

J.J.C. Kabel

Rechter en publieksopvattingen: feit, fictie of ervaring?
Over de beoordeling door de rechter van commerciële communicatie

Rechter en publieksopvattingen: feit, fictie of ervaring?

© J.J.C. Kabel, Amsterdam 2005

ISBN 90 757 27 186

Otto Cramwinckel Uitgever 2005

Voor bestellingen: www.cram.nl

J.J.C. Kabel

RECHTER EN PUBLIEKSOPVATTINGEN: FEIT, FICTIE OF ERVARING?

Over de beoordeling door de rechter van commerciële communicatie

Rede

in verkorte vorm uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt
van Hoogleraar in het Informatierecht, in het bijzonder Commerciële Informatie aan de
Universiteit van Amsterdam
op 17 juni 2005

door

J.J.C. Kabel

Rechter en publieksopvattingen: feit, fictie of ervaring?

Zeer gewaardeerde toehoorders,

Gij zult het publiek niet misleiden noch in verwarring brengen. Dat zijn twee belangrijke rechtsregels bij commerciële communicatie. Rechters, consumententoezichthouders of zelfreguleringsinstanties, zoals de Reclame Code Commissie, zullen in geschillen over merken en andere aanduidingen, over onjuiste, onvolledige of versluisde reclameboodschappen of over nabootsing van vormgeving, dan ook vaak moeten oordelen over de vraag of het publiek in verwarring wordt gebracht of wordt misleid.

Dat is niet altijd eenvoudig. Hoe weet de rechter nu wat wij denken? Laat hij dat onderzoeken door marktonderzoek? Gebruikt hij een soort van fictieve doorsnee consument? Joe Sixpack, Otto Normalverbraucher, Mr. Average? Jan Modaal? Of de Man on the Clapham Omnibus? Is het soms zijn eigen ervaring die de doorslag geeft of gebruikt hij bepaalde veronderstellingen over de waarneming door het publiek? Kortom: gaat het om feit, fictie of ervaring, zoals de drie trefwoorden in de titel van deze oratie luiden.

Er is alle aanleiding om na te denken over de wijze van oordeelsvorming door de rechter in dit soort gevallen. Zo heeft het Hof van Justitie van de EG een fictieve consument gecreëerd voor de beoordeling van misleiding, het beschrijvend karakter van een merk en verwarring tussen merken.¹ Die consument gaat door het leven als “de gemiddelde, normaal geïnformeerde, omzichtig handelende en oplettende consument.” In mei van dit jaar is die consument verwerkt in de Europese Richtlijn oneerlijke handelspraktijken die in ons land zal moeten worden geïmplementeerd.² De beoordeling van misleiding zal daardoor, zo wordt gevreesd, soepeler moeten worden.³ Die consument is volgens een andere uitspraak van het Hof zo door de wol geverfd, dat hij weet dat in aardbeienjam met

¹ Arrest van het HvJ EG (Vijfde kamer) van 16 juli 1998. Gut Springenheide GmbH en Rudolf Tusky tegen Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung. Verzoek om een prejudiciële beslissing: Bundesverwaltungsgericht - Duitsland. Handelsnormen voor eieren - Verkoopbevorderende vermeldingen die koper kunnen misleiden - Referentieconsument. Zaak C-210/96.

² Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke “business-to-consumer”-handelspraktijken op de interne markt, Straatsburg 11 mei 2005. De definitieve tekst is nog niet in het Pb. EG gepubliceerd, maar te vinden op: <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/05/st03/st03616.en05.pdf> Overweging (18) omschrijft de gemiddelde consument als volgt: “this Directive takes as a benchmark the average consumer, who is reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect, taking into account social, cultural and linguistic factors, as interpreted by the Court of Justice, but also contains

provisions aimed at preventing the exploitation of consumers whose characteristics make them particularly vulnerable to unfair commercial practices. Where a commercial practice is specifically aimed at a particular group of consumers, such as children, it is desirable that the impact of the commercial practice be assessed from the perspective of the average member of that group.”

³ Zie o.m. *Oneerlijke handelspraktijken op consumententerrein in de EU*, SER-advies 04/06, p. 10; Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité, *Pb. EG* 30 april 2004, C 108/83-84.

Rechter en publieksopvattingen: feit, fictie of ervaring?

de aanduiding NATUURZUIVER altijd een beetje lood, cadmium en wat pesticiden zitten, omdat die tegenwoordig overal in zitten.⁴

De Europese Commissie wil inderdaad die kant op. Zij klaagt erover dat de regels die marketing regelen en oneerlijke handelspraktijken verbieden sterk variëren in de Europese Unie. Ik citeer:⁵

“Hoewel het Hof van Justitie een criterium van de "gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument" heeft vastgesteld, passen verscheidene lidstaten dit criterium niet toe, maar onderzoeken zij om te beoordelen of handelspraktijken eerlijk zijn, het effect ervan op kwetsbare consumenten of een klein deel van de consumenten (bv. 10 à 15%); sommige lidstaten veronderstellen dat alle reclame de besluitvorming van consumenten potentieel kan verstoren. Bijgevolg zou elke onnauwkeurigheid strijdig zijn met de nationale bepalingen, ook indien deze geen invloed heeft op de beslissingen van consumenten. Dat bedrijven aan een complexe lappendeken van verschillende nationale vereisten moeten voldoen, brengt extra kosten met zich voor bedrijven die over de grenzen heen willen verkopen. Voor veel bedrijven is dit zo afschrikwekkend dat ze het niet eens proberen.”

Daarnaast kan men zich afvragen wat zo'n fictie betekent voor het empirisch onderzoek naar de vraag of er sprake is van verwarring. De discussie over de rol van marktonderzoek bij de beoordeling van verwarring in het merkenrecht wordt al meer dan vijftig jaar zonder veel resultaat gevoerd.⁶ Betekent de introductie van die fictieve consument nu de doodsteek voor het marktonderzoek, omdat ficties misschien wel niet te onderzoeken zijn?

Niet zozeer een directe aanleiding, als wel een voortdurend punt van mogelijke discussie tenslotte betreft de vraag naar ervaringsregels die de rechter in dit soort gevallen pleegt toe te passen. In een fascinerend onderzoek van Risthaus van twee jaar geleden worden meer dan 130 van die regels geanalyseerd, voor zover die gebruikt worden bij de beoordeling van de onderscheidende kracht en de bekendheid van merken, alsmede bij het oordeel over verwarring. Het gaat daarbij om de psychologie van het consumentengedrag: letten consumenten meer op kleur dan op tekst? Neemt het publiek twee strepen op een trainingspak waar als afkomstig van Adidas? Wat blijft er hangen van een beeldmerk? Die regels worden doorgaans zonder feitelijk onderzoek toegepast. Mag de rechter wel optreden als waarnemingspsycholoog van de koude grond?

⁴ Arrest van het HvJ EG (Eerste kamer) van 4 april 2000. Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV tegen Adolf Darbo AG. Verzoek om een prejudiciële beslissing: Oberlandesgericht Köln - Duitsland. Etikettering en presentatie van levensmiddelen - Richtlijn 79/112/EEG - Aardbeienjam - Gevaar voor misleiding. Zaak C-465/98.

⁵ Voorstel voor een Richtlijn betreffende oneerlijke "business-to-consumer"-handelspraktijken op de interne markt, Brussel 18 juni 2003, COM(2003) 356 def, p. 5-6.

⁶ Ze Hoyng 2002, p. 2.

Het belang van de vraag naar feit, fictie of ervaring zal wel duidelijk zijn. Het kan verschil maken welke methode de rechter gebruikt. We hebben vorig jaar onder meer in de zaak Stichting Leaseverlies tegen DEXIA⁷ gezien wat er gebeurt, als de rechter bij dat oordeel op complexe markten als de particuliere beleggingsmarkt uitgaat van de fictie van het Hof van Justitie, te weten de maatstaf van de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument. Het resultaat van die keuze is dat de opgeklopte advertenties van de WINSTVERDRIEDUBBELAAR gesneden koek zijn voor die consument: die kijkt daar dwars doorheen en let op de kleine lettertjes. Van misleiding is geen sprake. Willen we dat en gaan we dat ook toepassen op andere complexe tariefmarkten, zoals de telecommunicatiemarkt of de komende energie- of de watermarkt?

Of neem het televisiespotje van de CHUPA CHUPS[™] lollies met voorbeeldmoeder DAPHNE DECKERS in de hoofdrol die haar kinderen tracteert op lollies zonder vet en met 80% suiker.

De consument die in die zaak door het College van Beroep van de Reclame Code Commissie⁸ impliciet als maatstaf is gehanteerd, begreep heus wel dat geen enkele lollie vet bevat en dat Daphne Deckers natuurlijk niet hoefde te vertellen dat die lollies vol suiker zitten. Wanneer we van een ander consumentenbeeld zouden uitgaan, zou de uitslag van die procedures echter ook anders zijn uitgevallen. In het Duitse recht is in dit soort zaken lange tijd zo'n ander beeld gebruikt, namelijk dat van de:

“absolut unmündigen, fast schön pathologisch dummen und fahrlässig unaufmerksamen Durchschnittsverbraucher”.⁹

U begrijpt uit deze bewoordingen dat dit soort consumenten niet meer in de juridische mode zijn in Duitsland, maar U kunt zich misschien voorstellen dat er tussenvormen mogelijk zijn op grond waarvan de Dexia-advertenties of de Chupa Chups spotjes wél als misleidend zouden kunnen worden beoordeeld. Een van die tussenvormen zou kunnen zijn, dat wordt onderzocht of een niet onaanzienlijk deel van het relevante publiek, bijvoorbeeld 15%, daadwerkelijk is misleid. Dat was de Duitse methode. Het kan ook zijn dat de rechter op grond van bepaalde ervaringsregels al dan niet tot misleiding of verwarring besluit. Zo hanteerde het College van Beroep van de Reclame Code Commissie de methode dat het van algemene bekendheid is dat lollies veel suiker bevatten en dat de ervaring leert dat de consument dat feit wel inleest in de reclameboodschap. Het maakt dus

⁷ Rb Amsterdam 7 juli 2004, *IER* 2004-5, p. 357 met ann. JK (Leaseverlies/Dexia).

⁸ CvB RCC 12 januari 2005, *IER* 2005-2, p. 142 met ann. EHH (Consumentenbond/Chupa Chups).

⁹ Zie Fezer 1995, p. 675.

Rechter en publieksopvattingen: feit, fictie of ervaring?

nogal wat verschil welke methoden rechters of zelfreguleringsinstanties gebruiken bij hun inschatting hoe het publiek een bepaalde mededeling opvat.

En er is nog iets dat onderzoek naar deze methoden van belang maakt. Toepassing van die methoden komt doorgaans neer op een resultaat dat voor cassatie als te feitelijk zal worden bevonden. De Hoge Raad zal dan in veel van deze gevallen moeten oordelen dat het oordeel van de lagere rechter, verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard, in cassatie niet op juistheid kan worden onderzocht.¹⁰ Dat betekent dat de methoden die in dit soort zaken worden gebruikt, niet altijd vatbaar zijn voor uniformerend toezicht door de hoogste rechter. Op dat punt kan mijns inziens echter wel wat gebeuren en ik hoop dat in mijn conclusies ook duidelijk te maken.

Voor het gemak noem ik de consument van het Hof van Justitie hier: de wakkere consument. Dit in het voetspoor van het bekende adagium: *Vigilantibus et non dormientibus serviunt leges*: het recht schiet wakkeren te hulp. Slapers laat het liggen.¹¹

METHODEN VAN OORDEELSVORMING

De dienstbode

Wat zijn die methoden? En wat zijn ze waard? Er is een heel simpele natuurlijk. Rechter komt thuis, vraagt haar echtgenoot: Wat vind jij nu van die Chupa Chup reclame? Echtgenoot vindt die reclame schandelijk en ziedaar: het opinie-onderzoek is verricht, het publiek gemeten en de volgende ochtend wordt het vonnis geveld: misleidend. Dat klinkt verkeerd, maar komt toch voor en wordt wel bestempeld als de dienstbode-methode.¹² Of het een slechte of een goede methode is, weten we niet. Dat hangt allemaal af van de inkleding van de uitspraak en de methode ben ik in gepubliceerde vorm nog niet tegengekomen.

