

Rb Amsterdam, 10 september 2008, Chello Media v Canal Digitaal



OVEREENKOMSTENRECHT

Uitleg - algemeen

- Aan een taalkundige uitleg van voormelde definitie komt in het onderhavige geval in beginsel veel betekenis toe omdat het gaat om een beding in een gedetailleerde schriftelijke overeenkomst die is aangegaan tussen twee gelijkwaardig te achten professionele partijen – ondernemers uit het zakenleven – en die betrekking heeft op een zuiver commerciële transactie in een gebied waarop zij geacht kunnen worden beide deskundig te zijn.
- Bovendien staat vast dat beide partijen een uitgebreide juridische afdeling hebben, zodat er vanuit gegaan moet worden dat partijen over ruime juridische kennis beschikken
- Niettemin bestaat aanleiding om af te wijken van de bewoordingen van de definitie van ‘List price’ en de gangbare vertaling van ‘subscribers’ in de overeenkomsten voor zover Chellomedia c.s. gemotiveerd stelt en, zonodig, bewijst dat, gelet op de omstandigheden van het onderhavige geval, aan die bewoordingen een afwijkende betekenis toekomt.

‘Subscribers’ is aantal abonnees en niet aantal abonnementen

- De door Chellomedia c.s. geponeerde stellingen, in het licht van het door de Canal Digitaal c.s. daartegen gevoerde verweer, worden echter onvoldoende geacht voor de conclusie dat uit de distributieovereenkomsten volgt – anders dan een taalkundige uitleg daarvan meebrengt – dat met subscribers is bedoeld het aantal abonnementen in plaats van het aantal abonnees.

‘List price’ van de kanalen

- dat Canal Digitaal c.s. haar gedrag mede dient te laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van Chellomedia c.s.

- Zelfs al verbieden de distributieovereenkomsten het verhogen van haar prijzen via de andere pakketten niet, dan nog moet het voor Canal Digitaal c.s. duidelijk zijn dat voor zover de prijsverhoging in feite ziet op hogere kosten van de kanalen, een dergelijk omzeiling van verhoging van de prijs van de kanalen, niet is toegestaan.

Onvoorziene wijziging prijsstructuur

- Nu partijen niet aan een wijziging van de prijsstructuur hebben gedacht die de bedoeling van partijen doorkruist, en dit derhalve een onvoorziene omstandigheid betreft, geeft de rechtbank Chello-media c.s. de gelegenheid haar vorderingen aan te passen c.q. uit te breiden, alsmede partijen de gelegenheid zich over het overwogene ten aanzien van de ‘prijs voor de kanalen op stand-alone basis’ uit te laten.

[...] Ervan uitgaande dat men bij afname van het Combi en Top pakket ook de Nederlandse zenders uit het STB-pakket krijgt, dat STB-pakket dus nog steeds ‘gratis’ wordt verkregen bij die pakketten, kan de verandering van prijsstructuur niet anders gezien worden dan een manoeuvre om de List Price van het Sport/Filmpakket zo laag mogelijk te houden. Dit geldt ook als het STB-pakket los verkrijgbaar is. [...]

Het is evenwel ook begrijpelijk dat Canal Digitaal c.s. de mogelijkheid wenst te behouden haar prijsstructuur om commerciële redenen anders in te richten. Zo kan het voor Canal Digitaal c.s. – los van de vergoeding die zij aan Chellomedia c.s. dient te betalen – meer opleveren om een hogere vergoeding te vragen voor de doorgifte van de Nederlandse zenders en de prijzen van het Sport1/Film1pakket constant te houden, als dat meer oplevert. Dat is een kwestie van vraag en aanbod en niet valt in te zien waarom Chellomedia c.s. zou moeten meedelen in de winsten die Canal Digitaal c.s. kan maken met het pakket van de Nederlandstalige publieke en commerciële zenders. Nu partijen niet aan een wijziging van de prijsstructuur hebben gedacht die de bedoeling van partijen doorkruist, en dit derhalve een onvoorziene omstandigheid betreft, geeft de rechtbank Chellomedia c.s. de gelegenheid haar vorderingen aan te passen c.q. uit te breiden, alsmede partijen de gelegenheid zich over het overwogene ten aanzien van de ‘prijs voor de kanalen op stand-alone basis’ uit te laten.

Opschorting?

- Voor een beroep op opschorting is voldoende dat degene die zich op een opschortingsrecht beroept, hier Canal Digitaal c.s., daarbij duidelijk te kennen geeft dat zij verlangt dat de wederpartij alsnog behoorlijk nakomt, en dat zij in dat geval ook harerzijds zal nakomen. Canal Digitaal c.s. behoeft niet tegelijkertijd nakoming dan wel schadevergoeding of ontbinding te vorderen.
- Wie nakoming vordert, hier Chellomedia c.s., zal zo nodig moeten bewijzen dat zij zelf haar verplichtingen is nagekomen

- [Ook hier geldt weer als uitgangspunt de taalkundige uitleg van de sportovereenkomst.](#)

Kwaliteit Sportpakket niet omlaag gegaan

- [Uit de sportovereenkomst kan worden afgeleid dat het 'extra' exclusieve recht op live wedstrijden van de Spaanse voetbalcompetitie een hoge waarde vertegenwoordigt. In dat licht, mede gezien het feit dat Chellomedia c.s. ook nog andere sporten en voetbal evenementen heeft toegevoegd, valt niet in te zien dat de kwaliteit van het sportpakket per 1 augustus 2006 omlaag is gegaan. Dit geldt zelfs als vast komt te staan dat niet 10 maar 7 à 8 van de sterkste wedstrijden per weekend zijn vertoond. Het moet er derhalve voor worden gehouden dat Canal Digitaal c.s. zich ten onrechte op haar opschortingsrecht heeft beroepen](#)

Vindplaatsen: LJN: [BH5558](#)

Rb Amsterdam, 10 september 2008

(C.H. Rombouts)

vonnis

RECHTBANK AMSTERDAM

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 349119 / HA ZA 06-2733

Vonnis van 10 september 2008

in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid CHELLOMEDIA PROGRAMMING B.V.,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid UNITED FOOTBALL BROADCASTING B.V.,

beide gevestigd te Amsterdam,

3. de rechtspersoon naar het recht van België PAYTVCO CHELLOMEDIA N.V.,

gevestigd te Schaarbeek, België,

eiseressen,

advocaat mr. M. van Hooijdonk,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid CANAL DIGITAAL PREMIUM SERVICES B.V., gevestigd te Hilversum,

2. de rechtspersoon naar het recht van België AIRFIELD N.V., gevestigd te Zaventem, België, gedaagden,

advocaat mr. D.J. Oranje.

Partijen zullen hierna als volgt worden aangeduid: eisers gezamenlijk Chellomedia c.s., eiseres sub 1 CPBV, eiseres sub 2 UFB, eiseres sub 3 PTVC, gedaagden gezamenlijk Canal Digitaal c.s., gedaagde sub 1 CDPS en gedaagde sub 2 Airfield.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnis van 4 oktober 2006, waarbij een comparitie is gelast,
- het proces-verbaal van de comparitie gehouden op 26 april 2007, met de daarin genoemde aktes,
- de conclusie van repliek, tevens wijziging en vermeerdering van eis, met bewijsstukken,
- de conclusie van dupliek, met bewijsstukken,

- de akte uitlating producties aan de zijde van Chello-media c.s.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1.1. Tussen UFB enerzijds en Airfield (voorheen genaamd Canal+ N.V.) anderzijds is op 3 augustus 2005 een door partijen als DTH Sports Distribution Agreement aangeduide overeenkomst gesloten, die betrekking heeft op de verspreiding van een sportkanaal door Airfield via de satelliet. (hierna: de sportovereenkomst).

2.1.2. Tussen PTVC (ingevolge een vergissing in de aanhef van de overeenkomst aangeduid als PayTVCo UPC N.V. in plaats van als PayTVCo chellomedia N.V.) en Airfield is eveneens op 3 augustus 2005 een door partijen als DTH Movie Distribution Agreement aangeduide overeenkomst gesloten, die betrekking heeft op de verspreiding van een filmkanaal door Airfield via de satelliet (hierna: de filmovereenkomst).

2.1.3. Door contractovername is vanaf 1 december 2005 in beide overeenkomsten Airfield vervangen door CDPS. In de filmovereenkomst is voorts per 1 februari 2006 de positie van PTVC overgenomen door CPBV.

