

ECLI:NL:GHSHE:2013:2993

Instantie	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak	09-07-2013
Datum publicatie	11-07-2013
Zaaknummer	HD 200.113.654-01
Rechtsgebieden	Intellectueel-eigendomsrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Wapperverbod in IE-zaak
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Afdeling civiel recht

zaaknummer HD 200.113.654/01

arrest van 9 juli 2013

in de zaak van

Digitus Limited, h.o.d.n. Betssoft Gaming Limited,
gevestigd te [vestigingsplaats], Cyprus,
appellante,
advocaat: mr. Ph.C.M. van der Ven te 's-Hertogenbosch,

tegen

Bubble Group B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats],
geïntimeerde,
advocaat: mr. M.A. Mak te Alkmaar,

op het bij exploit van dagvaarding van 3 augustus 2012 en nader bij exploit van 14 september 2012, ingeleide hoger beroep van het door de rechtbank 's-Hertogenbosch in kort geding gewezen vonnis van 9 juli 2012 tussen appellante – Betssoft – als gedaagde en geïntimeerde – Bubble – als eiseres.

1 Het geding in eerste aanleg (zaaknr. 246961/KG ZA 12-312)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis.

2 Het geding in hoger beroep

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep van 3 augustus 2012;
- het herstelexploit van 14 september 2012;
- de memorie van grieven met twee producties;
- de memorie van antwoord met zes producties;
- het pleidooi, waarbij partijen pleitnotities hebben overgelegd;
- de bij H12 formulier van 20 maart 2013 van de zijde van Betssoft in het geding gebrachte productie, een brief van [Consultancy] Consultancy van 18 maart 2013 met bijlage;
- het bij H12-formulier van 2 april 2003 van de zijde van Betssoft in het geding gebrachte

overzicht van gemaakte en verwachte kosten;

- het bij faxbericht van 3 april 2013 van de zijde van Bubble in het geding gebrachte overzicht van gemaakte en verwachte kosten.

Partijen hebben arrest gevraagd. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

3 De gronden van het hoger beroep

Voor de tekst van de grieven wordt verwezen naar de memorie van grieven.

4 De beoordeling

4.1. Zowel Betsoft als Bubble vervaardigen computerspellen. In dit geval gaat het om computerversies van de traditionele "fruitautomaten". Bij die automaten zijn er drie rollen met symbolen verticaal naast elkaar geplaatst. Deze rollen draaien en de speler kan elke rol laten stoppen. Heeft hij drie identieke symbolen op een rij, dan heeft hij prijs. In de computerversie worden de rollen - hier gaat het om vijf rollen - op het beeldscherm weergegeven.

Betsoft heeft daarbij het idee bedacht, althans op de markt geïntroduceerd, om bij een bepaalde winnende combinatie het desbetreffende symbool/de desbetreffende symbolen ("icons") vergroot ("expanded") weer te geven ten opzichte van de gelijkblijvende achtergrond. Het lijkt daardoor alsof op die symbolen wordt "ingezoomd" of dat deze dichterbij komen. Betsoft noemt dit het "Expandicon"- effect en de erachter liggende technologie de Expandicon-technologie. Zij maakt aanspraak op een auteursrecht op de broncode daarvan alsmede op de "look and feel" van dit effect, maar zij erkent dat op het idee als zodanig geen auteursrecht kan rusten. Zij bezit geen octrooi op dit effect; dit zou wel zijn aangevraagd.

Ook Bubble maakt in een of meer van haar computerspellen gebruik van een vergelijkbaar effect.

4.2. Bevoegdheid en toepasselijk recht

4.2.1. Bubble is in Nederland gevestigd, Betsoft op Cyprus. Dat roept vragen op naar de bevoegdheid van de Nederlandse rechter en het toepasselijke recht. Deze vragen gaan noodzakelijkerwijze aan een inhoudelijke beoordeling van de zaak vooraf.

4.2.2. Betsoft beticht Bubble van inbreuk op haar - kort samengevat - intellectuele eigendomsrechten hetgeen Bubble betwist. Die gestelde inbreuk vormt echter niet het onderwerp van deze procedure.

Betsoft heeft - het hof werkt dit verderop concreet uit - een aantal niet in Nederland gevestigde partijen benaderd, daarbij gesteld dat zij - Betsoft - een auteursrecht heeft en dat een bepaald door de door Betsoft aangeschreven partijen op de markt gebracht spel inbreukmakend zou zijn; het gaat daarbij uiteindelijk om door Bubble ontwikkelde spellen of spellen die een door Bubble ontwikkeld onderdeel bevatten, ook al wordt de naam van Bubble niet genoemd.

Betsoft heeft voor zover bekend tot op heden geen partijen in Nederland rechtstreeks in gelijke zin benaderd, althans niet schriftelijk.

4.2.3. Bubble stelt te vrezen dat Betsoft zich ook zal wenden tot bedrijven in de omgeving van haar, Bubble's, vestigingsplaats, [vestigingsplaats], in de omgeving van welke stad zich veel (potentiële) afnemers/klanten van Bubble bevinden. Zij heeft in kort geding een zogenaamd "wapperverbod" gevorderd, zijnde een tot Betsoft gericht verbod om zich tegenover derden erop te beroepen dat Bubble of haar licentienemers inbreuk maken op intellectuele eigendomsrechten van Betsoft. Daarbij heeft Bubble aangegeven zich ervan bewust te zijn dat een dergelijk wapperverbod slechts binnen de grenzen van Nederland gelding heeft, althans ten uitvoer kan worden gelegd.

