

zaaknummer 200.001.182/01 SKG

8 september 2009

GERECHTSHOF TE AMSTERDAM

VIERDE MEERVOUDIGE BURGERLIJKE KAMER

ARREST

in de zaak van:

1. de rechtspersoon naar het recht van de staat Delaware,  
Verenigde Staten van Amerika,  
LEVI STRAUSS & CO.,  
gevestigd te San Francisco, Californië, Verenigde Staten  
van Amerika,
  2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
LEVI STRAUSS NEDERLAND B.V.,  
gevestigd te Amsterdam,
- APPELLANTEN,  
advocaat: mr. J.Bouter te Amsterdam,

t e g e n

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
METRO CASH & CARRY NEDERLAND B.V.,  
gevestigd te Diemen,  
GEÏNTIMEERDE,  
advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam.

## 1. Het geding in hoger beroep

Appellanten worden hierna tezamen aangeduid als Levi Strauss c.s., geïntimeerde wordt aangeduid als Makro.

Voor het verloop van het geding tot aan het in deze zaak gewezen tussenarrest van 3 juli 2008 wordt naar dat arrest verwezen. Bij dat arrest heeft het hof de zaak naar de rol verwezen voor het nemen van een akte door Makro en iedere verdere beslissing aangehouden.

Makro heeft vervolgens een akte genomen en daarbij twee producties overgelegd, waaronder een aanvullend accountantsrapport.

Levi Strauss c.s. hebben bij akte daarop gereageerd en daarbij een aantal producties overgelegd.

Hierna hebben partijen de zaak aan de hand van overgelegde pleitnotities schriftelijk doen bepleiten, Levi Strauss c.s. door mrs. H.J.M. Harmeling en S.A. Hoogcarspel, advocaten te Amsterdam, en Makro door mrs. Th.C.J.A. van Engelen en V.E. Tsoutsanis, advocaten te Utrecht.

Ten slotte hebben partijen wederom recht gevraagd op de stukken van beide instanties, waarvan de inhoud als hier ingevoegd wordt beschouwd.

## 2. Verdere beoordeling

2.1. In het tussenarrest heeft het hof overwogen dat met het door Makro overgelegde accountantsrapport van 8 november 2007 onvoldoende, althans onvoldoende nauwkeurig en specifiek, aannemelijk was gemaakt dat de onderhavige

partijen van in totaal 3320 spijkerbroeken door of met toestemming van Levi Strauss c.s. in de EER in het verkeer zijn gebracht. Daarbij verwees het hof naar de door Levi Strauss c.s. opgesomde vragen die het accountantsrapport oproep wat betreft het daarin vastgestelde "corresponderen" van de weergegeven leveranties zonder dat dit per individuele partij werd geverifieerd.

2.2. Makro heeft een aanvullende verklaring van 26 augustus 2008 van drs. J.D.G. Noach RA van Mazars Paardekooper Hoffman N.V. overgelegd (hierna ook: het aanvullend rapport). Deze verklaring houdt onder meer het volgende in:

"Zoals in ons rapport van 8 november 2007 aangegeven werden door Marbami op 21 september en 5 oktober 2007 facturen verzonden aan Metro Cash and Carry Nederland ("Metro"). De factuur van 21 september 2007 ziet op een partij kleding van het merk Levi's van 2.765 stuks (hierna te noemen "Partij A") en de factuur van 5 oktober 2007 op een partij kleding van het merk Levi's van 555 stuks (hierna te noemen "Partij B").

Ter zake van deze beide partijen, kunnen wij, in aanvulling op het rapport van 8 november 2007, het navolgende verklaren.

**Ter zake van Partij A (2.765 stuks)**

**Levi's Office Location - Levi's Afnemer X**

De door ons geraadpleegde documenten leren dat deze partij getraceerd kan worden naar een binnen de EER gevestigde en op de website van Levi's Strauss & Co als "Office Location" aangegeven onderneming, zoals in ons rapport van 8 november 2007 gemeld.

Deze "Office Location" heeft een factuur uitgebracht, gedateerd 27 juli 2007, aan de door ons in ons Rapport als Levi's Afnemer X aangeduide onderneming. Deze factuur ziet op een partij spijkerbroeken en bevat de navolgende informatie omtrent aantallen en artikelnummers:

Artikelnummer	Aantallen
Jeans 501-01	903
Jeans 501-14	925
Jeans 501-38	940
Totaal	2.768

Een nadere specificatie van de maten of van andere kenmerken van deze broeken, anders dan de hierboven vermelde gegevens, ontbreekt op de factuur. De factuur is gericht aan Levi's Afnemer X op een adres binnen de EER.

