

In naam van de Koning

vonnis



RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht, voorzieningenrechter civiel

zaaknummer / rolnummer: C/13/614357 / KG ZA 16-1042 AB/MV

Vonnis in kort geding van 1 november 2016

in de zaak van

de rechtspersoon naar buitenlands recht
SES ASTRA S.A.,
gevestigd te Betzdorf (Groothertogdom Luxemburg),
eiseres bij dagvaarding van 31 augustus 2016,
advocaat mr. M. Ynzonides te Amsterdam,

tegen

de rechtspersoon naar buitenlands recht
GROUPE CANAL+ S.A.,
gevestigd te Issy-Les-Moulineaux (Frankrijk),
gedaagde,
advocaat mr. B.J.H. Braeken te Amsterdam.

Partijen zullen hierna SES en Canal+ worden genoemd.

1. De procedure

Dit kort geding zou eerst worden behandeld ter terechtzitting van 4 oktober 2016, maar de behandeling ervan is verplaatst naar de terechtzitting van 18 oktober 2016. Bij die gelegenheid heeft SES gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding. SES heeft producties en een pleitnota in het geding gebracht.

Op 17 oktober 2016 heeft Canal+ een conclusie van antwoord met producties in het geding gebracht. Ter zitting heeft zij tevens een pleitnota overgelegd en heeft zij verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorzieningen. Naar aanleiding van de conclusie van antwoord heeft SES op 17 oktober 2016 nog een schriftelijke reactie aan de voorzieningenrechter doen toekomen.

Ter zitting waren – voor zover van belang – aanwezig:

aan de zijde van SES: N. Stubbs, J. Noppeney, C. Dumais en Y. Bos met mr. Ynzonides, zijn kantoorgenoot mr. B. de Rijke en met A. Burrough (tolk Engels);

aan de zijde van Canal+: de heer Minoux, mevrouw Tasso, mevrouw Eskenazi met mr. Braeken, mr. J.J. Kuster (advocaat te Amsterdam) en met R. Kamermans (tolk Frans).

Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen.

2. De feiten

2.1. SES is het Europese filiaal van SES S.A., een internationale satellietexploitant die meer dan 50 geostationaire satellieten bezit en exploiteert. Canal+ is een aanbieder van onder meer televisiezenders en is vooral actief in Frankrijk. Canal+ is eigendom van Vivendi S.A.

2.2. Voor het uitzenden in Frankrijk maakt Canal+ gebruik van transponders van satellieten van SES. Het eerste contract tussen SES en Canal+ dateert van 1996. In 2007 hebben partijen afspraken gemaakt die liepen tot eind 2016. Deze afspraken zijn reeds in 2012 verlengd tot eind 2020.

2.3. In 2014 zijn partijen opnieuw in onderhandeling getreden. Op 22 december 2014 hebben zij een *Memorandum of Understanding* getekend. Op 17 september 2015 hebben zij de *Derde Nieuwe Master Agreement* (3NMA) getekend. In artikel 27 3NMA is opgenomen dat deze overeenkomst loopt tot eind 2022.

2.4. Eveneens op 17 september 2015 hebben partijen de *Master Transponder Agreement* (MTA) getekend. De MTA is een raamovereenkomst die – kort gezegd – voorziet in een systeem dat per transponder een *Confirmation Order* wordt getekend. Op 17 september 2015 zijn tevens 24 aangepaste *Confirmation Orders* getekend (een voor elke gecontracteerde transponder).

2.5. In artikel 5 van de 3NMA is – kort gezegd – opgenomen dat Canal+ het recht heeft het gebruik van maximaal zeven van de 24 transponders vóór de einddatum van het contract te beëindigen (*reversion*). In dat geval is Canal+ een *Termination Fee* (hierna ook beëindigingsvergoeding) verschuldigd die bestaat uit twee delen, te weten een cash betaling van 50% van de kosten voor de periode tussen de datum van de *reversion* en de oorspronkelijke einddatum van de desbetreffende *Confirmation Order* én een bedrag gelijk aan 10% van die kosten dat wordt betaald door de looptijd van andere *Confirmation Orders* die niet worden beëindigd te verlengen. Canal+ dient hiertoe transponders aan te wijzen waarvoor gewijzigde *Confirmation Orders* worden ondertekend.

2.6. Canal+ heeft het gebruik van de transponders met nummers 1.114, 1.116 en 1.106 beëindigd zonder de cash betalingen van respectievelijk € 2.680.869,-, € 2.304.954,- en € 2.543.675,- te voldoen. Ten aanzien van deze drie transponders, alsmede ten aanzien van de transponder met nummer 1.110 (waarvan het gebruik

eveneens is beëindigd) is Canal+ evenmin haar verplichting nagekomen gewijzigde *Confirmation Orders* te ondertekenen, zoals hiervoor onder 2.5 bedoeld.