4.2.4. Bubble stelt dat de Nederlandse rechter bevoegd is op grond van art. 5 lid 3 ExVo., en dat Nederlands recht toepasselijk is op grond van de artt. 4 en 6 van de Verordening (EG) 864/2007 van 11 juli 2007 (Rome II), omdat er sprake is van een reële dreiging dat Betsoft zich zal richten tot bedrijven in de omgeving van [vestigingsplaats], waar Bubble is gevestigd.

4.2.5. Betsoft betwist zulks en stelt dat aldus wel heel eenvoudig een bevoegdheid zou kunnen worden gecreëerd, door enkel te stellen dat er een dreiging als door Betsoft omschreven zou bestaan.

4.2.6. Art. 5 ExVo. aanhef en sub 3 houdt het volgende in:

*"Een persoon die woonplaats heeft op het gebied van een lidstaat, kan in een andere lidstaat voor de volgende gerechten worden opgeroepen:
(...)3. ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad: voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen."*

4.2.7. Het HvJ EG heeft in het Kalimijnenarrest (HvJ EG van 30 november 1976, NJ 1977/494), waarnaar partijen verwezen, duidelijk gemaakt dat de uitdrukking "*plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan*" aldus moet worden verstaan dat deze zowel doelt op de plaats waar de schade is ingetreden, als op de plaats van de veroorzakende gebeurtenis die aan de schade ten grondslag ligt.

- 4.2.8. In het *Marinari*-arrest (HvJ EG 19 september 1995, NJ 1997/52) en in het *Kronhofer-Maier* arrest (HvJ EG 10 juni 2004, NJ 2006/335) heeft het HvJ EG duidelijk gemaakt dat het begrip "*plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan*" niet ziet op de plaats waar de eiser stelt vermogensschade te hebben geleden als gevolg van een door hem geleden, in een andere EEX-staat ingetreden aanvankelijke schade, en ook niet op de plaats waar de eiser woont of waar zich het centrum van zijn vermogen bevindt op de enkele grond dat hij aldaar financiële schade heeft geleden die voortvloeit uit het in een andere EEX-staat ingetreden en door hem geleden verlies van onderdelen van zijn vermogen.
- 4.2.9. In art. 2 lid 3 Rome II wordt bepaald:
"3. In deze verordening wordt mede verstaan onder:
a) schadeveroorzakende gebeurtenis, de schadeveroorzakende gebeurtenis die zich dreigt voor te doen;
b) schade: de schade die dreigt te ontstaan."
- 4.2.10. Art. 4 lid 1 bepaalt:
"1.... het recht dat van toepassing is op een onrechtmatige daad [is] het recht van het land waar de schade zich voordoet, ongeacht in welk land de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan en ongeacht in welke landen de indirecte gevolgen van die gebeurtenis zich voordoen."
- 4.2.11. Uit de hiervoor geciteerde bepalingen van de ExVo. en Rome II blijkt dat het aldaar bepaalde niet enkel geldt voor schadebrengende feiten die zich reeds hebben voorgedaan en/of schade die reeds is ingetreden, maar ook voor toekomstige feiten en/of schades.
- 4.2.12. Het onderhavige geval kenmerkt zich erdoor, dat het gevorderde niet gebaseerd is op reeds geleden schade als gevolg van reeds verrichte handelingen, doch op de vrees voor te lijden schade als gevolg van nog te verrichten handelingen. Dat betekent dat voor de bevoegdheid en het toepasselijke recht de plaats van reeds verrichte handelingen en de plaats waar schade, al dan niet direct, is geleden, van ondergeschikt belang zijn. De vraag of en in hoeverre Bubble nadeel kan ondervinden van het wapperen met niet bestaande auteursrechten of inbreuken daarop tegenover partijen in het buitenland, en zo ja, of dat tot bevoegdheid van de Nederlandse rechter en toepasselijkheid van het Nederlandse recht zou leiden, behoeft dus geen beantwoording. De vordering van Bubble is immers daarop niet gericht. Bovendien heeft een wapperverbod territoriale – in dit geval tot Nederland beperkte – werking. De reeds verrichte handelingen, waar ook verricht, zijn dus vooral van belang voor zover zij de vrees voor "wapperen" in Nederland aannemelijk kunnen maken.
- 4.2.13. Onderzocht dient dus te worden of datgene wat Bubble stelt, en voldoende aannemelijk weet te maken, omtrent een dreigend toekomstig onrechtmatig wapperen door Betsoft in Nederland, tot bevoegdheid van de Nederlandse rechter en toepasselijkheid van het Nederlandse recht kan leiden. Dat betekent dat dient te worden beoordeeld de mate waarin die gestelde vrees een redelijke grond heeft en gedragen wordt door aannemelijk geworden feiten.
- 4.2.14. De in de laatste volzin van de voorgaande rechtsoverweging geformuleerde vraag is echter tevens voor de beoordeling van de materiële vraag - en dus voor toewijzing van de vordering - van belang.
- 4.2.15. Dit betekent dat bij de vraag naar de bevoegdheid en de vraag naar het toepasselijke recht enerzijds, en bij de vraag naar de toewijsbaarheid van de vordering anderzijds, grotendeels dezelfde vragen aan de orde komen. Zowel in verband met de bevoegdheid en het toepasselijke recht, als in verband met de toewijsbaarheid van de vordering (welke naar zijn aard enkel betrekking kan hebben op Nederland) , komt aan de orde of er een voldoende objectief te rechtvaardigen vrees bestaat dat Betsoft *in Nederland* dan wel tegenover in Nederland gevestigde relaties van Bubble zal gaan handelen als in de voorgaande rechtsoverweging omschreven.
 Daarbij geldt dat Betsoft de stelling van Bubble, inhoudende dat zij gevestigd is te [vestigingsplaats], dat in de omgeving van [vestigingsplaats] veel ICT-bedrijven zijn gevestigd en dat veel van de relaties van Bubble in de omgeving van [vestigingsplaats] zijn gevestigd, onvoldoende gemotiveerd heeft betwist. Dat zo zijnde heeft, indien de gegronde vrees als hiervoor omschreven aannemelijk is, Bubble een rechtens te respecteren belang bij een verbod als door haar gevorderd.
- 4.3. *Vergelijking uiterlijk beide spellen*
- 4.3.1. Het hof overwoog reeds dat de vraag of sprake is van inbreuk niet het onderwerp vormt van deze procedure. Het hof ontkomt er evenwel niet aan, reeds in het kader van de vordering en de beoordeling van de bevoegdheid en het toepasselijke recht, om daar toch kort op in te gaan. Immers enkel dan kan van ongeoorloofd wapperen - of de vrees daarvoor - sprake zijn, indien er geen auteursrecht bestaat en/of van inbreuk geen sprake is (afgezien van de vereiste verwijtbaarheid aan de zijde van de "wapperaar"). Daarbij zij uitdrukkelijk opgemerkt dat het gaat om voorlopige indrukken welke niet kunnen gelden als een definitief oordeel van de rechter omtrent het al dan niet bestaan van intellectuele eigendomsrechten en inbreuk daarop.
- 4.3.2. De voorzieningenrechter heeft overwogen dat het "Expandicon"-effect hem niet bijster "bijzonder" voorkomt. Naar het hof begrijpt heeft de voorzieningenrechter daarmee niet beoogd enige uitspraak te doen omtrent het kunstzinnig, artistiek of esthetisch karakter - welke in het kader van een auteursrecht (nagenoeg) niet relevant zijn - doch enkel omtrent de mate van creativiteit en de mate van oorspronkelijkheid welke in dat effect besloten lagen, en die kwesties zijn wel relevant.

