



Université Numérique Juridique Francophone

**PROJET D'UNIVERSITE NUMÉRIQUE JURIDIQUE
FRANCOPHONE
RAPPORT DE LA COMMISSION JURIDIQUE¹
LYON SEPTEMBRE 2004**

Hervé CROZE

Christian LE STANC

Michel DUPUIS

Professeur à la Faculté de Droit de
l'Université Lyon III

Professeur à la Faculté de Droit de
l'Université de Montpellier

Professeur à la Faculté de Droit de
l'Université Lille II

¹ Remerciements à Vincent Cattoir-Jonville, Professeur à l'Université Lille II, pour sa relecture avec l'œil du publiciste et à Béragère Dalloz et Yann Bergheaud pour leur soutien permanent, la mise en forme et le toilettage final.

1 - Ce rapport ne prétend pas épuiser les questions juridiques que pose l'enseignement à distance par voie électronique. Il a pour objet, plus modeste, de mettre en relief les problèmes que pourrait susciter le développement de l'activité d'enseignements électroniques des différentes Universités partenaires de l'UNJF, notamment dans les rapports avec les apprenants d'une part, avec les enseignants de l'autre.

2 – On parlera ici principalement d'**enseignement numérique**, car la caractéristique essentielle de la forme d'enseignement envisagée résulte bien du fait que l'information est numérisée. Cette expression nous semble meilleure que celle d'enseignement électronique, qui est trop matérialiste, ou d'enseignement virtuel, qui ne l'est pas assez.

En général l'enseignement numérique est un enseignement à distance (non présentiel), mais ce n'est peut-être pas une caractéristique essentielle.

3 – L'enseignement numérique est une technique nouvelle qui s'insère dans une mission d'intérêt général, voire de service public : la formation, qu'elle soit initiale ou permanente.

Le caractère technique et, plus particulièrement, les investissements nécessaires peuvent faire craindre un risque de marchandisation, d'autant que d'un autre point de vue, la formation est aussi un objet de marché, marché des enseignements, mais aussi marché des personnes formées.

4 – Nous envisagerons successivement :

- Le régime juridique des supports de l'enseignement numérique
- Le statut des enseignants
- La condition des apprenants

LE REGIME JUDIDIQUE DES SUPPORTS

5 – D'une manière générale la question du régime juridique des supports utilisés dans le cadre de l'enseignement numérique soulève trois grandes catégories de questions juridiques :

- celle du droit d'auteur tout d'abord, soit de l'application du régime de la propriété littéraire et artistique ;
- celle, plus moderne, de l'appropriation des images ou même des sons ;
- enfin, celle classique mais toujours actuelle, de la protection spécifique des informations nominatives.

Ces trois questions se posent également mais dans des conditions différentes pour les matériaux utilisés dans l'enseignement numérique et pour les créations qu'il produit. Il est donc plus simple de distinguer, quitte à procéder par renvois entre les deux développements.

LES MATERIAUX

6 – On n'abordera ici que les questions de droit d'auteur ou de propriété d'images et de sons. En effet, les questions d'application de la loi Informatique et Libertés, qui doivent être toujours présentes dans l'esprit des concepteurs et des administrateurs de sites d'enseignement numérique, ne présentent pas de spécificité particulière.

1 Risques liés au droit d'auteur

7 – Le parti est pris ici de s'intéresser aux risques liés au droit d'auteur en ce que le développement d'une activité d'enseignement numérique peut rencontrer des obstacles d'amont liés au fait qu'on ne peut pas reproduire et diffuser des matériaux appropriés au bénéfice de tiers antérieurs, auteurs d'œuvre, sauf exceptions.

L'article L. 111-1 alinéa 1^{er} du Code de la Propriété Intellectuelle dispose que : « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* ». Une énumération indicative des œuvres susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur est donnée par les articles L. 112-2 et suivants du Code de la Propriété Intellectuelle².

² L'article L. 112-2 du Code de la Propriété Intellectuelle : « *Sont considérées notamment comme œuvre de l'esprit au sens du présent code :*

1° les livres, brochures, et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques ;

2° les conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres œuvres de même nature ;

3° les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales ;

4° les œuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque, les pantomimes, dont la mise en œuvre est fixée par écrit ou autrement ;

Toute violation des droits reconnus à l'auteur par le Livre I du Code de la Propriété Intellectuelle constitue une contrefaçon engageant la responsabilité de celui qui la commet³.

Il est, à cet égard, important de préciser que le législateur français n'a pas prévu pour l'heure d'exception pour l'enseignement. Dès lors, toute reproduction par un enseignant d'une œuvre, quand bien même celle-ci serait réalisée pour et dans le cadre de ses fonctions constituera un acte de contrefaçon.

Le principe régissant le droit d'auteur peut se résumer de la façon suivante : toute représentation ou reproduction qui n'a pas été autorisée par l'auteur de l'œuvre est constitutive de contrefaçon. Une autorisation du titulaire des droits doit donc être préalablement sollicitée (b).

Néanmoins, certains matériaux ou œuvres seront libres de droit d'auteur (a).

5° les compositions musicales avec ou sans paroles

6° les œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble œuvres audiovisuelles ;

7° les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ;

8° les œuvres graphiques et typographiques

9° les œuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie ;

10° les œuvres des arts appliqués ;

11° les illustrations, les cartes géographiques ;

12° les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture et aux sciences ;

13° les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ;

14° les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure. Sont réputées industries saisonnières de l'habillement et de la parure les industries qui, en raison des exigences de la mode, renouvellent fréquemment la forme de leurs produits, et notamment la couture, la fourrure, la lingerie, la broderie, la mode, la chaussure, la ganterie, la maroquinerie, la fabrique de tissus de haute nouveauté ou spéciaux à la haute couture, les productions des paruriers et des bottiers et les fabriques de tissus d'ameublement ».

Article L. 112-3 du Code de la Propriété Intellectuelle : « *Les auteurs de traduction, adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le présent code sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale. Il en est de même des auteurs d'anthologies ou de recueils d'œuvres ou de données diverses tels que les bases de données, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles [...]* ».

Article L. 112-4 du Code de la Propriété Intellectuelle : « *Le titre d'une œuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'œuvre elle-même [...]* ».

³ Articles L. 335-2 et suivants du Code de la Propriété Intellectuelle.

) **Les matériaux libres de droit d'auteur**

8 - Il convient de distinguer les cas dans lesquels une autorisation préalable de l'auteur ne sera pas nécessaire pour une exploitation : les œuvres qui ne sont pas susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur car elles ne satisfont pas à la condition d'originalité requise ou qui ne sont pas formalisées, les œuvres qui appartiennent au domaine public et l'exception de courte citation.

i) Les matériaux ne pouvant donner prise au droit d'auteur

9 - Toute œuvre de l'esprit n'est pas automatiquement protégée par le droit d'auteur. La création intellectuelle doit, en effet, répondre aux conditions cumulatives de formalisation et d'originalité.

0) - *Les idées non formalisées*

10 - Pour être susceptible de protection, l'œuvre de l'esprit doit être, en premier lieu, concrétisée en une forme perceptible aux sens ou à l'esprit.

Les idées sont, en effet, pour reprendre la célèbre formule de DESBOIS,⁴ de libre parcours. L'idée doit donc être concrétisée en une forme et seule cette forme pourra donner prise au droit d'auteur. On explique classiquement cette exigence par le fait que toute création serait entravée si les idées elles-mêmes étaient susceptibles d'appropriation.

A titre d'exemple, la jurisprudence a pu estimer que l'idée d'envelopper les arbres d'une avenue ou des ponts-voûtes n'était pas protégeable par le droit d'auteur⁵. De la même manière la trame non élaborée d'une émission de télévision, qui ne dépasse pas l'expression d'une idée ne saurait être protégée⁶.

Il demeure, néanmoins, parfois difficile de faire la distinction entre l'idée, qui peut être librement reprise, et la forme, qui elle, fait l'objet d'une protection par le droit d'auteur⁷. Dans le même ordre d'idée, nous verrons plus loin que le discours tenu par un enseignant est susceptible de constituer une œuvre de l'esprit. En revanche, l'enseignement ou les idées qu'il contient demeurent, quant à eux, de libre parcours et peuvent être librement repris par tous.

0) - *Les œuvres dénuées d'originalité*

11 - Si certaines caractéristiques de l'œuvre sont indifférentes pour sa protection, la condition d'originalité sera, quant à elle, déterminante.

⁴ Henri DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3^e édition, 1978.

⁵ TGI Paris, 26 mai 1987, D. 1988, som. com. 2001.

⁶ CA Paris, 31 janvier 2003, Propr. intell. 2003, n°7, p. 158.

⁷ Cass. civ.1^{ère}, 4 février 1992, D. 1992, p. 182.

Les caractéristiques indifférentes

12 - Aux termes de l'article L. 112-1 du Code de la Propriété Intellectuelle, sont protégés les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination.

Dès lors, il importe peu que l'œuvre relève de la catégorie dite littéraire, artistique ou musicale. De la même manière, la forme, c'est-à-dire la façon dont va être communiquée l'œuvre au public, est indifférente. L'article L. 112-2 du Code de la Propriété Intellectuelle donne, à cet égard, quelques exemples de la forme qui pourrait être adoptée : livres, brochures, conférences, œuvres chorégraphiques, œuvres audiovisuelles, discours....

Peut importe, également, que l'œuvre ait un but purement esthétique ou qu'elle assure également une fonction utilitaire⁸. A titre d'exemples, ont été jugés protégeables par le droit d'auteur un panier à salade, un décapsuleur, un bouton en forme de nœud de marine ou bien encore un container pour déchets divers⁹. Le Juge qui devra déterminer si une œuvre est ou n'est pas protégeable, devra, en outre, se garder de toute appréciation relative au mérite de la création ou toute appréciation sur la valeur esthétique que revêt celle-ci.

L'exigence d'originalité

13 - Une œuvre n'est susceptible de protection par le droit d'auteur que pour autant qu'elle revête un caractère original.

La notion d'originalité a connu une certaine évolution dans la définition qui lui est donnée par la Jurisprudence.

L'originalité est classiquement entendue comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Une œuvre sera considérée comme étant originale en ce que l'exécution personnelle aura révélé la personnalité de l'auteur.

Cette acception subjective se distingue alors de la nouveauté, critère de protection retenu pour les droits de propriété industrielle¹⁰. Aussi, l'identité entre deux œuvres quant au sujet, au thème ou à la technique mise en œuvre n'exclut pas pour autant que chacune d'entre elles puisse être considérée comme étant originale. Un même sujet peut, en effet, être traité dans deux ouvrages, chacun de ces ouvrages sera considéré comme original et susceptible de protection par le droit d'auteur si leur forme révèle la personnalité de leur auteur. C'est la forme, les choix opérés par l'auteur (syntaxe, choix du vocabulaire ou des expressions, plan, mise en forme, choix technique ou logique pour le logiciel) qui révéleront la personnalité de l'auteur. C'est pourquoi, la forme exclusivement dictée par la fonction utilitaire d'un objet ne pourra être protégée par le Livre I du Code de la Propriété Intellectuelle.

⁸ A la condition toutefois que la forme ne soit pas purement fonctionnelle. Cass. com., 23 juin 1987, Bull. civ. IV, 156 ; Paris, 20 septembre 1993, PIBD 1993, III, 713.

⁹ Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 1995, RIDA 1995, n°165, 327 ; Cass. civ. 1^{re}, 11 février 1997, D. 1998, 291, note F. Greffe ; TGI Paris, 14 décembre 1994, RDPI 1995, n°59, p. 46.

¹⁰ Cass. civ. 1^{re}, 11 février 1997, D. 1998, p. 290.

Cette conception classique est en cohérence avec la conception française du droit d'auteur, fondée sur le lien existant entre la personne de l'auteur et l'œuvre qui n'en constituerait que le prolongement. Néanmoins, cette définition subjective est quelque peu difficile, en pratique, à mettre en œuvre, difficulté accrue par l'introduction, dans le champ du droit d'auteur, de nouvelles catégories d'œuvres telles que le logiciel.

La jurisprudence relative à l'appréciation de l'originalité d'une œuvre est, en conséquence, particulièrement fluctuante et manque parfois de cohérence. Par ailleurs, s'agissant de la définition même de l'originalité, un premier glissement vers un critère objectif de protection s'est opéré avec l'apparition dans la jurisprudence de la notion d'apport intellectuel propre ou inédit.

Sans doute par souci de simplification et en raison d'une économie de marché de plus en plus prégnante, les Tribunaux tendent aujourd'hui à rapprocher la condition d'originalité de celle de la nouveauté, critère objectif de protection¹¹. Il ne s'agit, dès lors, plus d'apprécier si l'œuvre en cause comporte l'empreinte de la personnalité de son auteur mais de comparer cette même œuvre avec l'état des formes préexistantes. Cette approche, majoritairement critiquée par la doctrine, rend sans doute également plus aisée la preuve de l'absence d'originalité d'une œuvre qui, en pratique, incombe au défendeur à l'action en contrefaçon, l'œuvre bénéficiant, en quelque sorte, d'une présomption d'originalité.

Le débat du caractère original ou non d'une œuvre est fondamental dans la mesure où l'œuvre qui ne peut être tenue originale, ne peut faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur et pourra, dès lors, être librement reprise et exploitée par les tiers¹²

i) Les matériaux librement utilisables

0) *Les œuvres tombées dans le domaine public*

14 - Le monopole accordé par le Livre I du Code de la Propriété Intellectuelle est limité dans le temps. L'article L. 123-1 de ce même Code prévoit en effet que :

« L'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que se soit et d'en tirer un profit pécuniaire.

Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droits pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent ».

A titre d'exemple, si un auteur crée une œuvre en 1960 et qu'il décède le 1^{er} août 2000, les droits patrimoniaux seront exercés par l'auteur de 1960 au 1^{er} août 2000. Le délai de soixante-dix ans bénéficiant aux ayants droits de l'auteur ne commencera à courir qu'à compter du 1^{er} janvier 2001 et l'œuvre tombera dans le domaine public le 1^{er} janvier 2071. Dès lors, l'œuvre pourra être exploitée librement à la condition, néanmoins, de ne pas

¹¹ Voir pour les titres, Paris, 21 mai 1987, Cah. Dr. Auteur, janv. 1998, p. 18 ; pour les œuvres d'art appliqué, Cass. com., 23 mars 1965, Bull. civ. III, n° 229 ; TGI Paris, 7 mars 1991, PIBD 1991, III, p. 467 ; CA Paris, 11 février 1998, PIBD 1998, III, p. 302 ; TGI Paris, 19 août 1999, PIBD 2000, III, p. 25.

