

voor het gebruik van het teken toereikend achten, zouden zich blijvend op deze bescherming kunnen beroepen (artikel 40 onder B);

17. *O.* dat het blijkt de Gemeenschappelijke Memorie van Toelichting telkens aan de rechter is om "aan de hand van de feitelijke omstandigheden" uit te maken of een ondernemer reeds vóór het inwerkingtreden van het Protocol binnen het Beneluxgebied zodanig gebruik maakte van een teken teneinde daardoor door hem aangeboden diensten te onderscheiden dat hij gerechtigd was tot het in artikel 40 onder A bedoelde depot dan wel tot de in artikel 40 onder B bedoelde bescherming;

18. dat het voor wat betreft de onder B bedoelde bescherming, zoals het Hof reeds heeft beslist in zijn arrest van 7 november 1988 in de zaak A 87/5 (*Jurisprudentie*, deel 9, blz. 121 en volgende), aankomt op de rechtstoestand zoals die op grond van de nationale wet voortvloeide uit het gebruik dat op de datum van de inwerkingtreding van het Protocol van het desbetreffende teken in feite werd gemaakt;

19. *O.* dat uit een en ander volgt dat de rechter bij het nemen van een beslissing als onder 17 bedoeld telkens als maatstaf heeft te hanteren of, alle aan het geval eigen feiten en omstandigheden (zoals: de aard, de omvang, de frequentie, de regelmaat alsmede de duur van het gebruik, de aard van de diensten en de omvang van de onderneming) in aanmerking genomen, op de datum van de inwerkingtreding van het Protocol sprake was van een zodanig bezigen van een teken ter onderscheiding van door een ondernemer verrichte diensten dat dit naar het toenmalige recht van de Benelux-Staat waar dat gebruik werd gemaakt, voldoende was om bij de rechter van die Staat bescherming te kunnen krijgen tegen van gebruik van een jonger teken of andere onderscheidingsmiddel te duchten verwarringsgevaar;

20. *O.* dat het Hof in vraag 1 slechts een aanloop ziet tot de vragen 1a, 1b en 1c en daarom van oordeel is dat deze vraag geen afzonderlijke beantwoording behoeft;

21. *O.* dat uit het vorenoverwogene volgt dat de vragen 1a en 1b ontkennend en vraag 1c in voege als voormeld bevestigend moeten worden beantwoord;

22. *O.* dat in het antwoord op vraag 1c besloten ligt dat met betrekking tot de bewijslast (vraag 1d) de regels van het in dat antwoord bedoelde nationale recht van toepassing zijn;

Ten aanzien van de tweede vraag:

23. *O.* dat uit het vorenoverwogene volgt dat de vraag of, als een ondernemer reeds vóór het inwerkingtreden van het Protocol binnen het Beneluxgebied gebruik maakte van "een samenstel van tekens" teneinde door hem aangeboden diensten van die van anderen te onderscheiden, dat gebruik tevens kan gelden als in de zin van artikel 40 onder A "gebruik maken van een dienstmerk" van "één van de tekens die deel uitmaken van dat samenstel", eveneens moet worden beantwoord aan de hand van de hiervoor onder 19 geformuleerde maatstaf en het antwoord op die vraag aldus daarvan afhangt of – kort gezegd – die ondernemer voor dat ene teken bij de rechter bescherming had kunnen krijgen tegen van gebruik van een jonger teken of ander onderscheidingsmiddel te duchten verwarringsgevaar;

Ten aanzien van de kosten:

24. *O.* dat het Hof volgens artikel 13 van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof de kosten moet vaststellen welke op de behandeling voor het Hof zijn gevallen, welke kosten omvatten de honoraria van de raadslieden van partijen, voor zover dit in overeenstemming is met de wetgeving van het land waar het bodemgeschil aanhangig is;

25. dat volgens de Nederlandse wetgeving het salaris van de raadslieden van partijen wordt begrepen in de kosten welke aan de in het ongelijk gestelde partij in rekening worden gebracht;

26. dat gelet op het vorenstaande de kosten op de behandeling voor het Hof moeten worden bepaald als volgt: voor Tetra Pak op f 2.500,- (exclusief B.T.W.) en voor Matrix eveneens op f 2.500,- (exclusief B.T.W.);

27. Gelet op de conclusie van de plaatsvervangend Advocaat-Generaal M.R. Mok;

28. Uitspraak doende op de door het Gerechtshof te Arnhem bij arrest van 4 mei 1993 gestelde vragen;

Verklaart voor recht:

Ten aanzien van alle vragen tezamen:

29. Bij de beantwoording van de vraag of een ondernemer, die reeds vóór het inwerkingtreden van het Protocol binnen het Beneluxgebied gebruik maakte van een teken dan wel van een samenstel van tekens teneinde door dat teken onderscheidelijk door één van de, onderdeel van dat samenstel uitmakende tekens door hem aangeboden diensten van die van anderen te onderscheiden, gerechtigd is tot het in artikel 40 onder A BMW bedoelde depot dan wel tot de in artikel 40 onder B bedoelde bescherming, dient de rechter de maatstaf aan te leggen of, alle aan het geval eigen feiten en omstandigheden in aanmerking genomen, op de datum van dat inwerkingtreden sprake was van een zodanig bezigen van het teken ter onderscheiding van die diensten dat dit, naar het toenmalige recht van de Benelux-Staat waar dat gebruik werd gemaakt, voldoende was om bij de rechter van die Staat bescherming te kunnen krijgen tegen van gebruik van een jonger teken of ander onderscheidingsmiddel te duchten verwarringsgevaar, terwijl met betrekking tot de bewijslast de regels van het recht van vorenbedoelde Benelux-Staat van toepassing zijn. Enz.

Nr 5. Hoge Raad der Nederlanden, 25 november 1994.

(Overkamp)

Mrs W. Sniijders, P. Neleman, W.H. Heemskerk,
J.H. Nieuwenhuis en G. Swens-Donner.

Art. 3:314, lid 1 Burgerlijk Wetboek j° art. 5 Handelsnaamwet.

In een verzoekschriftprocedure ex art. 6 Hnw wordt wijziging verzocht van de handelsnaam van de onderneming (een in 1970 te Gouda gevestigde steenhouwerij) van verweerster in cassatie zodanig dat daarin het bestanddeel "Overkamp" – dat ook deel uitmaakt van de oudere handelsnaam van de eveneens te Gouda gevestigde steenhouwerij van eiseres tot cassatie – niet langer voorkomt. Het cassatiemiddel richt zich tegen het oordeel van de Rechtbank dat het verzoek niet-ontvankelijk is op grond van verjaring.

De Rechtbank heeft met verwerping van de andersluidende, eerst in appel aangevoerde, stelling van Piet Overkamp geoordeeld dat ook in de periode 1 oktober 1970 tot 1 september 1983 sprake was van gevaar voor verwarring in de zin van art. 5 Hnw. Daarin ligt besloten het oordeel van de Rechtbank dat de onrechtmatige toestand, bedoeld in art. 3:314 lid 1, in het onderhavige geval gedurende de gehele door de Rechtbank in aanmerking genomen periode (vanaf 1 oktober 1970) heeft voortgeduurd. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.

De slotsom dat sprake is van een onrechtmatige toestand als hiervoor bedoeld, is niet slechts toelaatbaar indien de overtreding van het verbod gedurende de gehele verjaringstermijn dezelfde feitelijke omvang heeft gehad.¹⁾

V.o.f. Steenhouwerij P. Overkamp te Gouda, verzoekster tot cassatie, advocaat Mr C.J.J.C. van Nispen, tegen

Natuursteenbedrijf Ben Overkamp B.V. te Gouda, verweerster in cassatie, advocaat Mr P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt.

a) Kantonrechter te Gouda, 29 december 1993 (Mr G.H.I.J. Hage).

2 overwegingen

2.1 Tussen partijen – verder te noemen P. Overkamp en B. Overkamp B.V. – staat, mede gelet op de door hen overgelegde

¹⁾ Zie de noot aan het slot van het arrest, blz. 39; *Red.*

produkties en op hetgeen bij de mondelinge behandeling is aangevoerd, het volgende vast:

a. P. Overkamp is opgericht op 1 januari 1992 en bij het Handelsregister ingeschreven onder de naam "v.o.f. Steenhouwerij P. Overkamp".

b. P. Overkamp zet de onderneming voort van de v.o.f. "Steenhouwerij Fa. P. Overkamp", die op 10 maart 1954 is opgericht en vanaf 1 juli 1986 als eenmanszaak door P.J. Overkamp is voortgezet. De v.o.f. "Steenhouwerij Fa. P. Overkamp" is op haar beurt de voortzetting van een in 1929 gestarte eenmanszaak.

c. P. Overkamp treedt naar buiten toe op (onder meer in advertenties) onder meerdere namen, waarvan telkens de elementen "Overkamp" en "Steenhouwerij" deel uitmaken: Steenhouwerij P. Overkamp, Steenhouwerij Overkamp respectievelijk Overkamp Steenhouwerij.

d. B. Overkamp – de aanvankelijke verweerder in conventie en verzoeker in reconventie – is een steenhouwerij gestart op 11 december 1970 en voert sindsdien als handelsnaam Ben Overkamp.

e. de onderneming van B. Overkamp is recentelijk ingebracht in B. Overkamp B.V. De voordien bestaande eenmanszaak is uit het Handelsregister uitgeschreven.

f. P. Overkamp en B. Overkamp B.V. zijn beide gevestigd te Gouda en leggen zich beiden onder meer toe op het vervaardigen en verkopen van grafzerken en grafmonumenten.

