

Den 11. juni 1996 blev i sag

nr. 64

Radio Esbjerg
mod
Gramex

af Ophavsretslicensnævnet afsagt følgende

Kendelse:

Sagen angår størrelsen af det vederlag, som klageren, lokalradioen Radio Esbjerg, i henhold til ophavsretslovens § 68, stk. 2, for brug af grammofonplader, cd'er og andre lydoptagelser (fonogrammer) vil skulle betale til indklagede, Gramex, der repræsenterer de udøvende kunstnere og fremstillerne.

Sagen er af Radio Esbjerg indbragt for Ophaveretslicensnævnet ved skrivelse af 22. oktober 1995. Efter udveksling af processkrifter har der været afholdt mundtlig forhandling den 30. april 1996.

I behandlingen af sagen har højesteretsdommer Peter Blok, advokat Asger Thylstrup og lektor Hanne Bender deltaget.

Sagens baggrund

Ved kendelse af 10. april 1987 i sag nr. 17, Gramex mod Sammenslutningen af lokale radio- og TV-stationer i Danmark som mandatar for en række lokalradioer, der angik en tvist om størrelsen af vederlaget i henhold til den dagældende ophavsretslovs § 47 (den gældende lovs § 68), bestemte Tvangslicensnævnet (nu Ophavsretslicensnævnet) følgende:

"Det vederlag, de af sagen omfattede lokalradioer i medfør af ophavsretslovens § 47, jf. §§ 59 og 60, vil have at betale til Gramex fastsættes således:

Lokalradioer med et dækningsområde på 50.000 indbyggere skal betale enten 50 øre pr. minut udsendelse af beskyttede fonogrammer, eller - i mangel af afgivet specifikation af denne fonogrambenyttelse - 30 øre pr. minut af den samlede sendetid af fonogrammer. Ved dækningsområder mindre end, henholdsvis større end 50.000 indbyggere formindskes, henholdsvis forøges beløbene proportionalt."

Efter en pristalsreguleringsbestemmelse fortsætter kendelsen således:

"Ved beregningen af dækningsgrundlaget skal der lægges vægt på det befolkningstal, som den pågældende radio efter alt foreliggende må antages at blive aflyttet af. Eventuelle tvister herom afgøres af nævnet."

Efter afsigelsen af kendelsen opstod der mellem Gramex og en række lokalradioer tvist om, hvorledes dækningsområdet nærmere skulle bestemmes, idet Gramex gjorde gældende, at udgangspunktet er det faktiske indbyggertal i den eller de kommuner, for hvilke nærradioen har sendetilladelse ("sendeområdet"), mens lokalradioerne gjorde gældende, at det dækningsområde, der er grundlaget for beregning af det vederlag, som lokalradioerne skal erlægge til Gramex for offentlig fremførelse af fonogrammer, udgøres af det faktiske antal lyttere.

Denne tvist blev afgjort ved nævnets kendelse af 23. juni 1988 (sagerne nr. 20 - 24, 28 og 29), hvor nævnet fastlagde dækningsområdet for de af sagen omfattede syv lokalradioer. I begrundelsen for afgørelsen anførte nævnet:

"Det afgørende for vederlagskravets beregning er omfanget af anvendelsen og fremførelsen af fonogrammerne, uden at det deri indgår, hvor mange der faktisk modtager udsendelsen.

En lokalradio må som udgangspunkt antages at henvende sig til befolkningen i det område, for hvilket den har sendetilladelse, og

dens dækningsområde må derfor som udgangspunkt ansættes til indbyggertallet i dette område. Der kan imidlertid forekomme tilfælde, hvor en sådan opgørelse ikke vil forekomme rimelig. Eksempelvis kan der være tilfælde, hvor lokalradioens sendestyrke ikke tillader en tilfredsstillende dækning af hele sendeområdet - eller omvendt rækker langt derudover, og der kan tænkes tilfælde, hvor en lokalradio har en holdning - religiøs, politisk eller af anden art - der medfører, at den af denne grund kun kan tænkes at have interesse for en begrænset del af sendeområdets indbyggere. Det er med henblik på sådanne mere principielle vurderinger, at det i nævnets kendelse af 10. april 1987 er udtalt, at der ved beregningen af dækningsgrundlaget skal lægges vægt på det befolkningstal, som den pågældende radio efter alt foreliggende må antages at blive aflyttet af. Det har derimod ikke været tanken med denne passus, at der skulle lægges vægt på lokalradioens faktiske lyttertal, heller ikke selv om dette begreb kunne defineres og måles på forsvarlig vis."

