

worden aangemerkt als te kwader trouw verricht. Ten tijde van de registratie van het merk ten verzoeken van eiser kon gedaagde jegens eiser niet worden aangemerkt als een derde, die in de zin van artikel 4 aanhef lid 6 sub a van de E.B.W.M. binnen de laatste drie jaren in het Beneluxgebied een overeenstemmend merk voor soortgelijke waren te goeder trouw en op normale wijze gebruikte. Eiser én gedaagde maakten in hun op kontractuele basis samenhangende onderneming gebruik van de voor het door eiser ontwikkelde aluminium profiel gekozen merknaam.

Naar mij uit informatie van gedaagdes directeur bij de behandeling van de zaak gebleken is, heeft deze er bij eiser op aangedrongen maatregelen te nemen ter bescherming van zijn produkt tegen inbreuk door anderen. Dat heeft geleid tot o.m. depot van de merknaam. Dat leidt mij tot de voorlopige slotsom dat – ook al zou gedaagde als medegerechtigde tot het merk als derde in de zin van voormeld artikel moeten gelden – hem de daarop te gronden vordering tot nietigverklaring c.q. doorhaling van het merk ontvalt, nu hij geacht moet worden tot de inschrijving van dat merk door eiser zijn toestemming te hebben verleend.

5. Het door eiser sub 2 van zijn petitum gevorderde is toewijsbaar. Zijn spoedeisend belang bij de gevraagde voorziening vloeit uit de aard van het gevorderde voort; eiser hoeft niet te dulden dat op zijn merkrechten inbreuk wordt gemaakt.

De gevorderde dwangsom is toewijsbaar, zij het ook dat een gematigd bedrag ad f 5.000,— (. . .) per overtreding voldoende moet worden geacht om gedaagde van verdere inbreuk af te houden.

6. Nu de vordering van eiser deels wel en deels niet voor toewijzing vatbaar is, acht ik termen aanwezig de kosten van de procedure gedeeltelijk te compenseren en gedaagde voor het overige in de kosten te veroordelen, een en ander als in het dictum te vermelden.

Op grond van het vooroverwogene

Rechtdoende in kort geding:

wordt gedaagde bevolen onmiddellijk de inbreuk op het merkrecht van eiser – door gebruik te maken van de kenmerkende merkaanduiding "HAPROMA" – te staken en gestaakt te houden;

wordt gedaagde veroordeeld om aan eiser ten titel van dwangsom te betalen de som van f 5.000,— (. . .) voor iedere overtreding van voormeld bevel;

wordt dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad verklaard;

wordt verstaan dat gedaagde, behalve de aan haar zijde gevallen kosten, de helft van de aan eisers zijde gevallen kosten zal dragen en dat eiser de helft van de aan zijn zijde gevallen kosten behoudt;

worden de aan de zijde van eiser gevallen kosten tot aan deze uitspraak bepaald op f 1.331,80 in totaal waarin begrepen f 1.100,— als salaris procureur.

wordt het meer of anders gevorderde afgewezen; enz.

Nr 43. Hoge Raad der Nederlanden, 19 april 1985.

(Air Holland)

President: Mr S. Royer;

Raadsheren: Mrs A. C. van den Blink, C. Th. Hermans,
A. R. Bloembergen en S. Boekman.

Art. 1 Handelsnaamwet.

De strekking van de Handelsnaamwet, die mede beoogt nabootsing van handelsnamen tegen te gaan, verzet er zich tegen de bescherming van die wet te ont-

houden aan de naam waaronder een onderneming naar buiten treedt in het stadium van haar bestaan, waarin zij nog slechts doende is de voor regelmatige bedrijfsmatige activiteiten in het handelsverkeer noodzakelijke voorbereidingen te treffen en zich onder die naam aandient bij degenen, overheid, banken, leveranciers, met wie zij daartoe in contact moet treden.

Art. 6 Handelsnaamwet.

Een verzoek op grond van art. 6 Hnw is slechts toewijsbaar indien de naam waarvan wijziging wordt verzocht, een handelsnaam is in de zin van de Hnw.

Consulair International Transportation Consultants B.V. te Aerdenhout, verzoekster tot cassatie, voorwaardelijk incidenteel verweerster, advocaat Mr J. Y. Groeneveld,

tegen

Air Holland N.V. te Willemstad, Curaçao, verweerster in cassatie, voorwaardelijk incidenteel verzoekster, advocaat Mr P. S. Kamminga.

a) Arrondissementsrechtbank te Amsterdam, Derde Kamer, 16 mei 1984 (Mrs E. W. de Kruif, J. M. Vrakking en M. L. Tan).

Gronden van de beschikking.

1. Air Holland N.V. [Verweerster in eerste aanleg, Red.] is tijdig in beroep gekomen van de beschikking van de Kantonrechter.

2. Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend of niet (voldoende) weersproken staat tussen partijen het volgende vast:

a. Consulair, die een onderneming drijft die zich bezig houdt met ondersteunende activiteiten voor het toerisme, heeft in 1979 aan de Minister van Verkeer en Waterstaat een vergunning gevraagd voor het uitvoeren van vluchten in ongeregeld luchtvervoer (zg. chartervervoer), welke vergunning op 29 september 1983 is verleend. Consulair heeft nog geen daadwerkelijk luchtvervoer verzorgd.

b. Vanaf 1980 is er een aantal interviews gepubliceerd in verschillende Nederlandse dag- en weekbladen, waarin John Block, die blijkens een uittreksel van de Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Haarlem en omstreken directeur van Consulair is, melding maakt van het voornemen om een nieuwe Nederlandse chartermaatschappij op te richten onder de naam "Air Holland".

c. Air Holland N.V. is op 20 november 1981 opgericht op de Nederlandse Antillen. Zij heeft zich in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel en Nijverheid op Curaçao laten inschrijven, waarbij zij heeft opgegeven als bedrijf uit te oefenen het privévliegerbedrijf inclusief het geven van vlieglessen en alles wat daarmee verband houdt. Air Holland N.V. heeft sedert 1 september 1982 een adres in Nederland.