2.7. Partijen hebben sinds april 2016 gecorrespondeerd over betaling van de beëindigingsvergoeding en over de verplichting van Canal+ gewijzigde *Confirmation Orders* te ondertekenen. In die correspondentie heeft Canal+ aanvankelijk te kennen gegeven opnieuw te willen onderhandelen over de beëindigingsvergoeding. Nadien heeft Canal+ kenbaar gemaakt dat de overeenkomsten met SES niet “*fair and equitable*” waren. Bij brief van 20 juli 2016 heeft zij onder meer meegedeeld dat Canal+ “*is placed in a position of technical and economic dependence with regards to Astra for its broadcasting activities. It considers that Astra has used this dependence to impose unfair and inequitable terms and conditions in the 2015 agreements.*

Indeed, the 2015 agreements clearly reveal a situation of imbalance between the two parties in favour of Astra, which finds its most significant expression in the following terms and conditions:

-Astra imposes the payment of excessive financial penalties for the reversion of transponders equal to 60% of the reverted backlog, even in the circumstances in which Astra reallocate the capacity to another customer (...);

-Astra prohibits CANAL+ from subcontracting with third parties in order to reallocate its excessive capacities (...);

-Astra prohibits CANAL+ from using the capacities for transmission it may have in excess outside the territory of France.

In this respect, irrespective of a potential qualification of the Astra's behaviour under articles 101 or 102 TFEU, we consider that the 2015 agreements create a significant imbalance in the rights and obligations of the parties.

(...)

3. Het geschil

3.1. SES vordert – kort gezegd – betaling van de drie onder 2.6 genoemde bedragen, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente, alsmede Canal+ op straffe van dwangsommen te gebieden als gevolg van beëindiging van de vier transponders gewijzigde *Confirmation Orders* te ondertekenen. Tot slot vordert SES Canal+ te veroordelen in de kosten van dit geding en in de nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente.

3.2. SES stelt hiertoe – samengevat weergegeven – dat uit de cijfers van Vivendi S.A. blijkt dat de bedrijfsactiviteiten van Canal+ verlieslijdend zijn. In dat kader heeft Vivendi S.A. voor Canal+ een kostenreductieplan aangekondigd. SES vermoedt dat dit de reden is waarom Canal+ de gevorderde bedragen niet aan SES voldoet. De verschuldigdheid van die bedragen vloeit echter direct voort uit recentelijk gesloten overeenkomsten waarover langdurig is onderhandeld door twee internationaal opererende zeer professionele partijen, bijgestaan door tal van

bekwame juristen. Veel aspecten van de relatie tussen partijen zijn hierbij in het voordeel van Canal+ herzien. Zo kan Canal+ thans geld besparen door af te zien van transpondercapaciteit die zij niet meer nodig heeft. Canal+ had dit recht niet onder de vorige overeenkomst met SES die nog gold tot 2020. Het verweer van Canal+, zoals opgenomen in de brief van 20 juli 2016 (zie 2.7) snijdt dan ook geen hout. Pas enkele maanden nadat Canal+ was gestopt met het betalen van de facturen voerde zij deze argumenten voor het eerst aan. Deze zaak kent echter geen mededingingsrechtelijke aspecten, aldus SES.

SES heeft een spoedeisend belang bij toewijzing van haar vorderingen. Er staan aanzienlijke bedragen open en SES vermoedt dat Canal+ ook in de toekomst weigert opeisbare bedragen volledig te voldoen. Het moederbedrijf van SES is beursgenoteerd, zodat kritisch wordt gekeken naar debiteuren die niet betalen. Om die reden bestaat grote behoefte aan duidelijkheid. Daarnaast geldt dat SES een solvabele partij is binnen de SES-groep, zodat geen sprake is van een restitutierisico.