2.2. Beide overeenkomsten (hierna: de distributieovereenkomsten) zijn in belangrijke mate gelijklopend. Zij bevatten onder meer en voor zover van belang de navolgende bepalingen:

"1. Definitions and Interpretation

1.1 In this Agreement including the Recitals and Schedules the following words and expressions shall have the following meanings unless specifically defined otherwise:

"Actual Sport [respectievelijk Movie] Subscribers" the number of Sports [respectievelijk Movie] Subscribers in any month, calculated according to the definition set out in Schedule 1.

[..]

"Channel": shall mean, from the Effective Date until the Restructuring Date, the Canal+ Blauw [respectievelijk Rood] channel, including – for the avoidance of doubt – the sports [respectievelijk movie] content of the Legacy Channels, and from the Restructuring Date or from such date as the Legacy Channels are split into the Movie Channel and the Sports Channel, the Sports [respectievelijk Movie] Channel.

"Commercial Subscriber": means any place which is a commercial premises and/or communal meeting place, including Hotels, public houses, bars, inns, clubs, shops, shopping malls, offices, public areas, lobbies and common areas of buildings (whether or not any such areas are open to the general public or are restricted only to members of a club, society or other restricted group) in the Territory which is authorised by or on behalf of Licensee to receive the Channel and where such commercial subscriber buys the Channel in bulk for multiple outlets but excluding deliveries via an internal network to individual permanent or semi-permanent residential subscribers.

"Decoder Tier": means the least expensive tier of programming services available via DTH System to any of

Licensee's subscribers in connection with the purchase or rental of a decoder

[..]

"DTH" or "DTH System": means the digital 'direct-to-home' satellite television system, and related SMATV systems, which in the Netherlands are currently being operated by Canal Digitaal B.V.;

[..]

"Hotels": means a hotel, motel, guesthouse or boarding house in the Territory that is authorised by or on behalf of Licensee to receive the Channel.

[..]

"License Fee": shall mean the fee specified in clause 4.1 and Schedule 1.

[..]

"Residential Subscriber": means any person who owns, occupies or leases a residential dwelling unit in the Territory and who is authorised by Licensee to receive the Channel.

[..]

"Sports [respectievelijk Movie] Subscriber": means a Residential Subscriber and/or a Commercial Subscriber and/or Hotels, including -for the avoidance of doubt- DTH Legacy Subscribers.

[..]

2. Grant of Rights, reservation of rights and efforts to distribute

2.1 [..] Licensor hereby grants to Licensee: (i) the non-exclusive right to receive the Channel [..] and (ii) simultaneously with such reception, an exclusive license to distribute the Channel to Subscribers via a hard-encrypted signal over the DTH System during the Term in the Territory, [..]

4. License Fee, payment and reporting

4.1. During the Term [..] Licensee shall pay Licensor a total License Fee per month calculated according to the Rate Card set out in Schedule 1.

4.2 Within 15 days of the end of each month during the Term, Licensee shall notify Licensor in writing of the number of Actual Sports [respectievelijk Movie] Subscribers (detailing Residential Subscribers, Commercial Subscribers and Hotels) to the Channel in the Territory. The License Fee due for each month shall be invoiced by Licensor and paid by Licensee within 30 days of receipt of Licensor's invoice.

[..]

5. Programming and packaging

5.1 All Channel programming decisions shall be within the sole discretion of Licensor.

5.2 Parties have agreed that:

(a) the Channel shall at all times be sold as an à la carte premium channel;

(b) the Channel may be packaged or bundled with any other programming services so long as the Channel (i) also remains available on à la carte basis, and (ii) provided that the Channel shall not be bundled only with an adult programming service, without the prior written approval of Licensor;

(c) Sports [respectievelijk Movie] Subscribers to the Channel shall not be required to purchase any other

programming services from Licensee other than the Decoder Tier.

[..]

11. Termination

[..]

11.4 In the event Licensor breaches its qualifying output and qualifying obligations as set out in Schedule 3, Licensee shall give Licensor written notice of such breach, setting out in reasonably sufficient detail the particulars of such breach. In the event such breach remains uncured for a period exceeding 1 month, parties shall enter into good faith negotiations to remedy such breach and if such breach remains un-remedied, parties shall enter into good faith negotiations regarding a change to the terms of this Agreement. In the event parties do not agree such new terms within a further 2 months, Licensee shall then have the right to terminate this Agreement upon giving Licensor further 1 month written notice.

[..]

19. Miscellaneous

[..]

19.2 This agreement shall be governed by and constructed under the Laws of the Netherlands, and Licensee and Licensor hereby agree that the competent court in Amsterdam, the Netherlands, shall have sole and exclusive jurisdiction over any disputes between them.

[..]"

2.3. Schedule 1 behorende bij de overeenkomsten bevat onder meer en voor zover van belang de volgende bepalingen:

"[..]

1. General License Fee policy of Licensor

Licensor has developed a general and transparent License Fee policy (the "General Fee Policy") which General Fee Policy is set out as annex 1 to this Schedule 1. [..]

2. Application of the General License Fee Policy in this specific Agreement

[..]

(ii) The policies applicable to determine the number of Actual Sports [respectievelijk Movie] Subscribers, set forth sub 2 of the General Fee Policy, shall apply unaltered to Licensee, [..]

3. Fees:

Licensee shall pay to Licensor as monthly License Fee the greater of:

A. the product of (i) CPS C (set forth below) and (ii) the Actual Sports [respectievelijk Movie] Subscribers

B. or: the product of (i) the Minimum Number of Subscribers (as set forth in clause 2 (iii) above) and (ii) the CPS C.

Subscriber Level/Element CPS

All Number of Subscribers Calculated as 64% of the List Price (net of VAT), with a minimum CPS of 5.36 plus applicable CPI ("CPS C")

Option to move to CPS A Licensee shall have the option to switch to from CPS C to CPS A at any time during the Term as set out below.

(all CPS prices are in Euros per month excl. VAT, it being agreed that Licensee shall be solely responsible for VAT in accordance with applicable legislation and regulations).

"List price" shall be the highest listed retail price (ex VAT) for the Sports [respectievelijk Movie] Channel on a stand-alone basis published by the Licensee from time to time. For the avoidance of doubt, Subscribers benefiting from a promotional discount are deemed to pay the List Price as set out above when calculating the CPS C revenue share. [..]"

2.4. Bij Schedule 1 van de overeenkomsten behoort een Annex 1 die, voor zover van belang, onder meer inhoudt:

"[..]"

2. Policies applicable to determine the number of Actual Sports [respectievelijk Movie] Subscribers

For the purpose of calculating the License Fee owed to Licensor the number of Actual Sports [respectievelijk Movie] Subscribers shall be determined by averaging the number of Sports [respectievelijk Movie] Subscribers on the first day of any month and the number of Sports [respectievelijk Movie] Subscribers on the last day of such month ("Actual Sports [respectievelijk Movie] Subscribers"), provided that:

(1) Sports [respectievelijk Movie] Subscribers benefiting from free trial periods or other similar promotions and Sports [respectievelijk Movie] Subscribers who fail to pay the subscription price charged for the Channel or for the package of programming services including the Channel but who continue to be authorised by Licensee to receive the Channel, shall be included in the calculation of the Actual Sports [respectievelijk Movie] Subscribers for purposes of the License Fee owed to Licensor hereunder.

[..]"

(3) Commercial Subscribers shall be calculated by dividing the actual retail price (excluding VAT) charged to such Commercial Subscribers by the retail price (excluding VAT and without any promotional discounts) charged to Residential Subscribers, and applying the result as a deemed number of Sports [respectievelijk Movie] Subscribers to be included in the number of Actual Sports [respectievelijk Movie] Subscribers for the purpose of calculating the License Fee (for example if a Hotel is charged 96 and a Residential Subscriber 8, there shall be 12 deemed Sports [respectievelijk Movie] Subscribers for which the License Fee is calculated according to the General Fee Policy). [..]"

2.5. Schedule 3 van het DTH sports distribution agreement bevat voorts onder meer en voor zover van belang de navolgende bepalingen:

"Part 1: Qualifying output and quality levels: Legacy Channels

The sports content of the Legacy Channels shall have materially the same quality as in the last 12 months prior to the Effective Date including the same numbers of broadcast/transmission hours, and no material changes to the format and/or overall character of the Channel other than a change of name and/or brand at the Licensor's option, shall occur.

Part 2 [..]"

[..]"