¹⁰ Zie voor een voorbeeld HR 14 november 2003, *IER* 2004-3, p. 221 met ann. JK (Flügel/W&S).

¹¹ De woorden: *ius civile scriptum vigilantibus*, komen voor in D.(Digesten) 42, 8, 24. Een tweede tekst, nu uit de Codex Justinianus (7, 40, 2, pr.) zegt: *sit aliqua inter desides et vigilantes differentia*, ofwel tussen luien en waakzamen bestaat natuurlijk verschil. Een derde tenslotte, weer uit de Digesten (4, 6, 16) zegt: *non enim neglegentibus subvenitur*, ofwel: want aan onnauwkeurige sloddervossen hoeft geen hulp te worden geboden. De combinatie van deze drie teksten heeft de fraaie, algemeen gestelde zinspreuk gevormd. Aldus een toelichting op mijn verzoek door Prof. J.H.A. Lokin, waarvoor dank.

¹² “Een vroegere Vice-President van het gerechtshof te 's-Gravenhage placht ter zitting te verklaren, dat hij omtrent het geschilpunt of bepaalde merken, bijv. voor huishoudelijke artikelen, in verwarrende mate overeenstemden, het oordeel van zijn dienstmeisje placht in te winnen.” Hoyng 2001, p. 2, die ons aan deze opmerking van Bodenhausen herinnert, voegt eraan toe dat hem “in de tachtiger jaren (twintig jaar later dus) door een President werd meegedeeld ‘dat hij het nog eens aan zijn vrouw zou vragen’”.

Eigen kennis of wetenschap

Soms lijkt het erop dat de rechter gewoon weet dat iets verwarrend of misleidend is en wordt niet altijd gemotiveerd waarom dat zo is. De rechter hanteert dan eigen kennis of wetenschap bij zijn oordeelsvorming. Ik geef een voorbeeld:

“Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is er in het onderhavige geval van een niet toelaatbare verwarring sprake. (...) Het publiek zal bij het aanschouwen van een fureal kitten en het aanschouwen van een lovely kitty veronderstellen met hetzelfde speelgoed te maken te hebben.”¹³

Deze methode wordt vaak omgeven door nadere omstandigheden die het oordeel van de rechter ondersteunen, maar het komt toch nog vaak voor dat het bij dit soort overwegingen blijft. Weer een citaat:

“De gelijkzijdige driehoeksvorm (van chocoladereep fabrikant Toblerone) is prominent aanwezig in de verpakking van gedaagde. Dat op de Wave verpakking allerlei andere tekens voorkomen, kan het gevaar voor verwarring niet wegnemen.”¹⁴

En nog een:

“(...) de typische vorm van het zoutje in zijn geheel beschouwd (‘puntmuts’) [kan] op zichzelf reeds als een onderscheidend kenmerk worden aangemerkt.”¹⁵

Hoe weet de rechter dat allemaal? Allereerst door gewoon te kijken. In de recente zaak van Unilever tegen Albert Heijn waarin het gaat om merkinbreuk op verpakkingen,¹⁶ worden dertien verpakkingen van beide fabrikanten naast elkaar gezet, naar overeenkomsten en verschillen gekeken en naar verpakkingen van andere, soortgelijke producten op de markt. Twee producten sneuvelen, de pindakaaspot met blauwe dop en het kuipje AH-huismerk margarine, omdat bij die producten een ervaringsregel – waarover straks – kan worden toegepast, namelijk dat de aanwezige overeenstemmingen bepalender zijn voor de totaalindruk op het publiek dan de aanwezige verschillen. Er worden dus – vanzelfsprekend – regels toegepast. Dat was ook het geval bij de Toblerone-zaak: wat de rechter daar doet is de regel toepassen die in de Duitse literatuur wel als de Präge-theorie¹⁷ wordt bestempeld: wanneer het gaat om overeenkomsten en verschillen, wordt overeenstemming per onderdeel niet voldoende geacht voor verwarring, maar wordt de

¹³ Vzr Rb Amsterdam 15 april 2004, *IER* 2004-4, p. 282 (Hasbro/Intertoys & Simba). Vgl. ook de voorbeelden genoemd bij Van Westendorp en Kaufmann 1988, p. 27.

¹⁴ Rb Den Haag 8 mei 2002, *IER* 2002-5, p. 241 (Toblerone/Wave).

¹⁵ Vzr Rb Utrecht 1 april 2004, *IER* 2004-4, p. 270 (Bugles-zoutjes).

¹⁶ Vrz Rb Arnhem 28 april 2005, LJN AT4808.

¹⁷ Hacker 2004, p. 544, 546.

Rechter en publieksopvattingen: feit, fictie of ervaring?

totaalindruk gevestigd door één bestanddeel. Kortom: ook aan het ogenschijnlijk niet nader gemotiveerde oordeel op basis van eigen kennis of wetenschap van de rechter liggen altijd impliciet regels ten grondslag. Dat is ook niet verbazend. Wat dan wel interessant is, is om te kijken wat die regels inhouden en vooral of die regels wel kloppen.

Feiten of omstandigheden van algemene bekendheid alsmede ervaringsregels

Die regels worden in de Duitse literatuur *Erfahrungssätze* genoemd en bij ons algemene ervaringsregels.¹⁸ Het gaat hier, kort gezegd, om uitzonderingen op de hoofdregel van het bewijsrecht: *facta sunt probanda*. Die ervaringsregels, alsmede feiten of omstandigheden van algemene bekendheid mogen op grond van artikel 149 lid 2 BRv door de rechter aan zijn beslissing ten grondslag worden gelegd, ongeacht of zij zijn gesteld en zij behoeven ook geen bewijs. Een feit van algemene bekendheid is een omstandigheid die ieder beschaafd en op de hoogte van zijn tijd staand mens geacht moet worden te kennen of zonder noemenswaardig onderzoek uit algemeen toegankelijke bronnen te weten kan komen. Een algemene ervaringsregel is een op algemeen weten berustende gevolgtrekking, bijvoorbeeld dat een per gewone post verzonden stuk soms wel eens te laat aankomt of wegraakt.¹⁹ Zo is het bij het oordeel over misleiding van algemene bekendheid dat – en ik vat een groot deel van de uitspraken van de Reclame Code Commissie op dit punt samen – onwelriekende adem andere oorzaken heeft dan te weinig tandenpoetsen, elektrische grills geluid maken, fabrieksgaranties niet onbeperkt zijn, prijzen van het vorig jaar doorgaans lager zijn dan van dit jaar, de goudprijs schommelt, bankrekeningen niet onmisbaar zijn, boeken vaak vertraagd verschijnen, diensten doorgaans niet gratis worden verleend, adverteerders misschien wel goed, maar niet gek zijn, bestrijdingsmiddelen volgens gebruiksaanwijzing moeten worden gebruikt, schuurmiddelen niet op geverfd hout moeten worden aangewend, koelkasten waterpas dienen te staan, nieuwsmagazines geen wetenschappelijk verantwoorde informatie geven, verzekeringen schriftelijk moeten worden opgezegd, de hoogte van no-claim kortingen afhankelijk is van de verzekeringsduur en van de hoogte van de geclaimde schade, of dat commerciële ondernemingen nu eenmaal geen liefdadigheidsinstellingen zijn.²⁰ Dat oordeel over wat de consument geacht wordt te weten, is van belang bij de vraag of een advertentie onvolledig en daarom wellicht misleidend is. Algemeen bekende feiten vult, zo is kennelijk de ervaringsregel, de consument zelf wel aan. Die hoeft de adverteerder in zijn advertentie niet te vermelden. Bezie met deze opsomming, dan rijst er een redelijk sophisticated

¹⁸ Zie over die regels vooral Risthaus 2003; Hacker 2004, p. 544 e.v.

¹⁹ Stein en Rueb 2003, p. 108; Wesseling-van Gent 1988.

²⁰ Zie Kabel in: *Praktijkboek Reclamerecht*, IIA, nr. 22.

consument uit op en het is dus niet zo verwonderlijk dat het College van Beroep van de Reclame Code Commissie in de Chupa Chups zaak heeft geoordeeld, dat het:

“van algemene bekendheid is dat lollies in het algemeen suiker bevatten en niet kan worden geoordeeld dat de indruk wordt gewekt dat dat in dit geval anders is.”

De vraag of dit soort feiten inderdaad van algemene bekendheid zijn en of de ervaringsregels inderdaad kloppen met de werkelijkheid, is natuurlijk bij uitstek geschikt voor falsificatie door feitelijk onderzoek. Wanneer de feitenrechter echter tenslotte oordeelt dat iets van algemene bekendheid is, dan is de zaak meestal dichtgetimmerd.²¹

Ook in het merkenrecht en in het recht met betrekking tot slaafse nabootsing van producten en nabootsing van onderscheidingsmiddelen bestaan dit soort feiten en ervaringsregels. Een belangrijke regel is bijvoorbeeld dat naarmate het oudere merk een grotere onderscheidingskracht heeft, ook bij minder grote overeenstemming verwarringsgevaar kan worden aangenomen.²² De Duitse literatuur spreekt hier van een dogma en noemt dat: een *Kennzeichenkraftsverwechslungsgefahr-Dogma*.²³ Dogma's zijn er natuurlijk om ontkracht te worden. Datzelfde geldt voor andere ervaringsregels die op dit terrein worden toegepast. Ik noem hier de regel dat de vorm van een product in de beleving van de consument doorgaans gaat vóór tekstuele mededelingen,²⁴ dat opvallende kleuren en kleurcombinaties sneller en sterker zullen worden waargenomen dan teksten,²⁵ of dat verschillen in het uiterlijk en de verpakking van producten door de consument minder goed zullen worden waargenomen dan overeenkomsten, omdat de consument in die gevallen veelal vluchtig waarneemt:

“Naar het oordeel van het Hof vallen de (...) verschillen niet op bij een eerste vluchtige waarneming door de consument (...); deze verschillen zullen dan ook bij de geïnformeerde gebruiker, die de verpakkingen veelal niet gelijktijdig in oenschouw zal nemen, onvoldoende afbreuk doen aan dezelfde algemene indruk.”²⁶

Een aantal van die ervaringsregels en feiten van algemene bekendheid wordt inderdaad gefalsificeerd door feitelijk onderzoek. Wagenaar toont bijvoorbeeld aan dat de kleurwaarnemingstheorie lang niet altijd opgaat: teksten worden sneller waargenomen dan

²¹ Zie Korthals Altes 2003, Aantekening 5.

²² Arrest van het HvJ EG van 22 juni 1999. Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH tegen Klijsen Handel BV. Verzoek om een prejudiciële beslissing: Landgericht München I - Duitsland. Richtlijn 89/104/EEG - Merkenrecht - Verwarringsgevaar - Auditieve gelijkenis. Zaak C-342/97. Zie voor een uitgebreid register van ervaringsregels in het kentekenrecht (merken, handelsnamen, geografische aanduidingen, domeinnamen): Risthaus 2003, p. 383-396.

²³ Seibt 2002, p. 471.

²⁴ Rb Den Haag 8 mei 2002, *IER* 2002-5, p. 241 (Toblerone/Wave); Hof Den Bosch 29 juli 2003, *IER* 2004-1, p. 42 (Malibu/Surfers).

²⁵ Rb Den Haag 29 maart 2000, *IER* 2000-4, p. 199 (Duracell/Panasonic).

²⁶ Hof Amsterdam 25 maart 2004, *IER* 2004-5, p. 349 (San Carlo/Smiths).