2.2 P. Overkamp heeft haar verzoek gericht tegen de onder 2.1.d bedoelde doch thans niet meer bestaande eenmanszaak B. Overkamp, terwijl dezelfde B. Overkamp een reconventioneel verzoek heeft gedaan. Bij de mondelinge behandeling is overeengekomen – B. Overkamp B.V. daarbij rechtsgeldig tegenwoordig door haar directeur, B. Overkamp – dat het verzoek in conventie geacht zal worden te zijn gericht tegen B. Overkamp B.V. alsmede dat het verzoek in reconventie geacht wordt te zijn ingesteld door B. Overkamp B.V. De beschikking zal daarom tussen deze partijen worden gegeven.

2.3 het verzoek in conventie

P. Overkamp verzoekt om aan B. Overkamp B.V. te bevelen – op straffe van een door B. Overkamp B.V. te verbeuren dwangsom van f 10.000,- per overtreding of voor elke dag dat de overtreding voortduurt – haar handelsnaam zodanig te wijzigen dat daarin het bestanddeel Overkamp niet meer voorkomt met veroordeling van B. Overkamp B.V. in de kosten. Aan haar verzoek legt P. Overkamp het volgende ten grondslag.

P. Overkamp heeft gedurende inmiddels 22 jaar gedoogd dat B. Overkamp B.V. c.q. haar rechtsvoorganger onder de naam Ben Overkamp een steenhouwerij heeft gedreven. Hoewel er van meet af aan gevaar voor verwarring tussen beide ondernemingen viel te duchten als gevolg van de sterk overeenkomende handelsnamen, heeft P. Overkamp aanvankelijk geen aanleiding gezien om daartegen op te treden.

P. Overkamp ziet zich daartoe echter thans wel genoodzaakt, omdat B. Overkamp B.V. c.q. haar rechtsvoorganger in het recente verleden de aard van haar activiteiten heeft gewijzigd, in die zin dat zij zich meer en meer is gaan toeleggen op de vervaardiging en verkoop van grafzerken en grafmonumenten, hetgeen de specialiteit van P. Overkamp vormt. Daarnaast wordt P. Overkamp tegenwoordig – in tegenstelling tot het verleden – geconfronteerd met een agressieve wijze van reclame voeren door B. Overkamp B.V. c.q. haar rechtsvoorganger. Daarmee doelt P. Overkamp op het feit dat thans nabestaanden middels mailing en telefonisch door B. Overkamp B.V. c.q. haar rechtsvoorganger worden benaderd, hetgeen uitermate schadelijk is voor het bedrijfsdebet van P. Overkamp. Bij de mondelinge behandeling heeft P. Overkamp haar stellingen in zoverre gewijzigd, dat het thans door haar ingediende verzoek vooral wordt ingegeven door de wijze waarop B. Overkamp B.V. c.q. haar rechtsvoorganger thans reclame voert op het gebied van grafzerken/grafmonumenten.

2.4 het verweer van B. Overkamp B.V. in conventie

B. Overkamp B.V. voert aan dat de door haar voortgezette onderneming is aangevangen op 11 december 1970. Eerst bij brief d.d. 13 april 1993 heeft P. Overkamp bezwaar gemaakt tegen de door haar c.q. door haar rechtsvoorganger gevoerde

handelsnaam. Daar sedert de aanvang van het gebruik van de door P. Overkamp gewraakte handelsnaam meer dan 20 jaar zijn verstreken is de rechtsvordering, strekkende tot beëindiging van het gebruik van de door B. Overkamp B.V. gevoerde handelsnaam verjaard. Als er al verwarring tussen de beide ondernemingen viel te duchten, dan heeft dat gevaar vanaf 1970 bestaan en is dat gevaar thans inmiddels op nihil te stellen. P. Overkamp dient daarom in haar vordering niet-ontvankelijk te worden verklaard.

B. Overkamp B.V. betwist voorts dat er wijziging is opgetreden in de wijze waarop zij haar onderneming drijft. B. Overkamp B.V. heeft haar activiteiten wat betreft de vervaardiging en verkoop van grafzerken en grafmonumenten niet uitgebreid. Ook betwist zij dat – anders dan in het verleden – agressieve wervende activiteiten op dit gebied door haar worden ontplooid. Tenslotte heeft B. Overkamp B.V. aangevoerd dat Steenhouwerij Fa. P. Overkamp (rechtsvoorganger van P. Overkamp) aan de rechtsvoorganger van B. Overkamp B.V. heeft toegestaan om met ingang van 11 december 1970 de handelsnaam "Ben Overkamp" te gebruiken.

2.5 nadere stellingen van P. Overkamp in conventie

Naar aanleiding van het onder 2.4 weergegeven verweer heeft P. Overkamp bij de mondelinge behandeling nog het volgende gesteld. De verjaringstermijn waarop B. Overkamp B.V. zich beroept, is eerst aangevallen doordat in het recente verleden de onder 2.3 weergegeven wijzigingen zijn opgetreden in de wijze waarop B. Overkamp B.V. c.q. haar rechtsvoorganger de onderneming drijft. Verder ontkent P. Overkamp dat aan de rechtsvoorganger van B. Overkamp B.V. ooit toestemming is verleend voor het voeren van de door haar gehanteerde handelsnaam. Het gebruik van de handelsnaam "Ben Overkamp" is slecht door P. Overkamp gedoogd.

2.6 de beoordeling van het verzoek in conventie

Als meest verstrekkend verweer heeft B. Overkamp B.V. zich op verjaring van de rechtsvordering van P. Overkamp beroepen, welk verweer daarom eerst zal worden besproken.

Het voeren van een handelsnaam is onrechtmatig jegens een ander die voordien die handelsnaam reeds voerde, als diengevolge – in verband met de aard van de ondernemingen en hun vestigingsplaats – bij het publiek verwarring tussen die ondernemingen te vreezen is.

P. Overkamp heeft in dit verband gesteld dat reeds vanaf het moment waarop de rechtsvoorganger B. Overkamp B.V. haar onderneming startte – ongeveer 22 jaar geleden – gevaar voor verwarring te duchten was als gevolg van de gekozen handelsnaam. P. Overkamp heeft echter van maatregelen afgezien in verband met de familierelatie en het gebruik van de handelsnaam "Ben Overkamp" steeds gedoogd. De stellingen van P. Overkamp impliceren dat volgens haar de rechtsvoorganger van B. Overkamp B.V. steeds – dat wil zeggen vanaf 1970 – in strijd gehandeld heeft met artikel 5 Handelsnaamwet door het voeren van de handelsnaam "Ben Overkamp", doch dat P. Overkamp eerst thans – in 1993 – daartegen is opgetreden omdat de ernst van het onrechtmatig handelen van B. Overkamp B.V. c.q. haar rechtsvoorganger is toegenomen door de veranderde aard van de bedrijfsvoering, doch vooral door de wijze van klantenwerving. Artikel 3:306 B.W. stelt de verjaringstermijn van een rechtsvordering op 20 jaar, terwijl artikel 3:314 B.W. de verjaringstermijn van een rechtsvordering tot opheffing van een onrechtmatige toestand doet aanvangen met de dag volgende op die waarop de onmiddellijke opheffing van die toestand gevorderd kan worden. Nu volgens de stellingen van P. Overkamp het onrechtmatig gebruik van de handelsnaam "Ben Overkamp" teruggaat tot 1970, volgt daaruit dat sinds het tijdstip waarop P. Overkamp opheffing van die onrechtmatige toestand had kunnen vorderen, reeds meer dan 20 jaar zijn verstreken zodat, – nu B. Overkamp B.V. zich op verjaring heeft beroepen – P. Overkamp in haar vordering niet-ontvankelijk dient te worden verklaard. Aan het voorgaande doet niet af dat – naar P. Overkamp stelt doch door B. Overkamp B.V. wordt betwist – P. Overkamp eerst sinds kort wordt geconfronteerd met een uitbreiding van de activiteiten van B. Overkamp B.V. op het gebied van grafzerken/grafmonumenten en agressieve reclame activiteiten. Dat neemt immers niet weg dat de onrechtmatige toe-

stand, die P. Overkamp thans wenst te doen beëindigen, teruggaat tot 1970 en derhalve meer dan 20 jaar heeft geduurd.

2.7 (...)

post alia

3. de beslissing:

in conventie:

verklaart P. Overkamp niet-ontvankelijk in haar verzoek.

in reconventie:

wijst het verzoek af.

in conventie en in reconventie:

compenseert de proceskosten, zo dat iedere partij haar eigen kosten draagt, enz.

b) Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage, 16 maart 1994 (Mrs D.H. baron von Maltzahn, J.M. Willink en M.W. Koek).

Beoordeling van het appel

De rechtbank begrijpt dat v.o.f. P. Overkamp de zaak in volle omvang wenst voor te leggen.

Volgens het appelverzoekschrift heeft de kantonrechter ten onrechte geoordeeld dat de rechtsvordering van v.o.f. P. Overkamp is verjaard. Ondermeer stelt v.o.f. P. Overkamp daartoe, dat de verjaringstermijn niet eerder is gaan lopen dan vanaf 1 september 1983, nu – zo stelt v.o.f. P. Overkamp *anders* dan in eerste aanleg – eerst sindsdien sprake geweest kan zijn van een gebruik van een handelsnaam door A.J. Overkamp op zodanige wijze dat daardoor verwarring tussen de ondernemingen bij het in aanmerking komende publiek te duchten was in de zin van artikel 5 Handelsnaamwet.

De rechtbank stelt voorop dat op v.o.f. P. Overkamp, die eerst thans, anders dan in eerste aanleg, aanvoert dat tot september 1983 geen gevaar voor verwarring bestond, een verzwaarde stelplicht rust.

Het betrekken van deze nieuwe stelling in hoger beroep is, zo is in de akte en ter zitting namens v.o.f. P. Overkamp verklaard, met name ingegeven door het uittreksel uit het Handelsregister van dossier 016768 (productie bij akte) waarin is vermeld dat de onderneming van A.J. Overkamp van 1 oktober 1970 tot 1 september 1983 de handelsnaam 'A.J. Overkamp' heeft gevoerd.

