

**Hof Amsterdam, 17 augustus 2006, Makro v Diesel**

Zie ook: [IEPT20080711, HR, Makro v Diesel](#)



Zelfbedieningsgroothandel

v

**MERKENRECHT - UITPUTTING****Toestemming**

- [Davidoff-criterium ook van toepassing bij goederen die niet van buiten EER afkomstig zijn](#)

Of Diesel toestemming heeft verleend voor het in het verkeer brengen van de schoenen in de Europese Economische Ruimte, dient te worden beoordeeld aan de hand van artikel 13A lid 9 BMW. Deze bepaling vormt de uitvoering van artikel 7 lid 1 van de eerste EG-richtlijn (89/104/EEG) van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten. Voor de uitleg van deze bepaling is bepalend de rechtspraak van het Hof van Justitie, waaronder het arrest dat het Hof van Justitie op 20 november 2001 heeft gewezen in de gevoegde zaken [Davidoff, Levi Strauss en Tesco \(NJ 2002, 183, zaken C414/ 99 tot C-416/99\)](#), hierna aan te duiden als de Davidoff-rechtspraak. Makro c. s. voeren aan dat deze rechtspraak op het onderhavige geval niet van toepassing is. Hun betoog komt erop neer dat er onderscheid dient te worden gemaakt tussen de situatie dat de inbreukmakende goederen aanvankelijk buiten de Europese Economische Ruimte op de markt zijn gebracht en vervolgens naar een van de lidstaten van de Europese Economische Ruimte zijn geïmporteerd en de situatie dat de goederen direct binnen de Europese Economische Ruimte op de markt zijn gebracht. De [Davidoff-rechtspraak](#) geldt, aldus Makro c. s., uitsluitend in de eerstgenoemde situatie. In het onderhavige geval zijn de schoenen oorspronkelijk in Spanje op de markt gebracht, derhalve binnen de Europese Economische Ruimte. In die situatie moet volgens Makro c.s. de vraag of de merkhouder toestemming heeft verleend worden beoordeeld aan de hand van het recht van het land dat op die toestemming van toepassing is. Voor het onderhavige geval is dat het Spaanse recht. Dit betoog faalt. Noch uit de tekst van de richtlijn, noch uit de rechtspraak van het Hof van Justitie kan worden opgemaakt dat het door Makro c.s. bedoelde onderscheid

moet worden gemaakt. De enkele omstandigheid dat aan de rechtspraak van het Hof van Justitie steeds gevallen ten grondslag lagen waarin de goederen oorspronkelijk buiten de Europese Unie in het verkeer waren gebracht, is niet voldoende om anders te oordelen. Het hof acht het veeleer voor de hand liggen dat in de twee door Makro c.s. onderscheiden situaties hetzelfde criterium moet worden gebruikt aangezien artikel 7 lid 1 van de richtlijn en het daarop gebaseerde artikel 13A lid 9 van de Benelux Merkenwet het bedoelde onderscheid juist niet maken.

- [Arrest Hof Valencia tussen Diesel en leverancier Makro niet bindend voor de verhouding Diesel-Makro](#)

In dat verband hebben Makro c. s. aangevoerd dat uit het arrest van 18 december 2002 van het Spaanse Hof te Valencia (productie B bij memorie van grieven) volgt dat dat het geval is en dat het hof ieder verder onderzoek achterwege kan en/of moet laten. Anders dan Makro c. s. hebben aangevoerd, volgt uit het arrest van het Hof te Valencia niet dat het hier toepasselijke criterium door dat Hof is aangelegd. Uit het arrest van dat hof (met name uit p. 10, tweede alinea) volgt veeleer dat het Spaanse Hof de aan hem voorgelegde zaak aan de hand van het Spaanse recht heeft beoordeeld. Er bestaat geen aanleiding om aan te nemen dat dat arrest - dat is gewezen tussen enerzijds Cosmos, Flexi Casual en (een aantal van) haar bestuurders en anderzijds Diesel - de rechtsverhouding tussen Diesel en Makro c.s. bindend vaststelt. Makro c. s. hebben zich in dit verband weliswaar beroepen op artikel 33 van de EEX-Verordening en op het - volgens hen - uit die verordening voortvloeiende beginsel dat moet worden voorkomen dat er tegengestelde beslissingen in met elkaar samenhangende uitspraken worden gedaan (artikel 6 lid 1 jo. artikel 28 lid 3 EEX-Verordening), maar uit het een en ander vloeit niet voort dat het hof zich in het onderhavige geval zou moeten onthouden van een materiële beoordeling van het onderhavige geschil.