¹² Sous réserves que la copie ne s'accompagne d'actes de concurrence déloyale ou parasitaire engageant, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, la responsabilité de leur auteur.

méconnaître le droit moral de l'auteur. On considère, en effet, traditionnellement que le droit moral est perpétuel et qu'il demeure même lorsque l'œuvre est tombée dans le domaine public. Les prérogatives qui découlent du droit moral seront toutefois limitées par rapport à celles dont pouvait disposer l'auteur. Seul le droit de divulgation, le droit au respect de l'œuvre et le droit de paternité perdureront après le décès de l'auteur¹³. En conséquence, la reproduction d'œuvre tombée dans le domaine public sera permise si elle n'entraîne pas la dénaturation de l'œuvre initiale et sous réserve, essentiellement, que le nom de son auteur soit mentionné.

L'article L. 123-12 du Code de la Propriété Intellectuelle précise, à l'égard des œuvres dont le pays d'origine est étranger à la Communauté Européenne que : « *Lorsque le pays d'origine de l'œuvre, au sens de l'Acte de Paris de la Convention de Berne, est un pays tiers à la Communauté européenne et que l'auteur n'est pas un ressortissant d'un État membre de la Communauté, la durée de protection est celle accordée dans le pays d'origine de l'œuvre sans que cette durée ne puisse excéder celle prévue par l'article L. 123-1* ». La durée de protection de l'œuvre en France pourra donc être inférieure à soixante-dix ans sans jamais pouvoir être supérieure.

Certaines catégories d'œuvres ou certains événements vont rendre, néanmoins, plus complexe le calcul de la durée des droits sur l'œuvre et par conséquent la détermination de la date à laquelle l'œuvre pourra être librement exploitée.

Ainsi, chacune des œuvres composant une œuvre composite se verra appliquer séparément la durée de protection de l'article L. 123-1 du Code de la Propriété Intellectuelle. S'agissant, par ailleurs, des œuvres de collaboration, l'année civile qui devra être prise en compte est celle de la mort du dernier vivant des collaborateurs (article L. 123-2 du Code de la Propriété Intellectuelle). Les œuvres collectives, anonymes et pseudonymes sont protégées durant les soixante-dix années qui suivent leur publication (article L. 123-3 du Code de la Propriété Intellectuelle). Enfin, celui qui divulgue une œuvre posthume bénéficie d'un droit d'exploitation de vingt-cinq années ou de soixante-dix années s'il s'agit d'une œuvre musicale (article L. 123-4 du Code de Propriété Intellectuelle).

15 - Par ailleurs, il convient également de tenir compte des prorogations de guerre prévues par les articles L. 123-8, L. 123-9 et L. 123-10 du Code de la Propriété Intellectuelle.

S'agissant de la première guerre mondiale, l'article L. 123-8 du Code de la Propriété Intellectuelle prévoit que « *Les droits accordés par la loi du 14 juillet 1866 sur les droits des héritiers et des ayants cause des auteurs aux héritiers et autres ayants cause des auteurs, compositeurs ou artistes sont prorogés d'un temps égal à celui qui s'est écoulé entre le 2 août 1914 et la fin de l'année suivant le jour de la signature du traité de paix pour toutes les œuvres publiées avant cette dernière date et non tombées dans le domaine public le 3 février 1919* ».

Deux positions jurisprudentielles s'opposent quant à la durée effective de cette prorogation. Selon la Cour d'Appel de Paris, les droits des héritiers ou ayants cause

¹³ Articles L. 121-1 et L. 121-2 du Code de la Propriété Intellectuelle.

seraient prorogés de six ans et cent cinquante deux jours¹⁴. La position dominante considère, néanmoins, que cette prorogation serait de six ans et quatre-vingt trois jours¹⁵.

La prorogation accordée en raison de la seconde guerre mondiale est régie par l'article L. 123-9 du Code de la Propriété Intellectuelle. Ce texte dispose que « *Les droits accordés par la loi du 14 juillet 1866 précitée et l'article L. 122-8 aux héritiers et ayants cause des auteurs, compositeurs ou artistes sont prorogés d'un temps égal à celui qui s'est écoulé entre le 3 septembre 1939 et le 1^{er} janvier 1948, pour toutes les œuvres publiées avant cette date et non tombée dans le domaine public à la date du 13 août 1941* ».

Enfin, l'article L. 123-10 du Code de la Propriété Intellectuelle prévoit, dans le cadre de la prorogation accordée en raison des événements de la seconde guerre mondiale, une prorogation supplémentaire de trente années lorsque l'auteur, le compositeur ou l'artiste est mort pour la France¹⁶.

L'œuvre dont la durée de protection au profit de l'auteur ou de ses ayants droits sera expirée tombe dans le domaine public et peut donc être librement exploitée par les tiers.

0) *L'exception de courte citation*

16 - L'article L. 122-5, 3°, a) du Code de la Propriété Intellectuelle prévoit, lorsqu'une œuvre a été divulguée que, sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source, l'auteur ne peut interdire les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique, ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées.

La divulgation de l'œuvre constitue naturellement la condition préalable à l'exception de courte citation, prévoir le contraire aurait d'ailleurs constitué une atteinte au droit moral de l'auteur. Le texte impose, par ailleurs, que le nom de l'auteur soit mentionné. Il convient, à cet égard, de relever que l'article 5.3.c de la directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information admet, dans ce cadre, une dérogation dans les cas où la mention du nom de l'auteur

¹⁴ Paris, 5 décembre 1956, JCP 1957, II, 9728.

¹⁵ Versailles, 5 mars 1984, D.1986, somm., p.187.

¹⁶ Article L. 123-10 du Code de la Propriété Intellectuelle : « *Les droits mentionnés à l'article précédent sont prorogés, en outre, d'une durée de trente ans lorsque l'auteur, le compositeur ou l'artiste est mort pour la France, ainsi qu'il résulte de l'acte de décès.*

Au cas où l'acte de décès ne doit être ni dressé ni transcrit en France, un arrêté du ministre chargé de la culture peut étendre aux héritiers ou autres ayants cause du défunt le bénéfice de la prorogation supplémentaire de trente ans ; cet arrêté, pris après avis des autorités visées à l'article 1^{er} de l'ordonnance n°45-2717 du 2 novembre 1945, ne pourra intervenir que dans les cas où la mention « mort pour la France » aurait dû figurer sur l'acte de décès si celui-ci avait été dressé en France ».

Les autorités visées par l'article 1^{er} de l'ordonnance n°45-2717 du 2 novembre 1945 relative aux actes de décès des militaires et civils « Morts pour la France » sont le ministre de la défense nationale, le ministre chargé de la marine marchande ou le secrétariat général aux anciens combattants et victimes de guerre.

s'avèrerait impossible (article 5.3.c)¹⁷, dérogation qui n'est pas permise par le droit français.

Le bénéfice de l'exception de courte citation n'est également possible que pour autant que la source de l'œuvre citée soit mentionnée afin de permettre son identification. Ici encore, la directive du 22 mai 2001 admet une dérogation pour les cas dans lesquels cette référence s'avèrerait impossible. Enfin, la citation devra naturellement être brève, notion qui sera appréciée par le juge en fonction de la longueur de l'œuvre citée et celle de l'œuvre citante¹⁸.

17 - La brièveté de la citation exigée par le texte est susceptible de soulever quelques difficultés s'agissant de la reproduction d'une œuvre d'art ou d'une photographie qui emporte reproduction intégrale de l'œuvre. La Cour de cassation a pu, à cet égard, estimer que « *la reproduction d'une œuvre, quel que soit son format, ne peut s'analyser comme*

¹⁷ Article 5.2 et 5.3 de la Directive n°2001/29 du 22 mai 2001 (JOCE 22 juin 2001, n°L167, p. 10) :

« 2. Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations au droit de reproduction prévu par l'article 2 dans les cas suivants :

a) lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur papier ou sur support similaire au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires, à l'exception des partitions, à condition que les titulaires des droits reçoivent une compensation équitable ;

b) lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable qui prend en compte l'application ou la non application des mesures techniques visées à l'article 6 aux œuvres ou objets concernés ;

c) lorsqu'il s'agit d'actes de reproduction spécifiques effectués par des bibliothèques accessibles au public, des établissements d'enseignement ou des musées ou par des archives, qui ne recherchent aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect ;

[...]

3. Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations aux droits prévus aux articles 2 et 3 dans les cas suivants :

a) lorsqu'il s'agit d'une utilisation à des fins exclusivement d'illustration dans le cadre de l'enseignement ou de la recherche scientifique, sous réserve d'indiquer, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, dans la mesure justifiées par le but non commercial poursuivi ;

[...]

d) lorsqu'il s'agit de citations faites, par exemple, à des fins de critique ou de revue, pour autant qu'elles concernent un œuvre ou un autre objet protégé ayant déjà été licitement mis à la disposition du public, que, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée et qu'elles soient faites conformément aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but poursuivi ;

[...] ».

¹⁸ TGI Paris, 6 juillet 1972, D. 1972, p. 628, note Pactet ; Paris, 24 octobre 1984, D. 1985, IR, 312, obs. Colombet ; TGI Paris, 6 juin 1986, RIDA 1986, n°130, p. 161.

une courte citation », solution qui sera également retenue dans les cas où l'œuvre citée est une photographie ou lorsqu'une œuvre est intégrée dans une œuvre audiovisuelle¹⁹.

) **L'autorisation du titulaire du droit d'auteur**

ii) L'identification du titulaire du droit d'auteur

18 - L'article L. 113-1 du Code de la Propriété Intellectuelle dispose que « *La qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée* ».

Cette présomption de titularité bénéficiera à tous les auteurs dont le nom a été porté à la connaissance du public. Classiquement, celle-ci ne pouvait bénéficier qu'aux personnes physiques. Néanmoins, la jurisprudence a admis que l'exploitation par une personne morale d'une œuvre de l'esprit, en l'absence de revendication d'auteurs, personnes physiques, laisse présumer sa titularité des droits sur l'œuvre, ce qui rend recevable l'action en contrefaçon intentée par elle²⁰.

S'agissant du cas particulier de la titularité des droits sur une photographie, la jurisprudence estime que « *c'est la personne qui a procédé aux opérations de réglage de l'appareil, de mise au point de l'image et cadrage de la photographie et non celle dont l'intervention s'est limitée sur les instructions reçues à appuyer sur le déclencheur qui doit être considérée comme le véritable auteur de la photographie* »²¹. Elle a également considéré que le choix de l'objectif de l'appareil, le réglage de l'appareil, le choix de l'angle et de la prise de vue, de l'instant de la prise du cliché et du temps de pose rendaient le photographe seul auteur de la photographie et que la société éditrice d'une revue ayant choisi le décor, les vêtements et les mannequins et les attitudes de ceux-ci ne pouvait prétendre à cette qualité²².

L'œuvre, objet de protection du Livre I du Code de la Propriété Intellectuelle peut n'avoir qu'un seul auteur. Il est également des cas dans lesquels plusieurs auteurs pourront prétendre à la protection des articles L. 111-1 et suivants du Code de la Propriété Intellectuelle sur une même œuvre.

0) *L'œuvre n'a qu'un seul auteur*

19 - La situation personnelle ou professionnelle de cet auteur est susceptible d'avoir certaines conséquences sur la titularité des droits.

¹⁹ Ass. Plén., 5 novembre 1993, D. 1994, som. 289, obs. Colombet. Voir également pour les photographies, Cass. Civ. 1^{re}, 17 décembre 1991, D. 1992, som. 90, obs. Colombet. Pour l'intégration d'une œuvre dans une œuvre audiovisuelle, Cass. civ. 1^{re}, 4 juillet 1995, D. 1996, 4, note Edelman.

²⁰ Cass. civ., 21 janvier 1995, D.1995, som. 287.

²¹ TGI Paris, 6 juillet 1976, JCP 1978, 18840. Voir également, Cass. civ. 1^{re}, 12 novembre 1985, D. 1986, som. com. 183.

²² Cass. civ. 1^{re}, 12 novembre 1958, D. 1986, IR, 183.

L'influence de la situation personnelle de l'auteur sur la titularité des droits

20 - L'article L. 121-9 du Code de la Propriété Intellectuelle dispose que le droit de divulguer l'œuvre de fixer les conditions de son exploitation et d'en défendre l'intégrité reste propre à l'époux auteur ou à celui des époux à qui de tels droits ont été transmis. Les produits pécuniaires provenant de l'exploitation de l'œuvre de l'esprit ou de la cession totale ou partielle du droit d'exploitation sont soumis aux règles applicables aux meubles, suivant le régime matrimonial adopté, uniquement lorsqu'ils ont été acquis pendant le mariage.

Dès lors, le monopole instauré par le droit d'auteur ne bénéficiera qu'au seul auteur. Seuls les produits pécuniaires de l'exploitation seront susceptibles, en fonction du régime matrimonial adopté, de tomber dans la communauté.

L'influence de la situation professionnelle de l'auteur sur la titularité des droits

21 - L'auteur peut être salarié de droit privé ou un fonctionnaire.

i. L'auteur est salarié

22 - L'article L. 111-1 du Code de la Propriété Intellectuelle prévoit que le contrat de travail ou de « *louage de services* » n'a aucune incidence sur la jouissance des droits d'auteur. Le salarié restera titulaire des droits, faute pour l'employeur à justifier d'une cession à son profit et dans un formalisme lourd. L'intégration des logiciels dans la sphère du droit d'auteur a quelque peu atténué ce principe. L'article L. 113-9 alinéa 1 du Code de la Propriété Intellectuelle dispose, en effet, que sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer (cf. *infra* n° 75).

La doctrine est, néanmoins, partagée s'agissant du cas du photographe salarié. De façon dominante, elle estime qu'il existe une présomption de cession des droits patrimoniaux du photographe au profit de son employeur, observant que le salaire constitue la juste contrepartie de la cession de ces droits²³. Les tribunaux pour l'essentiel restent cependant attachés à la lettre de l'article L. 111-1 précité.

ii. L'auteur est fonctionnaire

23 - Le Conseil d'État a estimé, dans un avis du 21 novembre 1972, que « *Les nécessités du service exigent que l'administration soit investie des droits de l'auteur sur les œuvres de l'esprit telles qu'elles sont définies par la loi de 1957, pour celles de ces œuvres dont la création fait l'objet même du service. Par l'acceptation de leurs fonctions, les fonctionnaires et agents de droit public ont mis leur activité créatrice ou les droits qui peuvent en découler à la disposition du service, dans toute la mesure nécessaire à l'exercice desdites fonction* ». L'Administration serait donc, selon les termes de cet avis,

²³ Plaisant, *Le droit des auteurs, artistes interprètes et exécutants*, Delmas, 1^{re} édition. Voir à cet égard pour la cession des droits patrimoniaux aux entreprises de presse, Paris, 17 mai 1969, D. 1969, p. 702 ; TGI Paris, 3 juillet 1969, D. 1969, p. 702 ; Cass. civ. 1^{re}, 20 décembre 1982, RIDA 1983, n°116, p. 183.

originellement investie des droits d'auteur sur l'œuvre créée par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions.

