42 Dans le cadre de solutions sectorielles, il serait possible de tenir compte de ces différences entre les différentes sciences et les différents types de publications (revues, monographies, ouvrages de grande envergure à long terme) et de prévoir un financement par le marché partout où cela semble judicieux. Toutefois, en cas de droit impératif de publication secondaire, cette voie sera bloquée, car l'autrice ou l'auteur est libre de rendre ses recherches *librement* accessibles à *tout moment*. Compte tenu du caractère impératif du droit de publication secondaire, l'autrice ou l'auteur ne peut alors plus s'engager, par exemple pendant un

³¹ Cf. à ce sujet HILTY/SEEMANN, CH. 297 ss.

certain délai de carence (tel que les trois mois prévus pour les articles de revues plus longs en vertu du droit dispositif en vigueur), de s'abstenir de toute publication secondaire afin de permettre le refinancement des frais d'édition par le marché, de sorte que lui-même ou les pouvoirs publics n'aient pas à supporter ces frais, ou du moins pas dans la même mesure.

VIII. Conclusion

- 43 Le droit dispositif applicable aux contrats d'édition prend en compte les intérêts de celle ou celui qui cède l'œuvre et des éditeurs. En principe, l'éditeur supporte le risque économique des publications qu'il édite. Les coûts liés à l'édition sont refinancés par le prix de vente et donc par les acheteurs des produits. Pour ce faire, le droit dispositif en vigueur prévoit des règles (différenciées) concernant le transfert des droits d'auteur. Comme le montre l'exemple des revues, le droit dispositif n'est généralement pas modifié par les éditeurs spécialisés suisses lorsque cela n'est pas nécessaire. Le droit dispositif n'est pas plus incertain que le droit impératif. Au contraire, dans un domaine que le législateur a voulu laisser à l'autonomie privée, le droit dispositif offre une solution prévisible pour le cas où les parties ne parviennent pas à s'entendre. À cet égard, le droit dispositif sert la sécurité juridique, ce qui suppose toutefois, comme pour le droit impératif, une connaissance du droit.
- 44 Si un droit impératif de publication secondaire était introduit pour la publication des résultats de la recherche (partiellement) financée par des fonds publics, cela perturberait inutilement l'équilibre actuel du droit d'édition et créerait une réglementation rigide et inflexible. Les accords sectoriels, qui permettraient des réglementations plus différenciées et ajustables, seraient en revanche rendus pratiquement impossibles dans le champ d'application d'un droit de publication secondaire impératif.
- 45 En outre, le rattachement atypique privilégié du droit de publication secondaire au contrat d'édition dans le contexte européen, où prévaut l'approche du droit d'auteur, conduit à un avantage potentiel pour les éditeurs étrangers d'autrices ou d'auteurs suisses, auxquels le droit de publication secondaire resterait légalement refusé même dans le cadre des modifications de la LDIP actuellement en discussion, ce qui risque de compromettre les objectifs poursuivis par la modification demandée de l'art. 381 CO.