

Hoge Raad, 13 september 1996, LIDO



Normaal gebruik

Het gaat erom of gezegd kan worden dat de reisorganisaties bij het aankondigen van bedoelde boekingsmogelijkheid in naam van de merkhouder Le Lido waren opgetreden.

In rov. 2.6 heeft het Hof vervolgens onderzocht of Le Lido is geslaagd in het leveren van het bewijs van het tweede onderdeel van het probandum. Volgens dit onderdeel diende Le Lido — overeenkomstig haar in rov. 4.10 van 's Hofs tussenarrest geciteerde stelling — te bewijzen dat de betrokken reisorganisaties voor het boeken van bedoelde reserveringen 'de medewerking en toestemming' van Le Lido nodig hadden. Het Hof heeft geoordeeld dat Le Lido in dit bewijs niet is geslaagd. Het heeft dit oordeel hierop gegrond dat de reisorganisaties de medewerking van Le Lido slechts nodig hadden in die zin dat, als er werd gereserveerd, er ook moest worden betaald, welk 'nogal vanzelfsprekende gegeven' het Hof ongenoegzaam achtte. Zoals hieruit, mede in verband met de hiervoor aangegeven beperkte strekking van het eerste onderdeel van het probandum, moet worden afgeleid, heeft het Hof het tweede onderdeel van het probandum kennelijk aldus opgevat dat diende te worden bewezen dat de reisorganisaties de medewerking en toestemming van Le Lido behoeften voor het in hun folders aankondigen van de mogelijkheid om via hen reserveringen voor een show in Le Lido te boeken. Kennelijk heeft het Hof hierbij in aanmerking genomen dat het volgens het in rov. 4.8 van zijn tussenarrest neergelegde criterium erom gaat of gezegd kan worden dat de reisorganisaties bij het aankondigen van bedoelde boekingsmogelijkheid in naam van de merkhouder Le Lido waren opgetreden.

Vindplaatsen: NJ 1997, 312, m.nt. Verkade

Hoge Raad, 13 september 1996

(Royer, Roelvink, Mijnsen, Korthals Altes, Herrmann)
(...)

De vennootschap naar Frans recht Le Lido S.A., te Parijs, Frankrijk, eiseres tot cassatie, adv. mr. R.S. Meijer, tegen

1. De stichting Nationale Stichting tot Exploitatie van Casinospelen in Nederland, te Hoofddorp, gemeente Haarlemmermeer,

2. Horeca Exploitatie Maatschappij 'De Vondelbrug' B.V., te Amsterdam, verweersters in cassatie, adv. mr. W.E. Pors.

(...)

1. Het geding in feitelijke instanties

Eiseres tot cassatie — verder te noemen: Le Lido — heeft bij exploiten van 23 december 1992 verweersters in cassatie — verder afzonderlijk te noemen: Holland Casino's en De Vondelbrug — op verkorte termijn gedagvaard voor de Rechtbank te Amsterdam en gevorderd:

a. Holland Casino's en De Vondelbrug ieder afzonderlijk te veroordelen elk gebruik in de Benelux van de naam LIDO voor of in verband met een theaterrestaurant en/of dinnershows en/of een nachtclub te staken en gestaakt te houden;

b. de nietigheid uit te spreken van het depot van het teken LIDO, ingeschreven bij het Benelux Merkenbureau te 's-Gravenhage onder registratienummer 486.151 en de ambtshalve doorhaling van de inschrijving van dat teken te gelasten;

c. Holland Casino's en De Vondelbrug hoofdelijk te veroordelen tot betaling van een dwangsom van f 10.000 per keer of dag dat zij handelen, of één van hen handelt, in strijd met de richtige en volledige nakoming van het hiervoor onder a. gestelde.

Holland Casino's en De Vondelbrug hebben de vorderingen bestreden.

Bij vonnis van 28 juli 1993 heeft de Rechtbank de vorderingen afgewezen.

Tegen dit vonnis heeft Le Lido hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te Amsterdam.

Bij tussenarrest van 30 juni 1994 heeft het Hof Le Lido tot bewijslevering toegelaten en bij eindarrest van 6 april 1995 heeft het Hof het bestreden vonnis bekrachtigd.

(...)

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- Le Lido exploiteert aan de Avenue des Champs-Élysées te Parijs een theaterrestaurant en nachtclub onder de naam LIDO.

- Le Lido heeft in 1981 bij het Internationale Merkenbureau het woordmerk LE LIDO doen inschrijven onder meer voor de volgende diensten in klasse 41: 'spectacles, organisation et présentation de spectacles'. De bescherming van deze dienstmerkschrijving is op grond van een daartoe strekkend verzoek als bedoeld in art. 3ter lid 2 van de Herzene Schikking van Madrid van 14 juli 1967 sedert 11 januari 1988 uitgebreid tot het Beneluxgebied.

- Sedert november 1991 exploiteert Holland Casino's in Amsterdam onder de naam LIDO een casino en exploiteert De Vondelbrug annex daaraan een café/theaterrestaurant/nachtclub. Op 22 augustus 1990 heeft Holland Casino's bij het Benelux Merkenbureau het merk LIDO doen inschrijven voor de klassen 35, 36 en 41 (exploitatie van casino's en theaters) en 42 (horeca-diensten).

3.2.1. Eind 1992 heeft Le Lido Holland Casino's en De Vondelbrug op verkorte termijn gedagvaard en gevorderd

derd de veroordeling van ieder van hen om elk gebruik in de Benelux van de naam LIDO voor of in verband met een theaterrestaurant en/of dinnershows en/of een nachtclub te staken en gestaakt te houden, alsmede een bevel tot doorhaling van de inschrijving van het teken LIDO bij het Benelux Merkenbureau, van welke inschrijving zij de nietigheid heeft ingeroepen.

Aan deze vorderingen heeft Le Lido ten grondslag gelegd dat Holland Casino's en De Vondelbrug door het gebruik van de naam LIDO voor (soort)gelijke diensten als die waarvoor het merk van Le Lido is gedeponereerd, inbreuk maken op haar uitsluitend recht op dat merk. Voorts heeft zij gesteld dat Holland Casino's en De Vondelbrug inbreuk maken op haar recht op de handelsnaam (LE) LIDO, aangezien als gevolg van het door hen voeren van die naam gevaar voor verwarring bij het publiek te duchten is. Tevens heeft zij gesteld dat Holland Casino's en De Vondelbrug door het gebruik van de naam Lido op onrechtmatige wijze aanhaken bij en profiteren van de bekendheid en reputatie van haar handelsnaam en merken.

