

## RECHTDOENDE IN NAAM DER KONINGIN IN KORT GEDING!

Weigeren de verzochte tussenkomst;

Veroordelen eiseres in de kosten van dit geding aan de zijde van gedaagden sub 1 en 2 tot deze uitspraak begroot op f 400,— (vierhonderd gulden) en aan de zijde van gedaagde sub 3 op nihil. Enz.

## Nr 72. Hoge Raad der Nederlanden, 24 december 1976.

(Tandem/Tendum)

President: Mr C. W. Dubbink;  
Raden: Mrs H. Drion, W. Sniijders, H. K. Köster en  
W. L. Haardt.

*Artikel 1 Handelsnaamwet.*

*De Rechtbank heeft geen onjuiste maatstaf toegepast door het verweer van Tandem, dat Tendum alle kenmerken van een onderneming mist, te verwerpen o.m. 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. De Rechtbank behoeft zich derhalve niet te verdiepen in de vraag of Tendum wel een economische eenheid vormde en of er wel een akte van vennootschap was en ook niet in te gaan op het verweer dat Tendum niet in het Handelsregister was ingeschreven. 1)*

*Artikel 5 Handelsnaamwet.*

*Ook bij ondernemingen die werkzaam zijn op een gespecialiseerd terrein en zich in het bijzonder richten tot een categorie van ingewijden, moet men bij de beoordeling van de mogelijkheid van verwarring tevens acht slaan op het normaal oplettend publiek dat niet tot de categorie behoort waarop de ondernemingen zich in het bijzonder richten, zoals bijvoorbeeld leveranciers.*

*Artikel 6 Handelsnaamwet j<sup>o</sup> 429 h Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.*

*Rechtbank: Dat Tandem bij toewijzing van het verzoek schade lijdt door Tendum's veronachtzaming van de in art. 23 K genoemde inschrijvingsplicht staat buiten deze procedure; zij heeft geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid aan die toewijzing een voorwaarde tot schadevergoeding te verbinden op de voet van een zelfstandig verzoek als bedoeld in art. 429-h lid 4 Rv. 2)*

De vennootschap onder firma Tandem Kommunikatie Konzepten te Amsterdam, verzoekster tot vernietiging van de beschikking van de Arrondissementsrechtbank te Amsterdam van 5 mei 1976, advocaat Mr J. Th. Vermeulen,

tegen

Tendum Visuele Kommunikatie te Amsterdam,  
verweerster, advocaat Mr K. G. W. van Oven.

## a) Verzoekschrift in cassatie.

I. Ten onrechte heeft de Rechtbank geen recht gedaan op het betoog van Tandem dat Tendum geen economische eenheid vormt, een akte van vennootschap ontbeert, niet is ingeschreven in het Handelsregister, derhalve geen vennootschap onder firma is, ten onrechte zich aldus in rechte heeft gepresenteerd, derhalve niet ontvankelijk had dienen te worden verklaard in haar verzoek in prima;

*Toelichting:*

Er is geen akte van vennootschap. Ingevolge art. 22 K. kan tegenover de ontkenning zijdens verzoekster het bestaan der pretente vennootschap alleen door de akte worden bewezen. Bij gebreke van een dergelijke akte vloeit uit art. 22 K. voort dat tegenover verzoekster ge-

requestreerde niet als een vennootschap onder firma geldt, noch in rechte kan optreden. Uit het ontbreken van een inschrijving in het Handelsregister vloeit ex art. 23 K. jo. art. 31 van de Handelsregisterwet hetzelfde voort. Uit het ontbreken van economische eenheid invoege als door verzoekster in haar beroepschrift aangeduid moet dezelfde gevolgtrekking voortvloeien, waarvoor korthedshalve moge worden verwezen naar het in middel II aangevoerde. Door in rechte op te treden als een juridische persoon in de vorm van een vennootschap onder firma heeft derhalve gerequestreerde een niet bestaande figuur als eisende partij geïntroduceerd, welke — niet bestaand — niet kan optreden en derhalve niet ontvankelijk had dienen te worden verklaard. Op deze uitdrukkelijk voorgedragen grief (pagina 3, eerste helft, van het beroepschrift) is in het geheel geen recht gedaan, noch in de overwegingen, noch in de beslissing a quo.

II. Ten onrechte heeft de Rechtbank verzuimd in haar oordeel te betrekken de klacht van Tandem dat Tendum geen economische eenheid vormt en in dit opzicht nalaat haar beschikking deugdelijk te motiveren, en ten onrechte heeft zij in dit verband verworpen de grief dat Tendum geen onderneming is.

*Toelichting:*

De Rechtbank onderkent in de grief van verzoekster de klachten dat gerequestreerde de kenmerken van een onderneming: bedrijfsvoering, economische eenheid, en winsttoogmerk mist.

De klacht dat er geen bedrijfsvoering zou zijn acht de Rechtbank gedekt door het in prima aangevoerde, de klacht dat geen winsttoogmerk zou bestaan acht de Rechtbank evenzo gedekt. De klacht dat een economische eenheid ontbreekt wordt door haar niet in behandeling genomen.

Het oordeel van de Rechtbank is dat de Handelsnaamwet het bestaan van een onderneming reeds aanneemt indien in georganiseerd verband het oogmerk om materieel voordeel te behalen aanwezig is. Dit criterium is zeker te ruim. Het zou ook slaan op een middenstandsvereniging, een organisatie van werkgevers, ja zelfs — wanneer men het woord winst ook betreft op loonsverhoging en verbetering van arbeidsvoorwaarden — op vakbonden. Er is geen grens aan het soort en tal van georganiseerde verbanden waarin het oogmerk om materieel voordeel te behalen kan worden onderkend. Naar de bescheiden mening van verzoekster dient daarom het begrip strakker te worden omschreven. De Handelsnaamwet richt zich tot en op 'ondernemingen' welke deelnemen aan het economisch verkeer onder gebruikmaking van een handelsnaam. Het criterium moet dus te maken hebben met de deelname aan het economische verkeer, m.a.w. de organisatie dan als zodanig niet slechts een naam draagt (dat kan welke vereniging of vakbond ook) maar zelf, als drager van die naam, aan het economisch verkeer deelneemt. Dit is wat wordt uitgedrukt met het begrip 'economische eenheid'.

Uit de toelichting op pagina 2 van het beroepschrift, met name de tweede helft, blijkt overduidelijk waarop verzoekster het oog heeft en op deze — noodzakelijkerwijze en uit de aard van de wettelijke regeling voortvloeiende — eis heeft de Rechtbank geen enkele aandacht geschonken. Een Cultureel Jongerenpaspoort, een soortgelijk stuk in de Franse taal, een affiche zijn niet het prerogatief van een economische eenheid invoege dat men zou kunnen spreken van een onderneming in de zin van de Handelsnaamwet. Zij levert hoogstens indicaties op voor wat de Rechtbank noemt 'georganiseerd verband'. Wanneer men de Nederlandse taal enig geweld aandoet zou men van toepasselijkheid van de Handelsnaamwet kunnen spreken wanneer een georganiseerd verband het winsttoogmerk koestert. Maar naar de bescheiden mening van verzoekster zou zelfs dan de omschrijving niet deugen, want een georganiseerd verband behoeft nog geen economische eenheid uit te maken.

Nog sterker gaat dit bezwaar strekken in de door de Rechtbank gehuldigde formulering: het in georganiseerd verband voordeel beogen. In georganiseerd verband treden slechts de georganiseerden op, zij zijn een club geen eenheid in het verkeer maar een verzameling van eenheden, en materieel voordeel is veel te ruim om het voor de Handelsnaamwet relevante winstbegrip te kunnen omschrijven.

Winst heeft iets met handel te maken, materieel voordeel kan daarentegen bij praktisch elke menselijke activiteit beoogd worden.

