

Den 31.10.2018 blev af Ophavsretslicensnævnet

i sag nr. 119

Koda
Lautrupsgade 9
2100 København Ø
Danmark

mod

HBO Nordic AB
Kungsträdgårdsgatan
11147 Stockholm
Sverige

afsagt følgende

Kendelse:

1. Indledning

Sagen angår først og fremmest størrelsen af det vederlag, som indklagede, HBO Nordic AB (herefter "HBO Nordic"), skal betale til klageren, Koda, for den offentlige fremførelse af det af Koda forvaltede repertoire af ophavsretligt beskyttede musikværker, der finder sted i den abonnementsbaserede video on demand-tjeneste (SVOD-tjeneste) HBO Nordic i Danmark.

Herudover angår sagen de øvrige vilkår, som Koda har stillet med hensyn til HBO Nordics brug af Kodas repertoire i forbindelse med HBO Nordics SVOD-tjeneste.

2. Sagens anlæg og forløb

Sagen blev anlagt ved Kodas indgivelse af klageskrift af 23. oktober 2015, og der har i anledning af sagen været afgivet følgende yderligere processkrifter:

- Svarskrift (8. januar 2016)
- Kodas processkrift 1 ad formaliteten (25. januar 2016)
- HBO Nordics processkrift A ad formaliteten (17. februar 2016)
- Kodas processkrift II ad formaliteten (18. februar 2016)
- HBO Nordics processkrift B ad formaliteten (18. februar 2016)

- Replik (27. oktober 2016)
- Duplik (13. januar 2017)
- Kodas supplerende processkrift 1 (20. marts 2017)
- HBO Nordics processkrift A (19. maj 2017)
- Kodas supplerende processkrift 2 (18. september 2017)
- HBO Nordics processkrift B (27. november 2017)
- Kodas supplerende processkrift 3 (27. november 2017)
- Kodas supplerende processkrift 4 (4. december 2017)
- HBO Nordics processkrift C (8. december 2017)
- Kodas sammenfattende processkrift (11. december 2017)
- HBO Nordics sammenfattende processkrift (11. december 2017)

I sagen har parterne fremlagt bilag 1-42 og bilag A-Q.

Der blev afholdt mundtlig forhandling den 18. december 2017 og den 5. januar 2018 i Kulturministeriet.

Inden endelig kendelse er afsagt, har udkast til kendelse været i høring hos sagens parter.

Koda har været repræsenteret af advokat Erik Nyborg, mens HBO Nordic har været repræsenteret af advokat Christian Alsøe og advokat Morten Nissen.

I nævnets behandling af sagen har deltaget højesteretsdommer Jan Schans Christensen (formand), chef for forskning og viden på Danmarks Medie- og Journalisthøjskole Vibeke Borberg og advokat Klaus Ewald Madsen.

3. Parternes påstande

Koda har nedlagt følgende påstande:

"Generelle vilkår

Principalt

Indklagede tilpligtes at anerkende at skulle betale Koda et vederlag for brug af Kodas repertoire i forbindelse med indklagedes offentlige fremførelse af den abonnementsbaserede video on demand tjeneste "HBO Nordic" i Danmark, fastsat som en procentdel af samtlige indklagedes indtægter vedrørende denne virksomhed, beregnet som 0,0775 gange den gennemsnitlige musikprocent for de fremførte værker, dog som minimum et vederlag pr. abonnent (bruger med adgang til tjenesten) pr. måned, som følger:

0-15 % musik	0,44 kr.
15-20 % musik	0,77 kr.
20-25 % musik	0,99 kr.
25-30 % musik	1,21 kr.
30-35 % musik	1,43 kr.
35-40 % musik	1,65 kr.
40-45 % musik	1,87 kr.
45-50 % musik	2,09 kr.
50-55 % musik	2,31 kr.
55-60 % musik	2,53 kr.
60-65 % musik	2,76 kr.
65-70 % musik	2,98 kr.

og i øvrigt på vilkår, som fremgår af bilag 27.¹

Subsidiært

Indklagede tilpligtes at anerkende at skulle betale Koda et vederlag for brug af Kodas repertoire i forbindelse med indklagedes offentlige fremførelse af den abonnementsbaserede video on demand tjeneste "HBO Nordic" i Danmark, fastsat som en procentdel af samtlige indklagedes indtægter vedrørende denne virksomhed, men med en lavere vederlagsfaktor end 0,0775 og/eller med lavere satser for minimumsvederlag end anført i den principale påstand og i øvrigt med sådanne nærmere ændringer i Kodas generelle vilkår (bilag 27), som Ophavsretslicensnævnet måtte fastsætte.

Vedrørende "bundling"

Principalt

Indklagede tilpligtes at anerkende, at Koda i forbindelse med indklagedes salg af abonnementer i kombination med andre produkter (bundling) a) ved beregningen af omsætningsbestemt vederlag i henhold til påstand 1.1 som beregningsgrundlag for abonnementsindtægten kan anvende de abonnementssatser, som indklagede i samme periode har anvendt ved normalt salg af tjenesten direkte til forbrugere uden at der samtidig sker medsalg af andre produkter, og b) kan anvende de i henhold til påstand 1.1 fastsatte minimumsvederlag – alt dog kun i det omfang dette salg har karakter af offentlig fremførelse fra indklagedes side.

Subsidiært

Indklagede tilpligtes at anerkende at skulle betale Koda et lavere vederlag, som Ophavsretslicensnævnet måtte fastsætte, end anført ovenfor under pkt. 1.2 for brug af Kodas repertoire i forbindelse med indklagedes salg af abonnementer i kombination med andre produkter (bundling) – alt dog kun i det omfang dette salg har karakter af offentlig fremførelse fra indklagedes

¹ Kodas udkast til aftale mellem parterne, Vilkår for brug af musik i HBO Nordic (Video on Demand).

side.

Kodas påstande over for indklagedes selvstændige påstande

Overfor HBO Nordics subsidierede påstande påstås frifindelse.

Det er uklart for Koda, om indklagede i sin duplik, pkt. 3 a-c, har intenderet at nedlægge en selvstændig påstand. I det omfang dette er tilfældet, påstår Koda frifindelse."

HBO Nordic har heroverfor nedlagt følgende påstande:

"I relation til KODAs påstande om "Generelle vilkår", jf. klageskriftets pkt. 1.1, påstår HBO Nordic:

Ad vederlagsmodellen

Principalt: *Frifindelse*

Subsidiært: *Frifindelse mod fastsættelse af vederlaget ud fra en opgjort værdi af den faktiske brug af beskyttet musik, som KODA har opkrævningsretten for, i "HBO Nordic" tjenesten i Danmark.*

Mere subsidiært: *Frifindelse mod fastsættelse af vederlaget som en omsætningsbestemt tarif, der ikke overstiger 1,9 % af HBO Nordics faktiske abonnementsindtægter fra "HBO Nordic" tjenesten i Danmark.*

Ad minimumsvederlaget

Principalt: *Frifindelse*

Ad de øvrige vilkår

Principalt: *Frifindelse*

I relation til KODAs påstand om "bundling", jf. klageskriftets pkt. 1.2, påstår HBO Nordic:

Principalt: *Frifindelse".*

4. Sagens omstændigheder

Sagens parter – afgrænsning af sagen

Koda forvalter ophavsrettigheder til musik og dertil knyttede tekster på vegne af ca. 42.500 danske medlemmer (komponister, sangskrivere og musikforlag). Hertil kommer, at Koda har indgået repræsentationsaftaler med musikforvaltnings-selskaber i mere end 100 lande, og Koda vurderer, at man repræsenterer stort set hele verdensrepertoiret af musik for så vidt angår offentlig fremførelse i Danmark. Koda er i medfør af ophavsretslovens § 75 a godkendt af kulturministeren som organisation, der på vegne af rettighedshavere til musik mv. kan indgå aftaler om

offentlig fremførelse af beskyttet indhold i eksempelvis radio- og tv-udsendelser.

Koda havde i 2017 en samlet omsætning på 1.028 millioner kr. plus 6 millioner kr. i renteindtægter. Der blev i 2017 udbetalt 932 millioner kr. til fordeling blandt rettighedshaverne, dels i form af individuelle udbetalinger, dels i form af bidrag til kulturelle midler. Den direkte udbetaling til rettighedshaverne var på 794 millioner kr. (heraf 333 millioner kr. til Kodas medlemmer), hvilket var en stigning på 19 % i forhold til 2016. De resterende 102 millioner kr. udgjorde Kodas omkostninger.²

HBO Nordic er et datterselskab af det amerikanske selskab Home Box Office, Inc. og er hjemmehørende i Stockholm.

I oktober 2012 lancerede HBO Nordic for første gang tjenesten HBO Nordic i samarbejde med TeliaSonera (nu Telia Company) i Sverige, Finland og Danmark. Tjenesten, der blev udbudt af TeliaSonera, omfattede oprindeligt en traditionel tv-kanal (flow-TV) og et såkaldt SVOD-bibliotek, der var tilgængeligt via TeliaSoneras tekniske platform.

I februar 2013 lancerede HBO Nordic i Danmark den streamingtjeneste, som er genstand for nærværende sag. Tjenesten er en såkaldt SVOD-tjeneste (Subscription Video On Demand), der er tilgængelig direkte til abonnenter via internettet og gennem selvstændige distributører via visse kabelbårne og trådløse faciliteter som en del af distributørernes selvstændigt fastsatte produktudbud. Kunderne får adgang til tjenesten mod betaling af et månedligt abonnement, som kunden tegner enten direkte hos HBO Nordic eller hos en af HBO Nordics distributører.

HBO Nordics tjeneste giver kunderne adgang til underholdning i form af overvejende anglo-/amerikanske film, tv-serier og dokumentarer 24 timer i døgnet på et tidspunkt, som passer den enkelte kunde.

