

L'enseignement médiatisé et le droit d'auteur

Marc Couture

Chapitre 8 de l'ouvrage

*Propriété intellectuelle et université
Entre la privatisation des idées et la libre circulation des savoirs*

publié en 2010 aux Presses de l'Université du Québec

Ce document est disponible dans Aire Libre (TÉLUQ) :
<http://airelibre.telug.ca/117>

Informations sur la version papier, dans le site des PUQ :
<http://puq.ca/catalogue/collections/propriete-intellectuelle-universite-3699.html>

29 octobre 2010

L'ENSEIGNEMENT MÉDIATISÉ ET LE DROIT D'AUTEUR

Dans le domaine de l'enseignement, la propriété intellectuelle sera protégée dans l'immense majorité des situations par le droit d'auteur. En effet, seules la conception et la mise au point d'outils informatiques utilisés pour l'enseignement, notamment les environnements d'apprentissage, peuvent dans certains cas donner lieu à des demandes de brevets¹. Cela n'est d'ailleurs pas sans soulever certaines inquiétudes dans le monde de l'apprentissage en ligne, surtout aux États-Unis où, en accord avec la tendance à élargir le cercle de ce qui peut être breveté (voir le chapitre 6), de nombreux brevets relatifs à des méthodes incarnées dans des logiciels, étonnantes par leur généralité, ont été accordés (voir, par exemple, Carnevale, 2004). Dans toutes les autres situations, il sera question d'œuvres littéraires surtout – catégorie comprenant, aux fins de la *Loi sur le droit d'auteur* canadienne², les programmes d'ordinateur – mais aussi d'œuvres artistiques, musicales ou dramatiques (y compris à la télévision, au cinéma et sur vidéo). Nous nous restreindrons donc, dans ce chapitre, au droit d'auteur.

Enseignement médiatisé, à distance et en ligne

Comme on le soulignait dans l'introduction de cet ouvrage, l'enseignement fait une place croissante à des œuvres de diverses natures, créées et diffusées au moyen de médias et de technologies de plus en plus faciles à utiliser. Ainsi, des documents de divers types, la plupart conçus et réalisés par des enseignants, viennent appuyer la prestation en classe, voire la remplacent en tout ou en partie, comme dans l'enseignement en classe fondé sur l'autoapprentissage et dans l'enseignement à distance.

À ces documents s'ajoutent des moyens permettant à l'interaction enseignant-étudiants de se poursuivre ou encore de se dérouler entièrement en dehors de la salle de cours. Pour ce faire, l'enseignement à distance a eu recours, depuis ses origines, aux moyens techniques disponibles, du moment qu'ils étaient accessibles aux étudiants : courrier, téléphone, télévision et, plus récemment, courriel et conférences télématiques.

L'arrivée en force du web et des cours en ligne à partir du milieu des années 1990, conjuguée avec l'euphorie boursière reliée à l'essor des entreprises technologiques – du moins jusqu'à ce que la

-
1. La situation juridique entourant tout la question de la propriété intellectuelle sur les logiciels et les systèmes informatiques est beaucoup plus complexe qu'en ce qui concerne les œuvres dites littéraires. Ces productions, selon leur nature et les juridictions, peuvent être protégées par le droit d'auteur ou par brevet. Au Canada, les logiciels sont protégés par le droit d'auteur; cependant, ils peuvent faire l'objet de brevets de manière indirecte, lorsqu'un logiciel est intégré à un système qui, lui, est brevetable. Aux États-Unis, par contre, les logiciels sont brevetables. Un brevet avait d'ailleurs été octroyé en 2006 à Blackboard Inc., leader dans le domaine des environnements d'apprentissage, pour être finalement annulé en 2008, non sans avoir permis à Blackboard de poursuivre avec succès une firme canadienne, Desire2Learn (Geist, 2009).
 2. L.R.C. 1985, c. C-42. Voir le chapitre 2 du présent ouvrage pour l'ensemble des catégories d'œuvres couvertes.

« bulle technologique » éclate au début des années 2000 – a amené plusieurs établissements à voir dans ces nouveaux moyens une source potentielle de revenus arrivant à point nommé, en une période de définancement public du système universitaire. De nouveaux établissements, ou composantes d'établissements existants, fonctionnant exclusivement selon le mode d'enseignement à distance, ont également été mis sur pied. Mais, de manière analogue à ce qui s'est produit à la suite de la « course aux brevets » amorcée durant les années 1980 (voir le chapitre 6), et mis à part quelques rares *success stories*, dont celle de l'Université Phoenix Online, les résultats n'ont pas été à la hauteur des attentes, à tel point que plusieurs de ces tentatives ont dû être abandonnées. Mentionnons notamment celles de l'Université Columbia (Carlson, 2003) et de la United States Open University, filiale américaine de la pourtant prestigieuse Open University du Royaume-Uni (Garrett, 2004). Néanmoins, il semble acquis que l'enseignement en ligne est appelé à prendre une place significative dans le monde de l'éducation supérieure³.

Profitons de l'occasion pour établir une distinction, utile aux discussions qui vont suivre, entre l'enseignement à distance et l'enseignement en ligne, ce qui permettra de préciser les notions, proches mais distinctes, de *cours à distance* et de *cours en ligne*. Bien que cette définition fasse l'objet de débats, nous conviendrons ici que l'enseignement à distance est un enseignement entièrement médiatisé où les étudiants n'ont pas – sauf exception⁴ – à se déplacer pour accéder aux contenus et effectuer leurs activités d'apprentissage. De son côté, l'enseignement en ligne est un type particulier d'enseignement à distance, caractérisé par le recours aux réseaux informatiques pour l'accès à l'information et pour la communication entre l'enseignant (et, le cas échéant, ses assistants) et les étudiants, de même qu'entre ces derniers.

Un cours à distance est un système comprenant des documents offerts sous divers formats et utilisant différents médias (texte, hypertexte, audiovisuel) et supports (imprimé, cédérom ou DVD, site web), de même que des ressources, humaines ou techniques, donnant accès au contenu du cours, permettant de réaliser les activités d'apprentissage et offrant un encadrement et une évaluation. Un cours en ligne est, quant à lui, un cours à distance où ces documents et ressources sont accessibles exclusivement, ou en grande majorité, via Internet, au moyen d'un site web ou d'un environnement d'apprentissage en ligne.

Soulignons en passant qu'un cours à distance ou en ligne n'étant pas une œuvre, la notion de « propriété » d'un tel cours est sans objet, du moins au sens de la propriété intellectuelle. Une université (ou un professeur) ne peut donc « être propriétaire » d'un cours; celui-ci est plutôt un service offert par un établissement d'enseignement, pour lequel il exige des frais et dont il assure et valide la qualité et l'efficacité.

L'enseignement en classe n'est pas demeuré à l'écart de ce mouvement : on n'a qu'à songer aux cours télévisés diffusés localement, unidirectionnels dans les années 1950 à 1980, puis de plus en plus interactifs par la suite (Saettler, 1990). Plus récemment, on a vu se répandre le recours aux communications télématiques en complément aux interactions en classe, notamment les échanges par courriel ou au sein des forums. On parle dans ce cas d'enseignement en mode hybride.

3. En témoigne, par exemple, l'accroissement de 10 à 25 %, entre 2002 et 2008, de la proportion d'étudiants des universités et collèges américains ayant suivi au moins un cours en ligne (Allen et Seaman, 2010). Il ne semble pas y avoir de données similaires disponibles pour le Canada (Bates, 2009).

4. Ces exceptions comprennent, par exemple, les tests de classement et examens sous surveillance, de même que le travail de terrain ou en laboratoire.

Cette évolution amène à définir l'enseignement non plus comme l'intervention d'un enseignant auprès d'un groupe d'étudiants mais, de manière plus générale, comme l'élaboration et la mise à la disposition des étudiants de moyens et de ressources permettant ou facilitant leur apprentissage. Ces moyens et ressources comprennent, outre la prestation en classe de l'enseignant, les documents de base ou d'appoint que celui-ci fournit ou suggère, les activités d'apprentissage qu'il propose ainsi que les ressources déployées pour l'encadrement des étudiants. Dans ce contexte, on qualifiera d'*enseignement médiatisé* la part de l'enseignement reposant sur la diffusion de documents (imprimés, audiovisuels ou numériques) ou l'utilisation de moyens de communication (incluant des technologies séculaires comme le courrier postal et le téléphone). Quel que soit le contexte, on pourra donc dire que l'enseignement sera médiatisé en tout ou en partie.