3. Air Holland N.V. heeft haar primaire grief, dat zij niet behoorlijk is opgeroepen, zodat de zaak naar de Kantonrechter dient te worden terugverwezen, bij de behandeling in raadkamer ingetrokken, zodat daarop niet meer behoefte te worden beslist.

4. Air Holland N.V. heeft voorts de volgende grieven tegen die beschikking aangevoerd:

Grief I.

De Kantonrechter is er ten onrechte van uitgegaan dat Consulair sedert ultimo 1980 als luchtvaartonderneming de handelsnaam Air Holland voert.

Grief II.

Niet duidelijk is de overweging van de Kantonrechter dat voor een luchtvaartmaatschappij de aanduiding "Holland" in de handelsnaam niet onderscheidend zou zijn en de aanduiding "Air" wel.

5. De Kantonrechter heeft het navolgende overwogen:

Gerequesteerde voert blijkens een overgelegd uittreksel uit het Handelsregister van de Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Gooiland dd. 31 oktober 1983, sedert 1 september 1982 een handelsnaam Air Holland NV., gelijk aan die verzoekster als luchtvaartonderneming is gaan dragen, zodat, waar de aard van gerequesteerdes zaak gelijk is aan die van de verzoekster, en gelet op de plaats waar zij gevestigd zijn, verwarring tussen die handelszaken is te duchten; Gerequesteerde handelt derhalve in strijd met artikel 5 van de Handelsnaamwet, waar verzoekster de voormelde handelsnaam blijkens de aan het verzoekschrift gehechte produkties, reeds voert sedert ultimo 1980. De in de door beide gevoerde handelsnaam is niet de landsnaam Holland maar wel "Air" onderscheidend te achten. Het verzoek is mitsdien voor inwilliging vatbaar, in voege als hierna omschreven.

6. Uitgangspunt bij de beoordeling van de stellingen van partijen dient te zijn dat op de voet van artikel 1 van de Handelsnaamwet slechts de handelsnaam waaronder een onderneming wordt gedreven, bescherming geniet. Daarbij zal er sprake dienen te zijn van regelmatige bedrijfsmatige activiteiten in het handelsverkeer. Consulair heeft in dit verband aangevoerd dat zij in verband met de door haar gedreven onderneming de handelsnaam Air Holland voert. Nu echter vaststaat dat Consulair het luchtvervoer nog niet daadwerkelijk uitoefent, noch enige andere regelmatige bedrijfsmatige activiteiten verricht, voldoet zij niet aan het hiervoor gegeven criterium, zodat zij zich ten aanzien van haar gebruik van de naam Air Holland niet kan beroepen op de bescherming van die wet.

Aan het voorgaande doet niet af dat Block voornoemd bij gelegenheid van de verschillende interviews en bij schriftelijke contacten met touroperators en het ministerie van verkeer en waterstaat regelmatig de naam "Air Holland" heeft genoemd. Deze uitlatingen kunnen immers niet gelden als het regelmatig bedrijfsmatig ontlopen van activiteiten in het handelsverkeer.

De beschikking van de Kantonrechter kan op grond dat de Kantonrechter Consulair niet ontvankelijk had dienen te verklaren niet in stand blijven.

7. Bij dit alles zal het duidelijk zijn dat op Air Holland N.V., van wie eveneens vaststaat dat zij geen openlijke bedrijfsmatige activiteiten heeft uitgeoefend, het hiervoor overwogene eveneens van toepassing is. Ook zij kan niet geacht worden een handelsnaam te voeren in de zin van de Handelsnaamwet.

Beschikking.

De rechtbank:

- vernietigt de beschikking van de Kantonrechter te Hilversum waarvan beroep;
- verklaart Consulair niet ontvankelijk in haar verzoek. Enz.

b) Principaal cassatiemiddel.

1. De Rechtbank heeft in strijd met de regels omtrent stelplicht en bewijslast en verdere regels van een goede procesorde zelfs bij een weinig formele en summiere procedure als de onderhavige in acht te nemen, de uitvoerige stellingen van "Consulair" omtrent haar commerciële activiteiten als weergegeven onder (3) van het inleidende verzoekschrift zonder enige afdoende motivering slechts zeer ten dele als vaststaand aangenomen c.q. zo zij omtrent enig onderdeel van die stellingen twijfelde daaromtrent geen bewijs opgedragen, het reeds in het inleidende verzoekschrift door "Consulair" aangeboden getuigenbewijs ter zitting in hoger beroep herhaald volstrekt negerend.

2. Door enerzijds als vaststaand aan te nemen dat "Consulair" een onderneming drijft die zich bezig houdt met ondersteunende activiteiten voor het toerisme (r.o.v. 2) en anderzijds dat "Consulair" het luchtvervoer

nog niet daadwerkelijk uitoefent, *noch enige andere regelmatige bedrijfsmatige activiteiten verricht* (r.o.v. 6 cursivering door verzoekster) is de Rechtbank van onderling strijdige uitgangspunten uitgegaan, terwijl zij tevens een verkeerd criterium heeft geïntroduceerd en aan haar beslissing ten grondslag gelegd. Krachtens de hier van belang zijnde bepalingen van de Handelsnaamwet, in het bijzonder art. 1 van die wet, was immers slechts de vraag of "Consulair" een onderneming was in de zin van die wet en of zij, zo dit het geval was, de naam Air Holland als handelsnaam voerde.

