

Den 11. juli 2007 blev af Ophavsretslicensnævnet

i sag nr. 100

KODA

mod

Talpa Radio International B.V.

og

Talpa Radio Danmark A/S

afsagt følgende

Kendelse:

Indledning

Sagen angår det vederlag, som fra den 15. november 2003 skal betales til klageren, KODA, for udsendelse af musik i radiokanalen Radio 100 FM, som ejes og drives af de indklagede, Talpa Radio International B.V. og Talpa Radio Danmark A/S, jf. ophavsretslovens § 2 sammenholdt med § 75 a, stk. 2.

Radio 100 FM, der begyndte sin udsendelsesvirksomhed den 15. november 2003, er den 6. delvis landsdækkende radiokanal. Sammen med Sky Radio, som var den 5. delvis landsdækkende radiokanal, men som nu har indstillet sin udsendelsesvirksomhed, var Radio 100 FM den første delvis landsdækkende kommercielle radio i Danmark. Talpa Radio International B.V., som tillige driver kommerciel radiovirksomhed i Holland, er indehaver af sendetilladelsen til den 6. delvis landsdækkende radiokanal, mens Talpa Radio Danmark A/S forestår udsendelsesvirksomheden og salget af reklamer i Danmark. De indklagede selskaber vil under ét blive betegnet Talpa Radio.

KODA forvalter rettigheder til offentlig fremførelse af musikværker på vegne af komponister, tekstforfattere og musikforlæggere og er i medfør af ophavsretslovens § 75 a, stk. 1, godkendt af Kulturministeriet som forvaltningsorganisation.

Sagen er indbragt for Ophavsretslicensnævnet ved klageskrift af 6. august 2004. Efter at der var afgivet svarskrift og replik, blev forberedelsen udsat med henblik på at afvente resultatet af en international tarifundersøgelse. Denne forelå i maj 2006, og herefter har der været en yderligere omfattende skriftveksling. Mundtlig forhandling blev afholdt den 15. juni 2007.

KODA har været repræsenteret af advokat Erik Nyborg, mens Talpa Radio har været repræsenteret af advokat Henrik Peytz.

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

Påstande

KODA har nedlagt følgende påstande:

1. Principalt:

De indklagede tilpligtes at anerkende, at tariffer og vilkår for de indklagedes anvendelse af KODA's repertoire i forbindelse med de indklagedes jordbaserede delvist landsdækkende udsendelse af radiokanalen Radio 100 FM fra 15. november 2003 og frem skal indeholde dels et omsætningsbetinget vederlag beregnet som musikprocenten i Radio 100 FM's udsendelser gange 0,1, dels et minimumsvederlag, som for perioden 15. november 2003 til 31. december 2003 udgør kr. 319.500, for 2004 udgør kr. 3.621.000, for 2005 udgør kr. 4.200.000, for 2006 udgør kr. 4.899.000 og for 2007 og frem udgør kr. 5.325.000, alle beløb med tillæg af indeksregulering og i øvrigt på vilkår som er indeholdt i bilag 63.

2. Subsidiært:

De indklagede tilpligtes at anerkende, at tariffer og vilkår for de indklagedes anvendelse af KODA's repertoire i forbindelse med de indklagedes jordbaserede delvist landsdækkende udsendelse af radiokanalen Radio 100 FM fra 15. november 2003 og frem skal indeholde dels et omsætningsbetinget vederlag beregnet som musikprocenten i Radio 100 FM's udsendelser gange 0,1, dels et minimumsvederlag, som fastsættes efter Ophavsretslicensnævnets nærmere skøn for de i den

principale påstand anførte perioder, men med lavere beløb end anført i den principale påstand, alle beløb med tillæg af indeksregulering og i øvrigt på vilkår som er indeholdt i bilag 63.

3. Mere subsidiært:

De indklagede tilpligtes at anerkende, at tariffer og vilkår for de indklagedes anvendelse af KODA's repertoire i forbindelse med de indklagedes jordbaserede delvist landsdækkende udsendelse af radiokanalen Radio 100 FM fra den 15. november 2003 og fremover skal indeholde dels et omsætningsbetinget vederlag beregnet som musikprocenten i Radio 100 FM's udsendelser gange 0,0775, dels et årligt minimumsvederlag, som for perioden 15. november 2003 til 31. december 2003 udgør kr. 450.000, som for 2004 udgør kr. 5.100.000, som for 2005 udgør kr. 6.000.000, som for 2006 udgør kr. 6.900.000 og som for 2007 og frem udgør kr. 7.500.000, alle beløb med tillæg af indeksregulering og øvrigt på vilkår som er indeholdt i bilag 64.

4. Mest subsidiært:

De indklagede tilpligtes at anerkende, at tariffer og vilkår for de indklagedes anvendelse af KODA's repertoire i forbindelse med de indklagedes jordbaserede delvist landsdækkende udsendelse af radiokanalen Radio 100 FM fra den 15. november 2003 og fremover skal indeholde dels et omsætningsbetinget vederlag beregnet som musikprocenten i Radio 100 FM's udsendelser gange 0,0775, dels et årligt minimumsvederlag, som fastsættes efter Ophavsretslicensnævnets nærmere skøn for de i den mere subsidiære påstand anførte perioder, men med lavere beløb end anført i den mere subsidiære påstand, alle beløb med tillæg af indeksregulering og i øvrigt på vilkår som er indeholdt i bilag 64.

KODA's generelle vilkår, hvortil der henvises i påstandene, er vedhæftet som bilag til kendelsen.

Over for Talpa Radios påstande har KODA nedlagt følgende påstande:

A. Generelt påstås frifindelse.

B. Overfor den del af de indklages påstande, som indebærer, at de vederlagsmæssige virkninger af en forøget musikprocent skal begrænses, påstås, subsidiært i forhold til frifindelse:

De af Ophavsretslicensnævnet fastsatte minimumsvederlag reduceres efter nævnets nærmere skøn i en tidsbegrænset periode under hensyntagen til bestemmelsen om begrænsning af den regulering af minimumsvederlaget, der måtte følge af ændringer i musikprocenten.

C. Specielt overfor de dele af de indklagedes påstande, som indebærer, at det fastsatte vederlag også skal omfatte vederlag for de indklagedes udsendelse af satellitradio, nedlægges, subsidiært i forhold til frifindelse, følgende påstande:

Subsidiært:

Spørgsmålet om fastsættelse af vilkår for de indklagedes anvendelse af KODA's repertoire til udsendelse af radiokanalen 100 FM som satellitradio udskilles til særskilt behandling.

Mere subsidiært:

De indklagede tilpligtes at anerkende, at tariffer og vilkår for de indklagedes anvendelse af KODA's repertoire i forbindelse med de indklagedes udsendelse af radiokanalen Radio 100 FM som satellitradio fra 15. november 2003 og frem skal indeholde dels et omsætningsbetinget vederlag beregnes om musikprocenten i Radio 100 FM's udsendelser x 0,1, dels et minimumsvederlag, som for perioden 15. november 2003 til 31. december 2003 udgør kr. 120.750 og for 2004 og frem udgør kr. 966.000, alle beløbene med tillæg af indeksregulering og i øvrigt på vilkår som i Ophavsretslicensnævnets sag nr. 93.

KODA har nedlagt en række yderligere subsidiære påstande vedrørende satellitradio.

D. Specielt overfor de dele af de indklagedes påstande, som indebærer, at det fastsatte vederlag også skal omfatte vederlag for de indklagedes brug af KODA's repertoire i internetradio og DAB, nedlægges, subsidiært i forhold til frifindelse, følgende påstand:

Spørgsmålet om fastsættelse af vilkår for de indklagedes anvendelse af KODA's repertoire til udsendelse, henholdsvis anvendelse, af radiokanalen 100 FM som DAB-radio og i internetradio udskilles til særskilt behandling.

Over for KODA's påstande har Talpa Radio nedlagt følgende påstande:

Over for KODA's påstande påstås frifindelse, subsidiært frifindelse mod fastsættelse af lavere vederlagsprocent og lavere minimumsbeløb end påstået ved den principale påstand, mere subsidiært frifindelse mod fastsættelse af lavere minimumsbeløb end påstået ved den principale påstand, mest subsidiært frifindelse mod betaling af en lavere vederlagsprocent end påstået ved den principale påstand.

Over for KODA's subsidiære påstande vedrørende satellitudsendelse nedlægges påstand om frifindelse, subsidiært frifindelse mod betaling af lavere beløb og lavere minimumsbeløb end påstået, uden indeksregulering og med optrapning som anført i en række af KODA's subsidiære påstande.

KODA's påstand om udskillelse til særskilt behandling af spørgsmålet om DAB og internet bør ikke tages til følge.

Talpa Radio har endvidere nedlagt følgende selvstændige påstande:

1. Principalt:

KODA tilpligtes at anerkende, at tariffen for de indklagedes anvendelse af det af KODA forvaltede repertoire i forbindelse med de indklagedes jordbaserede udsendelse af radiokanalen Radio 100 FM skal fastsættes som en procentuel andel af indtægterne ved salg af reklamer, vægtet med musikprocenten, og uden fastsættelse af minimumsvederlag. Den først angivne procentsats sættes til 4,5, subsidiært en højere procentsats efter Ophavsretslicensnævnets skøn, dog ikke over 10.

Reklameindtægterne skal principalt opgøres som de samlede nettoreklameindtægter (dvs. indtægter efter rabatter) med fradrag af koncessionsafgift, direkte salgsomkostninger, markedsføringsomkostninger og barterindtægter, subsidiært med fradrag af direkte salgsomkostninger, markedsføringsomkostninger og barterindtægter, og mest subsidiært opgøres på samme måde som i grundlaget for beregning af koncessionsafgift, idet eksterne bureauprovisioner og rabatter altid fradrages.

Vederlaget omfatter også supplerende satellitudsendelse af Radio 100 FM samt KODA's vederlag for samtidig udsendelse af Radio 100FM på DAB og internet.

Vilkårene for benyttelsen skal i øvrigt svare til bilag 63 med de ændringer, der følger af klagernes mere subsidiære påstand.

Subsidiært:

KODA tilpligtes at anerkende, at tariffer og vilkår for de indklagedes anvendelse af det af KODA forvaltede repertoire i forbindelse med de indklagedes jordbaserede udsendelse af radiokanalen Radio 100 FM skal fastsættes som angivet i den principale påstand, men dog med fastsættelse af minimumsvederlag, der principalt afspejler KODA's administrationsomkostninger, subsidiært højere beløb fastsat af Ophavsretslicensnævnet, dog ved en musikprocent på 80 ikke over principalt 90 % af, subsidiært 100 % af, 248.500 kr. i 2003, 2.816.334 kr. i 2004, 3.313.334 kr. i 2005, 3.810.334 kr. i 2006, 4.555.833 kr. i 2007 og frem, med tillæg af indeksregulering fra 2007 og frem.

Der gives de indklagede adgang til at recoupe den andel af eventuelle minimumsbetalinger, der overstiger det procentuelle vederlag, ved modregning i den del af vederlagsbetalingen for senere år, der overstiger minimumsvederlaget for det eller de pågældende år. Minimumsvederlaget reguleres ikke efter eventuelle udvidelser i dækningsgrundlaget.

Vederlaget omfatter også supplerende satellitudsendelse af Radio 100 FM samt KODA's vederlag for samtidig udsendelse af Radio 100 FM på DAB og internet.

Minimumsvederlagene nedsættes, i det omfang indklagedes musikprocent i de enkelte år har været, er eller bliver lavere end 80 %, og stigninger i musikprocenten kan ikke udløse reguleringer i videre omfang end efter KODA's subsidiære påstand. Vilkårene for benyttelsen skal i øvrigt svare til bilag 63 med de ændringer, der følger af klagernes mere subsidiære påstand.

2. KODA skal anerkende, at supplerende satellitudsendelse af Radio 100 FM samt KODA's vederlag for samtidig udsendelse af Radio 100 FM på DAB og internet omfattes af den betaling, Ophavsretslicensnævnet fastlægger i denne sag.

3. KODA skal anerkende, at følgende bestemmelser i bilag 63 - 64 er urimelige og derfor skal udgå eller ændres som anført:

1. I § 3, stk. 7, 2. pkt. udgår: 'åbenbart'.
2. § 4, stk. 1, 2. - 3. pkt. udgår.
3. § 6, stk. 1 og 2, udgår, idet det overlades til parterne at aftale den fremtidige rapporteringsform.
4. § 6, stk. 3, udgår.
5. § 7, 3. pkt., udgår.
6. I § 8, stk. 1, og i § 8, stk. 2, 2. pkt., udgår "til udløbet af et kalenderår"
7. I § 8, stk. 2, 4. pkt., udgår "til udgangen af et kalenderår".