La jurisprudence estime cependant traditionnellement que l'Administration n'est pas titulaire des droits d'auteur sur les cours des universitaires qui font l'objet de publications²⁴ (cf. *infra* n° 74).

0) *L'œuvre a plusieurs auteurs*

24 - L'article L. 113-2 du Code de la Propriété Intellectuelle prévoit trois cas dans lesquels, il n'y aura non pas un auteur mais plusieurs : l'œuvre de collaboration, l'œuvre collective et l'œuvre composite.

L'œuvre de collaboration

25 - L'article L. 113-2 du Code de la Propriété Intellectuelle définit l'œuvre de collaboration comme l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques.

Si les trois conditions posées par le texte sont réunies - à savoir la participation de personnes physiques, faisant chacune acte de création et concourant à la création d'une même œuvre - l'œuvre sera la propriété commune des auteurs (article L. 113-3 du Code de la Propriété Intellectuelle). Les auteurs exerceront alors leurs droits en commun. A titre d'exemple, les droits d'auteur ne pourront être cédés que d'un commun accord. En cas de désaccord entre les coauteurs, il appartiendra au juge de trancher le différend.

Néanmoins, la recevabilité de la demande d'un coauteur agissant en justice pour la défense de ses droits patrimoniaux n'est subordonnée qu'à la mise en cause des coauteurs de l'œuvre. De surcroît, on considère que la règle de l'unanimité ne peut trouver application pour la défense du droit moral, attribut du droit d'auteur qui entretient un lien étroit avec la personne de celui-ci.

La loi autorise, enfin, chaque auteur à exploiter séparément sa contribution, lorsque la participation de chacun des auteurs relève de genres différents et sauf convention contraire, sans toutefois que cette exploitation puisse porter préjudice à l'exploitation de l'œuvre commune²⁵.

Pour ce qui nous concerne, si l'on veut utiliser des œuvres antérieures dans une activité de « *enseignement numérique* », il conviendra d'en solliciter l'autorisation préalablement du titulaire des droits et de tous les coauteurs s'il y a œuvre de collaboration.

²⁴ T. civ. Seine, 17 mars 1905, D. 1905, 2, 366 ; Paris, 24 novembre 1992, RIDA janv. 1993, n°155, p. 191.

²⁵ Article L. 113-3 du Code de la Propriété Intellectuelle.

Les cas particuliers des œuvres audiovisuelle et radiophonique

26 - La loi répute **l'œuvre audiovisuelle** œuvre de collaboration²⁶. L'article L. 113-7 du Code de la Propriété Intellectuelle dresse ainsi une liste non limitative des coauteurs présumés de l'œuvre audiovisuelle : l'auteur du scénario, l'auteur de l'adaptation, l'auteur du texte parlé, l'auteur des compositions musicales avec ou sans paroles spécialement réalisées pour l'œuvre, le réalisateur, ou lorsque l'œuvre audiovisuelle est tirée d'une œuvre ou d'un scénario préexistants encore protégés, les auteurs de l'œuvre originale sont également assimilés aux auteurs de l'œuvre nouvelle. Cette liste n'institue qu'une présomption simple et la qualité de coauteur pourra être contestée lors d'un litige²⁷. Par ailleurs, d'autres personnes non citées par le texte pourront avoir la qualité d'auteur, mais devront, en ce cas, rapporter la preuve de leur activité créatrice au sein de l'œuvre audiovisuelle²⁸.

27 - S'agissant des **œuvres radiophoniques**, l'article L. 113-8 du Code de la Propriété Intellectuelle dispose : « *Ont la qualité d'auteur d'une œuvre radiophonique la ou les personnes physiques qui assurent la création intellectuelle de cette œuvre. Les dispositions du dernier alinéa de l'article L. 113-7 et celles de l'article L. 121-6 sont applicables aux œuvres radiophoniques* ». Contrairement aux œuvres audiovisuelles, la loi n'établit aucune présomption. Il conviendra alors de rechercher, pour chacune des personnes ayant participé à l'œuvre radiophonique, s'il y a eu activité créatrice.

L'œuvre collective

28 - L'article L. 113-2 du Code de la Propriété Intellectuelle dispose qu'est dite collective l'œuvre créée sous l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans un ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé.

Pour que la qualification d'œuvre collective puisse être retenue, deux conditions doivent être réunies. La présence d'une personne physique ou morale, qui prend l'initiative de la création de l'œuvre, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom. Cette condition est déterminante car si un auteur crée une œuvre et la présente ensuite à une personne morale, cette dernière ne saurait, même si des modifications sont effectuées par elle, prétendre être, *ab initio*, investie de droits d'auteur au titre de l'œuvre collective. La seconde condition consiste en la fusion des contributions dans un ensemble, même s'il est désormais admis qu'une œuvre puisse être qualifiée de collective même si les auteurs des différentes contributions sont identifiables. Les exemples classiques d'œuvres collectives sont les dictionnaires, les encyclopédies, les journaux.

²⁶ Article L. 113-7 du Code de la Propriété Intellectuelle.

²⁷ A titre d'exemple, la qualité de coauteur ne pourra être retenue si la prestation ne s'est limitée qu'à une prestation de service d'ordre technique.

²⁸ A titre d'exemple, la qualité d'auteur a été reconnue à un cadreur. Voir, à cet égard, Paris, 17 juin 1988, D. 1988, IR 206.

Aux termes de l'article L. 112-4 du Code de la Propriété Intellectuelle, l'œuvre collective est, sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée. Cette personne est investie originellement des droits d'auteur sur l'œuvre, sans qu'aucune cession n'ait à intervenir. Néanmoins, chacun des contributeurs conservera certains droits. La jurisprudence admet ainsi qu'un contributeur puisse exploiter séparément sa contribution si elle ne concurrence pas l'exploitation de l'œuvre collective. C'est d'ailleurs ce qui est expressément prévu par la loi pour les journalistes (article L. 121-8 du Code de la Propriété Intellectuelle).

Les œuvres composites ou dérivées

29 - Selon l'article L. 113-2 alinéa 2 du Code de la Propriété Intellectuelle, est dite composite l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière. On citera à titre d'exemple d'œuvre composite l'intégration de photographies dans un catalogue ou d'une musique dans une œuvre multimédia.

L'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante²⁹. L'auteur de l'œuvre préexistante ne peut donc pas être considéré comme auteur de l'œuvre composite, sauf dans l'hypothèse particulière de l'œuvre audiovisuelle qui reconnaît la qualité d'auteur à l'auteur du scénario³⁰.

Il demeurera donc nécessaire de demander et d'obtenir préalablement l'autorisation de l'auteur de l'œuvre préexistante ou de ses ayants droits pour inclure sa création dans une œuvre nouvelle (*cf supra*, n°7, puis 18 et s.).

iii) La forme de l'autorisation à donner par l'auteur

30 - Concernant le contrat d'édition, contrat spécial de cession de droits d'auteur, l'article 132-7 du Code de la Propriété Intellectuelle dispose que : « *le consentement personnel et donné par écrit de l'auteur est obligatoire* ». Même si l'écrit n'est pas légalement imposé pour les autres contrats de cession de droit d'auteur, un écrit sera, en pratique, toujours nécessaire car il permettra, en cas de différend, d'établir la preuve de la cession opérée et la teneur de celle-ci.

L'autorisation donnée par l'auteur devra, en premier lieu, remplir les conditions posées pour tous les contrats par l'article 1108 du Code civil. L'auteur devra consentir, l'auteur devra être capable, l'objet du contrat devra exister et être certain et la cause devra être licite. S'agissant de l'objet du contrat on relèvera que l'article L. 131-1 du Code de la Propriété Intellectuelle dispose que « *la cession globale des œuvres futures est nulle* ». Cet article vise la cession portant sur tout ou partie des droits sur au moins deux œuvres futures, sauf si les contours en sont suffisamment déterminés pour l'auteur.

Le contrat de cession de droits d'auteur doit, en outre, répondre à certaines exigences spécifiques.

²⁹ Article L. 113-4 du Code de la Propriété Intellectuelle.

³⁰ Article L. 113-7 du Code de la Propriété Intellectuelle.

0) *L'énumération des droits cédés et des modes d'exploitation*

31 - L'article L. 131-3 du Code de la Propriété Intellectuelle dispose : « *La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession [...]* ». Devra donc être considérée comme nulle la clause « tous droits cédés » insérée dans un contrat. L'article L. 122-7 du Code de la Propriété Intellectuelle précise, à cet égard, que : « *la cession du droit de représentation n'emporte pas celle du droit de reproduction. La cession du droit de reproduction n'emporte pas celle du droit de représentation. Lorsqu'un contrat comporte cession totale de l'un des deux droits visés au présent article, la portée en est limitée aux modes d'exploitation prévus au contrat* ».

Chacun des droits cédés - représentation ou reproduction - devra donc être déterminé. De la même manière, les modes d'exploitation de ces droits devront être prévus par le contrat de cession.

0) *La détermination du domaine d'exploitation des droits cédés*

32 - L'article L. 131-3 du Code de la Propriété Intellectuelle dispose : « *La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* ».

A titre d'exemple, la cession des droits patrimoniaux sur un dessin pour une reproduction dans le cadre d'une exposition n'implique pas que le cessionnaire puisse le reproduire sur des vêtements ou sur des cartes postales. De la même manière, le droit de reproduction cédé pour une publication en 1.000 exemplaires sur support papier n'emporte pas le droit de reproduire l'œuvre sur 1.010 exemplaires papier ou sur un support numérique.

Néanmoins, l'article L. 131-6 du Code de la Propriété intellectuelle dispose que « *la clause d'une cession qui tend à conférer le droit d'exploiter l'œuvre sous une forme non prévisible ou non prévue à la date du contrat doit être expresse et stipuler une participation corrélative aux profits de l'exploitation* ». Une telle clause devra donc être tenue pour licite sous réserve de répondre à ces deux conditions.

Le contrat devra également définir, pour chacun des droits cédés, les pays dans lesquels l'auteur consent à l'exploitation et la durée.

0) *La rémunération de l'auteur*

33 - La cession des droits d'auteur peut être consentie à titre gratuit. Le contrat devra alors le prévoir expressément. Cependant, lorsqu'une rémunération est prévue, les modalités de celle-ci ont été, dans un souci de protection de l'auteur, organisées par le Code de la propriété intellectuelle.

Le principe de la rémunération proportionnelle

34 - L'article L. 131-4 du Code de la Propriété Intellectuelle dispose : « *elle [la cession] doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation* ». Les parties au contrat restent cependant libres

de fixer le taux ou le pourcentage de la rémunération de l'auteur. Cependant, un taux dérisoire pourra entraîner la nullité du contrat³¹. Il est, par ailleurs, de jurisprudence constante que l'assiette de la rémunération est le prix de vente public toutes taxes comprises.

A cet égard, l'assiette de la rémunération pourra être difficile à déterminer dans le cadre d'un projet d'Université numérique. Le législateur a, cependant, prévu la possibilité, dans certaines hypothèses, de prévoir une rémunération forfaitaire comme contrepartie de la cession de droit d'auteur.

L'exception : la rémunération forfaitaire

35 - L'article L. 131-4 du Code de la Propriété intellectuelle dispose :

« Toutefois, la rémunération de l'auteur peut être évaluée forfaitairement dans les cas suivants :

1° la base de calcul de la participation proportionnelle ne peut être pratiquement déterminée ;

2° les moyens de contrôler l'application de la participation font défaut ;

3° les frais des opérations de calcul et de contrôle seraient hors de proportion avec les résultats à atteindre ;

4° la nature ou les conditions de l'exploitation rendent impossible l'application de la règle de la rémunération proportionnelle, soit que la contribution de l'auteur ne constitue pas l'un des éléments essentiels de la création intellectuelle de l'œuvre, soit que l'utilisation de l'œuvre ne présente qu'un caractère accessoire par rapport à l'objet exploité ».

A titre d'exemple, la distribution gratuite de journaux ou la diffusion d'œuvres musicales dans une boîte de nuit feront l'objet d'une rémunération forfaitaire car la base de calcul d'une participation proportionnelle ne peut être pratiquement déterminée et les moyens de contrôler l'application de la participation font défaut.

36 - Nous **concluons** qu'en dehors des cas où, dans une activité d'enseignement numérique, il sera possible d'utiliser librement du matériel antérieur, non original, tombé dans le domaine public ou sous couvert des exceptions, comme le droit de citation, la réutilisation, la reproduction, la diffusion desdits matériaux supposera l'accord du titulaire des droits dans les formes ci-dessus et en contrepartie d'une rémunération si le titulaire le souhaite, rémunération en principe proportionnelle.

iv) Le cas particulier des liens hypertextes

37 - Les liens hypertextes ou hyperliens sont les liens contenus dans un site Internet qui permettent l'accès à un autre site Internet ou bien encore à une œuvre. On est naturellement

³¹ TGI Paris, 2 mai 1969, D. 1969, 630 ; Cass. civ. 1^{re}, 20 juin 1995, RIDA, janv. 1996, p. 235.

en droit de se demander si la création d'un tel lien renvoyant à une œuvre protégée ou à un site dont le contenu serait protégé par le droit ne constitue pas un acte de contrefaçon.

La jurisprudence a pu considérer, à cet égard, que le lien permettant d'atteindre le site d'un tiers ne portait pas atteinte aux droits de propriété intellectuelle³². Il conviendra toutefois que l'œuvre à laquelle il est renvoyé n'ait pas été modifiée et que la source de cette œuvre soit clairement identifiée. L'autorisation du titulaire du site vers lequel il est pointé permettra naturellement d'éviter tout risque.

Par ailleurs, l'exception de courte citation de l'article L. 122-5, 3° du Code de la Propriété Intellectuelle pourra, dans certains cas, être invoquée. Néanmoins, les conditions posées par le texte précité devront, en ce cas, être respectées. La jurisprudence a, en effet, pu rejeter l'application de l'exception de courte citation dans le cas d'une œuvre numérisée et mise en ligne sans l'autorisation des ayants droit de l'auteur, le Juge estimant que l'œuvre citée n'était pas destinée à être incorporée dans une autre œuvre à laquelle il apporterait un élément pédagogique, scientifique ou d'information et que le procédé qui avait été utilisé autorisait, dans l'absolu, la reconstitution intégrale de l'œuvre par rapprochement de citations successives³³.

