

In naam van de Koning

vonnis



RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht, voorzieningenrechter civiel

zaaknummer / rolnummer: C/13/632238 / KG ZA 17-790 MvdV/AB

Vonnis in kort geding van 4 augustus 2017

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

ZOOM.IN B.V.,

gevestigd te Amsterdam,

eiseres in conventie bij dagvaarding op verkorte termijn van 14 juli 2017,

verweerster in reconventie,

advocaat mr. R.H. Stam te Utrecht,

tegen

vennootschap naar buitenlands recht

MUSIC NATIONS NETWORK LTD,

gevestigd te Sheffield,

verweerster in conventie,

eiseres in reconventie,

advocaat mr. D.E. Stols te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Zoom.in en MN worden genoemd.

1. De procedure

Ter terechtzitting van 21 juli 2017 heeft Zoom.in gesteld en gevorderd overeenkomstig de in kopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding op verkorte termijn. MN heeft verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorzieningen, en vervolgens in reconventie gevorderd overeenkomstig de in kopie aan dit vonnis gehechte conclusie van antwoord tevens akte houdende eis in reconventie. Zoom.in heeft de vordering in reconventie bestreden. Beide partijen hebben producties en een pleitnota in het geding gebracht. Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen.

Ter zitting waren aanwezig:

aan de zijde van Zoom.in: R. [REDACTED] (CEO), V. [REDACTED] (managing director),
B. [REDACTED] (COO), G. [REDACTED] en Va. [REDACTED] (beiden bedrijfsjurist) en
mr. Stam, en
aan de zijde van MN: G. [REDACTED] (CEO), L. Ga. [REDACTED], en mr. Stols en zijn
kantoorgenoot mr. L. Lamme.

2. De feiten

2.1. Bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis van de voorzieningenrechter van deze rechtbank van 1 juni 2017 is Zoom.in - kort weergegeven - veroordeeld:

- (7.1.) om aan MN binnen 48 uur na betekening van het vonnis 24 uur per dag onvoorwaardelijk toegang te verlenen tot de gehele CMS, zodanig dat MN exact dezelfde mogelijkheden heeft de kanalen van de bij MN aangesloten creators te managen als zij had op 1 november 2016, waaronder in ieder geval het recht om haar eigen inkomsten te beheren,
- (7.2.) op straffe van een dwangsom van € 5.000,- per dag met een maximum van € 500.000,- alsmede om
- (7.3) binnen 7 dagen na betekening aan MN alle achterstallige reclame-inkomsten te betalen vanaf 1 december 2016 tot aan de dag van betaling.

2.2. Dit vonnis is op 7 juni 2017 aan Zoom.in betekend. Zoom.in is tegen dit vonnis in hoger beroep gegaan. De mondelinge behandeling van het appel moet nog plaatsvinden.

2.3. Zoom.in heeft in juni 2017 een executiegeschil bij de voorzieningenrechter van deze rechtbank aanhangig gemaakt. Zij heeft in conventie gevorderd dat MN de executie van het vonnis van 1 juni 2017 staakt, dan wel schorst totdat in hoger beroep is beslist. Voorts is onder meer gevorderd:

- de opheffing van de inmiddels gelegde beslagen,
- de opheffing, dan wel opschorting, dan wel matiging en maximering van de opgelegde dwangsommen,
- betaling van nog openstaande facturen van Zoom.in en een voorschot op door Zoom.in geleden schade.

MN heeft in die procedure in reconventie gevorderd de opgelegde dwangsommen te verhogen tot € 50.000,- per dag met een maximum van € 100.000,-.

2.4. Bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis van 11 juli 2017 heeft de voorzieningenrechter de tenuitvoerlegging van het vonnis van 1 juni 2017 opgeschort totdat in hoger beroep zal zijn beslist, doch alleen voor zover het betreft de inning van de dwangsommen ter zake van het niet ter beschikking stellen van de rollup tool door Zoom.in, met afwijzing van hetgeen in conventie en reconventie verder is gevorderd.