Det bemærkes, at første afsnit i den principale påstand skal forstås således, at den andel af indtægterne, som skal betales (vederlagsprocenten), fremkommer ved at gange 0,045 med musikprocenten, således at vederlagsprocenten eksempelvis vil være 3,6 ved en musikprocent på 80.

Sagens omstændigheder

Udbud af den 5. og 6. delvis landsdækkende FM-radiokanal

I foråret 2003 udbød Radio- og tv-nævnet den 5. og 6. delvis landsdækkende FM-radiokanal via auktion. Den 5. radiokanal skulle påtage sig visse public service forpligtelser, mens der ikke var nogen indholdsmæssige krav til den 6. radiokanal. Efter IT- og Telestyrelsens oplysninger dækkede den 5. radiokanal 78 % af befolkningen, mens den 6. radiokanal dækkede 37 % af befolkningen. Efter udbudsbetingelserne skulle radioen til staten betale en koncessionsafgift bestående af dels en fast årlig afgift, dels en variabel årlig afgift på 2,5 % af omsætningen mellem 25 og 50 mio. kr., 5 % af omsætningen mellem 50 og 100 mio. kr. og 10 % af omsætningen over 100 mio. kr.

Det var den faste årlige afgift, som var genstand for auktion, og Talpa Radio vandt auktionen over den 6. radiokanal med et bud på 22,5 mio. kr. i fast årlig afgift. Sky Radio A/S vandt auktionen over den 5. radiokanal.

Radio 100 FM's udsendelsesvirksomhed

Den 6. delvis landsdækkende radiokanal udsendes fra to sendemaster, og Talpa Radio har anført, at flytning af sendemasten i Jylland har reduceret dækningen til 36,4 % af befolkningen. KODA har

anført, at det reelle dækningsområde er noget større end beregnet af IT- og Telestyrelsen, formentlig omkring 40 %.

Radio 100 FM udsendes simultant af en række lokalradioer, således at dækningsområdet på denne måde forøges. Endvidere udsendes radiokanalen over satellit, og Talpa Radio har indgået aftale med TDC om viderespredning af satellitsignalet over TDC's kabelnet. Endelig udsendes radiokanalen over DAB (digitalradio) og over internettet.

Indholdet i Radio 100 FM's udsendelser er ud over musik dels journalistisk stof, herunder aktuelle historier, som navnlig er placeret om morgenen og sidst på eftermiddagen, dels reklamer. Parterne er ikke enige om musikprocentens faktiske størrelse, men er enige om, at nævnet ved fastsættelsen af et eventuelt minimumsvederlag kan lægge en musikprocent på 80 til grund.

Ifølge en Gallup-opgørelse fra april 2007 har Radio 100 FM en share, dvs. en andel af den samlede radiolytning, på 8 %.

Radio Talpa Danmark A/S har i 2003-2004, 2005 og 2006 haft en omsætning på henholdsvis [...] mio. kr., [...] mio. kr. og [...] mio. kr. Denne omsætning inkluderer omsætning fra lokalradioer og satellitradio.

Aftalen mellem KODA og Sky Radio A/S

Den 14. november 2003 indgik KODA aftale med Sky Radio A/S, der som nævnt havde vundet auktionen vedrørende den 5. delvis landsdækkende FM-radio. Efter at være blevet godkendt af Sky-koncernens øverste ledelse, blev aftalen underskrevet den 24. marts 2004.

Ifølge aftalen skulle Sky Radio årligt betale et omsætningsbestemt vederlag med en vederlagsprocent beregnet som musikprocenten x 0,0775, dog mindst 12.500.000 kr. Både med hensyn til den omsætningsbestemte tarif og med hensyn til minimumsvederlaget var der herved taget udgangspunkt i tariffen for lokalradioer, således som denne var blevet fastsat ved Ophavsretslicensnævnets afgørelse af 20. juni 2002 i sag nr. 82. Minimumsvederlaget var fastsat ud fra en musikprocent på 65 og et dækningsområde på 4.200.000 indbyggere. Det omfattede også satellitudsendelse af Sky

Radio, og der var fastsat en optrappingsordning, således at det fulde minimumsvederlag på 12.500.000 kr. først skulle betales i 2007, mens minimumsvederlaget for årene 2003-2006 var henholdsvis 750.000 kr., 8.500.000 kr., 10.000.000 kr. og 11.500.000 kr. (alle beløb var indeksregulerede).

Det var bestemt, at der skulle ske en regulering af minimumsvederlaget efter udviklingen i radioens musikprocent i forhold til den forudsatte musikprocent på 65, dog først fra 2007 og med den begrænsning, at reguleringen højst kunne udgøre 10 % om året.

Efter at KODA havde indgået aftale med de kommercielle lokalradioer om "ændret risikofordeling", jf. nærmere nedenfor, indgik KODA og Sky Radio A/S den 29. juni 2005 et protokollat om ændring af aftalen, således at vederlagsfaktoren i den omsætningsbestemte tarif blev forhøjet fra 0,0775 til 0,1, mens minimumsvederlaget for 2007 og frem blev nedsat til 8.875.000 kr., ligesom der skete en tilsvarende reduktion af minimumsvederlagene for 2005 og 2006.

Sky Radio indstillede sin udsendelsesaktivitet i november 2005. Efter fornyet auktion over den 5. delvis landsdækkende FM-radiokanal er denne overtaget af TV2 Radio A/S. Forhandlingerne mellem KODA og denne radio afventer nævnets afgørelse i den foreliggende sag.

Forhandlingerne mellem KODA og Talpa Radio, KODA's oprindelige krav og den midlertidige aftale

KODA og Talpa Radio førte forhandlinger i foråret 2004, men det lykkedes ikke at nå til enighed, navnlig fordi Talpa Radio tilkendegav, at man ikke ville acceptere en aftale, som indeholdt bestemmelse om et årligt minimumsvederlag, mens KODA fastholdt sit krav herom.

I klageskriftet var KODA's påstand, at der skulle gælde en omsætningsbestemt tarif med en vederlagsprocent beregnet som musikprocenten x 0,0775 og et minimumsvederlag på 7.500.000 kr. om året. Minimumsvederlaget var beregnet med udgangspunkt i minimumsvederlaget på 12.500.000 kr. i aftalen med Sky Radio under hensyn på den ene side til Radio 100 FM's mindre dækningsområde (40 % af befolkningen over for 78 % af befolkningen) og på den anden side til Radio 100 FM's

højere musikprocent (80 over for 65). Endvidere var der taget et vist hensyn til, at aftalen med Sky Radio også omfattede satellitradio.

Efter at KODA havde indgivet forbudsbegæring, blev der den 25. august 2005 indgået en midlertidig aftale om, at Talpa Radio – uden præjudice for nævnets afgørelse og en eventuel senere domstolsafgørelse – a conto betaler 750.000 kr. i kvartalet til KODA. Aftalen indeholder tillige bestemmelse om forrentning af senere efter- eller tilbagebetalinger.

Aftalen mellem Talpa Radio og Gramex

Talpa Radio indgik den 29. april 2004 en aftale med Gramex, som repræsenterer udøvende kunstnere og pladeproducenter. Ifølge denne aftale skal Talpa Radio årligt til Gramex betale 4,5 % af omsætningen (beregnet som i koncessionen), dog mindst 4,7 mio. kr. (pristalsreguleret). Ved beregningen af minimumsvederlaget er lagt til grund, at der sendes musik i 75 % af sendetiden, og at den andel af musikken, som er omfattet af Gramex' repertoire, udgør 70 %, således at den beskyttede musik omfatter 52,5 % af sendetiden.

Aftalen, der løber indtil udgangen af 2011, indeholder en bestemmelse om ”recouperment”, således at det beløb, hvormed minimumsvederlaget ét år måtte overstige det omsætningsbestemte vederlag, i hele aftalens løbetid kan modregnes i de beløb, hvormed det omsætningsbestemte vederlag i senere år måtte overstige minimumsvederlaget.

KODA's aftaler med kommercielle lokal- og regionalradioer om ændret risikofordeling

Efter indbringelsen af nærværende sag for nævnet har KODA med de fleste kommercielle lokal- og regionalradioer indgået nye aftaler, som ændrer de hidtidige tariffer og vilkår, som blev fastsat af nævnet i sag nr. 82. Den væsentligste ændring er en ”ændret risikofordeling” på den måde, at vederlagsprocenten i den omsætningsbestemte tarif forhøjes fra musikprocenten $\times 0,0775$ til musikprocenten $\times 0,1$, en forhøjelse på 29 %, samtidig med at minimumsvederlaget nedsættes med 29 %. Om baggrunden for denne ændrede risikofordeling har KODA's advokat i processkrift I af 2. februar 2007 bl.a. anført:

”Baggrunden for aftalerne om ændret risikodeling er, at det har været vanskeligt for kommercielle radioer i Danmark at tjene penge, og selvom radiolytningen i Danmark er ganske høj, så har omsætningen på radioreklamemarkedet været forholdsvis lav. Gennem de senere år har KODA drøftet denne problematik med radiostationerne, som har haft et ønske om lavere tariffer for anvendelse af musik i radioudsendelserne.

KODA har på sin side ikke fundet det rimeligt, at der skulle ske en generel reduktion af betalingerne til komponister, tekstforfattere og musikforlag primært af tre grunde: For det første fordi musikrettighedshaverne, som jo er uden indflydelse på radiostationernes drift, ikke bør nøjes med et væsentligt lavere vederlag, fordi radiostationerne har svært ved at oppebære indtægter. For det andet fordi konsekvensen af det dårlige marked for radioreklame har været, at radiostationerne har sparet på journalistisk indhold og studieværter, hvad der har medført at danske radiostationer har et meget højt forbrug af musik. Selvom radiostationerne af og til beklager sig over prisen på musik, så er musikken stadig langt billigere end andet indhold som journalistik, oplæsning og debatprogrammer. For det tredje fordi musik i radio (delvist i konsekvens af den førnævnte begrundelse) er danskernes største kilde til brug af musik, idet den gennemsnitlige dansker i runde tal hører musik i radioen i 2 timer om dagen, og det er derfor også både rimeligt og nødvendigt der betales ikke-ubetydelige vederlag til rettighedshaverne.

Drøftelserne mellem radiostationerne og KODA førte til, at parterne enedes om den ændrede risikodeling, som på den ene side kunne give radiostationerne bedre vilkår, fordi radiostationerne fik glæde af faldet i betalingerne, og på den andens side giver musikrettighedshaverne en mulighed for at opnå en rimelig honorering af deres rettigheder i form af det højere omsætningsbestemte vederlag.

Formålet med aftalerne var at opnå en langsigtet løsning, og derfor er aftalerne indgået med relativt lange uopsigelighedsperioder. Samtidig er det udtrykkeligt anført i aftalerne, at aftalerne er indgået med henblik på at skabe ”ro på området”, ligesom aftalerne også forholder sig til den igangsatte tarifundersøgelse ved, at der i aftalerne også er inddraget oplysninger om tariffer i Danmarks nabolande.

KODA har med aftalerne taget hensyn til det af de kommercielle radioer fremførte synspunkt, at radioreklamemarkedet p.t. er dårligt, og at det derfor har været forholdsvis få radioer, der har haft så store indtægter, at betaling af omsætningsbetinget vederlag er blevet aktuelt, og at minimumsvederlagene har været økonomisk tyngende for radioerne i en situation, hvor reklameindtægterne var begrænsede.

Aftalerne er videre udtryk for, at KODA har ønsket at medvirke til at fremme udviklingen af kommerciel radio i Danmark ved at give en betydelig rabat på det årlige minimumsvederlag i en forhåbning, der deles med lokalradioerne, om, at radioreklamemarkedet på sigt vil blive bedre, og give større indtægter, både for lokalradioerne og for KODA.”

