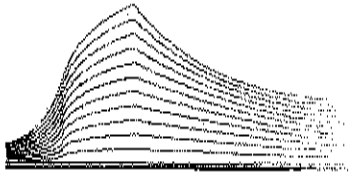


1870



<b>Repertoriumnummer</b> <b>2017 / 4973</b>
<b>Datum van uitspraak</b> <b>23 mei 2017</b>
<b>Rolnummer</b> <b>2013/AR/761</b>

**Uitgifte**

<b>Uitgereikt aan</b>  op € BUR	<b>Uitgereikt aan</b>  op € BUR	<b>Uitgereikt aan</b>  op € BUR
---	---	---

Niet aan te bleden aan de ontvanger

**Eindarrest**

IE  
 Software  
 Art. XI.294 ev WER  
 Software  
 Art. XI.165 ev WER  
 Auteursrecht  
 Marktpraktijken  
 Knowhow  
 Bedrijfsgeheimen  
 Afwerving cliënteel

# Hof van beroep Brussel

## Arrest

Diplomatic Card S & B SA  
 Diplomatic Fuel Service BV  
 t/  
 Forax NV

8<sup>e</sup> kamer,  
 burgerlijke zaken

Aangeboden op
Niet te registreren

COVER 01-00000864564-0001-0078-02-01-1



1851

Hof van beroep Brussel – 2013/AR/761 – p. 2

---

1. **DIPLOMATIC CARD S&B SA**, naamloze vennootschap naar Luxemburgs recht, met maatschappelijke zetel te LUXEMBURG, 2213 Luxemburg, rue de Nassau 16,

2. **DIPLOMATIC FUEL SERVICE BV**, vennootschap naar Nederlands recht, met maatschappelijke zetel te NEDERLAND, 4822 NK Breda, Lage Mosten 31,

beiden woonstkeuze doend bij hun raadslieden,

appellanten,

vertegenwoordigd door Mr. Alex TALLON en Mr. Philip VAN DOORN, advocaten te 1000 BRUSSEL, Zavelstraat 13;

tegen

**FORAX N.V.**, met maatschappelijke zetel te 2000 ANTWERPEN, Frankrijklei 150 bus 5E,

geïntimeerde,

vertegenwoordigd door Mr. Carl DE MEYER en Mr. Tim ROBRECHTS, advocaten te 1040 BRUSSEL, Nerviërslaan 9-31.

---

Het hoger beroep is gericht tegen een vonnis dat op 28 februari 2013 werd uitgesproken door de Voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel, zetelend zoals in kort geding, als stakingsrechter.

Er wordt geen akte van betekening van dit vonnis voorgelegd.

Het verzoekschrift tot hoger beroep werd tijdig voor appellanten neergelegd ter griffie van het hof, op 15 april 2013. Het is regelmatig naar de vorm.

De *syntheseconclusie na bijkomende conclusietermijn voor de beide partijen op verzoek van geïntimeerde* (95 bladzijden) werd voor appellanten, Diplomatic Card S&B SA en Diplomatic Fuel Service BV, neergelegd op 29 april 2016. De inventaris van stukken van appellanten vermeldt 143 stukken.

PAGE 01-00000864564-0002-0078-02-01-4



De *syntheseconclusie in hoger beroep* (122 bladzijden) werd voor geïntimeerde, Forax NV, hierna 'Forax', neergelegd op 18 oktober 2016. De inventaris van stukken van geïntimeerde vermeldt 180 stukken.

### **I. De bestreden beslissing**

1. Bij het bestreden vonnis heeft de eerste rechter als volgt geoordeeld :

(...)

*Voor wat betreft de gestelde inbreuken op de intellectuele rechten van (appellanten):*

*Schort de procedure op tot de neerlegging van het beschrijvend beslag dat deskundige Golvers dient neer te leggen in uitvoering van de beschikking op eenzijdig verzoekschrift van .. en de beschikking op verzet van 17 oktober 2012;*

*Voor wat betreft de gestelde inbreuken op de wet marktpraktijken:*

*Verklaart de vordering vanwege (appellanten) ontvankelijk doch ongegrond*

*Verklaart de tegenels, ingesteld door FORAX ontvankelijk en gegrond.*

*Legt aan Diplomatic card en Diplomatic Fuel Service het verbod op onder verbeurte van een dwangsom van 2500 EUR per inbreuk, om de commerciële partners van Forax, waaronder Esso en Shell, nog verder te benaderen met enige mededeling, op welke wijze ook, waarin Forax wordt beschuldigd van of in verband wordt gebracht met inbreuken op intellectuele eigendomsrechten van Diplomatic card, van oneerlijke marktpraktijken dan wel andere denigrerende communicaties omtrent de producten en diensten van Forax, met een maximum aan te verbeuren dwangsommen van 25.000 EUR.*

*Houdt de beslissing omtrent de kosten aan.*

*Verzendt de zaak naar de bijzondere rol voor wat betreft het meer gevorderde.*

### **II. De vorderingen van de partijen voor het hof**

2. Door middel van het dispositief van hun *syntheseconclusies na bijkomende conclusietermijn voor beide partijen op verzoek van geïntimeerde*, hierna 'syntheseconclusie in hoger beroep', verzoeken appellanten het hof om :

*het hoger beroep van (appellanten) ontvankelijk en gegrond te verklaren en het incidenteel hoger beroep van Forax en tevens haar oorspronkelijke tegenels ontvankelijk doch ongegrond, en haar er bijgevolg van af te wijzen;*



1853

Hof van beroep Brussel – 2013/AR/761 – p. 4

*Bijgevolg, het bestreden vonnis a quo teniet te doen en te doen wat de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel had behoren te doen, en als volgt te beslissen:*

*– Voor wat betreft de gestelde inbreuken op de intellectuele rechten van DCC, de stakingsvordering van (appellanten) in te willigen door deze gegrond te verklaren;*

*– Voor wat betreft de gestelde inbreuken op de wet marktpraktijken, vast te stellen dat artikel VI.104 W.E.R. (voorheen art. 95 WMPC) door Forax werd geschonden;*

*en derhalve :*

*1) Forax verbod op te leggen haar DFPP-kaart in België nog verder te commercialiseren aan diplomaten, diplomatieke instellingen en Internationale organisaties;*

*2) Forax verbod op te leggen alle diplomaten gestationeerd in België, alle diplomatieke instellingen en internationale organisaties gelegen in België te contacteren in verband met de DFPP-kaart gedurende een termijn van 5 jaar;*

*3) Forax verbod op te leggen nog verder gebruik te maken van alle bedrijfsgeheimen van (appellanten), waaronder diens klantenbestanden, diplomatenquota en vervaldata en Specificaties die werden gestolen en/of gekopieerd zonder toestemming van DCC, en om de Specificaties aan te wenden voor andere initiatieven of over te dragen aan derden;*

*4) Forax verbod op te leggen nog verder reclame te maken voor haar DFPP-kaart, zowel via haar website als via mailings aan diplomaten, diplomatieke instellingen en internationale organisaties in België;*

*5) Forax te bevelen al haar reeds bestaande DFPP-kaarten in België terug te roepen;*

*dit alles op straffe van een dwangsom van 10.000,00 EUR per vastgestelde inbreuk en/of per dag vertraging.*

*– op kosten van Forax, te innen op basis van pro forma facturen, de publicatie te bevelen van een samenvatting van het tussen te komen vonnis in onder meer De Standaard, de Tijd, Trends, l'Echo, la Libre Belgique, Tendances, Le Figaro, Nato Staff Centre Magazine, Diplomatic Courier, Diplomatic World, la Gazette Diplomatique, le Monde Diplomatique, Euobserver.com, Euobserver Newsletter, European Voice, Europ Mag en European Daily;*

*– de mededeling te bevelen van deze samenvatting aan alle diplomaten, ambassades, diplomatieke instellingen en internationale organisaties in België;*

*– de aanplakking te bevelen van deze samenvatting in alle ambassades, diplomatieke instellingen en internationale organisaties in België, waaronder de Europese Instellingen en de NAVO;*

*– de mededeling te bevelen van deze samenvatting aan alle olieleveranciers actief op de Belgische markt;*

PAGE 01-00000864564-0004-0078-02-01-4



1854

*Forax te veroordelen tot de kosten van de twee instanties, daarin begrepen de rechtsplegingsvergoedingen en de door eerste (appellante) voorgeschoten kosten van het deskundigenonderzoek voor een totale som van 114.647,75 EUR BTW Inbegrepen (deskundigen Van Roosmalen en Golvers); evenals de kosten (3.068,41 EUR) van de procedure van de vervanging van Golvers door Van Roosmalen;*

*Akte te verlenen aan (appellanten) dat zij zich het recht voorbehouden om hun eigen advocatenkosten en die van haar technische raadslieden door te rekenen aan Forax in toepassing van artikel 14 van de handhavingsrichtlijn intellectuele eigendomsrechten;*

*Vrijgave te bevelen ten voordele van eerste (appellante) van de borgsom van 60.000 EUR die ingevolge (de) arresten van 18 maart 2013 en 2 december 2014 op (de griffie van het hof) griffie geconsigneerd werd.*

3. Door middel van het dispositief van haar syntheseconclusie in hoger beroep verzoekt Forax het hof om :

- *Het hoofdberoep van Diplomatic Card S&B en Diplomatic Fuel Service ongegrond te verklaren;*
- *Het incidenteel hoger beroep van Forax ontvankelijk en gegrond te verklaren, en dienvolgens, met gedeeltelijke hervorming van het vonnis a quo, de vorderingen van Diplomatic Card S&B en Diplomatic Fuel Service, in zoverre gesteund op beweerde Inbreuken op het auteursrecht of de wetgeving marktpraktijken, volledig af te wijzen als ongegrond;*
- *Met gedeeltelijke hervorming van het vonnis a quo, aan Diplomatic Card S&B en Diplomatic Fuel Service het verbod op te leggen, onder verbeurte van een dwangsom van 10.000 € per Inbreuk, om de commerciële partners van Forax waaronder onder meer maar niet uitsluitend Esso en Shell, de diplomaten, nationale overheden, internationale organisaties en de individuele klanten van Forax alsook enige andere derde nog verder te benaderen met enige mededeling, op welke wijze ook, waarin Forax wordt beschuldigd van of in verband wordt gebracht met Inbreuken op intellectuele eigendomsrechten van Diplomatic Card, van oneerlijke marktpraktijken dan wel andere denigrerende of zwartmakende communicaties omtrent de producten en diensten van Forax;*
- *De vernietiging te bevelen van alle bestanden, materiaal en documenten, wat ook de drager moge zijn, die in bezit zijn van de heer Ir. Golvers, Baron de Viranlaan 108 b 11 te 1700 Dilbeek, ingevolge de kopies die werden gemaakt in het kader van het beschrijvend beslag van 2 juli 2012;*
- *Ondergeschikt, de procedure op te schorten en Diplomatic Card S&B – met maatschappelijke zetel te 2213 Luxembourg (Groot-Hertogdom Luxemburg), Rue de Nassau 16, Diplomatic Fuel Service – met maatschappelijke zetel te 4822 NK Breda (Nederland), Lage Mosten 31, Atos Worldline SAS – met maatschappelijke zetel te River Quest, 80 quai Voltaire, 95877 Bezons cedex (Frankrijk) en SA ETICA – met maatschappelijke zetel te 12 Place des États-Unis CS 30002, 92548 Montrouge Cedex (Frankrijk) vertegenwoordigd door de aangestelde gerechtsmandataris in de faillissementsprocedure, Mter. Béatrice Pascual ([mhelve@pascual-beatrice.fr](mailto:mhelve@pascual-beatrice.fr); [icatel@pascual-beatrice.fr](mailto:icatel@pascual-beatrice.fr)), met kantoor te 76000 Rouen, 10 Rue de la Poterne (Frankrijk) in toepassing van*



1855

*artikel 877 Ger. W te bevelen om alle hen bekende stukken voor te leggen die betrekking hebben op de financiering door Etica van het door Atos voor Diplomatic Card ontwikkelde maatprogramma, uiterlijk 30 (dertig) kalenderdagen na betekening van het tussen te komen arrest door de meest gereede partij;*

- In ieder geval, Diplomatic Card te veroordelen tot de kosten van het geding, daarin begrepen de maximale rechtsplegingvergoeding verschuldigd ingevolge het Koninklijk Besluit van 26 oktober 2007;*

Uit het motiverend gedeelte van de syntheseconclusie in hoger beroep van Forax NV blijkt dat zij tevens concludeert tot de niet-ontvankelijkheid van de vordering van Diplomatic Card S&B SA, gesteund op het auteursrecht ('Middel 2', randnummer B.1. van de syntheseconclusie in hoger beroep van geïntimeerde).

### **III. De relevante feiten en de procedurevoorgaanden**

4. Het hof stelt vast dat appellanten enerzijds en geïntimeerde anderzijds een andere voorstelling geven van de feitelijke context waarin hun geschil kadert en die aanleiding gaf tot de talrijke procedures die naar aanleiding daarvan gevoerd werden, onder meer in België en in Nederland.

Appellanten voeren onder meer aan wat volgt :

*Het aan het Hof voorgelegde geschil vindt zijn oorsprong in het plan van enkele gewezen medewerkers van de groep Diplomatic Card, waartoe DCC behoort, om, met de steun van de minderheidsaandeelhouder van eerste (appellante), een concurrerend bedrijf (geïntimeerde) op te starten, maar dan wel met medeneming van de bedrijfsactiva van DCC.*

*Het oorspronkelijk plan bestond erin om de rechten op de know how en de intellectuele eigendomsrechten voor een fractie van de kosten officieel te verwerven uit de boedel van de door hen uit te lokken faillissementen van de sleutelvennootschappen van de groep Diplomatic Card en/of met de hulp van Atos, de IT partner van DCC, met de bedoeling zodoende reeds zes maanden na hun vertrek met een volledig afgewerkt project op de markt te komen, tests inbegrepen.*

*Hoewel de gewezen medewerkers tegen hun verwachtingen in er niet in slaagden om eerste (appellante) in faling om te trekken, omdat het plan ontdekt werd waardoor appellanten nog maatregelen konden nemen, weerhield dit hen er niet van om exact te doen wat zij zich blijkens hun plan hadden voorgenomen, een concurrerend bedrijf oprichten, mét de bedrijfsactiviteiten van DCC.*



1856

*Om de doelstelling van dat plan dan toch binnen de korte tijdspanne te verwezenlijken heeft de toen inmiddels door de gewezen medewerkers opgerichte geïntimeerde dan maar (haar) toevlucht genomen tot onwettige praktijken om zo DCC met diens eigen middelen te beconcurreren, uiteraard zonder de lasten (lange voorbereidingstermijn en investeringskosten) die eerste (appellante) wel heeft moeten dragen : alle aan het project van DCC onderliggende documentatie en informatie die de gewezen medewerkers hebben gekopieerd en ingebracht bij geïntimeerde heeft deze laatste effectief gebruikt en ingezet voor de opstart van het eigen bedrijf. Dit laatste staat thans, na jaren procederen, definitief vast.*

*Dit is problematisch zowel vanuit het perspectief van de intellectuele eigendomsrechten als van de eerlijke marktpraktijken. Daarom verzoekt DCC uw Hof om dit onrechtmatig en inbreukmakend handelen te sanctioneren. Door deze onrechtmatige en daardoor ongelijke concurrentie heeft DCC haar Belgische activiteiten inzake de post paid tankkaarten voor diplomaten overigens sedert begin 2015 moeten stopzetten en alle andere geplande Europese activiteiten niet kunnen ontplooiën. DCC kan nu enkel nog hopen dat het recht uiteindelijk zal zegevieren.*

Geïntimeerde betwist uitvoerig deze voorstelling van zaken door appellanten en wijst op feiten die volgens haar een heel ander licht werpen op de zaak.

Bij de lezing van de door partijen neergelegde stukken stelt het hof vast dat zich daaruit volgend feitenrelaas aftekent, met dien verstande dat hieronder enkel de procedures worden vermeld die het hof relevant oordeelt voor de beoordeling van de zaak zoals ze aan het hof wordt voorgelegd.

5. Diplomatic Card S&B SA, hierna 'Diplomatic Card', is een vennootschap naar Luxemburgs recht die werd opgericht op 24 mei 2006. Het is de overkoepelende holding van een groep van ondernemingen.

Diplomatic Fuel Service BV, hierna Diplomatic Fuel Service, tweede appellante, maakt deel uit van de voormelde holding.

Diplomatic Card had bij haar oprichting een startkapitaal van 900.000 euro. Haar oprichters waren Shuriken SA (hierna 'Shuriken'), vennootschap eveneens naar Luxemburgs recht, en Anitras NV, vennootschap naar Belgisch recht.

De aandelen van Diplomatic Card zijn voor twee derden in handen van de vennootschap Shuriken en voor één derde in handen van de vennootschap Mercure SA (hierna 'Mercure').



1857

Shuriken wordt volgens geïntimeerde vertegenwoordigd en gecontroleerd door de heer Marc Stockbroekx of door familieleden van hem. Diplomatic Card legt een verklaring neer waarin gesteld wordt dat Marc Stockbroekx geen zeggenschap heeft in, noch aandeelhouder of anderszins economisch begunstigde is van de vennootschap Shuriken (stuk III.32 van appellanten). Deze verklaring dateert echter van 25 juli 2011 en bewijst zodoende niet dat Marc Stockbroekx Shuriken niet vertegenwoordigde en controleerde in 2009 en 2010. In elk geval deed Marc Stockbroekx zich destijds en tot in mei 2010 voor als de vertegenwoordiger van Shuriken tijdens vergaderingen met Walter Verlinden van het kantoor Tiberghien, tijdens dewelke financiële beloftes werden gedaan namens de hoofdaandeelhouder van Diplomatic Card (stuk IV.12 van geïntimeerde, zie tevens infra).

Mercure wordt vertegenwoordigd en gecontroleerd door de heer Stephan Bostoën of familieleden van hem. Stephan Bostoën heeft geen vertegenwoordigers in de raad van bestuur van Diplomatic Card en geen inzage in het besluitvormingsproces van deze vennootschap.

6. Diplomatic Card en Esso gingen een samenwerking aan waarvan de modaliteiten werden bepaald in een document getiteld *Letter of Intent*, dat werd ondertekend op 1 februari 2008. De bedoeling van Diplomatic Card en Esso was om een tankkaart voor diplomaten en medewerkers van internationale instellingen te ontwikkelen, met name een tankkaart die deze laatsten in staat zou stellen om voor een bepaald overeengekomen quotum belasting- en accijnsvrij brandstof te tanken (hierna 'de diplomaten tankkaart').

De heer Christiaan Spek, in zijn hoedanigheid van IT-manager (via zijn managementvennootschap Newday Consult BVBA werkzaam voor Esso), de heer Thomas Segaeert, in zijn hoedanigheid van Esso Card Sales Manager Benelux, (hij was diegene die de *Letter of Intent* namens Esso ondertekende) en mevrouw Ingrid De Mets, in haar hoedanigheid van Operations Manager bij Esso Card Benelux, maakten deel uit van het team dat binnen Esso was samengesteld in het kader van het Esso/Diplomatic Card project.

Tevens werd de heer Juan Blasi (via zijn vennootschap Alriva NV), bij het project betrokken. Volgens Diplomatic Card hadden Juan Blasi en Marc Stockbroekx een vertrouwensrelatie omdat hun families al gedurende generaties samenwerkten (syntheseconclusie in hoger beroep, randnummer 7, van Diplomatic Card).

Diplomatic Card deed een beroep op Atos Worldline, hierna 'Atos', met wie Esso reeds eerder had samengewerkt, om het software platform te ontwikkelen voor de diplomaten tankkaart. De door Atos te leveren software zou bestaan uit het door Atos ontwikkelde standaardplatform Solaris (hierna 'de standaardsoftware'), gekoppeld aan door Atos op maat gemaakte software (hierna 'de customized software' of 'maatsoftware').





1858

7. Eind mei 2008 en zodoende amper vier maanden na de ondertekening van de *Letter of Intent* waarvan hiervoor sprake, werd de samenwerking tussen Diplomatic Card en Esso door deze laatste stopgezet. De brief van Esso waarmee de samenwerking werd stopgezet, geeft hiervoor geen reden op. De stopzetting gebeurde volgens Forax omdat Esso terugdeinsde voor de kosten die verbonden waren aan het voorstel van Diplomatic Card om bij Esso een online interface platform te ontwikkelen om uitwisseling van gegevens tussen het Diplomatic Card systeem en het Esso systeem mogelijk te maken. Volgens Diplomatic Card werd door Esso het kostenplaatje opgegeven als de reden voor de stopzetting van de samenwerking, doch ging het om een drogreden. De getuigenverklaring van de heer Beijer bevestigt de versie van Forax (de heer Beijer werd gehoord in het kader van de Nederlandse procedure ten gronde, cfr. infra).

8. Na de stopzetting van de samenwerking door Esso, vatte Diplomatic Card het plan op om zelfstandig en op eigen kracht een volledig eigen project te realiseren met als voorwerp een diplomaten tankkaart.

In het kader daarvan werd DCC Exploitation Beheer BV, hierna 'DCC Exploitation Beheer', opgericht, zijnde een 100% dochtervennootschap van Diplomatic Card.

Er zou verder een beroep worden gedaan op Atos voor de ontwikkeling van de nodige software.

De heer Juan Blasi, optredend via zijn vennootschap Alvira NV, nam deel aan het project.

Thomas Segaert en Ingrid De Mets, bedienden in dienst van Esso, werden door Diplomatic Card overtuigd om bij Esso hun ontslag te geven om vervolgens in dienst te treden van DCC Exploitation Beheer.

Belden traden op respectievelijk 23 januari en 23 februari 2009 in dienst van DCC Exploitation Beheer.

Tussen DCC Exploitation Beheer en Newday Consult BVBA, zijnde de managementvennootschap van Christiaan Spek, werd op 1 april 2009 een samenwerkingsovereenkomst gesloten.

Tevens werd door DCC Exploitation Beheer een beroep gedaan op mevrouw Anne Serneels, die eerder tewerkgesteld was als fiscaliste bij Deloitte Antwerpen en zich aldaar bezighield met het dossier van Diplomatic Card. Op 20 april 2010 werd tussen DCC Exploitation Beheer en ICL BVBA, managementvennootschap van Anne Serneels, een samenwerkingsovereenkomst gesloten, krachtens dewelke zij verantwoordelijk werd voor de fiscale en juridische zaken van DCC Exploitation Beheer.



1859

9. De ontwikkeling van de software voor de diplomaten tankkaart werd hoofdzakelijk gefinancierd door DCC Exploitation Beheer (Diplomatic Card legt weliswaar 4 facturen neer van Atos die aan haar werden gericht, doch het betreft facturen voor bedragen die slechts een fractie uitmaken van de totale kostprijs van hetgeen door Atos geleverd werd – stuk III.39 van appellanten). Deze vennootschap had echter geen inkomsten (cfr. nr. 25 van stuk IV.14 van Forax).

De financiering van DCC Exploitation Beheer gebeurde onder meer als volgt :

- de oorspronkelijke kapitaalbreng van ongeveer 1.200.000 euro door Diplomatic Card;
- leningen van de heer Bostoën via de vennootschappen Illinois NV en Villabouw F. Bostoën NV (leningen toegestaan eind 2009 - begin 2010, voor in totaal 744.000 euro - stukken IV.8 en IV.9 van Forax);
- een krediet van 500.000 euro bij Fortis Bank ten gunste van DCC Exploitation Beheer (en Diplomatic Card), maar dat door Fortis Bank werd opgezegd en moest worden overgenomen door Anitras NV, een andere vennootschap van Bostoën (waarde ten tijde van de subrogatoire kwijting : 333.366,14 euro - stuk IV.7 van Forax);
- een krediet van ruim 650.000 euro bij de Franse kredietinstelling Etica, dat werd afgesloten door BIS France maar in werkelijkheid grotendeels werd terugbetaald door DCC Exploitation Beheer; Forax verwijst in dit verband naar een (niet-ondertekende versie van) een *Letter of Intent* tussen Atos en BIS France waarin de projectprijs op 633.800 euro wordt geschat (stuk IV.26 van Forax) en een brief van Etica aan BIS France aangaande de maandelijkse aflossingen (stuk IV.27 van Forax);
- Shuriken deed een inbreng (in leningen en kapitaal) in DCC Exploitation Beheer van ongeveer 470.000 euro.

Volgens Forax vertegenwoordigde de inbreng van Bostoën aan leningen en kapitaal verstrekt aan DCC Exploitation Beheer ongeveer 2.207.000 euro, hetzij het grootste aandeel in de financiering van voormelde vennootschap.

10. In mei 2010 ontstond er een ernstig conflict tussen de aandeelhouders van Diplomatic Card. Het kwam tussen hen tot een zware vertrouwensbreuk.

In een poging om hiervoor een oplossing te vinden, kwamen Stephan Bostoën en Marc Stockbroekx op 21 mei 2010 overeen dat onder meer een kapitaalverhoging van 3 miljoen van Diplomatic Card zou plaatsvinden, met daaraan verbonden een herschikking van de aandelen onder de aandeelhouders. Mercure/Bostoën zou immers aandeelhouder worden van 50% van de aandelen van Diplomatic Card. Hetgeen overeengekomen was (stuk IV.12



van Forax, dat weergeeft wat werd overeengekomen op het kantoor Tiberghien), werd echter niet uitgevoerd.

Volgens Marc Stockbroekx had hij geen eenduidig onderhandelingsmandaat om te onderhandelen namens de hoofdaandeelhouder van Diplomatic Card en was hij er niet in geslaagd om de aandeelhouders van Shuriken te overtuigen om in te stemmen met een wijziging in de aandelenverhouding van Diplomatic Card tussen Shuriken en Mercure. Volgens Stephan Bostoën ging het om een drogreden, aangezien, volgens Forax, Shuriken volledig gecontroleerd werd door Marc Stockbroekx.

De heer Stephan Bostoën meende dat er sprake was van financiële malversaties vanwege Marc Stockbroekx. Volgens hem werd DCC Exploitation Beheer door Marc Stockbroekx leeggeplunderd (al dan niet via vennootschappen die hij controleerde).

