



Conseil de
l'Union européenne

Bruxelles, le 25 mai 2022
(OR. fr, en)

8765/22

LIMITE

PI 48
AUDIO 49
CULT 57
DIGIT 109

NOTE

Origine:	La Présidence
Destinataire:	Délégations
N° doc. préc.:	WK 2358/2022 REV4, WK 416/2022
Objet:	« Effectivité du cadre européen du droit d'auteur » - Projet de rapport

Les délégations trouveront ci-joint un projet de rapport sur le sujet susmentionné (*accompanied below by a courtesy English translation*), qui sera présenté par la Présidence lors du groupe de travail sur la propriété intellectuelle (droit d'auteur) du 1 juin 2022, sous le point 3 de l'ordre du jour (CM 2988/22).

Cette présentation sera suivie par un échange de vues entre les membres du groupe de travail.

Les délégations sont invitées à soumettre leurs commentaires écrits sur ce projet de rapport avant le **10 juin 2022 (fin de la journée)**.

Veuillez envoyer vos commentaires à l'adresse : intellectualproperty@consilium.europa.eu ainsi qu'à la présidence : aurelie.champagne@diplomatie.gouv.fr; anne.le-morvan@culture.gouv.fr; sophia.arroub@culture.gouv.fr et emmanuelle.formisyn@diplomatie.gouv.fr.

8765/22

BM/AF/ob 1

COMPET.1

LIMITE

FR/EN

Synthèse de l'exercice d'état des lieux de l'effectivité du cadre européen du droit d'auteur

La Présidence a choisi de consacrer son semestre à un exercice de bilan de l'effectivité du cadre européen du droit d'auteur. Dans cette perspective, la Présidence a adressé le 13 janvier 2022 aux délégations un document de contexte accompagné d'un questionnaire (WK 416/2022), ouvrant deux grands champs de réflexion :

- les cas de contournement des règles européennes du droit d'auteur et les tentatives d'imposer de nouveaux modèles ;
- la promotion des intérêts des auteurs européens dans un environnement mondialisé.

Les questions visaient à mieux comprendre l'état des lieux, à susciter un débat sur les mesures existantes et leurs éventuelles limites, et à évaluer l'opportunité et les modalités – à moyen ou long terme – d'une intervention au niveau national ou européen.

La Présidence a également organisé une conférence le 4 mars à Paris comprenant une table ronde sur le droit d'auteur, dont le thème était « *Renforcer les droits des auteurs et créateurs européens et assurer leur juste rémunération* ». Cette table ronde, qui a réuni des représentants de diverses parties prenantes, a permis aux délégations d'obtenir des informations précieuses sur l'efficacité du cadre européen du droit d'auteur.

La note ci-après résume les contributions que la Présidence a reçues des États membres et de la Commission européenne, tant par écrit (voir WK 2358 2022 REV 4) qu'au cours des discussions au sein du groupe de travail du Conseil sur le droit d'auteur. Les contributions écrites des États membres¹ comportaient parfois des références à des contributions qu'ils avaient reçues de tiers et qu'ils souhaitaient partager sans nécessairement les approuver ; la Présidence a choisi d'inclure ces points de vue dans le résumé, en reconnaissant explicitement leur auteur.

¹ Des contributions écrites ont été reçues de 14 États membres.

1. Cas de contournement des règles européennes en matière de droit d'auteur et tentatives d'imposer de nouveaux modèles

1. État des lieux des pratiques

1.1.1. Avez-vous pu observer, dans votre État, des pratiques de plateformes ou de leurs prestataires, ayant pour objet ou pour effet une non-application de la législation nationale qui protège les droits des titulaires de droits ou, plus largement, l'imposition d'un schéma de contractualisation en décalage avec les pratiques du secteur ?

1.1.2. Si oui, quelles sont les pratiques recensées :

- refus d'appliquer un droit exclusif au motif allégué d'une situation ne relevant pas de son champ mais correspondant à une exception ?
- tentatives d'imposer des licences à titre gratuit ?
- volonté d'imposer des rémunérations groupées et indifférenciées pour un ensemble de prestations n'isolant pas, en leur sein, la contrepartie spécifique due pour la cession de droits d'auteur ?
- contournement d'accords collectifs destinés à garantir la rémunération des créateurs ?
- propositions systématiques de contrats artificiellement placés sous l'empire d'une loi étrangère ?
- autres pratiques ?

1.1.3. Si oui, ces pratiques se constatent-elles plus particulièrement dans certains secteurs spécifiques de la création : musique, audiovisuel, cinéma, jeux vidéo, arts visuels, etc. ?

Il ressort des réponses apportées par les États membres une **observation unanime de pratiques de contournement des dispositions protectrices du droit d'auteur sur leur territoire national ou de tentatives d'imposition de nouveaux modèles, et en particulier des pratiques de « buy out »**, celles-ci étant portées notamment par les grandes plateformes ou moteurs de recherches internationaux, établies hors de l'UE.

Bien que **tous les États membres ne constatent pas exactement les mêmes pratiques**, il se dégage un constat partagé sur le fait que **ces plateformes ou moteurs de recherche ont pour pratique d'imposer un modèle de rémunération déséquilibré des créateurs européens à leur net avantage** et ce, en méconnaissance des usages et des règles de droit qui prévalent au sein de l'Union européenne. Les associations professionnelles partagent ce constat. D'autres cas ont été rapportés dans une moindre mesure s'agissant des pratiques des producteurs de phonogrammes à l'égard des interprètes ou des compositeurs, des producteurs de l'audiovisuel, du jeu vidéo ou de la publicité à l'égard des compositeurs, et de la part d'institutions culturelles publiques par exemple à l'égard des créateurs des arts visuels s'agissant du droit d'exposition.

8765/22

BM/AF/ob 4

ANNEX COMPET.1

LIMITE

FR/EN

Bien que le recours à ces pratiques soit présent dans tous les secteurs afférents aux droits d'auteur et droits voisins, certains d'entre eux restent plus concernés que d'autres. Ainsi, les secteurs de l'audiovisuel, de la musique et de l'édition représentent les cibles majoritaires de ce phénomène, suivi de près par les jeux vidéo et la publicité. En tout état de cause, **les ayants droit « isolés » apparaissent parmi les plus touchés par ces pratiques** et plusieurs États membres ont cité la fragilité particulière des artistes-interprètes.

Sur le terrain, la majorité des États membres confirme le caractère répandu de ces pratiques de contournement sont mises en œuvre sous les formes suivantes :

- **En premier lieu, les plateformes ou moteurs de recherche refusent d'appliquer un droit exclusif en alléguant une situation ne relevant pas de son champ mais correspondant à une exception prévue par le droit national en cause.** À cet effet, sont régulièrement invoquées l'exception de citation ou l'exception pédagogique. Ce recours aux exceptions est problématique dans la mesure où ces pratiques dépassent le cadre de ces exceptions, de par l'ampleur de l'extrait d'œuvre utilisé ou la finalité qui va largement au-delà de celle prévue par l'acquis. Les plateformes ou moteurs de recherche justifient également cette pratique au travers d'une interprétation restrictive des textes ou, à l'inverse, très extensive, notamment en revendiquant l'application du « *fair use* » qui n'est pas reconnu dans le droit de l'Union ou en invoquant la liberté fondamentale d'expression et d'information garantie à l'échelle européenne.

- En deuxième lieu, ils **tentent d'imposer des licences à titre gratuit ou des rémunérations groupées et indifférenciées pour un ensemble de prestations n'isolant pas, en leur sein, la contrepartie spécifique due pour la cession de droits d'auteur.** Plus concrètement, la plupart de ces offres de licences fixent une rémunération sous la forme d'un forfait, celle-ci couvrant à la fois la création et la livraison des œuvres mais aussi le transfert des droits, pratique appelée « **buy out** »². C'est le cas pour la production d'œuvres audiovisuelles diffusées par des plateformes, pour laquelle les auteurs de la musique se voient forcés d'accepter une rémunération forfaitaire, sous peine d'être écartés du projet avec la crainte d'être exclus de projets ultérieurs. Cette pratique se fait **en contradiction avec le mandat ou la cession qu'ils ont consentis aux organismes de gestion collective aux fins de gérer leurs droits.** Il convient d'observer que cette pratique des plateformes américaines est contrebalancée aux États-Unis par l'existence d'accords collectifs très efficaces qui complètent cette première cession forfaitaire par le paiement de rémunérations « résiduelles » très étendues au profit des auteurs et artistes-interprètes, y compris pour les usages numériques, ce qui n'est pas le cas lorsqu'ils contractent avec des créateurs européens.