2. Subject to any regulatory restriction on exclusivity, Licensor undertakes to have available on the Sports Channel at least exclusive pay-tv rights for the Territory to full live matches of

(i) the UEFA Champions League, and
(ii) the highest football leagues of England, and Spain (category A leagues), and
(iii) three out of the following leagues ((i), (ii) and (iii) being together the "Contracted Leagues"):

- the highest football league of France,
- the combination of the highest football league of Scotland & FA-Cup,
- the highest football league of Germany,
- the highest football league of Italy
- the combination of the highest football leagues of Brasil and Portugal, and
- Dutch field hockey

(Each of the six leagues/combinations above being a "Category B League" together the "Category B Leagues").

Licensor has the right to replace exclusive rights to the highest football league of Spain (the "Spanish League") with exclusive rights to 2 Category B leagues (out of the 6 mentioned above) but only if the exclusive rights to the Spanish League are no longer available to Licensor. In such a case Licensor is allowed to propose new leagues to become B-leagues,

[..]"

3. Furthermore, Licensor commits to continue during the Term to provide content (which may include football and other sports content) on the Sports Channel that is of at least equal quality, and has at least as many live football matches, as averaged in the Canal+ Blauw channel over the twelve month period prior to the Effective Date. [..]"

5. [..]"

Of the rights from the Contracted and Available Leagues, Licensor shall have the right to include, in its sole discretion, certain of such rights from such Contracted and Available Leagues in any other channel or channels, subject to the following: i) the ten strongest matches from the Contracted and Available Leagues every match weekend will always be shown exclusively on the Sports Channel, and (ii) [..]"

[..]"

8. Licensor shall not sub-license any live, semi-live or re-run match rights from the Contracted Leagues to any free-to-air channel in the Territory. In the event Licensor sub-licenses a highlights package consisting of rights from the Contracted "A leagues" to a free-to-air channel [..] Licensee shall have the right to renegotiate the CPS wholesale rate set out in Schedule 1. [..]"

2.6. In een van de zijde van Canal Digitaal c.s. voorafgaande aan voormelde overname gepubliceerde brochure (productie 7 bij dagvaarding) wordt op bladzijde 7 als "normale prijs per maand" van het Canal+ pakket vermeld een bedrag van EUR 27,95.

2.7. In een van de zijde van Canal Digitaal c.s. voorafgaande aan voormelde overname gepubliceerde brochure (productie 8 bij dagvaarding), waarin de verschillende pakketten worden toegelicht, is vermeld, voor zover hier relevant:

op bladzijde 2:

"[...] Daarnaast is het aanbod op de satelliet ook nog eens zeer uitgebreid, u heeft altijd meer dan 200 gratis te ontvangen radio- en tv zenders tot uw beschikking, waaronder een groot aantal Nederlandse publieke en commerciële zenders.

In deze brochure vindt u meer informatie over welke zenders u gratis kunt ontvangen en de inhoud van de themapakketten waarmee u uw CANALDIGITAAL-abonnement kunt uitbreiden. [...]"

op bladzijde 3:

"[...] De goedkoopste manier om digitale tv te kijken? Voor slechts € 1,67 per maand heeft u toegang tot de CANALDIGITAAL servicelijn (25cpm). Ook ontvangt u altijd de bekende Nederlandse publieke en commerciële tv- en radiozenders. [...]"

op bladzijde 4:

"NEDERLANDSE ZENDERS

Met een door CANALDIGITAAL-gecertificeerde ontvanger en een CANALDIGITAAL-smartcard ontvangt u altijd de bekende, gratis te ontvangen Nederlandse publieke en commerciële tv- en radiozenders, zoals Nederland 1, 2 en 3, RTL 4 en 5, SBS 6, Net 5, Yorin en Veronica. [...]"

op bladzijde 5:

"INTERNATIONALE ZENDERS

Naast de Nederlandse zenders ontvangt u via de ASTRA-satelliet ook nog eens meer dan 170 gratis te ontvangen radio- en televisiezenders. [...]"

op bladzijde 17:

"SET TOP BOX-PAKKET

Het SET TOP BOX-pakket is een essentieel servicepakket voor iedere satellietkijker.

Met het SET TOP BOX-pakket bent u verzekerd van een zorgeloze ontvangst van uw tv- en radiosignaal middels de automatische jaarlijkse herregistratie. Mochten er toch problemen optreden dan hebt u met het SET TOP BOX-pakket toegang tot de speciale CANALDIGITAAL-servicelijn.

- Gratis vervanging van uw smartcard bij verlies of diefstal

- Toegang tot de CANALDIGITAAL-servicelijn (25 cpm)

- Jaarlijks automatische herregistratie

- Eenvoudige telefonische her-activatie van uw smartcard

Indien u een abonnement neemt op een van de andere betaalpakketten, dan ontvangt u dit pakket gratis."

2.8. Op een van de zijde van Canal Digitaal c.s. voorafgaande aan voormelde overname gepubliceerd inschrijfformulier uit 2000 (productie 54 bij conclusie van repliek) is vermeld, voor zover hier relevant:

"[...] Inschrijfformulier [...]"

Formulier en voorwaarden

Geldig t/m 18 maart 2000

[...]"

- CANAL+ 12 maanden fl. 1,55 per dag [...]"

- STANDAARD PAKKET gratis

STANDAARD PAKKET is inclusief de FREE-TO-AIR kanalen.[...]"

De administratiekosten voor een abonnement op het STANDAARD PAKKET worden ineens geïnd [...]. Deze kosten zijn eenmalig fl. 35,-.

STANDAARD PAKKET abonnees betalen fl. 30,- bijdrage per jaar voor het servicepakket [...].

Voor CANAL+ abonnees is het servicepakket gratis.

2.9. Op een van de zijde van Canal Digitaal c.s. voorafgaande aan voormelde overname gepubliceerd inschrijfformulier uit 2005 (productie 9 bij dagvaarding) is vermeld, voor zover hier relevant:

[...] Inschrijfformulier [...]"

3. Abonnementkeuze:

[...] Met CANALDIGITAAL zijn alle Nederlandse publieke en radio- en televisiezenders gratis te ontvangen.[...]"

Vervolgens worden de prijzen van de verschillende pakketten vermeld, waaronder het STB-pakket voor EUR 2,50 per maand en het Canal+pakket van EUR 21,95 per maand. Voorts staat daaronder vermeld:

"U ontvangt gratis het Set Top Box-pakket, wanneer u een abonnement neemt op één van de andere betaalpakketten, [...]."

Los daarvan wordt ook nog een éénmalige registratievergoeding van EUR 19,95 genoemd.

2.10. In een nieuwsbrief van 6 december 2005 (productie 11 bij dagvaarding) heeft Canal Digitaal B.V. bericht dat de prijs van het Canal+pakket per 1 februari 2006 EUR 19,95 per maand bedraagt (te betalen aan CDPS), maar dat de abonnee tevens verplicht is EUR 29,95 per jaar te betalen voor het STB-pakket (te betalen aan Canal Digitaal B.V.), waarmee de abonnee verzekerd is van de ontvangst van de Nederlandse zenders.

2.11. Bij brief van 29 april 2006 (gedateerd 2005) heeft CDPS aan Chellomedia c.s. geschreven, voor zover hier relevant:

"[...] - Pyrrhus victory current Chellomedia's point of view: in case CM (CPBV, rechtbank) would like to go to court and would be granted to be right, Canal Digitaal Premium Services BV ("CDPS") would change the structure in such way that CM would not receive more than the minimum amount as of August 1, 2006. [...]"

