

# AFSCHRIJF

zaaknummer 200.002.363/01 KG  
14 juli 2009

## GERECHTSHOF TE AMSTERDAM

VIERDE MEERVOUDIGE BURGERLIJKE KAMER

### ARREST

in de zaak van:

1. de rechtspersoon naar het recht van de plaats van haar vestiging VISIONVALE LTD., gevestigd te Nicosia, Cyprus,
2. de rechtspersoon naar het recht van de plaats van haar vestiging BURUT CO., gevestigd te Voronezh, Russische Federatie,

APPELLANTEN,

vertegenwoordigd door mr. I.M.C.A. Reinders Folmer, advocaat te Amsterdam,

t e g e n

de naamloze vennootschap PLAYLOGIC INTERNATIONAL N.V.,  
gevestigd te Amsterdam,

GEÏNTIMEERDE,

vertegenwoordigd door mr. F.A. Dijkstra, advocaat te Utrecht.

1. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna Visionvale cs en Playlogic genoemd.  
Appellanten worden afzonderlijk aangeduid met Visionvale en Burut.

zaaknummer 200.002.363/01 KG

Bij dagvaarding van 5 november 2007 zijn Visionvale cs in hoger beroep gekomen van het vonnis dat de voorzieningenrechter in de rechtbank te Amsterdam in het kort geding tussen partijen (Playlogic als eiseres en Visionvale cs als gedaagden) onder zaak-/rolnummer 379428 / KG ZA 07-1768 OdC/EH heeft gewezen en dat is uitgesproken op 11 oktober 2007.

Visionvale cs hebben bij memorie vijf grieven voorgesteld, bescheiden in het geding gebracht en geconcludeerd dat het hof bij arrest het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en opnieuw rechtdoende de vordering van Playlogic alsnog zal afwijzen, met veroordeling van Playlogic in de werkelijke kosten van het geding in beide instanties, subsidiair tot vergoeding van de geliquideerde proceskosten.

Daarop heeft Playlogic geantwoord, de grieven bestreden, eveneens bescheiden in het geding gebracht en geconcludeerd, dat het hof het vonnis waarvan beroep zal bekrachtigen en Visionvale cs zal veroordelen in de werkelijke kosten van het hoger beroep, met wettelijke rente vanaf de veertiende dag na betekening van het arrest.

Visionvale cs hebben zich bij akte uitgelaten over de bij memorie van antwoord overgelegde bescheiden.

Partijen hebben de zaak schriftelijk doen bepleiten, Visionvale cs door mr. J.J. van der Groen, advocaat te Soest, en Playlogic door zijn hiervoor vermelde advocaat, door overlegging van pleitnotities. Visionvale cs hebben bij die gelegenheid nog bewijsstukken overgelegd.

Ten slotte hebben partijen recht gevraagd op de stukken van beide instanties.

2. Griev

Voor de grieven verwijst het hof naar de memorie van grieven.

3. Feiten

De voorzieningenrechter heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.7 een aantal feiten tot uitgangspunt genomen. Daaromtrent bestaat tussen partijen geen geschil, zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan.

4. Beoordeling

- 4.1 a) Visionvale en Burut zijn ontwikkelaars van computerspelen. Playlogic is uitgever van computerspelen. Partijen hebben op 11 mei 2005 een overeenkomst (hierna: de Overeenkomst) gesloten met betrekking tot de ontwikkeling en uitgave van het spel "Sparta - Ancient Wars".
- b) Playlogic heeft een overeenkomst gesloten met Eidos Interactive Ltd. (hierna: Eidos), gevestigd in het Verenigd Koninkrijk. Op grond van deze overeenkomst brengt Eidos in verschillende landen het spel op de markt en dient zij de daarvoor ontvangen royalty's aan Playlogic af te dragen.
- c) Visionvale cs hebben de software voor het spel in delen ontwikkeld en opgeleverd aan Playlogic. De laatste, zogenaamde "Milestone", is op 13 maart 2007 opgeleverd en door Playlogic goedgekeurd.
- d) Op 13 maart 2007 heeft Visonvale in verband met de oplevering van de laatste "Milestones" van de software een bedrag van € 297.500,-- aan Playlogic gefactureerd. Op grond van artikel 8.1.2 van de Overeenkomst is de betalingstermijn van deze factuur

tien dagen.