Den første aftale med ændret risikofordeling blev indgået i marts 2005 mellem KODA og Danske Dagblades Forening som repræsentant for et stort antal dagbladsejede lokalradioer. Ud over forholdet til den omsætningsbestemte tarif og nedsættelsen af minimumsvederlaget er der i forhold til de vilkår, der fulgte af afgørelsen i sag 82, bl.a. gennemført en mindskelse af den degression, som er indeholdt i de ”indbyggerfaktorer”, der anvendes ved fastsættelsen af minimumsvederlaget under hensyn til antallet af indbyggere i dækningsområdet. Det fremgår af aftalen, at minimumsvederlaget for en 24 timers lokalradio i 2005 var ca. 275.000 kr. ved indbyggerfaktor 1, der omfatter et dækningsområde på 70.000 til 89.999 indbyggere. Den højeste indbyggerfaktor er 2,50, som omfatter et dækningsområde på 400.000 til 449.000 indbyggere.

Efterfølgende har KODA indgået tilsvarende aftaler med SBS Radio A/S om radiokanalerne The Voice og Radio 2, med en række andre større lokalradioer og med en række regionalradioer.

KODA's aftale med DR

KODA har i marts 2006 indgået en aftale med DR for årene 2006-2009. Mens vederlaget for DR's musikanvendelse i tidligere aftaler var sat i forhold til DR's indtægter, er den nye aftale en lump sum aftale, hvor det samlede vederlag for de nævnte år er fastsat til henholdsvis 72 mio. kr., 74 mio. kr., 94 mio. kr. og 96 mio. kr. Betalingen omfatter ud over DR's 4 radiokanaler og 2 tv-kanaler bl.a. satellitudsendelse, DAB-kanaler og simulcasting på dr.dk samt en række planlagte nye kanaler og udsendelsesformer. Om fastsættelsen af vederlagets størrelse er det anført:

”Parterne er enige om, at fastsættelsen af den årlige betaling hviler på en samlet afvejning af en lang række forskellige kriterier og hensyn. Som primære kriterier indgår 1) antal musikminutter, der udsendes eller gøres tilgængelige, og dækningsområdet, 2) den faktiske lytning/sening til musikken og 3) DRs licensindtægter. Som sekundære kriterier kan bl.a. nævnes mængden af berørte værker/rettighedshavere, KODA's omkostninger med registrering af værker og afregning, DRs omkostninger ved rapportering, teknologiske begrænsninger i modtageforholdene, musikkens karakter og anvendelse, den relative mængde af egenproduktion, løn- og prisudviklingen og sprogversionen. Det bemærkes i denne forbindelse, at parterne hen over aftaleperioden forventer et fald i den faktiske lytning til musikken som følge af en eller to nye aktører på radio-markedet (FM5).”

Den internationale tarifundersøgelse

Konsulentfirmaet Capacent A/S har for Kulturministeriet foretaget en omfattende sammenlignende undersøgelse af, hvad radio- og tv-stationer i 18 vesteuropæiske lande betaler i vederlag til KODA og Gramex og de hertil svarende forvaltningsselskaber i de øvrige lande for udsendelse af musik. Capacents rapport om undersøgelsen, der er benævnt "Kulturministeriet – International tarifundersøgelse på KODA- og Gramex-området", er dateret 3. april 2006 og blev offentliggjort i maj 2006. Følgende 18 lande indgår i undersøgelsen: Belgien, Danmark, Finland, Frankrig, Grækenland, Holland, Irland, Island, Italien, Luxembourg, Norge, Portugal, Schweiz, Storbritannien, Sverige, Tyskland og Østrig. Oplysningerne er indhentet i 2. halvår af 2005 og angår som udgangspunkt året 2002. Oplysningerne er i første række indhentet gennem KODA og Gramex og disses søsterselskaber.

Der er i tabellerne foretaget opdelinger på KODA- og Gramex-området, på radio og tv og på kommercielle og ikke kommercielle stationer. Hvor en respondent ikke har kunnet eller ikke har ønsket at svare på et enkeltspørgsmål, er dette markeret med "n.a".

Ved offentliggørelsen af rapporten udtalte Kulturministeriet i en pressemeddelelse af 9. maj 2006 bl.a., at "Rapporten viser, at det danske vederlagsniveau ligger i den høje ende, men Danmark adskiller sig ikke markant fra alle andre europæiske lande".

Det er fundet hensigtsmæssigt allerede på dette sted i korte træk at gengive parternes bemærkninger til undersøgelsen generelt og til de tabeller, som gengives nedenfor.

KODA har anført, at en række forhold af generel karakter betyder, at de angivne resultater er misvisende eller i hvert fald behæftet med usikkerhed, navnlig når der anvendes underopdelinger. Således har sondringen mellem kommercielle og ikke-kommercielle stationer givet anledning til problemer. Det samme gælder sondringen mellem radio og tv i de tilfælde, hvor samme station driver både radio og tv, hvilket navnlig public service stationer ofte gør. Ved sammenligningerne må det tages i betragtning, at de kommercielle danske radioer har en højere musikprocent, end hvad der er almindeligt for kommercielle radioer i andre europæiske lande, hvilket der ikke er taget højde for. Det må endvidere tages i betragtning, at de danske radio- og tv-stationer typisk ikke betaler vederlag for eksemplarfremstilling af musik (efemere rettigheder), medens der i andre lande typisk betales både for udsendelse og for eksemplarfremstilling, men undersøgelsen indeholder ikke dækkende

oplysninger om betalingen i andre lande for eksemplarfremstilling. Endelig gør der sig det specielle forhold gældende for året 2002, at KODA i dette år oppebar ganske store efterbetalinger fra lokalradioer som følge af nævnets kendelse i sag nr. 82.

Talpa Radio har anført, at de af KODA påpegede forhold ikke ændrer det overordnede billede, som rapporten giver. Det af KODA anførte om musikprocenten bestrides af Talpa Radio, jf. nedenfor.

Om tariffstørrelsen på KODA-området for kommercielle radiostationer fremgår af rapportens tabel 3.8:

KODA og søsterselskaber	Tariffer kommercielle radiostationer
Belgien	Oftest benyttes en procentdel af omsætningen, der varierer fra 0,8 % - 1,5 %
Danmark	Der betales op til 7,75 % af den samlede omsætning afhængig af musikprocenten
Finland	Variierende fra 4,5 % - 9,6 % af den samlede omsætning afhængig af musikprocenten
Frankrig	6,0 % af driftsindtægterne inkl. eventuelle offentlige tilskud
Grækenland	2,2 % af den samlede omsætning
Holland	Der betales op til 13,33 % afhængig af musikprocenten
Irland	Mellem 4 % og 9 % af den samlede omsætning
Island	5,0 % af alle indtægter
Italien	Der betales mellem 2,0 % og 8,0 % af de samlede bruttoindtægter, afhængig af musikprocenten (der er tre kategorier)
Luxembourg	6,0 % af den samlede omsætning
Norge	n.a.
Portugal	Tariffernes størrelse udgør mellem 1,75 % og 2,20 % af omsætningen (dvs. reklameindtægterne)
Schweiz	1 % - 9 %. Tarifferne afhænger af musikprocenten
Spanien	Offentlig udsendelse (producent + kunstner): 3,75 % Reproduktion (producent): 1,25 %
Storbritannien	Mellem 3,0 % - 5,2 % af radiostationernes nettoomsætning (ved min. musikprocent på 15 %)
Sverige	Der betales fra 3,25 % - 5,2 % afhængig af musikprocenten
Tyskland	Mellem 0,78 % - 7,75 % af den samlede omsætning afhængig af musikprocenten
Østrig	n.a.

Rapporten indeholder s. 90-93 oplysninger om, i hvilket omfang omkostninger kan fradrages i omsætningen ved fastlæggelsen af beregningsgrundlaget. Talpa Radio har anført, at det heraf fremgår, at der i de fleste lande indrømmes væsentligt større fradrag end i Danmark. Dette bestrides af KODA.

Vedrørende årligt minimumsvederlag på KODA-området for radioer (ikke kun kommercielle radioer) fremgår af tabel 3.7 (beløbene er i EUR):

	Årligt minimumsvederlag Radio KODA
Belgien	1.339
Danmark	Varierende
Finland	0
Frankrig	Varierende
Grækenland	760
Holland	1.148 – 17.225
Irland	0
Island	37.595
Italien	Varierende
Luxembourg	3.000
Norge	n.a.
Portugal	Varierende
Schweiz	2.772
Spanien	Ja – størrelse ukendt
Storbritannien	Min. 1,0 % af nettoomsætning
Sverige	Varierende
Tyskland	Varierende
Østrig	0

Tabellens oplysninger er i et vist omfang uddybet i det tilhørende datagrundlag. Talpa Radio har anført, at der ikke i rapporten er dokumenteret eksempler på minimumsvederlag, der størrelsesmæssigt er sammenlignelige med KODA's. KODA har anført, at dette for så vidt er korrekt, men at det skyldes, at der ikke er spurgt til de konkrete minimumsvederlag for de forskellige typer af radioer. Som eksempler på minimumsvederlag, der størrelsesmæssigt svarer til niveauet i Danmark, har KODA henvist til de norske delvis landsdækkende kommercielle radioer, jf. ndf.

På grundlag af rapportens tabel 3.1, som indeholder oplysning om kommercielle radiostationers samlede vederlagsbetaling på KODA-området, og tabel 3.14, som indeholder oplysning om kommercielle radiostationers samlede omsætning, har Talpa Radio opstillet følgende tabel:

Land	KODA afgift som % af omsætning kommercielle radiostationer 2002
Danmark	13,9
Tyskland	11,2
Finland	6,6
Frankrig	5,2
Schweiz	5,0
Østrig	5,0
Storbritannien	4,4
Norge	4,2
Spanien	4,0
Sverige	3,6
Irland	3,2

KODA har anført, at tabellen er misvisende, dels på grund af de foran nævnte generelle forhold, dels fordi man for Danmarks vedkommende alene har medregnet reklameindtægter under omsætningen og samtidig har medtaget alle radioer med en musikprocent på over 50 under begrebet kommerciel radio. Dette indebærer, at der mangler betydelige beløb i abonnementsindtægter, sponsorbidrag samt statslige og kommunale tilskud. Endvidere mangler i opgørelsen Holland og Island, som i andre tabeller ligger højt. KODA bestrider dog ikke, at KODA ville ligge i den høje ende, selv om tallene var opgjort korrekt. Dette skyldes bl.a., at radioreklamemarkedet i Danmark var svagt i 2002, og at minimumsvederlag derfor spillede en større rolle end i andre lande.

Talpa Radio har anført, at de indtægter, som ifølge KODA mangler for de danske radiostationers vedkommende, ikke er af en sådan størrelse, at de kan ændre det overordnede billede.

I rapportens tabel 3.32 findes følgende tal for vederlagsbetalingen for radio på KODA-området i forhold til faktisk lytning (beløb i EUR pr. mio. minutter lyttet til radio):

Radio KODA	Vederlagsbetaling pr. mio. lyttede minutter (KODA, radio)
Schweiz	35
Norge	26
Danmark	20
Storbritannien	16
Finland	16
Tyskland	11
Frankrig	10
Spanien	9
Irland	9
Sverige	7

Belgien	5
Italien	4
Portugal	1

KODA har henvist til de foran nævnte generelle forhold og har herudover peget på, at Island, Holland og Østrig, som traditionelt har et højt betalingsniveau, ikke indgår i tabellen.

I rapportens tabel 3.21 er vederlagsbetalingen pr. indbygger på KODA-området – omfattende såvel radio som tv og såvel kommercielle som ikke-kommercielle stationer - opgjort således (EUR):

	Vederlagsbetaling pr. indbygger KODA
Island	4,8
Holland	3,9
Frankrig	3,7
Østrig	3,5
Finland	3,2
Danmark	3,1
Norge	2,9
Storbritannien	2,7
Schweiz	2,4
Sverige	2,3
Belgien	2,3
Tyskland	2,3
Spanien	2,0
Italien	1,6
Irland	1,4
Grækenland	0,5
Luxembourg	0,4
Portugal	0,3

Ifølge KODA er det denne tabel, som giver det mest retvisende billede af situationen, fordi denne tabel ikke er behæftet med de samme fejl og usikkerheder som de underopdelte tabeller.

Som nævnt har KODA som en generel indvending mod undersøgelsen anført, at musikprocenten i danske kommercielle radioer er højere end almindeligt i andre europæiske lande. Til dokumentation herfor har KODA undersøgt musikprocenten i de 5 største kommercielle radiokanaler i England, Frankrig, Spanien og Tyskland. Heraf fremgår, at der i de tre førstnævnte lande blandt de største stationer er 2-3 stationer, som er talk-radioer eller overvejende spiller (ubeskyttet) klassisk musik med deraf følgende meget lave musikprocenter. I Tyskland er forholdene stort set som i Danmark.

