

Public Consultation **on the review of the EU copyright rules**

Contents

I. Introduction	2
A. Context of the consultation	2
B. How to submit replies to this questionnaire	3
C. Confidentiality	3
II. Rights and the functioning of the Single Market	8
A. Why is it not possible to access many online content services from anywhere in Europe?	8
B. Is there a need for more clarity as regards the scope of what needs to be authorised (or not) in digital transmissions?	11
1. The act of “making available”	11
2. Two rights involved in a single act of exploitation	12
3. Linking and browsing	13
4. Download to own digital content	16
C. Registration of works and other subject matter – is it a good idea?	19
D. How to improve the use and interoperability of identifiers	21
E. Term of protection – is it appropriate?	22
III. Limitations and exceptions in the Single Market	23
A. Access to content in libraries and archives	27
1. Preservation and archiving	28
2. Off-premises access to library collections	29
3. E – lending	30
4. Mass digitisation	31
B. Teaching	32
C. Research	33
D. Disabilities	34
E. Text and data mining	35
F. User-generated content	37
IV. Private copying and reprography	39
V. Fair remuneration of authors and performers	42
VI. Respect for rights	43
VII. A single EU Copyright Title	47
VIII. Other issues	48

I. Introduction

A. Context of the consultation

Over the last two decades, digital technology and the Internet have reshaped the ways in which content is created, distributed, and accessed. New opportunities have materialised for those that create and produce content (e.g. a film, a novel, a song), for new and existing distribution platforms, for institutions such as libraries, for activities such as research and for citizens who now expect to be able to access content – for information, education or entertainment purposes – regardless of geographical borders.

This new environment also presents challenges. One of them is for the market to continue to adapt to new forms of distribution and use. Another one is for the legislator to ensure that the system of rights, limitations to rights and enforcement remains appropriate and is adapted to the new environment. This consultation focuses on the second of these challenges: ensuring that the EU copyright regulatory framework stays fit for purpose in the digital environment to support creation and innovation, tap the full potential of the Single Market, foster growth and investment in our economy and promote cultural diversity.

In its "Communication on Content in the Digital Single Market"¹ the Commission set out two parallel tracks of action: on the one hand, to complete its on-going effort to review and to modernise the EU copyright legislative framework²³ with a view to a decision in 2014 on whether to table legislative reform proposals, and on the other, to facilitate practical industry-led solutions through the stakeholder dialogue "Licences for Europe" on issues on which rapid progress was deemed necessary and possible.

The "Licences for Europe" process has been finalised now⁴. The Commission welcomes the practical solutions stakeholders have put forward in this context and will monitor their progress. Pledges have been made by stakeholders in all four Working Groups (cross border portability of services, user-generated content, audiovisual and film heritage and text and data mining). Taken together, the Commission expects these pledges to be a further step in making the user environment easier in many different situations. The Commission also takes note of the fact that two groups – user-generated content and text and data mining – did not reach consensus among participating stakeholders on either the problems to be addressed or on the results. The discussions and results of "Licences for Europe" will be also taken into account in the context of the review of the legislative framework.

As part of the review process, the Commission is now launching a public consultation on issues identified in the Communication on Content in the Digital Single Market, i.e.: *"territoriality in the Internal Market, harmonisation, limitations and exceptions to copyright in the digital age; fragmentation of the EU copyright market; and how to improve the effectiveness and efficiency of enforcement while underpinning its legitimacy in the wider context of copyright reform"*. As highlighted in the October 2013 European Council

¹ COM (2012)789 final, 18/12/2012.

² As announced in the Intellectual Property Strategy ' A single market for Intellectual Property Rights: COM (2011)287 final, 24/05/2011.

³ *"Based on market studies and impact assessment and legal drafting work"* as announced in the Communication (2012)789.

⁴ See the document "Licences for Europe – ten pledges to bring more content online": http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/licences-for-europe/131113_ten-pledges_en.pdf.

Conclusions⁵ *"Providing digital services and content across the single market requires the establishment of a copyright regime for the digital age. The Commission will therefore complete its on-going review of the EU copyright framework in spring 2014. It is important to modernise Europe's copyright regime and facilitate licensing, while ensuring a high level protection of intellectual property rights and taking into account cultural diversity"*.

This consultation builds on previous consultations and public hearings, in particular those on the "Green Paper on copyright in the knowledge economy"⁶, the "Green Paper on the online distribution of audiovisual works"⁷ and "Content Online"⁸. These consultations provided valuable feedback from stakeholders on a number of questions, on issues as diverse as the territoriality of copyright and possible ways to overcome territoriality, exceptions related to the online dissemination of knowledge, and rightholders' remuneration, particularly in the audiovisual sector. Views were expressed by stakeholders representing all stages in the value chain, including right holders, distributors, consumers, and academics. The questions elicited widely diverging views on the best way to proceed. The "Green Paper on Copyright in the Knowledge Economy" was followed up by a Communication. The replies to the "Green Paper on the online distribution of audiovisual works" have fed into subsequent discussions on the Collective Rights Management Directive and into the current review process.

B. How to submit replies to this questionnaire

You are kindly asked to send your replies **by 5 February 2014** in a MS Word, PDF or OpenDocument format to the following e-mail address of DG Internal Market and Services: **markt-copyright-consultation@ec.europa.eu**. Please note that replies sent after that date will not be taken into account.

This consultation is addressed to different categories of stakeholders. To the extent possible, the questions indicate the category/ies of respondents most likely to be concerned by them (annotation in brackets, before the actual question). Respondents should nevertheless feel free to reply to any/all of the questions. Also, please note that, apart from the question concerning the identification of the respondent, none of the questions is obligatory. Replies containing answers only to part of the questions will be also accepted.

You are requested to provide your answers directly within this consultation document. For the "Yes/No/No opinion" questions please put the selected answer in **bold** and underline it so it is easy for us to see your selection.

In your answers to the questions, you are invited to refer to the situation in EU Member States. *You are also invited in particular to indicate, where relevant, what would be the impact of options you put forward in terms of costs, opportunities and revenues.*

The public consultation is available in English. Responses may, however, be sent in any of the 24 official languages of the EU.

C. Confidentiality

The contributions received in this round of consultation as well as a summary report presenting the responses in a statistical and aggregated form will be published on the website of DG MARKT.

⁵ EUCO 169/13, 24/25 October 2013.

⁶ COM(2008) 466/3, http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/copyright-info/index_en.htm#maincontentSec2.

⁷ COM(2011) 427 final, http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2011/audiovisual_en.htm.

⁸ http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2009/content_online_en.htm.

Please note that all contributions received will be published together with the identity of the contributor, unless the contributor objects to the publication of their personal data on the grounds that such publication would harm his or her legitimate interests. In this case, the contribution will be published in anonymous form upon the contributor's explicit request. Otherwise the contribution will not be published nor will its content be reflected in the summary report.

Please read our [Privacy statement](#).

PLEASE IDENTIFY YOURSELF:

Name:

Réseau Trans Europe Experts

In the interests of transparency, organisations (including, for example, NGOs, trade associations and commercial enterprises) are invited to provide the public with relevant information about themselves by registering in the Interest Representative Register and subscribing to its Code of Conduct.

- If you are a Registered organisation, please indicate your Register ID number below. Your contribution will then be considered as representing the views of your organisation.

.....
.....

- If your organisation is not registered, you have the opportunity to [register now](#). Responses from organisations not registered will be published separately.

If you would like to submit your reply on an anonymous basis please indicate it below by underlining the following answer:

- Yes, I would like to submit my reply on an anonymous basis

TYPE OF RESPONDENT (Please underline the appropriate):

- € **End user/consumer** (e.g. internet user, reader, subscriber to music or audiovisual service, researcher, student) **OR Representative of end users/consumers**
→ for the purposes of this questionnaire normally referred to in questions as "**end users/consumers**"

- € **Institutional user** (e.g. school, university, research centre, library, archive) **OR Representative of institutional users**
→ for the purposes of this questionnaire normally referred to in questions as "**institutional users**"

- € **Author/Performer OR Representative of authors/performers**

- € **Publisher/Producer/Broadcaster** **OR** **Representative of publishers/producers/broadcasters**

→ the two above categories are, for the purposes of this questionnaire, normally referred to in questions as "**right holders**"

- € **Intermediary/Distributor/Other service provider** (e.g. online music or audiovisual service, games platform, social media, search engine, ICT industry) **OR Representative of intermediaries/distributors/other service providers**
→ for the purposes of this questionnaire normally referred to in questions as "**service providers**"

- € **Collective Management Organisation**

- € **Public authority**

- € **Member State**

- € **Other** (Please explain): Réseaux d'experts chercheurs universitaires et praticiens

[Le réseau Trans Europe Experts est composé d'universitaires européens et de praticiens souhaitant promouvoir la participation active des experts dans les discussions européennes, grâce à une structure fédérale qui permet une action coordonnée, réactive et dynamique. Trans Europe Experts a une grande expérience des procédures européennes. Le réseau est organisé par pôles de compétences. Son principal but – et la](#)

raison de sa création – est de s’engager dans les discussions normatives européennes et de rendre les décisions nationales et européennes plus visibles. Le réseau souhaite assurer une pluralité d’opinions dans les instances où s’élabore le droit de l’Union. Au-delà des experts visibles et identifiés, TEE bénéficie également d’un réseau d’influence important, assurant aux premiers un poids avéré dans les prises de décisions normatives européennes (<http://www.transeuropexperts.eu/>).

Le pôle propriété intellectuelle est un des pôles du réseau *Trans Europe Experts*. Ce groupe d’experts est pour l’essentiel composé d’universitaires ayant une fine connaissance de la propriété intellectuelle. Il s’appuie également de façon permanente ou ponctuelle sur l’expertise de divers praticiens, spécialistes des questions soulevées par les consultations. Plusieurs de ses membres collaborent à des projets collectifs. Plusieurs d’entre eux ont notamment répondu à la sollicitation de la Commission européenne dans le cadre de l’évaluation de la directive 2004/48/CE, du Livre vert sur la diffusion en ligne des oeuvres audiovisuelles, du questionnaire sur les procédures de notification des contenus illégaux hébergés par des intermédiaires en ligne ou encore relatif aux procédures civiles et au respect des droits de propriété intellectuelle. Les experts du pôle propriété intellectuelle de TEE sont en outre régulièrement consultés ou auditionnés à titre individuel ou en équipe dans le cadre d’appel d’offres, tant par les instances décisionnelles nationales sur les projets de l’Union européenne (réformes du droit de l’Union ou adaptation du droit interne aux exigences du droit européen...) que par les instances européennes (l’équipe spécialisée constituée par TEE a notamment remporté deux appels d’offres du Parlement européen visant à constituer une équipe d’experts en droit de la propriété intellectuelle : IP/C/JURI/FWC/2011-01 et IP/C/JURI/FWC/2011-02).

Concernant la présente consultation, le groupe constitué par le pôle Propriété intellectuelle du Réseau Trans Europe Experts était composé de : *Mélanie Clément-Fontaine (Maître de conférences HDR, Université de Versailles Saint-Quentin, codirectrice du laboratoire D@NTE), Flora Donaud (Doctorante, Université de Versailles-Saint Quentin - Laboratoire D@NTE), Noémie Enser (Doctorante, Université Paris-Sud – Laboratoire Cerdi), Julie Groffe (Doctorante, Université Paris-Sud – Laboratoire Cerdi), Stéphanie Le Cam (Maître de conférences à l’Université Rennes 2), Caroline Le Goffic (Maître de conférences à l’Université Paris-Descartes), Audrey Lefevre (Avocat), Michäel Macé (Docteur en droit, Université de Nantes, IRDP), Nathalie Martial-Braz (Professeur à l’Université de Franche Comté, codirectrice du pôle PI de TEE), Caterina Sganga (Assistant Professor of Law, Central European University, Budapest), Gilles Vercken (Avocat), Bertrand Warusfel (Professeur à l’Université Lille 2).*

Ont également contribué à la réflexion, sans que la présente réponse ne reflète nécessairement leur opinion : *Jean Berbinau (Ingénieur Général des Mines (en retraite), Sylvain Chatry (Maître de conférences à l’Université de Perpignan), Ronan Hardouin (Docteur en droit, Laboratoire D@nte), Camille Maréchal (Maître de conférences à l’Université d’Amiens).*

Direction scientifique: *Valérie-Laure Benabou (Professeur à l’Université de Versailles-Saint Quentin, membre du D@NTE) et Célia Zolynski (Professeur à l’Université de Versailles-Saint Quentin, membre du D@NTE, codirectrice du pôle PI de TEE).*

II. Rights and the functioning of the Single Market

A. Why is it not possible to access many online content services from anywhere in Europe?

[The territorial scope of the rights involved in digital transmissions and the segmentation of the market through licensing agreements]

Holders of copyright and related rights – e.g. writers, singers, musicians - do not enjoy a single protection in the EU. Instead, they are protected on the basis of a bundle of national rights in each Member State. Those rights have been largely harmonised by the existing EU Directives. However, differences remain and the geographical scope of the rights is limited to the territory of the Member State granting them. Copyright is thus territorial in the sense that rights are acquired and enforced on a country-by-country basis under national law⁹.

