

Hoge Raad, 19 april 1985, Consulaire v Air Holland**HANDELSNAAMRECHT****Rechtverkrijgend voeren handelsnaam****De strekking van de Handelsnaamwet verzet zich er evenwel tegen aan de naam waaronder een onderneming in voorbereidend stadium van haar bestaan naar buiten treedt, de bescherming van die wet te onthouden**

Het middel in het principale beroep richt zich in alle onderdelen tegen het eerstgenoemde oordeel van de Rb. In dat oordeel, volgens hetwelk eerst dan sprake is van 'de naam waaronder een onderneming wordt gedreven' wanneer de naam wordt gebezigd ter aanduiding van 'regelmatige bedrijfsmatige activiteiten in het handelsverkeer', ligt (...) besloten dat een naam waaronder een onderneming, die nog slechts doende is de voor zulke regelmatige bedrijfsmatige activiteiten noodzakelijke voorbereidingen te treffen, zich aandient bij degenen met wie zij daartoe in contact moet treden — overheid, banken, leveranciers, toekomstige afnemers — niet als handelsnaam kan worden aangemerkt. De strekking van de Handelsnaamwet, die mede beoogt nabootsing van handelsnamen tegen te gaan, verzet zich er evenwel tegen aan de naam waaronder een onderneming in dit stadium van haar bestaan naar buiten treedt, de bescherming van die wet te onthouden. Voor zover de onderdelen 2 en 4 van het middel aanvoeren dat de Rb. heeft blijk gegeven van een onjuiste opvatting omtrent de Handelsnaamwet en met name van art. 1 van die wet, treffen zij dus doel.

PROCESRECHT**Verzoekschriftenprocedure Handelsnaamwet****Verzoek op grond van art. 6 Handelsnaamwet slechts toewijsbaar indien de naam waarvan wijziging wordt verricht een handelsnaam is**

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

Vindplaatsen: NJ 1985, 790, m.nt. Wichers Hoeth

Hoge Raad, 19 april 1985

(Royer, Van Den Blink, Hermans, Bloembergen, Boekman)

(...)

Consulaire International Transportation Consultants BV, te Aerdenhout, verzoekster tot cassatie, voorwaardelijk incidenteel verweerster, adv. Mr. J. Y. Groeneveld, tegen

Air Holland NV, te Willemstad, Curacao, verweerster in cassatie, voorwaardelijk incidenteel verzoekster, adv. Mr. P.S. Kamminga.

Tekst

1. Het geding in feitelijke instanties

Op 16 nov. 1983 heeft verzoekster tot cassatie — verder te noemen Consulaire — zich gewend tot de Ktr. te Hilversum met het verzoek de handelsnaam van verweerster in cassatie — Air Holland NV — binnen twee weken na het onherroepelijk worden van de beslissing zodanig te wijzigen dat deze niet langer identiek is aan de door Consulaire als handelsnaam gevoerde naam 'Air Holland' of daarop zodanig gelijkert dat verwarring bij het publiek mogelijk is, op straffe van een dwangsom van f 1000 voor iedere dag dat Air Holland NV daarmede in gebreke zal zijn.

De Ktr. heeft bij beschikking van 30 nov. 1983 Air Holland NV veroordeeld om binnen twee weken nadat deze beschikking onherroepelijk is geworden de thans gevoerde handelsnaam Air Holland NV te wijzigen, in dier voege dat het woord 'Air' daaruit verdwijnt.

Tegen deze beschikking heeft Air Holland NV hoger beroep ingesteld bij de Rb. te Amsterdam.

Bij beschikking van 16 mei 1984 heeft de Rb. de beschikking van de Ktr. vernietigd en Consulaire niet-ontvankelijk verklaard in haar verzoek.

De beschikking van de Rb. is aan deze beschikking gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen de beschikking van de Rb. heeft Consulaire beroep in cassatie ingesteld, waarna Air Holland NV voorwaardelijk incidenteel beroep heeft ingesteld. Het cassatierekest en het rekest houdende het voorwaardelijk incidenteel beroep zijn aan deze beschikking gehecht en maken daarvan deel uit.

Pp. hebben over en weer verzocht de beroepen te verwerpen.

