

N.V. Koninklijke Pharmaceutische Fabrieken v/h Brocades-Stheeman & Pharmacia te Meppel, verzoekster, gemachtigden Mrs C. Croon c.s.,
tegen

De vennootschap naar Duits recht C. H. Boehringer Sohn te Ingelheim (Rhein), Bondsrepubliek Duitsland, verweerster, gemachtigde Mr J. M. Barents.

De Rechtbank, enz.

Overwegende, dat requestrante ten requeste de nietigverklaring heeft verzocht van de ten name van gerequesteerde hier te lande op 10 juli 1961 onder nr. 245.307 plaatsgevonden inschrijving van het woordmerk „INGO-SPASMOL” voor de waren:

„médicaments, produits chimiques pour la médecine et l'hygiène, drogues pharmaceutiques, emplâtres, étouffes pour pansements, produits pour la destruction d'animaux et de végétaux, désinfectants, produits pour conserver les aliments”;

O., dat het verzoek is gegrond op requestrantes cyclone woordmerken „CYCLOSPASMOL” en „SPASMO-CYCLONE”, op welke merken zij onweersproken heeft gesteld krachtens eerst gebruik hier te lande rechthebbende te zijn voor de waren: „geneesmiddelen en pharmaceutische preparaten”, voor welke waren die twee merken in de registers van het Bureau voor de Industriële Eigendom zijn ingeschreven: respectievelijk op 23 november 1950 onder nr. 106.932 en op 3 september 1951 onder no. 110.155;

O., dat weliswaar het aangevallen merk van gerequesteerde en het eerstgenoemde merk van requestrante de beide laatste lettergrepen „SPASMOL” gemeen hebben, en het aangevallen merk en requestrantes merk „SPASMO-CYCLONE” de lettercombinatie „SPASMO” gemeen hebben;

O., dat echter door de door gerequesteerdes gemachtigde overgelegde fotocopiëën van een vijftiental — niet, althans onvoldoende betwiste — merkenschrijvingen van verschillende merkhouders, welke inschrijvingen alle ouder zijn dan requestrantes merkenschrijvingen, kan worden aangenomen, dat „spasmo”, „spasma” of „spasme” — welke onderdelen alle, evenals „spasmo”, kenmerkend duiden op een middel tegen kramp — hier te lande veelvuldig voorkomt (en ook reeds vóór de inschrijvingen van requestrantes merken voorkwam) in merken voor waren, die gelijksoortig of aanverwant zijn aan de onderhavige waren;

O., dat derhalve aan de onderdelen „SPASMO” en „SPASMOL” geen of weinig onderscheidend vermogen kan worden toegekend;

O., dat dan ook de te dien aanzien bestaande overeenstemming tussen het aangevallen merk en requestrantes merken niet beslissend is voor de beantwoording van de vraag of tussen het aangevallen merk en de merken van requestrante (of één van requestrantes merken) overeenstemming in hoofdzaak, althans verwarringwekkende overeenstemming als bedoeld in art. 10 lid 1 sub *b* der Merkenwet bestaat, doch integendeel dwingt de aandacht in het bijzonder te richten op de overige bestanddelen der merken, te weten: „INGO” bij het aangevallen merk en „CYCLO” en „CYCLONE” bij requestrantes merken;

O., dat de bestanddelen „INGO” en „CYCLO” wel beide uit twee lettergrepen bestaan en beide als laatste letter de klinkende *o* hebben, doch niettemin tussen die bestanddelen noch visuele, noch auditieve gelijkenis bestaat;

O., dat dit laatste in nog sterkere mate geldt voor de bestanddelen „INGO” en „CYCLONE”;

Overwegende, dat de verschillen tussen de bestanddelen „INGO” enerzijds en „CYCLO” en „CYCLONE” anderzijds naar het oordeel der Rechtbank voldoende duidelijk zijn om — wanneer de litigieuze merken in hun geheel worden beschouwd — te voorkomen, dat zou kunnen worden gesproken van overeenstemming in hoofdzaak

of van verwarringwekkende overeenstemming, als bedoeld in art. 10 lid 1 sub *b* der Merkenwet, tussen het aangevallen merk en requestrantes merken (of één van haar merken); enz.

