

in naam der Koningin

vonnis

RECHTBANK 's-HERTOGENBOSCH

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 246961 / KG ZA 12-312

Vonnis in kort geding van 9 juli 2012

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

BUBBLE GROUP B.V.,

gevestigd te Eindhoven,

eiseres,

advocaat mr. M.A. Mak te Alkmaar,

tegen

de rechtspersoon naar het recht van Cyprus

DIGITUS LIMITED, tevens handelend onder de naam

BETSOFT GAMING LIMITED

gevestigd te Strovolos, Nicosia (Cyprus),

gedaagde,

advocaat mr. M. Weij te Amsterdam.

Partijen worden Bubble en Betsoft genoemd.

1. De procedure

1.1. Na dagvaarding door Bubble en toezending van nadere producties door beide partijen heeft op 25 juni 2012 een behandeling ter zitting plaatsgevonden. Beide partijen hebben daar, mede aan de hand van een overgelegde pleitnota, het woord gevoerd.

1.2. Aan de zijde van Bubble zijn verschenen M. Fontilus, legal counsel bij Bubble, D. van Zon, persoonlijk assistente van de directeur van Bubble Stijn Flapper, en B. Meijers, verbonden aan DigiTain en ontwerper van software, met mr. Mak. Aan de zijde van Betsoft verscheen R. Lunceford, productmanager bij Betsoft en afkomstig uit Canada. Hij werd bijgestaan door mr. Weij en zijn kantoorgenote mr. A. Verhoeven. Mr. Verhoeven heeft voor Lunceford hetgeen ter zitting besproken werd in samengevatte vorm vertaald. Ter zitting zijn spellen van partijen gedemonstreerd.

1.3. Betsoft heeft preliminaire verweren gevoerd, die hieronder worden besproken. Bubble heeft het in het petitum van de dagvaarding onder c gevorderde ingetrokken en aan de vordering onder b een zinsnede toegevoegd. Betsoft heeft verklaard geen bezwaar te hebben tegen deze eiswijzigingen.

1.4. Partijen hebben uitvoerig debat gevoerd waarna vonnis is bepaald.

2. Enige feiten

2.1. Partijen exploiteren digitale slotgames en zijn concurrenten. Hun spellen laten zich omschrijven als digitale fruitautomaten. Deze spellen worden op het internet geëxploiteerd maar ook "land based". Indien de "rollen" met plaatjes nadat zij zijn stil komen te staan een bepaalde combinatie van beelden vertonen levert dat winst voor de speler op.

2.2. Bubble hanteert in haar bedrijfsvoering onder meer de naam Sheriff Gaming. De (indirect) grootaandeelhouder van Bubble is de Brabantse ondernemer Stijn Flapper, die ook haar (indirect) bestuurder is. De spellen van Bubble dragen namen als "Dr. Magoo's Adventures" en "Crazy Jewelry". Bubble licentieert haar spellen aan licentienemers.

2.3. Betsoft is gevestigd op Cyprus. Betsoft wordt geleid door Michael Basil en Ido Raviv die beiden tevens aandeelhouder zijn.

2.4. In de spellen van partijen wordt bij een winnende combinatie van beelden het betreffende beeld geaccentueerd, in het bijzonder door het te vergroten en naar voren te halen. In dit vonnis zal het korthedshalve ook worden aangeduid als het zoomeffect. Het door Betsoft gebruikte, naar eigen zeggen door haarzelf ontwikkelde, effect wordt door Betsoft aangeduid als het Expandicon effect. Bubble heeft het door haar gebezigde effect - in haar visie een uitwerking van het al decennia bestaande algemeen gangbare dolly zoom effect - naar haar zeggen laten ontwikkelen door de heer Meijers van DigiTain.

2.5. Betsoft meent dat Bubble in haar spellen inbreuk maakt op een aan Betsoft toekomend auteursrecht op het Expandicon effect. Bubble meent echter dat Betsoft ten onrechte "wappert" met intellectuele eigendomsrechten die Betsoft niet heeft.

3. Het geschil

3.1. Bubble vordert - samengevat - na wijziging van eis:

- a. Betsoft te bevelen zich met onmiddellijke ingang te onthouden van iedere mededeling aan derden dat het gebruik van het dolly zoom effect, althans Expandicon effect, in de slotgames door Bubble inbreuk maakt op haar auteursrechten en octrooirechten, tenzij uit onafhankelijk in Nederland verricht onderzoek komt vast te staan dat Bubble gebruik maakt van de computer functionaliteit van Betsoft en de rechten met betrekking tot deze functionaliteit bij Betsoft berusten;
- b. Betsoft te bevelen binnen vijf dagen na betekening van dit vonnis aan Bubble de computer functionaliteit af te staan die zij gebruikt voor het gebruik van het dolly zoom effect in haar spellen met de toevoeging van een bewijs van een toonaangevend archiveringssysteem waaruit blijkt dat de betreffende software voor juni 2009 in gebruik was bij Betsoft, eventueel met de bepaling dat Bubble deze functionaliteit slechts ter inzage mag geven aan een in Nederland gevestigde deskundige ter vergelijking van de code met de door Bubble gemaakte code en de plicht de deskundige vertrouwelijkheid op te leggen;
- c. op straffe van de in de dagvaarding genoemde dwangsom bij handelen in strijd met het bevel onder punt a of b;
- d. met veroordeling van Betsoft in de proceskosten overeenkomstig artikel 1019h Rv.