3. Door de grief van "AH" – door de Rechtbank weergegeven als grief I – te lezen als zij deed d.w.z. niet gericht tegen de impliciet aan het oordeel van de Kantonrechter ten grondslag liggende vaststelling dat "Consulair" een onderneming was met allerlei commerciële activiteiten, doch slechts gericht tegen de vaststelling dat "Consulair" als luchtvaartonderneming de handelsnaam Air Holland sedert 1980 voerde, was in appel de vraag of "Consulair" een onderneming was deelnemend aan het handelsverkeer met regelmatige bedrijfsmatige activiteiten niet (langer) aan de orde. De Rechtbank heeft derhalve de grenzen van het hoger beroep als door het beroepschrift getrokken, overschreden. Zij is zelfs zover gegaan om op grond van de door haar bij de mondelinge behandeling niet geopperde stelling – zodat "Consulair" zich daartegen in de feitelijke instanties niet heeft kunnen verdedigen – dat "Consulair" geen andere regelmatige bedrijfsmatige activiteiten zou verrichten (welke stelling "AH" niet had verdedigd) "Consulair" niet ontvankelijk te verklaren. Aldus oordelend heeft de Rechtbank nieuwe, door partijen niet gestelde feiten aan haar oordeel ten grondslag gelegd, waarmee zij de grenzen van een behoorlijke handelsnaamwetprocedure overschreed.

4. De Rechtbank heeft veronachtzaamd dat "Consulair" in het inleidende verzoekschrift had gesteld – en onbetwist is gebleven, terwijl de Rechtbank daarnaar ook geen nader onderzoek heeft ingesteld, zodat in cassatie hiervan mag worden uitgegaan – dat de bedrijfsactiviteiten van "Consulair" ten behoeve van het toerisme mede op het luchtvervoer waren gericht en dat zij door het verkrijgen van een optie op 2 Boeing 757–200 vliegtuigen (in de brief van Boeing Commercial Airplane Company van 30 november 1981 aan Air Holland t.a.v. John Block, managing director, in cassatie kenbaar door de verwijzing in de beschikking van de Kantonrechter naar het aan die beschikking gehechte inleidende verzoekschrift waarbij deze brief is overgelegd) en door het aanvragen van een vergunning voor chartervervoer in 1979, was begonnen haar activiteiten tot het zelf door de lucht vervoeren van passagiers uit te breiden. Bij een juiste toepassing van het door de Rechtbank gehanteerde art. 1 van de Handelsnaamwet had de Rechtbank op grond van de door haar in r.o.v. 2 vastgestelde omstandigheden:

- a. dat Consulair een onderneming dreef (hetgeen deelname aan het economisch verkeer en regelmatige bedrijfsactiviteiten implicieert);
- b. dat die activiteiten op ondersteuning van het toerisme gericht waren (waarmee niet anders bedoeld kan zijn dan bedrijfsmatig activiteiten gericht op het toerisme doch zonder dat de onderneming zelf toeristen vervoerde);
- c. dat Consulair in 1979 door de vergunning aan te vragen en een statutenwijziging voor te bereiden besloten heeft haar activiteiten uit te breiden tot het door de lucht vervoeren van toeristen, welk besluit evenwel i.v.m. de lange wachttijd voor de vergunning werd verleend en de administratief-rechtelijke verwickelingen (nog) niet heeft geleid tot het daadwerkelijk door de lucht vervoeren van toeristen;
- d. dat Consulair op zijn laatst in 1980 zich mede is gaan bedienen van de handelsnaam Air Holland; moeten beslissen dat Consulair haar onderneming mede

onder de naam Air Holland dreef. Reeds het oogmerk om in georganiseerd verband materieel voordeel te verwerven is immers voldoende om het bestaan van een onderneming in de zin van de Handelsnaamwet aan te nemen (H.R. 24 december 1976, *B.I.E.* 1977, 72). Enz.

c) Conclusie van de Advocaat-Generaal Mr J. K. Franx, 17 januari 1985.

1. *De feiten en het verloop van de procedure.*

Bij inleidend rekest aan de kantonrechter te Hilversum verzocht partij Consulaire de wederpartij, Air Holland N.V., te veroordelen haar handelsnaam (Air Holland N.V.) te wijzigen. De kantonrechter heeft bij beschikking dd. 30 november 1983 met inwilliging van het verzoek wijziging van de handelsnaam Air Holland N.V. bevolen in dier voege dat het woord "Air" daaruit verdwijnt. De kantonrechter was van oordeel dat Air Holland N.V. handelt in strijd met art. 5 Handelsnaamwet.

Air Holland N.V. kwam in hoger beroep. De rechtbank te Amsterdam heeft vervolgens bij beschikking van 16 mei 1984 de beschikking van de kantonrechter vernietigd en Consulaire niet-ontvankelijk verklaard in haar verzoek. Met betrekking tot de feiten in deze zaak heeft de rechtbank overwogen:

"2. Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend of niet (voldoende) weersproken staat tussen partijen het volgende vast:

a. Consulaire, die een onderneming drijft die zich bezig houdt met ondersteunende activiteiten voor het toerisme, heeft in 1979 aan de Minister van Verkeer en Waterstaat een vergunning gevraagd voor het uitvoeren van vluchten in ongeregeld luchtvervoer (zg. chartervervoer), welke vergunning op 29 september 1983 is verleend. Consulaire heeft nog geen daadwerkelijk luchtvervoer verzorgd.

b. Vanaf 1980 is er een aantal interviews gepubliceerd in verschillende Nederlandse dag- en weekbladen, waarin John Block, die blijkens een uittreksel van de Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Haarlem en omstreken directeur van Consulaire is, melding maakt van het voornemen om een nieuwe Nederlandse chartermaatschappij op te richten onder de naam "Air Holland".

c. Air Holland N.V. is op 20 november 1981 opgericht op de Nederlandse Antillen. Zij heeft zich in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel en Nijverheid op Curaçao laten inschrijven, waarbij zij heeft opgegeven als bedrijf uit te oefenen het privévliegerbedrijf inclusief het geven van vlieglessen en alles wat daarmee verband houdt. Air Holland N.V. heeft sedert 1 september 1982 een adres in Nederland." Consulaire heeft zich in cassatie voorzien en voert tegen de beschikking van de rechtbank een middel aan, bestaande uit de onderdelen 1 tot en met 4. Air Holland N.V. heeft voorwaardelijk, nl. voor zover een of meer onderdelen van het middel van Consulaire tot vernietiging van de bestreden beschikking zou leiden, incidenteel cassatieberoep ingesteld en in dat kader een middel, gericht tegen r.o. 7 van de beschikking van de rechtbank, aangevoerd.