² La European Composers and Songwriters Alliance (ECSA) fait ainsi remonter que 52,6% des compositeurs se sont vu proposer au cours des trois dernières années un contrat de buy out et que cette tendance se confirme et s'amplifie au cours de la période. De même, il est rapporté par le Groupement européen des sociétés d'auteurs et de compositeurs (GESAC) que 66% des compositeurs se seraient vu offrir des contrats prévoyant la cession de droits partiels tels que les droits de synchronisation ou les droits mécaniques. Il est aussi rapporté par Eurocinema que les plateformes de vidéo à la demande, pour leurs productions audiovisuelles, passent leurs commandes au travers d'un modèle de production exécutive ne laissant aux producteurs locaux ni le contrôle artistique, ni les droits et les mandats de distribution. De tels cas sont aussi rapportés par la société italienne SIAE, par les associations GEMA et GRUR en Allemagne, etc.

Parfois même, ces licences impliquent une renonciation à certains droits d'auteur. C'est le cas notamment dans le domaine de la radiodiffusion où des pressions sont exercées pour que les auteurs publient leurs œuvres et leurs enregistrements sous ce type de licence et renoncent à leurs autres droits à rémunération. S'agissant des **licences dites gratuites**, plusieurs pratiques existent. Par exemple, des services musicaux « libres de droits » achètent les droits des auteurs contre des licences gratuites avec un transfert perpétuel de la propriété. Cette pratique a également été constatée dans le secteur de la presse (par exemple par Corint Media en Allemagne). Par ailleurs, Google a imposé des licences gratuites obligeant les éditeurs de presse à accepter cette pratique, en mettant en avant que le trafic acheminé par Google constituerait une contre-prestation adéquate. **Enfin, dans le cas d'une licence existante pour une utilisation analogique, il est advenu que les plateformes considèrent l'utilisation en ligne comme "un ajout gratuit" lorsqu'elles traitent avec des auteurs individuels.**

- **En troisième lieu, les plateformes s'efforcent de contourner les accords collectifs destinés à garantir la rémunération des créateurs ou les accords de réciprocité prévus entre organismes de gestion collective.** Cette pratique découle de l'application de lois étrangères qui permettent de s'abstraire de ces cadres juridiques. Il est possible, dans le cadre d'un contrat international, de choisir la loi applicable et la juridiction compétente mais, comme l'ont rappelé plusieurs États membres, le fait d'écarter les mandats ou cessions accordés aux organismes de gestion collective, quand ils existent, n'est pas légal. Cependant, ce point doit être relativisé dans la mesure où ce type d'accord collectif n'existe pas dans tous les secteurs et/ou pays.
- **En dernier lieu, les plateformes procèdent systématiquement à des propositions de contrats placés sous l'empire d'une loi étrangère, souvent américaine.** Cette clause est, par ailleurs, accompagnée par la **compétence de juridictions étrangères.** Cela est généralement justifié par la présence d'une partie non-européenne au contrat.

En outre, **certains États membres ont signalé d'autres pratiques mises en œuvre par les plateformes pour contourner le respect la législation européenne dont :**

- le « ***work made for hire*** » qui consiste à investir *ab initio* le producteur de la propriété de l'ensemble des droits sur la création, sans même qu'il n'y ait eu un transfert par son créateur. Cette pratique semble par exemple répandue dans le secteur du doublage.
- **se déresponsabiliser face au partage illégal de contenus ou aux échanges d'œuvres protégées;**
- **introduire des clauses de résiliation d'un contrat souvent sans fondement, voire sur des fondements contraires à la réglementation applicable ;**
- **ne pas différencier la rémunération pour les services fournis par les sociétés de production de celle due pour la cession des droits d'auteur ;**
- prétendre ne pas relever de **la définition d'une plateforme numérique**, comme c'est le cas des plateformes qui se définissent comme de simples hébergeurs de contenus ou de certains réseaux sociaux, préférant ainsi que ces services soient qualifiés de débiteurs de ce droit puisqu'ils mettent à disposition du public des contenus protégés ;
- **alléguer que l'on n'est pas obligé de payer des redevances aux organisations de gestion collective pour la diffusion car on ne diffuse pas soi-même ;**
- **dire que l'œuvre ne serait pas originale et donc non protégée par le droit d'auteur ou les droits voisins** et ce, dans la mesure où ces droits ne sont établis de manière certaine que devant le juge.

1.1.4. Si oui, certaines de ces pratiques se sont-elles développées ou généralisées à l'occasion de la pandémie ?

S'agissant de l'effet de la pandémie de la Covid-19 sur le développement de ce phénomène, **tous les États membres interrogés s'accordent effectivement à reconnaître que le nombre de cas a fortement augmenté depuis deux ans.** Si les pratiques susmentionnées existaient déjà antérieurement à la crise sanitaire, le contexte de confinements successifs semble tout de même avoir participé à l'accroissement de la demande de contenus en ligne et, par conséquent, des activités de ces plateformes, ainsi que des hébergeurs de contenus illégalement partagés et de piratage. Néanmoins, il est possible que ces pratiques aient continué d'augmenter et ce, même sans la pandémie. **En tout état de cause, d'un point de vue économique, cette crise a surtout mis en lumière une distorsion dans la répartition des recettes issues de ces plateformes puisque leur hausse n'a pas profité de façon corrélée aux créateurs.** En ce sens, ces derniers ont à la fois été affaiblis sur le moment en termes économiques, mais également par la suite en tant que force négociatrice dès lors qu'ils se sont trouvés dans une position encore plus désavantageuse.

1.1.5. et 1.1.6 Si vous ne constatez pas de telles situations, considérez-vous disposer de suffisamment d'outils mobilisables pour en avoir connaissance ? Si non, quels outils vous sembleraient utiles tant au plan national qu'europpéen ?

Il ressort finalement que **ces pratiques sont mises en œuvre non seulement dans le cadre de négociations déséquilibrées, mais également dans le but de cristalliser ces positions inégales entre plateformes et créateurs.** Dans ces circonstances, les conditions et charges du contrat ne sont pas loyalement négociées entre les parties mais souvent imposées par les plateformes, avec notamment des **menaces de « blacklisting », en amont, puis par l'intégration de clauses de confidentialité (non-disclosure), en aval.**

Ces clauses de confidentialité représentent, par ailleurs, un obstacle important pour les pouvoirs publics puisqu'elles limitent considérablement leur accès aux informations relatives à ces pratiques. Les États membres confirment, en ce sens, qu'ils ne disposent d'aucun outil permettant d'identifier de telles situations. Ils peuvent, tout au plus, espérer récolter quelques données en consultant les ayants droits ou les organisations de gestion collective dans la mesure toujours de leurs obligations contractuelles et de leur volonté à prendre un tel risque.

Plusieurs États membres considèrent que l'enjeu principal de ce phénomène réside désormais dans l'application des règles de droit de l'Union européenne.

Néanmoins, si certains États membres demandent **d'attendre les effets de la transposition de la directive 2019/790**, dont ils espèrent qu'elle permettra de résorber certaines pratiques de contournement, d'autres sollicitent plus particulièrement une nouvelle intervention législative à la fois nationale et européenne dans le but de disposer de meilleurs outils de surveillance.

Au **niveau national**, certains proposent **d'habiliter des fonctionnaires à récolter les informations confidentielles de ces contrats et à établir des rapports anonymisés** dans le but d'informer les intéressés sur ce type de pratiques. Il a été suggéré la création dans chaque pays d'une autorité publique, voire indépendante, en charge de la régulation de ce marché et compétente pour recevoir des signalements, puis notifier des violations pourrait également être créée dans chaque pays.

Au **niveau européen**, une proposition consisterait à octroyer aux **organisations de gestion collective la faculté de transmettre à la Commission européenne les contrats, anonymisés, qui enfreignent la directive sur le droit d'auteur.**

1.2 Solutions légales mises en place.

1.2.1. à 1.2.3 Face aux problèmes que vous aurez constatés en 1.1, des mesures ont-elles été prises ? Si non, pourquoi ? Si oui, de quelle nature sont ces mesures et par qui ont-elles été prises ? Ces mesures sont-elles de nature législative ou normative, ou d'une autre nature ?

1.2.4. Dans la résolution des problèmes, un rôle a-t-il été joué par les pouvoirs publics, un médiateur, la publication d'une décision de justice, des actions collectives d'ayants droit pour faire respecter leurs droits ou des conventions collectives, ou par d'autres ?