Talpa Radio har heroverfor bl.a. anført, at der er tale om tilfældigt udvalgte lande og inden for disse om nogle få kommercielle radioer. I Norge, Sverige og Finland er forholdene stort set som i Danmark.

De norske delvis landsdækkende kommercielle radiostationer

Der findes i Norge to delvis landsdækkende kommercielle radiostationer, P4 og Kanal 24.

Ifølge en fremlagt aftale mellem KODA's søsterorganisation TONO og P4 gældende for 2004 skulle P4 betale 5,58 % af omsætningen, dog mindst 7 mio. NKR. Efter det oplyste har P4 en dækning på 75-80 % af befolkningen og en lyttershare på ca. 29 %.

Ifølge en fremlagt aftale mellem TONO og Kanal 24 gældende for 2006 skulle Kanal 24 betale 6 % af omsætningen, dog mindst 5 mio. NKR. Efter det oplyste har Kanal 24 en dækning på 90 % af befolkningen.

Den mediepolitiske aftale

Den 6. juni 2006 indgik regeringen (Venstre og Det Konservative Folkeparti) en mediepolitisk aftale for 2007-2010 med Socialdemokraterne, Dansk Folkeparti, Det Radikale Venstre og Socialistisk Folkeparti. Aftalen indeholder følgende afsnit om radio- og tv-stationers vederlag til KODA og Gramex:

”Øget hensyntagen til faktisk lytning og sening ved fastlæggelse af radio-/tv-foretagendernes betaling af vederlag til KODA/Gramex

Ophavsretsloven bør til stadighed sikre en balance mellem hensynet til rettighedshaverne, herunder komponister, sangskrivere, musikere og pladeselskaber, og hensynet til de brugere, herunder radio- og tv-stationer, der i vekslende grad er afhængige af at kunne få adgang til at benytte ophavsretsbeskyttet materiale uden at blive pålagt urimeligt høje udgifter.

Størrelsen af vederlag for brug af ophavsrettigheder – og kriterierne for beregning af vederlaget – fastsættes bedst ved aftale mellem brugerne og rettighedshaverne. Dette er også tilfældet, når der spilles musik i radio og tv. Her er der en mangeårig tradition for, at vederlaget fastsættes i aftaler mellem de enkelte radio- og tv-stationer på den ene

side og KODA og Gramex på den anden; enes parterne ikke om en aftale, kan tvisten afgøres af det uafhængige Ophavsretslicensnævn og i sidste ende af domstolene. Sådan bør det fortsat være.

Et af de mulige beregningskriterier for vederlaget er antallet af faktiske lyttere og seere, dvs. det faktiske forbrug af musik som for de kommercielle stationers vedkommende indirekte også afspejles i radio-/tv-stationens omsætning. Anvendelsen af et sådant beregningskriterium sikrer for eksempel, at nye DAB- og internetradiokanaler med en begrænset lytterskare ikke udløser samme vederlagskrav som kanaler med mange lyttere, uanset om antallet af potentielle lyttere er det samme. Det er rimeligt at lægge vægt på omsætning og antallet af faktiske lyttere og seere, når vederlaget til KODA og Gramex skal beregnes. Der bør derfor udarbejdes skriftlige aftaler, hvori KODA og Gramex anerkender, at der ved beregningen af vederlaget for udsendelse af musik i radio og tv i ikke uvæsentligt omfang skal tages højde for omsætning og antallet af faktiske lyttere og seere, og at disse kriterier – sammen med andre kriterier – skal indgå i fremtidige tariffer på området.

Aftalepartierne forventer, at parterne selv opnår enighed om principperne for beregning af vederlag til KODA og Gramex. Partierne skal ved udgangen af 2007 vurdere, hvorvidt aftaler, som nævnt ovenfor, indgået efter juli 2006 i tilstrækkelig grad tilgodeser disse principper og på den baggrund drøfte, hvorvidt der er behov for politiske initiativer, herunder muligheden for lovgivning.”

I en skrivelse af 3. maj 2007 fra DR's radiodirektør, Leif Lønsmann, til Talpa Radio, hedder det:

”På vegne af de danske radio- og tv-stationer repræsenteret ved DIEM, DR, KOMM, RADIOERNE, SAML, SBS Radio, Talpa, TV2, TV2 Radio og TV2 Regionerne skal jeg hermed bekræfte, at de aftaler, der er indgået mellem KODA og ovennævnte virksomheder eller organisationer, alle er indgået før den mediepolitiske aftale, der blev indgået 6. juni 2006, og dermed før de i forliget indeholdte forventninger til de relevante beregningsprincipper.

Disse aftaler har derfor ikke gjort op med behovet for yderligere ændringer. Aftalerne indeholder fortsat minimumsvederlag, der er urimeligt høje og i strid med de mediepolitiske ønsker.

For en række stationers vedkommende er dette et problem, fordi aftalerne gennem høje minimumsbetalinger, der alene er beregnet ud fra potentiel lytning (indbyggere i dækningsområdet), reelt hverken lægger vægt på radioens begrænsede omsætning eller radioens aktuelle lytning.

Radio- og tv-stationerne er samtidig af den opfattelse, at hensigten med den mediepolitiske aftale ligeledes var at tilskynde til, at der af parterne selv blev indgået aftaler på området som alternativ til regulering.

Der har været forhandlet om en overordnet rammeaftale, men det er endnu ikke lykkedes at nå til enighed herom.

Det er derfor ikke vores opfattelse, at KODA's nuværende aftaler opfylder forventningerne i den mediepolitiske aftale."

Udviklingen i KODA's indtægter fra radio og tv sammenholdt bl.a. med udviklingen i udsendelse af og lytning til musik

KODA har udarbejdet følgende opgørelse over udviklingen fra 1982 til 2005 i dels KODA's indtægter fra radio- og tv, dels en række forhold, som har relevans ved vurderingen af indtægtsudviklingen:

1982	2005		1982	2005
1.200.000.000	7.799.000.000	Indtægter radio/tv-stationer	100	650
30.525	286.000	Antal musiktimer	100	937
22.700.000	141.336.600	KODA's indtægter	100	623
1.600	11.950	Antal rettighedshavere	100	747
		Faktisk lyttede musiktimer	100	340

Sammenligningsberegninger vedrørende minimumsvederlag

KODA har foretaget en række beregninger over, hvad der med udgangspunkt i KODA's aftaler med andre radiostationer skulle betales for Radio 100 FM i minimumsvederlag, når der korrigeres for forskelle i dækningsområde og musikprocent. Det er herved lagt til grund, at Radio 100 FM har et dækningsområde på 37 % af befolkningen eller ca. 2.017.000 indbyggere, og at musikprocenten er 80.

Som omtalt var det af KODA oprindeligt krævede minimumsvederlag på 7.500.000 kr., jf. fortsat KODA's mere subsidiære påstand, fastsat med udgangspunkt i aftalen med Sky Radio. Minimumsvederlaget på 5.535.000 kr. i KODA's principale påstand udgør – i overensstemmelse i de indgåede aftaler om ændret risikofordeling – 71 % af 7.500.000 kr. Foretages en omregning efter forskelle i musikprocent og dækningsområde med udgangspunkt i det nedsatte minimumsvederlag for Sky Radio på 8.875.000 kr., ville minimumsvederlaget for Radio 100 FM udgøre 5.181.000 kr.

SBS Radio A/S driver to radiokanaler, The Voice og Radio 2, som på grundlag af samarbejde mellem et større antal lokalradioer samlet har et dækningsområde, som stort set svarer til dækningsområdet for Radio 100 FM, idet The Voice samlet har et dækningsområde på 42 % af Danmarks befolkning, mens Radio 2 samlet har et dækningsområde på 35 % af befolkningen. De samlede betalinger for The Voice var i 2007 5.304.973, og foretages herudfra en omregning efter forskellen i dækningsområde (og med korrektion som følge af, at ikke alle Voice stationer sender i døgndrift), skulle Radio 100 FM betale 4.890.000 kr. En tilsvarende omregning ud fra de samlede betalinger for Radio 2 i 2007, 4.320.417 kr., giver som resultat, at Radio 100 FM skulle have betalt 4.567.000 kr. i 2007-priser.

Det minimumsvederlag på højst 4.555.833 kr. i 2007 og frem, som er nævnt i Talpa Radios subsidiære påstand, er beregnet ud fra betalingerne for The Voice og Radio 2, idet Talpa Radio dog har lagt til grund, at Radio 100 FM kun har et dækningsområde på 36,4 % af befolkningen.

Tages der udgangspunkt i den gældende tarif for kommercielle lokalradioer, må beregningen efter KODA's opfattelse ske på grundlag af betalingen for en lokalradio af gennemsnitlig størrelse. Den gennemsnitlige lokalradio har et dækningsområde på 60.000 indbyggere, og minimumsvederlaget udgør 233.000 kr. ved udsendelse hele døgnet. Foretages herudfra en proportional omregning efter dækningsområde, skulle Radio 100 FM betale 7.830.000 kr.

Tariffen for regionalradioer udgør i 2006-priser 752.004 kr. pr. 225.000 indbyggere i dækningsområdet ved en musikprocent på 77. Foretages en omregning alene ud fra dækningsområdet, skulle Radio 100 FM betale 6.740.000 kr.

Særligt om satellitradio, DAB og internetradio

Ved kendelse af 19. maj 2005 i sag nr. 93 tog Ophavsretslicensnævnet stilling til størrelsen af det vederlag, SBS Radio A/S skulle betale til KODA for brug af musik i satellitradiokanalerne Voice of Scandinavia og Pop FM. Vederlaget fastsattes til en procentdel af omsætningen beregnet efter formelen musikprocenten x 0,0775, dog ved en forudsat musikprocent på 80 og et forudsat antal tilsluttede husstande på 800.000 som minimum 1.500.000 kr.

Efterfølgende har KODA og SBS Radio A/S i december 2005 vedrørende Voice of Scandinavia indgået aftale om ændret risikodeling. Under hensyn hertil og til en øget dobbeltdækning er minimumsvederlaget nu fastsat til 925.000 kr.

KODA har på grundlag af oplysninger fra Copydan lagt til grund, at ca. 1.150.000 husstande kan modtage Radio 100 FM via satellit. Med fradrag for en anslået dobbeltdækning på 37 % har KODA beregnet, at der skal betales vederlag for ca. 725.000 husstande. Efter afgørelsen i sag nr. 93 skulle minimumsvederlaget herefter udgøre 1.360.000 kr., og når dette beløb reduceres med 29 %, fremkommer beløbet på 966.000 kr. i KODA's mere subsidiære påstand vedrørende satellitradio.

Talpa Radio har lagt til grund, at satellitudsendelsen af Radio 100 FM kun distribueres over TDC's kabelnet og har på grundlag af oplysninger om antallet af tilsluttede husstande i de enkelte kommuner beregnet, at signalet kun modtages af ca. 259.000 husstande uden dobbeltdækning, fra 1. juni 2007 – på grund af lukning af lokalradioen i Århus – dog ca. 307.000 husstande.

Nævnet har hidtil hverken taget stilling til vederlaget for DAB eller til vederlaget for internetradio. Det er oplyst, at KODA indgik en aftale med Sky Radio om DAB, hvorefter der – under hensyn til det meget begrænsede antal DAB-modtagere – skulle betales et årligt minimumsvederlag på 5.000 kr. KODA har indgået en aftale med SBS Radio A/S om internetradio, men har anført, at området er under forandring. Der foreligger ingen nærmere oplysninger om antallet af husstande/personer, som aflytter Radio 100 FM via DAB, henholdsvis internet.

Forklaringer

Martin Gormsen, der underdirektør i KODA, har forklaret, at KODA forud for auktionen over den 5. og 6. delvis landsdækkende FM-radiokanal i foråret 2003 fik en henvendelse fra en rådgiver for Talpa Radio om tariffene i Danmark. KODA oplyste, at der ville blive tale om et minimumsvederlag på ca. 7,5 mio. kr. for den 6. radiokanal. Med SBS Radio blev indgået en aftale umiddelbart før udsendelsernes start den 15. november 2003. Talpa Radio tilkendegav, at man ikke ville acceptere et minimumsvederlag, hvilket umuliggjorde en aftalemæssig løsning.

