

Den 26. juni 2008 blev af Ophavsretslicensnævnet

i sag nr. 106

KODA

mod

1. TV 2 / Danmark A/S og
2. TV 2 Networks A/S

afsagt følgende

Kendelse:

Indledning

Sagen angår det vederlag, som indklagede 1, TV 2 / Danmark A/S, fra den 1. januar 2005 skal betale til klageren, KODA, for udsendelse af musik i tv-kanalen TV 2 / Danmark (TV 2), og det vederlag, som indklagede 2, TV 2 Networks A/S, fra samme dato skal betale til KODA for udsendelse af musik i tv-kanalerne TV 2 Zulu, TV 2 Charlie og TV 2 Film, jf. ophavsretslovens § 2 sammenholdt med § 75 a, stk. 2.

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

Tv-kanalen TV 2 blev oprindelig – fra den 1. oktober 1988 – udsendt af den selvejende institution TV 2. Denne blev i december 2003 omdannet til TV 2 / Danmark A/S. Driften af tv-kanalen finansieres i dag hovedsagelig af reklameindtægter. TV 2 / Danmark er underkastet forpligtelser til at udøve public service-programvirksomhed, jf. lov om radio- og fjernsynsvirksomhed kapitel 6 a.

Fra den 15. oktober 2000 udsendte den selvejende institution TV 2 tillige tv-kanalen TV 2 Zulu, men driften af denne tv-kanal overgik fra den 1. januar 2003 til et nyoprettet datterselskab, TV 2 Zulu A/S. Tv-kanalen TV 2 Charlie har været udsendt siden den 1. oktober 2004, oprindelig af datterselskabet TV 2 Charlie A/S, og tv-kanalen TV 2 Film har været udsendt siden den 1. november

2005, oprindelig af datterselskabet TV 2 Film A/S. Pr. 1. januar 2006 er TV 2 Charlie A/S og TV 2 Film A/S fusioneret ind i TV 2 Zulu A/S, som samtidig ændrede navn til TV 2 Networks A/S. Dette selskabs tre tv-kanaler finansieres overvejende af abonnementsindtægter, idet der er tale om såkaldte betalingskanaler, for hvilke TV 2 Networks opkræver vederlag fra kabeldistributører og fra enkelthusstande, som modtager tv-kanalerne via satellit (DTH). TV 2 Networks A/S, som er et helejet datterselskab af TV 2 / Danmark A/S, har ikke public service forpligtelser.

Sagen er indbragt for Ophavsretslicensnævnet ved klageskrift af 7. august 2006. Efter en omfattende skriftveksling blev sagen forhandlet mundtligt den 27. maj 2008.

KODA har været repræsenteret af advokat Erik Nyborg, mens de indklagede har været repræsenteret af advokat Henrik S. Schütze.

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

Påstande

KODA har nedlagt følgende påstande:

A. Overfor TV 2 Danmark A/S

A.1 Vedrørende omsætningsbestemt vederlag

A.1.1 principalt

Indklagede tilpligtes at anerkende at skulle betale KODA et vederlag for offentlig fremførelse af KODA's repertoire i forbindelse med indklagedes udsendelse af kanalen TV 2 Danmark fastsat som en procentdel af samtlige indklagedes indtægter vedrørende denne udsendelsesvirksomhed og i øvrigt i overensstemmelse med de i bilag 74 anførte vilkår, og på grundlag af det i bilag 41 angivne tarifskema.

A.1.2 subsidiært

Indklagede tilpligtes at anerkende at skulle betale KODA et vederlag for offentlig fremførelse af KODA's repertoire i forbindelse med indklagedes udsendelse af kanalen TV 2 Danmark fastsat som en procentdel af samtlige indklagedes indtægter vedrørende denne udsendelsesvirksomhed og i øvrigt i overensstemmelse med de i bilag 74 anførte vilkår, og på grundlag af det i bilag 41 angivne tarifskema, men med en reduktion af de deri anførte vederlagsprocenter, efter Ophavsretslicensnævnets nærmere bestemmelse.

A.1.3 mere subsidiært

Indklagede tilpligtes at anerkende at skulle betale KODA et vederlag for offentlige fremførelse af KODA's repertoire i forbindelse med indklagedes udsendelse af kanalen TV 2 Danmark på vilkår fastsat efter Ophavsretslicensnævnets nærmere bestemmelse.

A.2 Vedrørende minimumsvederlag

A.2.1 principalt

Indklagede tilpligtes at anerkende at skulle betale KODA et minimumsvederlag for offentlige fremførelse af KODA's repertoire i forbindelse med indklagedes udsendelse af kanalen TV 2 Danmark i overensstemmelse med det i bilag 74 angivne og med en vederlagsbetaling i overensstemmelse med bilag 45.

A.2.2 subsidiært

Indklagede tilpligtes at anerkende at skulle betale KODA et minimumsvederlag for offentlige fremførelse af KODA's repertoire i forbindelse med indklagedes udsendelse af kanalen TV 2 Danmark i overensstemmelse med det i bilag 74 angivne og med en vederlagsbetaling i overensstemmelse med bilag 45, men reduceret i henhold til Ophavsretslicensnævnets nærmere bestemmelse.

A.3 Vedrørende virkningstidspunkt og eventuel gradvis ikrafttræden

A.3.1 principalt

De af Ophavsretslicensnævnet fastsatte vilkår finder anvendelse med virkning fra 1. januar 2005.

A.3.2 subsidiært

De af Ophavsretslicensnævnet fastsatte vilkår finder anvendelse med virkning fra 1. januar 2005, men med en af Ophavsretslicensnævnet nærmere fastsat gradvis ikrafttræden.

B. Overfor TV 2 Networks A/S

B.1. Vedrørende omsætningsbestemt vederlag

B.1.1 principalt

Indklagede tilpligtes at anerkende at skulle betale KODA et vederlag for offentlig fremførelse af KODA's repertoire i forbindelse med indklagedes udsendelse af kanalerne TV 2 Zulu, TV 2 Charlie og TV 2 Film, og i forbindelse med det med indklagede fusionerede selskab TV 2 Charlie A/S' udsendelse af kanalen TV 2 Charlie, og i forbindelse med det af det med indklagede fusionerede selskab TV 2 Film A/S' udsendelse af kanalen TV 2 Film, fastsat som en procentdel af samtlige indklagedes og de med indklagede fusionerede selskabers indtægter vedrørende denne udsendelsesvirksomhed og i øvrigt i overensstemmelse med de i bilag 75 anførte vilkår, og på grundlag af det i bilag 41 angivne tarifikema.

B.1.2 subsidiært

Indklagede tilpligtes at anerkende at skulle betale KODA et vederlag for offentlig fremførelse af KODA's repertoire i forbindelse med indklagedes udsendelse af kanalerne TV 2 Zulu, TV 2 Charlie og TV 2 Film, og i forbindelse med det med indklagede fusionerede selskab TV 2 Charlie A/S' udsendelse af kanalen TV 2 Charlie, og i forbindelse med det af det med indklagede fusionerede selskab TV 2 Film A/S' udsendelse af kanalen TV 2 Film, fastsat som en procentdel af samtlige indklagedes og de med indklagede fusionerede selskabers indtægter vedrørende denne udsendelsesvirksomhed og i øvrigt i overensstemmelse med de i bilag 75 anførte vilkår og på grundlag af det i bilag 41 angivne tarifikema, men med en reduktion af de deri anførte vederlagsprocenter, efter Ophavsretslicensnævnets nærmere bestemmelse.

B.1.3 mere subsidiært

Indklagede tilpligtes at anerkende at skulle betale KODA et vederlag for offentlig fremførelse af KODA's repertoire i forbindelse med indklagedes udsendelse af kanalerne TV 2 Zulu, TV 2 Charlie

og TV 2 Film, og i forbindelse med det med indklagede fusionerede selskab TV 2 Charlie A/S' udsendelse af kanalen TV 2 Charlie, og i forbindelse med det af det med indklagede fusionerede selskab TV 2 Film A/S' udsendelse af kanalen TV 2 Film, på vilkår fastsat efter Ophavsretslicensnævnets nærmere bestemmelse.

B.2 Vedrørende minimumsvederlag

B.2.1 principalt

Indklagede tilpligtes at anerkende at skulle betale KODA et minimumsvederlag for offentlig fremførelse af KODA's repertoire i forbindelse med indklagedes udsendelse af kanalerne TV 2 Zulu, TV 2 Charlie og TV 2 Film, og i forbindelse med det med indklagede fusionerede selskab TV 2 Charlie A/S' udsendelse af kanalen TV 2 Charlie, og i forbindelse med det af det med indklagede fusionerede selskab TV 2 Film A/S' udsendelse af kanalen TV 2 Film, i overensstemmelse med det i bilag 75 angivne og med en vederlagsbetaling i overensstemmelse med bilag 45.

B.2.2 subsidiært

Indklagede tilpligtes at anerkende at skulle betale KODA et minimumsvederlag for offentlig fremførelse af KODA's repertoire i forbindelse med indklagedes udsendelse af kanalerne TV 2 Zulu, TV 2 Charlie og TV 2 Film, og i forbindelse med det med indklagede fusionerede selskab TV 2 Charlie A/S' udsendelse af kanalen TV 2 Charlie, og i forbindelse med det af det med indklagede fusionerede selskab TV 2 Film A/S' udsendelse af kanalen TV 2 Film i overensstemmelse med det i bilag 75 angivne og med en vederlagsbetaling i overensstemmelse med bilag 45, men reduceret i henhold til Ophavsretslicensnævnets nærmere bestemmelse.

B.3 Vedrørende virkningstidspunkt og eventuel gradvis ikrafttræden

B.3.1 principalt

De af Ophavsretslicensnævnet fastsatte vilkår finder anvendelse med virkning fra 1. januar 2005.

B.3.2 subsidiært

De af Ophavsretslicensnævnet fastsatte vilkår finder anvendelse med virkning fra 1. januar 2005, men med en af Ophavsretslicensnævnet nærmere fastsat gradvis ikrafttræden.

KODA's generelle vilkår for TV 2 Danmark A/S, jf. bilag 74, er vedhæftet kendelsen. Bilag 75, som er de generelle vilkår for TV 2 Networks A/S, svarer til bilag 74, når bortses fra navne på de omfattede tv-kanaler mv.

Tarifikemaet i bilag 41, hvortil der henvises i de principale påstande vedrørende omsætningsbestemt vederlag, og som er underbilag a til de generelle vilkår, har følgende indhold:

”Underbilag a til KODA's vilkår

Omsætningsbestemt tarif for tv-kanaler med op til 75 % ophavsretligt beskyttet musik

0-15 % musik	0,917 %
15-25 % musik	1,833 %
25-35 % musik	2,750 %
35-45 % musik	3,667 %
45-55 % musik	4,583 %
55-65 % musik	5,500 %
65-75 % musik	6,417 %

I skemaet er gengivet vederlagssatserne for forskellige typer af tv-kanaler. Beregningsgrundlaget for det omsætningsbestemte vederlag er nærmere defineret i de generelle vilkår for tv-kanaler.

Tarifikemaet indeholder kun den omsætningsbestemte tarif. Der gælder endvidere en nærmere fastsat minimumstarif’.

Bilag 45, hvortil der henvises i de principale påstande vedrørende minimumsvederlag, og som er underbilag b til de generelle vilkår, har følgende indhold:

”Underbilag b til KODA's vilkår

Minimumsvederlag for tv-kanaler med op til 75 % ophavsretligt beskyttet musik

0-15 % musik	0,75 kr.
15-25 % musik	1,50 kr.
25-35 % musik	2,25 kr.
35-45 % musik	2,75 kr.
45-55 % musik	3,25 kr.
55-65 % musik	3,50 kr.
65-75 % musik	3,75 kr.

I skemaet er gengivet de årlige minimumsvederlag pr. husstand for forskellige typer af tv-kanaler. Beregningsgrundlaget for minimumsvederlaget er nærmere defineret i de generelle vilkår for tv-kanaler.

Tarifikemaet indeholder kun minimumsvederlaget. Der gælder endvidere et nærmere fastsat omsætningsbestemt vederlag.”

TV 2 / Danmark og TV 2 Networks har over for samtlige påstande nedlagt af KODA påstået frifindelse, idet det er tv-stationernes principale standpunkt, at det, hvis denne påstand tages til følge, bør overlades til parterne at forhandle om størrelsen af vederlaget og de øvrige vilkår på baggrund af nævnets kendelse. Subsidiært gør de indklagede gældende, at vederlaget af nævnet bør fastsættes som et sumbeløb pr. år for en afgrænset periode.

De indklagede har herudover selvstændigt fremsat anmodning om, at nævnet i medfør af artikel 234 EF forelægger spørgsmål for EF-domstolen om, hvorvidt KODA's krav om anvendelse af et omsætningsbestemt vederlag udgør en overtrædelse af forbudet i artikel 82 EF mod misbrug af en dominerende stilling.

KODA har heroverfor nedlagt påstand om, at anmodningen ikke tages til følge.

Det bemærkes, at den svenske Marknadsdomstol i februar 2007 har forelagt tilsvarende spørgsmål for EF-domstolen, jf. nærmere nedenfor, og at Ophavsretslicensnævnet den 13. marts 2007 besluttede ikke at imødekomme en begæring fra de indklagede om, at nærværende sag blev udsat på EF-domstolens afgørelse.