Mesures prises par les autorités nationales :

Les contributions ont souligné **l'importance du rôle des autorités nationales dans l'adoption de législations pertinentes et dans la transposition des directives** même si certains États Membres soulignent le fait que les autorités nationales ont des pouvoirs limités quand il s'agit de persuader les entités du secteur privé de contracter de manière équitable avec les auteurs et les artistes-interprètes.

En ce qui concerne la transposition de la directive 2019/790, plusieurs délégations ont souligné que ses dispositions devraient permettre de répondre à un certain nombre de problèmes recensés en matière de rémunération des titulaires de droits. En particulier, certains États membres ont cité la transposition de **l'article 23** de la directive qui prévoit que, au sein de l'UE, les clauses contraires aux dispositions prévues sur la transparence, à la clause de *best seller* et à la possibilité de recourir à des mécanismes extrajudiciaires de règlement des litiges sont nulles et non avenues. **L'article 15** de la directive, qui concerne le droit voisin des éditeurs de presse, a également été cité comme une amélioration substantielle permettant de rééquilibrer les rapports avec les plateformes.

Certains États membres ont indiqué qu'il faut laisser aux États membres le temps de finir la transposition et d'analyser les effets de la mise en œuvre. D'autres États membres ou organisations ont rappelé que les **clauses de « buy out » sont légales** et que, de manière plus générale, ces éléments relèvent de la négociation entre les titulaires de droits ou leurs représentants, d'une part, et les plateformes, d'autre part.

Des solutions peuvent être trouvées dans des dispositions nationales encadrant les contrats, en particulier dans les relations entre artistes-interprètes et producteurs de phonogrammes. **Certaines législations nationales prévoient également que la rémunération de certains auteurs ou artistes-interprètes pour certains types d'exploitation ont une nature inaliénable et ne peuvent faire l'objet de cession ou de transfert** (en faveur des co-auteurs des œuvres audiovisuelles pour certains modes d'exploitation en Pologne, en faveur des auteurs et des artistes-interprètes pour le droit de mise à la disposition à la demande en Espagne).

Certaines contributions ont souligné l'importance de la gestion collective pour améliorer la capacité de négocier des rémunérations appropriées (notamment GEMA, organisation allemande), *a fortiori* quand la législation nationale reconnaît un droit à rémunération incessible et exercé en gestion collective obligatoire.

Certaines contributions ont également relevé la possibilité **d'améliorer la rémunération dans les hypothèses dans lesquelles un accord a été signé pour l'exploitation des droits mais la rémunération est trop faible.** A cet égard, la contribution d'ayants-droit allemands a relevé que dans le secteur des arts visuels, un accord-cadre avait été négocié par l'organisation européenne, à décliner au niveau national.

Enfin, le rôle des autorités nationales dans la lutte contre la contrefaçon a été relevé, dans les hypothèses où la pratique de contournement a pour objet/effet de ne pas demander d'autorisation ; dans cette hypothèse, les moyens cités sont ceux du renforcement de la lutte contre la contrefaçon et le piratage ou des moyens tirés du droit de la concurrence, tout particulièrement en ce qui concerne le droit voisin des éditeurs de presse. Une contribution a également mentionné que le fait de dénoncer dans la presse ce type de pratiques pouvait avoir pour effet de les faire cesser. On relèvera notamment la mise en place d'un comité pour la notification des atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins sur Internet, avec un mécanisme extrajudiciaire qui ordonne le blocage de diffusions en direct et prononce des injonctions dynamiques. Autre exemple, celui de la mise en place d'un comité interministériel pour lutter contre la contrefaçon et le piratage dont l'objectif est de rassembler les ministères concernés et les parties intéressées pour un échange d'informations et de propositions. Quelques décisions ont été rendues en République tchèque sur le partage illégal de contenus par des espaces de stockage (*repositories* ou *cloud*) mais sont présumées avoir eu peu impact sur les pratiques.

Décisions judiciaires

Plusieurs États membres ont cité des **hypothèses de recours aux tribunaux pour remédier aux pratiques de contournement ou indiqué que des actions collectives en justice de la part des titulaires de droits avaient permis des améliorations**. Une décision d'un tribunal allemand rendue en 2007 a ainsi permis de limiter le recours aux clauses de *buy out* en précisant que le recours au *buy out* ne peut être que l'exception par rapport à une rémunération proportionnelle. Ceci a été repris dans la loi de transposition de la directive 2019/790.

Une contribution a toutefois relevé le décalage temporel important entre le processus lent de l'action judiciaire et l'extrême rapidité d'Internet, de son écosystème et des modèles économiques pratiqués.

1.2.5. Des dispositions spécifiques existent-elles pour assurer la mise en œuvre des règles nationales protectrices ou écarter l'application de législations étrangères, dans certains cas (en particulier en matière de « *buy out* ») ? Si oui, quelles hypothèses sont couvertes par cette législation ?

Certains États membres ont rappelé l'importance de l'article 23 de la directive 2019/790 et de sa transposition dans les États membres. Une contribution a rappelé le caractère incessible du droit moral.

La législation allemande comprend une disposition (§32b UrhG) qui prévoit que certaines règles de protection nationale permettant d'avoir une rémunération juste sont obligatoires dès lors qu'elles ont un lien avec l'Allemagne, en particulier dans le cas d'actes d'exploitation ayant lieu en Allemagne. Cette disposition couvre la fixation d'une juste rémunération, les obligations de transparence mais également la disposition sur la clause de *best seller*.

Par ailleurs, certains cas de rémunérations statutaires légales peuvent également assurer une juste rémunération des titulaires de droits : rémunération pour les usages d'enseignement, de recherche et de conservation ainsi que les mécanismes de licences collectives étendues.

Une contribution a rappelé que tous les accords signés dans le cadre d'une relation de travail sont soumis aux dispositions obligatoires du droit du travail et ne peuvent être écartées par contrat.

Plusieurs États membres ont rappelé les règles de droit international privé et en particulier le principe du traitement national, le règlement Rome I, l'Acte XXVIII de 2017 sur le droit international privé et la jurisprudence de la CJUE dans l'affaire *Pinckney*.

1.2.6. Des dispositions incitatives existent-elles pour assurer l'application de la législation nationale (exemples : soutien à la production conditionné au respect de certaines dispositions, loi de police ou d'ordre public) ? A défaut, réfléchissez-vous à de telles dispositions ?

Les exemples suivants ont été donnés comme dispositions incitatives : disposition d'ordre public international prévoyant une « période d'embargo » pour les publications de la recherche publique dans le cadre de *l'open access*, dispositions fiscales favorables pour soutenir l'industrie audiovisuelle afin d'attirer les plateformes étrangères afin qu'elles produisent sur le territoire national. Dans le dernier cas, il a été précisé que rien n'empêche le producteur chargé de la réalisation d'un film par la plateforme de demander le transfert de l'ensemble des droits et, parfois, de demander en outre à bénéficier des avantages fiscaux prévus pour les producteurs indépendants. Le recours au programme Créative Europe MEDIA a également été mentionné. Un OGC irlandais a évoqué la possibilité de conditionner les aides aux plateformes produisant des œuvres audiovisuelles au respect de la législation sur le droit d'auteur.

1.3. Initiatives à envisager

1.3.1. Pensez-vous que des solutions devraient être explorées au niveau de l'UE ? 1.3.2. Si oui, de quel ordre pourraient être ces initiatives ?

Une majorité des États membres répondant ont indiqué qu'ils sont favorables à ce que des solutions soient explorées au niveau de l'UE dans une mesure raisonnable et en lien avec les dispositions nationales sur le droit de la concurrence.

Quelques États membres ont attiré l'attention sur le fait qu'il était nécessaire d'évaluer l'efficacité des nouvelles dispositions de la directive 2019/790 – et en particulier de son article 17 – ainsi que du DMA et du DSA avant de promouvoir une nouvelle initiative législative afin d'éviter une sur-régulation et de ne pas restreindre inutilement la liberté contractuelle.

Sur la méthode, il a été proposé de mieux identifier les problèmes au niveau national et européen puis de les approfondir dans une étude qui pourrait être réalisée en parallèle avec une consultation des secteurs et des parties prenantes. Dans le même ordre d'idées, il a été proposé d'analyser les différents cas de contournement avant de prendre les mesures adéquates ainsi que les solutions mises en place dans certaines États membres. Plusieurs États membres ont appelé à respecter dans la mesure du possible le principe de liberté contractuelle. Il a également été suggéré d'opérer un suivi très précis de la transposition de la directive 2019/790 sur les 3 ans à venir et d'exiger un renforcement de la législation si nécessaire (proposition d'un organisme de gestion collective irlandais). Il a été suggéré d'analyser les clauses des contrats pour déterminer s'il y a eu un abus de position dominante de la part de la plateforme.

