

Kendelse

afsagt den 6. november 2007 af Ophavsretslicensnævnet

i sag nr. 104

Gramex

mod

Foreningen Broby, Ringe og Årslev

Radio af 1999

Indledning

Sagen angår fastlæggelsen af det dækningsområde, der indgår ved beregningen af det vederlag, som indklagede, Foreningen Broby, Ringe og Årslev Radio af 1999, i henhold til ophavsretslovens § 68 skal betale til klageren, Gramex, for brug af beskyttede lydoptagelser (fonogrammer).

Gramex er den af kulturministeren godkendte fællesorganisation, som repræsenterer dels de udøvende kunstnere, dels producenterne af lydoptagelserne.

Foreningen Broby, Ringe og Årslev Radio af 1999 er en lokalradio med sendetilladelse i de tidligere Broby, Ryslinge, Ringe og Årslev kommuner på Midtfyn. Foreningen – i det følgende betegnet lokalradioen – har siden maj 2005 samarbejdet med Talpa Radio Danmark A/S, som driver den delvis landsdækkende radiokanal Radio 100 FM, idet denne radiokanal udsendes simultant og uændret af lokalradioen.

Talpa Radio har under sagen overtaget lokalradioens betalingsforpligtelse, og sagen angår også spørgsmålet, om Gramex som følge heraf savner retlig interesse i en afgørelse over for lokalradioen.

Sagen er i henhold til ophavsretslovens § 47 indbragt for Ophavsretslicensnævnet ved klageskrift af 13. september 2005. Efter yderligere skriftveksling har der været afholdt mundtlig forhandling den 8. oktober 2007.

Gramex har været repræsenteret af advokat Jakob Plesner Mathiasen, mens lokalradioen har været repræsenteret af advokat Henrik Peytz, som tillige er advokat for Talpa Radio Danmark A/S.

I nævnets behandling af sagen har deltaget højesteretsdommer Peter Blok, advokat Hanne Bender og lektor Henrik Udsen.

Påstande

Gramex har nedlagt påstand om, at lokalradioen skal anerkende, at det dækningsområde, der skal være grundlaget for beregningen af det vederlag, som lokalradioen fra og med den 24. maj 2005 skal betale til Gramex for offentlig fremførelse af udgivne lydoptagelser, jf. ophavsretslovens § 68, udgøres af principalt 219.690 indbyggere, subsidiært 197.721 indbyggere, i de tidligere Broby, Ringe, Årslev og Ryslinge kommuner samt Odense Kommune.

Lokalradioen har over for Gramex' påstande nedlagt påstand om principalt afvisning, subsidiært frifindelse.

Lokalradioen har endvidere – for det tilfælde, at afvisningspåstanden ikke tages til følge – nedlagt selvstændig påstand om, at Gramex skal anerkende, at det dækningsområde, der skal være grundlaget for beregningen af det vederlag, som lokalradioen eller Talpa Radio fra og med den 24. maj 2005 skal betale til Gramex for offentlig fremførelse af udgivne lydoptagelser, jf. ophavsretslovens § 68, udgøres af principalt 44.000 indbyggere, subsidiært 46.000 indbyggere, mere subsidiært et efter nævnets skøn fastsat indbyggertal op til 67.500 indbyggere i de tidligere Broby, Ringe, Årslev og Ryslinge kommuner samt Odense Kommune, og mest subsidiært et højere efter nævnets skøn fastsat indbyggertal.

Nævnets praksis

Ved kendelse af 10. april 1987 i sag nr. 17 fastsatte Tvangslicensnævnet det vederlag, lokalradioer skal betale til Gramex således:

”Lokalradioer med et dækningsområde på 50.000 indbyggere skal betale enten 50 øre pr. minut udsendelse af beskyttede fonogrammer eller – i mangel af afgivet specifikation af

denne fonogrambenyttelse – 30 øre pr. minut af den samlede sendetid af fonogrammer. Ved dækningsområder mindre end, henholdsvis større end 50.000 indbyggere formindskes, henholdsvis forøges beløbene proportionelt.”

Kendelsen indeholdt tillige en bestemmelse om pristalsregulering af taksterne.

Ved kendelse af 23. juni 1988 i sagerne 30 m.fl. præciserede Tvagslicensnævnet, at en lokalradios dækningsområde i almindelighed må ansættes til antallet af indbyggere i det område (den eller de kommuner), i hvilken radioen har sendetilladelse. Det hedder herom i kendelsen:

”Det afgørende for vederlagskravets beregning er omfanget af anvendelsen og fremførelsen af fonogrammerne, uden at det deri indgår, hvor mange der faktisk modtager udsendelsen.

En lokalradio må som udgangspunkt antages at henvende sig til befolkningen i det område, for hvilket den har sendetilladelse, og dens dækningsområde må derfor som udgangspunkt ansættes til indbyggertallet i dette område. Det kan imidlertid forekomme tilfælde, hvor en sådan opgørelse ikke vil forekomme rimelig. Eksempelvis kan der være tilfælde, hvor lokalradioens sendestyrke ikke tillader en tilfredsstillende dækning af hele sendeområdet – eller omvendt rækker langt derudover, og der kan tænkes tilfælde, hvor en lokalradio har en holdning – religiøs, politisk eller af anden art – der medfører, at den af denne grund kun kan tænkes at have interesse for en begrænset del af sendeområdets indbyggere. Det er med henblik på sådanne mere generelle vurderinger, at det i nævnets kendelse af 10. april 1987 er udtalt, at der ved beregningen af dækningsgrundlaget skal lægges vægt på det befolkningstal, som den pågældende lokalradio alt efter det foreliggende må antages at blive aflyttet af. Det har derimod ikke været tanken med denne passus, at der skulle lægges vægt på lokalradioens faktiske lyttertal, heller ikke selvom dette begreb kunne defineres og måles på forsvarlig vis.”

Nævnet har herefter i en række tilfælde bestemt, at en lokalradio skal betale for et dækningsområde, som er større end det område, i hvilken radioen har sendetilladelse, jf. bl.a. kendelse af 28. marts 1989 i sagerne nr. 26 m.fl. og kendelse af 29. november 1989 i sag nr. 38. I præmisserne i kendelse af 1. december 1998 i sag nr. 71 vedrørende Radio Viborg, i hvilken Gramex ikke fik medhold, er praksis beskrevet således:

”Det fremgår af nævnets afgørelse af 23. juni 1988, at der efter omstændighederne vil være grundlag for at fastsætte et større dækningsområde end svarende til indbyggertallet i sendetilladelsesområdet, såfremt senderens (sendernes) placering og sendestyrke muliggør tilfredsstillende modtagelse af lokalradioens udsendelser ved hjælp af normale, individuelle antenner i væsentlige områder uden for sendetilladelsesområdet.”