2. Het *principale* cassatiemiddel bestrijdt r.o. 6 van de rechtbankbeschikking, luidende:

"6. Uitgangspunt bij de beoordeling van de stellingen van partijen dient te zijn dat op de voet van artikel 1 van de Handelsnaamwet slechts de handelsnaam waaronder een onderneming wordt gedreven, bescherming geniet. Daarbij zal er sprake dienen te zijn van regelmatige bedrijfsmatige activiteiten in het handelsverkeer. Consulaire heeft in dit verband aangevoerd dat zij in verband met de door haar gedreven onderneming de handelsnaam Air Holland voert. Nu echter vaststaat dat Consulaire het luchtvervoer nog niet daadwerkelijk uitoefent, noch enige andere

regelmatige bedrijfsmatige activiteiten verricht, voldoet zij niet aan het hiervoor gegeven criterium, zodat zij zich ten aanzien van haar gebruik van de naam Air Holland niet kan beroepen op de bescherming van die wet.

Aan het voorgaande doet niet af dat Block voornoemd bij gelegenheid van de verschillende interviews en bij schriftelijke contacten met touroperators en het ministerie van verkeer en waterstaat regelmatig de naam "Air Holland" heeft genoemd. Deze uitlatingen kunnen immers niet gelden als het regelmatig bedrijfsmatig ontplooiën van activiteiten in het handelsverkeer.

De beschikking van de kantonrechter kan op grond dat de Kantonrechter Consulaire niet ontvankelijk had dienen te verklaren niet in stand blijven."

Klaarblijkelijk was de rechtbank van oordeel dat het in r.o. 6 overwogene de gegrondheid meebracht van appèlgrief I, die in r.o. 4 als volgt is geformuleerd:

"Grief I.

De Kantonrechter is er ten onrechte van uitgegaan dat Consulaire sedert ultimo 1980 als luchtvaartonderneming de handelsnaam Air Holland voert."

De rechtbank brengt in r.o. 6 tot uiting dat Consulaire geen onderneming heeft gedreven in de zin van art. 1 Handelsnaamwet en daarom de handelsnaam Air Holland niet als onderneming heeft gevoerd als bedoeld in art. 5 van die wet.

Op grond van het vorenstaande ben ik van mening dat *onderdeel 3* geen succes kan hebben. De rechtbank heeft in appèlgrief I mede de klacht gelezen dat de kantonrechter ten onrechte heeft aangenomen dat Consulaire als *onderneming* de handelsnaam Air Holland voerde. Die grief, zoals door de rechtbank kennelijk opgevat, beperkte het debat in hoger beroep niet tot de vraag of Consulaire optrad als *luchtvaart* onderneming – met als onbestreden uitgangspunt dat Consulaire in ieder geval een "onderneming" was. Deze lezing in appèlgrief I is feitelijk van aard en in het licht van het "verweerschrift in hoger beroep" (waarmee is bedoeld: het appèlrekest) van Air Holland N.V., met name het op p. 3 onder nr 4 betoogde, niet onbegrijpelijk.

Derhalve is de rechtbank niet getreden buiten de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep en kan *onderdeel 3* niet tot cassatie leiden.

3. Aan de hand van *welk criterium* moet worden beslist of iemand een *onderneming drijft* in de zin van art. 1 Handelsnaamwet, en een *handelsnaam voert* als bedoeld in art. 5?

De rechtbank heeft in r.o. 6 als noodzakelijke voorwaarde voor het drijven van een onderneming (art. 1) aangehouden het verrichten van regelmatige bedrijfsmatige activiteiten in het handelsverkeer.

Het begrip "onderneming" is in de Handelsnaamwet geïntroduceerd bij de wijzigingswet van 30 juni 1954, *Stb.* 334. Het verving het begrip "zaak". Een inhoudelijke wijziging werd daarmee niet beoogd:

"Voor wat betreft het begrip "onderneming", dit heeft in het ontwerp dezelfde betekenis als het begrip "zaak" thans in de Handelsnaamwet en in de Handelsregisterwet heeft. Wat er zij van de betekenis van het begrip "onderneming" in andere wetten voor de hier genoemde twee wetten kan voortgebouwd worden op de met betrekking tot het daarin tot dusver voorkomende begrip "zaak" reeds bestaande jurisprudentie."

zoals de "Nota naar aanleiding van het verslag" (kamerstuk nr 2600/5) stelde. Noch de tekst van de wet noch de wetsgeschiedenis bevatten een definitie van het begrip "onderneming" ("zaak") in de zin van de Handelsnaamwet.

Ik moge ten deze verwijzen naar S. Boekman, "De handelsnaam" (2e druk, 1977), p. 13 e.v. De rechtspraak stelt een dubbele eis: winst oogmerk (HR 10 oktober 1940, *NJ* 1941, 197 m. nt. EMM) en bedrijf. Genoemd

arrest van 1940 leidt het winsttoegmerk af uit het kenmerk van

“onderneming, waarin enig bedrijf, door wie ook, wordt uitgeoefend”.