Rechter en publieksopvattingen: feit, fictie of ervaring?

kleuren.²⁷ Het eerder genoemde *Kennzeichenkraftsverwechslungsgefahr-Dogma* is volgens Seibt in strijd met de werkelijkheid: hoe groter de onderscheidende kracht, des te eerder zal de consument begrijpen dat het inbreukmakende teken niet van eiser afkomstig is.²⁸ En de wakkere consument van het Hof valt al helemaal niet in de werkelijkheid waar te nemen: in het marktonderzoek bestaat geen gemiddelde en dus ook geen gemiddeld geïnformeerde consument. Van Westendorp onderstreept dat het bij dat onderzoek moet gaan om onderzoek onder een verzameling van individuen en hij schrijft:²⁹

“Uitdrukkingen als de gemiddelde consument die we in het recht tegenkomen, vormen bepaald geen eenduidige en solide wettiging van de toepassing van empirisch onderzoek onder publieke steekproeven. De ‘gemiddelde consument’ komen we al evenmin in de winkel tegen als de gemiddelde Nederlander.”

Wettelijk kader

Genoemde ervaringsregels en feiten van algemene bekendheid worden als het goed is toegepast binnen een bepaald door wettelijke regels en door eerdere rechtspraak aangeleverd kader, waarin de juridische vragen per onderdeel systematisch aan de orde moeten komen. Het zal duidelijk zijn dat dit ons probleem: *feit, fictie of ervaring?* niet oplost, omdat boven gesignaleerd probleem van de falsificatie van ervaringsregels en feiten van algemene bekendheid die in dat kader worden toegepast, recht overeind blijft. Bovendien is het ook nog eens zo dat vanuit de feiten vraagtekens kunnen worden gezet bij de relevantie van de juridische vragen. Zo zullen de meeste consumenten zich niet interesseren en ook vaak niet kunnen interesseren voor een van de belangrijkste juridische vragen in het merkenrecht: die naar de herkomst van een product uit een bepaalde onderneming. Kan het U wat schelen waar OMO™ vandaan komt? Weet U welke fabrikant GARGILON™ maakt? U denkt waarschijnlijk bij het laatste woord alleen maar aan keelpijn.

Het kader ziet er, gelet op de rechtspraak, op het punt van verwarring in het merkenrecht bijvoorbeeld, ongeveer als volgt uit. De merkhouders heeft ingevolge artikel 13A lid 1 sub b. BMW het uitsluitend recht om het gebruik van een teken te verbieden:

“wanneer dat teken gelijk is aan of overeenstemt met het merk en in het economisch verkeer gebruikt wordt voor dezelfde of soortgelijke waren, indien daardoor bij het publiek verwarring kan ontstaan, inhoudende het gevaar van associatie met het merk;”

²⁷ Wagenaar in: Verkade en Wagenaar 2002, p. 71-72.

²⁸ Seibt 2002, p. 470-471.

²⁹ Van Westendorp 2001, p. 15.

De rechter zal dus zijn oordeel moeten geven over de volgende vragen: is er overeenstemming, gaat het om soortgelijke waren, om welk publiek gaat het en raakt dat publiek in verwarring, d.w.z. denkt het publiek dat het product met het teken van gedaagde afkomstig is uit de onderneming van de eisende merkhouders, dan wel dat dat product afkomstig is uit een met de merkhouders economisch verbonden onderneming.

De rechtspraak van het Hof geeft de rechter daarbij de volgende richtlijnen. De rechter moet het verwarringsgevaar globaal beoordelen met inachtneming van alle omstandigheden van het geval.³⁰ Hij moet bij die beoordeling uitgaan van de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument van de betrokken soort producten.³¹ Die globale beoordeling veronderstelt een zekere samenhang tussen de overeenstemming en de soortgelijkheid: een geringe mate van soortgelijkheid kan gecompenseerd worden door een hoge mate van overeenstemming en omgekeerd.³² Bij die globale beoordeling moet hij er tevens van uitgaan dat de gemiddelde consument een merk gewoonlijk als een geheel waarneemt en niet let op de verschillende details.³³ Daarbij dient rekening te worden gehouden met de totaalindruk die het merk maakt. Bij die totaalindruk moet vooral gekeken worden naar dominerende bestanddelen van de beide tekens.³⁴ Naarmate de onderscheidingskracht van het oudere merk sterker is, is het verwarringsgevaar groter.³⁵ Het verwarringsgevaar tenslotte dient positief te worden vastgesteld.³⁶

U ziet het: het juridisch kader bevat een combinatie van fictie (het beeld van de verstandige consument als maatstaf) en van hypothesen over het waarnemingspatroon van de consument. Datzelfde is in meer of mindere mate het geval bij de vraag hoe de rechter misleidende reclame moet beoordelen. Bij misleiding moet de rechter onderzoeken of de mededeling gaat om onjuistheid of onvolledigheid met betrekking tot essentiële, objectief te meten, eigenschappen van het product die door het publiek als geloofwaardig zullen

³⁰ Arrest van het HvJ EG van 11 november 1997. SABEL BV tegen Puma AG, Rudolf Dassler Sport. Verzoek om een prejudiciële beslissing: Bundesgerichtshof - Duitsland. Richtlijn 89/104/EEG - Aanpassing van de wetgevingen inzake het merkenrecht - Verwarringsgevaar, dat associatiegevaar insluit. Zaak C-251/95.

³¹ Arrest van het HvJ EG van 22 juni 1999. Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH tegen Klijsen Handel BV. Verzoek om een prejudiciële beslissing: Landgericht München I - Duitsland. Richtlijn 89/104/EEG - Merkenrecht - Verwarringsgevaar - Auditieve gelijkenis. Zaak C-342/97.

³² Arrest van het HvJ EG van 29 september 1998. Canon Kabushiki Kaisha tegen Metro-Goldwyn-Mayer Inc., voorheen Pathe Communications Corporation. Verzoek om een prejudiciële beslissing: Bundesgerichtshof - Duitsland. Merkenrecht - Verwarringsgevaar - Soortgelijkheid van waren of diensten. Zaak C-39/97.

³³ SABEL BV tegen Puma AG, Rudolf Dassler Sport.

³⁴ Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH tegen Klijsen Handel BV.

³⁵ Canon Kabushiki Kaisha tegen Metro-Goldwyn-Mayer Inc., voorheen Pathe Communications Corporation.

³⁶ Arrest van het HvJ EG (Zesde kamer) van 22 juni 2000. Marca Mode CV tegen Adidas AG en Adidas Benelux BV. Verzoek om een prejudiciële beslissing: Hoge Raad - Nederland. Richtlijn 89/104/EEG - Artikel 5, lid 1, sub b - Merken - Verwarringsgevaar - Gevaar van associatie van teken met merk. Zaak C-425/98.

Rechter en publieksopvattingen: feit, fictie of ervaring?

worden bevonden.³⁷ De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken definieert geloofwaardigheid, als gezegd, tot geloofwaardigheid in de ogen van de wakkere consument en vereist in artikel 6 en 7 dat de misleiding:

“causes or is likely to cause him (i.e. de consument, *toev.* JK) to take a transactional decision that he would not have taken otherwise.”

Deze factoren zijn voor een deel in de rechtspraak van het Hof uitgewerkt. Zo overweegt het Hof in *Pall/Dahlhausen*, inzake het gebruik van de letter R. in Duitsland voor een merk dat niet in Duitsland, maar in Italië is geregistreerd:³⁸

"Bovendien, ook al zou er sprake kunnen zijn van misleiding, dan is deze niet belangrijk genoeg om een handelsbelemmering te rechtvaardigen, omdat consumenten doorgaans meer in de kwaliteit van producten zijn geïnteresseerd dan in de plaats waar het merk is geregistreerd."

Ontoelaatbare misleiding kan dus alleen plaatsvinden m.b.t. voor de consument essentiële informatie. De consument let niet alleen op de desbetreffende informatie, maar ook op de overige verkoopomstandigheden. Aldus overweegt het Hof in *VSW/Clinique*³⁹ dat het Duitse verbod van de naam 'Clinique' voor een cosmetisch product niet noodzakelijk is ter bescherming van de gezondheid, omdat van de naam CLINIQUE™, mede gelet op de verkoopomstandigheden, geen therapeutische en dus geen misleidende suggestie uitgaat. Het product wordt namelijk alleen in parfumerieën verkocht, het wordt aangeboden als een cosmetisch product en de naam wekt in andere landen geen misverstand. In die situatie weet de consument wel waar hij of zij aan toe is. Misleiding wegens onvolledigheid is pas aanwezig, wanneer vaststaat dat een aanmerkelijk aantal consumenten het product niet had gekocht als ze hadden geweten van het niet vermelde gegeven. Aldus het Hof in de strafzaak tegen de importeur van Nissan⁴⁰ m.b.t. het gegeven dat auto's in België zijn geregistreerd voordat zij naar Frankrijk waren geïmporteerd en dus in die zin eigenlijk niet nieuw meer waren, terwijl zij, omdat er nog niet in was gereden, wèl als nieuw werden aangeprezen. Slechts in uitzonderingsgevallen is meer bescherming nodig, bijvoorbeeld bij

³⁷ Vgl. daarover uitgebreid Kabel in: *Praktijkboek Reclamerecht* IIA.

³⁸ Arrest van het HvJ EG van 13 december 1990. *Pall Corp. tegen P.J. Dahlhausen & Co.* Verzoek om een prejudiciële beslissing: Landgericht München – Duitsland. Vrij verkeer van goederen – merkenrecht – misleidende reclame. Zaak C-238/89

³⁹ Arrest van het HvJ EG (Vijfde kamer) van 2 februari 1994. *Verband Sozialer Wettbewerb EV tegen Clinique Laboratoires SNC en Estée Lauder Comsmetics GMBH.* Verzoek om een prejudiciële beslissing: Landgericht Berlijn – Duitsland. Vrij verkeer van goederen – benaming van cosmetisch product, die bij de consument tot misverstanden kan leiden. Zaak C-315/92.

⁴⁰ Arrest van het HvJ EG (Vijfde kamer) van 16 januari 1992. Strafzaak tegen X. Verzoek om een prejudiciële beslissing: Tribunal de Grande Instance te Bergerac – Frankrijk. Motorrijtuigen – misleidende reclame. Zaak C-373/90.

producten die maar heel soms worden gekocht⁴¹ of bij producten of diensten die per definitie zwakke consumenten betreffen.⁴² Als echter vaststaat dat de desbetreffende groep van consumenten doorgaans goed is geïnformeerd, dan is ook minder bescherming nodig.⁴³ Die rechtspraak roept het beeld op van een redelijk oordelend consument die niet te snel tegen zichzelf in bescherming behoeft te worden genomen. Watson en Mortelmans spraken in dit verband al van "the alert consumer on the internal market".⁴⁴ In de Gut Springenheide uitspraak⁴⁵ is dat beeld bevestigd. Het Hof herinnert er immers in die uitspraak aan, dat het bij de beoordeling, of de benaming, het merk of de reclame-uiting de koper kon misleiden, steeds is uitgegaan van de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument.

Ook hier dus een juridisch kader dat voor een heel groot deel afhangt van een fictie en van hypothesen omtrent wat die fictie, d.w.z. de consument, gewoonlijk waarneemt. Opvallend is dat in de strafzaak tegen Nissan het Hof van een feitelijk gekleurde aanpak uitgaat: het moet immers voor een veroordeling wegens misleiding vaststaan dat een aanmerkelijk aantal consumenten het product niet had gekocht als ze hadden geweten van het niet vermelde gegeven. Die aanpak is in de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, zoals hiervoor vermeld, dus overgenomen.

Fictie: de wakkere consument

Tijd dus voor een nadere analyse van de fictie: de wakkere consument. De Nederlandse rechtspraak werkt er al mee, zowel op het terrein van misleiding als op dat van verwarring en onderscheidende kracht bij merken en bij geografische aanduidingen.⁴⁶ Het lijkt er

⁴¹ Arrest van het HvJ EG van 9 augustus 1994. Meyhui NV tegen Schott Zwiesel Glaswerke AG. Verzoek om een prejudiciële beslissing: Rechtbank van Koophandel Brugge – België. Richtlijn 69/493/EEG inzake Kristalglas – benaming uitsluitend in taal of talen van land waar product wordt verhandeld – Artikel 30-EEG – verdrag. Zaak C-51/93.