Tenslotte maakt verzoekster bezwaar tegen de wijze waarop de Rechtbank ter verwerping van haar grief zich heeft bediend van haar uitlatingen in prima als zouden daardoor een aantal van haar klachten gedekt zijn. Bij de vormvoorschriften ten aanzien van de in casu te volgen procedure is een dergelijk verbod niet te vinden. Eerst in de loop van de behandeling in prima is verzoekster duidelijk geworden dat haar wederpartij niet voldeed aan de op pagina 3 van het beroepschrift vermelde eisen. Zij heeft haar standpunten daaraan toen aangepast. Niet is in te zien hoe de Wet haar zulks zou verbieden.

III. Ten onrechte heeft de Rechtbank het beroep op art. 23 K. verworpen.

#### *Toelichting:*

De overweging betreffende de schade en mogelijkheid ener reconventie staat buiten de zaak. Het is aan verzoekster om te beoordelen of zij al dan niet een aktie in reconventie wil instellen. Waar het om gaat is echter de vraag of gerequesteerde tot de onderhavige aktie gerechtigd was.

Hoewel de jurisprudentie inderdaad wijst in de richting dat het al dan niet zijn ingeschreven in het Handelsregister van geen invloed zou zijn op de vraag of de handelsnaam van de niet ingeschrevene bescherming krachtens de Handelsnaamwet krijgt meent verzoekster desniettemin deze vraag aan uw Hoge Raad te moeten voorleggen in het verband van de onderhavige casus, welke toch wel als een schoolvoorbeeld mag gelden van de misstanden waartoe een dergelijke jurisprudentie leidt.

De literatuur stelt de eis van ondermeer het 'met regelmaat in het openbaar' optreden. Inderdaad is relevant de eis te stellen dat wie de rechtsbescherming van een onderneming wil genieten zijn mededeelnemers aan het economische verkeer daartoe in staat stelt. Het min of meer 'in pectore' voeren van een handelsnaam zou zeker geen bescherming verdienen tegenover de van niets wetende en dus volkomen onschuldige buitenstaander. In casu doet zich een grensgeval voor dat daar nauw aan toe komt. De indicaties welke gerequesteerde van haar bestaan heeft weten bij te brengen en waardoor de Rechtbank zich heeft laten overtuigen zijn dermate miniem dat aan verzoekster niet te verwijten valt dat zij daarmee niet bekend was.

Het moge zinvol zijn de bescherming van de Handelsnaamwet ook te gunnen aan wie zich — zonder zijn inschrijving in het Handelsregister behartigd te hebben — desniettemin duidelijk en voor belanghebbenden kenbaar manifesteert. Dan immers kan men overwegen of het degene welke zich van dezelfde naam bedient niet aan zorgvuldigheid ontbroken heeft. In casu is van een dergelijk openbaar en kenbaar zich manifesteren niets gebleken noch overwogen.

Naar het oordeel van verzoekster mag zij zich beroepen op art. 6, lid 1 sub 2 van de Handelsregisterwet waaruit blijkt dat gerequesteerde haar naam resp. handelsnaam had dienen in te schrijven. Dit artikel houdt in dat gerequesteerde had kunnen volstaan met de inschrijving van haar naam wanneer zij deze naam tevens als handelsnaam bezigde, dan wel in het geheel geen handelsnaam bezigde. Voert zij een van haar naam afwijkende handelsnaam dan moet ook deze worden ingeschreven — te allen tijde moet derhalve — zo er een handelsnaam

is 'waaronder zij de onderneming drijft' — dezelve worden ingeschreven. Bij gebreke hiervan treedt in de situatie waarop slaat art. 31 van de Handelsregisterwet. Verzoekster is een onkundige derde in de zin van art. 31 lid 1 en jegens haar kan gerequesteerde derhalve op het 'feit' in casu, te weten de litigieuze handelsnaam, geen beroep doen. Deze overduidelijke wettelijke regeling kent geen beperkingen voor de toepasselijkheid van de Handelsnaamwet krachtens art. 23 K. wat gerequesteerde verplicht tot inschrijving van haar vennootschap, dientengevolge was gerequesteerde tot inschrijving verplicht krachtens art. 6 van de Handelsregisterwet van haar handelsnaam, zo wel het een als het ander heeft zij verzuimd, verzoekster is 'derde' en 'onkundig' in de zin van art. 31 lid 1 van de Handelsregisterwet, gerequesteerde kan derhalve op haar handelsnaam en het voeren daarvan jegens verzoekster geen beroep doen, dus ook niet in rechte, dus ook niet in de onderhavige aktie, dus moet haar vordering in prima worden ontzegd resp. zij hierin niet ontvankelijk worden verklaard. Op pagina 5 van haar beroepschrift trekt verzoekster deze consequentie dat aan gerequesteerde niet de bescherming van de Handelsnaamwet toekomt. Boven aan de pagina wordt naar voren gebracht dat wie de inschrijving verzuimt niet gacht kan worden zijn handelsnaam rechtmatig te hebben gevoerd, onder aan de pagina wordt naar voren gebracht dat met betrekking tot de niet ingeschreven handelsnaam geen bescherming jegens verzoekster kan worden ingeroepen.

IV. Ten onrechte heeft de Rechtbank de grief van Tandem dat verwarring niet te duchten zou zijn van de hand gewezen.

#### *Toelichting:*

Ten onrechte heeft de Rechtbank onder 'het publiek' ook de personen begrepen welke — gelijk leveranciers — niet behoren tot de categorie waarop de onderneming zich meer in het bijzonder richt. Verzoekster wil geen beroep doen op het 'meer in het bijzonder' waar zij geen werk van heeft gemaakt in haar beroepschrift. Het gaat om 'het publiek' waarop men zich richt. Dat dit publiek gespecialiseerd kan zijn is een bijkomstigheid welke zeker relevant is voor de beoordeling van de vraag of in casu verwarring te duchten zou zijn, gelijk betoogdes neen, maar voor men daar aan toekomt moet men zich toch werkelijk afvragen wat verstaan moet worden onder 'het publiek' in de zin van de Handelsnaamwet. Zoals het publiek van een toneelspeler een duidelijk onderscheiden begrip is van de personen buiten de zaal, van de souffleuses, toneelknechten en verdere entourage, welke wel betrokken zijn bij het gebeuren maar niet tot zijn publiek behoren, zo is het publiek van een onderneming ook bepaald door haar bedrijf. De Handelsnaamwet streeft ernaar dit publiek te beschermen tegen verwarring. Wie bij een bepaalde winkel iets wil kopen moet niet door naamsverwarring in de verkeerde winkel terecht komen voor zijn aankoop, etc.

Hetzelfde motief geldt voor de bescherming van ondernemingen tegen elkaar. De bescherming van de Handelsnaamwet is niet los te denken van de handel, ruim opgevat als te zijn het economische verkeer waarin de mededinging een rol speelt. Door het begrip publiek uit te breiden tot buitenstaanders, zoals leveranciers en andere derden, maakt men van de Handelsnaamwet een Algemene Naamwet. Een dergelijke Algemene Naamwet is door de wetgever noch beoogd noch gegeven. De motieven welke men zou kunnen hebben om leveranciers tegen verwarring te beschermen beperkt zich niet tot de handelsnaam. Elke willekeurige middenstander zal onder zijn cliënteel vele consumenten tellen met gelijke dan wel gelijkkluidende namen welke hij zelfstandig uit elkaar moet zien te houden zonder dat de wetgever hem daarbij te hulp snelt. Het is de handelsnaam welke speciaal beschermd wordt, maar dit derhalve binnen de sfeer van de 'handel' en het publiek in de zin van de Han-

delsnaamwet moet derhalve zijn het publiek waarop deze handel gericht wordt. Enz.

#### b) Verweerschrift in cassatie.

##### *Ad Middelen van Cassatie I en II*

Eiseresse tot cassatie betoogt, dat verweerster geen economische eenheid, en mitsdien geen onderneming is, voorts zowel een akte van vennootschap als inschrijving in het Handelsregister ontbeert, derhalve geen vennootschap onder firma zou zijn, welke posita door de Rechtbank ten onrechte, dan wel niet naar behoren gemotiveerd zouden zijn verworpen.