Påstande

Radio Esbjerg har principalt påstået Gramex tilpligtet at anerkende, at radioens dækningsområde fastsættes til 1/5 af indbyggertallet i Esbjerg Kommune. Subsidiært har radioen påstået Gramex tilpligtet at anerkende, at dækningsområdet fastsættes til radioens faktiske antal lyttere, således som dette måtte blive konstateret ved en lytterundersøgelse.

Gramex har påstået frifindelse over for de af Radio Esbjerg nedlagte påstande og har nedlagt selvstændig påstand om, at Radio Esbjerg tilpligtes at anerkende, at radioens dækningsområde fastsættes til indbyggertallet i Esbjerg Kommune, p.t. godt 80.000 indbyggere.

Sagsfremstilling

Radio Esbjerg drives af Foreningen Radio Esbjerg af 1992, som fra 1. januar 1993 har haft sendetilladelse i Esbjerg Kommune. En lokalradio med samme navn og ligeledes med sendetilladelse i Esbjerg Kommune havde siden april 1984 været drevet af Den selvejende in-

stitution Radio Esbjerg, der ophørte som insolvent ved udgangen af 1992.

Radio Esbjerg var i perioden fra november 1986 til april 1990 af Gramex anerkendt som en "græsrodsradio" med en fonogramanvendelse på under 50% af sendetiden, hvorfor dækningsområdet i overensstemmelse med praksis var nedsat til halvdelen af indbyggertallet i Esbjerg Kommune, dvs. 40.000 indbyggere. Siden 1. maj 1990 har Radio Esbjerg ikke betalt vederlag til Gramex, idet radioen har afgivet erklæring om, at den ikke anvender fonogrammer, som er omfattet af beskyttelsen for udøvende kunstnere og fremstillere. Dette gælder også tiden efter den 1. januar 1993, da radioen blev overtaget af Foreningen Radio Esbjerg af 1992.

I vedtægterne for denne forening hedder det bl.a.:

"Formål

På marxistisk/leninistisk grundlag at drive lokal-radiovirksomhed til gavn for B- og C-holdene, bl.a. ved at animere de upriviligerede til at deltage i den offentlige debat og delagtiggøre andre i deres erfaringer, at bringe diskussionen af de lokale problemer ind i en større sammenhæng og omvendt og derved styrke den demokratiske debat og proces, og at medvirke til løsningen af det lokale samfunds problemer, virke aktiverende på lytterne og gennem fælles oplevelser at befordre et større fællesskab i lokalsamfundet.

Det er endvidere et selvstændigt formål kun at give lytterne positive musikoplevelser ved hjælp af lødig musik, d.v.s. folkløremusik fra alle lande og ældre og nyere klassisk musik."

Ved skrivelse af 14. august 1995 anmodede Gramex Radio Esbjerg om at udfylde og returnere en erklæring vedrørende radioens stamdata.

I denne anledning anførte radioen i en skrivelse af 19. september 1995 til Gramex, at man gerne ville udvide sit repertoire med af-

giftsbelagt musik, hvis der kunne opnås enighed om et rimeligt vederlag. I denne forbindelse anførte radioen, at dens lyttertal, da man kun spiller klassisk og folkløse musik, formentlig er mindre end 1/10 af lyttertallet for de radiostationer, som spiller populær musik, og som et kompromis foreslog man et vederlag på 1/5 af det normale.

I en skrivelse af 27. september 1995 anførte Gramex, at arten af den spillede musik ikke var afgørende for vederlagsfastsættelsen. Endvidere orienterede man om de sædvanlige betingelser for anerkendelse som græsrods- eller budskabsradio, herunder at fonogramanvendelsen ikke må udgøre mere end halvdelen af sendetiden.

I en skrivelse af 8. oktober 1995 oplyste Radio Esbjerg, at man spiller musik i mindst 80% af sendetiden. Radioen fastholdt, at det faktiske lyttertal måtte være afgørende for vederlagsfastsættelsen.