De rechtbank overweegt hieromtrent evenwel, zoals v.o.f. P. Overkamp in de pleitaantekeningen trouwens zelf aangeeft, dat uit de enkele vermelding van een handelsnaam in het Handelsregister niet zonder meer kan worden afgeleid onder welke handelsnaam een onderneming feitelijk wordt gevoerd. Deze vermelding acht de rechtbank dan ook onvoldoende aanleiding om de stelling uit het inleidend verzoekschrift terzijde te stellen, dat gevaar voor verwarring tussen beide steenhouwerijen reeds vanaf de aanvang van het bedrijf van A.J. Overkamp in 1970 te duchten was. Het moet er daarom voor worden gehouden dat van de kant van de toenmalige steenhouwerij fa. P. Overkamp om haar moverende redenen destijds is afgezien van maatregelen jegens neef Ben. Ook gaat de rechtbank voorbij aan de stelling van v.o.f. P. Overkamp dat de voorganger van Ben Overkamp B.V. bij zijn bedrijfsuitoefening tussen 1973 en 1976 gebruik heeft gemaakt van de werkplaats van een collega in IJsselstein nu overigens (ter zitting in hoger beroep) als gesteld en erkend, danwel niet gemotiveerd weersproken is komen vast te staan dat de onderneming van A.J. Overkamp sinds 1 oktober 1970 was gevestigd en kantoorhield te Gouda evenals – vanaf de oprichting – Ben Overkamp B.V. Aldus acht de rechtbank de nieuwe stelling van v.o.f. P. Overkamp, onvoldoende toegelicht of van concreet bewijs(aanbod) voorzien. Daaraan wordt dan ook voorbij gegaan.

De rechtbank houdt het er daarom voor dat ook reeds in de periode van 1 oktober 1970 tot 1 september 1983 sprake was van gevaar voor verwarring in de zin van artikel 5 Handelsnaamwet met betrekking tot de door de ondernemingen gevoerde handelsnamen doordat A.J. Overkamp bij het voeren van zijn onderneming gebruik maakte van het in de handelsnaam van (de rechtvoorgangers van) v.o.f. P. Overkamp voorkomende hoofdbestanddeel 'Overkamp'.

Daarmee komt de rechtbank tot de conclusie dat met ingang van 1 oktober 1970 de in artikel 3:314 lid 1 en 2 BW bedoelde termijnen van verjaring zijn gaan lopen. Op 1 januari 1993, de datum waarop deze termijnen ingevolge het overgangsrecht zijn voltooid, verloor de v.o.f. P. Overkamp derhalve de rechtsvordering ex artikel 5 Handelsnaamwet jegens de wederpartij en verkreeg Ben Overkamp B.V. derhalve op de voet van artikel 3:105 BW het recht op het hoofdbestanddeel 'Overkamp'. Dit bestanddeel werd door Ben Overkamp B.V. dus rechtmatig in de handelsnaam gevoerd op het moment dat het inleidend verzoekschrift werd ingediend.

Het voorgaande leidt ertoe dat de bestreden beschikking dient te worden bekrachtigd.

V.o.f. P. Overkamp dient als in het ongelijk gestelde partij de proceskosten in hoger beroep te dragen.

Beslissing in hoger beroep

De rechtbank:

Bekrachtigt de tussen partijen gewezen beschikking van de kantonrechter te Gouda van 29 december 1993;

Veroordeelt v.o.f. P. Overkamp tot betaling van de proceskosten in hoger beroep, tot heden aan de zijde van Ben Overkamp B.V. begroot op f 1420,- en f 250,- griffierecht; enz.

c) Cassatiemiddel.

Middel tot cassatie

Schending van het recht, inz. artt. 5 en 6 Handelsnaamwet en artt. 1, 6, 105, 107, 306 en 314 boek 3 B.W. en/of tot nietigheid leidend verzuim van vormen, doordat de Rechtbank heeft overwogen als in haar beschikking vermeld en waarvan de inhoud geacht moet worden hier te zijn overgenomen, o.m.:

"De rechtbank houdt het er daarom voor dat ook reeds in de periode van 1 oktober 1970 tot 1 september 1983 sprake was van gevaar voor verwarring in de zin van artikel 5 Handelsnaamwet met betrekking tot de door de ondernemingen gevoerde handelsnamen doordat A.J. Overkamp bij het voeren van zijn onderneming gebruik maakte van het in de handelsnaam van (de rechtvoorgangers van) v.o.f. P. Overkamp voorkomende hoofdbestanddeel "Overkamp".

Daarmee komt de rechtbank tot de conclusie dat met ingang van 1 oktober 1970 de in artikel 3:314 lid 1 en 2 BW bedoelde termijnen van verjaring zijn gaan lopen. Op 1 januari 1993, de datum waarop deze termijnen ingevolge het overgangsrecht zijn voltooid, verloor de v.o.f. P. Overkamp derhalve de rechtsvordering ex artikel 5 Handelsnaamwet jegens de wederpartij en verkreeg Ben Overkamp B.V. derhalve op de voet van artikel 3:105 B.W. het recht op het hoofdbestanddeel "Overkamp". Dit bestanddeel werd door Ben Overkamp B.V. dus rechtmatig in de handelsnaam gevoerd op het moment dat het inleidend verzoekschrift werd ingediend."

ten onrechte, om de navolgende redenen, te lezen in hun onderling verband en samenhang.

1. Blijkens de toepassing van art. 3:314 lid 1 is de Rechtbank van oordeel dat het onderhavige verzoek van P. Overkamp ex art. 6 Handelsnaamwet moet worden opgevat als een rechtsvordering tot opheffing van een onrechtmatige toestand. De Rechtbank geeft evenwel onvoldoende inzicht in de door haar gevolgde gedachtengang nu onduidelijk is aan welke maatstaf zij heeft getoetst én welke feitelijke onrechtmatige toestand uitmaken.

Indien zij heeft getoetst aan een andere maatstaf dan die van de continue inbreuk is haar oordeel rechtens onjuist. In elk geval is onbegrijpelijk althans onvoldoende met redenen omkleed waarin de Rechtbank de continue inbreuk gelegen acht, zijnde het gegeven dat "A.J. Overkamp bij het voeren van zijn onderneming gebruik maakte van het in de handelsnaam van [de rechtvoorgangers van] v.o.f. P. Overkamp voorkomende hoofdbestanddeel 'Overkamp'" op zichzelf niet (genoegzaam) concludent om tot een continue inbreuk te kunnen besluiten; nog daargelaten dat die inbreuk gedurende twintig jaar dezelfde feitelijke omvang moet hebben gehad, terwijl P. Over-

kamp heeft gesteld – en door de Rechtbank in het midden is gelaten – dat B. Overkamp "die zich in het verleden voornamelijk richtte op bouwkundige aannemers, zich meer en meer is gaan toeleggen op de vervaardiging en verkoop van grafzerken en grafmonumenten, zijnde de specialiteit van verzoeker" (inleidend verzoekschrift, sub 7) en/of hij zich vooral bezwaard gevoelt "door de wijze waarop B. Overkamp B.V. c.q. haar rechtsvoorganger thans reclame voert op het gebied van grafzerken/grafmonumenten" (beschikking in prima, ov. 2.3; zie ook ov. 2.6). Voorts heeft P. Overkamp gesteld (bij appelschriftuur, sub 10) dat "het voeren van een handelsnaam niet is een onrechtmatige toestand in de zin van art. 3:314 B.W.", hetwelk B. Overkamp niet heeft betwist, terwijl B. Overkamp ook geen feitelijkheden heeft gesteld of deze zijn gebleken of aannemelijk geworden die zouden (kunnen) wijzen op een onrechtmatige toestand als bedoeld in art. 3:314 lid 1, al hetwelk het oordeel van de Rechtbank te meer onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd doet zijn.

2. Blijkens de toepassing van art. 3:314 lid 2 is de Rechtbank van oordeel dat het onderhavige verzoek van P. Overkamp ex art. 6 Handelsnaamwet moet worden opgevat als een rechtsvordering tot beëindiging van het bezit van een niet-rechthebbende.

Indien de eerste klacht gegrond is, kan van zodanige rechtsvordering hier evenmin sprake zijn nu die rechtsvordering slechts een species is van die tot beëindiging van een onrechtmatige toestand.

3. Niet duidelijk is overigens wat in de gedachtengang van de Rechtbank het voorwerp van het bezit uitmaakt: de handelsnaam van P. Overkamp, die van B. Overkamp of enkel "het hoofdbestanddeel Overkamp" uit één van beide handelsnamen, en zo ja, welke. In zoverre reeds is de beschikking van de Rechtbank onvoldoende met redenen omkleed nu zij niet voldoende inzicht geeft in de door haar gevolgde gedachtengang.

4. In ieder geval miskent de Rechtbank dat een handelsnaam of een hoofdbestanddeel daarvan geen voorwerp van bezit kan zijn nu bezit is het houden van een goed voor zichzelf (art. 3:107 lid 1 BW) en een handelsnaam dan wel een hoofdbestanddeel daarvan geen goed is in de zin van art. 3:1, immers geen zaak in de zin van art. 3:2 en geen vermogensrecht in de zin van art. 3:6 BW.

5. Althans kan van bezit van een handelsnaam of een hoofdbestanddeel daarvan alleen sprake zijn in gevallen van derivatieve bezitsverkrijging, hetgeen te dezen zich niet voordoet.

6. In ieder geval is onvoldoende met redenen omkleed hoe de Rechtbank hier bezit van een handelsnaam of een hoofdbestanddeel daarvan door een niet-rechthebbende aanwezig heeft kunnen achten nu B. Overkamp geen feiten heeft gesteld of deze zijn gebleken of aannemelijk geworden die zouden (kunnen) wijzen op bezit door B. Overkamp als niet-rechthebbende van enig aan P. Overkamp toekomend goed.