Er is evenwel reeds een onderneming in de zin van de Handelsnaamwet, wanneer in het verband van de organisatie, welke het betreft, het oogmerk voorstaat om winst te behalen, waarbij het naast — in ieder geval — naamloze vennootschappen, vennootschappen onder firma en dergelijke rechtsvormen evenzogoed om bijv. een spaarbank, een onderwijsinstituut, een coöperatieve flatexploitatievereniging, en verdere, dergelijke verbanden kan gaan.

(Vide Art. 2, eerste twee leden, Handelsregisterwet vóór de wijziging bij Wet van 30 juni 1954 Stbl. 330, luidende:

'(1) Onder zaak verstaat deze wet elke onderneming, waarin eenig bedrijf, door wien ook, wordt uitgeoefend.

(2) Vennootschappen onder firma en een commandite worden, gelijk naamloze vennootschappen en coöperatieve verenigingen, steeds geacht een zaak in den zin dezer wet te drijven.'

en voorts, onder andere Hoge Raad 25 september 1941, N.J. 1942, 222, en Hoge Raad 13 januari 1966, N.J. 1966, 189, bij welk laatste arrest omtrent het niet-overnemen van de bepaling van Art. 2, 2e lid Handelsregisterwet, bij gelegenheid van de wijziging van 1954, werd overwogen, dat

'mede in verband met de algemene strekking van de wetwijziging, waarmede blijkens de toelichting niet een beperking maar een uitbreiding van de verplichting tot aanmelding werd nagestreefd, veeleer moet worden afgeleid, dat de wetgever er als vanzelfsprekend van is uitgegaan, dat met de in die rechtsvormen (i.e. die van Art. 2, 2e lid Handelsregisterwet vóór de wijziging, met name naamloze vennootschappen en vennootschappen onder firma, adv.) uitgeoefende bedrijven altijd het maken van winst werd beoogd en dat behoud van het voorschrift teneinde twijfel dienaangaande uit te sluiten dus niet nodig was,' etc.)

De Rechtbank overweegt te dezen, dat 'de Handelsnaamwet het bestaan van een onderneming reeds aanneemt indien in georganiseerd verband het oogmerk om materieel voordeel te behalen aanwezig is', en vervolgt dan:

'Zodanig verband blijkt uit de door geïntimeerde overgelegde en door appellante (thans resp. verweerster en eiseres tot cassatie, adv.) niet bestreden bewijsstukken, te weten: een cultureel jongerenpaspoort 1974/75 en een carte passeport des jeunes 1974/75, een affiche betreffende de musical 'Een kannibaal als jij en ik' en het gebruikte briefpapier, waarop telkens vermeld staat 'Tendum'. Genoemd oogmerk acht de rechtbank aanwezig nu appellante hieromtrent heeft opgemerkt: 'Aangenomen mag worden dat de personen welke zich onder de naam van geïntimeerde aandienen winst beogen'.

Daarnevens overwoog de Rechtbank, dat de betreffende Grief van eiseresse tot cassatie, alstoen appellante, gelet op haar processuele houding in eerste instantie ten onrechte werd voorgedragen, 'omdat deze zich niet laat rijmen met de wijze waarop appellante zich in de kantongerechtsprocedure over geïntimeerde heeft uitgelaten', met daaraanvolgend voorbeelden van de door haar bij de aanduiding van verweerster gebezigde terminologie, als: bedrijf, firma, onderneming, etc. Met het vorenstaande komt de te dezen door de Rechtbank

gegeven beslissing juist voor, en daarbij ampel en naar behoren overwogen en gemotiveerd.

Voor zoveel eiseresse tot cassatie mocht willen betogen, dat de Rechtbank haar verzoekschrift in hoger beroep, met name de daarin aangevoerde grieven onjuist zou hebben geïnterpreteerd, staat haar de mogelijkheid daartoe niet open, nu immers de uitlegging daarvan, door de Rechtbank (, luidende voor wat betreft de materie van de hierbesproken cassatiemiddelen (Grief I.): 'Ten onrechte heeft de Kantonrechter geoordeeld, dat geïntimeerde een onderneming is;'), als in cassatie onaantastbaar geldt. Desniettemin op het bij de hierbesproken cassatiemiddelen overigens gestelde ingaande, is nòch een akte van vennootschap, nòch inschrijving in het Handelsregister vereiste voor het bestaan van een vennootschap onder firma. Bovendien: bedoelde, wèl-bestaande akte van vennootschap werd bij gelegenheid van de, voor de Rechtbank gehouden mondelinge behandeling van 3 december 1975, dan wel bij die van 1 maart 1976 door verweerster in het geding gebracht. (Processen-verbaal van beide genoemde behandelingen ter zitting ontbreken.)

Gelet op het, als tussen partijen in confesso aanwezig geacht oogmerk om winst te behalen, zulks ten eigen behoeve, bij een, bovendien nog in de rechtsvorm van een vennootschap onder firma georganiseerd verband, lijkt het door de Rechtbank overwogene, dat het hier een onderneming betreft in de zin, die de Handelsnaamwet daaraan hecht, niet wel aanvechtbaar.

##### *Ad Middel van Cassatie III*

Vide hierboven. Voorts is de door de Handelsnaamwet te dezen geboden bescherming geenszins gerelateerd aan het al dan niet voldaan zijn aan de verplichting tot inschrijving van een onderneming in het Handelsregister (verg. Hoge Raad 12 juni 1942, N.J. 1942, 571).

Tenslotte ziet Art. 31, eerste lid Handelsregisterwet op de situatie, waarin derden te goeder trouw jegens de in het Handelsregister ingeschrevenen op grond van met dezen aangegane rechtsbetrekkingen rechten geldend wensen te maken, en alsdan feiten, waarvan de inschrijving is verzuimd tegengeworpen krijgen, welke op het aangaan van die rechtsbetrekkingen van invloed (zouden hebben) kunnen zijn, — al hetgeen allerminst geldt voor de onderhavige zaak. (Vide, onder andere Hoge Raad 18 juni 1952 N.J. 1953, 530.)

##### *Ad Middel van Cassatie IV*

Eiseres tot cassatie betoogt ter staving van het hiergestelde, dat haars inziens in dezen geen verwarring te duchten zou zijn, dat voor de beoordeling daarvan alléén acht zou dienen te worden geslagen op een in dezen 'gespecialiseerd' publiek, tot hetwelk partijen zich zouden richten. Dit is evenwel niet het op normale wijze opletend en onderscheidend publiek, hetwelks oordeel voor de mogelijkheid van verwarring te dezen als maatstaf geldt, en tot welk laatstbedoeld publiek, naar de strekking van Art. 5 Handelsnaamwet worden gerekend alle natuurlijke en rechtspersonen, die op enigerlei wijze met de zaken van partijen in aanraking komen, of kunnen komen, derhalve naast de 'afnemers' van de betrokken ondernemingen, bij wie zich dan zekere specialisatie zou kunnen voordoen, bijv. óók leveranciers, aspirant-werknemers, en verdere derden, aan wie géén specialisatie kan worden toegedacht (verg. Hoge Raad 23 november 1951, N.J. 1952, 757, vide ook Hoge Raad 6 oktober 1949, N.J. 1949, 636). Daarbij staat in dezen, na der Rechtbank desbetreffende overweging in rechte vast, dat verwarring als de geduchte reeds feitelijk plaatsvond, — waarmede óók om die reden voor de in het onderhavige cassatiemiddel vervatte grief thans geen plaats meer is;

##### *Weshalve:*

Verweerster Uw Hoge Raad verzoekt eiseresse tot cassatie in het door haar ingesteld beroep niet te ontvangen, althans dat beroep te verwerpen, kosten rechtens; enz.