Cependant, les documents qui font partie des ressources de l'enseignement médiatisé représentent souvent un élément important de l'offre d'enseignement; dans l'enseignement à distance ou en ligne, ils en constituent la composante majeure. Se pose dès lors la question de la titularité du droit d'auteur sur les œuvres d'enseignement, dans un contexte de formation à distance ou hybride.

La titularité du droit d'auteur sur les œuvres d'enseignement

Qui est titulaire du droit d'auteur sur une œuvre d'enseignement? Trois perspectives, interdépendantes à plusieurs égards, peuvent être envisagées pour répondre à cette question.

En premier lieu, sur le plan juridique, la situation est loin d'être claire. Il est vrai que les lois canadienne, américaine et britannique confèrent à l'employeur, plutôt qu'à l'auteur, sauf convention contraire, la titularité du droit d'auteur sur une œuvre « réalisée dans l'exercice de [son] emploi »⁵. À première vue, cela semble indiquer que les établissements seraient titulaires du droit d'auteur sur les œuvres d'enseignement. Mais, comme on l'a vu au chapitre 3, c'est la jurisprudence qui a permis d'établir des critères pouvant servir à pour déterminer si une œuvre a été réalisée ou non dans l'exercice de l'emploi.

En particulier, quelques jugements américains et britanniques concernant spécifiquement la titularité d'œuvres d'enseignement sont survenus tout au long du siècle dernier; ils concernaient soit des notes de cours colligées par des étudiants, soit des documents d'appoint préparés par des enseignants⁶. On a ainsi jugé que les enseignants du secondaire qui créent des œuvres à des fins pédagogiques ne le font pas dans l'exercice de leur emploi, car cette tâche n'est jamais attendue d'eux. Par contre, pour les professeurs d'université, la situation est plus délicate, car la création d'œuvres, surtout en recherche mais, dans une moindre mesure, également en enseignement, est reconnue comme une composante de leur tâche qui joue notamment un rôle dans l'embauche et l'octroi de la permanence ou de promotions. Dans ce cas, les arguments avancés dans les jugements ou par les commentateurs tournent autour du caractère spécifique des œuvres ainsi créées, dont la nature et le contenu précis ne sont ni prescrits, ni contrôlés par l'employeur, ce qui les exclurait en quelque sorte des tâches réalisées « dans l'exercice de l'emploi ».

5. L.R.C. 1985, c. C-42, paragr. 13(3). La version en langue anglaise de la Loi, de même que le *Copyright, Designs & Patents Act* britannique, au paragr. 11(2), emploient l'expression « *work made in the course of his employment* ». De son côté, la Loi américaine, dans la définition de « *work made for hire* » (§ 101), parle de « *work prepared [...] within the scope of his or her employment* ».

6. Pour une analyse de ces jugements, voir les articles de Longdin (2004) et de Packard (2002), de même que le chapitre 5 de l'ouvrage de Monotti et Ricketson (2003).

Quoi qu'il en soit, les mêmes jugements américains ont suggéré ou affirmé l'existence d'une « exception professorale⁷ » (« *teacher exception* » ou « *academic exception* ») qui accorderait automatiquement aux professeurs, sans égard aux critères ci-haut évoqués, la titularité du droit d'auteur sur leurs œuvres (Laughlin, 2000; Longdin, 2004; Packard, 2002). Cependant, les opinions varient quant à la persistance de cette exception, eu égard aux changements apportés au *Copyright Act* américain dans le dernier quart du XX^e siècle et à l'évolution récente du contexte universitaire (Townsend, 2003). Au Canada, en l'absence de jurisprudence spécifique sur le sujet, si ce n'est une décision arbitrale touchant une professeure de l'Université de la Colombie-Britannique (UBC) (Triggs, 2005), s'appuyant elle-même sur une décision de la Cour des petites créances ontarienne⁸, certains commentateurs (Lametti, 2001; Triggs, 2005; Vaver, 2000, cité dans Pepin, 2003) soutiennent qu'une telle exception existe aussi⁹.

En deuxième lieu, sur le plan des traditions, comme le soulignent d'ailleurs certains des jugements évoqués plus haut, la situation est beaucoup plus claire. En effet, jusqu'à tout récemment, les établissements œuvrant en éducation supérieure ont généralement considéré *de facto* que, à la différence des inventions, la propriété des œuvres littéraires réalisées par les professeurs – qu'elles soient destinées ou non à l'enseignement – leur appartenait. Non seulement ceux-ci étaient-ils libres de reproduire et de distribuer à leur guise leurs notes de cours et autres documents de même nature, mais ils avaient toute marge de manœuvre pour conclure avec des éditeurs des ententes prévoyant la cession – ou toute autre modalité de gestion – du droit d'auteur et, le cas échéant, le versement de redevances. Et le fait que dans certains cas, rares mais bien réels, ces redevances peuvent atteindre des sommes considérables – songeons aux manuels qui s'imposent dans un pays, voire dans plusieurs, comme la référence dans un domaine¹⁰ – ne changeait rien à la situation. On pourrait certes relier cette « générosité » des établissements à l'absence d'investissement significatif de leur part tant dans la création de ces œuvres (si l'on exclut le salaire des professeurs qui, soulignons-le, ne sont pas pour autant dispensés d'effectuer une charge normale d'enseignement) que dans leur utilisation (ce sont les étudiants qui achètent les manuels).

En troisième lieu, un autre élément, majeur, peut être invoqué pour justifier l'exception professorale : la liberté universitaire des professeurs¹¹. En effet, bien que cette notion ne bénéficie d'aucune base législative et d'un statut juridique pour le moins incertain, du moins aux États-Unis, où elle tend à être de plus en plus restreinte à son volet institutionnel, associé à l'autonomie des établissements face aux pouvoirs publics (Hiers, 2004; Packard, 2002), elle n'en occupe pas moins une place de choix dans les discours des divers acteurs du monde universitaire. Ceux-ci voient en

7. On notera que le qualificatif « professoral » fait référence à la fonction assumée par un professeur et non à un statut d'emploi. Ainsi, un chargé de cours qui rédige un manuel ou des notes de cours pourrait très bien faire valoir cette exception.

8. *Dolmage v. Erskin* (2003) 23 C.P.R. (4th) 495 (Ont. Sup. Ct. (Sm. Cl. Div.)).

9. Curieusement, malgré la similitude des textes législatifs mentionnés plus haut, les auteurs britanniques traitant de cette question semblent rejeter *a priori* la possibilité d'une telle exception. Voir, par exemple, Gadd, Loddington et Oppenheim (2007, p. 695), qui s'appuient eux-mêmes sur un rapport du conseil subventionnaire anglais qui finance la recherche et le développement pédagogiques (HEFCE, 2003).

10. Ainsi, le marché des manuels canadiens, tous ordres d'enseignement confondus, se chiffrait à plus de 500 M\$ en 2006 (Statistique Canada, 2008). On peut cependant supposer que seule une minorité d'auteurs en tirent des revenus importants.

11. Il s'agit du volet individuel du concept de liberté universitaire, qui a été défini au chapitre 6.

elle une condition nécessaire à l'atteinte des missions essentielles de l'Université, soit la contribution à l'avancement des connaissances et la « recherche de la vérité ». Et il suffit de songer aux prérogatives que confère la titularité du droit d'auteur – notamment le droit de décider si et comment une œuvre sera diffusée¹², et de la modifier, par exemple en retranchant des passages jugés inappropriés – pour comprendre la difficulté pour les établissements de revendiquer la titularité du droit d'auteur sur ces œuvres tout en affirmant leur soutien à la liberté universitaire de leurs professeurs.