**Nr 59. Hoge Raad der Nederlanden,
6 september 1962 (N.J. nr 360).
(Apollohotel)**

President: Mr P. H. Smits; Raden: Mrs F. J. de Jong, G. J. Wiarda, Ph. A. N. Houwing en J. H. H. Hülsmann.

Art. 5 Handelsnaamwet.

Zonder blijk te geven van een onjuiste opvatting van het begrip „voeren van een handelsnaam” in artikel 5 der Handelsnaamwet heeft de Rechtbank kunnen oordelen, dat uit de gedragingen waarop requestrante zich had beroepen tot staving van het gestelde gebruik van de naam Apollohotel (Hotel Apollo) als handelsnaam voor haar hotel vóór 16 juni 1959, niet blijkt van een voldoende duurzaam en onder de hotel-clientèle bekend gebruik om op grond daarvan aan te nemen dat naast de naam Apollohuis, waaronder de onderneming in het verkeer optrad, ook de naam Apollohotel (Hotel Apollo) kon gelden als een naam waaronder requestrante haar hotelzaak dreef. (Zie Hoge Raad, 25 januari 1962, B.I.E. nr 30, blz. 92)

Art. 6, lid 5 Handelsnaamwet.

De verzending door de griffier der Rechtbank van een aangetekend schrijven dd. 28 maart 1962 houdende kennisgeving van de beschikking der Rechtbank van 14 maart met mededeling van de inhoud van het dictum, moet voor de termijn voor beroep in cassatie op één lijn worden gesteld met de verzending van een afschrift van de beschikking door de griffier, zodat de termijn van één maand is ingegaan op 29 maart 1962, ongeacht of de procureur van requestrante reeds voordien in het bezit van een afschrift van de beschikking is gekomen. ¹⁾

Art. 59 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering jo. art. 175 Grondwet.

De wet verplicht te dezen de Rechter in zijn beslissing niet tot redengeving.

Lily Schimmerling, weduwe van Leo Meyer, te Amsterdam, requestrante tot cassatie, advocaat Mr Y. H. M. Nijgh,
tegen

de naamloze vennootschap Apollo Hotel, te Amsterdam, gerequesteerde tot cassatie, advocaat Mr J. L. W. Sillevius Smitt.

a) Conclusie van de Advocaat-Generaal Mr M. S. VAN OOSTEN.

De bestreden beschikking vermeldt onder 1, 2 en 3 een aantal feiten, waaromtrent de Rechtbank heeft geoordeeld, dat deze feiten, in onderling verband en samenhang genomen, ten enenmale ongenoegzaam zijn om eruit af te leiden dat de verzoekster tot cassatie vóór 16 juni 1959 naast de oude handelsnaam „Hotel Apollohuis” voor haar hotelbedrijf als nieuwe handelsnaam de naam Apollohotel (Hotel Apollo) heeft gevoerd. In aansluiting hierop overweegt de Rechtbank: „Met name volgt niet uit die feiten, dat Mevrouw Meyer voor bedoelde datum onder die naam aan het handelsverkeer heeft deelgenomen op zodanige wijze dat die naam met betrekking tot haar bedrijf bij het publiek noemenswaardige bekendheid heeft of kan hebben gekregen en dat zij zich onder die naam bij het publiek aandient.”

Het tweeledige cassatiemiddel klaagt vooreerst, dat de Rechtbank, door te oordelen, dat uit de evengemelde feiten niet zou volgen dat de verzoekster tot cassatie vóór 16 juni 1959 onder de naam „Apollo Hotel” (Hotel Apollo) aan het handelsverkeer heeft deelgenomen op zodanige wijze, dat die naam met betrekking tot haar

bedrijf bij het publiek noemenswaardige bekendheid heeft of kan hebben gekregen en dat zij zich onder die naam bij het publiek aandiende, aan het begrip „voeren van een handelsnaam” als bedoeld in de Handelsnaamwet, in het bijzonder in artikel 5 dier wet, en aan de in dat artikel bedoelde prioriteit een onjuiste uitlegging heeft gegeven. Met het laatste wil het middel kennelijk tot uitdrukking brengen, dat de Rechtbank de vereisten voor het ontstaan van de prioriteit, rechtgevend op de bescherming, welke artikel 5 der Handelsnaamwet verleent, heeft miskend.