Baggrunden for aftalerne med de kommercielle lokalradioer om ændret risikofordeling var, at radio-reklamemarkedet i Danmark var presset, og at radioerne derfor ønskede minimumsvederlaget sat ned. I Danmark har radioreklamer kun en andel på ca. 2 % af det samlede reklamemarked mod gennemsnitligt ca. 6 % i andre europæiske lande. I aftalerne er udtrykkelig nævnt, at der er taget hensyn til oplysninger om tariffer i andre lande, og at parterne har ønsket at skabe ro på området. På samme tid kørte et politisk initiativ startet af Jens Rohde fra Venstre. Han tilkendegav, at princippet om ændret risikofordeling lød fornuftigt, men at det politiske initiativ alligevel ville blive fortsat. KODA har fået indtryk af, at der fra politisk side generelt har været tilfredshed med de nye aftaler.

Selv om den nye aftale med DR er en lump sum aftale, ønskede DR, at aftalen skulle indeholde en udtalelse om principperne for vederlagsfastsættelsen. Man blev herefter enige om en formulering, hvorefter omfanget af tilrådighedsstillelse, faktisk lytning og indtægter indgår som primære parametre. Samme formulering er senere anvendt i andre aftaler. I forbindelse med tarifundersøgelsen mente DR, at 40 % af indtægterne kunne henføres til radio og 60 % til tv. KODA var skeptisk over for dette, og af vederlaget til KODA blev en større del henført til radio.

Sky Radio havde påtaget sig visse public service forpligtelser, og efter de udsendelsesplaner, der forelå forud for opstarten, var musikprocenten 65. Derfor tog man i aftalen udgangspunkt heri. Det viste sig, at musikprocenten blev højere, men langt fra så høj som musikprocenten i Radio 100 FM. Efter indberetningerne fra denne radio var musikprocenten 86,0 i 2004, 86,0 i 2005 og 85,8 i 2006 endda fraregnet musik i reklamer.

Modtagelse af Radio 100 FM via satellit sker ikke kun i TDC's kabelanlæg, men også i mange private antenneforeninger. Dette er baggrunden for Copydans tal på 1.150.000 husstande.

Omkring halvdelen af de kommercielle lokalradioer betaler omsætningsbestemt vederlag. Det er ofte "sidekanaler", som betaler minimumsvederlag. KODA har indtryk af, at det omsætningsbestemte vederlag generelt lægger tæt på minimumsvederlaget.

Ebbe Dal, der er administrerende direktør i Dansk Dagblades Forening, har forklaret, at han på vegne af de dagbladsejede lokalradioer indgik aftalen med KODA af marts 2005 om ændret risikofordeling. Radioerne havde det økonomisk svært, og det vigtige var at få reduceret minimumsvederla-

get. Aftalen var på denne baggrund "det muliges kunst". Hverken det senere mediepolitiske forlig eller den senere tarifundersøgelse var inde i billedet. Radioreklamemarkedet er fortsat meget trægt, og selv de største dagbladsjede lokalradioer betaler fortsat minimumsvederlag. Dette er efter hans opfattelse forkert, da udgangspunktet bør være, at omsætning og faktisk lytning er afgørende for vederlagets størrelse.

Jim Receveur har forklaret, at han er administrerende direktør for Talpa Radio Danmark A/S og tillige for Det Danske Radiobureau, som sælger radioreklamer fælles for Talpa Radio og en række lokalradioer. Han blev ansat den 1. oktober 2003 og havde på dette tidspunkt ikke noget budget. Talpa Radio havde store forventninger til muligheden for at udvikle det danske radioreklamemarked, men disse forventninger er endnu ikke blevet indfriet, selv om radioen har haft succes målt på lyttershare – 8 % inklusive lokalradioerne. Talpa Radio kan kun satse på landsdækkende reklamer, men problemet er, at man samtidig kun har en dækning på ca. 45 % af befolkningen indbefattet lokalradioerne. Talpa Radio har til og med 2006 tabt 176 mio. kr. i Danmark. Skønsmæssigt [...] % af omsætningen kan henføres til lokalradioerne. Sendetilladelsen i Århus er inddraget pr. 1. juli 2007, fordi man ikke kunne opfylde betingelsen om en vis mængde lokalt stof. Den vil blive udbudt på ny uden denne betingelse.

Den succes, Radio 100 FM har haft målt efter lytning, beror ikke i første række på musikken, men snarere på programmet "Morgenhyrderne", som bringer aktuelle historier ud fra en humoristisk synsvinkel. Lytningen er størst om morgenen og sidst på eftermiddagen. Fra kl. 18 falder den kraftigt.

Det er hans opfattelse, at KODA's krav om et højt minimumsvederlag hæmmer udviklingen af radioreklamemarkedet til skade også for KODA selv. Eksempelvis hindrer minimumsvederlaget, at der etableres radiokanaler med afgrænset musikudbud, jazz, country osv. Talpa Radio ønsker en samlet aftale, som DR har det, således at man kan udvikle markedet gennem nye udsendelsesformer m.v., uden at hvert nyt initiativ udløser yderligere afgift til KODA. En samlet aftale, som også omfatter lokalradioerne, vil gøre det unødvendigt at fordele omsætningen på de enkelte typer af radioer m.v.

Han er ikke enig i de opgørelser af Radio 100 FM's musikprocent, som Martin Gormsen har omtalt, idet disse opgørelser indeholder en fejl, som beror på tekniske forhold. Indberetningerne fra radioen tager nemlig ikke højde for reklameblokke, som udgør 9-12 minutter i timen, og som har en lav musikprocent.

Hvad angår satellitudsendelsen, har Talpa Radio kun aftale med TDC, og han kender ikke Copydans tal.

Den norske radio P4 er en meget stor kommerciel radio med en omsætning på omkring 250 mio. kr., og minimumsvederlaget er derfor ikke aktuelt for denne radio.

Parternes procedure

KODA har anført, at det vederlagskrav, som KODA gør gældende over for Radio 100 FM i henhold til den principale påstand, er rimeligt, idet en vederlagsstruktur bestående af en omsætningsbestemt tarif kombineret med et minimumsvederlag er velbegrunder, og idet kravet mod Radio 100 FM både med hensyn til størrelsen af vederlagsprocenten og med hensyn til størrelsen af minimumsvederlaget svarer til KODA's aftaler med andre radiostationer, herunder den nu ophørte Sky Radio, der ligesom Radio 100 FM var en delvis landsdækkende FM-radio, og lokalradioerne The Voice og Radio 2, der må anses for Radio 100 FM's nærmeste konkurrenter.

En omsætningsbestemt tarif er velbegrunder, fordi radiostationens omsætning i form af reklameindtægter m.v. er en målestok for den værdi, brugen af musik har for radioen, og fordi omsætningen samtidig afspejler den faktiske lytning til radioen, eftersom lytningens omfang er afgørende for de reklameindtægter, der kan opnås. Talpa Radio har da heller ikke bestridt, at der skal gælde en omsætningsbestemt tarif. Det er endvidere rimeligt, at der fastsættes et ikke ubetydeligt minimumsvederlag beregnet ud fra dækningsområde og musikprocent, idet der herved sikres en vederlæggelse for selve tilrådighedsstillelsen af KODA's repertoire. Set ud fra brugernes synsvinkel er vederlaget for tilrådighedsstillelsen primært et vederlag for de øgede valgmuligheder, der stilles til rådighed, ved udbud af et øget antal radiostationer. Minimumsvederlaget skal også sikre, at KODA opnår et rimeligt vederlag i en opstartfase.

Den omsætningsbestemte tarif, hvorefter vederlagsprocenten fastsættes som musikprocenten x 0,1, svarer til, hvad der gælder efter de aftaler om ændret risikofordeling, som KODA fra 2005 og frem har indgået med kommercielle lokal- og regionalradioer m.m. Forhøjelsen af den tidligere anvendte faktor på 0,0775 til en faktor på 0,1 var netop et led i princippet om ændret risikofordeling, idet KODA imødekom radioernes ønske om reduktion af minimumsvederlaget mod til gengæld at få mulighed for på længere sigt at opnå et tilsvarende større omsætningsbestemt vederlag. En vederlagsprocent på op til 10 % afhængigt af musikprocenten er ikke ude af trit med tariffene i andre lande. Af tabel 3.8 i den internationale tarifundersøgelse fremgår, at tariffen er højere i Holland og på samme niveau i Finland, Irland og Schweiz.

Ved fastsættelsen af beregningsgrundlaget for det omsætningsbestemte vederlag indrømmer KODA et fradrag i reklameindtægter for bureauprovisioner på op til 15 %, og der er ikke grundlag for yderligere fradrag. Såvel fradrag for koncessionsafgifter som fradrag for salgs- og markedsføringsomkostninger ville være i strid med det princip, som ligger bag det omsætningsbestemte vederlag, nemlig at værdien af musikken måles på, hvad reklamekøberne er villige til at betale. Talpa Radios krav om sådanne fradrag har overordnet heller ikke støtte i den internationale tarifundersøgelse. Fradrag for barterindtægter har nævnet allerede afvist i afgørelsen i sag nr. 93.

Minimumsvederlaget på 5.325.000 kr. efter KODA's principale påstand svarer, når der foretages omregning efter forskelle i dækningsområde og i musikprocent, til det minimumsvederlag, som var aftalt med Sky Radio efter nedsættelsen med 29 % ved aftalen om ændret risikofordeling. Det svarer også til, hvad der følger af aftalerne med SBS Radio A/S vedrørende lokalradioerne The Voice og Radio 2, som er Radio 100 FM's nærmeste konkurrenter. Hvis der omregnes efter tariffen for kommercielle lokalradioer med udgangspunkt i en lokalradio af gennemsnitlig størrelse, og hvis der omregnes efter regionalradiotariffen, er det forlangte minimumsvederlag mindre, end hvad der følger af disse tariffer. Det er heller ikke for højt, hvis der sammenlignes med, hvad DR betaler. Over for Gramex har Talpa Radio påtaget sig at betale et minimumsvederlag på 4,7 mio. kr. Når det tages i betragtning, at KODA's repertoire er væsentligt større end Gramex', er det minimumsvederlag, der forlanges af KODA, forholdsmæssigt mindre. Aftalerne mellem TONO og de norske delvis landsdækkende kommercielle radioer viser, at minimumsvederlag i samme størrelsesorden som krævet af KODA ikke er ukendt i andre lande.

Hverken efter KODA's aftalepraksis eller efter Ophavsretslicensnævnets praksis er der grundlag for at indføre et princip om recoupment. Et sådant princip ville give fordelingsproblemer for KODA, idet det ville gøre det uklart, til hvilket fordelingsår den aktuelle betaling relaterer sig.

Hvad angår spørgsmålet om regulering af minimumsvederlaget efter udvikling i musikprocent, er det ikke rimeligt, at Radio 100 FM skal kunne drage fordel af Sky Radios fejlagtigt oplyste musikprocent på 65. KODA's principale påstand på dette punkt er derfor, at den sædvanlige reguleringsbestemmelse i vilkårenes § 3, stk. 4, skal finde anvendelse. Subsidiært overlades det til nævnet at finde en passende optrapningsordning, jf. KODA's påstand B.

Den af KODA foretagne opgørelse over udviklingen i KODA's indtægter vedrørende radio og tv fra 1982 til 2005 viser, at der ikke er sket en uforholdsmæssig stigning som hævdet af Talpa Radio og andre. Stigningen i KODA's indtægter ligger stort set midt imellem stigningen i lyttede musiktimer og stigningen i udsendte musiktimer, og den svarer til stigningen i radio- og tv-stationernes indtægter. Samtidig er der sket i større stigning i antallet af rettighedshavere, således at den gennemsnitlige indtægt for en rettighedshaver har været faldende.

De vederlag, som af KODA opkræves på radio- og tv-området, er i hvert fald efter den omlægning af tariffene, som skete ved aftalerne om ændret risikofordeling, i fuld overensstemmelse med det, der gives udtryk for i den mediepolitiske aftale. Omlægningen var netop udtryk for, at KODA bøje sig for radioernes krav om, at der skulle lægges mere vægt på omsætning og faktisk lytning, og der er således ved aftalerne taget højde for det, som efterfølgende kom til udtryk i den mediepolitiske aftale. I denne siges i øvrigt også, at der skal lægges vægt på aftalepraksis på området.

Den af Capacent udarbejdede internationale tarifundersøgelse illustrerer de vanskeligheder, som er forbundet med at gennemføre en sådan undersøgelse, idet man kun har været i stand til at frembringe nogenlunde valide resultater på det helt overordnede plan, jf. det foran anførte. Tarifundersøgelsen viser ikke, at KODA's vederlag på radio- og tv-området er ude af trit med niveauet i andre europæiske lande, men højst, at det danske vederlagsniveau ligger i den høje ende, jf. Kulturministeriets udtalelse i pressemeddelelsen.