De heer Bostoën nam daarenboven kennis van een aantal veroordelingen die lastens Mark Stockbroekx waren uitgesproken en die hij onrustwekkend vond. Het betrof :

- Een vonnis uitgesproken door de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen op 29 oktober 1998, waarmee Marc Stockbroekx veroordeeld werd tot betaling aan mevrouw Joséphine Van Gool, vertegenwoordigd door haar voorlopig bewindvoerder, van een som van 198.314,82 euro, meer vergoedende intresten sedert 1 januari 1989 en de kosten van de procedure.  
Dit vonnis werd bevestigd door een arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 2 mei 2005, waarin onder meer het volgende werd overwogen :

*(De heer Stockbroekx) slaagt geenszins in het weerleggen van de (motivering van de eerste rechter).*

*Het verwijzen naar "het volste vertrouwen dat hij genoot van mevrouw Van Gool" is onvoldoende om te kunnen stellen dat hij "de investering" in Stam Yachting met gelden van Joséphine Van Gool deed.*

*De ontvangstbewijzen van gelden ondertekend door Joséphine Van Gool over de periode 1993-1995, die appellant neerlegt, leveren geen bewijs van de afkomst van deze gelden. (Marc Stockbroekx) levert daarmee geen verantwoording van zijn beheer. Bovendien merkt geïntimeerde terecht op dat deze betalingen niet meer geldig aan Joséphine Van Gool konden geschieden, daar hij (geïntimeerde) toen reeds als voorlopig bewindvoerder was aangesteld (aanstelling bij beschikking d.d. 16.06.1992).*

- Een vonnis uitgesproken door de correctionele rechtbank van Leuven op 24 februari 2006, waarbij Marc Stockbroekx veroordeeld werd tot een hoofdgevangenisstraf van negen maanden met uitstel gedurende vijf jaar, tot een geldboete en tot de kosten van de procedure, uit hoofde van, in de periode van 13 maart tot en met 3 juni 2002 ten nadele van Paul Janssens, goederen, gelden, koopwaren, biljetten, kwijtingen, geschriften van om het even welke aard, die een verbintenis of een schuldbevrijding inhouden of teweegbrengen, namelijk een geldsom ten bedrage van 818.049 euro, of



1081

minstens 55% hiervan, en die hem overhandigd zijn onder verplichting om ze terug te geven of ze voor een bepaald doel te gebruiken of aan te wenden, bedrieglijk te hebben verduisterd of verspild. De verbeurdverklaring van een vermogensvoordeel van 449.926,95 euro werd opgelegd.

Dit vonnis werd bevestigd door een arrest van het hof van beroep te Brussel van 26 mei 2009, met dien verstande dat de verbeurdverklaring van een vermogensvoordeel van 449.926,95 euro (eveneens) werd opgelegd met uitstel gedurende een termijn van vijf jaren. De burgerlijke belangen werden voorbehouden.

Het hof van beroep te Brussel overwoog in zijn arrest onder meer het volgende :

*De straf van bijzondere verbeurdverklaring (...) is aangepast aan de aard en de ernst der feiten en aan de persoonlijkheid van beklaagde die door zijn handelen als omschreven in de tenlastelegging (...) blijkt heeft gegeven van een ingesteldheid die gericht is op gemakkelijk geldgewin, gebruik makend van de zwakheid van een gehandicapte persoon die in precaire omstandigheden zijn schadevergoeding na een zwaar ongeval moest zien te bekomen.'*

(...)

*Het uitstel van tenuitvoerlegging van de opgelegde gevangenisstraf en verbeurdverklaring van het vermogensvoordeel kan worden toegekend, nu het niet is bewezen dat beklaagde vroeger reeds tot een criminele straf of tot een hoofdgevangenisstraf van meer dan twaalf maanden werd veroordeeld. Dit zal voor beklaagde een bijkomende aansporing zijn om zich te onthouden van het plegen van misdrijven en de wet stipt na te leven, daar hij moet weten dat bij een volgende veroordeling het thans verleende uitstel kan verloren gaan.*

11. In 2010 werden de lonen van een aantal werknemers van DCC Exploitation Beheer door deze laatste niet langer volledig en tijdig betaald (stuk II.7 van Forax). In mei 2010 dienden zij hun bedrijfswagen in te leveren ingevolge de opzeg van de leaseovereenkomsten door de leasinggever wegens de niet-betaling van de leasevergoedingen (cfr. de brief van Ingrid De Mets van 27 juli 2010 aan DCC Exploitation Beheer, waarover hieronder meer).

12. De heer Lieven Dhaene, CFO van de groep Bostoën, richtte op 21 juni 2010 een e-mail aan Stephan Bostoën en Meester Walter Verlinden van het kantoor Tiberghien, met de volgende inhoud :

Walter,  
Stephan,

*Zien we het uitstel van Marc als een negatief antwoord op ons voorstel? (graag een telefoontje of sms om dit te bevestigen – ik zal niet on-line zijn op dinsdag in de kantoren van Bis)*



1062

*Indien dit zo is stel ik in dit geval voor de volgende zaken uit te sturen:*

- *Brief tot vraag faillissement uit te sturen uit hoofde van Thomas*
  - *Brief Illinois aan DCC BV om vordering onmiddellijk op te eisen*
  - *Brief aan Nationale Borg (cc aan Baskalls) om huurwaarborg op te zeggen*
  - *(te overleggen met management) brief aan Total om waarborg op te zeggen*
  
  - *Brief aan Bis France om vordering op Bis France onmiddellijk op te eisen*
  
  - *Na mijn bezoek aan Bis France wil ik dan ook een brief voorbereiden uit hoofde van de minderheidsaandeelhouders om:*
    - *enerzijds de Jaarrekening te laten aanpassen aan de reële situatie (met commissaire in cc)*
    - *Marc aan te klagen voor misbruik van vennootschapsgelden (met John – operationele bestuurder in cc)*
- (...)

Op 22 juni 2010 richtte Stephan Bostoën een e-mail naar onder meer meester Verlinden, de heer Segaeert, de heer Spek, de heer Blasi, mevrouw Serneels en mevrouw De Mets, die luidde als volgt :

*Goede middag allemaal,*

*Bij deze de bevestiging, we gaan gewoon door.*

*Ons pad is gekozen en we weten dat dit de enige juiste weg is om ons doel te bereiken: de doorstart van DCC eerst parallel en daarna door overname van de curatele.*

*De kans dat er nog een akkoord met Marc uit de bus komt is verwaarloosbaar klein en mocht het zich nog voordoen dan zien we wel*

*Juan,*

*Dringend een afspraak met Total regelen zodat, bij faling, de klanten er niets van merken. Ik pas mijn agenda aan.*

*Groeten,  
Stephan*

Op 23 juni 2010 werd door Stephan Bostoën per e-mail een nota verstuurd naar Thomas Segaeert, Juan Blasi, Anne Serneels, Ingrid De Mets en advocaat Verlinden van het kantoor Thiberghien, waarvan de inhoud luidde als volgt :

**DOELSTELLING:**

*DCC voortzetten zonder MS dmv:*

- o *aanvragen faling DC LUX en DCC NL waarbij het handelsfonds (klanten + TOTAL contract + BP/ARAL LOI + Atos maatwerk) overgenomen wordt door nieuw op te richten vennootschap;*



1863

- o *opzetten van een parallelle structuur om contracten / LOI's af te sluiten met nieuwe partners (DCC heeft nog geen contract / LOI met deze partijen):*
  - \* *Spanje / CEPSA*
  - \* *SHELL BE*
  - \* *LUKOIL*
  - \* *NAVO contract*

**ACTIE PUNTEN:****NEW BUSINESS DEVELOPMENT**

1) 30 Juni, 1 of 2 Juli : *meeting DSS (Diplomatic Supply Service) In Spain*

- *overeenkomst tekenen met DSS for Spain*
- *meeting douane*
- *meeting CEPSA*

*ACTIE : Stephan, Juan, Chris*

2) Juni / Juli : *LOI / NDA tekenen met SHELL BE & LUKOIL op NL BV*

*ACTIE : Stephan, Juan, Chris*

3) Juli: *Opzetten BV (Accountant / rekeningen / notaris) in NL voor parallelle structuur*

- *(naam bedenken nieuwe BV?)*
- *Lage kosten structuur (voorkeur postbus in NL, checken of fiscaal mogelijk)*
- *business plan maken voor nieuwe BV*

*ACTIE : Lieven én Thomas*

**ATOS ORIGIN:**

4) 8 July : *meeting Atos senior management*

- *bevestiging krijgen om SOLARIS te gebruiken voor SPANJE door contract af te sluiten tussen nieuwe BV en ATOS. Dit zou geen probleem moeten zijn omdat:*

- *het nieuw land betreft waar DCC niet actief is*
- *standaard SOLARIS software van ATOS is zo wie zo al in gebruik bij andere Atos klanten en kan door de nieuwe BV aangepast worden voor de Spaanse Tax Free markt;*  
*Atos heeft daarnaast nog geen contract ondertekend met DCC dus kan contract clauses nog altijd aanpassen*

*ACTIE. : Stephan, Juan, Chris*

5) *Eind Aug / September: 2nd meeting Atos senior management*

- *zodra faillissement DCC NL of DC Lux feit is gaan we nogmaals spreken met Atos management voor het gebruik van de SOLARIS software in BELGIE. We zien twee mogelijkheden:*

- *de nieuwe BV koopt het Atos maatwerk op uit de DCC boedel*
- *SOLARIS SPAIN wordt aangepast in België*

*ACTIE: Stephan, Juan, Chris*



1869

**FALING DCC****6) Juli**

1. In gebreke stellen van DCC door zoveel mogelijk partijen: BOSTOEN, THOMAS, JUAN, DELOITTE, ANNE, BELASTINGDIENST, etc. ...

2. ONDERZOEKEN misbruik van vennootschapsgelden in DCC door MS (zodra jaarrekening klaar is)

ACTIE : Lieven, Thomas en Anne

**Augustus:**

3. Proces faling versnellen:

- mensen zonder bedrijfswagen nemen ontslag bij DCC en starten nieuw contract bij de nieuwe BV

- Bram, Alice, Adrienne zitten vast aan DCC met een concurrentiebeding en zijn nodig om België draaiend te houden. Daarnaast zouden Ingrid en Erik ook zolang mogelijk bij DCC moeten blijven zodat we impact op klant in België tot minimum beperken

\* VRAAG : Kunnen Ingrid/ Erik contractbreuk opeisen en toch blijven werken voor DCC om de doorstart mogelijk te maken?

4. Nieuwe BV neemt handelsfonds (klanten in BE, TOTAL contract, BP LOI, Atos maatwerk, hardware, diplomatiecard.com, telefoon nrs?) van DCC over zodra faling feit is

7) TOTAL Belgium – continuïteit beveiligen bij faling DCC:

1. controleren of huidige bankgarantie verlaagd kan worden naar 1 maand openstaand saldo (controleren met advocaat of dit mogelijk is)

2. geen nieuwe garantie uitgeven zoals gevraagd in het nieuwe contract

3. afspraak maken met Jean Scheirman zodra het falingscenario niet meer te stoppen is

ACTIE : Stephan, Lieven en Juan

8) legal advies vragen over alle acties

ACTIE : Anne [...]"

**BIS FRANCE:**

9) OPEISEN OPENSTAAND SALDO BOSTOEN

10) AANKLAGEN MSX VOOR MISBRUIK VAN VENNOOTSCHAPSGELDEN

11) IDENTIFICEREN PERSONEEL VOOR DOORSTART (MARIE-CLAIRE/MARYLINE, ...) en overeenkomst tekenen met DSS

12) NIEUWE STRUCTUUR OPZETTEN (ALLEEN SALEN IN FR, MAGAZIJN IN SP)

ACTIE: Stephan, Lieven en Juan



1265

13. Een e-mail die op 25 juni 2010 door de heer Fraussen, medewerker van DCC Exploitation Beheer, gericht werd tot een kennis, bevestigt dat medewerkers van de voormelde vennootschap van plan waren om een parallel bedrijf op te richten met Stephan Bostoën.

14. Op 1 juli 2010 ging Fortis Bank over tot het opzeggen van de kredietopening van 500.000 euro waarvan hiervoor melding werd gemaakt.

Op 2 juli 2010 gingen Illinois NV en F. Bostoën NV over tot het opzeggen van de door hen aan Diplomatic Card verstrekte leningen.

15. Thomas Segaeert werd op 8 juli 2010 om dringende reden ontslagen door DCC Exploitation Beheer, nadat hij, zonder voorafgaand overleg met Marc Stockbroekx, een factuur betwistte ten bedrage van 270.000 euro van BIS France SA aan DCC Exploitation Beheer.

De factuur was opgesteld door BIS France SA voor een beweerd uitgevoerd marktonderzoek. Volgens Forax werd er echter nooit een marktonderzoek gevraagd of gevoerd en ging het om een onttrekking van gelden van DCC Exploitation Beheer ten voordele van BIS France SA, om deze vennootschap, gecontroleerd door Marc Stockbroekx, te financieren.

Appellanten pogen in hun conclusie een verklaring te geven voor de factuur van BIS France SA, doch deze wordt door Forax betwist en een bewijs van de beweringen van appellanten met betrekking tot deze factuur wordt niet geleverd.

Er is geen enkel stuk dat bewijst hetgeen Diplomatic Card aanvoert.

16. Op 8 juli 2010 brachten Stephan Bostoën, Juan Blasi en Christiaan Spek een bezoek aan Atos. Partijen zijn het niet eens over hetgeen tijdens de toen gehouden vergadering werd besproken.

In een verslag van voormeld vergadering, dat het voorwerp uitmaakt van een e-mail die op 8 juli 2010 door Nicolas Dardonville, tewerkgesteld bij Atos, naar een aantal van zijn collega's werd verzonden (stuk III.48 van appellanten), staat te lezen dat door Christiaan Spek, Juan Blasi en Stephan Bosteels werd meegedeeld dat er ernstige meningsverschillen waren ontstaan bij DCC Exploitation Beheer tussen de meerderheidsaandeelhouder, Marc Stockbroekx en consoorten, en de minderheidsaandeelhouder, de familie Bostoën. Reeds verschillende maanden zou Marc Stockbroekx de facturen niet meer betalen en zou het de minderheidsaandeelhouder zijn geweest die geld op tafel diende te leggen om het bedrijf staande te houden. Marc Stockbroekx zou gedurende de voorbije drie maanden





1766

verschillende voorstellen (een tiental ongeveer) tot minnelijke regeling geweigerd hebben. Hij zou ook de werknemers benadeeld hebben (ze dienden van vandaag op morgen hun bedrijfswagen in te leveren). Aangezien zij de situatie beu waren hadden zij samen met de minderheidsaandeelhouder beslist om allen DCC Exploitation Beheer te verlaten en een nieuw bedrijf op te richten. De heren Spek, Blasi en Bostoën waren ervan overtuigd dat DCC Exploitation Beheer failliet zou gaan tijdens de daaropvolgende maanden en waren blijkbaar voornemens om, indien dit zou gebeuren, het actief van deze vennootschap over te nemen. Daarom werd aan Atos gevraagd om hen op de hoogte te houden in de hypothese dat DCC Exploitation Beheer de facturen van Atos niet meer zou betalen.

Uit het verslag blijkt eveneens dat aan Atos gevraagd werd om een financieel aanbod te doen om een systeem te leveren dat een 'copy-paste' zou zijn van het systeem van DCC Exploitation Beheer, offline, zonder getrouwheid, met enkele verschillen op factuur en een interconnectie die uit te voeren zou zijn met de petroleummaatschappij Cepsa. De heren Spek, Blasi en Bostoën waren eveneens voornemens om een betaalaanbod 'SEPA Direct Debit' te voorzien.

Voor het overlige, wat de vergadering van 8 juli 2010 betreft, verwijst het hof naar de getuigenverklaring van de heer Mohamed Kermezli, die hieronder wordt geciteerd.

Atos gaf geen gevolg aan het verzoek van de heren Spek, Blasi en Bostoën. Het hof verwijst dienaangaande naar de getuigenverklaring van de heer Dardonville, die hieronder geciteerd wordt.

17. Christiaan Spek registreerde op 14 juli 2010 de domeinnaam [www.forax.eu](http://www.forax.eu).
18. Juan Blasi, Anne Serneels en Christiaan Speck beëindigden hun samenwerking met DCC Exploitation Beheer op respectievelijk 9 juli, 13 juli en 16 juli 2010.
19. Op 27 juli 2010 richtte Ingrid De Mets een schrijven tot DCC Exploitation Beheer, waarmee zij haar arbeidsovereenkomst opzegde tegen eind oktober 2010 en waarin onder meer het volgende werd gesteld :

*Ik had van 1997 tot 2009 een uitstekende baan bij Esso Belgium, was niet op zoek naar ander werk, had er zeer goede toekomstperspectieven en zeer gunstige arbeidsvoorwaarden. Toen ik werd gevraagd om mee te stappen in het DCC verhaal in de functie van Operations Coordinator heb ik uit 'pure goesting' de stap gezet. Het feit dat mijn ex-collega's Chris Spek en Thomas Segaert hun schouders onder het verhaal hebben gezet lag uiteraard mee aan de basis van mijn beslissing.*



105A

*(...) Puur financieel gezien maakte ik op het moment van mijn ontslag geen grote stap vooruit en nam ik een risico. Maar u stelde het groots voor en ik wou mee deelnemen aan dit fantastische project.*

*Eenmaal aan boord van DCC heb ik me volledig ingezet en mijn werkzaamheden naar best vermogen verricht. (...) Ik was ook akkoord om een deel van mijn netto-loon tijdelijk niet te laten uitbetalen om aldus mijn steentje bij te dragen aan de cash-positie van het bedrijf. Het achterstallig loon heb ik inmiddels uitbetaald gekregen – voor alle duidelijkheid: zonder enige verdere vorm van compensatie. En ik ging volledig akkoord met een magere pensioenregeling.*

*Mijn arbeidsovereenkomst voorziet in een bedrijfswagen. Zoals afgesproken tijdens de contractbespreking was dat een nieuwe BMW X3. Ik rijd immers 50.000 km per jaar en u hechtte veel belang aan ons rijcomfort zodat we fris op onze werkplek aankwamen. Echter werd aan mij – en aan alle andere collega's en contractors met een bedrijfswagen – gevraagd om de voertuigen in te leveren op 21 mei 2010.*

*Via aangetekend schrijven dd 20 mei 2010 heb ik u gevraagd om een gelijkwaardig voertuig ter beschikking te stellen. Dat is niet gebeurd.*

*Op 21 juli 2010 heb ik u per e-mail gevraagd of er redelijkerwijs van ons kan verwacht worden dat wij maandenlang voertuigen lenen bij familie en vrienden om toch nog klanten en prospects te bezoeken, dringend kaarten te leveren, de postbus leeg te halen en de facturen te posten. Ik ben zelf ook maximaal met eigen vervoer naar kantoor gereden om bij mijn team te zijn, te horen wat er gebeurt aan de telefoon en in te springen tijdens vakanties en plekmomenten.*

*Op 22 juli hebt u me uiteindelijk een voertuig bezorgd met ongeldig keurlingsbewijs. (...) Op 23 juli heb ik het voertuig na keuring in ontvangst genomen. Het betreft een tijdelijke keuring voor 2 weken. (...)*

*Begin juli hebt u de General Manager, Thomas Segaeert, ontslagen om dringende redenen. Het is blijkbaar zeer ernstig, maar voor ons onduidelijk en u mag er niet veel over zeggen. Vermits ik bij Esso jarenlang met Thomas heb samengewerkt en hij een uitstekende staat van dienst heeft, kan ik het niet begrijpen. Het ontslag van Thomas is in mijn ogen een groot verlies voor DCC.*

*Kort daarna hebben Juan Blasi, Anne Serneels en Chris Spek, de overige leden van het management team met uitzondering van uzelf, hun samenwerking met DCC beëindigd. In mijn ogen opnieuw een groot verlies voor DCC.*

*(...)*

*Ook mijn eigen teamleden verlaten DCC: de ontslagbrief van Alice Charlet kwam op 23 juli aan op kantoor. Adrienne van de Ree heeft op 26 juli gemeld dat zij ontslag neemt. (...) Dit betekent concreet dat beiden ons per 1 september 2010 verlaten – des te meer een probleem voor de goede dagelijkse werking.*

*De financiële stabiliteit en het betalingsgedrag van DCC zijn zorgwekkend. Ik heb mijn bedenkingen bij de regelmatige en significante laattijdige betalingen en heb u gemeld dat er*



1268

*naar mijn gevoel zeer veel aangetekende brieven en ingebrekestellingen aankomen op kantoor in Breda.*

*Ondanks dit alles heb ik u gedurende 2 maanden niet op kantoor gezien. U toonde weinig betrokkenheid en vroeg zelfs niet of we de bedrijfsactiviteit konden in stand houden zonder onze bedrijfswagens. (...).*

*Het was dus een veelbelovend verhaal met een fantastisch team. Maar: Thomas Segaeert (General Manager) werd ontslagen. Juan, Anne en Chris (management) zijn opgestapt. Alice en Adrienne (mijn team) zijn niet meer beschikbaar per 1 september 2010. Het ganse team zit al twee maanden zonder bedrijfswagen. Enkel ik heb sinds 23 juli een vervangwagen voor 2 weken. We staan financieel niet sterk en de toekomst van het bedrijf is uitermate onzeker.*

*Ik ben écht ontgoocheld en hoop dat u – gezien het bovenstaande – mijn beslissing begrijpt om dit verhaal af te ronden met inachtneming van een redelijke opzegtermijn van drie maanden.*

20. Na de beëindiging van hun samenwerking met DCC Exploitation Beheer gingen Juan Blasl, Thomas Segaeert, Christiaan Spek en Ingrid De Mets aan de slag voor Forax, toen nog een vennootschap in oprichting.

21. De toenmalige raadsman van Diplomatic Card en DCC Exploitation Beheer richtte op 30 juli 2010 een ingebrekestelling tot Stephan Bostoën (stuk I.10 van Diplomatic Card). Deze laatste werd aangemaand om de verbintenissen die hij was aangegaan na te leven en om zich te onthouden van bepaalde gedragingen die daarmee volgens Diplomatic Card en DCC Exploitation Beheer in strijd waren.

22. Op 13 augustus 2010 vernam Diplomatic Card van Nationale Borgmaatschappij NV dat met onmiddellijke ingang een garantie werd opgezegd die zij op 28 januari 2009 had gesteld ten behoeve van Total Belgium en die gewaarborgd was door Stephan Bostoën.

23. Op 13 augustus 2010 richtte Marc Stockbroekx een e-mail aan Atos, waarmee hij haar liet weten dat Christiaan Spek, Thomas Segaeert, Juan Blasl en Anne Serneels DCC Exploitation Beheer hadden verlaten op een wijze die zou leiden tot gerechtelijke stappen tegen hen. Er werd aan Atos gevraagd om de toegang tot het Solaris systeem onmiddellijk onmogelijk te maken en om hem een overzicht te bezorgen van alle bestanden die met ingang van 1 april 2010 door de voormelde personen werden geconsulteerd.

Op 16 augustus 2010 werd door Atos aan Diplomatic Card meegedeeld dat er op 10 augustus 2010 via de account van Christiaan Spek was ingelogd op de bij Atos draaiende software. Tevens werd gemeld dat de accounts van Christiaan Spek, Thomas Segaeert en Juan



1869

Blasf onbruikbaar werden gemaakt. Er werd door Atos gesteld dat het haar niet mogelijk was om een overzicht te bezorgen van de informatie die bekeken werd, wanneer werd ingelogd op het Solaris systeem.

Het hof verwijst naar de getuigenverklaring van M. Kermezli, die hieronder wordt geciteerd en waaruit blijkt wat het inloggen via de accounts die door Atos waren verstrekt, al dan niet toeliet.

24. Bij vonnis uitgesproken op 17 augustus 2010 veroordeelde de voorzieningsrechter van de Rechtbank Breda, DCC Exploitation Beheer tot betaling aan Thomas Segaeert van 40.496,72 euro + 1.143,20 euro + 2.167,19 euro aan achterstallig loon, te vermeerderen met een wettelijke verhoging van 10% en intresten, en tot betaling van een som van 3.753 euro voor de derving van een bedrijfswagen.

25. In augustus 2010 werd in opdracht van Diplomatic Card door Hoffman Bedrijfsrecherche een onderzoek gevoerd naar het mogelijk lekken van informatie, het afwerpen van personeel en het overtreden van een concurrentiebeding en geheimhoudingsplicht door (ex-)medewerkers van DCC Exploitation Beheer.

Uit het tussentijds rapport van 20 september 2010 dat naar aanleiding van dit onderzoek werd opgesteld (Hoffman Bedrijfsrecherche I) (stuk VI.1 van Forax), blijkt dat Hoffman Bedrijfsrecherche de volgende antwoorden gaf op vragen van Diplomatic Card :

*Vaststellen lekken vertrouwelijke strategische informatie*

*Op basis van het digitaal onderzoek kon niet worden vastgesteld dat er vertrouwelijke strategische informatie is gelekt door (ex-)medewerkers van DCC.*

*Vaststellen bedrijfsspionage*

*Op basis van het digitaal onderzoek kan niet worden vastgesteld dat er sprake is geweest van bedrijfsspionage.*

*Het vaststellen of het systeem is gemanipuleerd*

*In het onderzoek naar de digitale omgeving binnen DCC zijn geen bevindingen gedaan waaruit blijkt dat de computersystemen of de netwerkinfrastructuur van DCC zijn gemanipuleerd.*

*Vaststellen overtreding concurrentiebeding en geheimhoudingsplicht door (ex-)medewerkers*

*Op de laptop in gebruik bij de heer Spek (...) bevond zich een bestand genaamd 'Actielijst.odt'.*



18/10

*Een uitdraai van dit bestand is, tezamen met metadata van dit bestand, als bijlage bij dit rapport gevoegd.*

*Het document 'Actielijst.odt' bevat een lijst met actiepunten met als doelstelling het voortzetten van DCC zonder 'MS' (Marc Stockbroekx).*

De 'Actielijst.odt' waarvan Hoffman Bedrijfsrecherche melding maakt, is de nota van de heer Stephan Bostoën van 23 juni 2010 die hiervoor in extenso werd geciteerd.

26. Op 11 augustus 2010 deed Forax, toen nog in oprichting, een beroep op de firma Flusso BV om software te schrijven die zij zou kunnen aanwenden om een diplomaten tankkaart op de markt te brengen.