## c) Conclusie van de Advocaat-Generaal Mr F. C. Kist.

In deze zaak heeft de Rechtbank bevestigd de beschikking van 23 juni 1975 van de Kantonrechter, waarbij (thans) verzoekster in cassatie werd gelast haar handelsnaam op zodanige wijze te veranderen, dat de gestelde en aangenomen onrechtmatigheid jegens (thans) verweerster in cassatie wordt opgeheven.

Er worden vier middelen van cassatie voorgedragen. Het eerste stelt, dat de Rechtbank ten onrechte geen recht heeft gedaan op het betoog van verzoekster dat gerekwestreerde geen economische eenheid vormt, een akte van vennootschap ontbeert, niet is ingeschreven in het Handelsregister, derhalve geen vennootschap onder firma is, ten onrechte zich aldus in rechte heeft gepresenteerd, derhalve niet ontvankelijk had dienen te worden verklaard in haar verzoek in prima.

Naar het mij voorkomt mist dit middel feitelijke grondslag, omdat de Rechtbank op het in het middel bedoelde betoog wel heeft recht gedaan en grief I heeft verworpen met de volgende overwegingen:

'Appellante heeft deze grief zakelijk aldus toegelicht dat geïntimeerde alle kenmerken van een onderneming (bedrijfsvoering, een economische eenheid, oogmerk van winst) mist. Tekenend acht zij dat geïntimeerde zich niet in het Handelsregister heeft laten inschrijven en niet in het telefoonboek voorkomt, terwijl van een gemeenschappelijke boekhouding of werkzaamheid geen sprake is en zelfs geen akte van vennootschap bestaat.

De grief wordt ten onrechte voorgedragen omdat deze zich niet laat rijmen met de wijze waarop appellante zich in de kantongerechtsprocedure over geïntimeerde heeft uitgelaten. In haar verweerschrift spreekt zij daar van 'het beperkt publiek waartoe elk dezer bedrijven zich respectievelijk wendt . . .'; 'naam en bedrijf zijn van dermate onbetekenende omvang . . .'; 'een obscure firma Tendum . . .'; 'de bedrijven richten zich op een verschillend publiek . . .'. Ook bij de eerste mondelinge behandeling op 9 juni 1975 is appellante nog van oordeel dat 'het verschil in tijdstip van vestiging der ondernemingen miniem is' en dat 'de beide firma's op afzonderlijk gebied werkzaam zijn'.

Echter, ook al zou appellante dit verweer aanstonds hebben gevoerd, dan zou haar dit toch niet gebaat hebben, omdat de Handelsnaamwet het bestaan van een onderneming reeds aanneemt indien in georganiseerd verband het oogmerk om materieel voordeel te behalen aanwezig is. Zodanig verband blijkt uit de door geïntimeerde overgelegde en door appellante niet bestreden bewijsstukken, te weten: een cultureel jongerenpaspoort 1974/75 en een carte passeport des jeunes 1974/75, een affiche betreffende de musical 'een kannibaal als jij en ik' en het gebruikte briefpapier, waarop telkens vermeld staat 'TENDUM'.

Genoemd oogmerk acht de rechtbank aanwezig nu appellante hieromtrent heeft opgemerkt: 'Aangenomen mag worden dat de personen welke zich onder de naam van geïntimeerde aandienen winst beogen'.

Hierbij dient opgemerkt te worden dat de Rechtbank de voor haar aangevoerde grief I aldus heeft verstaan, dat deze, zakelijk weergegeven, luidde: 'Ten onrechte heeft de Kantonrechter geoordeeld dat geïntimeerde een onderneming is'. Waar het hier uitlegging van een processtuk betreft, kan in cassatie tegen deze feitelijke opvatting van de Rechtbank aangaande het bedoelde, in het beroepschrift neergelegde betoog niet met goed gevolg worden opgekomen. Gelet op deze feitelijke uitleg van de grief moet geconstateerd worden dat de Rechtbank wel degelijk heeft recht gedaan op het in het middel bedoelde betoog, zodat het middel moet falen bij gebreke aan feitelijke grondslag.

Middel II verwijt de Rechtbank a) verzuimd te hebben in haar oordeel te betrekken de klacht van verzoekster dat gerekwestreerde geen economische eenheid vormt en in dit opzicht nagelaten te hebben haar beschikking deugdelijk te motiveren en b) ten onrechte in dit ver-

band verworpen te hebben de grief dat gerekwestreerde geen onderneming is. Voorts bevat de toelichting op dit middel nog een klacht c) nl. tegen de wijze waarop de Rechtbank ter verwerping van haar grief zich heeft bediend van haar uitlatingen in prima als zouden daardoor een aantal van haar klachten gedekt zijn. Eerst in de loop van de behandeling is verzoekster duidelijk geworden dat haar wederpartij niet voldeed aan de op pag. 3 van het beroepschrift vermelde eisen. Zij heeft haar standpunten daaraan toen aangepast. Niet is in te zien hoe de wet haar zulks zou verbieden, aldus de toelichting.

Naar het mij voorkomt mist het door mij sub a aangeduide verwijt feitelijke grondslag. De Rechtbank heeft blijkens de bewoordingen van haar eerste overweging ad grief I bedoelde klacht wel degelijk in haar overwegingen betrokken en die klacht implicite afgewezen. De Rechtbank heeft immers de stelling van destijds-appellante dat geïntimeerde alle kenmerken van een onderneming (bedrijfsvoering, een economische eenheid, oogmerk van winst), mist, in haar geheel verworpen, m.a.w. ook wat betreft het kenmerk van een economische eenheid.

Wat betreft de twee andere klachten (b en c) merk ik het volgende op.

De verwerping van grief I door de Rechtbank in haar beschikking berust op twee gronden, waarvan de laatste (alinea 3 op blz. 3 van de beschikking) blijkens de aanhef van bedoelde overweging ('ook al zou appellante dit verweer aanstonds hebben gevoerd dan zou haar dit toch niet gebaat hebben . . .') het karakter van een overweging ten overvloede draagt. Tegen een dergelijke overweging kan slechts dan worden opgekomen, indien de eerste grond waarop de beslissing rust, ondeugdelijk is. Derhalve zal eerst onderzocht moeten worden, of het bezwaar van verzoekster tegen de primaire door de Rechtbank aangenomen grond juist is. Dit nu lijkt mij niet het geval te zijn. Juist is, dat in de rekestprocedure grote vrijheid heerst en dat bij de vormvoorschriften betreffende deze procedure een verbod tot het voeren van een verweer als in casu is geschied niet is te vinden. (Zie H.R. 21 maart 1975 N.J. 1976-464 m.n. W.H.H.). Maar anderzijds kan, dunkt mij, de Rechtbank niet het recht worden ontzegd zulk een verweer te verwerpen op de wijze waarop zij dat heeft gedaan. De Rechtbank is kennelijk van oordeel geweest (en m.i. kunnen zijn) dat de posita van (toen) geïntimeerde in de Kantongerechtsprocedure dermate met de in appel aangenomen houding in strijd waren, dat reeds op die grond het verweer niet kon worden aanvaard. Daarbij heeft de Rechtbank blijkbaar niet aanmerkelijk geacht dat (thans) verzoekster eerst in de loop van de procedure duidelijk is geworden dat haar wederpartij geen onderneming was.

Waar, althans naar mijn oordeel, de primaire door de Rechtbank aangenomen grond van haar beslissing deugdelijk is, wordt m.i. tevergeefs opgekomen tegen de overweging ten overvloede.

Zou Uw Raad hierover anders oordelen, dan moge ik opmerken, dat de door mij onder b) aangeduide grief m.i. niet tot cassatie zal kunnen leiden, omdat de Rechtbank, al zou zij, naar het middel betoogt, een te ruim criterium voor het begrip onderneming hebben aangelegd, niettemin tot een juiste beslissing is gekomen.