En ce qui concerne **les hypothèses dans lesquelles un accord a été signé pour l'exploitation des droits et où la rémunération est trop faible**, les propositions suivantes ont été faites :

- Certains professionnels (notamment du secteur de l'audiovisuel) estiment que les législations devraient plus largement **permettre aux syndicats de conclure des accords afin de mieux protéger les auteurs**. Il a été suggéré que les représentants des ayants droit puissent s'unir au niveau européen afin de négocier avec les plateformes dans des conditions de concurrence plus équitables par rapport aux ayants droit américains (proposition d'un OGC d'artistes-interprètes belge). Cette proposition doit être confrontée avec la contribution d'ayants droit allemands indiquant que, dans le secteur des arts visuels, un accord-cadre avait été négocié par l'organisation européenne, à décliner au niveau national.
- Réfléchir à organiser la **transparence dans certains secteurs, comme l'audiovisuel, afin d'améliorer la capacité de négociation des créateurs**.
- **S'inspirer de l'article 6.2 du règlement Rome I sur la loi applicable dans les relations impliquant un consommateur**.

En ce qui concerne les **outils de lutte contre la contrefaçon ou contre des pratiques anti-concurrentielles**, les contributions ont fait état des éléments suivants :

- Adapter la législation pour permettre aux autorités de la concurrence nationales une intervention *ex ante* afin de créer un marché équitable avant que des distorsions de concurrence n'aient lieu. Ces mesures ont pour vocation d'empêcher les entreprises de très grande importance d'entreprendre des pratiques anti-concurrentielles et de les sanctionner en cas de violation du droit de la concurrence. Le recours aux autorités nationales de la concurrence pourrait également être utilisé en cas de position dominante par certaines compagnies de production.
- **Accord avec les régies publicitaires pour assécher les ressources des sites ou plateformes proposant à titre principal des contenus contrefaisants.**

En ce qui concerne le *buy out*, il a été proposé de :

- prévoir de manière obligatoire que de **telles cessions sont interdites** et ne sauraient être contournées en choisissant la loi applicable,
- prévoir que de **telles dispositions ne peuvent être mises en œuvre sur le territoire de l'UE ou que la loi étrangère ne saurait trouver à s'appliquer lorsque la production de l'œuvre a eu lieu au sein de l'UE,**
- **conditionner les aides des États membres et de l'UE** au respect du cadre législatif de l'UE,
- **prévoir que la disposition sur la rémunération est d'ordre public.**

Enfin, **les propositions additionnelles suivantes ont été faites dans les différentes contributions :**

- Adoption d'un **code des bonnes pratiques** au sein de l'UE entre les producteurs indépendants et les plateformes (organisme irlandais de gestion collective).
- **Créer un standard reconnu pour les contrats qui respecteraient le droit d'auteur** (organisme irlandais de gestion collective).
- **Créer un statut général, voire une autorité chargée de négocier les tarifs avec les plateformes, de collecter et de redistribuer les rémunérations des créateurs.**
- Adopter des **modifications législatives qui renforcent le secteur créatif.**
- **Appliquer l'article 4.3 du règlement Rome I aux dispositions relatives à la transparence et à la rémunération.** Pour mémoire, cet article dispose que « *Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique* »
- **Protéger les producteurs indépendants** afin qu'ils bénéficient du même type de protection que les créateurs dans leurs relations avec les plateformes, **dans les législations qui prévoient un droit incessible à rémunération.**
- **Privilégier la protection statutaire des créateurs, c'est-à-dire d'harmoniser des droits à rémunération inaliénable pour les artistes-interprètes, y compris pour les usages numériques.**
- **Consolider la protection juridique des ayants droits par la revalorisation du rôle des organismes de gestion collective** au motif que ce type de gestion se révélerait être l'outil le plus efficace pour négocier des redevances équitables pour les créateurs. Le cas échéant, réfléchir à rendre la gestion collective obligatoire pour les exploitations en ligne; sur ce dernier point, il convient de noter qu'une contribution indique ne pas être favorable à une telle solution.

- **Renforcer la situation des titulaires de droits voisins de la presse en imposant une gestion collective obligatoire des droits**, proposer qu'un arbitre puisse fixer un prix obligatoire en l'absence d'accord entre les parties prenantes (modèle australien) ou prévoir qu'il revient au législateur de fixer la rémunération afin remédier au déséquilibre des négociations dû à la position monopolistique des plateformes.
- Dans un plus long terme, **un cadre juridique relatif à l'arbitrage et à la mise en œuvre de sanctions pourrait aussi être conçu** afin d'assurer une réelle responsabilisation des plateformes notamment en termes de rémunération et, plus généralement, de respect des règles européennes régissant les contenus en ligne.

2. Promouvoir les intérêts des auteurs et des ICC européens dans un environnement mondialisé

1. Avez-vous connaissance de situations dans lesquelles les auteurs nationaux ou européens bénéficient d'une situation moins favorable que les auteurs étrangers en matière de droit d'auteur et de droits voisins ? Si oui, lesquelles ?

La plupart des États membres ont reconnu que les auteurs européens ne bénéficient pas des mêmes droits à l'étranger que les auteurs étrangers en Europe.

De nombreux États membres ont indiqué que les différences objectives de situation étaient dues aux **différences de systèmes et de pratiques dans le monde ainsi qu'aux structures de marché**. L'Europe s'appuie sur un cadre ambitieux et protecteur via une **forte protection statutaire**, dont il découle que 54,4% des recettes mondiales de droits d'auteur sont générées en Europe, selon le rapport 2020 de la CISAC. Tout en soulignant que les créateurs bénéficient d'un type de protection avancé en Europe, certains États membres ont noté qu'il n'est pas totalement harmonisé, notamment en ce qui concerne les droits voisins.

En revanche, citant l'exemple des États-Unis, plusieurs États membres et parties prenantes ont souligné que ce pays privilégie une forte culture de **la négociation collective par l'intermédiaire des syndicats**, qui débouche sur de bons résultats sociaux et matériels, plutôt que de s'appuyer sur une protection légale. Ces résultats concernent l'assurance, les revenus et les rémunérations subséquentes issues des plateformes en ligne.

En ce qui concerne **les situations identifiées comme porteuses d'un déséquilibre entre les auteurs européens et les auteurs étrangers, une grande majorité des réponses des États membres concernent le droit à rémunération pour la communication au public**, notamment suite à **l'affaire RAAP**. De fortes préoccupations ont été exprimées à cet égard par plusieurs États membres ainsi que par plusieurs sociétés de gestion collective. Quelques États membres ont exprimé leur prudence : ils ont rappelé qu'ils n'avaient pas inscrit dans leur législation un principe de réciprocité matérielle et que, par conséquent, l'arrêt RAAP n'avait aucune conséquence pratique dans leur pays, puisque la différence objective de situation entre les auteurs préexistait.

Les réponses envoyées par les parties prenantes dressent toutefois un tableau plus diversifié.

Par exemple, la Deutsche Orchestervereinigung (DOV, la chambre allemande des orchestres) a souligné que **les artistes de l'UE sont généralement exclus de la redevance pour copie privée au Canada**. Elle a également noté que les **artistes-interprètes étrangers ne bénéficient pas de rémunération pour la transmission d'enregistrements sonores par diffusion analogique aux États-Unis**.

Le GESAC a également indiqué que la plupart des bars, restaurants et magasins de détail américains sont exemptés du paiement de redevances lorsqu'ils diffusent de la musique dans leurs locaux par la radio ou la télévision et a rappelé **qu'une telle exemption n'existe pas en Europe, conformément à la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques**, qui fait partie des accords ADPIC.

Le Deutsche Orchestervereinigung a déclaré que **les Européens ne peuvent participer aux accords de guildes que si la production est considérée comme américaine**.

L'une des organisations de gestion collective irlandaise a également mentionné que les **créateurs américains travaillant dans le cadre de contrats "work-for-hire" sont mieux lotis que les créateurs européens**, car les créateurs américains perçoivent souvent des redevances d'interprètes, ce qui n'est pas le cas des créateurs européens.