Een juiste opvatting van het „voeren van een handelsnaam”, rechtgevend op de bescherming, welke artikel 5 der Handelsnaamwet verleent, had de Rechtbank m.i. tot de gevolgtrekking moeten leiden, dat de evengemelde feiten, en met name uit de feiten, in de bestreden beschikking onder 2 en 3 weergegeven, het oordeel wet-tigen, dat verzoekster vóór 16 juni 1959 de naam „Hotel Apollo” voor haar onderneming en voor het daarin uitgeoefende hotelbedrijf heeft gevoerd in de zin van artikel 5 der Handelsnaamwet. Blijkens de beschouwingen, welke de Rechtbank wijdt aan het onder 3 vermelde feit, gaat de Rechtbank ervan uit, dat de nieuwe naam, „Hotel Apollo”, slechts dan gevoerd zou zijn voor deze onderneming, wanneer verzoekster zich met deze naam voor haar onderneming rechtstreeks zou hebben gewend tot het publiek en dat als „publiek” in dit verband slechts te beschouwen is het publiek, dat als clientele voor het bedrijf van verzoekster in aanmerking komt. Maar uit de arresten van Uw Raad van 6 oktober 1949 (*N.J.* 1949, no. 636) en 23 november 1951 (*N.J.* 1952, no. 757), beide besproken bij BOEKMAN, *De Handelsnaam*, Diss. Leiden 1956, pag. 75, wijzen uit, dat tot het publiek in de zin van de artt. 3 en 5 der Handelsnaamwet niet alleen moet worden gerekend het publiek, hetwelk als clientele van een bedrijf in aanmerking komt. En als leveranciers van grondstoffen en zelfs aspirant-werknemers van een onderneming als „publiek” zouden zijn te beschouwen, hoeveel te meer dan niet de bedrijfsgenoten, waartoe de verzoekster zich in of omstreeks de maand januari 1959 heeft gewend, toen zij de naam „Hotel Apollo” heeft bezigd in een opgave van logiesprijzen, — derhalve bij het verrichten van een bedrijfsmatige handeling —, aan het Bedrijfschap van het Hotel-, het Restaurant-, het Café- en het Pension- en Kamerverhuurbedrijf en Aanverwante bedrijven? Met die handelsnaam toch heeft verzoekster zich toen hier te lande m.i. gewend tot ondernemingen, zoals deze georganiseerd zijn in dat bedrijfschap, ingesteld bij K.B. van 22 december 1954, S. no. 605 (Ed. S. en J. no. 135 II, p. 138), derhalve tot ondernemingen, die in het bedrijfsleven een zelfde functie vervullen als de onderneming, waarin verzoekster haar hotelbedrijf uitoefent.

Daarenboven miskende de Rechtbank m.i., dat bij het voeren van een handelsnaam, waaronder een onderneming in het handelsverkeer optreedt en zich tot het publiek wendt, dit zich tot het publiek wenden (zo besliste Uw Raad bij het eerste in deze zaak gewezen arrest) op zeer verschillende wijzen kan geschieden. Nu kan men zich zowel middellijk als onmiddellijk met een handelsnaam, waaronder een onderneming wordt gedreven, tot het publiek wenden en men wendt zich m.i. als hotelhouder middellijk tot het publiek, dat als clientele voor het bedrijf in aanmerking komt, wanneer dit geschiedt via daartoe geëigende media als een reisbureau („Palex Tours” te Tel-Aviv) en een ander in het buitenland gevestigd lichaam als de „Câmara de Comércio Holanda-Brasileira” te São Paulo. Het verdient in dit verband de bijzondere aandacht dat, blijkens de onder 2 van de beschikking vermelde brief van 31 oktober 1960, geadresseerd aan „Hotel Apollo”, „Palex Tours” te Tel-Aviv ook bij zijn reserveringen de nieuwe naam heeft bezigd.