Flusso BV ontwikkelde voor Forax de 'TrAX'-software.

27. Op 25 augustus 2010 werd bewarend beslag gelegd door Illinois NV en Villabouw F. Bostoën NV op de aandelen van Diplomatic Card in DCC Exploitation Beheer.

28. DCC Exploitation Beheer ging op 26 augustus 2010 over tot dagvaarding van Illinois NV en Villabouw F. Bostoën NV voor de Voorzitter van de rechtbank van koophandel te Gent, zetelend in kort geding. De vordering van DCC Exploitation Beheer strekte ertoe om voor een periode van zes maanden de opeisbaarheid te horen opschorten van de leningen die door beide voormelde vennootschappen aan DCC Exploitation Beheer waren verstrekt.

29. Illinois NV en Villabouw F. Bostoën NV gingen op 2 september 2010 over tot het vorderen van het faillissement van DCC Exploitation Beheer voor de Rechtbank Breda.

30. Forax werd opgericht bij authentieke akte verleden op 3 september 2010.

Er werd tevens een vennootschap naar Nederlands recht Forax BV opgericht. Deze is echter niet in het geding.

31. Bij een beschikking van 7 september 2010 van de Voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel, zetelend in kort geding, werd op vordering van Diplomatic Card en DCC Exploitation Beheer de opeisbaarheid opgeschort van het debetsaldo voortvloeiend uit de kredietopening die was vertrekt door Fortis Bank aan DCC Exploitation Beheer.



1871

32. Bij een vonnis van 22 september 2010 werd de vordering in faillissement van DCC Exploitation Beheer door de Rechtbank Breda afgewezen omdat *onvoldoende is gebleken dat gerekwestreerde verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen (...)*.

33. Bij een beschikking van 5 november 2010 van de Voorzitter van de rechtbank van koophandel te Gent, zetelend in kort geding, werd de opschorting gedurende zes maanden bevolen van de opelsbaarheid van de leningen die door Bostoën waren verstrekt.

34. Voor Marc Stockbroekx vormden de e-mails en nota ('Actielijst.odt') die Hoffman Bedrijfsrecherche I aan het licht bracht, het bewijs van een kwaadwillig complot met het enige doel om DCC Exploitation Beheer ten gronde te richten.

Bij dagvaarding van 1 november 2010 werd door onder meer DCC Exploitation Beheer en de heer Marc Stockbroekx voor de Rechtbank Breda een kort geding procedure aanhangig gemaakt tegen Thomas Segaeert, Juan Blasi, Christiaan Spek, Anne Serneels en Stephan Bostoën. Aan deze laatsten werd oneerlijke mededlging verweten, onder verwijzing naar de e-mails en nota die Hoffman Bedrijfsrecherche I aan het licht bracht. Er werd gevorderd dat hen onder meer verbod zou worden opgelegd om, samengevat, het plan dat uiteengezet werd in de 'Actielijst.odt' tot uitvoering te brengen.

De Nederlandse voorzieningsrechter overwoog in zijn vonnis van 15 december 2010 :

- 3.13. *Gedaagden wijzen erop dat in het document alleen gesproken wordt van voornemens om marktpartijen te benaderen die nog niet klant of leverancier waren. Klanten waren diplomaten, en benadering daarvan was niet voorgenomen en staat niet in het document, en heeft ook niet plaatsgevonden. DCC Exploitation Beheer had alleen een leveranciersovereenkomst met TOTAL, en dat slechts voor België, voor de brandstof en met ATOS voor software. ATOS werd benaderd om eventueel ook software te leveren aan hen, en was niet exclusief voor DCC.*
- 3.14. *De voorzieningsrechter constateert dat deze weergave van het document juist is. Uitgangspunt is derhalve dat het document geen basis biedt voor de aanname dat sprake is geweest of zal zijn van voorgenomen stelselmatige afbreuk van bedrijfsdebet van DCC Exploitation Beheer in die zin dat bestendige relaties en vaste klanten van DCC Exploitation Beheer zullen worden benaderd met de bedoeling hen los te weken van DCC Exploitation Beheer. De concurrentie zoals in het document voorzien richt zich op de nog open markt en is dus niet onrechtmatig te oordelen in dit opzicht.*

De Nederlandse voorzieningsrechter stelde in zijn vonnis tevens vast : de heer Blasi en de heer Spek beschikten uit hoofde van eerdere werkzaamheden reeds (...) over bijzondere kennis, Blasi op de markt van duty-free goederen en diensten; Spek op het gebied van IT voor dit soort credit-cards. Het overgrote deel van hun kennis is naar aannemelijkheid reeds aanwezig geweest toen zij bij DCC Exploitation Beheer kwamen en is dus vrij te gebruiken in



1812

*een concurrerende onderneming. Eisers hebben niet uitgelegd wat de werkzaamheid bij DCC Exploitation Beheer daaraan heeft toegevoegd (randnummer 3.17 van het vonnis).*

*Bovendien, zo oordeelde de Nederlandse voorzieningsrechter, waren de heren Spek en Blasi en mevrouw Serneels uit eigen beweging bij DCC Exploitation Beheer vertrokken omdat zij ieder vertrouwen in Stockbroekx en in de toekomst van DCC Exploitation Beheer hadden verloren en DCC Exploitation Beheer in ernstige mate tekortschoot jegens hen in het nakomen van haar verplichtingen (randnummer 3.22 van het vonnis).*

Door de voorzieningsrechter werd tevens het volgende geoordeeld :

*(...) Stockbroekx is beleidsbepaler en uiteindelijk belanghebbende bij Shuriken SA. Stockbroekx heeft in mei/juni 2010 minst genomen met een handdruk bezegeld dat hij zijn best zou doen om de aandeelhouders van Shuriken te bewegen om in te stemmen met een herschikking van belang en zeggenschap in de DCC groep ten gunste van de familie Bostoën. Shuriken SA heeft geweigerd hieraan mee te werken. In feite was het Stockbroekx zelf die weigerde. Stockbroekx was reeds lange tijd verzocht door Bostoën om liquiditeitsversterking te bieden via Shuriken SA. Daartoe was Stockbroekx niet bereid of in staat, terwijl hij in de onderlinge verhouding daartoe wel "aan zet" was.*

*De stelling van gedaagden dat zij op 22 juni 2010 het faillissement van DCC Exploitation Beheer als onafwendbaar beschouwden en mochten beschouwen, is aannemelijk. Bostoën wenste niet te voorzien in verdere liquiditeiten zolang Stockbroekx/Shuriken de zeggenschap had. Shuriken/Stockbroekx kon niet financieren. De kosten waren veel hoger dan de opbrengsten. Schulden konden niet worden voldaan.*

*Niet onrechtmatig is het dat gedaagden in die periode, mogelijk ook ervoor, plannen maakten voor hun toekomst buiten DCC Exploitation Beheer. Aannemelijk is dat het onmiddellijk aangaan van concurrentie door Blasi en Spek niet onrechtmatig was. Hetzelfde geldt voor Serneels. Ten aanzien van Segaert bestaan ernstige twijfels of concurrentie onrechtmatig is. Dat Bostoën toen plannen maakte waarin een doorstart van de onderneming na faillissement werd voorzien was niet onrechtmatig. Een dergelijke activa-transactie staat onder toezicht van de rechter-commissaris en is niet ongebruikelijk. Evenmin is onrechtmatig dat hij arrangeerde dat het faillissement werd aangevraagd. In deze aannemelijke feitenconstellatie was dit een rechtmatig dienen van het eigen belang. (randnummer 3.32 van het vonnis).*

De door onder meer DCC Exploitation Beheer en Marc Stockbroekx gevorderde maatregelen in kort geding werden dan ook integraal afgewezen.

Door DCC Exploitation Beheer werd hoger beroep aangetekend tegen dit vonnis, doch zij nam vervolgens geen initiatief meer in de beroepsprocedure. De zaak werd ambtshalve doorgehaald door het Gerechtshof 's-Hertogenbosch (stuk VI.8 van Forax).

35. Op 10 februari 2011 werd een overeenkomst gesloten tussen Diplomatic Card en Atos, waarin een definitie werd gegeven van wat door de partijen bij de overeenkomst



begrepen werd onder de begrippen 'customised software' (maatsoftware), 'specifications' (specificaties) en 'software'. Er werd onder meer bepaald :

#### 14. Supplier's Rights

(...)

##### Software

*The Supplier uses its own software and monitors or standard commercially available software (together "Supplier's software") and represents that it holds the rights to use and operate said Supplier's software on its servers on its behalf and on behalf of its clients.*

(...)

*The Supplier is the sole owner or holder of all rights attached to the programs, sources and objects of the Supplier's software.*

##### Customized Software

*The Supplier may develop software on the basis of functional specification files drawn up in relation to Client's specific requirements that will be part of the System.*

*Subject to Supplier's rights to its pre-existing technical elements and to Supplier's software and third party software, Client shall, after payment in full of development costs, hold all property rights attached to this Customized Software. Supplier hereby assigns to Client all right, title and interest in these specific developments (...), all the author rights (including, but not limited to, the rights to reproduce, perform, distribute, license, modify, translate, broadcast or exploit), as well as all patents, patent rights, mask work rights, trade secret rights, and all other intellectual property rights of any sort anywhere in the world to any such specific developments.*

*It is however specified that much Customized Software may be closely linked to and dependent on Supplier monitors and/or standard software, as clearly are customized versions of standard software. Client's property rights relating to Customized Software shall not result in any implicit or other rights to Supplier monitors and standard software programs for them.*

Vrije vertaling van het hof :

#### 14. Rechten van de leverancier

(...)

##### Software

*De leverancier gebruikt diens eigen software en monitors of standaard commercieel beschikbare software (samen 'de Software van de leverancier') en verklaart dat hij houder is van de rechten om deze Software van de leverancier te gebruiken op zijn servers ten behoeve van zichzelf en ten behoeve van zijn klanten.*

(...)

*De leverancier is de enige eigenaar of houder van alle rechten verbonden aan de programma's, de bronnen en voorwerpen van de Software van de leverancier.*

##### Maatsoftware





*De leverancier mag software ontwikkelen op basis van de functionele specificaties die opgesteld worden in verband met de specifieke vereisten van de klant die deel zullen uitmaken van het Systeem.*

*Onder voorbehoud van de rechten van de leverancier met betrekking tot zijn vooraf bestaande technische elementen en software van derden, zal de klant, na betaling van de ontwikkelingskosten, houder zijn van alle eigendomsrechten verbonden aan de maatsoftware. De leverancier kent hierbij aan de klant alle rechten, titels en belangen toe in deze specifieke ontwikkelingen, met inbegrip van (...), alle auteursrechten (met inbegrip van, doch niet beperkt tot, de rechten tot reproductie, uitvoering, distributie, in licentie geven, bewerken, vertalen, uitzenden of uitbaten), alsook alle octroolrechten, rechten op topografieën van halfgeleiderproducten, bedrijfsgeheimrechten, en alle andere intellectuele eigendomsrechten van welke aard ook, waar ook ter wereld en op welke specifieke ontwikkelingen ook.*

*Er wordt echter gepreciseerd dat veel maatsoftware nauw gelinked kan zijn met en afhankelijk van de monitors en/of standaard software van de leverancier, zoals maatversies van standaardsoftware duidelijk zijn.*

*De eigendomsrechten van de klant betreffende de maatsoftware zal voor hem niet leiden tot enig impliciet of ander recht op de monitors en standaard software programma's van de leverancier.*

Tevens bepaalde artikel 17 van de overeenkomst dat deze in werking zou treden met terugwerkende kracht op 1 oktober 2009.

Door Diplomatic Card werd geen enkele vergoeding betaald aan DCC Exploitation Beheer voor de door deze laatste betaalde ontwikkelingskosten van de software, hoewel dit één van de belangrijkste, indien niet het belangrijkste, activa was van de voormelde vennootschap.

36. Op 9 en 16 februari 2011 stuurde Diplomatic Card aan respectievelijk Shell en Esso brieven (stukken VI.3 en VI.4 van Forax) waarin werd beweerd dat door hun samenwerking met Forax, Shell/Esso betrokken waren bij een 'zeer ernstige inbreuk' op de aan Diplomatic Card toebehorende intellectuele eigendomsrechten.

Shell en Esso werden in gebreke gesteld om de samenwerking met Forax 'met onmiddellijke ingang on-hold te zetten', totdat helderheid zou zijn verkregen over 'de als wel zeer waarschijnlijk te verwachten inbreuk'.

Aanvankelijk leidde dit ertoe dat Esso haar contacten met Forax tijdelijk opschortte (stuk VI.5 van Forax), gelet op een schadeclaim van 10 miljoen euro waar Diplomatic Card mee dreigde (stuk VI.3 van Forax).



37. Op 29 maart 2011 werd door Hoffman Bedrijfsrecherche op verzoek van Diplomatic Card een aanvullend verslag opgesteld (Hoffman Bedrijfsrecherche II) (stuk 1.26 van appellanten). Uit dit verslag kan opgemaakt worden dat de vroegere medewerkers van DCC Exploitation Beheer op het einde van hun samenwerking met deze laatste voornemens waren met Forax In zee te gaan en dat er daartoe voorbereidende stappen werden gezet. Dit wordt trouwens door Forax niet betwist.

38. Op verzoek van Forax werd aan Ir. N.M. Keijser, hierna 'Keijser' gevraagd om een gesprek aan te gaan met de directie en de ontwikkelaars van Flusso BV. In dit gesprek moest Keijser zich een mening vormen over de wijze waarop Flusso BV en Forax hebben samengewerkt en 'tot het gereed softwareproduct' zijn gekomen (de TrAX-software).

Uit het verslag van 8 april 2011 (Keijser I) blijkt :

- door Forax werd aan Flusso BV een document aangeleverd met een functionele beschrijving dat in ontwerp was opgesteld door Forax in augustus 2010; het document werd door Forax onderhouden en aangepast aan de stand van zaken; het document Functional Design 1.1.5 toont een consistente wijzigingshistorie van augustus 2010 tot en met een versie 1.1.5 van maart 2011;
- de inhoud van dit document komt overeen met de applicatie; de applicatie is op basis van dit document tot stand gekomen;
- er werd gedurende 3,5 maanden gewerkt aan de applicatie, met name van medio september tot eind december 2010;
- er werd door Flusso BV een bedrag gefactureerd van 193.660 euro;
- de programmeurs zijn op basis van het door Flusso BV opgestelde Functioneel Ontwerp, Technisch Ontwerp en het Datamodel gestart met de werkzaamheden; daarbij is een eigen oorspronkelijk werk ontstaan waarin de programmeurs een volledige keuzevrijheid hebben gehad en ook gebruikt waarmee zij een persoonlijke stempel hebben gedrukt op het nieuwe werk; de keuzevrijheid voor de programmeurs was niet beschikbaar bij het maken van de externe koppelingen, waarvan de exacte specificaties door de externe partij (Forax) is geschreven.

Keijser I besluit dat de software die door Flusso BV op verzoek van Forax werd ontwikkeld, een consistente eigen ontwikkeling is, die is aangevangen met een Functionele Beschrijving van 30 augustus 2010 en die is geëindigd in een gereed software product dat op 15 januari 2011 door Forax in productie is genomen. Volgens Keijser I is de opdracht die door Forax aan Flusso BV werd gegeven het maken van een nieuw en oorspronkelijk product, opdracht die ook als zodanig door Flusso BV werd aanvaard.

39. De samenwerking tussen Esso en Forax werd hervat nadat Forax aan Esso het verslag Keijser I liet toekomen.



40. De heer Christiaan Spek werd op 26 mei 2011 door DCC Exploitation Beheer gedagvaard voor de Rechtbank Breda wegens beweerde tekortkoming aan zijn verbintenissen, oneerlijke mededinging en niet naleving van een opzeggingstermijn bij de beëindiging van zijn samenwerking met DCC Exploitation Beheer.

Er werd hem onder meer verweten dat hij drie weken na zijn vertrek bij DCC Exploitation Beheer, met name in augustus 2010, nog zou hebben ingelogd op zijn account bij deze vennootschap (cfr. supra en infra).

De Rechtbank Breda heeft bij vonnis van 9 januari 2013 de vordering van DCC Exploitation Beheer afgewezen omdat zij internationaal niet bevoegd was om daarvan kennis te nemen. Er werd niet verder geprocedeerd.

41. DCC Exploitation Beheer werd failliet verklaard bij vonnis van 7 juni 2011 van de Rechtbank Breda. Meester J.L.G.M. Verwiel werd aangesteld als curator.

Door de curator werd een verslag opgesteld, waarin onder meer het volgende te lezen staat in verband met vier transacties die de aandacht van de curator trokken, waaronder de verkoop door DCC Exploitation Beheer op 18 augustus 2010 van de materiële vaste activa (inventaris, hardware, software) aan Diplomatic Card (stuk IV.14, nr. 39 van Forax) :

*De curator heeft Stockbroekx en Bostoën gevraagd of Bostoën (vanzelfsprekend via Mercure) betrokken is geweest bij deze vier transacties. Indien er sprake zou zijn van een reorganisatie binnen het concernverband zou dat voor de hand hebben gelegen. Bostoën heeft aangegeven dat dit volledig buiten hem om is gegaan. Stockbroekx heeft dat ook bevestigd. Stockbroekx heeft geen verklaring kunnen geven voor de vraag waarom hij Bostoën (als middellijk aandeelhouder) niet geïnformeerd heeft. Stockbroekx heeft aangegeven dat hij juridisch bevoegd was die rechtshandelingen uit te voeren en dat hij het niet noodzakelijk vond om goedkeuring te vragen aan de aandeelhouders van Diplomatic Card S.A. Na de transacties voornoemd moet in ieder geval worden vastgesteld dat de activiteiten van DCC Beheer volledig zijn stilgevallen en zij geen relevante activa meer had; zij had nog wel een groot negatief eigen vermogen en een torenhoge schuldenlast.*

Het verslag vermeldt eveneens het volgende (nr. 28) :

*Om de tankkaart te kunnen ontwikkelen en uiteindelijk ook te exploiteren heeft DCC kennis ingekocht door mensen aan zich te trekken die over die kennis beschikten. De meesten hadden relevante kennis en ervaring op commercieel, financieel en/of technisch gebied.*

*De belangrijkste personen naast Stockbroekx waren : (...) Juan Blasl, (...), Chris Spek (...), Anne Serneels, (...), Thomas Segart (...).*

*Daarnaast waren als keymedewerkers nog in dienst bij DCC Beheer mevrouw De Mets (...). (Onderlijning door het hof)*



1877

42. Door de Arrondissementsrechtbank van Luxemburg werd de heer Van Cauter, bedrijfsrevisor, aangesteld als gerechtsdeskundige, met de opdracht de jaarrekening van Diplomatic Card betreffende de periode gaande tot 31 december 2009 te onderzoeken.

Door deze gerechtsdeskundige werd vastgesteld dat de beweerde aankoop in 2006 door Diplomatic Card van 'knowhow in de diplomatenmarkt', voor een bedrag van 6.050.000 euro, van de vennootschap NZBM BV – een vennootschap waarvan de heer Marc Stockbroekx aandeelhouder is – een fictieve transactie was, waar niets tegenover stond.

Door gerechtsdeskundige Van Cauter wordt in zijn definitief verslag van 10 januari 2012 (stuk IV.17 van Forax) onder meer het volgende gesteld :

*Nous critiquons vertement le fonctionnement de la société qui est une 'parodie' sur la volonté réelle de la législation luxembourgeoise et qui n'est que la mise en route d'écrans non nécessaires et une cumulation de conflits d'intérêts. (Stuk IV.17 van Forax – definitief verslag, p. 6, nr. 3.4.)*

Vrije vertaling:

*Wij bekritisieren ronduit de werking van de vennootschap die een 'parodie' is op de werkelijke bedoeling van de Luxemburgse wetgeving en die slechts het opzetten is van onnodige afschermingen en een cumulatie van belangenconflicten.*

43. Ondertussen was Diplomatic Card er vast van overtuigd dat Forax, met haar TrAX-software, de Atos software had gekopieerd en daarmee inbreuk had gepleegd op intellectuele eigendomsrechten die zij op deze software kon laten gelden.

Op 29 mei 2012 werd, recht doende op een eenzijdig verzoekschrift neergelegd door Diplomatic Card, een beschikking uitgesproken door de Voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel, waarbij Diplomatic Card gemachtigd werd om over te gaan tot beschrijvende maatregelen in het kader van een beslag inzake namaak, bij de Administratie der Douane en Accijnzen, Forax, Ingrid De Mets, Newday Consult BVBA, Christiaan Spek, Thomas Segaert, Juan Blasi, ICL BVBA en Anne Serneels. De heer Luc Golvers werd aangesteld als deskundige.

Er werd op 2 juni 2012 overgegaan tot de eerste verrichtingen van beslag inzake namaak.

Bij beschikking van 8 juni 2012 werd de opdracht van de deskundige uitgebreid.

Het derdenverzet van Forax tegen de beschikking van 29 mei 2012 van de Voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel, werd afgewezen bij beschikking van deze Voorzitter van 17 oktober 2012.



Door Forax werd een beperkt hoger beroep aangetekend tegen deze beschikking, met name enkel in de mate dat de aan Diplomatic Card opgelegde borgsom door de Voorzitter niet werd verhoogd, zoals nochtans was gevorderd door Forax, Ingrid De Mets, Newday Consult BVBA, Christiaan Spek, Thomas Segart, Juan Blasi, ICL BVBA en Anne Serneels.

44. Bij beschikking van 27 juni en 2 juli 2012 verleende de voorzieningsrechter van de rechtbank 's-Gravenhage op verzoek van Diplomatic Card verlof tot het leggen van conservatoir derden(bewijs)beslag onder Forax BV en Flusso BV.

45. Op 9 juli 2012 werd door Keijser een tweede verslag (Keijser II) opgesteld op verzoek van Forax. Dit betrof (1) de betekenis en inhoud van enkele artikelen van de overeenkomst van 10 februari 2011 tussen Atos en Diplomatic Card en (2) de overdracht en toegang tot de broncode van de voor Diplomatic Card vervaardigde (maatwerk)programmatuur.

Uit Keijser II blijkt in verband met de vragen van Forax :

Vraag 1:

- Atos heeft in opdracht van Diplomatic Card maatwerk gemaakt dat functioneert in samenwerking met – en afhankelijk is van het bestaande platform Solaris; dit platform is een Microsoft.Net applicatie;
- de applicatie van Forax is een Linux georiënteerde applicatie gebaseerd op SUN Java programmatuur;
- 'Overnemen' van het maatwerk is technisch niet mogelijk, omdat Microsoft.Net en Java programmatuur niet uitwisselbaar zijn en applicaties op het Microsoft Windows platform en het Linux platform niet uitwisselbaar zijn;
- 'Overnemen' van het maatwerk is uit praktische overwegingen niet zinvol omdat daarin maar een beperkt aantal functies zijn geprogrammeerd die bovendien afhankelijk zijn van andere programmaonderdelen.

Vraag 2 :

- de verklaring van vroegere medewerkers van DCC Exploitation Beheer dat zij middels een gebruikersnaam en wachtwoord toegang hadden tot een 'website' en geen ftp- of beheertoegang tot de betreffende server(s) is consistent met de gebruikte techniek;
- in dat geval hadden zij geen toegang tot de broncode, noch tot broncode decompileerbare bestanden;
- de tussen Atos en Diplomatic Card gesloten overeenkomst bevat geen artikel op basis waarvan een fysieke periodieke overdracht van broncode zou moeten plaatsvinden.



1018

46. Keijser I werd op verzoek van appellanten onderzocht door Prof. ir. J.B.F. Mulder en Prof. Th.J. Mulder. Dit leidde tot een verslag van 16 juli 2012 (Mulder I) waarin, als antwoord op vragen van appellanten, werd gesteld dat Keijser I geen vergelijking laat zien tussen de programmatuur van Forax en deze van Diplomatic Card en dat Keijser I niet aantoont dat de specificaties en ontwerpen een oorspronkelijk werk zijn van Forax (stuk VIII.4 van Forax).

Het oordeel in Mulder I werd dan weer bekritiseerd door ir. Keijser in een uitvoerig gemotiveerde nota van 17 juli 2012 (stuk VIII.5 van Forax).

47. Door appellanten werd op 30 juli 2012 een procedure ingeleid voor de Rechtbank 's-Gravenhage, die ertoe strekte om onder meer aan Forax te horen bevelen om iedere inbreuk op de auteursrechten van Diplomatic Card te staken en gestaakt te houden, waaronder in ieder geval begrepen het gebruik van customized software en de specificaties en tot betaling van schadevergoeding en/of winstafdracht. Aan Forax werd eveneens verweten dat zij zich heeft schuldig gemaakt aan onrechtmatige mededinging en het stelselmatig en substantieel afbreken van het duurzame bedrijfsdebiet van Diplomatic Card (procedure ten gronde in Nederland).

48. Bij vonnis van 2 augustus 2012 van de voorzieningsrechter 's-Gravenhage werd de vordering van Forax BV tot opheffing van het gelegde (bewijs)beslag afgewezen.