3.3. Canal+ heeft – samengevat weergegeven – het verweer gevoerd dat zij feitelijk en economisch gebonden is aan SES. Indien Canal+ zou overstappen naar een andere satellietaanbieder zouden hier enorme kosten aan verbonden zijn. De schotel van iedere abonnee zou opnieuw moeten worden afgesteld, wat € 100,- à € 150,- per abonnee kost en leidt tot een totale kostenpost voor Canal+ van meer dan een half miljard euro. Om die reden moet Canal+ vrijwel alles slikken wat SES haar oplegt. Als gevolg van recente ontwikkelingen (afgenomen vraag naar satelliettelevisie en nieuwe compressietechnieken) beschikt Canal+ op dit moment over te veel capaciteit. Canal+ kan zich echter niet houden aan de eenzijdig door SES opgestelde voorwaarden, zoals aan de in artikel 5 van de 3NMA opgenomen *penalty fees*. Een aantal bepalingen in de 3NMA, waaronder artikel 5, is in strijd met het mededingingsrecht. SES maakt ook daadwerkelijk misbruik van haar machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU. Het marktaandeel van SES bedraagt meer dan 50% op de Europese markt en 87% in Frankrijk. Dit stelt SES in staat zich jegens haar concurrenten en afnemers in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen. Misbruik van haar machtspositie door SES uit zich onder meer in het feit dat Canal+ in één keer voor acht jaar vooruit moet betalen en dat zij excessieve vergoedingen (60%) moet betalen indien zij transpondercapaciteit retourneert, dit ongeacht de technische ontwikkelingen die maken dat Canal+ met minder capaciteit toe kan. Tevens is een aantal bepalingen in de 3NMA in strijd met artikel 101 VWEU (het kartelverbod). Zo is het Canal+ verboden capaciteit die zij niet meer nodig heeft, maar waarvoor zij wel moet betalen, weder te verkopen aan derden. Dit komt neer op een exclusiviteitsbeding waarmee SES zich ervan verzekert dat haar geen concurrentie wordt aangedaan. Hierdoor wordt de mededinging merkbaar beperkt. Op grond van dit alles is de 3NMA nietig, zodat er geen grondslag is voor toewijzing van de vorderingen van SES, aldus Canal+.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. De gevorderde voorziening strekt mede tot betaling van een geldsom. Voor toewijzing van een dergelijke vordering is in kort geding slechts plaats, als het bestaan en de omvang van de vordering voldoende aannemelijk zijn en uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening vereist is. Ook ten aanzien van de vordering om Canal+ te gebieden gewijzigde *Confirmation Orders* te ondertekenen, geldt dat deze vordering alleen toewijsbaar is, indien voldoende aannemelijk is dat de bodemrechter eveneens tot een toewijzing zal komen.

4.2. Het verweer van Canal+ is gebaseerd op het mededingingsrecht. Dit verweer is uitgebreid uiteengezet in de conclusie van antwoord die Canal+ op 17 oktober 2016 (een dag voor de zitting) heeft ingediend. In haar schriftelijke reactie hierop van diezelfde dag heeft SES allereerst aangevoerd dat Canal+ niet heeft voldaan aan de op haar rustende stelplicht en bewijslast. In dit verband heeft SES verwezen naar het arrest van de Hoge Raad uit 2012 in de zaak ANVR/IATA (ECLI:NL:HR:2012:BX0345). Hierin is – kort gezegd – bepaald dat degene die zich op het standpunt stelt dat een ander in strijd met het mededingingsrecht handelt, dit dient te onderbouwen met de relevante (economische) feiten en omstandigheden en niet kan volstaan met een algemene aanduiding van mededingingsrechtelijke verboden. Uit het arrest vloeit voort dat inzicht moet worden gegeven in de voor de beoordeling essentiële omstandigheden, zoals een zorgvuldige marktafbakening, de relevante marktstructuur en marktkenmerken, alsmede het daadwerkelijke functioneren van de relevante markt(en) en van het effect daarop van de gestelde inbreuken. Omdat Canal+ hieraan niet zou hebben voldaan, zou de voorzieningenrechter niet toe hoeven komen aan een inhoudelijke beoordeling van het verweer van Canal+, aldus SES. SES miskent hier echter mee dat in dit kort geding een geldvordering aan de orde is die alleen kan worden toegewezen indien voldoende aannemelijk is dat de bodemrechter de vordering eveneens zal toewijzen. Indien Canal+ als gedaagde partij in kort geding een verweer voert (al dan niet gebaseerd op het mededingingsrecht) als gevolg waarvan toewijzing door de bodemrechter onvoldoende aannemelijk is, kan de vordering niet in kort geding worden toegewezen.

4.3. Vervolgens heeft SES in haar schriftelijke reactie op de conclusie van antwoord van Canal+ een viertal aspecten besproken waaraan zij de conclusie heeft verbonden dat in dit geval geen sprake is van strijd met het mededingingsrecht. Het betreft (1) de duur van de overeenkomst, (2) de *upfront payments*, (3) de *termination fees* en (4) de vermeende wederverkoopbeperking.

4.4. Over de duur van de overeenkomst heeft SES aangevoerd dat Canal+ in 2007 een aanbestedingsprocedure heeft uitgeschreven waarin zij zelf te kennen heeft gegeven een overeenkomst voor 11 jaar te willen aangaan. Vervolgens is op verzoek van Canal+ in 2012 een verlenging overeengekomen tot eind 2020. Halverwege

2014 wilde Canal+ zelf af van een deel van de transpondercapaciteit en als gevolg daarvan is de 3NMA tot stand gekomen waarin de *reversion* van zeven transponders is overeengekomen en voor de overige transponders een verlenging tot 2022. Hieruit volgt, aldus SES, dat de lange duur van de overeenkomst op expliciet verzoek van Canal+ is overeengekomen. Zij heeft daarbij kennelijk niet goed geanticipeerd op toekomstige marktontwikkelingen en technologische ontwikkelingen, maar van misbruik is geen sprake.

