

Den 27. august 2013 blev af Ophavsretslicensnævnet

I sag nr. 117

GRAMEX-Forening  
Gammel Kongevej 11-13  
1610 København V

mod

Berlingske People A/S  
Vester Farimagsgade 41, 2.  
1606 København V

afsagt følgende

#### Kendelse:

##### Indledning

Sagen angår størrelsen af det vederlag, som Berlingske People A/S (indklagede) i medfør af ophavsretslovens § 68, stk. 2, skal betale til GRAMEX-Forening (klager) for offentlig fremførelse af beskyttede lydoptagelser på den fjerde jordbaserede FM-radiokanal "Radio | 24syv".

Sagen blev af klager indbragt for Ophavsretslicensnævnet (Nævnet) den 14. juni 2012.

Indklagede har ved stævning af 1. juni 2012 anlagt sag ved Københavns Byret mod klageren. Den 10. januar 2013 afsagde Københavns Byret kendelse om, at sagen skulle henvises til Østre Landsret, hvor den ved nærværende kendelses afsigelse stadig verserer.

Indklagede har ikke ønsket at medvirke til en behandling af sagen ved Nævnet, idet indklagede mener, at nævnsbehandling kræver begge parter samtykke og enighed mellem sagens parter om, at nævnet er kompetent. Den 2. oktober 2012 afsagde Nævnet kendelse om, at det ikke er en forudsætning for nævnets kompetence til at behandle en sag, at begge parter ønsker Nævnets behandling af sagen. Nævnet er kompetent til at behandle en sag, hvis blot én af parterne kræver dette.

Klager har ønsket, at sagen forhandles mundtligt for Nævnet. Indklagede har ikke udtalt sig herom. Ved Nævnets stillingtagen til klagers anmodning om mundtlig forhandling er indgået det skriftlige materiale, der er blevet fremsendt til Nævnet. Ud fra en samlet vurdering af sagens oplysninger og nærmere omstændigheder har Nævnet besluttet, at sagen afgøres på det foreliggende skriftlige grundlag.

Klager har været repræsenteret af advokat, dr.jur. Eigil Lego Andersen, mens indklagede har været repræsenteret af advokat Henrik Schütze.

I nævnets behandling af sagen har deltaget højesteretsdommer Jan Schans Christensen, lektor, ph.d. Hanne Kirk Deichmann og advokat Asger Heine Jensen.

#### Påstande

Klager har nedlagt påstand om, at det vederlag, som indklagede i medfør af ophavsretslovens § 68, stk. 2, skal betale til klageren for offentlig fremførelse af beskyttede fonogrammer i indklagedes landsdækkende udsendelser, fastsættes for 2011 og indtil udgangen af marts 2012 til kr. 119,79 pr. minuts udsendelse af sådanne fonogrammer og fra april 2012 og til udgangen af marts 2013 til kr. 122,67 pr. minut. Herefter reguleres vederlaget med virkning pr. hver 1. april (første gang 1. april 2013) efter udviklingen i nettoprisindekset fra januar i året før reguleringsåret til januar i reguleringsåret.

For offentlig fremførelse af beskyttede fonogrammer på hverdage i tidsrummet kl. 01:00-05:00 og på søn- og helligdage i tidsrummet fra kl. 01:00-07:00 skal indklagede dog alene betale 1/3 af det foran anførte minutvederlag.

---oo0oo---

Klager har anført, at påstanden svarer til de takster, der er fastsat i Tvangslicensnævnets kendelse nr. 56 af 27. oktober 1994, idet der dog ikke er behov for at fastsætte en takst for regionale udsendelser, da alle indklagedes udsendelser er landsdækkende.

Klager har præciseret, at den nedlagte påstand dækker det vederlag, der skal betales for hele den simultane udsendelsesvirksomhed på samtlige tekniske platforme.

Endvidere har klager anført, at kendelsen i sag nr. 56 ikke er helt præcist formuleret i relation til gennemførelsen af pristalsreguleringen. Klager har derfor præciseret reguleringsmåden, således at det sikres, at det indeks, der skal anvendes ved reguleringen hvert år i april, er kendt på reguleringstidspunktet, og at reguleringen sker på grundlag af indeksudviklingen over 12 måneder. Ifølge klager kan det ikke antages, at der med rimelighed kan anlægges en anden fortolkning af kendelsen i sag nr. 56, der kan føre til resultater, som er gunstigere for indklagede.