L'organisation de gestion collective finlandaise des artistes visuels Kuvasto a souligné que **certains auteurs étrangers bénéficient en Europe de droits de suite alors que les auteurs européens n'en bénéficient pas à l'étranger**.

2. Estimez-vous disposer d'outils suffisants pour identifier ces situations ? Quels sont les outils que vous jugeriez utiles au niveau national et européen ?

En ce qui concerne la **disponibilité et le caractère suffisant d'outils existants pour prendre la mesure de l'existence et de la teneur des situations de déséquilibre entre les auteurs européens à l'étranger et les auteurs étrangers en Europe, les réponses ont été très diverses**. Il a été mentionné :

- Le **lancement d'études**, d'analyses et de comparaisons internationales ;
- Le **suivi des équilibres du marché** ;
- Un **meilleur suivi de la jurisprudence des tribunaux européens** ;
- Le **travail en étroite collaboration avec les professionnels du secteur et les organisations de gestion collective** pour surveiller et obtenir des informations sur ces situations, par exemple par le biais de tables rondes ;
- **L'évaluation de l'efficacité de la directive DSM** ;
- Le lancement d'un examen approfondi de la législation européenne, notamment pour identifier les éventuels effets secondaires de l'arrêt RAAP (notamment en ce qui concerne la copie privée, la rémunération équitable, les droits à rémunération et les droits de prêt).

3. Les situations identifiées au point 2.1. vous semblent-elles affaiblir la position de négociation de l'UE et de ses États membres sur les questions de droit d'auteur et de droits voisins ? Si oui, dans quelle mesure ?

De manière générale, la majorité des réponses tend à confirmer que les situations mentionnées ci-dessus conduisent à un affaiblissement de la position de négociation de l'UE et de ses États membres sur les questions de droit d'auteur et de droits voisins.

bien qu'une réponse pointe l'inverse, et que quelques États membre déclarent ne pas être en mesure d'évaluer ce point.

Quelques États membres ont explicitement lié cet affaiblissement à l'absence d'harmonisation de certains droits au sein de l'Union européenne.

De nombreux États membres considèrent que la position de négociation de l'UE et de ses États membres est affaiblie par l'affaire RAAP, tandis qu'une contribution souligne que cette évaluation à long terme variera en fonction de la stratégie que l'Europe décidera de suivre à cet égard.

4. Quelles solutions existent ou vous semblent possibles pour mettre fin aux situations identifiées ? A titre d'exemple, considérez-vous que les chapitres relatifs à la propriété intellectuelle dans les accords de libre-échange devraient être renforcés ?

De nombreux États membres ont mentionné les possibilités offertes par la nouvelle directive sur le droit d'auteur qui doit être mise en œuvre. La nécessité d'une **meilleure harmonisation** de la législation sur le droit d'auteur en Europe (notamment en ce qui concerne la compensation pour copie privée ou les droits des interprètes) a été mentionnée par quelques États membres.

De nombreux États membres ont souligné que **l'Union européenne devrait promouvoir activement l'adoption de normes élevées en matière de protection du droit d'auteur dans les pays tiers.** L'objectif serait de veiller à ce que les titulaires de droits de l'UE dans les pays tiers ne soient pas dans une position plus faible que les titulaires de droits non européens dans l'UE. Une contribution a souligné que la promotion d'un environnement convivial pour les titulaires de droits, qui attirerait les créateurs sur le territoire de l'UE et les encouragerait à développer leur carrière sur le marché de l'UE, serait bénéfique pour l'UE. Cette contribution a également indiqué que l'UE ne devrait pas consentir, dans le cadre des négociations commerciales, à l'application du traitement national à un autre pays qui n'accorderait pas de droits nationaux similaires, et a souligné que la **réciprocité** est essentielle pour accroître la protection dans le monde entier.

L'un des moyens identifiés dans cette perspective concerne **les accords commerciaux entre l'UE et les pays tiers, qui pourraient être utilisés ou renforcés**, tout en maintenant une position forte sur l'exception culturelle (European Writers Council). Il s'agirait, entre autres, de **moderniser le modèle standard des chapitres sur la propriété intellectuelle dans les accords de libre-échange (ALE).**

Plusieurs pays et de nombreuses parties prenantes ont suggéré d'utiliser les ALE pour introduire des règles telles que les droits exclusifs, la durée de la protection, des règles de responsabilité claires pour les plateformes en ligne. Une réponse a suggéré d'inclure dans ces chapitres des références à la possibilité d'interdire la cession des droits patrimoniaux, à l'application de règles obligatoires applicables aux licences et aux cessions de droits d'auteur, et à l'interdiction des contournements. L'organisme de gestion collective finlandais d'artistes visuels Kuvasto a également proposé d'introduire dans les ALE une interdiction de contournement des droits d'auteur, et a suggéré d'utiliser les ALE pour généraliser le droit de suite au profit des artistes. Deux parties prenantes, l'association italienne représentative des

artistes-interprètes et l'association bulgare des producteurs de musique, ont mentionné que ces chapitres devraient confirmer une application large du droit de communication au public et de mise à disposition conformément aux traités internationaux sur le droit d'auteur, aux directives de l'UE et à la jurisprudence de la CJUE.

Une contribution a également indiqué que les ALE **devraient être adaptés à l'environnement numérique et aux nouveaux modèles commerciaux de certains utilisateurs.**

Les opinions étaient diverses sur la manière de traiter l'arrêt RAAP tout en maintenant une position de négociation forte de l'UE et de ses EM sur le droit d'auteur et les droits voisins. Parmi les solutions possibles pour y remédier, **de nombreux États membres ont mentionné la nécessité de clarifier rapidement si et quand la réciprocité matérielle s'applique**, tandis que certains ont déclaré que la solution trouvée à cet égard ne devrait pas conduire à diminuer la reconnaissance des droits des auteurs de pays tiers en Europe lorsque ceux-ci bénéficiaient déjà d'une telle rémunération. **La Commission européenne a rappelé qu'elle avait lancé une étude sur les conséquences de l'arrêt RAAP**, dont les résultats devraient être présentés vers l'été.

Certains États membres ont estimé que des **réflexions supplémentaires seraient nécessaires sur l'accès aux données et sur la compréhension et la transparence des algorithmes.** Ce sujet semble lié au **manque de notoriété de certains auteurs ou œuvres, qui a été mentionné par plusieurs États membres comme un déséquilibre.** Dans cette perspective, le Conseil a adopté le 4 avril 2022 des Conclusions sur une stratégie européenne pour le CCIS, qui appellent à développer des approches stratégiques au niveau européen et national sur la découvrabilité³ des œuvres.

³ La découvrabilité se distingue de la trouvabilité : la trouvabilité est la capacité d'accéder à une offre culturelle après une recherche ciblée (par exemple par mot-clé), tandis que la découvrabilité est le fait d'être confronté à une offre culturelle sans avoir recherché une œuvre spécifique (par exemple via la page d'accueil d'une plateforme de vidéo à la demande).

COURTESY TRANSLATION IN ENGLISH

Synthesis of the Stocktaking exercise on the Effectiveness of the European Copyright Framework

The Presidency has chosen to devote its semester to a stocktaking exercise on the effectiveness of the European copyright framework. In that perspective, on 13 January 2022 the Presidency sent a background paper and questionnaire to delegations (WK 416/2022), opening two main fields of reflection:

- cases of circumvention of European copyright rules and attempts to impose new models;
- promotion of the European authors' interests in a globalized environment.

The questions aimed at building a better understanding of the state of play, fostering a debate on existing measures and their possible limitations, and on assessing the appropriateness and modalities - in the medium to long term - of intervention at national or EU level.

The Presidency also organized a conference on the 4th March in Paris, which included a roundtable on copyright whose theme was "Strengthening the rights of European authors and creators and ensuring their fair remuneration". This roundtable, which brought together representatives of diverse stakeholders, provided valuable insights on the effectiveness of the European copyright framework.

The following note summarizes the contributions the Presidency received from the Member States and from the European Commission, both in writing (see WK 2358 2022 REV 4) and in the course of discussions in the Council Working Party on Copyright. The written contributions of the Member States⁴ sometimes included or referred to contributions they received from third parties and that they wished to share without necessarily endorsing these; the Presidency has chosen to include these views in the summary, explicitly acknowledging their author.

⁴ Written contributions were addressed by 14 Member States

1. Cases of circumvention of European copyright rules and attempts to impose new models

1.1 Overview of practices

1.1.1. Did you observe, in your State, practices by platforms or their providers which have the purpose or effect of not applying national legislation protecting the rights of right holders or, more generally, of imposing a contractualisation scheme which is out of step with industry practices?