The dissemination of copyright-protected content on the Internet – e.g. by a music streaming service, or by an online e-book seller – therefore requires, in principle, an authorisation for each national territory in which the content is communicated to the public. Rightholders are, of course, in a position to grant a multi-territorial or pan-European licence, such that content services can be provided in several Member States and across borders. A number of steps have been taken at EU level to facilitate multi-territorial licences: the proposal for a Directive on Collective Rights Management¹⁰ should significantly facilitate the delivery of multi-territorial licences in musical works for online services¹¹; the structured stakeholder dialogue “Licences for Europe”¹² and market-led developments such as the on-going work in the Linked Content Coalition¹³.

"Licences for Europe" addressed in particular the specific issue of cross-border portability, i.e. the ability of consumers having subscribed to online services in their Member State to keep accessing them when travelling temporarily to other Member States. As a result, representatives of the audio-visual sector issued a joint statement affirming their commitment to continue working towards the further development of cross-border portability¹⁴.

Despite progress, there are continued problems with the cross-border provision of, and access to, services. These problems are most obvious to consumers wanting to access services that are made available in Member States other than the one in which they live. Not all online services are available in all Member States and consumers face problems when trying to access such services across borders. In some instances, even if the “same” service is available in all Member States, consumers cannot access the service across borders (they can only access their “national” service, and if they try to access the "same" service in another Member State they are redirected to the one designated for their country of residence).

⁹ This principle has been confirmed by the Court of justice on several occasions.

¹⁰ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council of 11 July 2012 on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online uses in the internal market, COM(2012) 372 final.

¹¹ Collective Management Organisations play a significant role in the management of online rights for musical works in contrast to the situation where online rights are licensed directly by right holders such as film or record producers or by newspaper or book publishers.

¹² You can find more information on the following website: <http://ec.europa.eu/licences-for-europe-dialogue/>.

¹³ You can find more information on the following website: <http://www.linkedcontentcoalition.org/>.

¹⁴ See the document “Licences for Europe – ten pledges to bring more content online”:
http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/licences-for-europe/131113_ten-pledges_en.pdf.

This situation may in part stem from the territoriality of rights and difficulties associated with the clearing of rights in different territories. Contractual clauses in licensing agreements between right holders and distributors and/or between distributors and end users may also be at the origin of some of the problems (denial of access, redirection).

The main issue at stake here is, therefore, whether further measures (legislative or non-legislative, including market-led solutions) need to be taken at EU level in the medium term¹⁵ to increase the cross-border availability of content services in the Single Market, while ensuring an adequate level of protection for right holders.

1. [In particular if you are an end user/consumer:] Have you faced problems when trying to access online services in an EU Member State other than the one in which you live?

YES - Please provide examples indicating the Member State, the sector and the type of content concerned (e.g. premium content such as certain films and TV series, audio-visual content in general, music, e-books, magazines, journals and newspapers, games, applications and other software)

NO

NO OPINION

2. [In particular if you are a service provider:] Have you faced problems when seeking to provide online services across borders in the EU?

YES - Please explain whether such problems, in your experience, are related to copyright or to other issues (e.g. business decisions relating to the cost of providing services across borders, compliance with other laws such as consumer protection)? Please provide examples indicating the Member State, the sector and the type of content concerned (e.g. premium content such as certain films and TV series, audio-visual content in general, music, e-books, magazines, journals and newspapers, games, applications and other software).

NO

NO OPINION

3. [In particular if you are a right holder or a collective management organisation:] How often are you asked to grant multi-territorial licences? Please indicate, if possible, the number of requests per year and provide examples indicating the Member State, the sector and the type of content concerned.

¹⁵ For possible long term measures such as the establishment of a European Copyright Code (establishing a single title) see section VII of this consultation document.

[Open question]

.....
.....

4. If you have identified problems in the answers to any of the questions above – what would be the best way to tackle them?

[Open question]

.....
.....

5. [In particular if you are a right holder or a collective management organisation:] Are there reasons why, even in cases where you hold all the necessary rights for all the territories in question, you would still find it necessary or justified to impose territorial restrictions on a service provider (in order, for instance, to ensure that access to certain content is not possible in certain European countries)?

YES – Please explain by giving examples

.....
.....

NO

NO OPINION

6. [In particular if you are e.g. a broadcaster or a service provider:] Are there reasons why, even in cases where you have acquired all the necessary rights for all the territories in question, you would still find it necessary or justified to impose territorial restrictions on the service recipient (in order for instance, to redirect the consumer to a different website than the one he is trying to access)?

YES – Please explain by giving examples

.....
.....

NO

NO OPINION

7. Do you think that further measures (legislative or non-legislative, including market-led solutions) are needed at EU level to increase the cross-border availability of content services in the Single Market, while ensuring an adequate level of protection for right holders?

YES – Please explain

.....
.....

NO – Please explain

.....
.....

NO OPINION

B. Is there a need for more clarity as regards the scope of what needs to be authorised (or not) in digital transmissions?

[The definition of the rights involved in digital transmissions]

The EU framework for the protection of copyright and related rights in the digital environment is largely established by Directive 2001/29/EC¹⁶ on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. Other EU directives in this field that are relevant in the online environment are those relating to the protection of software¹⁷ and databases¹⁸.

Directive 2001/29/EC harmonises the rights of authors and neighbouring rightholders¹⁹ which are essential for the transmission of digital copies of works (e.g. an e-book) and other protected subject matter (e.g. a record in a MP3 format) over the internet or similar digital networks.

The most relevant rights for digital transmissions are the reproduction right, i.e. the right to authorise or prohibit the making of copies²⁰, (notably relevant at the start of the transmission – e.g. the uploading of a digital copy of a work to a server in view of making it available – and at the users’ end – e.g. when a user downloads a digital copy of a work) and the communication to the public/making available right, i.e. the rights to authorise or prohibit the dissemination of the works in digital networks²¹. These rights are intrinsically linked in digital transmissions and both need to be cleared.

1. The act of “making available”

Directive 2001/29/EC specifies neither what is covered by the making available right (e.g. the upload, the accessibility by the public, the actual reception by the public) nor where the act of “making available” takes place. This does not raise questions if the act is limited to a single territory. Questions arise however when the transmission covers several territories and rights need to be cleared (does the act of “making available” happen in the country of the upload only? in each of the countries where the content is potentially accessible? in each of the countries where the content is effectively accessed?). The most recent case law of the Court of

¹⁶ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

¹⁷ Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs.

¹⁸ Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases.

¹⁹ Film and record producers, performers and broadcasters are holders of so-called “neighbouring rights” in, respectively, their films, records, performances and broadcast. Authors’ content protected by copyright is referred to as a “work” or “works”, while content protected by neighbouring rights is referred to as “other subject matter”.

²⁰ The right to “authorise or prohibit direct or indirect, temporary or permanent reproduction by any means and in any form, in whole or in part” (see Art. 2 of Directive 2001/29/EC) although temporary acts of reproduction of a transient or incidental nature are, under certain conditions, excluded (see art. 5(1) of Directive 2001/29/EC).

²¹ The right to authorise or prohibit any communication to the public by wire or wireless means and to authorise or prohibit the making available to the public “on demand” (see Art. 3 of Directive 2001/29/EC).

Justice of the European Union (CJEU) suggests that a relevant criterion is the “targeting” of a certain Member State's public²². According to this approach the copyright-relevant act (which has to be licensed) occurs at least in those countries which are “targeted” by the online service provider. A service provider “targets” a group of customers residing in a specific country when it directs its activity to that group, e.g. via advertisement, promotions, a language or a currency specifically targeted at that group.

8. Is the scope of the “making available” right in cross-border situations – i.e. when content is disseminated across borders – sufficiently clear?

YES

NO – Please explain how this could be clarified and what type of clarification would be required (e.g. as in "targeting" approach explained above, as in "country of origin" approach²³)

.....
.....

NO OPINION

9. [In particular if you are a right holder:] Could a clarification of the territorial scope of the “making available” right have an effect on the recognition of your rights (e.g. whether you are considered to be an author or not, whether you are considered to have transferred your rights or not), on your remuneration, or on the enforcement of rights (including the availability of injunctive relief²⁴)?

YES – Please explain how such potential effects could be addressed

.....
.....

NO

NO OPINION

2. Two rights involved in a single act of exploitation

Each act of transmission in digital networks entails (in the current state of technology and law) several reproductions. This means that there are two rights that apply to digital transmissions: the reproduction right and the making available right. This may complicate the licensing of works for online use notably when the two rights are held by different persons/entities.

²² See in particular Case C-173/11 (Football Dataco vs Sportradar) and Case C-5/11 (Donner) for copyright and related rights, and Case C-324/09 (L’Oréal vs eBay) for trademarks. With regard to jurisdiction see also joined Cases C-585/08 and C-144/09 (Pammer and Hotel Alpenhof) and pending Case C-441/13 (Pez Hejduk); see however, adopting a different approach, Case C-170/12 (Pinckney vs KDG Mediatech).

²³ The objective of implementing a “country of origin” approach is to localise the copyright relevant act that must be licenced in a single Member State (the "country of origin", which could be for example the Member State in which the content is uploaded or where the service provider is established), regardless of in how many Member States the work can be accessed or received. Such an approach has already been introduced at EU level with regard to broadcasting by satellite (see Directive 93/83/EEC on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission).

²⁴ Injunctive relief is a temporary or permanent remedy allowing the right holder to stop or prevent an infringement of his/her right.

10. *[In particular if you a service provider or a right holder:] Does the application of two rights to a single act of economic exploitation in the online environment (e.g. a download) create problems for you?*

YES – Please explain what type of measures would be needed in order to address such problems (e.g. facilitation of joint licences when the rights are in different hands, legislation to achieve the "bundling of rights")

.....
.....

NO

NO OPINION

3. Linking and browsing

Hyperlinks are references to data that lead a user from one location in the Internet to another. They are indispensable for the functioning of the Internet as a network. Several cases are pending before the CJEU²⁵ in which the question has been raised whether the provision of a clickable link constitutes an act of communication to the public/making available to the public subject to the authorisation of the rightholder.

A user browsing the internet (e.g. viewing a web-page) regularly creates temporary copies of works and other subject-matter protected under copyright on the screen and in the 'cache' memory of his computer. A question has been referred to the CJEU²⁶ as to whether such copies are always covered by the mandatory exception for temporary acts of reproduction provided for in Article 5(1) of Directive 2001/29/EC.

11. *Should the provision of a hyperlink leading to a work or other subject matter protected under copyright, either in general or under specific circumstances, be subject to the authorisation of the rightholder?*

YES – Please explain whether you consider this to be the case in general, or under specific circumstances, and why

.....
.....

NO – Please explain whether you consider this to be the case in general, or under specific circumstances, and why (e.g. because it does not amount to an act of communication to the public – or to a new public, or because it should be covered by a copyright exception)

.....
.....

NO OPINION

[La question fait l'objet de nombreux débats et a déjà suscité des réponses de la part de la CJUE au regard du droit existant.](#)

²⁵ Cases C-466/12 (Svensson), C-348/13 (Bestwater International) and C-279/13 (C More entertainment).

²⁶ Case C-360/13 (Public Relations Consultants Association Ltd). See also

http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2011_0202_PressSummary.pdf.

De lege lata, la CJUE a pu considérer dans l'arrêt *Svensson* que le lien cliquable ne constituait pas un acte de communication au public lorsque l'œuvre est librement accessible sur Internet car, même s'il réalise un acte de mise à disposition de l'œuvre, il ne vise pas un public nouveau – le public initial auquel l'œuvre est proposée en ce cas couvrant déjà l'ensemble des internautes. En revanche, lorsque l'œuvre n'est pas librement accessible, le lien qui mettrait le contenu à disposition constituerait un acte de communication au public auprès d'un public nouveau non visé par l'acte initial de mise en ligne.

Il est sans doute socialement souhaitable d'exonérer le lien d'autorisation préalable des titulaires de droit au regard de l'intérêt général qu'il y a à préserver les avantages d'un usage très étendu et très souple des liens hypertextes afin de favoriser la circulation des informations et leur mise en relation, au plus grand bénéfice de tous les internautes.

Toutefois, juridiquement parlant, le parti pris par la CJUE peut sembler quelque peu difficile à soutenir dans la mesure où elle rend la qualification de la communication au public par le poseur de lien tributaire de l'organisation de la mise à disposition de l'œuvre par l'émetteur originaire. Or, en principe, l'acte de communication au public est caractérisé de manière autonome chez chacun des acteurs de la chaîne de diffusion en fonction de ses propres actes et de l'existence d'un public, indépendamment des actions des autres acteurs de la chaîne de transmission. Il y a déjà ici un manque de cohérence qu'il conviendrait de résoudre et qui serait susceptible d'appeler une intervention législative.