e) Visonvale heeft bij brief van 20 april 2007, gericht aan Playlogic Entertainment Inc. (de Amerikaanse moedermaatschappij van Playlogic) en gezonden aan het adres van Playlogic, het volgende geschreven:

*"By this letter companies Visionvale, Ltd. and Burut Co. officially inform about your breach of Software Development Agreement signed between Visionvale, Ltd., Burut Co., on the one side, and Playlogic Entertainment Inc., on the other side, on 11th May, 2005.*

*According to the clause 8.1.2 of this Agreement "all sums to be paid by PLAYLOGIC to DEVELOPER pursuant to the Milestone and upon receipt of a corresponding invoice from DEVELOPER within 10 calendar days of receipt of the invoice from DEVELOPER". On 13<sup>th</sup> March, 2007 Visionvale, Ltd. sent to Playlogic Entertainment Inc. the invoice 02-2007/PL in accordance with the terms of this Agreement. But this invoice was never paid and all our reminders (of 29<sup>th</sup> March, 2007, 6<sup>th</sup> April, 2007 and 19<sup>th</sup> April, 2007) were ignored.*

*We consider such behaviour as material breach of Software Development Agreement. In accordance with the clause 13.2 the Software Development Agreement:*

*"Either party shall be entitled to terminate the Agreement forthwith by written notice to the other in the event, the other party commits a breach of the Agreement and, in the case of a breach capable of remedy, if such party fails to remedy the breach within thirty (30) days after receipt of a written notice from the other giving full particulars of the breach and requiring to be remedied".*

*If Playlogic Entertainment Inc. fails to remedy the*

*breach within thirty (30) days after receipt of this written notice Software Development Agreement shall be immediately terminated with effect about the rights regarding the game "Sparta".*

f) Playlogic heeft op 25 mei 2007 een betalingsregeling voorgesteld en ondertekend, maar over een regeling is tussen partijen geen overeenstemming bereikt. Playlogic heeft de factuur niet voldaan.

g) Visionvale cs hebben bij brief van 1 juni 2007, gericht aan Playlogic Entertainment Inc. en gezonden aan het adres van Playlogic, onder verwijzing naar de brief van 20 april 2007 geschreven:

*"By this letter companies Visionvale, Ltd. and Burut Co. officially confirm that Software Development Agreement signed between Visionvale, Ltd., Burut Co. on the one side, and Playlogic Entertainment Inc., on the other side, on 11<sup>th</sup> May, 2005, is terminated since 1<sup>st</sup> June, 2007."*

h) Visionvale cs hebben op 30 augustus 2007 aan distributeurs van het spel, waaronder Eidos, geschreven dat de Overeenkomst met Playlogic met ingang van 1 juni 2007 is geëindigd en alle rechten op het spel weer bij Visionvale cs berusten.

i) Playlogic heeft als eiseres in eerste aanleg gevorderd - kort gezegd - dat het Visionvale cs wordt verboden uitlatingen te doen die ertoe strekken dat zij de rechten op het spel bezitten, dat Visionvale cs wordt gelast alle reeds gedane uitlatingen met die strekking te rectificeren en dat het Visionvale cs wordt verboden het spel te exploiteren, alles op straffe van verbeurte van een dwangsom.