1.1.2. If so, what practices have been identified?

- refusal to apply an exclusive right by claiming that it does not fall within its scope but within the exceptions?
- attempts to impose free licences?
- Willingness to impose bundled and undifferentiated remuneration for a set of services that do not isolate, within them, the specific consideration due for the transfer of copyright?
- circumventing collective agreements intended to guarantee creators' remuneration?
- Systematic proposals for contracts artificially placed under the authority of a foreign law?
- other practices?

1.1.3. If so, are these practices more particularly observed in certain specific creative sectors: music, audiovisual, cinema, video games, visual arts, etc.?

The responses from the Members State reveal **a unanimous observation of practices of circumventing the provisions protecting copyright on their national territory or attempts to impose new models, and in particular "buy out" practices**, which are exercised in particular by the large international platforms and search engines established outside the EU.

Although **not all Member States have witnessed the same practices**, they share a common assessment **that these platforms and search engines have the practice of imposing an unbalanced remuneration model for European creators to their net advantage**, while ignoring the customs and legal rules that prevail within the European Union. The professional associations also largely share this opinion. Other cases have been reported to a lesser extent concerning the practices of phonogram producers towards performers or composers, of audiovisual, video games or advertising producers towards composers, and of public cultural institutions for example towards to creators of visual arts in relation to exhibition right.

Although the exercise of these practices is present in all sectors related to copyright and related rights, some are more affected than others. The audiovisual, music and publishing sectors are the main targets of this phenomenon, closely followed by video games and advertising. In any case, **"isolated" right holders appear to be all the more affected by these practices** and several Member States have mentioned the particular fragility of performing artists.

In practice, the majority of Member States confirm the widespread existence of these circumvention practices in the following forms:

- **Firstly, platforms or search engines refuse to apply an exclusive right by claiming not to fall within its scope but within the exceptions provided for by the relevant national law.** To this end, they regularly invoke the citation exception or the educational exception. This recourse to exceptions is problematic insofar as these practices go beyond the scope of these exceptions, be it as regards the extent of the extract of the work used or as regards the purpose, which go far beyond that provided for by the acquis. Platforms or search engines also justify this practice through a restrictive interpretation of the texts or, conversely, a very extensive one, in particular by claiming the application of "fair use" which is not recognised in EU law or by invoking the fundamental freedom of expression and information guaranteed at European level.
- Secondly, **platforms or search engines attempt to impose free licences or undifferentiated, bundled remuneration for a set of services that do not isolate, within them, the specific consideration due for the transfer of copyright.** More concretely, most of these licences offer a fixed remuneration in the form of a lump sum, covering both the creation and delivery of the works but also the transfer of the rights, a practice known as **"buy out"**⁵. This is the case for the production of audiovisual

⁵ The European Composers and Songwriters Alliance (ECSA) reports that 52.6% of composers have been offered a buy-out contract in the last three years and that this trend is continuing and increasing over the period. Similarly, it is reported by the European Authors' Societies (GESAC) that 66% of composers have been offered contracts providing for the transfer of partial rights such as synchronisation or mechanical rights. It is also reported by Eurocinema that video-on-demand platforms, for their audiovisual productions, place their orders through an executive production model leaving local producers neither the artistic control nor the distribution rights and mandates. Such cases are also reported by the Italian company SIAE, by the associations GEMA and GRUR in Germany, etc.

works that will be broadcasted by platforms, for which the authors of the music are forced to accept a fixed remuneration, under penalty of being excluded from the project and with the fear of being excluded from future projects. This practice is in contradiction with the mandate or assignment they have given to collective management organisations to manage their rights. It should be noted that this practice of American platforms is counterbalanced in the United States by the existence of very effective collective agreements which supplement this initial flat-rate assignment by the payment of very extensive "residual" remuneration to authors and performers, including for digital uses, which is not the case when these platforms contract with European creators.

Sometimes these licences even imply a waiver of certain authors' rights. This is the case in particular in the field of broadcasting, where pressure is exerted on authors to publish their works and recordings under this type of licence and waive their other rights to remuneration. As regards so-called **free licences**, several practices exist. For example, "royalty-free" music services buy the rights of authors in exchange for free licences with a perpetual transfer of ownership. This practice has also been observed in the press sector (e.g. by Corint Media in Germany). On the other hand, Google has imposed free licenses forcing press publishers to accept it, while claiming that the traffic carried by Google would be an adequate trade-off. **Finally, in the case of an existing licence for analogue use, platforms have been known to treat online use as a "free addition" when dealing with individual authors.**

- **Thirdly, platforms or search engines try to circumvent collective agreements designed to guarantee creators' remuneration or reciprocity agreements between collective management organisations.** This practice stems from the application of foreign laws that allow them to bypass these legal frameworks. It is possible, in the context of an international contract, to choose the applicable law and the competent jurisdiction, but, as several Member States have recalled, it is not legal to disregard the mandates or assignments granted to collective management organisations, where they exist. However, this point must be put into perspective between sectors and/or countries in that not all of them have this type of collective agreement.
- **Lastly, platforms or search engines systematically propose contracts governed by foreign law, and often by US law.** This clause is moreover accompanied by the

8765/22

BM/AF/ob 26

ANNEX COMPET.1 LIMITE **FR/EN**

jurisdiction of foreign courts. This is mainly justified by the presence of a non-European party to the contract.

8765/22

BM/AF/ob 27

ANNEX COMPET.1

LIMITE

FR/EN

In addition, **some Member States have reported other practices implemented by platforms to circumvent compliance with European legislation, including:**

- **“work made for hire”,** which consists of investing the producer *ab initio* with the ownership of all the rights to the creation, without even being a transfer by the creator; this practice seems to be widespread in the dubbing sector, for example.
- **refusing to endorse responsibility for the illegal sharing of content or the exchange of protected works;**
- **introducing clauses for terminating a contract which are often unfounded, or even on grounds contrary to the applicable regulations;**
- **not differentiating the remuneration for services provided by production companies from that due for the transfer of copyright;**
- **claiming that they do not meet the definition of a digital platform,** as is the case with platforms that define themselves as mere content hosts or certain social networks, thus preferring that these services be qualified as debtors of this right since they make protected content available to the public;
- **claiming that they are not obliged to pay royalties to collective management organisations for broadcasting because they do not broadcast themselves;**
- **claiming that the work is not original and therefore not protected by copyright or related rights,** since these rights are only established with certainty by a judge.

1.1.4. If yes, did any of these practices develop or become widespread during the pandemic?

As regards the effect of the Covid-19 pandemic on the development of this phenomenon, **all the Member States questioned agree that there has been a sharp increase in these cases over the past two years.** While the practices mentioned above already existed prior to the health crisis, the context of successive containments seems to have contributed to the increase in demand for online content and, consequently, in the activities of these platforms, as well as hosts of illegally shared content and piracy. Nevertheless, it is possible that these practices would have continued to increase even without the pandemic. **In any case, from an economic point of view, this crisis has, above all, highlighted a distortion in the distribution of revenues from these platforms since their increase has not benefited creators in a correlated way.** In this sense, the latter were both weakened at the time in economic terms, but also subsequently as a negotiating force when they found themselves in an even more disadvantageous position.

1.1.5. and 1.1.6. If you do not identify such situations, do you consider that you have sufficient tools available to you to be aware of them? If not, what tools would you consider useful at both national and European level?

Finally, it appears that **these practices are implemented in the context of unbalanced negotiations, but also with the aim of crystallising these unequal positions between platforms and creators.** In these circumstances, the terms and conditions of the contract are not fairly negotiated between the parties but are often imposed by the platforms, in particular by means of **threats of "blacklisting", upstream, and then by the inclusion of confidentiality (non-disclosure) clauses, downstream.**

These confidentiality clauses also represent a major obstacle for public authorities, since they considerably limit their access to information on these practices. In this sense, Member States confirm that they have no tools to identify such situations. They can, at best, hope to collect some data by consulting rights holders or collective management organisations, always to the extent of their contractual obligations and their willingness to take such a risk.

Several Member States consider that the main challenge of this phenomenon now lies in the application of the rules of European Union law.

Nevertheless, while **some Member States ask to wait for the effects of the transposition of Directive 2019/790**, which they hope will make it possible to curb certain circumvention practices, others are more specifically calling for new legislative intervention at both national and European level with the aim of having better monitoring tools.