Sagens omstændigheder

KODA's hidtidige omsætningsbestemte tv-tarif

Siden slutningen af 1991 har KODA over for tv-stationer anvendt eller taget udgangspunkt i en omsætningsbestemt tarif, hvorefter vederlagsprocenten – den procent af tv-stationens samlede årlige indtægter vedrørende udsendelsesvirksomheden (beregningsgrundlaget), som skal betales til KODA – fastsættes på grundlag af dels egenproduktionsprocenten, dvs. den procent af de samlede udsendelser, som udgøres af stationens egne produktioner, dels musikprocenten, dvs. den procent af den

samlede sendetid, hvori der spilles beskyttet musik. Tarifskemaet er udformet således, at der på grundlag af egenproduktionsprocenten (med intervaller på 5%) fastsættes en vederlagsfaktor, som herefter multipliceres med musikprocenten (med intervaller på 0,5%).

Ved en egenproduktionsprocent på 60,1 – 65 er vederlagsfaktoren 0,0775. Dette svarer til den vederlagsfaktor, som gennem en lang årrække har været anvendt i den omsætningsbestemte tarif for radiostationer, og man synes således ved udarbejdelsen af tv-tariffen at have taget udgangspunkt heri, jf. også nedenfor om de aftaler, som i 1991 blev indgået mellem KODA og Danmarks Radio.

Efter KODA's oprindelige påstande i den foreliggende sag skulle den hidtidige omsætningsbestemte tv-tarif anvendes for de indklagede. KODA's endelige påstand indebærer, at der ved fastsættelsen af vederlagsprocenten ikke længere skal tages hensyn til egenproduktionsprocenten, men alene til musikprocenten. KODA har anført, at baggrunden herfor bl.a. er, at det er diskutabelt, om der er grundlag for at give rabat ved egenproduktion, og at en tarif, der lægger vægt på andelen af egenproduktion, ikke kendes i andre lande. KODA's endelige påstand indebærer endvidere, at trinene mellem de relevante musikprocenter er gjort væsentligt større, nemlig 10%. KODA har anført, at man herved opnår den fordel, at behovet for efterreguleringer bliver mindre, og at den nye skala ligger tættere på, hvad der kendes i andre lande. De nævnte ændringer i forhold til den hidtidige tv-tarif har ikke i sig selv givet anledning til indsigelser fra de indklagedes side.

Den omsætningsbestemte tarif, hvortil der henvises i KODA's principale påstand (bilag 41), svarer til, hvad der hidtil har været gældende ved en egenproduktionsprocent på 50,1 – 55, idet vederlagsfaktoren i dette interval er 0,0917. Eksempelvis svarer den vederlagsprocent på 2,750, som efter bilag 41 skal gælde ved en musikprocent mellem 25 og 35, til den vederlagsprocent, som efter det hidtidige tarifskema gælder ved en egenproduktionsprocent på 50,1 – 55 og en musikprocent på 30 ($30 \times 0,0917$).

De indklagede har opgjort egenproduktionsprocenten for TV 2 / Danmark til mellem 43,38% og 55,55% i 2005 og mellem 40,71% og 48,49% i 2006, alt efter, om opgørelsen alene omfatter førstegangsudsendelser, eller om den tillige omfatter genudsendelser. For TV 2 Zulu, TV 2 Charlie og TV 2 Film er egenproduktionsprocenterne væsentligt lavere. På denne baggrund har KODA anført, at den nye tarif, hvor egenproduktionsproducenten er udgået som parameter, og hvor der er taget ud-

gangspunkt i den vederlagsfaktor, som hidtil har været gældende ved en egenproduktionsprocent på 50,1 – 55, indebærer en fordel for de indklagede.

Tidligere aftaler mellem KODA og TV 2

Den første aftale mellem KODA og TV 2 blev indgået i 1988. Denne aftale er ikke fremlagt.

Omkring årsskiftet 1991-92 indgik parterne en ny aftale med virkning fra den 1. januar 1991. Efter denne aftale skulle TV 2 betale en procentdel af sine samlede årlige indtægter, der på baggrund af de dagældende bestemmelser om TV 2's finansiering var defineret som overførslerne fra TV 2 Fonden med tillæg af sponsorbidrag (TV 2's reklameindtægter indgik i TV 2 Fonden). Det anføres i aftalen, at vederlagsprocenten skulle fastsættes i henhold til KODA's dagældende tv-tarif, jf. foran, men der fastsattes samtidig en fast vederlagsprocent på 1,696 gældende for hele aftaleperioden. Efter tarifikemaet svarede denne vederlagsprocent til en egenproduktionsprocent på 50,1 – 55 og en musikprocent på 18,5. Der blev ikke aftalt noget minimumsvederlag, da dette på grund af omsættningens størrelse ikke var relevant.

1991-aftalen blev opsagt af TV 2 med virkning fra den 1. januar 1997. Efter forgæves forhandlinger om en ny aftale, anlagde KODA i 1998 retssag mod TV 2 ved Østre Landsret. En tilsvarende retssag blev anlagt mod Danmarks Radio. Begge retssager blev forliget i 2001. I det protokollat af 14. november 2001, hvoraf forliget mellem KODA og TV 2 fremgår, hedder det bl.a.:

”Den i perioden 1991-1996 gældende aftale (med protokollater) mellem TV 2 og KODA er gældende for vederlagsårene 1997 og frem med følgende ændringer og tilføjelser:

1) § 1, stk. 3 ændres til:

”Den TV 2 efter tilladelsens tilkommende udsendelsesret omfatter hele TV 2's udsendelsesvirksomhed. I tilfælde af udvidelse eller reduktion af aktiviteterne udover de på tidspunktet for underskrivelsen af protokollatet eksisterende aktiviteter, kan begge parter kræve aftalen genforhandlet. På tidspunktet for aftalens indgåelse omfatter TV 2's udsendelsesvirksomhed jordbåren udsendelse af TV 2 i Danmark (ex. Grønland og Færøerne) og satellitudsendelse rettet mod det danske territorium (ex. Grønland og Færøerne) af TV 2 Zulu.”

2) § 3, stk. 1, 4. og 5. pkt. ændres til:

”Parterne er dog enig om, at beregningsgrundlaget i aftaleperioden udgøres af samtlige reklameindtægter, sponsorindtægter og licensindtægter med fradrag for overførsel til regionerne. Betalte bureauprovisioner kan fradrages med maksimalt 15 procent. Der ydes et fradrag for salgsomkostninger, som maksimalt kan udgøre 8 procent af TV 2’s indtægter (reklame mv. + licens fratrukket overførsel til regionerne). Fradraget udgør i aftaleperioden 1997-omkostningerne reguleret med 2,5 procent p.a. (hvilket for 2001 giver et fradrag på 84,8 mio. kr.). Endvidere fratrækkes reklameindtægter vedrørende www.TV 2.dk og www.zulu.dk (men ikke andre interactive tjenester). For 2002 til 2004 fratrækkes ekstraordinær bevilling til online på 25 mio. kr. i 2002 og 37,5 mio. kr. i 2003 og 2004 og tillige fratrækkes vedr. etablering af DVB med regional opdeling mv. 62,0 mio. i 2001, 10,0 mio. i 2002 og 16,0 mio i 2003 og 2004.”

3) § 3, stk. 4, 1. pkt. ændres til:

”For aftaleperioden er vederlagsprocenten i overensstemmelse med ovenstående fastsat til 2,093 for TV 2’s landsdækkende udsendelser”

[.....]

7) § 10, stk. 2 ændres til:

”Aftalen kan opsiges med 6 måneders varsel til udløbet af et kalenderår. Aftalen kan dog tidligst opsiges med virkning fra 1. januar 2005.”

8) For perioden 1997 til 2000 betales for udsendelse af musik i TV 2’s landsdækkende udsendelser følgende beløb (med tillæg af administration af ikke-medlemmer og renter):

1997	15,5 mio.
1998	17,0 mio.
1999	18,5 mio.
2000	21,0 mio.

[.....]

13) Nærværende aftale er uden præjudice for efterfølgende aftaler – både i relation til betalingsniveauet og beregningsmåden. Dette gælder tillige spørgsmålet om simulcasting af TV 2’s tv-programmer skal reguleres i hovedaftalen eller i en selvstændig aftale.”

Den aftalte vederlagsprocent på 2,093 svarer efter tarifikemaet til en egenproduktionsprocent på 60,1 – 65 (vederlagsfaktor 0,0775) og en musikprocent på 27.

Efter indgåelsen af 2001-aftalen har TV 2 med virkning fra den 1. januar 2003 udskilt TV 2 Zulu til et selvstændigt selskab og samtidig omdannet tv-kanalen til en betalingskanal, hvilket førte til, at der blev truffet politisk beslutning om at nedsætte licensmidlerne til TV 2. Bl.a. som følge af disse

forhold forlangte KODA en genforhandling af 2001-aftalen, som KODA anså for bortfaldet på grund af ændrede forudsætninger. Dette blev afvist af TV 2, som anså 2001-aftalen for fortsat gældende, og ved skrivelse af 3. december 2003 opsagde KODA ex tuto 2001-aftalen med virkning fra den 31. december 2004. Der verserer voldgiftssag om vederlaget for 2003 og 2004. Denne sag er udsat bl.a. på afgørelsen i nærværende sag.

De indklagede gør gældende, at KODA's tv-tarif reelt ikke har været anvendt ved fastsættelsen af TV 2's vederlag og har i svarskriftet til illustration heraf udarbejdet følgende tabel, som for årene 1988-2004 viser den aftalte vederlagsprocent (V%), det faktisk betalte vederlag, den vederlagsprocent, som ifølge de indklagede skulle have været anvendt, hvis man havde lagt tarifikemaet til grund (Reel V%), det på dette grundlag beregnede vederlag i henhold til tariffen samt differencen mellem det beregnede vederlag og det faktisk betalte vederlag:

År	V% iht aftale	Betalt vederlag, DKK mio.	Reel V%	Vederlag, DKK mio	Difference, DKK mio
1988	2,20%	0,5			
1989	2,20%	5,4			
1990	2,20%	8,0			
1991	1,696%	8,8	1,788%	9,3	0,5
1992	1,696%	10,2	2,292%	13,7	3,5
1993	1,696%	10,2	2,429%	14,6	4,4
1994	1,696%	11,9	2,292%	16,1	4,2
1995	1,696%	12,9	2,842%	21,8	8,9
1996	1,696%	12,5	3,208%	23,7	11,2
1997		15,5	2,411%	25,0	9,5
1998		17,0	2,411%	25,7	8,7
1999		18,5	2,411%	24,0	5,5
2000		21,0	2,411%	26,9	5,9
2001	2,093%	22,0	2,411%	25,2	3,2
2002	2,093%	23,9	2,411%	27,8	3,9
2003	2,093%	25,0	2,411%	28,7	3,7

2004	2,093%	24,2	2,411%	29,5	<u>5,3</u>
Sum:					<u>78,4</u>

Det bemærkes, at der for årene 1997-2004 er anvendt den egenproduktions- og musikprocent, som var antaget af KODA for 1997-98, og således ikke er taget hensyn til senere ændringer heri.

KODA's aftaler med Danmarks Radio

Aftalerne mellem KODA og Danmarks Radio (DR) har indtil aftalen fra 2006, jf. nærmere nedenfor, været baseret på, at DR for såvel musikanvendelsen i radio som musikanvendelsen i TV skulle betale en procent af licensindtægten.

I en aftale 23. august 1991 hedder det i § 3, stk. 2 og 3:

”Stk. 2. Vederlagsprocenten fastsættes hvert 4 år på basis af, hvor stor en procentvis andel det af KODA forvaltede musikrepertoire udgør af Danmarks Radios samlede sendetid (musikprocenten). Ved opgørelsen af sendetiden beregnes samsending mellem flere radioprogrammer som en udsendelse. Vederlagsprocenten beregnes som musikprocenten multipliceret med 0,0775. Beregningen foretages særskilt for radio og tv, idet parterne er enige om at 40% af indtægterne henføres til radio og 60% henføres til tv.

Stk. 3. For aftaleperioden er vederlagsprocenten i overensstemmelse med ovenstående fastsat til for radio: 2,79 og for tv: 1,51. Der sker således ikke nogen regulering efter § 5, stk. 2, i aftaleperioden for så vidt angår sendetiden/musiksendetiden.”

I et protokollat til denne aftale anføres, at ”parterne er enige om at genoptage drøftelserne af aftalen, hvis der på det øvrige radio/tv-område nås en afklaring, hvorefter vederlaget fastsættes under hensyn til den enkelte stations egenproduktion.”

Omkring årsskiftet 1991-92 indgik parterne en ny aftale gældende fra den 1. januar 1991, som erstattede aftalen fra august 1991. I den nye aftale hedder det i § 3, stk. 2 og 3:

”Stk. 2. Vederlagsprocenten fastsættes hvert år på basis af, hvor stor en procentvis andel det af KODA forvaltede musikrepertoire udgør af Danmarks Radios samlede sendetid (musikprocenten). Ved opgørelsen af sendetiden beregnes samsending mellem flere radioprogrammer som en udsendelse. Vederlagsprocenten beregnes som musikprocenten multipliceret med

0,0775. Ved fastsættelse af denne multiplikator er der taget hensyn til Danmarks Radios egenproduktion i tv, jfr. protokollat med tilhørende bilag til denne aftale. Beregningen foretages særskilt for radio og tv, idet parterne er enige om at 40% af indtægterne henføres til radio og 60% henføres til tv.

Stk. 3. For aftaleperioden er vederlagsprocenten i overensstemmelse med ovenstående fastsat til for radio: 2,79 og for tv: 1,51. Der sker således ikke nogen regulering efter § 5, stk. 2, i aftaleperioden for så vidt angår sendetiden/musiksendetiden/egenproduktionen.”

Vederlagsprocenten på 1,51 for tv svarer efter KODA's tarifikema til en egenproduktionsprocent på 60,1 – 65 (vederlagsfaktor 0,0775) og en musikprocent på 19,5.