Middel III stelt dat de Rechtbank ten onrechte het beroep op art. 23 W.v.K. heeft verworpen. Dienaangaande merk ik op, dat het oordeel van de Rechtbank, dat inschrijving in het Handelsregister voor de erkenning van een handelsnaam niet (meer) beslissend is in overeenstemming is met de jurisprudentie van Uw Raad (H.R. 12 juni 1942 N.J. 1942-571). De Handelsnaamwet bestrijkt een ander, ruimer terrein dan de Handelsregisterwet en bestrijkt ook gevallen, waarvoor geen verplichting bestaat tot inschrijving in het Handelsregister. De Handelsnaamwet stelt bedoelde inschrijving ook niet als voorwaarde voor de door haar geboden bescherming. Elke 'onderneming' geniet deze bescherming op grond van haar karakter van onderneming. Bij

het beantwoorden van de vraag of men met een onderneming te doen heeft, kan men sedert 1954 uitsluitend zien naar de ratio van de Handelsnaamwet zonder rekening te houden met de consequenties die de Handelsregisterwet aan het bestaan van een onderneming verbindt (verplichting tot inschrijving en betaling). Aldus S. Boekman 'de Handelsnaam' blz. 20, die voorts als doel van de Handelsnaamwet noemt bescherming van rechtmatig gevoerde handelsnamen en bestrijding van misleidende handelsnamen en, m.i. terecht, uit dit doel afleidt dat ruimere toepassing van de wet gewenst is. Het komt mij daarom voor, dat voor wijziging van de jurisprudentie, zoals het middel suggereert, geen aanleiding bestaat. Wat betreft de klacht dat in casu niet is gebleken van een openbaar en kenbaar zich manifesteren van de onderneming van verweerster in cassatie, merk ik op dat de Rechtbank heeft vastgesteld dat verweerster in cassatie haar optreden en activiteiten in twee vakbladen heeft aangekondigd. Art. 31 Handelsregisterwet komt, zoals verweerster in cassatie terecht opmerkt, in de onderhavige procedure niet aan de orde en ziet op een andere situatie dan de onderhavige.

Middel IV stelt dat de Rechtbank verzoeksters grief dat verwarring niet te duchten zou zijn ten onrechte van de hand heeft gegeven. Ook dit middel wordt naar mijn mening tevergeefs voorgesteld. De Rechtbank heeft bedoelde grief verworpen op grond van de volgende overwegingen: 'Volgens appellante is het terrein waarop partijen werkzaam zijn zo gespecialiseerd, dat geen ingewijde zich in de door partijen gevoerde namen zal vergissen alsmede dat slechts een deskundige kan uitmaken of verwarring door het normale publiek wél te duchten is. Dit betoog treft geen doel. Beslissend is slechts of de betrokken handelsnaam ook onderscheidend vermogen heeft voor normaal oplettend publiek dat niet tot de categorie behoort waarop de onderneming zich meer in het bijzonder richt, zoals b.v. leveranciers. Nu beide ondernemingen zich bewegen op het terrein van de reclame in de ruime zin, terwijl geïntimeerdes stelling van reeds plaatsgevonden verwarring onvoldoende bestreden is gebleven, is ook deze grief ongegrond'. Het middel stelt nu, dat de Rechtbank een onjuist (te ruim) begrip 'publiek' heeft gehuldigd door dat begrip uit te breiden tot buitenstaanders zoals leveranciers. Waar het gaat om de bescherming van de 'handelsnaam' dient deze bescherming te geschieden binnen de sfeer van de 'handel' en moet het publiek in de zin van de handelsnaamwet derhalve zijn het publiek waarop deze handel gericht wordt.

Deze stelling is echter in strijd met de jurisprudentie van Uw Raad zoals blijkt uit H.R. 23 nov. 1951 N.J. 1952-757 waarin is geoordeeld dat het in overeenstemming is met de strekking van art. 5 van de Handelsnaamwet dat onder 'publiek' niet alleen worden begrepen mogelijke afnemers, maar ook leveranciers van partijen en eventuele gegadigden naar een dienstbetrekking bij haar. (Zie ook H.R. 6 okt. 1949 N.J. 1949-636, waarin onder publiek ook de aspirant-werknemers van de onderneming worden gerekend). De Rechtbank is derhalve bij haar (feitelijk) oordeel dat bij het publiek verwarring te duchten is niet van een onjuiste opvatting omtrent het begrip publiek uitgegaan.

Geen der voorgestelde middelen gegrond bevindend concludeer ik tot verwerping van het beroep. Enz.

#### d) De Hoge Raad, enz.

Gezien de bestreden beschikking en de overige stukken van het geding, waaruit blijkt:

dat Tendum zich bij verzoekschrift van 21 april 1975, waarin zij stelde een vennootschap onder firma te zijn met een zestal met naam en voornaam aangeduide personen als beherende vennoten, tot de Kantonrechter te Amsterdam heeft gewend strekkende in hoofdzaak tot het aanbrengen door Tandem van een zodanige wijziging in haar handelsnaam, dat de nader omschreven onrecht-

matigheid daarvan wordt opgeheven, op straffe van een dwangsom; dat Tandem daartegen een verweerschrift heeft ingediend en de Kantonrechter vervolgens het verzoek van Tendum bij beschikking van 23 juni 1975 heeft toegewezen;

dat Tandem tegen die beschikking in beroep is gekomen bij de Arrondissementsrechtbank te Amsterdam, waartegen Tendum op haar beurt een verweerschrift heeft ingediend waarna de Rechtbank de beschikking waarvan beroep bij de bestreden beschikking heeft bevestigd, daartoe overwegende ten aanzien van de feiten, onder meer:

In het reclame-vakblad Ariadne is in het op 24 mei 1973 uitgekomen nummer in de rubriek 'Ariadne meldt' de volgende mededeling betreffende Tendum opgenomen:

'Tendum is de naam waaronder acht creatieve lieden gaan samenwerken in alle nuttig voorkomende combinaties: de grafische ontwerpers Hendrik Barends, Jaap Lieverse en Richard Teuling, de fotograaf/cineast Fons Manders, de stilisten Phili Doove en Patsy Nijse en de tekstschrijvers Frits Oppenoorth en Henk van Teylingen. Contactadres: Breed 705-707, Amsterdam/Nieuwendam, tfn 020-27.15.48/61.780.'

en in het op 30 mei 1973 uitgekomen nummer van het soortgelijke blad 'KONTEKST' in de rubriek 'MUTATIES' de volgende mededeling:

'Acht creatieve specialisten werken voortaan samen onder de naam Tendum, te weten Hendrik Barends, grafisch ontwerper; Phili Doove, styliste; Jaap Lieverse, grafisch ontwerper; Fons Manders, fotograaf, cineast; Patsy Nijse, styliste; Frits Oppenoorth, tekstschrijver; Richard Teuling, grafisch ontwerper, en Henk van Teylingen, tekstschrijver vertaler. Het contactadres van Tendum is: Het Breed 705-707, Amsterdam-Nieuwendam. Telef. (020) 271548/61780.'

Genoemde activiteiten zijn grotendeels in het culturele vlak gelegen, zoals b.v. het ontwerpen van raambiljetten van theatervoorstellingen.