Indklagede har ikke ønsket at medvirke ved Nævnets behandling af sagen og har som følge heraf ikke nedlagt påstand med hensyn til sagens realitet.

#### Sagens omstændigheder

Klager er den af kulturministeren godkendte fællesorganisation for udøvende kunstnere og fremstillere af lydoptagelser, der omhandles i ophavsretslovens § 68, stk.

2. Klager opkræver og fordeler vederlag for al offentlig fremførelse i Danmark af udgivne lydoptagelser.

Pr. 1. november 2011 påbegyndte indklagede i henhold til Radio- og tv-nævnets tilladelse af 10. maj 2011 programvirksomhed på den fjerde jordbaserede FM-radiokanal med radiokanalen "Radio | 24syv". FM-plattformen er suppleret med simultan udsendelse på DAB og via internettet.

Indklagede er finansieret af licensmidler og sender landsdækkende. Indtil indklagede indledte sin virksomhed, var DR den eneste licensfinansierede radiovirksomhed i landet.

Der har været ført forhandlinger mellem indklagede og klager om fastsættelsen af vederlaget for indklagedes benyttelse af beskyttet musik. Indklagede har ligeledes ført forhandlinger med KODA om vederlag for benyttelse af KODAs beskyttede repertoire. Forhandlingerne mellem klager og indklagede førte ikke til enighed om en aftale. Der er indgået aftale mellem KODA og indklagede.

#### Anbringender

Til støtte for den nedlagte påstand har *klager* bl.a. anført, at vederlaget – eller principper og metode for beregning af vederlaget til et bestemt beløb for en given periode – skal fastslås ved Nævnets afgørelse. Herved vil en påstand om, at indklagede skal betale et fast beløb og alene i en kort periode være uhensigtsmæssig. Ifølge klager må der fastsættes en form for takst, der sikrer, at det faktiske vederlag kommer til at bero på den faktiske benyttelse af beskyttet musik, og som kan bevare sin gyldighed, indtil parterne aftaler andet, eller Nævnet finder grundlag for at tage en påstand om ændret taksering til følge.

Ifølge klager bør der derfor fastsættes en passende minuttakst, hvorefter der betales et bestemt beløb for hvert minut, der afspilles beskyttet musik.

Inden for den kommercielle radiosektor findes et meget betydeligt antal aktører rækkende fra nogle få landsdækkende radiovirksomheder og til lokale radioer, hvis sendetilladelse er geografisk begrænset og hvis sendeudstyr typisk alene dækker et relativt begrænset område, som dog af tekniske grunde ikke lige præcis svarer eller kan svare til området for sendetilladelsen. Den vigtigste indtægtskilde for kommercielle radiostationer er reklamespots i radioen.

Indklagedes udsendelsesvirksomhed er ligesom DR's licensfinansieret. Endvidere er den – ligesom hovedparten af DR's udsendelsesvirksomhed – landsdækkende. Efter klagers opfattelse bør vederlaget derfor fastsættes i overensstemmelse med kriterierne i Tvangslicensnævnets kendelse i sag nr. 56 mellem Danmarks Radio og Gramex.

Klager har anført, at de i påstanden anførte beløb er udtryk for den ved kendelse nr. 56 fastsatte minuttakst reguleret i overensstemmelse med udviklingen af

nettoprisindekset efter januar 1993. Klager har oplyst, at nettoprisindekset for januar 1993 var 85,7, for januar 2011 var det 125,2, og for januar 2012 var det 128,2.

Endvidere har klager peget på, at klager i de seneste år uanset kendelse nr. 56 har indgået aftaler med DR om betaling af faste beløb for den samlede benyttelse af beskyttet musik. Disse aftaler indebærer en vis "rabat" i forhold til en slavisk anvendelse af taksterne fra sag nr. 56. Dette skal ses i lyset af, at DR's kanalantal og udsendelsesplatforme er vokset i antal siden afsigelsen af kendelsen i sag nr. 56, og der er en stor del af kanalerne, som, selvom de teknisk set er landsdækkende, kun høres af ret snævre kredse. Endvidere vil DR's udbud af et efterhånden stort antal kanaler på forskellige platforme medføre, at DR "skygger" for sig selv.

