

UDSKRIFT
AF
ØSTRE LANDSRETS DOMBOG

D O M

Afsagt den 31. marts 2015 af Østre Landsrets 18. afdeling
(landsdommerne Finn Morten Andersen, Ulla Staal og Kristian Korfits Nielsen (kst.)).

18. afd. nr. B-173-13:

Berlingske People A/S

(advokat Henrik Schütze)

mod

Gramex

(advokat Eigil Lego Andersen)

Denne sag, der er anlagt ved Københavns Byret den 4. juni 2012, er ved kendelse af 10. januar 2013 henvist til behandling ved Østre Landsret i medfør af retsplejelovens § 226, stk. 1.

Sagen angår størrelsen af det vederlag, som Berlingske People A/S, der ejer og driver Radio|24syv, skal betale til Gramex for at udsende lydoptagelser omfattet af Gramex' repertoire i radiokanalens programflade, jf. ophavsretslovens § 68, stk. 2.

Der er mellem parterne indgået aftale om vederlaget for Radio|24syvs udsendelse af Gramex-beskyttet musik til lyttere på individuelt valgt tid og sted (såkaldt "on demand" udsendelser), hvorfor sagen ikke omfatter dette spørgsmål.

Sagsøgeren, *Berlingske People A/S*, har nedlagt følgende påstande:

1. Gramex skal for perioden 1. november 2011 til 31. december 2014 anerkende, at Gramex ikke har ret til at opkræve et vederlag fra Berlingske People A/S for udsendelse af udgivne lydoptagelser indeholdt i radiokanalen Radio|24syvs programflade, der overstiger 33 kr. pr. udsendt musikminut omfattet af ophavsretslovens § 68, stk. 2, 2. pkt.

2. Gramex skal til Berlingske People A/S betale 1.858.643 kr., subsidiært et mindre beløb, med procesrenter fra den 5. januar 2015.

Over for den af sagsøgte, Gramex, nedlagte påstand 1 har Berlingske People A/S påstået frifindelse, subsidiært frifindelse mod fastsættelse af et mindre vederlag pr. minut for perioden fra den 1. november 2011 til den 31. december 2014. Over for den af Gramex nedlagte påstand 2 har Berlingske People A/S påstået frifindelse, subsidiært mod betaling af et mindre beløb.

Sagsøgte, *Gramex*, har nedlagt følgende påstande:

1. *Principal*: Berlingske People A/S skal anerkende, at det vederlag, som Berlingske People A/S i medfør af ophavsretslovens § 68, stk. 2, skal betale til Gramex for offentlig fremførelse af beskyttede lydoptagelser i Berlingske People A/S' landsdækkende udsendelser, for 2011 og indtil udgangen af marts 2012 fastsættes til 119,79 kr. pr. minuts udsendelse af sådanne lydoptagelser og fra april 2012 og til udgangen af marts 2013 til 122,67 kr. pr. minut. Herefter reguleres vederlaget pr. 1. april (første gang april 2013) efter udviklingen i nettoprisindekset fra januar i året før reguleringsåret til januar i reguleringsåret.

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

Subsidiært: Berlingske People A/S skal anerkende, at det vederlag, som Berlingske People A/S i medfør af ophavsretslovens § 68, stk. 2, skal betale til Gramex for offentlig fremførelse af beskyttede lydoptagelser i Berlingske People A/S' landsdækkende udsendelser indtil afsigelse af endelig dom i nærværende sag, for 2011 og indtil udgangen af marts 2012 fastsættes til 119,79 kr. pr. minuts udsendelse af sådanne lydoptagelser og fra april

2012 og til udgangen af marts 2013 til 122,67 kr. pr. minut. Herefter reguleres vederlaget pr. 1. april (første gang april 2013) efter udviklingen i nettoprisindekset fra januar i året før reguleringsåret til januar i reguleringsåret.

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

2. Berlingske People A/S skal til Gramex betale 1.963.890,09 kr. med procesrente af 1.145.497,93 kr. fra den 14. maj 2013 og af 818.392,88 kr. fra den 21. august 2014.

Gramex har over for den af Berlingske People A/S nedlagte påstand 1 påstået afvisning, subsidiært frifindelse. Over for den af Berlingske People A/S nedlagte påstand 2 har Gramex påstået frifindelse.

Sagsfremstilling

Generelt om radiovirksomhed i Danmark

De danske radiokanaler kan inddeles i ikke-kommercielle (licens- eller tilskudsfinansierede) radiokanaler og kommercielle (reklamefinansierede) radiokanaler.

De ikke-kommercielle kanaler omfatter Danmarks Radios (DRs) licensfinansierede public service radiokanaler, en række ikke-kommercielle, tilskudsfinansierede lokalradioer samt radiokanalen Radio24syv, der sender via den fjerde jordbaserede landsdækkende radiokanal (FM4).

De kommercielle kanaler omfatter den femte jordbaserede FM-radiokanal (FM 5, i dag NOVA FM), den sjette jordbaserede FM-radiokanal (FM 6, i dag POP FM) og en række lokalradioer. Radiokanalerne NOVA FM, POP FM samt flere kommercielle lokalradioer, herunder Radio 100 og The Voice, ejes og drives i dag af SBS Discovery Radio.

Rammerne for den virksomhed, som udøves af radiokanalerne, er blandt andet fastlagt i mediepolitiske aftaler, som til dels er udmøntet ved ændringer af radio- og fjernsynsloven.

I mediepolitisk aftale for 2007-2010, som blev indgået den 6. juni 2006, hedder det blandt andet:

”Mediepolitisk aftale for 2007-2010

Der er enighed mellem regeringen (Venstre og Det Konservative Folkeparti) og Socialdemokraterne, Dansk Folkeparti, Det Radikale Venstre og Socialistisk Folkeparti om følgende:

...

Den fjerde, landsdækkende radiokanal

Aftalepartierne tager stilling til anvendelsen af den fjerde, landsdækkende radiokanal, når DRs nuværende tilladelse udløber pr. 31. marts 2009.

...

Økonomi

...

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.

...

De nødvendige ændringer af radio- og fjernsynsloven gennemføres i folketingssamlingen 2006/2007.

Aftalen gælder for perioden den 6. juni 2006 til den 31. december 2010.”

I mediepolitisk aftale for 2011-2014, som blev indgået den 26. maj 2010, hedder det blandt andet:

*”Fokus på kvalitet og mangfoldighed
Mediepolitisk aftale for 2011-2014*

...

3. ØGET KONKURRENCE PÅ PUBLIC SERVICE

3.1. KONKURRENCE PÅ PUBLIC SERVICE RADIO

- På samme måde som TV2 har givet DR konkurrence på public service tv til gavn for de danske seere, er det vigtigt, at der også på radio-området findes et alternativ til DR, hvad angår public service radio. Derfor er det hensigten at udbyde den fjerde landsdækkende FM-radio-kanal, som pt. benyttes af DR, på følgende vilkår:
 - der stilles krav om nyheds-, aktualitets-, kultur- og debatprogrammer. Programprofilen skal herudover være en bred musikprofil.
 - der stilles DAB-kapacitet til rådighed med henblik på digital paralleludsendelse af kanalen.
 - der afsættes op til 100 mio. kr. årligt af licensmidlerne til driften af kanalen.
 - der er ikke adgang til at sende reklamer på kanalen.
 - udbudsformen er skønhedskonkurrence (men med priselement af hensyn til statsstøttereglerne).
 - der er ikke adgang for DR til at byde, da målet er reel konkurrence på public service-indhold på radioområdet.

...

...

6. UDVIKLING AF RADIOMARKEDET

6.1 KOMMERCIELLE RADIO-STATIONERS BETALING FOR BRUG AF MUSIK

- Når det gælder brug af musik i radio og tv, bør fastsættelsen af vederlaget til rettighedshaverne herfor fortsat hvile på gensidige aftaler mellem brugerne, dvs. radio- og tv-stationer, og rettighedshaverne (dvs. KODA og Gramex).
- Af hensyn til de kommercielle radiostationers overlevelse er det imidlertid afgørende, at vederlagsbetalingen står i rimeligt forhold til stationernes indtjening. Det blev i medieaftalen for 2007-2010 besluttet, at der i aftalerne om vederlagsfastsættelsen skulle ske øget hensyntagen til den faktiske lytning og sening samt omsætning. Dette skal også gælde fremover. Der ses derfor med stor tilfredshed på det netop afgivne tilsagn af 28. april 2010 fra KODA og Gramex, hvoraf bl.a. følger:
 - at i kommende aftaler med landsdækkende kommercielle FM-radiostationer tilbyder KODA og Gramex en 4-årig reduktion af minimumsvederlaget med 20 % i forhold til niveauet i aftaler indgået i 2008 og 2009 mod fastsættelse af et højere omsætningsbestemt vederlag, der dog kun betales i det omfang, det overstiger minimumsvederlaget,
 - at i kommende aftaler med kommercielle DAB-radiostationer, som er baseret på et omsætningsbestemt vederlag, tilbyder KODA og Gramex en lavere minimumsbetaling end for FM-radio i minimum fire år, idet betalingen over aftaleperioden optrappes til niveauet for FM-radio, og
 - at KODA og Gramex igangsætter en dialog med lokalradiobranchen om vederlagsbetalingen med henblik på at sikre lokalradioernes udviklingsmuligheder på DAB og internettet."

Radiostationernes betaling til Gramex/KODA for udsendelse af beskyttet musik

Gramex er i medfør af ophavsretslovens § 68 godkendt af Kulturministeriet som den organisation i Danmark, der på vegne af alle producenter af lydoptagelser og alle udøvende kunstnere på lydoptagelser oppebærer vederlag for offentlig fremførelse.

KODA forvalter i Danmark komponisternes og tekstforfatternes rettigheder samt musikforlagsrettigheder, hvis komponist og/eller tekstforfatter har overdraget rettigheder til et musikforlag. KODAs forvaltningsvirksomhed er godkendt af Kulturministeriet i henhold til ophavsretslovens § 75 a og er baseret på rettighedsoverdragelse i individuelle medlemsaftaler og gensidighedsaftaler med udenlandske søsterselskaber. Til forskel fra Gramex, hvis virksomhed er baseret på tvangslicens i ophavsretslovens § 68, stk. 1, 1. pkt., kræver det således samtykke fra KODA at udsende beskyttet musik.

Radioprogrammer, der udsender musik fra lydoptagelser, udnytter ofte både Gramex- og KODA-rettigheder, og den enkelte radiostation indgår derfor aftale med såvel Gramex som KODA om det vederlag, der skal betales for udsendelse af beskyttede lydoptagelser.

Gramex' vederlagspraksis

Der er under sagen fremlagt en række oplysninger om indholdet af aftaler mellem Gramex og de forskellige radiostationer. Det drejer sig navnlig om en oversigt, som er udarbejdet af Gramex til Kulturministeriet i forbindelse med ministeriets opfølgning på den mediepolitiske aftale for 2007-2010, og som omhandler vederlagsaftaler i perioden 2006-2008 mellem Gramex og daværende radiostationer. For perioden fra 2009 og frem er alene fremlagt visse oplysninger om Gramex' vederlagsaftaler med radiostationerne. Herudover er fremlagt oplysninger om praksis fra Ophavsretslicensnævnet og det tidligere Tvangslicensnævn.

På baggrund af de fremlagte oplysninger kan de forskellige radiostationers betaling til Gramex for udsendelse af beskyttet musik beskrives på følgende måde:

DR's vederlag til Gramex

DR er Danmarks førende udbyder af public service via fjernsyn, radio, internet og lignende. DR modtager årligt mere end 3.500 mio. kr. i licens, og DRs lytterandel af den samlede radiolytning udgjorde ifølge DR Medieforskningens årlige rapport om udviklingen i danskerne brug af de elektroniske medier for 2013 og DRs årsrapport for 2013 mellem 76 % og 80 % i perioden 2009-2013.