2 Propriété des images et des sons

a) **Image et voix des personnes**

ii) L'image des personnes

1) *Le principe*

38 - L'article 9 du Code civil dispose que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autre, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée ; ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé* ». Toute personne, quelle que soit sa naissance, sa notoriété ou sa fonction, a donc le droit que les scènes et événements de sa vie personnelle ne soit pas publiquement divulgués et dispose d'un droit absolu de s'opposer à la publication non autorisée de son image.

On distingue classiquement l'image des personnes dites « privées » de celle des « personnes publiques ». La protection de l'image des personnes dites « privées » trouve à s'appliquer pour les images captées dans le cadre de la vie privée mais également celles prises dans le cadre de la vie publique. A titre d'exemple, est interdite la diffusion non autorisée de l'image d'une personne prise sur son lieu de travail³⁴. La jurisprudence sanctionne également la publication de clichés des personnes dites « publiques » réalisés en dehors de toute manifestation publique et admet que l'autorisation de ces personnes doit

³² T. com. Nanterre, Ord. référé, 8 novembre 2000, PIBD 2001, III, 201.

³³ TGI Paris, Ord. Référé, 5 mai 1997, JCP éd. E 1998, obs. Vivant et Le Stanc ; RTD Com. 1997, obs. Françon.

³⁴ TGI Périgueux, 17 mars 1992, Juris-data n°044885.

être sollicitée lorsque les droits de la personnalité ne se trouvent pas en conflit avec le droit à l'information et la liberté d'expression dans le cadre d'un événement public se produisant dans un lieu public. De la même manière et bien que l'on ne se trouve plus là dans le cadre de la protection de la vie privée, la jurisprudence estime que « *le droit à l'image revêt dans le cas particulier d'un mannequin, une valeur patrimoniale et la protection de ce droit a pour but d'éviter une utilisation à titre gratuit ou éventuellement une dégradation de la valeur marchande de son image* ».

Le principe est donc que la personne dont l'image est diffusée devra préalablement avoir donné son consentement exprès et spécial. S'agissant de la portée de l'autorisation donnée, la jurisprudence considère que la tolérance d'une personne à l'égard de publications antérieures ne préjuge pas de sa renonciation au droit qu'elle a sur son image³⁵. Dès lors, l'autorisation devra être renouvelée si certaines photographies sont à nouveau reproduites et que cette reproduction n'a pas été initialement autorisée. En outre, l'autorisation doit être accordée pour un mode donné d'exploitation et la reproduction de clichés ne saurait excéder les limites du consentement accordé par la personne photographiée. A cet égard, on relèvera que l'autorisation de réaliser un cliché n'emporte pas celle de le publier.

Il convient également de prendre garde à l'usage fait des photographies. La jurisprudence a, en effet, pu décider : « *attendu que le droit à l'image, partie intégrante de la personnalité doit être respecté ; attendu qu'il n'est pas contesté que les photographies illustrant les articles de presse incriminés sont des photographies réalisées à l'occasion d'événements publics ; mais qu'elles ne sont pas publiées dans ces articles pour illustrer un quelconque événement officiel ou mondain à la Principauté de Monaco, mais plutôt pour donner du poids aux affirmations de l'hebdomadaire selon lequel il existerait un antagonisme entre le prince et sa fille au sujet d'un éventuel mariage* ». Ont été de la même façon sanctionnés le détournement de l'image d'une personne pour un usage à fins commerciales ou publicitaires.

2) *Les tempéraments*

39 - Certaines limites ont, néanmoins, été posées par la jurisprudence au droit à l'image.

Les photographies réalisées dans un lieu public

40 - La reproduction de l'image de personnes privées est considérée comme autorisée dès lors qu'il s'agit de la photographie d'un groupe ou d'une scène de rue. Cette exception permet de concilier deux impératifs, le droit à l'image et le droit à l'information. La jurisprudence pose, néanmoins, certaines conditions. Ainsi, la publication sans consentement est autorisée pour des photographies prises de groupe dans des lieux publics, dès lors qu'il n'y a pas individualisation ou cadrage sur un élément. La personne photographiée ne doit ainsi pas constituer le sujet principal de la photographie, ni être normalement identifiable par ses proches ou tout autre individu.

³⁵ « *La tolérance passée ou le consentement antérieurement donné ne saurait constituer un fait justificatif et valoir consentement à une nouvelle divulgation* ».

Le droit de l'information et les événements de l'actualité

41 - La seconde exception est constituée des photographies relatives à un événement d'information³⁶. Néanmoins, la reproduction ou la diffusion de telles photographies ne doit pas dépasser le cadre de l'information, ni porter préjudice aux personnes photographiées. La jurisprudence exige que la photographie soit prise dans des circonstances ayant un rapport direct avec les événements en cause ou sur les faits qui en ont été la suite³⁷ ou qu'elle ne soit pas de nature à porter atteinte à la dignité de celle-ci³⁸.

ii) Voix d'une personne

42 - La voix de l'enseignant ou de tiers peut donner prise à différentes catégories de droit : droit d'auteur, droits voisins et droit de la personnalité.

1) *La voix peut donner prise au droit d'auteur*

43 - L'article L. 112-2, 2° du Code de la Propriété Intellectuelle dispose que sont considérés comme œuvre de l'esprit les conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres œuvres de même nature. La Jurisprudence considère, en conséquence, que le fait de prononcer un discours en public confère à son auteur le droit d'en interdire la reproduction³⁹. Dès lors, un enseignement donné oralement est susceptible de protection par le droit d'auteur et ne saurait être librement reproduit.

2) *La voix peut donner prise à des droits voisins*

44 - Aux termes de l'article L. 212-1 du Code de la Propriété Intellectuelle, l'artiste interprète est la personne qui représente, chante, récite, déclame, joue ou exécute de toute autre manière une œuvre littéraire ou artistique, un numéro de variété, de cirque ou de marionnettes. Il peut donc y avoir un cumul de droits, des droits d'auteurs sur l'œuvre et des droits voisins au profit de l'interprète de l'œuvre. L'article L. 212-3 du Code de la

³⁶ A propos de la photographie d'une des victimes de l'attentat du métro Saint-Michel, Cass. civ. 1^{re}, 20 décembre 2000, D. 2001, p. 1119 : « *La liberté de communication des informations autorise la publication d'images de personnes impliquées dans un événement sous la seule réserve du respect à la dignité de la personne humaine* ».

³⁷ Paris, 23 janvier 1974, JCP 1974, II, 17873 : « *Si toute personne a sur son image un droit exclusif et peut s'opposer à sa publication, alors même qu'elle ne constituerait pas une atteinte à sa vie privée, ce droit doit se concilier avec ceux de l'information quand celui dont l'image a été captée est une personnalité publique ou participe, à un titre quelconque, aux événements de l'actualité. Mais il n'en est pas de même du fonctionnaire qui a été mêlé à l'actualité à son corps défendant. Dans ce cas, la reproduction de l'image n'est admissible, pour les nécessités de l'information, que si elle a été prise dans des circonstances ayant un rapport direct avec les événements en cause* ».

³⁸ Paris, 24 février 1998, RTD civ. 2000, p.291 : « *La publication de la photographie litigieuse au cours de la période de deuil des proches parents de Claude Erignac constitue, dès lors qu'elle n'a pas reçu l'assentiment de ceux-ci, une profonde atteinte à leurs sentiments d'affliction, partant à l'intimité de leur vie privée* ». A propos de la même affaire, le pourvoi est rejeté sur le fondement des articles 10 de la CEDH et 16 du Code civil, Cass. civ. 1^{re}, 20 décembre 2000, D. 2001, p. 872 et 885 : « *La loi assure la primauté de la personne et interdit toute atteinte à l'intimité de celle-ci* »

³⁹ T. civ. de la Seine, 13 février 1952, D. 1952, 245.

Propriété Intellectuelle prévoit, comme pour le droit d'auteur, que les artistes-interprètes bénéficient de droits patrimoniaux et qu'une autorisation, qui là est obligatoirement écrite, devra être donnée par pour la fixation et l'exploitation de leur prestation⁴⁰.

Néanmoins, certaines limites aux droits des artistes-interprètes ont été posées par le législateur. Ceux-ci ne peuvent, en effet, interdire la reproduction et la communication publique de leur prestation si elle est accessoire à un événement constituant le sujet principal d'une séquence d'une œuvre ou d'un document audiovisuel (article L. 212-10 du Code de la Propriété Intellectuelle). Par ailleurs, lorsqu'un phonogramme a été publié à des fins de commerce, les artistes-interprètes ne peuvent interdire la communication directe en un lieu public dès lors qu'il n'est pas utilisé dans un spectacle ; la radiodiffusion et la distribution par câble simultanée et intégrale de cette radiodiffusion (article L. 214-1 du Code de la Propriété Intellectuelle). Toutefois, même si ces utilisations ne requièrent pas l'accord de l'artiste interprète, elles ouvrent droit à rémunération. Sur le terrain du droit moral, l'artiste-interprète a le droit au respect de son nom, de sa qualité et de son interprétation⁴¹. La jurisprudence a pu également considérer que les artistes-interprètes bénéficiaient d'un droit de divulgation⁴².

Il convient également de relever que les producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes⁴³ bénéficient de droits voisins, leur autorisation étant requise avant toute reproduction, mise à disposition du public par la vente, l'échange ou le louage ou communication au public⁴⁴. Les entreprises de communication audiovisuelle⁴⁵

⁴⁰ Article L. 212-3 du Code de la Propriété Intellectuelle : « Sont soumises à l'autorisation écrite de l'artiste interprète la fixation de sa prestation, sa reproduction et sa communication au public, ainsi que toute utilisation séparée du son et de l'image de la prestation lorsque celle-ci a été fixée à la fois pour le son et pour l'image.

Cette autorisation et les rémunérations auxquelles elle donne lieu sont régies par les dispositions des articles L. 762-1 et L. 762-2 du Code du travail, sous réserve des dispositions de l'article L. 212-6 du présent code ».

⁴¹ Article L. 212-2 du Code de la Propriété Intellectuelle.

⁴² Paris, 16 juin 1993, D. 1994, p. 218 : « L'artiste-interprète doit consentir par écrit à la fixation de sa prestation, de sa reproduction et de sa communication au public et qu'il peut donc limiter la portée de cette autorisation ; que ce droit qui s'analyse en quelque sorte comme un droit de divulgation constitue le corollaire du quasi droit moral qui lui est reconnu ».

⁴³ Le producteur de phonogramme est défini par l'article L. 213-1 du Code de la Propriété Intellectuelle comme la personne, physique ou morale, qui a l'initiative et la responsabilité de la première fixation d'une séquence de sons.

Le producteur de vidéogrammes est défini par l'article L. 215-1 du Code de la Propriété Intellectuelle comme la personne, physique ou morale, qui a l'initiative et la responsabilité de la première fixation d'une séquence d'images sonorisées ou non (article L. 215-1).

⁴⁴ (Articles L. 213-1 et L. 215-1 du CPI). Néanmoins, aux termes de l'article L. 214-1 du Code de la Propriété Intellectuelle, lorsqu'un phonogramme a été publié à des fins de commerce, le producteur ne peut interdire la communication directe en un lieu public dès lors qu'il n'est pas utilisé dans un spectacle ; la radiodiffusion et la distribution par câble simultanée et intégrale de cette radiodiffusion. Cependant, ces utilisations ouvrent droit à rémunération au profit des producteurs.

bénéficieront également de droits voisins par application de l'article L. 216-1 du Code de la Propriété Intellectuelle.

3) *La voix peut donner prise aux droits de la personnalité*

45 - La voix est, enfin, susceptible de donner prise aux droits de la personnalité. La Jurisprudence a, ainsi, pu estimer que la voix constitue l'un des attributs de la personnalité et que toute personne est en droit d'interdire que l'on imite sa voix dans des conditions susceptibles de créer une confusion de personnes ou de lui causer tout autre préjudice⁴⁶.

On veillera donc, dans le développement d'une activité de « enseignement numérique », à ne pas utiliser de matériaux : photographies de personnes, enregistrements sonores..., pouvant être couverts par le droit à l'image des personnes ou des droits de la personnalité.

b) Image et son des biens

i) L'image des biens

46 - La question de l'image des biens met en jeu différents droits : le droit de propriété matérielle du bien, le droit de propriété immatérielle sur le bien, si ce dernier constitue une œuvre au sens du droit d'auteur, le respect de la vie privée du propriétaire et la liberté de diffuser l'image d'un bien. La jurisprudence, depuis longtemps, reconnaît le droit du propriétaire d'un immeuble de s'opposer à la reproduction de celui-ci dans le cadre du respect de sa vie privée. Mais elle a également admis que « *le droit de propriété autorise le propriétaire à mettre obstacle à ce qu'un tiers utilise l'image de son immeuble à des fins commerciales sans son autorisation, le propriétaire ayant seul le droit de jouir et de disposer de son immeuble, et ayant de ce fait la possibilité d'autoriser ou d'interdire l'utilisation de son immeuble à des fins commerciales, l'utilisation commerciale de l'image de son bien étant un attribut du droit de propriété* »⁴⁷. La Chambre civile de la Cour de cassation, par un arrêt du 10 mars 1999, avait avec éclat adopté cette position : « *Le propriétaire a seul le droit d'exploiter son bien sous quelque forme que ce soit* »⁴⁸.

Dans un arrêt du 2 mai 2001, la Cour de cassation a néanmoins modéré cette vision en cassant l'arrêt d'appel qui avait interdit la diffusion de la photographie d'un paysage comportant au premier plan un îlot, malgré l'opposition du propriétaire de celui-ci, sans préciser en quoi l'exploitation de la photographie porterait un trouble certain au droit

⁴⁵ Sont dénommées entreprises de communication audiovisuelle les organismes qui exploitent un service de communication audiovisuelle au sens de la loi du 30 septembre 1986, c'est-à-dire les organismes de radiodiffusion sonore, les chaînes publiques ou privées et les services télématiques interactifs.

⁴⁶ TGI Paris, 3 décembre 1975, JCP 1978, II, 19002 ; TGI Paris, 19 décembre 1984, Gaz. Pal. 1985, 2, som. 406.

⁴⁷ Metz, 26 novembre 1992, D. 1994, somm., 161. Voir également Paris, 12 avril 1995, JCP 1997, II, 22806 : « *Par application de l'article 544 du Code Civil, tout propriétaire a le droit « le plus absolu » d'interdire la reproduction à des fins commerciales de ses biens et ce droit n'a d'autre limite que l'abus qui pourrait en être fait [...]* » ; dans le même sens TGI Saumur, ord. réf., 28 août 1996, D. 1998, Som. Com., 57, confirmé par Cass. civ. 1^{re}, 25 janvier 2000, D. 2000, IR, 161.