- [Geen toestemming Diesel gebleken](#)

**PROCESRECHT****Afgifte****[Geen grond voor toekenning vergoeding aan Makro](#)**

Met grief 5 betogen Makro c. s. dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat Diesel recht heeft op afgifte van de Diesel-schoenen. Zij voeren aan dat Makro niet te kwader trouw was en dat haar ingevolge artikel 28 lid 5 Auteurswet en artikel 13bis lid 3 Benelux Merkenwet een vergoeding toekomt.

4.20 Nu vaststaat dat Makro c.s. inbreuk maken op het merk- en auteursrecht van Diesel door schoenen met het DIESEL-woordwerk en DIESEL-beeldmerk te verhandelen, heeft Diesel de bevoegdheid de zaken waarmee inbreuk wordt gemaakt op te vorderen. Voor het vaststellen van een vergoeding als bedoeld in artikel 13bis lid 3 BMW of artikel 28 lid 5 Auteurswet ziet het hof geen aanleiding. Makro c.s. hebben, genoemde inbreuk in aanmerking nemende, geen toereikende

gronden aangevoerd die tot de toewijzing van een dergelijke vergoeding nopen.

Vindplaatsen: BIE 2007, nr. 63, p. 388

### Hof Amsterdam, 17 augustus 2006

(A.N. van de Beek, G.B.E.M. van der Reep en C.A. Joustra)

ARREST

in de zaak van:

1. de (voormalige) commanditaire vennootschap MAKRO ZELFBEDIENINGSGROOTHANDEL e.v., gevestigd te Diemen,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid METRO CASH & CARRY NEDERLAND B.V.,

gevestigd te Amsterdam,

3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid REMO ZAANDAM B. V. ,

gevestigd te Zaandam,

APPELLANTEN,

procureur: mr. J.W. van Rijswijk,

tegen

de vennootschap naar Italiaans recht DIESEL S.P.A.,

gevestigd te Molvena, Italië,

GEÏNTIMEERDE,

procureur: mr. F.B. Falkena.

#### 1. Het geding in hoger beroep

De partijen worden hierna ook aangeduid als Makro c.s. respectievelijk Diesel. Bij dagvaarding van 27 januari 2005 zijn Makro c.s. in hoger beroep gekomen van het vonnis van 29 december 2004 van de rechtbank te Amsterdam, onder zaak-/rolnummer 187965 / H 99.3000 gewezen tussen Diesel als eiseres en appellante sub 1 (hierna: Makro) en Deelneming Maatschappij "Nedema N B.V. (hierna: Nedema) als gedaagden. Bij memorie hebben Makro c.s. zes grieven tegen het bestreden vonnis aangevoerd, producties in het geding gebracht en gelet op de appèldagvaarding - geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en de vorderingen van Diesel zal afwijzen, met veroordeling van Diesel in de proceskosten van beide instanties, uitvoerbaar bij voorraad. Bij memorie heeft Diesel geantwoord en geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis. Partijen hebben de zaak op 15 mei 2006 doen bepleiten, Makro c. s. door [mr. Th. C. J. A. van Engelen](#), advocaat te Utrecht, Diesel door mr. S.A. Klos, advocaat te Amsterdam, beiden aan de hand van pleitnotities. Bij die gelegenheid is door Diesel bij akte nog een productie in het geding gebracht. Ten slotte hebben partijen recht op de stukken van beide instanties gevraagd.

#### 2. Het geding in hoger beroep

Zoals hiervoor reeds overwogen is het bestreden vonnis gewezen tussen Diesel als eiseres en Makro en Nedema als gedaagden. Gelet op de memorie van grieven begrijpt het hof dat Makro inmiddels is ontbonden, haar vermogen wordt vereffend en dat zij in deze procedure wordt vertegenwoordigd door Metro Cash & Carry Nederland B. V. (appellante sub 2). Naar Makro c. s. bij

pleidooi in hoger beroep hebben toegelicht bestaat Nedema als zodanig inmiddels ook niet meer omdat zij is gesplitst in twee nieuwe vennootschappen, te weten de appellanten sub 2 en 3. Diesel heeft een en ander niet betwist.