Beroepsuitoefening is niet voldoende voor handelsnaamwetsbescherming, er moet sprake zijn van bedrijfsmatige activiteiten. Zie Boekman p. 17–19 en in haar noot onder Pres.Rb. Utrecht 6 februari 1974, *B.I.E.* 1976 p. 14–15. HR 24 december 1976, *B.I.E.* 1977 nr 72 (S.B.), *NJ* 1978, 431 (B.W.) overwoog:

“O. ten aanzien van de middelen I, II en III:

dat de Handelsnaamwet, bescherming verlenende aan de handelsnaam, blijkens artikel I onder handelsnaam verstaat de naam waaronder een onderneming wordt gedreven; dat Tandem het verweer heeft gevoerd dat Tendum alle kenmerken van een onderneming mist; dat de Rechtbank geen onjuiste maatstaf heeft toegepast door dit verweer te verwerpen onder meer op de grond dat de Handelsnaamwet het bestaan van een onderneming reeds aanneemt indien in georganiseerd verband het oogmerk om materieel voordeel te behalen aanwezig is; dat de Rechtbank zich derhalve niet behoefde te verdiepen in de vraag of Tendum wel een economische eenheid vormde en of er wel een akte van vennootschap was, terwijl zij evenmin behoefde in te gaan op het verweer dat Tendum niet in het Handelsregister was ingeschreven, daar een dergelijke inschrijving, ook indien verplicht, evenmin als de inschrijving van de handelsnaam zelve, voorwaarde is voor de bescherming van de handelsnaam die de Handelsnaamwet verleent; dat het aanwezig zijn van het georganiseerd verband als bovenbedoeld onder de vastgestelde omstandigheden berust op een feitelijk oordeel dat geen nadere motivering behoefde”.

Let men alleen op het hier geciteerde tweede en derde “dat” (inzake het verweer en de verwerping daarvan door de rechtbank), dan valt daarin niet meer te lezen dan de beslissing dat het oogmerk, in georganiseerd verband, om materiaal voordeel te behalen, een kenmerk is van het begrip “onderneming” in de zin van de Handelsnaamwet. Maar uit hetgeen de Hoge Raad daar als conclusie (“..... derhalve”) meteen op doet volgen, blijkt dat de beslissing van de rechtbank is gesanctioneerd en dat is beslist dat dat oogmerk, in georganiseerd verband, enz. voldoende kenmerkend is om te kunnen spreken van een onderneming in de zin van de Handelsnaamwet. Zo is de beschikking van de Hoge Raad ook opgevat door Van Nieuwenhoven Helbach, “*Industriële eigendom en mededingingsrecht*” (1983) nr 886, en door Boekman, in haar *B.I.E.*-noot en in “*De handelsnaam*”, p. 21 noot 16, beide in de kritische sleutel. Boekman acht dat criterium te ruim. Zij beschouwt als essentialia voor een onderneming in de zin van de Handelsnaamwet (“*De handelsnaam*”, p. 20–21): een ondernemer met een duidelijke juridische structuur, wiens activiteiten minstgenomen bestaan uit deelname aan het economisch verkeer en wel zodanig, dat hij in beginsel in een concurrentiepositie kan komen. Voor het bestaan van een onderneming acht Boekman de uitdrukkelijke eis van winsttoegmerk niet nodig; voldoende en noodzakelijk is dat de activiteiten zich richten op het produceren van een economisch goed (goederen of diensten tegen betaling) en dat men zich daartoe richt tot een publiek. Het lijkt erop dat Rechtbank 's-Gravenhage 16 juni 1980, *B.I.E.* 1981, p. 164, aansluiting heeft gezocht aan de hier weergegeven opvatting van Boekman; zie met name r.o. 2 op p. 167 links. Afrondend attendeer ik op de reeds genoemde noot van Boekman in *B.I.E.* 1976 p. 14–15, met een voorstel voor een toekomstige definitie voor “eventuele randgevallen”.

Wachter heeft in zijn *NJ*-noot onder de beschikking van 24 december 1976, sub 2, opgemerkt dat in de formulering van de Hoge Raad node het element “bedrijfsmatig” wordt gemist. Hij wijst o.m. op maatschappen die

niet bedrijfsmatig optreden maar wel onder het criterium van de Hoge Raad vallen. Dit kenmerk van “bedrijfsmatige exploitatie” komt wel voor in HR 14 november 1975, *NJ* 1977, 207 (B.W.), echter niet als inzet van de rechtsstrijd in cassatie maar als onbestreden beslissing van de appelrechter.

Van Nieuwenhoven Helbach, “*Industriële eigendom en mededingingsrecht*” (1983), geeft als standpunt van de rechtspraak dat een (bedrijf en een) onderneming in de zin van art. 1 Handelsnaamwet aanwezig is, indien bepaalde activiteiten met regelmaat in het openbaar worden verricht ten einde daarmee winst te behalen (nr 883). Hij uit kritiek op het criterium winsttoegmerk (nrs 884, 885) en verdedigt, tegen Boekman, HR 24 december 1976 met een verwijzing naar HR 2 april 1982, *NJ* 1983, 429 m.nt. B.W. (nr 886).

A. van Oven, “*Handelsrecht*” (1981), nr 5, behandelt het begrip “onderneming” uitvoerig. Hij wijst op de variërende betekenissen van de begrippen “bedrijf” en “onderneming” al naar gelang van de wetten waarin zij worden gebruikt. Die beide begrippen zijn, met het “beroep”, te beschouwen als concentrische cirkels, waarbij “beroep” de ruimste en “onderneming” de kleinste cirkel is. A-planimetrisch gezegd: “bedrijf” is minder ruim dan “beroep” en “onderneming” is minder ruim dan “bedrijf”. Een onderneming is aanwezig wanneer in georganiseerd verband met winsttoegmerk met zekere regelmaat en zelfstandig, openlijk en in een bepaalde hoedanigheid wordt opgetreden.

Wat er nu precies van dat alles zij, in haar thans bestreden beschikking heeft de rechtbank zich, als ik het goed zie, niet begeven in een definitie van het begrip “onderneming”, maar volstaan met een vermelding van een noodzakelijke voorwaarde: het verrichten van regelmatige bedrijfsmatige activiteiten. Overziet men nu de vorenstaande gegevens uit de wet (geschiedenis), de rechtspraak en de literatuur, dan moet m.i. de slotsom zijn dat de rechtbank door het stellen van die voorwaarde (eis) het recht (artt. 1 en 5 Handelsnaamwet) niet heeft geschonden.

Mitsdien faalt de klacht in *onderdeel 2* dat de rechtbank “een verkeerd criterium heeft geïntroduceerd en aan haar beslissing ten grondslag gelegd”. Deze klacht geeft trouwens niet aan waarom het criterium van de “regelmatige bedrijfsmatige activiteiten” onjuist zou zijn.