En accord avec ces principes, la réglementation des établissements universitaires en matière de droit d'auteur, tant au Canada (voir le chapitre 10) qu'aux États-Unis (Kelley, Bonner, McMichael et Pomea, 2002; Kromrey *et al.*, 2005; Loggie *et al.*, 2007), prévoit dans l'immense majorité des cas¹³ que les professeurs demeurent titulaires du droit d'auteur sur les œuvres d'enseignement dites traditionnelles (notes de cours, articles à caractère pédagogique, manuels), parfois il est vrai en vertu d'une cession par l'établissement, qui se déclare premier titulaire. Parfois, les textes réglementaires prévoient que les établissements, en général sous réserve d'une entente écrite avec l'auteur, peuvent obtenir la titularité (ou la cotitularité) de ces œuvres, quand ils ont consacré des ressources inhabituelles ou significatives à leur création ou leur production.

Mais à partir du milieu des années 1990, avec l'intérêt grandissant des établissements pour l'enseignement à distance d'abord puis, à partir des années 2000, pour l'enseignement en ligne, l'urgence s'est fait sentir, surtout aux États-Unis (Kelley *et al.*, 2002), de modifier cette réglementation afin de tenir compte des nouveaux types d'œuvres et contextes de création associés à ces modes d'enseignement.

Le droit d'auteur et les cours en ligne

Une comparaison (Kromrey *et al.*, 2005) de trois études réalisées entre 1992 et 2005 sur des échantillons d'universités américaines comparables (appartenant à la catégorie Carnegie *Doctoral / Research – Extensive*¹⁴) révèle la présence d'un double mouvement. D'une part, on observe un accroissement significatif de la reconnaissance de la liberté universitaire des professeurs et de leur titularité sur les œuvres traditionnelles; d'autre part, on note un accroissement non moins important des catégories d'œuvres exclues de cette catégorie, notamment les logiciels, les œuvres multimédias et les documents (de tous types) créés pour les cours à distance. En particulier, en 2005, 40 % des universités considérées distinguaient explicitement ces œuvres; la moitié d'entre elles leur consacrait des sections ou politiques distinctes. En résultante, 30 % des universités publiques (et 50 % des universités privées) considérées se réservaient la titularité des œuvres créées pour l'enseignement à distance.

12. Selon la *Loi sur le droit d'auteur*, paragr. 13(3), un employé qui n'est pas titulaire se voit reconnaître tout au plus :
 [... pour] un article ou une autre contribution, à un journal, à une revue ou à un périodique du même genre [...]
 le droit d'interdire la publication de cette œuvre ailleurs que dans un journal, une revue ou un périodique semblable.

Ajoutons toutefois que l'employé peut invoquer ses droits moraux, notamment le droit d'intégrité. On est ici toutefois loin du droit de décider si et comment l'œuvre sera diffusée.

13. Y compris les dispositions des conventions collectives couvrant la propriété intellectuelle, qui constituent parfois de véritables politiques.

14. On notera que selon les informations disponibles dans le site de la Carnegie Foundation, les catégories Carnegie ont été modifiées depuis, et les catégories *Doctoral/Research – Extensive* et *– Intensive* n'existent plus.

Au Canada, selon l'étude présentée au chapitre 10, qui couvre une grande partie des établissements, ce mouvement semble avoir touché peu d'universités, car moins d'un cinquième mentionnent explicitement dans leur réglementation les œuvres liées à l'enseignement à distance ou en ligne. Et le plus souvent, elles le font indirectement :

- soit par le biais de dispositions prévoyant (pour la moitié d'entre elles) la cotitularité professeur-université sur les œuvres audiovisuelles, incluant les enregistrements vidéo de cours magistraux, ou les œuvres multimédias;
- soit en traitant de manière distincte les œuvres réalisées en collaboration, que l'on retrouve plus fréquemment dans ce mode d'enseignement.

En fait, seuls cinq établissements¹⁵ traitent de manière différenciée les œuvres associées à ce mode d'enseignement. L'un d'entre eux déclare que ces œuvres sont propriété conjointe, alors que les autres reconnaissent la pleine titularité des professeurs, mais imposent certaines conditions, par exemple l'octroi d'une licence à l'établissement, des restrictions pour l'utilisation de l'œuvre dans d'autres contextes ou encore des modalités spécifiques pour le partage des revenus découlant de sa commercialisation.

De plus, comme on l'a vu plus haut, une bonne partie des universités prévoient dans leur réglementation des modalités particulières en cas d'usage de ressources inhabituelles. Il peut s'agir soit de l'octroi de la titularité à l'établissement, soit – ce qui est beaucoup plus fréquent – la suggestion, voire l'obligation, d'ententes écrites modifiant les conditions habituelles entourant la propriété intellectuelle. Cette voie « contractuelle » fournit aux établissements une marge de manœuvre importante, dans la mesure où même un établissement qui fait de l'enseignement à distance sur une base régulière peut inscrire le processus de création et de production de cours à distance ou en ligne dans des projets spécifiques. Une modification des règles habituelles s'appliquant à la titularité du droit d'auteur et à l'exploitation des œuvres peut alors constituer une condition pour l'acceptation d'un projet et l'octroi des ressources qu'il requiert. Le cas de l'Université Memorial (Mann, 2008), où l'établissement obtient la cotitularité en échange d'un paiement forfaitaire, en constitue un exemple particulièrement révélateur.

Une autre évolution concerne les logiciels (« programmes d'ordinateurs » au sens de la *Loi sur le droit d'auteur canadienne*; « computer programs » au sens du *U.S. Copyright Act*), qui sont soumis au même régime juridique que les œuvres littéraires. Dans les politiques américaines étudiées en 1992, ils n'étaient généralement pas distingués de celles-ci, quand ils étaient mentionnés. Treize ans plus tard, la majorité des politiques les considéraient séparément; environ un tiers des établissements possédaient même des politiques spécifiques les concernant. Dans la même proportion (1/3), les logiciels étaient associés aux inventions et soumis au régime mis en place dans les années 1980 pour les brevets universitaires, notamment en matière de titularité, souvent accordée à l'université en vertu du *Bayh-Dole Act* (voir le chapitre 6).

Au Canada, même en l'absence d'une loi similaire, l'étude présentée au chapitre 10 révèle que la situation n'est pas très différente : si une seule des universités possède une politique spécifique sur

15. Il s'agit des universités McGill (*Policy on intellectual property*, 2001), Royal Roads (*Collective agreem., faculty*, 2006-2010, art. 16), du Québec à Montréal (*Conv. coll.*, professeurs de la Téléq, 2005-2010, art. 27), du Québec à Trois-Rivières (*Conv. coll.*, professeurs, 2007-2012, annexe F) et du Nouveau-Brunswick (*Coll. agreem., teachers*, 2005-2009, art. 38).

les logiciels, le tiers des établissements les assimilent à des inventions. On y distingue parfois les logiciels techniques de ceux qui visent des applications pédagogiques, seuls les premiers étant assimilés à des inventions. Cette association a cependant de quoi surprendre, car la justification généralement apportée pour distinguer les inventions des autres produits de la recherche comme les publications tient à l'ampleur et au caractère essentiel des ressources (personnel technique, locaux, équipement) requises pour le fonctionnement des laboratoires et, en cas de commercialisation, pour les demandes et le maintien des brevets. Or, la création d'un logiciel (à caractère technique ou pédagogique), si elle est parfois le fait d'une équipe comprenant du personnel technique, peut très bien être effectuée par une personne travaillant seule à son ordinateur et utilisant finalement les mêmes ressources que celles que requiert la rédaction d'un ouvrage¹⁶. Dans bien des cas, les seules ressources supplémentaires pour compléter le travail de l'auteur sont de l'ordre de l'esthétique; tout se passe ici exactement comme dans l'édition écrite, où un travail de mise en forme du manuscrit est effectué, généralement par l'éditeur, en vue de la publication.