Het geheel van de activiteiten, in de bestreden beschikking onder 2 en 3 vastgesteld, strekken m.i. naar haar aard tot bevordering van een bedrijfsmatig doel, terwijl het daarbij gemaakte gebruik van de handelsnaam „Hotel Apollo” m.i. een gebruik oplevert, dat recht geeft op de door artikel 5 der Handelsnaamwet verleende bescherming, zulks te meer, nu door de verweerster niet is gesteld en nog minder is gebleken, dat de verzoekster zich verbonden had de nieuwe naam niet te voeren en dat het voeren van deze naam heeft plaatsgevonden onder zodanige omstandigheden, dat het een strafbaar feit of een andere onrechtmatige daad is geworden (vgl. in dit verband REIMER, *Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht*, 3e Aufl. (1954), p. 402, 408).

De in het middel onder a omschreven grief komt mij derhalve gegrond voor.

De motiveringsklacht, vervat in het middel onder b, kan m.i. niet slagen in verband met de rechtspraak van Uw Raad, aangehaald in de dissertatie van Mej. BOEKMAN op p. 102.

De voorziening in cassatie is m.i. ontvankelijk te achten. Naar luid van de bepaling van het 5e lid van artikel 6 der Handelsnaamwet kan door hem, die bij de beslissing van de Rechtbank geheel of gedeeltelijk in het ongelijk is gesteld, beroep in cassatie worden ingesteld. Onder de processtukken, welke aan Uw Raad zijn overgelegd, bevindt zich een afschrift van de beslissing, waarbij verzoekster geheel in het ongelijk is gesteld. Dit afschrift is door de Griffier gedagtekend op 28 maart 1962 en gericht aan Mevr. L. Schimmerling, Wed. Meijer. Blijkens door Uw Raad ten deze ingewonnen berichten is dit afschrift door de Griffier op 28 maart 1962 aan verzoekster verzonden. Het cassatieberoep is derhalve tijdig ingesteld. Voor de bepaling van de terminus a quo is m.i. irrelevant dat de Griffier op 15 maart 1962 een afschrift van de bestreden beschikking heeft afgegeven aan Mr J. H. Jonker, die in feitelijke aanleg heeft occupeerd als procureur van partij Schimmerling.

Ik concludeer, dat de Hoge Raad de bestreden beschikking vernietigde op grond van artikel 105 der Wet R.O. en, vervolgens, dat de Hoge Raad, recht doende ten principale, des Kantonrechtters beschikking bekrachtige, met verbetering van de gronden in dier voege, dat de beschikking van de eerste rechter ruste op deze grond, dat verzoekster voor haar onderneming de handelsnaam „Hotel Apollo” rechtmatig heeft gevoerd voordat de verweerster deze naam is gaan voeren.

b) De Hoge Raad, enz.

Overwegende dat verweerster zich heeft beroepen op de niet-ontvankelijkheid van requestante in het door haar ingestelde beroep in cassatie wegens overschrijding van den daarvoor gestelden termijn;

dat dit middel van niet-ontvankelijkheid moet worden verworpen;

dat toch de verzending van het — bij de stukken aanwezige — door den griffier der Rechtbank dd. 28 Maart 1962 aangetekend aan partij Schimmerling verzonden schrijven houdende kennisgeving van de beschikking der Rechtbank van 14 Maart met mededeling van den inhoud van het dictum daarvan, voor de toepassing van het in artikel 6, lid 5, der Handelsnaamwet bepaalde omtrent den termijn voor beroep in cassatie op één lijn gesteld moet worden met de verzending van een afschrift van de beschikking door den griffier;

dat derhalve de in laatstgenoemde bepaling vermelde termijn van één maand te dezen is ingegaan op 29 Maart 1962, terwijl onverschillig is of de procureur van partij Schimmerling reeds voordien in het bezit is gekomen van een afschrift van de beschikking der Rechtbank;