4. Naar mijn mening kan ook de eerste klacht van *onderdeel 2* niet slagen. De rechtbank is m.i. niet van onderling tegenstrijdige uitgangspunten uitgegaan. De feitelijke vaststelling in r.o. 2 sub a, dat Consulair “een onderneming drijft” enz., is slechts bedoeld als verwijzing naar het uittreksel uit het handelsregister dat Consulair als bijlage I bij haar inleidend verzoekschrift in eerste aanleg heeft geproduceerd. Dat blijkt uit het in dat verzoekschrift onder 3 gestelde, waarin een samenvatting wordt gegeven van activiteiten van Consulair met een verwijzing naar genoemd uittreksel, van welke samenvatting de rechtbank in r.o. 2a de essentie overneemt. Daarmee bedoelt de rechtbank m.i. niet tevens te beslissen dat Consulair die activiteiten ook realiter verricht.

5. In r.o. 6 oordeelt de rechtbank dat Consulair niet “enige regelmatige bedrijfsmatige activiteiten verricht”. Dat oordeel wordt bestreden door de *onderdelen 1 en 4* van het cassatiemiddel.

Vooropgesteld zij dat het hier aangevallen oordeel van de rechtbank een feitelijk karakter heeft. Denkbaar is echter dat de rechtbank daarbij is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, met name inzake het begrip “drijven van een onderneming” als bedoeld in art. 1 Handelsnaamwet.

Naar mijn mening heeft de rechtbank ten deze onvoldoende inzicht in haar gedachtengang verstrekt. In haar inleidend rekest heeft Consulair, onder 3, een aantal feiten en omstandigheden gesteld waaraan zij de gevolgtrekking verbonden wil zien dat zij een luchtvaart-

onderneming drijft, sinds 1979 of 1980. Die stellingen zijn in de eerste instantie door de toen niet verschenen Air Holland N.V. niet bestreden. In haar appèlrekest heeft laatstgenoemde, als gezegd in deze conclusie onder nr 2, met name in grief I bestreden dat Consulair een onderneming dreef. Maar die bestrijding is nauwelijks met feitelijke stellingen onderbouwd; gewezen wordt slechts op het uittreksel uit het handelsregister en op het nog niet uitgevoerde voornemen tot statutenwijziging. Over de stellingen op p. 2, onder nr 3, van het inleidend verzoekschrift, inzake de verdere activiteiten van Consulair, heeft Air Holland N.V. zich niet uitgelaten. De rechtbank deed dat evenmin en maakt niet duidelijk of zij die stellingen — bijv. op grond van het verhandelde ter terechtzitting — niet als feitelijk juist aanvaardt, dan wel onvoldoende acht als juridische grondslag voor het standpunt dat Consulair een onderneming drijft in de zin van de Handelsnaamwet — en, in het laatste geval, waarom de in die stellingen beschreven activiteiten geen "regelmatige bedrijfsmatige activiteiten" zouden zijn. Het komt mij voor dat iemand die een vergunning aanvraagt en zijn statutenwijziging voorbereidt en voorts contacten opneemt met potentiële opdrachtgevers en publiciteit zoekt, een en ander zoals gesteld door Consulair, wel gezegd kan worden een "onderneming te drijven" in de zin van de Handelsnaamwet, t.w. een luchtvaartonderneming. Maar — nogmaals — of de rechtbank er ook zo over dacht blijft in het duister.

Naar mijn mening lijdt de bestreden beschikking daarom aan een fataal motiveringsgebrek, zoals betoogd in *onderdeel 4*.

6. Hier rijst echter de vraag of er ten deze een motiveringsplicht op de rechtbank rustte. HR 6 september 1962, *NJ* 1962, 360 overwoog

"dat de wet te dezen niet tot redengeving verplicht".

Boekman, *"De handelsnaam"* (1977), p. 145, vermeldt oudere uitspraken in dezelfde zin en spreekt in dit verband van vaste rechtspraak. Haar slotsom is:

"Zolang de algemene regeling van art. 429a niet is ingevoerd, blijft deze rechtspraak voor de handelsnaamprocedure van kracht".

De door mij geciteerde overweging van HR 6 september 1962 past in de "klassieke" opvatting dat voor beschikkingen geen motiveringseisen gelden, ten zij de wet het tegendeel voorschrijft. Zie Funke in de losbladige *"Burgerlijke rechtsvordering"*, aant. 25 op art. 429k, en, recentelijk: E. M. Wesseling-Van Gent, *WPNR* 1984 nr 5720, p. 732, onder nr 13.

Naar mijn bescheiden mening kan deze, klassieke opvatting in het licht van moderne inzichten en van de duidelijke verscherping van door uw Raad gestelde motiveringseisen (vgl. N. J. Polak, *NJB* 1981, p. 200) niet langer worden aanvaard, althans niet in die zin dat de rechter geen inzicht zou behoeven te verschaffen in zijn gedachtengang die hem tot de beslissing heeft gebracht. Er is geen goede grond meer aan te geven ten deze verschil te maken tussen vonnissen, onderworpen aan art. 121 Grondwet, art. 20 Wet R.O. en art. 59, lid 1 onder 3°, Rv. en beschikkingen. Art. 429k, lid 2, Rv. brengt zulks tot uiting. De motiveringseis dient in beginsel ook te worden gesteld aan beschikkingen die niet worden beheerst door titel 12 van Boek I Rv., althans in gevallen waarin sprake is van een procedure op tegenspraak gevoerd die zich naar haar aard niet laat onderscheiden van een (contentieus) dagvaardingsproces, zoals de onderhavige procedure ex art. 6 Handelsnaamwet. Trouwens, ik zie in een dergelijke procedure geen enkele zichzelf respecterende appelrechter volstaan met een dictum: "Verwerpt het beroep" — en nog minder: "Vernietigt de beroepen beschikking" — zonder zulks enigerlei wijze te hebben gemotiveerd. Aldus ook Boekman, *"De handelsnaam"* (1977) p. 145:

"In werkelijkheid komt een ongemotiveerde beschikking in een handelsnaamzaak niet voor".