- 4.3.3. Partijen zijn het erover eens dat het idee om de winnende iconen eruit te laten springen, naar voren te halen of daarop in te zoomen als zodanig mogelijk octrooieerbaar, maar auteursrechtelijk niet beschermbaar is. Ook zijn partijen het erover eens dat in de filmindustrie het effect om onafhankelijk van de achtergrond op een hoofdonderwerp in- of uit te zoomen (dan wel om juist op de achtergrond in- of uit te zoomen terwijl de focus op het hoofdonderwerp gelijk blijft) reeds vele decennia in zwang is. Tegen die achtergrond is het oordeel van de voorzieningenrechter dat het effect hem niet bijster bijzonder (in de zin van: oorspronkelijk) voorkomt, begrijpelijk en deelt het hof dat oordeel.
- 4.3.4. In de concrete vormgeving van dit effect valt er onderscheid te maken. Betsoft heeft in dat verband gesteld dat de concrete uitwerking van dit effect door Bubble veel te veel lijkt op de concrete uitwerking door Betsoft, maar veel verder dan in dat verband te reppen over de duur van het effect, de mate waarin het icoon wordt vergroot en dergelijke is zij niet gekomen. Uit overgelegde screenprints (of foto's van beeldschermen) blijkt echter dat juist op andere punten er grote verschillen zijn: figuren die niet alleen vergroot worden, maar uit het kader tuimelen, elkaar kussen, de speler lijken te bedreigen of wat dies meer zij. De vraag of de expanderende iconen al dan niet op de horizon blijven liggen valt daarbij in het niet.
- 4.3.5. Ook waar Betsoft het heeft over de "look and feel" heeft zij geenszins over het voetlicht weten te brengen in welk opzicht de software van Bubble te veel op die van Betsoft lijkt.
- 4.3.6. Het hof komt dan ook, evenals de voorzieningenrechter, tot het voorlopige oordeel dat van inbreuk doordat de effecten teveel op elkaar lijken, geen sprake lijkt te zijn; of en in hoeverre Betsoft ten aanzien van dit "Expandicon-effect" dan enig auteursrecht zou (kunnen) hebben is dan vooralsnog, in het kader van dit kort geding, niet meer relevant.