Sagens omstændigheder

Foreningen Broby, Ringe og Årslev Radio af 1999 startede sine udsendelser den 1. august 1999. Den sender på frekvensen 106,7 MHz fra en mast placeret i Broby sydvest for Odense og på frekvensen 101,2 fra en mast placeret i Årslev sydøst for Odense. Oprindeligt var sendestyrken 160 watt på begge sendere.

Indtil maj 2005 sendte lokalradioen under navnet Radio 2 Fyn på grundlag af et samarbejde med Radio 2. I en skrivelse af 29. august 2001 fra Gramex til Radio 2 ved direktør Jim Receveur siges bl.a.:

”I de seneste måneder har vi holdt en række møder om fastlæggelse af dækningsområdet for koncernens æterbårne stationer samt betalingen for Radio 2 Kabel.

Nedenstående aftale om dækningsområder og betalingsforhold indgås uden præjudice for en eventuel efterfølgende sag.

Sker der ændringer i de sendetekniske forhold, der muliggør dækning af et større område, skal dette straks meddeles Gramex.

Æterbårne stationer

Under forhandlingerne har du redegjort for stationernes sendetekniske forhold, herunder forhold om dækningen af Århus, Odense og København. Under forhandlingerne blev det fra din side oplyst, at det antal indbyggere som bor inden for det område, hvor man kan høre radioen via nuværende sendere er,

Radio 2 Fyn	120.000 indbyggere
Radio 2 Østjylland	135.000 indbyggere
Radio 2 København	140.000 indbyggere

Omkring dækningen af København oplyste du særligt, at den frekvens, der benyttes fra Værløse bliver ”presset” af en sender fra Malmø. Du oplyste endvidere, at du af førnævnte grunde har søgt om at få ændret frekvensen. Sker det vil det medføre en bedre dækning af området, og du tilkendegav, at du så vil indgå forhandling om et større dækningsområde for København.”

De tidligere Broby, Ringe, Ryslinge og Årslev kommuner, i hvilke lokalradioen har sendetilladelse, havde pr. 1. januar 2005 i alt 33.819 indbyggere. Pr. samme dato havde Odense Kommune 185.871 indbyggere.

Radio 100 FM, som er den 6. delvis landsdækkende radiokanal, begyndte sin udsendelsesvirksomhed den 15. november 2003 med en anslået dækning på omkring 37 % af befolkningen. Den 29. april 2004 blev der mellem Gramex og Talpa Radio, der som nævnt ejer Radio 100 FM, indgået en aftale, hvorefter Talpa Radio for de delvis landsdækkende udsendelser skal betale en procent af omsætningen, dog mindst et angivet minimumsvederlag. Det fremgår, at det fastsatte vederlag også dækker vederlag for digitalradio (DAB). Vedrørende simultan udsendelse af Radio 100 FM i kraft af samarbejde med lokalradioer hedder det i aftalens § 5, stk. 1 og 2:

”If the music programme from Radio 100 FM is publicly performed or rebroadcast by other radio stations, the user/radio stations themselves are obliged to pay directly to Gramex according to the Danish Copyright Act, Sect. 68.

However, Talpa Radio has an option to pay for such broadcasts according to § 3 of this agreement. – An example of the calculation for an additional geographical coverage amounting to some 150,000 inhabitants is enclosed as annex 2. – The thus increased total minimum payments shall follow the stipulations of § 4 above inclusive that of recouperment.”

I eksemplet vist i annex 2 beregnes først et minimumsvederlag for udsendelse til hele Danmarks befolkning. Det beløb, hvormed det samlede minimumsvederlag skal forhøjes ved inddragelse af en lokalradio, beregnes herefter som den andel af minimumsvederlaget for landsdækkende udsendelse, der svarer til forholdet mellem indbyggertallet i lokalradioens dækningsområde (”Total pop. in coverage area”) – i eksemplet sat til 150.000 – og Danmarks samlede indbyggertal.

I november 2004 indgik Talpa Radio en samarbejdsaftale med Foreningen Broby, Ringe og Årslev Radio af 1999 om simultan udsendelse af Radio 100 FM fra lokalradioens sendere. Det anføres, at formålet med aftalen er ”at etablere en Radio 100 FM Fyn station”.

Lokalradioens udsendelse af Radio 100 FM begyndte den 25. maj 2005. På Radio 100 FM’s hjemmeside for denne dag er bl.a. anført:

”Radio 100FM sender på FYN!
Kan I høre os?

Vi har fået 2 nye FM frekvenser på Fyn!

Vi gør alt hvad vi kan for at være i ørerne på dig. På Fyn har det indtil nu kun været muligt via kabel og internettet, men de tider er forbi. Vi har netop tændt for to frekvenser i nærheden af dig.

[...]

Tag os med i bilen og på jobbet, vi lover dig 100 % god musik og 100 % sjov!”

Ved siden af teksten er vist et danmarkskort med cirkler, der angiver dækningsområdet for de radio-sendere, som sender Radio 100 FM. Hele Sjælland angives at være dækket. De to nye sendere på Fyn angives at dække det meste af Fyn, herunder hele Odense.

I en artikel på ”radionyt.com” den 30. maj 2005 hedder det:

”Den største radiostation i hovedstadsområdet i målgruppen 20-49-årige er nu kommerciel; i denne målgruppe er Radio 100FM større end både P3 og P4. Det viser de seneste lyttertal fra TNS Gallup.

”Tallene i hovedstadsområdet er en god indikator for vores potentiale, når vi bliver fuldt ud landsdækkende. Med vores to nye FM-frekvenser på Fyn dækker vi nu Danmarks tre største byer, og lur mig om ikke succesen spredt sig til resten af landet”, siger en yderst veltilfreds Jim Receveur, adm. direktør for Radio 100FM.

Han glæder sig samtidig over, at Radio 100FM er gået betydeligt frem på alle fronter og nu har en national share på 6.3 pct.