Les débats reliés aux tentatives des établissements de limiter l'exception professorale aux œuvres « traditionnelles », alors que les professeurs étaient de plus en plus sollicités pour s'impliquer dans l'enseignement à distance ou en ligne, ont été particulièrement vifs, surtout aux États-Unis. Devant l'ampleur de la réaction des professeurs et de leurs associations (Smith, 2002), qui risquait de compromettre les efforts des établissements qui souhaitaient élargir leur offre d'enseignement¹⁷, des voix se sont fait entendre pour suggérer de faire de la question de la titularité un élément secondaire du débat, et d'axer plutôt les discussions et les négociations touchant le droit d'auteur sur le lien entre la gestion de la titularité et l'exploitation des œuvres, d'une part, et les rôles et intérêts des parties, d'autre part (Harper, 2000).

Une telle approche se justifie également d'une manière pragmatique car, quelles que soient les règles s'appliquant à un professeur qui crée une œuvre aux fins d'un cours à distance ou en ligne, l'attribution de la titularité est compliquée par le fait qu'un tel cours comporte généralement plusieurs œuvres, pouvant utiliser divers médias (comme l'audio ou la vidéo) couverts par des dispositions de la Loi très différentes. De plus, ces œuvres peuvent avoir des auteurs différents, ce qui peut conférer à l'ensemble de la documentation d'un cours le statut de recueil ou de compilation, avec un droit d'auteur associé, si le choix de l'arrangement des œuvres qui la composent ont nécessité l'exercice d'un jugement et d'un talent suffisants. Qui plus est, certaines de ces œuvres peuvent avoir plus d'un auteur, soit parce qu'elles ont été créées en collaboration (voir le chapitre 3), soit parce que les opérations nécessaires pour leur donner leur forme définitive, par exemple pour la mise en ligne, ont fait intervenir différentes personnes ayant apporté une contribution significative. On peut ajouter à ce portrait le fait que la part de titularité liée à la contribution de certains de ces auteurs peut être détenue par l'établissement, soit à la suite d'une cession prévue dans leur contrat, soit parce qu'en raison de leurs fonctions ils risquent fort de ne pas être couverts par une exception de type « professoral ». Comme le décrit très bien Longdin (2005), on imagine facilement la complexité que pourrait revêtir, même dans un cas relativement simple, la clarification de tous ces droits de titularité enchevêtrés.

16. Sur la question des logiciels développés par des enseignants, voir l'exemple fort instructif de deux professeurs d'université américains relaté par Carlson (2000).

17. Des études (voir, par exemple, Bruner, 2007) ont montré que l'incertitude entourant la question du droit d'auteur dans le contexte de l'enseignement à distance constitue un frein à la participation des professeurs à ce mode d'enseignement (mais non le seul : voir Donohue et Howe-Steiger, 2005).

Mais quels sont ces rôles et intérêts, tant des professeurs que des établissements, susceptibles d'être affectés par la façon dont sont gérées la titularité et l'exploitation des œuvres d'enseignement, dont celles qui constituent le cœur de l'enseignement à distance ou en ligne? Le tableau 8.1 présente une liste de rôles et intérêts, inspirée de ce que l'on retrouve dans la littérature.

De manière à permettre l'atteinte d'une solution permettant aux deux parties d'y trouver leur compte, c'est-à-dire de jouer leurs rôles et préserver leurs intérêts, on a proposé (Consortium for Educational Technology for University Systems [CETUS], 1997; Ubell, 2001) de contourner la question de la titularité en axant les discussions sur la fragmentation (*unbundling*) des droits de propriété intellectuelle selon les divers usages. Cette opération est réalisée au moyen de l'octroi par le titulaire du droit d'auteur (qu'il soit l'établissement ou le professeur) d'une série d'autorisations ou d'avantages consentis à l'autre partie au moyen de licences.

Cette proposition a été reprise par la plupart des auteurs qui ont traité de ce sujet depuis (voir, par exemple, Donohue et Howe-Steiger, 2007), et appliquée dans au moins trois universités canadiennes¹⁸.

Tableau 8.1
Rôles et intérêts respectifs des établissements et des professeurs
ayant une incidence sur la gestion du droit d'auteur sur les œuvres d'enseignement

	Professeur	Établissement
Rôles	<ul style="list-style-type: none"> – Produire le matériel nécessaire pour soutenir ou améliorer son enseignement – Contribuer à l'avancement de l'enseignement dans son domaine – Assurer la qualité et l'intégrité scientifique des œuvres utilisées pour l'enseignement 	<ul style="list-style-type: none"> – Assurer la continuité de l'enseignement dans les programmes offerts – Offrir un enseignement de qualité – Prévenir les conflits d'intérêts – Assurer l'équité entre les membres de la communauté
Intérêts	<ul style="list-style-type: none"> – Exercer sa liberté universitaire – Recevoir une reconnaissance pour la qualité de ses œuvres – Recevoir une compensation (monétaire ou autre) pour son travail de création – Bénéficier de la réputation de son établissement – Maintenir sa réputation ou sa notoriété – (Ré)utiliser ses œuvres dans d'autres contextes (notamment dans d'autres établissements) 	<ul style="list-style-type: none"> – Recevoir des retombées financières en fonction de ses investissements – Limiter la concurrence des autres établissements – Maintenir sa réputation – Bénéficier du prestige obtenu par ses professeurs en vertu de leur travail de création d'œuvres d'enseignement – Retenir les professeurs (et autres employés) performants sur le plan de la création d'œuvres d'enseignement

En guise d'exemple, un professeur titulaire du droit d'auteur pourrait accorder une licence non exclusive d'une durée limitée à son établissement pour l'utilisation de son œuvre (par exemple par

18. L'Université du Québec à Montréal, pour sa constituante Télé-université (*Conv. coll.*, professeurs de la Télunq, 2005-2010, art. 27), l'Université du Québec à Trois-Rivières (*Conv. coll.*, professeurs, 2007-2012, annexe F), et l'Université Memorial (MUNFA, 2007).

d'autres professeurs dans le même établissement, ou comme élément d'un cours à distance ou en ligne), voire pour la commercialisation de celle-ci à l'extérieur de l'établissement, moyennant dans ce cas un partage des revenus. Une telle licence serait automatiquement renouvelée à moins que le professeur n'estime que l'œuvre est désuète au point d'en compromettre la qualité scientifique ou la pertinence pour l'enseignement. De manière similaire, un établissement détenant le droit d'auteur pourrait octroyer au professeur-auteur (1) une licence non exclusive permettant à celui-ci d'utiliser son œuvre à sa guise dans ses activités d'enseignement et de recherche, même lorsqu'il a quitté l'établissement; (2) un droit de regard ou de veto, assurant au moins les garanties prévues par le droit moral d'intégrité, sur toute décision concernant l'utilisation ou la modification de l'œuvre; (3) une partie des retombées monétaires en cas de commercialisation. Dans tous les cas, des mesures de règlement (médiation, arbitrage ou autres) devraient être prévues en cas de différend.

Bien que l'on voie que des solutions équivalentes peuvent être atteintes quelle que soit la décision prise en matière de titularité, les mêmes auteurs ont généralement suggéré de favoriser l'octroi aux professeurs de la pleine titularité sur toutes les œuvres qu'ils créent, mesure qui revêt un caractère symbolique majeur¹⁹.

De plus, cette approche permet d'intégrer naturellement la situation évoquée plus haut, soit les œuvres auxquelles des employés autres que des professeurs contribuent de manière significative. En effet, ceux-ci ne bénéficiant pas de la même autonomie et encore moins de la liberté universitaire, on considérera généralement qu'ils effectuent ce travail dans « l'exercice de leur emploi », ce qui rend l'établissement cotitulaire du droit d'auteur. Une entente prévoyant, selon les mêmes termes que les licences mentionnées plus haut, les droits d'utilisation de chaque partie et le partage des éventuelles retombées financières s'impose alors naturellement.

Illustrons ces notions par l'exemple d'un professeur contribuant à la conception et à la réalisation d'un cours en ligne. On supposera qu'il ne s'agit pas d'un cours financé par un organisme externe dans un projet qui, normalement, établirait les conditions relatives à la propriété intellectuelle, mais bien d'un cours réalisé dans le cadre des activités normales de l'établissement. On supposera aussi que dans ces conditions, en vertu de l'exception professorale, le professeur est titulaire du droit d'auteur sur ce qu'il crée. Dans ce contexte, les ententes prendront des formes différentes selon le type de médiatisation, l'organisation du travail et la nature du travail de création du professeur et des autres participants.