- 4.2 De voorzieningenrechter heeft in het bestreden vonnis tot uitgangspunt genomen dat Playlogic in gebreke is gebleven met de verschuldigde betaling op grond van de Overeenkomst. Het verweer van Playlogic, dat de brief van 20 april 2007 waarmee zij in gebreke is gesteld niet aan artikel 16.2 van de Overeenkomst voldoet, omdat de brief niet aangetekend is verzonden en niet is geattendeerd aan Playlogic maar aan haar moederverenootschap, heeft de voorzieningenrechter verworpen. Hierna zal het hof in het kader van de bespreking van grief II op dit verweer van Playlogic terugkomen.
- 4.3 De voorzieningenrechter heeft vastgesteld dat op grond van artikel 5.1 van de Overeenkomst de auteursrechten van het spel door Visionvale cs (geleidelijk) zijn overgedragen aan Playlogic en dat Playlogic als de rechthebbende op de auteursrechten moet worden aangemerkt. Tegen dit oordeel is grief I aangevoerd.
- 4.4 In het bestreden vonnis heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat in dat stadium geen antwoord kon worden gegeven op de vraag of de Overeenkomst rechtsgeldig is beëindigd door Visionvale cs. De voorzieningenrechter heeft tot uitgangspunt genomen dat de brief van 20 april 2007 Playlogic nog een termijn van dertig dagen bood, zodat zij niet eerder dan na afloop van die termijn in verzuim kon zijn. Als Visionvale cs daarom al vóór het verstrijken van die termijn klanten van Playlogic zouden hebben aangeschreven met de mededeling dat zij als rechthebbende op de auteursrechten moet worden beschouwd, zouden Visionvale cs eerder in verzuim zijn geweest dan Playlogic, zodat dit volgens de voorzieningenrechter aan ontbinding van de Overeenkomst in de weg zou hebben gestaan. De beantwoording van de feitelijke

vraag of en wanneer Visionvale cs de gewraakte aanschrijvingen hebben gedaan als door Playlogic gesteld en Visionvale cs betwist, vereist volgens de voorzieningenrechter een nader onderzoek, waartoe het kort geding zich niet leent. Tegen deze overwegingen van de voorzieningenrechter richt zich grief II.

- 4.5 In rov. 4.4 heeft de voorzieningenrechter overwogen dat ook als moet worden aangenomen dat de Overeenkomst rechtsgeldig is ontbonden, dat niet meebrengt dat de auteursrechten automatisch naar Visionvale cs zijn teruggekeerd. Niet voldaan is aan de twee vereisten die artikel 13.2.2 van de Overeenkomst stelt, namelijk dat Visionvale cs een nieuwe uitgever voor het spel hebben gevonden en terugbetaling aan Playlogic heeft plaatsgevonden. Verder staat volgens de voorzieningenrechter aan de automatische terugkeer van de auteursrechten in de weg dat de Overeenkomst niet als een tot overdracht bestemde akte als bedoeld in artikel 2 lid 2 van de Auteurswet 1912 kan worden beschouwd. Grief III ziet op dit oordeel.
- 4.6 Grief IV bouwt op de voorgaande grieven voort en richt zich tegen de conclusie van de voorzieningenrechter dat Playlogic de rechthebbende is op de auteursrechten en Visionvale cs haar medelingen aan afnemers moet staken en rectificeren. Ten slotte keert grief V zich tegen de proceskostenveroordeling.
- 4.7 Buiten geschil is dat de betalingstermijn van de factuur van 13 maart 2007 op grond van artikel 8.1.2 van de Overeenkomst tien dagen bedraagt en geen betaling door Playlogic binnen deze termijn heeft plaatsgevonden. Het niet voldoen van de factuur gaf Visionvale cs het recht de Overeenkomst te beëindigen

op grond van, en met inachtneming van de voorwaarden van artikel 13.2 van de Overeenkomst.

- 4.8 De brief van 20 april 2007 van Visionvale cs voldoet aan de voorwaarden die artikel 13.2 van de Overeenkomst aan de beëindiging van de Overeenkomst stelt, daaronder begrepen dat Playlogic nog een laatste termijn van dertig dagen is gegund de factuur alsnog te voldoen. Nu nakoming binnen deze termijn uitbleef, had Visionvale cs het recht de Overeenkomst vervolgens als beëindigd te beschouwen, althans met onmiddellijke ingang te beëindigen.
- 4.9 Aan het voorgaande kan niet afdoen dat de brief van 20 april 2007 weliswaar is gezonden aan het adres van Playlogic te Amsterdam, maar is gericht aan Playlogic Entertainment Inc, de Amerikaanse moeder van Playlogic en bovendien niet persoonlijk is overhandigd, of per fax en aangetekende post is toegezonden, zoals artikel 16.2 van de Overeenkomst voorschrijft. W.M. Smit heeft als directeur van Playlogic een concept voor een betalingsregeling d.d. 25 mei 2007 opgesteld en ondertekend waarin in de Preambule onder 2 staat vermeld:
- "On 20<sup>th</sup> April, 2007 DEVELOPER sent to PLAYLOGIC Notice about termination of the Agreement because of material breach of the Agreement by PLAYLOGIC."*
- Hieruit, en uit de in de procedure overgelegde (e-mail)correspondentie, blijkt naar het voorlopig oordeel van het hof genoegzaam dat Playlogic de brief van 20 april 2007 heeft ontvangen en bekend was met de inhoud en strekking daarvan. Voor zover Playlogic haar onder 4.2 vermelde verweer niet heeft prijsgegeven (de memorie van antwoord is op dit punt niet helemaal duidelijk) is het hof met de voorzieningenrechter van oordeel dat onder deze omstandigheden Playlogic geen