I modsætning til DR udsender indklagede imidlertid kun én kanal, således at en sådan "skyggevirkning" ikke foreligger.

Med henvisning til indklagedes anlæg af sag mod klageren ved Københavns Byret ved stævning af 1. juni 2012 med henblik på at få fastslået, at klager ikke kan få et højere vederlag fra indklagede end KODA, med hvem indklagede har indgået en aftale, har klager anført, at KODA naturligvis kan indgå aftaler med bl.a. radiovirksomheder – herunder indklagede – på de vilkår, som KODA måtte ønske, og herunder indgå aftale på de for aftalemodparten lempelige vilkår. KODA har imidlertid ingen mulighed for via sine aftaler at sætte et loft over det rimelige vederlag, klageren ifølge ophavsretsloven er berettiget til at opkræve på vegne af udøvende kunstnere og fonogramproducenter.

Essensen af KODAs aftale med indklagede er ifølge klager, at vederlaget er beregnet efter den praksis, der af KODA er benyttet i aftaler med kommercielle radiostationer, hvor der efter KODAs praksis betales et omsætningsbaseret vederlag. Indklagede betaler til KODA et vederlag, der fastsættes som 9 pct. af en del – svarende til den del af den samlede udsendelsestid, hvor der sendes beskyttet musik – af indklagedes omsætning, som nærmere defineret i aftalen.

Klager har anført, at man ikke er bekendt med baggrunden for KODAs anvendelse af denne vederlagsmodel på en licensfinansieret, ikke-kommerciel radio. Licensindtægter kan ikke sidestilles med kommerciel omsætning. KODA og indklagede er dog frit stillet til at indgå de aftaler, de kan blive enige om. Afgørende er, at KODA ikke ved at anvende et vist koncept for vederlaget for aftalelicens med komponister og tekstforfattere har tilsigtet eller kan påtvinge klager at skulle anvende samme koncept.

Også klager opererer i aftaler med kommercielle radiovirksomheder med takster, hvorefter vederlaget til klageren beregnes på grundlag af omsætningen og den beskyttede musiks andel af udsendelsestiden. Dette princip finder klager imidlertid uegnet til taksering af licensfinansieret udsendelsesvirksomhed.

Efter klagers opfattelse er det meningsløst at opstille nogen form for overordnet norm for, hvad der er en "rigtig" fordeling af indtægter mellem på den ene side komponister, tekstforfattere og musikforlag og på den anden side pladeselskaber og udøvende kunstnere. Klager gør endvidere gældende, at det er forkert at opstille en regel om, at den del af indtjeningen til de to grupper, der hidrører fra radiofremførelser af en indspilning af et værk, skal fordeles således, at Gramex-rettighedshaverne ikke kan få mere end KODA-rettighedshaverne.

Klager har henvist til, at kombinationen af en minimumstarif og en omsætningsbaseret tarif for så vidt angår de kommercielle radiostationer er behandlet af Nævnet i sag nr. 100, hvor der blev fastsat en sådan tostrengt takst i forholdet mellem KODA og en landsdækkende kommerciel radiostation. Klager har peget på, at det fremgår af kendelsen, at den er truffet på baggrund af en udvikling, hvor der generelt var opnået enighed mellem KODA og radiostationerne om en ændret risikofordeling, hvor det omsætningsbaserede vederlag blev forhøjet og minimumsvederlaget reduceret, således at KODA skulle bære en højere andel af risikoen for stationens økonomiske succes. Klager har anført, at der i Nævnets praksis ingen eksempler er på anvendelse af omsætningsbaseret vederlag for ikke-kommercielle radiostationer, hvor der stedse har været anvendt et minutvederlag.

