

HØJESTERETS DOM

afsagt mandag den 30. oktober 2017

Sag 249/2016

(2. afdeling)

Koda

(advokat Peter Schønning)

mod

FOF København

(advokat Dan Terkildsen)

I tidligere instans er afsagt dom af SØ- og Handelsretten den 29. august 2016.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Jon Stokholm, Vibeke Rønne, Jens Peter Christensen, Oliver Talevski og Kristian Korfits Nielsen.

Påstande

Parterne har gentaget deres påstande.

Anbringender

Koda har vedrørende spørgsmålet om offentlig fremførelse supplerende anført bl.a., at musikafspilningen på FOF Københavns motions- og dansehold altovervejende foregår ved, at instruktøren forbinder sin mobiltelefon til en streamingtjeneste, f.eks. Spotify, som instruktøren har abonnement på, og herfra spiller musik via højttalere i lokalet. FOF København har reelt karakter af en kursusvirksomhed, og deltagerne er lige så lidt foreningsmedlemmer som ”medlemmerne” i et almindeligt kommercielt fitnesscenter. FOF København taler selv om ”tilmelding/tilmeldte” og ”deltagere”, og kursusdeltagerne karakteriseres ikke som ”medlemmer”. De tilmeldte deltager i aktiviteter, som de betaler for. I f.eks. en gymnastikforening er det medlemmerne selv, der er arrangører, og medlemmerne er således med til at bestemme,

hvilke hold der skal udbydes, hvordan aktiviteten skal tilrettelægges mv. Det er ikke tilfældet hos FOF København, og dette taler også for, at der er tale om offentlig fremførelse.

FOF København har heroverfor supplerende anført bl.a., at det forhold, at der er fri adgang for alle til at tilmelde sig foreningens motions- og dansehold, ikke er ensbetydende med, at der sker offentlig fremførelse af musik på disse hold. Der er ikke grundlag for at skelne mellem lokale gymnastikforeninger og FOF-lokalforeninger, når det gælder antallet af deltagere på motions- og dansehold. Dansk Idrætsforbund, Danske Gymnastik- og Idrætsforeninger samt Dansk Firmaidrætsforbund har tilsammen ca. 4.000.000 medlemmer, mens alle oplysningsforbund tilsammen har ca. 700.000 deltagere. Der er stor forskel på størrelsen af de lokale FOF-foreninger. En samlet vurdering af de forhold, som gør sig gældende i denne sag, fører til, at der på samme måde som i navnlig U 2004.2134 H ikke er grundlag for at anse FOF Københavns musikfremførelse som offentlig fremførelse. Der anvendes fortsat i stort omfang musikafspilning fra cd'er på FOF Københavns motions- og dansehold.

Supplerende sagsfremstilling

Der er fremlagt udskrifter af Spotify-playlister for instruktører, som underviser i "Mave-Baller-Lår", "Babygymnastik", "Barretræning", "Pilates", "Barre-Yoga" og "Rygtræning" hos FOF København.

Højesterets begrundelse og resultat

Sagen angår, om FOF København skal betale vederlag til Koda for afspilning af musik på en række danse- og motionshold.

Efter ophavsretslovens § 2, stk. 1, medfører ophavsret til et musikværk, med de i loven angivne indskrænkninger, eneret til at råde over værket ved at gøre det tilgængeligt for almenheden. Et værk gøres tilgængeligt for almenheden bl.a. ved, at værket fremføres offentligt, jf. § 2, stk. 3, nr. 3.

Der er i § 2, stk. 4, nr. 1 og 2, givet eksempler på, hvad der skal anses som offentlig fremførelse efter § 2, stk. 3, nr. 3. Af bestemmelsen i § 2, stk. 4, nr. 1, fremgår, at der også er tale om offentlig fremførelse, hvis der sker trådbunden eller trådløs overføring af musikværker til almenheden.

§ 2, stk. 4, nr. 1, blev indsat ved lov nr. 1051 af 17. december 2002 for at gennemføre artikel 3 i infosoc-direktivet (direktiv 2011/29/EF) i dansk ret. Direktivet omfatter ikke ”direkte fremførelse”, hvilket der bl.a. er tale om, hvis der ikke streames musik, men derimod afspilles musik, der er lagret (downloaded) på et medium, som instruktøren selv har med, f.eks. cd’er, usb-stik, telefon eller computer. Bestemmelsen i § 2, stk. 4, nr. 1, blev indsat af lovtekniske hensyn og indebar ikke nogen ændring med hensyn til, hvad der uden for direktivets område er gældende ret vedrørende offentlig fremførelse, jf. Folketingstidende 2002-03, tillæg A, lovforslag nr. L 19, s. 241. Højesteret finder i lyset heraf, at der ikke er grundlag for at anvende de kriterier, der efter EU-Domstolens praksis har betydning for, hvornår der er tale om overføring til almenheden, på vurderingen af, hvornår der uden for direktivets område er tale om offentlig fremførelse (i form af ”direkte fremførelse”) efter ophavsretslovens § 2, stk. 3, nr. 3.

For så vidt angår musikafspilningen på de danse- og motionshold hos FOF København, som sagen angår, finder Højesteret efter de foreliggende oplysninger ikke fornødent grundlag for at fastslå, at musikafspilningen finder sted på en måde som omhandlet i § 2, stk. 4, nr. 1.

Højesteret har ved dom af 28. maj 2004 (UfR 2004.2134) fastslået, at musikafspilning på lokale gymnastikforeningers træningshold ikke har karakter af offentlig fremførelse efter ophavsretslovens § 2, stk. 3, nr. 3.

Højesteret finder, at der i den nævnte henseende ikke er grundlag for at behandle den musikafspilning, som finder sted på de pågældende danse- og motionshold hos FOF København, anderledes end musikafspilning i forbindelse med lokale gymnastikforeningers træningshold.

Der er herved navnlig lagt vægt på, at FOF København er en forening, hvis virksomhed er folkeoplysning. Dette indebærer efter lovgivningen, at foreningen ikke må drives i kommercielt øjemed, og at et eventuelt overskud skal anvendes til folkeoplysende formål. Musik anvendelsen på danse- og motionshold hos FOF København er et væsentligt element i forbindelse med de pågældende aktiviteter, men musikken er ikke det primære. Danse- og motionsholdene består af et mindre antal deltagere i en lukket kreds. Deltagelse forudsætter således til-

melding til et bestemt hold for en sæson, og det er ikke muligt fra gang til gang at vælge hold, ligesom der ikke uden godkendelse fra FOF København kan skiftes hold i en sæson.

Den i sagen omhandlede musikanvendelse kan således ikke anses for offentlig fremførelse, jf. ophavsretslovens § 2, stk. 3, nr. 3.

Højesteret stadfæster med denne begrundelse SØ- og Handelsrettens dom.

Thi kendes for ret:

SØ- og Handelsrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for Højesteret skal Koda betale 25.000 kr. til FOF København.

De idømte sagsomkostningsbeløb skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse og forrentes efter rentelovens § 8 a.