Bij hetzelfde vonnis werd op vordering van Diplomatic Card aan deze laatste inzage gegeven in een aantal in beslag genomen bestanden die zouden kunnen wijzen op inbreuk op auteursrechten. De inzage van de bestanden werd toegelaten onder de volgende voorwaarden :

*5.8.1. Forax dient een door DCC aan te wijzen onafhankelijke deskundige (bijvoorbeeld een van de onafhankelijke deskundigen die de deurwaarder hebben bijgestaan bij het leggen van het beslag) inzage te geven in het onder Flusso in beslag genomen materiaal. De bij de beschikking van 2 juli 2012 aan de bewaarder opgelegde plicht tot geheimhouding van dat materiaal wordt in zoverre opgeheven, maar blijft voor het overige in stand;*

*5.8.2. De deskundige dient te onderzoeken of zich onder het onder Flusso in bewaring genomen materiaal bestanden bevinden die voldoen aan de volgende omschrijving:*

*i) DCC Specification vXXX.doc*

*De specificaties welke als basis gebruikt werden voor de ontwikkeling van de Solaris software van DCC en Atos.*

*ii) dir.txt*



1826

*Het betreft een overzicht van alle bestanden welke teruggevonden werden op de toenmalige bedrijfscomputer (laptop) van Spek. Alsmede kopieën van het intranet van DCC.*

*iii) SQL*

*Dit is de database van de intranet applicatie van DCC. Derhalve alle SQL bestanden met trefwoorden: DCCNET of DCC-NET.*

*iv) Algemeen*

*Bestanden welke verwijzen naar DCCNET of DCC-NET.*

*v) De kopie van de intranet applicatie van DCC (DCC-NET).*

*Deze werd ontwikkeld in PHP.*

*vi) E-mailverkeer met Atos.*

*vii) Specifieke codes afkomstig van Atos, die indertijd zijn gebruikt om de Solaris software voor DCC te bouwen.*

*viii) Informatie afkomstig van DCC-server bij Atos, die – door [D] e.a. – één op één is doorgegeven aan Forax.*

*5.8.3. Indien en voor zover de deskundige onder het in bewaring genomen materiaal bestanden aantreft die naar zijn oordeel voldoende duidelijk voldoen aan de hiervoor genoemde omschrijving, zal de deskundige een kopie maken van die bestanden. Uitsluitend die gekopieerde bestanden zal de deskundigen verstrekken aan DCC. De deskundige dient ook Forax een kopie van de verstrekte bestanden te geven, zodat voor Forax duidelijk en controleerbaar is welke gegevens aan DCC worden verstrekt. Voor het overige dient de deskundige het materiaal dat hij heeft ingezien geheim te houden ten opzichte van DCC en derden.*

Fox-IT werd door Diplomatic Card aangewezen als onafhankelijke deskundige om het onder Flusso BV in beslag genomen materiaal te onderzoeken. Fox-IT liet op 24 augustus 2012 het volgende weten :

*Zoals u weet heeft Fox-IT de afgelopen periode gewerkt aan het onderzoek op het op 2 juli 2012 onder Flusso in beslag genomen materiaal. Doel van dit onderzoek was het beschikbaar maken van kopieën van bestanden aan beide partijen die voldoen aan de onder 5.8.2 opgegeven omschrijving in het vonnis van de Rechtbank 's-Gravenhage van 2 augustus 2012 (hierna: het vonnis).*

*Hiertoe heeft Fox-IT op 14 augustus 2012 het in beslag genomen materiaal ontvangen van de gerechtelijk bewaarder. Deze data is vervolgens in de onderzoeksomgeving van Fox-IT geladen en doorzocht op data die voldoet aan de in het vonnis opgenomen omschrijvingen. Dit onderzoek is inmiddels afgerond en hieruit zijn een drietal e-mailberichten naar voren gekomen die voldoen aan een van de omschrijvingen onder 5.8.2 uit het vonnis ("vi) E-mailverkeer met Atos.").*



1081

*Buiten deze e-mailberichten is er geen andere data aangetroffen die volgens Fox-IT voldoet aan de omschrijvingen uit het vonnis.*

49. Bij beschikking uitgesproken op 8 augustus 2012 van de Voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel, werd Luc Golvers aangesteld als sekwester (van kopieën) van alle bestanden, materiaal en documenten die in zijn bezit waren naar aanleiding van het op 2 juli 2012 gelegde beslag inzake namaak en dit in afwachting van de definitieve uitspraak op de stakingsvordering op grond van de WMPC (wet marktpraktijken en consumentenbescherming) die diende te worden ingesteld binnen de 30 dagen vanaf de uitspraak, bij gebrek waaraan deze maatregel zou vervallen.

50. Op 31 augustus 2012 werd door Diplomatic Card opnieuw een schrijven gericht aan Esso en Shell (stukken VI.3bis en VI.4bis van Forax).

Met deze brieven wordt de indruk gewekt dat de beweringen van Diplomatic Card die aanleiding gaven tot het beslag inzake namaak door de rechtbank werden bevestigd.

In een e-mail van 18 september 2012 die volgt op de brief aan Shell van 4 september 2012 (stuk VI.4ter van Forax), wordt Shell zelfs aangemaand om nog vóór 3 oktober 2012 haar samenwerking met Forax stop te zetten en een contract met Diplomatic Card te sluiten.

51. Op 6 september 2012 gingen appellanten over tot dagvaarding van Forax voor de Voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel, zetelend zoals in kort geding, als stakingsrechter.

52. Op verzoek van Forax werd door ir. Walter Huys een vergelijking gemaakt tussen de specificaties van de respectieve software programma's die door appellanten en Forax worden gebruikt. De heer Huys is uitgegaan van de specificaties 1.9 van Forax en de specificaties van Diplomatic Card.

In zijn verslag van 18 september 2012 stelt de heer Huys het volgende (stuk VIII.10 van Forax) :

*5.2.1. FORAX ontvangt transacties inclusief taksen, berekent zelf de taksen en splitst zelf de transacties op, zulks terwijl DIPLOMATIC CARD enkel reeds van taksen ontdane transacties ontvangt van TOTAL;*

*5.2.2. FORAX doet aan effectieve quota-controle, terwijl DIPLOMATIC CARD deze louter bijhoudt om als info mee te geven op de factuur (in het geval van DIPLOMATIC CARD blokkeert TOTAL de pomp wanneer het quotum bereikt is, bij FORAX doen ESSO en SHELL zulks niet);*





1882

5.2.3. FORAX factureert tax-free tot het quotum bereikt is en maakt dan een separate taks-paid factuur voor het overige deel. DIPLOMATIC CARD kan enkel taks-free factureren;

5.2.4. De rapportering naar de overheid maakt deel uit van de FORAX-specificaties, hetgeen niet het geval is voor DIPLOMATIC CARD. DIPLOMATIC CARD vervult deze functionaliteit niet vanuit de Atos SOLARIS applicatie.

53. Op 21 september 2012 werd een verslag opgesteld door KPMG op verzoek van Forax. Uit dit verslag blijkt dat door KPMG het volgende werd vastgesteld :

- uit een vergelijking tussen de klantenlijst van Forax en een klantenlijst van Diplomatic Card blijkt dat van de 2.082 klanten van Forax er 125 klanten werden teruggevonden in de klantenlijst van Diplomatic Card;
- van de 125 gemeenschappelijke klanten van Forax en Diplomatic Card, werden 65 klanten teruggevonden in de klantenlijst van Belgian Shell NV; De bestuurders van Forax willen hiermee aantonen dat van de 125 gemeenschappelijke klanten, 65 klanten werden aangebracht door Belgian Shell NV.

54. Bij een beschikking van 14 november 2012 van de Rechtbank 's-Gravenhage werd op vordering van appellanten en DCC Operations BV in de procedure ten gronde in Nederland een getuigenverhoor en een 'voorlopig deskundigenbericht' toegestaan. De heer J. Honkoop werd door de rechtbank aangesteld als deskundige ten einde verslag uit te brengen ter beantwoording van zes door de rechtbank geformuleerde vragen.

In het kader van het getuigenverhoor werden vier door Diplomatic Card aangebrachte getuigen gehoord, te weten de heren Dardonville, Kermezli, Beijer en de Boer (cfr. infra).

55. Eind januari 2013 kwam naar aanleiding van een jaarlijkse technische controle van het voertuig van Thomas Segaert aan het licht dat hij en Christiaan Spek maandenlang middels GPS-tracking door een privé-detective werden gevolgd in opdracht van Marc Stockbroekx.

Na een klacht met burgerlijke partijstelling van Forax en de betrokken Forax medewerkers, werden Marc Stockbroekx en de privé-detective waarop hij een beroep deed, beticht van belaging en schending van de regelgeving inzake de bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van verwerking van persoonsgegevens.

56. Op 28 februari 2013 werd het vonnis van de eerste rechter waartegen hoger beroep uitgesproken.



/ 0885

57. Bij een arrest uitgesproken door het hof van beroep te Brussel op 18 maart 2013 werd de krachtens artikel 1369bis/3. § 1 Ger.W. door Diplomatic Card ter griffie te stellen waarborg verhoogd van 10.000 euro naar 60.000 euro (gedeeltelijke hervorming van de beschikking van 29 mei 2012).

58. Het getuigenverhoor dat bij beschikking van 28 november 2012 van de Rechtbank 's Gravenhage werd toegelaten, werd gehouden op 28 maart en 16 oktober 2013.

Tijdens het verhoor van Mohamed Kermezli werd door deze onder meer verklaard :

*U vraagt mij of DCC mij ooit gevraagd heeft of Chris Spek na zijn vertrek bij DCC nog heeft ingelogd door middel van zijn gebruikersaccount. Ik kan mij dat herinneren. Er is van zijn account ingelogd. Maar daarbij wordt voor mij niet duidelijk dat dat Chris Spek is geweest. Het is iemand die gebruik heeft gemaakt van zijn gebruikersnaam en wachtwoord. Dat is alles wat ik erover kan zeggen. (...) Deze account gaf geen toegang tot broncodes. Het enige dat kon worden ingezien waren de productiegegevens. Het gaat dan om zaken als rekeningen van klanten en quota. De software zelf kan niet worden ingezien.*

(Onderlijning door het hof)

Tijdens het verhoor van Francis Dardonville werd onder meer verklaard :

*De ene keer dat ik Blasi en Spek heb ontmoet was tijdens een bespreking begin Juli 2010. Ook Bostoën was daar toen aanwezig. (...) Het initiatief voor de bijeenkomst lag, denk ik, bij Spek en Blasi. Ik was verbaasd dat Bostoën erbij was. (...) Bostoën, Spek en Blasi vertelden ons dat er binnen DCC problemen waren. Ik herinner mij niet dat Bostoën gekomen is om afscheid te nemen. Bostoën heeft uitgelegd dat er problemen waren met het betalen van rekeningen. Dat hadden we bij Atos al gemerkt. Bostoën vertelde dat hij de rekeningen al een aantal keren had betaald. De problemen hadden als achtergrond dat Stockbroekx welgerde in te gaan op voorstellen van Bostoën, zo vertelde Bostoën ons. Hij zei dat het risico bestond dat DCC nog de volgende maanden failliet zou gaan. Ze waren van plan DCC te verlaten en voor zichzelf te beginnen. Niet met dezelfde klanten maar dezelfde soort klanten als DCC. (...) Bostoën wilde dat Atos hem discreet zou melden als er financiële problemen waren met DCC. Dat was omdat hij dan geld moest pompen in DCC. Dat zou hij doen totdat de nieuwe structuur in werking zou zijn.*

(...)

*Ik herinner mij dat Atos gevraagd is om een copy-paste kople van het systeem. Ze wilden dat wij alles wat wij voor DCC hadden gedaan ter beschikking zouden stellen. In ruil daarvoor zouden ze hetzelfde betalen als wat DCC in rekening is gebracht. Ik herinner mij dat er haast bij was. Ze wilden binnen zes maanden van start. Als reden daarvoor gaven ze dat ze verwachtten dat DCC failliet zou gaan op korte termijn. Ze wilden de klanten van DCC in zo'n geval kunnen bedienen. Dat baseer ik niet op wat ik gehoord of gezien heb, dat was een deductie van Atos op basis van*



*beschikbare informatie. Ze hadden ons wel gezegd dat ze verwachtten dat DCC failliet zou gaan. Tijdens de bespreking hebben wij gezegd niet meteen te kunnen beslissen. Daarvoor hadden we namelijk de instemming van DCC nodig. Begin augustus 2010 heb ik met Spek aan de telefoon besproken dat Atos niet aan het verzoek tegemoet kon komen zonder de toestemming van DCC. Toestemming was belangrijk omdat de rechten op de specificaties, gegevens en het systeem bij DCC lagen.*

*(...) Toen ik bij het project betrokken raakte bestonden er al achterstanden in het betalingsgedrag van DCC. Atos heeft dat aan de orde gesteld en uiteindelijk een garantie en tegenprestatie bedongen.*

Tijdens het verhoor van de heer Beijer (destijds tewerkgesteld bij Esso) werd onder meer verklaard :

*In het contact tussen Esso en Atos zorgde Spek voor de interface met Atos. Het team van Esso dat met dit project bezig was, werd geleid vanuit de IT. Spek was verantwoordelijk voor dit team.*

Tijdens het verhoor van de heer Thomas de Boer (tewerkgesteld bij Shell) werd onder meer verklaard :

*De financiële stukken die wij van DCC ontvingen zijn beoordeeld door onze kredietafdeling. Die kwam terug met de mededeling dat zij negatief adviseerde over het aangaan van een samenwerking met DCC. Zij baseerde dit negatief advies op externe ratings en op de onduidelijkheid die zij signaleerde in de financiële structuur tussen de verschillende DCC maatschappijen, waartussen verschillende vorderingen liepen en sprake was van onderlinge aansprakelijkheden.*

*Ongeveer rond dezelfde tijd ontving ik stukken van Atos Origin via Stockbroekx. Dit was voor het eerst dat ik deze partij genoemd zag en ik begreep dan ook niet waarom zij als IT consultant een rol speelde. Ik begreep ook niet waarom ik de mensen van DCC met wie ik eerder kennis had gemaakt niet terugzag in de stukken. Desgevraagd meldde Stockbroekx mij dat hij die medewerkers had ontslagen, omdat er geschillen waren ontstaan over ongelukkig gebruik van de middelen van DCC. Dit kwam voor mij als een onplezierige verrassing en was voor mij reden af te vragen of DCC de markt/klanten van de diplomatenpas wel goed begreep. Vanwege het negatieve advies van de kredietafdeling en mijn slechte gevoel over de wijze waarop DCC uitvoering gaf aan verduidelijking van haar mogelijke taken, heb ik besloten om de mogelijkheden om met DCC samen te werken op dat moment niet verder te onderzoeken. (...)*

*Ter verduidelijking vul ik aan dat ik op dat moment zoveel rode vlaggen zag voor een samenwerking met DCC dat ik geen mogelijkheid zag om dat te repareren of te ondervangen, terwijl de tijd voor het nieuwe jaar voor de tankpas begon te dringen. Ik heb toen besloten om niet door te gaan en dat aan DCC ook gezegd.*

*Ik ben benaderd door Segaert die mij meldde dat de personen die bij DCC weg waren gegaan actief wilden worden met een eigen bedrijf in de markt van diplomaten tankkaarten. Hij heeft mij gebeld voordat ik de beslissing nam niet door te gaan met DCC. Dat telefoongesprek had geen enkele invloed op mijn beslissing betreffende DCC. Naar mijn herinnering nam Segaert met mij*



*eind augustus/begin september 2010 contact op. Ik heb hem vervolgens duidelijk gemaakt dat hij aan de hiervoor door mij genoemde drie punten diende te beantwoorden voordat er verdere stappen zouden kunnen worden genomen met betrekking tot de mogelijke samenwerking. Daarop meldde Segaert dat zij dat konden doen. Vervolgens zijn er stukken aangeleverd, die beantwoordden aan onze verwachtingen en eisen. Oktober 2010 konden wij beginnen met commercieel onderhandelen met deze partij. De formele beslissing omtrent samenwerking is ergens in oktober of november 2010 gevallen. (...)*

*U vraagt mij of Forax scoorde op de eisen van dienstverlening en deskundigheid van de markt waarop DCC eerder niet scoorde. We waren niet op zoek naar software, naar ideeën of concepten, we waren op zoek naar oplossingen waarin met kennis van de markt en de klanten en de problematiek rond de belastingen en accijnzen volgens onze systemen kon worden gewerkt. De mensen die eerder bij DCC werkten begrepen dat en hadden daarvoor een oplossing.*

De drie punten waarvan sprake in voormelde getuigenverklaring van de heer de Boer zijn de volgende (stuk III.46, pagina 6 van appellanten) :

1. goedkeuring door de Belgische overheid van DCC als wederverkoper van belastingvrije en accijnsvrije kaarten;
2. een verduidelijking van de organisatiestructuur en de financiële gezondheid van DCC;
3. het specifiek op papier zetten van wat Shell concreet kon verwachten van de bijdrage van DCC Exploitation Beheer aan hun kaart, wat zou moeten leiden tot klanttevredenheid tegen acceptabele kosten.

59. In brieven van 24 juli en 12 augustus 2013 werd Esso andermaal met aandrang verzocht om de banden met Forax te verbreken tenelnde te vermijden dat Diplomatic Card van Esso een fikse schadevergoeding zou eisen (stukken VI.6bis en ter van Forax).

Forax heeft Diplomatic Card in gebreke gesteld om de door de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel in het vonnis van 28 februari 2013 bepaalde dwangsommen te betalen (stukken VI.6bis en VI.6ter van Forax). Forax voert aan dat zij de dwangsommen echter niet kan afdwingen omdat het een in eerste aanleg uitgesproken bevel betreft en Diplomatic Card in Luxemburg gevestigd is en in België geen gekende activa heeft.

60. Door middel van een vonnis van 27 augustus 2013 van de rechtbank Zeeland-West-Brabant werd op vordering van Forax en Forax BV volgend verbod uitgesproken ten laste van de heer Marc Stockbroekx en tweede appellante, op straffe van een dwangsom :

*Verbiedt gedaagden zowel ieder afzonderlijk als gedaagden gezamenlijk zich direct dan wel via één der verbonden (rechts)personen over wie één der gedaagden direct of indirect feitelijke zeggenschap uitoefent, jegens derden uit te laten over Forax en bij haar werkzame personen in die zin dat Forax en/of bij haar werkzame personen zich schuldig (zouden) maken aan oneerlijke concurrentie jegens DCC en/of aan schending van aan DCC toebehorende intellectuele eigendomsrechten.*



De Nederlandse rechter sprak zich uit over de hoger vermelde GPS-tracking als volgt :

*Het hier aan de orde zijnde plaatsen van trackers onder de auto's van medewerkers van Forax en het heimelijk volgen van hun bewegingen gedurende – naar niet is weersproken – een periode van omstreeks acht maanden is niet alleen te beschouwen als een ernstige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de betrokken personen maar eveneens als een ontoelaatbare gedraging jegens Forax aangezien DCC als concurrent van deze daarmee op heimelijke wijze de beschikking krijgt over informatie die ze kan gebruiken om, kort gezegd, in commercieel opzicht een voorsprong te krijgen op Forax. (nr. 3.15 van het vonnis)*

Aan DCC Operations BV werd het bevel gegeven om de door de privé-detective aan DCC Operations BV ter beschikking gestelde rapportages en data berustend op de GPS-tracking ter beschikking te stellen van Forax (stuk X.5 van Forax, zijnde een bundeling van de door Diplomatic Card overgemaakte tracking rapportages en data).

Het vonnis van 27 augustus 2013 werd bevestigd in hoger beroep door Gerechtshof Den Bosch.

61. In zijn voorlopig deskundig verslag van 25 oktober 2013 kwam gerechtsdeskundige J. Honkoop tot de volgende bevindingen (stuk VI. 16decies van Forax), met dien verstande dat door de deskundige een vergelijking werd gemaakt tussen het Functioneel Ontwerp, versie 1.0 van oktober 2010 van Forax en de daarbij behorende software versie 1.1.4, zijnde de eerste operationele versie van het Forax-systeem (TrAX software), en de versie 14K van de specificaties van Diplomatic Card. Er werd ook rekening gehouden met de broncodes van Forax, waarvan de versie 1.0 tot en met de versie 1.9 door Forax aan de deskundige werden overgemaakt. Door Diplomatic Card werd geen broncode aan de deskundige meegedeeld :

*Uit het vergelijken van de systemen*

*7.1. De functionaliteit van de beide systemen is op hoofdlijnen gelijk. De functies zijn opgesplitst in functies voor de kaarthouders, voor de backoffice / helpdesk en batchfuncties. Ook deze opdeling is in beide systemen gelijk. Vanuit de leer van de functionele decompositie is dit een logische indeling.*

*7.2. Functionele decompositie streeft ernaar soortgelijke bewerkingen onder te brengen in één algemeen bruikbare functie en soortgelijke bewerkingen daarbinnen weer in andere functies enzovoorts. Op het tweede niveau, zoals bijvoorbeeld de onderverdeling van de kaarthouderfunctie in het inzien van en afdrukken van quota, transacties en facturen, zijn binnen die functies verschillen te constateren met betrekking tot de volgorde en presentatie van de gegevens en de navigatiemogelijkheden binnen en tussen de functies.*

*7.3 DCC is van mening (zie rapport van de heer Mulder, bijlage 4 (1), pagina 13) dat er een veelheid aan overeenkomsten in specificaties zichtbaar is op de schermen, zowel qua naamgeving als lengte. Ik deel die mening niet. Er zijn wat de namen betreft veel overeenkomsten, maar evenzo als in ieder administratiepakket de termen 'grootboek',*



1887

'journaal' en 'balans' de algemeen geaccepteerde namen zijn, geldt dat analoog voor 'account', 'cardtype', 'quotum', 'invoice' en 'statement' in deze (en andere) systemen. Wat betreft de lengte geldt dat die meestal door de buitenwereld (oliemaatschappijen, banken, douane) is bepaald.

7.4. In diverse gevallen had het anders gekund, maar de vraag of het daarom ook anders moest is ter beoordeling van de rechtbank.

7.5. De functies voor de back-office en de helpdesk zijn geheel anders ingericht.

7.6. De gegevensstructuur van Forax is door Forax en Flusso eigenstandig ontwikkeld.

7.7. Mulder stelt ook dat door Forax ontwerpfouten van DCC zijn overgenomen. Ik heb geen duidelijke (dat wil zeggen voor mij evidente) ontwerpfouten geconstateerd. In zijn rapport meldt de heer Mulder er enkele. Deze worden door de deskundige van Forax weerlegd (bijlage 4 (2)). Het betreft detailzaken waarover ik geen uitspraak kan doen.

*Bevindingen m.b.t. de ontwikkeling van het Forax systeem*

7.8. Het systeem is door het softwarebedrijf Flusso gebouwd op basis van de specificaties die Forax heeft aangeleverd dan wel in samenspraak zijn opgesteld. Bij de ontwikkeling is geen code van .NET toepassingen gebruikt, gekopieerd of geconverteerd.

7.9. De door Flusso gefactureerde tijd valt binnen de grenzen die ik via een FunctiePunt Analyse heb berekend. De doorlooptijd is gezien de omvang van het project en het aantal door Flusso Ingezette ontwikkelaars reëel.

*Bevindingen m.b.t. het voorbereidend werk*

7.10 In het voorbereidende werk dat Forax mij ter beschikking heeft gesteld wordt niet verwezen naar DCC-documenten en zijn daaruit, voorzover ik dat kan bepalen, ook geen teksten gekopieerd. Het voorbereidend werk van Forax is - evenals dat van DCC - voor een groot deel gebaseerd op informatie van oliemaatschappijen wettelijke voorschriften, bankinstellingen, douane- en belastingdienst en gangbare business praktijken.

Door J. Honkoop werden de zes vragen van de rechtbank 's-Gravenhage als volgt beantwoord :

- I. Stelt u vast dat Forax software in gebruik heeft ten behoeve van het aanbieden van haar dutyfree postpaid tankkaart? Zo ja, kunt u deze software beschrijven?

Antwoord: Ja. De beschrijving van de software is opgenomen in dit bericht.

- II. (...)



- III. Hoeveel tijd schat u dat het kost, gezien de specificaties van de dutyfree kaart van Forax, om de dutyfree tankkaart en de daaraan ten grondslag liggende software van Forax te kunnen bouwen en te kunnen ontwikkelen?

Antwoord: Ik raam de voor de ontwikkeling benodigde tijd op 2100 tot 3600 uur. Met een (minimale) inzet van 5 Fte's kan het systeem in plm 3,5 kalendermaand worden gerealiseerd

- IV. Bestaat er overeenstemming tussen de software van Forax ten behoeve van het aanbieden van haar eigen dutyfree postpaid tankkaart en de software van DCC ten behoeve van haar DE-kaart? Zo ja, kunt u toelichten waar die overeenstemming uit bestaat en hoe die zich verhoudt tot het geheel?

Antwoord:

De systemen bedienen dezelfde markt. De functionaliteit in het systeem van DCC is ook door Forax gerealiseerd. Daarnaast heeft het Forax systeem aanvullende functionaliteit als de online functie voor de douane en het factureren met BTW na overschrijden van het quotum. Forax heeft zelfstandig een systeem ontwikkeld om haar diensten te kunnen aanbieden. Een zinnige uitspraak over verhoudingen binnen de software kan ik niet geven. In dit bericht heb ik een opsomming gegeven van de overeenkomsten en verschillen vanuit verschillende invalshoeken.

- a. Indien er overeenstemming bestaat, wilt u dan bij uw beschrijving daarvan - indien mogelijk - ingaan op eventuele overeenstemming in technisch opzicht (waaronder op codeniveau), in functioneel opzicht en in grafisch opzicht (uiterlijk)?

Antwoord:

Overeenstemming in technisch opzicht: nauwelijks  
In functioneel opzicht: nagenoeg volledig  
In grafisch opzicht: weinig.

- b. Bestaat er overeenstemming tussen de software van Forax en de destijds door DCC ontwikkelde maatwerksoftware voor Esso?

Antwoord:

In de door DCC verstrekte documenten is onvoldoende duidelijk wanneer sprake is van maatwerk, standaard ATOS-software of parametrische eigenschappen van de ATOS software. Ik kan daarom slechts uitspraken doen over het totale systeem dat door DCC wordt gebruikt en dat niet relateren aan het maatwerk.

- c. Bestaat er overeenstemming tussen de software van Forax en het ontwerp en/of overige documentatie, vertrouwelijke bedrijfsgegevens en/of voorbereidend materiaal aangaande de software van DCC en/of de object- en/of broncode van de software van DCC?

Antwoord:

Naast de bij de eerdere antwoorden vermelde overeenkomsten heb ik verder geen overeenkomsten geconstateerd. In het voorbereidend materiaal dat Forax heeft verstrekt heb ik geen referentie naar of kopie aangetroffen van voorbereidend werk of



1889

*systemedocumentatie van DCC. In de Java-software van Forax zijn geen sporen aangetroffen van .Net software dat voor DCC is ontwikkeld. Ik kan niet beoordelen of er gebruik is gemaakt van vertrouwelijke bedrijfsgegevens van DCC door Forax. DCC heeft niet aangegeven welke gegevens zij als zodanig beschouwt.*

- V. *In aanmerking genomen de aard en omvang van de door u geconstateerde overeenstemming (indien daarvan sprake is) tussen de software van Forax ten behoeve van het aanbieden van haar eigen dutyfree postpaid tankkaart en de software van DCC ten behoeve van haar DF-kaart, acht u het aannemelijk en/of mogelijk dat de software van DCC en Forax onafhankelijk van elkaar is ontwikkeld?*

Antwoord:

*De systemen van DCC en Forax zijn - technisch beschouwd - onafhankelijk van elkaar ontwikkeld. Of door Forax gebruik is gemaakt van voorbereidend werk van DCC heb ik niet geconstateerd, maar ik kan dat niet uitsluiten.*

- VI. *Heeft u overigens nog opmerkingen die u van belang acht?*

Antwoord:

*Nee.*

62. Naar aanleiding van het gemeenschappelijk Esso-Diplomatic Card tankkaart project dat eind mei 2008 werd stopgezet, werden ExxonMobil Petroleum & Chemical BVBA (divisie Esso Belgium) en Esso Benelux B.V. op 27 september 2013 door eerste appellante gedagvaard voor de rechtbank van koophandel te Antwerpen.