En del af stigningen skal findes i Århus Amt, hvor Radio 100FM nu begynder at høste frugten af de FM-frekvenser, stationen opkøbte i starten af året i Silkeborg, Galten og Them. I Århus Amt går Radio 100FM således frem og har nu en share på 3.9 pct. i 12+.”

I forbindelse med oplysningerne om den networkingaftale, der var indgået mellem Talpa Radio og Foreningen Broby, Ringe og Årslev Radio af 1999, blev Gramex opmærksom på, at sendestyrken på senderen i Årslev var forøget fra 160 watt til 500 watt. Med henvisning bl.a. hertil rettede Gramex henvendelse til Talpa Radio med krav om, at det tidligere aftalte dækningsområde på 120.000 indbyggere skulle forhøjes. Dette blev afvist af Talpa Radio.

Gramex indbragte herefter sagen for nævnet. Under sagen har Talpa Radio i en skrivelse af 15. december 2006 til Gramex erklæret, at Talpa Radio udnytter sin ret efter § 5, stk. 2, i aftalen af 29. april 2004 til at overtage lokalradioens betalingsforpligtelse. Det anføres videre, at Talpa Radio

herefter går ud fra, at Gramex hæver sagen mod lokalradioen. Dette har Gramex imidlertid ikke ønsket.

Radio- og TV-håndbogen, juli 2005, indeholder s. 66 under overskriften ”FM båndet i Odense” en fortegnelse over de FM-radiostationer, som kan høres i Odense. Modtagelseskvaliteten angives med +++, ++ eller + med følgende forklarende bemærkninger:

”Hvad der kan høres på FM i Odense – på god bilradio/god transistorradio/minianlæg/ghettoblaster el. lign. – uden brug af speciel antenne. +++ = god/kraftig over det meste af byen; ++ = rimelig god/nogenlunde de fleste steder; + = svag/forstyrret/kan evt. kun høres nogle steder. Ved brug af god FM antenne (f.eks. 8 elements på yagl på hustag) vil der kunne høres flere stationer – og i bedre kvalitet end angivet her.”

Radio 100 FM er på frekvensen 101,2 (Årslev) angivet med +++ og på frekvensen 106,7 (Broby) med +.

I Gallups radio index for 3. kvartal 2005 er bl.a. Odense angivet som ”primær område” for Radio 100 FM.

To medarbejdere i Gramex har den 10. juni 2005 foretaget en undersøgelse af udbredelsen af Radio 100 FM på Fyn, herunder specielt i Odense, ved aflytning på bilradio. I klageskriftet er herom anført:

”At radioen har en betydelig geografisk udbredelse begrundes ud over den faktiske udbredelse også af en undersøgelse foretaget af Gramex’ lokalradiomedarbejdere Flemming Laibjörn og Kikki Mortensen. De kørte på kryds og tværs over Fyn for at aflytte radioens udsendelser på bilradioen. Resultatet var, at radioens programmer kan modtages i god kvalitet i en bilradio på størstedelen af Fyn. Der sporede alene nedsat modtagerforhold i den nordlige del af Odense kommune, hvor signalet var svagere men absolut lytteværdigt og uden støj. Såfremt det forhold skal tillægges betydning, bør dette ikke medføre en større reduktion end maksimalt 10%, svarende til den subsidiære påstand.”

Der er fremlagt et kort over Odense, som viser den rute rundt i byen, de to medarbejdere i Gramex har kørt. Hele byens centrum og i hvert fald det meste af yderområderne synes at være dækket. Der er endvidere fremlagt en fortegnelse over de steder, hvor aflytning af signalet er registreret. Forteg-

nelsen omfatter ca. 50 aflytningssteder i Odense, som alle bortset fra ét er angivet med betegnelsen ”klar”. Ved det ene aflytningssted, som afviger, er angivet ”svagt signal men uden støj”.

Efter anmodning fra Gramex’ advokat har det svenske firma Progira Radio Communication den 8.-9. april 2006 foretaget en feltstyrkemåling på frekvenserne 101,2 og 106,7 på den samme rute i Odense, som Gramex’ medarbejdere havde gennemkørt. I firmaets rapport af 12. maj 2006 er bl.a. anført:

”Referenser

I sin rekommendation ITU BS 412, fastslår Internationella Teleunionen vilka fältstyrkevärden som måste uppnås för att radiomottagning av en generellt godtagbar kvalitet ska kunna ske (utom- och inomhus och vid bilkörning med yttre mottagarantenn).

Den officiella rekommendationen anger 10 meters höjd som mätthöjd (motsvarande den genomsnittliga höjden för en fast monterad takantenn på hus).

För mätningar vid markplanet (motsvarande t.ex. förhållandena vid mottagning i bilar), finns ingen officiell rekommendation. Skillnaden i uppmätt fältstyrka varierar mellan mätningar vid markplanet och på 10 meters höjd, i bebyggd terräng är skillnaden ofta stor medan en öppen terräng påvisar mindre skillnader.

Erfarenhetsmässigt kan vi dock, för en genomsnittsberäkning, minska ITU-rekommendationens gränsvärden uppmätta 10 meter över mark med 10dB när jämförelsen ska göras mot mätningar vid markplanet.:

ITU-rekommendationen anpassad enligt ovan:

På landsbygd och mottagning i mono: > 38 dBuV/m;

På landsbygd och mottagning i stereo: > 44 dBuV/m;

I stadsbebyggelse och mottagning i stereo*): > 56 dBuV/m. 1*)

ITU-normen är inte helt uppdaterad i förhållande till den tekniska utvecklingen inte minst med hänsyn till utvecklingen av radiomottagarna. Genom att radiomottagarnas känslighet markant har ökat (dvs. deras förmåga att uppfatta och avkoda radiosignaler), kan, i praktiken, de ovan nämnda gränsvärdena justeras något nedåt.

Likaså kan man se många exempel på god radiomottagning, trots en alltför låg fältstyrka, i områden med lågt bakgrundsbrus. Dessa situationer är inte ovanliga på landsbygden i Skandinavien där den sammanlagda mängden radiovågor och andra brugsgenererande faktorer är låg. Under dessa omständigheter är det fullt möjligt att erhålla en god mottagningskvalité även om den uppmätta fältstyrkan visar sig vara t.o.m. 10 dB lägre än den fastlagda normen.