3.2. Bubble legt - zakelijk - het volgende aan haar vorderingen ten grondslag.

Betsoft maakt zich schuldig aan onrechtmatig 'wapperen' bij derden met auteursrecht en octrooirechten die Betsoft stelt te hebben met betrekking tot het zoomeffect. Volgens Bubble doet Betsoft een beroep op deze intellectuele eigendomsrechten terwijl zij weet dat haar beroep op die rechten geen stand houdt. Van een auteursrechtelijk beschermd idee is volgens Bubble geen sprake en tot op heden is niet gebleken dat Betsoft octrooi heeft op het in haar spellen gebruikte zoomeffect. Bovendien beschuldigt Betsoft Bubble er ten onrechte van dat Bubble een bepaalde software-code van Betsoft heeft gestolen om daarmee het zogenaamde zoomeffect in haar spellen te introduceren. De beschuldigingen heeft Betsoft geuit in brieven naar klanten van Bubble, te weten Black Chip, Silverstone en NYX Interactive AB. De handelwijze van Betsoft brengt Bubble schade toe. Betsoft wekt met haar beschuldigingen bij relaties van Bubble de indruk dat Bubble onrechtmatig jegens Betsoft handelt, hetgeen die relaties afschrikt bij het doen van zaken met Bubble. Onder meer omdat Bubble (ook) in de regio Eindhoven met internationale topbedrijven wenst samen te gaan werken is het door haar gevorderde wapperverbod voor het grondgebied van Nederland gerechtvaardigd. Bubble wenst afgifte door Betsoft van bewijsmateriaal op basis van artikel 1019a lid 1 Rv. in samenhang met artikel 843a Rv.

3.3. Betsoft voert het preliminair verweer (onder verwijzing naar artikel 5 lid 3 van de EEX-Verordening) dat de voorzieningenrechter in de rechtbank 's-Hertogenbosch onbevoegd is. Voorts stelt Betsoft dat niet het Nederlands recht van toepassing is, nu de door Bubble gestelde schade niet in Nederland is ingetreden, maar in de landen waar de relaties van Bubble de (beweerdelijk) onrechtmatige brieven van Betsoft hebben ontvangen, te weten Cyprus, Curaçao en Zweden.

3.3.1. Vervolgens is Betsoft overgegaan tot het voeren van inhoudelijk verweer. Betsoft betwist het spoedeisend belang van Bubble bij haar vorderingen. Betsoft stelt het auteursrecht te hebben op de uitwerking van het idee achter het zoomeffect. De uitwerking van het zoomeffect bestaat uit de broncode en uit de uiterlijke kenmerken van het effect, de zogenaamde 'look & feel'. Volgens Betsoft heeft Bubble die uitwerking van het idee overgenomen. Dat vormt een inbreuk op het auteursrecht van Betsoft. Bubble beschuldigt Betsoft ten onrechte van het onrechtmatig wapperen naar (potentiële) klanten van Bubble. Betsoft wist toen zij de brieven aan Black Chip en Silverstone verzond, niet dat de spellen die deze bedrijven gebruikten afkomstig waren van Bubble. De naam Bubble wordt ook nergens genoemd in de brieven die Betsoft heeft gezonden aan Black Chip en Silverstone en de e-mail aan NYX Interactive AB. Betsoft heeft wel een octrooiaanvraag ingediend, maar zich nimmer beroepen op een octrooirecht. Betsoft kan reeds om die reden niet beschuldigd worden van wapperen met octrooirechten en een verbod kan niet aan de orde zijn. Aangezien Betsoft ten onrechte beschuldigd wordt, is voor een veroordeling tot afgifte van bewijsmateriaal op basis van de artikelen 1019a lid 1 en 843a Rv. geen plaats. Betsoft zou daarmee worden gedwongen bedrijfsgeheimen die tot haar kroonjuwelen behoren aan de concurrentie af te geven.

3.4. Hetgeen partijen verder hebben aangevoerd komt voor zover relevant bij de beoordeling aan de orde.

4. De beoordeling

4.1. De zaak heeft internationale aspecten. Dat noopt, mede naar aanleiding van

hetgeen partijen hieromtrent naar voren hebben gebracht, tot een beoordeling van de bevoegdheid van de voorzieningenrechter te 's-Hertogenbosch en het toe te passen recht.

Bevoegdheid

4.2. Ingevolge artikel 5, derde lid, van de EEX-Verordening kan de verweerder die zijn woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende Staat, in een andere Verdragsluitende Staat ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad worden opgeroepen voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen. In het, ook door Bubble aangehaalde, Kalimijnenarrest (HvJ EG 30 november 1976, NJ 1977, 494) heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat de (thans) in artikel 5, derde lid EEX-Verordening bedoelde “plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan” ziet op zowel de plaats waar de schade is ingetreden als op de plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis. Wanneer deze plaatsen niet samen vallen heeft de eisende partij de keuze om verweerder voor de rechter van de ene dan wel voor de andere plaats op te roepen.

4.3. De voorzieningenrechter acht zich bevoegd om over dit geschil te oordelen. Bubble heeft gesteld dat zij onder haar zakelijke relaties ook internationale innovatieve bedrijven in de regio Eindhoven rekent. Bubble heeft weliswaar in verband met door haar gewenste (zakelijke) geheimhouding, en ter voorkoming van schadelijk gewapper in hun richting, niet nader willen specificeren om welke bedrijven het gaat, maar de voorzieningenrechter heeft in de wetenschap dat Bubble zelf te Eindhoven gevestigd is en dat in Eindhoven innovatieve bedrijven gevestigd zijn in casu geen aanleiding te twijfelen aan de bewering van Bubble. Dat kan de voorzieningenrechter temeer doen omdat meer op zijn bevoegdheid wijst.

4.4. Zo is Bubble gevestigd in Eindhoven, zodat het ook om die reden aannemelijk is dat financiële schade die voortvloeit uit de omstandigheid dat Bubble als gevolg van mededelingen van Betsoft klanten (in Nederland en/of in het buitenland) verliest zich in Nederland zal laten voelen.

4.5. Tenslotte heeft Bubble gewezen op het - op 19 juni 2012 afgewezen (prod. 21 Bubble) - verzoek van Betsoft tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor bij deze rechtbank (prod. 8 Bubble) alsmede op een door de Nederlandse advocaat van Betsoft op 2 februari 2012 te Amsterdam opgestelde verklaring (prod. 7 Bubble) en het gebruik van die verklaring door Betsoft.