HBO Nordic har oplyst, at virksomheden distribuerer sit indhold gennem følgende kanaler:

1. Direkte til brugerne på HBO Nordics egen platform (direkte salg).
Dette foregår via internettet til computere og via applikationer til forskellige andre elektroniske apparater såsom smart tv, iPhones, iPads, Apple TV, Android-baserede apparater, Xbox, PlayStation osv.
2. I samarbejde med teleselskaber som [REDACTED] og [REDACTED] (bundling).
Teleselskaberne indgår aftale med slutbrugeren, bestemmer slutkundeprisen og agerer som forhandler af tjenesten. I eksemplet med [REDACTED] udbydes HBO Nordic-tjenesten til [REDACTED] mobilabonnenter som en del af [REDACTED] særlige pakke [REDACTED]. Med pakken får [REDACTED] abonnent en unik

² Jf. Kodas årsberetninger for 2016 og 2017 samt Kodas gennemsigtighedsrapport fra 2017, alle tilgængelige via www.koda.dk.

kode, som abonnenten kan bruge til at oprette en konto i HBO Nordics streamingtjeneste. Abonnenten modtager indholdet via HBO Nordics streamingtjeneste og HBO Nordic modtager betaling fra teleselskabet.

3. Til leverandører, som selv distribuerer indholdet via egen platform (3. mands-distribution). Leverandøren er en forhandler, der alene modtager indholdet fra HBO Nordic og overfører det til sin egen platform med henblik på at udbyde HBO Nordic-tjenesten til sine kunder (i en særskilt sektion af leverandørens platform).
4. Til en traditionel TV-udbyder, som modtager indholdet fra HBO Nordic og distribuerer tjenesten via en TV-boks og eventuelt tillige via egen internetplatform (3. mands-distribution).

HBO Nordic har anført, at det er HBO Nordic, der distribuerer/tilgængeliggør indholdet til de enkelte abonnenter via HBO Nordics egen platform (nr. 1 og 2 ovenfor). HBO Nordic distribuerer/tilgængeliggør imidlertid ikke indholdet til de enkelte abonnenter, der får adgang til HBO Nordics indhold via andre leverandørers platforme (nr. 3 og 4 ovenfor). HBO Nordic har endvidere anført, at den del af HBO Nordics forretning, der relaterer sig til nr. 3 og 4 ovenfor, derfor er irrelevant for denne sag, og at den brug af musik eller den del af HBO Nordics omsætning, der relaterer sig til disse tjenester, ikke skal medtages i en eventuel beregning af vederlaget til Koda.

Koda har hertil anført, at Koda er enig med HBO Nordic i, at distribution nævnt under punkterne 3 og 4 ikke vil være omfattet af en aftale mellem HBO Nordic og Koda, idet distributionen (den offentlige fremførelse) i disse to situationer ud fra beskrivelsen i HBO Nordics svarskrift må antages at blive foretaget af de pågældende leverandører/tv-udbydere.

I lyset af det, som parterne har anført, er denne kendelse begrænset til at omfatte de distributionsformer, som er nævnt under pkt. 1 og 2 ovenfor. Nævnet har ikke herved taget stilling til, hvem der foretager den offentlige fremførelse i situationerne omfattet af 3 og 4.

Det er oplyst, at HBO Nordic i 2016 havde en omsætning fra streamingtjenesten (pkt. 1 og 2 ovenfor) i Danmark på [REDACTED] kr. Antallet af fuldt betalende abonnenter var [REDACTED] hertil [REDACTED] kunder via salg gennem teleoperatører (teleoperatører i form af bundling med andre services, f.eks. teleabbonenter fra eksterne leverandører) samt prøveabbonenter.

Markedet for streamingtjenester

Danskernes daglige sening af traditionelt tv er faldet kontinuerligt siden 2010, som var det år, hvor der siden etableringen af TV-Meter-målingen i Danmark i 1992 blev set mest tv. I 2016 så danskerne i gennemsnit traditionelt tv i 2 timer og 38 minutter

dagligt. Det er et fald på 14 minutter i forhold til 2015 og 43 minutter i forhold til 2010.³

En del af forklaringen på tilbagegangen i den traditionelle tv-sening kan være, at en del af forbruget er flyttet over på andre digitale platforme (streaming) og den ændring, der er sket i danskernes medieadfærd. I dag benytter seerne ofte enten en smartphone eller tablet, mens de ser tv. Det betyder, at det ikke længere alene er de forskellige tv-programmer, der konkurrerer om mediebrugernes opmærksomhed. Konkurrencen er udvidet til også at omfatte indhold fra andre platforme/enheder, som kan benyttes, mens der ses tv.

Brugen af smartphone og tablet er særligt udbredt blandt den yngre del af befolkningen, og der er en tydelig sammenhæng mellem gennemsnitlig daglig seertid og alder. De ældre aldersgrupper ser generelt mere traditionelt tv end de yngre aldersgrupper. Mindst traditionelt tv så de 12-18-årige i 2016 med i gennemsnit 49 minutter om dagen, mens danskere i alderen 71 år så mest tv med i gennemsnit 4 timer og 22 minutter om dagen.

Hvor der tidligere år særligt har været fald i de helt unges tv-sening sås i 2016 også relativt store fald i andre aldersgruppers forbrug. Eksempelvis faldt de 19-34-åriges daglige tv-sening med 27 minutter fra 2015 til 2016. Også de ældre aldersgrupper reducerede i 2016 tv-seningen, som ellers tidligere har været relativt stabil.

En af de væsentlige faktorer for udviklingen i brugen af tv-mediet er fremkomsten og den øgede brug af streamingtjenester. Omkring halvdelen af danskerne streamer tv (49 pct.) og video on demand fra streamingtjenester (47 pct.). Også i denne forbindelse har alder stor betydning. Generelt er der en betydelig større andel af de unge, der streamer tv.

Endvidere er andelen af unge, der har streamet video on demand fra streamingtjenester, højere end andelen, der har streamet tv fra tv-stationer. For de ældre aldersgrupper gælder generelt, at det er mere udbredt at streame tv fra tv-stationer, end det er at se video on demand fra streamingtjenester.⁴

De seneste år har været præget af et øget udbud af tv eller tv-lignende indhold, der distribueres on demand via internettet til modtagere på en række andre platforme/enheder end de traditionelle tv-apparater. Det gælder eksempelvis PC, tablets, smartphones og smart tv, hvor indholdet tilgås via internettet og apps.

De traditionelle tv-føretagender er under forandring og tilbyder nu ikke kun lineært flow-tv, men viser også indhold simultant live-streamet via internettet. De har også streamingtjenester til sening af catch-up tv via internettet af allerede udsendte

³ Jf. Slots- og Kulturstyrelsens rapport om mediernes udvikling i Danmark 2017, side 4 (tilgængelig via <https://slks.dk/forside>).

⁴ Jf. Slots- og Kulturstyrelsens rapport om mediernes udvikling i Danmark 2017, side 4 (tilgængelig via <https://slks.dk/forside>).

programmer, ligesom det i nogle tilfælde er muligt at se indhold, der enten ikke har været vist endnu på det traditionelle flow-tv eller er produceret direkte til onlinetjenesterne. Indholdet kan typisk tilgås via tv-stationernes hjemmesider eller via apps med adgang til streamingtjenesterne.⁵

Det danske streaming-marked udgøres af både danske, skandinaviske og internationale mediebrands. I 2016 havde SVOD-tjenester på det danske marked en omsætning på ca. 900.000.000 kr.⁶

Omkring halvdelen af de danske internetbrugere (47 %) har streamet video on demand fra streamingtjenester som eksempelvis HBO og Netflix i 2016. Det gælder tre ud af fire af de 16-24-årige (75 %), to tredjedele af de 25-34-årige (66 %) og omkring hver tiende af de 75-89-årige (11 %).

Andelen af unge, der har streamet video on demand fra streamingtjenester, er højere end andelen, der har streamet tv fra tv-stationer. 75 % af de 16-24-årige har streamet video on demand fra streamingtjenester, mens 61 % har streamet tv fra tv-stationer. 66 % af de 25-34-årige har streamet video on demand fra streamingtjenester, mens 59 % har streamet tv fra tv-stationer.

For de 35-44-årige gælder, at det er lige så udbredt at se video on demand fra streamingtjenester, som det er at streame tv fra tv-stationer (59-60 %).⁷

Parternes forhandlingsforløb og midlertidige aftale mv.

Siden HBO Nordics tjeneste blev lanceret i Danmark, har parterne forhandlet om pris og vilkår for HBO Nordics offentlige fremførelse af det af Koda forvaltede repertoire af ophavsretligt beskyttede musikværker, der finder sted i HBO Nordics SVOD-tjeneste i Danmark.

HBO Nordic bestrider ikke pligten til at betale vederlag til Koda for udbud af HBO Nordics tjeneste i Danmark, men Koda og HBO Nordic er uenige om, hvor meget der skal betales, herunder hvordan betalingen skal opgøres.

Af den midlertidige aftale med titlen "HBO – On Account Agreement", dateret den 15. september 2015, fremgår:

"Since the parties have not yet been able to conclude a license agreement for use of Koda's repertoire in the "HBO Nordic" video on demand service in Denmark, Koda has upon request from HBO agreed to accept on account payments until further notice and, in consideration thereof, Koda shall not seek out an injunction against HBO during the term of this Agreement.

⁵ Jf. Slots- og Kulturstyrelsens rapport om mediernes udvikling i Danmark 2017, side 12 ff.

⁶ Jf. Rapport om fremtidens danske indholdsproduktion fra december 2017, afgivet af udvalget om finansiering af dansk digital indholdsproduktion, side 8 (ISBN: 978-87-92681-67-6).

⁷ Jf. Slots- og Kulturstyrelsens rapport om mediernes udvikling i Danmark 2017, side 14.

HBO shall make a quarterly on account payment of an amount in [REDACTED] of HBO's revenues from its subscribers in Denmark to Koda no later than the 20th in the first month of each quarter against an invoice issued by Koda based on a subscriber report from HBO. The on account amount is solely decided by HBO and the parties acknowledge and agree that it has no precedence for any future negotiations or agreements between the parties.

This Agreement shall enter into force upon signature by the parties and shall remain in force until terminated by either party giving 14 days written notice or until final agreement is concluded."

Princippet i den midlertidige aftale er således, at Koda modtager en løbende a conto-betaling for HBO Nordics brug af det af Koda forvaltede repertoire i tjenesten, indtil parterne er blevet enige om en betaling, eller indtil Ophavsretslicensnævnet har truffet afgørelse i nærværende sag.

A conto-beløbet er fastsat til [REDACTED] af HBO Nordics omsætning fra abonnenter af tjenesten i Danmark.