**Levi's Afnemer X - Derde A**

Levi's Afnemer X heeft een factuur uitgebracht, gedateerd 2 augustus 2007, aan de door ons in ons Rapport als Derde A aangeduide onderneming. Deze factuur ziet op een partij spijkerbroeken en bevat de navolgende informatie omtrent aantallen en artikelnummers:

<i>Artikelnummer</i>	<i>Aantallen</i>
<i>Jeans 501-01</i>	<i>903</i>
<i>Jeans 501-14</i>	<i>925</i>
<i>Jeans 501-38</i>	<i>940</i>
<i>Totaal</i>	<i>2.768</i>

Een nadere specificatie van de maten of van andere kenmerken van deze broeken, anders dan de hierboven vermelde gegevens, ontbreekt op de factuur. De factuur is gericht aan Derde A op een adres binnen de EER.

**Derde A - Marbami**

Derde A heeft een factuur uitgebracht, gedateerd 30 juli 2007, aan Marbami. Deze factuur ziet op een partij spijkerbroeken en bevat de navolgende informatie omtrent aantallen en artikelnummers:

<i>Artikelnummer</i>	<i>Aantallen</i>
<i>Jeans 501-01</i>	<i>903</i>
<i>Jeans 501-14</i>	<i>925</i>
<i>Jeans 501-38</i>	<i>940</i>
<i>Totaal</i>	<i>2.768</i>

Een nadere specificatie van de maten of van andere kenmerken van deze broeken, anders dan de hierboven vermelde gegevens, ontbreekt op de factuur. De factuur is gericht aan Marbami in Nederland.

**Marbami - Metro**

Marbami heeft een factuur uitgebracht, gedateerd 21 september 2007, aan Metro, waarvan een kopie is gehecht aan de verklaringen van de heer Möllman en de heer Tinga de dato 28 november 2007, die als Productie 7A en 7B door Metro in de procedure zijn over[ge]legd. Op die factuur worden de drie artikelnummers nader uitgesplitst in steeds twee nadere "Makro Ref" aanduidingen. Die nadere aanduidingen en deze uitsplitsing treffen wij alleen op deze factuur aan.

**Ter zake van Partij B (555 stuks)**

**Levi's Office Location - Levi's Afnemer Y**

De door ons geraadpleegde documenten leren dat deze partij getraceerd kan worden naar een binnen de EER gevestigde en op de website van Levi's Strauss & Co als "Office Location" aangegeven onderneming, zoals in ons rapport van 8 november 2007 aangegeven.

Deze "Office Location" heeft twee facturen uitgebracht, gedateerd 11 mei 2007, aan de door ons in ons Rapport als Levi's Afnemer Y aangeduide onderneming. Deze facturen zien op een partij spijkerbroeken en bevat de navolgende informatie omtrent aantallen en artikelnummers:

<i>Artikelnummer</i>	<i>Aantallen</i>
<i>Jeans 501-01-63</i>	<i>724</i>
<i>Jeans 501-01-63</i>	<i>766</i>
<i>Totaal</i>	<i>1.490</i>

Een nadere specificatie van de maten of van andere kenmerken van deze broeken, anders dan de hierboven vermelde gegevens, ontbreekt op de facturen. De facturen zijn gericht aan Levi's Afnemer Y op een adres binnen de EER.

#### **Levi's Afnemer Y - Derde B**

Levi's Afnemer Y heeft een factuur uitgebracht, gedateerd 2 april 2007, aan de door ons in ons Rapport als Derde B aangeduide onderneming. Deze factuur ziet op een partij spijkerbroeken en bevat de navolgende informatie omtrent aantallen en artikelnummers:

<i>Artikelnummer</i>	<i>Aantallen</i>
<i>Jeans 501-01-63</i>	<i>1.490</i>
<i>Totaal</i>	<i>1.490</i>

Een nadere specificatie van de maten of van andere kenmerken van deze broeken, anders dan de hierboven vermelde gegevens, ontbreekt op de factuur. De factuur is gericht aan Derde B op een adres binnen de EER.