4.6. Die verklaring en het gebruik ervan leveren een relevante relatie op tussen door Bubble gesteld onrechtmatig handelen van Betsoft jegens Bubble en de Nederlandse rechtssfeer. De klaarblijkelijk op 2 februari 2012 in Nederland opgestelde verklaring van de advocaat van Betsoft is door Betsoft zelf, in weerwil van de vermelding “Client-Attorney Privileged”, op 10 februari 2012 bij een e-mail aan een derde, NYX Interactive AB, gebruikt (prod. 14 Bubble). In de e-mail en de uit Nederland afkomstige verklaring wordt een relatie gelegd tussen de heer Flapper en gestelde inbreuken door Flapper op auteursrechten van Betsoft in het kader van de door hem opgezette onderneming Sheriff Gaming” en wordt tegenover NYX Interactive AB melding gemaakt van een “pending litigation” terzake. Bubble opereert mede onder de naam Sheriff Gaming. De samenhang van het e-mailbericht met het door Betsoft op 8 februari in Nederland bij deze rechtbank aanhangig gemaakte verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor is evident.

Wapperen tegen een directeur/eigenaar kan onder omstandigheden - van welke omstandigheden hier sprake is - wel degelijk de rechten en belangen van de betreffende rechtspersoon treffen.

4.7. Dit alles betekent dat naar het oordeel van de voorzieningenrechter voldoende aannemelijk is dat het door Bubble gestelde schadebrengende feit zich mede in Nederland voordoet. Bubble heeft ter zitting verklaard dat zij de gevraagde veroordelingen van Betsoft uitsluitend voor het grondgebied van Nederland verlangt. Door zich bevoegd te verklaren treedt de voorzieningenrechter niet buiten het territoir waar hij iets te vertellen heeft.

Het toe te passen recht

4.8. Bubble heeft onder verwijzing naar de artikelen 6 en 4 van de Verordening EG nr. 864/2007 (Rome II) gesteld dat op de beoordeling van de door Bubble gestelde niet contractuele verbintenissen het recht van het land waar de schade zich voordoet, in haar visie Nederland, van toepassing is. In aansluiting op het overwogene omtrent de bevoegdheid ligt toepassing van het Nederlandse recht voor de hand.

4.9. Betsoft heeft echter betoogd dat de vorderingen van Bubble moeten worden beoordeeld naar het recht van Cyprus, Curaçao en Zweden omdat daar de eventuele initiële schade van de aan Betsoft concreet verweten gedragingen zich zou voordoen. Betsoft heeft echter niet toegelicht hoe zij met toepassing van het recht van Cyprus, Curaçao en Zweden tot de door haar bepleite afwijzing van de vorderingen van Bubble wil komen. Op de vraag aan Betsoft om de voorzieningenrechter voor te lichten over haar visie op de onderhavige zaak aan de hand van het recht van Cyprus, Curaçao en Zweden bleef antwoord uit. Betsoft zelf heeft zich kennelijk geen rekenschap gegeven van de implicaties van het verweer. Dit verweer lijkt uit de categorie "roept u maar".

4.10. Betsoft heeft nog aangevoerd dat het voor haar volstrekt onvoorzienbaar was dat een Nederlandse partij schade zou lijden door het aanschrijven van partijen in de betreffende landen. In de zeer internationale context waarin deze zaak speelt - het gaat hier om een uitvloeisel van de exploitatie van spellen op internet - kan schade gemakkelijk overal in de wereld optreden en kan men er rekening houden dat men tegen een zich territoriaal bevoegd achtend Nederlands rechter oploopt die bepaalde handelingen naar Nederlands recht binnen het grondgebied van Nederland onrechtmatig zal oordelen. In het midden kan hier blijven of men de heer Flapper wel of niet in verband brengt met de rechtspersoon Bubble. Wie tegenover derden in beschuldigende zin vermoedens uit over het doen en laten van een Nederlandse ondernemer die in Eindhoven werkt, kan niet volhouden dat hij volstrekt niet kon bevroeden dat die Nederlandse ondernemer daardoor schade zou lijden en dat daarover ooit een rechter naar Nederlandse maatstaven zou oordelen.

4.11. Voorts gaat, anders dan Betsoft betoogt, in ieder geval voor de e-mail naar Zweden (prod. 14 Bubble) niet op dat Betsoft er niet op bedacht kon zijn dat zij problemen in Nederland zou krijgen. Betsoft had zich toen immers zelf in deze aangelegenheid al duidelijk in de Nederlandse rechtssfeer begeven. Betsoft heeft bij de e-mail aan NYX Interactive AB een in Nederland opgestelde verklaring van een Nederlandse advocaat gevoegd die daarin de implicaties van een (bij een Nederlandse rechter ingediend) verzoek gericht tegen een Nederlandse wederpartij tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor had geschetst. Betsoft zelf heeft tenslotte het verzoekschrift (prod. 8

Bubble) tot het houden van het voorlopig getuigenverhoor inhoudelijk geheel geënt op het Nederlandse recht, net zoals zij dat met haar verweren in dit kort geding heeft gedaan.

4.12. De vorderingen worden beoordeeld naar Nederlands recht.

Spoedeisend belang

4.13. Betsoft heeft gesteld dat Bubble geen spoedeisend belang heeft bij het instellen van haar vorderingen in dit kort geding. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter vloeit het spoedeisend belang genoegzaam voort uit de aard van de vordering.

De zaak zelf

4.14. Allereerst moet de vraag worden beantwoord of het door Betsoft gebruikte zoomeffect (Expandicon effect) auteursrechtelijke bescherming geniet. Als Betsoft zelf geen auteursrecht heeft, staat het haar niet vrij om een ander tegenover derden te beschuldigen van inbreuk op het auteursrecht.