⁴² Arrest van het HvJ EG (Vijfde kamer) van 16 mei 1989. R. Buet et Sarl Educational Business Services contre Ministère Public. Strafzaak tegen R. Buet en Sarl Educational Business Services. Verzoek om een prejudiciële beslissing, ingediend door het Cour d'Appel te Parijs. Colportageverbod – Vrij verkeer van goederen. Zaak 382/87.

⁴³ Arrest van het HvJ EG (Vijfde kamer) van 30 april 1991. SCP Boscher, Studer et Fromentin tegen SA British Motors Wright en anderen. Verzoek om een prejudiciële beslissing: Cour de Cassation – Frankrijk. Maatregel van gelijke werking – Vrij verrichten van diensten – tweedehands luxe auto's – Openbare verkoop. Zaak C-239/90.

⁴⁴ Mortelmans en Watson 1995, p. 244.

⁴⁵ Arrest van het HvJ EG (Vijfde kamer) van 16 juli 1998. Gut Springenheide GmbH en Rudolf Tusky tegen Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung. Verzoek om een prejudiciële beslissing: Bundesverwaltungsgericht - Duitsland. Handelsnormen voor eieren - Verkoopbevorderende vermeldingen die koper kunnen misleiden - Referentieconsument. Zaak C-210/96.

⁴⁶ Zie bijv. inzake misleiding: Rb Utrecht 6 april 2005, LJN AT 3166 (Consumentenbond/Weeteling Kekenens en Interkeukengilde: belofte in advertentie van terugbetaling na vijf jaar van aanschafprijs keuken is ongeloofwaardig voor geïnformeerde consument); Vzr Rb Amsterdam 15 februari 2002, LJN AD9353 (KPN/Tele2: geïnformeerde consument misleid door weglaten noodzakelijke gegevens); Hof Amsterdam 25 maart 2004, IER 2004-5, p. 349 (San Carlo/Smiths: geïnformeerde consument leest tekst op etiket); Vzr Rb Breda 9 januari 2004, LJN AO2318 (Roche/Amgen: geïnformeerde consument als maatstaf gebruikt bij beoordeling van misleidende geneesmiddelenreclame); HR 8 maart 2003, LJN AD8178 (UPJOHN/L'Oréal: geïnformeerde consument als maatstaf gebruikt bij beoordeling van vraag of sprake is van geneesmiddelenreclame); Vzr Rb Amsterdam 16 oktober 2003, LJN AM0361 (Hans Anders/Specsavers:

Rechter en publieksopvattingen: feit, fictie of ervaring?

daarbij op, als gezegd, dat de lat voor misleiding en mogelijk ook voor verwarring, hoger wordt gelegd. Dat schaadt mogelijk de belangen van de consument, van houders van merken en andere aanduidingen en van ontwerpers en fabrikanten van industriële vormgeving. En dat bevordert de belangen van inbreukmakers en misleiders.

Moeten wij inderdaad gedwongen worden bij het vullen van ons dagelijks boodschappenmandjes langdurig etiketten te lezen?⁴⁷ Pakt de wakkere consument zonder aarzelen de kuipjes van Unilever uit het schap? Kortom: wat zijn de achtergronden van dit concept, hoe is het uitgewerkt in de rechtspraak van het Hof en, belangrijke vraag: wat moet de Nederlandse rechter ermee bij zijn oordeelsvorming?

Achtergrond

Tot beter begrip van de gehanteerde maatstaf moet niet uit het oog worden verloren dat het gaat om een Europese, rechtspolitieke maatstaf, die is ontwikkeld in reactie op Duitse, Luxemburgse en Oostenrijkse disproportionele, het vrije verkeer van goederen belemmerende, abstracte misleidingswetgeving en –rechtspraak. Het is ook niet moeilijk om te begrijpen waarom het vrije verkeer van goederen op de interne markt zo'n wakkere consument nodig heeft.⁴⁸ Na de beroemde Cassis de Dijon-uitspraak,⁴⁹ waarin een sprong werd gemaakt van receptuurvoorschriften naar informatie-voorschriften, had de Gemeenschap ook een consument nodig die de etiketten las, omdat de informatie op het etiket de producent een vrijbrief gaf om overal in de gemeenschap zijn producten te slijten onder een naam die voordien exclusief was voorbehouden aan een product van een bepaalde samenstelling, ook al waren zijn producten van een andere samenstelling. Cassis de Dijon betrefte de vraag of de Duitse wetgever een minimumpercentage aan alcohol voor likeur mocht voorschrijven als gevolg waarvan de lichtere Franse Cassis de Dijon van de Duitse markt werd gehouden. Het argument dat door dit voorschrift de gezondheid van de consument wordt beschermd (het tegengaan van alcoholgewenning door "light" drankjes van de markt te houden) wordt door het Hof verworpen omdat datzelfde doel kan worden bereikt door informatie op het etiket. Het vrije verkeer van goederen kan dus eigenlijk

voor geïnformeerde consument onvolledige prijsvergelijking); Hof Amsterdam 29 april 2004, LJN AO8622 (Officiële Telefoongids). Inzake verwarring: Rb Zutphen 19 juli 2004, LJN AQ3995 (Conimex/Toko Lien: verwarringsgevaar beoordeeld vanuit perspectief geïnformeerde consument); idem: Hof Arnhem 18 februari 2002, LJN AF5275 (Interpolis/Autotarieven); Vzr Rb Amsterdam 29 januari 2004, LJN AO2626 (Windows/Lindows); Rb Leeuwarden 22 augustus 2001, LJN AC0951 (Hoppe/Boppe); t.a.v. onderscheidend vermogen: Hof Den Haag 31 oktober 2002, LJN AF4843 (Promoclip); Hof Den Haag 13 februari 2003, LJN AF4845 (Haribo: Onbegrijpelijk Lekker); Hof Den Haag 9 januari 2003, LJN AF4846 (IBM: E-Server); Hof Den Haag 23 mei 2002, LJN AE3242 (NS: Betuweroute).

⁴⁷ Zie Glöckner in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig 2004, p. 90, nr. 117.

⁴⁸ Zie uitgebreider mijn annotatie bij Rb Amsterdam 7 juli 2004, IER 2004-5, p. 357 (Leaseverlies/Dexia).

⁴⁹ Arrest van het HvJ EG van 20 februari 1979. REWE - ZENTRAL AG tegen Bundesmonopolverwaltung für Branntwein ("Maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen"). (Verzoek om een prejudiciële beslissing, ingediend door het Hessische Finanzgericht). Zaak C-120/78.

niet buiten de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument.⁵⁰ De ideologie achter dit criterium, namelijk door meer informatie heeft de consument ook meer keuzevrijheid, is, zoals zo vaak, economisch bepaald: het gaat om de vrijheid van grensoverschrijdende handel. Dan moet er dus ook informatie worden verschaft door de adverteerder en dat is in de wetgeving van de Gemeenschap ook inderdaad het geval. Er wordt een woud van informatieplichten geschapen in de talloze richtlijnen en verordeningen op het terrein van het consumentenrecht. Tegenover die verplichtingen voor de adverteerder, moet dan wel een consument staan die al die informatie ook werkelijk tot zich neemt.⁵¹ De liberalisering van het misleidingsverbod behoort dus als het ware recht evenredig te zijn aan een toeneming van informatieplichten voor de adverteerder. De vraag die zich daarbij onontkoombaar voordoet, is of de consument die informatie ook daadwerkelijk tot zich neemt, of juridisch geformuleerd: of hij ook op straffe van een verkeerde aankoop, verplicht moet worden die informatie tot zich te nemen.

Uitleg van de maatstaf

Wat betekent de maatstaf van de wakkere consument eigenlijk? Volgens Lettl gaat die maatstaf terug op de uitleg van Franse en Engelse strafrechtelijke terminologie.⁵² Als dat waar is valt de verhoging van de drempel voor misleiding te verklaren uit de strafrechtelijke context en zou die dus in een civiele context niet behoeven te worden toegepast. Op dezelfde manier zouden we dan kunnen verklaren waarom in de *strafzaak* tegen Nissan de lat hoog wordt gelegd: namelijk bij daadwerkelijk vastgestelde misleiding onder een aanmerkelijk deel van het publiek. De aard van de beperking speelt immers mede een rol in het oordeel over de proportionaliteit van die beperking. Nochtans valt van die context weinig te merken in de rechtspraak van het Hof. De maatstaf wordt in allerlei gevallen toegepast, ook in die waarin geen sprake is van strafrechtelijke, nationale beperkingen.

De Nederlandse tekst van de maatstaf is: “de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument.”⁵³ De belangrijkste grammaticale vraag bij de uitleg van de maatstaf is waarop het woordje ‘gemiddeld’ slaat: slaat dat alleen op ‘geïnformeerde’ of slaat het ook op ‘oplettende’ en ‘omzichtige’? De Engelse en de Franse tekst spreken resp. van:

⁵⁰ Zie ook Schmitz 2000, p. 300.

⁵¹ Zie Apostopoulos 2005, p. 298; Ohly 2004, p. 894.

⁵² Lettl 2004, p. 453.

⁵³ Zoals bijvoorbeeld gebruikt in de Dexia-zaak, zie r.o. 7.1.

Rechter en publieksopvattingen: feit, fictie of ervaring?

“the presumed expectations which it evokes in an average consumer who is reasonably well informed and reasonably observant and circumspect.”

“à l'attente présumée relative à cette indication d'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé.”

Die teksten wijzen erop, dat het niet gaat om een heel erg wakkere consument, niet om een ideaaltipe dat 100% opmerkzaam en omzichtig is. Gemiddeld (reasonable, raisonnablement) slaat in de Engelse en de Franse tekst immers ook op opmerkzaam en omzichtig.⁵⁴ Vervolgens heeft het Hof in latere rechtspraak een aantal belangrijke nuances aangebracht. Vooral de uitspraak in Estée Lauder/Lancaster is hier interessant.⁵⁵ Die uitspraak gaat over het gebruik van de aanduiding ‘lifting’ in de naam van een huidverstevigende crème. Het Hof constateert dat een verkeerde opvatting over het product dat met die term wordt aangeduid (duurzame werking, net zoals bij plastische chirurgie) geen schade kan toebrengen aan de volksgezondheid. Op het eerste gezicht zal, aldus het Hof, de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument niet verwachten dat de crème een duurzame werking heeft. Het Hof beslecht de zaak zelf echter niet en laat de eindbeoordeling over aan de nationale rechter, kennelijk omdat de voorliggende stukken onvoldoende bleken en de oplossing onduidelijk. Het staat, aldus het Hof, de nationale rechter dan vrij om met inachtneming van sociale, culturele of taalkundige factoren te onderzoeken of de (in dit geval Duitse) referentieconsument die aanduiding toch als duurzaam werkend opvat, dan wel dat de voorwaarden voor het gebruik van het product op zichzelf volstaan om het tijdelijke karakter van de werking ervan te benadrukken, zodat elke tegengestelde conclusie die aan de term lifting kan worden ontleend, teniet wordt gedaan. De Duitse rechter mag daarbij steunen op opinie-onderzoek.

Relativeert de uitspraak de maatstaf al aanzienlijk, interessant is ook dat het Hof bepaalt dat het criterium van de oplettende consument mag worden toegepast bij de verkoop van cosmetische producten, wanneer een onjuiste opvatting over de kenmerken van het product geen schade kan toebrengen aan de volksgezondheid. Die overweging wordt nog eens herhaald in de Linhart-zaak, waarin het ging om de aanduiding ‘dermatologisch getest’, in eerste instantie verboden door de Oostenrijkse rechter omdat het etiket geen nadere informatie bevat over voorwerp en de conclusie van het desbetreffende

⁵⁴ Zo ook voor de Duitse terminologie Lettl 2004a, p. 453.