7. Rechtens onjuist en/of onvoldoende met redenen omkleed is de beslissing dat B. Overkamp op 1 januari 1993 op de voet van artikel 3:105 BW het recht op het hoofdbestanddeel "Overkamp" verkreeg. Op die datum werd niet de rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit voltooid en B. Overkamp kan niet gezegd worden op die datum een goed te hebben bezeten nu het hoofdbestanddeel "Overkamp" geen goed is in de zin van art. 3:6 BW.

Toelichting

1. Wat de feiten en het verloop van de procedure betreft wordt hier verwezen naar de beschikking van de Rechtbank. Op dit moment zijn nog niet de processen-verbaal van de mondelinge behandeling in eerste aanleg dd. 29 juni 1993 en in hoger beroep dd. 9 maart 1994 beschikbaar. Verzoekerster tot cassatie behoudt zich voor de cassatieklachten en/of deze toelichting aan te vullen zodra die processen-verbaal door de betrokken griffies zijn afgegeven. Met name behoudt zij zich voor nog een cassatieklacht te richten tegen de overweging "dat ook reeds in de periode van 1 oktober 1970 tot 1 september 1983 sprake was van gevaar voor verwarring (...)" op basis van voormelde processen-verbaal.

2. Bij het inleidend verzoekschrift heeft P. Overkamp op de voet van art. 6 Handelsnaamwet verzocht B. Overkamp te

bevelen "de door hem gevoerde handelsnaam zodanig te wijzigen dat daarin het bestanddeel Overkamp niet meer voorkomt".

Materieel komt dit neer op een verzoek B. Overkamp te verbieden nog langer het bestanddeel Overkamp in zijn handelsnaam te bezigen, zulks omdat B. Overkamp daardoor handelt in strijd met zijn verplichting ex art. 5 Handelsnaamwet om iets niet te doen, nl. een handelsnaam te voeren "die, vóórdat de onderneming onder die naam werd gedreven, reeds door een ander rechtmatig gevoerd werd, of die van diens handelsnaam slechts in geringe mate afwijkt, een en ander voor zover dientengevolge, in verband met de aard der beide ondernemingen en de plaats, waar zij gevestigd zijn, bij het publiek verwarring tussen die onderneming te duchten is".

Zie over het verzoek ex art. 6 Handelsnaamwet o.m.

– S. Boekman, De handelsnaam (1977), blz. 131-134 – mijn diss., nr 30.

3. B. Overkamp verweerde zich aanvankelijk met een beroep op verjaring ex art. 3:306 NBW j° art. 73 Overgangswet per 1 januari 1993, vervolgens aangevuld met een beroep op art. 3:314 (lid 1) NBW.

Art. 3:314 B.W. regelt de verjaring van de rechtsvorderingen tot opheffing van een onrechtmatige toestand (lid 1) en die tot beëindiging van het bezit van een niet-rechthebbende (lid 2). Zijdens P. Overkamp – appelrequest sub 10 – is o.m. aangevoerd dat "het voeren van een handelsnaam niet is een onrechtmatige toestand in de zin van art. 3:314 BW". B. Overkamp heeft geen feiten gesteld waaruit blijkt van "een onrechtmatige toestand" dan wel bezitsdaden en ook anderszins blijkt uit de thans beschikbare stukken niet uit welke feitelijkheden het voeren van zijn handelsnaam door B. Overkamp heeft bestaan, afgezien van het in 1971 gevoerde briefhoofd (prod. 3 bij verzoekschrift in appel) en het doen van opgave aan het handelsregister omtrent de naam van de onderneming in 1970, 1983 en 1992 (zie producties bij akte dd. 9 maart 1994).

Niettemin heeft de Rechtbank zonder nadere motivering de beide leden van art. 3:314 (en art. 3:105) toepasselijk geacht.

4. In historisch perspectief moet uitgangspunt zijn het door uw Raad in 1949 gewezen Haarlemmerolie-arrest, HR 4 februari 1949, NJ 1949, 185, waarin het ging om inbreuken op merkrecht en handelsnaam gedurende (veel) langer dan 30 jaar (de termijn van art. 2004 BW-oud).

De feiten: Van Dobben en Waaning zijn beiden eigenaar van een bedrijf dat zich bezig houdt met de bereiding en verhandeling van Haarlemmerolie. Het bedrijf van Van Dobben is in 1696 gesticht door de uitvinder van het produkt, Claes Tilly. Het bedrijf dat gedaagde W. Waaning sinds 1937 voortzet, maakt vanaf zijn oprichting in 1897 door J. en H. Waaning gebruik van de aanduiding Gebr. Waaning Tilly als firmenaam en merk en bezigt de naam van Claes Tilly ook voor reclamedoeleinden; tevens stemt de aanpak van de verpakking woordelijk overeen met die van Van Dobben. Deze laatste acht het op al deze wijzen verwarring wekken tussen hun beider bedrijven en waren onrechtmatig en dagvaardt in 1944 zijn concurrent tot verbod en schadevergoeding. Waaning beroept zich onder meer op bevrijdende verjaring waarvan de termijn in 1927 zou zijn voltooid. Dit verweer faalt in alle instanties; uw Raad beslist:

"dat elke daad van oneerlijke mededinging, die aan een ander schade toebrengt, voor dien ander het recht doet ontstaan om van den rechter te vorderen veroordeeling van den dader tot vergoeding van de hem door die daad toegebrachte schade, alsmede een tot dien dader gericht verbod om gelijke daden in de toekomst te zijnen opzichte te plegen;

dat derhalve indien iemand een aantal malen een daad van oneerlijke mededinging tegen denzelfden persoon begaat, elk van die daden voor dien persoon zulk een vorderingsrecht doet ontstaan, van elk van welke rechten de termijn van verjaring eerst na iedere daad een aanvang neemt;

dat Waaning van oordeel is, dat dit anders is, indien die daden alle gelijksoortig zijn en, zoals hij het bij pleidooi heeft uitgedrukt, regelmatig en als het ware in serie zijn

verricht, in welk geval de verjaring der rechtsvordering tegen die reeks daden in haar geheel zou beginnen te lopen van den dag af, dat de dader met zijn plegen is begonnen;

dat echter Waaning zelfs niet beweert, dat hij door het gedurende meer dan dertig jaren door zijn rechtsvoorgangers en hem verrichten van bepaalde daden een recht tot verrichten van die daden heeft verkregen, terwijl het enkele feit, dat een onrechtmatige handeling regelmatig en als het ware in serie tegenover denzelfden persoon wordt gepleegd, aan die handelingen tegenover dezen haar onrechtmatig karakter ook op den duur niet kan ontnemen;

dat hieruit volgt, dat elke herhaling als weer onrechtmatig dien persoon een rechtsvordering als voorschreven geeft, van welke rechtsvordering de termijn van verjaring geen aanvang kan nemen voor die herhaling is geschiedt".

5. In het Haarlemmerolie-arrest beschouwde uw Raad de eisen tot verbod en schadevergoeding als een vordering die in haar geheel betrekking heeft op één uit een gepleegde onrechtmatige daad gesproten vorderingsrecht. De verjaring van de verbodsactie valt daardoor samen met die van de schade-actie. Elke inbreuk doet een nieuwe rechtsvordering met een eigen verjaringstermijn ontstaan. Deze conceptie van de verbodsactie als een nevenvordering in de schadevergoedingsprocedure is verouderd; zie o.m. mijn diss. nrs. 22 en 31-32. De verbodsactie, of ruimer: een rechtsvordering strekkend tot nakoming van een verplichting om niet te doen, is voor toewijzing vatbaar als gedaagde dreigt in de toekomst die verplichting niet na te leven. Deze actie is in beginsel niet voor verjaring vatbaar; zie de redengeving in mijn diss. nr. 126, waarin al is opgemerkt dat ook de steller van de Memorie van Antwoord bij boek 3 BW tot dit resultaat is gekomen.

Het – op dit punt onduidelijke – derde lid van art. 3.11.15 Ontwerp-Meijers

"3. De termijn van verjaring van een verplichting om niet te doen, begint met de aanvang van de dag, volgende op die waarop inbreuk op de verplichting van heeft plaatsgevonden."

is geschrapt, met de volgende toelichting:

"Het derde lid is geschrapt. Dit lid ging te ver, voor zover daaruit zou kunnen worden afgeleid dat verjaring van de rechtsvordering met betrekking tot elke, ook de geringste, inbreuk zou leiden tot verjaring van iedere rechtsvordering ter zake van de betreffende verplichting om niet te doen, ook wanneer het om andere en nieuwe inbreuken zou gaan. Dit gevolg is slechts gerechtvaardigd, wanneer en voor zover de inbreuk bestaat in een met de verplichting strijdige toestand, welk geval echter geregeld wordt door het nieuwe artikel 15a. Ten aanzien van andere inbreuken die slechts incidenteel, zij het ook wellicht regelmatig en als het ware in serie plaatsvinden (vgl. HR 4 februari 1949, NJ 1949, nr. 185) behoort steeds een verbod te kunnen worden gevraagd, zolang de dreiging van zodanige inbreuken in de toekomst bestaat, op dezelfde wijze als steeds een verklaring van recht omtrent een rechtsverhouding kan worden uitgesproken, als een onmiddellijk bij die rechtsverhouding betrokken persoon dit vordert en hij daarbij voldoende belang heeft."

Zie P.G. boek 3, blz. 928-930.

De uitkomst in het Haarlemmerolie-arrest wordt dus in de wetgeschiedenis van boek 3 uitdrukkelijk als juist aangemerkt. Zie ook MvA II ad art. 3.11.10, P.G. boek 3, blz. 918 en ad art. 3.11.15a P.G. boek 3, blz. 929.

6. Zoals blijkt uit het sub 5 geciteerde heeft de wetgever op de onverjaarbaarheid van de verbodsactie één uitzondering gemaakt: de rechtsvordering tot opheffing van een onrechtmatige toestand, waarvan z.i. die strekkende tot beëindiging van het bezit van een niet-rechthebbende een species is.