Udover tvisten om vederlagets størrelse er parterne uenige om en række øvrige vilkår, som Koda har stillet med hensyn til HBO Nordics brug af Kodas repertoire i forbindelse med HBO Nordics SVOD-tjeneste. Der er tale om vilkår vedrørende vederlaget (andet end størrelsen), tilladelsens omfang, fakturering, rapportering, revision, misligholdelse og uoverensstemmelser samt ikrafttrædelse og ophør. Koda har tilpasset visse af disse vilkår under forberedelsen af denne sag. Den seneste version af vilkårene fremkom kort tid før den mundtlige forhandling i sagen.

Til besvarelse af HBO Nordics opfordringer har Koda fremlagt anonymiserede kopier af Kodas aftaler med andre udbydere af SVOD-tjenester i Danmark. Koda har oplyst, at disse dækker de aftaler, der er med udbydere af SVOD-tjenester i Danmark, og at vederlagsbetalingen i henhold til disse aftaler omfatter såvel vederlag for offentlig fremførelse som vederlag for eksemplar fremstilling. Koda har oplyst, at da forhandlingerne mellem Koda og HBO Nordic fandt sted, var der etableret en aftalepraksis, hvorefter SVOD-tjenester betalte et omsætningsbestemt vederlag, som varierede mellem 1,415 % og 3,15 %, alt efter den enkelte SVOD-tjenestes musikindhold og frikøb af eksemplar fremstillingsrettigheder.

5. Praksis

Ophavsretslicensnævnets kendelse af 26. juni 2008 i sag nr. 106 (TV2-sagen)*
TV 2-sagen angik det vederlag, som TV 2 Danmark A/S og TV 2 Networks A/S (herefter "TV 2") skulle betale til Koda for udsendelse af musik i tv-kanalerne TV 2 /

* Kendelsen kan tilgås via <https://kum.dk/kulturpolitik/ophavsret/ophavsretslicensnaevnets-kendelser-1965>.

Danmark, TV 2 Zulu, TV 2 Charlie og TV 2 Film, jf. ophavsretslovens § 2 sammenholdt med § 75a, stk. 2.⁹

Koda havde som klager nedlagt påstand om, at TV 2 skulle anerkende den af Koda påståede tarif for offentlig fremførelse af Kodas repertoire i forbindelse med udsendelse af kanalerne TV 2 Danmark, TV 2 Zulu, TV 2 Charlie og TV 2 Film.

Tariffen skulle ifølge Koda indeholde dels et omsætningsbetinget vederlag beregnet som musikprocenten i de nævnte kanaler multipliceret med en vederlagsfaktor på 0,0917, subsidiært med en reduktion af de af Koda anførte vederlagsprocenter efter Ophavsretslicensnævnets nærmere bestemmelse, mere subsidiært et vederlag fastsat efter Ophavsretslicensnævnets nærmere bestemmelse, dels et minimumsvederlag der skulle sættes i forhold til musikprocenten og beregnes som et beløb pr. husstand, der kunne modtage de pågældende tv-kanaler.

Derudover havde Koda nedlagt særskilt påstand om virkningstidspunkt og eventuel gradvis ikrafttræden.

Heroverfor havde TV 2 som indklaget påstået frifindelse, da det var TV 2's principale påstand, at det burde overlades til parterne at forhandle om størrelsen af vederlaget og de øvrige vilkår på baggrund af Ophavsretslicensnævnets kendelse.

Subsidiært havde TV 2 gjort gældende, at vederlaget af Ophavsretslicensnævnet burde fastsættes som et sumbeløb pr. år for en afgrænset periode.

Derudover havde TV 2 selvstændigt fremsat anmodning om, at Ophavsretslicensnævnet i medfør af art. 234 EF¹⁰ forelagde spørgsmål for EF-domstolen om, hvorvidt Kodas krav om anvendelse af et omsætningsbestemt vederlag udgjorde en overtrædelse af forbuddet i artikel 82 EF¹¹ mod misbrug af en dominerende stilling.

For så vidt angik anmodningen om forelæggelse af spørgsmål for EF-domstolen bemærkede nævnet, at det ikke var en obligatorisk retsinstans, ligesom nævnets afgørelser ikke var bindende for parterne. Nævnet var således af den opfattelse, at det ikke kunne anses for en "ret" i den forstand, hvori dette begreb anvendes i art. 234 EF, hvorfor nævnet ikke var beføjet til at forelægge spørgsmål for EF-domstolen.

For så vidt angik den omsætningsbestemte tarif fandt nævnet for det første, at Kodas krav om anvendelse af en sådan tarif hverken var urimelig eller i strid med konkurrenceretlige regler. For det andet erklærede nævnet sig enig i strukturen i den omsætningsbestemte tarif, hvorefter den procentdel af omsætningen, som en kommerciel tv-station skulle betale til Koda – vederlagsprocenten – burde afhænge af musikprocenten i den pågældende tv-kanal, dvs. den procentdel af den samlede sendetid, i hvilken der blev spillet beskyttet musik. For det tredje fandt nævnet, at

⁹ Nuværende § 75 a, stk. 3.

¹⁰ Nuværende TEUF artikel 267.

¹¹ Nuværende TEUF artikel 102.

der ved fastsættelsen af den omsætningsbestemte tarif for kommercielle tv-stationer burde tages udgangspunkt i en vederlagsfaktor på 0,0775 i stedet for en faktor på 0,0917 som principalt påstået af Koda.

Nævnet lagde vægt på, at en vederlagsfaktor på 0,0917 klart lå i den øverste ende sammenlignet med vederlagsprocenten i andre europæiske lande, ligesom nævnet ikke fandt nogen holdbar begrundelse for, at vederlagsprocenten ved samme musikprocent skulle være højere for tv end for radio.

For så vidt angik minimumsvederlaget tiltrådte nævnet, at den omsætningsbestemte tarif burde suppleres af et minimumsvederlag, som skulle fastsættes på grundlag af musikprocenten og antallet af husstande, der kunne modtage den pågældende tv-kanal. Nævnet fandt, at taksten ved den laveste musikprocent burde være af en sådan størrelse, at Koda kunne få dækket sine administrationsomkostninger men fandt samtidig, at taksten i øvrigt burde stige proportionalt med musikprocenten.

EU-Domstolens dom af 11. december 2008 i sag C-52/07 (STIM-sagen)¹²

EU-Domstolen har i den såkaldte STIM-sag taget stilling til en tvist vedrørende betaling for et forvaltningsselskabs brug af ophavsretligt beskyttede værker.

Sagen angik spørgsmålet om, på hvilke vilkår tv-stationerne Kanal 5 Ltd og TV 4 AB skulle afregne deres brug af ophavsretligt beskyttede værker til det svenske forvaltningsselskab Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM). STIM havde pålagt tv-stationerne betaling af afgifter, der svarede til en procentandel af indtægterne fra deres tv-udsendelser rettet til almenheden, eller alternativt til en andel af deres reklameindtægter og/eller indtægter fra abonnementssalg.

Tv-stationerne havde anført, at de afgifter, som STIM krævede, var udtryk for misbrug af STIM's dominerende stilling i Sverige, hvor STIM har monopol på forvaltning af rettigheder. EU-Domstolen blev stillet fire præjudicielle spørgsmål af den svenske Marknads-domstol:

- "1) Skal artikel 82 EF fortolkes således, at en praksis, hvorefter en ophavsretsorganisation, som har en faktisk monopolstilling i en medlemsstat, i forhold til kommercielle tv-kanaler anvender eller påtvinger en vederlagsmodel for retten til at tilgængeliggøre musik i tv-udsendelser rettet til almenheden, som indebærer, at vederlaget beregnes som en andel af tv-kanalernes indtægter fra sådanne tv-udsendelser rettet til almenheden, udgør misbrug af en dominerende stilling?*
- 2) Skal artikel 82 EF fortolkes således, at en praksis, hvorefter en ophavsretsorganisation, som har en faktisk monopolstilling i en*

¹² Kendelsen kan tilgås via <http://curia.europa.eu>.

medlemsstat, i forhold til kommercielle tv-kanaler anvender eller påtvinger en vederlagsmodel for retten til at tilgængeliggøre musik i tv-udsendelser rettet til almenheden, som indebærer, at vederlaget beregnes som en andel af tv-kanalernes indtægter fra tv-udsendelser rettet til almenheden, når der ikke foreligger en klar forbindelse mellem indtægterne og det, som ophavsretsorganisationen leverer, nemlig tilladelse til fremførelse af ophavsretsbeskyttet musik – hvilket ofte er tilfældet ved f.eks. nyheds- og sportsudsendelser, samt når indtægterne stiger på grund af udvikling af programoversigter, investeringer i teknik og kundetilpassede løsninger – udgør misbrug af en dominerende stilling?

- 3) *Påvirkes besvarelsen af det første eller det andet spørgsmål af den omstændighed, at det er muligt at identificere og kvantificere både den fremførte musik og seertallene?*
- 4) *Påvirkes svaret af det første eller det andet spørgsmål af den omstændighed, at vederlagsmodellen (indtægtsmodellen) ikke anvendes på en tilsvarende måde i forhold til public service-selskaber?"*

EU-Domstolen udtalte, at:

"I det i hovedsagen omhandlede tilfælde bør det således kontrolleres, om de af STIM krævede afgifter står i et rimeligt forhold til den økonomiske værdi af den af denne organisation leverede ydelse, der består i at stille det repertoire af ophavsretligt beskyttede musikværker, som den forvalter, til rådighed for tv-selskaber, der har indgået aftalelicenser med den." (præmis 29).

EU-Domstolen udtalte videre, at:

"Det er i den henseende hensigtsmæssigt at søge en passende balance mellem den interesse, som ophavsmændene til ophavsretligt beskyttede musikværker har i at modtage betaling for tv-udsendelse af disse værker, og tv-selskabernes interesse i at kunne udsende nævnte værker på tv på rimelige vilkår." (præmis 31).

EU-domstolen fandt herefter, at:

"De af STIM anvendte afgiftssatser tager mængden af ophavsretligt beskyttede musikværker, der faktisk er genstand for tv-udsendelse, i betragtning, eftersom – således som de fremgår af forelæggelsesafgørelsen – størrelsen af disse afgifter varierer alt efter ikke blot tv-selskabernes indtægter, men ligeledes mængden af musik, der er genstand for tv-udsendelse." (præmis 39).

