

Den 18. januar 2012 blev af Ophavsretslicensnævnet

i sag nr. 116

Audio & Visual ApS,
Ringsted,

mod

KODA

afsagt følgende

Kendelse:

Indledning

Sagen angår størrelsen af det vederlag, som klageren, Audio & Visual ApS, skal betale til indklagede, KODA, for anvendelsen af KODA's repertoire ved fremførelse af musik over internettet til kunder i form af butikker, caféer og lignende med henblik på anvendelse som baggrundsmusik ("streaming af musik til in store brug"), jf. ophavsretslovens § 75 a, stk. 3.

Audio & Visual har i hvert fald i en periode regnet fra juni 2009 indgået aftaler med danske butikker, caféer og lignende om streaming af musik. Den enkelte kunde kunne herefter mod betaling af sædvanligt vederlag til KODA herfor spille musikken i butiklokalet m.v.

KODA forvalter rettigheder til 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 blev af Audio & Visual indbragt for Ophavsretslicensnævnet ved klageskrift af 19. maj 2011. Efter yderligere skriftveksling blev der afholdt mundtlig forhandling den 13. december 2011.

Audio & Visual har været repræsenteret af advokat Anders Lindqvist, mens KODA har været repræsenteret af advokat Erik Nyborg.

I nævnets behandling af sagen har deltaget højesteretsdommer Peter Blok, professor Henrik Udsen og advokat Asger Heine Jensen.

Påstande

Audio & Visual har nedlagt påstand om, at vederlaget til KODA for perioden fra den 8. juni 2009 til den 16. februar 2011 skal fastsættes til et rimeligt beløb, at der herved skal tages hensyn til, at der kun er anvendt ca. 2000 musikværker, og at vederlaget for den nævnte periode i hvert fald ikke bør overstige 81.500 kr.

KODA har over for Audio & Visuals påstande nedlagt påstand om frifindelse.

Endvidere har KODA nedlagt selvstændig påstand om, at Audio & Visual skal anerkende, at selskabet for fremførelse af KODA's repertoire over internettet til butikker og caféer m.v. med henblik på disses offentlige fremførelse af KODA's repertoire i sådanne lokaler med virkning fra den 8. juni 2009 skal betale vederlag til KODA på vilkår som angivet i sagens bilag 1 (aftale af 20. oktober 2009 mellem parterne).

Sagens omstændigheder

I forbindelse med, at selskabet Pro-Partner Danmark A/S blev erklæret konkurs, blev dette selskabs aktiviteter i midten af 2009 overtaget af Audio & Visual. Den 20. oktober 2009 blev der med virkning fra den 8. juni 2009 indgået aftale mellem på den ene side KODA og Nordisk Copyright Bureau (NCB) og på den anden side Audio & Visual ("udbyderen") om "lydfæstning og online delivery af musikværker via internettet eller lignende med henblik på tilgængeliggørelse som baggrundsmusik til offentlig brug". I aftalen hedder det bl.a.:

"1. KODA/NCB'S TILLADELSE

1.1 Baggrund for aftalen

- 1.1.1. Baggrunden for denne aftale er, at Udbyderen udbyder en software og PC-løsning som muliggør at det samme musikværk afspilles ens på flere lokationer. Løsningen markedsføres og sælges til en række offentligt tilgængelige steder, eksempelvis tankstationer, tøjforretninger, cafeer, hoteller, mv. Forretningsmodellen indebærer, at

Udbyderen lagrer en række musikværker på egen central server for herefter at streame musikværkerne til kundens decentrale terminaler. Herefter har Udbyderens kunder adgang til at afspille musikværkerne i kundens forretningslokale direkte fra de decentrale terminaler gennem foruddefinerede playlister.

1.1.2 I henhold til denne aftale erhverver Udbyderen en ikke-eksklusiv tilladelse til at lydfæste KODA/NCB's repertoire på central server, samt efterfølgende at stille KODA/NCB's repertoire til rådighed i online-transmissioner med henblik på tilgængeliggørelse som baggrundsmusik hos Udbyderens kunder på de af Udbyderen opstillede terminaler. Tilladelsen i henhold til denne aftale omfatter ikke andre udnyttelsesformer, end hvad der i henhold til pkt. 1.1.1. er nødvendigt for, at Udbyderen isoleret set kan lagre musikværkerne på centrale server og streame musikværkerne til de decentralt opstillede terminaler. Tilladelsen omfatter således ikke den selvstændige offentlige fremførelse, der finder sted hos Udbyderens kunder i f.eks. butikker, caféer, hoteller og restauranter. Aftalen omfatter, at der kan leveres musik til arbejde internt i en virksomhed. De aftalte priser i aftalen forudsætter i denne sammenhæng, at der betales KODA vederlag for musik til arbejde af den konkrete virksomhed.