Ten aanzien van het middel:

O. dat hetgeen de Rechtbank heeft overwogen met betrekking tot de gedragingen, waarop requestante zich ten

processe had beroepen tot staving van het gestelde gebruik van den naam Apollohotel (Hotel Apollo) als handelsnaam voor haar hotel vóór den datum van 16 Juni 1959, neerkomt op het oordeel dat uit deze gedragingen — al blijkt daaruit van zekere voorbereiding tot naamswijziging en van een enkele maal reeds gebezigd zijn van dezen naam — niet blijkt van een voldoende duurzaam en onder de hotel-clientèle bekend gebruik om op grond daarvan aan te nemen dat naast den naam Apollohuis, waaronder de onderneming in het verkeer optrad, ook de naam Apollohotel (Hotel Apollo) kon gelden als een naam waaronder requestante in bedoelde periode haar hotelzaak dreef;

dat de Rechtbank zonder blijk te geven van een onjuiste opvatting van het begrip „voeren van een handelsnaam” in artikel 5 der Handelsnaamwet aldus heeft kunnen oordelen;

O. dat mitsdien onderdeel *a* van het middel niet tot cassatie kan leiden;

O. dat ditzelfde geldt voor onderdeel *b*, vermits de klacht dat de Rechtbank haar beschikking niet naar den eis der wet met redenen heeft omkleed daarop afstuit dat de wet te dezen niet tot redengeving verplicht;

Verwerpt het beroep, enz.

1) Cassatietermijn in handelsnaamzaken.

De in art. 6 H.N.W. voorgeschreven verzending door de griffier van een afschrift van de beschikking vindt in de praktijk dikwijls niet plaats, al was het alleen maar omdat de procureurs van partijen een afschrift plegen te laten halen, als de zaak van enig belang is. Wanneer begint dan de termijn voor beroep te lopen? Volgens de Hoge Raad *niet* op de dag, dat een afschrift van de beschikking in het bezit van de procureurs van partijen — of, naar men mag aannemen, van partijen zelf — is gekomen, doch *wel* op de dag waarop de griffier een kennisgeving aan partijen verzonden heeft, waarin mededeling wordt gedaan van de inhoud van wat de Hoge Raad het „dictum” van de beschikking noemt.

Deze beslissing van de Hoge Raad kan tot moeilijkheden leiden. Wat indien ook de verzending van een dergelijke kennisgeving — waartoe de griffier niet verplicht is — achterwege blijft? In de zienswijze van de H.R. zou dan de beroepstermijn, behoudens in geval van berusting, nimmer verlopen. En wat, indien wel een kennisgeving, als hier bedoeld, verzonden wordt, doch een compleet afschrift van de beschikking niet, althans niet tijdig, in het bezit van partijen is? Ook dit laatste is in de praktijk niet onmogelijk. In dat geval zou, als men de opvatting van de Hoge Raad volgt, de beroepstermijn kunnen verlopen, zonder dat partijen van de inhoud van de beschikking en met name van de — zij het onverplicht gegeven — motivering van de beslissing hebben kunnen kennismaken, zodat zij praktisch in de onmogelijkheid zouden verkeren om beroep in te stellen.

S.B.

Nr 60. Gerechtshof te Amsterdam, Eerste Kamer, 16 maart 1961.

President: Mr J. C. Brongers; Raden: Mrs L. Hollander
en D. A. van der Linde.

Handelsnaam firma B. J. Geijssen en Co.

Art. 30 Wetboek van Koophandel.

De handelsnaam van een ontbonden vennootschap onder firma waarin de eigennaam van een der vennoten voorkomt, kan, indien deze niet uitdrukkelijk daarin toestemt, na ontbinding der vennootschap door de andere vennoot niet rechtmatig worden gevoerd; stilzwijgende toestemming, bij gevolgtrekking af te leiden, is daartoe onvoldoende.¹⁾

Art. 5 Handelsnaamwet.