Klager har endvidere anført, at når Nævnet i sag nr. 100 godkendte et omsætningsbaseret vederlag, skal det ses i lyset af, at omsætningen for de kommercielle stationer i alt væsentligt består af reklameindtægter. Disse vil afspejle annoncørens antagelser om den opnåede reklameværdi, der beror på formodninger om, i hvilken grad reklamebudskabet når ud og dermed den formodede lytning. Det vederlag, radioen kan betinge sig og som annoncørerne er rede til at betale, styres således af markedskræfterne. Ifølge klager tegner reklameindtægterne således et vist billede af den faktiske lytning.

Hvor indtægterne, som det er tilfældet med Radio | 24syv, udelukkende eller i alt væsentligt består af licensmidler, er der efter klagers opfattelse ikke grundlag for at antage nogen sammenhæng mellem indtægter og faktisk lytning. Der fastsættes politisk/administrativt en licensbetaling, der intet siger om den faktiske lytning. Hverken pladeselskaber eller udøvende kunstnere bør ved en ikke-aftalebaseret vederlagsfastsættelse deltage i risikoen ved driften af den virksomhed, hvori musikbenyttelsen foregår.

Klager har anført, at indklagede i den mellem parterne verserende civilretlige sag gør en del ud af at påvise, at klager er omfattet af de konkurrenceretlige regler om forbud mod misbrug af dominerende stilling, hvilket ifølge klager er uden betydning for Nævnets behandling, da der ikke kan være noget misbrug forbundet med, at klager, når parterne ikke har kunnet nå til enighed, går den af loven anviste vej og anmoder Nævnet om at fastsætte en takst.

*Indklagede* har ikke medvirket til sagens oplysning og har ikke nedlagt påstand i sagen for Nævnet om sagens realitet. Nævnet har dog modtaget de processkrifter, som sagens parter har indleveret til henholdsvis Byretten og Landsretten i den mellem parterne verserende civile retssag.

I den civile retssag, som af Københavns Byret er henvist til Østre Landsret, har indklagede principalt nedlagt påstand om, at klager for perioden 1. november 2011 til 31. oktober 2012 skal anerkende ikke at have ret til at opkræve et vederlag fra indklagede for udsendelse af udgivne lydoptagelser indeholdt i radiokanalen Radio | 24syvs programflade, der for udsendelser på hverdage uden for tidsrummet fra kl. 01:00-07:00 overstiger DKK 32 pr. udsendt musikminut omfattet af ophavsretslovens § 68, stk. 2, 2. pkt., og for udsendelser inden for disse tidsrum overstiger 1/3 af DKK 32 pr. udsendt musikminut omfattet af ophavsretslovens § 68, stk. 2, 2. pkt.

Subsidiært har indklagede nedlagt påstand om, at klager for perioden 1. november 2011 til 31. oktober 2012 skal anerkende ikke have ret til at opkræve et vederlag fra indklagede for udsendelse af udgivne lydoptagelser indeholdt i radiokanalen Radio | 24syvs programflade, der for udsendelser på hverdage uden for tidsrummet fra kl. 01:00-07:00 udgør DKK 119,79 pr. udsendt musikminut omfattet af ophavsretslovens § 68, stk. 2, 2. pkt., og for udsendelser inden for disse tidsrum udgør 1/3 af DKK 119,79 pr. udsendt musikminut omfattet af ophavsretslovens § 68, stk. 2, 2. pkt.

I stævningen i den civile retssag anfører indklagede bl.a., at KODAs repertoire er større end klagers, dels fordi KODAs repertoire omfatter både udgivne og ikke-udgivne musikværker, dels fordi beskyttelsestiden for musikværker er længere end for lydoptagelser, og dels fordi KODAs repertoire i geografisk henseende er mere vidtrækkende end det repertoire af udgivne lydoptagelser, som i henhold til ophavsretslovens § 68, stk. 2, 1. pkt., giver klager ret til at opkræve vederlag i henhold til § 68, stk. 2, 2. pkt.

Til støtte for de nedlagte påstande gør indklagede i den civile retssag bl.a. gældende, at det vil føre til et urimeligt vederlag i henhold til ophavsretslovens § 68, stk. 2, 1. pkt., hvis klager måtte have ret til at opkræve et vederlag, der overstiger det vederlag, som KODA anerkender som rimeligt for udsendelse af musikværker omfattet af KODAs repertoire. Indklagede har til støtte herfor i den civile retssag gjort gældende, at KODA-fremførelsesrettighederne har større værdi end Gramex-fremførelsesrettighederne, da de er beskyttet i længere tid, og da der er flere ophavsmænd fra flere lande.