Par ailleurs, est également contestable de notre point de vue le fait qu'il n'existe pas de public nouveau lié à la mise à disposition de l'œuvre par le poseur de lien. Economiquement parlant, cela reviendrait à dire qu'il n'y a qu'un public sur Internet, totalement indifférencié, ce qui n'est à l'évidence pas réaliste comme en attestent les techniques de profilage et de ciblage publicitaire, notamment réalisées par l'agrégation des données de navigation des internautes. Juridiquement, cela revient à nier la théorie de la focalisation au profit du simple critère de réception, à rebours de certaines décisions de jurisprudence.

Le critère de distinction entre les contenus librement disponibles au public et ceux qui ne le sont pas est insuffisamment précis et risque de conduire à développer des comportements frileux chez les ayants droit. En effet, le concept de « disponibilité » de l'œuvre n'est pas juridique. Une œuvre n'est pas juridiquement « disponible » en ce que les actes de communication au public doivent être préalablement autorisés par les ayants droit. Le critère est donc tautologique et on ne peut pas inférer la licéité d'un acte de mise à disposition du fait qu'on n'a pas demandé l'autorisation de le faire alors que la règle de droit pose le principe d'une autorisation préalable. La disponibilité se réfère donc ici à un concept vague.

Un contenu illicite peut être librement « disponible ». Or, dans ce cas, il ne s'agit pas du contenu communiqué initialement par le titulaire et le public renvoyé vers le site contrefaisant constitue bien un public nouveau par rapport qui n'a pas été pris en compte par les titulaires lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale (point 27).

On ne sait pas si l'hypothèse visée au point 31 « des mesures de restriction prises par le site où se trouve l'œuvre protégée afin d'en restreindre l'accès par le public à ses seuls

abonnés» constitue une simple illustration ou le standard de référence de la disponibilité ou de l'indisponibilité. La notion de mesure de restriction n'est pas non plus limpide; s'il on comprend qu'elle vise les mesures techniques de restriction d'accès, elle ne précise pas si l'intention exprimée d'interdire les liens par l'auteur doit également être prise en considération. En d'autres termes, si à la place d'un robot txt, il figure une mention sur le site internet interdisant de lier (*opt out*), celle-ci rend-elle le contenu « indisponible » au regard du critère de la Cour et le lien qui la contournerait un acte de communication au public illicite.

La solution *Svensson* est susceptible d'inciter les ayants-droits à recourir massivement à des dispositifs de restrictions d'accès peu favorables au développement d'un web ouvert et interactif (et ce, alors même que le propre du droit d'auteur est de fournir une protection juridique de l'auteur qui ne le dissuade pas de communiquer largement son œuvre au public).

Enfin, le refus de différencier le lien exécutable du « frame » pose des difficultés économiques majeures puisque, dans cette configuration, le pointeur de lien est susceptible de profiter de l'essentiel de la valeur économique de l'œuvre sans bourse délier, même si « techniquement » l'objet protégé continue à se « localiser » sur le site d'origine.

La solution *Svensson* est mal fondée et appelle une clarification ultérieure. Tout particulièrement, le critère de libre « disponibilité » de l'œuvre nous paraît devoir être écarté avec la plus grande vigueur.

Il nous semble que la consécration de la liberté de lier doit être fondée sur les libertés fondamentales de liberté d'expression et de droit du public à l'information. Cela étant, ces libertés doivent s'exercer dans le respect des droits des tiers et du principe de proportionnalité.

L'atteinte à l'exploitation de l'œuvre, liée au test de substitution du marché, pourrait constituer un critère. Lorsque le lien se contente de faire cheminer l'internaute vers le site d'origine, il ne porte pas atteinte au marché de l'œuvre, bien au contraire. Lorsque le lien fournit un moyen d'accéder à l'œuvre et d'en jouir directement sans que le titulaire des droits ait pu en tirer les bénéfices légitimes, il confisque alors les bénéfices de l'exploitation et ne passe pas le test.

Cette situation vise notamment :

- les liens qui pointent vers les pages des sites réservés aux abonnés ;
- les liens qui renvoient vers des pages de cache en libre accès alors que l'accès au contenu a entretemps été restreint ;
- les liens exécutables vers une musique, une récitation d'œuvre qui se diffuse sans que s'affiche le site à partir duquel l'œuvre est diffusée ;
- les liens qui constituent eux-mêmes des reproductions des œuvres dans un format suffisant pour dissuader l'internaute de se rendre sur le site d'origine ;
- les frames qui offrent à l'internaute une jouissance passive de l'œuvre sans qu'il ait à effectuer un acte particulier de navigation pour y accéder et qui privent les titulaires des rémunérations associées au visionnage effectif des pages du site sur lequel figure l'œuvre mise à disposition ;

- la pratique consistant à multiplier les liens vers les éléments de contenu d'un site protégé ou les divers éléments constitutifs d'une œuvre.

Pour l'heure, le groupe TEE s'interroge encore sur les instruments les plus idoines pour réaliser ces équilibres (au sein du droit d'auteur : qualification au titre du droit exclusif, épuisement ou licence implicite, exception compensée ; ou hors du droit d'auteur : concurrence déloyale, parasitisme, extraction substantielle d'une base de données, responsabilité etc.).

12. Should the viewing of a web-page where this implies the temporary reproduction of a work or other subject matter protected under copyright on the screen and in the cache memory of the user's computer, either in general or under specific circumstances, be subject to the authorisation of the rightholder?

NO

Cette question est actuellement en cours d'instruction devant la CJUE dans l'affaire *Meltwater*. La Cour suprême du Royaume-Uni, tout en considérant *a priori* que les conditions de l'exception de copie provisoire devaient couvrir les actes de reproduction nécessaires à la lecture d'une page web, a préféré interroger la CJUE sur l'interprétation qu'il convenait de retenir de l'article 5 paragraphe 1 de la directive 2001/29, notamment lorsque l'internaute consulte une page qui contient des contenus non autorisés.

A notre avis, l'exception de copie provisoire transitoire couvre d'ores et déjà les actes de reproduction nécessaires à l'utilisation licite qu'est la lecture d'une œuvre. Il nous semble possible de considérer qu'une utilisation telle que la lecture d'une page web est licite dès lors qu'elle n'expose pas le lecteur à une sanction légale. Or, l'acte de prise de connaissance intellectuelle d'une œuvre (lecture, visionnage) par l'utilisateur final ne relève pas du monopole et ne nécessite donc pas d'être autorisé. Le fait que la source de l'œuvre soit illicite ne nous semble pas devoir disqualifier l'usage licite. Seule l'hypothèse dans laquelle la lecture procède d'un acte illicite réalisé par le lecteur lui-même, comme le contournement d'une mesure technique de protection ou une intrusion illicite dans un système automatisé de données, pourrait le cas échéant conduire à disqualifier l'usage licite.

4. Download to own digital content

Digital content is increasingly being bought via digital transmission (e.g. download to own). Questions arise as to the possibility for users to dispose of the files they buy in this manner (e.g. by selling them or by giving them as a gift). The principle of EU exhaustion of the distribution right applies in the case of the distribution of physical copies (e.g. when a tangible article such as a CD or a book, etc. is sold, the right holder cannot prevent the further distribution of that tangible article)²⁷. The issue that arises here is whether this principle can also be applied in the case of an act of transmission equivalent in its effect to distribution

²⁷ See also recital 28 of Directive 2001/29/EC.

(i.e. where the buyer acquires the property of the copy)²⁸. This raises difficult questions, notably relating to the practical application of such an approach (how to avoid re-sellers keeping and using a copy of a work after they have “re-sold” it – this is often referred to as the “forward and delete” question) as well as to the economic implications of the creation of a second-hand market of copies of perfect quality that never deteriorate (in contrast to the second-hand market for physical goods).

13. [In particular if you are an end user/consumer:] Have you faced restrictions when trying to resell digital files that you have purchased (e.g. mp3 file, e-book)?

YES – Please explain by giving examples

.....
.....

NO

NO OPINION

14. [In particular if you are a right holder or a service provider:] What would be the consequences of providing a legal framework enabling the resale of previously purchased digital content? Please specify per market (type of content) concerned.

[Open question]

La question revient notamment, du point de vue juridique, à se demander s'il est opportun de consacrer un épuisement du droit de distribution dans l'univers numérique pour différentes catégories d'œuvres de l'esprit. Il doit y être répondu notamment au vu des conséquences de l'arrêt *UsedSoft c/Oracle* et de la consécration d'une telle solution à propos des seuls logiciels.

Pour l'heure, dans le cadre de la directive 2001/29, le droit de distribution et son corolaire, l'épuisement, ne s'appliquent qu'à la distribution de supports matériels de l'œuvre. Toutefois, cette considération n'est pas en soi un obstacle insurmontable à la reconnaissance d'un droit de distribution sur un contenu numérique dès lors qu'on peut raisonnablement qualifier le fichier de bien matériel, non tangible. S'il est vrai que le traité OMPI sur le droit d'auteur réserve le droit de distribution et l'épuisement aux seuls biens tangibles, une telle précision n'a pas été introduite dans l'acquis. Par conséquent, en l'état du droit communautaire, l'hypothèse d'un épuisement du droit de distribution sur un fichier numérique, bien matériel non tangible, n'est pas écartée.

Pour la distribution en ligne, la question de l'épuisement se pose dans d'autres termes puisque la « circulation » des exemplaires suppose un acte ou plusieurs actes de reproduction. L'obstacle à la « revente » d'un fichier vient ici de ce que ce n'est pas le fichier d'origine qui est remis mais une copie de ce fichier.

²⁸ In Case C-128/11 (*Oracle vs. UsedSoft*) the CJEU ruled that an author cannot oppose the resale of a second-hand licence that allows downloading his computer program from his website and using it for an unlimited period of time. The exclusive right of distribution of a copy of a computer program covered by such a licence is exhausted on its first sale. While it is thus admitted that the distribution right may be subject to exhaustion in case of computer programs offered for download with the right holder's consent, the Court was careful to emphasise that it reached this decision based on the Computer Programs Directive. It was stressed that this exhaustion rule constituted a *lex specialis* in relation to the Information Society Directive (*UsedSoft*, par. 51, 56).

Par conséquent, soit on considère - comme dans l'affaire américaine *ReDigi* - que le droit de distribution est disqualifié par l'acte de reproduction, soit on établit que le transfert en ligne constitue un *équivalent fonctionnel* de la tradition matérielle d'un exemplaire et, dans ce cas, la reproduction devrait être considérée comme accessoire à l'acte de distribution.

Pour parvenir à un tel résultat, on peut songer à couvrir des copies « intermédiaires » par l'exception de copie transitoire provisoire. Toutefois, en l'état de la jurisprudence *Infopaq I* (point 62 à 64) et *II*, la Cour de Justice requiert, au titre de l'exigence du caractère transitoire de la copie, que l'utilisateur final ne soit pas en mesure de réaliser une copie pérenne à partir des copies intermédiaires. Par conséquent, si l'acte de distribution conduit à la réalisation d'un exemplaire pérenne, l'interprétation de la Cour, pour l'heure, écarte le bénéfice de l'exception.

Permettre la revente en ligne d'un contenu numérique suppose donc que le législateur européen tranche la question du statut des copies intermédiaires nécessaires à la réalisation de l'acte de distribution numérique et, éventuellement, écarte la condition de copie transitoire lorsqu'il s'agit d'un usage licite au sein de l'article 5 paragraphe 1. On peut aussi penser à un système établissant que les reproductions intérimaires accessoires à l'acte de vente d'un fichier numérique ne donnent pas prise au droit exclusif de reproduction dès lors qu'elles n'offrent pas à l'acheteur la possibilité de se procurer plusieurs exemplaires de l'œuvre ou encore à étendre l'exception de copie nécessaire à l'utilisation de l'œuvre figurant à l'article 5 paragraphe 1 de la directive logiciel.

La revente d'un exemplaire ne doit en effet pas être le prétexte de l'accroissement du nombre d'exemplaires en circulation, au risque de menacer le marché primaire.

Par conséquent, si l'on souhaite consacrer une possibilité de revente en ligne d'un contenu digital, il convient de reprendre l'exigence de destruction du fichier chez le vendeur initial pour assurer un nombre constant de copies en circulation, ce qui suppose un système de contrôle de cette destruction qui peut être très intrusif pour le respect de la vie privée et très coûteux pour les ayants droit.

Par ailleurs, le risque de duplication vient de ce que l'utilisateur peut, pour les œuvres non logicielles, procéder à une copie privée. Il n'est certes pas autorisé à mettre cette copie privée en circulation, faute d'avoir acquis le support avec le consentement de l'auteur (car il l'a fabriqué par le jeu d'une exception), et faute éventuellement de respecter la condition d'usage privé. Toutefois, rien ne l'empêche, pour l'heure, de procéder à une copie privée de l'exemplaire acquis, de vendre ce dernier, d'en supprimer l'origine tout en conservant la copie privée. Cette situation, qui n'existait pas dans le cas *UsedSoft* en raison de l'interdiction de copie privée en logiciel, serait extrêmement problématique pour les autres œuvres. Elle suppose de repenser l'exception de copie privée dans l'univers numérique.