3. Het geschil

3.1. Chellomedia c.s. vordert, na wijziging van eis, dat de rechtbank bij vonnis voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

A. voor recht verklaart dat de List Price in de Distributieovereenkomsten gelijk is aan de hoogst gepubliceerde maandelijks prijs die abonnees in totaal aan de vennootschappen behorende tot de Canal Digitaal groep moeten betalen voor het ontvangen van het Film1/Sport1 pakket, inclusief de prijs voor de kanalen en diensten die werden aangeboden in het Standaardpakket en het Set Top Box-pakket op 3 augustus 2005, met een minimum van EUR 19,95 (inclusief BTW) per maand voor het film- en sport pakket gezamenlijk;

B. voor recht verklaart dat een wijziging van de prijsstructuur voor het Film1/Sport1 pakket, het Standaardpakket of het Set Top Box-pakket niet van invloed is op de List Price, tenzij CPBV met deze wijziging in de prijsstructuur schriftelijk heeft ingestemd;

C. voor recht verklaart dat ook voor facturen die in de toekomst door CPBV worden gestuurd, zal gelden dat de List Price in de Distributieovereenkomsten gelijk is aan de hoogst gepubliceerde maandelijkse prijs die abonnees in totaal aan vennootschappen behorende tot de Canal Digitaal groep moeten betalen voor het ontvangen van het Film1 en/of Sport1pakket, inclusief de prijs voor de kanalen en diensten die werden aangeboden in het Standaardpakket en het Set Top Box-pakket op 3 augustus 2005, met een minimumbedrag van EUR 19,95 (inclusief BTW) per maand voor film- en sportpakket gezamenlijk;

D. voor recht verklaart dat bij het vaststellen van de aantallen Residential Subscribers als onderdeel van de Actual Sport Subscribers en Actual Movie Subscribers in de distributieovereenkomsten uitgegaan wordt van het totaal aantal abonnementen dat particuliere klanten bij CDPS voor een sport- en/of filmpakket hebben afgesloten;

E. Airfield veroordeelt tot betaling aan UFB van EUR 358.177,09 te vermeerderen met de wettelijke handelsrente daarover vanaf 4 juni 2007 tot aan de voldoening;

F. CDPS veroordeelt tot betaling aan UFB van EUR 2.793.363,96 te vermeerderen met de wettelijke handelsrente daarover vanaf 4 juni 2007 tot aan de voldoening;

G. Airfield veroordeelt tot betaling aan PTVC van EUR 166.786,57 te vermeerderen met de wettelijke handelsrente daarover vanaf 4 juni 2007 tot aan de voldoening;

H. CDPS veroordeelt tot betaling aan PTVC van EUR 93.855,92 te vermeerderen met de wettelijke handelsrente daarover vanaf 4 juni 2007 tot aan de voldoening;

I. CDPS veroordeelt tot betaling aan CPBV van EUR 2.210.404,20 te vermeerderen met de wettelijke handelsrente daarover vanaf 4 juni 2007 tot aan de voldoening;

J. CDPS veroordeelt tot betaling aan CPBV van EUR 108.097,67 te vermeerderen met de wettelijke handelsrente daarover vanaf 10 januari 2007 tot aan de voldoening;

K. Canal Digitaal c.s. hoofdelijk veroordeelt tot betaling aan Chellomedia c.s. van EUR 2.506,13 aan kosten voor het leggen van conservatoir beslag, alsmede de kosten voor overige beslagen, onder bepaling dat indien deze kosten niet binnen zeven dagen na het wijzen van het vonnis zijn betaald, hierover vanaf de achtste dag wettelijke rente verschuldigd is;

L. Canal Digitaal c.s. hoofdelijk veroordeelt tot betaling aan Chellomedia c.s. van EUR 6.422,- aan buitengerechtigde kosten, onder bepaling dat indien de buitengerechtigde kosten niet binnen zeven dagen na het wijzen van het vonnis zijn betaald, hierover vanaf de achtste dag wettelijke rente verschuldigd is, en;

M. Canal Digitaal c.s. hoofdelijk veroordeelt om de kosten van dit geding te voldoen, binnen zeven dagen

na het wijzen van het vonnis, onder bepaling dat indien de gedingkosten niet binnen genoemde termijn zijn betaald, hierover vanaf de achtste dag wettelijke rente verschuldigd is.

3.2. Canal Digitaal c.s. voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

De bevoegdheid van de rechtbank en het toepasselijke recht.

4.1. Nu één van de gedaagden in het buitenland is gevestigd dient de rechtbank eerst haar rechtsmacht vast te stellen.

Alle partijen zijn gevestigd op het grondgebied van een lidstaat van de Europese Unie.

Op grond van het bepaalde in artikel 23 van de Verordening nr. 44/2001 van de raad van de EG betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, kunnen partijen, indien tenminste één van hen woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, een bevoegde rechter aanwijzen. In artikel 19.2 van de tussen partijen gesloten overeenkomsten hebben partijen de rechtbank te Amsterdam als bevoegde rechter aangewezen. De rechtbank is derhalve bevoegd.

4.2. In de dezelfde bepaling van de overeenkomsten hebben partijen gekozen voor de toepassing van Nederlands recht, zodat ingevolge artikel 3 lid 1 van het Verdrag inzake het recht van toepassing op verbintenissen uit overeenkomst, dat recht de overeenkomst beheerst.

De overeengekomen prijs

4.3. Partijen verschillen van mening over de wijze waarop de prijs moet worden berekend die Canal Digitaal c.s. aan Chellomedia c.s. moet afdragen voor de levering van het sport- en het filmkanaal aan Canal Digitaal c.s.

De wijze van berekening zoals weergegeven in Schedule 1 sub 3 van de distributieovereenkomsten komt er op neer dat Canal Digitaal c.s. aan Chellomedia c.s. verschuldigd is 64% van het bedrag dat berekend wordt door het aantal abonnees (subscribers) te vermenigvuldigen met de List Price van de kanalen.

4.4. Chellomedia c.s. maakt thans bezwaar tegen de uitleg die door Canal Digitaal c.s. aan die bepaling wordt gegeven. Volgens Chellomedia c.s. moet onder de List Price als bedoeld in voornoemde formule worden verstaan de prijs die Canal Digitaal c.s. voor de kanalen heeft gepubliceerd, te vermeerderen met de prijs die Canal Digitaal c.s. aan haar abonnees in rekening brengt voor een abonnement op het zogenaamde Set Top Box-pakket (hierna: STB-pakket) en het standaardpakket. Chellomedia c.s. stelt hiertoe het volgende.

4.4.1. List price van de kanalen

Het STB-pakket was aanvankelijk geen inhoudelijk pakket, het werd niet afzonderlijk in rekening gebracht en de prijs daarvan was inbegrepen in de prijs voor de kanalen. Er bestond wel een standaardpakket. Dit kreeg men automatisch bij een Canal+ abonnement en betrof de Nederlandstalige publieke en commerciële zenders.

De prijs hiervan betrof een eenmalige activeringsvergoeding.

Canal Digitaal c.s. heeft vervolgens (kennelijk met het oogmerk om de door haar af te dragen bijdrage aan Chellomedia c.s. te verlagen) de prijs voor de kanalen verlaagd, onder gelijktijdige invoering (en later verhoging) van een afzonderlijke prijs voor het STB-abonnement en overheveling op 1 oktober 2005 van de zenders uit het standaardpakket naar het STB-pakket. De prijzen van het STB-pakket zijn vervolgens gestaag omhoog gegaan: van EUR 2,50 per 1 augustus 2005 naar EUR 3,33 per 1 mei 2006 naar EUR 4,16 per 1 mei 2007 terwijl de prijs van het Sport1/Film1-pakket almaar constant is gebleven.

Bij het tot stand komen van de overeenkomsten is voor partijen uitgangspunt geweest de toen geldende prijs, inclusief het STB-pakket, hetgeen ook volgt uit de aan de overdracht ten grondslag liggende businessplannen. Het was voorts de bedoeling van partijen dat zij zouden delen in de opbrengsten, aangeduid in de overeenkomst als 'CPS C revenue share' met een verdeelsleutel van 64-36%, waarbij tevens een minimumprijs is ingebouwd om te voorkomen dat Canal Digitaal c.s. ten koste van Chellomedia c.s. een hele lage prijs zou kunnen vragen waardoor Chellomedia c.s. niet voldoende zou verdienen.

Voormelde verdeelsleutel is onder meer gebaseerd op de toenmalige prijs van EUR 27,95 voor het sport/filmpakket. Daarbij is expliciet besproken tussen de heer Bergman van CPBV en de heer Wolfert van Canal Digitaal c.s. dat partijen zowel het risico van een prijsdaling als het voordeel van een prijsverhoging zouden delen.

De door Canal Digitaal c.s. thans berekende prijs komt onder het overeengekomen minimum uit, zij het dat Canal Digitaal c.s. later ook heeft bevestigd dat bij het berekenen van de CPS de minimumprijs EUR 19,95 is. Naar aanleiding van de discussie tussen partijen heeft Canal Digitaal c.s. de communicatie naar abonnees aangepast. Vervolgens is de prijs gemanipuleerd door andere componenten, te weten de prijs van het STB-abonnement, te verhogen. Dat Canal Digitaal c.s. manipulatief bezig is, wordt ook bevestigd door haar brief van 29 april 2006 zoals opgenomen onder 2.11.

De distributieovereenkomsten moeten worden uitgelegd tegen de achtergrond van de normale exploitatie van commerciële bedrijven. Canal Digitaal c.s. legt de distributieovereenkomsten te kwader trouw uit. Het kan nooit de bedoeling van partijen zijn geweest dat één partij het in zijn macht heeft om naar gelang diens eigenrichting de marges van de ander te bepalen.