Som nævnt anlagde KODA i 1998 også retssag mod DR, og også denne retssag blev forligt i 2001. Forliget fremgår af et protokollat af 29. juni 2001, i hvilket det bl.a. hedder:

”Den i perioden 1991-1996 gældende aftale (med protokollater) mellem DR og KODA er gældende for vederlagsårene 1997 og frem med følgende ændringer og tilføjelser:

[.....]

3) § 3, stk. 3, 1. pkt. ændres til:

”For aftaleperioden er den samlede vederlagsprocent i overensstemmelse med ovenstående fastsat til 2,19 (svarende til 1,51 procent for tv og 3,21 procent for radio).”

DR's samlede betaling til KODA for musikanvendelse i radio og tv udgjorde i årene 1991-2005, dvs. under 1991- og 2001-aftalerne, følgende beløb:

År	Vederlag i alt, DKK
1991	41.120.280
1992	43.086.944
1993	43.013.054
1994	44.985.400
1995	46.023.372
1996	47.186.734
1997	51.923.000
1998	53.736.259

1999	55.731.741
2000	56.393.197
2001	53.787.958
2002	60.929.290
2003	61.235.283
2004	62.978.968
2005	69.200.000

Den 27. marts 2006 indgik KODA og DR en ny aftale, som omfatter årene 2006-2009. I aftalen hedder det bl.a.:

”2. Baggrund for aftalen:
Baggrunden for aftalen er;

- at DR ifølge radio- og fjernsynsloven blandt andet via fjernsyn, radio og internet skal sikre den danske befolkning et bredt udbud af programmer og tjenester omfattende nyhedsformidling, oplysning, undervisning, kunst og underholdning; der skal lægges særlig vægt på dansk sprog og dansk kultur; programvirksomheden skal endvidere afspejle bredden i produktionen af kunst og kultur og give programtilbud, som reflekterer mangfoldigheden af kulturinteresser i det danske samfund; DR har desuden ifølge public service kontrakten en særlig forpligtigelse til at spejle, støtte og skabe dansk musik,
- at KODA repræsenterer næsten hele verdensrepertoiret af musik som anvendes i DRs virksomhed, og har dermed til opgave at indhente vederlag for anvendelsen af musik overalt i DRs virksomhed,
- at DR i dag har og fremover vil have meget omfattende public service forpligtelser,
- at DR og KODA ønsker et tæt og fremadrettet samarbejde om klarering af musikrettigheder i alle dele af DRs virksomhed,
- at DR for til fulde at kunne opfylde public service forpligtelserne har ønsket en samlet aftale med en stor grad af fleksibilitet, således at DR kan starte nye aktiviteter i aftaleperioden, herunder nye tv-kanaler, nye webradioer og nye tiltag på dr.dk,
- at DR har behov for en flerårig aftale, som kan give DR ro til at omlægge igangværende aktiviteter og igangsætte nye aktiviteter,
- at DR anser aftalen som en form for rammeaftale, således at DR ikke forventer at udnytte alle mulighederne i aftalen samtidigt, idet de forskellige aktiviteter alternerer i den for-

stand, at hvis én ny aktivitet realiseres, så vil den ofte træde i stedet for en anden planlagt eller eksisterende aktivitet.

at KODA er indstillet på at imødekomme DRs ønske om større fleksibilitet og en flerårig aftale,

at DRs anvendelse af musik er så mangfoldig og indgår i så mange forskellige tilbud, at parterne er enige om, at det i aftaleperioden er hensigtsmæssigt, at vederlaget afregnes som et samlet årligt beløb,

[.....]

3. Tilladelserne og deres omfang:

Stk. 1. KODA giver i denne aftale DR tilladelse til anvendelse af musik med dertil knyttet tekst, som tilhører KODA's repertoire, på en lang række forskellige måder, som nærmere opremses nedenfor i stk. 2. Tilladelsen omfatter al musik med dertil knyttet tekst, hvad enten der er tale om musik i film- eller tv-programmer, baggrundsmusik, fonogrammusik, musikvideoer, livemusik, jingler eller andre former for musik i det omfang musikværkerne indgår i KODA's repertoire, jf. dog nedenfor pkt. 4.

Stk. 2. KODA giver i aftaleperioden DR tilladelse til anvendelse af musik og dertil knyttet tekst som specificeret i litra a til l:

- a) DR har tilladelse til analog jordbåren udsendelse af DR 1, DR 2, tekst-tv, P1, P2, P3, P4, mellembølge og langbølge samt satellitudsendelse rettet mod det danske territorium (ex Grønland og Færøerne) af DR Klassisk og DR 2. [...]
- b) DR har under forhandlingerne oplyst, at DR under forudsætning af, at DRs ønsker til medieforliget bliver opfyldt, frem mod 2010 ønsker at starte et mindre antal nye tv-kanaler, jf. DRs oplæg til medieforlig. De nye tv-kanaler forventes udsendt i DTT-nettet, der i aftaleperioden ikke forventes at få nogen større udbredelse. [...]
- c) DR har tilladelse til simulcasting på dr.dk af DRs radio- og tv-kanaler.
- d) DR har tilladelse til anvendelse af musik i DAB-kanaler indenfor DRs andel af den til enhver tid værende kapacitet. DR har oplyst, at antallet af DAB-kanaler forventes at blive nedsat i aftaleperioden til ca. 10 (det er dog ikke en betingelse, at DR skal reducere antallet af DAB-kanaler).
- e) DR har tilladelse til udsendelse af musik i DRs web-radioer, og DR har også tilladelse til at starte nye webradioer (dog ikke formateret på kunstner/gruppe niveau) i aftaleperioden. DR kan ikke udelukke, at DR vil forsøge med udsendelse af web-tv, navnlig hvis der ikke startes nye tv-kanaler til DTT, og DR har derfor også tilladelse til udsendelse af musik i web-tv.
- f) DR har tilladelse til at stille hele og dele af radio- og tv-produktioner, unikke webproduktioner og fuld længde musikværker og musikvideoer til rådighed on-demand i

streaminfformat på dr.dk (og andre hjemmesider under DRs fulde redaktionelle ansvar i overensstemmelse med medieansvarsloven).

[.....]

5. Vederlagets størrelse:

Stk. 1. Betalingen for anvendelse af musik efter denne aftale er aftalt til følgende:

2006 72 mio. kr.

2007 74 mio. kr.

2008 94 mio. kr.

2009 96 mio. kr.

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

Stk. 2. For KODA's administration af afregningen til ikke-medlemmer betaler DR i tillæg til det ovenfor angivne vederlag 200.000 kr. om året.

Stk. 3. De i pkt. 5, stk. 1 og 2 aftalte vederlag for 2007, 2008 og 2009 reguleres efter nettoprisindekset for juli, første gang for 2007 efter udviklingen i nettoprisindekset for juli 2005 til juli 2006 (det vil sige hvis den årlige prisstigning efter nettoprisindekset for eksempel er 2,0 %, så bliver betalingen for 2007 75,5 mio. kr., betalingen for 2008 97,8 mio. kr. og betalingen for 2009 101,9 mio. kr.).

Stk. 4. Parterne er enige om, at de i § 5, stk. 1 nævnte beløb for 2006 og 2007 tillige indeholder betaling for de krav, som KODA har fremsat forud for perioden forud for 1. januar 2006 for DAB, kompensation for bortfaldne fradrag, kompensation for manglende betaling fra forfatterkassen (for fremtiden er dette indeholdt i betalingen, jf. pkt. 5, stk. 1), supplerende betaling for dr.dk i 2005 og satellit til danskere i udlandet."

I et brev af 5. maj 2008 fra advokat Kasper Lindhardt, DR Juridisk og Politisk Sekretariat, til de indklagedes advokat hedder det:

"Jeg henviser til din forespørgsel angående fastsættelsen af det vederlag, DR skal betale til KODA, i henhold til pkt. 5, stk. 1 i aftale af 27. marts 2006 mellem DR og KODA.

Jeg kan oplyse, at vederlaget blev forhandlet, efter der var opnået enighed om hele rettighedsdelen af aftale, som et samlet lump sum vederlag for hele aftaleperioden omfattende hele den brede vifte af udsendelsesaktiviteter, som er opregnet i aftalens pkt. 3-4. Der blev forhandlet

både om aftalens længde og om vederlaget for de enkelte år, hvor det for DR afgørende dels var, hvad den samlede betaling ville blive set over hele aftaleperioden; dels at betalingen i de første år blev så lille som mulig af hensyn til DRs likviditet. Dvs. at der blev aftalt ét samlet beløb for den 4-årige aftaleperiode (dog med indeksregulering som anført i pkt. 5, stk. 3). Vederlagsniveauet beregnes derfor mest retvisende ved at fordele det samlede aftalte vederlag ligeligt over de 4 år, aftalen er indgået for, hvilket givet et samlet gennemsnitligt vederlag pr. år i størrelsesorden 84 mio. kr., jf. pkt. 5, stk. 1.

Som det fremgår af pkt. 5, stk. 1 er fordelingen af vederlaget over de 4 år ikke en ligelig fordeling med 84 mio. kr. pr. år; der sker et markant spring fra 2007 til 2008. Dette er ikke udtryk for, at DR har fået en "rabat" for 2006 og 2007, og at vederlagene for 2008 og 2009 på hhv. 94 mio. og 96 mio. kr. er det rette vederlagsniveau for de udsendelsesaktiviteter, der er omfattet af aftalen. Forholdet er, at betalingen blev sat lavt i de først 2 år mod så at blive sat tilsvarende højere i de sidste 2 år, hvilket var et ønske fra DR's side begrundet i DR's vanskelige økonomiske situation.

Fordelingen i pkt. 5, stk. 1 er med andre ord udtryk for en særligt aftalt periodisering af et samlet aftalt 4-årigt vederlag, og ikke en optrappingsordning."

KODA's aftaler med andre tv-stationer

KODA har fremlagt aftaler indgået i årene fra 1991 og frem vedrørende følgende andre tv-kanaler: Lokal-TV, TV Bio, TV 2-regionerne, TV Danmark, DK 4, ScandinavianMovie Channel, 24sjællandske og SBS Net. I alle tilfælde betales omsætningsbestemt vederlag efter KODA's hidtidige TV-tarif eller i henhold til en aftalt, fast vederlagsprocent. Når bortses fra den førstnævnte aftale, hvor der er indrømmet et særligt fradrag for afskrivning på decodere, er beregningsgrundlaget den fulde omsætning alene med fradrag for bureauprovision. Der er i aftalerne endvidere fastsat et minimumsvederlag, i de fleste tilfælde som et beløb pr. husstand, som kan modtage tv-kanalen.

KODA har anført, at navnlig TV Danmark (nu Kanal 5) og SBS Net er meget sammenlignelige med de indklagedes tv-kanaler, dels efter deres indhold, dels fordi der også for TV Danmark og SBS net påhviler tv-stationerne public service forpligtelser, som ifølge KODA fuldt ud er sammenlignelige med de forpligtelser, der påhviler TV 2 / Danmark.

I aftalen vedrørende TV Danmark, der er indgået den 22. november 2004, er vederlagsprocenten fastsat til 2,992, dog 2,752 fra 2006 og frem under forudsætning af, at egenproduktionsprocenten øges. Minimumsvederlaget er fastsat til 2 kr. pr. husstand, som kan modtage tv-kanalen.

Aftalen vedrørende SBS Net er indgået den 15. februar 2008 og løber fra den 1. januar 2007 til den 1. november 2009. Der er aftalt en fast vederlagsprocent på 3,24. Minimumsvederlaget er med særlig begrundelse og med angivelse af, at det er uden præjudice for fremtidige aftaler, aftalt til 1,4 mio. kr. i 2007, 2,0 mio. kr. i 2008 og 2,1 mio. kr. i 2009 (5/6 heraf).

Omsætningsbestemt vederlag på andre områder

Efter KODA's tariffer betales omsætningsbestemt vederlag på følgende andre hovedområder: musik i radio, musik i koncerter, musik på de regionale spillesteder, musik i biografer, online brug af ren musik og online brug af musik i video on demand.

Ophavsretslicensnævnet har senest taget stilling til KODA's tarif for kommercielle radioer ved kendelse af 11. juli 2007 i sag nr. 100 vedrørende radiokanalen Radio 100 FM, som er delvis landsdækkende. KODA's principale påstand var, at Radio 100 FM skulle betale et omsætningsbestemt vederlag med en vederlagsprocent beregnet som musikprocenten gange 0,1, dog – efter en optrapningsperiode – et årligt minimumsvederlag på 5.325.000 kr. Vedrørende den omsætningsbestemte tarif udtalte nævnet bl.a.:

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

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

ske lande, og at dette fortsat gælder trods den nedsættelse af de danske minimumsvederlag, som blev gennemført ved aftalerne om ændret risikofordeling.

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

I sagen fokuserede parterne særlig på minimumsvederlaget. Herom udtalte nævnet bl.a.:

"Efter ophavsretslovens § 2 er det den offentlige fremførelse af musikværker, i dette tilfælde udsendelsen af musikværkerne, jf. stk. 4, nr. 1, som er omfattet af ophavsmændenes eneret og dermed begrunder deres ret til vederlag. Et minimumsvederlag, som fastsættes på grundlag af dækningsområde og musikprocent og herved afspejler omfanget af fremførelsen (tilrådighedsstillelsen), må derfor siges at være i overensstemmelse med lovens principper. Selv om den kraftige forøgelse af antallet af radiokanaler, som sender musik, ikke har medført en tilsvarende forøgelse af den samlede lytning til musik, må det tages i betragtning, at de øgede valgmuligheder, udviklingen har medført, i sig selv har betydelig værdi for lytterne. Et minimumsvederlag kan endvidere sikre, at ophavsmændene modtager et rimeligt vederlag i en startfase og i andre situationer, hvor radiostationens indtægter ikke står i passende forhold til omfanget af musikanvendelsen. På denne baggrund finder nævnet, at et krav om, at en kommerciel radiostation skal betale et ikke ubetydeligt minimumsvederlag, ikke kan anses for urimeligt."