De **conclusie van de A-G Franx** strekt tot vernietiging van de bestreden beschikking in het principale beroep en tot verwijzing van de zaak naar het Hof te Amsterdam en tot verwerping van het voorwaardelijk incidentele beroep.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie gaat het in deze zaak nog slechts om de vraag of Consulaire gerechtigd is met toepassing van art. 6 Handelsnaamwet wijziging te verzoeken van de naam van Air Holland NV. Consulaire had in haar oorspronkelijk verzoekschrift als grond voor haar verzoek o.m. gesteld: dat zij een onderneming is die zich bezighoudt met ondersteunende activiteiten (adviezen, vertegenwoordiging, inkoop van voertuigen en vaartuigen) voor het toerisme, waartoe ook het luchtvervoer behoort; dat zij zich in 1979 heeft gewend tot de minister van Verkeer en Waterstaat om een vergunning ingevolge art. 16 Luchtvaartwet te verkrijgen voor chartervervoer, waarbij zij een concept-statutenwijziging heeft overgelegd, die ertoe strekte haar doelomschrijving te wijzigen en met zoveel woorden te richten op het door de lucht vervoeren van passagiers, bagage en vracht; dat zij zich sinds op zijn laatst 1980 met het oog op de aangevraagde vergunning is gaan gedragen als lucht-

vaartonderneming onder de handelsnaam 'Air Holland', die zij tot haar statutaire naam zou maken zodra de vergunning zou zijn verleend, en dat zij deze handelsnaam gebruikte o.m. in mondelinge en schriftelijke contacten met haar potentiële opdrachtgevers, de touroperators (Neckermann enz.), met Verkeer en Waterstaat, met de pers en met de Boeing Vliegtuigfabrieken; dat de aangevraagde vergunning haar tenslotte 'na een lange lijdensweg' op 29 sept. 1983 is verleend. Consulair heeft voorts gesteld dat Air Holland NV sedert 1 sept. 1982 in Nederland gevestigd is en de handelsnaam 'Air Holland' in Nederland voert voor het bedrijf lijndienst en chartermaatschappij zonder dat bedrijf daadwerkelijk uit te oefenen.

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

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

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

3.4 Het middel in het principaal beroep richt zich in alle onderdelen tegen het eerstgenoemde oordeel van de Rb. In dat oordeel, volgens hetwelk eerst dan sprake is van 'de naam waaronder een onderneming wordt gedreven' wanneer de naam wordt gebezigd ter aanduiding van 'regelmatige bedrijfsmatige activiteiten in het handelsverkeer', ligt — nu de Rb. verondersteltenderwijs is uitgegaan van de juistheid van de hiervoor onder 3.1 weergegeven stellingen van Consulair — besloten dat een naam waaronder een onderneming, die nog slechts doende is de voor zulke regelmatige bedrijfsmatige activiteiten noodzakelijke voorbereidingen te treffen, zich aandient bij degenen met wie zij daartoe

in contact moet treden — overheid, banken, leveranciers, toekomstige afnemers — niet als handelsnaam kan worden aangemerkt. De strekking van de Handelsnaamwet, die mede beoogt nabootsing van handelsnamen tegen te gaan, verzet zich er evenwel tegen aan de naam waaronder een onderneming in dit stadium van haar bestaan naar buiten treedt, de bescherming van die wet te onthouden. Voor zover de onderdelen 2 en 4 van het middel aanvoeren dat de Rb. heeft blijk gegeven van een onjuiste opvatting omtrent de Handelsnaamwet en met name van art. 1 van die wet, treffen zij dus doel.

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

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

4. Beslissing

De HR verwerpt het principaal beroep.

Conclusie Adocaat-Generaal Mr. Franx

1. De feiten en het verloop van de procedure

Bij inleidend rekest aan de Ktr. te Hilversum verzocht partij Consulair de wederpartij, Air Holland NV, te veroordelen haar handelsnaam (Air Holland NV) te wijzigen. De Ktr. heeft bij beschikking d.d. 30 nov. 1983 met inwilliging van het verzoek wijziging van de handelsnaam Air Holland NV bevolen in dier voege dat het woord 'Air' daaruit verdwijnt. De Ktr. was van oordeel dat Air Holland NV handelt in strijd met art. 5 Handelsnaamwet.

Air Holland NV kwam in hoger beroep. De Rb. te Amsterdam heeft vervolgens bij beschikking van 16 mei 1984 de beschikking van de Ktr. vernietigd en Consulair niet-ontvankelijk verklaard in haar verzoek. Met betrekking tot de feiten in deze zaak heeft de Rb. overwogen: (enz., zie boven, r.o. 2; Red.).

Consulair heeft zich in cassatie voorzien en voert tegen de beschikking van de Rb. een middel aan, bestaande uit de onderdelen 1 t/m 4. Air Holland NV heeft voorwaardelijk, nl. voor zover een of meer onderdelen van het middel van Consulair tot vernietiging van de bestreden beschikking zou leiden, incidenteel cassatieberoep ingesteld en in dat kader een middel, gericht tegen r.o. 7 van de beschikking van de Rb., aangevoerd.