Den tarif og de vilkår, nævnet træffer afgørelse om, bør kun omfatte udsendelse via jordbårne signaler i overensstemmelse med koncessionen for den 6. delvis landsdækkende radiokanal. Der er enighed om, at udsendelse af Radio 100 FM over lokalradioer ikke er omfattet af sagen, men også udsendelse via satellit, DAB og internet bør holdes ude. Udsendelse via satellit er en særlig udsendelsesform, for hvilken der må fastsættes en særskilt tarif, herunder et særskilt minimumsvederlag, jf. nævnets afgørelse i sag nr. 93. Forholdene omkring satellitudsendelse af Radio 100 FM er ikke tilstrækkelig oplyst under sagen, herunder med hensyn til dækningsområde og dobbeltdækning. Vedrørende DAB og internetradio foreligger der næsten ingen oplysninger.

Hvad angår Talpa Radios indsigelser over for visse andre bestemmelser i KODA's vilkår, jf. Talpa Radios påstand 3 og det til kendelsen vedhæftede bilag, har KODA anført: § 3, stk. 7, 2. punktum, er alene en bevisbyrderegel, som er rimeligt begrundet, når rapporteringsforpligtelsen ikke overholdes. Bestemmelsen er i øvrigt godkendt af nævnet i sag nr. 93. § 4, stk. 1, 2. og 3. pkt., indebærer alene, at der kan opkræves morarente med en sats, der svarer til rentelovens, og at der kan opkræves et rykkergebyr inden for de rammer, som fremgår af samme lov. Rapporteringsbestemmelserne i § 6, stk. 1 og 2, kan ikke anses for urimelige. Det samme gælder bestemmelsen i § 6, stk. 3, om etablering af et compensationssystem, bl.a. fordi spørgsmålet om den nærmere udformning kan indbringes for nævnet. § 7, 3. pkt., hvorefter KODA forbeholder sig ret til at opkræve et højere vederlag i tilfælde af musikanvendelse uden tilladelse, kan ikke anses for urimelig og har i øvrigt været indeholdt i KODA's aftaler gennem en lang årrække. Bestemmelserne i § 8, stk. 1 og 2, om, at opsigelse og begæring om genforhandling skal ske med et varsel til udløbet af et kalenderår, er begrundet i praktiske hensyn og kan ikke anses for urimelige.

Talpa Radio har anført, at det af KODA krævede vederlag for udsendelse af Radio 100 FM er urimeligt, hvilket gælder både den omsætningsbestemte tarif og minimumsvederlaget. Navnlig det krævede minimumsvederlag er ude af trit med europæisk praksis, således som denne nu er dokumenteret gennem den internationale tarifundersøgelse. Ophavsretslicensnævnet er forpligtet til at tage hensyn hertil, jf. EF-domstolens dom i SACEM-sagen, Saml. 1989.2811. Det krævede høje minimumsvederlag er også i strid med udtalelserne i den mediepolitiske aftale. På baggrund af den internationale tarifundersøgelse og den mediepolitiske aftale må hele tarifstrukturen genovervejes, og der kan derfor ikke lægges særlig vægt på nævnets tidligere afgørelser, herunder afgørelsen i sag nr. 82 om lokalradiotariffen, ligesom der ikke kan lægges særlig vægt på de af KODA indgæede

aftaler om ændret risikofordeling, som er indgået før fremkomsten af den internationale tarifundersøgelse og før den mediepolitiske aftale. Hvad særlig angår Radio 100 FM, må det tages i betragtning, at en delvis landsdækkende kommerciel radio, som betaler en høj koncessionsafgift, ikke kan sammenlignes med de kommercielle lokalradioer, som ikke betaler afgift til staten.

Den af KODA forlangte vederlagsprocent beregnet som musikprocenten $\times 0,1$ (vederlagsfaktoren) er urimelig høj. Af tabel 3.8 i rapporten om den internationale tarifundersøgelse fremgår, at en vederlagsprocent på op til 10 % er den næsthøjeste i Europa. Af den beregning over, hvad KODAselskabernes vederlag udgør i procent af de kommercielle radioers omsætning, som Talpa Radio har udarbejdet på grundlag af rapportens tal, fremgår, at Danmark lå øverst i 2002, dvs. før de indgåede aftaler om ændret risikodeling. På denne baggrund har der ikke været grundlag for den forhøjelse af vederlagsfaktoren fra 0,0775 til 0,1, som var et led i aftalerne om ændret risikofordeling. Lokalradioerne, som overvejende betalte minimumsvederlaget og ikke efter den omsætningsbestemte tarif, fokuserede på at få minimumsvederlaget nedsat og lagde mindre vægt på vederlagsfaktoren, hvilket blev udnyttet af KODA. Vederlagsfaktoren bør ikke være højere end 0,045.

I beregningsgrundlaget for den omsætningsbestemte tarif bør der være fradrag for koncessionsafgiften, fordi denne er en forudsætning for, at Radio 100 FM overhovedet kan drive virksomhed og dermed anvende KODA's repertoire. Hvis et sådant fradrag ikke indrømmes, bør der ske en tilsvarende reduktion af vederlagsfaktoren set i forhold til andre kommercielle radioer, som ikke betaler statsafgift. I beregningsgrundlaget bør også salgs- og markedsføringsomkostninger kunne fradrages, idet en øget salgs- og markedsføringsindsats og den herved forøgede omsætning også vil komme KODA til gavn. Endelig bør også barterindtægter (bytteindtægter) kunne fradrages, idet disse indtægter ikke indebærer en øget indtægt i form af kontante beløb. De nævnte fradrag i beregningsgrundlaget har støtte i den internationale tarifundersøgelse, som viser, at der i mange lande indrømmes væsentligt større fradrag end i Danmark.

KODA er tilstrækkeligt tilgodeset gennem den omsætningsbestemte tarif, og en bestemmelse om minimumsvederlag bør som udgangspunkt bero på parternes aftale. Det er derfor Radio 100 FM's principale standpunkt, at der slet ikke bør fastsættes et minimumsvederlag. Subsidiært bør et eventuelt minimumsvederlag alene afspejle KODA's administrationsudgifter. Under alle omstændigheder overstiger det af KODA forlangte minimumsvederlag på 5.325.000 kr. om året langt det rimeli-

ge. Et minimumsvederlag af denne størrelse og de tilsvarende minimumsvederlag, som KODA kræver af andre kommercielle radioer, har ikke noget sidestykke i andre europæiske lande, hvilket den internationale tarifundersøgelse dokumenterer. De høje danske minimumsvederlag må også antages at være hovedårsagen til, at Danmark ligger øverst blandt de europæiske lande, når det faktisk betalte vederlag sættes i relation til omsætningen. Uanset den nedsættelse af minimumsvederlagene med 29 %, som skete ved aftalerne om ændret risikofordeling, er minimumsvederlagene fortsat så høje, at flertallet af de kommercielle radioer betaler minimumsvederlag og ikke betaler efter den omsætningsbestemte tarif, hvilket også – i hvert fald i en lang årrække – vil gælde for Radio 100 FM. Dette er i strid med den mediepolitiske aftale, hvor der gives udtryk for, at der skal lægges større vægt end hidtil på omsætning og faktisk lytning. De høje danske minimumsafgifter lægger hindringer i vejen for udviklingen af radioreklamemarkedet og de kommercielle radioer. Det krævede minimumsvederlag på 5.325.000 kr. overstiger, hvad en sammenligning med The Voice og Radio 2 fører til, hvilket i sig selv er urimeligt.

Hvis der fastsættes et minimumsvederlag, bør der være adgang til recoupment, således som det er bestemt i aftalen mellem Radio 100 FM og Gramex. Herved afbødes virkningerne af minimumsvederlaget i de første år, således at de samlede betalinger kommer i bedre overensstemmelse med den omsætningsbestemte tarif.

Med hensyn til regulering af minimumsvederlaget efter musikprocent bør der gælde en optrappingsordning på samme måde som i aftalen med Sky Radio, som herved fik fordel af, at parterne tog udgangspunkt i en musikprocent på 65, selv om de måtte være klar over, at musikprocenten ville blive højere.

Minimumsvederlaget bør ikke kunne forlanges reguleret, selv om Radio 100 FM's dækningsområde måtte blive udvidet. Talpa Radio kan derfor heller ikke tilslutte sig bestemmelsen i vilkårene § 3, stk. 8, om en særlig opsigelsesadgang for KODA i tilfælde af, at dækningsområdet udvides til at omfatte mere end 50 % af befolkningen.

Hvad angår størrelsen af et eventuelt minimumsvederlag, kan der ikke lægges afgørende vægt på de sammenligningsberegninger ud fra aftaler med andre radioer, som er foretaget af KODA, allerede fordi disse aftalte minimumsvederlag dels, som det nu er dokumenteret ved den internationale tarif-

undersøgelse, er ude af trit med forholdene i andre europæiske lande, dels ikke opfylder intentionerne i den mediepolitiske aftale.

Det vederlag, som nævnet fastsætter, bør også omfatte udsendelse af Radio 100 FM via satellit, DAB og internet. For så vidt angår den omsætningsbestemte tarif vil dette indebære den fordel, at det vil blive unødvendigt at foretage en skønsmæssig fordeling af omsætningen på de forskellige udsendelsesformer. Udsendelse via satellit, DAB og internet må betragtes som accessoriske udsendelsesformer, som ikke kan begrunde et særskilt minimumsvederlag. Aftalen med Sky Radio omfattede da også udsendelse via satellit. Hvis nævnet finder, at de nævnte udsendelsesformer kan begrunde særskilt fastsatte vederlag, har Talpa Radio for så vidt angår udsendelse via satellit fremlagt de relevante oplysninger om samlet dækning og dobbeltdækning.

Vedrørende sin påstand 3 om forskellige andre bestemmelser i KODA's vilkår har Talpa Radio anført: Ordet "åbenbart" i § 3, stk. 7, 2. pkt., pålægger Talpa Radio en for tung bevisbyrde. § 4, stk. 1, 2. og 3. pkt., savner hjemmel, idet rentelovens almindelige bestemmelser bør finde anvendelse. § 6, stk. 1 og 2, bør udgå, idet det bør overlades til parterne gennem forhandling at fastlægge det nøjagtige indhold af rapporteringsforpligtelsen under hensyn til parternes hidtidige praksis. Bestemmelsen i § 6, stk. 3, om et kompensationssystem og bestemmelsen i § 7, 3. pkt., om forhøjelse af vederlaget savner grundlag. Heller ikke bestemmelserne i § 8, stk. 1 og 2, om, at opsigelse og begæring om genforhandling kun kan ske med et varsel til udløbet af et kalenderår, er rimeligt begrundet.

Ophavsretslicensnævnets bemærkninger

Afgrænsning af, hvad nævnet tager stilling til i denne sag

Sagen angår i første række, hvad Talpa Radio skal betale i vederlag til KODA for anvendelse af musik i radiokanalen Radio 100 FM i dennes egenskab af jordbaseret, delvis landsdækkende FM-radiokanal. Udsendelse af Radio 100 FM via satellit, DAB og internet er særlige udnyttelsesformer, og det må – også af hensyn til gennemsigtighed og ligebehandling – bero på særskilte vurderinger, hvorledes vederlaget herfor, herunder et eventuelt minimumsvederlag, bør fastsættes. Dette udelukker ikke, at der som følge af dobbeltdækning eller af andre grunde kan tages hensyn til, hvad der i forvejen betales for den jordbaserede, delvis landsdækkende radiokanal.

Nævnet er imidlertid enig med KODA i, at forholdene omkring udsendelse af Radio 100 FM via satellit, DAB og internet ikke er tilstrækkelig oplyst til, at det er forsvarligt at tage stilling til vederlaget for disse udnyttelsesformer under denne sag. Kan en aftalemæssig løsning ikke opnås, og ønskes nævnets stillingtagen, må en ny sag indbringes for nævnet.

Det bemærkes, at der mellem parterne er enighed om, at sagen ikke angår den supplerende udsendelse af Radio 100 FM, som finder sted i kraft af Talpa Radios samarbejde med en række lokalradioer.