Ved Tvangslicensnævnets kendelse af 19. maj 1965 i sag nr. 2 fastsattes et minutvederlag for anvendelsen af grammofonplader i radio- eller fjernsynsudsendelser, den såkaldte DR-tarif. Ved Tvangslicensnævnets kendelse af 27. oktober 1994 i sag nr. 56 blev DR-tariffen korrigeret blandt andet således, at der for offentlig fremførelse af beskyttede lydoptagelser i DRs landsdækkende og regionale udsendelser på hverdage i tidsrummet kl. 01:00 – 05:00 og på søn- og helligdage i tidsrummet kl. 01:00 – 07:00 alene skulle betales en tredjedel af det gældende minutvederlag. Efter det oplyste har DR ikke siden 2005 betalt vederlag til Gramex på grundlag af DR-tariffen.

Af den af Gramex udarbejdede oversigt over vederlagsaftaler i perioden 2006-2008 fremgår blandt andet, at Gramex og DR den 29. marts 2005 indgik aftale om betaling af et fast, årligt vederlag baseret på faktisk lytning, DRs licensindtægter og musikandel. Aftalen, der udløb den 31. december 2010, omfattede udsendelser på 2 landsdækkende tv-kanaler, 4

landsdækkende FM-radiostationer, 15 DAB-kanaler og 12 internetkanaler, for hvilket DR i 2006 betalte 52.771.582 kr., i 2007 betalte 53.730.235 kr., og i 2008 betalte 55.401.900 kr. Af en note til Gramex' fordelingsregnskab for 2011 fremgår endvidere, at DR til Gramex i 2010 betalte 57.789.313 kr. og i 2011 59.575.539 kr. Der foreligger ikke for landsretten oplysninger om indholdet af den gældende vederlagsaftale mellem Gramex og DR.

De landsdækkende og delvis landsdækkende, kommercielle radiokanalers vederlag til Gramex

Af den af Gramex udarbejdede oversigt over vederlagsaftaler i perioden 2006-2008 fremgår endvidere blandt andet, at Gramex og Radio NOVA A/S (NOVA FM, FM5) den 1. juli 2008 indgik aftale om betaling af 4,5 % af omsætningen kombineret med en minimumsbetaling. Aftalen, der udløb den 30. november 2014, og som tillige var baseret på faktisk lytning, omfattede udsendelse på de koncessionerede frekvenser, lokale frekvenser, regionale frekvenser, DAB og internet/simulcasting, for hvilket Radio NOVA A/S i 2008 betalte 2.225.000 kr. i minimumsvederlag med en musikprocent på ca. 82.

Af Gramex' oversigt over vederlagsaftaler i perioden 2006-2008 fremgår endvidere blandt andet, at Gramex og Talpa Radio A/S (Radio 100 FM, FM6) indgik aftaler henholdsvis den 15. november 2003 (aftale I) og den 1. januar 2008 (aftale II). Begge aftaler indebar betaling af 4,5 % af omsætningen kombineret med en minimumsbetaling. Aftalerne, der udløb den 31. december 2012, og som tillige var baseret på faktisk lytning, omfattede udsendelse på de koncessionerede frekvenser, lokale frekvenser, regionale frekvenser, internet/simulcasting, DAB og satellitradio, idet aftale II indebar øget fleksibilitet, og at Radio 100 kunne forfølge sit mål om at blive landsdækkende. Talpa Radio A/S betalte i 2006 og 2007 minimumsvederlag med henholdsvis 5.483,026 kr. og 5.380.336 kr. (aftale I) og i 2008 minimumsvederlag med 6.000.000 kr. (aftale II) med musikprocenter de pågældende år i størrelsesordenen 88-89 %.

Ifølge Gramex' oversigt over vederlagsaftaler i perioden 2006-2008 fremgår tillige, at Gramex og Radio Soft den 20. november 2006 indgik aftale om betaling af et fast, årligt vederlag baseret på faktisk lytning, omsætning, musikandel og dækningsområde. Aftalen, der udløb den 31. december 2012, omfattede udsendelse på FM (14 frekvenser), internettet/simulcasting, DAB og satellitradio, for hvilket Radio Soft både i 2007 og i 2008 betalte 1.000.000 kr. med en skønnet musikprocent på 90.

Af Gramex' oversigt over vederlagsaftaler i perioden 2006-2008 fremgår yderligere, at Gramex og SBS Radio A/S (Voice og Radio 2/City) den 1. januar 2006 indgik aftale om betaling af 4,5 % af omsætningen kombineret med en minimumsbetaling. Aftalen, der udløb den 31. december 2011, og som tillige var baseret på faktisk lytning, omfattede udsendelse på kanalerne Radio Voice, Radio City og Radio 2 på FM, internettet/simulcasting og satellit til kabel, for hvilket SBS Radio A/S i alle årene betalte minimumsvederlag i 2006 med 4.770.010 kr., i 2007 med 4.797.076 kr. og i 2008 med 3.650.197 kr. med en gennemsnitlig musikprocent på henholdsvis ca. 80, 82 og 78.

Af DR Medieforsknings årlige rapport om udviklingen i danskernes brug af de elektroniske medier for 2013 fremgår, at de landsdækkende, kommercielle radiostationers lytterandel af den samlede radiolytning i 2012 udgjorde 11,9 % og i 2013 udgjorde 9,4 %.

Lokalradioernes vederlag til Gramex

Af Gramex' oversigt over vederlagsaftaler i perioden 2006-2008 fremgår generelt om de kommercielle radioer, der sender til flere lokale områder, at de stort set alle pr. 1. juli 2007 overgik til aftaler, som var baseret på faktisk lytning og omsætning, og som indebar betaling af 5,4 % af omsætningen kombineret med en minimumsbetaling, der svarede til det oprindelige minutvederlag reduceret med 25 %.

Om Gramex' takster for *de kommercielle lokalradioer* fremgår af en udskrift af 18. december 2012 fra Gramex' hjemmeside blandt andet:

”Vilkår og betingelser for kommercielle lokalradioer – omsætningsbaseret model

Udsendelsesvirksomhed

Følgende vilkår og betingelser gælder for analog udsendelsesvirksomhed i lokalområder foretaget af kommercielle lokalradioer – herefter ”Radioen” – samt simultan og identisk udsendelse på

- Internet – baseret på Radioens nuværende dækningsområder, da Radioens programmer hovedsageligt er rettet mod befolkningen i sendetilladelsesområdet og ud fra den antagelse, at internetudsendelsen substituerer den analoge radio i lokalområdet;
- DAB – som en prøveordning i perioden 2013-2014 under forudsætning af, at:

- Radioen i 2014 indleder forhandlinger med Gramex vedrørende den fremtidige betaling for DAB fra 2015 og frem, og
- Radioen til brug herfor, indsamler oplysninger om Radioens DAB-udsendelse, herunder indtægts- og omkostningsgrundlag, musikprocent, udbredelse og lyttertal

Betaling for udsendelsesvirksomheden

Den årlige betaling udgør 5,2 % af Radioens omsætning som defineret i § 5.

Radioen skal erlægge et grundvederlag baseret på en pris per minut på kr. 0,3972 per 1. april 2010. Betalingen beregnes som anført i eksemplet i bilag 2.

Prisen per minut reguleres per 1. april med ændringen i nettoprisindekset for december måned (December 2009 = 122,4).

...

Varighed

Disse vilkår og betingelser træder i kraft den 1. januar 2011 og udløber uden yderligere varsel den 31. december 2014.”

Af beregningseksemplet i ovennævnte bilag 2 fremgår, at minutprisen, der anvendes ved beregning af grundvederlaget, for kommercielle lokalradioer pr. 50.000 indbyggere pr. 1. april 2012 var 41,57 øre.

Om Gramex' takster for *ikke-kommercielle lokalradioer* fremgår af en udskrift af 18. december 2012 fra Gramex' hjemmeside blandt andet:

”GRAMEX

...

Ikke-kommercielle lokale radio- og tv-stationer

Ikke-kommercielle lokalstationer skal indgå aftale med Gramex om brug af musik i udsendelser, der sendes analogt og simultant på internettet.

En lokalstation betragtes som ikke-kommerciel, når den modtager driftstilskud og er tilskudsberettiget efter de regler, der fremgår i bekendtgørelse om tilskud til ikke-kommercielle lokale radio- og tv-stationer, kap. 6.

...

Aftale for ikke-kommercielle lokale stationer

Aftalen omfatter den analoge udsendelsesvirksomhed i lokalområdet samt simultan udsendelse på internettet. Når internetudsendelsen substituerer den analoge udsendelse i lokalområdet og er rettet mod befolkningen i sendetilladelsesområdet, er der tale om simultan udsendelse.

...

Pris for en ikke-kommerciel lokalstation

Minutvederlaget udgør 44,96 øre pr. minuts udsendelse af al anvendt musik, der er indspillet på f.eks. cd eller mp3, pr. 50.000 indbyggere.

Natudsendelse

På hverdage mellem 01.00- 05.00 samt søn- og helligedage mellem 01.00-07.00 betales 1/3 af det gældende vederlag.

Ovenstående priser reguleres hvert år den 1. januar med ændring i nettoprisindekset for oktober måned. Betalingsbetingelserne er løbende måned + 10 dage. Ved forsinket betaling tilskrives rente på 1,2 % pr. måned.”

I en rammeaftale indgået mellem SAML (Sammenslutningen af Medier i Lokalsamfundet) og Gramex hedder det blandt andet:

”Præambel

SAML og Gramex har med virkning fra den 1. januar 2011 indgået aftale om betaling for udsendelse af udgivne lydoptagelser i lokalområder i henhold til ophavsretslovens § 68, for radio- og tv-stationer, der er medlem af SAML.

Aftalen er indgået i overensstemmelse med den Mediepolitiske aftale 2011-2014 og er således hovedsageligt baseret på musikbrug, dækningsområde og faktisk lytning.

SAML og Gramex er enige om at følgende betingelser gælder:

...

Vederlag

Vederlagsfastsættelsen baseres på oplysningerne i erklæringen.

Vederlaget beregnes i overensstemmelse med Ophavsretslicensnævnets praksis på baggrund af et vederlag per musikminut (minutvederlaget).

Radiostationer

Radiostationerne skal betale et vederlag baseret på en pris per minut på kr. 0,4388 pr. 1. januar 2011, kombineret med et grundvederlag på kr. 500,- per år. Minutvederlaget er således sat ned med 10% i forhold til minutvederlaget for 2010.

...

Varighed

Aftalen træder i kraft den 1. januar 2011 og udløber uden yderligere varsel den 31. december 2014.

Aftalen er uopsigelig i aftalens løbetid, som følger den Mediepolitiske aftale 2011-2014.”

Der er enighed om, at de ikke-kommercielle lokalradioers andel af den samlede radiolytningen er yderst begrænset.

Af DR Medieforsknings årlige rapport om udviklingen i danskerne brug af de elektroniske medier for 2013 fremgår, at de lokale kommercielle radiostationers lytterandel af den samlede radiolytning i 2012 udgjorde 10,8 % og i 2013 12,7 %.

KODA's vederlagspraksis

Af en oversigt, der er udarbejdet af KODA til Kulturministeriet i forbindelse med ministeriets opfølgning på den mediepolitiske aftale for 2007-2010, og som omhandler vederlagsaftaler i perioden 2006-2008 mellem KODA og de daværende radiostationer, fremgår af en note blandt andet:

”I 2006 og 2007 blev vederlagsprocenten for det omsætningsbestemte vederlag på lokal- og regionalradioer udregnet efter formelen ”musikprocenten * 0,1”. Med virkning fra den 1. januar 2008 skete der en nedsættelse af vederlaget, således at formelen ændredes til ”musikprocenten * 0,09”

På de lokal- og regionalradioer hvor der opkræves omkostningsbestemt vederlag, er den faktisk opgjorte musikprocent lagt til grund. For alle øvrige lokal- og regionalradioer gælder, at der er lagt 85 % musik til grund i beregningen af, hvad deres omsætning skulle have været, hvis det skulle have betalt omsætningsbestemt vederlag.

...

A. For kommercielle lokalradioer, der er medlem af DDF:

Der betales et omsætningsbestemt vederlag, hvis størrelse afhænger af radiostationens bruttoomsætning samt musikprocenten i radioens sendeflade. Der betales endvidere et minimumsvederlag hvis størrelse afhænger af dækningsområdet samt antallet af sendetimer. For udsendelse om natten gælder for minimumsvederlaget en særlig lav nattaakst.

Det omsætningsbestemte vederlag afspejler såvel den faktiske som den potentielle lytning, idet størrelsen af den enkelte radios omsætning påvirkes direkte

af begge faktorer, jf. også Ophavsretslicensnævnets bemærkninger i sag nr. 200 s. 33. Niveauet for minimumsvederlaget er fastlagt under hensyn til dels den potentielle lytning og dels den aktuelle lytning, jf. Ophavsretslicensnævnets bemærkninger i sag nr. 100 s. 35. Den lave nattakst er endvidere udtryk for den begrænsede faktiske lytning, der sker i nattetimerne. Minimumsvederlaget er blandt andet under hensyn til den faktiske lytning sænket 38% siden 2001.

Det er i overensstemmelse med ovenstående i aftalen med DDF anført, at vederlagene til komponister, tekstforfattere og musikforlag hviler på en samlet afvejning af en lang række forskellige kriterier og hensyn, hvor der som primære kriterier indgår 1) antal musikminutter, der udsendes eller gøres tilgængelige, og dækningsområdet, 2) den faktiske lytning/sening til musikken og 3) radiostationens samlede indtægter. Som sekundære kriterier indgår bl.a. mængden af berørte værker/rettighedshavere.

...

C. For de ikke kommercielle lokalradioer

De ikke-kommercielle radioer betaler vederlag efter de samme principper som anført under A, idet minimumsvederlaget dog er 43% lavere for de ikke-kommercielle radioer med mindre der er tale om en egentlig musikradio

D. Radio 100

Der er med udgangspunkt i Ophavsretslicensnævnets kendelse i sag nr. 100 betalt en samlet lumpsum for udsendelse af Radio 100 indtil 1. januar 2009.

E. Danmarks Radio

Der betales et fast årligt beløb til og med 2009. Beløbet er fastsat under hensyn til 1) antal musikminutter, der udsendes eller gøres tilgængelige, og dækningsområdet, 2) den faktiske lytning/sening til musikken og 3) DR's licens indtægter. Som sekundære kriterier indgår bl.a. mængden af berørte værker/rettighedshavere, KODA's omkostninger med registrering af værker og afregning, DR's omkostninger ved rapportering, teknologiske begrænsninger i modtagerforholdene, musikkens karakter og anvendelse, den relative mængde af egen produktion, løn og prisudviklingen og sprogversionen. Parterne har endvidere taget højde for et forventet fald i lytningen i aftaleperioden som følge af en eller to nye aktører på radiomarkedet (FM5)."

Om KODAs takster for kommercielle og ikke-kommercielle lokalradioer fremgår af en udskrift af 18. december 2012 fra KODAs hjemmeside blandt andet:

"Lokalradio

Lokalradioen 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 (beregningsgrundlaget). Vederlagsprocenten fast-

sættes på basis af, hvor stor en procentvis andel det af KODA forvaltede musikrepertoire udgør af lokalradioens samlede sendetid, og beregnes som: musikprocenten x 0,9 [0,09].

Med mindre andet er aftalt eller fastsættes ved voldgift, udgør vederlagsprocenten 7,2 procent af de i kalenderåret oppebårne indtægter. Hver af parterne kan kræve, at der foretages en opgørelse af musikprocenten. Såfremt der ikke kan opnås enighed, finder vilkårenes § 4, stk. 4 tilsvarende anvendelse.

Lokalradioen betaler dog minimum de angivne priser pr. sendetime eller pr. udsendt musikminut reguleret efter Danmarks Statistiks oplysninger om antallet af indbyggere i dækningsområdet.

Priser, kommercielle lokalradioer

Minimumspris I

Dagpriser

Pris pr. sendetime ved indbyggerfaktor 1,00 kr. 38,90

Natpriser (kl. 01:00-06:00)

Pris pr. sendetime ved indbyggerfaktor 1,00 kr. 20,57

Minimumspris II

Hele døgnet

Pris pr. beskyttet musikminut ved indbyggerfaktor 1,00 (uanset andel af musik) kr. 1,34

Priser, ikke-kommercielle lokalradioer

Minimumspris I

Dagpriser

Pris pr. sendetime for ikke-kommercielle lokalradioer med over 50 % kr. 29,57

Pris pr. sendetime for ikke-kommercielle lokalradioer med under 50 % kr. 21,81

Natpriser (kl. 01:00-06:00)

Pris pr. sendetime for ikke-kommercielle lokalradioer med over 50 % kr. 16,13

Pris pr. sendetime for ikke-kommercielle lokalradioer med under 50 % kr. 12,28

Minimumspris II

Hele døgnet

Pris pr. beskyttet musikminut ved indbyggerfaktor 1,00 (uanset andel af musik) kr. 1,51

Indbyggerfaktor

Ansæt indbyggere i dækningsområdet	Indbyggerfaktor
indtil 29.999	0,55
30.000 – 49.999	0,70
50.000 – 69.999	0,85
70.000 – 89.999	1,00
90.000 – 124.999	1,15
125.000 – 149.999	1,30
150.000 – 199.999	1,45
200.000 – 249.999	1,60
250.000 – 299.999	1,75

300.000 – 349.999	2,00
350.000 – 399.999	2,25
400.000 – 449.999	2,50”

Særligt om Radio/24syv

I Radio- og tv-nævnets sendetilladelse af 10. maj 2011 til Berlingske People A/S hedder det blandt andet:

”Tilladelse til programvirksomhed på den fjerde jordbaserede FM-radiokanal

...

*Public service-programvirksomhed
Generelt*

5. Programvirksomheden på den fjerde FM-radiokanal indgår i henhold til § 11, stk. 3, i lov om radio- og fjernsynsvirksomhed, jf. lovbekendtgørelse nr. 477 af 6. maj 2010, som ændret ved lov nr. 1360 af 8. december 2010 (radio- og fjernsynsloven) i den samlede public service-virksomhed. Den fjerde FM-radiokanal skal i henhold til § 11, stk. 5, være en public service-kanal med nyheds-, aktualitets-, kultur- og debatprogrammer suppleret med en bred musikprofil.
 6. Tilladelseshavers programvirksomhed – herunder DAB, internet og andre platforme – skal i hele tilladelsesperioden udøves i overensstemmelse med ansøgningen og tilladelsen. Programvirksomheden skal endvidere udøves i overensstemmelse med reglerne i den til enhver tid gældende radio- og fjernsynslov, herunder § 10 om public service, og de til enhver tid gældende bestemmelser fastsat efter loven.
 7. Reklamer må ikke indgå i programvirksomheden, og tilladelseshaveren må ikke sælge sendetid.
 8. Sponsorerede programmer kan indgå i programvirksomheden efter reglerne i radio- og fjernsynslovens kapitel 11.
- ...
10. Det er ikke tilladt at opdele sendefloden geografisk, hvilket medfører, at et givet program skal udsendes samtidig i hele tilladelseshavers sendeområde. Det gælder såvel programvirksomheden på FM som på DAB.

Minimumskrav til programvirksomheden

...

12. Kanalen skal have en bred musikprofil og må ikke domineres af enkelte genrer. Minimum 30 procent af den udsendte musik skal være dansk i så-

vel tidsrummet kl. 06-18 som tidsrummet kl. 18-24. Den daglige andel af musik i programfladen må i tidsrummet kl. 06-18 maksimalt udgøre 20 procent. I tidsrummet kl. 18-24 må musikandelen udgøre op til 65 procent. I tidsrummet kl. 00-06 må musikandelen udgøre op til 55 procent.

Mellem kl. 06-18 må der kun udsendes relevant begrundet musik. Mellem kl. 18-24 skal musikindholdet formidles med faglig viden.

...

18. Det følger af bekendtgørelsen, at minimumskravene skal opfyldes på følgende måde:

...

5. Musik mellem kl. 06-18 anses som relevant begrundet, når musikken er redaktionelt udvalgt og tillige indgår i en fortælleteknisk eller anden åbenbar sammenhæng med indholdet i programmerne. Der må således ikke udsendes rene musikprogrammer eller computerstyret musikudvælgelse. Formidling af musik mellem kl. 18-24 med faglig viden forudsætter værter og/eller programmedarbejdere med relevant uddannelsesmæssig og/eller erfaringsmæssig baggrund.

...

Tilskud

...

50. I henhold til tilladelseshaverens ansøgning udgør tilskuddet i perioden 1. november 2011 til 31. oktober 2019 følgende beløb (mio. kr.):

		2011 2 mdr.	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019 10 mdr.
1.	Årligt tilskud	16,67	97,56	87,59	89,21	90,13	91,96	93,82	95,29	83,33
2.	Samlet tilskud	745,56								

...”

Radio|24syv begyndte den 1. november 2011 at udsende på den tildelte FM-frekvens. Radiokanalen sender op til 24 timer i døgnet analogt via FM-sendenettet og digitalt via DAB

samt simultant via egen hjemmeside på internettet. Hertil kommer on demand aktiviteter (streaming og podcast) af Radio|24syvs udsendelser.

Af DR Medieforsknings årlige rapport om udviklingen i danskerne brug af de elektroniske medier for 2013 fremgår, at Radio|24syvs lytterandel udgjorde 1,4 % i 2012 og 1,8 % i 2013.

Fra november 2011 til marts 2012 forhandlede Radio|24syv og Gramex om fastsættelse af vederlaget til Gramex for afspilning af beskyttede lydoptagelser. I en e-mail af 9. marts 2012 fra Gramex' underdirektør Thomas Maagaard Dyekjær til Radio|24syvs direktør Jørgen Ramskov hedder det blandt andet:

”Kære Jørgen,

... Som lovet på vores møde tidligere i dag får du her lige de overordnede punkter i det løsningsforslag jeg skitserede.

- Henset til, at Radio 24syv er en privatejet licensfinansieret broadcaster under opstart fastsættes det årlige vederlag til kr. 1.650.000 -
- Vederlaget er fastsat på baggrund af licensindtægter, dækningsområde, musikanvendelse og faktisk lytning
- Aftalen omfatter udsendelse af udgivne lydoptagelser (musikandel op til 10 % af sendetiden)
- Ved overskridelse af musikandel reguleres vederlaget forholdsmæssigt
- Aftalen omfatter ligeledes Radio 24 syv's on demand aktiviteter (streaming og podcast af Radio 24syv's udsendelser)
- Aftalen indgås uden præjudice
- Aftalens varighed er til og med 31/12-2013

Forudsætningen for, at vi kan indgå en aftale på ovenstående vilkår, er at vi får Gramex' bestyrelses godkendelse på bestyrelsesmøde den 14. marts. Jeg ser derfor frem til at høre fra dig mandag med henblik på, om vi skal gå videre med ovenstående.”

I en e-mail af 12. marts 2012 besvarede Jørgen Ramskov henvendelsen med blandt andet:

”Kære Thomas

Først og fremmest tak for din mail – og for den vilje til at se på hele sagen med nye øjne.

Dit udspil bringer os absolut langt på vej – men der er fortsat nogle meget principielle ”knaster” som vi skal have løst.

Det helt afgørende spørgsmål for os er forholdet mellem Koda afgiften og Gramex afgiften.

Der er af historiske grunde et forhold mellem afgifterne som betyder at Koda altid har været dyrere end Gramex. Hvis det forhold gennem forhandlinger skal ændres bliver det ikke en lille public service radiostation som Radio24syv, der tager det første skridt. Vi har en midlertidig licens på kun 8 år – og i det lys vil det være helt forkert, at vi udfordrer det historiske forhold mellem Koda og Gramex.

Samtidig er det faktisk sådan, at Koda stiller et større musikrepertoire til rådighed for Radio24syv end Gramex. Og endelig omfatter vores aftale med - Koda en musikprocent på 10 – hvorimod aftalen med Gramex ifølge dit tilbud vil dække en musikprocent på 8. I aftalen med Koda har Radio24syv alle rettighederne til udsendelse indenfor en sum på 1.673.137 + 50.000 kr. for podcast indenfor en musikprocent på 10.

Under hensyntagen til vederlagsniveauet i Kodaftalen må vi derfor insistere på at Gramexafgiften ligger under Koda.

Vi ønsker at fastholde at den musikprocent, der skal indgå i aftalen er på 8. I det lys er vi indstillet på at aftale en årlig Gramexafgift på 1.4 mio. kr.

Det beløb imødekommer vores krav om, at vores samlede betaling til Gramex skal være mindre end Koda afgiften – samtidig med at vi reelt bevæger os meget i forhold til det nuværende forhold mellem Koda- og Gramexafgiften.

Aftalen skal omfatte såvel udsendelse på FM og DAB som Radio 24syv's on demand aktiviteter (streaming og podcast af Radio 24syv's udsendelser).

Og så skal aftalen løbe frem til 31. december 2014 – hvorefter den kan opsiges med 6 måneders varsel til udløbet af et kalenderår.

Radio24syv er en stærkt reguleret radio og vi har ikke lovgivningsmæssig mulighed for at igangsætte nye initiativer, der ændrer på de udsendelsesaktiviteter som Radio24syv nu er involveret i. Gramex kan med andre ord klart forholde sig til de aktiviteter, en aftale skal dække – og være sikker på at Radio24syv ikke pludselig udvider med nye tilbud.

Samlet set er vores holdning at aftalen kan indgås på følgende grundlag.

- Radio24syv betaler en årlig Gramexafgift på 1.4 mio. kr. (2012 priser).
- Med afgiften erhverver Radio24syv retten til at udsende op til 8 pct. Gramex beskyttet musikrepertoire på [pr.] år.
- Aftalen dækker radio24syv udsendelsesaktiviteter på FM, DAB og on demand aktiviteter (streaming og podcast af Radio 24syv's udsendelser) – sådan som de er beskrevet i sendetilladelsen for Radio24syv.
- Aftalen dækker perioden frem til 31. december 2014 hvorefter den kan opsiges med 6 måneders varsel til udløbet af et kalenderår

- Aftalen indgås uden præjudice”

I en e-mail af 14. marts 2012 til Jørgen Ramskov meddelte Thomas Maagaard Dyekjær blandt andet, at Gramex ikke kunne indgå aftale på de af Radio|24syv skitserede vilkår, og at man derfor anså forhandlingerne for at være brudt sammen og ville tage skridt til at få sagen forelagt for Ophavsretslicensnævnet.

Den 14. juni 2012 indbragte Gramex herefter spørgsmålet om fastsættelse af vederlag for Ophavsretslicensnævnet. Radio|24syv, der forinden havde udtaget stævning i denne sag, oplyste over for nævnet, at radiokanalen ikke ønskede at medvirke til en behandling af sagen ved nævnet.

Ved delafgørelse af 2. oktober 2012 besluttede Ophavsretslicensnævnet, at nævnet – uanset manglende medvirken fra Radio|24syv – var kompetent til at behandle sagen. Ved kendelse nr. 117 af 27. august 2013 traf nævnet herefter afgørelse om størrelsen af det af Gramex opkrævede vederlag. I kendelsen hedder det blandt andet:

”Kendelse

Indledning

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

...

Ophavsretslicensnævnets bemærkninger

...

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

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

indklagede har indgået aftale med KODA, sætter en øvre grænse for det vederlag, klager har krav på.

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

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

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

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

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

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

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

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

Thi bestemmes:

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

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

I den mellem KODA og Radio|24syv den 25. november 2011 indgåede aftale om udsendelse af KODA-beskyttet musik hedder det blandt andet:

”Aftale om udsendelse af musik i radioformatet Radio 24Syv

...

§ 1

Stk. 1. KODA giver på de vilkår, som er fastsat i det følgende, Radio 24Syv tilladelse til at anvende det af KODA forvaltede repertoire af musikværker i radioformatet Radio 24Syv.

Stk. 2. Tilladelsen omfatter al musik, hvad enten der er tale om fonogrammer, livemusik 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. Radio 24Syv får tilladelse til udsendelse af KODA's repertoire i Radio 24Syv på følgende måde:

- Jordbårne udsendelser på den landsdækkende kanal FM 4.
- Simultan landsdækkende udsendelse på DAB.
- Radio 24Syvs egen simultan udsendelse på Internet rettet mod danske radiolyttere.
- Udsendelse rettet mod alle kabelanlæg i Danmark.
- Podcast af Radio 24Syvs programmer fra <http://www.radio24syv.dk>

...

§ 3

Stk. 1. Radio 24Syv 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 24Syv (beregningsgrundlaget). Beregningsgrundlaget udgør samtlige tildelte licensmidler samt eventuelle indtægter fra kabeloperatører og satellitdistributører, private såvel som offentlige gaver, lytterbidrag, bruttoindtægter fra overtaksering ved telefonsjener, uanset om indtægterne oppebæres af Radio 24Syv selv eller af tredjemand, indtægter fra spil af enhver art, indtægter fra radioens hjemmesider, tilskud, salg af sendetid, sponsorbidrag, administrationsbidrag, værdien af arbejdsydelser, som er betalt af tredjemand, naturalieydelser samt værdien af immaterielle rettigheder, og andre ydelser stillet til rådighed af tredjemand for radioen eller dennes drift mv. af relevant økonomisk værdi. Beregningsgrundlaget omfatter alle indtægter, som angår radioudsendelserne, uanset om de oppebæres af Radio 24Syv eller af tredjemand. I beregningsgrundlaget indgår ikke indtægter fra salg af produktioner til tredjemand, merchandiseindtægter, aktionærtilskud til underskudsdekning samt finansielle indtægter.

Stk. 2. Vederlagsprocenten fastsættes på basis af, hvor stor en procentvis andel det af KODA forvaltede musikrepertoire udgør af Radio 24Syv's samlede sendetid (musikprocenten). Vederlagsprocenten beregnes som musikprocenten multipliceret med 0,09.

Stk. 3. Radio 24Syv sender op til 24 timer i døgnet. Radio 24Syv har oplyst, at der er en beskyttet musikprocent på 10, og at den skønnede demografiske dækning af udsendelserne på FM4, lokalradiofrekvenser, DAB og internet i 2011 udgør 100 % af Danmarks befolkning. For DAB og internet er der taget hensyn til de teknologiske begrænsninger i aflytningsmulighederne og de deraf følgende stærkt begrænsede lyttemuligheder på disse medier. Minimumsvederlaget udgør kr. 1.673.137 (i 2011-priser) om året ved en musikprocent på 10 og en demografisk dækning på 100 %. Såfremt musikprocenten efter Radio 24Syvs lancering måtte vise sig at afvige fra 10, reguleres minimumsvederlaget pro rata. Fastlægges musikprocenten eksempelvis til 15, udgør det årlige minimumsvederlag DKK 2.509.706 (i 2011-priser).

Stk. 7. Vederlaget for tilgængeliggørelse af podcast er aftalt til kr. 50.000 pr. år.

Stk. 8. Det i stk. 3 fastsatte minimumsvederlag reguleres efter nettoprisindekset for juli, første gang for 2012 efter udviklingen i nettoprisindekset for juli 2010 til juli 2011.

Stk. 9. Musikprocenten er fastsat som oplyst af Radio 24Syv, men hver af parterne kan dog anmode om en ny vurdering af musikprocenten.

...

Stk. 12. De aftalte vederlag til komponister, tekstforfattere og musikforlag 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 til musikken og 3) ra-

diostationens samlede indtægter. Som sekundære kriterier kan bl.a. nævnes mængden af berørte værker/rettighedshavere, KODA's omkostninger med registrering af værker og afregning, omkostninger ved rapportering, teknologiske begrænsninger i modtagerforholdene, musikkens karakter og anvendelse, løn- og prisudviklingen og sprogversionen.”

I efterfølgende tillægsaftaler mellem Radio|24syv og KODA blev musikprocent og minimumsvederlag reguleret, således at musikprocenten pr. 1. juli 2013 fastsattes til 8 med et årligt minimumsvederlag inklusiv podcast på 1.450.965 kr. (i 2013 priser), og således at musikprocenten pr. 1. januar 2014 fastsattes til 6 med et årligt minimumsvederlag inklusiv podcast på 1.110.598 kr. (i 2014 priser).

I en e-mail af 9. september 2013 fra KODA til Radio|24syvs advokat fremgår om beregnede musikprocenter for radiokanalen:

”Beregne Musikprocenter for Radio 24syv

Periode	total sendetid sekunder	Inkl. jingler		Uden jingler	
		musik sekunder	musik%	musik sekunder	musik%
Nov+dec 2011 (61 dage)	5.270.400	341.462	6,48%	176.434	3,35%
1. halvår 2012 (182 dage)	15.724.800	1.231.724	7,83%	515.001	3,28%
2. halvår 2012 (184 dage)	15.897.600	1.327.513	8,35%	653.063	4,11%
Q1 2013 (90 dage)	7.776.000	192.795	2,48%	185.835	2,39%

...”

Ifølge en af Radio|24syv udarbejdet opgørelse over udsendt musik i perioden fra 1. november 2011 til og med 3. kvartal 2014 og med tillæg af skønnede tal for 4. kvartal 2014 fremgår blandt andet:

	Gramex-minutter		musikprocent	jingler-minutter		musikprocent
	dag	nat				
2011 (2 mdr.)	2.097	844	3,35	5.680	6,48	
2012	15.035	4.437	3,69	23.207	4,40	
2013	18.148	5.532	4,51	16.013	3,05	
2014	7.386	5.350	2,42	14.643	2,79	

Forklaringer

Der er under sagen afgivet forklaring af Jørgen Ramskov, Martin Montag, Thomas Maa-gaard Dyekjær, Kaare Struve og Christian Sonnefeld Jørgensen.

Jørgen Ramskov har forklaret blandt andet, at han har været administrerende direktør og journalistisk chef for Radio|24syv siden maj 2011. Han var ikke involveret i Berlingske People A/S' tilbudsgivning i forbindelse med udbuddet af den fjerde landsdækkende radiokanal, men han fulgte med på et overordnet plan og har derfor kendskab til de beregninger, som lå til grund herfor. Oprindeligt anslog man den årlige udgift til Koda og Gramex til 13-15 mio. kr., men da detailplanlægningen viste, at kanalen ville blive en "taleradio", reducerede man væsentligt i det beløb, der var afsat til musik. Som "taleradio" har Radio|24syv primært behov for at gøre brug af jingler (små musikstykker) og af lyddesign som optakt til tale, og for brugen heraf betales ikke til Gramex, men alene til Koda. Musik spiller således ikke en afgørende rolle for Radio|24syv, og i takt med, at kanalen har reduceret musikandelen, er lytterandelen tilmed steget. Såfremt Gramex' krav imødekommes, vil det blive dyrere pr. sendetime at sende musik end at lade en person tale, og Radio|24syvs nedjustering af musikandelen skal også ses i dette lys. Radio|24syvs primære konkurrent er P1, som nogenlunde har beholdt sin lytterandel, så med Radio|24syvs lytterandel på aktuelt ca. 2 %, er det musikradioerne, der har tabt lytterandele.

Han forhandlede aftalen med Koda, som i 2011 havde en forudsætning om en højere musikprocent end Radio|24syv, der alene skønnede musikprocenten til 10. KODAs aftaleudkast blev uden store problemer herefter endeligt med et årligt minimumsvederlag på 1.673.137 kr. ved en musikprocent på 10 og med tillæg af betaling for podcast. Ved tillægsaftaler blev musikprocenten efterfølgende sat ned, i juli 2013 til 8, i januar 2014 til 6 og i 2015 til 5.

Hans forhandlinger med Gramex resulterede i de tilbud fra henholdsvis Gramex og Radio|24syv, som er fremlagt i sagen, og hvori Gramex tog udgangspunkt i den tidligere nævnskendelse vedrørende DR-tariffen. Radio|24syv var imidlertid bekymret for, at Gramex-aftalen herved ville blive dyrere end Koda-aftalen, hvortil kom, at Radio|24syv ønskede en lavere musikprocent end 10 lagt til grund for betalingen, idet Gramex ikke skal have betaling for brug af jingler. Radio|24syv fandt endvidere, at aftaleperioden var for kort. Radio|24syv har betalt et á conto beløb på 100.000 kr. pr. måned svarende til det beløb, kanalen har budgetteret med.

Martin Montag har forklaret blandt andet, at han siden februar 2013 har været administrativ chef på Radio|24syv med ansvar for økonomi, indgåelse af kontrakter, markedsføring, musikrapportering til KODA og Gramex m.m. Rapportering til KODA og Gramex foregår på den måde, at produceren i et edb-program indtaster den musik, der afspilles, uanset om der er tale om beskyttet musik eller ej, hvorefter KODA frasorterer den ikke-beskyttede musik. Han er ikke bekendt med, at KODA på noget tidspunkt skulle have bestridt den indrapporterede musik, og e-mailen af 9. september 2013 fra KODA vedrørende beregnede musikprocenter for Radio|24syv er KODAs eneste tilbagemelding herpå. Han har udarbejdet totaloversigterne over Radio|24syvs forbrug af henholdsvis Gramex-musik og ”jingler” fra november 2011 til udgangen af 2014, og den af Gramex udarbejdede opgørelse over Radio|24syvs vederlag til Gramex er baseret på disse totaloversigter.

Thomas Maagaard Dyekjær har forklaret blandt andet, at han siden januar 2012 har været underdirektør i Gramex. Fra 2005 har Gramex haft lump sum aftaler med DR, hvilket indebærer, at DR betaler en fast pris for afspilning af Gramex-beskyttet musik, uanset hvor meget musik, DR afspiller, og i 2013 betalte DR ca. 61 mio. kr. herfor. Lump sum aftalerne med DR skal blandt andet ses i lyset af de senere års fremkomst af mange nye DR-kanaler med ofte meget smalle målgrupper, og det har derfor været oplagt at tage hensyn til kanalernes indbyrdes skyggevirksomhed, da hver DR-lytter jo kun kan lytte til én DR-kanal ad gangen. Afspilning af Gramex-beskyttet musik i radio og tv er fordelt med 92 pct. i radioen og 8 pct. i tv, mens de tilsvarende tal for KODA-beskyttet musik er henholdsvis 40 pct. og 60 pct.

Forudsætningerne om størrelsen af radioreklameindtægter, som man havde, da der i sin tid blev afgivet tilbud på de delvis landsdækkende kommercielle radiokanaler FM5 og FM6, viste sig ikke at holde stik. Radiokanalernes reklameindtægter var således unormalt lave i forhold til andre europæiske lande, hvilket bevirkede, at de oprindelige rettighedshavere til radiokanalerne FM5 og FM6 gik konkurs. Senere fulgte andre kommercielle radiokanaler efter, og Gramex led store tab herved. Den mediepolitiske aftale for 2007-2010, som blandt andet angav øget hensyntagen til faktisk lytning ved fastsættelse af vederlag til Gramex og KODA, bevirkede, at Gramex i relation til de kommercielle radioer som noget nyt indgik aftaler om et omsætningsbestemt vederlag kombineret med et minimumsvederlag. I overensstemmelse med Gramex’ brev af 14. oktober 2010 til Kulturministeriet vedrørende opfølgning på den mediepolitiske aftale for 2011-2014 resulterede Gramex’ drøftelser med de

landsdækkende kommercielle radiokanaler i, at Gramex reducerede minimumsvederlaget med 20 pct. i forhold til niveauet for aftaler indgået i 2008 og 2009 mod fastsættelse af et højere omsætningsbestemt vederlag. Gramex har i dag en lump sum aftale med SBS-koncernen, som omfatter radiostationerne NOVA, POP FM, Radio 100, Voice, Radio Soft samt My Rock, og den indebærer blandt andet, at betalingen kun kan forhøjes, hvis dækningsområdet øges, f.eks. ved tilgang af flere kanaler.

Opgørelse af beskyttet musik udgør et betydeligt arbejde, og for lokalradioerne er derfor fastsat minutpriser for afspilning af al musik, uanset om musikken er beskyttet eller ej, men til lavere takster end tilfældet ville have været, hvis der kun skulle betales for beskyttet musik. Taksten for de *ikke-kommercielle lokalradioer*, hvis betalinger i øvrigt kun udgør en mindre del af Gramex' samlede indtægter, er i dag 46,15 øre pr. udsendt minut ved et dækningsområde på 50.000 indbyggere, mens taksten for de *kommercielle lokalradioer*, der har en to-strengt betalingsmodel baseret på faktisk lytning og omsætning kombineret med et minimumsvederlag, som i dag er 42,61 øre pr. udsendt minut.

Gramex' tilbud af 9. marts 2012 til Radio|24syv indebar en introduktionsrabat, som var begrundet i, at Radio|24syv var i en opstartsfasen, og aftalen skulle derfor genforhandles efter to år, når Radio|24syv havde fundet sin rette platform. Minimumsvederlaget på 1.650.000 kr. var baseret på en musikprocent på 10 og kunne alene reguleres – og kun i opadgående retning – hvis musikprocenten blev højere. Der lå en beregning til grund for fastsættelsen af minimumsvederlaget, der var baseret på licensindtægter, dækningsområde, musikanvendelse og faktisk lysning, men han vil ikke nærmere redegøre herfor, da det er en forretningshemmelighed. Efter Gramex' opfattelse skulle Radio|24syvs betaling tage udgangspunkt i DR-minuttariffen. Det skal nok passe, at såfremt Radio|24syv udelukkende spillede musik, ville en anvendelse af DR-tariffen betyde, at Radio|24syv skulle betale omkring 55 mio. kr. til Gramex.

Kaare Struve har forklaret blandt andet, at han er chef for KODAs broadcast- og onlineafdeling, som blandt andet har ansvaret for indgåelse af aftaler om brug af KODAs repertoire, der omfatter såvel danske som udenlandske komponister og tekstforfattere. Han deltog i forhandlingerne om indgåelsen af aftalen mellem KODA og Radio|24syv, som begge var enige om at tage udgangspunkt i Ophavsretslicensnævnets kendelse nr. 100 om et omsætningsbestemt vederlag kombineret med et minimumsvederlag. KODA konciperede aftaleudkastet, idet minimumsvederlaget blev matematisk beregnet efter principperne i nævns-

kendelse nr. 100. KODAs aftale med Radio|24syv er udtryk for en samlet afvejning af kriterierne ”antal musikminutter, der udsendes eller gøres tilgængelige, og dækningsområde”, ”den faktiske lytning” samt ”radiostationens samlede indtægter” som anført i en note til KODAs indberetning til Kulturministeriet om vederlagsaftaler i perioden 2006-2008. Bortset fra KODAs aftale med DR, som er en lump sum aftale, er KODAs øvrige aftaler i det væsentlige baseret på nævnskendelse nr. 100. Lokalradioerne betaler i praksis alene minimumsvederlagene, uanset om de er ikke-kommercielle eller kommercielle. Nævnskendelse nr. 106 vedrører tv, og principperne heri anvendes derfor ikke på aftaler vedrørende radio.

Christian Sonnefeld Jørgensen har forklaret blandt andet, at han er advokat hos SBS Discovery Media ApS, og at han blandt andet har ansvaret for aftalerne med Gramex og KODA. SBS-koncernen ejer alene Voice, Nova (FM5), My Rock, Radio 100 og Soft, mens selskabet ejer POP FM (FM6) sammen med Berlingske Media. Radiokanalernes indtægter hidrører fra salg af radioreklamer, og omfanget heraf er stort set uændret gennem de seneste 10 år. SBS-koncernens radiokanaler er alle musikkanaler uden nævneværdige forskelle, og de har alle musikprocenter på omkring 80 bortset fra Nova, der på grund af en nyhedsforpligtelse kun har en musikprocent på omkring 75. SBS-koncernen har indgået en ny aftale med KODA omfattende alle SBS-koncernens radiokanaler og med betaling efter samme principper som i Ophavsretslicensnævnets kendelse nr. 100, der er gældende frem til udgangen af 2017. Minimumsvederlaget er dog mindre end i nævnskendelse nr. 100, men til gengæld er det omsætningsbestemte vederlag højere. SBS-koncernen har indgået parallelaftaler med Gramex efter samme principper, og aftalerne med KODA og Gramex er i dag mere fleksible end tidligere, blandt andet med mulighed for at udvide dækningsområderne.

Procedure

Berlingske People A/S har i overensstemmelse med sit påstandsdokument navnlig gjort gældende:

Der er ikke grundlag for at afvise *Berlingske People A/S*' påstand 1, der både har et selvstændigt indhold i forhold til Gramex' påstand 1 og *Berlingske People A/S*' frifindelsespåstand over for Gramex' påstand 1, herunder den subsidiære frifindelsespåstand som er medtaget for det tilfælde, at landsretten finder det berettiget at fastsætte vederlaget på et niveau, der ligger imellem minutpriserne i parternes principale påstande. Landsretten bør

kun tage stilling til perioden indtil 31. december 2014, idet der ikke foreligger oplysninger om musikudsendelsen eller andre relevante omstændigheder for vederlagsfastsættelsen for perioden efter 31. december 2014.

Ophavsretslovens § 68, stk. 2, indeholder ingen kriterier for vederlagets beregning, og forarbejderne indeholder ingen vejledning til brug for beregning af vederlaget. Ophavsretslovens § 68, stk. 2, 2. pkt., bør fortolkes i overensstemmelse med Traktaten om Den Europæiske Funktionsmåde (TEUF) artikel 102 og konkurrencelovens § 11, så der ikke fastsættes et Gramex-vederlag, der er forbudt efter præceptiv dansk og EU-konkurrenceret. Gramex er omfattet af TEUF artikel 102 og konkurrencelovens § 11, idet Gramex har monopol på at opkræve vederlag efter ophavsretslovens § 68 og udøver ”virksomhed” på hele en medlemsstats område. Der er hverken grundlag for at undtage Gramex’ virksomhed efter TEUF artikel 106 eller konkurrencelovens § 2, stk. 2. TEUF artikel 106 og konkurrencelovens § 11 indeholder både forbud mod, at ophavsretsorganisationen opkræver en urimelig høj pris, og at organisationen diskriminerer ved at anvende ”ulige vilkår for ydelser af samme værdi”. Da Gramex har monopol, kan størrelsen af Gramex’ pris ikke vurderes på baggrund af konkurrenters priser på det samme produktmarked og geografiske marked. Prisen må i stedet vurderes på baggrund af relevante ”alternative benchmarks”. De ”alternative benchmarks” er det minutvederlag, der følger af Gramex’ tilbud til Radio|24syv af 9. marts 2012, det minutvederlag, der følger af Radio|24syvs KODA-aftale, og de minutvederlag, der kan udregnes for FM5 og FM6 efter de offentligt tilgængelige oplysninger. Gramex’ tilbud til Radio|24syv er relevant at inddrage, fordi det viser, hvilken minutpris Gramex var indstillet på at acceptere ved aftale. Minutprisen bør være den samme, hvad enten der udsendes 2, 5 eller 10 pct. beskyttet Gramex-musik, hvilket under alle omstændigheder er en meget begrænset musikanvendelse. Det er også relevant at anvende Gramex’ tilbud som ”benchmark”, fordi tilbudsprisen var baseret på de samme kriterier som i aftalen mellem DR og Gramex (”licensindtægter, dækningsområde, musikanvendelse og faktisk lytning”). Der er ingen saglig begrundelse for, at Radio|24syvs vederlag skal fastsættes efter den gamle DR-minuttarif, når Gramex for længst har accepteret at fravige den over for DR. Det er relevant at sammenligne med KODA’s vederlagsniveauer, fordi KODA er en nærtstående forvaltningsorganisation, der licensierer udsendelsesretigheder til den samme udgivne musik, som omfattes af Gramex’ vederlagsret efter § 68. KODA-niveauet accepteres i praksis som en form for ”loft”, idet radiostationer generelt set betaler større vederlag til KODA end til Gramex. KODAs aftale med Radio|24syv er på den baggrund et særligt relevant ”benchmark”. Endvidere er KODA-aftalen en standard-

aftale baseret på KODAs praksis over for blandt andre FM5 og FM6 og ikke en aftale baseret på særlige rabatter eller særvilkår i øvrigt. Sammenligningerne med vederlagsniveauerne for FM5 og FM6 er relevante, fordi Gramex har undladt at føre bevis for, hvad DR har betalt pr. udsendt, beskyttet Gramex-musikminut siden 2005, og fordi FM5 og FM6 blandt de øvrige jordbaserede FM-radiokanaler er de tætteste på at være landsdækkende. FM5 og FM6 udsender langt mere Gramex-musik end Radio|24syv og udnytter derfor tvangslicensen i § 68 langt mere intensivt end Radio|24syv, hvilket taler for, at Radio|24syvs minutpris bør være lavere end FM5's og FM6's minutpris (som forhøjet til "landsdækkende"). Radio|24syv måtte acceptere at indgå separat aftale med Gramex om on demand aktiviteter (podcast), hvilket var forudsat inkluderet i tilbuddet af 12. marts 2012. Sammenfattende vil det føre til en urimelig høj og diskriminerende pris, hvis Gramex' vederlag fastsættes i henhold til den gamle DR-minuttarif. Efter en samlet vurdering er et rimeligt minutpriseniveau ca. 33 kr. for hele døgnet set under et. Radio|24syvs påstand 1 indeholder ingen reduceret pris for udsendelser om natten og på søn- og helligdage, og heller ingen indeksregulering. Det skyldes, at minutprisen er opgjort som en gennemsnitspris for perioden 1. november 2011 til 31. december 2014, hvilket er i overensstemmelse med Gramex' tilbud af 9. marts 2012, der også var baseret på en minutpris for hele døgnet set under et.

Gramex har i overensstemmelse med sit påstandsdokument navnlig gjort gældende:

Der bør ske afvisning af Berlingske People A/S' påstand 1, da Berlingske People A/S ikke har nogen anerkendelsesværdig interesse i at få prøvet substansen i påstanden på anden måde end ved rettens stillingtagen til Gramex' selvstændige påstand 1. Påstanden er reelt blot en negation af denne påstand og et anbringende mod denne. Det er ubetænkeligt, at dommens rækkevidde i relation til Gramex' selvstændige påstand 1 ikke begrænses tidsmæssigt, idet vederlagsfastsættelsen kan tages op på et senere tidspunkt, hvis væsentlige ændrede forhold tilsiger dette. Berlingske People A/S kan herunder rette henvendelse til Ophavsretslicensnævnet, hvis det ved dommen fastsatte vederlag som følge af udviklingen ikke længere er rimeligt.

Som følge af tvangslicenssystemet må den, der vil foranstalte offentlig fremførelse af musik betale et rimeligt vederlag. Hvad der er et rimeligt vederlag afgøres i mangel af enighed af Ophavsretslicensnævnet, hvis afgørelser kan prøves af domstolene. Gramex' stilling som koncessionshaver til at fremføre krav på vederlag til producenter og udøvende kunst-

ner kan ikke ændre ved det forhold, at Berlingske People A/S skal betale et rimeligt vederlag for brugen af lydoptagelser. Det kan aldrig være urimeligt at kræve det vederlag, som loven netop karakteriserer som rimeligt, og Berlingske People A/S' konkurrenceretlige betragtninger må i det hele forkastes.

Den minutpris, der fastsættes, bør ikke være døgnfast. En nattakst på 1/3 af dagtaksten har gammel hævde i årelang nævnspraksis og tager hensyn til, at radiolytningen generelt må antages at være lavere om natten. En forskydning i tidspunkterne for udsendelse af musik vil kunne medføre, at en beregnet døgnfast takst bliver for lav eller for høj. Ved fastsættelsen af, hvad der skal forstås ved et "rimeligt vederlag", er Danmark ikke bundet af internationale forpligtelser, og der er ikke i ophavsretsloven formuleret kriterier herfor. Lovgiver har i stedet overladt vurderingen af, hvad der er et "rimeligt vederlag" til særligt sagkyndigt og uvildigt nævn. I nærværende sag bygger Gramex' påstande på dette nævns vederlagsfastsættelse i kendelse nr. 117 mellem nærværende sags parter, som indebærer en fastholdelse af det vederlagsniveau, der blev fastsat i nævnets kendelser nr. 2 og nr. 56, begge mellem Gramex og DR. Domstolene bør udvise tilbageholdenhed ved prøvelse af nævnets afgørelser som følge af nævnets særlige sagkundskab og det forhold, at der nødvendigvis må udøves et skøn. Der er ikke noget objektivt, entydigt og rigtigt svar på spørgsmålet, hvad et "rimeligt" vederlag skal udgøre for en bestemt musikfremførelse, og Berlingske People A/S har ikke tilvejebragt noget grundlag for at tilsidesætte nævnets afgørelse. Berlingske People A/S' aftale med KODA skaber ret og pligt mellem disse parter, men kan ikke påvirke Gramex' direkte på ophavsretsloven grundede krav på at få et rimeligt vederlag. Udnyttelsen af et givet værk som indkomstkilde for komponister, tekstforfattere, musikforlag, pladeproducenter og udøvende kunstnere sker på en række forskellige måder med forskellige fordelinger, og der er ikke grundlag for at antage, at Gramex-siden ikke kan få højere vederlag end KODA-siden, når det gælder radioudsendelser. I de senere år har Gramex og DR indgået aftale om betaling af faste beløb pr. år ("lump sum"), hvorved det undgås, at der skabes incitament for DR til at skære ned på musikforbruget, ligesom der herved tages hensyn til de senere års fremkomst af langt flere DR-kanaler med ofte meget smalle målgrupper og disse kanalers indbyrdes skyggevirkning. Forhandlingerne mellem Gramex og DR er ført på grundlag af den taksering, der følger af Ophavsretslicensnævnets kendelse. Over for Radio|24syv, der kun udsender på én kanal, er der intet grundlag for en reduktion som følge af radiostationens skygge for sig selv. DRs betalinger til KODA kan ikke sammenlignes med DRs betalinger til Gramex, da en stor del af DR's udsendelsesvirksomhed, særligt tv-udsendelser, er fremførelse af levende musik, som ikke

udløser vederlag til Gramex. Berlingske People A/S' sammenligninger med DR, hvor KODA synes at få en del mere end Gramex, sammenholdt med den kendsgerning, at Gramex i nærværende sag netop ønsker DR satserne anvendt, viser at aftalen mellem Berlingske People A/S og KODA fremstår som atypisk gunstig for Berlingske People A/S. Benyttes de takster, der anvendes på beregning af procentvederlag fra de kommercielle, landsdækkende radiostationer på Radio|24syv, således at Radio|24syvs licensindtægter anvendes som beregningsgrundlag, vil der fremkomme et langt højere vederlag end det, Gramex kræver under nærværende sag. Modsat de kommercielle radiokanaler er Radio|24syvs indtægter ikke et mål for lytningen og dermed den værdi, som musikken skaber for kanalen. Alle landsdækkende, kommercielle radiostationer har langt højere musikprocent end Radio|24syv, men musikprocenten påvirker ikke beregningen af omsætningsbestemt vederlag. Da Gramex nedlægger påstand om betaling af en ren minuttakst, hvor der ikke skal tages hensyn til Radio|24syvs indtægter, skal der ikke tages hensyn til musikprocenten ved takstfastsættelsen. Gramex' takst for lokalradioer indebærer, at minutvederlaget er ligefremt proportionalt med dækningsområdet, mens KODA anvender en degressiv faktor. Dette understreger den manglende relevans, idet Radio|24syv har et ca. 12 gange større dækningsområde. Om Berlingske People A/S' sammenligningsberegninger af, hvad Radio|24syv skulle betale til Gramex og KODA "efter tariffene for kommercielle eller ikke-kommercielle lokalradioer" bemærkes, at Radio|24syv er landsdækkende, og det giver ikke mening at tale om en landsdækkende lokalradio. Der er ingen Gramex-tarif for ikke-kommercielle, landsdækkende radioer. Skulle Radio|24syv have betalt vederlag afstemt efter praksis for kommerciel, landsdækkende radio, ville Gramex' vederlagskrav være langt større end det, der gøres gældende under sagen, da dette i så fald – uden hensyn til omfanget af musikbenyttelsen dvs. antal beskyttede musikminutter – ville blive beregnet på grundlag af Radio|24syvs indtægter. Vederlagsmodellen for kommercielle radiostationer består dels af et minimumsvederlag og dels af en omsætningsbestemt tarif. Der er således tale om en to-leddet, afbalanceret løsning ("gyngerne og karrusellerne"), hvor en forholdsvis lav minimumsbetaling kombineres med en omsætningsbestemt tarif, der giver mulighed for en større rettighedsbetaling, såfremt den kommercielle radiostation har succes. En lignende sammenhæng består ikke, når indtægterne, som det er tilfældet med Radio|24syv, udgøres af licensindtægter. Hvad angår medieforligene, er disse politiske udmeldinger med fokus på sammenhængen mellem faktisk lytning og de kommercielle radiostationers indtægter og på de nye DAB- og internetradiokanaler med begrænset lytterskare. Baggrunden for de i medieforligene udmeldte politiske signaler er hensynet til de kommercielle radiostationers overlevelse, som har ført til reduktion af minimumsvederlagene. Dette hensyn

består ikke i relation til Radio|24syv, der er finansieret af licensmidler. Medieforligene kan ikke ændre fortolkningen af lovregler, der er uændret gældende, og medieforligene er ikke en relevant retskilde for fortolkningen af ophavsretslovens § 68 og er heller ikke privatretligt forpligtende i forholdet mellem Gramex og Radio 24syv. Der er ikke eksempler på, at nogen takst fra Gramex – eller for den sags skyld fra KODA – tager hensyn til en faktisk lytning, der ikke afspejler sig i indtægterne. Der er ikke anledning til, at retten som en ny-skabelse i dansk ret – hvor vederlaget i praksis i mange år har været endeligt fastsat af det særligt sagkyndige nævn – skal opfinde en ny vederlagsstruktur. Den faktiske lytning, der sker af Radio|24syvs udsendelser har ikke et så ringe omfang, at det af Ophavsretslicensnævnet i sag 117 fastsatte vederlag ikke er rimeligt. Berlingske People A/S har ikke forsøgt at etablere nogen sammenhæng mellem anvendelsen af den takst, som nævnet i nu snart 50 år har anvendt på landsdækkende, ikke-kommercielle udsendelser og en lavere takst ud fra betragtninger om, at den faktiske lytning af Radio|24syvs udsendelser er atypisk lav. Lovgiver har ikke fundet anledning til at ændre lovgivningen i anledning af nævnets faste praksis for landsdækkende, ikke-kommerciel radio. Den minuttakst, der er anvendt i nævnets kendelse nr. 117 i sagen mellem nærværende sags parter, er – når henses til prisudviklingen – nøje svarende til den, der er fastslået i nævnets tidligere kendelser vedrørende Gramex og DR. Om Berlingske People A/S' betragtninger om Gramex' tilbud til Berlingske People A/S bemærkes, at det tilbudte beløb ikke skulle reguleres nedad, men kun opad ved større musikforbrug, og beregningen af et gennemsnitligt minutvederlag på 31,39 kr. er således misvisende. Heller ikke Berlingske People A/S' modforslag om betaling af 1,4 mio. kr. indebar mulighed for en nedadgående regulering som følge af en lavere musikprocent end det deri forudsatte. Indholdet af forgæves forligsforhandlinger er under alle omstændigheder irrelevant.

Retsgrundlag

Ophavsretsloven (lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23. oktober 2014) indeholder blandt andet følgende bestemmelser:

”Kapitel 1. Ophavsrettens genstand og indhold Beskyttede værker

§ 1. Den, som frembringer et litterært eller kunstnerisk værk, har ophavsret til værket, hvad enten dette fremtræder som en i skrift eller tale udtrykt skønlitterær eller faglitterær fremstilling, som musikværk eller sceneværk, som film-

værk eller fotografisk værk, som værk af billedkunst, bygningskunst eller brugskunst, eller det er kommet til udtryk på anden måde.

...

Beskyttelsens indhold

§ 2. Ophavsretten medfører, med de i denne lov angivne indskrænkninger, eneret til at råde over værket ved at fremstille eksemplarer af det og ved at gøre det tilgængeligt for almenheden i oprindelig eller ændret skikkelse, i oversættelse, omarbejdelse i anden litteratur- eller kunstart eller i anden teknik.

...

Stk. 3. Værket gøres tilgængeligt for almenheden, når

- 1) eksemplarer af værket udbydes til salg, udlejning eller udlån eller på anden måde spredes til almenheden,
- 2) eksemplarer af værket vises offentligt, eller
- 3) værket fremføres offentligt.

Stk. 4. Som offentlig fremførelse efter stk. 3, nr. 3, anses også

- 1) trådbunden eller trådløs overføring af værker til almenheden, herunder udsendelse i radio eller fjernsyn og tilrådighedsstillelse af værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt, og
- 2) fremførelse i en erhvervsvirksomhed, der finder sted for en større kreds, som ellers måtte anses som ikke-offentlig.

...

Kapitel 2. Indskrænkninger i ophavsretten og forvaltning af rettigheder ved aftalelicens

...

Ophavsretslicensnævnet

§ 47. Kulturministeren nedsætter Ophavsretslicensnævnet. Nævnet består af en formand og 2 medlemmer, som udpeges af kulturministeren. Formanden skal være højesteretsdommer.

Stk. 2. Ophavsretslicensnævnet kan træffe afgørelse i henhold til §§ 13 og 14, § 16 b, § 17, stk. 3, § 18, stk. 1, § 24 a, § 30, § 35, stk. 7, § 48, stk. 1 og 2, § 51, stk. 2, § 68, § 75 a, stk. 3, og § 75 d. Nævnets afgørelser kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed.

Stk. 3. Kulturministeren fastsætter nærmere regler om nævnets virksomhed, herunder om dækning af omkostningerne ved nævnets drift.

...

Kapitel 5 Andre rettigheder

...

Udøvende kunstnere

§ 65. En udøvende kunstners fremførelse af et litterært eller kunstnerisk værk må ikke uden kunstnerens samtykke

- 1) optages på bånd, film eller anden indretning, der kan gengive den, eller
- 2) gøres tilgængelig for almenheden.

Stk. 2. Er fremførelsen optaget som anført i stk. 1, nr. 1, må den ikke uden den udøvende kunstners samtykke eftergøres eller gøres tilgængelig for almenheden, før 50 år er forløbet efter udgangen af det år, da fremførelsen fandt sted.

...

Stk. 4. Hvis en lydoptagelse af en fremførelse, jf. stk. 1, nr. 1, bliver udgivet eller offentliggjort inden for tidsrummet nævnt i stk. 2, varer beskyttelsen dog, indtil 70 år er forløbet efter udgangen af det år, hvor den første udgivelse eller offentliggørelse fandt sted, alt efter hvilket tidspunkt der er det første.

...

Fremstillere af lydoptagelser

§ 66. Lydoptagelser må ikke uden fremstillernes samtykke eftergøres eller gøres tilgængelige for almenheden, før 50 år er forløbet efter udgangen af det år, da optagelsen fandt sted. Hvis en lydoptagelse udgives inden for dette tidsrum, varer beskyttelsen dog, indtil 70 år er forløbet efter udgangen af det år, hvor den første udgivelse fandt sted. Hvis en lydoptagelse ikke udgives, men på anden måde offentliggøres inden for den i 1. pkt. nævnte periode, varer beskyttelsen dog, indtil 70 år er forløbet efter udgangen af det år, hvor offentliggørelsen fandt sted.

...

Vederlag for brug af lydoptagelser i radio og fjernsyn m.v.

§ 68. Uanset bestemmelserne i § 65, stk. 2-4, og § 66, stk. 1, må udgivne lydoptagelser anvendes til radio- og fjernsynsudsendelse og til andre offentlige fremførelser. Bestemmelsen i 1. pkt. finder ikke anvendelse på offentlig fremførelse i form af tilrådighedsstillelse af udgivne lydoptagelser på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt, jf. § 2, stk. 4, nr. 1, 2. led.

Stk. 2. De udøvende kunstnere og fremstillerne af lydoptagelser har krav på vederlag. Vederlagskravet kan kun gøres gældende gennem en af kulturministeren godkendt fællesorganisation, som omfatter såvel udøvende kunstnere som fremstillere af lydoptagelser. Kan der ikke opnås enighed om størrelsen af vederlaget, kan hver af parterne forelægge spørgsmålet for Ophavsretslicensnævnet, jf. § 47.

Stk. 3. Kulturministeren fastsætter nærmere regler om sagsbehandlingen i forbindelse med godkendelsen af den fællesorganisation, som er nævnt i stk. 2.

Stk. 4. Bestemmelserne i stk. 1 og 2 gælder ikke for udsendelse i fjernsyn og andre offentlige fremførelser af filmværker, såfremt lyd og billede udsendes eller fremføres samtidigt.

Stk. 5. Hvis brugeren af en lydoptagelse i henhold til denne bestemmelse ikke betaler det vederlag, der er fastsat ved parternes aftale eller ved Ophavsretslicensnævnets afgørelse, kan det ved dom fastslås, at den pågældende udnyttelse kun kan foretages med rettighedshavernes samtykke, indtil betaling er sket.”

I tidligere gældende lov nr. 158 af 31. maj 1961 om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker fulgte retten til vederlag for de udøvende kunstnere og fremstillere af lydoptagelser af lovens § 47, idet det i lovens § 54 var fastsat, at uenighed om størrelsen af vederlaget kunne forelægges for Tvangslicensnævnet. Loven byggede på et lovforslag fremsat den 30. november 1960, som i det væsentlige var en genfremsættelse af et tidligere den 15. januar 1960 fremsat lovforslag.

I lovforslaget af 15. januar 1960 hedder det blandt andet (Folketingstidende 1959-60, tillæg A, spalte 2766, 2769 og 2776-77):

”Til § 47.

...
Med hensyn til størrelsen af vederlagene forudsættes det, at der herom sluttes overenskomst mellem parterne, ligesom det hidtil har været tilfældet. Kan overenskomst ikke opnås må spørgsmålet afgøres efter reglen i § 54.

Til § 54.

...
... I tilfælde af enighed ikke kan opnås, bør hver af parterne kunne kræve vederlaget fastsat af et uvildigt nævn. Det gælder her om at finde en ordning, der er betryggende for parterne, samtidig med at den ikke er unødigt kompliceret eller bekostelig. ...

...
Fra forskellig side er der fremført ønske om, at de administrative afgørelser skal kunne kræves forelagt domstolene. Man har imidlertid fundet, at spørgsmålet om fastsættelse af de her omhandlede vederlag er mindre egnet til afgørelse i almindelige processuelle former, hvorfor den ved § 54 foreslåede afgørelsesmåde efter forslaget er tænkt som endelig.”

I lovforslaget af 30. november 1960 hedder det blandt andet (Folketingstidende 1960-61, tillæg A, 2. samling, spalte 36):

”Til § 54.

Efter forhandling med justitsministeriet er bestemmelsen ændret, således at det sagkyndige nævn, der skal tage stilling til spørgsmålet om fastsættelsen af vederlaget i tvangslicenstilfældene, alene har den endelige administrative afgørelse. Da der er tale om afgørelse af tvistigheder mellem borgerne indbyrdes, som normalt henhører under domstolene, synes det rigtigt at bevare domstolenes prøvelsesret.

Da det pågældende nævn vil komme til at bestå af personer med specielt indsigt i spørgsmål vedrørende fastsættelsen af vederlag som de omhandlede forventes det, at kun få af nævnets afgørelser i praksis vil blive appelleret til domstolene.”

I lovforslag nr. 119 af 18. januar 1995, som dannede grundlag for lov nr. 395 af 14. juni 1995 om ophavsret, hedder det blandt andet (Folketingstidende 1994-95, tillæg A, side 1371 og 1401):

”Til § 47

Til stk. 1

Forslaget til stk. 1 svarer med enkelte redaktionelle ændringer til den gældende ophavsretslovs § 54, stk. 1. ...

Forslaget viderefører det lovmæssige grundlag for Tvangslicensnævnet, der blev nedsat i 1962. ... Nævnet træffer afgørelse om størrelsen af vederlag i henhold til lovens tvangslicensbestemmelser, såfremt brugeren og ophavsmanden ikke kan blive enige herom.

...

Til § 68

...

Til stk. 2

Efter forslaget til stk. 2 har de udøvende kunstnere og fremstillere af lydoptagelser krav på vederlag. Vederlagskravet kan efter stk. 2, 2. pkt., kun gøres gældende gennem en af kulturministeren godkendt fællesorganisation, som omfatter såvel udøvende kunstnere som fremstillere af lydoptagelser. Dette svarer i hovedsagen til bestemmelsen i den gældende lovs § 47, stk. 1.

...

Efter forslaget til stk. 2, 2. pkt., kan vederlagskravet kun gøres gældende gennem en af kulturministeren godkendt fællesorganisation, som omfatter såvel udøvende kunstnere som fremstillere af lydoptagelser. Denne fællesorganisation er i dag Gramex, der blev stiftet i 1963 med henblik på forvaltning af rettighederne efter den gældende lovs § 47. Efter Gramex' driftregulativ skal indtægterne fordeles ligeligt mellem de to rettighedsgrupper.”

Den internationale konvention af 26. oktober 1961 om beskyttelse af udøvende kunstnere, fremstillere af fonogrammer samt radio- og fjernsynsforetagender, som for Danmarks vedkommende trådte i kraft den 23. september 1965, jf. bekendtgørelse nr. 77 af 11. oktober 1966, som er offentliggjort i Lovtidende 1966, tillæg C, side 371-392, indeholder i artikel 12 følgende bestemmelse:

”Artikel 12

Hvis et fonogram, som er udgivet i kommercielt øjemed, eller en reproduktion af et sådant fonogram anvendes direkte til en radio- eller fjernsynsudsendelse eller ved andre offentlige fremførelser, skal den, som anvender fonogrammet, betale et rimeligt samlet vederlag til de udøvende kunstnere eller til fremstillere af fonogrammerne eller til begge grupper. Den nationale lovgivning kan i mangel af enighed herom mellem parterne fastsætte vilkårene for fordelingen af dette vederlag.”

Af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/115/EF af 12. december 2006 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret, som kodificerer Rådets direktiv 92/100/EØF af 19. november 1992 med senere ændringer, fremgår blandt andet:

”Europa-Parlamentet og Rådet for Den Europæiske Union har –

under henvisning til Traktaten om Oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, særlig artikel 47, stk. 2, artikel 55 og 95,

...

ud fra følgende betragtninger

...

(5) Det er nødvendigt, at ophavsmænd og udøvende kunstnere sikres et rimeligt vederlag, for vedvarende at kunne hellige sig deres skabende og kunstneriske virksomhed, og de nødvendige investeringer til navnlig fremstilling af fonogrammer og film er særdeles store og risikobehæftede. Muligheden for at sikre et rimeligt vederlag og dække disse investeringer kan kun sikres effektivt, hvis de berørte rettighedshavere har en rimelig retsbeskyttelse.

...

(12) Det er nødvendigt at indføre en ordning, som sikrer, at ophavsmænd og udøvende kunstnere oppebærer et rimeligt vederlag, som der ikke kan gives afkald på, og de skal fortsat kunne overlade administrationen af denne ret til rettighedshaverorganisationer, der repræsenterer dem.

...

Artikel 8

Radio- og fjernsynsudsendelse og kommunikation til offentligheden

1. Medlemsstaterne tillægger udøvende kunstnere eneret til at tillade eller forbyde udsendelse ved hjælp af radiobølger og kommunikation til offentligheden af deres fremførelser, medmindre fremførelsen i sig selv sker ved en radio- eller fjernsynsudsendelse eller på grundlag af en optagelse.

2. Medlemsstaterne tillægger udøvende kunstnere og fonogramfremstillere ret til vederlag, som deles mellem dem, således at brugeren betaler et rimeligt, samlet vederlag, hvis et fonogram, der er udgivet i kommercielt øjemed, eller en reproduktion af et sådant fonogram, anvendes til udsendelse ved hjælp af radiobølger eller til kommunikation til offentligheden. Medlemsstaterne kan, hvis der ikke er enighed mellem de udøvende kunstnere og fonogramfremstillere, fastlægge betingelserne for et sådant vederlagsfordeling mellem dem.”

Ved EU-Domstolens dom af 6. februar 2003 i sag nr. C-245/00, SENA, hedder det om fortolkningen af artikel 8, stk. 2, i ovennævnte direktiv blandt andet:

”Det første spørgsmål

...

24 Det forholder sig således med begrebet rimeligt vederlag, der er indeholdt i artikel 8, stk. 2, i direktiv 92/100. I medfør af princippet om fællesskabsrettens autonome karakter skal dette begreb følgelig fortolkes ensartet i alle medlemsstaterne.

...

34 Da der imidlertid ikke foreligger en fællesskabsdefinition af udtrykket rimeligt vederlag, er der ikke nogen objektiv grund, der kan retfærdiggøre, at Fællesskabets retsinstanser fastsætter præcise måder for fastlæggelsen af et ensartet rimeligt vederlag, der ville tvinge Domstolen til at sætte sig i medlemsstaternes sted, for hvilke direktiv 92/100 ikke fastsætter noget særligt kriterium (jf. i denne retning dom af 25.2.1999, sag C-131/97, Carbonari m.fl., Sml. I, s. 1103, præmis 45). Det tilkommer således udelukkende medlemsstaterne på deres område at fastlægge de mest relevante kriterier for at sikre, at dette fællesskabsbegreb respekteres inden for de grænser, der er fastsat ved fællesskabsretten og navnlig ved direktiv 92/100.

35 Det fremgår herved, at artikel 8, stk. 2, i direktiv 92/100 er inspireret af artikel 12 i den internationale konvention om beskyttelse af udøvende kunstnere, fonogramfremstillere samt radio- og fjernsynsforetagender, der blev undertegnet i Rom den 26. oktober 1961. Denne konvention foreskriver, at der skal betales et rimeligt vederlag, idet vilkårene for fordelingen fastsættes ved national lovgivning i mangel af enighed herom mellem parterne, og den angiver blot en række faktorer, der betegnes som ikke udtømmende, ikke tvingende og potentielt relevante med henblik på at afgøre, hvad der er rimeligt i hvert enkelt tilfælde.

...

38 Det første spørgsmål skal derfor besvares med, at begrebet rimeligt vederlag, der er indeholdt i artikel 8, stk. 2, i direktiv 92/100, skal fortolkes ensartet i alle medlemsstaterne og gennemføres af enhver medlemsstat, idet denne på sit eget område fastlægger de mest relevante kriterier for – inden for de grænser, som fællesskabsretten og navnlig nævnte direktiv sætter – at sikre, at dette fællesskabsbegreb overholdes.

...

Det andet og det tredje spørgsmål

...

41 I tvisten i hovedsagen følger det af WNR's artikel 7, at såfremt der ikke foreligger en aftale mellem SENA og NOS om størrelsen af vederlaget, tilkommer det den nationale domstol at fastsætte dette beløb. Det er i medfør af denne lovgivning, at Gerechtshof te s'-Gravenhage har udtalt, at vederlagets rimelige karakter, beregning og kontrol skal fremmes ved hjælp af en beregningsmodel, der indeholder varierende og bestemte kriterier: antal timer fonogrammerne udsendes, antallet af lyttere og seere med hensyn til de radio- og fjernsynsforetagender, som repræsenteres af radio- og fjernsynsorganisationen, de tariffer, der ved aftale er fastsat for rettigheder til fremførelse og radio- og fjernsynsudsendelse af musikværker, der er ophavsretligt beskyttede, de tariffer, der anvendes af de offentlige radio- og fjernsynsforetagender i de medlemsstater, der grænser op til Nederlandene, og endelig de beløb, der betales af kommercielle stationer.

...

45 Den nederlandske lovgiver har således valgt at lade repræsentanterne for de udøvende kunstnere og fonogramfremstillere og repræsentanterne for brugerne af fonogrammerne efter fælles aftale fastsætte størrelsen af det rimelige vederlag, og – såfremt der ikke træffes en aftale – at overlade det til den nationale domstol i sidste ende at træffe afgørelse om nævnte vederlag. Denne metode, som både er meget beskyttende for parternes rettigheder og respekterer fællesskabsretten, gør det muligt at opstille en generel ramme, inden for hvilken de forskellige metoder til beregning af størrelsen af et rimeligt vederlag, som medlemsstaterne har valgt, kan indgå.

46 Det andet og tredje spørgsmål skal derfor besvares med, at artikel 8, stk. 2, i direktiv 92/100 ikke er til hinder for en beregningsmodel for det rimelige vederlag til udøvende kunstnere og fonogramfremstillere, der indeholder varierende og bestemte kriterier, såsom det antal timer fonogrammerne udsendes, antallet af lyttere og seere med hensyn til de radio- og fjernsynsforetagender, som repræsenteres af radio- og fjernsynsorganisationen, de tariffer, der ved aftale er fastsat for rettigheder til fremførelse og radio- og fjernsynsudsendelse af musikværker, der er ophavsretligt beskyttede, de tariffer, der anvendes af de offentlige radio- og fjernsynsforetagender i de medlemsstater, der grænser op til den pågældende medlemsstat, og de beløb, der betales af kommercielle stationer, når denne model gør det muligt at opnå en passende ligevægt mellem de udøvende kunstners og fonogramfremstillers interesse i at modtage et vederlag for radio- og fjernsynsudsendelse af et bestemt fonogram og tredjemands interesse i at kunne udsende dette fonogram under rimelige betingelser, og at modellen ikke er i strid med noget princip i fællesskabsretten.”

Landsrettens begrundelse og resultat

Berlingske People A/S ejer og driver Radio|24syv, som er en landsdækkende, licensfinansieret public service-kanal med nyheds-, aktualitets-, kultur- og debatprogrammer suppleret med en bred musikprofil. Sagen drejer sig om størrelsen af det vederlag, som Berlingske People A/S skal betale til Gramex for at udsende lydoptagelser omfattet af Gramex’

repertoire i radiokanalens programflade. Som parternes påstande er formuleret, skal vederlaget fastsættes pr. minut udsendt, beskyttet lydoptagelse.

Efter Berlingske People A/S' påstand 1 skal Gramex anerkende, at Gramex i tiden frem til udgangen af 2014 ikke er berettiget til at opkræve et vederlag for udsendelse af udgivne lydoptagelser i Radio|24syvs programflade, der overstiger 33 kr. pr. udsendt musikminut. En afgørelse herom vil have betydning for parternes retsstilling, og den omstændighed, at Gramex efterfølgende har nedlagt påstand om, at Berlingske People A/S' i samme periode skal betale henholdsvis 119,79 kr. pr. minut og 112,67 kr. pr. minut, kan ikke føre til en afvisning af Berlingske People A/S' påstand 1.

Det følger af ophavsretslovens § 68, stk. 2, 1. pkt., jf. stk. 1, 1. pkt., at de udøvende kunstnere og fremstillerne af lydoptagelser har krav på vederlag for anvendelse af udgivne lydoptagelser til blandt andet radio- og fjernsynsudsendelser, men hverken loven eller dens forarbejder angiver, hvorledes vederlaget nærmere skal fastsættes. I overensstemmelse med Danmarks folkeretlige forpligtelser – Den internationale konvention af 26. oktober 1961 om beskyttelse af udøvende kunstnere, fremstillere af fonogrammer samt radio- og fjernsynsforetagender og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/115/EF af 12. december 2006 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret – skal vederlaget fastsættes således, at der for fremførelse i radio- og fjernsynsudsendelser af beskyttede lydoptagelser skal betales et rimeligt, samlet vederlag til de udøvende kunstnere og fremstillerne af lydoptagelser, som gennem Gramex gør deres krav gældende, jf. ophavsretslovens § 68, stk. 2, 2. pkt.

Tvangslicensnævnet fastsatte senest i 1994 i forhold til DR et minutvederlag for anvendelsen af grammofonplader i radio- og fjernsynsudsendelser, den såkaldte DR-tarif, som svarer til Gramex' påstande i nærværende sag. Det må lægges til grund, at DR ikke siden 2005 har betalt vederlag til Gramex efter DR-tariffen, idet DR fra 2005 har haft aftaler med Gramex om ubegrænset brug af musik mod betaling af et fast årligt vederlag fastsat på basis af faktisk lytning, DRs licensindtægter og musikandel (lump sum aftale). Gramex og de landsdækkende og delvis landsdækkende, kommercielle radiokanaler indgik i perioden 2006-2008 vederlagsaftaler, hvoraf flere udløb med udgangen af 2011 og 2012, og som indebærer betaling efter en to-strengt model baseret dels på omsætning, dels på et minimumsvederlag, og fastsat ud fra blandt andet omsætning og faktisk lytning. Gramex og

SBS Discovery Radio, som i dag ejer flere af de pågældende kommercielle radiokanaler, har ifølge Gramex nu indgået en lump sum aftale om vederlagsbetalingen. De kommercielle lokalradiokanaler betaler vederlag efter en to-strengt model baseret på faktisk lytning og omsætning kombineret med et minimumsvederlag pr. udsendt minut. De ikke-kommercielle lokalradioer betaler vederlag efter en minuttakst, der i 2012 pr. 50.000 indbyggere udgjorde 44,96 øre pr. minut reduceret til 1/3 ved natudsendelser.

Efter de foreliggende oplysninger finder landsretten, at anvendelse af DR-tariffen i forhold til Radio|24syv vil indebære, at der for udsendelse i Radio|24syvs programflade af lydoptagelser omfattet af Gramex' repertoire skulle betales et vederlag, som væsentlig ville overstige det vederlag, som andre radiokanaler betaler til Gramex. Landsretten finder derfor, at Radio|24syvs vederlag til Gramex ikke skal fastsættes efter DR-tariffen.

Fastsættelsen af et rimeligt, samlet vederlag, som Radio|24syv skal betale til Gramex pr. minut udsendt, beskyttet lydoptagelse, må herefter bero på et skøn, hvori navnlig indgår oplysninger om licensindtægter, dækningsområde, musikanvendelse, faktisk lytning, Gramex' vederlagspraksis i forhold til de øvrige radiostationer og parternes aftaleforhandlinger, ligesom også vederlagspraksis på KODA-området i et vist omfang kan indgå i vurderingen.

På denne baggrund finder landsretten ud fra en samlet vurdering, at en rimelig minuttakst for Radio|24syvs udsendelse af Gramex-beskyttede lydoptagelser i radiokanalens programflade kan fastsættes til 70 kr., dog således at der på hverdage i tidsrummet kl. 01:00-05:00 og på søn- og helligdage i tidsrummet fra kl. 01:00-07:00 alene skal betale 1/3 af denne minuttakst. Med den anførte reduktion af minuttaksten tager landsretten herefter Gramex' principale påstand til følge, idet taksten i overensstemmelse med hidtidig praksis indeksreguleres som nedenfor bestemt.

Som sagen er forelagt for landsretten, kan der ikke tages stilling til parternes betalingspåstande.

Når henses til sagens karakter, forløb og udfald skal ingen af parterne betale sagsomkostninger til den anden part.

T h i k e n d e s f o r r e t :

Det vederlag, som Berlingske People A/S skal betale til Gramex for Radio|24syvs offentlige fremførelse af beskyttede lydoptagelser, fastsættes for 2011 og indtil udgangen af marts 2012 til 70 kr. pr. minuts udsendelse af sådanne lydoptagelser. Herefter reguleres vederlaget årligt pr. 1. april (første gang april 2012) efter udviklingen i nettoprisindekset fra januar i året før reguleringsåret til januar i reguleringsåret.

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

Ingen af parterne skal betale sagsomkostninger til den anden part.

(Sign.)

— — —
Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsret, den 31-03-2015

Maj-Britt Sørup Olesen
Studertermedhjælper