2.5. Zoom.in heeft op 7 juli 2017 twee e-mailberichten van mevrouw [REDACTED].
[REDACTED] van Youtube ontvangen:



Op 7 jul. 2017 om 10:26 heeft [REDACTED] het volgende geschreven:

Hi [REDACTED],
In response to your question about subnetworks please find further explanation below:
MCNs can have two different types of channels under their YouTube network:
(1) Owned & Operated (O&O) channels and
(2) Affiliate channels
Differentiating between these two types of channels allows YouTube to apply our policies and channel features with clarity and fairness. Within your YouTube Content Management System (CMS), O&O channels should reside in an O&O Content Owner, while Affiliate channels should reside in an Affiliate Content Owner.
Our policies do not allow an MCN to provide roll up tool access for affiliate channels via a content owner or other means to a service/company/brand that is not majority owned (>50%) and operated (O&O) by the parent MCN.
Sub Networks are not permitted under our policies and accounts that violate this policy may be subject to penalties (including but not limited to loss of the roll up tool).
Please let me know if you have questions.
Best,
[REDACTED]



Hi [REDACTED],
An affiliate channel is a youtube channel affiliated with a network.
MN (not a fully O&O brand) has been given access to the roll up tool via a content owner which is not permitted as per our current policies - as per the note below.
Our policies do not allow an MCN to provide roll up tool access for affiliate channels via a content owner or other means to a service/company/brand that is not majority owned (>50%) and operated (O&O) by the parent MCN.
I will send this to our dutch legal team for translation.
Best,
[REDACTED]

[REDACTED]
YouTube Partnerships
tel: +44 7525 006818

6 Pancras Square, 6 King's Blvd, Kings Cross, London N1C 4AG
and Claude Debussylaan 34, Vredely Mallet 4, Torren B, 15th Floor
Amsterdam, 1062 MD, Netherlands

If you received this communication by mistake, please don't forward it to anyone else (it may contain confidential or privileged information), please erase all copies of it, including all attachments, and please let the sender know if went to the wrong person. Thanks.

2.6. Voor de overige feiten wordt verwezen naar de vonnissen van 1 juni 2017 en 11 juli 2017.

3. Het geschil in conventie

3.1. Zoom.in vordert – samengevat –

- 1) MN – op straffe van verbeurte van een dwangsom – te gebieden om met onmiddellijke ingang de aangekondigde executie terzake van punt 7.1, 7.2 en 7.3 van het vonnis van deze rechtbank van 1 juni 2017 te staken en gestaakt te houden, danwel de executie te schorsen totdat in hoger beroep over het aanhangige geschil is beslist, danwel een zodanige voorziening te treffen die de voorzieningenrechter geraden acht,
- 2) de bij vonnis van deze rechtbank van 1 juni 2017 onder 7.2 opgelegde dwangsommen op te heffen, danwel te schorsen totdat in hoger beroep daarover is beslist, danwel deze te matigen en het maximum op maximaal € 50.000,- te stellen gelet op de blijvende en tijdelijke gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor Zoom.in om aan de hoofdveroordeling onder 7.1 van voornoemd vonnis te voldoen,
- 3) een en ander met veroordeling van MN in de kosten van dit geding.

3.2. MN voert verweer.

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

4. Het geschil in reconventie

4.1. MN vordert – samengevat –

- I. Zoom.in te verbieden met onmiddellijke ingang na betekening van dit vonnis gedurende een periode van minimaal twee jaar:
 - a. het (doen) benaderen van (dan wel communiceren met) een of meerdere eigenaren van kanalen die deel uitmaken van het MCN van MN thans aangeduid als Zoomin.TV Music Nations en die derhalve een contractuele relatie hebben met MN;
 - b. met de strekking dat Zoom.in de betreffende eigenaar aanspoort zijn of haar contractuele relatie met MN te beëindigen (althans niet te verlengen) en over te stappen naar het MCN van Zoom.in; en
 - c. ongeacht de vorm van die communicatie (schriftelijk dan wel mondeling);

-
- en te bepalen dat Zoom.in in reconventie een dwangsom verbeurt van € 100.000,- voor iedere keer dat zij nalaat om aan dat gebod te voldoen, met een maximum van € 5.000.000,-;
- II. Zoom.in te veroordelen
- a. binnen 48 uur na betekening van dit vonnis aan MN alle achterstallige reclame-inkomsten vanaf 1 december 2016 tot aan de dag van betaling, te weten USD 394.580,13 (tot en met 20 juli 2017), te betalen vermeerderd met de wettelijke rente en
- b. de overige achterstallig reclame-inkomsten vanaf 20 juli 2017 steeds te betalen aan MN binnen 7 dagen nadat Zoom.in deze ontvangt;
- III. te bepalen dat indien Zoom.in niet binnen 24 uur na betekening van dit vonnis aan onderdeel 7.1 van het vonnis van 1 juni 2017 voldoet zij alsdan een dwangsom verbeurt van € 10.000,- voor iedere dag dat zij nalaat om aan dat gebod te voldoen, met een maximum van € 5.000.000,-
- IV. Zoom.in zowel in conventie als in reconventie te veroordelen in de kosten van dit geding.