Ved skrivelse af 9. oktober 1995 svarede Gramex, at man efter det nu oplyste ikke kunne anerkende nogen nedsættelse i forhold til det normale dækningsområde, dvs. indbyggertallet i Esbjerg Kommune, allerede fordi radioens fonogramanvendelse udgør mere end 50% af sendetiden. Det oplystes, at vederlaget herefter p.t. udgjorde 0,62 kr. pr. minut af den samlede fonogramanvendelse eller - under forudsætning af fuldstændig specifikation af fonogramanvendelsen - 1,05 kr. pr. minut udsendelse af beskyttede fonogrammer.

Forklaring

Ole Fjord Larsen har under den mundtlige forhandling forklaret, at han har været daglig leder af Radio Esbjerg siden dennes start i 1984. Indtil den selvejende institution, som tidligere drev radioen, gik konkurs i slutningen af 1992, havde man langt flere medarbejdere, og man spillede også popmusik. I dag er der foruden ham selv kun et par ulønnede medarbejdere. Radioen sender 55 timer om ugen, og musikandelen er ca. 80%. I overensstemmelse med de nye vedtægter spilles udelukkende klassisk musik og folkløse musik. Man anvender fortsat udelukkende grammofonplader m.v., som er fremstil-

let i lande uden for Romkonventionen, eller som stammer fra tiden før 1. januar 1945, jf. ophavsretslovens §§ 88 og 90. Dette indebærer naturligvis væsentlige begrænsninger, men radioen har ikke råd til at spille afgiftsbelagt musik, hvis den skal betale sædvanligt vederlag til Gramex. Radioen modtager et beløb på 125.000 kr. om året fra Lokalradiofonden, hvilket netop er begrundet i, at der alene spilles klassisk og folkløse musik. Den har ingen reklameindtægter eller andre indtægter i øvrigt.

Procedure

Radio Esbjerg har anført, at udgangspunktet for fastsættelsen af det dækningsområde, på grundlag af hvilket en lokalradio skal betale vederlag til Gramex, bør være radioens faktiske lyttortal. Den gældende praksis, hvorefter der tages udgangspunkt i befolkningstallet i sendeområdet, er ikke rimelig, idet den indebærer, at små lokalradioer som Radio Esbjerg med et meget begrænset lyttortal skal betale det samme som de store, kommercielle lokalradioer med store lyttortal. Radio Esbjerg kan ikke for tiden bekoste en lytterundersøgelse, men har nedlagt den subsidiære påstand for det tilfælde, at en sådan senere måtte blive gennemført. På grundlag bl.a. af det, der vides om antallet af lyttere til henholdsvis program 1 og program 3 fra Danmarks Radio, kan det imidlertid lægges til grund, at antallet af lyttere til klassisk musik udgør mindre end 1/10 af antallet af lyttere til populær musik. Da Radio Esbjerg udelukkende spiller klassisk musik og folkløse musik, må radioens lyttortal antages at være mindre end 1/10 af det normale. Radioens principale påstand om betaling af 1/5 af det normale vederlag er således udtryk for, at man som et kompromis accepterer at skulle betale det dobbelte af, hvad en vederlagsfastsættelse på grundlag af det faktiske lyttortal må antages at ville føre til. Ligesom selve udgangspunktet, at der skal lægges vægt på indbyggertallet i sendeområdet i stedet for på det faktiske lyttortal, fører også den gældende praksis vedrørende nedsættelse af dækningsområdet for budskabsradioer til tilfældige og lidet rimelige resultater, dels fordi det gøres til en betingelse, at musikanvendelsen ikke må overstige 50% af sendetiden, dels fordi der alene kan opnås nedsættelse

af dækningsområdet til halvdelen af det normale, selv om det faktiske lyttertal er langt mindre. Det forhold, at Radio Esbjerg udelukkende spiller klassisk og folkløse musik, må i sig selv anses for et budskab. Selv om radioens musikanvendelse overstiger 50% af sendetiden, bør den derfor anerkendes som budskabsradio og på dette grundlag opnå nedsættelse af dækningsområdet.