Diplomatic Card is van mening dat de samenwerking door Esso op onrechtmatige wijze werd beëindigd en vordert een vergoeding van de schade die zij beweert geleden te hebben als gevolg van de latere samenwerking tussen Esso en Forax.

63. Op verzoek van Diplomatic Card werd door Hoffman Bedrijfsrecherche een derde verslag opgesteld (Hoffman Bedrijfsrecherche III). De bedoeling van de derde opdracht die aan Hoffman Bedrijfsrecherche was toevertrouwd, was om vast te stellen of vertrouwelijke bedrijfsinformatie van Diplomatic Card was gelekt en gebruikt ten behoeve van Forax. Door Marc Stockbroekx werd aan Hoffman Bedrijfsrecherche meegedeeld dat er sterke vermoedens bestonden dat de software van Forax (TrAX-software) op basis van het functioneel ontwerp van Diplomatic Card werd ontwikkeld.

Het onderzoek vond plaats in de periode van 20 september tot 25 oktober 2013 en resulteerde in een verslag van 11 november 2013. Het werd uitgevoerd op basis van het functioneel ontwerp van het TrAX-systeem dat de raadsman van Forax in de loop van de procedure (21 september 2012) meedeelde aan de raadsman van appellanten en dat betiteld werd 'Functional Design 1.9 June 2012'.





Hoffmann Bedrijfsrecherche III kwam tot de conclusie dat er in de 'Functional Design 1.9 June 2012' van Forex snelkoppelingen werden aangetroffen naar de website van Diplomatic Card. Volgens Hoffman Bedrijfsrecherche zijn er twee voor de hand liggende scenario's waarop de aangetroffen snelkoppelingen zijn ontstaan :

- een document waarin de snelkoppelingen naar de website van Diplomatic Card stonden werd als uitgangspunt gebruikt om het functioneel ontwerp van 'TrAX' aan te maken;
- fragmenten tekst zijn gekopieerd uit een document waarin snelkoppelingen naar de website van Diplomatic Card stonden; deze fragmenten zijn vervolgens geplakt in het functioneel ontwerp van TrAX; bij het standaard kopiëren en plakken van tekstfragmenten wordt immers ook de opmaak van de tekst, zoals Ingevoerde snelkoppelingen, meegenomen.

Volgens Hoffman Bedrijfsrecherche werd, gelet op de vastgestelde snelkoppelingen en tekstuele overeenkomsten met het diplomatic Card functioneel ontwerp, zeer waarschijnlijk een document van Diplomatic Card gebruikt ten behoeve van de ontwikkeling van het functioneel ontwerp van 'het TrAX System'.

64. In een verslag dat door Prof. J.B.F. Mulder op 8 januari 2014 werd opgesteld (Mulder II) op verzoek van appellanten blijkt dat deze op basis van de stukken en verslagen van Hoffman Bedrijfsrecherche die door hem werden onderzocht tot de conclusie komt dat het meer dan onwaarschijnlijk is dat de functionele specificaties van Forax in een kort tijdsbestek (11 dagen) oorspronkelijk en origineel tot stand zijn gekomen zonder kennis en gebruikmaking van de functionele specificaties en ontwerpen van het systeem van Diplomatic Card.

65. In een verslag van 8 april 2014 dat door Prof. J.B.F. Mulder werd opgesteld (Mulder III) 'Na Anti-plagiaatsoftware analyse', komt deze tot volgend besluit :

*Door het onderzoek van Hoffman Bedrijfsrecherche, handmatige vergelijking en de inzet van anti-plagiaatsoftware zijn de bevindingen na de bezichtiging op 30 mei 2013 nogmaals en verder onderbouwd, zodat de conclusie is : de functionele specificaties van Forax in een kort tijdsbestek (11 dagen) zijn tot stand gekomen door ontlening en bewerking van de functionele specificaties en ontwerpen van het systeem van (Diplomatic Card)'.*

66. Bij een arrest uitgesproken door het hof van beroep te Brussel op 6 mei 2014 werd Luc Golvers als deskundige vervangen door Rudolf Van Roosmalen.

67. Esso werd op 19 mei 2014 gedagvaard door Diplomatic Card, ditmaal voor de Voorzitter van de rechtbank van koophandel te Antwerpen, zetelend zoals in kort geding, als



stakingsrechter, wegens de beweerde miskennis van de auteursrechten op de software van Diplomatic Card en met het oog op een verbod om nog tankkaarten voor diplomaten te verspreiden op de Belgische markt (stuk 3 van Forax).

Wegens verknochtheid met de vordering aanhangig voor dit hof werd deze vordering op de inleidingszitting naar de rol verwezen.

68. In een vonnis van 23 juli 2014 heeft de Rechtbank Den Haag de vorderingen van Diplomatic Card ten gronde volledig en integraal afgewezen en gesteld dat *niet [kan] worden vastgesteld dat Forax c.s. inbreuk maakt op auteursrechten van DCC c.s. ten aanzien van customized software en/of de specificaties van DCC en dat voornoemde omstandigheden ieder voor zich noch tezamen bezien de conclusie dragen dat Forax c.s. onrechtmatig heeft gehandeld jegens DCC c.s.*

69. Bij een vonnis van 22 oktober 2014 werden de vorderingen van Diplomatic Card tegen Esso, ingeleid bij dagvaarding betekend op 27 september 2013, afgewezen door de rechtbank van koophandel te Antwerpen.

Op 19 januari 2015 werd door Diplomatic Card S&B SA hoger beroep ingesteld tegen dit vonnis.

70. Appellanten deden een beroep op ir. J.L.G. Dietz, hierna 'Dietz', waaraan vijf vragen werden gesteld. Het antwoord op de vragen van appellanten is vervat in een verslag van 8 januari 2015 (stuk 1.36 van appellanten). Dietz komt tot de volgende conclusie :

*Het lijkt geen enkele twijfel dat de gevonden overeenkomsten tussen het Forax-FO en het DCC-FO in kwantitatief en in kwalitatief opzicht, zodanig zijn dat zij niet op toeval kunnen berusten. Ik moet daarom, naar mijn beste weten, en gebaseerd op alle beschreven bevindingen, concluderen dat er sprake is van ontlening door Forax van grote delen van het DCC-FO.*

*Die conclusie trek ik zelfs waar ik mijn kennis van het Forax-FO enkel heb kunnen halen uit stuk 20120699, de enige versie waar ik over kan beschikken. Ik heb het opmerkelijk gevonden dat er in deze versie, die dateert van twee jaar na de eerste, nog zoveel sporen van ontlening te vinden zijn.*

71. Van Roosmalen legde zijn deskundig verslag neer op 11 mei 2015.

Van Roosmalen vergeleek de DCC specificaties 14F van 12 mei 2010 (zijnde de laatste beslagen versie van deze specificaties) met 12 beschikbare Forax specificaties, waaronder de versie 0.1 van 18 augustus 2010, de versie 1.0 van 5 oktober 2010 en de daaropvolgende versies tot en met de twee versies 1.9. Van Roosmalen was in het bezit van de broncode van de TrAX software, die hem door Forax werd overgemaakt.



Deskundige Van Roosmalen kwam onder meer tot de volgende vaststellingen :

- bij een vergelijking tussen de Functional Design 14.F en de Forax specificaties, gaande van de Forax specificatie 0.1 tot de Forax specificatie 1.9 PDF, blijkt dat er in de Forax specificaties 'woordelijk overeenkomende tekstblokken' zijn van minstens 10 woorden op een rij tot minstens 75 woorden op een rij; In procenten uitgedrukt variëren de overeenstemmende fragmenten van 53,59% tot 0 percent (pagina 26 van het verslag Van Roosmalen); uitgedrukt in aantal 'overeenkomende woorden per woordblok' werd door Van Roosmalen een percentage vastgesteld gaande van 9,53% tot 0% (pagina 27 van het verslag Van Roosmalen);
- de overeenkomst tussen de Forax software en de Diplomatic Card software kon niet vastgesteld worden;
- integendeel blijkt dat de technische uitvoering (niet het ontwerp) van de Forax software (het programma) verschilt van de Diplomatic Card software (p. 47-49 en 72);
- de Forax software kan zodoende niet worden weerhouden als relevant voor de beweerde namaak (p. 72);
- het datamodel voor het Forax-project is opgesteld door Flusso BV, op basis van de functionele specificaties van Christiaan Spek; gebeurlijke gelijkenissen vinden dan ook hun bron in de overeenstemming tussen de functionele specificaties van Forax en deze van Diplomatic Card;
- de Forax schermontwerpen zijn ontworpen door Flusso BV op basis van de functionele specificaties van Christiaan Spek; gebeurlijke gelijkenissen vinden dan ook hun bron in de overeenkomsten tussen de functionele specificaties van Forax en deze van Diplomatic Card (p. 72).

72. Naar aanleiding van de neerlegging van het verslag Van Roosmalen van 11 mei 2015, werd op verzoek van appellanten door Prof. J.B.F. Mulder op 18 september 2015 andermaal een verslag opgesteld (Mulder IV). Hierin komt hij tot de volgende conclusies :

*Conclusie A : In het bij Forax beslagen materiaal bevinden zich onder meer de relevante functionele specificaties van DCC.*

*Conclusie B : Op 11 augustus 2010 zijn de 'FORAX specs v0.1 beschikbaar'; diverse analyses inzake FORAX versie 0.1 tonen aan dat sprake is van het letterlijk overnemen van vele tekstblokken (gemiddeld 72% tot 100% op onderdelen) uit de specificaties van DCC.*

*Conclusie C : Forax heeft gebruik gemaakt van het DCC materiaal.*

*Conclusie D : Van Roosmalen toont (pagina 59) aan dat Forax de beschikking heeft over het datamodel en de dump van DCC wat Forax in staat stelde met enkele eenvoudige opdrachten een nieuwe database te regenereren met tabellen, velden, validatie-regels, enzovoorts, afgestemd op de technologie van verschillende merken database-programma's, zodat het datamodel ingezet kan worden voor verschillende technologieën.*

(...)



*Conclusie G : Van Roosmalen constateert dat sprake is van twee versies 1.9 in het beslagen materiaal. Er blijkt volgens Van Roosmalen een groot verschil in de versie 1.9 die door Forax ingebracht is bij (de) rechtbank en de oorspronkelijke versie 1.9 die bij Forax is aangetroffen. Gezien de wijzigingen, is het aannemelijk dat Forax vanaf versie 0.1 de overeenstemmingen in de specificaties en software heeft willen verbergen.*

*Conclusie H : Van Roosmalen stelt vast dat Forax de aanvraag voor homologatie van Forax voor meer dan 72% gekopieerd letterlijk overeenkomt met de door DCC opgestelde en bij Forax aangetroffen aanvraag.*

*Conclusie I : Van Roosmalen stelt vast dat de specificaties van Forax versie 0.1 voor 53,59% woordelijk overeenkomen met de specificaties van DCC.*

*Conclusie J : Het onderzoek van Van Roosmalen en voorgaande conclusies laten een hoge mate van overeenstemming zien vanaf de eerste versie, hetgeen leidt tot inbreukmakende software.*

73. Naar aanleiding van de neerlegging van het verslag Van Roosmalen werd door ir. Michaël Beck op verzoek van Forax een onderzoek gevoerd, waarvan een verslag werd opgesteld. Dit verslag van 7 september 2015 vermeldt onder meer het volgende :

- De functionele specificaties en de technische specificaties determineren bepaalde aspecten van het te schrijven programma, maar zijn geenszins voldoende om de inhoud van het programma in gecodeerde vorm volledig en ondubbelzinnig vast te leggen; uit een bepaalde mate van overeenstemming tussen twee functionele specificaties kan niet geconcludeerd worden dat de resulterende broncodes in dezelfde mate zouden overeenstemmen;
- Bij gebreke van een door de opdrachtgever opgelegde codeerstandaard, is de vrijheid van de softwareontwikkelaar aanzienlijk; een zelfde functionele specificatie zal door verschillende ontwikkelaars in de regel op verschillende wijze worden geïmplementeerd; hoewel triviale onderdelen van de code kunnen overeenstemmen, bij gebrek aan zinvolle alternatieve wijzen om bepaalde instructies te formuleren, zal de broncode als geheel ongetwijfeld sterk verschillen;
- De door Van Roosmalen vastgestelde en mathematisch begrote overeenstemming tussen de functionele specificatie van Forax en die van Diplomatic Card, is in belangrijke mate veroorzaakt door het feit dat gelijkaardige functionaliteit wordt beschreven aan de hand van de meest voor de hand liggende termen of de geëlgende vaktermen; tevens bevatten beide documenten diverse passages die verbatim herhaald worden, zodat de mathematische begroting van de overeenstemming de inhoudelijke overeenstemming overschat.

74. Bij vonnis van 13 april 2015 werden vorderingen van eerste appellante tegen de heer Stephan Bostoën, aanhangig gemaakt voor de rechtbank van eerste aanleg te Gent, ongegrond verklaard.



1094

Diplomatic Card verweet de heer Bostoën een schending van het niet-concurrentiebeding en het afwervingsverbod uit een beweerdelijk in werking getreden bestuurderscharter. Ondergeschikt werd de heer Bostoën door Diplomatic Card buitencontractueel aansprakelijk geacht wegens onrechtmatige concurrentie, schending van zijn loyauteltsverplichting, derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk en miskening van auteursrechten op de software van Diplomatic Card. Zij vorderde een schadevergoeding die werd begroot op meer dan 175 miljoen euro.

Wat betreft de beweerde schending van het 'bestuurderscharter' waarnaar Diplomatic Card verwees, was de rechtbank van oordeel dat het bestuurderscharter nooit in voege is getreden en er daarom geen sprake kan zijn van een schending van het daarin opgenomen verbod van concurrentie en/of afwerving.

Daarnaast oordeelde de rechtbank dat ook op buitencontractueel vlak de heer Bostoën geen onrechtmatig, oneerlijk, deloyaal of foutief gedrag kan worden verweten:

Betreffende de beweerde onrechtmatige concurrentie werd overwogen:

*Daarbuiten, m.a.w. bij gebreke van (opeisbaar) contractueel verbod van concurrentie en/of afwerving, deed (en doet) ook de verweerder [m.n. de heer Bostoën] op economisch vlak in principe wat hij wil. Zeer terecht beroept de verweerder zich in dit verband op de principiële vrijheid van ondernemen, die uiteraard ook hem toekwam (en toekomt). Als de verweerder medio 2010 geen toekomst meer zag in de samenwerking met de eerste verweerder in tussenkomst [m.n. de heer Stockbroeck] in het kader van (het project van) de DCC-groep, stond het hem dan ook volkomen vrij om dit (volgens hem zinkend) schip te verlaten en te pogen om, langs een omweg, alsnog zoveel mogelijk te recupereren van de eerder gedane investeringen. Het hoger aangehaalde actieplan dat de verweerder destijds had opgevat (en ook heeft uitgevoerd), was precies daarop gericht. Bij gebreke van enig (opeisbaar) niet-concurrentiebeding, was er toen niets dat de verweerder belette om, op die manier, zijn eigen economische belangen naar best vermogen te behartigen. Dat de DCC-groep in diezelfde periode - al dan niet toevallig - ook een aantal (kennelijk ontevreden) medewerkers telde die bereid waren om, samen met de verweerder, de groep te verlaten en nieuwe wegen te bewandelen, bood de verweerder de opportuniteit om dit opzet te doen slagen. Het kan de verweerder bezwaarlijk worden verweten dat hij, ten eigen bate, deze opportuniteit ook effectief heeft aangegrepen.*

*Kortom, de concurrentie die de eiseres gebeurlijk heeft ervaren (en nog steeds ervaart) vanwege de nieuwe bedrijven van de verweerder (of de zijnen) die actief zijn in dezelfde marktsector als de DCC-groep, was en is, op zichzelf genomen, helemaal niet "onrechtmatig". Alleen oneerlijke concurrentie, d.w.z. elke met de eerlijke marktpraktijken strijdige daad waardoor een onderneming de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen schaadt of kan schaden, is wettelijk verboden (zie art. 95 Wet Marktpraktijken, zoals van toepassing medio 2010).*

Maar door de eiseres wordt niet afdoende geconcretiseerd, laat staan bewezen, hoe of waarom de concurrerende praktijken van de nieuwe bedrijven van de verweerder (of de



/085

zijn) "oneerlijk" zouden zijn (geweest). De even vage als gratuite, alleszins niet nader gepreciseerde beschuldigingen van "onrechtmatige afwerving van cliënteel, personeel en leveranciers" (welke?), "derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk" (welke?), "afhandig maken van vertrouwelijke bedrijfsinformatie" (welke?), "onrechtmatige aanhaking" en "parasitaire mededinging" (hoe?), kunnen daartoe niet volstaan.

(Onderlijning door het hof)

Betreffende de beweerde schending van de loyautetsverplichting werd overwogen :

De verwijten van "deloyaal gedrag" die de eiseres thans aan de verweerder maakt, zijn dan ook de (spreekwoordelijke) verwijten van de pot aan de ketel. De waarheid is dat wat zich destijds binnen de DCC-groep heeft afgespeeld, niets anders was dan de (normaal te verwachten) logische afwikkeling van een zulver zakelijk conflict tussen (de vertegenwoordigers van) de meerderheids- en de minderheidsaandeelhouder van de eiseres, dat men thans (nodeloos en onterecht) poogt te juridiseren. De verweerder is erin geslaagd om dit (toenmalig) zakelijk conflict met de eerste verweerder in tussenkomst, op de hoger geschetste wijze, in zijn voordeel te laten uitdraaien - met alle negatieve gevolgen van dien voor de tegenpartij, inclusief de eiseres. Dat de eerste verweerder in tussenkomst en, bij uitbreiding, ook de eiseres zelf met deze gang van zaken allesbehalve gelukkig zullen zijn geweest, wil de rechtbank gerust aannemen (zie hoger). Maar zoals eerder reeds werd aangestipt, heeft de verweerder op die manier geen fout begaan, wel integendeel: hij heeft slechts (met succes) getracht om, in het licht van de moeilijkheden die zich destijds in de DCC-groep aandienen, een oplossing te vinden die zijn eigen economische belangen zo goed mogelijk diende. Zoals gezegd, was/is dat laatste niet foutief.

(Onderlijning door het hof)

Door Diplomatic Card werd hoger beroep aangetekend tegen het vonnis van 13 april 2015. De zaak werd ingeleid voor het hof van beroep te Gent op 29 juni 2015.

75. Bij vonnis van 22 januari 2016 werd Marc Stockbroekx wegens de GPS-tracking waarvan hiervoor sprake, door de correctionele rechtbank van Antwerpen veroordeeld tot een hoofdgevangenisstraf van 6 maanden en tot betaling van een geldboete van 1.200 euro en 1.500 euro, met uitstel voor een termijn van drie jaar. Daarnaast werden Marc Stockbroekx en de privé-detective waarop hij een beroep deed, solidair veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding aan Thomas Segaeert en Christiaan Spek, van telkens 1.500 euro (stuk X.7 van Forax).

COVER 01-00000864564-0046-0078-02-02-1



1086

76. Bij arrest van 2 februari 2016 heeft het Gerechtshof Den Haag het vonnis van de eerste rechter vrijwel volledig bevestigd. Enkel wat de begroting van de proceskosten betreft, werd anders geoordeeld.

Gerechtshof Den Haag beschikte over het deskundig verslag van Van Roosmalen. Naar dit verslag wordt immers diverse keren in het arrest van 2 februari 2016 verwezen.

Diplomatic Card heeft op 29 april 2016 tegen het arrest van 2 februari 2016 cassatieberoep ingesteld bij de Hoge Raad.

#### **IV. Beoordeling**

77. Bij het bestreden vonnis van 28 februari 2013 werd de procedure opgeschort voor wat betreft de voorgehouden inbreuk op de intellectuele eigendomsrechten van appellanten, dit tot de neerlegging van het verslag van beschrijvend beslag inzake namaak.

Ingevolge de devolutieve werking van het hoger beroep (artikel 1068, alinea 1 Ger.W.) neemt het hof kennis van het geschil zelf.

#### **IV. 1 Het hoger beroep van appellanten**

78. Appellanten voeren aan dat hun hoger beroep steunt op de twee volgende middelen :

- *de schending door Forax van de intellectuele rechten van Diplomatic Card (namaak van door auteursrechten en regels inzake bescherming computerprogramma's beschermd werk);  
Meer bepaald gaat het om WER Boek XI, Titel 5, hoofdstuk 13, art. XI. 293 en Titel 6, artikel XI 294 e.v.*
- *de inbreuken door Forax op de eerlijke marktpraktijken t.a.v. beide appellanten (diefstal bedrijfsgeheimen, parasitaire concurrentie, eliminering van concurrent door gebruik van ongeoorloofde middelen)*

*Meer bepaald gaat het om WER Boek VI, artikel VI 104.*

#### **IV.1.1 De gegrondheid van de vordering van appellanten gesteund op de door hen ingeroepen intellectuele eigendomsrechten**



1037

### Samenvatting van de stelling van appellanten

79. Appellanten maken gewag van 'het standaard backoffice systeem van Atos', Solaris genaamd, van 'maatsoftware' en van 'specificaties'.

Onder 'het standaard backoffice systeem van Atos' of 'Solaris' begrijpen appellanten *standaardelementen die (...) in de basissoftware zit voor alle tankkaarten* (of ze nu door appellanten of door derden worden gecommmercialiseerd). Dit valt volgens appellanten onder de 'Supplier's software' ('software van de leverancier', hetzij Atos), waarvan sprake in de overeenkomst van 10 februari 2011 gesloten tussen Diplomatic Card en Atos. Artikel 14.1 van deze overeenkomst bepaalt dienaangaande dat alle rechten met betrekking tot deze standaardsoftware door Atos behouden blijven.

Onder 'maatwerk' begrijpen appellanten *software die speciaal voor Diplomatic Card is ontwikkeld op basis van de Specificaties*. Deze valt volgens appellanten onder de definitie 'customised software' ('maatsoftware'), waarvan sprake in de overeenkomst van 10 februari 2011. Krachtens artikel 14.1 van deze overeenkomst is Diplomatic Card titularis van alle intellectuele eigendomsrechten op deze software.

Appellanten voeren aan dat de 'specificaties' zelf eveneens onder de definitie van maatsoftware vallen en dienvolgens eigendom zijn van Diplomatic Card. De specificaties zijn volgens appellanten *het voorbereidend materiaal op basis waarvan de maatsoftware werd ontwikkeld*. Zij verwijst naar artikel 1 van de overeenkomst van 10 februari 2011. 'Specificaties' duidt zowel op de functionele als op de technische specificaties. Appellanten verwijzen naar een document van meer dan 300 bladzijden (stuk VI.1 van appellanten) waarin de specificaties werden opgenomen die met behulp van Atos werden uitgeschreven in functie van de 'requirements' (vereisten, met name de gewenste functies en functionaliteiten) van Diplomatic Card. Het betreft de versie 14i van juli 2010 van de Diplomatic Card specificaties.

Appellanten verwijzen naar de beschrijving die Van Roosmalen geeft van functionele specificaties. In zijn verslag geeft hij daarvan volgende beschrijving (stuk V. 39, p. 18 van appellanten) en voegt hij daar een precisering aan toe in verband met de specificaties van Diplomatic Card en deze van Forax :

*Functionele specificaties zijn een 'detailbeschrijving van de soort van invoergegevens die een programma moet verwerken en het type uitvoer dat wordt verlangd' (...).*

*Deze specificaties worden opgesteld (als het om maatwerk software gaat zoals hier) door de toekomstige gebruikers zelf of door een ingehuurde analyst.*

*Functionele specificaties vormen een document, waarmee de opdrachtgever/ klant aan opdrachtnemer(s)/software-leverancier(s) duidelijk maakt wat het te schrijven computerprogramma moet doen.*





1858

*Het is dus aan de opdrachtgever/klant om de gewenste functies te (doen) beschrijven. Het is dan aan een ICT-opdrachtnemer om een aanbod uit te schrijven en met de uitvoering van het project tegemoet te komen aan de gebruikerseisen.*

*Doorgaans, naarmate een project vordert, worden ook de functionele specificaties aangepast, omdat tijdens die vorderingen bijvoorbeeld de opdrachtgever/klant laten ontdekt in de formulering van zijn wensen, de ICT-opdrachtnemer tegenstrijdige of onlogische elementen ontdekt, het takenpakket groeit, enzovoort.*

*De door DCC zowel als door Forax verstrekte functionele specificaties beschrijven de bijna volledig bedrijfsactiviteiten, uit te voeren door de informatica : de gegevens van de tankbeurten door de gerechtigden, de domiciliëring om de betaling te regelen, de PDF-facturatie van de tankbeurten, de communicatie met de brandstofleveranciers, waaronder ook de aanmelding van nieuwe kaarthouders), de pin-codes, het blokkeren en deblokkeren van kaarten, enz.*

*Het weze opgemerkt, dat verschillende ICT-opdrachtgevers op basis van zelfs hetzelfde document 'functionele specificaties' sterk verschillende programma's kunnen maken, die weliswaar allen aan de beschreven noden van de opdrachtgever/klant voldoen, maar onderling sterk van elkaar verschillen in gebruikte tools, technieken en uitvoeringswijzen.*

*Technisch sterk van elkaar afwijkende programma's (i.c. uitvoering in Java voor FORAX, uitvoering in .NET voor DCC) kunnen dus voortkomen uit dezelfde bron/functionele specificaties. Het aan te nemen (die van DCC kon ik immers niet bestuderen) verschil in programmatuur sluit dus niet uit, dat dezelfde functionele specificaties gehanteerd werden als bron/voorbereidend materiaal.*

Technische specificaties kunnen omschreven worden als de technische vereisten waaraan het te schrijven computerprogramma moet voldoen, zoals de structuur waarin de te verwerken data worden opgeslagen, de manier waarop de data zullen worden verwerkt, de keuze van de programmeertaal, programmatools en algoritmes.