Den omsætningsbestemte tarif

Efter KODA's principale påstand skal Talpa Radio – med forbehold for det krævede minimumsvederlag, som efter en overgangsperiode skal udgøre 5.325.000 kr. om året (indeksreguleret) – betale et omsætningsbetinget vederlag beregnet som musikprocenten i Radio 100 FM's udsendelser ganget med 0,1. Dette indebærer eksempelvis, at der ved den musikprocent på 80, som parterne foreløbig har lagt til grund, skal betales 8 % af omsætningen (beregningsgrundlaget). Den faktor på 0,1, med hvilken musikprocenten skal ganges – her benævnt vederlagsfaktoren – svarer til, hvad der er aftalt mellem KODA og de kommercielle lokal- og regionalradioer ved de aftaler om ”ændret risikofordeling”, som er indgået fra foråret 2005 og frem. I tidligere aftaler var vederlagsfaktoren 0,0775, således at vederlagsprocenten ville være 6,2 ved en musikprocent på 80. Den ændrede risikofordeling bestod i, at de minimumsvederlag, som KODA hidtil havde forlangt, blev nedsat med 29 %, mens vederlagsfaktoren som nævnt blev forhøjet fra 0,0775 til 0,1, hvilket er en forhøjelse med 29 %.

Det fremgår af tabel 3.8 i rapporten vedrørende den internationale tarifundersøgelse, at den af KODA hidtil anvendte vederlagsprocent på op til 7,75 afhængigt af musikprocenten svarer til, hvad der anvendes i Tyskland, og at den ligger i den øverste halvdel blandt de 16 lande, for hvilke der foreligger oplysninger, idet 9 lande har en lavere tarif, mens 5 lande har en højere tarif. Selv om undersøgelsen muligvis ikke er fyldestgørende med hensyn til oplysninger om minimumsvederlag, må det samtidig lægges til grund, at minimumsvederlag i den størrelsesorden, som kendes i Danmark, i hvert fald ikke er sædvanligt forekommende i andre europæiske lande, og at dette fortsat

gælder trods den nedsættelse af de danske minimumsvederlag, som blev gennemført ved aftalerne om ændret risikofordeling.

På denne baggrund finder Ophavsretslicensnævnet, at KODA's krav om en tilsvarende forhøjelse af den omsætningsbestemte tarif som betingelse for at efterkomme de kommercielle radioers ønske om en nedsættelse af minimumsvederlagene ikke var rimeligt begrundet. Nævnet finder på den anden side heller ikke grundlag for at nedsætte den hidtil anvendte vederlagsfaktor på 0,0775 som påstået af Talpa Radio. Nævnet fastsætter herefter vederlagsfaktoren til 0,0775, jf. KODA's mere og mest subsidiære påstande.

En kommerciel radiostations omsætning er et mål for den værdi, den anvendte musik har for radiostationen, og omsætningen afspejler samtidig den faktiske lytning. De hensyn og forhold, som begrundet den omsætningsbestemte tarif, taler derfor imod, at der ved fastsættelsen af beregningsgrundlaget generelt indrømmes fradrag for salgs- og markedsføringsomkostninger som påstået af Talpa Radio, jf. også nævnets afgørelse i sag nr. 82. Nævnet finder endvidere ikke grundlag for at indrømme fradrag for barterindtægter, jf. afgørelsen i sag nr. 93.

Endelig tager nævnet heller ikke Talpa Radios påstand om fradrag for koncessionsafgifter til følge, dels af de ovenfor nævnte grunde, dels fordi der efter nævnets opfattelse ikke kan anføres nogen holdbar begrundelse for, at en kommerciel radio, som betaler afgift til staten, skal betale et mindre vederlag til KODA end en kommerciel radio, som ikke betaler statsafgift. Heraf følger, at nævnet heller ikke er enig i Talpa Radios synspunkt om, at der som følge af statsafgifterne alternativt bør fastsættes en lavere vederlagsfaktor for Talpa Radio end for de kommercielle radioer, der ikke betaler statsafgift.

Om beregningsgrundlaget skal herefter gælde den almindelige bestemmelse i § 3, stk. 1, i KODA's vilkår, jf. sagens bilag 64 (vedhæftet).

Minimumsvederlag

Efter ophavsretslovens § 2 er det den offentlige fremførelse af musikværker, i dette tilfælde udsendelsen af musikværkerne, jf. stk. 4, nr. 1, som er omfattet af ophavsmændenes eneret og dermed

begrunder deres ret til vederlag. Et minimumsvederlag, som fastsættes på grundlag af dækningsområde og musikprocent og herved afspejler omfanget af fremførelsen (tilrådighedsstillelsen), må derfor siges at være i overensstemmelse med lovens principper. Selv om den kraftige forøgelse af antallet af radiokanaler, som sender musik, ikke har medført en tilsvarende forøgelse af den samlede lytning til musik, må det tages i betragtning, at de øgede valgmuligheder, udviklingen har medført, i sig selv har betydelig værdi for lytterne. Et minimumsvederlag kan endvidere sikre, at ophavsmændene modtager et rimeligt vederlag i en startfase og i andre situationer, hvor radiostationens indtægter ikke står i passende forhold til omfanget af musikanvendelsen. På denne baggrund finder nævnet, at et krav om, at en kommerciel radiostation skal betale et ikke ubetydeligt minimumsvederlag, ikke kan anses for urimeligt.

Det minimumsvederlag på 5.325.000 kr. årligt (indeksreguleret), som KODA forlanger i henhold til den principale påstand, er på linie med de minimumsvederlag, som betales af andre kommercielle radioer efter den nedsættelse med 29 %, som blev gennemført ved aftalerne om ændret risikofordeling. Imidlertid er der efter indgåelsen af disse aftaler dels blevet gennemført en omfattende international tarifundersøgelse, dels i den mediepolitiske aftale fremsat udtalelser om principperne for vederlagsfastsættelsen.

Som nævnt må det efter den internationale tarifundersøgelse lægges til grund, at minimumsvederlag for kommercielle radioer i den størrelsesorden, som forlanges af KODA, i hvert fald ikke er sædvanligt forekommende i andre europæiske lande. Det må endvidere antages, at dette er den væsentligste årsag til, at Danmark ligger øverst eller i hvert fald meget højt placeret, når de kommercielle radiostationers faktisk betalte vederlag til KODA-selskaberne sættes i forhold til radiostationernes omsætning, jf. den af Talpa Radio på grundlag af rapporten udarbejdede tabel, som – uanset de af KODA fremførte indsigelser – på det overordnede plan tegner et tydeligt billede, der efter nævnets opfattelse må kunne lægges til grund.

I den mediepolitiske aftale, der som nævnt er indgået efter, at KODA og de kommercielle radiostationer havde gennemført princippet om ændret risikofordeling, gives der udtryk for, at der fremover bør lægges mere vægt på omsætningens størrelse og omfanget af den faktiske lytning.

På denne baggrund finder nævnet, at der i forhold til det niveau for kommercielle radiostationers minimumsvederlag, som blev fastlagt ved aftalerne om ændret risikofordeling, bør ske en vis yderligere nedsættelse, og nævnet finder, at det årlige minimumsvederlag, som Talpa Radio skal betale for musikanvendelsen i Radio 100 FM i dennes egenskab af jordbaseret, delvis landsdækkende radiokanal, passende kan fastsættes til 4.000.000 kr. for 2007 og følgende år. Beløbet reguleres efter nettoprisindekset som fastsat i vilkårenes § 3, stk. 5.

Af KODA's mest subsidiære påstand, som nævnet herefter tager udgangspunkt i, følger, at KODA er indforstået med, at der for årene indtil 2007 skal gælde en optrappingsordning. Denne fastsættes således, at minimumsvederlaget for perioden 15. november til 31. december 2003 udgør 240.000 kr., for 2004 udgør 2.720.000 kr., for 2005 udgør 3.200.000 kr. og for 2006 udgør 3.680.000 kr., alle beløb med prisindeksregulering efter vilkårenes § 3, stk. 5.

En adgang til såkaldt recoupment rejser en række særlige spørgsmål, bl.a. i relation til fordelingen til ophavsmændene, og kan efter nævnets opfattelse kun gennemføres, hvis parterne kan opnå enighed herom ved aftale. Talpa Radios påstand herom tages derfor ikke til følge.

Det er ikke godtgjort, at KODA ved aftalen med Sky Radio accepterede, at der ved fastsættelsen af minimumsvederlaget blev taget udgangspunkt i en lavere musikprocent end den forventede, og nævnet finder, at Talpa Radio ikke kan gøre krav på en særlig optrappingsordning i relation til regulering af minimumsvederlaget efter musikprocent. Den almindelige bestemmelse herom i vilkårenes § 3, stk. 4, skal således finde anvendelse.

Nævnet finder endvidere, at forbeholdet i vilkårenes § 3, stk. 8, om adgang for KODA til at opsige aftalen, hvis den geografiske udbredelse overstiger 50 % af Danmarks befolkning, er rimeligt begrundet. Talpa Radios indsigelse mod denne bestemmelse tages derfor ikke til følge.

Øvrige vilkår

De indsigelser, som Talpa Radio har rejst mod vilkårenes § 3, stk. 7, 2. pkt., § 4, stk. 1, 2. og 3. pkt., § 6, stk. 1 og 2, § 7, 3. pkt., og § 8, stk. 1 og 2, tages af de grunde, der er anført af KODA, ikke til følge.

Vilkårenes § 6, stk. 3, forudsætter, at parterne er enige om, at en ordning, hvorefter KODA kan kræve en kompensation pr. forkert eller manglende rapporteret musikminut, er rimelig. Da en sådan enighed ikke foreligger, bør bestemmelsen udgå.

Sammenfatning

Efter det foran anførte tager nævnet KODA's mest subsidiære påstand til følge med følgende nærmere indhold:

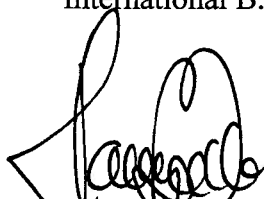
Talpa Radio skal anerkende, at tariffer og vilkår for anvendelse af KODA's repertoire i forbindelse med Talpa Radios jordbaserede, delvis landsdækkende udsendelse af radiokanalen Radio 100 FM fra den 15. november 2003 og frem skal indeholde dels et omsætningsbetinget vederlag beregnet som musikprocenten i Radio 100 FM's udsendelser ganget med 0,0775, dels et årligt minimumsvederlag, som udgør 4.000.000 kr. for 2007 og følgende år, 240.000 kr. for perioden 15. november til 31. december 2003, 2.720.000 kr. for 2004, 3.200.000 for 2005 og 3.680.000 kr. for 2006, alle beløb med tillæg af indeksregulering, og i øvrigt på de vilkår, som fremgår af sagens bilag 64, idet dog § 6, stk. 3, skal udgå.

Talpa Radios selvstændige påstande tages alene til følge i det omfang, dette er indeholdt i det foranstående.

Thi bestemmes:

De indklagede, Talpa Radio International B.V. og Talpa Radio Danmark A/S, skal anerkende, at tariffer og vilkår for anvendelse af klageren, KODA's, repertoire i forbindelse med de indklagedes jordbaserede, delvis landsdækkende udsendelse af radiokanalen Radio 100 FM fra den 15. november 2003 og frem skal indeholde dels et omsætningsbetinget vederlag beregnet som musikprocenten i Radio 100 FM's udsendelser ganget med 0,0775, dels et årligt minimumsvederlag, som udgør 4.000.000 kr. for 2007 og følgende år, 240.000 kr. for perioden 15. november til 31. december 2003, 2.720.000 kr. for 2004, 3.200.000 for 2005 og 3.680.000 kr. for 2006, alle beløb med tillæg af indeksregulering, og i øvrigt på de vilkår, som fremgår af sagens bilag 64 (vedhæftet), idet dog § 6, stk. 3, skal udgå.

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 Talpa Radio International B.V. og Talpa Radio Danmark A/S solidarisk skal betale den anden halvdel.



Hanne Bender



Peter Blok



Henrik Udsen

Vilkår for Talpa Radio Danmark ApS og Talpa Radio International B.V.'s anvendelse af KODA's repertoire i Radio 100 FM.

§ 1

Stk. 1. KODA giver på de vilkår, som er fastsat i det følgende, Talpa Radio Danmark ApS og Talpa Radio International B.V. (herefter samlet benævnt "Talpa Radio") tilladelse til at anvende det af KODA forvaltede repertoire af musikværker i radioprogrammet Radio 100 FM. Tilladelsen forudsætter, at der ikke finder nogen regionalisering af sendefladen sted.