4.4.2. Subscribers

In de tweede plaats stelt Chellomedia c.s. dat met subscribers niet is bedoeld het aantal abonnees maar het aantal abonnementen. Daarbij wijst zij op het volgende. Voor de levering van het sport- en filmkanaal moet Chellomedia c.s. zelf ook een vergoeding aan derden (bijvoorbeeld Warner, Dreamworks, RCV maar ook Paramount) afdragen op basis van het aantal abonnementen terwijl in de betreffende overeenkomsten wel het woord 'subscriber' wordt gebezigd. Canal Digitaal

c.s. is hiervan op de hoogte en staat deze uitleg zelf ook voor, zelfs in de gevallen dat hier niets over is bepaald (productie 39 Chellomedia c.s., productie 1 Canal Digitaal c.s.).

Canal Digitaal c.s. is in haar businessplan en maandrapportages, die ten grondslag lagen aan de overdracht, ook uitgegaan van het aantal abonnementen, aangeduid met 'subscribers' (productie 37, 38 en 39 Chellomedia c.s.). Tijdens de onderhandelingen is niet expliciet aan de orde geweest of er afgerekend zou moeten worden over 'subscribers' of 'subscriptions'. Er is steeds gesproken over 'subscribers', maar daarbij werd bedoeld op, en verwezen naar, het aantal 'subscriptions'.

Voorts geldt ook hier dat het de bedoeling van partijen was dat zij zouden delen in de opbrengsten, aangeduid in de overeenkomst als 'CPS C revenue share' met een verdeelsleutel van 64-36%. Voormelde verdeelsleutel is onder meer gebaseerd op het aantal abonnementen (ongeveer 64.000) ten tijde van het sluiten van de distributieovereenkomsten.

Het begrip 'Residential Subscriber' is ook niet geïntroduceerd om per huishouden af te rekenen, maar om uit te rekenen voor hoeveel abonnementen de bulkabbonementen met de 'Commercial Subscribers' meetellen. De distributieovereenkomsten bepalen dat dit geschiedt op basis van de bulkprijs die de zakelijke klant betaalt, gedeeld door de retailprijs die de Residential Subscriber betaalt. Ondanks dat 'Residential Subscriber' is gedefinieerd als huishouden, wordt bij voormelde berekening uitgegaan van de prijs die per abonnement wordt betaald en niet die per huishouden wordt betaald. Anders zou de noemer in de breuk van voormelde berekening hoger zijn.

Uit de bepaling dat ook een license fee moet worden betaald als de abonnee niet betaalt (ingeval van promotionele acties en dergelijke), blijkt ook dat per abonnement en niet abonnee moet worden afgerekend.

4.5. Canal Digitaal c.s. betwist de lezing van Chellomedia c.s. Zij voert hiertoe het volgende aan.

4.5.1. List price van de kanalen

De distributieovereenkomsten bepalen dat de List price is de gepubliceerde prijs voor de kanalen, op stand alone-basis, en niet de som van prijzen van combinaties van pakketten. Anders dan Chellomedia c.s. stelt, is het STB-pakket wel degelijk een afzonderlijke dienst die een eigen waarde heeft. Het bevat de Nederlandstalige commerciële zenders. Daarnaast bestaat er een gratis standaardpakket met onder meer de free-to-air zenders en de Nederlandstalige publieke zenders. Er zijn zo'n 300.000 abonnees met alleen het STB-pakket. Bovendien zijn er ook meer abonnees op het STB-pakket die dat combineren met andere pakketten dan het sport- en filmpakket, zoals met het Combi- of Top-pakket.

Er is geen sprake van manipulatie van de prijs. Er is geen wijziging van de prijsstructuur, behalve dat het per 1 februari 2006 ook mogelijk is om alleen het film&sport pakket zonder combinatie met andere pakketten te nemen.

De vergoeding hoeft alleen betaald te worden over de door Chellomedia c.s. beschikbaar gemaakte inhoud. In het businessplan (productie 2 conclusie van antwoord)

staat ook EUR 19,95 vermeld voor het Canal+ pakket. Aldus steeds Canal Digitaal c.s.

4.5.2. Subscribers

De tekst is duidelijk. Er wordt gesproken over ‘subscribers’ (abonnees) en niet over ‘subscriptions’ (abonnementen). Daarbij komt dat er vooraf is gesproken over de onduidelijkheid ten aanzien van de betekenis van ‘subscribers’ in een aantal overeenkomsten met derden, zodat Chellomedia c.s. hierop alert had moeten zijn. Bovendien is het onderscheid altijd iets dat onderwerp van onderhandelingen is bij dit soort overeenkomsten, zodat ook om die reden Chellomedia c.s. hierop alert had moeten zijn.

Bij de minimumprijs is voorts geen sprake van winstdeling. Daarnaast is in de overeenkomsten – anders dan in voormeld bedoelde overeenkomsten met derden – duidelijk vermeld dat het gaat om abonnees. Immers, een ‘Residential Subscriber’ wordt gedefinieerd als een bewoner van een ‘residential dwelling unit’, hetgeen ziet op een wooneenheid ofwel één huishouden.

De definitie van ‘Residential Subscriber’ is ook wel degelijk van belang voor de uitleg van ‘Actual Sports (respectievelijk Movie) Subscriber’. Bij de definitie van ‘Sports (respectievelijk Movie) Subscriber’ wordt daar nadrukkelijk naar verwezen: “[...] Sports (respectievelijk Movie) Subscriber: means a Residential Subscriber and/or a Commercial Subscriber and/or Hotels [...]”.

Voorts geldt dat zeker niet altijd in de overeenkomsten met derden wordt uitgegaan van abonnementen. Vaak wordt ook een vaste prijs overeengekomen, zeker bij sport. Het betreft bovendien overeenkomsten waarbij Canal Digitaal c.s. geen partij is. Deze doen niet af aan hetgeen tussen Chellomedia c.s. en Canal Digitaal c.s. is overeengekomen.

De bepaling dat een license fee moet worden betaald als de abonnee niet betaalt ingeval van promotionele acties en dergelijke, kan geen basis vormen voor een andere uitleg van ‘subscribers’ dan abonnees. Uit deze bepaling volgt enkel dat ook een vergoeding is verschuldigd ingeval van kortingen, promotionele acties of wanbetaling.

Het businessplan ging uit van niet bewaarheid geraakte verwachtingen omtrent abonnees.

De maandrapportages doen niet af aan de welbewuste afspraken die partijen hebben gemaakt. Gezien de duidelijke tekst van de overeenkomsten kon hier geen gerechtvaardigde verwachting aan worden ontleend dat ‘subscriber’ gelezen moet worden als ‘subscription’. Deze maandrapportages vormden ook geen grondslag voor de overeenkomsten, daarvoor werd het businessplan gebruikt. Voor de eerste maanden na de overname werd hierin een aantal van 60.000 vermeld. Daarbij werd geen rekening gehouden met een tweede abonnement per gebruiker.

4.6. De rechtbank overweegt het volgende.

Vooropgesteld wordt dat het voor de vraag hoe in een schriftelijke overeenkomst de verhouding van partijen is geregeld, aankomt op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te

dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, waarbij van belang kan zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht. Daarbij zijn telkens van beslissende betekenis alle concrete omstandigheden van het geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen. Dit betekent onder meer dat de uitleg van een schriftelijke overeenkomst niet dient plaats te vinden op grond van alleen maar de taalkundige betekenis van de bewoordingen waarin het is gesteld. In praktisch opzicht is de taalkundige betekenis die deze bewoordingen, gelezen in de context van dat geschrift als geheel, in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben, bij de uitleg van dat geschrift echter vaak wel van groot belang.

4.7. Uit de definitie van ‘List price’ die is opgenomen in Schedule 1 onder 3 volgt niet rechtstreeks dat de prijs dient te worden bepaald aan de hand van de prijs voor de kanalen inclusief de prijs voor het STB-pakket en het standaardpakket. Er wordt integendeel gesproken over de kanalen op stand-alone basis.

Aan een taalkundige uitleg van voormelde definitie komt in het onderhavige geval in beginsel veel betekenis toe omdat het gaat om een beding in een gedetailleerde schriftelijke overeenkomst die is aangegaan tussen twee gelijkwaardig te achten professionele partijen – ondernemers uit het zakenleven – en die betrekking heeft op een zuiver commerciële transactie in een gebied waarop zij geacht kunnen worden beide deskundig te zijn. Bovendien staat vast dat beide partijen een uitgebreide juridische afdeling hebben, zodat er vanuit gegaan moet worden dat partijen over ruime juridische kennis beschikken. Dat partijen niet door externe advocaten zouden zijn bijgestaan – zoals Chellomedia c.s. heeft gesteld – doet daaraan niet af.