Zie P.G. boek 3, blz. 931: "Het in het tweede lid bepaalde is slechts een toepassing van het eerste lid. Ook bezit van een niet-rechthebbende vormt jegens de rechthebbende een onrechtmatige toestand ..".

Steller dezes heeft ervoor gepleit de uitzondering op de onverjaarbaarheid van de verbodsactie te beperken tot de rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit van een niet-rechthebbende maar zonder resultaat. Verwezen zij naar mijn diss. nr. 131, waarin o.m. erop is gewezen dat een onrechtmatige toestand in een gevaarlijke situatie kan bestaan, welke door verjaring zou worden bestendigd. Te dezen gaat het niet om een gevaarlijke, maar wel om een bij het publiek verwarringscheppende situatie – welke naar de stellingen van P. Overkamp recent is verergerd (inleidend verzoekschrift sub 6) – welke door verjaring zou worden gecontinueerd.

7. Uit de toelichting op art. 3:314 lid 1 wordt duidelijk hoe het begrip onrechtmatige toestand moet worden geïnterpreteerd:

"De term "onrechtmatige toestand" houdt in dat er sprake moet zijn van een continue inbreuk.

Incidentele inbreuken zijn daartoe niet voldoende, ook als zij herhaaldelijk, als het ware in serie plaatsvinden. Zo zal de bepaling niet van toepassing zijn in gevallen van hinder die hun oorzaak vinden in niet continue, maar telkens terugkerende verschijnselen als rumoer, trillingen, stank. Anders zal het echter in de regel zijn, wanneer de hinder bestaat in het onthouden van licht en lucht".

8. De Rechtbank heeft te dezen zowel lid 1 van art. 3:314 als het species van lid 2 aanwezig geacht. Eerst nu lid 1. Als de Rechtbank hier een onrechtmatige toestand in de zin van continue inbreuk aanwezig heeft geacht, heeft zij niet aangegeven waaruit die continue inbreuk zou bestaan, tenzij men zulks zou moeten lezen in de omstandigheid dat "A.J. Overkamp bij het voeren van zijn onderneming gebruik maakte van het in de handelsnaam van (de rechtsvoorgangers van) v.o.f. P. Overkamp voorkomende hoofdbestanddeel "Overkamp". Het gebruik van een handelsnaam uit zich evenwel in het algemeen in bepaalde herhalingen, zoals het versturen van brieven, facturen e.d. met de handelsnaam in het briefhoofd, het noemen van de handelsnaam bij het opnemen van de telefoon, het gebruik in advertenties. In dit verband zij opgemerkt dat het geregistreerd zijn van een of meer bepaalde handelsnamen in het handelsregister niet mag worden gelijkgesteld met het voeren van de handelsnaam.

Zie S. Boekman, a.w. blz. 25-26.

B. Overkamp heeft geen feiten gesteld, noch zijn deze anderzins aannemelijk geworden, die erop zouden (kunnen) wijzen dat zijn gebruik van zijn handelsnaam een *continue* inbreuk op de handelsnaam van P. Overkamp oplevert. Niet alleen wordt uit het oordeel van de Rechtbank niet duidelijk waaruit de door haar aangenomen onrechtmatige toestand feitelijk bestaat, maar zij laat ook daar of die onrechtmatige toestand al meer dan twintig jaar in dezelfde omvang bestaat. Zie in dit verband MvA II, ad art. 3.11.15a, P.G. boek 3, blz. 930:

"De verjaring treedt in, voor zover de dan bestaande toestand bij de aanvang van de verjaring reeds bestond. Is b.v. op een perceel hoger gebouwd dan een daarop rustende erfdienstbaarheid toelaat, dan zal na het verstrijken van de termijn niet meer de afbraak van het te hoog gebouwde kunnen worden gevorderd. Maar dat brengt niet mee, dat indien het bouwwerk later nog hoger zou worden opgetrokken, ook de rechtsvordering tot verwijdering van het hoogste stuk verjaard zou zijn."

9. Als te dezen niet kan worden gesproken van een onrechtmatige toestand kan in de gedachtengang van de wetgever ook geen sprake zijn van bezit van een niet-rechthebbende. Alleen indien men de mogelijkheid van bezit van een niet-rechthebbende aanvaardt buiten situaties van continue inbreuk (dus lid 2 niet ziet als een species van lid 1 van art. 3:314) kan hier van een zelfstandige, tweede grond sprake zijn. Maar in dit kader rijst dan allereerst de vraag of een handelsnaam (dan wel het hoofdbestanddeel daarvan) wel voor bezit vatbaar kan zijn. Volgens art. 3:105 is bezit het houden van een goed voor zichzelf. Is een handelsnaam een goed? Zij is geen zaak, maar is zij wel een vermogensrecht? Hier bestaat in de doctrine een meningsverschil tussen hen die vasthouden aan de visie van de wetgever van de Handelsnaamwet dat er geen subjectief recht op de handelsnaam bestaat

Zie MvT: "Van een uitsluitend recht, zoals een zakelijk recht en het recht op een handelsmerk, kan derhalve geen sprake zijn".

o.m. Helbach c.s., nr. 1143:

"(...) de opvatting, die onze voorkeur heeft en de wettelijke regeling van de handelsnaam niet ziet als de erkenning van een subjectief recht, maar als de bescherming van de feitelijke situatie, die door het voeren van een handelsnaam ontstaat, telkens wanneer door de verstoring van die feitelijke situatie verwarring wordt gesticht en aldus het algemeen belang wordt geschaad."

en S. Boekman, a.w. blz. 59 e.v. die wèl een subjectief recht op de handelsnaam erkent.

Op art. 3:6 toegespitst valt allereerst op te merken dat een handelsnaam geen recht is dat afzonderlijk of tezamen met een ander *recht* overdraagbaar is. Zij is enkel overdraagbaar "in verbinding met de onderneming, die onder die naam wordt gedreven"; aldus art. 2 Handelsnaamwet. Evenmin kan de handelsnaam worden gebracht onder de rechten die er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel, omdat hierbij blijkens de wetsgeschiedenis gedacht moet worden aan vorderingsrechten. Weliswaar komt in de Toelichting Meijers de passage voor:

"Daarentegen is het recht op een handelsnaam dit [sc. vermogensrecht] wel; het is als afhankelijk recht met de onderneming overdraagbaar en strekt bovendien om de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen";

Zie PG boek 3, blz. 90

maar de gedachte dat de handelsnaam een afhankelijk recht zou zijn, is niet juist en nadien, MvA II bij art. 3.1.1.11 rechtgezet:

"Dit is echter – in ieder geval naar huidig recht – niet het geval, nog afgezien van het feit dat hier niet sprake is van één hoofdrecht, doch van een conglomeraat van rechten samengevat als: de onderneming. Men zal dus veeleer de handelsnaam moeten beschouwen als één van de bestanddelen waaruit de onderneming is samengesteld."

Ook is de handelsnaam geen recht dat ertoe strekt de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen. De handelsnaam is een instrument om de eigen onderneming van die van anderen te onderscheiden; als daarop inbreuk wordt gemaakt dreigt de rechthebbende (stoffelijk) nadeel te lijden. Als geen sprake kan zijn van bezit van een handelsnaam dan wel het hoofdbestanddeel ervan kan noch extinctieve verjaring volgen op de voet van art. 3:314 lid 2 noch acquisitieve op de voet van art. 3:105.

10. Maar als in abstracto wèl sprake kan zijn van bezit van een handelsnaam dan wel het hoofdbestanddeel ervan, kan dat toch enkel het geval zijn in geval van derivatieve verkrijging. Steller dezès heeft vroeger de mogelijkheid van origineire bezitsverkriging van een niet-zakelijk absoluut recht onder het Nieuw BW opengelaten (diss. blz. 222 noot 74):

"Onzeker is of de verjaring bij de niet-zakelijke absolute rechten enkel ertoe dient om gebreken in de overdracht te helen, m.a.w. het bezit alleen derivatief te verkrijgen is, dan wel ook van deze rechten occupatie mogelijk is. En als men origineire bezitsverkriging van een niet-zakelijk absoluut recht zou erkennen, dringt zich weer de vraag op, welk recht geoccupeerd wordt: een beperkt recht (licentie) of een eigen hoofdrecht dat de beschermingsomvang van andermans recht inperkt? Deze hele problematiek is tot nu toe onbesproken gebleven."

NB: dit laatste geldt na 16 jaar nog steeds. maar die mogelijkheid twee jaar geleden verworpen (zie Pleidooi voor boek 9, *BW krant Jaarboek 1992*, blz. 112 noot 14 of *BIE 1992*, blz. 283, noot 14):

"Ik ben geneigd voor enkel derivatieve verkrijging te opteren. Anders E.P.M. Thole, Software, een "novum" in het vermogensrecht, diss. Utrecht 1991, blz. 292 ("Door enkel te stellen dat men de auteursrechtgebende is, is men reeds bezitter van het recht")."

Het is niet juist om bij voorbeeld in de onderhavige situatie enerzijds P. Overkamp als rechtmatige houder van het recht

op de handelsnaam "Steenhouwerij P. Overkamp" te zien en anderzijds B. Overkamp als bezitter; bezitter van wat? van de handelsnaam "Steenhouwerij P. Overkamp", die P. Overkamp ongestoord is blijven voeren? van het hoofdbestanddeel "Overkamp" dat P. Overkamp eveneens ongestoord is blijven gebruiken? of van zijn eigen handelsnaam "Natuursteenbedrijf B. Overkamp B.V.", die hij dan als niet-rechthebbende zou bezitten?