Enfin, sur le plan économique, il convient de remarquer qu'à la différence des circonstances relatives à l'arrêt *Usedsoft*, les titulaires ne peuvent pas jouir pour les œuvres non logicielles de la même possibilité de bénéficier d'une rémunération pour les services associés à l'usage du bien sur le marché secondaire.

Ainsi, la situation économique des titulaires de droit est menacée dans la mesure où le marché secondaire numérique vient directement concurrencer le marché primaire avec un risque de substitution lié au plus faible coût d'acquisition en cas de reventes successives, sans perspective de rémunération associée au marché secondaire.

Enfin, il convient de réfléchir à la manière dont la revente des contenus numériques serait susceptible de bouleverser les équilibres de la distribution dans cet environnement pour les œuvres non logicielles diffusées auprès du grand public. En effet, la distribution des biens d'occasion interviendra le plus souvent par l'intermédiaire des plateformes dominantes (comme en atteste le brevet déposé par Amazon) qui vont fixer le prix de l'occasion et risquent de conduire à des effets de substitution de marché, la copie numérique étant identique à l'exemplaire original.

Au-delà de la réforme du droit d'auteur européen, cela nécessiterait également que soit engagée une réflexion plus globale sur les verrous techniques (MTP/DRM) et contractuels (conditions générales) mis en œuvre par les plateformes internet et limitant la libre circulation des œuvres sur le territoire de l'Union européenne :

- au regard du droit de la consommation : il est nécessaire que le consommateur soit clairement informé de ce qu'il obtient en contrepartie du prix qu'il paye (une licence d'utilisation limitée dans le temps ? l'acquisition définitive d'une copie dématérialisée d'une œuvre ?...) ;
- au regard du droit de la concurrence : il conviendrait de penser l'encadrement des circuits de diffusion et d'utilisation fermés caractérisant des marchés captifs (incompatibilité des fichiers avec les outils de lecture/des outils entre eux).

C. Registration of works and other subject matter – is it a good idea?

Registration is not often discussed in copyright in the EU as the existing international treaties in the area prohibit formalities as a condition for the protection and exercise of rights. However, this prohibition is not absolute²⁹. Moreover a system of registration does not need to be made compulsory or constitute a precondition for the protection and exercise of rights. With a longer term of protection and with the increased opportunities that digital technology provides for the use of content (including older works and works that otherwise would not have been disseminated), the advantages and disadvantages of a system of registration are increasingly being considered³⁰.

15. *Would the creation of a registration system at EU level help in the identification and licensing of works and other subject matter?*

YES

NO

NO OPINION

16. *What would be the possible advantages of such a system?*

²⁹ For example, it does not affect “domestic” works – i.e. works originating in the country imposing the formalities as opposed to works originating in another country.

³⁰ On the basis of Article 3.6 of the Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works, a publicly accessible online database is currently being set up by the Office for Harmonisation of the Internal Market (OHIM) for the registration of orphan works.

[Open question]

Ainsi qu'il est rappelé dans la consultation, aucune formalité n'est requise pour instituer les droits de l'auteur sur son oeuvre, et aucune ne doit être requise préalablement à l'existence des droits de propriété littéraire et artistique. L'article 5, 2) de la Convention de Berne dispose en effet que « la jouissance et l'exercice de ces droits ne sont soumis à aucune formalité ». Le droit d'auteur naît du seul fait de la création et cette absence de formalité préalable doit être absolument préservée.

Il convient toutefois de s'interroger sur la pertinence, l'opportunité et l'efficacité d'un système d'enregistrement des œuvres qui aurait pour objet de faciliter leur financement, leur exploitation et, le cas échéant, la détermination de la rémunération des auteurs.

Arguments favorables : La constitution d'un registre spécial non obligatoire pourrait permettre de faciliter la gestion des actes d'exploitation. Cet enregistrement pourrait ainsi avoir un intérêt en terme d'authentification des œuvres et en matière probatoire. Il pourrait s'avérer incitatif en matière de création dans la mesure où il pourrait fonder une présomption de titularité des droits et, partant, faciliter la rémunération de l'auteur lorsque son œuvre est exploitée. En outre, de tels registres pourraient servir à rendre opposable un certain nombre d'actes susceptibles de modifier la valeur des droits patrimoniaux d'auteur, ce qui peut indéniablement constituer un avantage pour faciliter l'autofinancement de la création à l'instar de ce qui existe en matière de publicité des actes modifiant ou transférant des droits réels sur une œuvre audiovisuelle en France. Le registre tenu par le Centre national de la cinématographie constitue un élément essentiel au succès du financement par le crédit en matière de films cinématographiques. Or, s'il convient de plébisciter de tels registres, il faut souligner que ces derniers doivent être publics afin d'être revêtus d'une autorité notamment probatoire et non mis en place par des acteurs privés. Néanmoins ces registres peuvent s'avérer extrêmement coûteux. La question se pose alors de savoir sur qui pèsera le coût financier.

Selon ce courant, le groupe de travail constitué par le pôle Propriété intellectuelle de TEE préconise un instrument de l'Union européenne, à l'instar du Répertoire européen du commerce, permettant la réalisation de ces enregistrements non obligatoires afin d'éviter la mise en place de systèmes purement privés compte tenu de l'importance croissante prise par les marchés de catalogue. Pour le moins, il conviendrait de préconiser la mise en place de garde fou afin de se prémunir contre tout effet d'éviction du marché par les tenants de ces registres (principe de neutralité, non discrimination, théorie des facilités essentielles).

17. What would be the possible disadvantages of such a system?

[Open question]

Il faut se montrer prudent à l'endroit de ces registres. D'une part, il est naturel de s'interroger sur leur efficacité lorsque l'enregistrement n'est qu'optionnel. L'exemple de l'enregistrement en matière de logiciels atteste du fait qu'un registre incomplet ne permet pas de suivre la chaîne des droits réels et, partant, perd son utilité pour les tiers. D'autre part, il convient de s'interroger sur l'opportunité d'un registre en matière d'œuvres littéraires et artistiques. Un tel registre pourrait avoir comme conséquence de

marginaliser les auteurs qui ne se définissent pas, en se détournant de l'enregistrement. Enfin, l'existence d'un tel registre pose la question de la portée de la présomption de titularité. Le tiers pourrait-il s'en prévaloir ou seul l'ayant droit enregistré?

Selon ce courant, le groupe de travail est contre la mise en place d'un système d'enregistrement en raison de son coût, de son inefficacité à renforcer la sécurité juridique des transmissions des droits et, enfin, en raison des risques de marginalisation d'une partie de la création inadaptée à un tel système.

Proposition : si un système d'enregistrement devrait être retenu, il ne peut être qu'optionnel et géré par une institution publique.

18. What incentives for registration by rightholders could be envisaged?

[Open question]

D. How to improve the use and interoperability of identifiers

There are many private databases of works and other subject matter held by producers, collective management organisations, and institutions such as libraries, which are based to a greater or lesser extent on the use of (more or less) interoperable, internationally agreed 'identifiers'. Identifiers can be compared to a reference number embedded in a work, are specific to the sector in which they have been developed³¹, and identify, variously, the work itself, the owner or the contributor to a work or other subject matter. There are notable examples of where industry is undertaking actions to improve the interoperability of such identifiers and databases. The Global Repertoire Database³² should, once operational, provide a single source of information on the ownership and control of musical works worldwide. The Linked Content Coalition³³ was established to develop building blocks for the expression and management of rights and licensing across all content and media types. It includes the development of a Rights Reference Model (RRM) – a comprehensive data model for all types of rights in all types of content. The UK Copyright Hub³⁴ is seeking to take such identification systems a step further, and to create a linked platform, enabling automated licensing across different sectors.

19. What should be the role of the EU in promoting the adoption of identifiers in the content sector, and in promoting the development and interoperability of rights ownership and permissions databases?

[Open question]

.....
.....

³¹ E.g. the International Standard Recording Code (ISRC) is used to identify recordings, the International Standard Book Number (ISBN) is used to identify books.

³² You will find more information about this initiative on the following website: <http://www.globalrepertoiredatabase.com/>.

³³ You will find more information about this initiative (funded in part by the European Commission) on the following website: www.linkedcontentcoalition.org.

³⁴ You will find more information about this initiative on the following website: <http://www.copyrighthub.co.uk/>.

E. Term of protection – is it appropriate?

Works and other subject matter are protected under copyright for a limited period of time. After the term of protection has expired, a work falls into the public domain and can be freely used by anyone (in accordance with the applicable national rules on moral rights). The Berne Convention³⁵ requires a minimum term of protection of 50 years after the death of the author. The EU rules extend this term of protection to 70 years after the death of the author (as do many other countries, e.g. the US).

With regard to performers in the music sector and phonogram producers, the term provided for in the EU rules also extend 20 years beyond what is mandated in international agreements, providing for a term of protection of 70 years after the first publication. Performers and producers in the audio-visual sector, however, do not benefit from such an extended term of protection.

20. Are the current terms of copyright protection still appropriate in the digital environment?

YES

Pour le groupe constitué par le pôle Propriété intellectuelle de TEE, l'idée d'instaurer une durée spécifique de protection pour les œuvres dans l'univers numérique n'apparaît pas opportune dans la mesure où une distinction de durée conduirait à introduire un critère discriminant entre les différentes œuvres, contraire au principe d'indifférence du mérite qui gouverne la matière. En outre, elle induirait des conséquences concurrentielles entre les différents modes d'exploitation qui risqueraient de détourner les exploitants des marchés de la diffusion classique hors ligne.

En revanche, une meilleure harmonisation des points de départ des délais de protection dans l'Union européenne doit être favorisée, notamment pour déterminer les règles applicables dans le cas des œuvres créées par une multiplicité d'auteurs, par une personne morale, etc. Une telle entreprise suppose une harmonisation plus poussée de la titularité des droits.

Par ailleurs, la réduction générale de la durée de protection semble difficile à imposer en raison des principes de droits acquis pour les œuvres en cours de protection. En tout état de cause, une réduction de la durée ne pourrait aller en deçà du seuil de 50 ans sans violer la convention de Berne, ce qui serait sans doute encore beaucoup trop long au regard de l'argument de libre accès à la culture et à l'information invoqué par certains.

En revanche, il peut être souhaitable de permettre aux ayants droit de choisir librement de « verser » leurs œuvres dans un domaine public consenti et d'anticiper ainsi le terme de la protection. La décision qui emporte une dépossession volontaire étant un acte de disposition, elle devrait faire l'objet d'un consentement solennel, irrévocable et opposable *erga omnes*. La publication devrait en être assurée dans un registre européen qui daterait le point de départ de la décision de manière incontestable.

³⁵ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/>.

De façon plus générale, ce registre pourrait également, à titre informationnel, mentionner les œuvres tombées dans le domaine public par expiration de la durée légale.

Enfin, la solution esquissée dans la directive durée des droits de producteurs de phonogrammes - qui subordonne, dans une certaine mesure, le maintien de la durée de protection de leurs droits à une obligation d'exploitation - doit être encouragée de manière à favoriser une exploitation effective des catalogues.

III. Limitations and exceptions in the Single Market

Limitations and exceptions to copyright and related rights enable the use of works and other protected subject-matter, without obtaining authorisation from the rightholders, for certain purposes and to a certain extent (for instance the use for illustration purposes of an extract from a novel by a teacher in a literature class). At EU level they are established in a number of copyright directives, most notably Directive 2001/29/EC³⁶.

Exceptions and limitations in the national and EU copyright laws have to respect international law³⁷. In accordance with international obligations, the EU *acquis* requires that limitations and exceptions can only be applied in certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work or other subject matter and do not unreasonably prejudice the legitimate interest of the rightholders.

Whereas the catalogue of limitations and exceptions included in EU law is exhaustive (no other exceptions can be applied to the rights harmonised at EU level)³⁸, these limitations and exceptions are often optional³⁹, in the sense that Member States are free to reflect in national legislation as many or as few of them as they wish. Moreover, the formulation of certain of the limitations and exceptions is general enough to give significant flexibility to the Member States as to how, and to what extent, to implement them (if they decide to do so). Finally, it is worth noting that not all of the limitations and exceptions included in the EU legal framework for copyright are of equivalent significance in policy terms and in terms of their potential effect on the functioning of the Single Market.

In addition, in the same manner that the definition of the rights is territorial (i.e. has an effect only within the territory of the Member State), the definition of the limitations and exceptions to the rights is territorial too (so an act that is covered by an exception in a Member State "A" may still require the authorisation of the rightholder once we move to the Member State "B")⁴⁰.

³⁶ Plus Directive 96/9/EC on the legal protection of databases; Directive 2009/24/EC on the legal protection of computer programs, and Directive 92/100/EC on rental right and lending right.

³⁷ Article 9(2) of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (1971); Article 13 of the TRIPS Agreement (Trade Related Intellectual Property Rights) 1994; Article 16(2) of the WIPO Performers and Phonograms Treaty (1996); Article 9(2) of the WIPO Copyright Treaty (1996).

³⁸ Other than the grandfathering of the exceptions of minor importance for analogue uses existing in Member States at the time of adoption of Directive 2001/29/EC (see, Art. 5(3)(o)).