rechtens te respecteren belang heeft zich op de schending van de vormvereisten van artikel 16.2 van de Overeenkomst te beroepen, zodat de formele gebreken niet aan de met de brief beoogde rechtsgevolgen in de weg staan. Het hof begrijpt voorts uit het in de memorie van antwoord onder 1.32 gestelde dat Playlogic het in de inleidende dagvaarding onder 8 opgenomen verweer dat zij de brief van 1 juni 2007 niet heeft ontvangen, niet langer handhaaft.

- 4.10 Dat Visionvale cs al voor het einde van de bij brief van 20 april 2007 gestelde termijn van dertig dagen distributeurs heeft benaderd en zich als de rechthebbende op de auteursrechten van het spel heeft gepresenteerd, is door Visionvale cs betwist en vooralsnog niet voldoende aannemelijk geworden. Maar zelfs als daarvan zou moeten worden uitgegaan, staat dit naar het voorlopig oordeel van het hof niet aan de beëindiging van de Overeenkomst door Visionvale cs in de weg. Ook indien juist zou zijn dat afnemers van Playlogic door de bedoelde handelwijze van Visionvale cs de betaling van royalty's aan Playlogic hebben opgeschort, brengt dat niet mee dat de niet-betaling door Playlogic dan aan Visionvale cs zou zijn toe te rekenen. Playlogic had de factuur van 13 maart 2007 binnen tien dagen behoren te voldoen en was mitsdien in verzuim. Zij bleef ook in verzuim, omdat het aan Playlogic was - onafhankelijk van de na de inmiddels verstreken betalingstermijn te ontvangen royalty's - ervoor zorg te dragen dat zij over de benodigde financiële middelen beschikte om aan haar betalingsverplichtingen te kunnen voldoen.

- 4.11 Met het voorgaande is grief II terecht voorgesteld. De Overeenkomst is naar het voorlopig oordeel van het hof rechtsgeldig door Visionvale cs beëindigd. Artikel

13.2.2 van de Overeenkomst regelt vervolgens de gevolgen die door de beëindiging van de Overeenkomst voor partijen intreden:

*"13.2.2 Termination for breach by PLAYLOGIC*

*PLAYLOGIC shall pay the amount due to be paid to DEVELOPER for work completed up to the date of termination increased with a kill fee of 5% of the portion of the Development Budget scheduled in article 8.1.1. and already paid to DEVELOPER at the date of Termination.*

*In the event where DEVELOPER should find the Game achieved and published by another publisher, PLAYLOGIC agrees the rights revert to DEVELOPER provided PLAYLOGIC shall be fully compensated of all the amount already paid pursuant to the development of the Game (with the exception of the kill fee).*

*(...)"*

4.12 Bij de beoordeling van de grieven I en III stelt het hof voorop dat de Overeenkomst moet worden aangemerkt als een softwareontwikkelingscontract waarbij rechten op het spel door Visionvale cs met het voortschrijden van het werk worden overgedragen aan Playlogic. Kern van het geschil is wie de rechthebbende was op de auteursrechten van het spel op het moment van de beëindiging van de Overeenkomst en welke gevolgen vervolgens zijn ingetreden door de beëindiging daarvan.

4.13 Playlogic stelt zich op het standpunt dat de auteursrechten op het spel ten tijde van de beëindiging van de Overeenkomst volledig aan haar

waren overgedragen en zij ondanks de beëindiging van de overeenkomst rechthebbende op de rechten op het spel bleef. Artikel 13.2.2 tweede alinea van de Overeenkomst bepaalt in haar visie slechts dat Playlogic de rechten op het spel dient terug te leveren zodra Visionvale cs een andere uitgever voor het spel hebben gevonden en volledige terugbetaling aan Playlogic heeft plaatsgevonden.