4.2. Zoom.in voert verweer.

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

5. De beoordeling in conventie

5.1. Zoom.in komt met een nieuw executiegeschil op tegen de vonnissen in kort geding van 1 juni 2017 en 11 juli 2017. Uitgangspunt is dat een herbeoordeling van de vorderingen wegens het gesloten stelsel van rechtsmiddelen niet dient plaats te vinden. Voorkomen moet worden dat deze procedure dient als verkapt hoger beroep. Van belang is dat slechts relevante nieuwe feiten en/of omstandigheden die een nieuw (executie)geschil kunnen rechtvaardigen dienen te worden beoordeeld. Daarnaast geldt dat voor schorsing van de tenuitvoerlegging van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis slechts plaats is indien de executant geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid om in afwachting van het hoger beroep tot tenuitvoerlegging over te gaan. Dat zal het geval kunnen zijn indien het vonnis klaarblijkelijk berust op een juridische of feitelijke misslag, of indien de executie op grond van na het vonnis voorgevallen of aan het licht gekomen feiten klaarblijkelijk aan de zijde van de geëxecuteerde een noodtoestand zal doen ontstaan, waardoor onverwijlde tenuitvoerlegging niet kan worden aanvaard.

5.2. Zoom.in voert samengevat aan:

- (I) dat het vonnis van 11 juli 2017 berust op juridische en feitelijke fouten, waardoor niet met zekerheid kan worden gesteld dat de juiste maatstaf is aangelegd bij de beoordeling;

-
- (II) in de vonnissen van 1 juni 2017 en 11 juli 2017 ten onrechte wordt verondersteld dat Zoom.in enige keuzevrijheid heeft gehad bij het verhangen van de kanalen, waarbij zeer recent nieuwe feiten aan het licht zijn gekomen op grond waarvan MN in redelijkheid geen gebruik mag maken van haar recht op executie;
 - (III) in voormelde vonnissen zijn ten onrechte de begrippen “*gelieerde onderneming*” en “*aangesloten kanaal of videomaker*” door elkaar gehaald. Op dat punt is inmiddels nieuw bewijs, op grond waarvan MN in redelijkheid geen gebruik mag maken van haar recht op executie en/of Zoom.in aantoonbaar in een noodtoestand is komen te verkeren;
 - (IV) in het vonnis van 11 juli 2017 is het bedrag van 75.293,05 USD aan onbetaalde rekeningen ten onrechte als door MN gemotiveerd betwist aangemerkt.

MN heeft de stellingen van Zoom.in betwist. Overwogen wordt als volgt.

5.3. Het beroep van Zoom.in op juridische of feitelijke fouten in het vonnis van 11 juli 2017 faalt. Aannemelijk is dat in het executievonnis enkele schrijffouten zijn gemaakt. Een verwijzing naar rechtsoverweging 5.5. van het vonnis van 1 juni 2017 is niet correct. Dit had 5.4 moeten zijn. In sommige overwegingen zijn de partijnamen verwisseld. Dit zijn echter geen substantiële fouten. Ze doen niets af aan de begrijpelijkheid van de redenering en de daarop gebaseerde beslissing, laat staan dat het achterwege blijven van deze fouten tot toewijzing van de vordering van Zoom.in zou hebben geleid.

5.4. Zoom.in stelt dat beide vonnissen er ten onrechte vanuit gaan dat Zoom.in een keuze heeft gehad om al dan niet de “Read Only” knop bij MN in het Youtube Content Management System (CMS) aan te zetten en MN daarmee te beperken in de mogelijkheden. Zoom.in heeft een filmpje in het geding gebracht waarop is te zien dat op het moment dat het vinkje bij “Content Owner” wordt weggehaald de “Read Only” modus wordt ingeschakeld en andersom. Dit filmpje, en daarmee de werking van het CMS, is echter niet relevant. Waar het om gaat is dat Zoom.in betoogt dat zij van Youtube geen “Content Owner” bevoegdheden mag toekennen aan MN en dat deze stelling zowel in het vonnis van 1 juni 2017 als in dat van 11 juli 2017 is gewogen en te licht is bevonden.