⁴⁸ Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1999, D. 1999, 319, somm. 247.

d'usage ou de jouissance du propriétaire⁴⁹. Les juges du fond ont, à la suite de cet arrêt, systématiquement recherché l'existence d'un trouble certain au droit d'usage et de jouissance du propriétaire du bien qui, seul serait apte à motiver l'interdiction d'exploitation commerciale de l'image d'un bien⁵⁰.

Par une décision de son Assemblée plénière, la Haute juridiction a fortement atténué ce qui avait été jugé en 1999 et a pu décider : « *Le propriétaire d'un chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci. Il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal*⁵¹ ».

Dès lors, différents fondements permettront à une personne d'interdire la reproduction de l'image d'un bien. En premier lieu, l'auteur ou ses ayants droit bénéficient, sur l'œuvre qui n'est pas tombée dans le domaine public, d'une protection sur le fondement des droits de représentation et de reproduction (L. 122-4 du Code de la Propriété Intellectuelle).

Dans l'hypothèse où l'auteur aurait cédé cette même œuvre, on aboutit à un conflit entre l'auteur et l'acquéreur de la propriété matérielle du support de l'œuvre. L'auteur pourra s'opposer à toute reproduction de son œuvre sauf si la reproduction est limitée à un usage privé ou bien encore si l'œuvre n'est que l'accessoire d'un sujet principal. Le propriétaire du bien pourra également s'opposer à la reproduction de l'image de son bien, hors tout aspect de propriété intellectuelle s'il démontre, au vu de l'évolution jurisprudentielle, l'existence d'un trouble certain dans l'utilisation de l'image par un tiers. Il nous semble aujourd'hui que l'utilisation de l'image d'un bien, comme un paysage volcanique, un vieux château, etc., dans une activité de « enseignement numérique » ne saurait constituer un trouble anormal pour le propriétaire dudit bien.

Enfin, la jurisprudence sanctionne depuis toujours, l'exploitation faite de l'image du bien portant atteinte à la vie privée de son propriétaire⁵².

Il semble, pour que l'atteinte soit constituée, qu'il faille que la photographie permette la localisation de l'immeuble et / ou l'identité de son propriétaire.

ii) Le son des biens

47 - On pourra désormais dans un cours donné par Internet, ou par tout autre medium, insérer des photographies de choses appartenant à autrui (sous réserve de l'autorisation du photographe auteur du cliché et à condition que la chose ne soit pas une œuvre

⁴⁹ Cass. civ. 1^{re}, 2 mai 2001, D. 2001, com. 1973.

⁵⁰ TGI Clermont-Ferrand, 23 janvier 2002, D. 2002, 1226 : « *Attendu que le droit de propriété d'un bien meuble ou immeuble exposé à la vue de tous n'emporte pas en lui-même pour son titulaire le droit de s'opposer à l'exploitation commerciale de l'image de ce bien obtenue sans fraude si l'exploitation qui en est faite ne porte pas un trouble certain au droit d'usage et de jouissance du propriétaire* ». Dans le même sens, Paris, 19 février 2002, D. 2002, som. com. 2511.

⁵¹ Ass. Plén., 7 mai 2004 : D. 2004, Jurispr., 1545.

⁵² TGI Paris, 2 juin 1976, D. 1977, 364 ; TGI Bordeaux, 19 avril 1988, D. 1989, somm. com. 93, jugeant que le propriétaire dont le domicile a été photographié est fondé à obtenir réparation de l'atteinte ainsi portée à sa vie privée.

protégeable) dans la mesure où l'utilisation de l'image de cette chose ne constituera pas un trouble anormal au détriment du propriétaire. Par voie de conséquence, le propriétaire d'un bien ne pourra pas s'opposer, sous la même réserve, à ce qu'un tiers utilise le « son » dudit bien, par exemple l'enregistrement, effectué sans le consentement du propriétaire d'un terrain arboré, du chant des oiseaux gazouillant sur les branches.

B LES CREATIONS

48 – Faute de terme mieux adapté, les créations réalisées par les enseignants dans le cadre d'un *enseignement numérique* seront désignés par le terme classique de « cours ». Mais il faut tenir compte que ces contributions individuelles n'auront d'utilité et donc de valeur que du fait de leur intégration dans un ensemble que nous désignerons par l'expression « site d'enseignement numérique » et dont il faut d'abord tenter d'éclaircir le régime juridique.

1 Le site d'enseignement numérique

49 – En tant qu'ensemble d'informations structurées de manière originale, le site d'enseignement numérique est assurément l'objet d'une propriété intellectuelle (a). Mais en tant que publication, il est aussi une œuvre de communication source d'une responsabilité juridique spécifique (b).

a) Une œuvre protégée

50 - A raisonner sur le site dans son ensemble, pris en tant que complexe de pages web et offrant un certain contenu de textes, d'images et de sons, accessible de manière interactive, il y a lieu assurément de considérer ledit site comme une œuvre si l'ensemble présente une originalité, ce qui sera le cas le plus souvent. Œuvre multimédia a-t-on dit, ce qui ne change rien, et cela indépendamment des droits d'auteurs pouvant exister sur chacun des éléments le composant : photographies, textes, logiciels etc... La jurisprudence a confirmé qu'un site était une œuvre (TGI Paris, 3^{ème} ch., 13 février 2001 : www.juriscor.net).

51 – Concernant le cas particulier des liens hypertexte, qui sont un des éléments caractéristiques du *web*, une première question consiste à savoir si un lien, nécessaire à l'existence même de l'Internet, peut être en soi objet d'une protection privative au profit de celui qui l'aura imaginé, indépendamment de la composante logicielle, objet de droit d'auteur prévu par la loi. La réponse semble être positive, et, comme toujours, sous condition d'originalité, la création de lien pourrait être rapprochée du dessin de parcours, comme ceux de randonnées pédestres. A supposer que le fait d'imaginer et formaliser ce « parcours » ne puisse être considéré comme original, il y aurait probablement faute, en quelque sorte parasitaire, de la part d'un tiers, de reproduire à son bénéfice pareil lien. Le débat est difficile. On admettra, au-delà, que les liens font partie du site et que l'ensemble peut bénéficier du statut d'œuvre protégée. Ce qui veut dire que le site ne peut être reproduit par un tiers, ce qui constituerait un acte de contrefaçon de droits d'auteur.

52 – Toujours concernant les liens hypertexte, une seconde question est de savoir dans quelle mesure les droits sur le site permettent de sanctionner la création de liens hypertextes pointant sur lui. Ce problème a déjà été rencontré plus haut⁵³. Il ne semble pas

⁵³ Cf. *supra* n° 37.

que le titulaire d'un site, par hypothèse accessible, puisse s'opposer à ce que d'autres sites puissent renvoyer vers lui par l'intermédiaire de liens, dans la mesure toutefois où l'internaute y accédant aura bien conscience qu'il a changé de site et qu'il a été dirigé vers le site dont on parle, perçu dans son autonomie.

En revanche on a jugé qu'était illicite l'emploi de liens dits « profonds » ne permettant pas à l'internaute ayant accédé au premier site d'être conscient qu'il en changeait pour avoir accès à un autre, non identifié en tant que tel. Dans ce dernier cas le titulaire du site usant de liens profonds pour prendre de la substance à des sites autres pourrait être comptable selon les circonstances d'actes de contrefaçon de droits d'auteur au détriment du titulaire du site de renvoi, d'actes fautifs au sens du droit de la responsabilité civile, voire coupable d'actes d'extraction illicite de données, ou même de contrefaçon de base de données.

Si les liens non profonds doivent donc être licites en principe, la question difficile demeure de savoir si tel titulaire de site pourrait, par avertissement adéquat, faire savoir qu'il ne souhaite pas que des liens de tiers pointent sur son site. Il y a lieu sans doute d'estimer que le titulaire des droits sur le site-cible ne puisse pas s'opposer, malgré qu'il en ait, à l'accès à ce dernier par le biais de liens non profonds.

53 - Les contrats nécessaires à la constitution d'un site d'enseignement numérique, comme d'ailleurs de tout autre site, sont assez divers et nombreux.

Il conviendra bien sûr que le promoteur du site soit connecté au réseau, c'est l'objet d'un contrat spécifique.

Il faudra également que soit conclu un contrat d'hébergement avec un prestataire technique assurant ce service, à moins que ce dernier puisse être assuré en interne sur les machines du secteur de l'Education nationale.

Si le promoteur de l'opération désire qu'une entreprise tierce, de manière externe, conçoive le site, un contrat en ce sens devra être conclu avec ce prestataire sur un cahier des charges à lui fournir. Il faudra accorder une attention particulière aux questions de réception du site, de garantie des vices, de garantie d'éviction du fait des tiers, de la propriété du site et de tous ses éléments qui devra être clairement et formellement transférée au promoteur, de maintenance et d'évolution.

Si le site est conçu et développé par le promoteur lui-même, celui-ci devra passer les contrats nécessaires avec les informaticiens externes, s'il y en a, avec les graphistes, les auteurs de contenus etc... pour avoir les droits nécessaires à l'exploitation dudit site et ce dans les formes de l'article L. 131-3 du CPI. Une fois encore en effet, même si ces personnes (sauf les auteurs salariés ou fonctionnaires de logiciels) sont simples prestataires indépendants, salariés ou fonctionnaires (cf. *supra* n° 21 et s.).

54 – Naturellement dans la mise en place de ces contrats, il conviendra de tenir compte de la nature publique ou privée des parties, ce qui pourra conduire éventuellement à l'application des procédures de marchés publics.

b) Une œuvre de communication audiovisuelle

55 – Qui assumera la responsabilité de la diffusion des informations mises en ligne sur le site ?

En raison de la nature du média, on pourrait penser à la responsabilité des hébergeurs qui vient d'être rafraîchie par la loi pour la confiance dans l'économie numérique (L. n° 2004-575 du 21 juin 2004 : JO 22 juin 2004, p. 11168, art.6, I, 2). Mais il faut rappeler que l'hébergeur est celui qui assure « même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ». Or s'il n'est pas exclu qu'un site d'enseignement numérique assure cette fonction, notamment par mise à disposition des apprenants d'un forum de discussion, ce n'est pas son objet essentiel.

Le site d'enseignement numérique n'a pas tant pour objet d'accueillir pour les mettre à disposition du public des informations fournies par les « destinataires du service », mais plutôt de diffuser un contenu produit à cette fin. C'est dire que son activité est proche d'une celle d'un média d'information comme un journal ou une chaîne de radio ou de télévision.

Dans ces conditions il y a lieu d'appliquer le droit de la presse ou, plus précisément, celui de la communication audiovisuelle qui organise la responsabilité des producteurs de site ou plutôt aujourd'hui d'un éditeur de service de communication au public, au sens de l'article 6, III, 1 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique. Cette loi rappelle l'obligation faite à ces éditeurs de mettre à la disposition du public notamment « le nom du directeur ou du codirecteur de la publication et, le cas échéant, celui du responsable de la rédaction au sens de l'article 93-2 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 ». C'est que, par un système imité du droit de la presse, mais qui n'en est pas moins distinct (Crim. 6 mai 2003 : Bull. crim. n° 94 ; D. 2003. 2192, note Dreyer ; JCP G 2003. IV. 2175) les articles de la loi du 29 juillet 1982 qui ont survécu à son abrogation par la loi du 30 septembre 1986, prévoient en principe la responsabilité pénale du directeur de la publication (L. n° 82-652 du 29 juill. 1982, art.93-3), étant précisé que « lorsque le service est fourni par une personne morale, le directeur de la publication est le président du directoire ou du conseil d'administration, le gérant ou le représentant légal, suivant la forme de la personne morale » (art.93-2). Cf. *infra* n° 65 *in fine*.

2 Les cours numériques

56 - Au rappel de ce qui a été vu plus haut, on redira qu'un cours totalement monté, conçu et rédigé sans emprunts autres que de matériaux « libres » ou d'idées de tiers, est une œuvre qui reflètera la personnalité de son auteur et sera donc protégeable par le droit de la propriété littéraire et artistique.

- Il n'importe pas que ledit cours soit rédigé sous une forme « papier » ou soit accessible sous forme électronique. La numérisation d'une œuvre n'en change pas la nature. Mais la numérisation d'une œuvre initialement rédigée sur papier est une reproduction et toute reproduction exige l'autorisation de l'auteur, de même que la diffusion etc... L'auteur du cours en est le propriétaire, même si le cours s'insère parmi d'autres cours dans l'œuvre collective (v. plus haut n° 28) que peut être le site d'université numérique, de la même façon que l'œuvre collective : journal par exemple, n'enlève pas les droits d'auteur des journalistes sur leurs articles.
- L'existence d'une équipe de production des enseignements peut compliquer le problème. Si l'auteur est seul, on l'a vu, il est propriétaire de son cours et

l'exploitation par l'Université numérique dudit cours supposera une cession de droits expresse et conforme à l'article L. 131- 3 du CPI., sauf à admettre que les fonctionnaires cèdent leurs œuvres pour les besoins du service. Le fait que le promoteur du site – ou l'équipe de production des enseignements - ait suscité la création d'un cours, parmi d'autres, pourra donner, on l'a vu, à l'ensemble des enseignements - mais non pas au cours lui-même, le caractère d'œuvre collective, si les conditions en sont réunies. Ce qui n'est pas le cas si ledit cours existait déjà. Il se peut aussi que plusieurs personnes – les membres de l'équipe de production de tel enseignement- aient travaillé ensemble pour la réalisation dudit cours. Il s'agit alors d'une œuvre de collaboration dont sont titulaires les coauteurs⁵⁴. La question de la rémunération de l'auteur, en contrepartie de la cession de ses droits d'exploitation sur le cours sera retrouvée ci-après.

57 – Ce qui vient d'être écrit concerne des cours classiques portés sur internet. Dans la mesure où l'enseignement numérique devrait susciter l'apparition de produits de formation nouveaux, reposant notamment sur les techniques de simulation, il conviendra de qualifier exactement le produit ainsi créé : ainsi est-il probable que les simulateurs reposent sur une base logicielle, bien que l'innovation réside ici non pas tant dans le programme servant de « moteur » à la simulation, mais dans le scénario de cette dernière et, plus largement, dans le « monde » mis en scène. La technique de conception d'un simulateur est proche de celle d'un jeu vidéo et il est naturel que l'on retrouve une approche juridique comparable. Sans prétendre résoudre ici cette question fort délicate, on signalera simplement que la protection d'un jeu vidéo ne peut se réaliser que par l'application combinée des techniques de la propriété intellectuelle, notamment du pur droit d'auteur et du droit des logiciels. C'est encore la notion protéiforme d'œuvre multimédia qui sera sollicitée ici, même si la baptiser ne suffit pas à en déterminer complètement le régime juridique...