Visionvale cs stellen dat niet beoogd is de auteursrechten op het spel volledig over te dragen aan Playlogic, althans dat op het moment van het geschil deze rechten nog niet volledig aan Playlogic waren overgedragen. Playlogic had op het moment van de beëindiging van de Overeenkomst een licentie. Deze licentie is door de beëindiging van de Overeenkomst met onmiddellijke ingang geëindigd. Artikel 13.2.2 ziet in de visie van Visionvale cs slechts op de omvang van de over en weer te betalen vergoedingen. De tweede alinea van deze bepaling strekt er slechts toe dat Playlogic recht heeft op restitutie van de betaalde voorschotten indien Visionvale cs een nieuwe uitgever heeft kunnen vinden die de software gaat uitgeven.

- 4.14 De door Playlogic voorgestane uitleg leidt tot het ongerijmde resultaat dat de beëindiging van de overeenkomst wegens een tekortkoming van Playlogic meebrengt dat zij weliswaar een "kill fee" dient te voldoen, maar dat zij niettemin de auteursrechten op het spel onverkort behoudt en bovendien bevrijd wordt van haar verplichting royalty's af te dragen aan Visionvale cs. Visionvale cs kunnen na de beëindiging van de Overeenkomst de rechten op het spel en daarmee de mogelijkheid royalty's te ontvangen slechts terugkrijgen, als zij in staat zijn een andere uitgever te contracteren en terugbetaling aan

Playlogic heeft plaatsgevonden.

De door Visionvale cs voorgestane uitleg roept daarentegen de vraag op wat op grond van artikel 13.2.2 tweede alinea de gevolgen zijn van de beëindiging van de overeenkomst. Met name is onduidelijk wat dient te worden verstaan onder de zinsnede "(...) *PLAYLOGIC agrees the rights revert to DEVELOPER* (...)" terwijl Visionvale cs stelt dat zij altijd de rechthebbende op de auteursrechten is gebleven. Daarnaast geldt dat zelfs als ervan moet worden uitgegaan dat de auteursrechten op het spel bij Visionvale cs zijn gebleven dan wel automatisch naar hen zijn teruggekeerd na beëindiging van de Overeenkomst, mede gelet op de stellingen van Playlogic, onduidelijk is wat de betekenis en strekking is van de voorwaarde dat Visionvale cs een nieuwe uitgever moeten hebben gecontracteerd en dat terugbetaling aan Playlogic moet hebben plaatsgevonden.

- 4.15 De voorgaande vragen vergen een nader onderzoek en eventuele bewijslevering. Daarvoor leent het kort geding zich niet. Uit het hiervoor overwogene volgt dat met onvoldoende mate van zekerheid kan worden vastgesteld dat Visionvale cs zich jegens derden ten onrechte als rechthebbenden afficheren. Derhalve slagen de grieven I en III. De vorderingen van Playlogic zijn niet toewijsbaar. De overige grieven behoeven geen afzonderlijke behandeling meer.
- 4.16 Voor een vergoeding van de volledige proceskosten op grond van artikel 1019h Rv is geen plaats, nu het geschil primair niet ziet op een inbreuk op een intellectueel eigendomsrecht, maar op de vraag bij welke partij op welk moment het auteursrecht berust.

5. Slotsom

De grieven van Visionvale cs slagen. Het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd en de vordering van Playlogic zal alsnog worden afgewezen.

Als de in het ongelijk gestelde partij zal Playlogic worden verwezen in de kosten van het geding in eerste aanleg en in hoger beroep.

6. Beslissing

Het hof:


vernietigt het vonnis waarvan beroep en doet opnieuw recht;

wijst de vordering van Playlogic af;

verwijst Playlogic in de kosten van het geding in beide instanties, aan de zijde van Visionvale en Burut in eerste aanleg begroot op € 251,00 voor verschotten en € 816,00 voor salaris en in hoger beroep tot op heden begroot op € 387,31 voor verschotten en € 2.235,00 voor salaris;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. P. Ingelse, M.M.M. Tillema en J.W. Hoekzema en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 14 juli 2009.



Mr. W.J.J. Los