5.5. Het enige nieuwe element dat Zoom.in daar thans aan heeft toegevoegd zijn de recente e-mail berichten van mevrouw H [REDACTED] van Youtube. Deze berichten plaatsen de eerdere beoordelingen echter niet in een ander licht. Niet alleen ontbreekt de vraagstelling van Zoom.in waar de berichten kennelijk een antwoord op zijn, hetgeen goede interpretatie bemoeilijkt, maar ook blijkt uit de berichten niet klip en klaar dat Youtube haar relatie met Zoom.in zal verbreken wegens contractbreuk dan wel dat Zoom.in anderszins in een noodtoestand zal komen te verkeren als Zoom.in aan MN alle “Content Owner” bevoegdheden verschaft die MN op 1 november 2016 had, waaronder het recht om haar eigen inkomsten te beheren.

5.6. Zoom.in voert nog aan dat het bedrag van 75.293,05 USD aan onbetaalde rekeningen door de executierechter ten onrechte niet voor verrekening met de geldvordering van MN in aanmerking is gebracht. Zoom.in stelt - zo begrijpt de voorzieningenrechter - dat MN de rekeningen van Zoom.in uitsluitend heeft betwist in het kader van de voorwaardelijke vordering van Zoom.in tot betaling, maar niet in het kader van het beroep van Zoom.in op verrekening.

Uit rechtsoverweging 5.8. en 5.9 van het vonnis van 11 juli 2017 blijkt dat MN alle vorderingen waarmee Zoom.in wenst te verrekenen gemotiveerd heeft betwist. Dat dit een onjuiste constatering zou zijn is door MN bestreden, en door Zoom.in niet nader onderbouwd, zodat daaraan voorbij wordt gegaan. Voor zover Zoom.in heeft bedoeld te betogen dat een gemotiveerd betwiste vordering niet in de weg staat aan een geslaagd beroep op verrekening valt dit niet in te zien. Dat op dit punt van een misslag in het vonnis sprake is blijkt niet.

5.7. Alle andere stellingen van Zoom.in zijn een herhaling van zetten. Gelet op het onder 5.1 genoemde criterium kunnen ze niet leiden tot toewijzing van het gevorderde en zullen ze dus buiten bespreking blijven. De conclusie is dat van misbruik van bevoegdheid door de ten uitvoerlegging van de vonnissen aan de kant van MN geen sprake is. Voor opheffing, schorsing of matiging van de opgelegde dwangsom is geen aanleiding.

5.8. Zoom.in zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten, aan de zijde van MN tot op heden begroot op € 618,- aan griffierecht en € 816,- aan advocaatkosten.

6. De beoordeling in reconventie

6.1. MN betoogt dat Zoom.in inmiddels is overgegaan tot het weglokken van klanten (creators) uit de klantenportefeuille van MN. Zij heeft ter onderbouwing e-mailcorrespondentie in het geding gebracht. Zoom.in heeft deze stelling ter zitting gemotiveerd betwist, zoals ook blijkt uit haar pleitnota op pagina 11 en volgende. Overwogen wordt dat zonder nader onderzoek naar de feiten de e-mailwisseling, gelet op het uitgebreide verweer van Zoom.in, voorshands onvoldoende hard bewijs vormt dat Zoom.in tracht klanten van MN uit te spannen, zoals MN stelt. De vordering op dit onderdeel zal worden afgewezen.

6.2. MN bepleit een hogere dwangsom met een hoger maximum aan Zoom.in op te leggen, omdat zij doelbewust de dwangsommen laat oplopen. Thans is, anders dan ten tijde van het vonnis van 11 juli 2017, in de optiek van MN sprake van pure onwil van Zoom.in om aan de veroordeling te voldoen. De dwangsom vormt onvoldoende prikkel tot nakoming, aldus MN. Zoom.in bestrijdt dit. Zij stelt dat geen sprake is van onwil, maar van onmacht. Overwogen wordt als volgt. Tot op heden heeft Zoom.in niet volledig voldaan aan de veroordeling in het vonnis van 1 juni 2017. Ten onrechte, zoals uit het

voorgaande blijkt. Zoom.in vreest dat Youtube het contract met haar zal verbreken, maar zij kan voorshands onvoldoende hard maken dat die vrees gegrond is. Van onmacht om toegang tot het CMS te verlenen is geen sprake. Dat geen passende oplossing te bedenken is voor het probleem dat door het aanmerken als "Content Owner" ook de rollup tool ten onrechte wordt geactiveerd is niet aannemelijk geworden. MN heeft hier alle medewerking toegezegd en suggesties gedaan, waarop Zoom.in niet is ingegaan.