De motiveringseis van art. 429k lid 2 is niet zo maar

een van de regels van titel 12 Boek I, het is een fundamentele basisregel, hoeksteen van een goede procesorde. Het is daarom, naar mijn opvatting, onjuist om de aanvaarding van het algemene motiveringsbeginsel afhankelijk te stellen van het ingrijpen van de wetgever die er misschien eens toe zal overgaan titel 12 van toepassing te verklaren op handelsnaamwetprocedures. Er heeft zich, grotendeels buiten de wet om, een ontwikkeling voorgedaan op het stuk van motivering van rechterlijke beslissingen die niet mag stilstaan bij de poort van de Handelsnaamwet. Dat brengt nog niet mee dat in handelsnaamwetzaken een *extra sterk* accent op de motivering moet komen te liggen, zoals

"..... bij een voor alle betrokkenen zo belangrijke beslissing" omtrent voorgedijwijziging (HR 23 mei 1980, *NJ* 1980, 520). Maar wel lijkt me nu de tijd rijp voor aanvaarding van een normale cassatiecontrole op motivering van handelsnaam beslissingen. Is het voorbarig om een voorbode daarvan te zien in HR 24 december 1976, *NJ* 1978, 431, overwegende inzake een feitelijk oordeel dat dat geen *nadere* (cursivering door mij, F.) motivering behoefde?

Zie in de door mij voorgestane zin: Wachter in zijn noot onder HR 8 november 1974, *NJ* 1976, 220, die (sub 2) voor wat de aan de motivering te stellen eisen betreft, elk principieel verschil tussen vonnis en beschikking verwerpt; N. J. Polak, *NJB* 1981, p. 201; Boekman in 1983 in de *Haardt-bundel*, p. 37-38; en de conclusie van mijn ambtgenote Biegman-Hartogh, nr 6739, d.d. 3 december 1984, sub 9, verwijzend naar HR 18 januari 1980, *NJ* 1980, 472 (WHH) en *B.I.E.* 16 september 1983, p. 253, S.B.

Een en ander zo zijnde acht ik *onderdeel 4* van het principale middel gegrond. De bestreden beschikking van de rechtbank zal niet in stand kunnen blijven.

Onderdeel 1 van dat middel kan m.i. onbesproken blijven.

7. Op grond van de door mij bereikte slotsom inzake *onderdeel 4* van het principale middel dient ook het voorwaardelijk ingestelde *incidentele middel* te worden besproken.

Het komt mij voor dat dat middel — al aangenomen dat Air Holland N.V. er belang bij heeft — geen succes kan hebben. Naar mijn mening heeft de rechtbank zich op het standpunt gesteld dat Air Holland N.V. de feitelijke stellingen van Consulair inzake de activiteiten van Air Holland N.V. niet heeft betwist, zodat de rechtbank die in r.o. 7 zonder meer samenvattend kon overnemen. Ik moge verwijzen naar het incidentele verzoekschrift van Consulair en verder volstaan met het geven van mijn mening, dat de rechtbank haar feitelijke beslissing in r.o. 7 niet nader behoefde te motiveren.

8. Ik concludeer dat de Hoge Raad in het *principale beroep* de bestreden beschikking van de Amsterdamse rechtbank zal vernietigen en de zaak zal verwijzen naar het gerechtshof te Amsterdam, en het voorwaardelijk ingestelde incidentele beroep zal verwerpen. Enz.

d) De Hoge Raad, enz.

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie gaat het in deze zaak nog slechts om de vraag of Consulair gerechtigd is met toepassing van art. 6 Handelsnaamwet wijziging te verzoeken van de naam van Air Holland N.V. Consulair had in haar oorspronkelijk verzoekschrift als grond voor haar verzoek onder meer gesteld: dat zij een onderneming is die zich bezighoudt met ondersteunende activiteiten (adviezen, vertegenwoordiging, inkoop van voertuigen en vaartuigen) voor het toerisme, waartoe ook het luchtvervoer behoort; dat zij zich in 1979 heeft gewend tot de Minister van Verkeer en Waterstaat om een vergunning ingevolge art. 16 Luchtvaartwet te verkrijgen voor chartervervoer, waarbij zij een conceptstatutenwijziging heeft overgelegd, die ertoe strekte

haar doelomschrijving te wijzigen en met zoveel woorden te richten op het door de lucht vervoeren van passagiers, bagage en vracht; dat zij zich sinds op zijn laatst 1980 met het oog op de aangevraagde vergunning is gaan gedragen als luchtvaartonderneming onder de handelsnaam AIR HOLLAND, die zij tot haar statutaire naam zou maken zodra de vergunning zou zijn verleend, en dat zij deze handelsnaam gebruikte onder meer in mondelinge en schriftelijke contacten met haar potentiële opdrachtgevers, de touroperators (Neckermann enz.), met Verkeer en Waterstaat, met de pers en met de Boeing vliegtuigfabrieken; dat de aangevraagde vergunning haar ten slotte "na een lange lijdensweg" op 29 september 1983 is verleend. Consulair heeft voorts gesteld dat Air Holland N.V. sedert 1 september 1982 in Nederland gevestigd is en de handelsnaam AIR HOLLAND in Nederland voert voor het bedrijf lijndienst en chartermaatschappij zonder dat bedrijf daadwerkelijk uit te oefenen.

3.2. De Kantonrechter heeft het verzoek grotendeels ingewilligd op grond van zijn oordeel, dat Air Holland N.V. handelt in strijd met art. 5 HNW, omdat zij sedert 1 september 1982 de handelsnaam AIR HOLLAND voert "gelijk aan die welke verzoekster als luchtvaartonderneming is gaan dragen" en verwarring tussen die handelszaken te duchten is. Tegen deze beschikking heeft Air Holland N.V., die in eerste instantie niet was verschenen en derhalve geen verweer had gevoerd, hoger beroep ingesteld en — voor zover in cassatie van belang — aangevoerd de door de Rechtbank als volgt weergegeven grief: "De Kantonrechter is er ten onrechte van uitgegaan dat Consulair sedert ultimo 1980 als luchtvaartonderneming de handelsnaam AIR HOLLAND voert".