#### 3. De feiten

3.1 De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 1 (a) tot en met (i) een aantal feiten als in deze zaak vaststaand aangemerkt.

3.2 Grief 1 klaagt onder meer tegen hetgeen de rechtbank onder 1 (f) en - naar het hof begrijpt - onder 1 (h) als vaststaand feit heeft aangemerkt.

3.3 Makro cs , betogen dat de rechtbank onder 1 (f) ten onrechte vaststelt dat artikel 1.4 van de overeenkomst van 29 september 1994 betrekking zou hebben op het doen van steekproeven. Deze klacht is ongegrond omdat de rechtbank in de desbetreffende passage slechts (de Nederlandse vertaling van) die overeenkomst eitteert. Makro c . s . hebben niet aangevoerd dat dit citaat onjuist is weergegeven of dat de oorspronkelijke Spaanse tekst foutief is vertaald.

3.4 Voorts betogen Makro c.s. dat de rechtbank onder 1 (h) ten onrechte heeft overwogen dat de door Cosmos geproduceerde schoenen nimmer ter fiattering aan Difsa en/of Diesel zijn voorgelegd. Deze grief komt hieronder, voorzover nodig, nog aan de orde.

3.5 Omtrent de vaststelling van de overige feiten bestaat geen geschil, zodat ook het hof van deze (overige) feiten zal uitgaan.

#### 4. De beoordeling in hoger beroep

4.1 Voor de beoordeling van het hoger beroep zijn de volgende feiten van belang:

(i) Diesel is rechthebbende op zowel het woordmerk DIESEL als het DIESEL-beeldmerk (een gestileerde letter D, als weergegeven in het bestreden vonnis onder 1.a). Het ontwerp van het DIESEL-beeldmerk is een werk in de zin van de Auteurswet en Diesel is te beschouwen als auteursrechthebbende hiervan.

(ii) In de zomer van 1999 heeft Makro schoenen te koop aangeboden die waren voorzien van het woordmerk DIESEL en het DIESEL-beeldmerk. Makro heeft deze schoenen via een dochteronderneming afgenomen van een tweetal Spaanse ondernemingen. Deze hebben de schoenen op hun beurt afgenomen van de Spaanse vennootschap Cosmos World S.L. (hierna: Cosmos) .

(iii) Distributions Italian Fasion Sociedad Anonima (hierna: Difsa) was in Spanje, Portugal en Andorra de distributeur voor Diesel-producten. DIFSA heeft op 29 september 1994 een exclusieve distributieovereenkomst gesloten met de Spaanse vennootschap Flexi Casual Sociedad Limitada. (hierna: Flexi Casual) (productie C bij memorie van grieven). In die overeenkomst heeft Difsa aan Flexi Casual het recht verleend op alleenverkoop in Portugal, Andorra en Spanje van een aantal producten (waaronder schoenen) met onder meer het woordmerk DIESEL.

(iv) Op 21 oktober 1997 heeft Manuel Giner, een bestuurder van Flexi Casual, aan Cosmos schriftelijk een machtiging verleend tot het vervaardigen en de verkoop van schoenen, tassen en riemen van het merk DIESEL (productie E bij memorie van grieven). In dit geschrift

is tevens bepaald dat de machtiging geschiedt op basis van de overeenkomst die Flexi Casual met Difsfa heeft gesloten.

4.2 In eerste aanleg heeft Diesel gesteld dat Makro en Nedema inbreuk maakten op haar merk- en auteursrechten ten aanzien van het woordmerk DIESEL en het DIESEL-beeldmerk door schoenen met die merken te koop aan te bieden. Zij vorderde - kort gezegd dat Makro en Nedema zouden worden veroordeeld de verdere inbreuk op die rechten te staken, dat zij een verklaring zouden afleggen over de hoeveelheden door hen ingekochte, geproduceerde en/of verkochte schoenen, de daarmee gegenereerde winsten, alsmede de namen van de bij de productie en/of verhandeling betrokken (rechts)personen en dat Makro en Nedema de in voorraad zijnde, inbreukmakende schoenen aan haar, Diesel, zouden afgeven. Voorts vorderde Diesel schadevergoeding op te maken bij staat, alsmede een voorschot op die schade ten bedrage van fl. 50.000,-.