Dans un premier cas de figure, le professeur produit d'abord seul tous les documents nécessaires pour un cours en ligne. Bien que certains professeurs aient développé les compétences requises, cela signifiera en règle générale que l'établissement dispose à tout le moins d'une plateforme de diffusion²⁰ permettant à un profane de mettre en ligne les documents. De plus, l'établissement pourra offrir un soutien technique en matière de médiatisation (gestion et formatage de documents, traitement des figures et autres éléments graphiques), sans que cela constitue généralement une contribution suffisante, en termes quantitatifs, pour justifier le coautorat. Dans ce cas, il est vraisemblable que le professeur demeure l'auteur unique de son matériel et, à l'instar de ce qui se

19. On consultera à ce sujet les déclarations de l'American Association of University Professors (AAUP) (Smith, 2002) et de l'Association canadienne des professeurs et professeurs d'université (ACPPU) (2004).

20. On fait référence ici à l'une ou l'autre des centaines de plateformes (ou environnements) de cyberformation, dont les plus connues sont les systèmes commerciaux WebCT et BlackBoard (qui ont fusionné en 2006), et les systèmes de type *open source* (voir l'annexe 6), tels Moodle, Claroline et Sakai.

pratique pour les notes de cours, est titulaire du droit d'auteur sur l'entité que forme la documentation du cours. Tout au plus l'établissement pourrait-il bénéficier d'une licence implicite lui permettant de diffuser ce matériel aux fins de son offre de cours. Il est cependant préférable que le professeur accorde à l'établissement une licence explicite à cette fin. Celle-ci pourrait en outre prévoir qu'en cas de commercialisation d'éléments du cours par le professeur, l'établissement recevrait une part des retombées devant traduire l'importance de son investissement (acquisition ou développement de la plateforme, médiatisation, activités liées à la commercialisation, le cas échéant). Le professeur conserve dans ce cas le droit d'utiliser son matériel original (c'est-à-dire sans les éléments ajoutés lors du traitement par l'établissement) pour toutes fins, par exemple, la production d'un manuel ou encore l'enseignement dans un autre établissement.

Dans un deuxième cas de figure, le professeur produit seul les documents de base (comprenant en général uniquement des textes et des figures simples), mais un travail de médiatisation sophistiqué est effectué par le personnel de l'établissement, par exemple la conception, à partir de simples suggestions du professeur, de schémas complexes ou d'éléments interactifs (animations, simulations) créés de toutes pièces par des programmeurs et des infographistes. Une situation analogue est celle où des spécialistes de la pédagogie complètent le matériel de base produit par le professeur en y ajoutant les éléments nécessaires pour en faire un cours à distance, comme des activités d'apprentissage, des consignes, etc. Dans ces deux situations, et selon la nature et l'ampleur de la collaboration entre le professeur et les autres employés, on pourra considérer la documentation du cours en ligne :

- soit comme une œuvre créée en collaboration, dont le professeur et l'établissement – par le truchement d'une contribution significative de ses employés qui ont été spécifiquement affectés à cette tâche – détiennent conjointement le droit d'auteur;
- soit comme un recueil, dont l'établissement détient la titularité mais qui inclut l'œuvre conçue par le professeur, pour laquelle ce dernier a accordé une licence qui en autorise l'inclusion et en précise les conditions d'utilisation.

Un troisième cas de figure est celui où tous les documents requis pour un cours en ligne, incluant les textes de base, les éléments multimédias et les divers documents complémentaires, sont réalisés par une équipe dirigée par le professeur ou à laquelle il participe avec d'autres employés de l'établissement affectés au projet et qui contribuent eux aussi de manière significative au processus de création. Dans ce cas, la cotitularité du droit d'auteur sur la documentation du cours est la seule avenue possible. L'entente entre l'établissement et le professeur²¹ devrait normalement octroyer à ce dernier un pouvoir de décision lui permettant d'assurer l'intégrité du cours et la qualité de l'enseignement. Par ailleurs, le partage des éventuels revenus entre l'établissement et le professeur, en cas de commercialisation, devrait traduire l'importance de la contribution de celui-ci.

On notera que le facteur essentiel en cause ici est, d'une part, la notion de contribution significative conférant aux participants le statut de coauteurs et, d'autre part, la forme que prend le travail d'équipe, qui donne à l'œuvre le caractère de recueil ou d'œuvre créée en collaboration. Là encore, ces notions ne sont pas définies par les lois, mais éclairées par la jurisprudence (voir le chapitre 3), qui indique notamment que ce caractère significatif est associé non seulement à la part de travail

21. Ces ententes peuvent certes être individuelles, mais elles peuvent également être prévues dans les conventions collectives de travail.

accomplie, mais aussi à l'exercice d'un talent et d'un jugement non négligeables, le tout devant toutefois être évalué au cas par cas.

L'utilisation d'œuvres protégées dans l'enseignement médiatisé

La propriété des œuvres créées pour l'enseignement médiatisé n'est qu'un des aspects de la propriété intellectuelle ayant acquis une dimension nouvelle dans la foulée du développement des technologies des communications, et du web en particulier. Un autre, qui en constitue en quelque sorte la réciproque, est l'utilisation d'œuvres protégées dans l'enseignement médiatisé.

Cette utilisation est encadrée d'abord par les exceptions, prévues dans la législation, qui permettent la reproduction ou la présentation publique d'une œuvre sans que cela constitue une violation du droit d'auteur. Comme on l'a vu au chapitre 4, ces exceptions sont de deux types :

- une exception de type général, appelée utilisation équitable (*fair dealing*) au Canada et *fair use* aux États-Unis;
- une série d'exceptions s'appliquant spécifiquement aux activités des bibliothèques, musées et services d'archives, d'une part, et à celles des établissements d'enseignement (voir l'annexe 1).

Au Canada, ces exceptions, conçues en fonction des médias et des modes d'enseignement traditionnels, ne s'appliquent que marginalement à l'enseignement médiatisé, et pas du tout à l'enseignement en ligne, et ce pour deux raisons principales.

D'une part, la nature hybride de l'Internet – à la fois moyen de publication, d'exécution en public et de télécommunication, pour reprendre les termes de la *Loi sur le droit d'auteur* – rend difficile l'application de ces dispositions et exceptions, qui sont différentes pour ces trois modes. Ainsi, selon les exceptions de la Loi canadienne relatives à l'enseignement, on peut reproduire un texte imprimé pour le projeter en classe; on peut aussi projeter une émission de télévision au moment où celle-ci est diffusée sur les ondes. Cependant, il n'est pas clair si l'on peut projeter en classe une page web à laquelle on accède en ligne. En effet, tout dépend si l'on considère ou non celle-ci comme une copie d'une œuvre (dans la mémoire vive ou le disque dur de l'ordinateur) réalisée aux fins de projection, ou encore une œuvre projetée *au moment où* elle est communiquée au public par télécommunication. Inutile de préciser que ces distinctions sont d'intérêt autant économique que sémantique, comme en fait foi la suggestion des sociétés de gestion collective canadiennes, émise lors des discussions sur la modification de la *Loi sur le droit d'auteur* (voir le chapitre 4), de mettre en place un tarif couvrant cette activité (Bulte, 2004)²².

D'autre part, la notion de salle de classe mentionnée dans les exceptions convient de moins en moins pour décrire le lieu où se déroulent les activités d'enseignement et d'apprentissage, non seulement pour l'enseignement en ligne, mais aussi, comme nous l'avons mentionné plus haut, pour l'enseignement en classe, de plus en plus souvent complété par des activités ayant recours à l'Internet. Or, la mise en ligne d'œuvres protégées pose une série de difficultés, car les exceptions prévues à la Loi canadienne à l'intention des établissements d'enseignement ne s'appliquent que dans les salles de classe situées à l'intérieur de leurs murs.