4.8. Hetzelfde geldt voor de uitleg van ‘subscribers’. De gangbare vertaling hiervan is ‘abonnees’. Bovendien valt ook overigens niet uit de overeenkomst af te leiden dat hiermee ‘abonnementen’ (“subscriptions”) zou zijn bedoeld. Dat bij de berekening van het aantal abonnementen waarvoor de bulkabonnementen met de Commercial Subscribers’ meetellen, wordt uitgegaan van de retailprijs die de Residential Subscriber betaald en dit wordt uitgelegd als de prijs die per abonnement wordt betaald, is hiertoe onvoldoende. Uitgangspunt is derhalve de gangbare taalkundige uitleg.

4.9. Niettemin bestaat aanleiding om af te wijken van de bewoordingen van de definitie van ‘List price’ en de gangbare vertaling van ‘subscribers’ in de overeenkomsten voor zover Chellomedia c.s. gemotiveerd stelt en, zonodig, bewijst dat, gelet op de omstandigheden van het onderhavige geval, aan die bewoordingen een afwijkende betekenis toekomt.

In dit verband heeft Chellomedia c.s. zich met name beroepen op de totstandkomingsgeschiedenis van de overeenkomsten en de litigieuze artikelen, alsmede de bedoeling van partijen.

4.10. Subscribers

De door Chellomedia c.s. geponeerde stellingen, in het licht van het door de Canal Digitaal c.s. daartegen gevoerde verweer, worden echter onvoldoende geacht voor de conclusie dat uit de distributieovereenkomsten volgt – anders dan een taalkundige uitleg daarvan meebrengt – dat met subscribers is bedoeld het aantal abonnementen in plaats van het aantal abonnees.

Vast staat immers dat er gesproken is over de onduidelijkheid van de betekenis van ‘subscriber’ in overeenkomsten met derden (productie 39 Chellomedia c.s., productie 1 Canal Digitaal c.s.). Chellomedia c.s. is daarmee voorafgaande aan het sluiten van de overeenkomsten – voor zover nodig – nog expliciet geweest op het belang duidelijk in de overeenkomsten op te nemen of bij de berekening van de vergoeding die Canal Digitaal c.s. aan Chellomedia c.s. zou zijn verschuldigd, zou worden uitgegaan van het aantal ‘subscribers’ (abonnees) of ‘subscriptions’ (abonnementen), alsmede het belang het gebruikte begrip goed te definiëren in de overeenkomsten. Dit geldt te meer nu Canal Digitaal c.s. onweersproken heeft gesteld dat het onderscheid altijd van belang is bij het voeren van onderhandelingen over dit soort contracten. In dat licht moet het er voor worden gehouden dat Chellomedia c.s. willens en wetens heeft ingestemd met een vergoeding die geënt is op het aantal abonnees. De onder 4.4.2 aangevoerde feiten en omstandigheden zijn, ook indien zonodig bewezen, in dit licht onvoldoende om een andere bedoeling uit te kunnen afleiden zodat deze evenmin tot een ander oordeel kunnen leiden.

4.11. List price van de kanalen

Voor wat betreft de vraag of onder de List price van de kanalen moet worden verstaan de prijs die Canal Digitaal c.s. voor de kanalen heeft gepubliceerd, vermeerderd met de prijs voor het STB-pakket en het standaardpakket, merkt de rechtbank op dat zij – met Chellomedia c.s. – van mening is dat Canal Digitaal c.s. haar gedrag mede dient te laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van Chellomedia c.s. Zelfs al verbieden de distributieovereenkomsten het verhogen van haar prijzen via de andere pakketten niet, dan nog moet het voor Canal Digitaal c.s. duidelijk zijn dat voor zover de prijsverhoging in feite ziet op hogere kosten van de kanalen, een dergelijk omzeiling van verhoging van de prijs van de kanalen, niet is toegestaan.

Of hiervan inderdaad sprake is, zal de rechtbank thans nader onderzoeken. Daartoe moet worden nagegaan wat nu precies moet worden beschouwd als de gepubliceerde prijs van de kanalen op stand-alone basis, waar in de distributieovereenkomsten van wordt uitgegaan.

4.12. Nu wordt uitgegaan van de gepubliceerde prijs, is - in tegenstelling tot wat Canal Digitaal c.s. beweert – van belang hoe één en ander ten tijde van de overname en daarna werd gepubliceerd c.q. gecommuniceerd naar het publiek.

Volgens Chellomedia c.s. was de gepubliceerde prijs ten tijde van de overname EUR 27,95 per maand. Dit volgt volgens haar uit een van de zijde van Canal Digitaal c.s. voorafgaande aan voormelde overname gepubliceerde brochure (zoals opgenomen onder 2.6)

een reclamefolder waarin het Sport/Filmpakket voor voormeld bedrag wordt aangeboden. In dit pakket zat tevens het STB-pakket inbegrepen volgens Chellomedia c.s.

4.13. Vervolgens licht Chellomedia c.s. toe dat voor ontvangst via satelliet de abonnee een schotel nodig heeft met een decoder en een Canal Digitaal smartcard. Met de smartcard werd het pakket geactiveerd waarop de abonnee zich had geabonneerd. Met het activeren kon de abonnee ook de Nederlandse publieke en commerciële zenders alsmede free-to-air zenders ontvangen. Voor het activeren betaalde de consument een volgens Chellomedia c.s. ‘eenmalige’ registratievergoeding van EUR 19,95, welke registratie elk jaar diende te geschieden. De rechtbank leidt hieruit af dat het geen eenmalige registratievergoeding betrof maar een jaarlijkse (registratie)vergoeding van EUR 19,95 voor de betreffende zenders, hetgeen neer komt op EUR 1,67 per maand. Dit volgt eveneens uit een – onder 2.7 opgenomen – brochure van de zijde van Canal Digitaal c.s., bladzijde 3, waar dit bedrag expliciet genoemd wordt, in samenhang met bladzijde 4 en 5 van deze brochure.

Naar de rechtbank begrijpt, noemt Chellomedia c.s. voormeld pakket van de Nederlandse publieke en commerciële zenders en de free-to-air zenders, het standaardpakket.

4.14. Vervolgens wordt op bladzijde 17 van voormelde brochure (opgenomen onder 2.7) het STB pakket toegelicht. Volgens Chellomedia c.s. volgt uit de betreffende toelichting dat het een servicepakket zonder zenders was, welke niet meer inhield dan een verzekering voor diefstal of verlies van de smartcard, het toegang hebben tot een informatienummer en een automatische registratie van de smartcard. Dit servicepakket zonder zenders was volgens Chellomedia c.s. gratis inbegrepen bij de andere pakketten.

Volgens Canal Digitaal c.s. zag dit STB-pakket wel op Nederlandse publieke en commerciële zenders.

4.15. Bij lezing van de betreffende bladzijde 17 (van de brochure opgenomen onder 2.7) valt op dat één van de services die in het STB-pakket wordt geboden, de jaarlijkse automatische herregistratie betreft. Zoals eerder in de reclamefolder was te lezen, koste deze jaarlijkse automatische herregistratie EUR 19,95 (EUR 1,67 per maand). Het lijkt tot dus ver vooral een semantische discussie of de betreffende zenders in het standaardpakket dan wel het STB-pakket zaten.

4.16. Vaststaat in ieder geval wel dat de vergoeding die de abonnee voor deze zenders betaalde EUR 1,67 per maand was, alsmede dat dit pakket van zenders gratis was bij een abonnement op één van de andere betaalpakketten. Hetzelfde volgt uit het inschrijfformulier uit 2000 (zoals opgenomen onder 2.8). In 2000 werd gesproken van ‘eenmalige’ administratiekosten voor het standaardpakket ad Fl. 35,- voor 12 maanden. Het standaardpakket was verder gratis. Daarnaast bestond het servicepakket, waarvoor een bedrag van Fl. 30,- per jaar in rekening werd gebracht.

4.17. Uit andere brochures van de zijde van Canal Digitaal c.s. (overgelegd als productie 7 (bladzijde 7) en 8

(bladzijden 3-5, 17)), opgenomen onder 2.6 respectievelijk 2.7, in onderlinge samenhang beschouwd, kan volgens Chellomedia c.s. afgeleid worden dat de standalone prijs van het Canal+pakket, inclusief het 'gratis' standaardpakket en het 'gratis' STB-pakket EUR 27,95 was. Mede in het licht van eerdere uitingen omtrent de prijzen van de pakketten (productie 54, zoals opgenomen onder 2.8) is de rechtbank van oordeel dat dit juist is.