"Det kan imidlertid ikke udelukkes, at anvendelse af en sådan afgiftsordning under visse omstændigheder kan udgøre et misbrug, bl.a. når der findes en anden metode, der gør det muligt med større nøjagtighed at identificere og kvantificere udnyttelsen af disse værker samt publikum, og det samme lovlige

formål vil kunne opfyldes ved denne metode, nemlig at sikre forfatternes, komponisternes og musikforlæggerens interesser, uden at der derved sker en uforholdsmæssig forhøjelse af udgifterne til forvaltning af kontrakterne og kontrollen med anvendelsen af de ophavsretlige musikværker.” (præmis 40).

EU-Domstolen konkluderede herefter, at:

”Det første, andet og tredje spørgsmål skal derfor besvares med, at artikel 82 EF skal fortolkes således, at en organisation til kollektiv forvaltning af ophavsrettigheder, som indtager en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet, ikke misbruger denne stilling, når den som vederlag for tv-udsendelse af ophavsretligt beskyttede musikværker i forhold til kommercielle tv-kanaler anvender en afgiftsordning, hvorefter størrelsen af disse afgifter svarer til en andel af disse tv-kanalers indtægter, hvis denne andel samlet set er forholdsmæssig i forhold til mængden af ophavsretligt beskyttede musikværker, der faktisk er genstand for tv-udsendelse eller kan antages at blive det, medmindre der findes en anden metode, der gør det muligt med større nøjagtighed at identificere og kvantificere udnyttelsen af disse værker samt publikum, uden at der derved sker en uforholdsmæssig forhøjelse af udgifterne til forvaltning af kontrakterne og kontrollen med anvendelsen af de nævnte værker.” (præmis 41).

De svenske tv-stationer og det svenske forvaltningsselskab STIM har efter EU-Domstolens dom vedtaget en model for vederlag, der tager højde for det faktiske forbrug af musik og seertal (kendt som ”STIM-modellen”).

6. Forklaringer

Kaare Struve, afdelingschef for Broadcast & Online i Koda, har forklaret bl.a., at en omsætningsbaseret vederlagsafregning er den dominerende model i Europa. Således anvendes et omsætningsbestemt vederlag inden for en lang række kunstformer, der vedrører offentlig fremførelse. Koda har indgået ca. 100 aftaler vedrørende omsætningsbestemt vederlag og ca. 20 aftaler, der også vedrører SVOD-området.

Principperne i Ophavsretslicensnævnets kendelse i TV 2-sagen, der fastsætter et omsætningsbestemt vederlag, er efter hans opfattelse centrale for Kodas forhandlinger og aftaleindgåelse med de aktører, der udbyder SVOD-tjenester i Danmark. Principperne fra TV 2-kendelsen er afspejlet i Kodas aftaler med tilsvarende aktører, der udbyder SVOD-tjenester i Danmark. Viasat og Netflix har ligeledes accepteret, at vederlag afregnes efter principperne i TV 2-kendelsen.

Koda kontaktede HBO Nordic medio 2012, hvor HBO Nordic ikke ønskede at betale et omsætningsbestemt vederlag eller et minimumsvederlag. HBO Nordic ønskede i stedet at betale en ”lump sum” i vederlag. Senere i forhandlingsforløbet tilbød HBO Nordic at betale [REDACTED] i omsætningsbestemt vederlag – og endnu senere [REDACTED]

svarende til den midlertidige a conto-betaling, som parterne sidenhen har aftalt.

HBO Nordic har ikke anerkendt, at principperne fra TV 2-kendelsen kan finde anvendelse på SVOD-området, idet kendelsen efter HBO Nordics mening alene vedrører flow-tv-området. For Koda er sagen central, også for SVOD-området, og da vederlagsprocenten varierer efter musikindholdet, tager modellen højde for forskellige tjenesters forbrug af musik ved offentlig fremførelse.

Under forhandlingsforløbet foreslog HBO Nordic på intet tidspunkt, at afregning skulle ske efter STIM-modellen, der anvendes for flow-tv-markedet i Sverige. Dette er først sket under skriftvekslingen for nævnet. Koda ønsker ikke en afregning ved en fast minutpris ved udregning af vederlag, idet en sådan model er afkoblet fra de bagvedliggende markedsmæssige realiteter. Derudover fører en fastpris/lump sum-model til urimelige resultater.

For så vidt angår eksemplarfremsættelsesrettigheder er der i Kodas aftaler taget højde for frikøb af anglo-amerikanske mekaniseringsrettigheder.

HBO Nordic har under forhandlingerne anført, at HBO Nordic skulle have en lavere vederlagsprocent end andre tjenester, idet HBO-tjenesten angiveligt har en større andel af amerikanske produktioner, hvor mekaniseringsrettighederne er frikøbte, end tilsvarende tjenester i Danmark. Eftersom HBO Nordic havde en højere musikprocent end sammenlignelige tjenester, kunne Koda ikke tilbyde en lavere vederlagsprocent.

Med hensyn til "bundling", hvor adgangen til HBO Nordic sælges sammen med f.eks. et telefonabonnement og dermed tilbydes til en lavere pris, er det Kodas synspunkt, at værdien af musikken er den samme, uanset om HBO Nordic sælger abonnenter til fuld pris eller til rabatpris. Af den årsag har Koda ikke tilbudt HBO Nordic en lavere vederlagsprocent i forhold til HBO Nordics salg til bundlede kunder men fastholdt, at HBO Nordic skal betale omsætningsbestemt vederlag for den fulde salgspris, også selvom salget sker til udsalgspris.

Jakob Vestergaard Hyttel, Juridisk og International chef i Koda, har forklaret bl.a., at Koda har indgået en lang række gensidige repræsentationsaftaler med forvaltningsselskaber i udlandet, og at Koda på den baggrund repræsenterer de pågældende selskabers repertoire i Danmark. Tilsvarende gælder omvendt i udlandet.

Gensidighedsaftalerne er af ældre dato og nævner ikke direkte SVOD-området, men i praksis fortolkes de vidtgående, således at al offentlig fremførelse er omfattet af repræsentationsaftalerne. I praksis er samarbejdet fulgt med tiden ud fra en fælles forståelse om forvaltning og licensering af rettigheder. Koda opkræver således vederlag i Danmark i henhold til repræsentationsaftalerne og udbetaler således vederlag til de amerikanske forvaltningsselskaber. Således repræsenterer Koda i sagen de amerikanske rettighedshavere til den musik, som anvendes i HBO Nordics tjeneste. Koda har dog ikke repræsentationsaftaler med alle amerikanske

forvaltningsselskaber.

Der har ikke været praksis for at ændre aftalerne i forbindelse med den teknologiske udvikling, eksempelvis SVOD-området, og samarbejdet er baseret på den brede fortolkning af offentlig fremførelse.

Malte Andreasson, der var chefforhandler for svensk TV4, da STIM-modellen blev indført, har forklaret bl.a., at STIM-modellen blev indført under forhandlinger mellem det svenske forvaltningsselskab STIM og flow-tv-udbydere. Det var STIM, der kom med første udkast til STIM-modellen under forhandlingerne.

STIM-modellen tager udgangspunkt i det aktuelle forbrug/den faktiske sening af beskyttet musik for tv-udbydere, idet der er fastsat en pris pr. minut. Der er ikke tale om en lump sum-model, og modellen er ganske let at administrere for de svenske tv-udbydere og for STIM.

STIM-modellen er en konsumptionsmodel, hvor programmernes kvalitet er indregnet i y-aksen, idet den faktiske sening er udtryk for programmernes popularitet. For de svenske tv-stationer, der anvender STIM-modellen, noteres den forbrugte musik automatisk i STIM's database, og oplysninger om sendte programmer indberettes af tv-stationerne. For SVOD-udbydere gælder det særlige, at SVOD-udbydere både modtager oplysninger om sening og oplysninger om den forbrugte musik i tjenesten, som således kan indberettes direkte til forvaltningsselskaberne. STIM-modellen er således en teknologi- og indholdsneutral model, og satserne indeksreguleres hvert år. Modellen blev indført for flow-tv-markedet i Sverige som følge af EU-Domstolens afgørelse i sag C-52/07 mellem de svenske tv-selskaber og det svenske forvaltningsselskab STIM.

Tobias Andersson, Deputy General Counsel i HBO Nordic, har forklaret bl.a., at HBO Nordic er indstillet på at betale for den offentlige fremførelse i Danmark, som HBO Nordics SVOD-tjeneste foretager, men at Koda var meget strenge i sine krav. Der skete ingen reel forhandling, og Koda fastholdt fra første færd, at HBO Nordic skulle betale et fast omsætningsbestemt vederlag på 3 %. Koda forklarede under forhandlingerne, at denne tarif på 3 % var fast for SVOD-markedet i Danmark, men Koda oplyste intet om det bagvedliggende ræsonnement for tariffen.

HBO Nordic tilbød under forhandlingerne at betale et omsætningsbestemt vederlag på [REDACTED] som er det niveau, de svenske udbydere af premium pay-tv-tjenester med film og tv betaler for offentlig fremførelse i Sverige for sådanne tjenester. Dette afviste Koda og fastholdt, at tariffen i Danmark var 3 % for SVOD-tjenester.

Da forhandlingerne trak ud, blev parterne enige om at indgå en midlertidig aftale om a conto-betaling for HBO Nordic-tjenesten i Danmark ud fra et omsætningsbestemt vederlag på [REDACTED] HBO Nordic fastsatte denne vederlagsprocent ud fra Kodas tilbudte 3 %, men fratrukket [REDACTED] svarende til [REDACTED]

Koda har først under nævnssagen anført, at tariffen på 3 % er baseret på

Ophavsretslicensnævnets kendelse i TV 2-sagen. HBO Nordic har hertil anført, at SVOD-markedet ikke eksisterede i 2008, da nævnet afsagde den pågældende kendelse.

Med hensyn til Kodas krav om minimumsbetaling forsøgte HBO Nordic at få et svar fra Koda om baggrunden for udregningen af minimumsvederlaget på 1,79 kr. pr. abonnent pr. måned. Koda oplyste i den forbindelse, at det var en fast takst, der ikke kunne forhandles.