22. Précisons que cette recommandation, qui a soulevé une forte opposition des milieux de l'enseignement, n'a été retenue ni dans le projet de loi C-60 finalement déposé (et non adopté), ni dans le suivant (C-61, qui n'a pas été adopté non plus; voir le chapitre 4).

Comme on l'a vu au chapitre 4, les utilisations en classe non couvertes par ces exceptions peuvent dans certains cas relever d'un système de gestion collective du droit d'auteur²³, qui comprend des sociétés mises sur pied pour recueillir auprès des établissements des droits d'utilisation afin de les redistribuer aux titulaires participants. On parle ici d'activités comme la photocopie d'extraits d'œuvres à distribuer aux étudiants, la projection en classe de films ou de vidéos, l'enregistrement et la rediffusion d'émissions de télévision. Dans les autres cas, ce qui inclut au Canada à peu près tout ce qui touche l'enseignement à distance ou en ligne, l'obtention de l'autorisation du titulaire du droit d'auteur est requise pour toute reproduction, présentation publique ou diffusion de chaque œuvre ou partie importante de celle-ci.

On le voit, l'utilisation d'œuvres ou d'extraits d'œuvres protégées aux fins de l'enseignement médiatisé n'est possible, sans autorisation expresse du titulaire du droit d'auteur, qu'à certaines conditions très restrictives au Canada.

Aux États-Unis par contre, tant l'exception du *fair use*, plus généreuse que celle de l'utilisation équitable²⁴, que les exceptions s'appliquant à l'enseignement, modifiées lors d'une mise à jour du *Copyright Act* – le *Technology, Education and Copyright Harmonization Act of 2002 (TEACH Act)* – s'appliquent à l'enseignement en ligne. Il faut cependant préciser que des conditions assez restrictives rendent l'intérêt du *TEACH Act* assez limité en pratique pour l'enseignement en ligne. Dans certains cas, l'exception du *fair use* serait même plus avantageuse (Gasaway, 2001). Il faut tout de même préciser que cette plus grande ouverture de la législation américaine en faveur de l'utilisation d'œuvres protégées en enseignement médiatisé est contrebalancée à certains égards par d'autres modifications apportées à la loi peu de temps auparavant, lors de l'adoption en 1998 du *Digital Millennium Copyright Act (DMCA)*. On parle ici des dispositions, comprises dans ce qu'on appelle la « gestion numérique des droits » (« *digital rights management* », voir l'annexe 5), qui rendent illégal tout moyen ou action visant à contourner les mesures de protection numériques contre l'accès ou la copie. Comme le fait remarquer Clark (2001), ces dispositions ont préséance sur les exceptions à la loi, de sorte qu'elles sont susceptibles de rendre illégaux des actes qui seraient par ailleurs permis en vertu de ces exceptions, telle la copie unique pour fins d'étude privée ou de recherche.

Notons qu'au Canada, des mesures semblables à celles que l'on retrouve tant dans le *TEACH Act* que dans le *Digital Millennium Copyright Act* ont été incluses dans le projet de réforme de la *Loi sur le droit d'auteur* déposé en 2008, après qu'un projet précédent, fortement critiqué, fût finalement mort au feuillet (voir le chapitre 4). La réaction du monde de l'éducation a été mitigée. Tous ont salué les nouvelles exceptions touchant l'utilisation en classe d'œuvres diffusées en ligne et la diffusion d'œuvres par Internet aux élèves hors de la salle de classe (donc, dans un contexte d'enseignement en ligne). Par contre, la prépondérance accordée aux mesures de protection (et

23. Couvert par les articles 71 et s. de la Loi.

24. À titre d'exemple, la reproduction d'une partie d'un ouvrage imprimé pour le distribuer aux étudiants d'un cours, geste qui viole le droit d'auteur au Canada à moins que l'établissement ne participe au système de gestion collective (et paie le tarif établi), est légale aux États-Unis, comme l'indique explicitement le *U.S. Copyright Act*, § 107 :

[...]the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as [...] teaching (including multiple copies for classroom use), [...] is not an infringement of copyright.

même aux licences d'utilisation) sur les exceptions – incluant celle de l'utilisation équitable – a suscité beaucoup d'inquiétude²⁵.

Une question connexe touche l'intégration dans les documents numérisés non pas d'œuvres ou d'extraits d'œuvres protégées, mais d'hyperliens pointant vers des œuvres en ligne protégées. Il s'agit là d'une situation totalement nouvelle qui, ne possédant pas réellement d'équivalent dans les médias traditionnels, n'est pas couverte de manière évidente par les lois et s'appuie sur une jurisprudence très embryonnaire.

Tout d'abord, il faut distinguer les divers types de liens pouvant être inclus dans un site (Battisti, 2003) :

- les liens *simples*, pointant vers la page d'accueil d'un autre site;
- les liens *profonds*, pointant vers une page quelconque (autre que la page d'accueil) hébergée sur un autre site;
- les liens *de cadrage*, habituellement situés dans les menus, qui font afficher, dans une section de la page bien identifiée, une page hébergée dans un autre site;
- les liens *d'insertion*, qui n'apparaissent pas explicitement comme des hyperliens mais font afficher automatiquement, dans une fenêtre, un cadre ou au sein même de la page en cours, une page ou un élément multimédia hébergé dans un autre site.

Soulignons que des motifs de contestation non reliés au droit d'auteur peuvent être soulevés à l'encontre de l'inclusion d'un lien de l'un ou l'autre type vers un site, et ont d'ailleurs fait l'objet de poursuites judiciaires et de décisions. Ces motifs concernent les marques de commerce (par exemple, l'utilisation du logo d'une organisation comme hyperlien), la concurrence déloyale et la diffamation (Battisti, 2003). Nous n'examinerons ici que les motifs relevant du droit d'auteur, en considérant successivement les divers types de liens décrits plus haut.

- Les liens simples, qui sont à certains égards l'équivalent de références bibliographiques, ne posent *a priori* aucun enjeu en matière de droit d'auteur, du moins en ce qui touche les droits économiques, car aucune des actions réservées au titulaire du droit d'auteur n'est ici posée. Tout au plus un auteur pourrait-il, au nom du droit moral d'intégrité (voir le chapitre 1), contester la présence d'un lien vers son site, si cela l'associe à une cause ou un contexte susceptible de nuire à son honneur ou à sa réputation.

Il existe cependant une autre dimension de la situation qui soulève un enjeu de nature juridique : dans quelle mesure l'inclusion dans une page d'un hyperlien pointant vers une œuvre qui enfreint le droit d'auteur peut-elle constituer une autorisation à enfreindre la loi? Cette dimension, qui a fait l'objet de quelques décisions judiciaires dans le cas bien connu des sites d'échange de fichiers MP3 (Longdin, 2007), doit être située dans le contexte général de la responsabilité des fournisseurs de service, dans la mesure où le responsable d'un site web fournit aux usagers divers services, sous forme d'informations, d'outils... et d'hyperliens. Cependant, comme l'explique Longdin (2007), les quelques condamnations survenues dans ce domaine indiquent qu'il doit y avoir présence de facteurs incriminants, comme les bénéfices financiers que le

25. Voir, par exemple, les déclarations de l'Association canadienne des professeures et professeurs d'université (ACPPU) (2009) et de l'Association des universités et collèges du Canada (AUCC) (2008).

fournisseur retire du trafic que cette offre de service génère, ou encore la présence d'un encouragement explicite à visiter des sites qui enfreignent manifestement le droit d'auteur, comme les sites qui offrent des copies illégales de logiciels.