4.18. Vervolgens – zo geeft Chellomedia c.s. aan – is de prijs van het Canal+ pakket per 1 augustus 2005 verlaagd naar EUR 21,95. Zij wijst daarbij op een inschrijfformulier uit 2005 (opgenomen onder 2.9). Het betreft een inschrijfformulier dat geldig is van 1 augustus 2005 tot en met 31 december 2005. Hierin wordt onder het kopje “Abonnementskeuze” allereerst vermeld “[...] Met CANALDIGITAAL zijn alle Nederlandse publieke en radio- en televisiezenders gratis te ontvangen”. Vervolgens worden prijzen van de pakketten vermeld, waaronder het STB-pakket voor EUR 2,50 en het Canal+pakket van EUR 21,95. Voorts staat daaronder vermeld: “U ontvangt gratis het Set Top Box pakket, wanneer u een abonnement neemt op één van de andere betaalpakketten, [...]” Los daarvan wordt ook nog een éénmalige registratievergoeding van EUR 19,95 genoemd.

4.19. Eén en ander in onderlinge samenhang beschouwd, kan de rechtbank tot geen andere conclusie komen dan dat op 1 augustus 2005 de List Price van de Sport/Film kanalen EUR 21,95 was, en dat hier niet een bedrag van EUR 2,50 voor het STB-pakket moet worden afgetrokken. Er staat immers nadrukkelijk dat het STB-pakket gratis wordt aangeboden bij afname van een ander pakket. Nu partijen zijn overeengekomen van de gepubliceerde prijzen uit te gaan, valt niet in te zien waarom hiervan zou moeten worden afgeweken. Dat er feitelijk geen afzonderlijke gepubliceerde prijs voor het Canal+pakket was, zoals Canal Digitaal c.s. beweert, vindt geen grond in voormelde stukken. Het is aan Canal Digitaal c.s. te bewijzen dat partijen gesproken hebben over de combinatieprijzen die zij noemt in haar conclusie van antwoord (onder 16 en 17) althans hebben besproken dat de List price moet worden afgeleid uit de gepubliceerde prijzen op de door haar beweerde wijze.

4.20. Vervolgens heeft Canal Digitaal c.s. per 1 februari 2006 de prijs van het Canal+pakket verlaagd naar EUR 19,95 per maand, maar de abonnee tevens verplicht het STB-pakket af te nemen ad EUR 29,95 per jaar (EUR 2,50 per maand). In de nieuwsbrief hierover (opgenomen onder 2.10) staat voorts vermeld dat de abonnee met het STB-pakket verzekerd is van de ontvangst van de Nederlandse zenders.

4.21. Op zich mag Canal Digitaal c.s. de betreffende Nederlandse zenders apart in rekening brengen. Deze worden immers niet door Chellomedia c.s. doorgegeven, dus niet valt in te zien waarom Canal Digitaal c.s. over de prijs van de Nederlandse zenders een vergoeding zou moeten betalen. Het heeft er hier echter alle schijn van dat enkel de prijsstructuur is gewijzigd, terwijl de kosten voor de verschillende pakketten niet zijn

gewijzigd. Dat wordt versterkt doordat de prijs van de andere pakketten (Combi en Top) niet omlaag zijn gegaan, terwijl bij die pakketten ook niets wordt vermeld over extra kosten ad EUR 29,95 per jaar voor het STB-pakket. Dat lijkt alleen logisch als in het Combi en Top pakket de Nederlandse zenders die nu in het STB-pakket vallen, niet zijn inbegrepen in de betreffende pakketten. Dat is gesteld noch gebleken. Integendeel, de rechtbank heeft uit de stellingen van partijen begrepen dat ieder 'groter' pakket ook de kleinere pakketten omvat. Ervan uitgaande dat men bij afname van het Combi en Top pakket ook de Nederlandse zenders uit het STB-pakket krijgt, dat STB-pakket dus nog steeds 'gratis' wordt verkregen bij die pakketten, kan de verandering van prijsstructuur niet anders gezien worden dan een manoeuvre om de List Price van het Sport/Filmpakket zo laag mogelijk te houden. Dit geldt ook als het STB-pakket los verkrijgbaar is.

4.22. Per 1 mei 2006 heeft Canal Digitaal c.s. de prijs van het STB-pakket verhoogd naar EUR 3,33. De prijs van de overige pakketten is gelijk gebleven.

Uit de print-out van haar website van 16 juni 2006 (productie 12 bij dagvaarding) blijkt dat het Film1/Sport1pakket enkel met één van de andere pakketten (met het STB-pakket of één van de andere pakketten) kan worden afgenomen. Dit geldt niet voor de overige pakketten, terwijl wederom gesteld noch gebleken is dat de Nederlandse zenders niet worden ontvangen bij afname van de overige pakketten.

Uit de print-out van 22 juni 2006 (productie 40 bij akte van 31 januari 2007) blijkt ook dat het STB-pakket gratis is inbegrepen bij de andere pakketten zoals het Combi en Toppakket. De verplichte koppeling van het Sport1/Film1pakket met het STB-pakket is losgelaten; er kan ook worden gekozen voor één van de andere pakketten. Ook dit betekent dat de abonnee het Sport1/Film1pakket altijd samen met het STB-pakket afneemt; in het eerste geval betaalt de abonnee voor ontvangst van het STB-pakket een extra vergoeding, in het tweede geval is het STB-pakket gratis inbegrepen.

4.23. Per 1 april 2007 is de prijs van het STB-pakket verhoogd naar EUR 4,16. Ook de prijzen van het Combi- en Toppakket zijn toen omhooggegaan. De reden die Canal Digitaal c.s. voor de prijsverhoging in haar reclame-uitingen gaf, was dat er een nieuw kanaal Film 1.3, dat onderdeel was van het Canal+pakket, was toegevoegd (productie 50 bij akte van 26 april 2007).

4.24. In het licht van voormelde omstandigheden kan de rechtbank niet anders dan concluderen dat Canal Digitaal c.s. de prijsstructuur zodanig heeft ingericht dat zij slechts de afgesproken minimumvergoeding behoeft te betalen aan Chellomedia c.s. Dit kan anders zijn indien de kosten van de doorgifte van de Nederlandse zenders voor Canal Digitaal c.s. hoger zijn geworden. Dit is gesteld noch gebleken.

4.25. Het is evenwel ook begrijpelijk dat Canal Digitaal c.s. de mogelijkheid wenst te behouden haar prijsstructuur om commerciële redenen anders in te richten. Zo kan het voor Canal Digitaal c.s. – los van de vergoeding die zij aan Chellomedia c.s. dient te betalen – meer opleveren om een hogere vergoeding te vragen

voor de doorgifte van de Nederlandse zenders en de prijzen van het Sport1/Film1 pakket constant te houden, als dat meer oplevert. Dat is een kwestie van vraag en aanbod en niet valt in te zien waarom Chellomedia c.s. zou moeten meedelen in de winsten die Canal Digitaal c.s. kan maken met het pakket van de Nederlandstalige publieke en commerciële zenders. Nu partijen niet aan een wijziging van de prijsstructuur hebben gedacht die de bedoeling van partijen doorkruist, en dit derhalve een onvoorzien omstandigheid betreft, geeft de rechtbank Chellomedia c.s. de gelegenheid haar vorderingen aan te passen c.q. uit te breiden, alsmede partijen de gelegenheid zich over het overwogene ten aanzien van de 'prijs voor de kanalen op stand-alone basis' uit te laten.

Kwaliteit van Sport1

4.26. Canal Digitaal c.s. heeft voorts vanaf augustus 2006 betaling van de facturen van Chellomedia c.s. aangaande de sportovereenkomst gedeeltelijk, te weten voor 20%, opgeschort. Canal Digitaal c.s. stelt zich op het standpunt dat de inhoud van het sportpakket vanaf dat moment dusdanig is gewijzigd dat de in rekening gebrachte vergoeding niet meer in verhouding zou staan met de kwaliteit van het sportpakket.