4.3 De rechtbank heeft deze vorderingen grotendeels toegewezen. Zij verklaarde zich onbevoegd voorzover de vordering was gegrond op een Gemeenschapsmerk.

4.4 Met de grieven 1, 2 en 3 klagen Makro c.s. - kort gezegd dat de rechtbank heeft geoordeeld dat Diesel zich kan verzetten tegen de verhandeling van schoenen door Makro c. s. , voorzover deze zijn voorzien van het DIESEL-woordmerk. Volgens Makro c.s. zijn de desbetreffende schoenen met toestemming van Diesel binnen de Europese Economische Ruimte in het verkeer gebracht, zodat het merkrecht is uitgeput.

4.5 Of Diesel toestemming heeft verleend voor het in het verkeer brengen van de schoenen in de Europese Economische Ruimte, dient te worden beoordeeld aan de hand van artikel 13A lid 9 BMW. Deze bepaling vormt de uitvoering van artikel 7 lid 1 van de eerste EG-richtlijn (89/104/EEG) van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten. Voor de uitleg van deze bepaling is bepalend de rechtspraak van het Hof van Justitie, waaronder het arrest dat het Hof van Justitie op 20 november 2001 heeft gewezen in de gevoegde zaken [Davidoff, Levi Strauss en Tesco \(NJ 2002, 183, zaken C414/ 99 tot C-416/99\)](#), hierna aan te duiden als de Davidoff-rechtspraak.

4.6 Makro c. s. voeren aan dat deze rechtspraak op het onderhavige geval niet van toepassing is. Hun betoog komt erop neer dat er onderscheid dient te worden gemaakt tussen de situatie dat de inbreukmakende goederen aanvankelijk buiten de Europese Economische Ruimte op de markt zijn gebracht en vervolgens naar een van de lidstaten van de Europese Economische Ruimte zijn geïmporteerd en de situatie dat de goederen direct binnen de Europese Economische Ruimte op de markt zijn gebracht. De [Davidoff-rechtspraak](#) geldt, aldus Makro c. s., uitsluitend in de eerstgenoemde situatie. In het onderhavige geval zijn de schoenen oorspronkelijk in Spanje op de markt gebracht, derhalve binnen de Europese Economische Ruimte. In die situatie moet volgens Makro c.s. de vraag of de merkhouder toestemming heeft verleend worden beoordeeld aan de hand van het recht van het land dat op die toe-

stemming van toepassing is. Voor het onderhavige geval is dat het Spaanse recht.

4.7 Dit betoog faalt. Noch uit de tekst van de richtlijn, noch uit de rechtspraak van het Hof van Justitie kan worden opgemaakt dat het door Makro c.s. bedoelde onderscheid moet worden gemaakt. De enkele omstandigheid dat aan de rechtspraak van het Hof van Justitie steeds gevallen ten grondslag lagen waarin de goederen oorspronkelijk buiten de Europese Unie in het verkeer waren gebracht, is niet voldoende om anders te oordelen. Het hof acht het veeleer voor de hand liggen dat in de twee door Makro c.s. onderscheiden situaties hetzelfde criterium moet worden gebruikt aangezien artikel 7 lid 1 van de richtlijn en het daarop gebaseerde artikel 13A lid 9 van de Benelux Merkenwet het bedoelde onderscheid juist niet maken.

4.8 Het hof dient derhalve aan de hand van het hiervoor onder 4.5 bedoelde rechtspraak te beoordelen of de bedoelde toestemming door Diesel is verleend. Deze rechtspraak houdt in kort gezegd en voorzover hier relevant - dat de toestemming van de merkhouders tot het in de Europese Economische Ruimte verhandelen van van dat merk voorziene producten zowel expliciet als impliciet kan geschieden, en dat het er om gaat dat de nationale rechter met zekerheid kan vaststellen dat de merkhouders afstand heeft gedaan van zijn recht om zich te verzetten tegen het in de Europese Economische Ruimte in de handel brengen. In dat verband hebben Makro c. s. aangevoerd dat uit het arrest van 18 december 2002 van het Spaanse Hof te Valencia (productie B bij memorie van grieven) volgt dat dat het geval is en dat het hof ieder verder onderzoek achterwege kan en/of moet laten.