Geen beroep op eerder gebruik komt toe aan de vennoot die zijn handelsnaam niet op rechtmatige wijze van de ontbonden vennootschap heeft verkregen.^{2) 3)}

Maarten Hartog, te Vlaardingen, appellant, procureur
Mr H. Mulderije,
tegen

B. J. Geijssen, te Amsterdam, geïntimeerde, procureur
Mr E. L. Bakhuijs.

a. President Arrondissements-Rechtbank te Amsterdam, 25 juli 1960 (Mr W. C. Hassoldt).

De President, enz.

Overwegende dat als erkend, althans niet of onvoldoende weersproken tussen partijen vaststaat:

dat eiser (Hartog) met gedaagde (Geijssen) op of omstreeks 14 april 1958 een vennootschap onder firma heeft opgericht met de handelsnaam: „Firma B. J. Geijssen en Co.”, ten doel hebbende in hoofdzaak de revisie van machines en werktuigen, alsmede de handel in gereedschappen;

dat deze vennootschap op of omstreeks 11 maart 1960 door partijen in gemeen overleg is ontbonden, waarbij partijen een in een op laatstgemelde datum gedateerde akte neergelegde overeenkomst hebben gesloten ter regeling van hun rechtsverhouding;

dat bij die overeenkomst onder meer is bepaald, dat partij Hartog belast zou zijn met de liquidatie van de vennootschap;

dat gedaagde Geijssen na 11 Maart 1960 een soortgelijk bedrijf als van de ontbonden vennootschap is begonnen en zich daarbij bedient van een handelsnaam, waarvan de woorden „B. J. Geijssen” het kenmerkend bestanddeel uitmaken;

O. dat eiser — stellende dat gedaagdes voormeld gebruik van laatstbedoelde handelsnaam in strijd met de door partijen als vorenomschreven op of omstreeks 11 maart 1960 gesloten overeenkomst en dus onrechtmatig is, alsmede dat door meergemeld gebruik schade voor eiser is ontstaan althans dreigt en dat eisers belang een onverwilde voorziening bij voorraad nodig maakt — thans onder meer (zakelijk weergegeven) vordert, dat Wij gedaagde zullen verbieden de handelsnaam te voeren: „Firma B. J. Geijssen en Co.” of een zodanige handelsnaam, die van voormelde naam slechts in geringe mate afwijkt, zulks op verbeurte van een dwangsom en met veroordeling van gedaagde in de kosten van dit geding;

O. dat gedaagde vooreerst heeft tegengeworpen, dat eisers vordering strekt tot nakoming van verplichtingen, voortvloeiende uit het vennootschapscontract en uit de ontbinding en de scheiding en deling van de vennootschap, en dat de vordering niet is gebaseerd op onrechtmatige daad, weshalve eiser geen spoedeisend belang heeft bij voorzieningen als ten deze gevorderd en het gevorderde reeds daarom dient te worden ontzegd;

O. dat Wij gedaagde in dit standpunt niet kunnen volgen, aangezien de wet de kort geding-procedure geenszins voorbehoudt voor vorderingen uit onrechtmatige daad en niet valt in te zien waarom niet in kort geding voorzieningen als de thans door eiser gevraagde zouden kunnen worden gevorderd ter nakoming van contractuele verplichtingen;

O. dat gedaagde ter bestrijding van eisers stellingen voorts heeft aangevoerd:

dat opgemelde overeenkomst van 11 maart 1960 strekte tot ontbinding van de tussen partijen bestaande vennootschap onder firma;

dat daarbij eiser Hartog was aangewezen als liquidateur en uit dien hoofde onder meer de lopende orders — zulks met na te melden uitzondering — zou afwerken;

dat partijen „op basis van fifty-fifty” de vermogensbestanddelen van de vennootschap onder firma wensten te verdelen en Hartog te dien einde na af-