⁵⁵ Arrest van het HvJ EG (Vijfde kamer) van 13 januari 2000. Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG tegen Lancaster Group GmbH. Verzoek om een prejudiciële beslissing: Landgericht Köln - Duitsland. Vrij verkeer van goederen - Verkoop van een cosmeticaproduct met de benaming "lifting" - Artikelen 30 en 36 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikelen 28 EG en 30 EG) - Richtlijn 76/768/EEG. Zaak C-220/98.

wetenschappelijk onderzoek.⁵⁶ Wanneer we het gezondheidsschade-criterium toepassen in de Darbo-zaak, waarin Natuurzuiver mocht worden gebruikt voor een jam die lood e.d. bevatte, dan valt de aandacht op het gegeven dat de hoeveelheden lood e.d. ruim onder de toelaatbaarheidsnormen lagen en volgens die normen geen schade aan de volksgezondheid konden toebrengen. Wanneer een verkeerde voorstelling van zaken tot schade aan de gezondheid leiden kan, is de fictie van de wakkere consument dus niet bruikbaar.

Dat is het verloop van de maatstaf op het terrein van misleiding. Kort samengevat: het gaat toch meer om een gemiddelde consument, dan om een superslimme wakkere consument, en voor zover het al om een wat slimmere consument gaat geldt, dat dit criterium in gevallen waarin schade aan de gezondheid kan worden aangericht niet behoeft op te gaan, en het is mogelijk rekening te houden met nationale verschillen in perceptie.

Ik voeg daar nog iets aan toe en dat betreft de vraag of de Nederlandse rechter verplicht is in misleidingszaken die wakkere consument als maatstaf te gebruiken. Het antwoord is dat hij dat voorlopig⁵⁷ alleen maar hoeft te doen in zaken waarin hij buitenlandse reclame, afkomstig uit een van de andere lidstaten van de EU moet beoordelen. Immers, de richtlijn misleidende reclame kent op het punt van misleidende reclame ingevolge artikel 7 lid 1 een minimum harmonisering. Dat maakt strengere nationale voorschriften mogelijk. De richtlijn kent verder geen land van oorsprong beginsel: de rechter behoeft dus niet te onderzoeken hoe de juridische situatie is in het land waar de reclameboodschap vandaan komt, maar mag zijn eigen recht toepassen. Wel is het zo, dat hij het Hof moet volgen waar het gaat om de beoordeling van buitenlandse reclame en dat betekent dat hij op het punt van misleiding uit moet gaan van de maatstaf van de wakkere consument, zoals hierboven beschreven. Dat kan natuurlijk leiden tot omgekeerde discriminatie en op de lange duur tot gelijke behandeling van buitenlandse en Nederlandse adverteerders. Voor zover het gaat om bijzondere richtlijnen, bijvoorbeeld op het gebied van cosmetica of levensmiddelen, kan het anders zijn. En dat geldt zeker wanneer het gaat om de oordeelsvorming op het terrein van het merkenrecht, omdat daarvoor immers een Europese merkenrichtlijn moet worden toegepast met de bijbehorende rechtspraak van het Hof.

⁵⁶ Arrest van het HvJ EG (Zesde kamer) van 24 oktober 2002. Strafzaak tegen Gottfried Linhart en Hans Biffel. Verzoek om een prejudiciële beslissing: Verwaltungsgerichtshof - Oostenrijk. Harmonisatie van wetgevingen - Artikelen 30 en 36 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikelen 28 EG en 30 EG) - Richtlijn 76/768/EEG betreffende cosmetische producten - Richtlijn 84/450/EEG betreffende misleidende reclame - Nationale wettelijke regeling houdende beperkingen op gebied van reclame. Zaak C-99/01.

⁵⁷ Artikel 3 lid 5 Richtlijn 2005/29 inzake oneerlijke handelspraktijken geeft de Lid-Staten nog een respijt van zes jaar na in werking treding voor het mogen toepassen van strengere regels.

Rechter en publieksopvattingen: feit, fictie of ervaring?

Hoe is het verloop in zaken van de beoordeling van het onderscheidend vermogen van tekens en van verwarring? Wat voegt de rechtspraak van het Hof nog toe? De wakkere consument is op dat terrein uitdrukkelijk erkend in de Lloyd/Lloint's zaak⁵⁸ als een beslissende maatstaf bij de globale beoordeling van verwarring en van onderscheidend vermogen. Maar, zo voegt het Hof daaraan toe:

“Er dient evenwel rekening mee te worden gehouden, dat de gemiddelde consument slechts zelden de mogelijkheid heeft, verschillende merken rechtstreeks met elkaar te vergelijken, doch aanhaakt bij het onvolmaakte beeld dat bij hem is achtergebleven. Ook dient er rekening mee te worden gehouden, dat het aandachtsniveau van de gemiddelde consument kan variëren naar gelang van de soort waren of diensten waarom het gaat.”

Wat het Hof hier dus doet is een algemene ervaringsregel invlechten in de fictie van de wakkere consument. Daarmee wordt de maatstaf aanzienlijk gerelativeerd en is het de vraag wat die wakkerheid nog betekent. In een aantal zaken van het Hof over de onderscheidende kracht van vormmerken, wordt gezegd dat we geen onderscheid moeten maken in de beoordeling van de onderscheidende kracht van vormmerken enerzijds en die van andere merken anderzijds. Maar, zo wordt eraan toegevoegd: de maatstafconsument zal het toch moeilijker vinden om de oorsprong van een product, onafhankelijk van andere identificaties zoals woordmerken of beeldmerken, waar te nemen in een merk dat louter uit een productvorm bestaat.⁵⁹ Het is daarbij belangrijk om te kijken wat het relevante publiek is. Bij afgwastabletten zijn dat bijvoorbeeld alle consumenten.⁶⁰ Bij reclame die zich richt op gespecialiseerde handelaars, kan dat echter weer anders liggen: die hebben aan één blik genoeg om een product als afkomstig van een bepaalde fabrikant te herkennen, zoals het Hof in Toshiba/Katun oordeelde.⁶¹ En het is daarbij ook belangrijk om het aandachtsniveau van het publiek in relatie met de aard van het product in de beoordeling te betrekken. Bij alledaagse consumentenproducten, aldus het Hof, is het aandachtsniveau laag en dat bevestigt nog eens dat de consument bij die producten niet

⁵⁸ Arrest van het HvJ EG van 22 juni 1999. Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH tegen Klijsen Handel BV. Verzoek om een prejudiciële beslissing: Landgericht München I - Duitsland. Richtlijn 89/104/EEG - Merkenrecht - Verwarringsgevaar - Auditieve gelijkenis. Zaak C-342/97.

⁵⁹ Arrest van het HvJ EG van 8 april 2003. Linde AG (C-53/01), Winward Industries Inc. (C-54/01) en Rado Uhren AG (C-55/01). Verzoek om een prejudiciële beslissing: Bundesgerichtshof - Duitsland. Harmonisatie van wetgevingen - Merken - Richtlijn 89/104/EEG - Gronden voor weigering van inschrijving - Artikel 3, lid 1, sub b, c en e - Driedimensionaal merk bestaande in de vorm van de waar - Onderscheidend vermogen - Algemeen belang om bepaalde tekens vrij beschikbaar te houden. Gevoegde zaken C-53/01 tot C-55/01.

⁶⁰ Arrest van het HvJ EG (Zesde kamer) van 29 april 2004. Henkel KGaA tegen Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM). Hogere voorziening - Gemeenschapsmerk. Gevoegde zaken C-456/01 P en C-457/01 P.

⁶¹ Arrest van het HvJ EG (Vijfde kamer) van 25 oktober 2001. Toshiba Europe GmbH tegen Katun Germany GmbH. Verzoek om een prejudiciële beslissing: Landgericht Düsseldorf - Duitsland. Vergelijkende reclame - Verkoop van reserveonderdelen en verbruiksartikelen - Vermelding van artikelnummers van originele reserveonderdelen en verbruiksartikelen door verkoper van niet-originele reserveonderdelen en verbruiksartikelen - Richtlijnen 84/450/EEG en 97/55/EG. Zaak C-112/99.

gauw in de vorm van het product de relatie met de fabrikant zal herkennen. In Lloyd merkt het Hof tenslotte nog op:

“Bij deze beoordeling dient met name rekening te worden gehouden met de eigenschappen die het merk van huis uit bezit, waaronder het feit, of het al dan niet een beschrijving bevat van de waren of diensten waarvoor het is ingeschreven, het marktaandeel van het merk, de intensiteit, de geografische spreiding en de duur van het gebruik van dit merk, de hoogte van de reclamekosten van de onderneming voor het merk, de omvang van het gedeelte van het belanghebbende publiek, dat de waren of diensten op basis van het merk als afkomstig van een bepaalde onderneming identificeert, alsmede de verklaringen van de kamers van koophandel en industrie en van andere beroepsverenigingen (...).

Derhalve is niet in algemene zin te zeggen - bijvoorbeeld aan de hand van bepaalde percentages voor de bekendheidsgraad van het merk in de belanghebbende kringen - , wanneer een merk een grote onderscheidingskracht heeft.”

Dat laatste is een sneer aan de Duitse praktijk, die dolgraag voor de feiten gaat. In de later gewezen Adidas⁶² uitspraak is de wakkere consument overigens geheel en al verdwenen en wordt alleen nog gesproken van het in aanmerking komende publiek.

M.i. is die wakkere consument in zaken van onderscheidende kracht en van verwarring dus een loze kreet. En dat is ook wel te begrijpen. De consument wordt in dit soort zaken immers over de band gebruikt. Het gaat in het merken- en aanduidingenrecht alsmede in het oneerlijke mededingingsrecht eigenlijk niet om hem, maar het gaat om de afstand die concurrenten op de markt tegenover elkaar in acht moeten nemen.⁶³ Ik kom daar straks nog op terug, wanneer ik het heb over de achterliggende waarden bij de methoden die de rechter gebruikt om tot zijn oordeelsvorming te komen.

Wanneer bij oordelen over merken- en andere onderscheidingsmiddelen niet over de band van de consument gespeeld wordt, maar deze direct betrokken is, moet het dus anders zijn. Dat is volgens mij inderdaad het geval. Het gaat dan om zaken waar zowel sprake is van verwarring als van misleiding. Die zaken komen we tegen bij beschermde kwaliteitsaanduidingen. Riesling-Hochgewächs is bijvoorbeeld zo'n beschermde aanduiding. Paragraaf 8a van de Duitse wijnverordening bepaalt dat die aanduiding alleen maar mag worden gebruikt voor wijn met de druif van de Rieslingsoort. De Duitse Verbraucherschutzvereniging meent daarom dat het merk Kessler-Hochgewächs dat voorkomt op het etiket van een Sekt van Kessler ten onrechte de indruk wekt dat de Sekt van Kessler gelijk is aan de Riesling en dat er dus sprake is van mogelijke verwarring en

⁶² Arrest van het HvJ EG (Zesde kamer) van 23 oktober 2003. Adidas-Salomon AG en Adidas Benelux BV tegen Fitnessworld Trading Ltd. Verzoek om een prejudiciële beslissing: Hoge Raad der Nederlanden - Nederland. Richtlijn 89/104/EEG - Artikel 5, lid 2 - Bekende merken - Bescherming tegen gebruik van teken voor dezelfde of soortgelijke waren of diensten - Mate van overeenstemming tussen merk en teken - Uitwerking op publiek - Tekenen opgevat als versiering. Zaak C-408/01.

⁶³ Bas Kist van Shield Mark bijvoorbeeld noemt in Adformatie van mei 2005, de uitspraak van de rechter in de zaak Unilever tegen Albert Heijn 'in het algemeen een nederlaag voor het A-merk'. 'Fabrikanten steken miljoenen euro's in de ontwikkeling en marketing van nieuwe producten. Nu kunnen anderen heel dicht in de buurt van zo'n product komen.'

Rechter en publieksopvattingen: feit, fictie of ervaring?

van misleiding. Zij pleit voor een abstracte toets in deze voor beschermde aanduidingen: als de aanduidingen op elkaar lijken is het al mis, zo een toets biedt meer rechtszekerheid, leent zich voor een uniforme toepassing en is niet afhankelijk van uiteenlopende waarnemingen van consumenten in de verschillende lidstaten van de Gemeenschap. Dergelijke aanduidingen, aldus het Hof,⁶⁴ zijn echter pas verwarrend, wanneer wordt vastgesteld, dat, gelet op de opvattingen en de gewoonten van de beoogde consumenten, er een reëel gevaar bestaat dat de koopbeslissing van die consumenten wordt beïnvloed door de litigieuze aanduiding en dat zij dus worden misleid. Maar hoe komen we erachter of die consument inderdaad wordt beïnvloed in zijn aankoopbeslissing? En – maar dat komt straks aan het eind – is het nodig om dat echt te weten?