58 – Naturellement le travail de réalisation de ces cours ou produits numériques devra se faire dans un cadre juridique dépendant du statut personnel des auteurs. Si l'on excepte le cas où il serait fait appel à des prestataires privés, cette question ne peut être envisagée en-dehors de l'étude du statut des enseignants au regard de l'*enseignement numérique*.

⁵⁴ Cf. *supra* n° 25.

59 – L’enseignement numérique va certainement remettre considérablement en cause le travail des enseignants. C’est cette question générale qui doit être abordée avant d’examiner plus spécifiquement la question, plus technique mais essentielle, de la valorisation de l’activité développée par les enseignants dans le cadre de l’*enseignement numérique*.

A LE TRAVAIL DES ENSEIGNANTS

60 – Etant donné la nouveauté des problèmes, il n’est pas inutile de donner une description raisonnée du travail des enseignants dans la formation numérique ; ce n’est qu’ensuite que l’on pourra utilement présenter les questions spécifiques que suscite ce changement dans la nature des médias.

1 Description du travail des enseignants

61 - Le rôle de l’enseignant en formation non présenteielle est plus complexe que dans le cadre d’une formation présenteielle. En effet, un enseignant peut intervenir dans un Campus numérique selon trois modalités :

- Comme auteur : l’auteur est celui qui élabore le contenu de l’enseignement. Outre la rédaction des éléments de la connaissance, il doit définir les objectifs généraux de la matière et il doit en assurer l’actualisation.
- Comme « facilitateur » : le facilitateur (qui peut ne pas être l’auteur) doit assurer la transposition d’un cours rédigé en un outil numérique d’apprentissage à distance. Il est tenu d’organiser cet apprentissage : pour ce faire, il doit assurer le séquençage de l’action de formation par unité de temps, coordonner le développement et la mise en scène de la matière conformément aux objectifs généraux définis par l’auteur, et assurer la mise à jour de l’outil numérique.
- Comme enseignant-tuteur : l’enseignant-tuteur (qui peut ne pas être l’auteur et/ou le facilitateur) doit faciliter l’apprentissage et contrôler la progression pédagogique en veillant au respect par les apprenants du découpage de l’action de formation, il doit dynamiser la formation et motiver les étudiants. Il évalue l’apprentissage.

La distinction de ces trois fonctions est essentielle en raison des incidences qu’elle peut avoir sur le statut de l’enseignant. Ainsi, si la rémunération du facilitateur ou de l’enseignant-tuteur se fonde sur un contrat de louage d’ouvrage ou de service classique, l’auteur bénéficie en plus d’une rémunération spécifique pour la cession des droits sur son oeuvre.

Il n’est pas rare que l’auteur des éléments pédagogiques assure lui-même la mise en place du module de formation, endossant alors le rôle de facilitateur. Le suivi au quotidien que suppose le tutorat est en revanche très souvent délégué, comme peuvent l’être les travaux dirigés par l’enseignant d’un cours magistral en présentiel.

2 Problèmes spécifiques résultant du caractère numérique de l'enseignement

62 - La création d'un enseignement numérique engendre, au même titre que l'enseignement oral présentiel, des droits d'auteur. L'originalité du premier réside plutôt dans l'absence de face à face et dans l'usage des TICE.

a) **Le contrôle des acquis**

63 - Incombant normalement à l'enseignant-tuteur, le contrôle des acquis ne saurait être ici assimilé à un contrôle continu, tel qu'il existe en présentiel. Il s'agit ici de s'assurer que les étudiants ont parfaitement assimilé un élément de cours en le validant par des exercices (qui sont le plus souvent autocorrectifs). Outre le suivi de la progression pédagogique de l'étudiant, ce contrôle permet également de vérifier l'adéquation de l'élément d'apprentissage aux objectifs généraux de la matière.

L'examen permettant l'octroi d'un diplôme doit être en revanche entouré de certaines précautions (contrôle de l'identité des candidats, contrôle du déroulement de l'épreuve, contrôle des sujets et égalité de traitement...) qui semblent peu compatibles avec le numérique et la distance, en l'état actuel des choses. Cet examen suppose donc la mise en place d'un regroupement physique des candidats afin de satisfaire aux conditions de sécurité et de contrôle des épreuves.

b) **Droit de refuser l'enseignement numérique**

64 - Les activités liées à la mise en place d'un Campus virtuel ne faisant pas partie des obligations réglementaires de l'enseignant (voir *infra* n° 79), l'enseignement numérique ne peut être imposé dans le service statutaire d'un enseignant.

c) **Incidence de l'enseignement numérique sur la déontologie de l'enseignement**

65 - La description des règles de droit et de bons comportements devant être respectées par les intervenants dans les Campus numériques universitaires est rappelée dans une proposition de charte type faite par le Ministère de l'Education nationale (EDUNET/veille juridique/campus numérique/règles de droit). La quantité et la facilité de circulation des informations et des contenus numériques doivent inciter leurs auteurs à la plus grande prudence.

Pour mémoire, les règles exposées concernant l'utilisation d'Internet et du service de messagerie rappellent, en particulier, les principes suivants :

- le respect des valeurs fondamentales de l'Education nationale, en particulier le principe de neutralité religieuse, politique et commerciale ⁵⁵;
- le respect des lois relatives à protection de la vie privée d'autrui et notamment du droit à l'image (cf. *supra* n° 38 et s.) ;

⁵⁵ cf. circ. n°II-67-290, 3 juill. 1967 et n°76-440, 10 déc. 1976 interdisant, à l'occasion du service proposé par un établissement public d'enseignement de faire de la publicité sur des produits ou services du commerce.

- le respect des lois relatives à l'informatique, aux fichiers et aux libertés : aucun usage des données personnelles, des listes d'adresses de messagerie ou des listes de diffusion dans objectif autre que pédagogique ou éducatif tel que rappelé dans la charte ;
- le respect des lois relatives à la propriété intellectuelle et industrielle : contrefaçon de marque, reproduction, représentation ou diffusion d'une œuvre de l'esprit en violation des droits d'auteur (plagiat, non respect du droit à la paternité sur l'œuvre...), copies de logiciels commerciaux, hormis la copie de sauvegarde ;
- le respect des lois réprimant la diffamation et l'injure, la provocation à la discrimination, à la haine notamment raciale, à la violence, négation de crimes contre l'humanité, etc.
- Enfin, l'enseignant doit s'engager à préserver l'intégrité du réseau et des ressources informatiques, notamment en s'interdisant d'interrompre le fonctionnement normal des systèmes connectés, de détourner les programmes, de les infecter en introduisant des programmes nuisibles, de modifier la configuration des machines... L'utilisation du réseau doit être rationnelle et loyale afin d'en éviter la saturation ou le détournement à des fins personnelles.

Il faut observer que l'ensemble de ces infractions fait naître un problème spécifique de responsabilité puisqu'il y a diffusion (cf. *supra* n° 55). Par principe, le directeur de la publication devrait supporter la responsabilité des informations diffusées et cette direction devrait normalement incomber au président de l'UNJF... Par ailleurs, si un forum devait être installé à destination des étudiants, la responsabilité des propos qui y sont tenus pourrait également incomber à l'UNJF ; par prudence, il conviendrait donc d'assurer une modération du forum.

B LA VALORISATION DU TRAVAIL DE L'ENSEIGNANT

66 – C'est sur cette question technique qu'achoppent nombre d'initiatives en matière d'enseignement numérique. Il apparaît en effet très difficile de donner un prix aux enseignements numériques car le particularisme de leur processus de production oblige à un calcul de coûts spécifiques.

Pour dire les choses plus simplement : puisque l'enseignement n'est plus présentiel, il n'est plus opératoire de rémunérer l'enseignant en fonction du temps passé « en présence » des étudiants. Il faut évaluer le travail réellement fourni qu'il soit de conception ou de rédaction des supports ou encore de suivi des apprenants.

On examinera successivement la question de la rémunération de l'enseignement numérique, qui passe par la quantification du travail fourni, pour terminer par la présentation des modalités de prise en compte de cette nouvelle fonction dans le cadre du statut de l'enseignant.

1 La rémunération de l'enseignement numérique

67 - La problématique de la rémunération de l'enseignement numérique repose sur la distinction des différentes fonctions que peut assumer un enseignant, à savoir auteur, facilitateur ou enseignant-tuteur.

a) La rémunération de l'auteur

68 - En contrepartie de l'exploitation de l'œuvre concédée au Campus numérique, l'auteur du contenu des cours numériques a droit à une indemnisation financière. Le prix de la cession de ces droits sur l'œuvre varie selon l'étendue de l'autorisation, des modes et formes d'exploitation concédées, du territoire et de la durée d'exploitation, de son caractère exclusif ou non.

L'article L. 131-4 CPI (cf. *supra* n° 35) ne prévoit aucune spécificité pour les services en ligne permettant une rémunération forfaitaire, à moins que les œuvres concernées soient destinées à un accès gratuit, ce qui ne semble pas être le cas pour les cours en ligne sur le Campus numérique de l'UNJF. La rémunération proportionnelle sera donc de principe ici, avec comme assiette, à peine de nullité, le prix payé par le public pour accéder à l'œuvre. L'auteur doit en effet participer à toutes les recettes générées par l'exploitation de l'œuvre (cf. *supra* n° 34).

La durée de la protection légale des droits patrimoniaux sur une œuvre est de soixante dix ans à compter du 1^{er} janvier de l'année qui suit le décès de son créateur (art. L. 123-1 CPI)⁵⁶. Le contrat passé avec l'auteur devra donc stipuler que la cession des droits sera consentie à dater de la dernière signature des parties et pour la durée de la propriété littéraire et artistique.

Le cours peut être rédigé par plusieurs auteurs. Les droits pourraient appartenir aux co-auteurs s'il s'agissait d'une œuvre de collaboration ; mais l'intérêt de retenir la qualification d'œuvre collective est ici évident⁵⁷ : dès lors que le cours est créé à la demande de l'UNJF, réalisé selon ses directives et divulgué sous son nom, les droits d'auteur lui appartient ; cette solution permet d'éviter la question de cession des droits).

La cession des droits de l'auteur au profit de l'UNJF peut se faire à titre onéreux, mais aussi à titre gratuit. Dans cette hypothèse, la contrepartie financière de la prestation fournie par l'auteur – la rédaction d'un cours - serait assurée sur la base d'une prestation de service. Cette solution permettrait d'éviter l'épineux problème des droits d'auteur et de leur quantum sans pour autant léser l'auteur de ses prérogatives morales (incessibles). Qu'elle soit faite à titre onéreux ou gratuit, cette cession de droits devra cependant toujours faire l'objet d'une stipulation expresse.

b) La rémunération du facilitateur

69 - Une première question doit être évoquée : le facilitateur peut-il invoquer des droits d'auteur sur le cours numérisé ? La numérisation en elle-même ne permet pas de répondre au critère d'originalité. Toutefois, le travail de création de l'outil numérique pourrait revêtir une telle originalité, du moins dans le modèle d'origine. Les premiers concepteurs de la charte numérique et pédagogique devraient donc céder leurs droits d'exploitation. La réalisation des outils conformément au modèle pré-défini par les facilitateurs ne permet

⁵⁶ Cf. *supra* n° 14.

⁵⁷ Cf. *supra* n° 28.

plus de relever une originalité propre de ces créations : pas de droit d'auteur donc, mais par contre une rémunération de la prestation de service.

Concernant la rémunération de la prestation de service du facilitateur, trois cas sont envisageables :

- la prestation est effectuée par un enseignant universitaire dans le cadre de son service statutaire : la rémunération devrait être incluse dans le traitement (sur ce point *infra* n°79)
- la prestation est effectuée par un enseignant universitaire en dehors de son service statutaire : il est rémunéré au titre d'heures complémentaires
- la prestation est effectuée par un enseignant non universitaire : il sera rémunéré en vacations selon les tarifs en vigueur.

c) La rémunération des enseignants-tuteurs

70 - Les principes énoncés pour les facilitateurs sont applicables aux enseignants-tuteurs.

2 La quantification du travail fourni dans le cadre de l'enseignement numérique

a) Le travail de l'auteur

71 - En dehors de la rémunération pour la cession de ses droits, l'auteur est rémunéré pour la création des outils numériques, concrètement pour la rédaction des cours qui seront ensuite numérisés, mis en adéquation avec les objectifs et les exigences de l'enseignement à distance.

Cette rédaction initiale des modules de formation peuvent être quantifiés simplement en utilisant l'heure de cours présentiel comme référence. (1 h de cours, payée 4 heures de cours).

La remise à jour du contenu des cours devrait être assurée par l'auteur, lequel se verrait allouer une somme forfaitaire annuelle pour ce travail selon un ratio préalablement défini, avec une possibilité de négociation en cas de refonte nécessaire de l'œuvre, suite à une réforme importante.

b) Le travail du facilitateur

72 - Ce travail est plus délicat à apprécier puisqu'il est variable. Sauf à tenir une comptabilité précise du temps passé, le plus simple est d'utiliser un ratio pour la mise en œuvre des outils pédagogiques, par exemple de 1/5 (une heure payée pour cinq heures de cours mis en ligne).

c) Le travail de l'enseignant-tuteur

73 - En ce qui concerne le travail de tutorat, plusieurs éléments doivent être pris en compte :

- le temps passé pour l'accompagnement des étudiants à distance (messagerie, forum, visioconférence, courrier, téléphone...)

- les heures d'encadrement lors des regroupements présentiels éventuels
- le temps passé à l'actualisation du produit pédagogique

Pour la rémunération, certaines solutions ont été proposées, consistant, selon un ratio défini, de calculer la rémunération en introduisant une pondération en fonction d'un nombre donné d'étudiants inscrits. Les heures de regroupement présentiels peuvent être payées selon le temps passé.

3 La prise en compte dans le statut de l'enseignant

a) **Détermination des droits des enseignants sur leurs créations numériques**

74 - En vertu de l'art. L. 112-1 CPI, la protection du droit d'auteur peut être acquise à « toutes les oeuvres de l'esprit », ce qui comprend les œuvres numériques⁵⁸.

Selon la jurisprudence, un professeur fonctionnaire, dans une position statutaire et réglementaire, peut se voir reconnaître un droit d'auteur sur son cours, lequel est bien une œuvre de l'esprit au sens du Code de la propriété intellectuelle⁵⁹. Le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique précise dans son avis du 2001-1 du 20 décembre 2001 que « les cours des professeurs sont susceptibles d'être regardés comme des œuvres à l'instar de toute forme qui s'exprime par l'écrit, mais au même titre que les œuvres audiovisuelles et les bases de données produites par les administrations... ». Comme auteur, l'enseignant jouit donc de l'ensemble de ses droits moraux et de ses droits patrimoniaux sur son œuvre.