Blijkens een uittreksel uit het Handelsregister te Amsterdam is Tandem aldaar op 6 november 1974 ingeschreven met als tijdstip van vestiging en aanvang 1 september 1974. Haar bedrijf omvat: het gezamenlijk en voor gemeenschappelijke rekening ontwerpen, voorbereiden en uit te (doen) voeren van reclamecampagnes in de meest ruime zin des woords. Haar werkzaamheden zijn voornamelijk op het terrein van het bedrijfsleven gelegen. De namen van partijen hebben een aantal malen tot verwarring geleid aan de zijde van relaties van Tendum, o.m. bij een toeleveringsbedrijf. Tendum heeft zich bij verzoekschrift van 21 april 1975 gewend tot de Kantonrechter te Amsterdam, welk verzoekschrift in hoofdzaak strekte tot het aanbrengen door Tandem van een zodanige wijziging in haar handelsnaam dat de nader omschreven onrechtmatigheid daarvan wordt opgeheven, en vervolgens ten aanzien van het recht:

De drie grieven van Tandem luiden, zakelijk weergegeven:

- I. Ten onrechte heeft de Kantonrechter geoordeeld dat Tendum een onderneming is;
- II. Ten onrechte heeft de Kantonrechter geen consequenties verbonden aan de vaststaande omstandigheid dat Tendum, stellende een vennootschap onder firma te zijn, niet heeft voldaan aan haar in artikel 23 W.v.K. vermelde verplichting tot inschrijving in het Handelsregister;
- III. Ten onrechte heeft de Kantonrechter overwogen dat verwarring bij het publiek geducht zou kunnen worden. Ad grief I:

Tandem heeft deze grief zakelijk aldus toegelicht dat Tendum alle kenmerken van een onderneming (bedrijfsvoering, een economische eenheid, oogmerk van winst) mist. Tekenend acht zij dat Tendum zich niet in het Handelsregister heeft laten inschrijven en niet in het telefoonboek voorkomt, terwijl van een gemeenschappe-

lijke boekhouding of werkzaamheid geen sprake is en zelfs geen akte van vennootschap bestaat.

De grief wordt ten onrechte voorgedragen omdat deze zich niet laat rijmen met de wijze waarop Tandem zich in de kantongerechtsprocedure over Tendum heeft uitgelaten. In haar verweerschrift spreekt zij daar van 'het beperkt publiek waartoe elk dezer bedrijven zich respectievelijk wendt'; 'naam en bedrijf zijn van dermate onbetekenende omvang . . .'; 'een obscure firma Tendum . . .'; 'de bedrijven richten zich op een verschillend publiek . . .'. Ook bij de eerste mondelinge behandeling op 9 juni 1975 is Tandem nog van oordeel dat 'het verschil in tijdstip van vestiging der ondernemingen minium is' en dat 'de beide firma's op afzonderlijk gebied werkzaam zijn'.

Echter, ook al zou Tandem dit verweer aanstonds hebben gevoerd, dan zou haar dit toch niet gebaat hebben, omdat de Handelsnaamwet het bestaan van een onderneming reeds aanneemt indien in georganiseerd verband het oogmerk om materieel voordeel te behalen aanwezig is. Zodanig verband blijkt uit de door Tendum overgelegde en door Tandem niet bestreden bewijsstukken, te weten: een cultureel jongerenpaspoort 1974/75 en een carte passeport des jeunes 1974/75, een affiche betreffende de musical 'Een kannibaal als jij en ik' en het gebruikte briefpapier, waarop telkens vermeld staat 'TENDUM'.

Genoemd oogmerk acht de Rechtbank aanwezig nu Tandem hieromtrent heeft opgemerkt: 'Aangenomen mag worden dat de personen welke zich onder de naam van Tendum aandienen winst beogen'.

#### Ad grief II:

Deze grief heeft Tandem zakelijk aldus toegelicht dat het handelsregister er is om uitsluitel te geven over het al dan niet bestaan van 'ondernemingen' zodat, waar Tendum verzuimd heeft zich te laten inschrijven, deze niet te goeder trouw geacht kan worden een handelsnaam te hebben gevoerd in de zin van artikel 5 Handelsnaamwet.

Deze grief faalt daar inschrijving in het Handelsregister voor de erkenning van een handelsnaam niet (meer) beslissend is. Hieruit volgt dat Tendum, die haar handelsnaam ruim een jaar vóór het optreden van Tandem voerde, dit rechtmatig deed zodat haar een beroep op artikel 6 van genoemde wet niet kan worden ontzegd.

Dat Tandem, naar zij stelt, bij toewijzing van het verzoek schade zal lijden door Tendum's veronachtzaming van de in artikel 23 W.v.K. genoemde inschrijvingsplicht, omdat zij belangrijke kosten zal moeten maken bij de bekendmaking van haar gewijzigde handelsnaam, staat buiten deze procedure. Zij heeft ook geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid aan die toewijzing een voorwaarde tot schadevergoeding te verbinden op de voet van een zelfstandig verzoek als bedoeld in artikel 429-h lid 4 Rv., in haar verweerschrift op te nemen.

#### Ad grief III:

Volgens Tandem is het terrein waarop partijen werkzaam zijn zó gespecialiseerd, dat geen ingewijde zich in de door partijen gevoerde namen zal vergissen alsmede dat slechts een deskundige kan uitmaken of verwarring door het normale publiek wél te duchten is.

Dit betoog treft geen doel. Beslissend is slechts of de betrokken handelsnaam óók onderscheidend vermogen heeft voor normaal oplettend publiek dat niet tot de categorie behoort waarop de onderneming zich meer in het bijzonder richt, zoals b.v. leveranciers.

Nu beide ondernemingen te Amsterdam gevestigd zijn en zich bewegen op het terrein van de reclame in de ruime zin, terwijl de stelling van Tendum van reeds plaatsgevonden verwarring onvoldoende bestreden is gebleven, is ook deze grief ongegrond.

dat Tandem tegen de bestreden beschikking de navolgende middelen van cassatie voordraagt:

I. Ten onrechte heeft de Rechtbank geen recht gedaan op het betoog van Tandem dat Tendum geen economi-

sche eenheid vormt, een akte van vennootschap ontbeert, niet is ingeschreven in het Handelsregister, derhalve geen vennootschap onder firma is, ten onrechte zich aldus in rechte heeft gepresenteerd, derhalve niet ontvankelijk had dienen te worden verklaard in haar verzoek in prima;

II. Ten onrechte heeft de Rechtbank verzuimd in haar oordeel te betrekken de klacht van Tandem dat Tendum geen economische eenheid vormt en in dit opzicht nalaat haar beschikking deugdelijk te motiveren, en ten onrechte heeft zij in dit verband verworpen de grief dat Tendum geen onderneming is.

III. Ten onrechte heeft de Rechtbank het beroep op art. 23 K. verworpen.

IV. Ten onrechte heeft de Rechtbank de grief van Tandem dat verwarring niet te duchten zou zijn van de hand gewezen.

Overwegende dat deze middelen, mede blijkens de toelichting, geacht kunnen worden te zijn gegrond op schending van het recht en middel II tevens op verzuim van vormen als bedoeld in artikel 99 der Wet op de rechterlijke organisatie;

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;

dat de Rechtbank tenslotte het verweer dat Tendum als vennootschap onder firma bij gebreke van een akte als bedoeld in artikel 22 van het Wetboek van Koophandel niet bestond en derhalve in rechte niet kon optreden, terecht heeft verworpen, nu deze akte geen bestaansvoorwaarde is;

dat de middelen I, II en III derhalve niet tot cassatie kunnen leiden;

O. ten aanzien van middel IV:

dat dit middel er over klagende dat de Rechtbank de grief van Tandem dat verwarring niet te duchten zou zijn, van de hand heeft gewezen wordt toegelicht met de stelling dat de Rechtbank ten onrechte onder 'het publiek' ook de personen heeft begrepen welke – gelijk leveranciers – niet behoren tot de categorie waarop de onderneming zich meer in het bijzonder richt; dat deze stelling echter niet juist is, in het bijzonder niet, wanneer beide ondernemingen zich richten tot een zelfde soort publiek, gelijk in het onderhavige geval ligt opgesloten in het oordeel der Rechtbank dat zij zich beide bewegen op het terrein der reclame in de ruime zin; dat weliswaar voor de beantwoording der vraag of in de zin van artikel 5 der Handelsnaamwet bij het publiek verwarring tussen twee ondernemingen te duchten is, van invloed kan zijn de omstandigheid dat de ondernemingen werkzaam zijn op een gespecialiseerd terrein en zich in het bijzonder richten tot een categorie van ingewijden, zoals Tandem in het onderhavige geval heeft gesteld; dat het echter in overeenstemming met de strekking van genoemd artikel is ook in dat geval met betrekking tot de vraag welke personen bij de beoordeling van de mogelijkheid van verwarring

in aanmerking kunnen komen, tevens acht te slaan op het normaal oplettend publiek dat niet tot de categorie behoort waarop de ondernemingen zich in het bijzonder richten, zoals bij voorbeeld leveranciers; dat de vraag of de Rechtbank in het onderhavige geval bij de afweging van het een en het ander tot een juiste beslissing is gekomen, zich als van feitelijke aard aan toetsing in cassatie onttrekt;

dat derhalve ook middel IV niet tot cassatie kan leiden;

Verwerpt het beroep;

Veroordeelt verzoeker in de kosten op het beroep in cassatie gevallen, aan de zijde van verweerster begroot op f 137,50 aan verschotten en f 750,- voor salaris. Enz.