1.1.3 Udbyderen lydfæster samtlige værker på en central server. Herefter foretages der efterfølgende streaming direkte til terminaler hos kunden via et lukket digitalt netværk. Alle værker der lydfæstes på den centrale server er tilgængelige for streaming, via forudbestemte playlister, til de decentrale terminaler via netværksdistribution. Det er ingen begrænsninger i relation til afspilningstidspunkt og værksammensætning, når afspilningen finder sted. Da afviklingen af musikken sker ved hjælp af streaming til decentrale enheder i et lukket netværk, er der ikke fundet anledning til at fastsætte et minimumsvederlag for eventuel download af musikværker til de decentrale terminaler. Såfremt download af musikværker til de decentrale terminaler finder sted, skal vederlag for denne form for musikudnyttelse genforhandles. Der opbevares musik til backup for svigt af musikstream i maksimalt 3 minutter.

....

2. RAPPORTERING

2.1 Udbyderen rapporterer - i en form godkendt af KODA/NCB – nedenstående oplysninger til KODA/NCB for det forgangne kalenderkvartal:

a) Hvilke kunder Udbyderen har indgået aftale med, herunder adresse- og kontaktoplysninger på Udbyderens kunder.

b) Hvilke musikværker der er blevet streamet til hver terminal og på værkniveau rapportere:

værkets titel + udførende kunster.

Størrelsen af brugenes betaling (eksklusive moms og før fradrag af rabatter og lignende) til Udbyderen.

Rapportering i henhold til aftalen skal ske senest henholdsvis 15. april, 15. juli, 15. oktober og 15. januar.

Udbyderen fremsender hvert kvartal oplysninger om antallet af kunder, kundens navn, antallet af terminaler, placering af terminaler samt hvornår terminaler er opsat til NCB og KODA.

....

3. VEDERLAGET

3.1 Vederlagets størrelse

3.1.1 Udbyderens pligt til at betale vederlag indtræder fra det tidspunkt KODA/NCB's repertoire bliver stillet til rådighed for brugerne i overensstemmelse med aftalen. Vederlaget baseres på bruttoomsætning og antallet af tilsluttede decentrale terminaler.

3.2 Streaming af musikværker til decentrale terminaler.

3.2.1 Vederlaget er aftalt til:

12 % af den bruttoomsætning, der er forbundet med opstillingen og driften af den udbudte service (eksklusiv moms men før rabatter og lignende), herunder men ikke begrænset til kundernes samlede abonnementsbetaling.

3.2.2 Der betales minimum DKK 67 pr. måned pr. lokalitet, som der leveres stream til. Der betales dog et samlet absolut minimum på DKK 7.042,90 om måneden.

3.2.3 Såfremt udbyder leverer det samme stream til flere kunder, gælder følgende rabatstruktur for prisen pr. lokalitet:

1. Kunde nr. 21-50 ydes 10 % rabat, hvormed minimumsprisen er 58,5 kroner pr. lokalitet.
2. Kunde nr. 51-100 20 % rabat, hvormed minimumsprisen er 52 kroner pr. lokalitet.
3. For op til 500 kunder er den månedlige minimumspris dog maksimeret til samlet 7.042,90 kroner for alle kunder.

....

4 .ØKONOMISKE VILKÅR

....

4.2 Pristalsregulering

4.2.1 De i aftalen fastsatte vederlagsbeløb er baseret på pristalsindekset for juli 2009 og reguleres i overensstemmelse med udviklingen i nettoprisindekset for juli hvert følgende år, første gang gældende for vederlagsåret 2010, hvor priserne således justeres i henhold til pristalsudviklingen fra juli 2008 til juli 2009.

....

6. INFORMATION OG ANDET UDNYTTELSE

....

6.2 Viderekopiering og anden udnyttelse

6.2.1 På hver terminal skal slutbrugerne informeres om, at viderekopiering ikke er tilladt i henhold til denne aftale og ophavsretsloven.

6.2.2 Udbyderen skal inden opsætning af hver enkelt terminal hos deres kunder oplyse, at kunderne skal indgå alle fornødne aftaler med KODA/GRAMEX om den offentlige fremførelse af musikværkerne, idet musikværkerne ikke må afspilles offentligt uden forudgående tilladelse fra disse forvaltningsorganisationer.”

Forud for aftalens indgåelse havde KODA den 15. september 2009 til direktøren for Audio & Visual, Kasper Christensen, sendt en e-mail, i hvilken det bl.a. siges:

”Jeg har vedhæftet instore radio-aftalen til dig, som du meget gerne må læse igennem og komme med eventuelle bemærkninger, så vi kan få sat aftalen i kraft. I forhold til de oplysninger du kom med på mødet, vil det månedlige beløb lyde på 7.042,90 kroner for de 180 kunder, som modtager det samme stream, plus 67 kroner pr. kunde for de 70 kunder, der senest 30. september kommer til at modtage et individualiseret stream, ialt 11.732,90 kroner.”