2. Het principale cassatiemiddel bestrijdt r.o. 6 van de Rb.-beschikking, luidende: (...).

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

‘Grief I De Ktr. is er ten onrechte van uitgegaan dat Consulair sedert ultimo 1980 als luchtvaartonderneming de handelsnaam Air Holland voert.’

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

Op grond van het vorenstaande ben ik van mening dat onderdeel 3 geen succes kan hebben. De Rb. heeft in appelgrief I mede de klacht gelezen dat de Ktr. ten onrechte heeft aangenomen dat Consulair als onderneming de handelsnaam Air Holland voerde. Die grief, zoals door de Rb. kennelijk opgevat, beperkte het debat in hoger beroep niet tot de vraag of Consulair optrad als luchtvaartonderneming — met als onbestreden uitgangspunt dat Consulair in ieder geval een ‘onderneming’ was. Deze lezing van appelgrief I is feitelijk van aard en in het licht van het ‘verweerschrift in hoger beroep’ (waarmee is bedoeld: het appelrekest) van Air Holland NV, met name het op p. 3 onder nr. 4 betoogde, niet onbegrijpelijk.

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

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

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

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

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

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

Ik moge ten deze verwijzen naar S. Boekman, ‘De handelsnaam’ (2e druk, 1977), p. 13 e.v. De rechtspraak stelt een dubbele eis: winstoogetek (HR 10 okt. 1940, NJ 1941, 197, m.nt. EMM) en bedrijf. Genoemd arrest van 1940 leidt het winstoogetek af uit het kenmerk van ‘onderneming, waarin enig bedrijf, door wie ook, wordt uitgeoefend’. Beroepsuitoefening is niet voldoende voor handelsnaamwetbescherming, er moet

sprake zijn van bedrijfsmatige activiteiten. Zie Boekman p. 17–19 en in haar noot onder Pres. Rb. Utrecht 6 febr. 1974, BIE 1976 p. 14–15. HR 24 dec. 1976, BIE 1977 nr. 72 (m.nt. SB), NJ 1978, 431 (m.nt. BW) overwoog:

‘O. ten aanzien van de middelen I, II en III: dat de Handelsnaamwet, bescherming verlenende aan de handelsnaam, blijkens art. 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 Rb. geen onjuiste maatstaf heeft toegepast door dit verweer 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; dat de Rb. zich derhalve niet behoefde te verdiepen in de vraag of Tendum wel een economische eenheid vormde en of er wel een akte van vennootschap was, terwijl zij evenmin behoefde in te gaan op het verweer dat Tendum niet in het Handelsregister was ingeschreven, daar een dergelijke inschrijving, ook indien verplicht, evenmin als de inschrijving van de handelsnaam zelve, voorwaarde is voor de bescherming van de handelsnaam die de Handelsnaamwet verleent; dat het aanwezig zijn van het georganiseerd verband als bovenbedoeld onder de vastgestelde omstandigheden berust op een feitelijk oordeel dat geen nadere motivering behoefde’.

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

reeds genoemde noot van Boekman in BIE 1976 p. 14–15, met een voorstel voor een toekomstige definitie voor ‘eventuele randgevallen’.

Wachter heeft in zijn NJ-noot onder de beschikking van 24 dec. 1976, sub 2, opgemerkt dat in de formulering van de HR node het element ‘bedrijfsmatig’ wordt gemist. Hij wijst o.m. op maatschappen die niet bedrijfsmatig optreden maar wel onder het criterium van de HR vallen. Dit kenmerk van ‘bedrijfsmatige exploitatie’ komt wel voor in HR 14 nov. 1975, NJ 1977, 207 (m.nt. BW), echter niet als inzet van de rechtsstrijd in cassatie maar als onbestreden beslissing van de appelrechter.

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

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

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

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

4. Naar mijn mening kan ook de eerste klacht van onderdeel 2 niet slagen. De Rb. is m.i. niet van onderlinge tegenstrijdige uitgangspunten uitgegaan. De feitelijke vaststelling in r.o. 2 sub a, dat Consulair ‘een onderneming drijft’ enz., is slechts bedoeld als verwijzing naar het uittreksel uit het Handelsregister dat Consulair als bijlage I bij haar inleidend verzoekschrift in eerste aanleg heeft geproduceerd. Dat blijkt uit het in dat verzoekschrift onder 3 gestelde, waarin een samenvat-

ting wordt gegeven van de activiteiten van Consulair met een verwijzing naar genoemd uittreksel, van welke samenvatting de Rb. in r.o. 2a de essentie overneemt. Daarmee bedoelt de Rb. m.i. niet tevens te beslissen dat Consulair die activiteiten ook realiter verricht.