Kvalitén på all radiomottagning varierar över tiden beroende på ett stort antal faktorer som vi inte redovisas här. Det är nödvändigt att upprepa den nu gjorda mätningen ett antal gånger och vid skilda tidpunkter, för att erhålla säkra mätdata.

Resultat

Se de bifogade mätfilerna för varje frekvens som anger position, datum, tid och mätvärde. (Mätdata 101,2) (Mätdata 106, 7) [...]

Se den bifogade karta med genomförd rutt enligt den färdbeskrivning vi erhållit från Er. (Odense mätrutt april 2006) [...]

Grafisk återgivning

Se bifogade kartor med presentation där grön, gul respektive grön färg sammanfattar de indikerade signalstyrkorna, för respektive frekvens och mottagningsform. (Signalstyrka 101,2 Odense) (Signalstyrka 106,7 Odense) [...]

Med grön färg markeras områden som uppfyllar kraven hos ITU:s rekommendation (anpassad enligt ovan) för mottagning av mono- respektive stereoutsändningar.

Med gul färg markeras områden som understiger ITU:s rekommendation (anpassad enligt ovan) med som högst 10 dB.

Med röd färg markeras områden som understiger ITU:s rekommendation (anpassad enligt ovan) med mer än 10 dB.

1 *) Anm. Detta gränsvärde är avsett för de mycket stora städernas höghusbebyggelse, och används vanligen inte i Skandinavien varför ingen bedömning av mottagningens kvalitet har gjorts utifrån detta kriterium.”

Af de fremlagte kort over Odense, på hvilke måleresultaterne er gengivet grafisk, fremgår, at den tilpassede ITU-norm for så vidt angår frekvensen 101,2 (Årslev-senderen) for såvel mono- som stereomodtagelse er opfyldt næsten overalt på den gennemkørte rute. For så vidt angår frekvensen 106,7 er den tilpassede ITU-norm kun delvis opfyldt for monomodtagelse og ikke opfyldt for stereomodtagelse. De grafiske gengivelser bygger på et meget stort antal målefiler, som er fremlagt.

Det hollandske selskab Broadcast Partners, som er teknisk rådgiver for Talpa Radio, har i en skrivelse af 14. december 2006 kommenteret Progiras rapport således:

”This is to confirm our conclusions having received the conclusions of the Progira report concerning Radio 100FM at Funen. The report measures field strength on the relevant frequencies, but field strength is not a value that can be used for defining good coverage.

If two transmitters have an equal field strength or a relative small difference between them, there will be no acceptable coverage in this area. In the area measured by Progira there is for sure among others also field strength of the transmitter Odsherred 101.1 MHz which is less than 80 km further and has a power of 5000 Watt. Also a transmitter from Bremen 101.2 MHz gives a field strength of over 40 dBuV/m at some times. The rapport is not clear whether the field strength is actually generated by Radio 100FM or by other transmitters, such as the mentioned Odsherred 101.1 MHz which can be expected to cause regular interference and noise on the frequencies of Radio 100FM in the north area of Odense.

The report therefore does not show anything about whether listeners in areas of Odense are actually able to listen to Radio 100FM or even less to listen to Radio 100FM in an acceptable quality.

Further it is apparent from the report that all measurements are made outdoors in main streets, and that major part of the city are not covered. Other customers of Progira do also accept the mentioned acceptable lower quality that they preach in there rapport. There is no such thing as an acceptable lower quality; people listen only in good quality or do not listen at all.”

Broadcast Partners har foretaget flere beregninger af dækningsområderne for lokalradioens to sendere. I en rapport fra november 2005 vedrørende den første beregning hedder det bl.a.:

”1.1 Minimum wanted field strength

The minimum field strength is expressed in dBuV/m at a receiving height of 10 meters above local ground level. This value is depending on the area of reception. In rural areas a much lower value can be used than in heavily build-up areas like large cities.

Internationally the values are described in recommendations of the International Telecommunication Union (ITU).

In recommendation BS412 for several reception conditions minimum wanted field strength values for stereophonic reception are recommended:

Rural areas:	54 dBuV/m
Urban areas:	66 dBuV/m
Large cities:	74 dBuV7m

In case of Denmark the city of Odense has to be seen as an urban area at least.

1.2 Wanted and unwanted signal levels

The wanted and unwanted signals will be calculated conform ITU recommendation P 1546. For the wanted signal both the time/location probability is set on 50 %.

For the interference of other transmitters the value of 1, 5, 10 or 50 % time can be chosen. The reception height is standard set on 10 meter above ground level.

In the case for commercial radio in Denmark the 5 % value is used by the IT- and Telecom Agency and this has therefore also been used in this report.

[...]

4. Results

Based on the above referred criteria the population is counted for the following two cases:

- Coverage with a minimum applied field strength of 54 dBuV/m: not more than 103.000 inhabitants
- Coverage with a minimum applied field strength of 66 dBuV/m: not more than 50.000 inhabitants

For the city of Odense at least a minimum field strength of 66 dBuV/m is required conform ITU recommendation P 1546 & ITU-R recommendation BS 412. In the case of contour overlap, the overlap zone is counted only once.

If a combined approach is taken, according to which the field strength for rural areas is applied outside Odense and the field strength for urban areas is applied in Odense, the amount of population covered will likely be in the range of 65 – 70000 inhabitants”

Broadcast Partners har efterfølgende tilkendegivet, at beregningen af det førstnævnte dækningsområde på 103.000 indbyggere er forkert.

I en skrivelse af 8. februar 2006 fra IT- og Telestyrelsen til lokalradioens advokat hedder det bl.a.:

”I brev af 25. januar 2006 har De anmodet IT- og Telestyrelsen om en kort udtalelse om, hvorvidt en rapport udarbejdet af Broadcast Partners om en lokalradiostations dækningsområde indeholder korrekte oplysninger om de af IT- og Telestyrelsen sædvanligvis anvendte normer. De har endvidere bedt om en udtalelse om, hvorvidt det er rigtigt, at den i rapporten beskrevne metode svarer til den, der normalt anvendes af styrelsen til beregning af dækningsområdet for kommerciel radio, herunder for FM5 og FM6.

Til Deres første spørgsmål kan IT- og Telestyrelsen oplyse, at de i rapporten med fed skrift anførte oplysninger ikke overalt svarer til de af IT- og Telestyrelsen anvendte normer, idet det under punkt 1.1 anførte højere feltstyrkekrav i byområdet ikke indgår i IT- og Telestyrelsens beregninger.