³⁹ With the exception of certain limitations: (i) in the Computer Programs Directive, (ii) in the Database Directive, (iii) Article 5(1) in the Directive 2001/29/EC and (iv) the Orphan Works Directive.

⁴⁰ Only the exception established in the recent Orphan Works Directive (a mandatory exception to copyright and related rights in the case where the rightholders are not known or cannot be located) has been given a cross-border effect, which means that, for instance, once a literary work – for instance a novel – is considered an orphan work in a Member State, that same novel shall be considered an orphan work in all Member States and can be used and accessed in all Member States.

The cross-border effect of limitations and exceptions also raises the question of fair compensation of rightholders. In some instances, Member States are obliged to compensate rightholders for the harm inflicted on them by a limitation or exception to their rights. In other instances Member States are not obliged, but may decide, to provide for such compensation. If a limitation or exception triggering a mechanism of fair compensation were to be given cross-border effect (e.g. the books are used for illustration in an online course given by an university in a Member State "A" and the students are in a Member State "B") then there would also be a need to clarify which national law should determine the level of that compensation and who should pay it.

Finally, the question of flexibility and adaptability is being raised: what is the best mechanism to ensure that the EU and Member States' regulatory frameworks adapt when necessary (either to clarify that certain uses are covered by an exception or to confirm that for certain uses the authorisation of rightholders is required)? The main question here is whether a greater degree of flexibility can be introduced in the EU and Member States regulatory framework while ensuring the required legal certainty, including for the functioning of the Single Market, and respecting the EU's international obligations.

21. *Are there problems arising from the fact that most limitations and exceptions provided in the EU copyright directives are optional for the Member States?*

YES

Le caractère optionnel de la quasi totalité des exceptions est à l'origine de distorsions importantes sur les différents marchés nationaux. Or l'exploitation numérique des œuvres est par nature transnationale. Il en résulte une insécurité pour les exploitants et utilisateurs qui risquent de se voir appliquer des régimes différents pour un même acte selon l'Etat dans lequel l'acte a lieu. Le caractère optionnel des exceptions a également pour conséquence d'induire un phénomène de (forum ?) *law shopping* : les exploitants d'œuvres risquent d'être tentés de placer leurs activités sous l'empire de la loi nationale qui leur est la plus favorable, c'est-à-dire celle dans laquelle le nombre le plus important d'exception ont été transposées.

Selon le groupe constitué par le pôle PI de TEE, il convient donc de rendre obligatoire les exceptions dans tous les Etats membres, exceptions dont le contenu substantiel devra être précisé par le droit de l'Union. Néanmoins, la règle *de minimis* prévue à l'article 5 paragraphe 3 o) de la directive 2001/29 doit être maintenue et éventuellement étendue au numérique.

Par ailleurs, il pourrait être souhaitable d'aménager une clause de révision permettant au système d'évoluer de manière à s'adapter rapidement aux évolutions technologiques et sociétales susceptibles d'appeler la création de nouvelles exceptions ou leur disparition. Ce processus de révision accéléré devrait s'inscrire dans le respect des principes institutionnels de répartition des compétences (v. réponse Q25).

Nous pensons en effet qu'une clause de flexibilité permettant aux Etats membres de créer des exceptions par analogie porterait atteinte à l'objectif d'harmonisation.

22. *Should some/all of the exceptions be made mandatory and, if so, is there a need for a higher level of harmonisation of such exceptions?*

YES

Le groupe constitué par le pôle Propriété intellectuelle de TEE est d'avis que l'harmonisation des exceptions est nécessaire afin de mettre fin aux distorsions de marché constatées ci-dessus. A cette fin, il préconise une remise à plat des exceptions, sur la base des résultats des récentes études de droit comparé ainsi que des informations relatives à la transposition des directives transmises par les Etats membres à la Commission.

Le groupe recommande que le droit de l'Union donne à toute ou partie de ces exceptions un caractère impératif, en interdisant qu'il y soit dérogé par contrat dans la mesure où une telle faculté réduirait considérablement l'intérêt de l'harmonisation.

Le caractère impératif des exceptions, qui est reconnu dans certains systèmes juridiques comme la Belgique (voir l'étude de Wolf), présenterait l'avantage :

- d'être cohérent avec le régime des exceptions applicables aux programmes d'ordinateurs et aux bases de données ;
- de s'inscrire dans la lignée des précédents jurisprudentiels de la Cour de Justice qui cherche à caractériser au sein du système du droit d'auteur le respect d'un juste équilibre entre les différentes catégories d'intérêts (*Padawan*) et la balance des droits fondamentaux (*Promusicae, Scarlet and Netlog*);
- d'écarter les pratiques de monétisation des usages couverts par l'exception, tout particulièrement lorsqu'un système de compensation équitable a été prévu (*VG WORT*).

23. *Should any new limitations and exceptions be added to or removed from the existing catalogue? Please explain by referring to specific cases.*

[Open question]

Le groupe constitué par le pôle PI de TEE préconise une remise à plat de la liste des exceptions de la directive 2001/29 (v. Q. 22). En revanche, en l'état, il se prononce contre l'introduction de nouvelles exceptions réactives souvent liées à l'action de lobbies et souligne la course en avant liée à l'évolution rapide des pratiques dans l'univers numérique.

Il convient d'éviter ce cercle sans fin, engendrant la multiplication d'exceptions factuelles et « circonstancielles », pour privilégier une rédaction plus abstraite des exceptions, tout en encadrant leur édicition par un « test de non-substitution de marché » (v. Q. 80). On écarte ainsi le risque de multiplication d'exceptions têtes d'épingle et rapidement obsolètes.

24. Independently from the questions above, is there a need to provide for a greater degree of flexibility in the EU regulatory framework for limitations and exceptions?

YES

Le groupe constitué par le pôle PI de TEE propose notamment, à cet effet, que le législateur européen incorpore et décline dans la rédaction des exceptions présentes et à venir, un test de non-substitution de marché (cf. Q 25).

25. If yes, what would be the best approach to provide for flexibility? (e.g. interpretation by national courts and the ECJ, periodic revisions of the directives, interpretations by the Commission, built-in flexibility, e.g. in the form of a fair-use or fair dealing provision / open norm, etc.)? Please explain indicating what would be the relative advantages and disadvantages of such an approach as well as its possible effects on the functioning of the Internal Market.

[Open question]

Le groupe constitué par le pôle PI de TEE pense qu'il est sans doute souhaitable d'intégrer des éléments de flexibilité permettant de reconsidérer la liste des exceptions, à la hausse comme à la baisse, en fonction des évolutions sociétales, économiques et technologiques afin de ne pas figer par trop l'évolution du droit d'auteur en Europe.

En revanche, comme nous l'avons précédemment indiqué, cette flexibilité ne doit pas avoir pour conséquence de mettre en péril l'objectif d'harmonisation, en laissant les Etats membres libres d'introduire de nouvelles exceptions, ce qui est l'inconvénient d'une norme ouverte. Par conséquent, la réponse aux besoins d'évolution doit se faire au niveau communautaire afin d'éviter les distorsions de marché.

Une première piste consiste dans une rédaction plus abstraite des exceptions permettant d'accompagner les évolutions en question, en incorporant dans cette rédaction un test de non-substitution sur le marché. L'inconvénient d'une telle rédaction abstraite pourrait tenir à la plus grande marge d'interprétation des exceptions par la Cour de Justice et les juridictions nationales, réintroduisant des risques de dissonance.

Afin d'éviter le manque de prévisibilité juridique engendré par le caractère abstrait de certains critères, il conviendrait que la Commission établisse des « lignes directrices », publiées, permettant de qualifier ou de quantifier les usages au regard de ces critères, à l'instar de ce qui est connu en droit de la concurrence.

Un mécanisme de révision « accéléré » de la directive est également envisageable. Il convient qu'il soit conforme aux principes institutionnels de répartition des compétences et qu'il ne conduise pas à priver le Parlement européen de tout contrôle sur ces évolutions. Le groupe s'interroge à cet égard sur la possibilité et l'opportunité d'avoir recours à un acte délégué ou à tout autre mécanisme d'évaluation idoine.

26. *Does the territoriality of limitations and exceptions, in your experience, constitute a problem?*

YES

Le caractère territorial des exceptions est à l'origine de distorsions importantes sur les différents marchés nationaux, notamment en raison des divergences concernant le choix des exceptions facultatives transposées en droit interne ou encore quant à leur contenu, celui-ci pouvant varier d'un Etat membre à l'autre, remettant ainsi en cause l'objectif d'harmonisation initialement poursuivi (cf. Q 21).

Cumulé à la difficulté qui consiste à définir la loi applicable aux actes d'exploitation des œuvres, le caractère territorial des exceptions fait ressortir la nécessité d'une harmonisation des législations nationales.

27. *In the event that limitations and exceptions established at national level were to have cross-border effect, how should the question of "fair compensation" be addressed, when such compensation is part of the exception? (e.g. who pays whom, where?)*

Le groupe constitué par le pôle PI de TEE tient à rappeler, d'une part, que l'exception n'est pas nécessairement par principe compensée et que, d'autre part, l'appel à un système combinant exception et compensation équitable ne doit pas se substituer au mécanisme du droit exclusif. Dans cette perspective, lors de la remise à plat nécessaire des exceptions, il conviendra de distinguer avec diligence les cas dans lesquels l'exception doit être compensée de ceux dans lesquels elle demeure gratuite, notamment à l'aune du test de non-substitution de marché.

Dans la mesure où nous préconisons une harmonisation impérative et commune des exceptions dans tous les Etats membres, la question de la compensation équitable devrait également relever de la norme commune et non des législations nationales. De cette manière, on évitera les comportements opportunistes des acteurs puisque les mécanismes de compensation (assiette et taux) seront identiques dans tous les Etats membres.

En cas d'effet transfrontière, les systèmes de représentation réciproque entre organismes collecteurs devraient pouvoir permettre d'allouer la compensation de manière optimale par rapport à la réalité du préjudice subi.

A. Access to content in libraries and archives

Directive 2001/29/EC enables Member States to reflect in their national law a range of limitations and exceptions for the benefit of publicly accessible libraries, educational establishments and museums, as well as archives. If implemented, these exceptions allow acts

of preservation and archiving⁴¹ and enable on-site consultation of the works and other subject matter in the collections of such institutions⁴². The public lending (under an exception or limitation) by these establishments of physical copies of works and other subject matter is governed by the Rental and Lending Directive⁴³.

Questions arise as to whether the current framework continues to achieve the objectives envisaged or whether it needs to be clarified or updated to cover use in digital networks. At the same time, questions arise as to the effect of such a possible expansion on the normal exploitation of works and other subject matter and as to the prejudice this may cause to rightholders. The role of licensing and possible framework agreements between different stakeholders also needs to be considered here.

1. Preservation and archiving

The preservation of the copies of works or other subject-matter held in the collections of cultural establishments (e.g. books, records, or films) – the restoration or replacement of works, the copying of fragile works - may involve the creation of another copy/ies of these works or other subject matter. Most Member States provide for an exception in their national laws allowing for the making of such preservation copies. The scope of the exception differs from Member State to Member State (as regards the type of beneficiary establishments, the types of works/subject-matter covered by the exception, the mode of copying and the number of reproductions that a beneficiary establishment may make). Also, the current legal status of new types of preservation activities (e.g. harvesting and archiving publicly available web content) is often uncertain.

28. (a) [In particular if you are an institutional user:] Have you experienced specific problems when trying to use an exception to preserve and archive specific works or other subject matter in your collection?

(b) [In particular if you are a right holder:] Have you experienced problems with the use by libraries, educational establishments, museum or archives of the preservation exception?

YES – Please explain, by Member State, sector, and the type of use in question.

.....
.....

NO

NO OPINION

29. If there are problems, how would they best be solved?
[Open question]

.....
.....

⁴¹ Article 5(2)c of Directive 2001/29.
⁴² Article 5(3)n of Directive 2001/29.
⁴³ Article 5 of Directive 2006/115/EC.

30. If your view is that a legislative solution is needed, what would be its main elements? Which activities of the beneficiary institutions should be covered and under which conditions?

[Open question]

.....
.....

31. If your view is that a different solution is needed, what would it be?

[Open question]

.....
.....

2. Off-premises access to library collections

Directive 2001/29/EC provides an exception for the consultation of works and other subject-matter (consulting an e-book, watching a documentary) via dedicated terminals on the premises of such establishments for the purpose of research and private study. The online consultation of works and other subject-matter remotely (i.e. when the library user is not on the premises of the library) requires authorisation and is generally addressed in agreements between universities/libraries and publishers. Some argue that the law rather than agreements should provide for the possibility to, and the conditions for, granting online access to collections.

32. (a) [In particular if you are an institutional user:] Have you experienced specific problems when trying to negotiate agreements with rights holders that enable you to provide remote access, including across borders, to your collections (or parts thereof) for purposes of research and private study?