Efter aftalens indgåelse sendte KODA løbende kvartalsvise fakturaer til Audio & Visual på beløb svarende til det i mailen anførte. Ingen af fakturaerne blev betalt, og med henvisning hertil hævede KODA aftalen den 18. maj 2010.

KODA indgav herefter til fogedretten i Roskilde begæring om fogedforbud mod Audio & Visual. Ved fogedrettens kendelse af 28. oktober 2010 blev begæringen taget til følge, idet det blev forbudt Audio & Visual ”at anvende KODA’s repertoire i form af ophavsretligt beskyttede værker ved at foranstalte fremførelse af musikværker til umiddelbar aflytning eller downloading over internettet til rekvisiti kunder”. Fogedrettens kendelse blev stadfæstet af Østre Landsrets 19. afdeling ved kendelse af 2. marts 2011. KODA har herefter ved Retten i Roskilde anlagt justifikations-sag, som skal hovedforhandles i marts 2012.

Det er oplyst, at Audio & Visual ikke selv har nogen server, og at musikken over internettet distribueres til de danske kunder fra selskabets hollandske samarbejdspartner TMM International B.V. Med henvisning hertil gjorde Audio & Visual under fogedsagen gældende, at selskabet ikke var forpligtet til at betale vederlag til KODA, og at vederlagskravet tilkommer KODA’s belgiske søsterorganisation, SABAM, med hvilken TMM har indgået en aftale, som også omfatter streaming til Danmark. I landsrettens begrundelse hedder det herom:

”Efter bevisførelsen, herunder oplysningerne på Audio & Visuals hjemmeside og Kasper Christensens forklaring, lægger landsretten til grund, at Audio & Visual leverer musiksystemer til kunder i Danmark, og at Audio & Visuals aftale med kunden omfatter levering af såvel det nødvendige tekniske udstyr i form af f.eks. en streamingboks som musikadgangen.

Audio & Visual har ikke selv en server, men i henhold til aftalen mellem Audio & Visual og det hollandske selskab TMM stiller til TMM musikken til rådighed for Audio & Visuals kunder enten til umiddelbar aflytning (streaming) eller med mulighed for downloading. Kundens betaling sker til Audio & Visual, og der er intet aftaleforhold mellem kunden og TMM. Landsretten finder herefter, at Audio & Visual ikke blot er formidler, men aftalepart i forhold til kunden.

Da kundeaftalerne således er indgået mellem dansk parter og vedrører fremførelse af musik i Danmark, finder ophavsretsloven anvendelse, uanset at musikken leveres fra Holland.

Audio & Visuals levering af musik til kunder kræver derfor tilladelse fra KODA som repræsentant for rettighedshaverne, idet fremførelse af musik via internettet til kunder til umiddelbar afspilning (streaming) eller med mulighed for downloading med henblik på senere afspilning er omfattet af rettighedshavernes eneret efter ophavsretslovens § 2.

Det er ubestridt, at Audio & Visual ikke har indgået en aftale med KODA, der giver ret til at fremføre musik til kunder her i landet.

Kasper Christensen har forklaret, at Audio & Visual efter aftalen med TMM er ansvarlig for overholdelse af rettighederne i Danmark, og at Audio & Visual for at undgå dobbeltbetaling hverken har betalt licens til TMM eller KODA. SABAM har tilsvarende ved brev af 8. februar 2011 om licensaftalen mellem TMM og SABAM oplyst, at det ifølge TMM var Pro-Partner – Audio & Visual – der var ansvarlig for at opfylde ophavsrettighederne i Danmark, og som derfor skulle indgå de nødvendige aftaler med de relevante organisationer, samt at SABAM således ikke har modtaget royalties fra TMM vedrørende benyttelser i Danmark. Landsretten finder det herefter ikke godtgjort, at Audio & Visuals levering af musik som følge af aftalen mellem selskabet og TMM er omfattet af en licensaftale med SABAM.

Allerede af den grund kan Audio & Visuals indsigelser om, at kravet ikke tilkommer KODA, men SABAM, og at KODA's krav er i strid med EU-retten, ikke tages til følge."

Audio & Visual har anført, at kontrakterne med de danske kunder allerede forud for landsrettens kendelse, nemlig i februar 2011, blev overført til TMM, således at det nu er dette selskab, som er de danske kunders kontraktspart, og som udsteder fakturaer og modtager betaling. Til dokumentation herfor er der fremlagt skrivelser fra Audio & Visual og TMM til kunderne om ændringen og

et eksempel på en faktura udstedt af TMM. Den angivne overførelse af kontrakterne til TMM er baggrunden for, at Audio & Visual i sin påstand henviser til perioden fra den 8. juni 2009 til den 16. februar 2011.