MN wordt door de rigide opstelling van Zoom.in hard geraakt. Niet alleen kan zij haar kanalen niet managen zoals zij dat tot 1 november 2016 kon doen. Uit de opstelling van Zoom.in blijkt thans voldoende van onwil om aan de veroordeling te voldoen. Hierin wordt aanleiding gezien het maximum van de dwangsom te verdubbelen tot 1 miljoen euro.

6.3. MN vordert aansluitend op de betalingsveroordeling als vermeld onder 7.3 van het vonnis van 1 juni 2017 thans betaling van USD 394.580,13. Dit is het totaal van de achterstallige reclame-inkomsten vanaf 1 december 2016 tot en met juni 2017 van 470.355,43 USD minus van Zoom.in ontvangen betalingen van in totaal 75.775,30 USD. De verschuldigdheid van dit bedrag per 20 juli 2017 is op zich door Zoom.in niet betwist. Zoom.in beroept zich op verrekening met tegenvorderingen. Dit beroep is bij vonnis van 11 juli 2017 reeds verworpen. Een nieuw verweer is dat van de inkomsten een bedrag groot 48.148,61 USD niet door Zoom.in hoeft te worden uitbetaald aan MN omdat het reclame-inkomsten van 'fraudulence channels' betreft. Dit is door MN weersproken. MN stelt terecht dat de beslissing om bedragen al dan niet aan klanten door te betalen aan haar is en niet aan Zoom.in. Ook dit bedrag had Zoom.in dus niet mogen achterhouden.

Voorzover is gevorderd dat Zoom.in de reclame-inkomsten van MN vanaf 20 juli 2017 dient te betalen wordt dit afgewezen, nu deze veroordeling reeds is opgenomen in het vonnis van 1 juni 2017.

Gelet op het voorgaande zal de door MN gevorderde betalingsveroordeling worden toegewezen als hierna is omschreven.

6.4. Nu partijen over en weer op onderdelen in het ongelijk zijn gesteld zullen de proceskosten in reconventie worden gecompenseerd.

7. De beslissing

De voorzieningenrechter

In conventie

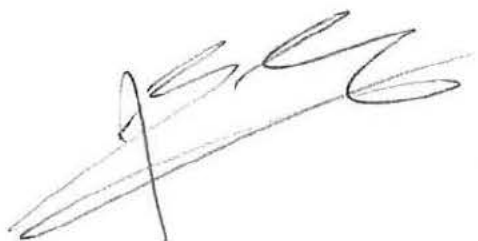
7.1. weigert de gevraagde voorzieningen;

7.2. veroordeelt Zoom.in in de kosten van dit geding, tot op heden aan de zijde van MN begroot op € 1.434,-;

In reconventie

- 7.3. veroordeelt Zoom.in om binnen 48 uur na betekening van dit vonnis aan MN te betalen een bedrag groot USD 394.580,13 zijnde de achterstallige reclame-inkomsten vanaf 1 december 2016 tot en met 20 juli 2017, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de maand van verschuldigdheid tot aan de dag van betaling;
- 7.4. verhoogt het maximum van de onder 7.2 bij vonnis van 1 juni 2017 opgelegde dwangsom van € 500.000,- naar 1 miljoen euro;
- 7.5. verklaart de beslissing onder 7.3 en 7.4 uitvoerbaar bij voorraad;
- 7.6. wijst af hetgeen meer of anders is gevorderd;
- 7.7. compenseert de proceskosten van partijen, in dier voege dat iedere partij de eigen kosten draagt.

Dit vonnis is gewezen door mr. M.W. van der Veen, voorzieningenrechter, bijgestaan door mr. A. Bank-Buijs, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 4 augustus 2017.



UITGEGEVEN VOOR GROSSE

De griffier van de
Rechtbank Amsterdam