Nævnet fastsatte det minimumsvederlag, som skulle gælde efter overgangsperioden, til 4 mio. kr. om året. Det var under sagen lagt til grund, at Radio 100 FM havde et dækningsområde på ca. 2 mio. indbyggere og en musikprocent på 80.

Den mediepolitiske aftale 2006

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

"Øget hensynstagen til faktisk lytning og sening ved fastlæggelse af radio-/tv-foretagernes 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 vederlaget 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.”

KODA-tariffer på tv-området i andre lande

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

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

Af rapportens tabel 3.8 fremgår følgende om de anvendte KODA-tariffer for kommercielle TV-stationer:

KODA og søsterselskaber	Tariffer kommercielle tv-stationer
Belgien	Oftest benyttes en procentdel af omsætningen, der varierer fra 0,8-1,5 %.
Danmark	Generelt betales en procentdel af omsætningen, afhængig af musikprocenten.
Finland	Der betales en minutpris. Beløbet er fortroligt.
Frankrig	5,0 % af driftsindtægterne inkl. evt offentlige tilskud.
Grækenland	1,6 % af den samlede omsætning.
Holland	Der betales op til 13,33 % afhængig af musikprocenten.
Irland	1,0 % af den samlede omsætning
Island	1,7 % af alle indtægter.
Italien	Der betales mellem 0,5 % og 4,75 % af de samlede bruttoindtægter, afhængig af musikprocenten (der er tre kategorier).
Luxembourg	5,0 % af den samlede omsætning.
Norge	n.a.
Portugal	Tariffernes størrelse udgør mellem 1,75 % og 2,20 % af omsætningen (dvs. reklameindtægterne).
Schweiz	0,4 % - 3,3 %. Tarifferne afhænger af programtypen.
Spanien	Offentlig udsendelse (producent + kunstner): 1,3127 % Reproduktion (producent): 0,4234 %
Storbritannien	Ud fra den aktuelle musikprocent eller som en procentdel af den samlede omsætning afhængig af type station.
Sverige	Tariffen fastsættes ud fra en progressiv skala for royaltyprocenten (0,25-4,7 % afhængigt af musikprocenten).
Tyskland	Mellem 0,32 % - 5,63 % af den samlede omsætning afhængig af musikprocenten
Østrig	n.a.

KODA har indhentet oplysninger om de aktuelle tariffer for en række lande og har i sit processkrift II sammenfattet disse oplysninger således:

	Størrelse af procentvederlag	Vederlagsprocent afhængig af musikpro-	Antal trin i musikprocent-skala
--	------------------------------	--	---------------------------------

		cent?	
Østrig	1,5-2,9%	Ja	3 trin, 0-50%
Belgien	0,93-4,66%	Ja	5 trin, 0-75%
Holland	Op til 10%	Ja	?
Tyskland	0,32-5,63%	Ja	5 trin, 0-100%
Spanien	1,4978-2,250% (Optrappes 2005- 2015)	Nej	-
Frankrig	2,5-5,0%	Ja	2 trin, Under og over 30%
Sverige	1,4-5,0%	Ja	19 trin, 19-76%
Finland	2,0-8%	(Ja, men målt på antal musiktimer)	11 trin

Rapportens tabel 3.1 indeholder bl.a. oplysning om tv-stationers samlede betalinger i Euro i 2002 til KODA-forvaltningsselskaberne. Ved at sammenholde disse tal med de enkelte landes indbyggertal, jf. rapportens tabel 3.13, har KODA beregnet vederlaget pr. indbygger således (der foreligger ikke oplysninger fra Holland, Island, Luxembourg og Grækenland):

	Population	Vederlag alt TV	Vederlag/indbyg.
Danmark, faktisk betaling*	5.368.000	9.284.987	1,73
Danmark, beregnet betaling*	5.368.000	9.700.634	1,81
Belgien	10.310.000	19.301.427	0,53
Finland	5.195.000	9.840.000	1,89
Frankrig	59.342.000	181.559.000	3,06
Irland	3.900.000	1.900.000	0,49

Italien	56.994.000	79.965.269	0,71
Norge	4.524.000	7.220.727	1,60
Portugal	10.329.000	2.538.110	0,25
Schweiz	10.300.000	10.753.578	1,04
Spanien	40.851.000	65.852.479	1,61
Storbritannien	59.140.000	96.611.446	1,63
Sverige	8.909.000	16.505.000	1,85
Tyskland	82.440.000	120.700.000	1,46
Østrig	8.039.000	15.156.825	1,89
Totalt	371.009.000	646.889.482	1,74

* For Danmark er TV 2's betaling medregnet med de beløb, de indklagede har anført i svarskriftet, side 5 som faktisk betalt, henholdsvis beregnet efter KODA's tarif.

Rapportens tabel 3.1 indeholder en underopdeling af betalingerne på henholdsvis kommercielle og ikke-kommercielle tv-stationer. Der er imidlertid knyttet betydelig usikkerhed til denne opdeling. Bl.a. er det konstateret, at TV 2 / Danmark er anset for en ikke-kommerciel tv-station, mens de tilsvarende tv-stationer i de øvrige nordiske lande er anset for kommercielle.

For så vidt angår *Norge* er der fremlagt aftaler indgået mellem KODA's søsterorganisation TONO og henholdsvis TV 2 Norge og TVNorge. I disse aftaler er vederlaget fastsat som årlige sumbeløb. I en aftale fra 2003 vedrørende TV 2 Norge er vederlaget for årene 2003, 2004 og 2005 fastsat til henholdsvis NOK 19 mio., 20 mio. og 20 mio. Der foreligger ingen aftale mellem TONO og TV 2 Norge for tiden efter 2005, og KODA har anført, at man afventer afgørelsen i nærværende sag.

I *Sverige* traf Konkurrenceverket den 5. marts 1996 i en sag mellem KODA's svenske søsterorganisation STIM og TV 3 afgørelse om, at anvendelse af et omsætningsbestemt vederlag er i strid med konkurrenceretlige regler, fordi der savnes en tydelig sammenhæng mellem tv-foretagendets indtægter og musikanvendelsen. Uanset denne afgørelse blev der i de følgende år indgået aftaler mellem STIM og de forskellige svenske tv-stationer om omsætningsbestemt vederlag. I oktober 2004 indgav Kanal 5 og TV 4 klage til Konkurrenceverket, som i en afgørelse af 28. april 2005 ikke fandt tilstrækkeligt grundlag for indgreb efter konkurrenceloven. Denne afgørelse blev indbragt for Marknadsdomstolen, som den 2. februar 2007 besluttede at forelægge spørgsmål for EF-domstolen vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt STIM ved at stille krav om et omsætningsbestemt vederlag

har overtrådt artikel 82 EF om forbud mod misbrug af en dominerende stilling, jf. nærmere nedenfor.

I *Finland* har KODA's finske søsterorganisation Teosto i maj 2007 indgået aftaler med to kommercielle tv-stationer om anvendelse af en omsætningsbestemt tarif i stedet for den hidtidige tarif med minutvederlag. Vederlagsprocenten er mindst 2 og kan stige til 8 afhængigt af antallet af musiktimer pr. år. Det er tanken, at den nye tarif skal anvendes generelt på kommercielle tv-stationer.

I *Storbritanien* traf The Copyright Tribunal den 3. december 1997 afgørelse i en sag mellem KODA's engelske søsterorganisation PRS og tv-stationen BSkyB. Ved afgørelsen afviste The Copyright at anvende et omsætningsbestemt vederlag. Herom siges som konklusion (pkt. 6.19):

"We are in no doubt that it would be unreasonable on the facts of the present case to adopt a percentage of revenue basis. We find that in the case of Sky, it would be particularly unreasonable to allow the PRS a direct percentage share in their revenues. Like the PRT in *ITCA v. PRS*, we do not think that the PRS are co-adventurers with Sky in their broadcasting business. A simple example illustrates why it is unfair. Suppose Sky (as they have) introduce "pay-per-view" boxing matches. In the first year this venture brings in an extra £10 million in revenue. Commercially that increase is due to innovative marketing techniques and heavy and high risk investment in securing exclusive rights to the match. Why should PRS' royalty for that year increase by a percentage of that ten million, when it owes its origin principally to risk taking by Sky? To put it another way, why should they be partners in sharing the revenues when they were not partners in sharing the costs and risks? The special circumstances of Sky's business mean that a revenue basis is inappropriate. This makes us less impressed by the fact that a revenue basis has been accepted by broadcasters elsewhere."

I et indlæg af 20. juni 2007 til EF-domstolen vedrørende den verserende sag forelagt af den svenske Marknadsdomstol har den engelske regering tilkendegivet, at den ikke anser The Copyright Tribunals afgørelse for generelt anvendelig på tv-stationer (pkt. 27).

Den svenske Marknadsdomstols forelæggelse af spørgsmål for EF-domstolen

De spørgsmål, som Marknadsdomstolen ved sin beslutning af 2. februar 2007 har forelagt for EF-domstolen i medfør af artikel 234 EF, er sålydende:

" A. Skall artikel 82 EG tolkas så att ett förfarande utgör missbruk av en dominerande ställning när en upphovsrättsorganisation, som har en faktisk monopolställning i en medlemsstat, i

förhållande till kommersiella TV-kanaler, tillämpar eller påtvingar en ersättningsmodell för rätten att tillgängliggöra musik i TV-sändningar riktade till allmänheten, som innebär att ersättningen beräknas som en andel av TV-kanalernas intäkter från sådana TV-sändningar riktade till allmänheten.

B. Skall artikel 82 EG tolkas så att ett förfarande utgör missbruk av en dominerande ställning när en upphovsrättsorganisation, som har en faktisk monopolställning i en medlemsstat, i förhållande till kommersiella TV-kanaler, tillämpar eller påtvingar en ersättningsmodell för rätten att tillgängliggöra musik i TV-sändningar riktade till allmänheten, som innebär att ersättningen beräknas som en andel av TV-kanalernas intäkter från TV-sändningar riktade till allmänheten, när det saknas en tydlig koppling mellan intäkterna och det som upphovsrättsorganisationen tillhandahåller, nämligen tillstånd till framförande av upphovsrätligt skyddad musik; så är ofta fallet vid t.ex. nyhets- och sportsändningar samt när intäkterna ökar på grund av utveckling av programtablåer, investeringar i teknik och kundanpassade lösningar.

C. Påverkas svaret på fråga A respektive fråga B av att det är möjligt att identifiera och kvantifiera såväl den framförda musiken som tittandet?

D. Påverkas svaret på fråga A respektive fråga B av att ersättningsmodellen (intäktsmodellen) inte tillämpas på ett likartat sätt i förhållande till public service bolag?"

De spørgsmål, som de indklagede i nærværende sag ønsker at forelægge for EF-domstolen, har i det væsentlige samme indhold.

EU-Kommissionen har i et indlæg af 12. juni 2007 til Domstolen foreslået, at spørgsmålene besvares således:

” Første og andre spørgsmålet:

”En nationell upphovsrättsorganisation, som innehar en dominerande ställning på en väsentlig del av den gemensamma marknaden, påtvingar inte någon oskäligen af-färsvilkor eller tillämpar olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartners, varigenom dessa får en konkurrensnackdel, när ersättningsmodellen som den tillämpar för kommersiella TV-kanaler innefattar att ersättningen beräknas som en andel av TV-kanalens intäkter från sina utsändningar, förutsatt att ersättningen inte uteslutande beräknas som en andel av sagda intäkter, utan även i förhållande till mängden musik som utsänds.”

Tredje spørgsmålet:

”I ju högre grad det är möjligt att identifiera och kvantifiera den framförda musiken och tittandet, i desto högre utsträckning är det möjligt att bestämma storleken på den publik som nås av de upphovsrättsligt skyddade verken samt det ”kommersiella värdet” av den musik som används, alltså sambandet mellan användningen av musiken och de intäkter som genereras, eftersom tittandet kan förväntas ha ett rimligt samband med

intäkterna ifråga. Däremot den eventuella förevaron av metoder, som medger en mycket förfinad analys av såväl kvantiteten av upphovsrättsligt skyddad framförd musik som tittandet, inte anses innebära att ett påtvingande från en dominerande upphovsrättsorganisation av en ersättningsmodell som baseras på mindre sofistikerade metoder utgör missbruk enligt artikel 82 EG.”

Fjärde frågan:

”Förhållandet att ersättningsmodellen inte tillämpas likartat för TV-kanaler i den privata respektive offentliga sektorn strider inte nödvändigtvis mot artikel 82 EG. Olika behandling kan vara rättsenligt om det är objektivt försvarbart och inte förorsakar vissa konkurrenter en konkurrensnackdel. I detta avseende bör ersättningsmodellen som den tillämpas gentemot public service-kanaler, om den överensstämmer med de kriterier som angetts i svaren på de första två frågorna, vara ägnad att säkerställa att ingen diskriminering äger rum mellan kommersiella och public service-TV-kanaler, särskilt så att den ersättning som erlaggs av public service-TV-kanaler beräknas i förhållande till den verkliga mängden musik som utsänds.””