Gramex har anført, at det ved nævnets kendelse af 23. juni 1988 blev fastslået, at der ved fastsættelsen af en lokalradios dækningsområde ikke skal lægges vægt på radioens faktiske lyttertal, og at dækningsområdet normalt er antallet af indbyggere i den kommune, hvor radioen har sendetilladelse. Dette grundprincip er siden blevet fastholdt i nævnets praksis. De af Radio Esbjerg nedlagte påstande bygger således på en opfattelse, som er i direkte modstrid med nævnets faste praksis, og bør derfor - da der ikke foreligger noget grundlag for at ændre denne praksis - ikke tages til følge. Efter den praksis, der gælder om nedsættelse af dækningsområdet for budskabsradioer - en praksis, som ligeledes er godkendt af nævnet, jf. bl.a. kendelse af 20. marts 1991 - er nedsættelse ikke alene betinget af, at udsendelserne bortset fra fonogramanvendelsen klart er rettet mod en bestemt og velafgrænset målgruppe, men tillige betinget af, at fonogramanvendelsen - dvs. den samlede fonogramanvendelse og ikke alene anvendelsen af beskyttede fonogrammer - ikke udgør mere end 50% af den samlede sendetid. Radio Esbjerg har selv angivet, at dens musikanvendelse udgør ca. 80% af sendetiden, og radioen kan allerede af denne grund ikke anerkendes som en budskabsradio. Arten af den musik, der spilles, kan aldrig danne grundlag for nedsættelse af vederlaget, og der kan derfor ikke lægges vægt på, at Radio Esbjerg udelukkende spiller klassisk og folkløse musik. Der findes i øvrigt andre lokalradioer, som fortrinsvis spiller klassisk musik, og disse radioer betaler normalt vederlag. Praksis vedrørende budskabsradioer er ikke udtryk for en fravigelse af det nævnte grundprincip om, at det faktiske antal lyttere ikke er afgørende, og dækningsområdet nedsættes normalt kun til omkring halvdelen af det normale.

Ophavsretslicensnævnets bemærkninger

Ved nævnets kendelse af 23. juni 1988 i sagerne 20 m.fl. blev det fastslået, at en lokalradios dækningsområde ikke bestemmes af radioens faktiske antal lyttere, men som udgangspunkt er antallet af indbyggere i den kommune, for hvilken radioen har sendetilladelse. Dette princip er siden blevet fastholdt i nævnets praksis, og der findes ikke at være grundlag for at forlade det.

Det følger af samme kendelse, at der i forhold til det nævnte udgangspunkt kan blive tale om nedsættelse af dækningsområdet bl.a. i tilfælde, hvor radioens udsendelser er rettet mod og kun kan tænkes at have interesse for en snævrere afgrænset befolkningsgruppe end befolkningen i sendeområdet i almindelighed. Med udgangspunkt heri har Gramex fulgt en praksis, hvorefter nedsættelse af dækningsområdet ikke alene er betinget af, at udsendelserne bortset fra fonogramanvendelsen klart er rettet mod en bestemt og velafgrænset målgruppe, men tillige er betinget af, at fonogramanvendelsen gennemsnitligt ikke udgør mere end 50% af den samlede sendetid. Nævnet har tidligere - bl.a. ved kendelse af 20. marts 1991 i sag nr. 43, Lokalradioen Linie 1 mod Gramex, og ved kendelser af 21. februar 1995 i sagerne 57-60, Gramex mod forskellige uddannelsesradioer - tilsluttet sig denne praksis og finder fortsat, at den må anses for sagligt og rimeligt begrundet. Da det er ubestridt, at Radio Esbjergs fonogramforbrug udgør væsentligt mere end 50% af sendetiden, er der ikke grundlag for at nedsætte radioens dækningsområde efter den for budskabsradioer gældende praksis.

Såvel praksis vedrørende udgangspunktet for fastsættelsen af en lokalradios dækningsområde som praksis vedrørende nedsættelse af dækningsområdet for budskabsradioer indebærer, at der ikke lægges vægt på arten af den musik, der spilles af radioen. Det forhold, at Radio Esbjerg udelukkende spiller klassisk musik og folkløse musik, kan således ikke tillægges betydning.

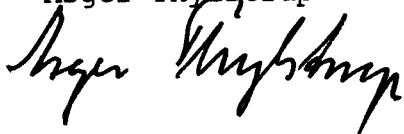
Af det anførte følger, at Gramex frifindes for de af Radio Esbjerg nedlagte påstande, medens den af Gramex nedlagte selvstændige påstand tages til følge.

Thi bestemmes:

Indklagede, Gramex, frifindes for de af klageren, Radio Esbjerg, nedlagte påstande.

Radio Esbjerg skal anerkende, at det vederlag, radioen i henhold til ophavsretslovens § 68, stk. 2, skal betale til Gramex, skal beregnes på grundlag af et dækningsområde svarende til indbyggertallet i Esbjerg Kommune.

Asger Thylstrup



Peter Blok



Hanne Bender