3.2.2. De Rechtbank heeft de vorderingen van Le Lido afgewezen. Zij was van oordeel dat het beroep van Holland Casino's en De Vondelbrug op verval van het merk wegens het ontbreken van normaal gebruik ervan binnen het Beneluxgebied, een en ander in de zin van art. 5, aanhef en onder 3, (oud) BMW, gegrond is en dat bij gebreke van verwarringsgevaar Le Lido geen beroep op handelsnaamrechtelijke bescherming toekomt.

3.2.3. Het Hof heeft bij tussenarrest naar aanleiding van de grieven [...] en [...], in afwijking van de Rechtbank, geoordeeld dat onder normaal gebruik in de zin van art. 5, aanhef en onder 3, (oud) BMW ook kan worden begrepen het aanbieden van de desbetreffende diensten in het Beneluxgebied in die zin dat aldaar de mogelijkheid wordt geboden voor die diensten te boeken (rov. 4.7). Op grond hiervan heeft het Hof Le Lido toegelaten tot het bewijs van haar desbetreffende, in rov. 4.13 van 's Hofs tussenarrest weergegeven stellingen.

Bij eindarrest heeft het Hof geoordeeld dat Le Lido wel was geslaagd in het bewijs van het eerste onderdeel van de haar verstrekte bewijsopdracht, doch niet in dat van het tweede en derde onderdeel ervan. Op grond hiervan heeft het Hof de grieven [...] en [...] verworpen. Voorts heeft het ook de overige grieven van Le Lido verworpen en het vonnis van de Rechtbank bekrachtigd.

Het cassatiemiddel richt zich zowel tegen het tussenarrest als tegen het eindarrest.

3.3. Onderdeel 1 van het middel keert zich tegen rov. 4.6 van 's Hofs tussenarrest, voor zover het Hof daarin heeft overwogen dat het hier uitsluitend gaat om de diensten die geïntimeerden onder het merk LIDO aanbieden, te weten: 'nachtclub, floorshow met diner en champagne' (rechtsoverweging 5 van het vonnis waarvan beroep). Het onderdeel betoogt dat deze overweging onbegrijpelijk is, omdat Le Lido zich met een beroep op haar merkrecht óók verzet tegen gebruik door Holland Casino's en De Vondelbrug van het teken LIDO als handelsnaam.

Het onderdeel kan niet tot cassatie leiden. Het Hof spreekt in zijn rov. 4.6 weliswaar over 'geïntimeerden', doch doelt kennelijk op 'appellante', naar blijkt zowel uit het zinsverband — de door het Hof in rov. 4.6 besproken grieven [...] en [...] hebben betrekking op het gebruik door Le Lido van het merk LIDO — als uit de verwijzing naar rov. 5 van de Rechtbank, die onmiskenbaar betrekking heeft op merkgebruik door Le Lido. Deze kennelijke verschrijving is op de beslissingen van het Hof niet van invloed geweest.

3.4. Onderdeel 2 van het middel is gericht tegen rov. 4.8 van 's Hofs tussenarrest. Hierin heeft het Hof, na in rov. 4.7 te hebben overwogen dat onder normaal gebruik van het merk in de zin van art. 5, aanhef en onder 3, (oud) BMW ook valt het aanbieden van de desbetreffende diensten in het Beneluxgebied in die zin dat aldaar de mogelijkheid wordt geboden voor die diensten te boeken, geoordeeld dat het gebruik dient te geschieden door de merkhouders zelf of diens ingeschreven licentiehouders, dan wel door iemand die in hun naam optreedt, en dat laatstgenoemd gebruik derhalve dient te geschieden met instemming van de merkhouders of de licentiehouders.

Subonderdeel 2.1 klaagt dat dit oordeel onjuist is, indien en voor zover het aldus moet worden opgevat dat naar 's Hofs oordeel van gebruik van een merk in de hier bedoelde zin slechts sprake is, indien dat gebruik geschiedt door de merkhouders zelf of de ingeschreven licentiehouders, dan wel door iemand die èn in naam van èn met instemming van de merkhouders of de licentiehouders optreedt. De klacht mist echter feitelijke grondslag, aangezien zij berust op een onjuiste lezing van rechtsoverweging 8. Daarin heeft het Hof, anders dan de klacht veronderstelt, geen antwoord gegeven op de vraag of onder gebruik in de zin van art. 5, aanhef en onder 3, (oud) BMW mede is te verstaan gebruik van het merk door iemand die niet in naam, maar wèl met instemming van de merk- of licentiehouders optreedt. Het Hof heeft, de stellingen van Le Lido opvatende in die zin dat de reisorganisaties het merk in naam van deze laatste gebruikten, in die rechtsoverweging, overeenkomstig het desbetreffende betoog van Le Lido, geoordeeld dat gebruik van het merk in naam van de merk- of licentiehouders geen gebruik als evenbedoeld oplevert, indien dat gebruik zonder instemming van de merk- of licentiehouders geschiedt.

Subonderdeel 2.2 bouwt voort op subonderdeel 2.1 en kan derhalve evenmin tot cassatie leiden.

3.5.1. Het Hof heeft in rov. 2.5 van zijn eindarrest geoordeeld dat Le Lido is geslaagd in het leveren van het bewijs van het eerste onderdeel van het probandum, welk onderdeel inhield dat Le Lido diende te bewijzen dat zij in de drie jaren volgende op 11 januari 1988 'alhier via reisorganisaties de mogelijkheid tot het boeken van een reservering van een show in Le Lido heeft geboden (onder meer via de folders en brochures van die reisorganisaties)'. Het Hof heeft blijkens zijn voorafgaande beschouwingen in rov. 2.3–2.5 dat oordeel hierop gebaseerd dat uit de door Le Lido overgelegde producties blijkt dat een aantal Nederlandse reisorganisaties in folders en bro-

chures 'heeft geadverteerd voor de mogelijkheid die zij boden in de periode 1988 tot en met 1990 in Nederland een boeking te verrichten voor het bijwonen van een show in Le Lido' en dat uit die producties eveneens blijkt dat 'Le Lido aan Nederlandse (reis)organisaties de mogelijkheid bood om rechtstreeks bij haar reserveringen te boeken'. Uit een en ander moet worden afgeleid dat het Hof het eerste onderdeel van het probandum aldus heeft opgevat dat dit uitsluitend betrekking had op de feitelijke mogelijkheid van dit boeken.