Størrelsen af minimumsvederlaget i de tilfælde, hvor HBO Nordic sælger adgang til tjenesten via bundlede salg, vil udgøre en så stor del af omsætningen for disse abonnemeter, at prisen er urimelig.

Jan Rosén, emeriteret professor i jura ved Stockholms Universitet, har forklaret bl.a., at det ifølge EU-Domstolen er i overensstemmelse med svensk ret, at forvaltningsselskaberne opkræver et omsætningsbestemt vederlag. Han mener, at dette også vil gælde for SVOD-markedet.

EU-Domstolens udtalelse om en alternativ beregningsmetode gælder alene en omsætningsbaseret model, ikke nye alternative modeller. Deraf følger, at såfremt der kan findes en alternativ beregningsmetode, der kan præcisere en omsætningsbaseret model, skal denne metode anvendes.

Bo Vesterdorf, tidligere retspræsident ved De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans, har forklaret bl.a., at EU-Domstolens dom C-52/07 ikke bør overfortolkes, idet der er tale om en præjudiciel afgørelse, som tager udgangspunkt i fakta fra den nationale domstol, der har stillet spørgsmålene.

Han læser afgørelsens præmis 41 således, at det ikke er i strid med EU-retten, at medlemsstater har indrettet sig på en sådan måde, at kollektive forvaltningsorganisationer opkræver vederlag på vegne af rettighedshaverne ud fra en omsætningsbestemt vederlagsafregning, så længe der er et rimeligt forhold mellem ydelsen, der leveres fra forvaltningsorganisationen, og betalingen herfor, men at dette ikke gælder, hvis der findes en mere nøjagtig metode, der afstemmer den faktiske brug, og som ikke medfører ekstra omkostninger eller administration.

EU-Domstolen har med anvendelsen af ordet "medmindre" i dommens præmis 41 anvendt et proportionalitetsprincip, der er et grundlæggende EU-retligt princip. Dommen udtrykker intet om hovedregler eller undtagelser. Den skal læses som et svar på et konkret spørgsmål fra en national ret, der omhandler "STIM-modellen".

Den alternative metode, som omtales i dommen, skal ikke nødvendigvis være en omsætningsbestemt vederlagsafregning, idet det handler om at finde den bedste metode. Hvis en sådan metode findes, skal denne anvendes af medlemsstaterne.

7. Parternes anbringender

Koda har til støtte for sin påstand om betaling af et omsætningsbestemt vederlag gjort gældende bl.a.:

- at Kodas repertoire indgår som et ikke uvæsentligt element i den ydelse, HBO Nordic sælger;
- at et vederlag beregnet som en procentdel af HBO Nordics omsætning, hvori Kodas repertoire indgår, er velegnet som målestok for den aktuelle markedsværdi af Kodas repertoire, særligt set under hensyn til at Kodas vederlagsprocent reguleres i forhold til musikindholdet i HBO Nordics tjeneste;
- at den omsætningsbestemte vederlagsmodel er anerkendt i en lang række af Ophavsretslicensnævnets afgørelser i relation til bl.a. tv-stationer og at princippet både på tv-området og på andre områder er godkendt af EU-Domstolen;
- at Kodas repertoire indgår i HBO Nordics tjeneste i mindst lige så høj grad som Kodas repertoire indgår i tv-stationers udsendelser, således at de anførte afgørelser i væsentligt omfang støtter, at en omsætningsbestemt vederlagstarif bør finde anvendelse i forhold til HBO Nordic;
- at praktisk taget alle andre aktører på området for abonnementsbaseret video on demand, og på området for transaktionsbaseret video on demand, har indgået aftaler, som indeholder et princip om omsætningsbestemt vederlag;
- at omsætningsbestemte modeller anvendes som den almindelige tarifmodel i Europa på tv-området med undtagelse Sverige og England;
- at der ikke er relevante forskelle mellem det audiovisuelle indhold i flow-tv-kanaler set under et og SVOD;
- at den generelle udvikling på tv markedet indebærer, at der en stadig større del af seningen sker på SVOD-tjenester på bekostning af sening på flow-tv-kanaler, og at SVOD-tjenesterne derfor konkurrerer med tv stationerne om de samme seere;
- at der ikke er forskelle mellem de anvendte distributionsformer for SVOD og flow-tv, der kan begrunde, at Koda ikke skal anvende TV 2-modellen både for SVOD og flow-tv, og at der ved anvendelse af TV 2-modellen ikke bør ske fradrag for HBO Nordics distributionsomkostninger;
- at STIM-dommens hovedregel om, at omsætningsbestemt vederlag ikke er urimeligt, ikke skal fraviges på grund af eksistensen af STIM-modellen, fordi:
 - STIM-modellen er den omsætningsbestemte vederlagsmodel underlegen på tv-området, hvad angår evne til at fastsætte en værdi af Kodas rettigheder svarende til prisdannelsen i fri konkurrence,
 - STIM-modellen bygger på en forudsætning om, at Kodas vederlag pr. set musikminut skal være det samme i enhver brugssituation, hvilket vil føre til vederlag der er frakoblet enhver markedsmæssig realitet og vil give urimelige resultater især for tjenester i det lavere prissegment,
 - STIM-modellen generelt - også teknisk - er helt uanvendelig på SVOD området, hvor anvendelse af modellen ville føre til absurde resultater,
- at man selv i Sverige, hvorfra STIM-modellen stammer, ikke anvender denne på

SVOD-området, men at man tværtimod i Sverige anvender en omsætningsbaseret model på SVOD området;

- at der derfor samlet set ikke er sådanne afgørende forskelle mellem SVOD og flow-tv, at det er urimeligt at anvende vederlagsprincipperne i TV 2-kendelsen på HBO Nordics SVOD-tjeneste;
- at Koda derfor ikke kan forpligtes til at anvende en sådan model på SVOD-aftaler.

Til støtte for størrelsen af det omsætningsbestemte vederlag gør Koda bl.a. gældende:

- at en procentuel vederlagssats, beregnet som 0,0775 gange den aktuelle musikprocent, er en etableret og af Ophavsretslicensnævnet godkendt beregningsmodel for størrelsen af Kodas omsætningsbestemte vederlag i relation til offentlig fremførelse af Kodas rettigheder i audiovisuelle produktioner i tv;
- at der for fremførelsesrettigheder ikke er grundlag for at sætte vederlagfaktoren anderledes for området abonnementsbaseret video on demand end for tv;
- at der efter Ophavsretslicensnævnets faste praksis på radio- og tv-området ikke tillades fradrag for distributions-, salgs- og markedsføringsomkostninger;
- at der ikke er sådanne forskelle mellem de anvendte distributionsformer for SVOD og flow-tv, der kan begrunde at HBO Nordic tillades fradrag for distributionsomkostninger;
- at Koda har en etableret aftalepraksis på områderne transaktions- og abonnementsbaseret video on demand, der følger de overordnede principper bag Kodas principale påstand;
- at vederlaget på DVD området ikke er velegnet som sammenligningsgrund på grund af store forskelle i distributionsform og forretningsmodel. Der er tværtimod tungtvejende argumenter for en vederlagsprocent for SVOD, som er højere end vederlagsprocenten for fysisk DVD-distribution.

Koda har endvidere under sagen afgivet en proceserklæring med følgende indhold:

"For nu ikke at diskriminere HBO i forhold til de andre SVOD-tjenester, som har indgået aftaler, der ikke nødvendigvis rammer de vederlagsprocenter Koda påstår i denne sag, så kan Koda erklære, at vederlagsprocenten i et omsætningsbestemt vederlag ikke vil kunne overstige 3 %, inklusive dansk brug af eksemplar-fremstillingsrettigheder, fra HBO's start i 2012 og frem til udgangen af 2018. Dette er en bindende proceserklæring."

Proceserklæringen er afgivet under den forudsætning, at Koda får medhold i sine påstande om et omsætningsbestemt vederlag, og erklæringen bortfalder, hvis der ved fastsættelsen af vederlaget indgår andre faktorer end omsætningen.

Koda har til støtte for princippet om og størrelsen af et minimumsvederlag gjort gældende bl.a.:

- at det er en direkte følge af ophavsretslovens § 2, at den tilrådighedsstillelse, der sker blot ved at HBO Nordic giver brugerne adgang til brug af Kodas værker, er

omfattet af ophavsmandens eneret og derfor kræver en tilladelse, der kan kræves vederlag for;

- *at* det er rimeligt, at Koda kræver et vederlag for at meddele HBO Nordic tilladelse til at etablere en indtjeningsmulighed ved at stille Kodas repertoire til rådighed for sine brugere;
- *at* det er rimeligt at Koda modtager vederlag selvom, HBO Nordic i en periode måtte vælge, f.eks. af markedsføringsmæssige årsager, ikke at opkræve vederlag eller at opkræve et meget lavt vederlag;
- *at* princippet om Kodas krav om vederlag for tilrådighedsstillelse i form af et minimumsvederlag er fastslået af Ophavsretslicensnævnet i en række sager, herunder i sag nr. 106;
- *at* brug af minimumsvederlag er en fast etableret praksis, som generelt er accepteret i markedet;
- *at* minimumsvederlaget som angivet i Kodas principale påstand er rimeligt fastsat under hensyn til den udsalgspris, som er gældende for tilsvarende tjenester på det danske marked;
- *at* det er rimeligt og i overensstemmelse med Ophavsretslicensnævnets praksis, at størrelsen af minimumsvederlaget også afhænger af musikprocenten;
- *at* den aftalepraksis, som Koda har etableret inden for abonnementsbaseret video on demand konsistent indeholder minimumsvederlag, der er sammenlignelige med de minimumsvederlag, der følger af Kodas principale påstand;
- *at* minimumsvederlaget som påstået er en nødvendig tilpasning af minimumsvederlaget i TV 2-kendelsen.