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

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

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

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

6. Hier rijst echter de vraag of er ten deze een motiveringsplicht op de Rb. rustte. HR 6 sept. 1962, NJ 1962, 360 overwoog ‘dat de wet te dezen niet tot redengeving verplicht’.

Boekman, ‘De Handelsnaam’ (1977), p. 145, vermeldt oudere uitspraken in dezelfde zin en spreekt in dit verband van vaste rechtspraak. Haar slotsom is: ‘Zolang de algemene regeling van art. 429a niet is ingevoerd, blijft deze rechtspraak voor de handelsnaamprocedure van kracht’.

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

Naar mijn bescheiden mening kan deze, klassieke opvatting in het licht van moderne inzichten en van de duidelijke verscherping van door Uw Raad gestelde motiveringseisen (vgl. N.J. Polak, NJB 1981, p. 200) niet langer worden aanvaard, althans niet in die zin dat de rechter geen inzicht zou behoeven te verschaffen in zijn gedachting die hem tot de beslissing heeft gebracht. Er is geen goede grond meer aan te geven ten deze verschil te maken tussen vonnissen, onderworpen aan art. 121 Gr.w, art. 20 Wet RO en art. 59 lid 1 onder 3e Rv en beschikkingen. Art. 429k lid 2 Rv brengt zulks tot uiting. De motiveringseis dient in beginsel ook te worden gesteld aan beschikkingen die niet worden beheerst door titel 12 van Boek 1 Rv, althans in gevallen waarin sprake is van een procedure op tegenspraak gevoerd die zich naar haar aard niet laat onderscheiden van een (contentieus) dagvaardingsproces, zoals de onderhavige procedure ex art. 6 Handelsnaamwet. Trouwens, ik zie in een dergelijke procedure geen enkele zichzelf respecterende appelrechter volstaan met een dictum: 'Verwerpt het beroep' — en nog minder: 'Vernietigt de beroepen beschikking' — zonder zulks enigerlei wijze te hebben gemotiveerd. Aldus ook Boekman, 'De handelsnaam' (1977) p. 145: 'In werkelijkheid komt een ongemotiveerde beschikking in een handelsnaamzaak niet voor'. De motiveringseis van art. 429k lid 2 is niet zo maar een van de regels van titel 12 Boek 1, het is een fundamentele basisregel, hoeksteen van een goede procesorde. Het is daarom, naar mijn opvatting, onjuist om de aanvaarding van het algemene motiveringsbeginsel afhankelijk te stellen van het ingrijpen van de wetgever die er misschien eens toe zal overgaan titel 12 van toepassing te verklaren op handelsnaamwetprocedures. Er heeft zich, grotendeels buiten de wet om, een ontwikkeling voorgedaan op het stuk van motivering van rechterlijke beslissingen die niet mag stilstaan bij de poort van de Handelsnaamwet. Dat brengt nog niet mee dat in handelsnaamwetzaken een extra sterk accent op de motivering moet komen te liggen, zoals '... bij een voor alle betrokkenen zo belangrijke beslissing ... omtrent voorgedijwijziging (HR 23 mei 1980, NJ 1980, 520). Maar wel lijkt me nu de tijd rijp voor aanvaarding van een normale cassatiecontrole op motivering van handelsnaambeslissingen. Is het voorbarig om een voorbode daarvan te zien in HR 24 dec. 1976, NJ 1978, 431, overwegende inzake een feitelijk oordeel dat dat geen nadere (cursivering door mij, F.) motivering behoefde?

Zie in de door mij voorgestane zin: Wachter in zijn noot onder HR 8 nov. 1974, NJ 1976, 220, die (sub 2) voor wat de aan de motivering te stellen eisen betreft, elk principieel verschil tussen vonnis en beschikking verwerpt; N.J. Polak, NJB 1981, p. 202; Boekman in

1983 in de Haardt-bundel, p. 37–38; en de conclusie van mijn ambtgenote Biegman-Hartogh nr. 6739 sub 9, verwijzend naar HR 18 jan. 1980, NJ 1980, 472 (m.nt. WHH) en BIE 16 sept. 1983, p. 253, m.nt. SB.

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

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

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

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

8. Ik concludeer dat de HR in het principale beroep de bestreden beschikking van de Amsterdamse Rb. zal vernietigen en de zaak zal verwijzen naar het Hof te Amsterdam, en het voorwaardelijk ingestelde incidentele beroep zal verwerpen.