Stk. 2. Tilladelsen omfatter al musik, hvad enten der er tale om fonogrammer, livemusik, musik i reklamer eller jingler. Uden for tilladelsen falder dog musikdramatiske værker, når disse udsendes som sådanne. KODA kan endvidere på vedkommende rettighedshavers foranledning nedlægge forbud mod udsendelsen af enkelte, konkret angivne værker.

Stk. 3. Tilladelsen omfatter primær udsendelse via jordbårne signaler i overensstemmelse med den tildelte koncession (med undtagelse af DAB). Tilladelsen omfatter ikke andre former for udsendelse end de nævnte, og der skal således indgås særskilte aftaler om andre former for udsendelse. Tilladelsen omfatter endvidere ikke rettighederne til samtidig og uændret kabelviderespredning eller andre former for retransmission.

Stk. 4. KODA friholder Talpa Radio for ethvert krav, der måtte opstå fra tredjemand, såfremt kravet angår de værkers rettighedshavere, som tilhører KODA's repertoire, og såfremt brugen omfattes af denne aftale. Fordelingen mellem de enkelte ophavsmænd er i øvrigt Talpa Radio uvedkommende.

§ 2

Stk. 1. Tilladelsen giver ikke Talpa Radio nogen ret til at optage værker på bånd, harddisk eller andre indretninger, der kan gengive dem, bortset fra hvad der følger af reglerne i ophavsretslovens § 31. Enhver anden form for lydfæstning og mangfoldiggørelse af beskyttede musikværker kræver yderligere tilladelse fra rettighedshaverne (Nordisk Copyright Bureau).

Stk. 2. Tilladelsen omfatter de offentligt tilgængelige arrangementer, som arrangeres af Talpa Radio, forudsat at arrangementerne afholdes i udsendelsesøjemed med et indbudt publikum i Talpa Radio's egne studier.

§ 3

Stk. 1. Talpa Radio betaler for retten til at udsende det af KODA forvaltede repertoire et årligt vederlag, der beregnes som en procentdel (vederlagsprocenten) af de samlede årlige indtægter vedrørende Radio 100 FM (beregningsgrundlaget). Beregningsgrundlaget omfatter bl.a. reklameindtægter (herunder barterindtægter), indtægter fra kabeloperatører og satellit-distributører, private såvel som offentlige gaver, lytterbidrag (som fx overtakserede tjenester), bingoindtægter, tilskud, salg af sendetid, sponsorbidrag, administrationsbidrag, værdien af arbejdsydelser, som er betalt af tredjemand, naturalieydelser af relevant økonomisk værdi samt værdien af immaterielle rettigheder og andre ydelser stillet til rådighed af tredjemand for radioen eller til dennes drift mv. Beregningsgrundlaget omfatter alle indtægter, som angår radioudsendelserne, uanset om de oppebæres af Talpa Radio eller tredjemand, herunder reklamesalgs- og produktionsselskaber. I

indtægterne indgår ikke indtægter ved salg af produktioner til tredjemand, merchandisingindtægter, aktionærtillskud til underskudsdekning samt finansielle indtægter. I reklameindtægterne kan fradrages faktisk betalte bureauprovisioner til eksterne reklamebureauer på max. 15 pct.. Såfremt Talpa Radio selv producerer reklamespots i stedet for eksterne reklamebureauer, så indgår det vederlag, som betales for den tekniske produktion af reklamespottet ikke i beregningsgrundlaget. Det er en betingelse herfor, at det vederlag, der betales for produktionen opgøres separat og maksimalt udgør markedsprisen. KODA kan kræve dokumentation for såvel fradrag for bureauprovisioner som betingelserne for fradrag af produktionsomkostninger for reklamespots.

Stk. 2. Vederlagsprocenten fastsættes på basis af, hvor stor en procentvis andel det af KODA forvaltede musikrepertoire udgør af Radio 100 FM's samlede sendetid (musikprocenten). Vederlagsprocenten beregnes som musikprocenten multipliceret med 0,0775.

Stk. 3. Uanset bestemmelserne i stk. 1-2 betaler Talpa Radio fra 15. november 2003 og frem et minimumsvederlag som nærmere fastsat af Ophavsretslicensnævnet i sag nr. 100 (med tillæg af pristalsregulering, jf. stk. 4 og 5).. Der er herved taget udgangspunkt i, at Radio 100 FM sender 24 timer i døgnet og, at Radio 100 FM har en beskyttet musikprocent på 80.

Stk. 4. For 2004 og følgende år reguleres minimumsvederlaget jf. stk. 3 (med tillæg for prisudviklingen jf. stk. 5) årligt under hensyn til udviklingen i Radio 100 FM's musikprocent (i forhold til en musikprocent på 80).

Stk. 5. De i stk. 3 og stk. 4 fastsatte minimumsvederlag reguleres tillige efter nettoprisindekset for juli, første gang for 2004 efter udviklingen i nettoprisindekset for juli ~~2002~~ til juli ~~2002~~ ~~2003~~.

Stk. 6. Musikprocenten opgøres på grundlag af den af Radio 100 FM indsendte programrapportering for det foregående år. Dette indebærer, at såvel vederlagsprocenten som minimumsvederlagets størrelse i et givent år afhænger af musikindholdet i det forudgående år (jf. dog § 3, stk. 4).

Stk. 7. Såfremt programrapporteringen jf. § 6 ikke opfylder gældende regler, er KODA berettiget til at beregne og opkræve vederlaget på grundlag af en af KODA skønnet musikprocent. Dette skøn er gældende, medmindre Talpa Radio kan godtgøre, at skønnet er åbenbart forkert.

Stk. 8. Minimumsvederlaget reguleres ikke efter eventuelle ændringer i den geografiske udbredelse. KODA kan dog opsige aftalen med 4 ugers varsel, hvis den geografiske udbredelse overstiger 50 procent af Danmarks befolkning (eksklusiv Grønland og Færøerne) eller hvis der foretages relevante ændringer i sendetilladelsen. Talpa Radio er forpligtet til uden opfordring at informere KODA om forventede (og indtrufne) ændringer i den geografiske udbredelse af signalerne og i sendetilladelsen.

Stk. 9. Ved uenighed om opgørelsen af beregningsgrundlaget, antallet af indbyggere som kan modtage radioprogrammet eller musikprocenten kan hver af parterne indbringe spørgsmålet for en uvildig opmand. Hvis parterne ikke kan blive enige om, hvem der skal være opmand, udpeges opmanden af præsidenten for Københavns Byret. De dermed forbundne omkostninger deles ligeligt mellem parterne.

§ 4

Stk. 1. Vederlaget betales forud kvartalsvis med lige store beløb og er forfaldent til betaling 1.1., 1.4., 1.7. og 1.10., og skal, hvis andet ikke er aftalt, være KODA i hænde 15.1., 15.4., 15.7. og 15.10. Ved for sen indbetaling er KODA berettiget til at beregne rente, som udgør en årlig rente svarende til den til enhver tid gældende referencerentesats med et tillæg på 7 pct.. I tilfælde af for sen betaling opkræves desuden et rykkergebyr på p.t. 75 kr..

Stk. 2. Det skal for det omsætningsbestemte vederlag tilstræbes, at der løbende sker en betaling i forhold til udviklingen i indtægterne forbundet med udsendelserne. Radio 100 FM. Talpa Radio er derfor forpligtet til af egen drift uden ugrundet ophold løbende at give oplysninger om ikke ubetydelige ændringer i forhold de budgettal, som er meddelt forud for vederlagsåret. De foretagne acontobetalinge reguleres i overensstemmelse hermed. Der finder en regulering sted snarest efter kalenderårets udgang respektive udgangen af slutperioden, jf. § 5. Reguleringen forventes ikke, med mindre der er sket en misligholdelse af den ovenfor nævnte informationsforpligtelse.

§ 5

Efter udløbet af et kalenderår respektive efter Talpa Radio ophør med programvirksomheden indsender Talpa Radio et af en statsautoriseret eller registreret revisor attesteret regnskab med oplysning om de samlede indtægter. Det revisorattesterede regnskab og indberetning skal være KODA i hænde senest 5 måneder efter udløbet af et kalenderår respektive ophøret af Talpa Radio's programvirksomhed. KODA kan endvidere på ethvert tidspunkt kræve oplysning om ikke blot indtægter m.v. i penge og penges værd, men også om alle andre forhold af økonomisk betydning, herunder fx reklameindtægter, abonnementsindtægter, tilskud til langtidsledige, naturalieydelse, værdien af immaterielle rettigheder, som er stillet til rådighed af tredjemand, tredjemands indtægter og alle andre forhold, som KODA måtte ønske oplyst af relevans for vederlagsberegningen.

§ 6

Stk. 1. Talpa Radio forpligter sig til at foretage rapportering indeholdende oplysninger om samtlige titler på de udsendte musikværker, herunder livemusik, musik i reklamer og jingler og for hver måned at fremsende til KODA følgende rapportering i en af KODA godkendt maskinlæsbar form:

1. udsendelsestitel, -dato og -klokkeslæt
2. for hvert enkelt musikværk
 - titel
 - komponistnavn
 - forfatternavn
 - evt. oversætter
 - evt. arrangør
 - kilde: plade/CD/MC/videoclip eller live
 - ved fonogrammer, evt. DISØ-nummer
 - spilletid i minutter og sekunder

Talpa Radio er ligeledes pligtig til på anfordring at udlåne båndkopier eller kopier i anden form af radioens udsendelser, og disse kan rekvireres af KODA indtil 3 måneder efter, udsendelse har fundet sted.

Stk. 2. I forbindelse med ovennævnte fremsender Talpa Radio programoversigt for den pågældende måned. Samtidig giver Talpa Radio KODA oplysning om den totale månedlige sendetid og musikens andel heraf. Indberetningen skal være KODA i hænde senest 14 dage efter månedens udgang.

Stk. 3. Parterne er enige om, at et kompensationssystem, hvor der betales en kompensation til KODA pr. forkert eller manglende rapporteret musikminut er rimeligt, og KODA kan med et varsel på 3 måneder kræve et sådant sanktionssystem indført. Såfremt parterne ikke kan blive enige om sanktionssystemets nærmere udformning, overlades det til Ophavsretslicensnævnet at træffe afgørelse om dette vilkår. Kompensationssystemet skal være sådan indrettet, at

kompensationssystemet ikke begrænser KODA's ret til at kræve erstatning efter dansk rets almindelige regler, men KODA skal vælge mellem enten erstatning eller kompensation.

§ 7

Udebliver betaling eller opfyldelsen af andre forpligtelser i henhold til nærværende aftale mere end 1 måned efter forfaldstid, bortfalder tilladelsen til at fremføre KODA's repertoire. Talpa Radio er derefter uberettiget til at fortsætte musikfremførelsen. Såfremt der ikke foreligger en gyldig tilladelse fra KODA, forbeholder KODA sig ret til yderligere at opkræve 50 pct. af vederlaget efter denne aftale i den periode, hvor musikudsendelse har fundet sted uden tilladelse.

§ 8

Stk. 1. Nærværende aftale træder i kraft med virkning fra 15. november 2003. Aftalen kan opsiges af hver af parterne med 6 måneders varsel til udløbet af et kalenderår.

Stk. 2. Hver af parterne kan kræve genforhandling af aftalen, hvis der indtræder væsentlige ændringer i parternes forudsætninger for aftalen. Begæring om genforhandling skal fremsættes med et varsel på 6 måneder til udløbet af et kalenderår. I øvrigt gælder dansk rets almindelige regler om aftalers gyldighed. Videre kan hver af parterne kræve genforhandling af aftalen, med tre måneders varsel til udgangen af et kalenderår, dersom der bliver gennemført en replanlægning af FM-båndet, idet genforhandlingen dog tidligst kan have virkning fra det tidspunkt, hvor replanlægningen får effekt.

Stk. 3. Talpa Radio kan opsiges aftalen med et varsel på én dag i følgende tilfælde:

- Såfremt Radio 100 radikalt ændrer format (hvis formatet ændres til udelukkende talkradio eller klassisk musik) eller
- såfremt Radio 100 helt ophører med at anvende ophavsretligt beskyttet musik eller
- såfremt Radio 100 ophører med at benytte koncessionen til P 6, eller
- såfremt Ophavsretslicensnævnet for andre kommercielle radioer måtte fastsætte tariffer, der set over en samlet kontraktperiode stiller Radio 100 væsentligt ringere. Det samme gælder, hvis KODA måtte indgå sådanne aftaler med andre kommercielle radioer.