

## Het marktonderzoek in het ‘Lacoste tegen Hema’ arrest (Zaaknummer 200.254.842/01)

Op 11 augustus 2020 wees het hof Den Haag (in vervolg op IEF 18163) een kennelijk spraakmakend arrest waarin Hema een pan-Europees inbreukverbod werd opgelegd ten aanzien van al het Hema-krokodillenondergoed.

In dit arrest wordt uitdrukkelijk stilgestaan bij en ingegaan op de marktonderzoeken die van beide zijden werden ingebracht.

Weliswaar stelt het hof dat resultaten van marktonderzoeken in het algemeen moeten worden gerelativeerd, maar anderzijds ook dat dit er niet aan af doet dat zij als hulpmiddel van belang kunnen zijn.

Als marktonderzoeker kan ik niet anders dan het hiermee eens zijn, en ik ben blij met de uitgebreide aandacht die de ingebrachte onderzoeken in het arrest krijgen.

Helaas echter moet ik constateren dat de beoordeling van de uitgevoerde marktonderzoeken en de interpretatie van de uitkomsten daarvan vanuit marktonderzoek-perspectief te wensen over laat. Of en in hoeverre een naar mijn oordeel meer correcte beoordeling van de marktonderzoeken tot een ander oordeel van het hof zou hebben geleid, kan ik niet overzien.

Hieronder ga ik in op met name de vraagstellingen die door de partijen in de onderzoeken werden gehanteerd, en ook kort op het begrip ‘marktleiderseffect’.

Het hof hanteert een onjuist begrip van wat met het marktleiderseffect wordt bedoeld. Volgens het hof is slechts sprake van het marktleiderseffect wanneer een bepaalde producent/merkhouders marktleider is in een bepaalde branche. Dit is echter een misvatting. Het begrip marktleiderseffect heeft – door inburgering – eigenlijk een verkeerde naam gekregen. Wat er mee werd en wordt bedoeld is het feit dat bekende merken uit een bepaalde categorie bij het tonen of noemen van een stimulus in de context van een bepaalde categorie louter en alleen door hun bekendheid spontaan genoemd zullen worden, zelfs als de betreffende stimulus totaal niets te maken heeft met die bekende merken. En dit is een effect dat niet alleen optreedt bij marktleiders, maar bij alle merken met een spontane bekendheid kan optreden. Daarom heb ik al vaker betoogd<sup>1</sup> dat de naam marktleiderseffect eigenlijk fout is. Dit fenomeen zou ‘spontane bekendheidseffect’ moeten heten. Dan dekt de vlag de lading.

De consequentie van de misinterpretatie van het begrip ‘marktleiderseffect’ is dat Hema, anders dan het hof meent, wel degelijk een punt had in die zin dat vermoedelijk een deel van de consumenten bij het zien van het Hema kledingstuk alleen maar Lacoste noemde omdat dat nu eenmaal een merk is met in de kledingsector een hoge spontane bekendheid. De mate waarin dit effect optrad, had kunnen worden vastgesteld door middel van een identiek (‘controle’) onderzoek met als stimulus een totaal afwijkend (qua uitmonstering ‘fake’) kledingstuk.

Van den Berg<sup>2</sup> (Marktonderzoek in de Rechtszaal, pag. 39) is overigens van mening dat onderzoek naar verwarring altijd het gebruik van controlegroepen vereist.

---

<sup>1</sup> D.W.F. Häcker: Marktonderzoek in merkenzaken – wrap up en perspectief (IE-Forum nr IEF 11965)

<sup>2</sup> Dr Harry van den Berg, Marktonderzoek in de Rechtszaal, Stichting voor Culturele Studies, Amsterdam, 2007.

En dan nu de ingebrachte onderzoeken; ik beperk me daarbij tot de vragenformuleringen.

In r.o. 35 stelt het hof dat de vraagstellingen in het JES-onderzoek II en het OC-onderzoek acceptabele vragen zijn.

Het hof meent dat de formulering *“Waar denkt u aan als u dit product ziet?”* niet relevant verschilt van de vraag *“Wat komt er in u op als u dit product ziet?”*. Toegegeven, dit zijn wellicht subtiele verschillen, maar ‘la difference est dans la nuance’!

Als ik een bloemetjes jurk te zien krijg, is het zeer wel mogelijk dat ik op de vraag *“Waar denkt u aan als u dit ziet?”* zal zeggen *“mijn schoonmoeder”*, maar in antwoord op de vraag *“Wat komt er in u op, als u dit ziet?”* is de kans dat ik zal antwoorden *“mijn schoonmoeder”* veel kleiner.

Maar zelfs als na het tonen van een stimulus een concurrerend merk in gedachten wordt opgeroepen, dan wil dat nog niet zeggen dat dit komt omdat men die merken met elkaar verwacht. Het kan ook betekenen dat men de beide merken juist van elkaar onderscheidt (zie bijvoorbeeld Van den Berg, Marktonderzoek in de Rechtszaal, pag. 71). Na het tonen van Coca Cola kan het zeer wel zijn dat sommigen aan Pepsi Cola gaan denken: wellicht omdat dat hun merk is, of omdat ze dat andere merk juist niet lekker of bij hen passend vinden. Kortom, de vraagstelling *“Waar denkt u aan als u dit (product) ziet?”* is bij merkenrechtelijk marktonderzoek sowieso een minder gelukkige.

In r.o. 32 geeft het hof aan dat het de in Nederland gehanteerde vraagstelling *“Waar denkt u aan bij het zien van dit product?”* en de vergelijkbare in Frankrijk gehanteerde *“Waar denkt u aan als u dit product ziet?”* volstrekt toelaatbaar vindt. Hiermee gaat het volledig voorbij aan het sturende effect dat deze vragen hebben op de vervolgvraag (vraag 2) *“Van welk bedrijf denkt u dat dit kledingstuk afkomstig is? / Van welk bedrijf is volgens u dit product afkomstig?”*

In een van de onderzoeken werd eerst gevraagd *“Aan welk merk doet dit kledingstuk u denken?”*, en vervolgens werd gevraagd *“Van welk merk denkt u dat dit kledingstuk afkomstig is?”*.

Het hof constateert dat deze vraagstelling door het gebruik van het woord *“merk”* te sturend zijn, en bovendien is de eerste vraag een vraag naar associatie. In die overwegingen kan ik mij vinden. Maar, bijkans nog erger vind ik het feit dat in de eerste vraag een associatie naar een merk wordt gevraagd, en vervolgens als een soort inkopper wordt gevraagd van welk merk het kledingstuk afkomstig is. Uiteraard is dan de kans heel groot dat het zelfde merk wordt genoemd dat men even tevoren bij de associatie-vraag antwoordde.

Conclusie: goed dat de marktonderzoeken van beide partijen uitgebreid in de overwegingen van het hof worden besproken. Inhoudelijk valt er echter, vanuit marktonderzoek-technisch perspectief, het nodige op die overwegingen en de evaluatie van de gehanteerde vraagstellingen af te dingen. De kunst van het stellen van de juiste vragen blijkt een lastige te zijn.

Terry (D.W.F) Häcker, juridisch marktonderzoeker