Koda har til støtte for sin påstand vedrørende HBO Nordics bundling-salg gjort gældende bl.a.:

- *at* de vederlag, som HBO Nordic opnår fra tredjemand, når HBO Nordics tjeneste sælges sammen med andre produkter, ikke er udtryk for normale markedspriser i slutbrugerleddet og dermed ikke er en velegnet målestok for værdien af Kodas rettigheder;
- *at* de lavere vederlag, HBO Nordic opnår fra tredjemand modsvares af modydelse fra tredjemand i form af marketing, distribution og salgsbistand, og at der efter Ophavsretslicensnævnets faste praksis ikke ville være givet fradrag for sådanne omkostninger, såfremt HBO Nordic selv havde afholdt disse;
- *at* hensyntagen hertil mest enkelt sker ved at ansætte bundlede abonnementer til HBO Nordics normale slutbrugerpris;
- *at* grundlaget for Kodas beregning af det omsætningsbestemte vederlag derfor skal baseres på de normale markedspriser i slutbrugerleddet, når HBO Nordic vælger at sælge sin tjeneste sammen med andre produkter;
- *at* minimumsvederlaget ved HBO Nordics direkte salg til slutbrugerne finder tilsvarende anvendelse.

HBO Nordic har til støtte for sin frifindelsespåstand over for Kodas påstand om betaling af et omsætningsbestemt vederlag gjort gældende bl.a.:

- *at* vederlagskravet iht. Kodas påstand ikke tidligere har været anvendt i forhold

til nogen anden udbyder af SVOD-tjenester, og heller ikke har været fremsat over for HBO Nordic forinden nærværende sag startede;

- at der ikke har været nogen reel forhandling mellem parterne vedrørende vederlagskravet, idet Koda blot har udstukket en række ensidigt fastlagte vilkår;
- de af Koda indgåede SVOD-aftaler ikke angiver et indikativt niveau for et rimeligt vederlag for offentlig fremførelse, idet Koda gennem hele forhandlingsforløbet har argumenteret for, at vederlaget på 3 pct. var udtryk for en fast standard, som var aftalt i markedet, at disse 3 pct. indeholdt vederlag for både offentlig fremførelse og eksemplarfremsættelse, og at Koda – grundet konkurrenceretlige regler – ikke kunne fravige denne standard til skade for andre SVOD-udbydere;
- at bevisbyrden for, at vederlaget er urimeligt, er vendt om og er Kodas, idet Koda under forhandlingsforløbet ikke har skabt den fornødne klarhed over, hvorledes vederlagskravet er opgjort. Koda skal således bevise, at vederlagskravet er rimeligt;
- at regneeksempler viser, at der ingen sammenhæng er mellem betalt vederlag og brugen af beskyttet musik efter Kodas model, samt at ved Kodas model ville HBO Nordic alt andet lige betale et vederlag pr. musikminut flere gange højere end eksempelvis TV 2, hvilket er diskrimination, jf. TEU art. 102;
- at Koda ikke har løftet bevisbyrden for, at vederlagskravet over for HBO Nordic ikke er urimeligt;
- at et rimeligt vederlag skal fastsættes ud fra værdien af den konkrete brug af musikken i det konkrete værk (f.eks. serier, film, m.v.);
- at det vederlag, Koda kræver, er urimeligt jf. ophavsretslovens § 75a, stk. 3, idet vederlagskravet alene er baseret på HBO Nordics omsætning og en angiven musikprocent og ikke på baggrund af en opgjort værdi af den faktiske brug af den beskyttede musik samt publikum;
- at Koda i medfør af sin dominerende stilling på det relevante marked er forpligtet til at anvende en anden vederlagsmodel end den omsætningsbaserede vederlagsmodel, idet en sådan anden og mere retvisende model findes, og at det modsatte er misbrug af Kodas dominerede stilling, jf. EU-Domstolens dom i sag C-52/07 (STIM-sagen) samt ophavsretslovens § 52a;
- at det vederlag, som Koda skal opkræve, udelukkende skal opgøres på grundlag af det faktiske forbrug af beskyttede værker, som Koda har opkrævningsretten for, og den økonomiske værdi, som disse konkret repræsenterer i HBO Nordics tjeneste, i forhold til omfanget af publikum, som rent faktisk ser det indhold i tjenesten, hvor værkerne indgår;
- at det svenske kollektive forvaltningsselskab STIM's 2010 TV Tariff (STIM-modellen) fuldt ud kan anvendes i forbindelse med SVOD-tjenester i Danmark, idet metoden ikke fører til en forhøjelse af omkostningerne til administration, kontrakter og/eller kontrol af brugen af de relevante værker, og idet antallet af sendetimer med rimelighed kan oversættes til antal timer af indhold, som er tilgængeligt i HBO Nordics tjeneste;
- at STIM-modellen leder frem til et teknologineutralt og transparent fastlagt vederlag;
- at STIM-modellen er fair og ikke-diskriminerende, idet dens omdrejningspunkt er en pris per set minut musik, hvilket tillader forvaltningsselskabet at behandle

sammenlignelige tjenester på samme måde, herunder betalingstjenester samt kommercielle og public service kanaler;

- at såfremt en omsætningsbestemt tarif skal anvendes, kan principperne fra TV2-sagen ikke anvendes, idet et omsætningsbestemt vederlag (og minimumsvederlag) i TV2-sagen blev fastsat i lyset af, at TV2 som led i sin tjeneste (flow-tv) ubegrænset stiller værker til rådighed for et ikke nærmere defineret publikum. Ved en omsætningsbaseret vederlagsmodel vides det således ikke med sikkerhed, hvem der ser TV2s programmer og hvor længe og hvornår;
- at TV2s flow-tv tjeneste, som TV2-tariffen er baseret på, ikke uden videre er sammenlignelig med HBO Nordics SVOD-tjeneste, idet
 - Traditionelle kommercielle tv-kanaler (flow-tv), såsom TV2 og kanal 5 (SBS), finansieres via salg til erhvervsdrivende af reklameplads og via betalinger fra tv-distributørerne. Der er således tale om et B2B marked, hvor tv-kanalerne ikke har noget direkte aftaleforhold med forbrugerne;
 - SVOD-tjenester er primært et B2C marked, hvor serviceudbyderen (såsom HBO Nordic) indgår aftaler med og leverer sin tjeneste direkte til forbrugerne;
 - Det vederlag, som Koda oppebærer fra de traditionelle tv-kanaler, er p.t. baseret på disses omsætning på grossistniveau. En betragtelig del af denne omsætning stammer fra tv-distributørernes betaling til tv-kanalselskaberne for de enkelte kanaler. En sådan betaling findes ikke, når HBO Nordic sælger sin SVOD-tjeneste til forbrugere. I det tilfælde er det i stedet HBO Nordic selv, som varetager både den tekniske leverance og de administrative opgaver med at indgå og varetage aftaleforholdet med de enkelte forbrugere;
 - Betalingen fra forbrugerne til SVOD-tjenesterne vedrører derfor ikke kun den musikalske værdi af SVOD-tjenestens programindhold, idet en del af betalingen også modsvarer nævnte tekniske leverance- og administrationsomkostninger. Såfremt de traditionelle tv-kanaler og SVOD-tjenesterne afkræves samme omsætningsbestemte vederlag af Koda, vil SVOD-tjenesternes betaling dermed reelt være højere end de traditionelle tv-kanalers betaling per konsumeret minutmusik. En beregningsmetode, som ikke tager højde for denne faktuelle forskel, vil diskriminere mellem forskellige distributionsformer og dermed være urimelig.
- at HBO Nordic og TV2 ikke opererer på samme relevante produktmarked. HBO Nordic tilbyder indhold inden for et meget mindre og stærkt fokuseret delsegment, nemlig (primært anglo-amerikanske) serier, film og dokumentarer. Dette er et meget snævrere segment end det meget brede "indholdsunivers", som TV2 tilbyder (dvs. egenproducerede samt indkøbte danske og udenlandske nyheder, sport, brede og mere specialiserede underholdningsprogrammer, børneunderholdningsprogrammer, debatprogrammer, musik, natur, film, serier, dokumentarer, etc.). HBO Nordic tilbyder således et andet produkt i forhold til TV2;
- at Koda dermed ikke med rette kan påstå, at principperne fra TV 2-sagen uden videre kan finde anvendelse på SVOD-tjenester, herunder HBO Nordic, jf. Konkurrencerådets afgørelse af 27. september 2017 om SE's køb af Boxer, hvor Konkurrencerådet konkluderer, at traditionelle tv-produkter og streamingtjenester ikke kan anses for at være på samme produktmarked;

- *at* et rimeligt vederlag for HBO Nordics SVOD-tjeneste bør baseres på principperne fra STIM-sagen, idet principperne fra TV 2-sagen ikke kan finde anvendelse;
- *at* såfremt en omsætningsbestemt tarif skal anvendes, bør størrelsen af vederlaget fastsættes med udgangspunkt i NCB-tariffen og således ikke overstige 1,9 pct. af HBO Nordics abonnementsindtægter;
- *at* såfremt en omsætningsbestemt tarif skal anvendes, har Koda ikke dokumenteret at have rettighederne til at opkræve vederlag for de værker, som bruges på HBO Nordics tjeneste;
- *at* såfremt en omsætningsbestemt tarif skal anvendes, skal nævnet tage hensyn til eksemplarfremsættelsesrettighederne - selv ved fastsættelsen af et vederlag for offentlig fremførelse;
- *at* såfremt en omsætningsbestemt tarif skal anvendes, skal nævnet tage hensyn til, hvor i distributionskæden omsætningen skal bedømmes;
- *at* beregningsgrundlaget for den omsætningsbestemte tarif, dvs. omsætningen, skal reduceres med op til ■ pct. for den del af indtægten, som hidrører fra direkte salg til slutbrugeren, således at beregningen foregår på grossistniveau.