I pkt. 87 og 88 i indlægget hedder det:

”Kommissionen menar emellertid att, oavsett den frånvaro som kan föreligga av en tydlig koppling mellan användningen av upphovsrättsligt skyddad musik och de intäkter som genereras, en ersättningsmodell som innebär att ersättningen beräknas som en andel av intäkterna *inte i sig* är sådan att den omfattas av förbudet i artikel 82 EG mot oskäligen affärsvillkor eller utgör en diskriminering som ger vissa företag en konkurrensnackdel. Detta mot bakgrund dels av svårigheten att bestämma en exakt ersättningsnivå för det värde som användningen av upphovsrättsligt skyddad musik har för tittarna och ytterst för TV-kanalen, även om ett sådant värde måste föreligga, dels av förhållandet att den intäkt som genereras av ett TV-program, eller en hel TV-kanal, kan antas stå i ett rimligt förhållande till de tittare som nås, samt omständigheten att den ersättning som en upphovsman erhåller under alla förhållanden ha en viss koppling till storleken på tittarskaran till vilken hans verk görs tillgängligt.

Inte desto mindre bedömer kommissionen att trots att en sådan ersättningsmodell *inte i sig* är otillåten enligt artikel 82 EG, kan så ändå vara fallet om ersättningsmodellen inte också beaktar, när ersättning beräknas, mängden upphovsrättsligt skyddad musik som faktiskt används av TV-kanalen i dess program.”

Den engelske regering har i sit indlæg foreslået, at spørgsmålene besvares således, at anvendelse af en omsætningsbestemt tarif ikke *per se* udgør et misbrug af en dominerende markedsposition, og at foreneligheden af en sådan vederlagsmodel med art. 82 må bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfælde.

Økonomiske konsekvenser af KODA's principale påstande

De indklagede har for årene 2005-2007 beregnet, hvilket vederlag der skal betales for de 4 tv-kanaler i henhold til KODA's principale påstande (påstandene A.1.1, A.2.1, B.1.1 og B.2.1).

Efter den omsætningsbestemte tarif, hvortil der henvises i KODA's påstande A.1.1 og B.1.1, vil vederlagsprocenten for TV 2 / Danmark, TV 2 Zulu og TV 2 Charlie blive 2,75, idet disse tv-kanaler har en musikprocent i intervallet 25-35. Vederlagsprocenten for TV 2 Film vil blive 4,583, idet denne tv-kanal har en musikprocent på 50. For så vidt angår TV 2 Charlie og TV 2 Film er det imidlertid minimumsvederlaget, som bliver relevant. Med de nævnte musikprocenter bliver dette efter den minimumstarif, hvortil der henvises i påstande A.2.1 og B.2.1, for TV 2 Charlie 2,25 kr. pr. husstand, som kan modtage kanalen, og for TV 2 Film 3,25 kr. pr. husstand. De indklagede har herefter beregnet følgende beløb:

	2005	2006	2007
	Kr.	Kr.	Kr.
TV 2 / Danmark	37.138.750	40.911.750	41.855.000
TV 2 Zulu	4.392.768	5.026.285	5.486.498
TV 2 Charlie	2.585.250	3.300.000	3.301.430
TV 2 Film	379.167	3.328.000	4.009.285
Samlet vederlag	44.495.935	52.566.035	54.652.213

For 2004 er der betalt 24,2 mio. kr. for TV 2 / Danmark og TV 2 Zulu, men som omtalt foran verserer der voldgiftssag om vederlaget for dette år. For hvert af årene 2005-2007 har de indklagede a conto for alle 4 tv-kanaler betalt 26 mio. kr.

Efter KODA's opfattelse skal vederlaget i 2004 alene for TV 2 / Danmark være 26,1 mio. kr. efter 2001-aftalen. Ved denne blev musikprocenten for 1998, 27,2, lagt til grund, men musikprocenten i TV 2 / Danmark var i årene 2005-2007 steget til ca. 32. Korrigeres herfor, ville vederlaget for TV 2

/ Danmark efter KODA's beregninger i årene 2005-2007 have været henholdsvis 30,5 mio. kr., 33,7 mio. kr. og 35,2 mio. kr., hvis man lagde 2001-aftalen til grund.

Sammenligninger mellem TV 2 og DR

KODA har til brug for sagen udarbejdet et notat vedrørende sammenligning mellem DR og TV 2 (sagens bilag 56). Sammenligningen foretages på grundlag af nøgletal for 2005. Af notatet fremgår bl.a.:

'Nøgletal for DR og TV 2

Penetration

	Husstande	i %
DR 1	2.397.000	95,9
DR 2	1.969.000	79,3
TV 2 Danmark	2.395.000	95,8
TV 2 Zulu	1.424.000	57,0
TV 2 Charlie	1.176.000	47,1
TV 2 Film	? (2006-tallet var 1.068.000 husstande svarende til 42,4%)	

Sendetid

	Sendetimer
DR 1	6.176:08
DR 2	3.978:43
DR i alt	10.154:51
TV 2 Danmark	6.651:46
TV 2 Zulu	6.665:59
TV 2 Charlie	3.881:48
TV 2 Film	1.376:40 (start 1. november 2005 – tallet svarer til 8.260 årlige sendetimer)
TV 2 i alt	18.576:22

Seertid og seerandele

	Antal timer	i % af samlet sening
DR 1	4:59	28,0
DR 2	0:50	4,7
DR i alt	5:49	32,7
TV 2 Danmark	6:22	35,8
TV 2 Zulu	0:30	2,9
TV 2 Charlie	0:11	1,0
TV 2 Film	0:02	0,2 (startede først 1. november 2005)
TV 2 i alt	7:05	40,0

Antal sete timer er ugentlige opgjort 3+ år over hele døgnet.

Musiksendetimer og musikprocent

	Musiksendetimer	Omtrentlig musikprocent
DR 1	1.928:00	28,5 procent
DR 2	989:00	22,7 procent
DR i alt	2.917:00	
TV 2 Danmark	1.971:00	31,9 procent
TV 2 Zulu	2.103:30	31,7 procent
TV 2 Charlie skøn	1.165:00	skøn 30 procent
TV 2 Film skøn	620:00	skøn 45 procent
TV 2 i alt (skøn)	5.859:00	

[....]

DR's betaling for musik i tv

DR's betalinger til KODA følger i perioden 2006-2009 af den gældende aftale mellem KODA og DR. Der er tale om en lumpsum-aftale, hvor der betales et samlet beløb for både radio og tv (og online aktiviteter). Vederlagene udgør i 2006-priser følgende:

2006	72,2 mio. DKK
2007	74,2 mio. DKK
2008	94,2 mio. DKK
2009	96,2 mio. DKK

I 2005 fulgte vederlagsbetalingen af det gamle aftalesystem. DR's samlede betaling for radio og tv for kalenderåret 2005 var ca. 69,2 mio. DKK (eksklusiv on-line). For on-line blev der betalt en lumpsum på 1,33 mio. DKK. [....]

Der er et stort usikkerheds moment, når DR's betaling for musik i tv skal vurderes, og det er at udskille den del af vederlagene som skønsmæssigt må henføres til tv.

I forbindelse den tarifundersøgelse, som blev bestilt af kulturministeriet, blev det anslået, at betalingen for 2002 (tarifundersøgelsen angik kalenderåret 2002) skulle fordeles med 60 % til tv og 40 % til radio. Konkret blev 36.467.574 kr. henført til DR tv og 24.311.716 kr. til DR Radio. Den samlede betaling i 2002 var 60.779.290 kr. Det kan diskuteres hvorvidt dette skøn er korrekt, men skønnet lægges til grund i det følgende.

Som det fremgår, varierer DR's rettighedsbetalinger over årene. Dette skyldes, at der er lavet en ny aftale, og der i denne aftale dels er en form for optrappingsordning, og der dels er taget hensyn til, parterne forventede DR vil starte en ny tv-kanal omkring årsskiftet 2007/2008.

Et rimeligt skøn vil være, at lægge til grund, at den samlede betaling for DR radio og DR tv er i niveauet 75 mio. kr. om året. Med den fordeling, som er lagt til grund af DR i tarifundersøgelsen, giver dette en ca. betaling for musikindholdet i DR 1 og DR 2 på 45 mio. kr. om året."

På grundlag af oplysningerne i notatet om seertid og musikprocenter har KODA foretaget følgende opgørelse af det faktiske musikforbrug i minutter pr. uge:

	Faktisk sete timer	Musik pct.	Faktiske musikmin.
DR 1	4:59	28,5	85,2
DR 2	0:50	22,7	11,4
DR i alt	5:49		96,6
TV 2 Danmark	6:22	31,9	121,9
TV 2 Zulu	0:30	31,7	9,5
TV 2 Charlie	0:11	30,0	3,3
TV 2 Film	0:02		0,9
TV 2 i alt	7:05		135,6

De indklagede har bestridt, at det er korrekt at henføre 60% af DR's betalinger til KODA til tv. Efter aftalerne mellem DR og KODA fra 1991 og 2001 er det 60% af licensindtægterne, der henføres til tv, men den aftalte vederlagsprocent er væsentligt lavere for tv end for radio, i 2001-aftalen 1,51% over for 3,21%. Dette indebærer efter 2001-aftalen, at det betalte vederlag må henføres til henholdsvis tv og radio i forholdet $(0,60 \times 1,51) : (0,40 \times 3,21)$ eller $0,906 : 1,284$ eller ca. 41 : 59. Ifølge de indklagede skal således snarere kun ca. 40 % af det i notatet forudsatte samlede vederlagsbeløb på 75 mio. kr. eller 30 mio. kr. henføres til tv-kanalerne DR 1 og DR 2.

Til illustration af udviklingen i musikprocenter har de indklagede bl.a. henvist til følgende musikprocenter for 1998: DR 1 19,3, DR 2 19,8 og TV 2 27,7.

Forklaringer

Martin Gormsen, der er vicedirektør i KODA, har forklaret, at KODA i 2001 følte sig presset til at indgå forlig i retssagerne mod DR og TV 2. Ved indgåelsen af forliget med DR gik man ud fra musikprocenten i DR 1 i 1998, som var 19,35. Man startede med en samlet vederlagsprocent på 2,19. DR ønskede imidlertid en fordeling på tv og radio, og i denne forbindelse fastholdt man fordelingen

fra 1991-aftalen af licensindtægterne med 60% på tv og 40% på radio, hvorefter man fastsatte vederlagsprocenten for tv til 1,51 og for radio til 3,21.

Ved forhandlingerne om 2006-aftalen mellem KODA og DR ønskede DR en 4-årige aftale med årlige sumbeløb, som dækkede alle aktiviteter. Dette accepterede KODA, da DR's licensindtægter i store træk var kendt, således at forskellen mellem sumbeløb og en beregning efter en fast vederlagsprocent ikke var stor. KODA havde også forståelse for DR's ønske om fleksibilitet, og lagde i denne forbindelse vægt på, at licensindtægterne satte en ramme for de samlede aktiviteter. KODA's krav var navnlig, at der skulle ske en markant stigning i vederlagsniveauet under hensyn til den stigning i navnlig DR 1's musikprocent, som havde fundet sted. KODA havde opgjort musikprocenterne for 2003 til 26,9 for DR 1 og 21,8 for DR 2. Der var tale om delvist skønnede tal, som ikke blev anerkendt af DR, og det viste sig også efterfølgende, at de var for høje, idet de skulle være henholdsvis ca. 24% og ca. 20%. Fordelingen af det samlede vederlag på tv og radio blev ikke diskuteret meget, men DR ønskede en henvisning til, at man forventede øget konkurrence på radioområdet. Ved fastsættelsen af sumbeløbene for de enkelte år var det for begge parter afgørende, hvad slutbeløbet i 2009 – det endelige vederlagsniveau – skulle være. DR ville give 91 mio. kr., mens KODA forlangte 98, og man endte på 96. Det, som er anført i brevet af 5. maj 2008 fra advokat Kaspar Lindhardt, svarer efter hans opfattelse ikke til forhandlingsforløbet og den indgåede aftale. I notatet vedrørende sammenligning mellem DR og TV 2 (sagens bilag 56) har KODA dog valgt at tage udgangspunkt i det gennemsnitlige årlige vederlag på 84 mio. kr. Det anførte beløb på 75 mio. kr. for tv og radio forudsætter, at de øvrige aktiviteter sættes til 9 mio. kr., hvilket er klart i overkanten, i hver fald for de første år.

Ved indgåelsen af forliget i 2001 med TV 2 tog man udgangspunkt i musikprocenten for 1998, som var 28,8. TV 2 Zulu var lige startet, og KODA fik at vide, at økonomien ikke hang sammen, og at kanalen sandsynligvis ville lukke. Efterfølgende skete der imidlertid det, at Zulu blev omdannet til betalingskanal. Dette medførte, at licensmidlerne til TV 2 blev skåret ned med ca. 75 mio. kr., hvilket medførte et tilsvarende fald i KODA's vederlag, og TV 2 Zulu ville ikke i stedet betale vederlag af abonnementsindtægterne. Herefter anså KODA 2001-aftalen for bortfaldet.

De fleste af de øvrige TV-stationer, som KODA har indgået aftale med, betaler faktisk omsætningsbestemt vederlag. Dette gælder således 7 af de 8 TV 2 regioner, TV Bio, TV Danmark, DK 4 og 24sjællandske. Det forventes, at også SBS Net skal betale omsætningsbestemt vederlag i 2009.

I forbindelse med den internationale tarifundersøgelse var det TV 2 selv, som ønskede at blive indplaceret som ikke-kommerciel (public service) tv-station. Efter KODA's opfattelse svarede dette ikke til den almindelige opfattelse af sondringen mellem kommercielle og ikke-kommercielle tv-stationer, hvor der blev lagt vægt på finansieringen.