Laat de feiten spreken: markt- en opinie-onderzoek

Het wordt dus tijd om de feiten te laten spreken, d.w.z. om te bezien of de opvattingen van het publiek inderdaad kunnen en mogen worden gemeten en of zulks van invloed zou moeten zijn op de oordeelsvorming door de rechter. Allereerst: het gebeurt. Ik citeer:⁶⁵

“49% van de respondenten noemt spontaan C&A als verkooppunt voor het merk Baby Club en 33 % noemt C&A na de vraag: “Ik noem ‘kleding’. Waar denkt U nu aan als ik zeg: Baby Club?” Uit dit onderzoek kan worden afgeleid dat het merk Baby Club voldoende is ingeburgerd.”

En de rechter toetst de resultaten van zulk onderzoek kritisch. Ik citeer:⁶⁶

“U ziet hier op de foto een verpakking van chocolaatjes. Er staat niets op, maar kunt U aan de vorm zien van welk merk of van wie deze chocolaatjes afkomstig zijn?” 57 % ziet een merkfabrikant en 67% van die 57% noemt nadien Toblerone als wordt gevraagd van wie de chocolaatjes dan afkomstig zijn.”

De rechter ziet hier een gebrek in de vraagstelling, omdat de driehoek al in de vraagstelling als merk wordt gekwalificeerd. Maar, zo gaat hij verder, als die kwalificatie leidend was, dan hadden respondenten andere chocoladefabrikanten ongeveer even vaak genoemd. Dat hebben ze niet gedaan, en dus is de gelijkzijdige driehoek geschikt om chocolade als afkomstig van Toblerone te identificeren.

En vaak wordt onderzoek door partij-deskundigen als onvoldoende terzijde gelegd:⁶⁷

⁶⁴ Arrest van het HvJ EG (Vijfde kamer) van 28 januari 1999. Verbraucherschutzverein eV tegen Sektkellerei G.C. Kessler GmbH und Co. Verzoek om een prejudiciële beslissing: Bundesgerichtshof - Duitsland. Merk - Mousserende wijn - Artikel 13, lid 2, sub b, van verordening (EEG) nr. 2333/92 - Omschrijving van product - Bescherming van consument - Verwarringsgevaar. Zaak C-303/97.

⁶⁵ Vzr Rb Utrecht 8 juli 2004, *IER* 2004-6, p. 392 (Babyclub).

⁶⁶ Rb den Haag 8 mei 2002, *IER* 2002-5, p. 241 (Toblerone/Wave).

⁶⁷ Rb Breda 10 september 2003, *IER* 2004, p. 147 (Aardappelverpakking).

“(…) het kwalitatief marktonderzoek van B&N Marketing (is) onvoldoende objectief uitgevoerd om aan te kunnen tonen dat bij het relevante koperspubliek verwarring zou kunnen bestaan.”

Wat er aan dat onderzoek scheelde, betreft een belangrijk punt bij het onderzoek naar onderscheidende kracht enerzijds en verwarring anderzijds. Algemeen wordt aangenomen, dat marktonderzoek een geschikt middel is om de bekendheid van een merk en de onderscheidende kracht ervan te meten. Verwarring zou echter met behulp van marktonderzoek niet goed kunnen worden gemeten.⁶⁸ Dat komt echter omdat de methode niet deugt, zoals ook in dit geval blijkt. Wanneer men verwarring wil meten, moet het inbreukmakende teken aan respondenten worden getoond, zoals het er echt uitziet en moet het oorspronkelijke teken geneutraliseerd worden, d.w.z. getoond worden zoals het publiek het bij vluchtige waarneming in het geheugen heeft geprent. Denkt U maar eens aan de vraag: “Waar denkt U aan bij UP?”. Die neutralisering van het oorspronkelijke teken, is dus geschikt om de onderscheidende kracht van dat teken te meten. Wanneer respondenten het inbreukmakende teken op de een of andere manier in die situatie herleiden tot het oorspronkelijke teken, kan er sprake zijn van verwarring.⁶⁹ Wanneer het inbreukmakende teken geneutraliseerd wordt, gaat het fout, omdat die neutralisering niet laat zien waarin beide tekens van elkaar verschillen. Dat was het geval in de hier geciteerde zaak: gedaagdes merk en verpakking waren in het onderzoek geneutraliseerd en dan kan er al gauw, maar ten onrechte, worden geconcludeerd tot verwarring. Dat betekent echter niet dat verwarring niet zou kunnen worden gemeten.

Nu moet worden toegegeven, dat ook in kringen van marktonderzoekers wel bedenkingen bestaan. Wagenaar schetst de ideale situatie als een waarin juridische begrippen als verwarring en misleiding vastliggend geoperationaliseerd zijn, zodat uit het domein van de empirische wetenschap consistente en betrouwbare resultaten kunnen worden verkregen. Maar, zo voegt hij daaraan toe: die ideale situatie is nog niet bereikt.⁷⁰ Van Westendorp vraagt zich echter af of wij van het marktonderzoek niet veel meer vragen als bewijsmiddel dan wat de rechter nodig heeft. Zijns inziens kunnen percentages van boven de 10% met de huidige technieken gemakkelijk en met een grote graad van nauwkeurigheid worden bereikt. De vraag is dan hoe groot juridisch gezien de percentages moeten zijn.⁷¹ De Duitse rechtspraak hanteerde bij misleiding een percentage van ongeveer 12 tot 15 % bij onjuiste mededelingen, 5% of hoger bij mededelingen met betrekking tot gezondheid of veiligheid

⁶⁸ Van Nieuwenhoven Helbach 1983, p. 293; Raas 2000, p. 427.

⁶⁹ Zie o.a. Van Westendorp en Kaufmann 1988, p. 33.

⁷⁰ Wagenaar in Verkade en Wagenaar, p. 73.

⁷¹ Van Westendorp 2001, p.16.

Rechter en publieksopvattingen: feit, fictie of ervaring?

en meer dan 15% bij juiste maar onvolledige mededelingen.⁷² Bij bekendheid en verwarring zullen de percentages denkkelijk groter moeten zijn, maar hoe groot precies valt niet goed aan te geven. De Duitse literatuur houdt een percentage van 15% of meer aan om tot verwarring te kunnen concluderen. Wat de bekendheid betreft, moeten hogere percentages worden gevonden, variërend van 20-25% voor de laagste en 80% voor de hoogste categorie van beroemde merken.⁷³

Bruikbaar onderzoek zou de volgende trekken moeten vertonen. Marktonderzoeker Van Westendorp pleit voor het inbouwen van processuele betrouwbaarheidsvoorzieningen in de vorm van informatieplichten. Aan de rechter zou eerst een onderzoeksopzet moeten worden voorgelegd waarover partijen en de rechter zich zouden moeten uitlaten, voordat met het onderzoek wordt gestart.⁷⁴ Zo gaat het overigens in de praktijk niet: daar formuleert de rechter de vraagstelling en vervolgens kunnen partijen daar hun licht over laten schijnen. Westendorp's voorstel noopt tot wijziging van de wettelijke regeling. De advocaat Hoyng breekt een lans voor onderzoek waarin de merkenrechtelijke uitgangspunten zo precies zijn geformuleerd dat ze zich kunnen lenen voor toetsing met behulp van marktonderzoek.⁷⁵ Psycholoog Wagenaar stelt dat er een standaard onderzoeksprocedure moet worden ontworpen, waarbij duidelijk moet zijn wat die procedure wel en niet kan meten. Hij beveelt aan in het laatste geval de zaak naar de rechter terug te verwijzen, met de mededeling dat empirisch onderzoek geen uitkomst kan bieden. In de praktijk behoort de deskundige de opdracht dan terug te geven. Hij voegt eraan toe dat de onderzoeker ook rekening moet houden met wat juridisch wordt gevraagd en geen dingen moet gaan onderzoeken die niet relevant zijn.⁷⁶ Dat laatste wordt ook afgestraft door de rechter. Zo passeert het Hof bijvoorbeeld in de T-Mobile zaak marktonderzoek dat uitsluitend gebaseerd is op de website en op commercials van de inbreukmaker, omdat dat onderzoek geen doorslaggevend uitsluitsel geeft over het normale gebruik van het merk.⁷⁷ Rechter Numann tenslotte heeft voorgesteld een onpartijdig wetenschappelijk onderzoeksinstituut in het leven te roepen dat zowel zelf onderzoek kan uitvoeren als toezicht kan houden op de uitvoering van marktonderzoek door derden.⁷⁸

Het voorgaande pleit ervoor dat juristen en onderzoekers de handen ineenslaan en dat vanuit het marktonderzoek én vanuit kringen van merkhouders, betrokken

⁷² Spätgens 2000, p. 1027; Dreyer in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig 2004, p. 1035, nr. 70.

⁷³ Raas 2000, p. 254-257 t.a.v. percentages in het kader van oneerlijke mededinging (artikel 1 UWG, oud).

⁷⁴ Van Westendorp in Van Westendorp en Kaufmann 1988, p. 17.

⁷⁵ Hoyng 2001, p. 5-6.

⁷⁶ Wagenaar in Verkade en Wagenaar 2000, p. 81.

⁷⁷ Hof Amsterdam 30 september 2004, IER 2005-1 met ann. JK (T-Mobile/ID&T Mobile).

⁷⁸ Zie nader mijn annotatie bij T-Mobile/ID&T Mobile).

J.J.C. Kabel

juristenverenigingen, rechters en het juridisch wetenschappelijk onderzoek het nodige ondernomen wordt om standaard onderzoeksprocedures te ontwerpen die de rechter het nodige houvast kunnen bieden bij zijn oordeelsvorming. Dat hoeft natuurlijk niet meteen in een onafhankelijk onderzoeksinstituut; het kan ook zo zijn dat een eenmaal ontworpen procedure langzamerhand wordt geaccepteerd in het rechterlijk bedrijf.

Het juridisch kader voor dit soort onderzoek is natuurlijk het deskundigenbericht zoals dat is geregeld in de artikelen 194-200 BRv. Op basis van die artikelen kan de rechter voorlichting door een of meer deskundigen gelasten.. Dat bericht dient de rechter tot bijstand bij de vorming van zijn oordeel. Partijen zijn tot medewerking verplicht; weigering kan ten nadele worden uitgelegd.

Het kan dus, het lijkt ook te mogen, maar moet het ook en zo ja, wanneer wel en wanneer niet Dat leidt ons naar de conclusie. Hoe is de verhouding tussen feit, fictie en ervaring? Maar eerst een noodzakelijke tussenstap.

RECHTSWAARDEN EN HUN INVLOED OP DE GEBRUIKTE METHODEN

Dit soort methoden zijn namelijk niet het enige gereedschap waarmee de rechter werkt, wanneer hij moet oordelen over de onrechtmatigheid van bepaalde mededelingen. Dat is al heel duidelijk wanneer we het bijvoorbeeld hebben over publicatie van meningen die in niet mis te verstane bewoordingen misstanden aan de kaak stellen. Dat een meerderheid van het publiek het met zo'n opvatting niet eens is, kan geen doorslaggevende factor zijn bij de beoordeling van een eventuele onrechtmatigheid. Het gaat tenslotte om recht, en dus om bepaalde waarden, zoals hier de vrijheid van meningsuiting. Die vrijheid moet niet worden beperkt door wat de rechter denkt dat een meerderheid van het publiek van een bepaalde mededeling vindt. Op ons terrein, dat van commerciële communicatie, gaat het ook om waarden, in mindere mate om vrijheid van meningsuiting, meer om vrijheid van taal- en beeldgebruik, om bescherming van verdiende exclusiviteit, bescherming van gezondheid en veiligheid, bescherming van de beslissingsvrijheid van de consument, om het behoud van redactionele onafhankelijkheid en een bijbehorende herkenbare scheiding van commerciële en niet-commerciële informatiestromen of om vrijheid van handel en bedrijf, zowel nationaal als internationaal. Last but not least: consistentie van de rechterlijke methodiek is zeker op ons gebied een onmisbare voorwaarde voor de noodzakelijke rechtszekerheid die op economisch terrein wenselijk is.