[...]

Til Deres andet spørgsmål kan styrelsen oplyse, at der – ud over den ovennævnte afvigelse – er andre og væsentlige afvigelser imellem den beregningsmetode, der anvendes af Broadcast Partners, og den metode, der anvendes af IT- og Telestyrelsen. Da De har anmodet om en kort udtalelse, skal styrelsen afstå fra en detaljeret gennemgang og kommentering af forskellene.

IT- og Telestyrelsen skal for god ordens skyld bemærke, at styrelsen endvidere ikke har kendskab til den stationsdatabase, Broadcast Partners har anvendt ved beregninger. En opdateret database over faktisk igangværende FM-sendere er en vigtig forudsætning for korrekte beregninger.

Specielt for lokalradioområdet i Danmark gælder, at rækkevidden normalt kun søges beskyttet mod forstyrrelser op til 5 km fra senderen. En rækkeviddeberegning på en lokalradiosender kan således kun give et øjebliksbillede af situationen, idet rækkevidden kan ændres markant over tid som følge af til- og afgang af FM-sendere i Danmark og i de omkringliggende nabolande.

Under hensyn til det oplyste vedrørende formålet med dækningsberegningerne bemærkes endvidere, at beregningerne er foretaget ud fra en forudsætning om modtagelse med udstyret anbragte retningsantennener i 10 meters højde samt under forudsætning af anvendelse af en normeret FM-modtager.

Disse forudsætninger er normalt ikke opfyldt i praksis, idet radiolytning typisk sker i biler eller indendørs med simple antenner – hvilket kan give en meget kortere rækkevidde end beregningerne viser – eller via fællesantenneanlæg/kabel-tv, hvilket kan give en meget længere rækkevidde. Endvidere kan lytternes brug af billige/dårlige FM-modtagere påvirke rækkevidden i negativ retning.”

I en skrivelse af 22. marts 2006 fra Broadcast Partners til lokalradioens advokat anføres, at man efter modtagelsen af IT- og Telestyrelsens skrivelse har været i kontakt med styrelsen og herefter har foretaget en ny beregning baseret på den metode og de normer, der foreskrives af styrelsen. Efter denne beregning er dækningsområdet for Årslev-senderen på 56.309 indbyggere og dækningsområdet for Broby-sendere på 4.177 indbyggere, således at lokalradioens samlede dækningsområde er på 60.486 indbyggere.

Endelig har Broadcast Partners i en skrivelse af 4. oktober 2007 til lokalradioens advokat redegjort for en yderligere beregning, som bygger på den nyeste database. Efter denne beregning har Årslev-senderen et dækningsområde på 43.076 indbyggere og Broby-sendere et dækningsområde på 2.956 indbyggere, således at lokalradioens samlede dækningsområde er på 46.032 indbyggere. Det anføres videre, at Broadcast Partners som rådgiver for Kulturministeriet har deltaget i forberedelsen af en ny frekvensplan og i denne forbindelse i samarbejde med IT- og Telestyrelsen har aftalt en ny

metode for beregning af dækningsområder. Efter denne metode er dækningsområderne henholdsvis 35.753 indbyggere og 5.676 indbyggere, i alt 41.429 indbyggere.

Af Gallups radio index for 4. kvartal 2005 fremgår, at den ugentlige dækning af (lytning til) Radio 100 FM i Broby, Ringe, Ryslinge, Årslev og Odense kommuner omfattede 23.000 personer eller 12,3 %. Radioens share – andel af den samlede lytning – udgjorde i disse kommuner 2,6%. I Storkøbenhavn, HT-området og Sjælland var den ugentlige dækning ca. 38 % og radioens share ca. 15 %.

I 2. kvartal 2007 var den ugentlige dækning af Radio 100 FM i sendetilladelseskommunerne og Odense kommune 20.000 personer eller 10,4 %, og lokalradioens share var 1,2%. I Storkøbenhavn, HT-området og Sjælland var den ugentlige dækning henholdsvis 31,4 %, 34,7 % og 35,4 %, mens radioens share var henholdsvis 13,5 %, 13,5 % og 13,4 %.

Det er oplyst, at DR ved dimensioneringen af FM-sendenettet har anvendt ITU-normerne og i denne forbindelse har anset Odense for en storby, dvs. stillet krav om en feltstyrke på 74 dBuV/m.

Forklaringer

Jim Receveur har forklaret, at han er administrerende direktør for Talpa Radio Danmark A/S. Selskabet samarbejder med Foreningen Broby, Ringe og Årslev Radio af 1999, der udsender Radio 100 FM simultant og 100 % identisk. Der er således ikke noget lokalt stof i lokalradioens udsendelser.

Lokalradioen samarbejdede indtil maj 2005 med Radio 2, som han dengang var direktør for. I denne egenskab indgik han aftalen af 29. august 2001 med Gramex. Anerkendelsen af et dækningsområde på 120.000 indbyggere for Radio 2 Fyn var led i en pakkeløsning, som bl.a. indebar, at radioen fik ”rabat” i Københavnsområdet. Han havde dengang heller ikke den samme viden om det reelle dækningsområde, som han har i dag. Det er rigtigt, at sendestyrken på Årslev-senderen efterfølgende er blevet forøget fra 105 watt til 500 watt, men dette betyder ikke særlig meget for dækningen uden for en radius på 5 km.

En tilfredsstillende modtagelse af Radio 100 FM indebærer, at udsendelsen kan høres uden støj ikke alene i bil, men også på arbejdspladsen og i hjemmet uden anvendelse af udvendige antenner. Efter IT- og Telestyrelsens metode accepteres kun støj i 5 % af tiden, jf. pkt. 1.2 i Broadcast Partners rapport af november 2005. Den undersøgelse, som blev foretaget af Gramex' medarbejdere, angik kun modtagelse i bil, og man kan ikke herfra slutte, at signalet også kan modtages tilfredsstillende indendørs i Odense. Han har for nylig været på besøg hos TV2 i Odense. Herfra kunne Radio 100 FM ikke høres. Det er hans opfattelse, at det gælder generelt, at Radio 100 FM ikke kan høres indendørs i Odense ved brug af almindelige antenner. Oplysningen i Radio- og TV-håndbogen om, at Radio 100 FM kan modtages i god/kraftig kvalitet over det meste af byen, hidrører formentlig alene fra redaktørens egne observationer og er ikke dokumenteret.