4.9 Anders dan Makro c. s. hebben aangevoerd, volgt uit het arrest van het Hof te Valencia niet dat het hier toepasselijke criterium door dat Hof is aangelegd. Uit het arrest van dat hof (met name uit p. 10, tweede alinea) volgt veeleer dat het Spaanse Hof de aan hem voorgelegde zaak aan de hand van het Spaanse recht heeft beoordeeld.

4.10 Er bestaat geen aanleiding om aan te nemen dat dat arrest - dat is gewezen tussen enerzijds Cosmos, Flexi Casual en (een aantal van) haar bestuurders en anderzijds Diesel - de rechtsverhouding tussen Diesel en Makro c.s. bindend vaststelt. Makro c. s. hebben zich in dit verband weliswaar beroepen op artikel 33 van de EEX-Verordening en op het - volgens hen - uit die verordening voortvloeiende beginsel dat moet worden voorkomen dat er tegengestelde beslissingen in met elkaar samenhangende uitspraken worden gedaan (artikel 6 lid 1 jo. artikel 28 lid 3 EEX-Verordening), maar uit het een en ander vloeit niet voort dat het hof zich in het onderhavige geval zou moeten onthouden van een materiële beoordeling van het onderhavige geschil.

4.11 Voor de beantwoording van de vraag of Diesel de bedoelde toestemming heeft verleend is in het bijzonder de tussen Difsfa en Flexi Casual gesloten overeenkomst van 29 september 1994 van belang. De door Giner aan Cosmos verleende machtiging van 21 oktober 1997 berust op die overeenkomst, zodat moet worden aangenomen dat die machtiging de in de over-

eenkomst van 29 september 1994 getrokken grenzen niet te buiten mag gaan. Daar komt bij dat, anders dan Makro c.s. aanvoert, niet kan worden aangenomen dat Giner bij het verlenen van die machtiging handelde namens Diesel. Gelet op het feit dat Giner bestuurder van Flexi Casual is en niet is verbonden aan Diesel, is de enkele omstandigheid dat de kop van het briefpapier "Diesel" vermeldde daarvoor onvoldoende.

4.12 Makro c.s. hebben zich op artikel 1.4 van de overeenkomst van 29 september 1994 beroepen. De Nederlandse vertaling luidt als volgt:

"Het is Flexi Casual toegestaan, opdat dit door DIFSA aan Diesel kan worden voorgesteld met betrekking tot de productie en verkoop, indien van toepassing in de toekomst om met schoeisel van HET MERK en dat van eigen ontwerp steekproeven uit te voeren die zij in het GEBIED (Portugal, Andorra en Spanje, hof) passend mocht achten, door middel van aanbidding en verkoop aan haar klanten, teneinde op betrouwbare wijze de marktbehoeften vast te stellen."

4.13 Naar het oordeel van het hof geeft deze bepaling geen aanleiding te veronderstellen dat Diesel aldus toestemming heeft verleend om Diesel-schoenen binnen de Europese Economische Ruimte in het verkeer te brengen. Uit de bepaling volgt veeleer het tegendeel. De tekst van de bepaling biedt slechts de mogelijkheid om (via Difsa) aan Diesel toestemming te vragen voor het nemen van steekproeven met schoeisel die voorzien waren van "HET MERK". Het is allerminst aannemelijk dat Diesel/Difsa hiermee bedoelde aan Flexi Casual/Cosmos een algemeen recht te geven tot het (op grote schaal) op de markt brengen van schoenen met het merk Diesel. Makro c. s. hebben ook onvoldoende aangevoerd op grond waarvan kan worden aangenomen dat zij hebben mogen begrijpen dat Flexi Casual/Cosmos dit recht wel aan die overeenkomst kon ontlenen.

4.14 Dit wordt niet anders indien bij het vorenstaande tevens de (ongedateerde, maar kennelijk op 11 november 1994 verstrekte) machtiging van Difsa aan Flexi Casual wordt betrokken (productie D bij memorie van grieven). Die machtiging bepaalt immers ook slechts dat Flexi Casual "bij wij ze van monsterproefneming en marktverkenning" schoenen van eigen ontwerp mag vervaardigen en distribueren opdat deze aangeboden kunnen worden voor distributie of "voor cessie van de licentie tot vervaardiging" aan Diesel. Voorzover Flexi Casual aan die machtiging al meer rechten kan ontlenen dan aan de overeenkomst van 29 september 1994, vloeit daaruit evenmin voort dat Flexi Casual/Cosmos een algemeen recht tot het produceren van schoenen met het DIESEL-woordmerk.