Rechter en publieksopvattingen: feit, fictie of ervaring?

FEIT, FICTIE OF ERVARING?

De rechterlijke oordeelsvorming schippert dus tussen feit, fictie en ervaring en dat alles in een wettelijk kader. We hebben nu gezien hoe de rechter het doet en dat de keuze voor het een of het ander soms verschil kan uitmaken. De vraag is tenslotte: zou het misschien anders moeten?

Er is niets tegen ficties in het recht, hoe negatief dat woord ook moge klinken. Het belastingrecht, het personen- en familierecht, het contractenrecht wemelt ervan. Waar het om gaat bij ficties is om te kijken wat er achter zit. Wie of wat is gebaat bij een fictie? Wat zijn de waarden en de belangen achter het gebruik van een bepaalde methode? Datzelfde geldt overigens voor de hypothesen die verscholen zitten achter ervaringsregels en die niet empirisch worden gestaafd. En datzelfde geldt ook, hoe gek het misschien moge klinken voor feiten en ervaringsregels die wel empirisch kunnen worden gestaafd. Zo zal een empirische meting van het gevaar voor verwarring ongetwijfeld minder opleveren voor de eisende houder van een bekend merk, dan een aanpak die is gebaseerd op de in de rechtspraak gehanteerde ervaringsregel dat bekende merken een ruimere beschermingsomvang hebben.

Uitleg van juridische regels of rechtspraak helpt ons hier natuurlijk niet direct. Dat zou een soort van Munchhausseniade opleveren. Scherer leidt uit de woorden *vermoedelijke verwachting* uit de Gut Springenheide uitspraak af dat het moet gaan om feitelijke onderzoek bij misleiding. Sack leidt uit precies dezelfde woorden het omgekeerde af: het komt aan op de *vermoedelijke verwachting* van de consument en dus juist niet op feitelijke verwachting.⁷⁹ Dat schiet dus niet op en dat is ook wel te begrijpen: de Europese wetgever geeft immers, net zomin als de nationale wetgever, nadere aanwijzingen.

Toch kan uit het positieve recht wel indirect een procedurele methode worden afgeleid: in de Gut Springenheide uitspraak wordt immers gezegd, dat de nationale rechter, wanneer de voorliggende stukken voldoende lijken en de oplossing duidelijk, het probleem zelf kan beslechten. Wanneer dat niet zo is, kan hij een deskundigenonderzoek gelasten. En wanneer hij dat doet dan dient hij, overeenkomstig zijn nationaal recht te bepalen, welk percentage misleide consumenten hem voldoende significant lijkt om in voorkomend geval een verbod van die reclame-uiting te rechtvaardigen.

Dat betekent m.i. op zijn minst dat er gemotiveerd zou moeten worden, niet alleen in gevallen waarin de rechter afwijkt van een deskundigenbericht, maar al eerder: bij de keuze

⁷⁹ Scherer 2000, p. 273; Sack 1999, p. 399.

voor de methode van oordeelsvorming: feit, fictie of ervaring. De Hoge Raad is van oordeel dat, indien de rechter de zienswijze van de door hem benoemde deskundigen niet volgt, de rechter in beginsel zijn oordeel van een zodanige motivering moet voorzien dat dit voldoende inzicht geeft in de daarin ten grondslag liggende gedachtegang.⁸⁰ Ik zou nog een stap verder willen gaan en het vonnis waarin niet wordt gemotiveerd waarom de rechter het zelf wel af kan, c.q. voor deze of gene ervaringsregel wordt gekozen in plaats van voor een deskundigenbericht in cassatie toetsbaar achten. Dat zou op de lange duur kunnen bijdragen aan een inzichtelijker en daarom wellicht consistentere geheel van methoden van oordeelsvorming door de rechter op dit terrein. Want met name een beroep op algemeen bekende feiten en ervaringsregels is toch eigenlijk een zwaktebod in de bewijsvoering.

Hiermee is het probleem van feit, fictie of ervaring alleen nog maar procedureel benaderd. Wat kan de vraag wat de achterliggende waarden en belangen zijn die schuilgaan achter de methoden van oordeelsvorming nog opleveren voor een inhoudelijk te motiveren afweging voor de keuze tussen feit, fictie of ervaring?

In het algemeen lijkt de keuze voor een feitelijke, empirische benadering het meest logisch. Het gaat immers steeds om veronderstellingen over feitelijk consumentengedrag en waarom zouden we dat dan niet laten meten? De wetgever zelf verwijst toch naar het publiek? Dat moet dan toch ook echt wat betekenen? Bovendien vermijden we dan wellicht, wanneer het marktonderzoek kan worden gestandaardiseerd, wisselende uitspraken en daarmee is uiteraard de rechtszekerheid gediend. Vroeger was het ook nog wel een argument, dat in een aantal andere lidstaten van de Europese Gemeenschap, bijvoorbeeld in Duitsland en in Engeland, veel meer aan feitelijk onderzoek werd gedaan en dat het dus belangrijk was, in het kader van globalisering van de markt, om daarbij aan te sluiten.⁸¹

Dat laatste argument gaat niet meer op na de uitspraken van het Hof: de Duitse rechtspraak is na een manmoedige poging van het BGH om de schijn te wekken dat ze het eigenlijk altijd al zo hadden gedaan als het Hof voorschreef en dat er dus niets veranderd was, in de *Elternbriefe* uitspraak omgegaan.⁸² De gedachte was voorheen dat een misleidingspercentage van meer dan 10% sowieso geen domme consumenten kon bevatten, omdat dat in Duitsland toch op zijn minst neerkwam op een absoluut aantal van 4 tot 8 miljoen Duitsers en zoveel domme Duitsers kunnen er natuurlijk niet bestaan.⁸³ Maar het

⁸⁰ HR 5 december 2003, *NJ* 2004, 74 (Vredenburg/NHL); zie daarover mijn annotatie bij T-Mobile/ID&T-Mobile.

⁸¹ Van Westendorp 2001, p. 14.

⁸² BGH 18 oktober 2002, zie daarover: Dreyer in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig 2004, p. 1036-1030, nrs. 74-81.

⁸³ Zie Sack 2004, p. 524.

Rechter en publieksopvattingen: feit, fictie of ervaring?

BGH gaat de lat toch hoger leggen: bij ietwat dubbelzinnige mededelingen gaat het om de wakkere consument, een minderheid van feitelijk misleide consumenten doet er niet meer toe en bovendien moet het gaan om misleiding van een *aanzienlijk* deel van ook nog eens de wakkere consumenten en niet meer om een *niet onaanzienlijk* deel. De Nissan uitspraak van het Hof die ik al eerder heb vermeld, heeft wat dat betreft zijn invloed gehad op de Duitse rechtspraak.⁸⁴

Dat lijkt in percentages te schelen, maar het probleem is natuurlijk, dat hebben we al gesignaleerd, dat die wakkere consumenten niet te meten zijn. De fictie sluit de feiten uit: deugdelijk marktonderzoek moet werken met echte mensen van vlees en bloed. Dat geldt natuurlijk niet alleen maar voor de fictie van de wakkere consument, maar ook voor de gehanteerde ervaringsregels en feiten van algemene bekendheid die zich immers ook richten naar de wakkere consument.

Nu zal dat veel rechters als muziek in de oren klinken: het oordeel over misleiding en verwarring betreft immers een rechtsvraag en rechtsvragen zijn vragen die bij uitstek door rechters en niet door marktonderzoekers moeten worden beantwoord.⁸⁵ Dat antwoord maakt niets duidelijk. Waar het om gaat is welke waarden en belangen de voorrang moeten hebben. In het merkenrecht gaat het niet primair om de belangen van het publiek. Dat wordt al duidelijk doordat het merkrecht een subjectief recht is: wanneer de merkhouder geen gebruik, maakt van zijn verbodsbevoegdheid, kan de grootste mogelijke verwarring ongestraft voortbestaan. En wanneer het teken van eiser niet wordt gebruikt, zoals het is ingeschreven, is verwarring merkenrechtelijk gezien, legaal, zoals we bijvoorbeeld hebben gezien in de zaak McDonald's tegen Burger King. Ronald McDonald, verstoppt in een regenjas koopt een Burger bij de concurrent. Dat stiekeme gedoe levert geen strijd op met het merkrecht van McDonald's op Ronald McDonald.⁸⁶ Bij vergelijkende reclame zien we, ook al moge dat vreemd klinken, eigenlijk hetzelfde: dat terrein hoort tot het oneerlijke mededingingsrecht en ook daar geldt dat bescherming van de belangen van de consument hoogstens een erfreuliches Nebeneffekt kan opleveren, maar niet primair staat. Ik steun daarbij op het bekende arrest van de Hoge Raad inzake Pokon tegen Substral. Daarin oordeelt de Hoge Raad immers dat de enkele onjuiste suggestie dat Substral geconcentreerder was dan Pokon onrechtmatig was tegenover concurrent Pokon, ook al zou Substral even goed of zelfs beter zijn voor de consument.⁸⁷ Wanneer de belangen van het publiek dus geen primaire rol spelen bij de toepassing van een norm, is het ook

⁸⁴ Zie Deutsch 1997, p. 44 voor een moedige poging om nog wat te redden door een vergelijking te maken tussen de Franse en de Duitse tekst van de Nissan uitspraak en te wijzen op het Franse 'nombre significatif de consommateurs' wat iets anders zou betekenen dan 'einer erheblicher Anzahl von Verbrauchern'.

⁸⁵ Van Nieuwenhoven Helbach 1983, p. 296; Hacker 2004, p. 545.

⁸⁶ V.zr. Rb Amsterdam 13 januari 2005, *IER* 2005-3, p. 196 met ann. JK (McDonald's/Burger King).

⁸⁷ HR 29 maart 1985, *NJ* 1985, 591.

verklaarbaar dat feitelijk onderzoek naar publieksopvattingen niet echt relevant is voor de oordeelsvorming door de rechter. En, wanneer we aanvaarden dat het primair gaat om de afstand die concurrenten tegenover elkaar in acht behoren te nemen, moet anderzijds de wakkere consument geen roet in het eten gaan gooien. Dat verklaart m.i. ook waarom die wakkere consument in de rechterlijke uitspraken over bekendheid, onderscheidend vermogen en verwarring eigenlijk alleen maar een verplichte riedel oplevert, zonder inhoudelijk doorslaggevende betekenis. Dat concept kan ook niet zinvol worden gebruikt in dit gedeelte van het recht, omdat het, zoals hiervoor al aangegeven, onlosmakelijk verbonden is met markttransparantie.⁸⁸ Het beeld van de geïnformeerde consument veronderstelt immers dat die consument ook geïnformeerd is en mag dus alleen maar worden gebruikt, wanneer parallel aan de toepassing van dat beeld in de rechtspraak informatieplichten voor de aanbieders staan. Dergelijke verplichtingen zijn moeilijk te verzinnen op het terrein van het merkenrecht. Kortom: op het terrein van het merkenrecht kunnen we nog steeds, ondanks de fictie, mensen van vlees en bloed gebruiken en blijft het aan te raden om verder na te denken over betrouwbaar en valide marktonderzoek als hulpmiddel voor de rechter in moeilijke zaken. De eis dat verwarring positief moet worden vastgesteld, geeft daartoe m.i. een belangrijke stimulans en roept tevens een halt toe aan een al te uitgebreide bescherming van de belangen van de merkhouder.

Maar hoe zit het dan met misleiding? M.i. is het zaak om de wakkere consument ook op dat gebied een beetje in slaap te sussen, ook al is dat minder gemakkelijk dan op het vorige gebied. Spätgens, voorzitter van het OLG Keulen, heeft verdedigd, dat het ieders goed recht is om de vloed van reclame slechts oppervlakkig waar te nemen, zonder daar nadeel van hoeven te ondervinden.⁸⁹ Ik sluit me graag bij hem aan. Het moet met betrekking tot reclame niet zo zijn dat wij als gevolg van een strakker misleidingsbegrip moeten worden opgevoed en wel van onze fouten zullen leren.⁹⁰ En het moet ook niet zo zijn, dat het misleidingsleerstuk wordt uitgekleet door de overweging dat de wetgever allerlei informatieplichten voorschrijft.