Audio & Visual har fremlagt en oversigt over antallet af lokaliteter, til hvilke der er streamet musik i denne periode. Der har ifølge denne oversigt i gennemsnit været tale om 170 lokaliteter (kunder). Ifølge selskabet har disse alle modtaget den samme stream. Den ordning med individualiserede streams, som er nævnt i mailen af 15. september 2009, blev efter det oplyste ikke gennemført.

Audio & Visual har endvidere fremlagt de af selskabet til KODA afgivne indberetninger over anvendte musiknumre. Ifølge selskabet fremgår det heraf, at der maksimalt er anvendt 1.935 musiknumre.

Der er fremlagt 5 aftaler om streaming af musik til in store brug indgået mellem på den ene side KODA og NCB og på anden side en række danske virksomheder, som er konkurrenter til Audio & Visual. Efter det oplyste er det alle foreliggende aftaler på området. Det fremgår af aftalerne, at vederlaget til KODA overordnet er fastsat på samme måde som i aftalen mellem KODA og Audio & Visual.

I en aftale af 21. august 2006 med Amuseic er minimumsvederlaget for streaming – udover et vederlag på 60 kr. pr. måned pr. lokalitet og et absolut minimum på 6.000 kr. pr. måned – fastsat som 0,2534 kr. ”pr. streaming af ét værk”. Den sidstnævnte vederlagsform er dog efter det oplyste ikke blevet anvendt.

I 3 af aftalerne er det absolutte månedlige minimumsvederlag fastsat til et lavere beløb end efter tariffen for en periode efter aftalens indgåelse, en såkaldt optrapningsordning. I en aftale af 16. januar 2009 med Web500 er det absolutte månedlige minimumsvederlag 4.000 kr. i en periode på 3 år. I en aftale af 6. maj 2010 med UNImusik er det absolutte månedlige minimumsvederlag fastsat til 1.500 kr. i aftalens første 6 måneder. I en aftale af 29. juni 2010 med Brander & Birkedal er det absolutte månedlige minimumsvederlag fastsat til 1.000 kr. i aftalens første 12 måneder.

Det beløb på 81.500 kr., som indgår i Audio & Visuals påstand, er – med udgangspunkt i aftalen med Web 500 – beregnet som et månedligt vederlag på 4.000 kr. i perioden fra den 8. juni 2009 til den 16. februar 2011.

Audio & Visual har endvidere henvist til, at det følger af KODA's aftaler med virksomheder, som streamer musik til private, herunder WiMP, at kunden får adgang til over 6 mio. musiknumre for et vederlag på kun 99 kr. om måneden. Det er Audio & Visuals opfattelse, at kunden herefter kan benytte musikken som baggrundsmusik i en butik, café eller lignende mod betaling af et tillæg på 10 % til den normale tarif herfor. Audio & Visual har herved henvist til følgende sætning i tariffen for musik i handels- og afsætningslokaler: "Ved brug af kopiering, hvor musikværker kopieres og lagres (fx brug af kopierede cd'er, overførsel til harddisk og lagring til MP3-afspillere m.v.) tillægges prisen 10 %." KODA har bestridt, at denne bestemmelse angår anvendelse af streamet musik som baggrundsmusik i butikslokaler m.v., og har anført, at musik, der er streamet til privat brug, ikke må anvendes på denne måde.

I en e-mail af 18. januar 2008 fra SABAM til TMM hedder det i dansk oversættelse:

"Hvert år justeres satserne til forbrugerprisindekset. Det nye satser for 2008 som følger:

Copyrights:

Værker	Tarif 2008
800	1,294 EUR
1500	2,426 EUR
2000	3,447 EUR
3000	4,939 EUR
3500	5,608 EUR
5000	7,796 EUR
7000	10,626 EUR
10000	14,768 EUR

Værker DB 0,083 EUR

Beslægtede rettigheder:

Værker	Tarif 2008
800	3,327 EUR
1500	6,237 EUR
2000	8,866 EUR

3000	12,703 EUR
3500	14,423 EUR
5000	20,045 EUR
7000	27,323 EUR
10000	37,974 UUR
Værker DB	0,215 EUR”

Audio & Visual har anført, at mailen angår det årlige vederlag pr. lokalitet for streaming af musik til in store brug. KODA har anført, at mailen ikke angår streaming, men vederlaget for anvendelse af en jukeboks-ordning i butikker m.v.

KODA har indhentet oplysninger om størrelsen af det vederlag, som i Norge og Sverige opkræves for streaming af musik til in store brug af KODA søsterorganisationer i disse lande, henholdsvis TONO og STIM. Af de modtagne svar fremgår, at tariffen i Norge er 12 % af omsætningen, dog mindst 100 NOK pr. lokalitet pr. måned, og at tariffen i Sverige er 10 % af omsætningen, dog mindst 150 SEK pr. lokalitet pr. måned.