- Les liens profonds ont bien fait l'objet de quelques poursuites judiciaires et de décisions aux États-Unis et en Europe mais bien que le mot de la fin n'ait pas été encore dit, la tendance semble être d'en reconnaître le caractère légal du point de vue du droit d'auteur (Matuschak, 2003).
- Les liens de cadrage et, plus encore, les liens d'insertion constituent des situations plus délicates. Ici aussi la question de la nature du web est en cause, dans la mesure où on peut en arriver à des conclusions différentes selon que l'inclusion d'une œuvre dans une autre au moyen de ces liens est vue comme l'intégration d'une copie de l'œuvre originale dans ce qui devient une nouvelle œuvre, ou comme la communication de l'œuvre au public d'une manière qui diffère de celle que prévoit le responsable du site hébergeant l'œuvre originale. Ici également, les droits moraux peuvent être en cause; non seulement le droit d'intégrité, mais aussi le droit d'attribution, dans la mesure où la page ou l'élément (il peut s'agir d'une simple figure) affiché par ce type de lien peut très bien sembler partie intégrante de la page qui l'appelle. Les quelques causes qui ont porté sur ces types de liens (Ott, 2004; Sableman, 2001) ne permettent pas non plus de trancher définitivement la question, mais laissent nettement supposer que le recours à ce type de liens sans l'accord du titulaire présente des risques bien réels.

Quoi qu'il en soit, en vertu de considérations d'éthique, voire par simple courtoisie, lorsqu'un site vers lequel on établit un hyperlien – de quelque type que ce soit – ne contient pas de mention explicite autorisant cette action, il convient de demander l'autorisation au responsable et de retirer le lien si celui-ci le demande. C'est du moins la ligne adoptée par certains établissements spécialisés en formation à distance (Claerhout, 2004).

Mais pendant que les créateurs – et ceux qui les emploient – et les utilisateurs d'œuvres appelées à être diffusées dans Internet tentaient de tirer profit du potentiel de cette nouvelle technologie, ou simplement de conserver les droits qu'ils détenaient sur les œuvres ayant recours aux technologies traditionnelles, une nouvelle tendance faisait son chemin dans le monde de l'enseignement : l'accès libre.

L'accès libre aux ressources numériques d'apprentissage

Comme on l'a vu au chapitre 7, le mouvement pour l'accès libre est né d'abord en lien avec les documents présentant les résultats des recherches (les articles scientifiques avant tout). Il a cependant assez vite débordé ce cadre pour s'étendre à l'accès aux ouvrages destinés à l'enseignement. En fait, les arguments invoqués pour justifier ou promouvoir l'accès libre aux publications scientifiques s'appliquent à peu près intégralement au domaine de l'enseignement médiatisé, qu'il s'agisse de considérations économiques (augmentation du coût des manuels ou des autres documents d'appoint), politiques (mission de l'Université, équité Nord-Sud), ou encore de l'intérêt des auteurs, qui visent généralement non pas le gain financier, mais plutôt la reconnaissance et la notoriété, voire la simple satisfaction de savoir leurs œuvres utilisées et appréciées par le plus grand nombre (Bates, Loddington, Manuel et Oppenheim, 2007). De plus, leur diffusion a recours aux mêmes moyens techniques, soit les archives ou répertoires (institutionnels ou centralisés) et,

dans bien des cas, au même dispositif juridique, soit les licences Creative Commons ou analogues (voir l'annexe 6).

Il existe cependant une différence importante à considérer. Il est question ici d'accès à des œuvres d'enseignement qui n'étaient pas, en règle générale, déjà diffusées autrement que localement (comme les notes de cours) ou par le truchement de sites web personnels. En conséquence, et contrairement au monde de la publication scientifique, qui se caractérise par des formats normalisés et un contrôle de la qualité se voulant rigoureux (l'évaluation par les pairs), la qualité, la nature et l'ampleur de ces œuvres d'enseignement sont d'une très grande variabilité. C'est entre autres pour ces deux dernières raisons qu'au lieu de les qualifier d'ouvrages ou de documents, on les désigne plutôt sous des appellations générales comme « ressources numériques d'apprentissage » (RNA)²⁶. Soulignons que ce mouvement touche peu les manuels²⁷, qui continuent très majoritairement à relever de l'édition commerciale.

Tout comme pour les archives ou répertoires offrant l'accès aux publications de recherche, ceux qui sont dédiés aux RNA sont de deux types : institutionnels, hébergeant les productions des membres de l'établissement, ou centralisés, généralement associés à une entité géographique ou administrative. Alors que les premiers sont la plupart du temps des archives, c'est-à-dire qu'ils hébergent les fichiers associés à ces ressources, les seconds sont plus souvent des répertoires, au sens où ils ne contiennent que les métadonnées décrivant les RNA (l'analogie pour les documents numériques des données contenues dans les fiches bibliographiques), avec des hyperliens vers celles-ci.

Le plus célèbre exemple d'archive institutionnelle de RNA est offert par le MIT, qui a lancé au début des années 2000 son OpenCourseware Initiative (Kirkpatrick, 2006). Ce projet, résultat d'un sens du leadership et d'un travail de sensibilisation exemplaires (Lerman et Miyagawa, 2002), car les professeurs étaient invités à y participer sur une base entièrement volontaire, proposait à ceux-ci de mettre en ligne non pas des cours, comme on l'a souvent entendu, mais les documents qu'ils produisent pour compléter leur enseignement en classe. L'offre aux professeurs d'un soutien à la médiatisation et à la mise en ligne²⁸ s'accompagne de l'exigence pour ces derniers d'accorder une licence non exclusive perpétuelle, de type Creative Commons (CC), pour tous les documents déposés (MIT OpenCourseware, 2003).

L'initiative du MIT, qui a résulté en l'offre de ressources de types et d'ampleurs variés associées à de nombreux cours (1 900 à la mi-2009) a été suivie par quelques autres établissements universitaires, tels :

- aux États-Unis, l'Open Learning Initiative de l'Université Carnegie-Mellon;
- en France, Libres Savoirs, du consortium Paris Tech, regroupant les Grandes Écoles parisiennes, qui donne accès à 2 000 RNA;

26. Aussi appelées « objets d'apprentissage » ou « ressources d'enseignement et d'apprentissage ».

27. On retrouve un certain nombre d'initiatives, regroupées sous l'appellation « *open textbooks* », qui offrent l'accès libre à des manuels dans la plupart des domaines. On consultera à ce sujet les sites Open Textbook, Make Textbooks Affordable et Community College Open Textbooks Project. Mentionnons aussi que les archives ou répertoires de RNA peuvent contenir des manuels; ainsi, le répertoire MERLOT donne accès à plus de 200 manuels (parmi son catalogue de 20 000 RNA).

28. Fait à signaler, le MIT ne considère pas ce soutien comme la fourniture de ressources inhabituelles, ce qui signifie, selon la politique de l'établissement, que le professeur demeure titulaire du droit d'auteur.

- au Royaume-Uni, l'initiative OpenLearn de l'Open University, sans doute la plus prestigieuse université à distance au monde.

Du côté des archives ou répertoires centralisés, mentionnons le succès du répertoire américain MERLOT, lancé à la fin des années 1990 et qui a dépassé en 2008 le cap de 20 000 RNA, couvrant tous les domaines. Soulignons que bien que le contenu y soit très majoritairement d'origine américaine (donc en anglais), MERLOT fait une place aux ressources d'autres pays ou utilisant d'autres langues²⁹. Au Canada, mentionnons le répertoire Enpairs et l'archive Vecteur qui offraient, au début de 2009, environ 500 et 100 ressources respectivement.

Une autre différence importante entre les répertoires ou archives de publications de recherche et ceux qui contiennent des RNA touche le droit d'auteur. Et cette question possède deux dimensions complémentaires : les conditions posées par les responsables de l'archive pour accepter le dépôt d'une ressource et les utilisations consenties aux usagers accédant à celles-ci (Gadd *et al.*, 2007).

On l'a vu au chapitre 7, pour les articles scientifiques, l'enjeu principal est l'étendue des droits qu'a conservés l'auteur qui, en règle générale, a cédé son droit d'auteur ou concédé une licence à la revue. Dans le pire des cas, c'est-à-dire quand l'auteur n'a conservé ou ne s'est vu accorder aucune permission, le dépôt est effectué sous le mode d'accès restreint, qui ne permet aux usagers d'avoir accès « librement » qu'aux métadonnées du document. Toutefois, cela ne constitue pas un problème majeur, dans la mesure où les lecteurs potentiels de ces documents n'ont en général besoin de rien de plus que ce que permettent les exceptions de type « *fair use* » ou « utilisation équitable », soit d'obtenir une copie aux fins de recherche ou d'étude privée.