(b) [In particular if you are an end user/consumer:] Have you experienced specific problems when trying to consult, including across borders, works and other subject-matter held in the collections of institutions such as universities and national libraries when you are not on the premises of the institutions in question?

(c) [In particular if you are a right holder:] Have you negotiated agreements with institutional users that enable those institutions to provide remote access, including across borders, to the works or other subject-matter in their collections, for purposes of research and private study?

[Open question]

.....
.....

33. If there are problems, how would they best be solved?

[Open question]

.....
.....

34. If your view is that a legislative solution is needed, what would be its main elements? Which activities of the beneficiary institutions should be covered and under which conditions?

[Open question]

.....
.....

35. If your view is that a different solution is needed, what would it be?

[Open question]

.....
.....

3. E – lending

Traditionally, public libraries have loaned physical copies of works (i.e. books, sometimes also CDs and DVDs) to their users. Recent technological developments have made it technically possible for libraries to provide users with temporary access to digital content, such as e-books, music or films via networks. Under the current legal framework, libraries need to obtain the authorisation of the rights holders to organise such e-lending activities. In various Member States, publishers and libraries are currently experimenting with different business models for the making available of works online, including direct supply of e-books to libraries by publishers or bundling by aggregators.

36. (a) [In particular if you are a library:] Have you experienced specific problems when trying to negotiate agreements to enable the electronic lending (e-lending), including across borders, of books or other materials held in your collection?

(b) [In particular if you are an end user/consumer:] Have you experienced specific problems when trying to borrow books or other materials electronically (e-lending), including across borders, from institutions such as public libraries?

(c) [In particular if you are a right holder:] Have you negotiated agreements with libraries to enable them to lend books or other materials electronically, including across borders?

YES – Please explain with specific examples

.....
.....

NO

NO OPINION

37. If there are problems, how would they best be solved?

[Open question]

.....
.....

The following two questions are relevant both to this point (n° 3) and the previous one (n° 2).

38. *[In particular if you are an institutional user:] What differences do you see in the management of physical and online collections, including providing access to your subscribers? What problems have you encountered?*

[Open question]

.....
.....

39. *[In particular if you are a right holder:] What difference do you see between libraries' traditional activities such as on-premises consultation or public lending and activities such as off-premises (online, at a distance) consultation and e-lending? What problems have you encountered?*

[Open question]

.....
.....

4. Mass digitisation

The term “mass digitisation” is normally used to refer to efforts by institutions such as libraries and archives to digitise (e.g. scan) the entire content or part of their collections with an objective to preserve these collections and, normally, to make them available to the public. Examples are efforts by libraries to digitise novels from the early part of the 20th century or whole collections of pictures of historical value. This matter has been partly addressed at the EU level by the 2011 Memorandum of Understanding (MoU) on key principles on the digitisation and making available of out of commerce works (i.e. works which are no longer found in the normal channels of commerce), which is aiming to facilitate mass digitisation efforts (for books and learned journals) on the basis of licence agreements between libraries and similar cultural institutions on the one hand and the collecting societies representing authors and publishers on the other⁴⁴. Provided the required funding is ensured (digitisation projects are extremely expensive), the result of this MoU should be that books that are currently to be found only in the archives of, for instance, libraries will be digitised and made available online to everyone. The MoU is based on voluntary licences (granted by Collective Management Organisations on the basis of the mandates they receive from authors and publishers). Some Member States may need to enact legislation to ensure the largest possible effect of such licences (e.g. by establishing in legislation a presumption of representation of a collecting society or the recognition of an “extended effect” to the licences granted)⁴⁵.

40. *[In particular if you are an institutional user, engaging or wanting to engage in mass digitisation projects, a right holder, a collective management organisation:] Would it be necessary in your country to enact legislation to ensure that the results of the 2011 MoU*

⁴⁴ You will find more information about his MoU on the following website: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/out-of-commerce/index_en.htm.

⁴⁵ France and Germany have already adopted legislation to back the effects of the MoU. The French act (LOI n° 2012-287 du 1er mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du xxe siècle) foresees collective management, unless the author or publisher in question opposes such management. The German act (Gesetz zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 1. Oktober 2013) contains a legal presumption of representation by a collecting society in relation to works whose rightholders are not members of the collecting society.

(i.e. the agreements concluded between libraries and collecting societies) have a cross-border effect so that out of commerce works can be accessed across the EU?

YES – Please explain why and how it could best be achieved

.....
.....

NO – Please explain

.....
.....

NO OPINION

41. Would it be necessary to develop mechanisms, beyond those already agreed for other types of content (e.g. for audio- or audio-visual collections, broadcasters' archives)?

YES – Please explain

.....
.....

NO – Please explain

.....
.....

NO OPINION

B. Teaching

Directive 2001/29/EC⁴⁶ enables Member States to implement in their national legislation limitations and exceptions for the purpose of illustration for non-commercial teaching. Such exceptions would typically allow a teacher to use parts of or full works to illustrate his course, e.g. by distributing copies of fragments of a book or of newspaper articles in the classroom or by showing protected content on a smart board without having to obtain authorisation from the right holders. The open formulation of this (optional) provision allows for rather different implementation at Member States level. The implementation of the exception differs from Member State to Member State, with several Member States providing instead a framework for the licensing of content for certain educational uses. Some argue that the law should provide for better possibilities for distance learning and study at home.

42. (a) [In particular if you are an end user/consumer or an institutional user:] Have you experienced specific problems when trying to use works or other subject-matter for illustration for teaching, including across borders?

(b) [In particular if you are a right holder:] Have you experienced specific problems resulting from the way in which works or other subject-matter are used for illustration for teaching, including across borders?

YES – Please explain

.....

⁴⁶ Article 5(3)a of Directive 2001/29.

.....
NO

NO OPINION

43. *If there are problems, how would they best be solved?*

[Open question]
.....
.....

44. *What mechanisms exist in the market place to facilitate the use of content for illustration for teaching purposes? How successful are they?*

[Open question]
.....
.....

45. *If your view is that a legislative solution is needed, what would be its main elements? Which activities of the beneficiary institutions should be covered and under what conditions?*

[Open question]
.....
.....

46. *If your view is that a different solution is needed, what would it be?*

[Open question]
.....
.....

C. *Research*

Directive 2001/29/EC⁴⁷ enables Member States to choose whether to implement in their national laws a limitation for the purpose of non-commercial scientific research. The open formulation of this (optional) provision allows for rather different implementations at Member States level.

47. (a) *[In particular if you are an end user/consumer or an institutional user:] Have you experienced specific problems when trying to use works or other subject matter in the context of research projects/activities, including across borders?*

⁴⁷ Article 5(3)a of Directive 2001/29.

(b) [In particular if you are a right holder:] Have you experienced specific problems resulting from the way in which works or other subject-matter are used in the context of research projects/activities, including across borders?

YES – Please explain

.....
.....

NO

NO OPINION

48. If there are problems, how would they best be solved?

[Open question]

.....
.....

49. What mechanisms exist in the Member States to facilitate the use of content for research purposes? How successful are they?

[Open question]

.....
.....

D. Disabilities

Directive 2001/29/EC⁴⁸ provides for an exception/limitation for the benefit of people with a disability. The open formulation of this (optional) provision allows for rather different implementations at Member States level. At EU and international level projects have been launched to increase the accessibility of works and other subject-matter for persons with disabilities (notably by increasing the number of works published in special formats and facilitating their distribution across the European Union)⁴⁹.

The Marrakesh Treaty⁵⁰ has been adopted to facilitate access to published works for persons who are blind, visually impaired, or otherwise print disabled. The Treaty creates a mandatory exception to copyright that allows organisations for the blind to produce, distribute and make available accessible format copies to visually impaired persons without the authorisation of the rightholders. The EU and its Member States have started work to sign and ratify the Treaty. This may require the adoption of certain provisions at EU level (e.g. to ensure the possibility to exchange accessible format copies across borders).

⁴⁸ Article 5 (3)b of Directive 2001/29.

⁴⁹ The European Trusted Intermediaries Network (ETIN) resulting from a Memorandum of Understanding between representatives of the right-holder community (publishers, authors, collecting societies) and interested parties such as associations for blind and dyslexic persons (http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/initiatives/access/index_en.htm) and the Trusted Intermediary Global Accessible Resources (TIGAR) project in WIPO (<http://www.visionip.org/portal/en/>).

⁵⁰ Marrakesh Treaty to Facilitate Access to Published Works by Visually Impaired Persons and Persons with Print Disabilities, Marrakesh, June 17 to 28 2013.

50. (a) [In particular if you are a person with a disability or an organisation representing persons with disabilities:] Have you experienced problems with accessibility to content, including across borders, arising from Member States' implementation of this exception?

(b) [In particular if you are an organisation providing services for persons with disabilities:] Have you experienced problems when distributing/communicating works published in special formats across the EU?

(c) [In particular if you are a right holder:] Have you experienced specific problems resulting from the application of limitations or exceptions allowing for the distribution/communication of works published in special formats, including across borders?

YES – Please explain by giving examples

.....
.....

NO

NO OPINION

51. If there are problems, what could be done to improve accessibility?

[Open question]

.....
.....

52. What mechanisms exist in the market place to facilitate accessibility to content? How successful are they?

[Open question]

.....
.....

E. Text and data mining

Text and data mining/content mining/data analytics⁵¹ are different terms used to describe increasingly important techniques used in particular by researchers for the exploration of vast amounts of existing texts and data (e.g., journals, web sites, databases etc.). Through the use of software or other automated processes, an analysis is made of relevant texts and data in order to obtain new insights, patterns and trends.

The texts and data used for mining are either freely accessible on the internet or accessible through subscriptions to e.g. journals and periodicals that give access to the databases of publishers. A copy is made of the relevant texts and data (e.g. on browser cache memories or in computers RAM memories or onto the hard disk of a computer), prior to the actual analysis. Normally, it is considered that to mine protected works or other subject matter, it is necessary to obtain authorisation from the right holders for the making of such copies unless

⁵¹ For the purpose of the present document, the term “text and data mining” will be used.

such authorisation can be implied (e.g. content accessible to general public without restrictions on the internet, open access).

Some argue that the copies required for text and data mining are covered by the exception for temporary copies in Article 5.1 of Directive 2001/29/EC. Others consider that text and data mining activities should not even be seen as covered by copyright. None of this is clear, in particular since text and data mining does not consist only of a single method, but can be undertaken in several different ways. Important questions also remain as to whether the main problems arising in relation to this issue go beyond copyright (i.e. beyond the necessity or not to obtain the authorisation to use content) and relate rather to the need to obtain “access” to content (i.e. being able to use e.g. commercial databases).

A specific Working Group was set up on this issue in the framework of the "Licences for Europe" stakeholder dialogue. No consensus was reached among participating stakeholders on either the problems to be addressed or the results. At the same time, practical solutions to facilitate text and data mining of subscription-based scientific content were presented by publishers as an outcome of “Licences for Europe”⁵². In the context of these discussions, other stakeholders argued that no additional licences should be required to mine material to which access has been provided through a subscription agreement and considered that a specific exception for text and data mining should be introduced, possibly on the basis of a distinction between commercial and non-commercial.

53. (a) [In particular if you are an end user/consumer or an institutional user:] Have you experienced obstacles, linked to copyright, when trying to use text or data mining methods, including across borders?

(b) [In particular if you are a service provider:] Have you experienced obstacles, linked to copyright, when providing services based on text or data mining methods, including across borders?

(c) [In particular if you are a right holder:] Have you experienced specific problems resulting from the use of text and data mining in relation to copyright protected content, including across borders?

YES – Please explain

.....
.....

NO – Please explain

.....
.....

NO OPINION

54. If there are problems, how would they best be solved?

[Open question]

.....

⁵² See the document “Licences for Europe – ten pledges to bring more content online”:
http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/licences-for-europe/131113_ten-pledges_en.pdf.

.....

55. If your view is that a legislative solution is needed, what would be its main elements? Which activities should be covered and under what conditions?

[Open question]

.....

.....

56. If your view is that a different solution is needed, what would it be?

[Open question]

.....

.....

57. Are there other issues, unrelated to copyright, that constitute barriers to the use of text or data mining methods?

[Open question]

.....

.....

F. User-generated content

Technological and service developments mean that citizens can copy, use and distribute content at little to no financial cost. As a consequence, new types of online activities are developing rapidly, including the making of so-called “user-generated content”. While users can create totally original content, they can also take one or several pre-existing works, change something in the work(s), and upload the result on the Internet e.g. to platforms and blogs⁵³. User-generated content (UGC) can thus cover the modification of pre-existing works even if the newly-generated/"uploaded" work does not necessarily require a creative effort and results from merely adding, subtracting or associating some pre-existing content with other pre-existing content. This kind of activity is not “new” as such. However, the development of social networking and social media sites that enable users to share content widely has vastly changed the scale of such activities and increased the potential economic impact for those holding rights in the pre-existing works. Re-use is no longer the preserve of a technically and artistically adept elite. With the possibilities offered by the new technologies, re-use is open to all, at no cost. This in turn raises questions with regard to fundamental rights such the freedom of expression and the right to property.