Dat in slaap sussen van de wakkere consument is mogelijk, omdat de rechtspraak van het Hof van Justitie veel genuanceerder is als op het eerste gezicht lijkt. Hiervoor hebben we daar al enige voorbeelden van gezien. De zaken die het Hof zelf noemt als voorgangers van de Gut Springenheide uitspraak hebben zonder uitzondering betrekking op situaties

⁸⁸ Vgl. voor die koppeling vooral Radeideh 2005, p. 52-59; 189.

⁸⁹ Spätgens 2000, p. 1026.

⁹⁰ Zie aldus ook Glöckner, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig 2004, p. 93, nr. 123.

Rechter en publieksopvattingen: feit, fictie of ervaring?

waarin de consument juiste informatie wordt onthouden, zoals in het Rocher geval⁹¹ waarin de Duitse wetgeving niet-misleidend adverteren met doorgestreepte prijzen verbod, of op situaties waarin mogelijk onjuiste, maar irrelevante informatie door het nationale recht wordt verboden om de consument tegen theoretisch mogelijke misleiding te beschermen. Dergelijke automatische en paternalistische reclameverboden zijn, zeker in een grensoverschrijdende situatie in Europa, uit de tijd en dienen vaak, verkapt, belangen van nationale ondernemingen. Wanneer het gaat om onjuistheid of onvolledigheid op voor de consument relevante factoren, dan ligt de zaak echter anders. De rechtspraak na Gut Springenheide van het Hof maakt in ieder geval duidelijk, dat wanneer de consument schade kan lijden aan zijn gezondheid als gevolg van een verkeerde voorstelling van zaken, er geen reden hoeft te zijn om het criterium van de wakkere consument toe te passen. En waarom zou dat niet in andere gevallen van toepassing kunnen zijn, zoals in het geval van aanmerkelijke financiële schade of onveiligheid. Wanneer we voorts veronderstellen dat de introductie van het criterium in het merkenrecht niet helemaal voor niets is geweest, valt daaruit in ieder geval over te nemen dat ook de wakkere consument in bepaalde situaties slechts vluchtig waarneemt en kan dat criterium worden toegepast in situaties waarin het gaat om reclame voor alledagsartikelen.⁹² Voegen wij daar nog aan toe dat het Hof toestaat te letten op nationale verschillen en op sociale, culturele en taalkundige bijzonderheden alsmede dat rekening gehouden mag worden gehouden met verschillen in doelgroepen, dan opent zich een groot terrein waarin in ieder geval daar waar schade kan optreden voor de consument bijvoorbeeld onderzoek naar feitelijke misleiding onder consumenten van vlees en bloed mogelijk is en daar waar dat niet zo is, in ieder geval met een genuanceerder fictie kan worden gewerkt dan die van de wakkere consument.

Zeer gewaardeerde toevoorders, er valt nog veel te onderzoeken. Ik ben met name benieuwd naar de afloop van de zaken waarin het Hof heeft geoordeeld. Het zou wel eens kunnen zijn, dat ook daar de soep niet zo heet wordt gegeten. Het zou ook de moeite waard zijn de algemene ervaringsregels op dit terrein eens systematisch in kaart te brengen en te laten testen op hun feitelijke houdbaarheid. De ontwikkeling van standaardmethoden in het marktonderzoek op merkenrechtelijk gebied vraagt aandacht en waarom zou dat ook niet eens aangevat worden op het terrein van misleiding? En wat gaan we anderzijds doen met de wakkere consument wanneer het gaat om tot nog toe verboden informatie? Hoe houdbaar is het sluikreclameverbod in niet-informatieve televisie-programma's? En hoe houdbaar is het verbod van publieksreclame voor geneesmiddelen, gelet op de wakkere zorgconsument? Kortom: dit was maar een tipje van de sluier.

⁹¹ Arrest van het HvJ EG van 18 mei 1993. Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft tegen Yves Rocher GMBH. Verzoek om een prejudiciële beslissing: Bundesgerichtshof Duitsland. Vrij verkeer van goederen – kwantitatieve beperkingen – maatregelen van gelijke werking – verbod van prijsvergelijkende reclame. Zaak C-126/91.

⁹² Vgl. voor een nadere nuancering al naargelang de aard van de aangeboden producten of diensten Lettl 2004a, 454.

DANKWOORD

Dat ik dit tijpje hier heb mogen oplichten, dank ik niet in het minst aan de wakkere, zeer geïnformeerde en oplettende collega's van mijn Instituut voor Informatierecht. Rokin 84 is een broeinest van falsificaties van heersende opvattingen. Auteursrecht, Telecommunicatierecht, Industriële eigendom, Privacyrecht en Mediarecht worden tegen het licht gehouden, zoals de wakkere consument de etiketten leest. Het is een plezier om daar te werken. Net zoals met de redactie van het Tijdschrift Intellectuele eigendom en reclamerecht en het bestuur van de vereniging voor Media- en Communicatierecht. De wakkerste consument is echter Iet te Bloemendaal, die mij onverbiddelijk tegen het licht houdt, in eendrachtige samenwerking met Chris en Ernst, mijn twee zonen.

Mijn huidige promovendi gaan allerlei interessante terreinen ontsluiten op het terrein van commerciële informatie: Wolfgang Sakulin zal de grenzen van het merkrecht verkennen, Chris Sent de betrouwbaarheid van commerciële informatie en Erik Vollebregt doet niet minder dan het hele Europese reclamerecht onderzoeken op zijn consistentie. De allerwakkerste is overigens Anja Dobbelsesteen die samen met Melissa Truijens ervoor zorgt dat de zaken niet in het honderd lopen. Naast het Rokin leer ik veel van de praktijk: het werk dat ik nu mag doen voor het BKR, de Reclame Code Commissie en het NICAM en vroeger voor onder meer het Commissariaat voor de Media en wat adviescommissies van de SER en de vroegere Adviescommissie Warenwet leert me de betrekkelijke waarde van de wetenschap. Het ging vandaag niet over onderwijs. Maar ik moet wel zeggen dat dat een van de dierbare aspecten is van het werk. Ik leer veel van mijn studenten. En ik wil graag dat ze ook gewoon wat lezen. Bijvoorbeeld veel Duitse literatuur. Want dat is een Fundgrube voor de Nederlandse jurist die maar al te veel naar de Amerikanen kijkt. Leve Europa, zullen we dus maar zeggen.

Ik heb gezegd!

Rechter en publieksopvattingen: feit, fictie of ervaring?

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Apostopoulos 2005

Haris Apostopoulos, 'Das europäische Irreführungsverbot: Liberalisierung des Marktgeschehens oder Einschränkung für die Anbieterseite?', *GRUR Int.* 2005-4, p. 292-299

Deutsch 1997

Volker Deutsch, 'Noch einmal: Das Verbraucherleitbild des EuGH und das "Nissan"-Urteil', *GRUR* 1997-1, p. 44-45

Fezer 1995

Karl-Heinz Fezer, 'Das wettbewerbsrechtliche Irreführungsverbot als ein normatives Model des verständigen Verbrauchers im Europäischen Unionsrecht', *WRP* 1995, nr. 5, p. 675

Groeschke und Kiethe 2001

Peer Groeschke und Kurt Kiethe, 'Die Ubiquität des europäischen Verbrauchersleitbildes – Der europäischen Pass des informierten und verständigen Verbrauchers', *WRP* 2001-3, p. 230-238

Hacker 2004

Franz Hacker, 'Methodenlehre und gewerlicher Rechtsschutz – dargestellt am Beispiel der markenrechtlichen Verwechslungsfahr', *GRUR* 2004-7, p. 537-548

Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig 2004

Henning Harte-Bavendamm und Frauke Henning-Bodewig, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, München: Verlag C.H. Beck 2004

Hoyng 2001

Willem Hoyng, 'Het marktonderzoek en de inbreukvraag ex art. 13A lid 1 sub b BMW', *BMM Bulletin* 2001-1, p. 2-12

Korthals Altes 2003

E. Korthals Altes, 'Artikel 79 RO', in: *Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer (losbladig)

Lettl 2004

Tobias Lettl, 'Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa', *GRUR Int* 2004-2, p. 85-96

Lettl 2004a

Tobias Lettl, 'Der Schutz der Verbraucher nach der UWG-Reform', *GRUR* 2004-6, p. 449-461

Mortelmans en Watson 1995

Kamiel Mortelmans en Stewart Watson, 'The notion of consumer in community law: a lottery?', *Tijdschrift voor consumentenrecht* 1995-4, p. 229-246

Van Nieuwenhoven Helbach 1983

E.A. van Nieuwenhoven Helbach, 'Het opinieonderzoek als bewijsmiddel in het mededingingsrecht', in: *Een goede procesorde*, Deventer: Kluwer 1983, p. 287-296

Ohly 2004

Ansgar Ohly, 'Das neue UWG – Mehr Freiheit für den Wettbewerb?', *GRUR* 2004-11, p.889-900

Praktijkboek Reclamerecht

J.J.C. Kabel (red.), *Praktijkboek Reclamerecht*, Deventer: Kluwer (losbladig)

Raas 2000

Rogier Pieter Raas, *Het Benelux Merkenrecht en de Eerste Merkenrichtlijn*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000

Radeleideh 2005

Malek Radeleideh, *Fair Trading in EC Law. Information and Consumer Choice in the Internal Market*, Groningen: Europa Law Publishing 2005

Risthaus 2003

Stefan Risthaus, *Erfahrungssätze im Kennzeichenrecht*, [KWI, Bd. 4], Köln: Carl Heymans Verlag 2003

Sack 1999

Rolf Sack, 'Die Präzisierung des Verbraucher Leitbildes durch den EuGH', *WRP* 1999-3, p. 399-402

Sack 2004

Rolf Sack, 'Irreführende vergleichende Werbung', *GRUR* 2004-2, p. 89-94

Sack 2004a

Rolf Sack, 'Die relevante Irreführung im Wettbewerbsrecht', *WRP* 2004-5, p. 521-529

Rechter en publieksopvattingen: feit, fictie of ervaring?

Scherer 2000

Inge Scherer, 'Normative Bestimmung von Verwechslungs- und Irreführungsgefahr im Markenrecht', *GRUR* 2000-4, p. 273-279

Schmitz 2000

Volker Schmitz, *Die kommerziellen Kommunikation im Binnenmarkt im Lichte der neueren Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2000

Seibt 2002

Katrin Seibt, 'Das europäischen Verbrauchersleitbild – ein Abschied von der Verwechslungsgefahr als Rechtsfrage?', *GRUR* 2002-6, p. 465-472

Spätgens 2000

Klaus Spätgens, 'Irreführende Werbung – Verbraucherleitbild – Marktforschung', *WRP* 2000-9, p. 1023-1028

Stein en Rueb 2003

P.A. Stein en A.S. Rueb, *Compendium Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2003

Verkade en Wagenaar 2002

D.W.F. Verkade en W.A. Wagenaar, 'Onderscheidend vermogen en verwarring van merken', in: P.J. van Koppen, D.J. Hessing en H.P.M. Crombach (red.), *Het hart van de zaak – Psychologie van het recht*, Gouda Quint 2002

Wesseling-van Gent 1988

E.M. Wesseling-van Gent, 'Eigen wetenschap van de rechter', *NJB* 1988-31, p. 1118-1121

Van Westendorp en Kaufmann 1988

P.H. van Westendorp en P.J. Kaufmann, *De rol van het marktonderzoek bij mededingingsrechtelijke procedures*, [Publicatie nr. 1 van de Vereniging voor Mededingingsrecht], Amsterdam 1988

Van Westendorp 2001

P.H. van Westendorp, 'Merkenrecht en marktonderzoek: de stand van zaken', *BMM Bulletin* 2001-1, p. 13-16