Pour les œuvres d'enseignement que sont les RNA, les choses sont plus complexes. Tout d'abord, en vertu de l'« exception professorale » ou des politiques institutionnelles, comme nous l'avons expliqué plus haut, les auteurs-déposants seront très souvent les premiers titulaires du droit d'auteur sur ces œuvres et ne l'auront pas cédé à un éditeur. Ils ont donc toute marge de manœuvre tant pour déposer les documents que pour fixer l'étendue des autorisations consenties aux usagers. Ensuite, contrairement aux publications de recherche, pour lesquelles l'exigence d'originalité ne favorise pas cette pratique, les œuvres d'enseignement incluent très souvent des extraits d'autres œuvres protégées par le droit d'auteur, pour lesquels l'autorisation des titulaires est requise aux fins de toute reproduction ou diffusion.

On peut soutenir que les auteurs, en déposant une ressource (ou, dans le cas des répertoires, en déposant les métadonnées et un hyperlien vers la ressource), accordent une licence implicite de diffusion et que les responsables du répertoire n'agissent qu'à titre de fournisseurs de services, ce qui vraisemblablement dégage leur responsabilité (voir le chapitre 7). Cependant, ces responsables seraient bien avisés de prendre des mesures raisonnables, ne serait-ce que par un rappel à l'intention des déposants, pour s'assurer que les œuvres déposées n'enfreignent pas la loi. On a proposé à cette fin des modèles de licences déposant/gestionnaire pouvant convenir à diverses situations (Loddington, Gadd, Oppenheim et Manuel, 2006).

À l'autre extrémité de la chaîne auteur-archive-usager, un autre enjeu majeur se pose en matière de droit d'auteur : les actions, normalement réservées au titulaire, que l'on permet aux usagers d'effectuer dans le contexte de l'accès libre. On parle ici, par exemple, de réalisation de copies

29. Au début de 2009, MERLOT contenait environ 700 RNA en espagnol, 450 en français et 250 en allemand; étaient aussi représentées une dizaine d'autres langues comptant moins de 100 ressources chacune.

multiplés (numériques ou imprimées), de (re)diffusion en ligne ou de modification (résumé, traduction, adaptation, inclusion dans une œuvre, etc.). À ce chapitre, les responsables des archives ont adopté deux approches.

La première consiste à laisser cette question entièrement à l'auteur qui dépose une ressource. Si celui-ci n'accompagne son dépôt d'aucune mention relative au droit d'auteur par exemple, ou uniquement le traditionnel symbole © suivi du nom du titulaire, la seule action permise pour les usagers est la consultation, à laquelle il faut ajouter bien sûr les actions autorisées en vertu des exceptions de la Loi. Sur le plan juridique, on retrouve ici la notion de licence (d'utilisation) implicite, dont il est difficile de déterminer la portée au-delà de cette autorisation de consultation³⁰. Certains répertoires ou archives suggèrent aux déposants, sans nécessairement l'imposer, d'associer une licence utilisateur de type CC aux œuvres qu'ils déposent (ou dont ils déposent les métadonnées). C'est le cas notamment de MERLOT, qui a inclus dans son formulaire de dépôt une section permettant de choisir une des six licences CC.

La seconde approche consiste à exiger, comme condition d'acceptation d'un dépôt, que l'auteur associe à sa ressource un type de licence particulier. Cette solution, qui s'applique avant tout aux archives, présente l'avantage de la clarté et de la simplicité, l'utilisateur n'ayant pas à se poser la question pour chacune des ressources qu'il décide d'utiliser. Cette voie des licences obligatoires (généralement des licences CC) a été adoptée entre autres par le MIT et l'Open University, de même que par Vecteur, qui imposent tous la licence CC « *by-nc-sa* » (paternité, pas d'utilisation commerciale, conditions initiales à l'identique). De même, un groupe de travail de la Conférence des recteurs et principaux des universités du Québec chargé d'étudier les questions entourant le droit d'auteur et les répertoires de RNA a recommandé l'emploi des licences CC, sans favoriser l'une ou l'autre catégorie (CREPUQ, 2007). La Télé-université de l'Université du Québec à Montréal a également suivi cette avenue dans sa *Politique de gestion de la diffusion des ressources d'enseignement et d'apprentissage (REA)*.

Il est à noter que le rapport du groupe de travail de la CREPUQ, après avoir souligné que « libre ne signifie pas nécessairement gratuit³¹ », poursuit en expliquant que « le recours à des licences gratuites, telles Creative Commons, ne se traduit pas automatiquement par l'utilisation sans frais des ressources numériques sur lesquelles s'appliquent ces licences » (p. 16). Sans que le rapport le mentionne explicitement, cela laisse entendre que l'on pourrait réserver l'accès des ressources diffusées sous licence CC à des groupes de personnes, par exemple les étudiants inscrits à un cours ou encore l'ensemble des membres d'un établissement, qui auront payé, directement ou indirectement (par exemple, par des droits de scolarité ou des frais afférents) pour obtenir cet accès. Aussi étonnant que cela puisse paraître, tant cela semble aller à l'encontre des objectifs de créateurs de ces licences, ardents promoteurs de l'accès libre (dans le sens « fort » du terme), cette possibilité ne contredit pas techniquement les conditions de ces licences, comme l'expliquent les auteurs d'un

30. On pourrait soutenir qu'un auteur qui dépose un ouvrage dans une archive qui affiche clairement son caractère « accès libre » consent une licence d'utilisation implicite d'une portée assez large. Mais il faut pour cela que les gestionnaires de l'archive définissent très clairement et affichent très visiblement ce qu'ils entendent par « accès libre » car, comme on l'a vu au chapitre 7, ce terme, quand il n'est pas précisé par une description des usages permis ou par le recours à une licence de type Creative Commons, est très vague en ce qui touche l'étendue des ces permissions.

31. Affirmation assez curieuse, car dans le débat sur la signification de l'accès libre, on entend surtout l'inverse, soit que « gratuit » ne signifie pas nécessairement « libre ».

autre rapport, anglais celui-là (Intrallet et AHRC Research Center for Studies in IP and IT Law, 2005). Il reste qu'une telle protection risque de se révéler dérisoire, comme le soulignent ces mêmes auteurs, car toutes les licences CC permettent à quiconque de copier l'œuvre et de la rediffuser gratuitement, ce qui, en pratique, rend l'accès gratuit pour tous.

En dépit du potentiel que revêt ce nouveau mode de diffusion et de partage des œuvres d'enseignement, à la fin des années 2000, les archives ou répertoires de RNA étaient à bien des égards dans une situation analogue à ceux qui donnent accès à des documents de recherche (voir le chapitre 7) : ici aussi, sauf de quelques rares exceptions, les archives contiennent très peu de documents. Mais si l'on connaît bien les conditions (dépôt pris en charge par l'établissement, mais surtout exigences de dépôt) qui ont permis à quelques archives de type recherche de connaître le succès, il est difficile de prévoir ce qui permettra à l'accès libre aux œuvres d'enseignement de prendre réellement son envol. Une enquête menée auprès d'enseignants britanniques (Bates *et al.*, 2007) incite cependant à croire que les mêmes obstacles sont à l'œuvre (méconnaissance, manque de temps, incertitude quant au caractère légal de l'opération) et que le même type de mesures pourraient s'avérer efficaces. Ici aussi, la balle semble être dans le camp des établissements universitaires et de ceux qui les financent.

Si la propriété intellectuelle générée par les professeurs-chercheurs est l'objet d'une attention particulière, comme on l'a vu aux deux chapitres précédents, celle des créations réalisées par les étudiants est souvent négligée dans les travaux et études sur le sujet. Pourtant, ceux-ci consacrent une bonne partie du temps et des efforts dévolus à leurs études à un travail de création; on peut d'ailleurs raisonnablement soutenir que, globalement, ils réalisent une bonne partie de la création qui se fait dans les établissements universitaires. Il convient donc de se pencher sur les enjeux qui, sans nécessairement leur être spécifiques, les touchent au premier chef.