A specific Working Group was set up on this issue in the framework of the "Licences for Europe" stakeholder dialogue. No consensus was reached among participating stakeholders on either the problems to be addressed or the results or even the definition of UGC. Nevertheless, a wide range of views were presented as to the best way to respond to this phenomenon. One view was to say that a new exception is needed to cover UGC, in particular

⁵³ A typical example could be the “kitchen” or “wedding” video (adding one's own video to a pre-existing sound recording), or adding one's own text to a pre-existing photograph. Other examples are “mash-ups” (blending two sound recordings), and reproducing parts of journalistic work (report, review etc.) in a blog.

non-commercial activities by individuals such as combining existing musical works with videos, sequences of photos, etc. Another view was that no legislative change is needed: UGC is flourishing, and licensing schemes are increasingly available (licence schemes concluded between rightholders and platforms as well as micro-licences concluded between rightholders and the users generating the content. In any event, practical solutions to ease user-generated content and facilitate micro-licensing for small users were pledged by rightholders across different sectors as a result of the “Licences for Europe” discussions⁵⁴.

58. (a) [In particular if you are an end user/consumer:] Have you experienced problems when trying to use pre-existing works or other subject matter to disseminate new content on the Internet, including across borders?

(b) [In particular if you are a service provider:] Have you experienced problems when users publish/disseminate new content based on the pre-existing works or other subject-matter through your service, including across borders?

(c) [In particular if you are a right holder:] Have you experienced problems resulting from the way the users are using pre-existing works or other subject-matter to disseminate new content on the Internet, including across borders?

YES – Please explain by giving examples

.....
.....

NO

NO OPINION

59. (a) [In particular if you are an end user/consumer or a right holder:] Have you experienced problems when trying to ensure that the work you have created (on the basis of pre-existing works) is properly identified for online use? Are proprietary systems sufficient in this context?

(b) [In particular if you are a service provider:] Do you provide possibilities for users that are publishing/disseminating the works they have created (on the basis of pre-existing works) through your service to properly identify these works for online use?

YES – Please explain

.....
.....

NO – Please explain

.....
.....

NO OPINION

⁵⁴ See the document “Licences for Europe – ten pledges to bring more content online”: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/licences-for-europe/131113_ten-pledges_en.pdf.

60. (a) [In particular if you are an end user/consumer or a right holder:] Have you experienced problems when trying to be remunerated for the use of the work you have created (on the basis of pre-existing works)?

(b) [In particular if you are a service provider:] Do you provide remuneration schemes for users publishing/disseminating the works they have created (on the basis of pre-existing works) through your service?

YES – Please explain

.....
.....

NO – Please explain

.....
.....

NO OPINION

61. If there are problems, how would they best be solved?

[Open question]

.....
.....

62. If your view is that a legislative solution is needed, what would be its main elements? Which activities should be covered and under what conditions?

[Open question]

.....
.....

63. If your view is that a different solution is needed, what would it be?

[Open question]

.....
.....

IV. Private copying and reprography

Directive 2001/29/EC enables Member States to implement in their national legislation exceptions or limitations to the reproduction right for copies made for private use and photocopying⁵⁵. Levies are charges imposed at national level on goods typically used for such purposes (blank media, recording equipment, photocopying machines, mobile listening devices such as mp3/mp4 players, computers, etc.) with a view to compensating rightholders

⁵⁵ Article 5. 2)(a) and (b) of Directive 2001/29.

for the harm they suffer when copies are made without their authorisation by certain categories of persons (i.e. natural persons making copies for their private use) or through use of certain technique (i.e. reprography). In that context, levies are important for rightholders.

With the constant developments in digital technology, the question arises as to whether the copying of files by consumers/end-users who have purchased content online - e.g. when a person has bought an MP3 file and goes on to store multiple copies of that file (in her computer, her tablet and her mobile phone) - also triggers, or should trigger, the application of private copying levies. It is argued that, in some cases, these levies may indeed be claimed by rightholders whether or not the licence fee paid by the service provider already covers copies made by the end user. This approach could potentially lead to instances of double payments whereby levies could be claimed on top of service providers' licence fees⁵⁶⁵⁷.

There is also an on-going discussion as to the application or not of levies to certain types of cloud-based services such as personal lockers or personal video recorders.

64. In your view, is there a need to clarify at the EU level the scope and application of the private copying and reprography exceptions⁵⁸ in the digital environment?

YES – Please explain

.....
.....

NO – Please explain

.....
.....

NO OPINION

65. Should digital copies made by end users for private purposes in the context of a service that has been licensed by rightholders, and where the harm to the rightholder is minimal, be subject to private copying levies?⁵⁹

YES – Please explain

.....
.....

NO – Please explain

.....
.....

NO OPINION

⁵⁶ Communication "Unleashing the Potential of Cloud Computing in Europe", COM(2012) 529 final.
⁵⁷ These issues were addressed in the recommendations of Mr António Vitorino resulting from the mediation on private copying and reprography levies. You can consult these recommendations on the following website: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/levy_reform/130131_levies-vitorino-recommendations_en.pdf.
⁵⁸ Art. 5.2(a) and 5.2(b) of Directive 2001/29/EC.
⁵⁹ This issue was also addressed in the recommendations of Mr Antonio Vitorino resulting from the mediation on private copying and reprography levies

66. How would changes in levies with respect to the application to online services (e.g. services based on cloud computing allowing, for instance, users to have copies on different devices) impact the development and functioning of new business models on the one hand and rightholders' revenue on the other?

[Open question]

.....
.....

67. Would you see an added value in making levies visible on the invoices for products subject to levies?⁶⁰

YES – Please explain

.....
.....

NO – Please explain

.....
.....

NO OPINION

Diverging national systems levy different products and apply different tariffs. This results in obstacles to the free circulation of goods and services in the Single Market. At the same time, many Member States continue to allow the indiscriminate application of private copying levies to all transactions irrespective of the person to whom the product subject to a levy is sold (e.g. private person or business). In that context, not all Member States have ex ante exemption and/or ex post reimbursement schemes which could remedy these situations and reduce the number of undue payments⁶¹.

68. Have you experienced a situation where a cross-border transaction resulted in undue levy payments, or duplicate payments of the same levy, or other obstacles to the free movement of goods or services?

YES – Please specify the type of transaction and indicate the percentage of the undue payments. Please also indicate how a priori exemption and/or ex post reimbursement schemes could help to remedy the situation.

.....
.....

NO – Please explain

.....
.....

⁶⁰ This issue was also addressed in the recommendations of Mr Antonio Vitorino resulting from the mediation on private copying and reprography levies.

⁶¹ This issue was also addressed in the recommendations of Mr Antonio Vitorino resulting from the mediation on private copying and reprography levies.

NO OPINION

69. What percentage of products subject to a levy is sold to persons other than natural persons for purposes clearly unrelated to private copying? Do any of those transactions result in undue payments? Please explain in detail the example you provide (type of products, type of transaction, stakeholders, etc.).

[Open question]

.....
.....

70. Where such undue payments arise, what percentage of trade do they affect? To what extent could a priori exemptions and/or ex post reimbursement schemes existing in some Member States help to remedy the situation?

[Open question]

.....
.....

71. If you have identified specific problems with the current functioning of the levy system, how would these problems best be solved?

[Open question]

.....
.....

V. Fair remuneration of authors and performers

The EU copyright acquis recognises for authors and performers a number of exclusive rights and, in the case of performers whose performances are fixed in phonograms, remuneration rights. There are few provisions in the EU copyright law governing the *transfer* of rights from authors or performers to producers⁶² or determining who the owner of the rights is when the work or other subject matter is created in the context of an employment contract⁶³. This is an area that has been traditionally left for Member States to regulate and there are significant differences in regulatory approaches. Substantial differences also exist between different sectors of the creative industries.

Concerns continue to be raised that authors and performers are not adequately remunerated, in particular but not solely, as regards online exploitation. Many consider that the economic benefit of new forms of exploitation is not being fairly shared along the whole value chain. Another commonly raised issue concerns contractual practices, negotiation mechanisms, presumptions of transfer of rights, buy-out clauses and the lack of possibility to terminate contracts. Some stakeholders are of the opinion that rules at national level do not suffice to improve their situation and that action at EU level is necessary.

⁶² See e.g. Directive 92/100/EEC, Art.2(4)-(7).

⁶³ See e.g. Art. 2.3. of Directive 2009/24/EC, Art. 4 of Directive 96/9/EC.

72. *[In particular if you are an author/performer:] What is the best mechanism (or combination of mechanisms) to ensure that you receive an adequate remuneration for the exploitation of your works and performances?*

[Open question]

.....
.....

73. *Is there a need to act at the EU level (for instance to prohibit certain clauses in contracts)?*

YES – Please explain

.....
.....

NO – Please explain why

.....
.....

NO OPINION

74. *If you consider that the current rules are not effective, what would you suggest to address the shortcomings you identify?*

[Open question]

.....
.....

VI. Respect for rights

Directive 2004/48/EE⁶⁴ provides for a harmonised framework for the civil enforcement of intellectual property rights, including copyright and related rights. The Commission has consulted broadly on this text⁶⁵. Concerns have been raised as to whether some of its provisions are still fit to ensure a proper respect for copyright in the digital age. On the one hand, the current measures seem to be insufficient to deal with the new challenges brought by the dissemination of digital content on the internet; on the other hand, there are concerns about the current balance between enforcement of copyright and the protection of fundamental rights, in particular the right for a private life and data protection. While it cannot be contested that enforcement measures should always be available in case of infringement of copyright, measures could be proposed to strengthen respect for copyright when the infringed content is used for a commercial purpose⁶⁶. One means to do this could be to clarify the role

⁶⁴ Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights.

⁶⁵ You will find more information on the following website:
http://ec.europa.eu/internal_market/ipenforcement/directive/index_en.htm

⁶⁶ For example when the infringing content is offered on a website which gets advertising revenues that depend on the volume of traffic.

of intermediaries in the IP infrastructure⁶⁷. At the same time, there could be clarification of the safeguards for respect of private life and data protection for private users.

75. Should the civil enforcement system in the EU be rendered more efficient for infringements of copyright committed with a commercial purpose?

NO

En l'état actuel de l'acquis, la notion d'échelle commerciale est utilisée par la directive 2004/48, dont le considérant 14 prévoit que certaines mesures « ne doivent s'appliquer qu'à des actes perpétrés à l'échelle commerciale ». Elle ne participe en aucun cas à la définition de l'acte de contrefaçon. Il en va de même du caractère lucratif de cet acte.

Le groupe constitué par le pôle PI de TEE continue de croire que la définition même de la contrefaçon ne doit pas tenir compte de l'échelle commerciale ou du caractère lucratif des actes perpétrés. En revanche, à l'évidence, la sanction de la contrefaçon doit intégrer l'échelle à laquelle la violation du droit de propriété intellectuelle a été commise, ce qui est déjà le cas.

Néanmoins, la différenciation procédurale selon le but commercial de la contrefaçon nous semble devoir appeler les réserves suivantes :

- le critère d'échelle commerciale ou de but commercial semble, en l'état de l'acquis communautaire, insuffisamment précis, voire inadéquat (voir Q. 25)
- ce mécanisme devrait uniquement jouer comme un système d'allégement procédural et d'aggravation de la sanction et non comme une cause d'exemption pour les acteurs qui ne poursuivraient pas un but commercial.

On peut en effet craindre que l'introduction de la notion d'échelle commerciale comme critère de modulation des sanctions conduise à exonérer de toute sanction effective les actes commis sans but lucratif, alors que le caractère gratuit ou lucratif de l'acte de contrefaçon doit rester, en principe, indifférent.

S'agissant du critère discriminant, pour l'heure, les actes perpétrés à l'échelle commerciale sont définis par la directive 2004/48 comme « ceux qui sont perpétrés en vue d'obtenir un avantage économique ou commercial direct ou indirect, ce qui exclut normalement les actes qui sont perpétrés par des consommateurs finaux agissant de bonne foi ». Contrairement à ce que laisse supposer l'emploi de l'expression « échelle commerciale », cette définition fait davantage référence à la finalité de l'acte de contrefaçon qu'à son ampleur, ce qui révèle une certaine confusion avec la notion de mauvaise foi et pose le problème de la preuve de la motivation de la personne à l'origine de la contrefaçon qui peut s'avérer difficile à rapporter. Si, par contrefaçon commerciale, on entend une contrefaçon d'une certaine ampleur, la détermination d'un seuil semble difficilement réalisable, notamment pour une contrefaçon en ligne.

L'exemple d'un internaute qui poste une vidéo contrefaisante sur une plateforme est à cet égard édifiant. L'internaute peut n'être animé par aucune intention commerciale ou lucrative, mais la plateforme peut avoir une activité commerciale via la publicité et le nombre de vues peut atteindre des seuils extrêmement importants en fonction du succès

⁶⁷ This clarification should not affect the liability regime of intermediary service providers established by Directive 2000/31/EC on electronic commerce, which will remain unchanged.

de l'œuvre. Dans cette configuration, est-il judicieux de mettre en œuvre un critère tel que le but commercial, l'échelle commerciale ou encore l'activité commerciale de la plateforme ?