Det gøres videre gældende, at klagers vederlagskrav skal anses for at udgøre misbrug af en dominerende stilling i henhold til konkurrencelovens § 11, stk. 1, og TEUF artikel 102.

Til støtte herfor anfører indklagede i replikken i den verserende civile sag, at det følger af EU-domstolens Tournier-afgørelse, præmis 38 (C-395/87), at der gælder en formodning for misbrug, hvis et vederlag, der opkræves af en ophavsretlig forvaltningsorganisation i én medlemsstat, er betydeligt højere end de vederlag, som opkræves af forvaltningsorganisationer i andre medlemsstater, og forskellene ikke kan begrundes objektivt. Indklagede gør i den forbindelse gældende, at formodningsreglen også gælder ved en sammenligning af Gramex- og KODA-vederlag for den samme radiokanal på det samme nationale marked, fordi Gramex- og KODA-vederlag på det samme nationale marked er sammenligneligt i samme grad som Gramex- eller KODA-vederlag på forskellige nationale markeder, både hvad angår udnyttelsesformen og udnyttelsesintensiteten.

#### Ophavsretslicensnævnets bemærkninger

Sagen angår størrelsen af det vederlag, som indklagede i medfør af ophavsretslovens § 68, stk. 2, skal betale til klager for offentlig fremførelse af beskyttede lydoptagelser på den fjerde jordbaserede FM-radiokanal "Radio | 24syv".

Indklagede har ikke medvirket til sagens oplysning og har ikke nedlagt påstand i denne sag om sagens realitet. Nævnet har dog af klager fået fremsendt de processkrifter, som sagens parter har indleveret til henholdsvis byretten og landsretten i den mellem parterne verserende civile retssag. Nævnet har ved behandlingen af denne sag noteret sig indklagedes anbringender i den civile retssag.

For så vidt angår de konkurrenceretlige elementer i denne sag bemærkes det, at Nævnet efter ophavsretslovens § 68, stk. 2, jf. § 47, stk. 2, er kompetent til at træffe afgørelse om størrelsen af vederlaget for anvendelse af udgivne lydoptagelser til radio- og fjernsynsudsendelse og til andre offentlige fremførelser, såfremt der ikke kan opnås enighed herom. Derimod er Nævnet ikke kompetent til at afgøre, hvorvidt en part indtager en dominerende stilling og eventuelt har misbrugt denne, idet dette spørgsmål henhører under konkurrencemyndighederne og domstolene.

Nævnet lægger til grund, at indklagede er finansieret af licensmidler og sender landsdækkende. Indklagedes udsendelsesvirksomhed er dermed sammenlignelig med DRs virksomhed, som ligeledes er licensfinansieret og landsdækkende.

Nævnet finder det herefter mest nærliggende ved fastlæggelse af kriterierne for vederlagsfastlæggelsen i denne sag at tage udgangspunkt i de kriterier, der blev anvendt i Tvangslicensnævnets kendelse nr. 56 af 27. oktober 1994 i sagen mellem Danmarks Radio og Gramex. Afgørende må herefter være, om omstændighederne i denne sag og omstændighederne i sag nr. 56 er sammenlignelige i en sådan grad, at de principper for vederlagsfastsættelsen, der fandt udtryk i sag nr. 56, bør finde tilsvarende anvendelse i denne sag. Det må indgå i denne bedømmelse, hvilken betydning forskellene mellem kommercielle og ikke-kommercielle radiostationer skal tillægges, og hvorvidt det forhold, at indklagede har indgået en aftale med KODA, sætter en øvre grænse for det vederlag, klager har krav på.

Kendelse nr. 56 vedrørte som nævnt en tvist mellem Gramex og Danmarks Radio. Det blev fastslået i kendelsen, at det vederlag, som Danmarks Radio skulle betale til Gramex, skulle beregnes som et grundbeløb pr. minut spilletid for beskyttede lydoptagelser.