Forklaringer

Kasper Christensen har forklaret, at kontrakterne med de danske kunder nu er overført til TMM, som fra den 1. januar 2011 har foretaget indberetning til SABAM vedrørende sine kunder i Danmark. TMM har oplyst, at der for tiden betales 1,5 EUR pr. kunde pr. måned, men at der foregår forhandlinger om vederlagets størrelse. Kunderne får udleveret en boks, hvorfra de kan modtage musikken via internettet. De kan vælge mellem en række kanaler med musik af forskellig karakter, men de kan ikke foretage individuelt valg af musiknumre. Antallet af anvendte musikværker er ret begrænset, ca. 2.000, men TMM foretager løbende udskiftning. Gramex har meddelt, at man anerkender, at de rettigheder, som Gramex forvalter, er clearet gennem Gramex' hollandske søsterorganisation.

Kaare Struve har forklaret, at han er chef for KODA's medieafdeling. Han havde kontakt med Pro-Partner fra juni 2008. I december 2008 blev der med dette selskab indgået en aftale, som var identisk med den aftale, som senere blev indgået med Audio & Visual. KODA rykkede Pro-

Partner for rapportering og betaling, men modtog intet og hævede derfor aftalen i juni 2009. Kasper Christensen oplyste, at selskabet havde en aftale med SABAM, hvilket denne på forespørgsel benægtede. Herefter modtog KODA halvdelen af det forudsatte vederlag, hvorefter Pro-Partner gik konkurs. Han ved ikke, om det forhold, at KODA kun modtog halvdelen af det forudsatte vederlag, beroede på, at Pro-Partner havde haft færre kunder end forudsat.

Ved indgåelsen af aftalen med Audio & Visual blev det oplyst, at selskabet havde 180 kunder, som modtog samme stream, og 70 kunder, der modtog individualiserede streams. KODA har først under denne sag modtaget oplysning om, at der kun har været tale om gennemsnitligt 170 kunder, og at disse har modtaget samme stream. Audio & Visual har foretaget rapportering om benyttede musikværker, men ikke om antallet af kunder og omsætning.

Tariffen, jf. aftalens pkt. 3.2, skal forstås således, at der skal betales det højeste af følgende beløb: 1) 12 % af bruttoomsætningen, 2) det variable minimum på 67 kr. pr. måned pr. lokalitet og 3) det absolutte minimum på 7.042,90 kr. om måneden. Hvis der leveres samme stream til flere kunder, skal der dog – med mindre den omsætningsbestemte tarif fører til et højere vederlag – højst betales 7.042,90 kr. om måneden for op til 500 kunder.

Aftalen fra 2006 med Amuseic er indgået på et tidspunkt, hvor principperne for vederlagsfastsættelsen endnu ikke var endeligt fastlagt. Bestemmelsen om vederlag ”pr. streaming af ét værk” sigter til hver enkelt fremførelse af et værk uanset om der er tale om forskellige værker eller samme værk. Bestemmelsen bygger således ikke på antallet af anvendte værker. I praksis er bestemmelsen aldrig blev anvendt.

Optrappingsordninger er på dette som på andre områder blevet anvendt ved indgåelse af aftaler med nystartede virksomheder med få kunder, på dette område typisk 0-40 kunder. Her er det absolutte månedlige minimumsbeløb fraveget for en vis periode efter aftalens indgåelse. Hvis antallet af kunder vokser hurtigt, vil denne rabat blive uaktuel i kraft af de øvrige elementer i tariffen.

Ved streaming til private betales 12% af omsætningen, dog mindst 9 kr. om måneden pr. kunde. Udbyderen må ikke streame til erhvervsdrivende, og indehaveren af f.eks. en butik må ikke anvende den musik, som modtages i kraft af et privat abonnement, som baggrundsmusik i butikken, heller ikke mod betaling af et tillæg til den sædvanlige tarif for anvendelse af musik i forretningslokaler m.v. Bestemmelsen i denne tarif om adgang til kopiering mod betaling af et tillæg på 10 %

sigter til f.eks. kopiering af en indkøbt CD. Hvis en butiksindehaver har købt adgang til downloading, kan han foretage kopiering mod et tillæg på 10 %.

Den SABAM-tarif, som Audio & Visual har henvist til, jf. e-mailen fra SABAM af 18. januar 2008, angår efter KODA's opfattelse ikke streaming, men anvendelse af jukebokse i butikker m.v., hvilket også forklarer, at der lægges vægt på antallet af værker. Efter de oplysninger, KODA har modtaget, anvender SABAM for streaming til in store brug en tarif, der varierer efter forretningstype og åbningstid, men ikke lægger vægt på antallet af værker. I gennemsnit er SABAM's tarif for streaming til in store brug vistnok lidt lavere end KODA's. Han kender ingen tariffer for streaming, som lægger vægt på antallet af benyttede musikværker. Det gør man jo heller ikke i tarifferne for anvendelse af musik i radioudsendelser. I øvrigt ville det også teknisk være problematisk at gøre antallet af benyttede værker til en parameter, fordi der typisk sker en løbende udskiftning af de benyttede værker.