3.5.2. In rov. 2.6 heeft het Hof vervolgens onderzocht of Le Lido is geslaagd in het leveren van het bewijs van het tweede onderdeel van het probandum. Volgens dit onderdeel diende Le Lido — overeenkomstig haar in rov. 4.10 van 's Hofs tussenarrest geciteerde stelling — te bewijzen dat de betrokken reisorganisaties voor het boeken van bedoelde reserveringen 'de medewerking en toestemming' van Le Lido nodig hadden. Het Hof heeft geoordeeld dat Le Lido in dit bewijs niet is geslaagd. Het heeft dit oordeel hierop gegrond dat de reisorganisaties de medewerking van Le Lido slechts nodig hadden in dier voege 'dat, als er werd gereserveerd, er ook moest worden betaald', welk 'nogal vanzelfsprekende gegeven' het Hof ongenoegzaam achtte. Zoals hieruit, mede in verband met de hiervoor aangegeven beperkte strekking van het eerste onderdeel van het probandum, moet worden afgeleid, heeft het Hof het tweede onderdeel van het probandum kennelijk aldus opgevat dat diende te worden bewezen dat de reisorganisaties de medewerking en toestemming van Le Lido behoefden voor het in hun folders aankondigen van de mogelijkheid om via hen reserveringen voor een show in Le Lido te boeken. Kennelijk heeft het Hof hierbij in aanmerking genomen dat het volgens het in rov. 4.8 van zijn tussenarrest neergelegde criterium erom gaat of gezegd kan worden dat de reisorganisaties bij het aankondigen van bedoelde boekingsmogelijkheid in naam van de merkhouder Le Lido waren opgetreden.

3.5.3. Onderdeel 3 van het middel bestrijdt 's Hofs oordeel dat Le Lido niet is geslaagd in het leveren van het bewijs van het tweede onderdeel van het probandum. Subonderdeel 3.1 betoogt dat het Hof, kennelijk (mede) beslissend achtend of de reisorganisaties de medewerking en toestemming van Le Lido behoefden, daarmee heeft miskend dat (ook) gebruik van het door een ander dan de merkhouder die daarvoor van de merkhouder (al dan niet stilzwijgend) toestemming heeft verkregen, het in de art. 5, aanhef en onder 3, (oud) BMW bedoelde gebruik oplevert, althans kan opleveren.

Het subonderdeel is tevergeefs voorgesteld. Het Hof heeft slechts geoordeeld dat Le Lido niet is geslaagd in het leveren van het bewijs van haar eigen stelling, geciteerd in rov. 4.10 van 's Hofs tussenarrest. Anders dan het subonderdeel veronderstelt, heeft het Hof zich niet uitgesproken over de vraag of gebruik van het merk door iemand die daarvoor toestemming van de merkhouder heeft verkregen, ook als deze toestemming niet vereist was, gebruik als bedoeld in art. 5, aanhef en onder 3 (oud), kan opleveren.

3.5.4. Subonderdeel 3.2 klaagt over tegenstrijdigheid tussen 's Hofs oordelen omtrent de eerste twee onderdelen van het probandum.

De klacht faalt. Het Hof heeft die onderdelen van het probandum opgevat zoals hiervoor in 3.5.1 en 3.5.2 is aangegeven. Hiervan uitgaande, heeft het geen tegenstrijdige beslissingen gegeven door het bewijs van het eerste onderdeel van het probandum wel, doch dat van het tweede onderdeel niet geleverd te achten.

3.5.5. Ook de subonderdelen 3.3 en 3.4 kunnen niet tot cassatie leiden. Het Hof heeft niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting noch een onbegrijpelijke beslissing gegeven door aan het enkele feit dat Le Lido de voorwaarde kon stellen dat wanneer via de reisorganisaties een reservering werd geboekt, voor deze reservering ook moest worden betaald, niet de gevolgtrekking te verbinden dat de reisorganisaties voor het in hun folders aankondigen van de mogelijkheid om via hen reserveringen voor een show in Le Lido te boeken, de medewerking en toestemming van Le Lido nodig hadden anders dan in dier voege dat moest worden betaald voor de via hen geboekte reserveringen. Evenmin heeft het Hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting of een onbegrijpelijke gedachtengang gevolgd door aan de in subonderdeel 3.4 vermelde omstandigheden — gesteld al dat deze van algemene bekendheid zouden zijn — niet de conclusie te verbinden dat de reisorganisaties de volgens de stelling van Le Lido vereiste medewerking en toestemming behoefden.

3.6. Onderdeel 4 heeft betrekking op het derde onderdeel van de aan Le Lido verstrekte bewijsopdracht, welk onderdeel inhield dat door Le Lido voor het boeken van reserveringen voor een show aan de reisorganisatie provisie werd betaald.

Het onderdeel bestrijdt 's Hofs desbetreffende oordeel met rechts- en motiveringsklachten en betoogt in subonderdeel 4.1 dat het Hof heeft miskend dat voor de vraag of sprake is van gebruik van een merk als bedoeld in art. 5, aanhef en onder 3, (oud) BMW niet relevant, althans niet doorslaggevend is of de merkhouder structureel provisie betaalt aan degeen die met zijn toestemming het merk gebruikt. Subsidiair voert subonderdeel 4.2 aan dat de omstandigheid dat Le Lido provisie in mindering kon brengen op het door de reisorganisaties ter zake van een boeking verschuldigde bedrag, reeds voldoende is om aan te nemen dat sprake is van 'gebruik' van het merk van Le Lido in vorenbedoelde zin.

Deze klachten dienen te worden beoordeeld in het licht van hetgeen Le Lido bij pleidooi in hoger beroep had aangevoerd ter bestrijding van het oordeel van de Rechtbank dat het gebruik door de reisorganisaties van het merk van Le Lido niet kon worden aangemerkt als een gebruik van dat merk namens Le Lido, omdat dat gebruik niet zozeer gericht is op het vinden van afzet voor de diensten van Le Lido in het Beneluxgebied, maar veeleer is ingegeven door het streven van die reisorganisaties hun eigen afzet te vergroten. In het kader van de bestrijding van dit oordeel heeft Le Lido gesteld dat zij de reisorganisaties provisie betaalde voor de gelegenheid die deze organisaties bieden om boe-

kingen te verrichten. Daarmee beoogde Le Lido kennelijk te benadrukken dat zij aldus de afzet van haar diensten via reisorganisaties in het Beneluxgebied beoogde te bevorderen, dat derhalve het gebruik door die organisaties van haar merk, anders dan de Rechtbank had aangenomen, in belangrijke mate erop gericht was haar afzet te vergroten en dat daarom dit gebruik moest worden aangemerkt als gebruik namens haar.