HBO Nordic har til støtte for sin frifindelsespåstand over for Kodas påstand om betaling af minimumsvederlag gjort gældende bl.a.:

- *at* Koda ikke er berettiget til at opkræve minimumsvederlag, idet Koda under alle omstændigheder er sikret et rimeligt vederlag, da der er direkte sammenhæng mellem indtjeningen fra HBO Nordics SVOD-tjeneste og det antal abonnenter, der har adgang til og bruger indholdet. Dette er uafhængigt af, hvilken beregningsmodel nævnet måtte finde er rimelig;
- *at* formålet med minimumsvederlag i Ophavsretslicensnævnets tidligere sager, herunder TV2-sagen, var, at Koda skulle kompenseres i tilfælde af, at TV2 ikke konkret formåede at generere tilstrækkelig indtjening til trods for, at den beskyttede musik blev udsendt bredt til alle danske husstande, uden at disse betalte for modtagelsen;
- *at* dette ikke kan sidestilles med HBO Nordics udsendelse via SVOD-tjenesten, hvor HBO Nordics omsætning netop er direkte proportional med antallet af modtagere og den konkrete udbredelse;
- *at* den af Koda krævede minimumstarif er urimeligt høj, såvel til sammenligning med minimumsvederlaget opkrævet over for TV2 og i forhold til HBO Nordics reelle omsætning pr. abonnent, idet fastsættelsen af minimumsvederlaget medfører, at HBO Nordic ikke frit kan sænke sin videresalgspris eller have såkaldt "free trial", som andre SVOD-tjenester har det uden, at minimumstariffen finder anvendelse, hvilket strider mod forbuddet mod at sætte bindende minimumspriser i artikel 101 TEUF og i Konkurrencelovens § 6;
- *at* Koda på intet tidspunkt i skriftvekslingen har forklaret, hvordan minimumsvederlaget er blevet fastsat samt, hvorfor dette har varieret så betydeligt i de fem fremlagte indgåede SVOD-aftaler med andre udbydere;
- *at* såfremt der efter Ophavsretslicensnævnets opfattelse skal fastsættes et minimumsvederlag, skal dette derfor under alle omstændigheder reduceres markant i forhold til Kodas påstand 2;

- at minimumsvederlaget under alle omstændigheder ikke skal overstige [REDACTED] [REDACTED] per måned for hele det repertoire, som er tilgængeligt på HBO Nordics tjeneste, eftersom dette beløb vil være i overensstemmelse med markedsstandard. Subsidiært skal minimumsvederlaget ikke overstige de årlige minimumsvederlag, som blev fastsat i TV2-sagen, dvs. DKK [REDACTED] per husholdning per år (givet en musikprocent mellem [REDACTED] %).

HBO Nordic har til støtte for sin frifindelsespåstand over for Kodas påstand vedrørende HBO Nordics bundling-salg gjort gældende bl.a.:

- at Koda ikke er berettiget til at afkræve HBO Nordic et vederlag for såkaldt "bundling" som en fiktiv indtægt. En fiktiv indtægt, der ikke modsvarer af tilsvarende, faktiske overførsler af værdier, som i normale handelsforhold. Opkrævning af vederlag på grundlag af rettigheder, der ikke haves, udgør en overtrædelse af artikel 102 TEUF, jf. Europa-Kommissionens beslutning i sag VI/71.224 – GEMA, EFT 1971/L 134/15;
- at HBO Nordic ikke foretager salg af abonnemeter i kombination med andre produkter (HBO Nordic sælger ikke andre produkter end sine egne), men derimod benytter sig af forskellige distributionsformer for at sælge sine produkter, herunder salg via uafhængige distributører, der herefter bruger HBO Nordics produkt som en del af en større pakke ved videresalg til brugerne;
- at Koda har bekræftet, at Koda ikke tidligere har krævet betaling af vederlag for bundling på grundlag af fiktive salgspriser for abonnemeter. Af denne grund udgør bundling-kravet i nærværende sag en yderligere usaglig og urimelig forskelsbehandling af HBO Nordic i forhold til andre SVOD-tjenesteudbydere. Heller ikke på andet grundlag er der hjemmel til at opkræve et vederlag baseret på HBO Nordics hypotetiske indtægter;
- at et bundlingvederlag ikke er sammenligneligt med "barter-indtægter" som påstået af Koda. Kodas argumentation er vildledende. Situationen med radiostationers gensidige udveksling af reklameydelser kan ikke sammenlignes med nærværende situation. HBO Nordic har ikke "købt" eller "udvekslet" ydelser fra/med sine distributører, men sælger et produkt til sine distributører, som herefter videresælger dette sammen med andre af dennes produkter;
- at det som Kodas påstand er nedlagt ikke er muligt for nævnet at fastsætte størrelsen af noget vederlag, der afkræves HBO Nordic;
- at Koda ikke har anmodet om og ikke har grundlag for at anmode om, at nævnet skal afgive en generel vurdering af, hvornår indhold fra en tjenesteudbyder, der tilgængeliggøres via tredjemand, skal anses for offentlig fremførelse fra den oprindelige tjenesteudbyder.

8. Ophavsretslicensnævnets bemærkninger

8.1. Sagens temaer og parternes hovedsynspunkter

Hovedspørgsmålet i sagen angår størrelsen af det vederlag, som HBO Nordic skal betale til Koda for den offentlige fremførelse af det repertoire af ophavsretligt

beskyttede musikværker, som Koda forvalter rettighederne til, i den abonnementsbaserede video on demand-tjeneste (SVOD-tjeneste) HBO Nordic i Danmark.

Kodas hovedsynspunkt er, at principperne fastlagt i Ophavsretslicensnævnets kendelse af 26. juni 2008 i sag 106 (TV 2-sagen) skal finde anvendelse også på SVOD-tjenester, således at vederlaget for fremførelsesrettigheder i HBO Nordics SVOD-tjeneste skal beregnes på samme måde som for flow-tv. I TV 2-sagen fandt Ophavsretslicensnævnet, at TV 2 skulle betale et omsætningsbestemt vederlag til Koda på grundlag af en omsætningsbestemt tarif multipliceret med musikprocenten og suppleret af et minimumsvederlag fastsat på grundlag af den årlige musikprocent og antallet af husstande, der kunne modtage den pågældende tv-kanal ("TV 2-modellen").

I denne sag har Koda på den nævnte baggrund anført, at HBO Nordic skal betale det højeste beløb af (i) et vederlag beregnet på grundlag af omsætningen og (ii) et minimumsvederlag pr. abonnent pr. måned, og at beregningsgrundlaget for abonnementsindtægten udelukkende skal være de abonnementssatser, som HBO Nordic har anvendt ved normalt salg af tjenesten direkte til abonnenter. Der skal således ifølge Koda ikke tages hensyn til, at HBO Nordic modtager et lavere vederlag i de tilfælde, hvor selskabets produkt sælges gennem distributører, der lader HBO Nordics produkt indgå i en "pakke", som sælges til forbrugerne ("bundling").

HBO Nordic har som sit hovedsynspunkt anført, at det vederlag, som HBO Nordic skal betale til Koda, udelukkende skal opgøres på grundlag af det faktiske forbrug af beskyttede værker, som Koda forvalter rettighederne til, og den økonomiske værdi, som disse værker konkret repræsenterer i HBO Nordics tjeneste i Danmark i form af seere, der faktisk ser det indhold, som indeholder værkerne. HBO Nordic har til støtte for sit hovedsynspunkt bl.a. henvist til EU-Domstolens dom af 11. december 2008 i sag C-52/07 og anført, at der findes en anden metode, der gør det muligt med større nøjagtighed at identificere og kvantificere udnyttelsen af ophavsretsbeskyttede værker samt publikum. Der skal ifølge HBO Nordic desuden tages hensyn til, at selskabet modtager et mindre vederlag ved salg som led i bundling-ordninger.

Udover spørgsmålet om størrelsen af vederlaget er parterne uenige om en række øvrige vilkår, som Koda har stillet i forbindelse med hensyn til HBO Nordics brug af Kodas repertoire i forbindelse med HBO Nordics SVOD-tjeneste.

8.2. Den retlige ramme for Ophavsretslicensnævnets bedømmelse

Det fremgår af ophavsretslovens § 75 a, stk. 3, at Ophavsretslicensnævnet kan fastsætte vilkårene for offentlig fremførelse af musikværker, hvis en organisation, der er godkendt til at forvalte ophavsrettigheder, stiller urimelige vilkår for at meddele tilladelse til offentlig fremførelse. Efter forarbejderne til bestemmelsen bør rimelighedsbedømmelsen foretages ud fra en samlet vurdering af den konkrete sags omstændigheder, idet der ved afgørelsen bl.a. bør lægges vægt på almene samfundsmæssige hensyn samt konkurrenceretlige hensyn, herunder princippet om

ikke-diskriminering.

Det følger af EU-Domstolens dom af 11. december 2008 i sag C-52/07, at en organisation til kollektiv forvaltning af ophavsrettigheder, som indtager en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet, ikke misbruger denne stilling, når den som vederlag for tv-udsendelse af ophavsretligt beskyttede musikværker i forhold til kommercielle tv-kanaler anvender en afgiftsordning, hvorefter størrelsen af afgifterne svarer til en andel af disse tv-kanalers indtægter, hvis denne andel samlet set er forholdsmæssig i forhold til mængden af ophavsretligt beskyttede musikværker, der faktisk er genstand for tv-udsendelse eller kan antages at blive det. Dette forudsætter dog, at der ikke findes en anden metode, der gør det muligt med større nøjagtighed at identificere og kvantificere udnyttelsen af disse værker samt publikum, uden at der derved sker en uforholdsmæssig forhøjelse af udgifterne til forvaltning af kontrakterne og kontrollen med anvendelsen af de nævnte værker, jf. dommens præmis 41.

8.3. Nævnets bemærkninger vedrørende opgørelse af vederlaget

Det spørgsmål, som Ophavsretslicensnævnet skal tage stilling til, er herefter, om den vederlagsmodel, som Koda mener bør finde anvendelse (betegnet TV 2-modellen), er urimelig i den forstand, udtrykket er anvendt i ophavsretslovens § 75 a, stk. 3. I rimelighedsbedømmelsen indgår bl.a., om modellen må anses for at stride mod konkurrenceretlige regler.

Koda har ikke bestridt, at Koda indtager en dominerende stilling på det relevante marked, og de kriterier, der er fastsat ved Domstolens dom af 11. december 2008 i sag C-52/07, finder således anvendelse.

Der skal derfor tages stilling til, om HBO Nordic har anvist en metode, som gør det muligt med større nøjagtighed end tilfældet er med TV 2-modellen at identificere og kvantificere udnyttelsen af det repertoire af ophavsretligt beskyttede musikværker, som Koda forvalter rettighederne til. Hvis dette er tilfældet, skal der tages stilling til, om HBO Nordics metode må antages at medføre en uforholdsmæssig forhøjelse af udgifterne til forvaltning af kontrakterne og kontrollen med anvendelsen af værkerne.