Parternes procedure

Audio & Visual har anført, at det af de grunde, som blev fremført under fogedsagen, principalt fastholdes, at selskabet ikke har pligt til at betale vederlag til KODA, heller ikke for perioden fra den 8. juni 2009, hvor virksomheden begyndte sin virksomhed, til den 16. februar 2011, hvor kontrakterne med de danske kunder blev overført til selskabets hollandske samarbejdspartner TMM. Den manglende pligt til at betale vederlag til KODA følger af, at Audio & Visual / TMM har haft ret til at klare ophavsrettighederne gennem SABAM også med virkning for Danmark, jf. Kommissionens beslutning af 16. juli 2008 vedrørende de europæiske forvaltningsorganisationer, en beslutning, som er indbragt for Retten i Første Instans af bl.a. KODA, men ikke af SABAM. Dette spørgsmål om selve pligten til at betale vederlag til KODA skal nævnet imidlertid ikke tage stilling til, og sagen er således indbragt for Ophavsretslicensnævnet for det tilfælde, at det under justifikationssagen måtte blive fastslået, at Audio & Visual var forpligtet til at betale vederlag til KODA i den nævnte periode.

Det af KODA forlangte vederlag er urimeligt stort og bør derfor nedsættes af nævnet i medfør af ophavsretslovens § 75 a, stk. 3.

Det vederlag, der forlanges af KODA, er langt højere end det vederlag for streaming til in store brug, som opkræves af SABAM. Dette gælder, hvad enten der tages udgangspunkt i den tarif, som

fremgår af e-mailen af 18. januar 2008 fra SABAM, eller i den senere fremkomne oplysning om, at vederlaget er 1,5 EUR pr. måned pr. lokalitet.

Det er i sig selv urimeligt, at der i KODA's tarif ikke lægges vægt på antallet af musikværker. At det er naturligt at lade antallet af anvendte musikværker indgå som en parameter, fremgår bl.a. af SABAM's tarif, jf. e-mailen af 18. januar 2008, og af KODA's egen aftale med Amuseic A/S.

Hertil kommer, at Audio & Visual er blevet udsat for en urimelig forskelsbehandling derved, at KODA ikke har villet indrømme selskabet en rabat i en vis periode efter aftalens indgåelse, en såkaldt optrapningsordning, på samme måde, som det fremgår af de fleste af KODA's øvrige aftaler på området. Dette er baggrunden for, at der nedlægges påstand om, at Audio & Visual højst skal betale 81.500 kr. for perioden fra den 8. juni 2009 til den 16. februar 2011, idet selskabet herved vil få samme rabat, som KODA har indrømmet Web500.

KODA's tarif for streaming til in store brug er også urimelig som følge af, at indehaveren af en butik m.v. vil kunne opnå en væsentligt billigere løsning ved at tegne abonnement hos en virksomhed, der streamer til private, og derefter benytte musikken som baggrundsmusik i butikken m.v. KODA's tarif herfor må forstås således, at der mod betaling af et tillæg på 10 % er adgang hertil.

Efter ophavsretslovens § 75 a, har nævnet alene kompetence til at tage stilling til aftaler om offentlig fremførelse af musikværker. Der kan derfor rejses spørgsmål om nævnets kompetence i den foreliggende sag, hvor aftalen i et vist omfang også omfatter lydfæstning (eksemplarfremstilling).

KODA har vedrørende det sidstnævnte spørgsmål anført, at aftalen ganske vist omfatter såvel fremførelse som lydfæstning, men at fremførelse er den helt dominerende del, idet lydfæstningen alene er den kopiering, der finder sted på en central server, med henblik på fremførelse til butikker m.v. På denne baggrund har KODA ikke indvendinger mod, at Ophavsretslicensnævnet behandler sagen, selv om afgørelsen i begrænset omfang tillige vedrører vederlag for lydfæstning. I øvrigt må Audio & Visual, som har indbragt sagen for nævnet, formodes at være enig heri.

KODA er enig i, at nævnet ikke skal – og ikke kan – tage stilling til, i hvilket omfang Audio & Visual overhovedet har pligt til at betale vederlag til KODA. Nævnet skal således heller ikke tage stilling til, om en forpligtelse til at betale vederlag til KODA måtte være ophørt pr. 16. februar 2011. KODA's selvstændige påstand nødvendiggør ikke en stillingtagen hertil.