Het Hof heeft niet blijk gegeven van een onjuiste opvatting omtrent het begrip 'gebruik' in de zin van art. 5, aanhef en onder 3, (oud) door voormelde omstandigheid mede in aanmerking te nemen bij de beantwoording van de vraag of van zodanig gebruik kan worden gesproken en Le Lido te belasten met het bewijs dat zij de reisorganisaties provisie betaalde. Voorts is het Hof terecht ervan uitgegaan dat de enkele omstandigheid dat Le Lido een reisorganisatie provisie kon toekennen, onvoldoende was om aan te nemen dat het gebruik van het merk in belangrijke mate op bevordering van de afzet van Le Lido gericht was. 's Hof's desbetreffende oordelen zijn ook niet onbegrijpelijk of ongenoegzaam gemotiveerd. Alle in onderdeel 4 vervatte klachten falen mitsdien.

3.7.1. Onderdeel 5 van het middel is gericht tegen rov. 2.9 tot en met 2.13 van het eindarrest, waarin het Hof — evenals de Rechtbank — tot de slotsom is gekomen dat in het onderhavige geval geen gevaar voor verwarring als bedoeld in art. 5 van de Handelsnaamwet tussen de ondernemingen van partijen te duchten is.

3.7.2. Het Hof heeft zich in de eerste plaats verenigd met het oordeel van de Rechtbank dat de beide ondernemingen weliswaar onder dezelfde naam eenzelfde soort theatershow presenteren, maar dat, gezien het feit dat de één dit doet in Parijs en de ander in Amsterdam, niet valt in te zien hoe het publiek in verwarring zou kunnen geraken tussen die twee ondernemingen (rov. 2.10).

3.7.3. Subonderdeel 5.1 keert zich tegen rov. 2.11 van het eindarrest. Hierin heeft het Hof de stelling van Le Lido dat gevaar voor verwarring zich ook kan voordoen in die zin dat het publiek tussen beide ondernemingen een verband van bijvoorbeeld juridische, organisatorische of economische aard veronderstelt, verworpen op de grond dat onomstreden vaststaat dat over de gehele wereld ondernemingen bestaan, die de (handels)naam Lido voeren en waarvan een groot aantal ook werkzaam is in de horecabranche, en dat, nu Le Lido niet heeft betoogd dat bedoeld gevaar voor verwarring aanwezig is bij enige andere (horeca-)onderneming die de naam Lido voert, dan het Lido te Amsterdam, de stelling van Le Lido dat het publiek juist met betrekking tot het Lido te Amsterdam en Le Lido wél enige band zal veronderstellen, niet voldoende geadstrueerd is.

3.7.4. Subonderdeel 5.1 betoogt dat deze overtuiging onjuist althans onbegrijpelijk is, indien en voor zover het Hof bedoeld heeft dat Le Lido had moeten stellen dat gevaar voor verwarring met andere, niet in dit geding betrokken (horeca-)ondernemingen bestaat. Deze klacht kan bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Het Hof heeft niet geoordeeld dat Le Lido niet aan haar stelplicht heeft voldaan, maar dat,

gelet op het grote aantal ondernemingen dat de handelsnaam Lido voert, niet zonder nadere adstructie van de zijde van Le Lido aannemelijk is dat het publiek juist tussen het Lido te Amsterdam en Le Lido enige band zal veronderstellen.

3.7.5. Subonderdeel 5.2 gaat uit van laatstgenoemde, juiste lezing van rov. 2.11 en betoogt dat deze overweging en rov. 2.12 blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting althans onvoldoende begrijpelijk zijn gemotiveerd, aangezien het Hof de ondernemingen van partijen niet (zonder nadere motivering) had mogen aanmerken als 'horeca-ondernemingen', omdat dit een te ruime omschrijving is van de relevante aard van deze ondernemingen; zulks geldt, naar het onderdeel stelt, temeer, nu Le Lido in deze procedure steeds 'theaterrestaurant met dinershow' (dus een sub-branche van de horeca-branche) als relevante aard van de ondernemingen heeft aangemerkt.

Ook deze klachten kunnen niet tot cassatie leiden, nu het Hof in rov. 2.12 deze stellingen van Le Lido uitdrukkelijk heeft betrokken in zijn oordeel omtrent mogelijk verwarringsgevaar.

3.7.6. Subonderdeel 5.3 keert zich tegen laatstgenoemde rechtsoverweging, waarin het Hof heeft overwogen dat de omstandigheid dat De Vondelbrug te Amsterdam met gebruikmaking van de handelsnaam Lido een show/revue, soortgelijk aan die van Le Lido, brengt, op zichzelf onvoldoende is om (indirect) verwarringsgevaar te staven.

Subonderdeel 5.3.1 verwijt het Hof dat het hierbij geen acht heeft geslagen op een drietal essentiële stellingen van Le Lido, doch ten onrechte. De stelling van Le Lido dat naast het Lido te Amsterdam Le Lido het enige theaterrestaurant is, dat een (dinner)show/revue brengt onder de naam Lido, heeft het Hof behandeld, doch verworpen op de grond dat Le Lido onvoldoende heeft geadstrueerd in hoeverre haar shows ten opzichte van andere dergelijke shows een eigen karakter hebben, en Holland Casino's en De Vondelbrug juist dat specifieke karakter geheel of grotendeels hebben overgenomen. De stellingen dat het Lido te Parijs een grote bekendheid heeft verworven en het Lido te Amsterdam alles eraan doet om, onder andere in advertenties en folders, een link met Le Lido te leggen, welke stellingen, naar het Hof blijkens rov. 2.16 tot en met 2.18 van zijn eindarrest kennelijk heeft aangenomen, door Le Lido in hoofdzaak zijn aangevoerd ter adstructie van het door haar gestelde onrechtmatige aanhaken bij haar reputatie, heeft het Hof in voormelde rechtsoverwegingen behandeld en — in cassatie onbestreden — verworpen. Subonderdeel 5.3.2 verwijt het Hof in de eerste plaats te hebben miskend dat art. 5 van de Handelsnaamwet niet eist dat de onderneming met de oudste handelsnaam stelt en bewijst dat zij activiteiten verricht met een specifiek eigen karakter ten opzichte van de soortgelijke activiteiten van andere ondernemingen. Deze klacht faalt, omdat het in het onderhavige geval op de weg van Le Lido lag om feiten en omstandigheden te stellen waaruit het bestaan van (indirect) verwarringsgevaar kon worden afgeleid.

Voorts klaagt het subonderdeel dat onbegrijpelijk is dat het Hof uit de omstandigheid dat ook andere ondernemingen (zoals Les Folies Bergères en Le Moulin Rouge) soortgelijke shows verzorgen, niet heeft afgeleid dat het te dezen gaat om een bepaald type van ondernemingen, die het publiek slechts van elkaar kan onderscheiden indien geen sprake is van naamsgelijkheid. Ook deze klacht faalt, nu uit vorenbedoelde omstandigheid niet noodzakelijk volgt dat het publiek die ondernemingen uitsluitend van elkaar kan onderscheiden, indien zij een verschillende handelsnaam voeren.