At the **national level**, some propose to **empower civil servants to collect confidential information on these contracts and to draw up anonymous reports** with the aim of informing the interested parties on this type of practice. It has been suggested that a public or even independent authority in charge of regulating this market, competent to receive reports and then notify violations, could also be created in each country.

At the **European level**, one proposal would be to give to **collective management organisations the possibility to be able to transmit to the European Commission anonymized contracts that infringe the Copyright Directive**.

1.2 Legal solutions put in place.

1.2.1. to 1.2.3. In response to the problems you identified in 1.1, have any measures been taken? If not, why not? If yes, what is the nature of these measures and by whom have they been taken? Are these measures of a legislative or normative nature, or of another nature?

1.2.4. In solving the problems, was a role played by public authorities, an ombudsman, the publication of a court decision, collective action by claimants to enforce their rights or collective agreements, or by others?

Measures taken by national authorities:

Contributions stressed **the importance of the role of National Authorities in adopting relevant legislation and in transposing Directives**, although some Member States underlined the fact that National Authorities have limited powers when it comes to persuading private sector entities to contract fairly with authors and performers.

With regard to the transposition of Directive 2019/790, several delegations stressed that its provisions should address a number of identified problems with regard to the remuneration of right holders. In particular, some Member States mentioned the transposition of **Article 23** of the Directive, which provides that, within the EU, clauses contrary to the provisions on transparency, to the *best seller* clause or to the possibility of recourse to out-of-court dispute settlement mechanisms are null and void. **Article 15** of the Directive, which concerns the neighbouring right of press publishers, was also cited as a substantial improvement to rebalance the relationship with platforms.

Some Member States have indicated that Member States should be given time to complete transposition and to analyse the effects of implementation. Other Member States or organisations recalled that **"buy-out" clauses are legal** and that, more generally, these elements are a matter for negotiation between right holders or their representatives on the one hand and platforms on the other.

Solutions can be found in national provisions governing contracts, in particular in the relationship between performers and phonogram producers. **Some national legislations also provide that the remuneration of certain authors or performers for certain types of exploitation are inalienable and cannot be assigned or transferred** (in favour of co-authors of audiovisual works for certain modes of exploitation in Poland, in favour of authors and performers for the right of making available on demand in Spain).

Some contributions stressed the importance of collective management to improve the capacity to negotiate appropriate remuneration (e.g. GEMA, a German organisation), a fortiori when national legislation recognises a non-transferable remuneration right exercised under compulsory collective management.

Some answers mentioned **the improvement of remuneration in cases where an agreement has been signed for the exploitation of rights but the remuneration is too low.** In this respect, the contribution of German right holders noted that in the visual arts sector, a framework agreement had been negotiated by the European organisation, to be adapted at national level.

Finally, the role of national authorities in fighting against counterfeiting, in cases where the purpose/effect of the circumvention practice is not to request authorization, was mentioned; in this case, the means cited are those of strengthening the fight against counterfeiting and piracy or means drawn from competition law, particularly with regard to the neighbouring right of press publishers. One contribution also mentioned that denouncing such practices in the press could have the effect of putting a stop to them. One example is the establishment of a committee for the notification of infringements of copyright and related rights on the Internet, with an extrajudicial mechanism that orders the blocking of broadcasts and live streams and issues dynamic injunctions. Another example is the establishment of an inter-ministerial committee to combat counterfeiting and piracy, whose objective is to bring together the relevant ministries and interested parties for an exchange of information and proposals. A few decisions have been made in the Czech Republic on the illegal sharing of

content through storage spaces (repositories or clouds) but allegedly without much impact on practices.

Judicial decisions

Several Member States cited **instances of recourse to the courts to remedy circumvention practices or indicated that collective legal action by rightholders had led to improvements**. For example, a German court decision in 2007 limited the use of buy-out clauses by stating that buy-out can only be the exception to proportional remuneration. This was taken up in the law transposing Directive 2019/790.

However, one contribution noted the significant time lag between the slow process of legal action and the extreme speed of the Internet, its ecosystem and the business models used.

1.2.5. Do specific provisions exist to ensure the implementation of protective national rules or to exclude the application of foreign legislation in certain cases (in particular in relation to buy-outs)? If so, which cases are covered by this legislation ?

Some Member States recalled the importance of Article 23 of Directive 2019/790 and its transposition in the Member States. One contribution recalled the non-transferable nature of moral rights.

German legislation includes a provision (§32b UrhG) which provides that certain national protection rules for fair remuneration are mandatory as long as they have a connection with Germany, in particular in the case of acts of exploitation taking place in Germany. This provision covers the fixing of a fair remuneration, transparency obligations but also the provision on the best seller clause.

In addition, certain cases of statutory remuneration can also ensure fair remuneration of right holders: remuneration for teaching, research and conservation uses as well as extended collective licensing mechanisms.

One contribution recalled that all agreements signed in the context of an employment relationship are subject to the mandatory provisions of labour law and cannot be set aside by contract.

Several Member States recalled the rules of private international law and in particular the principle of national treatment, the Rome I Regulation, Act XXVIII of 2017 on private international law and the case law of the CJEU in the *Pinckney* case.

1.2.6. Are there any incentives to ensure the application of national legislation (e.g. production support conditional on compliance with certain provisions, police or public order legislation)? If not, are you considering such provisions?

The following examples were given as incentives: a provision of international public policy creating an "embargo period" for public research publications in the context of *open access*, favourable tax provisions to support the audiovisual industry in order to attract foreign platforms to produce on national territory. In the last case, it was specified that nothing prevents the producer commissioned by the platform with the film making from requesting the transfer of all the rights and, sometimes, from requesting in addition to benefit from the tax advantages provided for independent producers. The use of the Creative Europe MEDIA programme was also mentioned. An Irish CMO mentioned the possibility of making support to platforms producing audiovisual works conditional on compliance with copyright legislation.

1.3 Initiatives to be considered

1.3.1. Do you think that solutions should be explored at EU level? 1.3.2. If so, what kind of initiatives could they be?

A majority of the responding Member States indicated that they are in favour of exploring solutions at EU level to a reasonable extent and in relation to national provisions on competition law.

Some member states drew attention to the need to assess the effectiveness of the new provisions of Directive 2019/790 - and in particular its Article 17 - as well as of the DMA and the DSA before promoting a new legislative initiative in order to avoid over-regulation and not to unnecessarily restrict contractual freedom.

On the method, it was proposed to better identify the problems at national and European level and then to deepen them in a study that could be carried out in parallel with a consultation of sectors and stakeholders. In the same vein, it was proposed to analyse the various cases of circumvention before taking appropriate measures and the solutions put in place in certain Member States. Several Member States called for the principle of contractual freedom to be respected where relevant. It was also suggested that the transposition of Directive 2019/790 should be monitored very closely over the next three years and that the legislation should be tightened up if necessary (proposal by an Irish collective management organisation). It was also suggested to analyse contract clauses to determine whether there has been an abuse of dominant position by the platform.

Regarding **the hypotheses in which an agreement has been signed for the exploitation of rights and where the remuneration is too low, the following proposals were made:**

- Some professionals (particularly in the audiovisual sector) believe that legislation should more widely allow unions to conclude agreements in order to better protect authors. It has been suggested that representatives of rightsholders should be able to unite at European level in order to negotiate with platforms on a better level playing field with American rightsholders (proposal by a Belgian performers' OGC). This proposal must be compared with the contribution of German rightsholders indicating that, in the visual arts sector, a framework agreement had been negotiated by the European organisation, to be implemented at national level.
- Consider **organising transparency in certain sectors, such as the audiovisual sector, in order to improve the negotiating capacity of creators.**
- **Draw inspiration from Article 6.2 of the Rome I Regulation on the law applicable in consumer relations.**

With regard **to tools to fight counterfeiting or anti-competitive practices**, the contributions mentioned the following elements:

- **Adapting legislation to allow the national competition authority to intervene *ex ante*** to create a level playing field before distortions of competition occur. These measures are aimed to prevent very large companies from engaging in anti-competitive practices and sanction them for violations of competition law. Recourse to national competition authorities could also be used in case of dominance by certain production companies.
- **Agreement with advertising agencies to dry up the resources of sites or platforms offering infringing content as their main activity.**

With regard **to buy-outs the following was suggested :**

- make it compulsory to **stipulate that such transfers are prohibited** and cannot be circumvented by choosing the applicable law,
- stipulate that **such provisions cannot be implemented on the territory of the EU or that foreign law cannot be applied when the work has been produced within the EU,**
- **make EU and Member States' aid conditional** on compliance with the EU legislative framework,
- **stipulate that the provision on remuneration is of public order.**

Finally, **the following additional proposals were made in the various contributions:**

- Adoption of a **code of best practice** within the EU between independent producers and platforms (Irish collecting society).
- Create a **recognised standard for contracts that would respect copyright** (Irish collective management body).
- **Create a general status, or even an authority responsible for negotiating tariffs with platforms, collecting and redistributing creators' remuneration.**
- **Adopt legislative changes that strengthen the creative sector.**
- **Apply article 4.3 of the Rome I Regulation to transparency and remuneration provisions.** As a reminder, this article states that *“Where it is clear from all the circumstances of the case that the contract is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2, the law of that other country shall apply”*
- **Protect independent producers** so that they benefit from the same type of protection as creators in their relations with platforms, **in legislation that provides for an unassignable right to remuneration.**

- **Prioritise statutory protection of creators, i.e. harmonise inalienable remuneration rights for performers, including for digital uses.**
- **Consolidate the legal protection of rights holders by upgrading the role of collective management organisations** on the grounds that this type of management appears to be the most effective tool for negotiating fair royalties for creators. If necessary, consider making collective management compulsory for online exploitation; on this last point, it should be noted that one contribution indicates that it is not in favour of such a solution.
- **Strengthen the position of holders of neighbouring rights to the press by imposing compulsory collective management of rights**, propose that an arbitrator be able to set a compulsory price in the absence of agreement between the stakeholders (Australian model) or provide that it is up to the legislator to set the remuneration in order to remedy the imbalance in negotiations due to the monopolistic position of the platforms.
- In the longer term, **a legal framework relating to arbitration and the implementation of sanctions could also be designed** to ensure that platforms are truly accountable, particularly in terms of remuneration and, more generally, compliance with European rules governing online content.

2. Promoting the interests of European authors and CCIs in a globalised environment

2.1. Are you aware of situations in which national or European authors benefit from a less favorable situation than foreign authors in terms of copyright and related rights? If so, which ones?

Most Member States acknowledged that European authors do not enjoy the same rights abroad as foreign authors do in Europe.

Many Member States indicated that the objective differences in the situation were due to **differences in systems and practices around the world as well as market structures.**

Europe relies on an ambitious and protective framework via **strong statutory protection**, as a result of which 54.4% of global copyright collections are generated in Europe, according to the 2020 CISAC World Collection Report. While underlining that creators benefit from an advanced type of protection in Europe, some Member States noted that it is not fully harmonized particularly as regards related rights.

In contrast, citing the example of the United States, several Member States and stakeholders stressed that this country favors a strong culture of **collective bargaining through unions** leading to good social and material results, rather than statutory protection. These outcomes relate to insurance, income, and to the subsequent remuneration of online platforms.

As regards **situations that were identified as an imbalance between European and foreign authors, a vast majority of answers from the Member States revolved around remuneration right for communication to the public**, particularly following the RAAP case. Strong concerns were expressed by several Member States, as well as from several collective societies. A couple of Member States expressed caution: they recalled that they did not enshrine a principle of material reciprocity in their legislation, and that therefore the RAAP ruling had no practical consequences in their country, as the objective difference of situations between authors was pre-existing.

Answers sent by the stakeholders however draw a more diverse picture.

For example, the Deutsche Orchestervereinigung (DOV, the German orchestra chamber) underlined that **EU artists are usually excluded from the private copying levy in Canada**. They noted as well that **foreign performers do not enjoy remuneration for the transmission of sound recordings via analogue broadcasting in the USA**.

GESAC also reported that most US bars, restaurants and retail stores are exempted from paying royalties when playing music on their premises through Radio or TV and recalled that **no such exemption exists in Europe, in compliance with the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works**, which is part of the TRIPS agreements.

The Deutsche Orchestervereinigung stated that **Europeans can only participate in the Guild Agreements if the production is considered to be a US one**.

One of Ireland's CMOs also mentioned that **US creators working under "work-for-hire" contracts fair better than European creators**, as US creators often receive performers' royalties where European creators do not.

The Finnish visual artists CMO Kuvasto underlined that **some foreign authors benefit in Europe from resale rights whereas European authors cannot do so abroad**.

2.2. Do you consider that you have sufficient tools to identify such situations? Which tools would you consider useful at both national and European level?

As regards **the availability and sufficiency of tools to take stock of the situations of imbalance between European authors abroad and foreign authors in Europe**, the answers were very diverse. There was mention of:

- **Launching studies**, international analyzes and comparisons;
- **Monitoring market conditions**;
- Better **monitoring of the case law of EU courts**;
- **Working closely with industry professionals and collective management organizations** to monitor and get information on these situations, for example via roundtables;
- **Evaluating the effectiveness of the DSM directive**;
- Launching an **in-depth review of European legislation**, notably to identify the possible side effects of the RAAP ruling (particularly with regard to private copying, equitable remuneration, remuneration rights and lending rights).

2.3. Do the situations identified in 2.1. seem to you to weaken the negotiating position of the EU and its Member States on copyright and related rights issues? If so, to what extent?

In general, **the majority of answers point towards confirming that the situations mentioned above lead to weakening the negotiating position of the EU and its Member States on copyright and related right issues**, although one contribution states the opposite, and a few Member States indicate they are not able to assess it.

A couple of Member States explicitly linked this to the absence of harmonization of some rights within the European Union.

Many Member States considered that the negotiating position of the EU and its Member States is be weakened by the RAAP case, while one underlined that this assessment on the long-term will vary depending on the strategy that Europe will decide to follow on that regard.

2.4. What solutions exist or appear to you to be possible in order to put an end to the situations identified? By way of example, do you consider that the intellectual property chapters in free trade agreements should be strengthened?

Many Member States mentioned the possibilities offered by the 2019 copyright directive that must be implemented. The need of a **better harmonization of the copyright legislation in Europe** (notably on private copying compensation or performers rights) was mentioned by a couple of Member States.

Many Member States pointed out that **the European Union should actively promote the adoption of high standards for copyright protection in third countries.** The objective would be to ensure that EU right holders in third countries are not in a weaker position than non-EU rightholders in the EU. One answer underlined that fostering a friendly environment for rightholders that would attract creators to EU territory and encourage them to develop their careers on the EU market would prove beneficial to the EU. This answer also stated that the EU should not agree national treatment in any trade discussions with any other country that does not grant similar domestic rights, considering that **reciprocal** treatment is essential to raise protection across the globe.

One of the means identified in that perspective by many Member States and stakeholders relates to **trade agreements between the EU and such third countries, that could be used or strengthened**, while maintaining a strong stance on the cultural exception. This would include, *inter alia*, **modernizing the standard template for intellectual property chapters in FTAs.**

Several countries and many stakeholders suggested using the FTAs to introduce rules such as exclusive rights, duration of protection, clear liability rules for online platforms. One answer suggested including in these chapters references to the possibility of prohibition of assignment of economic rights, the application of mandatory rules applicable to copyright licensing and assignments, and a ban on circumvention. The Finnish visual artists CMO Kuvasto also proposed to introduce in the FTAs a ban on circumvention of author's rights, and suggested to use FTAs to generalize artists' resale right. Two stakeholders, the Italian association representative of performers and the Bulgarian association of music producers, mentioned that those chapters should confirm broad application of the communication to the public and making available right in line with the international copyright treaties, the EU directives and CJEU case law.

One answer also mentioned that **FTAs should be adapted to digital environment and new business models of certain users.**

The **views were diverse on how to address the RAAP ruling** while keeping a strong negotiating position of the EU and its MS on copyright and related rights. Among the possible solutions to remedy it, many Member States **mentioned the need to promptly clarify if and when material reciprocity applies**, while some stated that the solution found in that regard should not lead to lowering the recognition of rights for third country authors in Europe when they have already enjoyed such remuneration. **The European Commission recalled that it had launched a study on the consequences of the RAAP ruling**, the results of which should be presented around summer 2022.

Some Member States considered that some further reflections would be needed on **access to data and on algorithms understanding and transparency**. This also relates to the **lack of fame of certain authors or works that was mentioned by a couple of Member State as an imbalance**. In that perspective, Council adopted on 4th April 2022 Conclusions on a European strategy for CCIS, which call for developing strategic approaches at European and national level on discoverability⁶ of works.

⁶ Discoverability is distinct from findability: findability is the ability to access a cultural offer after a targeted search (e.g. by keyword), while discoverability is the fact of being confronted with a cultural offer without having searched for a specific work (e.g. via the homepage of a video on demand platform).