Når butikker m.v. ønsker at spille baggrundsmusik i butikslokalet m.v., kan de vælge at afspille radioudsendelser eller indkøbte CD'er, og i så fald skal de alene betale vederlag til KODA og Gramex i henhold til tariffen for musik i handels- og afsætningslokaler. At de er villige til herudover at betale et vederlag til Audio & Visual eller andre udbydere af musik over internettet, må bero på, at disse udbydere har foretaget et for butikken m.v. hensigtsmæssigt udvalg af musikværker. Udbydernes virksomhed er baseret på anvendelse af musikværker, og KODA må derfor være berettiget til at modtage en andel af den værdi, som udbydernes virksomhed repræsenterer. Dette er baggrunden for, at KODA principalt forlanger at modtage en andel af udbyderens omsætning. I den foreliggende sag har Audio & Visual ikke oplyst sin omsætning, og selskabet må derfor i hvert fald betale det fastsatte minimumsvederlag.

Tariffens bestemmelser om minimumsvederlag, jf. aftalens pkt. 3.2.2 og 3.2.3, er noget komplicerede, men fører ikke til urimelige resultater. Hvis der tages udgangspunkt i de oplysninger om antallet af kunder og streamingens karakter, som Audio & Visual oprindeligt afgav, jf. KODA's e-mail af 15. september 2009, bliver det samlede vederlag for 250 kunder ca. 11.700 kr. om måneden svarende til ca. 47 kr. om måneden pr. kunde. Efter det nu oplyste har der været tale om i gennemsnit 170 kunder, som har modtaget samme stream. Lægges dette til grund, vil det samlede månedlige vederlag være 7.042,90 kr., jf. aftalens pkt. 3.2.3, således at det månedlige vederlag pr. kunde bliver ca. 41 kr. Nævnet skal dog ikke tage stilling til, hvilke forudsætninger der skal lægges til grund med hensyn antallet af kunder m.v.

KODA har grundlæggende anvendt samme tarif i alle foreliggende aftaler om streaming af musik til in store brug. Det forhold, at nogle af aftalerne indeholder en optrapningsordning i form af en rabat på det absolutte månedlige minimumsvederlag i en vis periode efter aftalens indgåelse, indebærer ikke, at der foreligger en forskelsbehandling af Audio & Visual. Dette selskab havde nemlig fra starten så mange kunder, at det absolutte månedlige minimumsvederlag slet ikke var aktuelt. Hertil kommer, at Audio & Visual ikke kunne betragtes som en ny aktør på markedet, idet selskabet videreførte Pro-Partners aktiviteter.

Det af Audio & Visual anførte om, at selskabets virksomhed undergraves ved, at en indehaver af en butik m.v. kan tegne et privat abonnement på streaming og derefter – mod et tillæg på 10 % - kan anvende musikken som baggrundsmusik i butiklokalet m.v., beror på en misforståelse. Noget sådant er klart ikke tilladt.

Der er heller ikke noget urimeligt i, at der i tariffen ikke lægges vægt på antallet af anvendte musikværker. Et sådant kriterium ville ikke være relevant, da fremførelse af et musikværk har værdi for modtagerne, selv om det med mellemrum fremføres flere gange, og da værdien af fremførelserne ikke nødvendigvis øges ved, at der anvendes et meget stort antal værker. Antallet af anvendte musikværker indgår da heller ikke i tariffene for radioudsendelser, som streaming på mange måder kan sammenlignes med.

Den af Audio & Visual fremlagte tarif fra SABAM, jf. e-mailen af 18. januar 2008, angår efter KODA's opfattelse ikke streaming til in store brug, men KODA bestrider ikke, at SABAM's tarif herfor i gennemsnit er lavere end KODA's. Heraf kan man imidlertid ikke udlede, at KODA's tarif er urimelig. De indhentede oplysninger fra Norge og Sverige viser, at KODA's tarif er lavere end tariffen i disse lande. Hvis oplysninger om størrelsen af de vederlag, der opkræves i andre lande, skulle tillægges betydning, måtte der foreligge en egentlig international tarifundersøgelse. Efter de sparsomme oplysninger, som foreligger i denne sag, er der ikke noget grundlag for at tilside sætte KODA's tarif.

Ophavsretslicensnævnets bemærkninger

Sagen angår størrelsen af det vederlag, som Audio & Visual ApS skal betale til KODA for fremførelse af musik over internettet til kunder i form af butikker, caféer og lignende med henblik på anvendelse som baggrundsmusik i sådanne lokaler ("streaming af musik til in store brug"). Som det fremgår af den mellem parterne indgåede – senere ophævede – aftale af 20. oktober 2009, omfatter aftalen i et begrænset omfang også eksemplarfremstilling i form af lydfæstning på en central server, hvilket er baggrunden for, at også Nordisk Copyright Bureau (NCB) er deltager i aftalen. Uanset dette anser nævnet sig for kompetent til at behandle sagen i medfør af ophavsretslovens § 75 a, stk. 3, idet det dog herved er en forudsætning, at det fastsatte eller godkendte vederlag tillige omfatter et eventuelt vederlag til NCB.