Nævnet lægger efter det, som HBO Nordic har anført, og som bl.a. støttes af Malte Andreassons forklaring, der ikke er blevet imødegået af Koda, til grund, at den teknologi (metode), som HBO Nordic anvender i forbindelse med sin SVOD-tjeneste gør det muligt med større nøjagtighed end tilfældet er med TV 2-modellen at identificere og kvantificere både den faktiske brug (udnyttelse) af musik i SVOD-tjenesten og brugerne heraf. HBO Nordic registrerer således både forbruget af tjenestens indhold og antallet af brugere (abonnenter), og disse registreringer vil kunne indberettes direkte til Koda. Det bemærkes herved, at TV 2-modellen er blevet til i en tid, hvor der ikke fandtes SVOD-tjenester, og hvor den teknologiske udvikling i øvrigt ikke gjorde det muligt at indhente nøjagtige oplysninger om forbrug og forbrugeradfærd.

Nævnet lægger efter oplysningerne i sagen endvidere til grund, at brugen af den beskrevne, mere præcise metode ikke kan antages at medføre en uforholdsmæssig forhøjelse af udgifterne til forvaltning af og kontrol med de aftaler og rettigheder, som Koda forvalter.

Ved den samlede vurdering, som nævnet skal foretage efter ophavsretslovens § 75 a, lægger nævnet i øvrigt vægt på, at der er et rimeligt forhold mellem det vederlag, der skal betales, og den økonomiske værdi af den af ydelse, som Koda leverer ved at gøre det repertoire af ophavsretligt beskyttede musikværker, som Koda forvalter rettighederne til, tilgængeligt for HBO Nordics SVOD-tjeneste i Danmark.

Nævnet er af den opfattelse, at HBO Nordics samlede abonnementsindtægter afspejler værdien af de musikværker, der er på tjenesten, og at dette parameter derfor også bør indgå i en fastsættelse af den økonomiske værdi af den ydelse, som de ophavsretligt beskyttede musikværker på HBO Nordics tjeneste repræsenterer.

I den forbindelse må det dog efter nævnets opfattelse tages i betragtning, at værdien af HBO Nordics tjeneste, som afspejlet i abonnementsindtægterne, til dels kan henføres til den særlige brugerplatform, som HBO Nordic stiller til rådighed for sine brugere.

Endelig lægger nævnet vægt på, at den blotte tilsidststilling af repertoire af ophavsretligt beskyttede musikværker, som Koda forvalter rettighederne til, i sig selv har en værdi uafhængigt af abonnementsindtægterne og uanset den faktiske brug af tjenesten.

På denne baggrund finder nævnet, at det vederlag, som HBO Nordic skal betale til Koda, skal opgøres med inddragelse af følgende tre elementer: (i) det faktiske forbrug af beskyttet musik, (ii) HBO Nordics omsætning og (iii) en grundbetaling pr. abonnent ("grundbetaling"), jf. nærmere nedenfor.

I overensstemmelse med afgrænsningen af sagen foretaget under pkt. 4 ovenfor, indgår i grundlaget for nævnets beregning af et rimeligt vederlag kun tal fra HBO Nordics distribution via egen platform (direkte salg) og salg gennem teleoperatører i form af bundling.

Med hensyn til andelen af musik i HBO Nordics tjeneste er nævnet opmærksom på, at Koda og HBO Nordic har forskellige opfattelser af størrelsen af musikprocenten. Ved fastsættelsen af et rimeligt vederlag har nævnet lagt den musikprocent på [redacted] til grund, som HBO Nordic under sagen har oplyst, og hvis rigtighed nævnet ikke har grundlag for at betvivle.

Ved fastsættelsen af vederlagets størrelse er nævnet i øvrigt opmærksom på, at der ikke er sammenfald mellem antal abonnenter og antal reelle seere.

1. Faktisk forbrug af musik

Nævnet finder, at der bør lægges vægt på det konkrete antal streamede musikminutter, der sker i tjenesten, når abonnenterne anvender tjenestens indhold. Med den fastsatte vederlagsfaktor pr. minut foretages en værdiansættelse af abonnenternes konkrete streaming af de ophavsretligt beskyttede musikværker med udgangspunkt i, hvor mange minutter abonnenterne har streamet.

Udregning

Antal streamede musikminutter i HBO Nordics tjeneste i Danmark

x

Pris pr. musikminut: 0,0025 kr. (fastsat af nævnet som et led i fastsættelsen af et rimeligt vederlag og under hensyntagen til de andre to elementer).

2. Omsætningsbestemt vederlag

Nævnet tager her udgangspunkt i HBO Nordics samlede omsætning i Danmark, idet omsætningen afspejler den værdi, abonnenterne samlet set tillægger HBO Nordics SVOD-tjeneste i den pågældende periode. Beregningsgrundlaget er HBO Nordics samlede omsætning fra direkte salg og salg via bundlingkunder, idet nævnet ikke finder, at der er grundlag for at differentiere mellem forskellige abonnementstyper. Omsætning hidrørende fra 3. mands-distribution er således ikke medregnet.

Udregning

HBO Nordics samlede årlige omsætning i Danmark (kr.)

x

Vederlagsfaktor: 2,50 % (fastsat af nævnet på baggrund af den fastsatte vederlagsfaktor i Ophavsretslicensnævns sag nr. 106, men med en reduceret faktor under hensyntagen til de andre to elementer).

x

Musikprocent for tjenestens indhold (Koda og HBO Nordic har forskellige opfattelser af musikprocenten, men nævnet har anvendt den af HBO angivne procentsats, som følgelig skal justeres, hvis den ændrer sig).

3. Grundbetaling pr. abonnent

Nævnet tager her udgangspunkt i en af nævnet fastsat månedlig grundtarif pr. abonnent som udtryk for, at den blotte mulighed for offentlig fremførelse af det repertoire af ophavsretligt beskyttede musikværker, som Koda forvalter rettighederne til, har en selvstændig værdi.

Udregning

Antal abonnenter i Danmark

x

Grundtarif: 0,25 kr. pr. abonnent pr. måned (fastsat af nævnet som et led i fastsættelsen af et rimeligt vederlag og under hensyntagen til de andre to elementer)

x

Musikprocent for tjenestens indhold

Formlen for en årlig vederlagsberegning ud fra den fremgangsmåde, som nævnet har fastsat, er således:

1. Faktisk forbrug pr. år

(antal streamede musikminutter x pris pr. musikminut (0,0025))

+

2. Omsætningsbestemt vederlag pr. år

(årlig omsætning i Danmark x vederlagsfaktor (2,50 %) x musikprocent)

+

3. Grundbetaling pr. abonnent pr. år

(antal abonnenter x grundbetalingstarif (0,25 kr. pr. måned) x antal måneder pr. abonnent x musikprocent)

De for nævnet oplyste tal er følgende:

- Antal streamede musikminutter: [REDACTED] minutter.
- Årlig omsætning i Danmark (kr.): [REDACTED]
- Musikprocent: [REDACTED]
- Antal abonnenter: [REDACTED]

Tages der udgangspunkt i disse tal for 2016, vil vederlagsberegningen se således ud:

1. Faktisk forbrug pr. år

[REDACTED] x 0,0025

+

2. Omsætningsbestemt vederlag pr. år

[REDACTED] x 0,025 x [REDACTED]

+

3. Grundbetaling pr. abonnent pr. år (ved 12 måneders abonnement)

[REDACTED] x 0,25 x 12 x [REDACTED]

Ud fra de oplysninger, nævnet har modtaget vedrørende 2016 (med det forbehold, at der vil være abonnenter, som ikke har haft abonnement i fulde 12 måneder, hvilket der skal tages højde for i den endelige beregning), skal HBO Nordic for 2016 herefter betale [REDACTED] kr. til Koda for den offentlige fremførelse af det repertoire af ophavsretligt beskyttede musikværker, som Koda forvalter rettighederne til, i HBO Nordics tjeneste i Danmark.

Nævnet finder, at den fremgangsmåde ved opgørelse af vederlag, som nævnet har fastsat, skal finde anvendelse fra det tidspunkt, hvor HBO Nordic påbegyndte sin SVOD-tjeneste her i landet.

8.4. Nævnets bemærkninger vedrørende de øvrige vilkår

Bortset fra spørgsmålet om vederlagets størrelse har Koda stillet en række yderligere vilkår, som parterne er uenige om. Nogle af disse angår også vederlaget (andet end størrelsen af dette), mens andre vedrører tilladelsens omfang, fakturering, rapportering, revision, misligholdelse og uoverensstemmelser samt ikrafttrædelse og ophør. Koda har tilpasset nogle af vilkårene under forberedelsen af sagen og har kort før den mundtlige forhandling i sagen fremsendt den seneste version heraf.

Visse af de her omhandlede vilkår vil skulle tilpasses i lyset af nævnets afgørelse med hensyn til vederlagets størrelse, hvortil kommer, at vilkårene ikke har været genstand for en egentlig forhandling mellem parterne. Nævnet finder herefter ikke, at der foreligger det fornødne grundlag for, at nævnet kan tage stilling til disse vilkår.

Thi bestemmes

Det vederlag, som indklagede, HBO Nordic AB, skal betale til klageren, Koda, for den offentlige fremførelse af det af Koda forvaltede repertoire af ophavsretligt beskyttede musikværker, der finder sted og har fundet sted siden tjenestens begyndelse i den abonnementsbaserede video on demand-tjeneste (SVOD-tjeneste) HBO Nordic i Danmark fastsættes på følgende måde:

1. Faktisk forbrug pr. år

(antal streamede musikminutter x pris pr. musikminut (0,0025))

+

2. Omsætningsbestemt vederlag pr. år

(årlig omsætning i Danmark x vederlagsfaktor (2,50 %) x musikprocent)

+

3. Grundbetaling pr. abonnent pr. år

(antal abonnenter x grundbetalingstarif (0,25 kr. pr. måned) x antal måneder pr. abonnent x musikprocent)

For 2016 udgør det foreløbigt opgjorte vederlag, som HBO Nordic AB skal betale til Koda, [REDACTED] kr.

I øvrigt frifindes parterne for de påstande, de hver især har nedlagt.

Afgørelsen kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed.

I medfør af § 4 i bekendtgørelse nr. 25 af 14. januar 2004 om Ophavsretslicensnævnet bestemmes, at Koda skal betale halvdelen af udgifterne ved nævnets behandling af sagen, mens HBO Nordic AB skal betale den anden halvdel.


Jan Schane Christensen


Vibeke Borberg


Klaus Ewald Madsen