4.4. Broncode

- 4.4.1. Partijen zijn het er ook over eens dat op de broncode die aan de Expandicon ten grondslag ligt auteursrecht kan rusten en dat de drempel voor het aannemen van het bestaan van een auteursrecht op dergelijke broncode niet hoog is.
- 4.4.2. Betsoft heeft Bubble ervan beticht de broncode van Betsoft te hebben gebruikt of te hebben geplagieerd voor het ontwerpen van Bubble's zoom-effect. Betsoft heeft een en ander geïllustreerd aan de hand van een in haar opdracht door ABCitsupport - hierna: ABC - opgesteld rapport, welk rapport nader is beoordeeld door [deskundige 1.]. Bubble betwist niet de uitkomst van het onderzoek van ABC, maar wel de basis waarop dat onderzoek heeft plaats gevonden en stelt dat Betsoft zich aan manipulaties schuldig heeft gemaakt.
- 4.4.3. Het hof werkt dit nader uit. Bij pleidooi in eerste aanleg (pleitnota randnr. 29) heeft Betsoft gesteld haar auteursrechten - waarmee in het licht van het geschil bedoeld moet zijn: auteursrechten op het Expandicon-effect - te hebben geregistreerd, onder meer in de Verenigde Staten, ten bewijze waarvan zij als prod. 1 heeft overgelegd een email welke betrekking heeft of zou hebben op een uittreksel uit de catalogus van het Amerikaanse Library of Congress. Afzender is het Copyright Office van de Library of Congress.

Het uittreksel vermeldt als type: Computer File, registratienummer [registratienummer 1.], titel Expandicon, beschrijving: Electronic File (eService), auteursrechthebbende Betsoft Gaming Ltd, en als jaar van vervaardiging en publicatie 2009. Bijlagen zijn niet bijgevoegd.

Feitelijk kan hieruit niet meer worden afgeleid dan dat Betsoft in 2009 een computerwerk heeft vervaardigd en gepubliceerd, welk werk zij in 2011 in de VS heeft geregistreerd. Het is een elektronisch bestand en het is op 14 januari 2011 geregistreerd onder een bepaald nummer. Voor het overige blijkt uit dit stuk niets omtrent de inhoud van het gepretendeerde auteursrecht.

Bij deze prod. 1 van Betsoft waren geen bijlagen gevoegd. Het is overigens niet duidelijk of er wel bijlagen bij een dergelijk stuk bestaan, nu het kennelijk enkel een afgedrukt elektronisch uittreksel van een online catalogus betreft.

- 4.4.4. Als prod. 5 in eerste aanleg heeft Betsoft overgelegd een rapport van ABC van 1 september 2011. Het rapport telt in totaal 19 bladen, ongenummerd. Het hof nummert deze 1 tot en met 19, waarbij het voorblad ("similarity report") als pag. 1 telt. In dit rapport wordt een code die Betsoft op 30 augustus 2011 aan ABC ter beschikking heeft gesteld vergeleken met een code van een concurrerend spel, genaamd (kort gezegd): Dr. Magoo, welke code in april 2011 van een website van "Superiorcasino" is gehaald. Op bladen 7 en 8, betreffende de door Betsoft ter beschikking gestelde code, is een groot aantal regels gemarkeerd. Op bladen 11 en 12, betreffende Dr. Magoo, is eveneens een groot aantal regels gemarkeerd. Bij vergelijking zijn deze identiek of praktisch identiek. Op blad 14 en 15 worden de beide codes vergeleken waar het gaat om het daadwerkelijk groter worden van het icoon. Er bestaat grote gelijkenis tussen de beide codes. Op bladen 16 en 17 vindt een vergelijking op detailniveau plaats.
- 4.4.5. De conclusies van het rapport van ABC - p. 18 en 19 - luiden als volgt:

Findings

Code and logic comparison result.

The code is identical, using pixels to resize the image, an image that is being resized while keeping the proper size ratio.

Both are checking if the icon is on an edge and repositions it using elements.x and element.y if needed.

Both BSG (hof: Betsoft) and Rivals expanding icon logic is identical:

Resize the icon

Check if the icon is on an edge

Move icon if needed away from the edge to show the full expanded icon

Loops the code until the total expanded size is achieved.

Conclusion:

The resizing code is exactly the same.

The icon location manipulation is identical.

The expanding icon logic is identical.

The code is identical.

The resulting visual effect is identical.