#### **Derde B - Marbami**

Derde B heeft een factuur uitgebracht, gedateerd 2 april 2007, aan Marbami. Deze factuur ziet op een partij spijkerbroeken en bevat de navolgende informatie omtrent aantallen en artikelnummers:

<i>Artikelnummer</i>	<i>Aantallen</i>
<i>Jeans 501-01-63</i>	<i>1.490</i>
<i>Totaal</i>	<i>1.490</i>

Een nadere specificatie van de maten of van andere kenmerken van deze broeken, anders dan de hierboven vermelde gegevens, ontbreekt op de factuur. De factuur is gericht aan Marbami in Nederland.

#### **Marbami - Metro**

Marbami heeft een factuur uitgebracht, gedateerd 5 oktober 2007, aan Metro, waarvan een kopie is gehecht aan de verklaringen van de heer

Möllman en de heer Tinga de dato 28 november 2007, die als Productie 7A en 7B door Metro in de procedure zijn overgelegd. Deze factuur ziet op 555 stuks. De overige 935 stuks Levi's Jeans 501-01-63 zijn door Marbami gefactureerd en geleverd aan Makro Cash & Carry België N.V., zoals blijkt uit een door Marbami uitgebrachte factuur, gedateerd 23 juli 2007."

2.3. Met dit aanvullend rapport is antwoord gegeven op de eerder door Levi Strauss c.s. opgeworpen vragen waarnaar in het tussenarrest werd verwezen. Die vragen hadden onder meer betrekking op het in de factuur van 21 september 2007 (ter zake van "Partij A") door Marbami aan Makro gefactureerde aantal van zes (sub)partijen spijkerbroeken in plaats van drie zoals vermeld in het accountantsrapport. Het gaat hierbij om een uitsplitsing in telkens twee nadere "Makro Ref" aanduidingen op verzoek van Makro, hetgeen wordt bevestigd door Michel de Groot, werknemer van Marbami en naar eigen zeggen indertijd betrokken bij de inkoop, verkoop en levering van de onderhavige spijkerbroeken. Diens verklaring van 26 augustus 2008 is door Makro overgelegd. In het aanvullend rapport zijn voorts de modellen en aantallen gefactureerde broeken nader gepreciseerd. Het feit dat de facturen van de voorlieden X en Y aan de latere voorlieden A en B van latere datum zijn dan, of van gelijke datum als, de facturen van de voorlieden A en B aan Marbami wordt toegelicht door Michel de Groot in zijn bovengenoemde verklaring, die onder meer het volgende inhoudt:

"Ik kan (...) bevestigen dat de spijkerbroeken die wij aan Makro hebben verkocht en gefactureerd conform onze facturen van 21 september 2007 en 5 oktober 2007 (...) dezelfde spijkerbroeken zijn als de spijkerbroeken die door ons zijn ingekocht van de Derden A en B, zoals in de Mazars rapporten aangegeven. (...)

In onze branche is het gebruikelijk dat tussenschakels zo snel mogelijk factureren omdat zij ook vaak snel moeten betalen aan hun toeleveranciers of in sommige gevallen vooraf dienen te betalen. Aangezien het gebruikelijk is pas te betalen na ontvangst van een

factuur komt het regelmatig voor dat een tussenschakel al aan zijn afnemer factureert nog voordat hij zelf een factuur heeft ontvangen. Dit speelde ook bij de inkoop van deze partijen spijkerbroeken en verklaart waarom de datum van een factuur aan een tussenschakel van dezelfde of een latere datum is dan de factuur die deze tussenschakel zelf aan zijn afnemer stuurt."

2.4. Levi Strauss c.s. hebben gewezen op discrepanties tussen de in het aanvullend rapport vermelde aantallen spijkerbroeken. Omdat de creditfactuur van 12 oktober 2007 van Marbami aan Makro (gevoegd bij productie 7 A/B van Makro) betrekking heeft op partij A en niet - zoals in de berekening van de accountant - op partij B, bestaat de aan Makro geleverde partij A in totaal uit 2763 (en niet 2765) en partij B in totaal uit 557 (en niet 555) spijkerbroeken, aldus Levi Strauss c.s. Ook het vermelde aantal van 935 aan Makro België geleverde spijkerbroeken klopt volgens Levi Strauss c.s. niet, want uit de desbetreffende factuur van 23 juli 2007 (zie het proces-verbaal van de deurwaarder, productie 22 in hoger beroep) blijkt dat het om 932 stuks gaat.