### 1) De onderneming in de zin van de Handelsnaamwet.

De rechtspraak over de vraag wanneer er sprake is van een onderneming als bedoeld in de artikelen 1 en 5 van de Handelsnaamwet, heeft zich tot dusverre toegespitst op twee punten: de aanwezigheid van een (overigens soepel beoordeeld) winst oogmerk en het onderscheid tussen bedrijf en beroep. Over het winst oogmerk zie men bijv. de rechtspraak over de Stichting Bouwcentrum te Rotterdam (Rb. Amsterdam 9 mei 1973 en Rb. den Haag 19 maart 1973, BIE 1974 nos 64 en 65); over het verschil tussen bedrijf en beroep de rechtspraak over het make-laarskantoor (verg. Rb. Roermond 17 november 1966, NJ 1967, 398 en Hof den Haag 25 mei 1967, NJ 1968, 410; zie ook de noot van Mr J. M. Middag in de *Practijkids* 1976, blz. 388 e.v.).

De onderhavige zaak roert een derde vraagpunt aan: de structuur van de organisatie. De oorspronkelijke verzoekster Tendum had in haar rekest tot de kantonrechter gesteld, dat zij een vennootschap onder firma was en een onderneming voerde. Die stelling is in het verweerschrift niet bestreden; pas bij de tweede mondelinge behandeling voor de kantonrechter (de zaak was in verband met een mogelijke schikking korte tijd aangehouden) komt de raadsman van Tandem met het verweer: 'Ik ontken dat er een samenwerkingsverband bestaat aan de zijde van verzoekster. Er is derhalve geen onderneming dus ook geen handelsnaam.' De kantonrechter verwerpt dit verweer met de overweging, dat een onderneming niet in de vorm van een rechtspersoon behoeft te worden gegoten. Tegen deze overweging richtte zich in appel de eerste grief van Tandem, een grief die door de rechtbank is verworpen primair omdat deze 'zich niet laat rijmen met de wijze waarop Tandem zich in de kantongerechts-procedure over Tendum heeft uitgelaten', waaraan de rechtbank dan nog toevoegt dat 'de Handelsnaamwet het bestaan van een onderneming reeds aanneemt indien in georganiseerd verband het oogmerk om materieel voordeel te behalen aanwezig is'. Het is deze laatste overweging die thans door de Hoge Raad wordt gesanctioneerd, in dier voege dat de Hoge Raad oordeelt, dat de rechtbank daarmede geen onjuiste maatstaf heeft toegepast.

Zelfs als men rekening houdt met de beperkingen die inherent zijn aan het systeem van onze cassatierightspraak en in het oog houdt, dat de Hoge Raad niet zelf de litigieuze zinsnede heeft ontworpen, kan ik toch met deze uitspraak niet gelukkig zijn. Waarschijnlijk heeft de rechtbank het verweer van Tandem wel terecht verworpen; de ontbrekende vennootschapsakte schijnt in appel toch ter tafel te zijn gekomen en de argumentatie van Tandem in appel spitste zich teveel toe op het beweerdelijk ontbreken van een economische eenheid bij Tendum, daarmede een begrip binnenhalend dat naar mijn gevoelen als criterium voor een onderneming in de zin van de Handelsnaamwet niet bruikbaar is, al was het alleen maar omdat de betekenis niet duidelijk is. Ik heb dus wel vrede met de beslissing in concreto maar niet met de daarin gebruikte bewoordingen.

Als men werkelijk zou oordelen, dat de Handelsnaamwet het bestaan van een onderneming reeds aanneemt, indien in georganiseerd verband het oogmerk om materieel voordeel te behalen aanwezig is, zou men het terrein van deze wet uitbreiden tot ver buiten de tot dusverre aangehouden grenzen. Onder deze omschrijving valt, zoals de raadsman van Tandem terecht heeft aangevoerd, iedere vakbond, verenigingen voor vreemdelingenverkeer, organisaties van werkgevers, om maar niet te praten van buurtverenigingen, sportclubs, actiegroepen en andere los-vaste organisaties, die tot dusverre buiten het bereik van de Handelsnaamwet bleven. Voor een dergelijke uitbreiding bestaat geen enkele aanleiding en een formulering van het begrip onderneming, die de mogelijkheid van zulk een uitbreiding biedt, acht ik dan ook onjuist.

Daarbij wil ik nog op twee punten wijzen: artikel 2 van de Handelsnaamwet, dat overdracht van een handelsnaam (met de onderneming) mogelijk maakt, veronderstelt het bestaan van een rechtsobject, te weten een ondernemer, die die handelsnaam voert en tot overdracht van die naam en de onder die naam gedreven onderneming in staat is. Naast een zekere mate van duurzaamheid (de onderneming moet ergens gevestigd zijn) is daarvoor een juridisch erkende structuur vereist: natuurlijk persoon, rechtspersoon, vennootschap onder firma, onverdeelde boedel. Een 'georganiseerd verband' dat als zodanig niet juridisch erkend is, is daarvoor onvoldoende.

In de tweede plaats dient in het oog te worden gehouden, dat de Handelsnaamwet is tot stand gekomen en functioneert als een gespecialiseerde regeling op het algemene terrein van de onrechtmatige mededinging, evenals dat het geval is met de wetgeving inzake de merken. De internationale bescherming van de handelsnaam heeft dan ook een (bescheiden) plaats gekregen in het Unieverdrag van Parijs. Juist omdat het mededingingsrecht in toenemende mate internationale aspecten vertoont, lijkt het mij weinig wenselijk om nu ten aanzien van één van de daarbij gebruikte onderscheidingstekens in Nederland plotseling uit de pas te gaan lopen en de wettelijke bescherming uit te breiden tot activiteiten die niet op het commerciële mededingingsterrein behoeven te liggen. Daarom is een 'oogmerk om materieel voordeel te behalen' naar mijn mening veel te ruim als criterium voor de onderneming in de zin van de Handelsnaamwet. De activiteiten zullen bovendien moeten bestaan uit deelname aan het economisch verkeer en wel zodanig dat men in beginsel in een concurrentiepositie kan komen.

In het hier besliste geval was in feite aan deze criteria voldaan; te meer reden om de gebruikte, veel te ruime, formulering te betreuen.