- 4.4.6. De bevindingen zoals deze in het rapport zijn verwoord zijn, als gezegd, niet gemotiveerd door Bubble bestreden. Bubble heeft echter in reactie op het rapport gesteld dat de software (althans het deel daarvan dat het inzoomeffect betreft) welke van Betsoft afkomstig zou zijn (en waarmee Dr. Magoo is vergeleken) feitelijk in het geheel niet de software is welke aan het Expandicon-effect van Betsoft ten grondslag ligt.
- 4.4.7. Bubble stelt dat Betsoft een programma van Bubble - althans het op het inzoomeffect betrekking hebbende deel daarvan - heeft gedecompileerd en dát met Dr. Magoo heeft laten vergelijken. Het hof heeft zich vrij geacht om in dit verband Wikipedia (op de zoektermen "reverse engineering" en "decompiler") te raadplegen, niet bij wijze van bewijs, doch teneinde meer inzicht te verkrijgen omtrent datgene wat Bubble met "decompileren" bedoelt. *Reverse engineering is the process of discovering the technological principles of a device, object, or system through analysis of its structure, function, and operation. It often involves taking something (a ... computer program ...) apart and analyzing its workings in detail ... to try to make a new device or program that does the same thing without using or simply duplicating (without understanding) the original.* *... decompilers remain an important tool in software reverse engineering.* *The term decompiler is most commonly applied to a program which translates executable programs ... into source code ... which, when compiled, will produce an executable whose behavior is the same as the original executable program.*
- 4.4.8. Bubble stelt dat Betsoft, na een van Bubble's programma's te hebben gedecompileerd en de aldus verkregen code (van Bubble) te hebben verwerkt in een van haar (Betsofts) eigen spellen, dat aldus gemanipuleerde spel ten behoeve van onderzoek heeft aangeboden aan ABC. Het is weinig verbazingwekkend, aldus Bubble, dat vervolgens ABC tot de bevindingen als hiervoor omschreven is gekomen.
- 4.4.9. Bubble heeft een en ander nader onderbouwd met prod. 4 en 5 bij memorie van antwoord.
- 4.4.10. Prod. 4 betreft een fotokopie - het origineel is ter zitting door Bubble getoond - van een uittreksel van het Copyright Office van de Library of Congress, welk uittreksel dateert van 1 augustus 2012 en betrekking heeft op een werk genaamd Expandicon en geregistreerd is onder nummer [registratienummer 2.]. Voor het overige is niets vermeld omtrent datum van de registratie of de rechthebbende. Bij het uittreksel zijn gevoegd tien bladzijden computercode. In het origineel (dat wil zeggen: het originele uittreksel) worden die met het voorblad, door middel van een blauw lint dat is verzegeld verbonden. Betsoft heeft niet betwist dat dit de originele geregistreerde code betreft. Uit vergelijking van deze code met de gemarkeerde gedeelten op bladen 7 en 8 van het rapport van ABC blijkt dat het gaat om een geheel verschillende code. Betsoft heeft gesteld dat een dergelijke code in de praktijk verder wordt ontwikkeld.
- 4.4.11. Prod. 5 betreft een email van de advocaat van Bubble aan [werknemer van Digitain] van Digitain. De email van de advocaat luidt: *Vanuit Amerika hebben we een kopie ontvangen van de computer file die Betsoft bij het Library of Congress heeft gedeponereerd (bijlage). Betsoft heeft hiernaar verwezen in productie 1 van het kort geding (bijlage). Bas aan jou uiteraard het verzoek de bijlage te analyseren.*
- 4.4.12. Het antwoord van [werknemer van Digitain]: *Ik kan met zekerheid bevestigen dat deze code in de verste verte niet lijkt op iets dat wij in onze code gebruiken. Opmerkelijker vind ik overigens dat ook van de code uit het beruchte "vergelijking rapport", geen spoor terug te vinden is in dit uittreksel. Dus eigenlijk hebben ze ons nu voorzien van de bevestiging dat ze met het vergelijkingsrapport gerotzoid hadden. Is dat geen fraude?*
- 4.4.13. In dit verband dient tevens verwezen te worden naar prod. 9 bij inleidende dagvaarding, een brief van genoemde [werknemer van Digitain] van Digitain B.V. van 18 april 2012, luidende onder meer als volgt:

Digitain B.V. developed ... the zoom effect in de Sheriff Gaming slot machine games. I personally developed the zoom effect in September 2009. ... The zoom effect in the Sheriff Games is ... not based on the ideas of competitors in the gaming industry. ... When comparing the codes used by Betsoft and by Sheriff you and anyone will also see that it concerns two totally different products. The underlying functionalities must be totally different.

4.4.14. Sheriff is een handelsnaam van Bubble.

4.4.15. Ter voorbereiding op het pleidooi in hoger beroep heeft Betsoft nog toegezonden een brief van [Consultancy] Consultancy van 18 maart 2013. De brief luidt onder meer:

"U heeft mij gevraagd om te onderzoeken of de in het ABCitsupport rapport "Similarity Report between BSG and Rival slots game" gehanteerde onderzoeksmethode een goede of juiste methode is en de in dat rapport getrokken conclusies de juiste zijn."

4.4.16. Bij de brief is gevoegd een rapport van [deskundige 1.] en [deskundige 2.], waarvan de conclusies onder meer luiden als volgt:

"De herkomst noch aanmaakdatum van de twee broncodefragmenten in het rapport zijn door ons onderzocht.

De in het ABC gehanteerde onderzoeksmethode is een goede methode om broncode beschikbaar te maken en te onderzoeken. De conclusies betreffende de twee in het rapport weergegeven broncodefragmenten en de vergelijking daarvan zijn correct.

De in het rapport weergegeven broncode is identiek. Het is zeer onwaarschijnlijk dat twee programmeurs onafhankelijk van elkaar exact dezelfde broncode zouden kunnen schrijven."

4.5. *Bevindingen van het hof met betrekking tot de broncode*

4.5.1. Wat het ABC-rapport betreft:

Nergens blijkt uit wie of wat ABC is. In het rapport wordt geen enkele naam van een persoon, die het onderzoek heeft uitgevoerd, genoemd. Geen enkele informatie is verstrekt omtrent de achtergrond en/of deskundigheid van de rapporteur. Of de rapporteur enige relatie heeft tot Betsoft is niet bekend gemaakt. Het is niet eens bekend of er een organisatie, genaamd ABCitsupport, bestaat.

4.5.2. Wat het rapport van [Consultancy] Consultancy betreft:

Hieruit blijkt dat het onderzoek door ABC correct is uitgevoerd en dat de juiste conclusies zijn getrokken, maar het rapport-[deskundige 1.] maakt een belangrijk voorbehoud, te weten dat de herkomst van de beide broncodefragmenten niet is onderzocht. En juist daarop is het verweer van Bubble gericht.

4.5.3. Uit de vergelijking van de broncode, behorende bij het door Bubble overgelegde uittreksel betreffende registratienummer [registratienummer 3.], met de broncode zoals ABC die van Betsoft ter bestudering aangeleverd heeft gekregen, blijkt dat de laatste in niets lijkt op de eerste.

Wat de herkomst is van het door Betsoft aan ABC aangeleverde broncodefragment is aldus onduidelijk. Of dit is verkregen op een wijze als door Bubble gesteld staat niet vast, maar dat is ook niet nodig. Volstaan kan worden met de constatering dat Betsoft, zie zich beriep op haar broncode zoals geregistreerd onder nummer [registratienummer 3.], kennelijk niet die broncode, doch een andere broncode aan ABC ter beoordeling heeft voorgelegd.

Dat betekent dat het rapport van ABC, en daarmee ook dat van [deskundige 1.], op drijfzand berust en het is - minst genomen - zeer aannemelijk dat Betsoft dat, zoals Bubble ook stelt, heeft geweten.

4.5.4. Betsoft heeft niet gemotiveerd betwist dat zij aan ABC ter vergelijking een broncodefragment ter beschikking heeft gesteld, en dat heeft gepresenteerd als haar originele broncode, zulks terwijl dit in feite was verkregen door decompilatie van juist de volgens Betsoft inbreukmakende software.

4.5.5. Het is dan inderdaad, zoals Bubble stelt, niet verbazingwekkend dat in zo'n situatie een deskundige zal merken dat aan het zoomeffect in beide spellen dezelfde broncode ten grondslag heeft gelegen.

4.5.6. Betsoft heeft hierop enkel gereageerd met de opmerking dat door de ontwikkelingen die broncodes snel wijzigen. Wat daarvan zij, de onvoldoende gemotiveerd betwiste opmerkingen van Bubble hebben tot gevolg dat het rapport van ABC op geen enkele wijze als ondersteuning voor Betsofts stellingen kan gelden.

4.5.7. Mitsdien is er zelfs geen begin van bewijs aanwezig dat met de spellen van Bubble inbreuk wordt gemaakt op de broncode van Betsoft.

4.6. *Concrete acties van Betsoft*

4.6.1. Voor de concrete acties van Betsoft welke Bubble aan haar vordering ten grondslag verwijst het hof naar producties 5 tot en met 8 bij de inleidende dagvaarding. Het betreft de diverse brieven welke Betsoft - telkens door een andere advocaat - heeft gezonden aan partijen die beweerdelijk inbreukmakende spellen, afkomstig van Sheriff (een handelsnaam van Bubble) ter beschikking van klanten zouden stellen.

4.6.2. Bubble heeft onweersproken gesteld dat Betsoft nimmer, nadat de door Betsoft aangesproken partijen hadden verzocht om een nadere onderbouwing van de claim, haar auteursrechten (of andere intellectuele eigendomsrechten) nader heeft onderbouwd, evenmin als zij gestelde inbreuken nader heeft onderbouwd dan wel (afgezien van genoemd verzoek tot het houden van een voorlopig getuigengehoor) een door Betsoft van inbreuk betichte partij in rechte heeft betrokken.

4.6.3. Bij dit alles geldt dat Betsoft in redelijkheid niet kon menen dat Bubble inbreuk maakt op aan Betsoft toebehorende auteursrechten, doch dat zulks Betsoft kennelijk niet

weerhoudt van handelingen als hiervoor omschreven.

4.7. *Gevolgen van de handelwijze van Betsoft voor de door Bubble gestelde gegronde vrees*

4.7.1. Bij de beoordeling van de door Bubble gestelde vrees kan mitsdien van het volgende worden uitgegaan.

- Er zijn, vooralsnog, onvoldoende aanwijzingen voorhanden dat aan het Expandicon-effect van Betsoft auteursrechtelijke bescherming toekomt.
- Ook als dit anders is zijn er, vooralsnog, geen aanwijzingen voorhanden dat er - wat het uiterlijk betreft - sprake is van inbreuk, gepleegd door of met van Bubble afkomstige spellen, op een auteursrecht (betreffende het Expandicon-effect en de concrete uitwerking daarvan) van Betsoft.
- Van inbreuk, gepleegd met software van Bubble, op de (op het Expandicon-effect betrekking hebbende) broncode van Betsoft is niet gebleken.
- Betsoft weet dat er van zodanige inbreuk op de broncode geen sprake is.
- Betsoft legt willens en wetende aan de rechter rapporten voor waaraan gemanipuleerde uitgangspunten ten grondslag liggen.
- Betsoft geeft er blijk van bereid te zijn om derden te benaderen met de stelling dat met van Bubble afkomstige computerspellen inbreuk wordt gemaakt op intellectuele eigendomsrechten van Betsoft, terwijl Betsoft weet dat ofwel van zodanig intellectueel eigendomsrecht, ofwel van inbreuk daarop geen sprake is. Het hof verwijst naar het door Betsoft zelf aangehaalde citaat (mvg sub 23) uit het arrest HR 29 september 2006, LJN AU6098 (Stork-Bakels).
- Bubble schrijft waar ook ter wereld, met het inschakelen van waar ook ter wereld kantoorhoudende advocaten, andere partijen aan en beticht deze van auteursrechtinbreuk als het gaat om spellen welke qua effect ook maar in de buurt komen van Betsofts eigen inzoomeffect, zonder haar eigen acties te vervolgen en zonder te reageren op verzoeken van de aangeschreven partijen om toelichtingen waaruit van het bestaan van het auteursrecht van Betsoft en/of de inbreuk door van Bubble afkomstige spellen kan blijken

4.7.2. Naar het oordeel van het hof bestaat er - in algemene zin - voldoende gegronde vrees dat Betsoft op enig moment (andere) relaties van Bubble zal gaan benaderen met de stelling dat Bubble inbreuk maakt op enig intellectueel eigendomsrecht van Betsoft met als mogelijk gevolg dat die relaties kopschuw geraken om verder met Bubble in zee te gaan, tot nadeel van Bubble.

4.7.3. Daarenboven geldt dat, nu Betsoft kennelijk bereid is om dit waar ook ter wereld te doen en nergens uit blijkt dat zij bewust Nederlandse relaties van Bubble zou ontzien - het gegeven dat zij in Nederland een voorlopig getuigenverhoor heeft willen entameren duidt veeleer op het tegendeel - reeds daarin een objectief voldoende gegronde vrees besloten ligt dat Betsoft dit in voorkomend geval ook in Nederland zal doen. Dat gegeven wordt versterkt door de omstandigheid, hiervoor reeds uitgewerkt, dat Betsoft in een in Nederland gevoerde procedure, en dus in Nederland, klaarblijkelijk zonder enige aarzeling een rapport in het geding brengt terwijl Betsoft weet dat de grondslag waarop het rapport berust gemanipuleerd is. Het gegeven dat - als hiervoor overwogen - vast staat dat de bedrijfsactiviteiten van Bubble en haar belangrijkste relaties in (Zuid-) Nederland kunnen worden gesitueerd, kan voor Betsoft een extra aanleiding opleveren om juist daar te gaan wapperen.

4.7.4. Het hof komt dus tot de slotsom dat er een voldoende geobjectieerde dreiging bestaat dat Betsoft ook in Nederland op onrechtmatige wijze, gericht tegen Bubble, met een auteursrecht en een gestelde inbreuk daarop zal gaan wapperen.

4.7.5. Ten eerste betekent dit dat Nederland aangemerkt kan worden als de plaats waar het schadebrengend feit zich kan voordoen (Art. 5 lid 3 EXVo) en als de plaats waar de schade dreigt te ontstaan (art. 4 lid 1 jo. art. 2 lid 3 aanhef en onder b) Rome II), zodat de Nederlandse rechter bevoegd en het Nederlandse recht van toepassing is.

4.7.6. Ten tweede betekent dit dat nu de door Bubble gestelde vrees voldoende aannemelijk is geworden, een ordemaatregel als door haar gevorderd op zijn plaats is.

4.8. *De grieven*

4.8.1. Grief 1 heeft betrekking op de bevoegdheid. In het vorenoverwogene ligt besloten dat deze grief ongegrond is.

4.8.2. Grief 2 stelt aan de orde dat de voorzieningenrechter een verbod met een grensoverschrijdend karakter heeft gegeven.
Dit is onjuist. De voorzieningenrechter heeft zich hierover niet uitgelaten. Naar zijn aard strekt de veroordeling zich enkel uit over Nederland; daarover zijn partijen het eens. Het hof acht het evenwel dienstig om - zonder dat dit tot vernietiging leidt - een en ander expliciet te vermelden.

4.8.3. Grief 3 betreft de aankondiging dat tegen de directeur [directeur van Sheriff Gaming] van Sheriff Gaming een voorlopig getuigenverhoor zou worden geëntameerd. De grief miskent dat, ook al is het verzoeken van een voorlopig getuigenverhoor op zichzelf niet onrechtmatig, het hierbij gaat om een handeling, welke gezien dient te worden in het licht van de andere handelingen van Betsoft, gericht tegen Bubble. Dat is wat de voorzieningenrechter heeft gedaan.

4.8.4. Grief 4 betreft het toepasselijke recht en faalt, naar hiervoor reeds is overwogen.

4.8.5. Grief 5 betreft de vraag of de voorzieningenrechter het juiste criterium voor het opleggen van een wapperverbod heeft aangelegd. Uit het voorgaande volgt dat de gebleken feiten een wapperverbod rechtvaardigen, zodat de grief faalt.