4.5. Over de *upfront payments* heeft SES aangevoerd dat ook dit niet als misbruik kan worden gezien. Ook dit is op verzoek van Canal+ overeengekomen en Canal+ heeft daarbij een korting van 22-33% bedongen.

4.6. De *termination fees* zijn eveneens gunstig voor Canal+, aldus SES. Een contract voor bepaalde tijd is immers niet tussentijds opzegbaar en dit gold ook voor het vorige contract tussen partijen dat liep tot 2020. Bij (gedeeltelijke) beëindiging onder dat contract was Canal+ 100% van de kosten verschuldigd, onder het huidige contract slechts 60%, waarvan Canal+ ook nog eens 10% mag inzetten voor toekomstige transpondercapaciteit.

4.7. Van een wederverkoopbeperking is volgens SES geen sprake. Het gebeurt veelvuldig dat Canal+ derde partijen gebruik laat maken van de door haar afgenomen capaciteit, te weten in het zogenoemde Bouquet van Canal+. Canal+ concurreert hiermee wel degelijk met SES. Daarnaast is in artikel 9 3NMA opgenomen dat Canal+ één transponder ter beschikking mag stellen aan een derde die niet binnen het Bouquet valt. Ook hierdoor wordt de mededinging niet beperkt, aldus SES.

4.8. Om te kunnen beoordelen of het mededingingsrechtelijke verweer van Canal+ kans van slagen heeft, moet worden onderzocht of SES een machtspositie heeft en of een merkbare verstoring van de mededinging op de relevante markt mogelijk aan de orde is. Hiervoor moet de relevante markt worden afgebakend en moet de positie van SES, van haar concurrenten en van haar afnemers op die markt worden geanalyseerd. Dit betekent dat om het verweer van Canal+ te kunnen beoordelen een nader onderzoek naar de feiten is vereist, dat alleen in een bodemprocedure en niet in een kort geding kan plaatsvinden. In dit kort geding kan het verweer van Canal+ in ieder geval niet op voorhand als dermate kansloos worden aangemerkt dat kan worden vooruitgelopen op een toewijzing in de bodemprocedure. Weliswaar heeft SES het verweer van Canal+ uitgebreid weersproken (zie onder 4.4 tot en met 4.7) en daarbij met name verwezen naar de totstandkomingsgeschiedenis van de 3NMA, maar ook ten aanzien van die weerspreking geldt dat een nader onderzoek naar de feiten is vereist om de juistheid ervan (voldoende) te kunnen vaststellen. Dit leidt tot de conclusie dat SES haar vorderingen heeft ingesteld in de verkeerde procedure, te weten in een kort geding in plaats van in een bodemprocedure. De vorderingen van SES zullen dan ook worden

afgewezen.

4.9. Dat SES haar vordering in de verkeerde procedure heeft ingesteld, valt voorshands in belangrijke mate te wijten aan de (proces)opstelling van Canal+. Zij heeft weliswaar in haar brief van 20 juli 2016 (zie 2.7) summierlijk melding gemaakt van een aantal mededingingsrechtelijke aspecten, maar zij heeft pas na het uitbrengen van de dagvaarding en één dag voor de zitting een uitgebreide conclusie van antwoord ingediend van 16 pagina's (opgesteld door een in het mededingingsrecht gespecialiseerde advocaat) waarin zij haar verweer uiteenzet, dit terwijl zij de desbetreffende facturen maandenlang onbetaald heeft gelaten en evenmin zelf het initiatief heeft genomen de 3NMA op grond van het mededingingsrecht (in rechte) te (doen) vernietigen. Indien Canal+ haar verweer eerder kenbaar had gemaakt, had SES mogelijk meteen gekozen voor een bodemprocedure. Canal+ zal daarom in de (nodeloos veroorzaakte) proceskosten van SES worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van SES worden begroot op:

- dagvaarding	€	77,75
- griffierecht		3.903,00
- salaris advocaat		<u>816,00</u>
Totaal	€	4.796,75

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. weigert de gevraagde voorzieningen,

5.2. veroordeelt Canal+ in de proceskosten, aan de zijde van SES tot op heden begroot op € 4.796,75, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over dit bedrag met ingang van veertien dagen na de datum van dit vonnis tot de dag van volledige betaling.

5.3. veroordeelt Canal+ in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 131,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat betekening van dit vonnis heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over deze bedragen met ingang van veertien dagen na de datum van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

5.4. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. A.J. Beukenhorst, voorzieningenrechter, bijgestaan door mr. M. Veraart, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 1 november 2016.

 A. Beukenhorst

UITGEGEVEN VOOR GROSSE
De griffier van de
Rechtbank Amsterdam