3.3. Naar aanleiding van deze grief heeft de Rechtbank de stellingen van partijen opnieuw beoordeeld en, met vernietiging van de beschikking van de Kantonrechter, Consulair niet-ontvankelijk verklaard in haar verzoek. Daarbij heeft de Rechtbank vooropgesteld dat "op de voet van art. 1 van de Handelsnaamwet slechts de handelsnaam waaronder een onderneming wordt gedreven bescherming geniet" en dat er daarbij sprake zal dienen te zijn van "regelmatige bedrijfsmatige activiteiten in het handelsverkeer".

Op grond van de overweging dat "Consulair het luchtvervoer nog niet daadwerkelijk uitoefent, noch enige andere regelmatige bedrijfsmatige activiteiten verricht" oordeelt de Rechtbank dat Consulair niet voldoet aan het eerder gegeven criterium en derhalve zich ten aanzien van het gebruik van de naam AIR HOLLAND niet kan beroepen op de bescherming van de Handelsnaamwet. De Rechtbank oordeelt voorts dat ook Air Holland N.V. niet geacht kan worden een handelsnaam te voeren in de zin van de Handelsnaamwet omdat ook zij "geen openlijke bedrijfsmatige activiteiten heeft uitgeoefend".

3.4. Het middel in het principale beroep richt zich in alle onderdelen tegen het eerstgenoemde oordeel van de Rechtbank. In dat oordeel, volgens hetwelk eerst dan sprake is van "de naam waaronder een onderneming wordt gedreven" wanneer de naam wordt gebezigd ter aanduiding van "regelmatige bedrijfsmatige activiteiten in het handelsverkeer", ligt — nu de Rechtbank veronderstellenderwijs is uitgegaan van de juistheid van de hiervoor onder 3.1. weergegeven stellingen van Consulair — besloten dat een naam waaronder een onderneming, die nog slechts doende is de voor zulke regelmatige bedrijfsmatige activiteiten noodzakelijke voorbereidingen te treffen, zich aandient bij degenen met wie zij daartoe in contact moet treden — overheid, banken, leveranciers, toekomstige afnemers — niet als handelsnaam kan worden aangemerkt. De strekking van de Handelsnaamwet, die mede beoogt nabootsing van handelsnamen tegen te gaan, verzet zich er evenwel tegen aan de naam waaronder een onderneming in dit

stadium van haar bestaan naar buiten treedt, de bescherming van die wet te onthouden. Voor zover de onderdelen 2 en 4 van het middel aanvoeren dat de Rechtbank heeft blijk gegeven van een onjuiste opvatting omtrent de Handelsnaamwet en met name van art. 1 van die wet, treffen zij dus doel.

3.5. De gegrondheid van het middel kan evenwel niet tot cassatie leiden, omdat de Rechtbank mede heeft geoordeeld — welk oordeel in het principaal beroep niet is bestreden — dat ook Air Holland N.V. niet geacht kan worden een handelsnaam te voeren. Die beslissing staat toewijzing van het verzoek in de weg, nu een verzoek op grond van art. 6 HNW slechts toewijsbaar is indien de naam waarvan wijziging wordt verzocht een handelsnaam is in de zin van de Handelsnaamwet.

3.6. Het vorenoverwogene brengt mee, dat het middel in het incidenteel beroep, dat is ingesteld onder voorwaarde dat het middel in het principaal beroep tot vernietiging van de bestreden beschikking zou leiden, geen behandeling behoeft.

4. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het principaal beroep. Enz.

Nr 44. Octrooiraad, Afdeling van Beroep, 29 augustus 1984.

Voorzitter: Drs J. A. H. Arwert;
Leden: Mr J. de Bruijn en
Mr Drs R. C. D. E. Hasekamp.

*Art. 24, lid 1 i.v.m. art. 1A Rijksoctrooiwet.
Het gebruik van de wettelijke bevoegdheid tot gedeeltelijke openbaarmaking van een aanvraag is alleen dan wenselijk, indien de desbetreffende Afdeling van de Octrooiraad mag aannemen dat een aanvrager althans subsidiair met een gedeeltelijke openbaarmaking genoegen zal nemen. I.c. had de Aanvraagafdeling voldoende reden om aan te nemen dat aanvraagster daarmee geen genoegen zou nemen en stond het haar derhalve vrij de aanvraag in haar geheel af te wijzen.¹⁾*

*Art. 1A Rijksoctrooiwet. Verpakkingsconclusie.
Een verpakkingsconclusie — gericht op een tot één geheel verenigde verpakking van twee afzonderlijke verpakkingen van op elkaar afgestemde hoeveelheden van de componenten in kwestie, zodat duidelijk tot uitdrukking komt dat het niet gaat om twee los van elkaar verkrijgbare verpakkingen — is aanvaardbaar, omdat deze een adequate belichaming vormt van de uitvinding en een goede afronding van de gevraagde uitsluitende rechten. Deze conclusie is niet triviaal, waaraan niet afdoet, dat de handeling van het gescheiden verpakken van twee componenten, die snel met elkaar reageren, op zichzelf niets bijzonders inhoudt.*

Beschikking nr 15399/artikel 24A Rijksoctrooiwet inzake octrooiaanvraag nr 7405214, welke inmiddels is openbaar gemaakt onder nr 176438.

*De Octrooiraad, Afdeling van Beroep;
Gehoord aanvraagster-appellante bij monde van de octrooigemachtigde Drs C. H. J. van Soest.*

Gezien de stukken;
Overwegende, dat aanvraagster tijdig door het indienen van een memorie van grieven in beroep is gekomen van de beschikking van de Aanvraagafdeling dd. 18 juni 1981, waarbij tot niet-openbaarmaking van de aanvraag werd besloten;