3.8. Subonderdeel 5.4 en onderdeel 6 missen zelfstandige betekenis en behoeven derhalve geen behandeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Le Lido in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Holland Casino's en De Vondelbrug begroot op f 577,20 aan verschotten en f 3000 voor salaris.

Conclusie Advocaat-Generaal Strikwerda

(...)

1. Voor zover thans in cassatie van belang gaat het in deze zaak om het volgende. Eiseres tot cassatie (hierna: Le Lido) exploiteert onder de naam Lido in Parijs een theaterrestaurant/nachtclub. In 1981 heeft zij bij het Internationaal Merkenbureau het woordmerk LE LIDO doen inschrijven onder meer voor de volgende diensten in klasse 41: 'spectacles, organisation et présentation de spectacles'. Deze dienstmerkinschrijving is door territoriale uitbreiding sinds 11 januari 1988 ook voor de Benelux van kracht. Verweersters in cassatie (hierna: Holland Casino's en De Vondelbrug) exploiteren sedert november 1991 in Amsterdam onder de naam Lido een casino (Holland Casino's) annex café/theaterrestaurant/nachtclub (De Vondelbrug).

2. Le Lido stelt zich op het standpunt dat Holland Casino's en De Vondelbrug, door het gebruik van de naam Lido voor (soort)gelijke diensten als die waarvoor het merk van Le Lido is gedeponeerd, inbreuk maken op haar uitsluitend recht op dat merk, en voorts dat Holland Casino's en De Vondelbrug inbreuk maken op haar recht op de handelsnaam (Le) Lido, aangezien als gevolg van het door hen voeren van die naam bij het publiek gevaar voor verwarring is te duchten. Op grond van dit een en ander vordert Le Lido in deze procedure (onder meer) een verbod van elk gebruik door Holland Casino's en De Vondelbrug in de Benelux van de naam Lido voor of in verband met een theaterrestaurant en/of dinnershows en/of een nachtclub.

3. Holland Casino's en De Vondelbrug verweren zich met de stelling dat het merkrecht van Le Lido krachtens art. 5 sub 3 (oud) van de Benelux-Merkenwet (BMW) is vervallen doordat niet binnen drie jaren na 11 januari 1988 normaal gebruik van het dienstmerk is gemaakt binnen het Beneluxgebied. Voorts bestrijden zij dat bij

het publiek gevaar voor verwarring is te duchten in de zin van art. 5 van de Handelsnaamwet.

4. Bij vonnis van 28 juli 1993 heeft de Rechtbank te Amsterdam de vorderingen van Le Lido afgewezen. Zij achtte het beroep van Holland Casino's en De Vondelbrug op verval van het merk op grond van art. 5 sub 3 (oud) BMW (non-usus) gegrond (r.o. 5) en verwierp, wegens ontbreken van verwarringsgevaar, de door Le Lido ingeroepen handelsnaamrechtelijke bescherming (r.o. 8).

5. Le Lido is van het vonnis van de Rechtbank in hoger beroep gegaan bij het Gerechtshof te Amsterdam. Zij voerde zeven grieven aan. Grief [...] bestrijdt het oordeel van de Rechtbank met betrekking tot de door Le Lido ingeroepen handelsnaamrechtelijke bescherming. De grieven [...] en [...] richten zich tegen het oordeel van de Rechtbank dat het merk van Le Lido is vervallen door non-usus. De overige grieven spelen in cassatie geen rol.

6. Ten aanzien van de grieven [...] en [...] heeft het Hof, dat anders dan de Rechtbank van oordeel is dat onder 'normaal gebruik' in de zin van art. 5 sub 3 (oud) BMW ook begrepen kan worden het aanbieden van de desbetreffende diensten in de Benelux door reisorganisaties die in naam en met toestemming van Le Lido handelen, bij tussenarrest van 30 juni 1994 Le Lido toegelaten tot bewijs van haar stellingen dat zij in de drie jaren volgend op 11 januari 1988 alhier via reisorganisaties de mogelijkheid tot het boeken van een reservering van een show in Le Lido heeft geboden (onder meer via de folders en brochures van die reisorganisaties), alsmede dat die reisorganisaties daarvoor de medewerking en toestemming van haar, Le Lido, behoeften en dat door haar provisie hiervoor aan de reisorganisaties werd betaald.

Bij eindarrest van 6 april 1995 heeft het Hof overwogen dat uit de door Le Lido ter voldoening aan haar bewijsopdracht overgelegde producties blijkt dat Le Lido aan Nederlandse (reis)organisaties de mogelijkheid bood om rechtstreeks bij haar reserveringen te boeken en dat zij derhalve is geslaagd in het leveren van het bewijs van het eerste onderdeel van het probandum (r.o. 2.5). Volgens het Hof blijkt uit de overgelegde producties echter niet dat deze (reis)organisaties voor het aanbieden van de mogelijkheid tot het boeken van een reservering van een show in Le Lido de medewerking en toestemming van Le Lido behoeften (r.o. 2.6), noch dat door Le Lido aan de reisorganisaties, anders dan incidenteel, provisie werd betaald (r.o. 2.7). Het Hof heeft Le Lido dan ook niet geslaagd geacht in het leveren van het bewijs van het tweede en derde onderdeel van het probandum en de grieven [...] en [...] verworpen (r.o. 2.8).

7. Ook grief [...] is door het Hof verworpen (r.o. 2.13). Met de Rechtbank is het Hof van oordeel dat gevaar voor verwarring bij het publiek niet is te duchten. De stelling van Le Lido dat het publiek juist met betrekking tot het Lido te Amsterdam en Le Lido enige band zal veronderstellen, is volgens het Hof niet voldoende geadstrueerd, aangezien onomstreden is dat over de ge-

hele wereld ondernemingen in de horecabranche bestaan die de (handels)naam Lido voeren (r.o. 2.11).

8. De overige grieven eveneens verwerpend, heeft het Hof het vonnis van de Rechtbank bekrachtigd.

9. Le Lido is tegen zowel het tussenarrest als het eindarrest van het Hof (tijdig) in cassatie gekomen met een uit verscheidene onderdelen opgebouwd middel, dat door Holland-Casino's en De Vondelbrug is bestreden met conclusie tot verwerping van het cassatieberoep.