80. Appellanten voeren aan dat de maatsoftware van Diplomatic Card en de specificaties die aan de basis daarvan liggen, beschermd zijn krachtens artikel XI. 294 e.v. WER.

Appellanten verwijzen naar de getuigenverklaring van Mohamed Kermezli, IT-ingenieur en projectmanager bij Atos, waarin hij stelde : *Natuurlijk zijn er in het ontwerpproces ontwerpkeuzes gemaakt. Ook naar aanleiding van de eisen die door de overheid en oliemaatschappijen worden gesteld zijn ontwerpkeuzes gemaakt* (stuk V.33, p. 3 van appellanten).

Appellanten voeren aan dat er in de specificaties *auteursrechtelijk relevante en creatieve keuzes (werden) gemaakt, die van invloed zijn op de vormgeving en constructie van de programmatuur zelf omdat zij aangeven hoe de verschillende functies met elkaar samenhangen.* De specificaties zijn volgens appellanten meer dan de enkele opsomming van (gewenste) functies en functionaliteiten (die louter de 'requirements' uitmaken, cfr. supra). Volgens appellanten zijn de specificaties de uitdrukkingwijze van een



1099

computerprogramma/van de functionele specificaties, dat bescherming geniet krachtens de Softwarerichtlijn (zie infra). De keuze en het samenbrengen van elementen geven volgens appellanten blijk van creativiteit, waardoor het werk zich onderscheidt van dat van andere ontwerpers. De gemaakte keuzes zijn geenszins uitsluitend technisch of functioneel bepaald.

Volgens appellanten was het voor Atos nodig om een 'kloon' te maken van haar eigen Solaris systeem, om daarin belangrijke aanpassingen aan te brengen in functie van de specificaties van Diplomatic Card en daar vervolgens bovenop de maatsoftware te ontwikkelen voor Diplomatic Card die de specificaties als het ware vertaalt. De aanpassingen van de Solaris standaardsoftware en de daarop aangebrachte 'maatwerklaag' zijn dus geen onderdeel van de standaardsoftware van Atos.

Appellanten voeren aan dat de specificaties werden aangebracht door Marc Stockbroekx. Het gaat volgens hen om veel meer dan om wat de reglementering voorschrijft. Appellanten verwijzen dienaangaande opnieuw naar de getuigenverklaring van de heer Mohamed Kermezli.

Appellanten stellen dat zij geen auteursrecht claimen op het loutere concept of het idee van de Diplomatic Card tankkaart, doch enkel op de auteursrechtelijke relevante uitdrukking ervan in de specificaties en maatsoftware van Diplomatic Card.

81. Volgens appellanten heeft Forax een wezenlijk deel van de uitdrukkingsvorm van de functionaliteiten van het computerprogramma van Diplomatic Card overgenomen en daarmee een inbreuk begaan op het auteursrecht van Diplomatic Card.

Appellanten stellen dat het praktisch onmogelijk was dat Forax, die werd opgericht in september 2010 en nauwelijks drie maanden later reeds op de markt kwam met een diplomaten tankkaart, op zo een korte tijd zelf software heeft ontwikkeld of laten ontwikkelen, zonder gebruik te maken van de specificaties van Diplomatic Card. Atos had immers, zonder rekening te houden met de voorbereidende vergaderingen, 14 maanden nodig om de software voor Diplomatic Card te ontwikkelen.

De vroegere medewerkers van DCC Exploitation Beheer probeerden aanvankelijk de software van Diplomatic Card via een rechtmatige weg te verkrijgen, met name door op 8 juli 2010 Atos te benaderen. Aangezien dit niet mogelijk bleek, werkten zij een plan uit om het faillissement van DCC Exploitation Beheer te bewerkstelligen, zodat zij de software uit de boedel van het faillissement van deze vennootschap zouden kunnen overkopen. Toen ook dit niet mogelijk bleek, werden de specificaties van DCC Exploitation Beheer, die in het bezit waren van haar vroegere medewerkers, via Forax ter beschikking gesteld van Flusso BV, op wie door Forax een beroep werd gedaan om software voor haar diplomaten tankkaart te ontwikkelen (de TrAX software).



De verschillen tussen de software van Diplomatic Card en deze van Forax dienen volgens appellanten afgezwakt te worden. Het feit dat de software van Forax voor een ander platform of in een andere programmeertaal is geschreven, neemt niet weg dat er sprake is van inbreuk. Het gebruik van de specificaties van Diplomatic Card ten behoeve van de ontwikkeling van de eigen software van Forax komt neer op een 'onrechtmatige bewerking' van deze specificaties. Dit maakt een inbreuk uit. De taal van de software is daarbij niet relevant.

Het verslag Keijser, waarop Forax een beroep deed, is volgens appellanten van generlei waarde. Het onderzoekt immers niet of de specificaties van Diplomatic Card al dan niet door Forax werden ontleend om haar eigen software /broncode te (laten) schrijven.

Forax zou zich volgens appellanten evenmin op het verslag Huys kunnen beroepen. Uit zijn verslag zou immers niet kunnen worden afgeleid wat hij vindt over de mate van overeenstemming tussen de respectieve specificaties van de partijen, hetgeen de vraag of er sprake is van een bewerking van de specificaties van Diplomatic Card door Forax, volledig open laat.

Appellanten voeren aan dat deskundige Honkoop in zijn verslag zou hebben 'toegegeven' dat de functionaliteit van Diplomatic Card nagenoeg geheel aanwezig is in het Forax systeem. Appellanten stellen dat volgens hem in functioneel opzicht de overeenstemming nagenoeg volledig is. Hij 'geeft toe' volgens appellanten dat er sprake is van een overeenstemming in de vormgeving en uitdrukking van de functionaliteit van de systemen. Volgens appellanten zou dit niets minder betekenen dan de bevestiging van de inbreuk. De keuze van Forax voor dezelfde opdeling als Diplomatic Card zou vanzelfsprekend het resultaat zijn van 'ontlening'.

Volgens appellanten zijn de verslagen van Keijser, Huys en Honkoop niet verifieerbaar, zodat ze buiten beschouwing dienen gelaten te worden. Minstens geven zij geen antwoord op de vraag of Forax al dan niet effectief gebruik heeft gemaakt van de specificaties van Diplomatic Card. Zij tonen in elk geval niet aan dat de specificaties en ontwerpen van Forax een oorspronkelijk werk zijn van deze laatste.

Appellanten lieten tussen 20 september en 25 oktober 2013 een onderzoek uitvoeren door Hoffman Bedrijfsrecherche, met de bedoeling om vast te stellen of vertrouwelijke bedrijfsinformatie van Diplomatic Card al dan niet werd gelekt en gebruikt ten behoeve van Forax. Onder meer de specificaties van Forax die aangewend werden door Flusso BV voor de ontwikkeling van de TrAX-software van Forax, een 137 pagina's tellend document dat door deze laatste was overgelegd, werd daarbij onder de loep genomen. Volgens appellanten kwam Hoffman Bedrijfsrecherche tot de vaststelling dat met zekerheid kan worden afgeleid uit de aangetroffen snelkoppelingen en de tekstuele overeenkomsten met het functioneel ontwerp van Diplomatic Card, dat een document van deze laatste werd gebruikt voor het bewerken van het TrAX functioneel ontwerp van Forax. Bovendien zou er uit het document dat door Forax werd overgelegd, gebleken zijn dat er grammaticale fouten en terminologie werden overgenomen die letterlijk afkomstig zijn uit de specificaties van Diplomatic Card. Ook zwakke



punten van de specificaties van Diplomatic Card zouden door Forax klakkeloos zijn overgenomen.

Appellanten verwijzen naar verslagen van Prof. J.B.F. Mulder (die beroep deed op de 'anti-plagiatsoftware Ephorus' en op 'Urkund anti-plagiatsoftware') en Prof. J. Dietz (die zich concentreerde op de inhoudelijke overeenstemmingen), waarop zij een beroep deden, en menen dat beiden concluderen tot een substantiële overeenstemming tussen de systemen/specificaties van Diplomatic Card en Forax, die alleen het resultaat van 'ontlening' kan zijn.

Het verslag Van Roosmalen bevestigt volgens appellanten volledig hetgeen voorafgaat. Zo zou het vergelijkend onderzoek tussen Forax specificatie versie 0.1 (dit is de versie van 18 augustus 2010) en Diplomatic Card specificatie 14F, bestanddatum 12 mei 2010 (aangetroffen in het beslagen materiaal), uitwijzen dat 53,59% woordelijke overeenkomsten bestaan bij minstens tien aansluitende woorden. Andere omvangrijke overeenkomsten zouden eveneens door Van Roosmalen zijn aangetroffen. Deze laatste geeft zelf in zijn verslag aan dat de overeenkomsten de 'absolute ondergrens (zijn) van wat technisch verantwoord is om als vergelijking te hanteren'.

Deskundige Van Roosmalen verklaarde in zijn verslag dat uit geen enkel ingekeken document blijkt dat Flusso BV de specificaties van Forax schreef. Flusso zou enkel gereageerd hebben op hetgeen de voormalige medewerkers van DCC Exploitation Beheer, vervolgens medewerkers van Forax, aanbrachten.

Het zou duidelijk zijn dat de vroegere medewerkers van DCC Exploitation Beheer en Forax zelf de specificaties van Diplomatic Card hebben gestolen en gebruikt om de specificaties voor de TrAX software op te stellen. Dat de specificaties voor de TrAX software aangepast werden, doet daar volgens appellanten niets aan af.

Appellanten stellen dat Christiaan Spek 'geen enkele aanspraak kan maken op een persoonlijk archief bestaande uit aan Diplomatic Card toekomend materiaal', dat hij geen auteur is die rechten kan laten gelden, zodat Forax zich niet achter zijn persoonlijke knowhow kan verschuilen. Volgens appellanten blijkt uit de studie van de begeleidende CD-Rom waarnaar verwezen wordt in de voetnoten 53 en 54 van het verslag van Van Roosmalen dat al het voorbereidend werk, met onder meer de functionele specificaties, al gebeurd was door Diplomatic Card (DCC Exploitation Beheer) samen met Atos voordat Esso en dus ook Spek in beeld kwamen. Diplomatic Card zou zelfs reeds van 2007 een systeem van diplomaten tankkaart hebben kunnen aanbieden aan Esso (voetnoot 55, pagina 68 deskundig verslag Van Roosmalen).

Het verzoek tot homologatie van de IT-systemen door de FOD-Financiën werd eveneens aangetroffen in de beslagen bestanden, zodat Forax eveneens daarvan kennis had. Het zou



102

gaan om een onrechtmatig bezit van een fundamenteel document waarop Forax geen recht kon laten gelden, laat staan om het te gebruiken, hetgeen nochtans gebeurd is.

Uit het verslag van Roosmalen blijkt dat Forax eveneens beschikte over het datamodel van Diplomatic Card.

Uit het verslag Van Roosmalen zou kunnen opgemaakt worden dat Forax haar specificaties of 'Forax Functional Design 1.9' zoals overgelegd, heeft gewijzigd in vergelijking met haar oorspronkelijke specificaties, 'Forax Functional Design 1.0'. De overgelegde versie daarvan zou immers niet overeenkomen met de versie daarvan die werd aangetroffen in het beslagen materiaal (beslag inzake namaak). In deze laatste versie zouden er beduidend meer overeenkomsten zijn aangetroffen met de specificaties van Diplomatic Card. De in juni 2012 overgelegde versie zou gemanipuleerd zijn door Forax om zoveel mogelijk sporen van ontlening uit te wissen.

Met het gewijzigde 'Forax Functional Design 1.9' en met het verslag van Huys dat gesteund is op de gewijzigde 'Forax Functional Design 1.9' kan volgens appellanten dan ook geen rekening worden gehouden.

Appellanten hebben aan Prof. Mulder gevraagd om de conclusies op te stellen die uit het verslag van Van Roosmalen dienen getrokken te worden. Volgens appellanten dient hieruit besloten te worden dat het beschrijvend verslag van deskundige Van Roosmalen aantoont dat Forax nooit binnen de zeer korte tijd een identiek tankkaartsysteem had kunnen ontwikkelen als dat van Diplomatic Card zonder gebruik te maken van de bedrijfsmiddelen en investeringen van deze laatste. Uit de door Prof. Mulder onthulde correspondentie blijkt dat het toelaten van de Forax diplomaten tankkaart op de markt door overheden en oliemaatschappijen niet mogelijk was zonder de ontwerpen en het voorbereidend werk van Diplomatic Card. De bevindingen van Van Roosmalen onderbouwen dat de functionele ontwerpen en specificaties van Diplomatic Card zijn overgenomen door Forax.

Met het verslag dat op verzoek van Forax werd opgesteld door ir. Beck in verband met de inhoud van het verslag Van Roosmalen kan volgens appellanten geen rekening gehouden worden, onder meer omdat de door Beck geraadpleegde stukken onvolledig zijn. Het overnemen van grammaticale fouten uit de specificaties van Diplomatic Card door Forax bij het opstellen van haar eigen specificaties, wordt niet verklaard.

82. Appellanten voeren aan dat de specificaties als geheel beschrijven in welke functies het programma zal voorzien, hoe deze worden vormgegeven en onderling communiceren, hoe de keuze-opties verwoord moeten worden, hoe de gegevensstructuur er uit zal zien, welke transacties het systeem zal uitvoeren en hoe het systeem dat zal doen, welke meldingen in beeld moeten verschijnen bij de backoffice gebruiker, enzovoort. Met andere



1803

woorden, het gaat hier volgens appellanten om een concrete uitdrukkingwijze en vormgeving.

Niet elke aan de software van diplomaten tankkaart onderliggende specificatie moet noodzakelijkerwijze voorzien in dezelfde keuzemogelijkheden of beschrijvingen van de operaties, of dezelfde volgorde ervan. In geen geval is deze tekst en vorm van Diplomatic Card verplicht opgelegd door welke reglementaire, ambtelijke of technische voorschriften dan ook. Zij voldoet dus volgens appellanten aan de oorspronkelijkheidsvoorwaarde van artikel XI.166 § 5 WER.

Vervolgens dient, in het licht van het deskundigenverslag van Van Roosmalen vastgesteld te worden, dat deze tekst van DCC in grote mate letterlijk geplagieerd is geworden door Forax.

Volgens appellanten is de software die Forax gebruikt voor haar diplomaten tankkaart gebaseerd op een reproductie van het voorbereidend materiaal van Diplomatic Card, en onder meer de specificaties. Het zijn de specificaties van Diplomatic Card die door een programmeur (Atos voor Diplomatic Card en Flusso BV voor Forax) zijn omgezet in broncode. De vertaling van specificaties in broncode is in auteursrechtelijke zin een bewerking. Een bewerking van inbreukmakende specificaties leidt tot inbreukmakende software. Dat er bij de 'vertaling' van de specificaties in broncode nog bepaalde keuzes kunnen worden gemaakt, is niet pertinent.

Appellanten menen dat door het verslag Van Roosmalen zowel de grote mate van overeenstemming als de ontlening vaststaan.

83. In ondergeschikte orde, met name in de hypothese dat het hof zou oordelen dat de specificaties als voorbereidend materiaal voor het vervaardigen van het computerprogramma geen bescherming genieten onder artikel XI. 294 e.v. WER, wordt door appellanten aangevoerd dat de specificaties dan in elk geval als tekstdocument beschermd zijn als 'gewoon literair werk' onder artikel 165 e.v. WER en dat namaak ervan een misdrijf is in de zin van artikel XI. 293 WER.

Volgens appellanten zijn de specificaties van Diplomatic Card 'als geheel een eigen intellectuele schepping en is het 'door de overname van de fragmenten in hun gezamenlijkheid dat auteursrechtelijk beschermde trekken zijn overgenomen'.

#### Samenvatting van de stelling van Forax

84. Forax betwist dat de specificaties van Diplomatic Card voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen. De specificaties van Diplomatic Card behelzen volgens Forax immers niets meer dan een loutere opsomming van de verschillende functies die het



1851

computerprogramma dient te vervullen, zodat ze niet voldoen aan het oorspronkelijkheids criterium.

Forax verwijst tevens naar artikel 1.2 van Richtlijn 2009/24 krachtens hetwelk de ideeën en beginselen die aan enig element van een computerprogramma ten grondslag liggen, met inbegrip van de ideeën en beginselen die aan de interfaces daarvan ten grondslag liggen, krachtens deze richtlijn niet auteursrechtelijk worden beschermd.

Volgens Forax blijkt a contrario uit de Softwarerichtlijn dat wanneer het voorbereidend materiaal niet toelaat om in een later stadium tot één welbepaald en specifiek uitgewerkt computerprogramma te komen, en niets meer is dan een aanzet die de verdere ontwikkeling van verschillende uiteenlopende alternatieven mogelijk maakt (dit wil zeggen kan resulteren in een onbeperkt aantal verschillende computerprogramma's die dezelfde instructies uitvoeren en/of dezelfde functies verwezenlijken, maar zeer verschillend zijn wat hun ontwerp betreft aangezien ze wat de code aangaat volledig anders geschreven zijn), het voorbereidend materiaal niet voldoet aan het voorschrift van overweging 7 van Richtlijn 2009/24. De auteur van zodanig algemeen en onvoldoende concreet voorbereidend materiaal zal geen auteursrechtelijke bescherming kunnen opvragen, laat staan dat het hem in de mogelijkheid zou stellen om een inbreukvordering in te stellen tegen de programmeur die één van de alternatieven zou hebben ontwikkeld waartoe het beweerde voorbereidend materiaal in kwestie kon leiden. Immers, wanneer uiteenlopende eindresultaten mogelijk zijn, impliceert dit dat de vormgeving/veruitwendiging/concretisering nog niet toereikend is in de zin van overweging 7 van Richtlijn 2009/24 en dat er nog vrije en creatieve keuzes moeten worden gemaakt om tot het ene of het andere alternatief te komen.

Volgens Forax geldt, anders gezegd, dat indien er meerdere alternatieven mogelijk zijn en vrije en creatieve keuzes nog moeten gemaakt worden om tot een concreet afgewerkt computerprogramma te komen, dat het beweerde voorbereidende materiaal nog steeds deel uitmaakt van het domein van de ideeën en/of beginselen, die uitgesloten zijn van auteursrechtelijke bescherming op grond van artikel 1.2 van de Softwarerichtlijn.

Forax verwijst naar rechtspraak van het Hof van Justitie EU waarin het de bovenstaande principes – met name (i) de uitsluiting van ideeën en beginselen van de bescherming door het auteursrecht en (ii) de noodzaak om *in concreto* na te gaan of de uitdrukkingwijze van het computerprogramma in kwestie toelaat om, al was het dan in een later stadium, slechts tot één enkel computerprogramma te komen (en niet tot verschillende mogelijke alternatieven) – heeft toegepast in de zaken BSA en SAS (cfr. *infra*).

Forax betwist voorts dat de auteursrechten ten aanzien van de maatsoftware of customized software door Atos rechtsgeldig aan Diplomatic Card zijn overgedragen. Deze auteursrechten en (zo daarvan sprake is) de auteursrechten op de door Atos opgestelde specificaties behoren volgens Forax tot de failliete boedel van DCC Exploitation Beheer, die immers de opdrachten aan Atos heeft verleend en de investeringen daarvoor heeft gedaan. De overeenkomst van 10



februari 2011 is volgens Forax in strijd met de realiteit en benadeelt de boedel van DCC Exploitation Beheer.

Daarnaast is de maatsoftware niet te scheiden van de standaardsoftware (van Atos), zo is tijdens het deskundigenonderzoek (door Honkoop) gebleken. De standaardsoftware en de maatsoftware vormen dus samen één onscheidbaar werk. Volgens de overeenkomst heeft Atos alleen de rechten op de maatsoftware aan Diplomatic Card overgedragen voor zover dit haar rechten op de standaardsoftware niet aantast. Conclusie van Forax is dat Diplomatic Card niet beschikt over auteursrechten met betrekking tot de maatsoftware.

Tenslotte betwist Forax dat (zo er al sprake is van auteursrechten waar Diplomatic Card zich op kan beroepen) zij inbreuk maakt op de maatsoftware en/of de specificaties van Diplomatic Card. Hoewel de software van Diplomatic Card en die van Forax deels dezelfde functies vervullen, is de software van Forax volgens deze laatste een volledig eigen schepping van Flusso BV. Er is geen sprake van overeenstemming, en dit noch qua opzet noch qua uitwerking.

Forax voert aan dat de maatsoftware van Diplomatic alleen kan draaien op het Solaris platform van Atos. Forax werkt niet met de Solaris software van Atos. Het is daarom technisch onmogelijk dat Forax gebruik maakt van de maatsoftware van Diplomatic Card.

De programma's van Forax (de TrAX software) en Diplomatic Card zijn helemaal anders opgebouwd en in een andere programmeertaal geschreven. De software van Forax is op een onafhankelijke wijze tot stand gekomen. Het betreft een nieuw en oorspronkelijk werk.

#### Het rechtskader

85. Richtlijn 2009/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (gecodificeerde versie van Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's), hierna 'Softwarerichtlijn' bepaalt het volgende :

– artikel 1 :

*1. Overeenkomstig deze richtlijn worden computerprogramma's door de lidstaten auteursrechtelijk beschermd als werken van letterkunde in de zin van de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst. De term „computerprogramma” in de zin van deze richtlijn omvat ook het voorbereidend materiaal.*

*2. De bescherming overeenkomstig deze richtlijn wordt verleend aan de uitdrukkingswijze, in welke vorm dan ook, van een computerprogramma. De ideeën en beginselen die aan enig element van een computerprogramma ten grondslag liggen, met inbegrip van de ideeën en*





10/06

*beginselen die aan de interfaces daarvan ten grondslag liggen, worden niet krachtens deze richtlijn auteursrechtelijk beschermd.*

*3. Een computerprogramma wordt beschermd wanneer het in die zin oorspronkelijk is, dat het een eigen schepping van de maker is. Om te bepalen of het programma voor bescherming in aanmerking komt, mogen geen andere criteria worden aangelegd.*

– artikel 4 :

*1. Onverminderd de artikelen 5 en 6 omvatten de exclusieve rechten van de rechthebbende in de zin van artikel 2 het recht de volgende handelingen te verrichten of het verrichten daarvan toe te staan:*

*a) de permanente of tijdelijke reproductie voor een deel of het geheel van een computerprogramma, ongeacht op welke wijze en in welke vorm. (...)*

*b) het (...) bewerken, arrangeren of anderszins veranderen van een programma, en de reproductie van het resultaat daarvan, onverminderd de rechten van degene die het programma verandert;*

– artikel 7 :

*1. Onverminderd de artikelen 4, 5 en 6, voorzien de lidstaten, overeenkomstig hun nationale wetgeving, in passende sancties tegen personen die de volgende handelingen verrichten:*

*a) in het verkeer brengen van een kopie van een computerprogramma terwijl zij weten of redelijkerwijs kunnen vermoeden dat het een onrechtmatige kopie is;*

*b) bezit voor commerciële doeleinden van een kopie van een computerprogramma terwijl zij weten of redelijkerwijs kunnen vermoeden dat het een onrechtmatige kopie is;*

Considerans 7 van deze Richtlijn luidt als volgt :

*Voor de toepassing van deze richtlijn moet de term „computerprogramma” alle programma's in gelijk welke vorm omvatten, met inbegrip van programma's die in de apparatuur zijn ingebouwd. Deze term moet eveneens het desbetreffende voorbereidende ontwerp-materiaal omvatten dat tot het vervaardigen van een programma leidt, op voorwaarde dat dit voorbereidende materiaal van dien aard is dat het later tot zulk een programma kan leiden.*

Artikel XI. 294 e.v. WER (Boek XI, Titel 6 WER) zijn de omzetting in Belgisch recht van de Softwarerichtlijn.