4.8.6. Grief 6 betreft de vraag of de Expandicontechnologie of de uitwerking daarvan auteursrechtelijk beschermd is.

Het hof is hierop niet uitgebreid ingegaan. In r.o. 4.3.3 ligt besloten dat indien en voor zover op de uitwerking (de broncode buiten beschouwing gelaten) auteursrecht zou rusten, het naar het voorlopig oordeel van het hof gaat om een auteursrecht met een beperkte omvang. In r.o. 4.3.4 en 4.3.5 ligt besloten dat - mede gelet op de beperkte beschermingsomvang - van inbreuk onvoldoende is gebleken.

Grief 6 leidt dus niet tot vernietiging van het vonnis.

4.8.7. Grief 7 heeft betrekking op het oordeel van de voorzieningenrechter dat één van de eigenaren van Betsoft niet overtuigd was van de rechtmatigheid van het wapperen. Wat hiervan zij, in de opzet van het hof zoals hiervoor weergegeven speelt de mening van mede-eigenaren van Betsoft geen enkele rol. Deze grief leidt reeds daarom niet tot vernietiging van het vonnis.

4.8.8. Grief 8 stelt aan de orde dat van enige schade door Bubble niet is gebleken en dat Bubble daarvoor ook onvoldoende heeft gesteld. Het gaat echter niet alleen om schade, maar ook om dreigende schade als Betsoft ook in Nederland zou gaan wapperen met onbewezen inbreuken op een onbewezen intellectueel eigendomsrecht. Die dreigende schade is voldoende aannemelijk geworden (mogelijk gevolg dat relaties van Bubble kopschuw geraken om verder met Bubble in zee te gaan)

4.8.9. Met grief 9 brengt Betsoft haar recht op vrije meningsuiting in stelling. Dat recht heeft Betsoft en verdient bescherming maar niet onbeperkt. Indien en voor zover tegen beter weten in ten nadele van anderen - en enkel ter bevordering van eigen belangen, niet ter bevordering van enig vermeend algemeen belang - willens en wetens onjuiste opmerkingen tegen derden worden gemaakt, heeft de benadeelde het recht zich daartegen teweer te stellen. Dat kan niet afstuiten op het recht op vrije meningsuiting.

4.8.10. Grief 10 betreft de proceskosten. De grief betreft de beslissing Betsoft in de kosten te veroordelen en is niet specifiek gericht tegen toepassing van art. 1019h Rv., ook al had Betsoft in eerste aanleg wel aangevoerd dat dit artikel niet van toepassing was, hetgeen de voorzieningenrechter heeft verworpen bij r.o. 4.46. Tegen die overweging is echter geen grief gericht. Nu Betsoft ook wat het hof betreft als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij heeft te gelden, faalt grief 10.

4.8.11. Grief 11 is een veeggrief die geen afzonderlijke bespreking behoeft.

4.9. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd met veroordeling van Betsoft in de kosten van de procedure in hoger beroep.

4.9.1. Het hof verwijst naar de arresten HvJ EU van 15 november 2012 (Bericap-Plastinnova), Gerechtshof Den Haag 29 maart 2011, LJN BP9443 r.o. 8.6, en Gerechtshof Den Haag 26 februari 2013, LJN BZ1902. In het onderhavige geval is niet aan de orde een door de rechthebbende ingestelde vordering op basis van een beweerde auteursrechtinbreuk, doch een verbod, gevorderd op grond van de stelling dat de wederpartij ten onrechte een auteursrecht en een inbreuk daarop in stelling brengt. Dat valt binnen de reikwijdte van de omschrijving van art. 1019h Rv., zodat een volledige proceskostenveroordeling op zijn plaats is. Overigens vorderen beide partijen over en weer veroordeling in de proceskosten op basis van genoemd artikel.

4.9.2. De advocaat van Bubble heeft declaraties ingediend. Deze belopen (voor mr. Mak en mr. Stolwerk een bedrag van € 7.375,- excl. kantoorkosten, alles tot en met februari 2013. Voor de maanden maart en april 2013 heeft de advocaat een declaratieadvies ingediend groot € 5.505,- Voor de afwerking van de zaak worden nog vijf uren à € 300,- begroot, dus € 1.500,-).

Samen € 14.380,-, te vermeerderen met 5 % kantoorkosten maakt € 15.099, afgerond op € 16.000,-. Al deze bedragen luiden exclusief btw. Alle betrokken partijen zijn ondernemers. Door Bubble is niet uitgelegd waarom zij recht zou hebben op vergoeding van btw (zie richtlijn indicatietarieven in IE-zaken, nr. 5). De hoogte van de kosten is niet gemotiveerd betwist.

5 De uitspraak

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

verstaat dat de in het beroepen vonnis in het dictum onder 5.1 geformuleerde bevel gelezen dient te worden aldus, dat het aldaar gegeven bevel slechts betrekking heeft op het doen van uitlatingen tegenover derden welke in Nederland gevestigd zijn dan wel in hoofdzaak hun commerciële activiteiten in Nederland ontplooien;

veroordeelt Betsoft in de kosten van het geding, aan de zijde van Bubble begroot op € 666,- aan verschotten en € 16.000,- voor salaris advocaat;

verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.M. Brandenburg, P.M. Huijbers-Koopman en M.A. Wabeke en is

in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 9 juli 2013.