10. Onderdeel 1 van het middel komt op tegen r.o. 4.6 van het tussenarrest. Het Hof overweegt daar als inleiding op zijn behandeling van de grieven [...] en [...]

dat het hier uitsluitend gaat om de diensten, die geïntimeerden onder het merk LIDO aanbieden, te weten: 'nachtclub, floorshow met diner en champagne' (rechtsoverweging 5 van het vonnis waarvan beroep).

Het onderdeel acht deze overweging onbegrijpelijk, nu Le Lido zich met een beroep op haar merkrecht ook verzet zou hebben tegen gebruik door Holland Casino's en De Vondelbrug van het teken Lido als handelsnaam.

11. Het onderdeel zal wegens gebrek aan belang moeten falen. Waar het Hof spreekt van 'geïntimeerden', is dit naar mijn oordeel kennelijk een vergissing en bedoelt het Hof 'appellante'. Dit volgt zowel uit de context van de gewraakte zin (de bedoelde grieven betreffen immers het gebruik van het merk door Le Lido) als uit de verwijzing door het Hof naar r.o. 5 van het vonnis van de Rechtbank, welke rechtsoverweging eveneens betrekking heeft op het gebruik door Le Lido van het teken Lido als merk voor de door haar geboden diensten (nachtclub, floorshow met diner en champagne). Maar ook indien geen sprake is van een vergissing van het Hof (vgl. r.o. 4.18 van het tussenarrest), mist het onderdeel belang. De bestreden overweging van het Hof heeft betrekking op de grieven [...] en [...]. Deze grieven stelden uitsluitend de vraag aan de orde of het merk van Le Lido door non-usus is vervallen. Dat Le Lido zich met een beroep op haar merkrecht ook verzet zou hebben tegen het gebruik door Holland Casino's en De Vondelbrug van het teken Lido als handelsnaam is voor de beantwoording van die vraag niet van belang.

12. Onderdeel 2 bestrijdt r.o. 4.8 van het tussenarrest. In deze rechtsoverweging geeft het Hof als zijn oordeel te kennen dat bij de uitleg van art. 5 sub 3 BMW uitgangspunt moet zijn dat het gebruik van het merk dient te geschieden door de merkhouder zelf of door diens ingeschreven licentiehouders dan wel door iemand die in hun naam optreedt. Wat dit laatstgenoemde gebruik betreft, tekent het Hof aan dat dit 'derhalve dient te geschieden met instemming van de merkhouder of de licentiehouders'.

13. Volgens subonderdeel 2.1 is dit oordeel onjuist, indien en voor zover het Hof daarmee te kennen heeft willen geven dat er in het laatstgenoemde geval slechts dan van het in art. 5 sub 3 (oud) BMW bedoelde gebruik sprake is, indien dat gebruik geschiedt door iemand die in naam van en met instemming van de merk- of licentiehouders optreedt. Het subonderdeel voert aan dat ook gebruik door iemand die niet in naam van, maar wel met instemming van de merk- of licen-

tiehouders optreedt, het in art. 5 sub 3 (oud) BMW bedoelde gebruik kan opleveren.

14. Het subonderdeel berust naar mijn oordeel op een verkeerde lezing van de aangevallen overweging van het Hof. Het Hof heeft de in r.o. 4.10 van het tussenarrest weergegeven stellingen van Le Lido kennelijk zo begrepen dat volgens deze stellingen de bedoelde reisorganisaties in naam van Le Lido de mogelijkheid tot het boeken van een reservering van een show in Le Lido hebben aangeboden ('Le Lido biedt via een groot aantal van die organisaties de mogelijkheid tot het boeken ...') en dat die reisorganisaties het merk van Le Lido derhalve gebruikten in naam van Le Lido. Ten aanzien van dit gebruik stelt het Hof de eis dat het dient te geschieden met instemming van de merkhouder, zulks overigens (ook) in overeenstemming met de aangehaalde stellingen van Le Lido ('Die hebben daarvoor de medewerking en toestemming van Le Lido nodig'). Aldus beschouwd heeft het Hof in de gewraakte rechtsoverweging slechts te kennen gegeven dat gebruik van het merk in naam van de merk- of licentiehouders slechts dan gebruik in de zin van art. 5 sub 3 (oud) BMW oplevert, indien dit gebruik, dat wil zeggen gebruik in naam van de merk- of licentiehouders, geschiedt met instemming van de merk- of licentiehouders. Over de vraag of gebruik van het merk door iemand die niet in naam, maar wel met toestemming van de merk- of licentiehouders optreedt, gebruik in de zin van art. 5 sub 3 (oud) BMW oplevert, heeft het Hof zich niet uitgelaten. Het subonderdeel zal derhalve wegens gebrek aan feitelijke grondslag moeten falen.

15. Subonderdeel 2.2 bouwt voort op subonderdeel 2.1 en zal het lot daarvan moeten delen.

16. Onderdeel 3 keert zich in drie subonderdelen tegen r.o. 2.6 van het eindarrest. Het Hof overweegt daar dat Le Lido niet is geslaagd in het leveren van het bewijs van het tweede onderdeel van het probandum, omdat uit de overgelegde producties niet blijkt dat de reisorganisaties voor het aanbieden van de mogelijkheid tot het boeken van een reservering van een show in Le Lido de medewerking en toestemming van Le Lido behoeven.

17. Subonderdeel 3.1 neemt tot uitgangspunt dat het Hof, blijkens deze overweging, voor de vraag of het door de betreffende reisorganisaties bieden van de mogelijkheid tot het boeken van een reservering van een show in Le Lido het in art. 5 sub 3 (oud) BMW bedoelde gebruik oplevert, kennelijk (mede) beslissend acht of deze reisorganisaties daarvoor de medewerking en toestemming van Le Lido behoeven. Het subonderdeel voert aan dat het Hof, aldus oordelende, miskent dat ook gebruik van het merk door een ander dan de merkhouder die daarvoor van de merkhouder (al dan niet stilzwijgend) toestemming heeft verkregen, het in art. 5 sub 3 (oud) BMW bedoelde gebruik kan opleveren.

18. Het door het subonderdeel gekozen uitgangspunt vindt m.i. geen steun in de bestreden arresten van het Hof. Het onderdeel van het probandum, waarop de gewraakte rechtsoverweging betrekking heeft, betrof de stelling van Le Lido dat de reisorganisaties 'de medewerking en toestemming van Le Lido nodig (hebben)'.

Het Hof heeft slechts geoordeeld dat Le Lido niet geslaagd is in het leveren van het bewijs van deze stelling. Dat het Hof van oordeel zou zijn dat gebruik van het merk door een ander dan de merkhouder die daarvoor van de merkhouder toestemming heeft verkregen niet het in art. 5 sub 3 (oud) BMW bedoelde gebruik kan opleveren, valt in de aangevallen overweging dan ook niet te lezen.