Artikel XI. 294 WER bepaalt :



*Overeenkomst het bepaalde in Richtlijn 91/250/EEG (...) worden computerprogramma's, het voorbereidend materiaal daaronder begrepen, auteursrechtelijk beschermd en gelijkgesteld met werken van letterkunde in de zin van de Berner Conventie.*

Artikel XI. 295 WER luidt als volgt :

*Een computerprogramma geniet bescherming indien het oorspronkelijk is in die zin, dat het een eigen intellectuele schepping van de auteur is. Om te bepalen of het programma voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt, mogen geen andere criteria worden aangelegd.*

*De bescherming overeenkomstig deze titel wordt verleend aan de uitdrukkingswijze, in welke vorm ook, van een computerprogramma. De ideeën en beginselen die aan enig element van een computerprogramma ten grondslag liggen, met inbegrip van de ideeën en beginselen die aan de interfaces ten grondslag liggen, worden niet auteursrechtelijk beschermd.*

Artikel XI. 298 a) en b) WER houdt de volgende bepalingen in :

*Onverminderd de artikelen XI. 299 en XI. 300, omvatten de vermogensrechten :*

*a) de permanente of tijdelijke reproductie van een deel of het geheel van een computerprogramma, ongeacht op welke wijze en in welke vorm. (...)*

*b) het (...) bewerken, arrangeren of anderszins veranderen van een programma, en de reproductie van het resultaat daarvan, onverminderd de rechten van degene die het programma verandert;*

In een arrest van 22 december 2010 in de zaak C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace Svaz softwarové ochrany v Ministerstvo kultury*, ECLI:EU:C:2010:816, hierna arrest 'BSA', werd het volgende geoordeeld :

*37. Richtlijn 91/250 beschermt bijgevolg de uitdrukkingswijzen van een computerprogramma en het voorbereidend ontwerpmateriaal, die later respectievelijk tot reproductie van het computerprogramma of tot het computerprogramma zelf kunnen leiden.*

*38. Zoals de advocaat-generaal in punt 61 van zijn conclusie aangeeft, moet de uitdrukkingswijze van een computerprogramma, wat die ook moge zijn, worden beschermd zodra de reproductie ervan ook de reproductie meebrengt van het computerprogramma zelf, waardoor de computer zijn taken kan uitvoeren.*

*39. Zoals gezegd in de tiende en de elfde overweging van de considerans van richtlijn 91/250 zijn de interfaces de onderdelen van een computerprogramma die koppeling en interactie verzekeren tussen alle elementen van de programmatuur en apparatuur in alle*



1008

Hof van beroep Brussel – 2013/AR/761 – p. 59

*door deze te vervullen functies enerzijds en andere programmatuur en apparatuur, alsmede de gebruikers anderzijds.*

*40. De grafische gebruikersinterface is met name een interactieve interface, die communicatie mogelijk maakt tussen het computerprogramma en de gebruiker ervan.*

*41. In die omstandigheden kan het computerprogramma niet worden gereproduceerd op basis van de grafische gebruikersinterface, maar vormt deze interface louter een element van het programma dat de gebruikers de mogelijkheid biedt om dit programma optimaal te gebruiken.*

*42. Hieruit volgt dat deze interface geen uitdrukkingwijze van een computerprogramma vormt in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 91/250, zodat hij niet onder de bijzondere auteursrechtelijke bescherming valt die deze richtlijn aan computerprogramma's verleent.*

In zijn arrest van 2 mei 2012, in de zaak C-406/10, SAS Institute Inc v World Programming Ltd, ECLI:EU:C:2012:259, hierna arrest 'SAS', besliste het HvJEU :

*39. Gelet op deze overwegingen moet worden geconstateerd dat, wat de elementen van een computerprogramma betreft waarop de eerste tot en met de vijfde vraag betrekking hebben, noch de functionaliteit van een computerprogramma, noch de programmeertaal en de indeling van gegevensbestanden die in het kader van een computerprogramma worden gebruikt teneinde de functies daarvan te benutten, een uitdrukkingwijze van dit programma vormen in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 91/250.*

*40. Zoals de advocaat-generaal in punt 57 van zijn conclusie aangeeft, zou immers de mogelijkheid worden geboden om ideeën te monopoliseren ten koste van de technische vooruitgang en de industriële ontwikkeling indien werd erkend dat de functionaliteit van een computerprogramma auteursrechtelijk kan worden beschermd.*

Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, hierna Richtlijn auteursrecht, bepaalt :

Artikel 1 :

*1. Behoudens de in artikel 11 bedoelde gevallen, doet deze richtlijn geen afbreuk aan en raakt zij op generlei wijze aan de bestaande bepalingen van de Gemeenschap betreffende:*

*a) de rechtsbescherming van computerprogramma's;*

Artikel 2 :

PAGE 01-00000864564-0059-0078-02-02-4



1309

Hof van beroep Brussel – 2013/AR/761 – p. 60

---

*De lidstaten voorzien ten behoeve van :*

*a) auteurs met betrekking tot hun werken*

*in het uitsluitende recht, de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van dit materiaal, met welke middelen en in welke vorm ook, toe te staan of te verbieden.*

Artikel 3 :

*1. De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht, de mededeling van hun werken aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn, toe te staan of te verbieden.*

Considerans 20 van de Richtlijn auteursrecht luidt als volgt :

*Deze richtlijn is gebaseerd op beginselen en voorschriften die reeds zijn vastgelegd in de op dit gebied geldende richtlijnen, met name de Richtlijn(...) 91/250/EEG (...). Zij ontwikkelt die beginselen en voorschriften verder en integreert ze in het perspectief van de Informatiemaatschappij. De bepalingen van deze richtlijn moeten de bepalingen van voornoemde richtlijnen onverlet laten, tenzij in deze richtlijn anders is bepaald.*

De artikelen XI. 165 e.v. (Boek XI, Titel 5 WER) zijn de omzetting in Belgische recht van onder meer Richtlijn auteursrecht.

Artikel XI. 165 WER bepaalt :

*Alleen de auteur van een werk van letterkunde of kunst heeft het recht om het op welke wijze of in welke vorm ook, direct of indirect, tijdelijk of duurzaam, volledig of gedeeltelijk te reproduceren of te laten reproduceren.*

*Dat recht omvat onder meer het exclusieve recht om toestemming te geven tot het bewerken of het vertalen van het werk.*

*(...)*

*Alleen de auteur van een werk van letterkunde of kunst heeft het recht om het werk volgens ongeacht welk procédé (...) aan het publiek mede te delen.*

Door het Hof van Justitie EU, hierna HvJEU, werden arresten uitgesproken die in het kader van de beoordeling van het geschil van partijen richtinggevend zijn.



18/10

In het arrest van het HvJEU van 16 juli 2009, in de zaak C-5/08, Infopaq International tegen Danske Dagblades Forening, ECLI:EU:C:2009:465, hierna arrest Infopaq (1), werd het volgende geoordeeld :

33. Artikel 2, sub a, van richtlijn 2001/29 (...) bepaalt dat de auteurs het uitsluitende recht hebben om volledige of gedeeltelijke reproductie van hun werken toe te staan of te verbieden. De bescherming van de auteur om reproductie toe te staan of te verbieden betreft dus een "werk".

34. Uit de algemene opzet van de Berner Conventie, inzonderheid van artikel 2, leden 5 en 8, ervan, volgt echter dat voor de bescherming van bepaald materiaal als werken van letterkunde en kunst wordt verondersteld dat het gaat om scheppingen van de geest.

35. Overeenkomstig artikel 1, lid 3, van richtlijn 91/250, artikel 3, lid 1, van richtlijn 96/9 en artikel 6 van richtlijn 2006/116 worden ook werken zoals computerprogramma's, databanken of foto's slechts auteursrechtelijk beschermd wanneer zij oorspronkelijk zijn, in die zin dat zij een eigen intellectuele schepping van de maker zijn.

36. Richtlijn 2001/29, die geharmoniseerde rechtsregels op het gebied van het auteursrecht vaststelt, is, zoals blijkt uit de punten 4, 9 tot en met 11 en 20 van de considerans ervan, gebaseerd op hetzelfde beginsel.

37. Aldus kan het auteursrecht in de zin van artikel 2, sub a, van richtlijn 2001/29 slechts gelden met betrekking tot materiaal dat oorspronkelijk is in die zin dat het gaat om een eigen intellectuele schepping van de auteur ervan."

In het arrest van het HvJEU van 1 december 2011, C-145/10, Eva-Maria Painer v Standard VerlagsGmbH, ro. 87 tot 89 en 92 tot 94, ECLI:EU:C:2011:798, hierna arrest Painer, past het Hof het arrest Infopaq (I) toe op de bescherming van foto's, in de volgende zin:

87. Aangaande in de eerste plaats de vraag of realistische foto's, inzonderheid portretfoto's, auteursrechtelijke bescherming genieten krachtens artikel 6 van richtlijn 93/98, heeft het Hof in het arrest van 16 juli 2009, Infopaq International (...), reeds geoordeeld dat het auteursrecht slechts kan gelden met betrekking tot materiaal, zoals een foto, dat oorspronkelijk is in die zin dat het gaat om een eigen intellectuele schepping van de auteur ervan.

88. Zoals blijkt uit punt 17 van de considerans van richtlijn 93/98 is een intellectuele schepping een eigen schepping van de auteur wanneer zij de uitdrukking vormt van diens persoonlijkheid.

89. Dat is het geval wanneer de auteur bij het maken van het werk zijn creatieve bekwaamheden tot uiting heeft kunnen brengen door het maken van vrije en creatieve keuzes (...).

(...)



19M

92. *Met die diverse keuzes is de auteur van een foto dus in staat, zijn werk een "persoonlijke noot" te geven.*

93. *In het geval van een portretfoto is de vrijheid waarover de auteur beschikt om zijn creatieve bekwaamheden uit te oefenen dan ook niet noodzakelijkerwijs beperkt of zelfs nihil.*

94. *Gelet op het voorgaande moet dus worden geconstateerd dat een portretfoto krachtens artikel 6 van richtlijn 93/98 auteursrechtelijke bescherming kan genieten mits – hetgeen de nationale rechter in ieder afzonderlijk geval dient na te gaan – een dergelijke foto een intellectuele schepping van de auteur is die de persoonlijkheid van deze laatste weerspiegelt en tot uiting komt door de vrije creatieve keuzes van die auteur bij de totstandkoming van de foto.*

In het arrest van het HvJEU van 4 oktober 2011, in de zaken C-403/08 en C-429/08, Football Association Premier League Ltd. v Leasure en Football Association Premier League Ltd v Murphy, ECLI:EU:C:2011:631, hierna Football Association Premier League, oordeelde het Hof het volgende :

*Artikel 2, sub a, van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, moet aldus worden uitgelegd dat het reproductierecht ook geldt voor fragmenten van voorbijgaande aard van de werken in het geheugen van een satellietdecoder en op een televisiescherm, op voorwaarde dat die fragmenten bestanddelen bevatten die de uitdrukking vormen van de eigen intellectuele schepping van de betrokken auteurs, zodat het samengestelde geheel van de gelijktijdig gereproduceerde fragmenten moet worden onderzocht om na te gaan of het dergelijke bestanddelen bevat.*

Uit rechtspraak van het Hof van Cassatie blijkt hetgeen volgt :

Om de bescherming van de Auteurswet (thans artikel XI. 165 e.v. WER) en van het Verdrag van Bern te kunnen genieten, is het voor een fotografie nodig maar voldoende dat ze de uitdrukking is van de intellectuele inspanning van de maker ervan, welke voorwaarde onontbeerlijk is om aan het werk het vereiste individuele karakter te geven waardoor een schepping ontstaat (Cass. 27 april 1989, R.W. 1989-90, 362; in dezelfde zin Cass. 10 december 1998, R.W. 1999-2000, 325, Cass. 2 maart 1993, Justel, N-19930302-9).

Het begrip 'de intellectuele inspanning van de maker' verwijst naar het oorspronkelijkheidscriterium (cfr. HvJEU arrest Infopaq (1), reeds geciteerd, en HvJEU 1 maart 2012, C-604/10, Football Dataco Ltd v Yahoo!, ECLI:EU:C:2012:115, ro. 37 en de aldaar geciteerde (andere) rechtspraak),



BR

**Het hof oordeelt als volgt**

86. Volgens appellanten zou Honkoop in zijn verslag hebben 'toegegeven' dat de functionaliteit van Diplomatic Card nagenoeg geheel aanwezig is in het Forax systeem (de TrAX software). De software van Forax zou een kople zijn van de software van Diplomatic Card. Minstens zou het gaan om een bewerking daarvan.

In zijn arrest SAS heeft het HvJEU onderstreept dat de functionaliteit van een computerprogramma niet een uitdrukkingwijze daarvan als bedoel in artikel 1 lid 2 van de Softwarerichtlijn vormt, omdat anders ideeën zouden kunnen worden gemonopoliseerd (ro. 39 en 40 van het arrest, hiervoor geciteerd).

De Forax software of TrAX software heeft in grote mate dezelfde functionaliteit als de Diplomatic Card maatsoftware. Een louter overeenstemmende functionaliteit kan echter, gelet op hetgeen voorafgaat, geen inbreuk op auteursrecht opleveren.

De broncode van een computerprogramma is een uitdrukkingwijze van het programma die krachtens artikel 1 lid 2 van de Softwarerichtlijn, waarvan artikel XI. 295, alinea 2 WER de omzetting is in Belgisch recht, auteursrechtelijk wordt beschermd.

Diplomatic Card blijft in gebreke om de broncode van de door haar Ingeroepen maatsoftware neer te leggen (de broncode van een computerprogramma is de leesbare tekst die door de programmeur in een programmeertaal is geschreven). Zij heeft die evenmin ter beschikking gesteld van welke deskundige ook die zich in het kader van haar geschil met Forax in enige zin heeft uitgelaten. Er kan dan ook niet worden beoordeeld of er op het niveau van de broncode overeenstemming bestaat tussen de maatsoftware van Diplomatic Card en de software van Forax. Voor zover de vorderingen van appellanten zijn gesteund op de bewering dat de software van Forax een inbreukmakende kople is van de maatsoftware van Diplomatic Card, dienen deze vorderingen van appellanten alleen al om die reden te worden afgewezen.

De Softwarerichtlijn bepaalt in artikel 4 lid 1, b) een communautair bewerkingsrecht. Artikel XI. 298, b) WER is de omzetting van dit bewerkingsrecht in Belgisch recht.

Het verslag van Van Roosmalen van 11 mei 2015, opgesteld in het kader van het beschrijvend beslag inzake namaak, stelt vast dat de software van Forax in technische uitvoering verschilt van de maatsoftware van Diplomatic Card en daarom als niet relevant moet worden beoordeeld (pagina 72 van het verslag). Dit duidt er op dat tussen de uitdrukkingwijzen van de betrokken programma's er onvoldoende overeenstemming bestaat, hetgeen er voldoende op wijst dat de software van Forax (TrAX software) geen bewerking is van de maatsoftware van Diplomatic Card in de zin van artikel 4 lid 1 sub b) van de Softwarerichtlijn/artikel XI.298, b) WER. Voor zover de vorderingen van appellanten zijn gesteund op de bewering dat de



1813

software van Forax een inbreukmakende bewerking is van de maatsoftware van Diplomatic Card, dienen deze vorderingen van appellanten alleen al om die reden te worden afgewezen.

87. Wat de door appellanten ingeroepen specificaties betreft, zijn de versies van de specificaties van Diplomatic Card en deze van Forax die aan de orde zijn voor de beoordeling van de middelen en argumenten van appellanten die gesteund zijn op specificaties, het 'Functional Design 14.F' van Diplomatic Card, enerzijds, en de versies 'Functional Design 01' (hierna 'de versie 0.1') tot en met de 'Functional Design 1.9' (hierna de 'versies 1.9') van de Forax specificaties, anderzijds. De versie 0.1 van de Forax specificaties dateert van 18 augustus 2010 en is één van de versies (de oudste) die werden aangetroffen bij Forax op het ogenblik van het beslag inzake namaak waartoe werd overgegaan. Van de 'Functional Design 1.9' zijn er twee versies, met name een versie 'odt' die door Van Roosmalen werd aangetroffen onder het beslagen materiaal en een versie 'PDF' die dateert van juni 2012 en die door Forax overgemaakt werd aan appellanten en Van Roosmalen.

Het hof acht de 'Functional Design 14.F' van Diplomatic Card in casu relevant en niet de 'Functional Design 14.I' van Diplomatic Card. Door Van Roosmalen werd immers vastgesteld dat er een verschil bestaat tussen de in het beslagen materiaal aangetroffen specificaties van Diplomatic Card en de specificaties die later door Diplomatic Card aan Van Roosmalen werden bezorgd (pagina 22, randnummer 3.1.3 van het verslag). De deskundige hield terecht rekening met de laatste versie van de specificaties van Diplomatic Card die in het beslagen materiaal werd aangetroffen, met name deze van 12 mei 2010, te weten de 'DCC Specification 14.F' of hier 'Functional Design 14.F'. Van deze laatste versie staat immers vast dat de beslagenen er konden over beschikken om ze gebeurlijk te gebruiken, wat niet het geval is wat betreft de 'Functional Design 14.I' van Diplomatic Card.

Appellanten voeren aan dat de specificaties ('Functional Design 14.F') onder de kwalificatie 'voorbereidend materiaal' vallen in de zin van artikel 1 lid 1 van de Softwarerichtlijn.

Uit het SAS-arrest van het HvJEU blijkt dat voor zover materiaal een beschrijving bevat van de functionaliteit van het computerprogramma, het niet als 'voorbereidend materiaal', en dus ook niet als 'computerprogramma' in de zin van de Softwarerichtlijn kan worden beschouwd.

Onder 'functionaliteit' als bedoeld in het SAS arrest moet worden verstaan : het geheel van mogelijkheden dat een Informatiesysteem biedt, de kenmerkende acties van het programma of, kort gezegd, de dienst die de gebruiker van een computerprogramma ervan verwacht (cfr. ro. 52 van de conclusie van Advocaat-generaal Y. Bot van 29 november 2011, ECLI:EU:C:2011:787, bij het SAS-arrest en ro. 40 van het arrest zelf, dat verwijst naar ro. 57 van voormelde conclusie).





18/19

Het 'Functional Design 14.F' (stuk VI.2 van appellanten) vormt niet een functionele omschrijving van het programma in deze globale zin, maar bevat 'functionele specificaties' met, volgens het verslag Van Roosmalen (pagina 18), een *detailbeschrijving van de soort van invoergegevens die een programma moet verwerken en het type uitvoer dat wordt verlangd*.

Door appellanten wordt derhalve terecht aangevoerd dat het Functional Design 14.F méér is dan een loutere opsomming van (gewenste) functies of functionalliteiten. Dit brengt met zich mee dat het Functional Design 14.F niet zonder meer van bescherming van artikel XI.294 e.v. WER kan worden uitgesloten op de grond dat het alleen maar een functionele omschrijving zou geven.

88. Blijft dan de vraag of er in het Functional Design 14.F als voorbereidend materiaal creatieve keuzes werden gemaakt.

In Considerans 7 van de Softwarerichtlijn (cfr. supra) wordt over de term 'computerprogramma' vermeld : *Deze term moet eveneens het desbetreffende voorbereidende ontwerpmateriaal omvatten dat tot het vervaardigen van een programma leidt, op voorwaarde dat dit voorbereidende materiaal van dien aard is dat het later tot zulk een programma kan leiden*.

In het SAS arrest heeft het HvJEU - onder verwijzing naar zijn arrest van 22 december 2010 in de zaak BSA - gepreciseerd dat de Softwarerichtlijn bescherming biedt aan de uitdrukkingwijze van voorbereidend ontwerpmateriaal dat tot vervaardiging van een programma leidt, op voorwaarde dat dit voorbereidende materiaal van dien aard is dat het later tot een computerprogramma kan leiden (ro. 37 van het arrest).

Hieruit blijkt dat :

- onderscheid moet worden gemaakt tussen i) voorbereidend materiaal dat (al) van dien aard is dat het later kan resulteren in een computerprogramma en ii) voorbereidend materiaal dat (nog) niet van dien aard is dat het later kan resulteren in een computerprogramma, en
- uitsluitend het voorbereidend materiaal dat (al) van dien aard is dat het later kan resulteren in een computerprogramma, door de Softwarerichtlijn wordt beschermd; zulk voorbereidend materiaal draagt (al) de kenmerken van de uitdrukkingwijze van het computerprogramma in zich.

Wanneer er nog een programmeerwerk met creatieve stappen moet worden verricht om van het voorbereidend materiaal tot het computerprogramma te komen, kan niet worden gesproken van voorbereidend materiaal dat (al) van dien aard is dat het kan resulteren in een computerprogramma.



In casu blijkt uit het verslag van Van Roosmalen, dat het Functional Design 14.F van Diplomatic Card dient gezien te worden als een beginpunt van een softwareontwikkelingsproces, met dien verstande dat bij de uitwerking van dit voorbereidend materiaal in werkende software nog veel belangrijke beslissingen dienden te worden genomen. Het hof verwijst naar pagina 18 van het verslag Van Roosmalen, waar staat vermeld : *Het weze opgemerkt, dat verschillende ICT-opdrachtnemers op basis van zelfs hetzelfde document 'functionele specificaties' sterk verschillende programma's kunnen maken die weliswaar allen aan de beschreven noden van de opdrachtgever/klant voldoen, maar onderling sterk van elkaar verschillen in gebruikte tools, technieken en uitvoeringswijzen.*

Diplomatic Card toont geenszins aan dat de omzetting van de functionele specificaties in het Functional Design 14.F naar het computerprogramma dat zij voor haar diplomaten tankkaart gebruikt, niets meer behelst dan een technische 'vertaling' of een kleine stap waarbij niet of nauwelijks nog creatieve keuzes werden gemaakt. Zij maakt dit evenmin voldoende aannemelijk.

Er dient dan ook van te worden uitgegaan dat om van het Functional Design 14.F tot een computerprogramma te komen, nog een programmeerwerk met creatieve keuzes ten aanzien van de in dat programma te gebruiken tools, technieken en uitvoeringswijzen, diende te worden verricht. Dit betekent dat het Functional Design 14.F - ook al is het méér dan een opsomming van functionaliteiten (cfr. supra) - niet kan worden bestempeld als voorbereidend materiaal dat (al) van dien aard is dat het in een computerprogramma kan resulteren.

Op Functional Design 14.F of met andere woorden op de specificaties van Diplomatic Card, kan door deze laatste zodoende geen bescherming krachtens artikels XI. 294 e.v. WER worden ingeroepen.

De vorderingen van appellanten gesteund op deze bepalingen in verband met de specificaties van Diplomatic Card is dan ook ongegrond.

89. Het hof onderzoekt hierna of Diplomatic Card zich met betrekking tot het 'Functional Design 14.F' kan beroepen op de artikelen XI. 165 e.v. WER.

Het verslag Van Roosmalen vermeldt dat bij een vergelijking tussen de Functional Design 14.F en de Forax specificaties, gaande van de Forax specificatie 0.1 tot de Forax specificatie 1.9 PDF, blijkt dat er in de Forax specificaties 'woordelijk overeenkomende tekstblokken' zijn van minstens 10 woorden op een rij tot minstens 75 woorden op een rij. In procenten uitgedrukt variëren de overeenstemmende fragmenten van 53,59% tot 0 percent (pagina 26 van het verslag Van Roosmalen).



1816

Uitgedrukt in aantal overeenkomende woorden per woordblok ('fragment') werd door Van Roosmalen een percentage vastgesteld gaande van van 9,53% tot 0% (pagina 27 van het verslag Van Roosmalen).

Aangezien het gaat om minstens 10 woorden op een rij of om minstens 75 woorden op een rij, gaat het hier om losse fragmenten uit het DC-Functional Design 14.F en niet om op elkaar aansluitende fragmenten die samen een langere tekst vormen.

Om een inbreuk te kunnen aannemen is vereist dat deze losse fragmenten van het DC-Functional Design 14.F ieder een eigen intellectuele schepping opleveren of, met andere woorden, een eigen oorspronkelijk karakter hebben en het persoonlijke stempel van de maker dragen (cfr. het Infopaq 1 arrest HvJEU, hiervoor geciteerd).

De fragmenten vermeld in het verslag Mulder IV van 18 september 2015 - dat door appellanten wordt bijgebracht (hun stuk V.40) en dat volgens haar de conclusies trekt die uit het verslag Van Roosmalen dienen te worden getrokken - kunnen als representatief worden beschouwd (hierna 'voorbeeld-fragmenten'). Er is geen aanwijsbare reden om aan te nemen dat de fragmenten die expliciet vermeld staan in Mulder IV niet representatief zijn voor deze die Van Roosmalen op het oog had bij de door hem in zijn verslag vastgestelde overeenstemmingspercentages (pagina's 26-27 en 30-46 van zijn verslag).

Zoals uit de voorbeeld-fragmenten naar voren komt, gaat het bij de uit (al) de Forax specificaties overgenomen fragmenten uit het Functional Design 14.F louter om feitelijke informatieverstrekking in hooguit één of enkele zinnen waarin een zakelijke, voor de hand liggende terminologie of vakjargon wordt gehanteerd.

Die fragmenten hebben een vorm die zo banaal en/of triviaal is dat zij niet als een 'werk', met name het resultaat van een eigen intellectuele schepping kunnen worden aangemerkt; een persoonlijk stempel van de maker of creatieve keuzes zijn in die fragmenten niet te ontwaren.

Een willekeurige verzameling (het samengesteld geheel) aan triviale en/of banale tekstfragmenten - die, zoals in dit geval zelfs niet een langere aaneengesloten tekst vormen - is zelf ook triviaal en/of banaal en geen 'werk', aangezien in casu elke aanwijzing ontbreekt dat die verzameling op zich een eigen intellectuele schepping is die de persoonlijke stempel van de maker draagt en getuigt van creatieve keuzes.

Anders dan appellanten aanvoeren, genieten de in het Functional Design 14.F vervatte feitelijke/technische informatie en functionaliteit geen bescherming van het auteursrecht (vgl. ro. 40 van het SAS arrest HvJEU en hetgeen hiervoor werd overwogen en geoordeeld).

In strijd met hetgeen waarvan Mulder IV uit gaat, is het niet omdat het onderzoek van Van Roosmalen een hoge mate van overeenstemming vaststelt (afhankelijk echter van de versie van de Forax specificaties die met de Functional Design F14 wordt vergeleken en afhankelijk



1917

van de vraag of er minstens 10 woorden op een rij of minstens 75 woorden op een rij overeenstemmen) dat dit leidt tot de conclusie dat er sprake is van inbreukmakende software.

In het verslag van prof. Dietz werd geen rekening gehouden met de voor het auteursrecht relevante vorm, doch alleen met de overeenstemming van de informatie die deze bevat om de functionaliteit van het beschreven systeem te begrijpen (zie pagina 7 van het verslag). Dit verslag doet dan ook niets af aan hetgeen hiervoor reeds werd vastgesteld en geoordeeld.

Aangezien op de uit de Functional Design 14.F door de Forax specificatie overgenomen fragmenten geen auteursrecht rust of dat, met andere woorden, appellanten wat deze fragmenten uit de specificaties van Diplomatic Card betreft, zich niet kunnen steunen op artikel XI. 165 e.v. WER, kan van auteursinbreuk daarop geen sprake zijn.

90. De diverse verslagen die opgesteld werden op eenzijdig verzoek van appellanten (niet alleen Mulder IV en Dietz, doch tevens de andere verslagen die op verzoek van appellanten werden opgesteld), doen niets af aan hetgeen hiervoor werd overwogen en geoordeeld.

Indien appellanten de door hen ingeroepen intellectuele eigendomsrechten niet kunnen laten gelden, kan er uiteraard geen sprake zijn van een inbreuk daarop.

91. Alle overige door de partijen ingeroepen feitelijke elementen, argumenten en middelen aangaande de vorderingen van appellante gesteund op de door haar ingeroepen intellectuele eigendomsrechten, zijn niet ter zake dienend en wegen in ieder geval niet op tegen hetgeen hiervoor door het hof werd overwogen.

IV.1.2 De ontvankelijkheid van de vordering van Diplomatic Card in de mate waarin deze vordering gesteund is op de door haar ingeroepen intellectuele eigendomsrechten

92. Gelet op hetgeen door het hof werd geoordeeld, is het niet nuttig om te onderzoeken of Diplomatic Card al dan niet de (rechtmatige) rechthebbende is van de maatsoftware en van de specificaties die zij inroept of met andere woorden om het middel te onderzoeken van onontvankelijkheid van de vorderingen van appellanten in de mate waarin ze gesteund zijn op de door hen ingeroepen intellectuele eigendomsrechten. Hoe dan ook zijn de vorderingen van appellanten gesteund op deze rechten immers ongegrond om de redenen die door het hof werden uiteengezet.