Toutefois la prudence doit rester de mise. En effet le Conseil d'Etat, dans l'avis OFRATEME⁶⁰ considère que les nécessités du service exigent que l'administration soit investie des droits de l'auteur sur les œuvres dont la création fait l'objet même du service ; cet avis a été confirmé en 2002 par le Conseil d'Etat, ce qui montre que l'Administration tient à la règle, même si elle reconnaît que son application doit être nuancée et respectueuse des personnels. Le texte de cet avis est d'ailleurs très restrictif puisqu'il ne reconnaît pas le droit moral pour un fonctionnaire dans l'exercice de sa fonction, pendant le temps de travail et sur les moyens publics mis à sa disposition.

Ceci semble militer pour une prestation de l'enseignant fonctionnaire en dehors de son service statutaire, puisque ces restrictions au droit d'auteur n'entrent que dans le cadre strict de « l'objet même du service » ; par ailleurs, il faut observer que la création d'œuvres numériques n'entre pas dans le service statutaire de l'enseignant fonctionnaire tel qu'il est défini réglementairement par l'article 3 du décret 84-431 du 6 juin 1984 relatif aux dispositions statutaires sur les enseignants-chercheurs⁶¹. Au demeurant, le caractère

⁵⁸ En ce sens, avis du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, 20 décembre 2001.

⁵⁹ Affaire Roland Barthes, TGI Paris, 20 novembre 1991, confirmé par CA Paris, 24 novembre 1992.

⁶⁰ Office français des techniques modernes d'éducation, CE, 21 novembre 1972, cf. *supra* n° 23).

⁶¹ Art. 3 D. n°84-431 du 6 juin 1984 : « Les enseignants-chercheurs concourent à l'accomplissement des missions de service public de l'enseignement supérieur définies par la loi du 6 janvier 1984 susvisée.

exorbitant de cette position a été souligné par le CSPLA, tant sur le principe fondamental du droit de la propriété littéraire et artistique, que vis à vis des grands principes des droits de l'homme tels qu'ils résultent de l'article 17.2 de la Charte des droits fondamentaux de l'U.E. ou de l'art. 1 PA 1 de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Observons en outre que le texte OFRATEM n'est qu'un avis et qu'il peut être interprété différemment par la jurisprudence.

b) Articulation du droit d'auteur et du statut d'enseignant

i) Propriété des droits d'auteur

75 - Les enseignants, au même titre que l'ensemble des agents de l'Etat engagés dans une action éducative, détiennent un monopole d'auteur sur leur création, dès lors que celle-ci revêt une forme originale (conformément aux dispositions du CPI). Il est communément admis que les professeurs ou les magistrats conservent leurs droits d'auteurs sur leurs productions (manuels, traités...) ⁶². Ce principe reste valable dans le cadre de l'opération de Campus numérique.

Ils participent à l'élaboration et assurent la transmission des connaissances au titre de la formation initiale et continue. Ils assurent la direction, le conseil et l'orientation des étudiants. Ils organisent leurs enseignements au sein d'équipes pédagogiques et en liaison avec les milieux professionnels. Ils établissent à cet effet une coopération avec les entreprises publiques ou privées. Ils concourent à la formation des maîtres et à l'éducation permanente.

Ils ont également pour mission de développer la recherche fondamentale, appliquée, pédagogique ou technologique ainsi que la valorisation de ses résultats. Ils participent au développement scientifique et technologique en liaison avec les grands organismes de recherche et avec les secteurs sociaux économiques concernés. Ils concourent à la réalisation des objectifs définis par la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France. Ils contribuent à la coopération entre la recherche universitaire, la recherche industrielle et l'ensemble des secteurs de production.

Ils participent à la diffusion de la culture et de l'information scientifique et technique. Ils assurent, le cas échéant, la conservation et l'enrichissement des collections confiées aux établissements et peuvent être chargés des questions documentaires dans leur unité, école ou institut.

Ils contribuent au sein de la communauté scientifique et culturelle internationale à la transmission des connaissances et de la formation. Ils contribuent également au progrès de la recherche. Ils peuvent se voir confier des missions de coopération internationale.

Ils participent aux jurys d'examen et de concours. Ils participent également aux instances prévues par la loi sur l'enseignement supérieur, par la loi d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France ou par le statut de ses établissements ».

Observons que le rapport BELLOC, lettre de mission d'avril 2003, propose une modification de cet article en élargissant les missions des enseignants-chercheurs à la participation à la FOAD, notamment à travers l'utilisation des TICE. Cette proposition n'a pour l'heure reçu aucun écho.

⁶² Cf. JO débats Sénat, 15 septembre 1988, p. 1025 ; v. également, Le droit d'auteur et l'administration, actualités et perspectives, Courrier juridique des finances et de l'industrie, n°13, janvier et février 2002.

Notons que les dispositions de l'article L 113-9 CPI⁶³, emportant la cession des droits d'auteur sur les logiciels au profit de l'employeur, sont ici inapplicables. Cette exception ne concerne en effet que les créations logicielles, les autres créations, tels que les cours numériques, demeurent la propriété de leur auteur. L'Université numérique juridique francophone ne peut donc être titulaire des droits d'auteur sur les cours que si elle en obtient la cession. Il faut donc prévoir des accords de cession exprès fixant l'étendue des droits cédés, précisant les actes de reproduction et de représentation autorisés, et déterminant la rémunération perçue. Les accords de droits sont régis par le principe d'interprétation restrictive selon lequel tout ce qui n'est pas expressément autorisé par l'auteur est interdit.

ii) Possibilité du contrat d'auteur liant l'UNJF et les enseignants

76 - Une question se pose toutefois : peut-on conclure un contrat entre un fonctionnaire et l'UNJF ?

En tant que fonctionnaires, les enseignants sont dans une situation statutaire et réglementaire définie par voie générale et impersonnelle. Or, on pourrait penser que ce statut constitue un obstacle à ce que l'Etat contracte avec le fonctionnaire en vue d'obtenir le service dont ce dernier est réglementairement redevable. Toutefois, l'UNJF et le fonctionnaire étant des entités juridiques distinctes, rien ne s'oppose à ce qu'un contrat soit conclu entre eux pour des activités qui ne sont pas expressément fixées réglementairement, la rédaction de cours pour un Campus numérique allant au delà des obligations de service, telles que définies dans la réglementation. L'ouverture des programmes de l'Education nationale aux TIC constitue en effet une charge supplémentaire qui dépasse le service habituel d'un enseignant.

iii) La cession des droits d'auteur de l'enseignant au profit de l'UNJF

77 - Le fonctionnaire, titulaire des droits sur ses créations numériques, peut par contrat les céder à l'UNJF. Le contrat devra définir la portée de la cession (à titre exclusif ou non exclusif), la durée de l'exploitation concédée et la nature des droits cédés. Il s'agira principalement du droit de reproduction (fixation matérielle des éléments par tous procédés permettant leur communication au public, le droit d'établir ou de faire établir en tel nombre qu'il plaira à l'UNJF et de mettre en circulation des exemplaires des créations visées, de les faire traduire...) et du droit de représentation (communication directement ou indirectement au public des créations, droit d'assurer la diffusion des éléments visés par les droits). Les droits moraux restant attachés à l'enseignant, il peut être également utile de prévoir une cession du droit d'adaptation (lié au droit au respect de l'intégrité de l'œuvre) afin de permettre les mises en forme nécessaires à l'adaptation de l'œuvre aux chartes de présentation du Campus numérique.

Le prix de la cession des droits sur les créations numériques doit être distingué de la rémunération perçue par les enseignants au titre de la rédaction des cours numériques. En effet, cette rémunération n'emporte pas la cession des droits qui doivent être expressément stipulés dans le contrat liant le fonctionnaire à l'UNJF, faute de quoi les droits resteraient

⁶³ Cf. *supra* n° 22.

attachés à l'auteur. Cette cession peut néanmoins se faire à titre onéreux ou à titre gratuit, pourvu que tous les éléments ci-dessus définis aient été clairement arrêtés.

De manière générale, les formes de rémunération prévues dans le cadre de la réglementation (traitement, indemnité de résidence, supplément familial, indemnités diverses) ne sauraient constituer une rémunération au titre des droits d'auteur. Le règlement de la redevance pour droits d'auteur pourrait être effectué selon une ligne budgétaire spécifique (par ex. sur la base d'une subvention ministérielle au Campus numérique).

c) Rémunération des enseignants

78 - Comme précisé ci-dessus, la rémunération ne concerne pas les droits d'auteur mais les activités de création d'œuvres numériques, les activités de professeur virtuel ou de tuteur.

i) Rémunération et obligations de service

79 - Les obligations de service d'un enseignant résultent des dispositions du Code de l'Education et du décret du 6 juin 1984. Ces textes définissent les activités d'enseignement, lesquelles incluent la formation initiale et continue, le tutorat, l'orientation, le conseil et le contrôle des connaissances, les activités de recherche, de diffusion des connaissances, de la culture de l'information scientifique et technique. En l'état actuel du statut de la fonction publique et du Code de l'Education, il apparaît que l'enseignement verbal et présentiel soit le seul moyen de diffusion des connaissances expressément prévu par les textes.

La forme de service d'enseignement servant de base à la rémunération statutaire (128 heures de cours ou 192 heures de TD pour les universitaires, art. 7, décret du 6 juin 1984) est donc exclusivement verbale et présenteielle. Par conséquent, les activités liées à la mise en ligne d'un cours sous forme numérisée, et plus généralement toutes les formes d'enseignement à distance, ne sont pas incluses dans les obligations de service de l'enseignant fonctionnaire. Elles ouvrent donc droit à une rémunération spécifique.

ii) Rémunération en heures complémentaires

80 - L'arrêté du 17 janvier 1973 (toujours en vigueur), relatif à la rémunération des personnels enseignants qui collaborent aux enseignements universitaires par correspondance, à titre accessoire en sus de leurs obligations normales de service, constitue une base juridique solide permettant de justifier la rémunération des créations numériques en heures complémentaires. En effet, ce texte définit les tâches d'enseignement par correspondance rémunérées en heures complémentaires, lesquelles sont assimilables aux travaux préparatoires à la mise en œuvre d'une action de formation à distance par réseau informatique. Répondant au même objectif de service public d'enseignement complémentaire, les travaux de création préparatoires à une exploitation d'une œuvre en ligne doivent donc pouvoir être rémunérés sous forme d'heures complémentaires (solution déjà utilisée par la plupart des campus numériques).

iii) Rémunération sous forme de prime

81 - Selon une circulaire ministérielle du 27 octobre 1999 relative aux règles applicables pour la définition des services, les activités accomplies par les enseignants dans le cadre de

leurs missions statutaires au delà de leurs obligations de service peuvent être rémunérées par le biais de prime de responsabilités pédagogiques⁶⁴. Deux circulaires du 12 novembre 1999 et du 10 février 2000 précisent quant à elles que la prime de responsabilité pédagogique permet de rémunérer « la définition et mise en place des projets pédagogiques liés aux nouvelles technologies ». Cette indemnité peut donc assurer la rémunération du travail de création intellectuelle ; elle n'offre cependant pas la souplesse d'une rémunération à l'heure complémentaire où le calcul peut être ajusté très finement en fonction de la charge de travail de l'enseignant lors de la création de l'œuvre numérique. Toutefois cette prime conserve son intérêt lorsqu'il s'agit de gratifier une activité administrative d'encadrement du campus numérique.

iv) Rémunération intégrée dans le service

82 - C'est la forme de rémunération qui pose encore aujourd'hui le plus de difficulté.

Une jurisprudence déjà ancienne semble militer pour la possibilité de compter dans le service les activités d'enseignement à distance. La commission régionale de sécurité sociale de Paris, le 11 février 1959, a considéré en effet que la publication de cours photocopiés ne constituait pas une activité accessoire de la fonction principale qui est l'enseignement oral, mais une seule et même activité. Plus tard, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 8 février 1964, conclut à son tour que l'élaboration d'un manuel ne se détache pas de la fonction professorale lorsqu'il traite de la matière qui constitue la substance même de l'enseignement oral... Ces positions sont aujourd'hui contredites par les dispositions du Code de l'Education et du décret du 6 juin 1984 sur les obligations de service qui limitent ces dernières à l'enseignement oral et présentiel.

Toutefois, dès lors que les créations d'enseignants constituent la substance même de l'enseignement oral, même diffusées dans le cadre d'action de formation à distance, leurs auteurs devraient pouvoir consentir à ce que leur rémunération soit imputée sur leur traitement. Le rapport Esperet met en lumière le fait que « la conception et la réalisation de cours en ligne, ainsi que les activités de tutorat à distance, sont parfois (...) comptées dans un service, bien qu'il n'y ait pas à proprement parler d'enseignement en présence d'étudiants ».

Sachant qu'il est parfois difficile d'assurer un service complet aux enseignants universitaires, cette intégration des enseignements numériques dans le service statutaire paraît très intéressante. Mais sauf à faire évoluer les textes régissant le statut des enseignants universitaires, cette possibilité de rémunération ne repose sur aucune base réglementaire. Observons également que cette forme de rémunération n'est pas cumulable avec le droit d'auteur puisque l'action d'enseignement numérique entre dans le service du fonctionnaire et est effectuée dans le cadre de sa mission. L'avis 2001-1 du CSPLA (précit. *supra* n° 74) admet en effet que le droit d'exploitation d'une œuvre créée par un agent public dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de l'Etat ou de l'établissement public est, par le seul effet de la création, cédé à l'Etat ou l'établissement dans la stricte mesure nécessaire à l'accomplissement de la mission de service public et à la condition que l'œuvre ne fasse pas l'objet d'une exploitation en dehors du service public ou d'une exploitation commerciale.

⁶⁴ Décret n°99-855 du 4 octobre 1999.

III LA CONDITION DES APPRENANTS

83 - La mise en place d'un *enseignement numérique* modifie certainement la condition juridique des apprenants, c'est-à-dire plus simplement des étudiants, que ce soit en formation initiale ou en formation permanente.

On retrouve ici la distinction classique entre l'enseignement et le contrôle des acquis car ces deux techniques sont également touchées par l'informatisation. Il faut se demander successivement dans quelles conditions les apprenants pourront (ou devront) accéder aux enseignements numériques puis s'interroger sur les conséquences de l'informatisation du contrôle des connaissances acquises.

A ACCES AUX ENSEIGNEMENTS NUMERIQUES

84 - Fruit de l'application d'une nouvelle technologie qui nécessite des moyens encore relativement onéreux, l'enseignement numérique peut-il être également dispensé à tous ? Dans l'affirmative, peut-il être imposé à tous, au détriment de l'enseignement présentiel classique ?

La numérisation de l'enseignement a-t-elle, par ailleurs, des conséquences sur le statut de l'enseigné. Notamment dans la mesure où cohabiteraient encore les deux formes d'enseignements (classique et numérique), les apprenants doivent-ils être traités exactement de la même manière ?

1 Le droit à l'enseignement numérique

a) **Le droit d'accéder à l'enseignement numérique**

85 - Dans la mesure où il existe un droit à l'enseignement, ce droit s'étend-il automatiquement à cette nouvelle forme de transmission des connaissances qu'est l'enseignement numérique ?

L'enjeu économique et social est de taille dans la mesure où l'enseignement numérique étant une technique il suppose la mise en place de ressources dont certaines sont collectives (existence d'un réseau de communication), d'autres individuelles (matériel permettant la connexion et accès au réseau). Il est à craindre que les effets de la « fracture numérique » se fassent sentir ici et que l'enseignement numérique soit réservé dans un premier temps à la formation continue ou à certaines formations initiales élitistes, bref qu'il ne soit pas diffusé d'une manière parfaitement démocratique.

Dans l'idéal, il serait satisfaisant de poser en principe que le droit à un enseignement, qu'il s'agisse de formation initiale ou de formation continue, est absolu et en tout cas ne dépend pas des modalités matérielles de la formation. Cela conduirait à dire que les enseignements numériques doivent être accessibles exactement dans les mêmes conditions que les enseignements présentiels et notamment aux mêmes conditions de coût. Il ne semble toutefois pas que cette égalité de traitement puisse être exigée en droit positif : ainsi les enseignements de formation initiale et de formation continue ne sont-ils pas fournis aux mêmes tarifs du fait de l'existence de prestations particulières en formation permanente ; il pourrait donc en être de même pour les enseignements numériques.

b) Les moyens d'accéder à l'enseignement numérique

86 - La difficulté provient de ce que l'enseignement numérique sera, au moins dans un premier temps, plus coûteux que l'enseignement classique, bien qu'à terme sur un plan macro-économique la réduction du présentiel jointe à la capitalisation des supports élaborés pour le numérique laissent penser que la dématérialisation de l'enseignement constituera une source substantielle d'économies.

Dans un premier temps, en revanche, il faudra financer le surcoût des enseignements numériques. Il faut parvenir d'une part à mettre en place le dispositif matériel et humain permettant la diffusion de l'enseignement numérique (« rédaction » des cours, suivi des enseignements à distance...) et, d'autre part, à donner aux apprenants les moyens matériels et logiciels leur permettant d'y participer effectivement (pratiquement un micro-ordinateur et une connexion Internet haut débit).

Bien que cela laisse subsister une inégalité de même nature que celle qui naît de l'obligation faite aux élèves d'acheter eux-mêmes leurs livres scolaires, on peut choisir de laisser à chaque apprenant la charge de son propre équipement, tant en matériel informatique qu'en accès internet. Il reste à déterminer si les investissements nécessités par la mise en place du système d'enseignement numérique, ainsi que ses coûts de fonctionnement, doivent être répercutés sur les apprenants : plus simplement l'accès à l'*enseignement numérique* peut-il être subordonné au versement de droits d'inscription plus élevés ? Corrélativement : dans la mesure où l'enseignement numérique vient en appui d'un enseignement traditionnel, est-il légitime d'interdire l'accès aux ressources électroniques aux étudiants n'ayant pas acquitté une « contribution pédagogique » correspondant à ce service supplémentaire ? Dans l'état actuel du droit administratif positif, une réponse affirmative à ces deux questions peut être justifiée par l'existence de prestations supplémentaires fournies dans le cadre de l'enseignement numérique.

c) Le droit de refuser l'enseignement numérique

87 - Si l'enseignement numérique devient objet d'un droit, faut-il aussi qu'il soit obligatoire ? En d'autres termes, la mise en place d'un enseignement numérique, notamment à distance, autorise-t-elle à supprimer l'enseignement traditionnel.

Du point de vue des droits de l'apprenant la question se subdivise :

1. Dans la mesure où une personne est titulaire d'un droit à un enseignement, ce droit est-il rempli par la fourniture de prestations « électroniques » ou bien l'apprenant peut-il exiger un enseignement réel, dans le sens de « non virtuel » ?
2. Un apprenant a-t-il le droit de refuser de participer à un enseignement numérique (notamment pour échapper aux techniques de contrôle électronique qui l'assortissent) ? Ce refus peut-il donner lieu à une sanction à son encontre ou, d'une manière générale, être retenu contre lui ? Cette question se pose particulièrement dans le cas évoqué ci-dessus, de cohabitation entre enseignement traditionnel et enseignement numérique.

Il semble, en toute hypothèse, que l'enseignement numérique, en tant que modalité de formation, ne puisse être rendu obligatoire que par un texte législatif ou réglementaire.

2 L'existence d'un statut spécifique dans le cadre de l'enseignement numérique

88 - Les apprenants soumis à un enseignement numérique doivent-ils bénéficier d'un statut particulier (ou le subir s'il est plus défavorable) ? Il convient de rappeler qu'en droit, le principe d'égalité ne vaut qu'entre personnes placées dans une situation identique. Dès lors que le mode d'enseignement est différent, les modalités de contrôle peuvent être différentes.

En particulier, dans le cas où un même diplôme pourrait être obtenu soit par un enseignement traditionnel, soit par un enseignement numérique, le régime d'examen doit-il nécessairement être le même ou est-il possible d'adapter les contrôles en fonction des modalités des enseignements ?

Plus généralement, les caractéristiques propres des enseignements numériques et leurs différences techniques avec les enseignements présentiels permettent-elles un traitement totalement équivalent des deux façons d'enseigner ? Il est par exemple évident que la notion de présence obligatoire et, donc, d'absentéisme doit au moins être conçue de manière différente selon que l'enseignement est virtuel ou, au contraire... présentiel !

B CONTROLE DES APPRENANTS DANS LE CADRE DES ENSEIGNEMENTS NUMERIQUES

89 - L'informatisation des enseignements constitue également un progrès technique essentiel en matière de contrôle des connaissances.

Il convient cependant de se défier d'un risque d'informatisation trop grand du contrôle des connaissances. On sait que l'actuel alinéa 2 de l'article 10 de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dans la rédaction de la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 : JORF 7 août 2004) dispose qu'aucune « décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à définir le profil de l'intéressé ou à évaluer certains aspects de sa personnalité ».

Nous pensons que cette interdiction pourrait concerner une notation purement automatique des étudiants ; en effet elle a certainement pour objet d'évaluer « certains aspects » de la personnalité et il nous semble qu'elle peut être qualifiée de « décision produisant des effets juridiques » à l'égard de l'intéressé au moins si la réussite ou l'échec dépendent automatiquement de la note obtenue. Or c'est là, précisément, qu'il nous semble possible de trouver un biais pour éviter l'application de ce texte à toutes les techniques de notation automatique, à commencer par les simples corrections automatiques de questionnaires à choix multiples. Il nous semble en effet que dès lors que la décision constatant la réussite ou l'échec à l'examen est prise par un jury après délibération, elle n'est pas prise « sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données ». De plus on peut se demander si le traitement automatique des réponses données à des questions constitue bien le « traitement automatisé de données » visé à l'article 10. Ce texte n'a sans doute pas été écrit pour sanctionner certaines techniques de contrôle des connaissances, mais bien plutôt les techniques de *scoring* et de profilage qui se pratiquent sans l'intervention active de la personne concernée.

Il n'en reste pas moins qu'il y a là un risque de contestation des contrôles de connaissances automatiques qui doit être pris en considération. Il est donc préférable de maintenir

toujours une intervention humaine dans le processus de notation et, surtout, dans la décision d'accorder ou de refuser le bénéfice d'un diplôme à tel ou tel candidat.

90 - L'informatisation de l'enseignement permet de suivre en détail le parcours pédagogique personnel d'un apprenant, ce qui permet éventuellement d'un dresser le profil.

En théorie, il y a là un progrès pédagogique considérable car la mise en relief des difficultés de l'apprenant permet de travailler davantage sur ces points faibles et, ainsi, de les résorber progressivement.

En contrepartie, il est évident que la mise en œuvre de cette technique crée des risques importants pour les libertés individuelles en permettant de « cataloguer » les apprenants et, par exemple, de décider automatiquement que tel étudiant n'est pas doué pour telle matière ou pas fait pour tel métier. Toutefois pareille pratique pourrait être légitimée dès lors qu'une intervention humaine se produirait dans le processus d'évaluation.

Dans la mesure où le profil serait établi de manière purement automatique, cette technique entrerait dans le champ de l'interdiction prévue à l'alinéa 2 de l'article 10 de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique aux fichiers et aux libertés, à condition qu'elle débouche sur une « décision », ce qui n'est pas évident en pratique.

Mais, d'une manière générale, le traçage présente des risques d'atteinte à la vie privée ou aux libertés individuelles (deux valeurs auxquelles l'informatique ne doit pas porter atteinte, aux termes du premier alinéa de la loi de 1978). Les apprenants devraient bien évidemment être informés précisément de la nature des traitements effectués sur leurs réponses (*cf.* art. 32 de la loi de 1978) ; le nouvel article 39, 5° leur permet même d'obtenir « les informations permettant de connaître et de contester la logique qui sous-tend le traitement automatisé en cas de décision prise sur le fondement de celui-ci et produisant des effets juridiques à l'égard de l'intéressé ».

Sans que cela se confonde nécessairement avec un droit de refuser l'*enseignement numérique*, on pourrait se demander si l'article 38 ne permet pas même à l'intéressé de s'opposer à ce que les données personnelles le concernant fassent l'objet d'un tel traitement, mais il faut tenir compte du dernier alinéa de ce texte qui réserve les cas dans lesquels « le traitement répond à une obligation légale ou lorsque l'application de ces dispositions a été écartée par une disposition expresse de l'acte autorisant le traitement ». Dans le même ordre d'idées, même si on peut estimer préférable de recueillir le consentement de la personne concernée avant le traitement, ce consentement ne semble pas obligatoire dès lors que le traitement se fait dans le cadre de « l'exécution d'une mission de service public dont est investi le responsable ou le destinataire du traitement », ou « d'un contrat auquel la personne concernée est partie » (art. 7).

91 - Il reste à déterminer un dernier point qui relève davantage de la technique d'organisation des examens, en particulier des examens universitaires : il est de savoir si les enseignements numériques doivent être « comptés » de la même manière que les enseignements présentiels dans le cadre d'un diplôme déterminé.

Cette question se pose particulièrement si des enseignements numériques voisinent avec des enseignements présentiels ou si une même matière peut être enseignée alternativement sous l'une ou l'autre forme. Pratiquement cela revient à se demander si la nature,

numérique ou traditionnelle, de l'enseignement aura ou non un impact sur le nombre de crédits européens qui y sera attaché ou, encore, de manière plus classique si les enseignements virtuels devraient logiquement être coefficientés moins (ou plus) que leurs équivalents réels.

CONCLUSIONS

92 - Les travaux de la Commission juridique de l'UNJT ont permis de dégager principalement les points suivants :

- La question du régime juridique des supports est assez complètement réglée par les règles existantes, même si ces règles ne sont pas nécessairement toujours connues ou comprises et si leur application ne facilite pas toujours la constitution d'outils d'enseignements numériques.

A cet égard la Commission souligne notamment les éléments suivants :

- Une formation des auteurs de support d'enseignement numérique aux questions de propriété littéraire artistique, de droit à l'image et de protection des informations nominatives apparaît indispensable ;
- Les règles applicables au droit d'auteur, quelle qu'en soit la légitimité, ne peuvent que freiner le développement de l'enseignement numérique, notamment en raison des difficultés de retrouver les titulaires de droits et d'obtenir leurs autorisations ; elle ne peut que souhaiter qu'un assouplissement intervienne sur ce point dans la mesure où la copie ne serait faite qu'à des fins pédagogiques.
- Le statut d'enseignant fonctionnaire est actuellement fort mal adapté à l'enseignement numérique :
 - Dans l'état actuel de la réglementation, l'enseignant est titulaire de droits sur les œuvres numériques qu'il crée puisqu'il agit en-dehors de ses obligations statutaires qui ne visent que les enseignements présentiels ;
 - Dans ces conditions se pose la question de la rémunération desdits droits d'auteur qui est rendu délicate par l'obligation de principe d'une rémunération proportionnelle ; actuellement, sauf à considérer que les éléments techniques rendent ce calcul impossible, ce qui est aléatoire, le biais le plus commode consiste à rémunérer la rédaction et à céder les droits à titre gratuit.
 - Mais la question de la rémunération est elle-même délicate, notamment du fait de la difficulté d'évaluer le temps passé et de le comptabiliser en équivalent d'heures d'enseignement.
 - La Commission préconise donc une modification du statut des enseignants prenant en compte l'enseignement à distance et, plus généralement, la participation à l'enseignement numérique.
 - Elle souhaite également qu'une réflexion approfondie soit menée sur les différentes formes de participation à l'enseignement numérique à partir des fonctions d'auteur, de facilitateur ou de tuteur, ainsi que sur des techniques rationnelles d'évaluation du travail ainsi fourni (par exemple, dans un premier temps, par équivalence avec un certain nombre d'heures d'enseignement présentiel).

- Enfin la Commission met en garde contre certaines difficultés concernant la mise en place de l'enseignement numérique du point de vue des apprenants, bien que ces points ne relèvent pas de la compétence de l'UNJF, mais des différents Etablissements organisateurs des enseignements et des examens.
 - Dans l'état actuel du droit positif, la juxtaposition des enseignements traditionnels et des enseignements numériques ne paraît pas créer d'inégalités discriminatoires, en raison de la spécificité du service fourni et de l'existence de prestations supplémentaires ; il reste cependant socialement souhaitable que tous les étudiants puissent avoir accès aux nouvelles technologies de l'enseignement et qu'aucune sélection par l'argent ne s'instaure en fait.
 - L'existence de traitement automatique des données nominatives, qui se fait dans le cadre des dispositions légales applicables, ne paraît pas susciter actuellement de réelles difficultés, dès lors qu'une appréciation humaine intervient nécessairement avant l'attribution de la note.
 - Afin de maintenir la sécurité, donc la crédibilité des diplômes, la Commission recommande, au moins dans un premier temps, le maintien d'examens « présentiels » organisés dans le cadre des établissements.