19. Subonderdeel 3.2 klaagt over een tegenstrijdigheid tussen r.o. 2.6 en r.o. 2.5 van het eindarrest: waar het Hof in r.o. 2.5 bewezen heeft verklaard dat Le Lido aan Nederlandse reisorganisaties de mogelijkheid bood om rechtstreeks bij haar reserveringen te boeken, valt niet in te zien hoe het bieden van die mogelijkheid anders kan worden verstaan dan het verlenen van toestemming voor het rechtstreeks boeken.

20. De klacht lijkt mij gegrond. Het Hof acht, in r.o. 2.5, Le Lido geslaagd in het leveren van het bewijs van het eerste onderdeel van het probandum. Dit onderdeel betrof niet enkel de stelling dat de reisorganisaties in naam van Le Lido handelden (dat zou ook eigenmachtig en dus zonder de toestemming van Le Lido gebeurd kunnen zijn), maar de stelling 'dat zij (Le Lido) in de drie jaren volgend op 11 januari 1988 alhier via reisorganisaties de mogelijkheid tot het boeken van een reservering van een show in Le Lido heeft geboden'. Indien deze stelling is waargemaakt, staat noodzakelijkerwijs niet alleen vast dat de reisorganisaties in naam van Le Lido handelden, maar ook dat dit met instemming van Le Lido geschiedde (en dus niet eigenmachtig). Het oordeel van het Hof dat Le Lido is geslaagd in het leveren van het bewijs van het eerste onderdeel van het probandum valt zonder nadere motivering, die in het arrest ontbreekt, dan ook niet te rijmen met het oordeel van het Hof dat het tweede onderdeel van het probandum niet bewezen is.

21. Als subonderdeel 3.2 slaagt, behoeven de subonderdelen 3.3 en 3.4 geen behandeling.

22. Onderdeel 4 betreft het derde onderdeel van het probandum ('dat door haar provisie hiervoor aan de reisorganisaties werd betaald'). Het onderdeel strekt ten betoge dat het Hof heeft miskend dat voor de vraag of er sprake is van gebruik als bedoeld in art. 5 sub 3 (oud) BMW niet relevant, althans niet doorslaggevend is of de merkhouder provisie betaalt aan degene die in zijn naam het merk gebruikt (subonderdeel 4.1). Subsidiar klacht het onderdeel dat het Hof onjuist dan wel onbegrijpelijk heeft beslist door te oordelen dat het feit dat Le Lido provisie in mindering kon brengen op het door de (reis)organisaties verschuldigde bedrag onvoldoende is om te kunnen concluderen dat er sprake is van gebruik als bedoeld in art. 5 sub 3 BMW (subonderdeel 4.2).

23. Bij de beoordeling van deze klachten moet in aanmerking worden genomen dat Le Lido zich met grief [...] keerde tegen het oordeel van de Rechtbank, dat het door de reisbureaus als onderdeel van hun pakket aanbieden van excursies niet zozeer gericht is op het vinden van afzet voor de diensten van Le Lido in de Benelux, maar veeleer ingegeven is door het streven

van die reisbureaus hun eigen afzet te vergroten (r.o. 5 van het vonnis van de Rechtbank). De stelling van Le Lido, dat zij aan de reisorganisaties voor de boekingen provisie betaalde, diende kennelijk om kracht bij te zetten aan haar betoog dat het gebruik van het merk van Le Lido door de reisorganisaties niet (alleen) gericht was op vergroting van de eigen afzet van de reisorganisaties, maar (ook) op afzet van de diensten van Le Lido. Blijkens r.o. 4.11 van het tussenarrest heeft het Hof de strekking van de stelling ook in deze zin opgevat. Tegen deze achtergrond is niet onbegrijpelijk dat het Hof Le Lido heeft opgedragen haar stelling inzake de provisiebetaling te bewijzen.

24. Dat het Hof de stelling van belang heeft geacht voor de beoordeling van de vraag of er sprake is geweest van 'normaal gebruik' in de zin van art. 5 sub 3 (oud) BMW getuigt in het licht van BenGH 27 januari 1981, zaak A 80/1 (Whiston), NJ 1981, 333 nt. LWH, BIE 1981, 33 ook niet van een onjuiste rechtsopvatting. In die uitspraak is voor de beantwoording van de vraag of het gebruik in een concreet geval kan worden beschouwd als 'normaal gebruik' in de zin van art. 5 sub 3 (oud) BMW beslissend geacht

of het geheel van de aan het geval eigen feiten en omstandigheden, bezien in onderlinge samenhang en in verband met hetgeen in de desbetreffende sector van het economisch verkeer als gebruikelijk en commercieel verantwoord geldt, de indruk wekt dat het gebruik ertoe strekt voor de waren onder het merk een afzet te vinden of te behouden en niet enkel en alleen om het recht op het merk in stand te houden

Zie over deze uitspraak Ruijsenaars, GRUR Int. 1988, p. 651 e.v.; Dorhout Mees, Nederlands handels- en faillissementsrecht, II. Industriële eigendom en mededingingsrecht, 8e dr. (1989) bew. door Van Nieuwenhoven Helbach/Huydecoper/Van Nispen, nr. 1036 e.v. en nr. 1056 e.v.; Arkenbout, Handelsnamen en merken, diss. KUN (1991), p. 92-94; Braun, Précis des marques, troisième éd. (1995), nr. 514.

25. Uit het vorenstaande volgt dat het Hof, door de gestelde provisiebetaling te betrekken bij de beoordeling van de vraag of in het onderhavige geval sprake was van 'normaal gebruik' van het merk als bedoeld in art. 5 sub 3 (oud) BMW, noch onbegrijpelijk, noch onjuist heeft beslist. Of de omstandigheid dat Le Lido niet is geslaagd in het leveren van het bewijs van haar stelling dat door haar aan de reisorganisaties, anders dan incidenteel, provisie werd betaald, tot de gevolgtrekking moet leiden dat van 'normaal gebruik' in de zin van art. 5 sub 3 (oud) BMW geen sprake is, ook indien komt vast te staan dat de reisorganisaties in naam en met toestemming van Le Lido de reserveringen boekten, is een vraag die na verwijzing aan de orde zal kunnen komen.

26. Onderdeel 5 betreft de verwerping door het Hof van grief [...], waarmee Le Lido opkwam tegen het oordeel van de Rechtbank dat in het onderhavige geval geen gevaar voor verwarring in de zin van art. 5 Handelsnaamwet is te duchten.