Weshalve verzoekster tot cassatie uw Raad verzoekt de beschikking van de Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage, op 16 maart 1994 tussen partijen gewezen, te vernietigen, met zodanige verdere beslissing als uw Raad zal vernemen te behoren, kosten rechtens!

d) Aanvullend middel tot cassatie.

Schending van het recht, inz. 429d lid 1 Rv. en/of tot nietigheid leidend verzuim van vormen, doordat de Rechtbank heeft overwogen als in haar beschikking vermeld en waarvan de inhoud geacht moet worden hier te zijn overgenomen, o.m.:

"De rechtbank stelt voorop dat op v.o.f. P. Overkamp, die eerst thans, anders dan in eerste aanleg, aanvoert dat tot september 1983 geen gevaar voor verwarring bestond, een verzwaarde stelplicht rust.

Het betrekken van deze nieuwe stelling in hoger beroep is, zo is in de akte en ter zitting namens v.o.f. P. Overkamp verklaard, met name ingegeven door het uittreksel uit het Handelsregister van dossier 016768 (productie bij akte) waarin is vermeld dat de onderneming van A.J. Overkamp van 1 oktober 1970 tot 1 september 1983 de handelsnaam 'A.J. Overkamp' heeft gevoerd.

De rechtbank overweegt hieromtrent evenwel, zoals v.o.f. P. Overkamp in de pleitaantekeningen trouwens zelf aangeeft, dat uit de enkele vermelding van een handelsnaam in het Handelsregister niet zonder meer kan worden afgeleid onder welke handelsnaam een onderneming feitelijk wordt gevoerd. Deze vermelding acht de rechtbank dan ook onvoldoende aanleiding om de stelling uit het inleidend verzoekschrift terzijde te stellen, dat gevaar voor verwarring tussen beide steenhouwerijen reeds vanaf de aanvang van het bedrijf A.J. Overkamp in 1970 te duchten was. Het moet er daarom voor worden gehouden dat van de kant van de toenmalige steenhouwerij fa. P. Overkamp om haar moverende redenen destijds is afgezien van maatregelen jegens neef Ben. Ook gaat de rechtbank voorbij aan de stelling van v.o.f. P. Overkamp dat de voorganger van Ben Overkamp B.V. bij zijn bedrijfsuitoefening tussen 1973 en 1976 gebruik heeft gemaakt van de werkplaats van een collega in IJsselstein nu overigens (ter zitting in hoger beroep) als gesteld en erkend, danwel niet gemotiveerd weersproken is komen vast te staan dat de onderneming van A.J. Overkamp sinds 1 oktober 1970 was gevestigd en kantoorhield te Gouda evenals – vanaf de oprichting – Ben Overkamp B.V.

Aldus acht de rechtbank de nieuwe stelling van v.o.f. P. Overkamp, onvoldoende toegelicht of van concreet bewijs(aanbod) voorzien. Daaraan wordt dan ook voorbij gegaan.

De rechtbank houdt het er daarom voor dat ook reeds in de periode van 1 oktober 1970 tot 1 september 1983 sprake was van gevaar voor verwarring in de zin van artikel 5 Handelsnaamwet met betrekking tot de door de ondernemingen gevoerde handelsnamen doordat A.J. Overkamp bij het voeren van zijn onderneming gebruik maakte van het in de handelsnaam van (de rechtsvoorgangers van) v.o.f. P. Overkamp voorkomende hoofdbestanddeel 'Overkamp'."

ten onrechte, om de navolgende redenen, te lezen in hun onderling verband en samenhang.

Ter gelegenheid van de mondelinge behandeling in hoger beroep is zijdens P. Overkamp door Mr van der Molen gesteld en niet weersproken zodat hiervan in cassatie mag worden uitgegaan: "Tot 1983 heeft Ben Overkamp zijn handelsnaam nauwelijks gevoerd. Ben Overkamp is momenteel actief op het-

zelfde werkgebied als mijn cliënt. Het betreft onder andere verkoop van grafstenen via overlijdensadvertenties. Voor 1983 richtte Ben Overkamp zich op een ander werkgebied".

In het licht hiervan is onvoldoende met redenen omkleed het oordeel van de Rechtbank dat de (nieuwe) stelling van P. Overkamp dat tot september 1983 geen gevaar voor verwarring bestond, onvoldoende toegelicht of van concreet bewijs-(aanbod) is voorzien.

Immers, de omstandigheid dat B. Overkamp tot 1983 zijn handelsnaam nauwelijks heeft gevoerd en/of de omstandigheid dat B. Overkamp zich voor 1983 op een ander werkgebied richtte dan P. Overkamp brengt mee, althans kan meebrengen, dat tot 1983 geen gevaar voor verwarring bestond. Ten onrechte is de Rechtbank hieraan dan ook voorbijgegaan.

e) Conclusie van de Advocaat-Generaal, Mr L. Strikwerda, 19 oktober 1994.

1. Het gaat in deze procedure hoofdzakelijk om de vraag in hoeverre de bepaling van art. 3:314 lid 1 BW (verjaring van een rechtsvordering tot opheffing van een onrechtmatige toestand) kan worden toegepast op een verzoek op grond van art. 6 Handelsnaamwet tot wijziging van een handelsnaam die reeds eerder door een ander rechtmatig gevoerd werd.

2. De feiten waarvan in cassatie dient te worden uitgegaan, komen, zakelijk weergegeven, op het volgende neer (zie p. 2 van de bestreden beschikking). De vennootschap onder firma Steenhouwerij P. Overkamp (verzoekster van cassatie) is de voortzetting van de in 1929 door de grootvader van P. ("Piet") en A.J. ("Ben") Overkamp begonnen steenhouwerij. In de door deze onderneming gevoerde handelsnaam kwam steeds het bestanddeel "Overkamp" voor. Natuursteenbedrijf Ben Overkamp B.V. (verweester in cassatie) is de voortzetting van een eind 1970 door Ben Overkamp begonnen steenhouwerij. Ook in de door deze onderneming gevoerde handelsnaam kwam steeds het bestanddeel "Overkamp" voor.

Beide ondernemingen zijn gevestigd te Gouda en beide leggen zich onder meer toe op het vervaardigen van grafzerken en grafmonumenten.

3. Bij verzoekschrift van 25 mei 1993 heeft de v.o.f. Steenhouwerij P. Overkamp (hierna: Piet Overkamp) zich gewend tot de Kantonrechter te Gouda en op de voet van art. 6 Handelsnaamwet verzocht de besloten vennootschap Ben Overkamp B.V. (hierna: Ben Overkamp) te bevelen de door deze gevoerde handelsnaam zodanig te wijzigen dat daarin het bestanddeel "Overkamp" niet meer voorkomt, op straffe van een dwangsom.

4. Ter afwering van het verzoek heeft Ben Overkamp onder meer – en voor zover thans in cassatie van belang – aangevoerd dat hij de door Piet Overkamp gewraakte handelsnaam reeds sinds 1970 voert, derhalve reeds meer dan twintig jaar, zodat de rechtsvordering van Piet Overkamp ingevolge art. 3:306 jo. art. 3:314 lid 1 BW is verjaard.

5. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep is dit beroep op verjaring gegrond geoordeeld. In hoger beroep overwoog de Rechtbank te 's-Gravenhage bij haar thans bestreden beschikking van 16 maart 1994 dat, anders dan Piet Overkamp in hoger beroep had gesteld, aangenomen moet worden dat met betrekking tot de door beide ondernemingen gevoerde handelsnamen ook reeds in de periode van 1 oktober 1970 tot 1 september 1983 sprake was van gevaar voor verwarring in de zin van art. 5 Handelsnaamwet en kwam tot de conclusie (p. 4 van de bestreden beschikking)

"dat met ingang van 1 oktober 1970 de in artikel 3:314 lid 1 en 2 BW bedoelde termijnen van verjaring zijn gaan lopen. Op 1 januari 1993, de datum waarop deze termijnen ingevolge het overgangsrecht zijn voltooid, verloor de v.o.f. P. Overkamp derhalve de rechtsvordering ex artikel 5 (6), LS) Handelsnaamwet jegens de wederpartij en verkreeg Ben Overkamp B.V. derhalve op de voet van artikel 3:105 BW het recht op het hoofdbestanddeel "Overkamp". Dit bestanddeel werd door Ben Overkamp B.V. dus rechtmatig in de handelsnaam gevoerd op het moment dat het inleidend verzoekschrift werd ingediend" (onderstreping door de Rechtbank).

6. Piet Overkamp is tegen de beschikking van de Rechtbank (tijdig) in cassatie gekomen met een uit zeven onderdelen opgebouwd middel. Na het beschikbaar komen van de processen-verbaal van de mondelinge behandeling in eerste aanleg en in hoger beroep heeft Piet Overkamp bij aanvullend verzoek nog een tweede cassatiemiddel voorgesteld. Ben Overkamp heeft een verweerschrift ingediend en, onder bestrijding van beide middelen, verzocht het cassatieberoep te verwerpen.

7. *Onderdeel 1 van het eerste middel* bestrijdt, als ik het goed zie, niet het oordeel van de Rechtbank dat een verzoek op de voet van art. 6 Handelsnaamwet kan worden beschouwd als een rechtsvordering tot opheffing van een onrechtmatige toestand in de zin van art. 3:314 lid 1 BW. En terecht niet: een handelsnaam "voeren", zoals de wet het uitdrukt, duidt op continuïteit van het gebruik van de naam. In de MvT bij de Handelsnaamwet wordt met betrekking tot art. 7, dat het voeren van een handelsnaam in strijd met de Handelsnaamwet als overtreding strafbaar stelt, dan ook aangekend dat dit delict "uit de aard der zaak een voortdurend delict is" (zie S&J Handelsnaamwet, 13e dr. 1986, p. 105/106). Onder een voortdurend delict moet worden verstaan het doen bestaan of voortbestaan van een verboden toestand. Vgl. Hazewinkel-Suringa's *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, bewerkt door J. R Emmelink, 13e dr. 1994, p. 118.

8. Het onderdeel klaagt dat de Rechtbank niet heeft duidelijk gemaakt aan welke maatstaf zij heeft getoetst en welke feitelijkeheden in het onderhavige geval de onrechtmatige toestand uitmaken. Volgens het onderdeel is het oordeel van de Rechtbank onjuist, indien zij aan een andere maatstaf heeft getoetst dan die van de continue inbreuk, en is in elk geval onbegrijpelijk waarin de Rechtbank de continue inbreuk gelegen acht.

9. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van art. 3:314 BW blijkt dat onder "onrechtmatige toestand" in de zin van dat artikel begrepen dient te worden een situatie waarin sprake is van een "continue inbreuk". Zie PG Boek 3, p. 929 (MvA II). Ter toelichting wordt t.a.p. opgemerkt:

"Incidentele inbreuken zijn daartoe niet voldoende, ook als zij herhaaldelijk, als het ware in serie plaatsvinden. Zo zal de bepaling niet van toepassing zijn in gevallen van hinder die hun oorzaak vinden in niet continue, maar telkens terugkerende verschijnselen als rumoer, trillingen, stank. Anders zal het echter in de regel zijn, wanneer de hinder bestaat in het onthouden van licht en lucht".

10. Door te oordelen dat ook reeds in de periode van 1 oktober 1970 tot 1 september 1983 sprake was van gevaar voor verwarring in de zin van art. 5 Handelsnaamwet, is de Rechtbank er kennelijk van uitgegaan dat Ben Overkamp sedert 1 oktober 1970 de gewraakte handelsnaam heeft gevoerd in de zin die de wet aan het voeren van een handelsnaam geeft. Daarin ligt besloten dat de Rechtbank van oordeel is dat het gebruik van die naam door Ben Overkamp voldoet aan de eis van continuïteit.

11. De rechtsklacht mist derhalve feitelijke grondslag. Het oordeel dat Ben Overkamp sedert 1 oktober 1970 de gewraakte handelsnaam voert, is als feitelijk oordeel aan de Rechtbank voorbehouden. Het oordeel is ook niet onbegrijpelijk en, tegenover de eerst in hoger beroep door Piet Overkamp aangevoerde andersluidende stelling, voldoende gemotiveerd.

12. Het onderdeel verdedigt voorts de stelling dat van een continue inbreuk gedurende de bedoelde periode niet kan worden gesproken, omdat de inbreuk niet steeds dezelfde feitelijke omvang heeft gehad. Verwezen wordt in dit verband naar de in feitelijke aanleg aangevoerde stelling van Piet Overkamp dat Ben Overkamp, die zich in het verleden voornamelijk zou hebben gericht op bouwkundige aannemers, zich meer en meer zou zijn gaan toeleggen op de vervaardiging en verkoop van grafzerken en grafmonumenten.

In de toelichting op dit onderdeel wordt een beroep gedaan op het in de parlementaire stukken (p. 930) genoemde voorbeeld:

"De verjaring treedt in, voor zover de dan bestaande toestand bij de aanvang van de verjaring reeds bestond. Is b.v. op een perceel hoger gebouwd dan een daarop rustende erfdienstbaarheid toelaat, dan zal na het verstrijken van de termijn niet meer de afbraak van het te

hoog gebouwde kunnen worden gevorderd. Maar dat brengt niet mee dat, indien het bouwwerk later nog hoger zou worden opgetrokken, ook de rechtsvordering tot verwijdering van dit hoogste stuk verjaard zou zijn."

13. De vergelijking van dit geval met geval waarin een onderneming binnen haar handelsdebiet haar activiteiten opvoert, gaat m.i. mank. Het nog hoger optrekken van het gebouw is te vergelijken met uitbreiding van het handelsdebiet. Er is dan sprake van een nieuwe inbreuk, omdat onder de handelsnaam een nieuwe markt betreden wordt. Het opvoeren van de activiteiten binnen het bestaande handelsdebiet, continueert slechts de bestaande inbreuk, omdat niet getreden wordt buiten de markt waarop men reeds onder de gewraakte handelsnaam aanwezig was.

14. Tenslotte klaagt het onderdeel dat het oordeel van de Rechtbank onbegrijpelijk is, althans onvoldoende gemotiveerd is, omdat Ben Overkamp niet zou hebben betwist de stelling van Piet Overkamp dat "het voeren van een handelsnaam niet is een onrechtmatige toestand in de zin van art. 3:314 BW".

15. De klacht lijkt mij tot falen gedoemd. Reeds in het feit dat Ben Overkamp zijn beroep op verjaring mede heeft doen steunen op art. 3:314 BW, ligt besloten dat hij de bedoelde stelling van Piet Overkamp heeft betwist. Bovendien strandt de klacht in ieder geval op gebrek aan belang, nu in cassatie het rechtsoordeel van de Rechtbank dat de bepaling van art. 3:314 lid 1 BW kan worden toegepast op een op art. 6 Handelsnaamwet gegrond verzoek niet is bestreden.

16. Het *tweede middel* sluit aan bij onderdeel 1 van het eerste middel en verwijt de Rechtbank haar verwerping van de stelling van Piet Overkamp, dat tot september 1983 geen gevaar voor verwarring bestond, onvoldoende te hebben gemotiveerd.

17. Het middel is m.i. tevergeefs voorgesteld. De ter gelegenheid van de mondelinge behandeling door Piet Overkamp aangevoerde stelling heeft de Rechtbank kennelijk te weinig concreet geoordeeld tegenover het eerder door Piet Steenkamp ingenomen standpunt, dat Ben Overkamp zich "meer en meer" is gaan toeleggen op de vervaardiging en verkoop van grafzerken en grafmonumenten. Dit oordeel is aan de Rechtbank, als rechter die over de feiten oordeelt, voorbehouden, en is niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.

18. De *onderdelen 2 tot en met 7 van het eerste middel* keren zich met rechts- en motiveringsklachten tegen het oordeel van de Rechtbank dat het onderhavige verzoek van Piet Overkamp ex art. 6 Handelsnaamwet moet worden opgevat als een rechtsvordering tot beëindiging van het bezit van een niet-rechthebbende in de zin van art. 3:314 lid 2 BW.

19. De klachten zullen reeds wegens gemis aan belang moeten falen. Het door onderdeel 1 van het eerste middel en door het tweede middel tevergeefs bestreden oordeel van de Rechtbank kan de beslissing van de Rechtbank zelfstandig dragen.

20. De *conclusie* strekt tot verwerping van het beroep.

f) De Hoge Raad, enz.

1. Het geding in feitelijke instanties

Verzoekster tot cassatie – verder te noemen: Piet Overkamp – heeft bij verzoekschrift van 25 mei 1993 de Kantonrechter te Gouda verzocht verweerster in cassatie – verder te noemen: Ben Overkamp – te bevelen de door haar gevoerde handelsnaam zodanig te wijzigen dat daarin het bestanddeel Overkamp niet meer voorkomt.

Nadat Ben Overkamp tegen de verzochte voorziening verweer had gevoerd en in reconventie verzocht had Piet Overkamp te bevelen de door haar gevoerde handelsnaam te wijzigen in die van "Steenhouwerij Fa. P. Overkamp" heeft de Kantonrechter bij beschikking van 29 december 1993 in conventie Piet Overkamp niet ontvankelijk verklaard in haar verzoek, en in reconventie het verzoek afgewezen.

Tegen deze beschikking heeft Piet Overkamp hoger beroep ingesteld bij de Rechtbank te 's-Gravenhage.

Bij beschikking van 16 maart 1994 heeft de Rechtbank de bestreden beschikking van de Kantonrechter bekrachtigd. De beschikking van de Rechtbank is aan deze beschikking gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen de beschikking van de rechtbank heeft Piet Overkamp beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierekest en het verzoekschrift houdende een aanvullend middel tot cassatie zijn aan deze beschikking gehecht en maken daarvan deel uit. Ben Overkamp heeft verzocht het beroep te verwerpen. De conclusie van de Advocaat-Generaal Strikwerda strekt tot verwerping van het beroep.

3. Beoordeling van de middelen

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

In 1929 is de grootvader van Piet en Ben Overkamp een steenhouwerij begonnen. Met ingang van 1 januari 1991 heeft Piet Overkamp het door zijn grootvader gestichte bedrijf overgenomen.

Eind 1970 is ook Ben Overkamp met een steenhouwerij begonnen.

Beide ondernemingen zijn gevestigd te Gouda; het bestanddeel "Overkamp" maakt deel uit van de handelsnaam van beide ondernemingen. Beide bedrijven leggen zich onder meer toe op het vervaardigen en verkopen van grafzerken en grafmonumenten.

3.2 Het gaat in deze zaak om een verzoekschriftprocedure als bedoeld in art. 6 Handelsnaamwet, welke procedure in het onderhavige geval tot inzet heeft dat Ben Overkamp wordt bevolen de door hem gevoerde handelsnaam zodanig te wijzigen dat daarin het bestanddeel "Overkamp" niet langer voorkomt. Niet aan de orde is derhalve de vraag of Ben Overkamp zich jegens Piet Overkamp heeft schuldig gemaakt aan onrechtmatige gedragingen die niet bestaan in het voeren van de voormelde handelsnaam in weerwil van het verbod van art. 5 Handelsnaamwet.

Ben Overkamp heeft zich onder meer verweerd met een beroep op verjaring van de rechtsvordering die Piet Overkamp met zijn verzoek beoogt in te stellen. Daartoe heeft Ben Overkamp aangevoerd dat hij reeds meer dan twintig jaren de voormelde handelsnaam voert en dat uit art. 3:306 in verbinding met art. 3:314 BW volgt dat hier een verjaringstermijn van twintig jaar geldt en dat deze termijn is verstreken, terwijl deze termijn hier van toepassing is in verband met het bepaalde in art. 73 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek.

De Kantonrechter en de Rechtbank hebben dit beroep op verjaring gegrond geacht.

3.3 Onderdeel 1 van het middel richt zich tegen het oordeel van de Rechtbank, dat de in art. 3:314 lid 1 BW bedoelde verjaringstermijn in het onderhavige geval is gaan lopen met ingang van 1 oktober 1970 en derhalve voltooid was. Het onderdeel voert aan dat de Rechtbank onvoldoende heeft duidelijk gemaakt welke maatstaf zij heeft gehanteerd bij haar oordeel dat gedurende voormelde periode sprake was van een "onrechtmatige toestand" als bedoeld in art. 3:314 lid 1 en welke feiten zij daartoe in aanmerking heeft genomen.

Voor zover het onderdeel veronderstelt dat de Rechtbank niet als maatstaf heeft aangelegd of sprake was van een voortdurende onrechtmatigheid gelegen in het vanaf 1 oktober 1970 voeren van een handelsnaam in strijd met het verbod van art. 5 Handelsnaamwet, kan het bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden.

De Rechtbank heeft de eerst in appel door Piet Overkamp aangevoerde stelling, dat tot september 1983 geen gevaar voor verwarring bestond, verworpen en geoordeeld dat ook reeds in de periode van 1 oktober 1970 tot 1 september 1983 sprake was van gevaar voor verwarring in de zin van art. 5 Handelsnaamwet, doordat Ben Overkamp bij de exploitatie van zijn onderneming gebruik maakte van het in de handelsnaam van (de rechtsvoorgangers) van Piet Overkamp voorkomende hoofdbestanddeel "Overkamp".

In een en ander ligt besloten het oordeel van de Rechtbank dat de onrechtmatige toestand, bedoeld in art. 3:314 lid 1, in het onderhavige geval gedurende de gehele door de Rechtbank in aanmerking genomen periode heeft voortgeduurd. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.

Anders dan het onderdeel voorts aanvoert, is de slotsom, dat sprake is van een onrechtmatige toestand als hiervoor bedoeld, niet slechts toelaatbaar indien de overtreding van het verbod gedurende de gehele verjaringstermijn dezelfde feite-

lijke omvang heeft gehad. De omstandigheid dat Piet Overkamp had gesteld dat Ben Overkamp "die zich in het verleden voornamelijk richtte op bouwkundige aannemers, zich meer en meer is gaan toeleggen op de vervaardiging en verkoop van grafzerken en grafmonumenten, zijnde de specialiteit van verzoekster", behoeft de Rechtbank dan ook niet te weerhouden van haar oordeel dat de onrechtmatige toestand op 1 oktober 1970 een aanvang heeft genomen doordat sedert die datum het bestanddeel "Overkamp" deel uitmaakte van de handelsnaam van de onderneming van Ben Overkamp, welke onderneming, evenals de onderneming van Piet Overkamp, een steenhouwerijbedrijf was en was gevestigd te Gouda.

3.4 De slotklacht van onderdeel 1 kan evenmin tot cassatie leiden. In de omstandigheid dat Ben Overkamp zich heeft beroepen op het bepaalde in art. 3:314 ligt besloten dat hij, anders dan de klacht aanvoert, de stelling van Piet Overkamp dat het voeren van een handelsnaam niet is een onrechtmatige toestand in de zin van art. 3:314, heeft betwist.

3.5 Het aanvullende middel komt op tegen het oordeel van de Rechtbank dat Piet Overkamp zijn eerst in appel voorgedragen stelling dat tot september 1983 geen gevaar voor verwarring bestond, onvoldoende heeft toegelicht of van concreet bewijs(aanbod) heeft voorzien.

De klacht faalt. In hetgeen in hoger beroep door Piet Overkamp is aangevoerd, heeft de Rechtbank "onvoldoende aanleiding" gevonden om het door Piet Overkamp in eerste aanleg gestelde, te weten dat gevaar voor verwarring tussen beide steenhouwerijen reeds vanaf 1970 bestond, "ter zijde te stellen". Het oordeel van de Rechtbank is in het licht van de gedingstukken niet onbegrijpelijk; het behoeft niet nader te worden gemotiveerd.

3.6 De onderdelen 2 tot en met 7 van het eerstvoorgedragen middel, die zich keren tegen de toepassing door de Rechtbank van het tweede lid van art. 3:314, missen belang. Hetgeen de Rechtbank heeft overwogen met betrekking tot het eerste lid van dat artikel kan haar beslissing zelfstandig dragen. De onderdelen behoeven derhalve niet te worden behandeld.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Piet Overkamp in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Ben Overkamp begroot op f 400,- aan verschotten en f 2.500,- voor salaris, enz.

¹⁾ Verjaring van de actie tegen onrechtmatige handelsnaam.

In zijn arrest van 4 februari 1949 (NJ 1949, 185) heeft de Hoge Raad uitspraak gedaan over de verjaring bij continue daden van oneerlijke mededinging. Het ging in dat geval om het gebruik – sinds 1897, dus meer dan dertig jaar – van een verwarringstichtende handelsnaam en merk voor Haarlemmerolie, met name het gebruik van de naam "Tilly" als onderdeel van handelsnaam en merk. De Hoge Raad overwoog:

"dat elke daad van oneerlijke mededinging, die aan een ander schade toebrengt, voor die ander het recht doet ontstaan om van de rechter te vorderen veroordeling van de dader tot vergoeding van de hem door die daad toegebrachte schade, alsmede een tot dien dader gericht verbod om gelijke daden in de toekomst te zijnen opzichte te plegen; dat derhalve indien iemand een aantal malen een daad van oneerlijke mededinging tegen denzelfden persoon begaat, elk van die daden voor dien persoon zulk een vorderingsrecht doet ontstaan, van elk van welke rechten de termijn van verjaring eerst na iedere daad een aanvang neemt."

Met deze rechtsregel (een van de successen van Croon) heeft de wetgever nu definitief en welbewust gebroken: het arrest wordt in de MvA II, de toelichting op het toen voorgestelde art. 3:314, met zoveel woorden genoemd (Parl. Geschiedenis boek 3 p. 929). De aangevoerde reden is dat als het gaat om een onrechtmatige toestand het

recht zich na verloop van tijd bij de feiten behoort aan te sluiten. Dat daarbij nog wel een uitzondering wordt gemaakt voor incidentele inbreuken "ook als zij als het ware in serie plaatsvinden" (met verwijzing naar verschijnselen als rumoer, trillingen, stank) heeft de verzoeker tot cassatie niet kunnen helpen, en ik denk dat dat terecht is: het voeren van een onrechtmatige handelsnaam is veeleer te zien als een onrechtmatige toestand dan als een incidentele inbreuk.

Nu doet zich bij handelsnamen wel het probleem voor dat kleine kinderen groot worden en dat wat men eerst – mede gezien bestaande familierelaties – niet hinderlijk vond, in een latere fase wel hinderlijk kan blijken te zijn en dan is het misschien te laat. De eerdere gebruiker zal dus in een vroeg stadium tot het nemen van maatregelen tegen gelijkende handelsnamen moeten overgaan, want de Hoge Raad laat duidelijk blijken dat vergroting van de omvang van het bedrijf in dit verband niet terzake doet. Dat zou anders zijn als de onderneming met de verwarringwekkende handelsnaam een ander bedrijfsgebied zou betreden; dan kan het zijn dat een nieuwe, nog niet verjaarde, actie ontstaat; groei alleen is daartoe echter niet voldoende.

S.B.

Nr 6. Gerechtshof te Amsterdam, 24 februari 1994.

(Result)

Mrs J.H.F.J. Cremers, P. Ingelse en
J.W.F.M. Swinkels.

Art. 5 Handelsnaamwet en art. 13 onder A eerste lid aanhef en sub 2 Benelux Merkenwet j° art. 6:162 Burgerlijk Wetboek.

Vaststaat dat tussen appellante en geïntimeerde sub 1 in 1974 afspraken zijn gemaakt, die inhielden dat geïntimeerde sub 1 de naam Result in het kader van haar bedrijfsmatige activiteiten zou mogen blijven gebruiken, zij het onder bepaalde restricties met betrekking tot de presentatie van haar bedrijf naar buiten toe, zulks ter voorkoming van verwarring van haar onderneming met het bureau van appellante. De enkele geconstateerde schendingen door geïntimeerde sub 1 van de gemaakte afspraken zijn onvoldoende zwaarwegend om het thans gevorderde algehele verbod de aanduiding Result in haar handelsnaam te voeren te rechtvaardigen.

Dat geldt niet voor geïntimeerde sub 2, op wie de in 1974 gemaakte afspraken geen betrekking hebben. Verbod ex art.5 Hnw is gerechtvaardigd, niet ex art. 13A sub 2 BMW omdat niet aannemelijk is dat door dit gebruik aan de zijde van appellante schade kan ontstaan.

Result Communications & Marketing B.V. te Amsterdam, appellante, procureur Mr P.A.M. Hendrick, advocaat Mr L. Oosting te Amsterdam,

tegen
1. Result Verkoop- en Adviesbureau B.V. te Heerhugowaard, en
2. Result II B.V. te Badhoevedorp, geïntimeerden, procureur Mr H.J.M. Harmeling.

a) Tussenvonnissen Arrondissementsrechtbank te Haarlem, 16 januari 1990 (Mrs J. Vrij, J.H. Huijzer en J.G. Kok).

2. De vordering

Eiseres vordert – kort gezegd – dat aan gedaagden [Result Verkoop- en Adviesbureau c.s. Red.] verboden wordt inbreuk te maken op aan de aan eiseres exclusief toekomende merk-rechten op de woordmerken "Result" en "Result Reclame & Marketing" en op haar handelsnaam, door op welke wijze dan ook de aanduiding "Result" te gebruiken.

3. Het verweer

Voor wat betreft het beroep op merkinbreuk voeren gedaag-