Radio 100 FM har bl.a. på sin hjemmeside tilkendegivet, at lokalradioen dækker Odense, men dette er sket i en markedsføringsammenhæng og er reelt kun udtryk for et ønske. Det samme kan siges om det forhold, at Odense er angivet som et primært område for Radio 100 FM i Gallups radio index.

Gallups lytterundersøgelser viser, at lytningen til Radio 100 FM på Fyn er gået ned. Ved den seneste undersøgelse har radioen på Fyn kun en share på 1,2 %, mens den på landsplan har en share på 7,7 %. Gallups tal omfatter al lytning, herunder lytning via DAB, satellit (kabel) og internet.

Werner de Schepper har forklaret, at han er ansat som frequency planner i selskabet Broadcast Partners. Selskabet beregner bl.a. dækningsområder for radiosendere og er specialister heri. Det arbejder bl.a. i Holland, Belgien, Spanien og Danmark. Det samarbejder med det danske Kulturministerium om ny planlægning af FM-nettet. Han har selv udført beregningerne af 4. oktober 2007 vedrørende lokalradioens dækningsområde.

Ved de oprindelige beregninger af lokalradioens dækningsområde, jf. rapporten af november 2005, benyttede man de dengang tilgængelige data vedrørende befolkning, terræn og andre FM-sendere m.v. Man troede, at man anvendte den metode, som var foreskrevet af IT- og Telestyrelsen, men det viste sig, at dette ikke fuldt ud var rigtigt. Derfor udarbejdede man – efter at have været i kontakt med styrelsen – en ny beregning, jf. skrivelsen af 22. marts 2006. Han er sikker på, at denne beregning fuldt ud følger styrelsens metode og normer. Det samme gælder den seneste beregning af 4.

oktober 2007, som imidlertid bygger på de nyeste data. Herudover har han udarbejdet en beregning, som bygger på en ny metode, som efter aftale med IT- og Telestyrelsen skal anvendes som grundlag for den nye FM-frekvens plan. Efter denne beregning er dækningsområdet på 41.429 indbyggere, og det er hans opfattelse, at dette er det rigtigste tal.

Efter den anvendte norm vil udsendelsen inden for det beregnede dækningsområde kunne modtages i god kvalitet i 95 % af tiden. Uden for området vil dette krav ikke være opfyldt. Vejret påvirker modtagelsesmulighederne meget. Dette er der taget højde for i de 95%.

IT- og Telestyrelsen stiller for hele landet alene krav om en feltstyrke på 54 dB. Dette er efter ITU's normer ikke korrekt. Odense burde i hvert fald henregnes til almindeligt byområde, og der burde derfor i Odense stilles krav om en feltstyrke på 66 dB.

Broadcast Partners beregninger viser, at lokalradioen ikke kan dække Odense. Det er hans opfattelse, at oplysningerne i den undersøgelse, der er foretaget af Gramex's medarbejdere, ikke kan være rigtige. Det samme gælder oplysningen i Radio- og TV-håndbogen om, at Radio 100 FM kan modtages i god kvalitet i det meste af byen.

De målinger af feltstyrke, som er beskrevet i Progiras rapport, er sikkert korrekte, men det er ikke sikkert, at det er lokalradioens udsendelser, som er målt. Signalet kan bl.a. hidrøre fra en sender i Bremen, fra en sender i Odsherred og fra en sender i Sverige. Fradraget på 10 dB i feltstyrkenormen på 54 dB er i sig selv i orden, men man burde som nævnt have taget udgangspunkt i et krav om en feltstyrke på 66 dB. Desuden burde man have foretaget flere målinger. En feltstyrke på 44 dB er ikke altid tilstrækkeligt til at sikre en god modtagelse. Progiras metode er normal, men ufuldkommen. Alt i alt er det hans opfattelse, at Progiras rapport ikke giver grundlag for den konklusion, at Radio 100 FM kan modtages i god kvalitet i Odense.

Procedure

Gramex har over for lokalradioens afvisningspåstand anført, at den omstændighed, at Talpa Radio har overtaget betalingsforpligtelsen efter § 5, stk. 2, i aftalen af 29. april 2004 mellem Gramex og Talpa Radio, ikke indebærer, at Gramex savner retlig interesse i, at nævnet fastsætter lokalradioens

dækningsområde efter sine sædvanlige retningslinier herfor. Gramex har ikke i aftalen med Talpa Radio accepteret, at en lokalradios dækningsområde skal fastsættes ved en beregning efter de normer, der anvendes af IT- og Telestyrelsen. Dækningsområdet må kunne fastsættes i en sag mod lokalradioen, selvom Talpa Radio, efter at sagen var indbragt for nævnet, har overtaget betalingsforpligtelsen. Adgangen hertil forudsætter, at dækningsområdet er fastlagt.

Hvad angår det materielle spørgsmål om dækningsområdets størrelse må der tages udgangspunkt i aftalen fra 2001, hvor Radio 2 på vegne af lokalradioens anerkendte et dækningsområde på 120.000 indbyggere og dermed anerkendte, at udsendelserne kunne høres i store dele af Odense. Efterfølgende er Årslev-senderens sendestyrke blevet forøget fra 160 watt til 500 watt, hvilket må betyde, at dækningsområdet er blevet forøget. Alligevel forlanger lokalradioen (Talpa Radio) nu en meget væsentlig nedsættelse af dækningsområdet i forhold til det, som blev aftalt i 2001. Samtidig har Talpa Radio i reklamemateriale m.v. tilkendegivet, at Radio 100 FM kan høres i Odense, mens man under nærværende sag gør det modsatte gældende.

Det afgørende må være, om Radio 100 FM kan høres i Odense i en praktisk tilfredsstillende kvalitet. Gramex' medarbejdere har lavet en omhyggelig og detaljeret undersøgelse ved aflytning fra bil, som viser, at dette er tilfældet. Denne undersøgelse er blevet verificeret ved de feltstyrkemålinger, som er foretaget af Progira, der er ekspert på området. Progira har taget udgangspunkt i ITU's normer, herunder det krav om en feltstyrke på 54 dB, som stilles af IT- og Telestyrelsen også for byområder. Målingerne viser, at Årslev-senderen kan modtages næsten overalt i Odense i tilstrækkelig god kvalitet. Når Progiras målinger sammenholdes med de iagttagelser, Gramex' egne medarbejdere har gjort, kan det afvises, at det er støj, som er målt. Der er heller ikke noget grundlag for at mene, at Radio 100 FM kun kan høres i bil, ikke inde i bygninger.

De nævnte iagttagelser og målinger bekræftes af oplysningen i Radio- og TV-håndbogen om, at udsendelsen af Radio 100 FM fra Årslev-senderen kan høres i god kvalitet over det meste af Odense. Det samme indiceres af, at Gallups radio index angiver Odense som et primært område for Radio 100 FM.

Der kan ikke lægges vægt på de teoretiske beregninger af dækningsområdet, som er foretaget af Broadcast Partners. Sådanne beregninger anvendes ved planlægning af sendenet, men kan efter

nævnets praksis ikke anvendes ved den konkrete fastlæggelse af dækningsområdet for en lokalradio. Beregningerne er helt afhængige af, hvilke normer og data der lægges til grund, og Broadcast Partners er kommet til meget forskellige resultater i sine forskellige beregninger. Det er ikke dokumenteret, at der ved de seneste beregninger er taget højde for alle de indsigelser, som IT- og Telestyrelsen havde mod den første beregning. I øvrigt lægges der i beregningerne alene vægt på modtagelse i stereo, hvilket ikke er berettiget.

Man kan ikke – som lokalradioen har forsøgt at gøre det - sammenstille Gallups oplysninger om den faktiske lytning i sendetilladelseskommunerne og Odense med dækningen i procent i Københavnsområdet og på Sjælland i øvrigt for på denne måde ved tilbageregning af få et tal for dækningsområdet. Det skyldes, at der intet vides om, hvorvidt Radio 100 FM er ligeså populær på Fyn som i Københavnsområdet m.v.

Det fremgår af sagens oplysninger, at Radio 100 FM i et vist omfang modtages i Odense via kabel. Dette må også indgå i vurderingen, men er ikke det væsentlige i denne sag.

Hvis det antages, at der består en vis usikkerhed med hensyn til, om Radio 100 FM kan modtages overalt i Odense Kommune, kan der kun blive tale om et mindre fradrag som følge heraf, jf. Gramex' subsidiære påstand, hvor der er foretaget et fradrag på 10 % i forhold til indbyggertallet i den principale påstand.

Lokalradioen har til støtte for afvisningspåstanden anført, at Talpa Radio i henhold til § 5, stk. 2, i aftalen mellem Gramex og Talpa Radio har overtaget betalingsforpligtelsen. Størrelsen af dækningsområdet må derfor afgøres mellem Gramex og Talpa Radio efter de principper, som fremgår af aftalen, dvs. ved beregning i henhold til IT- og Telestyrelsens normer. Som følge heraf har Gramex ikke længere retlig interesse i at få påkendt spørgsmålet om dækningsområdets størrelse i en sag mod lokalradioen. Denne er ikke rette indklagede.

Hvis afvisningspåstanden ikke tages til følge, bør nævnet ved fastsættelsen af dækningsområdet lægge Broadcast Partners beregninger til grund. Såvel beregningen af marts 2006 som beregningen af oktober 2007 bygger på IT- og Telestyrelsens normer, og disse bør også anerkendes af Ophavsretslicensnævnet. Beregningen foretaget i oktober 2007 bygger på den senest foreliggende database,

og det rigtigste må derfor være at tage udgangspunkt i denne beregning, hvorefter dækningsområdet er på ca. 46.000 indbyggere.

Inden for lokalradioens dækningsområde modtages Radio 100 FM i et vist omfang også ved kabelviderespredning af satellitudsendelsen og via DAB, for hvilket Talpa Radio i forvejen betaler efter aftalen med Gramex. Som følge af denne dobbeltdækning skal der i lokalradioens dækningsområde foretages et vist fradrag, som efter et forsigtigt skøn er sat til 2.000 indbyggere.

Der er kun tale om en tilfredsstillende modtagelse, hvis udsendelsen kan modtages i god kvalitet stort set på alle tidspunkter. I overensstemmelse med ITU's norm kan støj kun accepteres i højst 5 % af tiden, hvilket også er lagt til grund ved Broadcast Partners beregninger. Et område, hvor udsendelsen kun kan modtages i god kvalitet i f.eks. 50 % af tiden afhængigt af vejrforhold m.v., kan derfor ikke medregnes til lokalradioens dækningsområde. Endvidere skal udsendelsen kunne modtages såvel udendørs som indendørs i god kvalitet. Broadcast Partners beregninger viser, at disse krav ikke eller kun i mindre omfang er opfyldt i Odense Kommune.

Broadcast Partners beregninger bestyrkes af de tal for den faktiske lytning til Radio 100 FM i sendetilladelseskommunerne og Odense Kommune, som fremgår af Gallups radio index. Ifølge undersøgelsen fra 2. kvartal 2007 har man kun en ugentlig dækning på 20.000 personer på 12 år eller derover. Dette stemmer ikke med, at radioen ifølge Gramex kan høres af ca. 220.000 indbyggere, hvilket viser, at det sidste ikke kan være rigtigt. På Sjælland, hvor radioen kan høres næsten overalt i god kvalitet, var den ugentlige dækning på samme tidspunkt 35,4 %. Hvis det lægges til grund, at Radio 100 FM er ligeså populær på Fyn som på Sjælland, kan antallet af indbyggere i sendetilladelseskommunerne og Odense Kommune, som kan høre Radio 100 FM, beregnes således, idet faktoren 1,2 korrigerer for, at Gallups tal kun omfatter personer på 12 år og derover: $(20.000 : 0,354) \times 1,2 = 67.796$ indbyggere. Heraf vil nogle være lyttere på kabel eller DAB.

Den undersøgelse, der er foretaget af Gramex' egne medarbejdere, angår lytning i bil og dokumenterer ikke, at Radio 100 FM kan modtages i tilfredsstillende kvalitet med almindelig antenne inde i bygninger. Det sidste kan ikke antages at være tilfældet, jf. direktør Jim Receveurs forklaring. Desuden omfatter undersøgelsen kun én dag, og den tager således ikke højde for betydningen af vejrforhold m. m.

Det sidste gælder også for de af Progira foretagne feltstyrkemålinger. Hertil kommer, at det ikke er dokumenteret, at det målte signal er Radio 100 FM. Ved fastsættelsen af mindstekravet til feltstyrken på 44 dB har Progira taget udgangspunkt i en norm, som ifølge ITU kun gælder for landområder. Af disse grunde udgør Progiras rapport som anført af Broadcast Partners ikke dokumentation for, at lokalradioen kan høres i god kvalitet i Odense.

For såvel Gramex's egne medarbejderes undersøgelse som Progiras målinger gælder endvidere, at man har fulgt en rute, som ikke dækker hele Odense Kommune. Modtagelsesforholdene kan være dårligere i områder af Odense, hvor man ikke har været.

Der kan ikke lægges vægt på udtalelsen i Radio- og TV-håndbogen om, at udsendelsen af Radio 100 FM fra Årslev-senderen kan høres i god kvalitet over det meste af Odense. Udtalelsen bygger alene på redaktørens egne iagttagelser og er ikke dokumenteret.

Der kan heller ikke lægges vægt på, at Talpa Radio i sin markedsføring og ved angivelsen over for Gallup af Odense som et primært område har givet udtryk for, at lokalradioen dækker Odense. Det er ikke unaturligt, at man i disse sammenhænge forfalder til overdrivelser og ønsketænkning.

Ophavsretslicensnævnets bemærkninger

Den pligt til at betale vederlag til Gramex, som efter ophavsretslovens § 68 påhviler Foreningen Broby, Ringe og Årslev Radio af 1999 (lokalradioen), er efter sagens indbringelse for Ophavsretslicensnævnet overtaget af Talpa Radio Danmark A/S i medfør af § 5, stk. 2, i aftalen af 29. april 2004 mellem Talpa Radio og Gramex, idet lokalradioen siden maj 2005 har samarbejdet med Talpa Radio om samtidig og uændret udsendelse af Radio 100 FM. Gramex gør imidlertid over for Talpa Radio gældende, at det er et led i aftalen mellem disse parter, at lokalradioens dækningsområde skal fastsættes efter nævnets sædvanlige retningslinier. Hertil kommer, at det ikke kan udelukkes, at lokalradioens egen betalingsforpligtelse på et senere tidspunkt bliver aktuel. På denne baggrund er der ikke grundlag for at fastslå, at Gramex savner retlig interesse i, at lokalradioens dækningsområde fastsættes i en sag mod lokalradioen. Dennes afvisningspåstand tages derfor ikke til følge.

I 2001, da lokalradioen samarbejdede med Radio 2, anerkendte denne, at lokalradioen havde et dækningsområde på 120.000 indbyggere, hvilket var udtryk for en anerkendelse af, at lokalradioens udsendelser kunne høres i tilfredsstillende kvalitet i store dele af Odense. Efterfølgende er sendestyrken på Årslev-senderen blevet forøget fra 160 watt til 500 watt. Ifølge den undersøgelse, som er foretaget af Gramex' egne medarbejdere, kan Radio 100 FM modtages i god kvalitet på bilradio i i hvert fald langt størstedelen af Odense Kommune. Rigtigheden af denne undersøgelse bestyrkes af de feltstyrkemålinger, som er foretaget af Progira Radio Communication, og nævnet finder ikke grundlag for at antage, at mulighederne for at modtage Radio 100 FM er væsentligt ringere ved indendørs modtagelse end ved modtagelse på bilradio. I Radio- og TV-håndbogen er anført, at Radio 100 FM (Årslev-senderen) kan høres i god kvalitet over det meste af Odense, og Talpa Radio har selv over for offentligheden tilkendegivet det samme.

Over for disse omstændigheder kan der efter nævnets opfattelse ikke lægges afgørende vægt på de teoretiske beregninger af lokalradioens dækningsområde, som er udarbejdet af Broadcast Partners. Der kan heller ikke lægges afgørende vægt på den beregning af dækningsområdet, som er foretaget af lokalradioen ved at sammenholde den ugentlige lytning til Radio 100 FM i sendetilladelseskommunerne og Odense Kommune med den procentvise ugentlige lytning i Storkøbenhavn og på Sjælland i øvrigt, idet man ikke uden videre kan gå ud fra, at radioen nyder samme popularitet på Fyn som i Storkøbenhavn og på Sjælland i øvrigt.

Nævnet finder det herefter godtgjort, at lokalradioen – foruden i sendetilladelseskommunerne – kan modtages i tilfredsstillende kvalitet i i hvert fald størstedelen af Odense Kommune. De foretagne undersøgelser og målinger udelukker dog ikke, at der kan være områder i Odense Kommune, hvor udsendelserne ikke kan modtages i tilfredsstillende kvalitet. Nævnet finder derfor, at der ved fastsættelsen af dækningsområdet bør foretages et fradrag i indbyggertallet i Odense Kommune. Dette fradrag fastsættes skønsmæssigt til omkring 20 %, og lokalradioens samlede dækningsområde fastsættes herefter til 180.000 indbyggere.

Den jordbaserede udsendelse af Radio 100 FM, som kan modtages ved hjælp af almindelige antenner, må anses for primær i forhold til udsendelse via satellit, DAB og internet. Hvis der ved fastsættelsen af vederlaget til Gramex skal tages hensyn til dobbeltdækning, bør dette derfor efter nævnets opfattelse ikke ske ved reduktion af dækningsområdet for de jordbaserede udsendelser, her lokalra-

dioens udsendelser, men ved fastsættelsen af vederlaget for udsendelse via Satellit, DAB og internet. Der foretages derfor ikke noget fradrag for dobbeltdækning i det nævnte dækningsområde på 180.000 indbyggere.

Thi bestemmes:

Den af indklagede, Foreningen Broby, Ringe og Årslev Radio af 1999, nedlagte afvisningspåstand tages ikke til følge.

Indklagede skal anerkende, at det dækningsområde, der skal være grundlaget for beregningen af det vederlag, som indklagede fra og med den 24. maj 2005 skal betale til klageren, Gramex, for offentlig fremførelse af udgivne lydoptagelser, jf. ophavsretslovens § 68, udgøres af 180.000 indbyggere i de tidligere Broby, Ringe, Årslev og Ryslinge kommuner samt Odense Kommune.

I medfør af § 4 i bekendtgørelse af 14. januar 2004 om Ophavsretslicensnævnet bestemmes, at klageren og indklagede hver skal betale halvdelen af udgifterne ved nævnets behandling af sagen.



Hanne Bender



Peter Blok



Henrik Udsen