4.15. Voor auteursrechtelijke bescherming is vereist dat er sprake is van een werk dat een eigen intellectuele schepping is van de auteur. De vorm mag niet ontleend zijn aan een ander werk en moet het resultaat zijn van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes en daarmee voortbrengsel van de menselijke geest zijn. Er dient sprake te zijn van een creatieve prestatie van de auteur die in het werk tot uiting komt. Technische, objectieve inventiviteit valt echter niet onder de creativiteit die het auteursrecht beschermt: het moet gaan om het subjectieve, persoonlijke karakter dat tot uitdrukking komt. “Het werkbegrip van de Auteurswet vindt [...] zijn begrenzing waar het eigen, oorspronkelijk karakter enkel datgene betreft wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect”, aldus HR 16 juni 2006, NJ 2006, 585 (Lancôme/Kecofa).

4.16. Betsoft heeft aan de hand van door de advocaat van Bubble verzamelde beelden het in haar spellen opgenomen zoomeffect getoond. Aan de hand van deze beelden heeft Betsoft toegelicht dat naar haar mening een auteursrecht rust op de zogenaamde ‘look and feel’ van het zoomeffect. Bij de ‘look and feel’ zou het met name gaan om de keuzes die de ontwikkelaar van het effect, volgens Betsoft met veel inspanningen en zorg, heeft gemaakt met betrekking tot timing, snelheid en afmetingen van het effect. Bubble heeft hier tegenover gesteld dat haar ontwikkelaar (DigiTain) het zoomeffect in de spellen van Bubble, waarvan Bubble ook een voorbeeld heeft laten zien, heeft ontwikkeld zonder kennis te nemen van de spellen (of software) van anderen. Volgens DigiTain was het heel eenvoudig op basis van algemeen beschikbare software de aanvullende programmatuur te schrijven waarin het zoomeffect was verwerkt.

4.17. In de door beide partijen getoonde beelden uit hun slotgames was te zien dat in het geval van een winnende reeks het winnende teken in het beeld naar voren wordt gehaald en wordt uitvergroot. De voorzieningenrechter acht het onaannemelijk dat dit door Betsoft en (later) door Bubble in de spelletjes verwerkte zoomeffect auteursrechtelijke bescherming geniet. Hij kan namelijk in het naar voren halen van het beeld geen vormgevend element ontdekken dat een eigen oorspronkelijk karakter heeft en dat het persoonlijk stempel van de maker draagt. Ook de beslissingen die de ontwikkelaar van Betsoft naar zijn zeggen heeft gemaakt ten aanzien van de timing, snelheid en afmetingen van het effect zijn naar het

oordeel van de voorzieningenrechter niet te beschouwen als creatieve keuzes die auteursrechtelijke bescherming genieten. De omstandigheid dat Betsoft in die aspecten, zoals de heer Lunceford ter zitting heeft toegelicht, veel tijd en energie heeft gestoken maakt dat op zichzelf nog niet anders. De “look & feel” komen de voorzieningenrechter niet bijster bijzonder voor.

4.18. Ingevolge artikel 10, eerste lid onder 12^c, Auteurswet in samenhang met artikel 45h e.v. van die wet kan de broncode van software auteursrechtelijk beschermd zijn. Betsoft heeft gesteld dat Bubble de broncode die Betsoft gebruikt in haar slotgames waarin het zoomeffect verwerkt is, zonder toestemming van Betsoft overgenomen heeft. Bubble ontkent dit echter gemotiveerd.

4.19. Ter onderbouwing van haar stellingen heeft Betsoft een rapport overgelegd, opgesteld op 1 september 2011 door ABCitsupport (prod. 5 Betsoft). In dit rapport wordt een code van - naar gesteld wordt - Bubble, die de onderzoeker kennelijk van internet heeft gedecompileerd vergeleken met een code van - naar gesteld wordt - Betsoft. Aan de hand van deze vergelijking zou blijken dat de broncode in de spellen van Bubble op belangrijke punten overeenstemt met de broncode in de spellen van Betsoft, zodat het volgens Betsoft niet anders kan zijn dan dat Bubble de code van Betsoft heeft gekopieerd.

4.20. Bubble heeft op zichzelf niet betwist dat het in beginsel mogelijk is dat de broncode die Betsoft in haar spellen gebruikt auteursrechtelijke bescherming geniet, maar zij heeft er op gewezen dat de beschuldiging van Betsoft dat Bubble haar broncode zou hebben ‘gestolen’ uit de lucht is gegrepen. Bubble heeft betoogd dat de twee codes die in het rapport van ABCitsupport vergeleken worden niet afkomstig zijn van Betsoft en Bubble maar juist allebei van Bubble zelf. Bubble stelt dat Betsoft, om tot de door haar voorgestane conclusie te komen, bij het onderzoek dat tot het rapport heeft geleid eerst de code van Bubble in haar spel heeft gekopieerd, deze heeft omgebouwd en vervolgens is gaan vergelijken met de code van Bubble. Ter zitting heeft de heer Meijers van DigiTain, de maker van de Bubble-programmatuur, over deze stelling nader uitleg gegeven en verklaard dat hij aan bepaalde termen die bij de in het rapport vergeleken codes werden genoemd, kon zien dat deze beide codes van DigiTain zelf waren, omdat Meijers deze termen persoonlijk heeft bedacht en uniek zijn voor codes die van hemzelf afkomstig zijn. Bubble heeft op deze manier gereede inhoudelijke twijfel gezaaid over het rapport waarop Betsoft zich beroept.

4.21. Hier komt nog het volgende bij. Bij verzoekschrift van 8 februari 2012 (prod. 8 Bubble) heeft Betsoft aan deze rechtbank verzocht een voorlopig getuigenverhoor te gelasten tegen Stijn Flapper, de directeur van Bubble, teneinde haar stellingen, (onder meer inhoudende) dat Bubble een inbreuk maakt op het auteursrecht van Betsoft, te bewijzen. De rechtbank 's-Hertogenbosch heeft dit verzoek van Betsoft bij beschikking van 19 juni 2012 (zaaknummer/rekestnummer 243114 / EX RK 12-29) na hoor en wederhoor afgewezen omdat Betsoft onvoldoende aannemelijk had gemaakt dat er sprake is van inbreuk op auteursrecht of van onrechtmatig handelen. Bubble heeft er terecht op gewezen dat het rapport van ABCitsupport in de procedure van het voorlopig getuigenverhoor niet is overgelegd. Dit is opvallend nu uit dit rapport volgens Betsoft onomstotelijk zou blijken dat Bubble de code gekopieerd heeft en het rapport reeds op 1 september 2011, dus lang voordat het verzoekschrift van Betsoft werd ingediend, is opgesteld. De voorzieningenrechter constateert tevens dat het overgelegde rapport niet is ondertekend. Wie of wat ABCitsupport precies is staat er niet in en de persoon of de personen die het onderzoek hebben gedaan zijn

er niet in vermeld. Ook qua vorm is de bewijskracht ervan nagenoeg nihil.

4.22. Het rapport van ABCitsupport levert aldus naar inhoud en vorm een onvoldoende onderbouwing op van de stelling van Betsoft dat Bubble in haar slotgames onrechtmatig gebruik maakt van de broncode van Betsoft.

4.23. Voor zover nog van belang (gelet op het al gegeven oordeel dat het zoomeffect geen auteursrechtelijke bescherming geniet) wordt nog overwogen dat uit de documenten die Betsoft als productie 1 en 2 heeft overgelegd niet de gestelde registratie van haar auteursrecht op het zoomeffect in het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten blijkt.

4.24. Uit deze documenten blijkt namelijk niet om welk ‘werk’ het gaat waarop Betsoft haar auteursrecht claimt. In de Verenigde Staten is kennelijk op 14 januari 2011 een niet nader omschreven “computer file” met de titel Expandicon geregistreerd. In het Verenigd Koninkrijk gaat het om een registratie op 4 februari 2011 van het werk “Design for Computer Games”. Ook dat kan natuurlijk van alles wezen. Zelfs de voorzieningenrechter weet dat er ontelbare computer games zijn en dat die allemaal zijn bedacht en ontworpen.

4.25. Gezien de registratiedatum 14 januari 2011 in de Verenigde Staten en 4 februari 2011 in het Verenigd Koninkrijk rijst ook de vraag of de geregistreerde documenten werkelijk betrekking hebben op het zoomeffect, gelet op de stelling van Betsoft zelf dat zij het zoomeffect reeds in 2009 geïntroduceerd heeft. Betsoft is dan met haar registratie, twee jaar na openbaarmaking, rijkelijk laat geweest.

4.26. Ten aanzien van het octrooi stelt Betsoft dat zij een octrooiaanvraag heeft ingediend. De documenten waaruit dit zou blijken en die Betsoft als producties 4A en 4B heeft overgelegd zijn echter niet duidelijk. Dat was de voorzieningenrechter ook al opgevallen vóórdat hij kennis had genomen van de door Bubble overgelegde kritische opinie van de Europees octrooigemachtigde mr. ir. F.A.T. van Looijengoed (prod. 26 Bubble). Zo blijkt uit productie 4A van Betsoft dat er op 20 april 2011 (enkele jaren ná het door Betsoft zelf gestelde introduceren in haar spellen van het zoomeffect) iets is ontvangen bij de European Patent Office. Welke stukken aldaar precies zijn ontvangen kan uit die productie echter niet worden afgeleid en zeker niet dat het de door Betsoft als productie 4B bijgevoegde ongedateerde niet getekende beschrijving van de “Computer Implemented Inven[tion]-Expandicon” is geweest. Ook valt in de overgelegde stukken niet eens te lezen dat Betsoft (Digitus Limited) de beoogd rechthebbende van het octrooi is.

4.27. In dit kort geding is het bestaan van het door Betsoft gestelde auteursrecht op het zoomeffect niet aannemelijk geworden. Evenmin is gebleken van een door Betsoft op het zoomeffect gevestigd octrooi. Voor zover Betsoft onder (potentiële) relaties van Bubble geruchten heeft verspreid dat Bubble zich schuldig maakt aan inbreuk op auteursrechten dan wel octrooirechten van Betsoft kan dat als onrechtmatig worden gekwalificeerd. Het in de wereld brengen van dergelijke geruchten maakt zakelijke relaties kopschuw, maakt het zakendoen voor Bubble moeilijker en levert dus schade voor haar op.

4.28. Betsoft betwist echter dat zij relaties van Bubble op een dergelijke wijze benaderd heeft. Bubble heeft drie brieven overgelegd van (advocaten van) Betsoft die zijn gericht aan (advocaten van) licentienemers van Bubble.

4.29. Er is een brief van 30 december 2010 (prod. 5 Bubble) van mr. Cedric Mifsud (advocaat van Betsoft op Malta) aan mr. Mark L. Hogge te Washington DC (Amerikaans advocaat van Bubble die Rival Gaming, een licentienemer van Bubble, bijstond). Deze brief houdt onder meer in:

‘(...)

The process of the Expandicon technology, which includes the graphic design, (...) has been copyrighted according to EU legislation and the said process has been notarised before a Notary in the United Kingdom. In view of this the use of the Expandicon technology without an agreement or request for permission for use from my client is an outright illegality and my client is ready to take all further action against your client.

(...) This technology will only be disclosed, during court proceedings, which will be held in the appropriate EU jurisdiction, if your client does not desist from its illegal use of the Expandicon technology.

(...)

Desgevraagd heeft Betsoft ter zitting moeten toegeven dat de mededeling dat “the said process has been notarised before a notary in the United Kingdom” feitelijk niet juist is. Het stuk waarop in de brief werd gedoeld was naar zeggen van Betsoft de Expandicon Technology Documentation (prod. 3 Betsoft). Dat stuk is getekend door de heer Lunceford, welke handtekening op 30 december 2009 kennelijk is gelegaliseerd door de advocaat van Betsoft, C. Mifsud, op Malta. Dat is wat anders dan “notarizen” in het Verenigd Koninkrijk.

4.30. De brief van 26 januari 2011 (prod. 6 Bubble) van mr. K.D. Bertrand (advocaat van Betsoft op Curaçao) aan ThoughtLinks Ltd./Black Diamond Casino op Cyprus houdt onder meer in:

‘(...)

Our client (Betsoft, *vzr.*) is the exclusive copyright proprietor of the Expandicon technology, an original technology our client has created and developed for games to be used in casino websites. The Expandicon technology has already been registered as a copyrighted work in the United Kingdom.

(...)

It has come to our client’s attention that Black Chip Ltd./Rival Gaming is exploiting the Expandicon technology in a number of games they have released (Mr. Magoo’s Adventures, Crazy Jewelry (...)) such without our client’s prior approval. Black Chip Ltd./Rival Gaming is therefore infringing on our client’s copyright.

(...)

Our client therefore strongly advises you to remove all that which contains the Expandicon technology – including the abovementioned games – from these and other websites operated by your company immediately, (...).

(...)

Hier veroorlooft de voorzieningenrechter zich op te merken dat het opvallend is dat Betsoft, dat zelf op Cyprus is gevestigd, een advocaat op Curaçao inschakelt om een wederpartij op Cyprus aan te schrijven. Het staat Betsoft vrij om de advocaat te kiezen die haar goeddunkt, maar het staat haar niet vrij om die advocaat onjuistheden te laten schrijven. Zelfs als men, anders dan de voorzieningenrechter, waarde hecht aan de hiervoor besproken registratie van het auteursrecht in het Verenigd Koninkrijk, dan nog kan niet op 26 januari 2011 naar waarheid tegenover een derde worden gesteld dat die registratie heeft plaatsgevonden, nu de overgelegde registratie dateert van een week later, 4 februari 2011. In de brief worden

spellen met name genoemd (Dr. Magoo's Adventures, Cray Jewelry), die van Bubble zijn. De brief treft Bubble in haar zakelijke belangen.

4.31. Het e-mailbericht van 10 februari 2012 (prod. 14 Bubble) van John Halegood (legal counsel van Betsoft) aan NYX Interactive AB in Zweden, een klant van Bubble houdt onder meer in:

“(…)

We hereby advise you of the pending litigation against Mr. Stijn Flapper and Sheriff Gaming and their infringement of our copyrighted Expandicon technology. As such, please direct your attention to the attached statement provided by our Netherlands Counsel, Mr. Menno Weij.

I would strongly urge you to reconsider your position and resume discussions with Betsoft as soon as possible in order to rectify this breach of our agreement. Otherwise we will have no choice but to pursue the matter in court with an injunction barring any propagation of Sheriff Gaming's infringing products via the NYX platform.

(…)

Aan het e-mail bericht was een verklaring “Client-Attorney Privileged” gehecht, gedateerd Amsterdam 2 februari 2012 (prod. 7 Bubble) van mr. Weij. In de verklaring maakt deze advocaat van Betsoft melding van de indiening van het verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor tegen de heer Flapper, waarbij Betsoft “reason to believe” heeft dat Flapper betrokken is bij de oprichting van een nieuwe onderneming, Sheriff Gaming, met gebruik making van de Expandicon technologie van Betsoft, dat de vermoede activiteiten ernstige en onherstelbare schade aan Betsoft toebrengen en dat Flapper persoonlijk inbreuk heeft gemaakt op de auteursrechten van Betsoft. De voorzieningenrechter heeft onder 2.2. vastgesteld dat Bubble zich bedient van de naam Sheriff Gaming. Ook al zijn het e-mailbericht en de verklaring van de advocaat op het eerste gezicht slechts gericht tegen de heer Flapper persoonlijk, de belangen van Bubble worden er met de verwijzing naar Sheriff Gaming wel degelijk mee getroffen.

4.32. Uit bovenstaande citaten blijkt genoegzaam dat Betsoft zich jegens relaties van Bubble heeft beroepen op auteursrechten op het ‘Expandicon effect’ terwijl moet worden aangenomen dat Betsoft geen beroep op deze rechten kan doen. Bubble maakt zich terecht zorgen over deze communicatie door Betsoft die als onrechtmatig “wapperen” kan worden gekwalificeerd.

4.33. Dat Betsoft ten tijde van het schrijven van de brieven eind 2010 en begin 2011 niet op de hoogte zou zijn geweest van het bestaan van Bubble verandert (voor zover dat al aannemelijk zou zijn) de zaak niet. Feit blijft immers dat Betsoft ‘wappert’ met een auteursrecht dat zij niet heeft en dat zij dit wapperen inzet bij in de mededinging met een andere aanbieder van soortgelijke spellen als de spellen die Betsoft zelf op de markt brengt. De veelheid aan kwetsieve bewijsstukken waarvan Betsoft zich in dit kort geding heeft bediend hebben bij de voorzieningenrechter de indruk gewekt dat Betsoft hierin willens en wetens onzorgvuldig opereert. De houding van Betsoft is niet bepaald van het type “foutje, bedankt”. Bubble maakt zich met reden zorgen over verdere onrechtmatige acties van Betsoft en heeft een redelijk belang die te laten verbieden.

4.34. Betsoft heeft nog aangevoerd dat zij in redelijkheid heeft kunnen menen dat het zoomeffect auteursrechtelijk beschermd was en dat Bubble hier inbreuk op maakte, zodat het wapperverbod niet kan worden toegewezen. Bubble stelt echter dat Betsoft wel degelijk

wist dat haar beroep op het auteursrecht geen kans van slagen heeft.

4.35. Bubble heeft in dat verband onder meer gewezen op een door haar geregistreerde skype conversatie tussen Stijn Flapper en Ido Raviv (prod. 13 dagvaarding). Hiervan heeft Bubble de volgende passages benadrukt:

“Ido Raviv: If I was for example a company. He is talking about this enlarge icons. I would say.. by ipad or I phone all the icons are enlarging. Also I am sure in vegas they used it many years ago. And that’s it. No one can own this shit. Especially online. Let’s say you have a patent in Europe. People can run it from Russia.

Stijn flapper: correct but as you now we steel nothing fro many body the graphics the audio the playtables everything is our IP.

Ido Raviv: I now man. Its just silly.”

Stijn Flapper: we now.”

4.36. Bubble heeft zich ook beroepen op een verklaring van de advocaten Peter Stassen en Martijn Kemps uit Eindhoven (prod. 17 Bubble). Zij verklaren het volgende:

‘(...)
Wij waren op 25 januari 2012 op een beurs te Londen (...)

Wij hebben daar een gesprek bijgewoond op een stand van Betsoft. Dit gesprek werd gevoerd tussen Stijn Flapper en een man die aan ons door Stijn Flapper werd voorgesteld als een minderheidsaandeelhouder van Betsoft.

In onze aanwezigheid sprak Stijn Flapper met hem over een brief die Betsoft aan Bubble Group B.V. had verstuurd, in welke brief naar wij begrepen, door Betsoft kenbaar werd gemaakt dat Bubble Group B.V. inbreuk zou maken op de intellectuele eigendomsrechten van Betsoft.

Naar wij van u begrijpen sprak Stijn Flapper in voornoemd geprek met de heer Raviv. Wij hebben in dit gesprek gehoord dat de heer Raviv tegen Stijn Flapper zei dat hij het niet eens was met de inhoud van de brief en dat Betsoft zo’n brief ook naar diverse andere partijen had gestuurd.

Tegen Stijn Flapper werd door de heer Raviv gezegd dat de brief was bedoeld om te intimideren. De heer Raviv gaf aan dat hij niet achter de inhoud van deze brief stond, maar dat dit een initiatief was van zijn compagnon.

(...)

4.37. Voorts heeft Bubble een verklaring overgelegd van Michel Fontilus, ‘Chief Legal Officer’ bij Bubble (prod. 20 Bubble) betreffende een gesprek dat op 10 mei 2012 heeft plaatsgevonden tussen Fontilus, Stijn Flapper, zijn echtgenote, en Ido Raviv, aandeelhouder van Betsoft. Fontilus heeft het gesprek gedeeltelijk opgenomen op zijn telefoon. Fontilus verklaart, kort samengevat en voor zover van belang, het volgende (en heeft ter zitting te kennen gegeven dat hij bij zijn verklaring blijft):

‘(...)
Dit gesprek ging voornamelijk over een brief die Betsoft aan Bubble Group B.V. had gestuurd inzake inbreuk op de intellectuele eigendomsrechten van Betsoft. Meer in het bijzonder zou het gaan om een “expandicon-effect” (expadite) welke door Bubble Group B.V. zou zijn gekopieerd. De heer Raviv legde mij uit dat dit een bepaalde vergroting van icoontjes pijnen een spel betreft en dat hij van mening was dat Stijn Flapper dit niet had gekopieerd. Een zekere “Michael”, zijn businesspartner (waarvan ik later begreep dat deze “Michael Basil” heet), zou zijn stellingen niet kunnen bewijzen en de klanten van

Bubble Group B.V. slechts schriftelijk blijven benaderen omdat hij jaloers is op het succes van (de ondernemingen van) Stijn Flapper.

Gezien het mijn eerste werkdag betrof en niets wilde missen, heb ik op dat moment besloten de rest van het gesprek op te nemen op mijn telefoon.

Gedurende de rest van het gesprek gaf dhr. Raviv meermaals aan dat hij de mening van zijn businesspartner totaal niet deelt. Sterker nog, dhr. Raviv was ervan overtuigd dat er geen patent kan worden gevestigd op het vergroten van icoontjes, laat staan een wereldwijd patent binnen de internetomgeving waar het een dergelijk onderdeel van een spelletje betreft (...).

(...)

(...). Eén voorbeeld van het voornoemde gesprek tussen dhr. Raviv en ondergetekende:

Dhr. Raviv (min. 14.45): "But I really feel that a normal judge should dismiss this case ant that's it. Do you really think this would reach the court at all? I say no."

Ondergetekende (min. 15.03): "Why?"

Dhr. Raviv (min. 15.09): "Because I don't think you can have a patent on such a feature of a game. Especially, and I can show you, there are fifty companies that do the same."

(...)

4.39. Deze drie verklaringen geven sterke aanwijzingen dat men op het hoogste niveau bij Betsoft wel degelijk heeft beseft dat Betsoft ten onrechte een beroep deed op het auteursrecht. Betsoft heeft in reactie op deze voor de hand liggende conclusie van Bubble gesteld dat Raviv de zaak met Bubble minnelijk wilde schikken en dat hij daarom heeft gezegd dat hij de zaak niet voor de rechter zou willen brengen. De voorzieningenrechter maakt uit de verklaringen echter op dat Raviv het - juiste - idee had dat zijn onderneming Betsoft geen rechtmatig beroep op het auteursrecht in verband met het zoomeffect zou kunnen doen. Dat Raviv geen deskundige is op het gebied van auteursrecht en octrooirecht is hierbij niet van belang. Het gaat om de vraag of Betsoft in redelijkheid heeft kunnen menen dat zij een beroep op het auteursrecht kon doen en in dat verband of het Betsoft vrij stond derden erop te attenderen dat zij inbreuk maakten op haar rechten. Gelet op het door vier verschillende personen op drie verschillende tijdstippen van Raviv vernomen standpunt hierin, is voldoende aannemelijk dat in ieder geval één van de eigenaren van Betsoft niet overtuigd was van de rechtmatigheid van het wapperen.

4.40. Op grond van hetgeen hierboven is overwogen kan de vordering onder a. worden toegewezen, voor zover het gaat om het "wapperen" met auteursrecht. Aan het verbod worden geen verdere clausules verbonden. De voorzieningenrechter heeft geen behoefte aan onafhankelijk in Nederland verricht onderzoek om in volle overtuiging een ongeclausuleerd wapperverbod te kunnen geven.

4.41. Dat Betsoft ook heeft "gewapperd" met een - al dan niet bestaand - octrooirecht is onvoldoende aannemelijk geworden. Mocht er na het aan het auteursrecht gerelateerd wapperverbod soortgelijke problematiek optreden met een beroep van Betsoft op een octrooi, dan kan Bubble dat zonodig in een nieuwe procedure aan de orde stellen. Deze beslissing heeft tot gevolg dat de ter zitting besproken vraag of de zaak vanwege het bepaalde in artikel 80 Rijksoctrooiwet 1995 naar de voorzieningenrechter in de rechtbank

's-Gravenhage moet worden verwezen in het midden kan blijven.

4.42. De vordering onder b. wordt afgewezen. Betsoft heeft bezwaar gemaakt tegen de toewijzing van het door Bubble gevraagde bevel de 'computer functionaliteit' af te geven. De term 'computer functionaliteit' kan van alles inhouden en toewijzing tot afgifte zal dan ook mogelijk tot executiegeschillen leiden. Wellicht dat in het kader van een nog te voeren bodemprocedure Bubble belang heeft bij de medewerking door Betsoft aan een deskundigenonderzoek waarbij Betsoft mogelijk inzicht zal moeten bieden in door haar gehanteerde softwarecodes, maar Bubble zal haar vordering in dat opzicht dan wel nader moeten specificeren en het lijkt daarbij ook redelijk te eisen dat gegevens van Betsoft slechts worden openbaard aan een onafhankelijke deskundige. Partijen zijn en blijven immers wel elkaars concurrenten. Art. 1019a lid 3 Rv. draagt de rechter op de vordering tot afgifte af te wijzen voor zover de bescherming van vertrouwelijke informatie niet is gewaarborgd. Overigens komt het de voorzieningenrechter voor dat Bubble vooral belang heeft bij toewijzing van het door haar onder a. gevorderde 'wapperverbod' om met een rechterlijk vonnis haar relaties gerust te kunnen stellen. Het praktisch belang van Bubble bij toewijzing van het onder b. gevorderde is mogelijk beperkt. Het gelijk van Bubble ligt er voorshands zo duimendik bovenop, dat zij zich wellicht de kosten en moeite van deskundig onderzoek kan besparen.

4.43. De vordering onder c. wordt toegewezen, in die zin dat aan het bevel onder a. de hierna te noemen dwangsom wordt verbonden.

4.44. In verband met het bepaalde in artikel 1019i Rv. wordt de redelijke termijn waarbinnen een bodemprocedure aanhangig moet worden gemaakt gesteld op zes maanden na de uitspraak van dit vonnis.

Proceskosten

4.45. Betsoft zal als de in overwegende mate in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. Bubble vordert onder d. Betsoft te veroordelen in de volledige proceskosten op basis van artikel 1019h Rv. Betsoft heeft aangevoerd dat artikel 1019h Rv. niet van toepassing is omdat dit artikel slechts ziet op (dreigende) inbreuken op intellectuele eigendomsrechten.

4.46. De voorzieningenrechter volgt hier Bubble want de zaak heeft overduidelijk IE-aspecten. Een groot deel van de beoordeling betreft immers de door Betsoft tegenover derden gestelde inbreuk door Bubble op een auteursrecht. Alleen de proceskosten die op het debat over die inbreuk betrekking hebben komen voor vergoeding in aanmerking komen volgens het regime van artikel 1019h Rv. Het gelijk van Bubble is slechts vastgesteld ten aanzien van de auteursrechtelijke kant. Zo is met betrekking tot het octrooi van geen wapperen gebleken en geen wapperverbod gegeven.

4.47. De voorzieningenrechter acht met inachtneming van het door het LOVC vastgestelde indicietarief, gelet op de moeilijkheidsgraad van de zaak en gelet op het aandeel van het intellectueel eigendomsrecht in deze zaak en de mate waarin Bubble terzake in het gelijk wordt gesteld, een bedrag van € 6.000,00 (exclusief BTW) redelijk en billijk. Dit bedrag zal dan ook worden toegewezen. Ten aanzien van de overige kosten zal het

gebruikelijke liquidatietarief worden toegepast. De kosten aan de zijde van Bubble worden begroot op:

- vast recht	€ 575,00
- salaris advocaat	€ 6.000,00 (m.b.t. de auteursrechtelijke aspecten)
- salaris advocaat	€ 816,00 (m.b.t. de overige kosten)
- dagvaarding	€ 76,17
Totaal	€ 7.467,17.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

5.1. beveelt Betsoft zich met onmiddellijke ingang te onthouden van iedere mededeling aan derden dat het gebruik van het dolly zoom effect, althans Expandicon effect, in de slotgames door Bubble inbreuk maakt op auteursrechten van Betsoft;

5.2. veroordeelt Betsoft tot betaling van een dwangsom van € 10.000,00 per dag of gedeelte van de dag dat Betsoft na betekening van dit vonnis in strijd handelt met het onder 5.1. genoemde bevel;

5.3. bepaalt de termijn waarbinnen op grond van artikel 1019 Rv een bodemprocedure aanhangig dient te worden gemaakt op zes maanden na heden;

5.4. veroordeelt Betsoft in de proceskosten, tot op heden aan de zijde van Bubble begroot op € 7.467,17;

5.5. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.6. wijst af het meer of anders gevorderde.

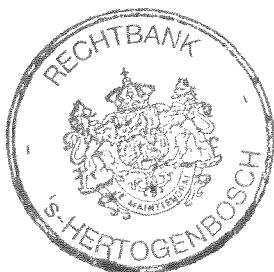
Dit vonnis is gewezen door mr. A.H.L. Roosmale Nepveu en in het openbaar uitgesproken op 9 juli 2012.

w.g. de griffier

w.g. de rechter

Voor eerste grosse

De griffier van de rechtbank 's-Hertogenbosch.



Memmo van der Donk
9 juli 2012