Der er endvidere anledning til indledningsvis at fremhæve, at nævnet – som også anført af begge parter – ikke kan tage stilling til, hvorvidt og i givet fald for hvilken periode der overhovedet består en pligt for Audio & Visual til at betale vederlag til KODA. Nævnet tager således stilling til vederlagets størrelse for det tilfælde og i det omfang, en pligt til at betale vederlag fastslås i den verserende justifikationssag.

KODA har fremsat krav om, at Audio & Visual skal betale vederlag efter KODA's sædvanlige tarif for streaming af musik til in store brug. Efter denne tarif udgør vederlaget 12 % af bruttoomsætningen, dog mindst 67 kr. pr. måned pr. lokalitet, der leveres stream til, og mindst et samlet beløb på ca. 7.000 kr. om måneden. Hvis der leveres samme stream til flere kunder, skal der dog – med mindre den omsætningsbestemte tarif fører til et højere vederlag – højst betales ca. 7.000 kr. om måneden for op til 500 kunder.

I betragtning af, at tariffen angår en aktivitet, som består i erhvervsmæssig udnyttelse af musikværker, finder nævnet det berettiget, at KODA principalt forlanger en andel af virksomhedens bruttoomsætning. De fastsatte bestemmelser om det månedlige mindsteverdrag forekommer ret komplicerede, men fører efter nævnets opfattelse ikke i sig selv til urimelige resultater.

Nævnet finder ikke grundlag for at kritisere, at tariffen ikke lægger vægt på antallet af benyttede musikværker. Det samme gælder andre tariffer vedrørende fremførelse af musikværker, eksempelvis tarifferne for anvendelse af musik i radioudsendelser.

Det forhold, at nogle af Audio & Visuals konkurrenter i deres aftale med KODA har fået rabat i form af en nedsættelse af det absolutte månedlige minimumsvederlag i en periode efter aftalens indgåelse, udgør ikke en ubegrundet forskelsbehandling af Audio & Visual, allerede fordi dette selskab ved aftalens indgåelse havde så mange kunder, at det absolutte månedlige minimumsvederlag ikke var relevant.

Det må lægges til grund, at en aftale om streaming af musik til privat brug ikke giver kunden adgang til at anvende musikken som baggrundsmusik i en butik, en café eller lignende, heller ikke mod betaling af det kopieringstillæg på 10 %, som fremgår af tariffen herfor. Det må således lægges til grund, at det, som Audio & Visual har anført herom, beror på en misforståelse.

Der foreligger ikke sikre og præcise oplysninger om den tarif, som KODA's belgiske søsterorganisation, SABAM, anvender på streaming af musik til in store brug, men det kan dog som erkendt af KODA lægges til grund, at det af SABAM opkrævede vederlag i hvert fald i gennemsnit er lavere end det af KODA opkrævede. Den tarif, som anvendes i Norge og Sverige af henholdsvis TONO og STIM, har samme struktur som KODA's. Den omsætningsbestemte tarif er den samme eller lidt mindre end KODA's, mens det månedlige mindsteverdrag er højere end mindsteverdraget i KODA's tarif. Der er ikke fremkommet yderligere oplysninger om størrelsen af de vederlag, som ophavsretsorganisationerne i andre lande opkræver for streaming af musik til in store brug. De foreliggende oplysninger herom giver herefter ikke grundlag for at fastslå, at KODA's tarif fører til vederlagskrav, som overstiger det rimelige.

Efter det anførte frifindes KODA for de af Audio & Visual nedlagte påstande, og den af KODA nedlagte selvstændige påstand tages til følge som nedenfor bestemt.

Thi bestemmes:

Indklagede, KODA, frifindes for de påstande, som er nedlagt af klageren, Audio & Visual ApS.

I det omfang, Audio & Visual ApS er pligtig at betale vederlag til KODA, skal Audio & Visual anerkende, at selskabet for fremførelse af KODA's repertoire over internettet til butikker og caféer m.v. med henblik på disses offentlige fremførelse af KODA's repertoire i sådanne lokaler med virkning fra den 8. juni 2009 skal betale vederlag til KODA på vilkår som angivet i sagens bilag 1 (aftale af 20. oktober 2009 mellem parterne).

I medfør af § 4 i bekendtgørelse nr. 25 af 14. januar 2004 om Ophavsretslicensnævnet bestemmes, at Audio & Visual ApS skal betale halvdelen af udgifterne ved nævnets behandling af sagen, mens KODA skal betale den anden halvdel.



Henrik Udsen



Peter Blok



Asger Heine Jensen