76. In particular, is the current legal framework clear enough to allow for sufficient involvement of intermediaries (such as Internet service providers, advertising brokers, payment service providers, domain name registrars, etc.) in inhibiting online copyright infringements with a commercial purpose? If not, what measures would be useful to foster the cooperation of intermediaries?

[Open question]

NO

Pour l'heure, le dispositif légal communautaire nous apparaît comme insuffisamment complet pour réaliser une implication efficace des intermédiaires techniques dans la lutte contre la contrefaçon en ligne. Le caractère commercial de la contrefaçon en ligne constitue une question délicate (v. question précédente) et l'implication des intermédiaires techniques nous semble devoir être considérée indépendamment de ce critère.

Lors de la précédente consultation pour l'évaluation de la directive 2004/48, le groupe constitué par le pôle PI de TEE avait déjà suggéré plusieurs voies envisageables pour clarifier l'implication des intermédiaires (https://circabc.europa.eu/sd/a/2a63da05-5ece-4b45-8384-ac8d4231b9db/tee_fr.pdf)

Deux options majeures avaient distingué selon que cette implication passe ou non par l'engagement de la responsabilité de l'intermédiaire. S'agissant de la première option, le régime général limitant la responsabilité des intermédiaires techniques étant fixé par la directive 2000/31 sur le commerce électronique (articles 13 à 15), il n'est donc pas envisageable qu'une éventuelle révision de la directive 2001/29 puisse, à elle seule, le remettre en cause dans son principe.

Toutefois, le fait que certains acteurs de l'Internet soient assujettis à un régime de responsabilité allégée n'est pas de nature à stimuler leur implication dans la lutte contre la contrefaçon. Dans cette perspective, nous avons proposé de profiter du réexamen de la directive 2000/31 visé à l'article 21 pour clarifier les critères de définition des intermédiaires permettant de délimiter avec davantage de précision les régimes de responsabilité au regard des nouvelles catégories ou des nouvelles fonctions d'intermédiation qui sont apparues depuis l'adoption de la directive. Ce faisant, on pourrait privilégier une logique distributive permettant d'appliquer, en fonction de chacune des activités du prestataire, le régime juridique adéquat.

On peut par ailleurs suggérer une amélioration de la procédure de notification par un renforcement des moyens de connaissance de l'illicite, notamment couplée avec un mécanisme d'identification numérique des œuvres permettant d'accroître l'efficacité du dispositif de retrait de contenus litigieux et d'éviter les phénomènes de réitération.

S'agissant de l'implication dé耦plée de tout mécanisme de responsabilité, on peut également proposer de mettre des obligations à la charge des intermédiaires techniques telles qu'une obligation de conservation des données d'identification des contrefacteurs, une procédure de communication de ces données respectueuse de la protection de la vie privée ainsi qu'une obligation d'exécuter sans délai des décisions judiciaires rendues de manière contradictoire s'agissant, par exemple, de la suspension des contenus litigieux ou de la suspension de connexion des contrevenants.

Quant à la collaboration volontaire des intermédiaires, elle ne doit pas être découragée par l'aggravation de la responsabilité des entités « coopérantes ». En revanche, le filtrage ne saurait être le seul élément d'une politique de lutte contre la contrefaçon, notamment en raison des risques concurrentiels en résultant et de la situation de dépendance économique et technique dans laquelle pourraient se retrouver les ayants droit au regard des solutions techniques développées.

L'encouragement des solutions techniques de filtrage et de tatouage doit s'opérer au niveau des autorités communautaires de façon à favoriser des économies d'échelle et des solutions interopérables seules à mêmes d'apporter une réponse adéquate.

Enfin, on peut suggérer de préciser les conditions de mise en œuvre de l'article 8 paragraphe 3 de la directive 2001/29 pour faciliter les mesures de cessation de la contrefaçon. La loi française offre une illustration que nous considérons comme pertinente au regard des résultats produits devant les juridictions (v. la décision SNEP c/Google à propos du service *Google Suggest*).

A cet égard, le législateur européen devrait préciser que :

- la mise en œuvre des mesures de suspension ne préjuge nullement de la responsabilité de l'intermédiaire sollicité pour faire cesser l'atteinte ;
- les mesures peuvent être demandées en référé ;
- qu'elles doivent être proportionnées à l'atteinte ;
- qu'elles doivent respecter le principe du contradictoire.

En effet, à défaut de telles précisions et garanties, le danger existe que des procédures privées mises en place sans égard au respect des principes ci-dessus énumérés ne se substituent aux voies de droit classique, en privilégiant certaines catégories d'acteurs et sans transparence.

77. *Does the current civil enforcement framework ensure that the right balance is achieved between the right to have one's copyright respected and other rights such as the protection of private life and protection of personal data?*

YES

Conformément à la précédente réponse du groupe constitué par le pôle PI de TEE à la consultation relative à l'évaluation de la directive 2004/48 (https://circabc.europa.eu/sd/a/2a63da05-5ece-4b45-8384-ac8d4231b9db/tee_fr.pdf), et dans la mesure où la jurisprudence *Promusicae* de la Cour de Justice a estimé que l'équilibre entre la protection du droit d'auteur et la protection des autres droits fondamentaux - dont le droit au respect de la vie privée et la protection des données -

relève de la compétence des Etats membres, il ne nous paraît pas nécessaire de poursuivre une harmonisation plus poussée en ce domaine. Le droit français nous semble en effet être parvenu à ce juste équilibre.

Le droit d'information s'applique dans cette hypothèse et permet la communication des données à caractère personnel aux autorités judiciaires (art. L. 331-1-1 CPI). Par ailleurs, les fournisseurs d'accès et d'hébergement sont obligés de conserver « les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont (ils) sont prestataires » (art. 6-II de la LCEN). Quant aux sociétés de gestion collective, si elles ont été autorisées à mettre en œuvre des traitements de données à caractère personnel relatives aux infractions (art. 9 de la loi du 6 janvier 1978), c'est sous la réserve que ces fichiers n'acquiert un caractère nominatif que dans le cadre d'une procédure judiciaire et par rapprochement avec des informations dont la durée de conservation est limitée à un an. Leur constitution doit de toute façon être autorisée par la CNIL (Cons. Constit., 29 juillet 2004, n° 2004-499).

Le groupe constitué par le pôle PI de TEE appelle néanmoins de ses vœux une intervention de l'Union européenne sur la clarification du statut de l'adresse IP au regard de la notion de donnée à caractère personnel.

VII. A single EU Copyright Title

The idea of establishing a unified EU Copyright Title has been present in the copyright debate for quite some time now, although views as to the merits and the feasibility of such an objective are divided. A unified EU Copyright Title would totally harmonise the area of copyright law in the EU and replace national laws. There would then be a single EU title instead of a bundle of national rights. Some see this as the only manner in which a truly Single Market for content protected by copyright can be ensured, while others believe that the same objective can better be achieved by establishing a higher level of harmonisation while allowing for a certain degree of flexibility and specificity in Member States' legal systems.

78. *Should the EU pursue the establishment of a single EU Copyright Title, as a means of establishing a consistent framework for rights and exceptions to copyright across the EU, as well as a single framework for enforcement?*

YES

NO

NO OPINION

79. *Should this be the next step in the development of copyright in the EU? Does the current level of difference among the Member State legislation mean that this is a longer term project?*

[Open question]

.....
.....

VIII. Other issues

The above questionnaire aims to provide a comprehensive consultation on the most important matters relating to the current EU legal framework for copyright. Should any important matters have been omitted, we would appreciate if you could bring them to our attention, so they can be properly addressed in the future.

80. *Are there any other important matters related to the EU legal framework for copyright? Please explain and indicate how such matters should be addressed.*

[Open question]

L'ensemble de ces interrogations fait apparaître l'actuelle nécessité de prendre mieux en compte les besoins du marché, de mieux définir les équilibres en jeu, ce afin de construire un cadre idoine pour garantir la promotion de nouveaux usages dans un environnement d'exploitation des droits de propriété intellectuelle plus sûr. A cette fin, les interventions ponctuelles de la CJUE sont largement insuffisantes (problème de compétence, de cohérence, de vision d'ensemble sur les effets induits, de définition des équilibres au-delà des intérêts en présence, risque d'instrumentalisation, etc.). D'autant que construire une Europe connectée (v. Agenda digitale de l'Union européenne) suppose de garantir une certaine sécurité économique aux opérateurs.

Pour cela, il convient d'encourager le législateur européen à dépasser la politique du seul compromis qui se traduit par des réponses tièdes propres à un consensus mou, lesquelles suscitent lors de la mise en oeuvre des dispositions adoptées une importante insécurité juridique pour les différents acteurs du secteur, peu propice au développement du marché unique.

L'heure est en effet venue de penser le projet que l'Union européenne en se plaçant à l'horizon 2025, ce qui impose de se confronter à un certain nombre de questions:

1° *Quels écosystèmes entend-t-on mettre en place ?*

La consultation sur la révision des règles du droit d'auteur dans l'Union européenne insiste essentiellement sur les évolutions qu'impose le "nouvel environnement" que constitue le développement des technologies numériques.

Il convient donc de prendre position sur la manière dont les autorités communautaires envisagent cette nécessaire adaptation du régime du droit d'auteur au contexte numérique.

Comment penser les rapports entre droits de propriété intellectuelle, concurrence et innovation ? Comment assurer une répartition équitable de la valeur ajoutée générée par l'usage des oeuvres ? Comment penser les rapports entre marché primaire et marchés secondaires ?

Afin d'appréhender ces nouveaux usages, le groupe considère qu'il conviendrait d'intégrer à la réflexion un test de non-substitution de marché. En effet, il apparaît clairement aujourd'hui que la distinction ne doit pas nécessairement et uniquement se construire autour de l'opposition entre usage commercial ou non commercial, particulièrement à l'heure où le modèle de gratuité cache le plus souvent un financement indirect caractérisant les marchés bifaces (un usage non commercial pourrait être

envisagé de la même sorte qu'un usage commercial s'il conduit à terme à la même éviction de marché). Dès lors, il s'agirait de vérifier, concernant les droits patrimoniaux mais également les exceptions, que ces différentes exploitations de la création ne viennent pas se substituer à l'exploitation réalisée/autorisée par le titulaire de droits. Il convient de souligner toutefois que ce test n'a pas pour vocation de redessiner en creux le droit exclusif : ni l'existence ni l'exercice du droit exclusif ne sauraient être conditionnés par ce seul critère.

Dans cette perspective, il est préconisé de procéder à des études d'impact précises, secteur par secteur. Il semble en effet délicat, voire inadéquat, de retenir une approche globalisante alors que les enjeux et les besoins des différents secteurs de la création ne sont pas toujours communs (v. déjà sur ce point la réponse du pôle Propriété intellectuelle de TEE au Livre vert sur la diffusion en ligne des oeuvres audiovisuelles : http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2011/audiovisual/non-registered-organisations/trans-europe-experts_en.pdf). Ces études d'impact permettraient ainsi d'identifier les spécificités économiques de ces marchés des contenus culturels.

Ensuite, comment prendre en compte ces nouveaux usages ? En effet, il apparaît que la numérisation de la création et de la diffusion des oeuvres informationnelles impose la poursuite de l'adaptation du régime du droit d'auteur. Dès lors, deux approches peuvent être retenues :

- d'une part, une approche *a minima* sous-tendue par des concepts tels que la neutralité technique ou l'équivalence fonctionnelle qui se limiterait à élargir les concepts existants aux nouveaux usages : droit de distribution couvrant la distribution numérique, droit de communication au public intégrant des actes de reproduction nécessaires et accessoires par exemple ;

- d'autre part, une approche maximale qui viserait à consacrer pour l'environnement numérique un véritable droit d'auteur spécial, branche dérogatoire du droit commun. Ce "droit d'auteur numérique" aurait vocation à s'intégrer de façon cohérente dans le cadre plus large d'un droit transversal du numérique (responsabilité des intermédiaires techniques, droit des données à caractère personnel, droit pénal spécialisé, droit du commerce électronique, preuve et signature électroniques, etc.).

2° Plus généralement, et de façon plus ambitieuse, quel est le projet que les autorités communautaires souhaitent promouvoir à l'horizon 2025 ?

Comment intégrer les nouvelles contraintes de marché et les nouveaux modèles sociétaux, sans pour autant se contenter d'une approche purement économique ou technique désincarnée, sans porter une volonté politique et un projet culturel ? La place de la culture dans l'économie européenne et dans la construction de son identité ne justifie-t-elle pas de penser les nouveaux équilibres du secteur afin de construire un projet européen ? La réflexion est aujourd'hui essentielle en termes géostratégiques : peut-on se voir imposer un modèle importé par des opérateurs ressortissants d'Etats tiers en position de domination économique voire technologique ? Si la solution doit certainement être pensée avec eux, elle ne saurait être imposée par le seul jeu du marché. Au-delà, comment construire un environnement favorable afin de promouvoir la place de l'Europe dans l'ère numérique ?