Zodoende is ook de vordering van Forax gesteund op artikel 877 Ger.W. ongegrond.



IV.1.3 De gegrondheid van de vordering van appellanten gesteund op de regelgeving inzake marktpraktijken

93. Samenvatting van hetgeen aangevoerd wordt door appellanten

Door de vroegere medewerkers van DCC Exploitation Beheer werd een plan uitgewerkt om deze vennootschap en Diplomatic Card 'in falling te trekken' om vervolgens op een goedkope manier het handelsfonds daarvan over te nemen.

Alle informatie over de diplomaten tankkaart van Diplomatic Card werd volgens appellanten door de vroegere medewerkers van DCC Exploitation Beheer gestolen (specificaties, handleidingen, klantgegevens, knowhow, technische informatie, ...). Hiervoor werd door appellanten strafklacht neergelegd.

Vertrouwelijke informatie en bedrijfsgeheimen zouden door de vroegere medewerkers van DCC Exploitation Beheer zijn ingebracht in Forax (daarbij hun plicht tot geheimhouding en loyaliteit schendend) en door Forax gebruikt. Forax zou zich schuldig hebben gemaakt aan parasitaire concurrentie.

Volgens Diplomatic Card heeft het verslag van deskundige Van Roosmalen bevestigd dat Forax over het voorbereidende werk van DCC beschikte. Volgens Diplomatic Card heeft Forax de zware aanloopinvestering niet moeten doen voor haar diplomaten tankkaart, dit in tegenstelling tot Diplomatic Card. Forax kon zodoende een aanzienlijk lagere prijs bepalen dan DCC, die daar niet tegenop kon en haar eigen investering niet meer kon terugverdienen.

Forax had slechts drie maanden nodig om de diplomaten tankkaart te ontwikkelen. Volgens appellanten blijkt hieruit dat Forax de technologie van Diplomatic Card heeft aangewend.

Forax heeft sedert 2011 een ongeoorloofd concurrentievoordeel genoten op Diplomatic Card.

Forax maakt volgens Diplomatic Card op onwettige wijze gebruik van de Diplomatic Card technologie en veroverde daarmee marktaandeel op Total, wat volgens appellanten enkel maar kan worden verklaard doordat de onderliggende Diplomatic Card technologie, die 'geplagleerd' werd door Forax, beter is dan die van Total.

Diplomatic Card heeft in februari 2015 de exploitatie van haar diplomaten tankkaart in België moeten stopzetten.

Samenvatting van hetgeen aangevoerd wordt door Forax

94. Forax betwist hetgeen door appellanten wordt aangevoerd. Zij stelt zich niet schuldig te hebben gemaakt aan onrechtmatige daden.



1919

Dat de vroegere medewerkers van DCC Exploitation Beheer, waarvan Diplomatic Card het vertrek alleen aan zichzelf te danken heeft, in het bezit waren van bedrijfsinformatie van de voormelde vennootschap, thans in faling, is niet per se wederrechtelijk. Zij waren immers bij DCC Exploitation Beheer tewerkgesteld en gebruikten de betrokken informatie in de uitvoering van hun taken.

Volgens Forax hebben de vroegere medewerkers enkel op legitieme wijze gebruik gemaakt van de knowhow en informatie die in hun bezit was. Zij hadden het recht om, via Forax, de concurrentie met Diplomatic Card aan te gaan en daarbij hun jarenlange ervaring en expertise op het vlak van de diplomaten tankkaart te gebruiken.

De klantenbestanden van DCC Exploitation Beheer werden door Forax niet gebruikt.

Het afwerven van cliënteel is in elk geval in beginsel goorloofd. Dit geldt trouwens ook voor het afwerven van personeel. Er zijn in casu geen begeleidende omstandigheden die de afwerving, voor zover die al zou hebben plaatsgevonden, onrechtmatig maakt.

Forax hebben samen met Esso en Shell een eigen en nieuw concept ontwikkeld, dat verschilt van dat van Diplomatic Card.

Het hof oordeelt als volgt.

95. Hiervoor werd uiteengezet waarom het hof oordeelt dat de vordering van Diplomatic Card gesteund op de door haar ingeroepen intellectuele eigendomsrechten ongegrond is.

De omstandigheden waarvan appellanten gewag maken, zoals het gegeven dat Forax in staat was om na ongeveer drie maanden op de markt te komen met een diplomaten tankkaart, bewijst niet dat Forax onrechtmatig gebruik heeft gemaakt van bedrijfsinformatie (inzonderheid software, specificaties of andere) waarvan zij via de vroegere medewerkers van DCC Exploitation Beheer kennis kon nemen.

Uit het feitenrelaas kan immers worden opgemaakt dat de facturen van Atos voor de ontwikkeling van de diplomatenkaart van DCC Exploitation Beheer/appellanten niet tijdig werden betaald (cfr. onder meer de getuigenverklaring van de heer Dardonville die in het feitenrelaas werd geciteerd). Het is voldoende aannemelijk dat dit de ontwikkeling van de maatsoftware door Atos heeft vertraagd. Daarenboven blijkt uit het verslag Honkoop dat het voldoende aannemelijk is dat de Forax TrAX software op ongeveer drie maanden kon worden ontwikkeld, gelet op de middelen die hiervoor door Forax werden geïnvesteerd en de wijze waarop Flusso BV tewerk ging. Ten onrechte menen appellanten dat met het verslag Honkoop geen rekening kan worden gehouden. Appellanten bewijzen niet dat het verslag niet verifieerbaar zou zijn, zoals zij aanvoeren. Minstens aangaande hetgeen voorafgaat is het verslag Honkoop verifieerbaar.



MSL

Uit het feitenrelaas blijkt voldoende dat de informatie en knowhow die nodig waren om de diplomaten tankkaart te ontwikkelen en te commercialiseren, hoofdzakelijk bestond in hoofde van de vroegere medewerkers van DCC Exploitation Beheer, die vóór hun samenwerking voor deze laatste actief waren geweest bij Esso, bij Deloitte Antwerpen (Anne Serneels) of binnen een eigen vennootschap op het vlak van accijns- en belastingsvrije transacties (Juan Blasi). Dit wordt voldoende bevestigd door de vaststellingen van de curator van DCC Exploitation Beheer die in het feitenrelaas werden geciteerd :

*Om de tankkaart te kunnen ontwikkelen en uiteindelijk ook te exploiteren heeft DCC kennis ingekocht door mensen aan zich te trekken die over die kennis beschikten. De meesten hadden relevante kennis en ervaring op commercieel, financieel en/of technisch gebied. De belangrijkste personen naast Stockbroekx waren : (...) Juan Blasi, (...), Chris Spek (...), Anne Serneels, (...), Thomas Segart (...). Daarnaast waren als keymedewerkers nog in dienst bij DCC Beheer mevrouw De Mets (...).*

(Onderlijning door het hof)

Dit wordt ten overvloede bevestigd door de getuigenverklaring van de heer de Boer van Shell die in het feitenrelaas werd geciteerd en waarin deze onder meer het volgende verklaarde :

*Ik begreep ook niet waarom ik de mensen van DCC met wie ik eerder kennis had gemaakt niet terugzag in de stukken. Desgevraagd meldde Stockbroekx mij dat hij die medewerkers had ontslagen, omdat er geschillen waren ontstaan over onelgenlijk gebruik van de middelen van DCC. Dit kwam voor mij als een onplezierige verrassing en was voor mij reden af te vragen of DCC de markt/klanten van de diplomatenpas wel goed begreep. (...) U vraagt mij of Forax scoorde op de eisen van dienstverlening en deskundigheid van de markt waarop DCC eerder niet scoorde. We waren niet op zoek naar software, naar ideeën of concepten, we waren op zoek naar oplossingen waarin met kennis van de markt en de klanten en de problematiek rond de belastingen en accijnzen volgens onze systemen kon worden gewerkt. De mensen die eerder bij DCC werkten begrepen dat en hadden daarvoor een oplossing.*

Dat Marc Stockbroekx als hoofd-contactpersoon in de relatie tussen DCC Exploitation Beheer en Atos, de specificaties en in het bijzonder de Functional Design 14F aanleverde aan Atos, zoals blijkt uit de getuigenverklaring van M. Kermezli, doet daar niets aan af. Er blijkt immers voldoende uit de getuigenverklaring van de heer de Boer dat Marc Stockbroekx niet in staat was om, al dan niet via appellanten, de diplomaten tankkaart als product op de markt te commercialiseren. Blijkbaar beschikte hij hiertoe zelf niet over de nodige knowhow.

Daarenboven blijkt voldoende uit het verslag Huys dat, zoals Forax aanvoert, de diplomaten tankkaart die door Forax gecommmercialiseerd wordt, in grote mate afwijkt van het product van Diplomatic Card :

*5.2.1. FORAX ontvangt transacties inclusief taksen, berekent zelf de taksen en splitst zelf de transacties op, zulks terwijl DIPLOMATIC CARD enkel reeds van taksen ontdane transacties ontvangt van TOTAL;*



10921

- 5.2.2. FORAX doet aan effectieve quota-controle, terwijl DIPLOMATIC CARD deze louter bijhoudt om als info mee te geven op de factuur (in het geval van DIPLOMATIC CARD blokkeert TOTAL de pomp wanneer het quotum bereikt is, bij FORAX doen ESSO en SHELL zulks niet);
- 5.2.3. FORAX factureert tax-free tot het quotum bereikt is en maakt dan een separate taks-pald factuur voor het overige deel. DIPLOMATIC CARD kan enkel taks-free factureren;
- 5.2.4. De rapportering naar de overheid maakt deel uit van de FORAX-specificaties, hetgeen niet het geval is voor DIPLOMATIC CARD. DIPLOMATIC CARD vervult deze functionaliteit niet vanuit de Atos SOLARIS applicatie.

Er is geen gegronde reden waarom het hof geen rekening zou houden met de voormelde bevindingen van de heer Huys. De voormelde bevindingen worden als dusdanig door appellanten niet betwist.

Wat de klantenlijst van Diplomatic Card betreft, blijkt uit het verslag KPMG (cfr. het feitenrelaas) dat er zeer weinig klanten van DCC Exploitation Beheer/appellanten klant zijn van Forax. Daarenboven betreffen de klanten van Forax die op de klantenlijst van DCC Exploitation Beheer/appellanten vermeld staan, voor een belangrijk deel klanten die door Shell werden aangebracht. Een onrechtmatig handelen vanwege Forax wat klanten betreft van DCC Exploitation Beheer/appellanten staat hoe dan ook niet vast.

Er staat evenmin vast dat Forax gebruik heeft gemaakt van contactgegevens van klanten, quota, restende quota of andere gegevens van DCC Exploitation Beheer of appellanten.

Het vertrek van de vroegere medewerkers van DCC Exploitation Beheer is enkel te wijten aan deze laatste en aan Diplomatic Card. Dit blijkt ten overvloede uit het feitenrelaas (laattijdige betaling van de medewerkers, niet-naleving van de arbeidsovereenkomsten door het verlies van een bedrijfswagen, grote financiële problemen bij DCC Exploitation Beheer, plundering van haar bedrijfsactiva (software) door Diplomatic Card, ...). Van een onrechtmatige afwijking van personeel door Forax is dan ook geen sprake. In elk geval wordt er daarvan geen enkel bewijs geleverd.

Wat de samenwerking tussen Forax en Esso/Shell betreft, verwijst het hof naar de getuigenverklaringen van de heren Beijer en de Boer die in het feitenrelaas werden geciteerd en waaruit blijkt dat Shell onafhankelijk besliste om niet met Diplomatic Card in zee te gaan, mede om reden van haar onrustwekkende financiële situatie en omdat zij niet in staat was aan Shell een product (diplomaten tankkaart) te leveren dat aan haar eisen voldeed. Dat een samenwerking tussen Esso en Forax (Forax ontkent dat zij werkt met Total en een samenwerking tussen Total en Forax wordt door appellanten niet bewezen) is tot stand gekomen als gevolg van een onrechtmatig handelen van Forax, wordt evenmin bewezen. Dit blijkt nergens uit.

De heren Blasi en Christiaan Spek, vroegere medewerkers van DCC Exploitation Beheer, waren niet gehouden tot enige geheimhoudingsplicht tegenover deze vennootschap of appellanten. Het tegendeel wordt door appellanten niet bewezen, zodat zij zich minstens tegenover deze





beide personen (sleutelmedewerkers van Forax) niet op enige geheimhoudingsplicht kunnen beroepen.

Het hof oordeelt dat er in casu geen bewijs voorligt van onrechtmatige mededinging of parasitaire concurrentie of aanhaking.

Het stond de vroegere medewerkers van Forax en inzonderheid de heren Blasi en Spek, alsmede mevrouw Serneels, vrij om hun jarenlange ervaring, kennis en knowhow - of deze nu al dan niet deels of geheel aangewend werden voor het tot stand brengen van de Functional Design 14F specificaties van Diplomatic Card of voor haar software, of nog om de nodige toestemming te krijgen van de bevoegde overheden (inzake douane en accijnzen) of oliemaatschappijen om op de markt te komen - te gebruiken om een met appellanten concurrerende activiteit op te zetten. Hiervoor werd immers vastgesteld waarom er in hoofde van Forax in elk geval geen sprake kan zijn van een inbreuk op beweerd intellectuele eigendomsrechten van Diplomatic Card wat de gebruikte specificaties en software betreft. De geciteerde vroegere medewerkers van DCC Exploitation Beheer waren tegenover appellanten niet gehouden door een niet-concurrentiebeding. Zij waren hoe dan ook gerechtigd om publiek beschikbare informatie te gebruiken.

De omstandigheden waarin Forax een concurrerende activiteit heeft opgezet, blijkt voldoende uit het feitenrelaas. Het is in die context en nadat de samenwerking tussen DCC Exploitation Beheer en haar vroegere medewerkers een flasco was gebleken, dat het zogenaamde 'plan' waarvan sprake in de nota van 23 juni 2010 en in de mails die werden teruggevonden door Hoffman Bedrijfsrecherche, door de vroegere medewerkers van DCC Exploitation Beheer en de heer Bostoen werd uitgewerkt.

Slechtmaking van appellanten door Forax wordt niet bewezen.

Er zijn geen begeleidende omstandigheden die het optreden van de vroegere medewerkers van DCC Exploitation Beheer of dat van Forax onrechtmatig maken, minstens worden dergelijke omstandigheden niet bewezen.

Niets toont aan dat hier niet de normale en rechtmatige regels van de vrijheid van handel en nijverheid (artikel II.2 tot II.4 WER) hebben gespeeld. Het bekomen van een concurrentieel voordeel door onrechtmatig handelen, staat niet vast.

Van een schending van artikel XI. 104 WER door Forax is dan ook geen sprake, zodat de vorderingen van appellanten die daarop gesteund zijn, als ongegrond worden afgewezen.

Dat er diefstal van bedrijfsgeheimen of knowhow zou plaatsgevonden hebben ten nadele van appellanten, blijkt in het kader van de onderhavige procedure nergens uit.



138

#### IV.1.4 De overige vorderingen van appellanten :

96. Gelet op hetgeen door het hof wordt geoordeeld, is het verzoek van appellanten om haar voorbehoud te verlenen van hun recht om de eigen advocatenkosten en deze van hun technische raadslieden door te rekenen aan Forax, ongegrond.

97. Appellanten vorderen de vrijgave ten voordele van eerste (appellante) van de borgsom van 60.000 euro die Ingevolge (de) arresten van 18 maart 2013 en 2 december 2014 op (de griffie van het hof) werd geconsigneerd.

Forax voert geen verweer tegen deze vordering, zodat ze gegrond wordt verklaard.

#### IV.2 Het incidenteel beroep van Forax

98. Forax vordert dat aan Diplomatic Card S&B en Diplomatic Fuel Service het verbod zou worden opgelegd, onder verbeurte van een dwangsom van 10.000 € per Inbreuk, om de commerciële partners van Forax, waaronder onder meer maar niet uitsluitend Esso en Shell, de diplomaten, nationale overheden, internationale organisaties en de individuele klanten van Forax alsook enige andere derde nog verder te benaderen met enige mededeling, op welke wijze ook, waarin Forax wordt beschuldigd van of in verband wordt gebracht met Inbreuken op intellectuele eigendomsrechten van Diplomatic Card, van oneerlijke marktpraktijken dan wel andere denigrerende of zwartmakende communicaties omtrent de producten en diensten van Forax.

Aangezien Forax haar maatschappelijke zetel heeft in België en de schade die zij beweert te lijden of te kunnen lijden door de slechtmaking door appellanten, zich in België voordoet/kan voordoen, wordt de bevoegdheid van het hof om zich uit te spreken over de vordering van Forax door appellanten ten onrechte betwist.

Uit de uiteenzetting van de feiten, inzonderheid de (inhoud van de) brieven die door appellanten werden verzonden naar Esso en Shell, zelfs nog nà 28 februari 2013 (datum van het bestreden vonnis) en de ruchtbaarheid die door appellanten gegeven werd aan de strafklacht die zij hebben neergelegd tegen Forax (stuk IX.24 van Forax), blijkt dat de vordering van Forax gegrond is. Het handelen van appellanten is immers van aard om de commerciële relaties van Forax met derden (en dus Forax zelf, gevestigd in België) schade toe te brengen of minstens te kunnen toebrengen. De uitlatingen van appellanten zijn ongerechtvaardigd denigrerend en afbrekend tegenover Forax, haar reputatie en haar activiteiten.

Gelet op de hardnekkigheid waarmee appellanten de slechtmaking van Forax blijven verderzetten (cfr. het feitenrelaas), wordt er geen maximum aan te verbeuren dwangsommen bepaald.



### **IV.3 De nieuwe vordering van Forax : de vernietiging van de in beslag genomen documenten die in het bezit zijn van deskundige Golvers**

99. Rekening houdend met alle elementen van de zaak (cfr. het feitenrelaas en alle procedurevoorgaanden) is deze vordering van Forax gegrond.

Er valt niet in te zien hoe, zelfs in geval van een eventuele voorziening in Cassatie door appellanten tegen onderhavig arrest, gevolgd door een vernietiging van dit arrest en een verwijzing van de zaak naar een ander hof van beroep, de belangen van appellanten onherroepelijk of onherstelbaar zouden geschaad worden door de vernietiging van de in beslag genomen documenten. Al de stukken die het voorwerp hebben uitgemaakt van het beslag inzake namaak, werden immers uitvoerig verslagen in het verslag van Van Roosmalen, dat ter griffie werd neergelegd.

### **IV.4 De gevorderde rechtsplegingsvergoeding**

100. Forax vordert dat de rechtsplegingsvergoeding zou begroot worden op het maximumbedrag.

Dit verzoek is gegrond, gelet op de complexiteit van de zaak, die niet ernstig kan worden betwist en ook niet betwist wordt.

### **IV.5 De kosten van het beslag inzake namaak, van de deskundigen Golvers en Van Roosmalen, van de vervanging van deskundige Golvers en van de vernietiging van de beslagen stukken**

101. De kosten en het ereloon van deskundigen Golvers en Van Roosmalen bedragen in totaal 114.647,75 euro.

De vordering van Forax om deze kosten ten laste te leggen van appellanten is gegrond.

Deze kosten werden immers op verzoek van appellanten (in hun hoedanigheid van verzoekers van een beslag inzake namaak) gemaakt. Aangezien zij in het ongelijk worden gesteld wat de door hen ingeroepen intellectuele eigendomsrechten en de beweerde inbreuk daarop betreft, behoort het hen deze kosten te dragen.

Om dezelfde redenen dienen appellanten in te staan voor de kosten van vervanging van deskundige Golvers (3.068,41 euro) door deskundige Van Roosmalen. Deskundige Golvers werd vervangen door deskundige Van Roosmalen omwille van omstandigheden die niet aan Forax waren toe te rekenen.



1305

Forax vordert dat de kosten van de heer Golvers als sekwester ten laste van appellanten zouden worden gelegd. Het bedrag van deze kosten is niet gekend. Deze kosten dienen eveneens gedragen te worden door appellanten, die deze kosten hebben veroorzaakt door het door hen gevorderde beslag inzake namaak.

Forax vordert tenslotte dat ook de kosten van de vernietiging van de stukken die in beslag werden genomen ter gelegenheid van het beslag inzake namaak, ten laste van appellanten zouden worden gelegd. Ook deze kosten zijn immers het gevolg van het beslag inzake namaak waartoe werd overgegaan op verzoek van appellanten, hoewel zij zich niet kunnen steunen op de door hen ingeroepen intellectuele eigendomsrechten en de beweerde inbreuk daarop.

102. Alle overige door de partijen ingeroepen feitelijke elementen, argumenten en middelen zijn niet ter zake dienend en wegen in ieder geval niet op tegen hetgeen hiervoor door het hof werd overwogen.

**OM DEZE REDENEN :**  
**HET HOF, recht doende na tegenspraak,**

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken.

Ingevolge de devolutive werking van het hoger beroep van appellanten tegen het bestreden vonnis (artikel 1068, alinea 1 Ger.W.);

Verklaart het hoger beroep van appellanten, het incidenteel beroep van geïntimeerde en haar nieuwe vordering ontvankelijk;

Verklaart het hoger beroep van appellanten en haar vorderingen enkel gegrond in de volgende mate :

Beveelt de vrijgave ten voordele van Diplomatic Card S&B SA van de door appellanten ter griffie gestelde waarborg van 60.000 euro;

Verklaart voor het overige het hoger beroep van appellanten en haar vorderingen ongegrond;

Verklaart het incidenteel beroep van geïntimeerde en haar vorderingen gegrond;

Doet het bestreden vonnis teniet in de mate waarin het :



1026

Hof van beroep Brussel – 2013/AR/761 – p. 77

Aan Diplomatic Card S&B SA en Diplomatic Fuel Service BV het verbod oplegt onder verbeurte van een dwangsom van 2500 EUR per inbreuk, om de commerciële partners van Forax, waaronder Esso en Shell, nog verder te benaderen met enige mededeling, op welke wijze ook, waarin Forax wordt beschuldigd van of in verband wordt gebracht met inbreuken op intellectuele eigendomsrechten van Diplomatic Card S&B SA, van oneerlijke marktpraktijken dan wel andere denigrerende communicaties omtrent de producten en diensten van Forax, met een maximum aan te verbeuren dwangsommen van 25.000 euro;

Opnieuw recht doende dienaangaande op vordering van geïntimeerde, Forax NV :

Legt aan appellanten, Diplomatic Card S&B SA en Diplomatic Fuel Service BV, het verbod op, onder verbeurte van een dwangsom van 10.000 euro per inbreuk, om de commerciële partners van Forax NV, waaronder onder meer maar niet uitsluitend Esso en Shell, de diplomaten, nationale overheden, internationale organisaties en de individuele klanten van Forax NV alsook enige andere derde nog verder te benaderen met enige mededeling, op welke wijze ook, waarin Forax NV wordt beschuldigd van of in verband wordt gebracht met inbreuken op intellectuele eigendomsrechten van Diplomatic Card S&B SA, van oneerlijke marktpraktijken dan wel andere denigrerende of zwartmakende communicaties omtrent de producten en diensten van Forax NV;

Beveelt de vernietiging van alle bestanden, materiaal en documenten, wat ook de drager moge zijn, die in bezit zijn van de heer Ir. Golvers, Baron de Vironlaan 108 b 11 te 1700 Dilbeek, ingevolge de kopies die werden gemaakt in het kader van het beschrijvend beslag van 2 juli 2012;

Legt de kosten en het ereloon van deskundigen Golvers en Van Roosmalen ( 114.647,75 euro) ten laste van appellanten;

Legt de kosten van de vervanging van deskundige Golvers (3.068,41 euro) ten laste te leggen van appellanten;

Legt de kosten en het ereloon van de heer Golvers in zijn hoedanigheid van sekwester ten laste van appellanten;

Legt de kosten van de vernietiging van de stukken die in beslag werden genomen ter gelegenheid van het beslag inzake namaak, ten laste van appellanten;

Legt de kosten van de procedure voor de eerste rechter en van de beroepsprocedure ten laste van appellanten;

Stelt deze kosten vast op 389,54 euro (dagvaarding) + 210 euro (verzoekschrift tot hoger beroep) aan de zijde van appellanten en op 11.000 euro (rechtsplegingsvergoeding

PAGE 01-00000864564-0077-0078-02-02-4



*Handwritten mark*

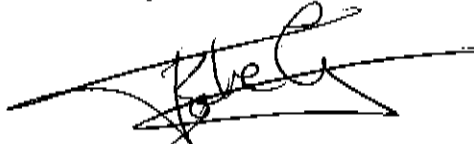
Hof van beroep Brussel – 2013/AR/761 – p. 78

procedure in eerste aanleg) + 11.000 euro (rechtsplegingsvergoeding procedure in hoger beroep) aan de zijde van geïntimeerde.

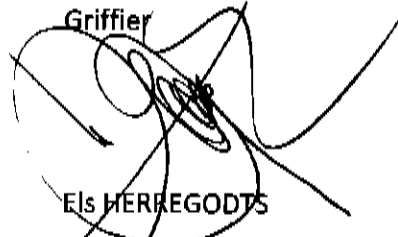
**Aldus gevonnist en uitgesproken ter openbare bultengewone terechtzitting van de burgerlijke achtste kamer van het hof van beroep te Brussel, op 23 mei 2017, waar aanwezig waren en zitting hielden :**

Bruno LYBEER  
Catharina VAN SANTVLIET  
Els HERREGODTS  
Kaatje BATSELIER

Voorzitter  
Raadsheer  
Raadsheer  
Griffier



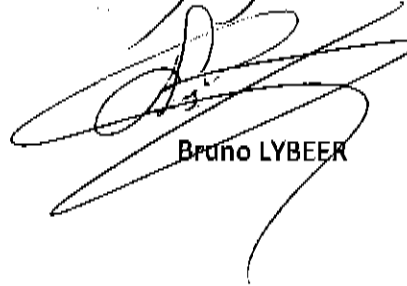
Kaatje BATSELIER



Els HERREGODTS



Catharina VAN SANTVLIET



Bruno LYBEER