### 2) De rekestprocedure van de Handelsnaamwet en de reconventie.

De rechtbank verwijt Tandem, dat zij harerzijds geen reconventioneel verzoek tot schadevergoeding heeft ingediend. Dat verwijt is niet terecht. Artikel 429-h Rv, dat de mogelijkheid van een reconventioneel verzoek biedt, is immers op de rekestprocedure van art. 6 HNW nog niet van toepassing, evenmin als de andere bepalingen van de twaalfde titel van boek I Rechtsvordering. Tandem had dus geen mogelijkheid tot het indienen van een reconventioneel verzoek, omdat reconventie volgens de rechtspraak in rekestprocedures niet mogelijk is wanneer niet de wet een recht op een verweerschrift geeft. Bovendien vraag ik mij af of — ook als t.z.t. art. 429-h Rv wel van toepassing zal zijn — in de rekestprocedure van art. 6 HNW ooit een reconventionele schadevergoedingsvordering met succes zou kunnen worden ingesteld. De basis voor zulk een schadevergoedingsvordering is immers de onrechtmatige daadsactie van art. 1401 BW. Die actie kan niet bij rekest worden ingesteld; daarvoor ontbreekt de wettelijke grondslag. Daarenboven beperkt art. 429-h de

reconventie tot een verzoek dat 'betrekking heeft op het onderwerp van het oorspronkelijke verzoek' en bij een handelsnaamgeschil zou dat m.i. wel kunnen zijn een verzoek tot wijziging van de handelsnaam van de oorspronkelijke verzoeker ( op grond dat de verweerder de betere rechten heeft), maar niet een schadevergoedingsvoordring. Ceterum censeo . . . maar daar zal ik maar over ophouden.

S. B.

Nr 73. President Arrondissements-Rechtbank te Alkmaar, 8 april 1976.

(Regio Holland/Holland Noord)

(Mr H. F. van den Haak)

*Artikel 5 Handelsnaamwet.*

*De handelsnaam 'Onroerend Goed Maatschappij Regio Holland B.V.' gelijk niet verwarrend veel op de handelsnaam 'Bemiddelingsburo Holland Noord'. Ook geen schending van het recht van eiseres op haar handelsnaam tengevolge van gebruik in de praktijk van de verkorte namen Holland-Noord B.V. en Regio Holland B.V., mede omdat het publiek aan de vraagzijde van de markt wegens de relatief grote belangen die in het spel zijn als niet-oppervlakkig aandachtig kan worden beschouwd.*

*Artikel 1401 Burgerlijk Wetboek.*

*Geen onrechtmatige concurrentie van gedaagden – vroegere werknemers van eiseres – door dezelfde werkmethode en wijzen van adverteren te gebruiken als eiseres. Wel onrechtmatige concurrentie van eiseres, verweerder in reconventie, door het benaderen van cliënten met het aanbod reeds verleende bemiddelingsopdrachten tegen gunstiger voorwaarden over te nemen en het daarbij doen van denigrerende uitlatingen over eisers in reconventie.*

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Bemiddelingsburo Holland-Noord B.V. te Alkmaar, eiseres in conventie, verweerder in reconventie, procureur Mr P. Chr. Biesta,

tegen

- 1) de vennootschap onder firma Onroerend Goed Maatschappij Regio Holland B.V.i.o. te Alkmaar,
- 2) Jacob Coenraad van Rijn te Amstelveen,
- 3) Nicolaas Simon Zonneveld te Warmenhuizen, gedaagden in conventie, eisers in reconventie, procureur Mr M. J. van Erp Taalman Kip, advocaat Mr Ch. E. F. M. Gielen.

Wij, President, enz.

*Overwegende ten aanzien van het recht:*

*In conventie en in reconventie:*

Als gesteld en erkend althans onvoldoende betwist alsmede op basis van overgelegde bescheiden, voorzover niet weersproken, staat in dit geding tussen partijen vast:

1. Holland-Noord B.V., wier onderneming sedert 1 februari 1972 is gevestigd te Alkmaar, Kennemersingel 16, is als besloten vennootschap onder de handelsnaam Bemiddelingsburo Holland-Noord B.V. opgericht op 7 april 1972 en heeft ten doel haar bedrijf te maken van: het bezorgen en verstrekken van hypotheeken, credieten en het verlenen van bemiddeling bij het sluiten van assurantien, de exploitatie-, aankoop-, verkoop- en administratie van onroerende goederen.
2. Van Rijn en Zonneveld zijn als medewerkers in de buitendienst ten behoeve van de acquisitie in loondienst van Holland-Noord B.V. geweest onderscheidenlijk gedurende de periode van 1 januari 1975 tot 1 januari

1976 en gedurende de periode van 1 augustus 1975 tot 29 november 1975.

3. Op 5 januari 1976 hebben Van Rijn en Zonneveld opgericht de vennootschap onder firma Onroerend Goed Maatschappij Regio Holland B.V. i.o., gevestigd te Alkmaar Kennemerstraatweg no. 80, welke onderneming haar bedrijf maakt van bemiddeling bij de aan- en verkoop en huur en verhuur van onroerende goederen en van de bemiddeling bij financieringen en verzekeringen; de op te richten besloten vennootschap is inmiddels ook opgericht.
4. Op 2 januari 1976 is opgericht de besloten vennootschap Interpartners B.V., gevestigd te Alkmaar Kennemersingel 16, waarvan de directie wordt gevoerd door Holland-Noord B.V. en welke onderneming ten doel heeft het verlenen van bemiddeling bij aan- en verkoop van onroerend goed en bij het afsluiten van assurantie- en financieringsovereenkomsten.

*In conventie:*

De vorderingen van Holland-Noord B.V. zijn gebaseerd op de stellingen, naar de kern samengevat:

A. dat gedaagden gebruik zijn gaan maken van een handelsnaam die slechts in geringe mate zou afwijken van die van eiseres, als gevolg waarvan, de plaats van vestiging en de aard van de door partijen gedreven ondernemingen in aanmerking genomen, verwarring tussen de ondernemingen Holland-Noord B.V. en Regio Holland B.V. bij het publiek zou ontstaan;

B. dat gedaagden, door zich te bedienen van het – nader in dit vonnis te bespreken – complex van middelen en methoden om het bedrijfsdebiët van eiseres binnen te dringen en te veroveren eiseres oneerlijke concurrentie aandoen en aldus in het sociaal-economisch verkeer jegens eiseres onzorgvuldig en derhalve onrechtmatig zouden handelen.

Ad A.:

Ter zitting is als gesteld en erkend tussen partijen komen vast te staan, dat Holland-Noord B.V. thans niet meer onder haar handelsnaam op de markt opereert. Hieruit vloeit voort, dat de aandacht van het publiek voor eiseres' bedrijf niet meer via haar handelsnaam wordt getrokken.

Daarmede ontvalt aan de vordering, voorzover hier aan de orde, het in Kort Geding noodzakelijke belang.

Eiseres heeft in dit verband doen opmerken, dat Holland-Noord B.V. zich binnenkort weer als zodanig op de markt zal manifesteren en wel na benoeming van een directeur. Evenwel eiseres' directeur, C. N. M. Bleijendaal, heeft onbetwist begin januari 1976 Interpartners B.V. opgericht teneinde deze B.V. in heel Nederland publiekelijk te doen optreden in plaats van Holland-Noord B.V., welke laatste B.V. de directie voert over Interpartners B.V. Eiseres heeft niet gesteld en/of doen blijken, dat Holland-Noord B.V. zich na de oprichting van Interpartners B.V. nog met voldoende continuïteit onder de handelsnaam Holland-Noord B.V. op de markt heeft bewogen. Onder deze omstandigheden is omtrent een terugkeer van Holland-Noord B.V. als publiekelijk gevoerde handelsnaam in dezelfde bedrijfstak waarin gedaagden opereren, onvoldoende aannemelijk geworden. Derhalve kan reeds daarom een beroep op deze terugkeer eiseres uit een oogpunt van eventuele handelsnaamrechtelijke bescherming niet baten.

Evenwel ook indien hierover anders geoordeeld dient te worden, dan nog moet de vordering, beschouwd in het licht van de hier aan de orde zijnde grondslag, stranden, gelet op het navolgende.

Wij stellen in deze voorop aan de beoordeling van het – tussen partijen omstreden – al dan niet bestaan van verwarringsgevaar als bedoeld in art. 5 van de Handelsnaamwet ten grondslag te leggen een vergelijking van beide handelsnamen als geheel in de totaalvormen, waarin zij overkomen op het publiek, waartoe partijen zich bij de uitoefening van hun bedrijven richten.

Beschouwing op voormelde voet van de handelsnamen 'Bemiddelingsburo Holland-Noord B.V.' en 'Onroerend