Det er rigtigt, at der efter KODA's principale påstande om omsætningsbestemt vederlag skal anvendes en højere vederlagsfaktor for kommercielt tv end den vederlagsfaktor på 0,0775, som Ophavsretslicensnævnet fastsatte for kommercielle radioer i kendelsen i sag nr. 100. Tv og radio kan imidlertid ikke sammenlignes, da man ved tv i praksis højst kommer op på en musikprocent på omkring 50. I øvrigt har KODA efter kendelsen i sag nr. 100 indgået nye aftaler med de fleste kommercielle radiostationer, hvor vederlagsfaktoren er fastsat til 0,09 mod en vis yderligere reduktion af minimumsvederlaget.

Nic Holten Andersen, der har været chef for TV 2's juridiske afdeling siden den 1. september 1992, har forklaret, at ordningen indtil den 1. januar 1997 var den, at TV 2's reklameindtægter gik ind i TV 2 Fonden. Fra denne overførtes til TV 2 årlige beløb, som fastsattes for 4 år ad gangen. Hvis reklameindtægterne svigtede, kunne fonden optage lån. Den vederlagsprocent, som var fastsat i 1991-aftalen med KODA, førte derfor til årlige, forudberegnelige beløb. Der var således tale om et lumpsum-lignende vederlag. Opsigelsen af aftalen med KODA i 1996 havde bl.a. baggrund i et nyt medieforlig, som indebar, at TV 2 pr. 1. januar 1997 fik direkte rådighed over sine reklameindtægter.

Ved indgåelsen af forliget med KODA i 2001 havde man endnu ikke truffet beslutning om at gøre TV 2 Zulu til en betalingskanal. Dette forudsatte en aftale såvel med TDC som med en satellitoperatør, og sådanne aftaler blev først indgået i efteråret 2002 og foråret 2003. Ved forhandlingerne var KODA's udspil en vederlagsprocent på 2,170, mens TV2's udspil var 2,01, og man landede herefter på 2,093. KODA's tv-tarif blev ikke anvendt. Det er rigtigt, at vederlaget til KODA for 2001 og følgende år ikke var forudberegneligt, men afhang af indtægterne.

TV 2 blev oprettet som en public service kanal, som skulle konkurrere med DR, og dette grundkoncept er der ikke ændret på. TV 2 er således undergivet omfattende public service forpligtelser. De er løbende blevet skærpet, og TV 2 / Danmark kan i dag ikke alene finansiere sine public service forpligtelser. Siden juli 2004 har TV 2 ikke modtaget licensmidler.

Der er etableret en ny tv-kanal, TV 2 Sport, men dette vil ikke medføre væsentlige ændringer i programfladen og dermed musikprocenten på TV 2 / Danmark. De fleste store sportsbegivenheder vil fortsat blive sendt på TV 2 / Danmark.

Parternes procedure

KODA har over for de indklagedes anmodning om, at nævnet forelægger spørgsmål for EF-domstolen om fortolkningen af artikel 82 EF, anført, at en sådan forelæggelse savner mening, eftersom tilsvarende spørgsmål allerede er forelagt for EF-domstolen af den svenske Marknadsdomstol. Det må i øvrigt antages, at nævnet slet ikke har kompetence til at forelægge spørgsmål, idet nævnet ikke kan anses for en "ret" i den forstand, hvori dette begreb anvendes i artikel 234 EF.

De indklagedes anbringende om, at anvendelse af en omsætningsbestemt tarif er i strid med konkurrenceretlige regler eller i øvrigt er urimelig, må afvises. På alle områder, hvor der består en rimelig sammenhæng mellem en brugers anvendelse af musik og brugerens indtægter, tilstræber KODA at anvende en omsætningsbestemt tarif, idet dette er den eneste måde, på hvilken vederlaget til KODA kan komme til at afspejle musikkens værdi for brugeren. En omsætningsbestemt tarif anvendes eksempelvis på musikanvendelse i radio, i koncerter og i biografer. Også for kommercielle tv-stationer er der såvel i Danmark som i næsten alle andre europæiske lande fast praksis for at anvende en omsætningsbestemt tarif. Dette er accepteret af alle andre danske kommercielle tv-stationer og har også tidligere været accepteret af TV 2 / Danmark, senest i aftalen fra 2001. At der – ligesom i mange andre aftaler – her var aftalt en fast vederlagsprocent gældende for hele aftaleperioden, berettiger ikke til at betegne vederlaget som "lumpsum-lignende". KODA gør ikke gældende, at der program for program skulle være en direkte sammenhæng mellem de indklagedes indtægter og værdien af KODA's rettigheder. De indklagedes indtægter – såvel reklameindtægter som abonne-

ments- og sponsorindtægter – afspejler imidlertid værdien af de samlede rettigheder, som anvendes i udsendelserne, og blandt disse rettigheder indgår KODA's rettigheder som et væsentligt element. Også på andre områder, hvor en omsætningsbestemt tarif anvendes, indgår der andre ydelser i brugerens samlede ydelse til publikum. Dette gælder eksempelvis for biografer. At der kan og bør anvendes et omsætningsbestemt vederlag for kommercielle tv-stationer, har også støtte i den mediepolitiske aftale fra 2006. De indklagede har blot påstået frifindelse og har ikke givet nogen anvisning på, hvorledes en tarif, som ikke er omsætningsbestemt, kunne udformes.

Den omstændighed, at KODA ved indgåelsen af aftalen fra 2006 med DR accepterede DR's ønske om, at vederlaget skulle fastsættes som et årligt sumbeløb, indebærer ikke, at det er urimeligt at fastholde et omsætningsbestemt vederlag over for de indklagede. DR indtager en særstilling ved alene at blive finansieret af licensindtægter og ved at have meget omfattende public service forpligtelser. De indklagede, som ikke modtager licensmidler, men hovedsagelig finansieres af reklame-, abonnements- og sponsorindtægter, må i relation til spørgsmålet om vederlagsform betragtes som kommercielle tv-stationer. Dette gælder også TV 2 / Danmark, selv om der påhviler denne tv-station betydelige public service forpligtelser. Andre kommercielle tv-stationer er underlagt public service forpligtelser af samme karakter som dem, der påhviler TV 2 / Danmark. KODA er forpligtet til at behandle de kommercielle tv-stationer ensartet, dvs. efter samme tarif, hvilket udelukker, at vederlaget for de indklagede fastsættes som årlige sumbeløb efter et konkret skøn.

Den omsætningsbestemte tarif, som fremgår af KODA's principale påstande, kan ikke anses for urimelig høj. Den vederlagsprocent, som – afhængigt af musikprocenten – følger af den nye tarif, vil i de fleste tilfælde være lavere end den vederlagsprocent, som fremgår af KODA's hidtidige tv-tarif, i hvilken også egenproduktionsprocenten indgår som bestemmende faktor. Heller ikke oplysningerne om forholdene i andre europæiske lande tyder på, at vederlagsniveauet i Danmark er for højt, jf. den udarbejdede tabel over det årlige vederlag for alt tv pr. indbygger.

KODA's hidtidige tv-tarif er accepteret af alle andre kommercielle tv-stationer. I forhold til disse har TV 2 været begunstiget, idet TV 2 ved aftalen fra 1991 fik en væsentlig "rabat" i forhold til, hvad tariffen ville føre til, med den begrundelse, at der var tale om en nystartet virksomhed. Det var denne favørstilling, som KODA ønskede bragt til ophør ved sagsanlægget i 1998. Dette lykkedes

imidlertid kun i et vist omfang ved forliget i 2001, som KODA følte sig presset til at indgå, og det er i nærværende sag KODA's mål at opnå, at de indklagede nu endelig fuldt ud ligestilles med de øvrige kommercielle tv-stationer.

På denne baggrund er det ikke overraskende, at KODA's principale påstande fører til en væsentlig stigning i de indklagedes samlede vederlag set i forhold til, hvad der skulle betales i 2004 i henhold til 2001-aftalen. For det første må det tages i betragtning, at der er oprettet to nye tv-kanaler, TV 2 Charlie og TV 2 Film. For det andet er der sket en forøgelse af musikprocenten i forhold til det, som blev lagt til grund ved indgåelsen af 2001-aftalen. For det tredje er indtægterne steget. Og endelig – for det fjerde – skal den hidtidige ”rabat” bringes til ophør.

Det vederlag, som de indklagede vil komme til at betale efter KODA's principale påstande, står heller ikke i misforhold til det vederlag, der betales af DR. Det kan i høj grad diskuteres, hvor stor en del af KODA's samlede vederlag fra DR 1, som skal henføres til TV. Det er fortsat KODA's opfattelse, at det som anført i sammenligningsnotatet for så vidt angår årene 2006-2009 er et rimeligt skøn at henføre 60% af 75 mio. kr. eller 45 mio. kr. til DR 1 og DR 2, og i så fald ligger vederlaget fra DR på samme niveau som det samlede vederlag fra de indklagede, uanset at disse har 4 tv-kanaler, langt flere musiksendetimer, en større andel af den samlede sening og en større musikprocent. I øvrigt burde der snarere have været taget udgangspunkt i et samlet vederlag for tv og radio på ca. 90 mio. kr., idet dette er slutniveauet efter 2006-aftalen. Der kan også argumenteres for, at fordelingen af KODA's vederlag på tv og radio snarere burde følge forholdet mellem tv-licensen og radio-licensen, og i så fald skulle ca. 85% henføres til tv. Men selv om man følger de indklagede og alene henfører 40% af 75 mio. kr. eller 30 mio. kr. til DR 1 og DR 2, vil der ikke bestå noget misforhold, når de nævnte forhold vedrørende antallet af musiksendetimer, andel af sening og musikprocenter tages i betragtning.

Hvad angår beregningsgrundlaget, er der ikke noget grundlag for fortsat at indrømme TV 2 / Danmark fradrag for salgsomkostninger ud over det fradrag for bureauprovision, som følger af § 3, stk. 1, i KODA's almindelige vilkår. De indklagede må også på dette punkt undergives samme vilkår som andre kommercielle tv-stationer. En tilsvarende påstand om fradrag for salgsomkostninger blev på radioområdet afvist af nævnet i kendelsen i sag nr. 100. For så vidt angår TV 2 Zulu, TV 2 Charlie og TV 2 Film må det utvivlsomt anses for berettiget, at KODA stiller krav om, at også abonne-

mentsindtægter skal indgå i beregningsgrundlag, jf. nævnet kendelse af 19. maj 2005 i sag nr. 93, SBS Radio A/S mod KODA.

Ligesom i KODA's aftaler med andre tv-stationer – og i aftalerne med radiostationer – bør den omsætningsbestemte tarif suppleres med et minimumsvederlag, jf. nævnets generelle bemærkninger herom i kendelsen i sag nr. 100. Dette er for de indklagedes vedkommende relevant i forhold til TV 2 Charlie og TV 2 Zulu. Minimumsvederlaget bør sættes i forhold til musikprocenten, og det er på tv-området blevet almindeligt at fastsætte minimumsvederlaget som et beløb pr. husstand, der kan modtage den pågældende tv-kanal. Den tarif for minimumsvederlag, hvortil der henvises i påstandene A.2.1 og B.2.1, stemmer med hidtidig praksis og kan ikke anses for urimelig. Baggrunden for, at skalaen er degressiv, er, at KODA under alle omstændigheder bør have dækning for sine administrationsomkostninger.

KODA fastholder bestemmelsen i vilkårenes § 2, stk. 2, hvorefter tilladelsen kun omfatter koncertarrangementer m.v. i udsendelsesøjemed, når arrangementet afholdes i tv-stationens egne lokaler. Om produktionsselskaber, som producerer udsendelser for de indklagede, skal betale vederlag for fremførelser for et indbudt publikum, er et anliggende mellem disse og KODA.

Efter vilkårenes § 4, stk. 2, skal tv-stationen give oplysninger om ikke ubetydelige ændringer i forhold til de budgettal vedrørende omsætningen, som er meddelt forud for vederlagsåret, og acontobetalingerne skal reguleres i overensstemmelse hermed. Bestemmelsen, hvis formål er at begrænse omfanget af efter- og tilbagebetalinger, anvendes også på radioområdet og kan ikke anses for urimelig.

De vilkår, der fastsættes af nævnet, bør gælde indtil videre, dvs. indtil de i medfør af § 8 måtte blive opsagt af en af parterne med 6 måneders varsel til udløbet af et kalenderår. Hvis nævnet i overensstemmelse med KODA's principale og subsidiære påstande bestemmer, at vederlaget skal fastsættes på grundlag af generelle tariffer, vil det være ubegrundet at begrænse afgørelsens tidsmæssige rækkevidde som anført af de indklagede. Da TV 2 / Danmark gennem en lang årrække har nydt godt af "rabatordninger", er der ikke tilstrækkeligt grundlag for at fastsætte en optrappingsordning.

TV 2 / Danmark og TV 2 Networks har til støtte for anmodningen om forelæggelse af spørgsmål for EF-domstolen anført, at der foreligger tvivl om, hvorvidt KODA's krav om anvendelse af en omsætningsbestemt tarif er foreneligt med forbudet mod misbrug af en markedsdominerende stilling i artikel 82 EF, og at Ophavsretslicensnævnet må antages at have kompetence til at forelægge spørgsmål i medfør af artikel 234 EF på samme måde, som Klagenævnet for Udbud er anset for beføjet hertil, jf. EF-domstolens dom af 18. november 1999 i sag C-275/98.

Til støtte for påstanden om frifindelse for KODA's påstande om fastsættelse af et omsætningsbestemt vederlag, har de indklagede anført, at det i forhold til tv-stationer som de indklagede er urimeligt og stridende mod konkurrenceretlige regler at anvende en sådan vederlagsmodel, idet der ikke er nogen sammenhæng mellem tv-stationens reklame- og abonnementsindtægter m.v. og dens anvendelse af musik i udsendelserne eller i hvert fald ikke er en tilstrækkelig sammenhæng. Overordnet bestemmes en tv-stations reklameindtægter navnlig af virksomhedernes samlede reklamebudgetter og af konkurrenceforholdene på reklamemarkedet, ikke af den anvendte musik. Denne spiller heller ikke nogen rolle for tv-stationens muligheder for at opnå abonnementsindtægter. Mere konkret fremgår den manglende sammenhæng mellem tv-stationens reklameindtægter og anvendelsen af musik af den omstændighed, at langt størstedelen af reklameindtægterne er knyttet til musikfattige udsendelser som sport, aktualitet og debat. At der ikke er nogen sammenhæng mellem reklameindtægter og musikanvendelse fremgår også af, at der er store forskelle på størrelsen af indtægterne fra de forskellige underholdningsprogrammer m.v. helt uafhængigt af den anvendte musik. Der er heller ikke nogen sammenhæng mellem indtægter og musikprocent.

De indklagedes standpunkt har støtte i svensk og engelsk praksis, herunder Konkurrenceverkets afgørelse af 5. marts 1996 og The Copyright Tribunals afgørelse af 3. december 1997 i sagen PRS mod BskyB. Når EU Kommissionen i sit indlæg til EF-domstolen i den verserende sag forelagt af den svenske Marknadsdomstol ikke tager afstand fra et omsætningsbestemt vederlag, beror det formentlig på, at den antager, at der ikke findes nogen bedre vederlagsmodel. Men det gør der, således som det bl.a. fremgår af The Copyright Tribunals afgørelse. Fastsættelse af årlige sumbeløb på grundlag af et konkret skøn er en alternativ model. Det mediepolitiske forlig fra 2006 foreskriver ikke, hvilken model der bør anvendes, og omsætning er formentlig nævnt med tanke på radiokanaler.

Hvis nævnet alligevel godkender en omsætningsbestemt vederlagsmodel, bør abonnementsindtægter ikke medregnes i beregningsgrundlaget. Nævnets afgørelse i sag nr. 93 kan ikke overføres på TV 2 Networks tv-kanaler, for hvilke der er et reelt DTH-marked. Det kan ikke begrundes, at abonnementsindtægter fra kabelanlæg skal medregnes, når tv-stationens andel af kabeloperatørernes betalinger til Copy-Dan ikke skal medregnes. Endvidere bør der i givet fald i beregningsgrundlaget indrømmes fradrag for salgsomkostninger m.v. i samme omfang, som dette var anerkendt i 2001-aftalen mellem KODA og TV 2.

KODA's principale påstande bør endvidere afvises, fordi de medfører en klar diskrimination af de indklagede set i forhold til DR. 2006-aftalen mellem KODA og DR medførte en stigning i vederlagsniveauet for tv og radio fra ca. 69 mio. kr. om året til ca. 75 mio. kr. om året, dvs. en stigning på 8-9 %. Over for TV 2 / Danmark og TV 2 Zulu kræves en stigning fra 24,2 mio. kr. i 2004 til 41,5 mio. kr. i 2005, dvs. en stigning på ca. 70%. Disse forskelle hænger bl.a. sammen med, at KODA ikke over for DR, heller ikke ved 2006-aftalen, har krævet regulering i takt med stigning i musikprocenten, således som man kræver det over for de indklagede, uanset at DR 1 siden 1998 har haft en væsentlig større stigning i musikprocenten end TV 2 / Danmark. Ved 2006-aftalen har DR endvidere opnået at kunne iværksætte nye aktiviteter uden at skulle betale yderligere vederlag. Ved fordelingen af DR's vederlag til KODA på tv og radio må der tages udgangspunkt i det, som fremgik af 2001-aftalen, nemlig at licensindtægterne blev fordelt med 60% til tv og 40% til radio, men at vederlagsprocenten kun var 1,51 for tv, mens den var 3,21 for radio. Heraf følger, at det gennemsnitlige vederlag for tv og radio på 75 mio. kr. i årene 2006-2009 må fordeles med ca. 40% eller 30 mio. kr. til tv, dvs. tv-kanalerne DR 1 og DR 2. De samlede vederlag på 45-55 mio. kr., som de indklagede efter KODA's principale påstande vil skulle betale i årene 2005-2007, står ikke i passende forhold hertil.

Der bør i stedet tages udgangspunkt i parternes hidtidige aftalepraksis. I denne har man reelt ikke avendt KODA's tarif, men forhandlet sig frem til et rimeligt vederlagsniveau og herefter regnet tilbage. Ved 2001-aftalen blev TV 2 / Danmark indplaceret med en egenproduktionsprocent i intervallet 60,1 – 65, dvs. med en vederlagsfaktor på 0,0775. KODA's ændrede tarif tager udgangspunkt i en vederlagsfaktor på 0,0917, hvilket efter den hidtidige tarif svarede til en egenproduktionsprocent på 50,1 – 55. Dette fører i sig selv til en ikke uvæsentlig forhøjelse af vederlagsniveauet i forhold til 2001-aftalen. I øvrigt burde egenproduktionsprocenten snarere fastsættes ud fra den andel af om-

kostningerne, som medgår til egenproduktion. Gør man det, har TV 2 / Danmark en egenproduktionsprocent på ca. 74.

Heller ikke KODA's krav om minimumsvederlag er rimeligt begrundet. De principale påstande herom fører til urimeligt store vederlag for TV 2 Charlie og TV 2 Film. Der foreligger ingen fast praksis for minimumsvederlag for tv-stationer.

Såfremt nævnet er enig med de indklagede i, at KODA ikke kan gøre krav på et omsætningsbestemt vederlag, vil det være mest hensigtsmæssigt, at nævnet overlader det til parterne at forhandle sig frem til en alternativ vederlagsmodel. Hvis nævnet alligevel finder, at et vederlag bør fastsættes, bør det kun ske for en afgrænset periode, eksempelvis for 2005-2007 eller 2005-2009. Vederlaget bør fastsættes som et årligt sumbeløb i størrelsesordenen 26-28 mio. kr. i 2005 for alle 4 tv-kanaler. Ved fastsættelsen af vederlaget for de følgende år kunne nævnet eventuelt følge den reguleringsmodel, som The Copyright Tribunal anvendte i B-SkyB-sagen.

Hvad angår KODA's øvrige vilkår, finder de indklagede, at bestemmelsen i § 2, stk. 2, om afholdelse af arrangementer i udsendelsesøjemed også bør omfatte arrangementer afholdt af et produktionsselskab på vegne af en af de indklagedes kanaler. Der er heller ikke nogen saglig begrundelse for at sondre mellem, om arrangementet afholdes i lokaler, der er ejet af tv-stationen, eller i lokaler, der lejes. Bestemmelsen i vilkårenes § 4, stk. 2, om regulering af acontobetaling er unødvendig og bør udgå.

Ophavsretslicensnævnets bemærkninger

Anmodningen om forelæggelse af spørgsmål for EF-domstolen

Ophavsretslicensnævnet er ikke en obligatorisk retsinstans, og nævnets afgørelser er ikke bindende for parterne, men kan til enhver tid indbringes for domstolene. På denne baggrund kan nævnet ikke anses for en "ret" i den forstand, hvori dette begreb anvendes i artikel 234 EF, og nævnet kan således ikke anses for beføjet til at forelægge spørgsmål for EF-domstolen. Allerede af denne grund tages de indklagedes anmodning herom ikke til følge.

Den omsætningsbestemte tarif

KODA har med alle andre tv-stationer end Danmarks Radio (DR) indgået aftaler, som indebærer, at vederlaget til KODA principalt fastsættes som en procentdel af tv-stationens omsætning i form af reklame- og abonnementsindtægter m.v., og en sådan vederlagsmodel anvendes også i langt de fleste andre europæiske lande på kommercielle tv-stationer. Et omsætningsbestemt vederlag har også tidligere været aftalt mellem KODA og TV 2, senest ved aftalen fra 2001 vedrørende årene 2001 og frem. En kommerciel tv-stations omsætning er et mål for værdien af tv-udsendelserne, i hvilke musikken – set under ét – udgør et ikke uvæsentligt element, og det må antages, at omsætningen samtidig i et vist omfang afspejler den faktiske sening. Selv om der ikke program for program er nogen direkte sammenhæng mellem indtægter og musikanvendelse, finder nævnet på den anførte baggrund ikke grundlag for at fastslå, at KODA's krav over for de indklagede om anvendelse af en omsætningsbestemt tarif er urimeligt eller i strid med konkurrenceretlige regler, herunder artikel 82 EF, jf. herved også EU Kommissionens indlæg til EF-domstolen i den verserende sag forelagt af den svenske Marknadsdomstol.

Det kan ikke føre til en anden vurdering, at aftalen mellem KODA og DR fra 2006 ikke bygger på samme vederlagsmodel, men fastsætter et årligt sumbeløb for tv, radio og andre aktiviteter. Der må herved lægges vægt på, at DR adskiller sig fra kommercielle tv-stationer, herunder de indklagede, ved udelukkende at være finansieret gennem licensindtægter og ved – sammenhængende hermed – at være underlagt meget omfattende public service forpligtelser. Det forhold, at der også påhviler TV 2 / Danmark betydelige public service forpligtelser, kan – navnlig under hensyn til forskellen med hensyn til finansiering – ikke begrunde, at TV 2 / Danmark har krav på at blive sidestillet med DR for så vidt angår vederlag til KODA. Det må i denne forbindelse også tages i betragtning, at KODA som udgangspunkt er forpligtet til at behandle alle kommercielle tv-stationer lige.

Ophavsretslicensnævnet er enig med KODA i, at den procentdel af omsætningen, som en kommerciel tv-station skal betale til KODA – vederlagsprocenten – bør afhænge af musikprocenten i den pågældende tv-kanal, dvs. den procentdel af den samlede sendetid, i hvilken der spilles beskyttet musik. Nævnet kan derfor tiltræde strukturen i den omsætningsbestemte tarif, hvortil der henvises i KODA's principale påstande (sagens bilag 41).

Hvad angår niveauet, er denne tarif opbygget således, at vederlagsprocenten inden for de enkelte intervaller fremkommer ved at gange musikprocenten med 0,0917 (vederlagsfaktoren), således at eksempelvis vederlagsprocenten ved en musikprocent på 25-35 er $30 \times 0,0917$ eller 2,751 (ifølge skemaet 2,750). Også KODA's tarif for kommercielle radioer er opbygget på den måde, at vederlagsprocenten fremkommer ved at gange musikprocenten med en vederlagsfaktor – her dog uden intervaller med hensyn til musikprocent. Nævnet tog stilling til vederlagsfaktorens størrelse ved kendelsen af 11. juli 2007 i sag nr. 100 vedrørende radiokanalen Radio 100 FM. KODA's påstand om en vederlagsfaktor på 0,1 blev ikke taget til følge, idet nævnet med henvisning bl.a. til de oplysninger om vederlagsprocenter i andre lande, som fremgår af den internationale tarifundersøgelse, nedsatte vederlagsfaktoren til 0,0775, hvilket var den faktor, som på radioområdet tidligere havde været anvendt i en lang årrække. Efter de oplysninger, som foreligger om størrelsen af den vederlagsprocent, der i andre europæiske lande anvendes i forhold til kommercielle tv-stationer, ligger en vederlagsprocent, der fremkommer ved at gange musikprocenten med 0,0917, klart i den øverste ende. Nævnet finder samtidig, at der ikke er fremført nogen holdbar begrundelse for, at vederlagsprocenten ved samme musikprocent skal være højere for tv end for radio, og efter begrundelsen for afgørelsen i sag nr. 100 kan der ikke lægges afgørende vægt på det oplyste om, at der efterfølgende er indgået aftaler med kommercielle radiostationer om forhøjelse af vederlagsfaktoren til 0,9 mod en reduktion af minimumsvederlaget. På baggrund af den hidtidige aftalepraksis på tv-området, herunder den i 2001 indgåede aftale mellem KODA og TV 2, finder nævnet på den anden side ikke grundlag for at fastsætte en vederlagsfaktor, som er lavere end 0,0775. Nævnet finder således, at der ved fastsættelsen af den omsætningsbestemte tarif for kommercielle tv-stationer bør tages udgangspunkt i en vederlagsfaktor på 0,0775. Nævnet tager herefter KODA's subsidiære påstande A.1.2 og B.1.2 til følge, således at den omsætningsbestemte tarif i bilag 41 erstattes af følgende tarif:

0-15 % musik	0,775
15-25 % musik	1,550
25-35 % musik	2,325
35-45 % musik	3,100
45-55 % musik	3,875
55-65 % musik	4,650
65-75 % musik	5,425

Ved fastsættelsen af beregningsgrundlaget finder nævnet ikke grundlag for at indrømme de indklagede fradrag for salgsomkostninger eller i øvrigt andre fradrag end dem, der fremgår af § 3, stk. 1, i KODA's vilkår (sagens bilag 74), jf. herved nævnets afgørelse vedrørende samme spørgsmål i sag nr. 100. Nævnet finder endvidere, at også abonnementsindtægter, herunder abonnementsindtægter fra kabeloperatører, bør indgå i beregningsgrundlaget, jf. nævnets afgørelse vedrørende samme spørgsmål i kendelse af 19. maj 2005 i sag nr. 93, SBS Radio A/S mod KODA.

Der er ikke grundlag for at fastslå, at det vederlag, som de indklagede herefter vil skulle betale til KODA for årene 2005 og frem, størrelsesmæssigt står i misforhold til den del af DR's samlede vederlag til KODA i henhold til aftalen fra 2006, som kan henføres til tv. Dette gælder, selv om også minimumsvederlaget, jf. nedenfor, tages i betragtning.

Minimumsvederlag

Nævnet kan tiltræde, at den omsætningsbestemte tarif bør suppleres af et minimumsvederlag, som fastsættes på grundlag af musikprocent og antallet af husstande, som kan modtage den pågældende tv-kanal. Nævnet kan i det væsentlige også tiltræde det niveau for minimumsvederlaget, som fremgår af den tarif, hvortil der henvises i KODA's påstande A.2.1 og B.2.1 (sagens bilag 45). Nævnet er enig i, at taksten ved den laveste musikprocent bør være af en sådan størrelse, at KODA kan få dækket sine administrationsomkostninger, men finder, at taksten i øvrigt bør stige proportionalt med musikprocenten. Nævnet tager herefter KODA's subsidiære påstande A.2.2 og B.2.2 til følge, således at tariffen for minimumsvederlaget i sagens bilag 45 erstattes af følgende tarif:

0-15 % musik	0,75 kr.
15-25 % musik	1,25 kr.
25-35 % musik	1,75 kr.
35-45 % musik	2,25 kr.
45-55 % musik	2,75 kr.
55-65 % musik	3,25 kr.
65-75 % musik	3,75 kr.

Øvrige vilkår

Af de grunde, der er anført af KODA, tager nævnet ikke de indklagedes indsigelser mod vilkårenes § 2, stk. 2, og § 4, stk. 2, til følge.

Ikrafttræden m.v.

Da nævnet har tiltrådt, at der skal fastsættes en generel vederlagsmodel, og da vilkårene kan opsiges med 6 måneders varsel til udgangen af et kalenderår, jf. § 8, er der ikke grundlag for, at nævnet begrænser den tidsmæssige rækkevidde af afgørelsen.

Nævnet finder heller ikke grundlag for at træffe bestemmelse om gradvis ikrafttræden af de fastsatte økonomiske vilkår, og nævnet tager herefter KODA's påstande A.3.1 og B.3.1 til følge.

Thi bestemmes:

Indklagede 1, TV 2 / Danmark A/S, skal anerkende at skulle betale KODA et vederlag for offentlig fremførelse af KODA's repertoire i forbindelse med indklagedes udsendelse af tv-kanalen TV 2 / Danmark fastsat som en procentdel af samtlige indklagedes indtægter vedrørende denne udsendelsesvirksomhed på grundlag af den foran af nævnet fastsatte omsætningsbestemte tarif, dog mindst et vederlag beregnet på grundlag af den foran af nævnet fastsatte tarif for minimumsvederlag, og i øvrigt i overensstemmelse med de i sagens bilag 74 anførte vilkår.

Indklagede 2, TV 2 Networks A/S, skal anerkende at skulle betale KODA et vederlag for offentlig fremførelse af KODA's repertoire i forbindelse med indklagedes udsendelse af tv-kanalerne TV 2 Zulu, TV 2 Charlie og TV 2 Film, i forbindelse med det med indklagede fusionerede selskab TV 2 Charlie A/S's udsendelse af tv-kanalen TV 2 Charlie og i forbindelse med det med indklagede fusionerede selskab TV 2 Film A/S's udsendelse af tv-kanalen TV 2 Film, alt fastsat som en procentdel af samtlige indklagedes og de med indklagede fusionerede selskabers indtægter vedrørende denne udsendelsesvirksomhed på grundlag af den foran af nævnet fastsatte omsætningsbestemte tarif, dog for hver tv-kanal mindst et vederlag beregnet på grundlag af den foran af nævnet fastsatte tarif for minimumsvederlag, og i øvrigt i overensstemmelse med de i sagens bilag 75 fastsatte vilkår.

I forhold til begge indklagede finder de fastsatte vilkår anvendelse med virkning fra den 1. januar 2005.

I medfør af § 4 i bekendtgørelse nr. 25 af 14. januar 2004 om Ophavsretslicensnævnet bestemmes, at KODA skal betale halvdelen af udgifterne ved nævnets behandling af sagen, mens TV 2 / Danmark A/S og TV 2 Networks A/S solidarisk skal betale den anden halvdel.



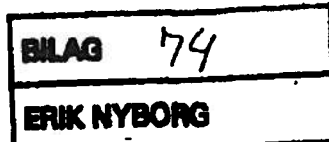
Hanne Bender



Peter Blok



Henrik Udsen



Vilkår for musikanvendelse i TV 2/Danmarks udsendelser

§ 1

Stk. 1. KODA giver herved på de vilkår, som er fastsat i det følgende, TV 2/Danmark A/S tilladelse til at anvende det af KODA forvaltede danske og udenlandske repertoire af musikværker, som nyder beskyttelse i henhold til ophavsretsloven, i tv-kanalen TV 2/Danmark. Tilladelsen tillægges aftalelicensvirkning, jf. Ophavsretslovens § 30.

Stk. 2. Tilladelsen omfatter jordbåren udsendelse rettet mod det danske territorium (eksklusiv Grønland og Færøerne). Tilladelsen (og vederlaget) omfatter ikke samtidig og uændret videreudsendelse jf. ophavsretslovens § 35 eller andre former for retransmissioner.

Stk. 3. KODA friholder TV 2/Danmark A/S for ethvert krav, der måtte opstå fra tredjemand, såfremt kravet angår de værkers rettighedshavere, som tilhører KODA's repertoire, og såfremt brugen omfattes af denne aftale. Fordelingen mellem de enkelte ophavsmænd er i øvrigt TV 2/Danmark A/S uvedkommende.

Stk. 4. Tilladelsen omfatter al musik, hvad enten der er tale om musik i film- eller tv-programmer, baggrundsmusik, fonogrammusik, musikvideoer, livemusik, musik i reklamer, jingler eller andre former for musik i det omfang musikværkerne indgår i KODA's repertoire eller i det omfang værkerne er omfattet af Ophavsretslovens § 30.. Uden for tilladelsen falder fremførelse af sangtekster (og noder) i grafisk form samt musikdramatiske værker, når disse udsendes som sådanne. KODA kan endvidere på vedkommende rettighedshavers foranledning nedlægge forbud mod udsendelsen af enkelte, konkret angivne værker.

§ 2

Stk. 1. Tilladelsen giver ikke TV 2/Danmark A/S nogen ret til at optage værker på bånd eller andre indretninger, der kan gengive dem, bortset fra hvad der følger af reglerne i ophavsretslovens § 31. Enhver anden form for lydfæstning og mangfoldiggørelse af beskyttede musikværker kræver yderligere tilladelse fra rettighedshaverne (NCB).

Stk. 2. Tilladelsen omfatter endvidere de offentligt tilgængelige arrangementer, som arrangeres af TV 2/Danmark A/S, forudsat at arrangementerne afholdes i udsendelsesøjemed med et indbudt publikum i TV 2/Danmarks egne lokaler.

§ 3

Stk. 1. TV 2/Danmark A/S 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 TV 2/Danmark (beregningsgrundlaget). I beregningsgrundlaget indbefattes indtægter af enhver art, herunder reklameindtægter inkl. barter (med et fradrag af bureauprovision på max 15%), abonnementsindtægter fra fx kabel- og satellitoperatører,

sponsorbidrag og bruttoindtægter fra overtaksring ved telefontjenester m.v., uanset om indtægterne oppebæres af TV 2 Danmark A/S selv eller af tredjemand. I indtægterne indgår ikke indtægter ved salg af produktioner til tredjemand, indtægter fra merchandising, aktionærtillskud til underskudsdekning samt finansielle indtægter. Under abonnementsindtægter fra kabel- og satellitoperatører hører også indtægter fra samtidig og uændret kabelretransmission, idet dog at en eventuel andel i kabelvederlag fra COPY-DAN/UBOD, som TV 2/Danmark A/S måtte modtage, ikke indgår i beregningsgrundlaget.

Stk. 2. Vederlagsprocenten fastsættes på grundlag af musikprocenten jf. bilag a. Ved musikprocenten forstås den relative andel af ophavsretligt beskyttet musik i sendefloden. Ved opgørelsen fraregnes sendetid og musik i evt. "off broadcast tid".

Stk. 3 Uanset bestemmelsen i stk. 2 skal der betales et årligt minimumsvederlag . pr. husstand, der kan modtage TV 2/Danmark (uanset om modtagelsen sker via jordbårne signaler, parabol eller kabel). Minimumsvederlaget, der er afhængigt af musikprocenten, fremgår af bilag b.

Stk. 4. Antallet af husstande til brug for beregning af minimumsvederlaget i stk. 3 udregnes som årets gennemsnitlige antal husstande, der har kunnet modtage TV 2/Danmark i et givent år. De i bilag b fastsatte vederlagsbeløb reguleres efter nettoprisindekset for juli, første gang for 2005 efter udviklingen i nettoprisindekset for juli 2003 til juli 2004.

Stk. 5. Ved fastsættelsen af musikprocenten jf. stk. 2 medregnes værker af ikke-medlemmer af KODA, som udsendes i henhold til bestemmelsen i ophavsretslovens § 30. For KODA's administration af afregningen til ikke-medlemmer betales et tillæg på 22,55 kr. pr. beskyttet musikminut, dog maksimalt 150.000 kr. om året. De angivne beløb reguleres efter nettoprisindekset i de to foregående år (januar til januar), første gang for 2006. Herudover reguleres beløbene kun ved aftale herom.

§ 4

Vederlaget betales kvartalsvis forud med lige store beløb og er forfaldent til betaling 1.1., 1.4., 1.7. og 1.10., og skal, hvis andet ikke er aftalt, være KODA i hænde 15.1., 15.4. 15.7. og 15.10. Ved for sen betaling betales rente med den rentesats som fremgår af renteloven (p.t. referencerentesatsen + 7%). Desuden opkræves et rykkergebyr på p.t. 75 kr.

Det skal for det omsætningsbestemte vederlag tilstræbes, at der løbende sker en betaling i forhold til udviklingen i årsestimatet af indtægterne knyttet til TV 2/Danmark. TV 2/Danmark A/S er derfor forpligtet til af egen drift uden ugrundet ophold løbende at give oplysninger om ikke ubetydelige ændringer i forhold til de budgettal, som er meddelt forud for vederlagsåret. De foretagne acontobetaling reguleres i overensstemmelse hermed. Der finder en regulering sted snarest efter kalenderårets udgang respektive udgangen af slutperioden, jf. § 5. Reguleringen forrentes ikke, med mindre der er sket en misligholdelse af den ovenfor nævnte informationsforpligtelse.

§ 5

Efter udløbet af et kalenderår respektive efter TV 2/Danmarks A/S ophør med programvirksomheden indsender TV 2/Danmark A/S et af en statsautoriseret eller registreret revisor attesteret opgørelse med oplysning om de samlede indtægter. Opgørelsen skal være KODA i hænde senest 5 måneder efter udløbet af et kalenderår. TV 2/Danmark skal endvidere fremsende reviderede årsregnskaber (inklusive omsætningstal), når de foreligger. KODA kan på ethvert tidspunkt kræve oplysning om ikke blot indtægter m.v. i penge og penges værd, men også om alle andre forhold af økonomisk betydning, herunder reklameindtægter, abonnementsindtægter, værdien af arbejdsydelser, som er betalt af tredjemand, naturalieydelser, værdien af immaterielle rettigheder, som er stillet til rådighed af tredjemand, tredjemands indtægter og alle andre forhold, som KODA måtte ønske oplyst af relevans for vederlagsberegningen.

§ 6

TV 2/Danmark A/S er forpligtet sig til at rapportere samtlige titler på de udsendte musikværker og for hver måned at fremsende til KODA eller den tredjemand, som KODA har udpeget, følgende programrapportering i en af KODA godkendt maskinlæsbar form:

A. Almindelige programmer bortset fra film 1) udsendelsestitel, -dato og klokkeslæt og 2) for hvert enkelt musikværk: Titel, komponistnavn, forfatternavn, evt. oversætter, evt. arrangør, medie (plade/CD/MC/videoclip, playback eller live) samt ved fonogrammer, evt. DISØ-nummer og spilletid i minutter og sekunder

B. Film 1) udsendelsesdato og klokkeslæt og 2) for enkelt film: Originaltitel, evt. dansk titel, producentens navn, produktionsland og foreliggende musikfortegnelse (cuesheet).

KODA kan med et varsel på 3 måneder kræve forhandlinger om etablering af et sanktionssystem vedrørende manglende eller forkert rapportering. Såfremt parterne ikke kan blive enige om sanktionssystemets nærmere udformning, overlades det til ophavsretslicensnævnet at træffe afgørelse om dette vilkår, herunder også spørgsmålet om hvorvidt et sanktionssystem skal indføres, og spørgsmålet om betydningen af undskyldende forhold.

§ 7

Udebliver betaling eller opfyldelsen af andre forpligtelser i henhold til nærværende aftale mere end 1 måned efter forfaldstid, bortfalder tilladelsen til at fremføre KODA's repertoire, og TV 2/Danmark A/S er derefter uberettiget til at fortsætte musikfremførelsen. Såfremt der ikke foreligger en gyldig tilladelse fra KODA, forbeholder KODA sig ret til yderligere at opkræve 50% af de gældende takster i den periode, hvor musikudsendelse har fundet sted uden tilladelse.

§ 8

Disse vilkår træder i kraft den 1. januar 2005, og kan opsiges med 6 måneders varsel til udgangen af et kalenderår.