I 1994 fandtes der ikke landsdækkende kommercielle radiostationer. Det kommercielle marked bestod dengang af en række lokalradioer, der var reklamefinansieret. Det var først i forbindelse med udbuddet af den femte og sjette FM-radiokanal i 2003, at der opstod kommercielle, delvis landsdækkende radiostationer.

Den 11. juli 2007 afsagde Nævnet kendelse i sag nr. 100 mellem KODA og Talpa Radio, som angik størrelsen af det vederlag, som der skulle betales til KODA for udsendelse af musik i den delvis landsdækkende kommercielle radiokanal Radio 100 FM. Nævnet bestemte, at tariffer og vilkår for anvendelse af KODAs repertoire i forbindelse med udsendelse af radiokanalen Radio 100 FM skal indeholde dels et omsætningsbetinget vederlag beregnet som musikprocenten i Radio 100 FM's udsendelser ganget med 0,0775, dels et årligt minimumsvederlag.

Nævnet har ikke i sin praksis anvendt et omsætningsbaseret vederlag i forhold til ikke-kommercielle radiostationer. På dette område er praksis, at der anvendes et grundbeløb pr. minuts udsendelse af beskyttede lydoptagelser.

Der er sket en betydelig udvikling af radiomarkedet, herunder det kommercielle radiomarked, siden sag nr. 56 blev afgjort i 1994, og det kan ikke på forhånd udelukkes, at dette kan få betydning også for fastsættelsen af vederlaget i forhold til ikke-kommercielle radiostationer. Der foreligger imidlertid ikke oplysninger for Nævnet, der kan begrunde en fravigelse af de principper for betaling af vederlag i forhold til ikke-kommercielle radiostationer, som er anvendt af Nævnet i kendelse nr. 56.

Det er således Nævnets vurdering, at principperne i sag nr. 56 for fastsættelse af vederlag for landsdækkende, ikke-kommercielle radiostationer fortsat er anvendelige i forhold til denne sag.

Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt det vederlag, som indklagede har aftalt med KODA, sætter loft over det vederlag, som indklagede skal betale til klager, bemærker Nævnet indledningsvis, at indklagedes privatretlige aftale med KODA ikke automatisk påvirker størrelsen af det vederlag, som indklagede skal betale til klager. Den omstændighed, at KODAs repertoire omfatter både udgivne og ikke-udgivne musikværker, og at beskyttelsestiden er længere for musikværker end for lydoptagelser, kan heller ikke i sig selv begrunde, at vederlaget til klager ikke kan overstige det vederlag, som indklagede betaler til KODA. Da der ikke i øvrigt er oplyst omstændigheder, som kan føre til andet resultat, finder Nævnet, at det vederlag, som indklagede har aftalt med KODA, ikke sætter loft over det vederlag, som indklagede skal betale til klager.



Af de grunde der er anført ovenfor, tages den af klager nedlagte påstand herefter til følge som nedenfor bestemt.

Thi bestemmes:

Det vederlag, som indklagede, Berlingske People A/S, skal betale til klageren, GRAMEX-Forening, for offentlig fremførelse af beskyttede lydoptagelser i Berlingske People A/S' landsdækkende udsendelser, fastsættes for 2011 og indtil udgangen af marts 2012 til kr. 119,79 pr. minuts udsendelse af sådanne lydoptagelser og fra april 2012 og til udgangen af marts 2013 til kr. 122,67 pr. minut. Herefter reguleres vederlaget med virkning pr. hver 1. april (første gang 1. april 2013) efter udviklingen i nettoprisindekset fra januar i året før reguleringsåret til januar i reguleringsåret.

For offentlig fremførelse af beskyttede lydoptagelser på hverdage i tidsrummet kl. 01:00-05:00 og på søn- og helligdage i tidsrummet fra kl. 01:00-07:00 skal Berlingske People A/S dog alene betale 1/3 af det foran anførte minutvederlag.

I medfør af § 4 i bekendtgørelse nr. 25 af 14. januar 2004 om Ophavsretslicensnævnet bestemmes, at GRAMEX-Forening skal betale halvdelen af udgifterne ved nævnets behandling af sagen, mens Berlingske People A/S skal betale den anden halvdel.

  
Jan Schans Christensen

  
Asger Heine Jensen

  
Hanne Kirk Deichmann