2.5. De genoemde discrepanties doen naar het voorlopig oordeel van het hof geen althans onvoldoende afbreuk aan de overtuigende kracht van het aanvullend rapport. De gecorrigeerde aantallen van 2763 respectievelijk 557 stuks in partij A respectievelijk partij B zijn niet groter dan de aantallen broeken (2768 respectievelijk 1490) die volgens de in het rapport beschreven keten van Levi Strauss c.s. afkomstig zijn. De Belgische partij broeken zou na aftrek ( $1490 - 557 =$ ) 933 bedragen in plaats van het aan Makro België gefactureerde aantal van 932. Dat verschil van één broek is in redelijkheid te gering om de betrouwbaarheid van de gerapporteerde bevindingen te kunnen ontkrachten.

2.6. Naar het voorlopig oordeel van het hof kan uit de thans door Makro aangedragen gezamenlijke bewijsmiddelen in onderling verband voldoende specifiek, nauwkeurig en verifieerbaar worden afgeleid dat de partij in het geding zijnde spijkerbroeken tot Levi Strauss c.s. is te herleiden. Levi Strauss c.s. hebben naar behoren op het door Makro aangedragen bewijs kunnen reageren en hun recht op tegenspraak kunnen uitoefenen. Levi Strauss c.s. hebben niet (gemotiveerd) gesteld dat verificatie van de door Levi's Office Locations gefactureerde aantallen en de factuurdata, zoals vermeld in het aanvullend rapport, voor hen niet mogelijk was. De klacht van Levi Strauss c.s. dat de facturen van de voorlieden A en B en de voorlieden X en Y geen nadere informatie geven over maten, modellen en finish van de broeken snijdt geen hout, nu volgens het aanvullend rapport die informatie ook niet voorkomt op de facturen van Levi's Office Locations. Er zijn geen aanwijzingen dat deze feitelijke constatering van de accountant niet juist zou zijn. Dat volgens Levi Strauss c.s. "normaal gesproken" de facturen van Levi's Office Locations die informatie wel bevatten wordt door Makro gemotiveerd betwist en betekent niet noodzakelijk dat de feitelijke inhoud van de facturen in het aanvullend rapport niet correct zou zijn weergegeven. De door Levi Strauss c.s. gesuggereerde mogelijkheid van "fake facturen" en ongeautoriseerde goederen of mengpartijen uit het "grijze circuit" berust in het onderhavige geval slechts op speculatie waaraan het hof voorbijgaat. Hetgeen Levi Strauss c.s. verder nog hebben tegengeworpen geeft het hof geen aanleiding om door de accountant gehanteerde methode te diskwalificeren. De gerapporteerde feitelijke bevindingen van de accountant worden dan ook voorshands toereikend geoordeeld als bewijs van de door Makro gestelde uitputting van het merkrecht van Levi Strauss c.s. met



betrekking tot de onderhavige partij spijkerbroeken nu deze door of met toestemming van Levi Strauss c.s. in de EER in het verkeer is gebracht.

2.7. Uit hetgeen hierboven is overwogen volgt dat de door Levi Strauss c.s. aangevoerde grieven niet tot vernietiging van het bestreden vonnis kunnen leiden en dat deze verder geen afzonderlijke behandeling behoeven. Het vonnis waarvan beroep dient te worden bekrachtigd. Levi Strauss c.s. zullen als de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de proceskosten. De hoogte van de door Makro opgegeven werkelijke kosten, waarop zij op de voet van art. 1019h Rv aanspraak maakt, is door Levi Strauss c.s. niet betwist. Nu niet is gebleken dat de opgegeven bedragen niet overeenkomen met de redelijke en evenredige kosten van het geding in hoger beroep, zal het hof de kosten dienovereenkomstig begroten.

### 3. Beslissing

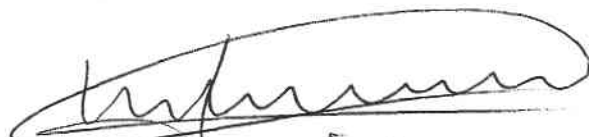
Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

verwijst Levi Strauss c.s. in de kosten van het hoger beroep, aan de zijde van Makro tot op heden begroot op € 71.217,95 (exclusief btw);

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. N. van Lingen, E.E. van Tuyll van Serooskerken-Röell en M.M.M. Tillema en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 8 september 2009.



Mr. R.J.M. Smit