4.15 Hetgeen Makro c. s. op pagina 25 tot en met 28 van hun memorie van grieven aanvoeren over de gronden waarop het Hof te Valencia zijn beslissing heeft genomen, leidt evenmin tot een ander oordeel. Daarbij is van belang dat Diesel reeds in eerste aanleg uitvoerig en gemotiveerd heeft weersproken dat die uitspraak inhoudelijk juist is, dit verweer in hoger beroep heeft herhaald (p. 12 tot en met 16 van haar memorie van antwoord) en erop heeft gewezen dat zij in Spanje cas-

satie heeft ingesteld tegen die uitspraak. Het had op de weg van Makro c.s. gelegen nader op deze betwisting in te gaan en terzake eventueel bewijs aan te bieden. Nu zij dit heeft nagelaten verwerpt het hof de stelling van Makro c.s. dat uit het arrest van het Hof te Valencia reeds voortvloeit dat Flexi Casual/Cosmos bevoegd was Diesel-schoenen te vervaardigen en op de markt te brengen.

4.16 Dit een en ander betekent dat niet is komen vast te staan dat de onderhavige schoenen met toestemming van Diesel binnen de Europese Economische Ruimte in het verkeer zijn gebracht. De grieven 1, 2 en 3 falen derhalve.

4.17 Makro c.s. hebben in grief 4 aangevoerd dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de overeenkomst van 29 september 1994 geen bepalingen inzake het auteursrecht bevat en dat niet kan worden aangenomen dat door Diesel toestemming is gegeven voor het gebruik van het in DIESEL-beeldmerk vervatte, auteursrechtelijk beschermde werk.

4.18 Uit het voorafgaande volgt dat ook deze grief faalt. Daar komt nog bij dat Diesel - naar zij onbestreden heeft gesteld (memorie van antwoord nr. 56) - in 1994 nog geen gebruik maakte van het DIESEL-beeldmerk, ten aanzien van welk merk Diesel tevens auteursrechtelijke is. Dit merk is ook pas op 19 februari 1999 als Gemeenschapsmerk ingeschreven. Zonder nadere toelichting - die ontbreekt - valt dan ook niet in te zien waarom Flexi Casual / Cosmos aan de overeenkomst van 29 september 1994 het recht meenden te kunnen ontlenen haar schoenen van het auteursrechtelijk beschermde DIESEL-beeldmerk te voorzien. Grief 4 faalt derhalve eveneens.

4.19 Met grief 5 betogen Makro c. s. dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat Diesel recht heeft op afgifte van de Diesel-schoenen. Zij voeren aan dat Makro niet te kwader trouw was en dat haar ingevolge artikel 28 lid 5 Auteurswet en artikel 13bis lid 3 Benelux Merkenwet een vergoeding toekomt.

4.20 Nu vaststaat dat Makro c.s. inbreuk maken op het merk- en auteursrecht van Diesel door schoenen met het DIESEL-woordwerk en DIESEL-beeldmerk te verhandelen, heeft Diesel de bevoegdheid de zaken waarmee inbreuk wordt gemaakt op te vorderen. Voor het vaststellen van een vergoeding als bedoeld in artikel 13bis lid 3 BMW of artikel 28 lid 5 Auteurswet ziet het hof geen aanleiding. Makro c.s. hebben, genoemde inbreuk in aanmerking nemende, geen toereikende gronden aangevoerd die tot de toewijzing van een dergelijke vergoeding nopen. Grief 5 faalt derhalve.

4.21 Grief 6 heeft geen zelfstandige betekenis en behoeft dan ook geen afzonderlijke bespreking. Ook deze grief faalt.

4.22 De slotsom is dat de grieven falen. Het hof zal het bestreden vonnis bekrachtigen. Makro c.s. zullen als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep.

## 5. Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het bestreden vonnis;

veroordeelt Makro c. s. in de kosten van het appèl en begroot die kosten, voorzover tot op heden aan de zijde van Diesel gevallen op €291,- aan verschotten en op € 2.682,- aan salaris procureur.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.N. van de Beek, G.B.E.M. van der Reep en C.A. Joustra en in het openbaar uitgesproken op 17 augustus 2006 door de rolraadsheer. mr. T.A.C. van Hartingsveldt.

---