4.27. Chellomedia c.s. betwist dat de kwaliteit van het sportpakket achteruit is gegaan. Voorts stelt zij zich op het standpunt dat partijen op grond van de sportovereenkomst met elkaar in overleg moeten treden indien er sprake is van wijzigingen in het sportpakket. Chellomedia c.s. heeft zich hierin altijd actief en welwillend opgesteld. Helaas heeft dit niet tot een oplossing geleid. Dat betekent evenwel niet dat Canal Digitaal c.s. de betaling voor 20% kan opschorten. Aldus steeds Chellomedia c.s.

4.28. De rechtbank overweegt het volgende. Voor een beroep op opschorting is voldoende dat degene die zich op een opschortingsrecht beroept, hier Canal Digitaal c.s., daarbij duidelijk te kennen geeft dat zij verlangt dat de wederpartij alsnog behoorlijk nakomt, en dat zij in dat geval ook harerzijds zal nakomen. Canal Digitaal c.s. behoeft niet tegelijkertijd nakoming dan wel schadevergoeding of ontbinding te vorderen. Wie nakoming vordert, hier Chellomedia c.s., zal zo nodig moeten bewijzen dat zij zelf haar verplichtingen is nagekomen.

4.29. Ook hier geldt weer als uitgangspunt de taakvrije uitleg van de sportovereenkomst. De rechtbank verwijst naar hetgeen zij dienaangaande heeft overwogen onder 4.6 – 4.9. In artikel 8 van Schedule 3 van de sportovereenkomst is opgenomen dat er een aantal beperkingen gelden ten aanzien van het verlenen van sublicenties voor het uitzenden van de samenvattingen van de A leagues en indien Chellomedia c.s. zich hier niet aan houdt, Canal Digitaal c.s. het recht heeft om te heronderhandelen over de prijs die zij betaalt voor de doorgifte van het sportpakket. Dit impliceert dat ingeval Chellomedia c.s. zich niet houdt aan de in voormeld artikel opgenomen beperkingen, de prijs – in wederzijds overleg – naar beneden zou moeten worden bijgesteld. Met Chellomedia c.s. is de rechtbank evenwel van mening dat moet worden gekeken naar de kwaliteit van het gehele sportpakket, hetgeen kan mee-

brengen dat er geen negatieve bijstelling van de prijs dient plaats te vinden.

4.30. Nu er geen bepaling is opgenomen waaruit blijkt dat de bovenstaande regeling uitputtend is bedoeld, staat het Canal Digitaal c.s. in beginsel vrij om zich – voor zover gerechtvaardigd – op een aan haar op grond van de wet toekomend opschortingsrecht te beroepen.

4.31. De vraag is thans of de opschorting van Canal Digitaal c.s. gerechtvaardigd is.

In dit kader heeft Canal Digitaal c.s. aangevoerd dat Chellomedia c.s. de exclusieve rechten ten aanzien van de Spaanse voetbalcompetitie (A league) heeft verloren. Onbetwist is evenwel dat Chellomedia c.s. vervolgens het exclusieve recht op live wedstrijden van de Spaanse voetbalcompetitie heeft verkregen van Talpa, zij het dat Talpa het recht om samenvattingen van voormelde wedstrijden uit te zenden, heeft behouden. Dit laatste is naar het oordeel van de rechtbank reeds om de hierna volgende reden geen tekortkoming onder de sportovereenkomst. Tussen partijen staat tevens vast dat Chellomedia c.s. de exclusieve rechten heeft op de live wedstrijden van niet drie (zoals was overeengekomen) maar zes van de B leagues. Nu in de sportovereenkomst met betrekking tot een eventueel verlies van de exclusieve rechten ten aanzien van de Spaanse voetbalcompetitie (A league) is overeengekomen dat deze zouden kunnen worden vervangen door de exclusieve rechten op de live wedstrijden van twee extra B leagues, is van een tekortkoming dienaangaande geen sprake. Ten aanzien van dergelijke live wedstrijden is voorts geen beperking in de sportovereenkomst opgenomen ten aanzien van het geven van sublicenties op samenvattingen van dergelijke wedstrijden. In dit kader kan dan ook geen sprake zijn van een tekortkoming aan de zijde van Chellomedia c.s.

4.32. Chellomedia c.s. betwist voorts dat zij artikel 5 van schedule 3 heeft geschonden. Zij heeft ieder week-eind de 10 sterkste wedstrijden uitgezonden. Zij stelt daartoe dat ook delay wedstrijden erbij moeten worden opgeteld. Deze worden niet met naam en toenaam in de programmagidsen vermeld. Volgens Canal Digitaal c.s. moeten deze wedstrijden daarom niet worden meegeteld. Hierover is evenwel niets in de overeenkomst opgenomen, zodat niet valt in te zien waarom deze wedstrijden niet zouden mogen worden meegeteld. voor de vraag of de 10 sterkste wedstrijden zijn uitgezonden en voor de vraag of de kwaliteit van het sportpakket per 1 augustus 2006 omlaag is gegaan.

Daarnaast betwist Canal Digitaal c.s. bij gebrek aan wetenschap dat deze wedstrijden daadwerkelijk zijn uitgezonden. Nu Chellomedia c.s. zich hierop beroept, is het aan haar dit te bewijzen. De rechtbank zal indien dit later in deze procedure nog relevant is, alsdan Chellomedia c.s. tot dit bewijs toelaten.

4.33. Voorts staat tussen partijen vast dat Chellomedia c.s. een uitbreiding van het recht op het uitzenden van de samenvatting van Engelse premier league (A league) van drie extra minuten aan Talpa heeft gegeven. In de sportovereenkomst is voor een dergelijke overschrijding van het recht licenties te verlenen, een duidelijke voorziening getroffen, te weten dat partijen opnieuw

dienen te onderhandelen over de prijs. Nu dit evenwel tot niets heeft geleid, zal de rechtbank hieromtrent een beslissing geven.

4.34. Uit hetgeen onder 4.31 is overwogen, blijkt dat er drie extra B leagues aan het sportpakket zijn toegevoegd, welke ‘in de plaats zijn gekomen’ van de exclusieve rechten op de Spaanse voetbalcompetitie (A league). Niettemin heeft Chellomedia c.s. tevens het exclusieve recht op live wedstrijden van de Spaanse voetbalcompetitie verkregen van Talpa, zij het dat Talpa het recht om samenvattingen van voormelde wedstrijden uit te zenden, heeft behouden. Uit de sportovereenkomst kan worden afgeleid dat het ‘extra’ exclusieve recht op live wedstrijden van de Spaanse voetbalcompetitie een hoge waarde vertegenwoordigt. In dat licht, mede gezien het feit dat Chellomedia c.s. ook nog andere sporten en voetbal evenementen heeft toegevoegd, valt niet in te zien dat de kwaliteit van het sportpakket per 1 augustus 2006 omlaag is gegaan. Dit geldt zelfs als vast komt te staan dat niet 10 maar 7 à 8 van de sterkste wedstrijden per week eind zijn vertoond. Het moet er derhalve voor worden gehouden dat Canal Digitaal c.s. zich ten onrechte op haar opschortingsrecht heeft beroepen. De rechtbank komt gezien het hiervoor overwogene niet toe aan een bewijsopdracht zoals overwogen in 4.32.

4.35. Voor zover de vorderingen van Chellomedia c.s. zien op voldoening van bedragen die zoals hiervoor is overwogen ten onrechte zijn opgeschort, liggen deze in beginsel voor toewijzing gereed. Nu uit de vorderingen van Chellomedia c.s. niet kan worden afgeleid om welke bedragen het gaat, en dit voorts afhankelijk is van de betreffende List Price, zal de rechtbank haar beslissing aanhouden totdat partijen in de gelegenheid zijn geweest zich uit te laten overeenkomstig het hiervoor overwogene onder 4.24 – 4.25. Daarbij kunnen partijen zich tevens uitlaten over de hoogte van de opgeschorte bedragen voor zover gestoeld op voormelde opschorting, waarbij de rechtbank ervan uitgaat dat – zoals hiervoor overwogen onder 4.10 – onder ‘subscriber’ abonnee moet worden verstaan.

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. verwijst de zaak naar de rol van 1 oktober 2008 voor het nemen van een akte aan de zijde van Chello-media c.s., waarbij zij in de gelegenheid wordt gesteld haar vorderingen aan te passen en zich ten aanzien van hetgeen is overwogen in rechtsoverweging 4.11-4.25 en 4.35 ten aanzien van de ‘List price voor de kanalen op stand-alone basis’ uit te laten, waarna Canal Digitaal c.s. vervolgens in de gelegenheid zal worden gesteld hierop bij akte te reageren;

5.2. houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. C.H. Rombouts en in het openbaar uitgesproken op 10 september 2008.