27. Subonderdeel 5.1 is gericht tegen r.o. 2.11 van het eindarrest. In deze rechtsoverweging bespreekt het Hof

de stelling van Le Lido dat verwarringsgevaar zich ook kan voordoen — en zich in het onderhavige geval voordoet — indien het publiek tussen beide ondernemingen een verband van bijvoorbeeld juridische, organisatorische of economische aard veronderstelt. Het Hof verwerpt de stelling op grond van de overweging dat onomstreden vaststaat dat over de hele wereld in de horecabranche werkzame ondernemingen bestaan die de handelsnaam Lido voeren en waarmee Le Lido geen verband van welke aard heeft. Aangezien Le Lido niet heeft betoogd dat bedoeld gevaar van verwarring aanwezig is bij enige andere (horeca-)onderneming, die de naam Lido voert, acht het Hof de stelling dat het publiek juist met betrekking tot het Lido te Amsterdam en Le Lido enige band zal veronderstellen niet voldoende geadstrueerd.

28. Het subonderdeel acht deze overweging van het Hof onjuist althans onbegrijpelijk, indien en voor zover het Hof daarmee heeft bedoeld dat Le Lido had moeten betogen dat er gevaar voor verwarring met andere (horeca)ondernemingen is.

29. De klacht berust m.i. op een verkeerde lezing van de bestreden overweging. Beslissend in de gedachten-gang van het Hof is niet dat Le Lido in haar stelplicht tekort geschoten zou zijn, maar dat geen verwarringsgevaar is te duchten omdat in de branche waarin partijen werkzaam zijn vele ondernemingen opereren onder de naam Lido, zodat niet aannemelijk is dat het publiek het Lido te Amsterdam juist in verband zal brengen met Le Lido.

30. Subonderdeel 5.2, dat uitgaat van de m.i. juiste lezing van r.o. 2.11, klaagt dat het Hof de betrokken ondernemingen van partijen niet had mogen aanmerken als 'horeca-ondernemingen', aangezien dit een te ruime omschrijving is van de relevante aard der beide ondernemingen. Het Hof zou hebben miskend dat volgens de stellingen van Le Lido nu juist de bijzondere aard van de onderneming van het Lido te Amsterdam ('theaterrestaurant met dinnershow') meebrengt dat verwarringsgevaar met Le Lido is te duchten.

31. De klacht mist naar mijn oordeel feitelijke grondslag. Blijkens r.o. 2.12 heeft het Hof de bedoelde stellingen van Le Lido in zijn onderzoek naar de vraag of er sprake is van (indirect) verwarringsgevaar betrokken.

32. Subonderdeel 5.3 keert zich met een aantal klachten tegen de gronden waarop het Hof in r.o. 2.12 de zojuist bedoelde stellingen van Le Lido heeft verworpen.

33. Als eerste klacht wordt aangevoerd (subonderdeel 5.3.1) dat het Hof in de bedoelde rechtsoverweging geen acht heeft geslagen op een drietal essentiële stellingen van Le Lido.

34. De klacht faalt m.i. De stelling dat Le Lido — naast het Lido te Amsterdam — het enige theaterrestaurant is dat een (dinner)show/revue brengt en dat onder de naam LIDO doet, heeft het Hof niet over het hoofd gezien, maar kennelijk als niet aannemelijk verworpen met de overweging dat onvoldoende is geadstrueerd in hoeverre de shows van Le Lido ten opzichte van andere dergelijke shows een eigen karakter hebben en dat Holland Casino's en De Vondelbrug juist dat specifieke

karakter geheel of grotendeels hebben overgenomen. De stellingen dat het Lido te Parijs een grote bekendheid geniet en dat het Lido er alles aan doet om een link met Le Lido te Parijs te leggen, heeft Le Lido, naar zowel de Rechtbank (r.o. 9 en 10) als het Hof (r.o. 2.16 t/m 2.18 eindarrest) kennelijk en niet onbegrijpelijk hebben aangenomen, vooral aangedrongen in verband met haar op onrechtmatig aanhaken gebaseerde vorderingsgrondslag.

35. Voorts wordt het Hof verweten onjuist, althans onbegrijpelijk te hebben beslist, door te oordelen dat het aan Le Lido is om te stellen en te bewijzen dat haar shows ten opzichte van andere dergelijke shows een eigen karakter hebben en dat Holland Casino's en De Vondelbrug juist dat specifieke karakter geheel of grotendeels hebben overgenomen (subonderdeel 5.3.3).

36. De klacht is ongegrond. Aangezien blijkens art. 5 Handelsnaamwet als essentiële voorwaarde voor het aannemen van onrechtmatigheid van het voeren van de bestreden handelsnaam geldt dat, in verband met de aard der beide ondernemingen en de plaats waar zij gevestigd zijn, bij het publiek verwarring tussen die ondernemingen is te duchten, is het in beginsel aan Le Lido om feiten en omstandigheden te stellen waaruit het bestaan van dat verwarringsgevaar kan worden afgeleid.

37. Tenslotte wordt in het subonderdeel geklaagd dat onbegrijpelijk is dat het Hof uit de omstandigheid dat ook andere ondernemingen soortgelijke shows verzorgen niet heeft afgeleid dat het een bepaald type onderneming betreft die het publiek als zodanig slechts van elkaar kan onderscheiden indien geen sprake is van naamsgelijkheid.

38. De klacht is ongegrond. Uit de omstandigheid dat ook andere ondernemingen soortgelijke shows verzorgen volgt niet noodzakelijkerwijze dat het hier een bepaald type onderneming betreft dat het publiek slechts van elkaar kan onderscheiden, indien die ondernemingen onder verschillende namen opereren. Bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van (indirect) verwarringsgevaar is de aard van de ondernemingen immers niet de enige of doorslaggevende omstandigheid die de rechter in aanmerking moet nemen. Hij zal rekening moeten houden met alle omstandigheden, die het verwarringsgevaar in de hand werken of tegengaan (HR 28 januari 1963, NJ 1963, 262).

39. Subonderdeel 5.4 bouwt voort op de eerder besproken subonderdelen van onderdeel 5 en zal het lot daarvan moeten delen.

40. Onderdeel 6 mist zelfstandige betekenis.

41. Wegens de gedeeltelijke gegrondbevinding van onderdeel 3 van het middel kan het eindarrest van het Hof naar mijn oordeel niet in stand blijven en bereik ik de volgende conclusie.

42. De conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 6 april 1995 en tot verwijzing van de zaak naar een ander gerechtshof ter verdere behandeling en beslissing.

Tekst

Hoge Raad:

