



Zeker geen lego

AIPPI 2010 - bijdrage aan debat 3: HR-beslissing inzake Lego is juist.
Sander Gellaerts en Terry Häcker¹

In deze bijdrage belichten wij het marktonderzoek in deze zaak.

Deze bijdrage is gebaseerd op een nog ter publicatie aan te bieden artikel over marktonderzoek in de rechtszaal met als titel 'Marktonderzoek, de onderste steen boven?'

Inleiding

De Hoge Raad komt, evenals AG Verkade, ondanks het relevante feit dat de waardering van het aan een onderzoek te ontnemen bewijs is voorbehouden aan het hof als rechter die over de feiten oordeelt – kortweg tot de conclusie dat de opvatting van het hof geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en niet onbegrijpelijk is.² Wij op onze beurt vinden deze conclusie van de Hoge Raad onbegrijpelijk. Wij delen overigens de verbazing van de AG dat Lego niet met zelf geëntameerd onderzoek is gekomen, gezien de vele procedures die zij in tal van landen voert en 'ook omdat het procestechisch voor rechters eenvoudiger is om marktonderzoeken tegen elkaar weg te strepen of daar een middenweg in te zoeken.'³ Wij gaan er gemakshalve van uit dat alle deelnemers aan het debat bekend zijn met juridische aspecten van deze zaak.⁴

Aanleiding (ov. 3.4.2)

Mega Brands heeft zich in deze zaak geconcentreerd op het standaardisatieargument en heeft in dat kader begin 2007 vier marktonderzoeken uit laten voeren. Een economische psychologie deskundige (hoogleraar) werd gevraagd mee te werken aan het opzetten van deze marktonderzoeken. Het resultaat van deze onderzoeken is neergelegd in een rapport d.d. 21 maart 2007. De navolgende onderwerpen werden onderzocht: (I) De wijze waarop eenmaal gekocht Lego wordt bewaard (n=292 uitgevoerd in Zwolle, Den Haag, Rotterdam en Eindhoven); (II) De bij potentiële kopers van het steentje eventueel bestaande wens ten aanzien van compatibiliteit met de legosteentjes die zij reeds in hun bezit hebben (n=111 uitgevoerd in Leiden en Zwolle); (III) De vraag of bij aankoop van de steentjes van Mega Brands verwarring ontstaat omtrent de herkomst van die steentjes (n=125 uitgevoerd in Eindhoven); (IV) De betekenis van het woord "lego" (n=51 uitgevoerd in Eindhoven).⁵

Lego heeft er voor gekozen om twee methodologisch bezwaren in te brengen tegen het marktonderzoek van Mega Brands. Het eerste bezwaar is (i) dat in het onderzoek ten onrechte geen onderscheid is gemaakt tussen 'prospects' die constructiespeelgoed willen kopen en daarbij uitsluitend aan het merk Lego denken, en 'prospects' die dergelijk speelgoed (misschien) willen kopen, ongeacht het merk, en dat (dus) niet is uitgesloten dat de meerderheid in de steekproef uit mensen heeft bestaan die (misschien) wel van plan zijn om binnenkort bouwsteentjes te kopen, maar alleen als het echte Lego is, in welk geval het evident is dat die mensen vinden dat de steentjes die ze zullen kopen compatibel moeten zijn met (en er hetzelfde uitzien als) Lego. Het tweede bezwaar is (ii) dat de vragen in het onderzoek ten onrechte het Lego-steentje tot uitgangspunt nemen, het enige steentje met het Lego-uiteerlijk dat het Nederlandse publiek kent,

¹ Sander Gellaerts is promovendus bij TILT (Universiteit van Tilburg). Terry Häcker is zelfstandig marktonderzoeker, gespecialiseerd in merkenrechtelijk marktonderzoek. De auteurs zijn op geen enkele wijze verbonden met een van de procespartijen genoemd in dit artikel en/of deze bijdrage.

² HR 20 november 2009, LJV: BJ6999, BIE 2010/1, m.nt. PJMS, ov. 3.4.2 en AG Verkade in ov. 5.12.

³ S.L. Gellaerts, *Lego, the road ahead*, Den Haag: BJU 2008.

⁴ Zie anders Boek9 '[Hoge Raad Lego](#)'.

⁵ Waarbij 'n' staat voor het aantal geïnterviewden.

en dat de consument ten onrechte niet is gevraagd of hij het erg zou vinden met een bouwsteentje te spelen dat andersoortig is dan het Lego-systeem. In onderdeel 2.4 wordt betoogd dat Lego's verweer onder (ii) alleszins relevant is, omdat het onderzoek door zijn opzet geen antwoord gaf op de – voor het kunnen aannemen van een behoefte aan compatibiliteit en uitwisselbaarheid essentiële vraag of de consument daadwerkelijk een andersoortig speelgoedconstructiesysteem zou afwijzen.

Vooropgesteld zij dat de waardering van het aan een onderzoek als het onderhavige te ontlenen bewijs is voorbehouden aan het hof als rechter die over de feiten oordeelt.

Dat het hof de kritiek onder (i) – die het in rov. 4.17 onder ogen heeft gezien – als een onvoldoende gemotiveerde betwisting heeft aangemerkt, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk, nu de door Lego aangedragen bezwaren van prof. Pruyn niet tot de slotsom nopen dat de steekproef niet voldoende consumenten omvatte die geen bezwaar zouden hebben met andere steentjes dan die van Lego te spelen en die de behoefte aan compatibiliteit en uitwisselbaarheid bevestigden.

De verwerping van het verweer onder (ii) is evenmin onbegrijpelijk, gelet op de door het hof vastgestelde, in cassatie niet bestreden, unieke plaats die de Lego-steentjes op de speelgoedmarkt hebben verworven, die meebrengt dat, naar Lego zelf heeft aangevoerd, haar steentjes de enige zijn die het Nederlandse publiek kent.

Afleiding

Het hof vindt dat onvoldoende aannemelijk wordt gemaakt dat en waarom een andere vraagstelling is aangewezen, en dat er dusdanige manco's kleven aan de gehanteerde vraagstelling, dat de resultaten onbetrouwbaar zijn. De Hoge Raad en AG vinden dit niet onbegrijpelijk. Wij wel. Te meer omdat er op het eerste gezicht al bezwaren kleven aan het onderzoek, nog los van de meer specialisatische methodologische bezwaren.

Wat als eerste opvalt aan de onderzoeken is, dat zij niet door een professioneel en onafhankelijk marktonderzoeksbureau zijn uitgevoerd, maar door studenten, die door een medewerker van de belanghebbende advocaat – en niet van de adviserende economische psychologie deskundige – werden geïnstrueerd. Vervolgens is het onduidelijk wie de data heeft verwerkt, op grond waarvan de deskundige een oordeel heeft gegeven. In een goed onderzoek zijn de uitvoering en verwerking door een belanghebbende niet toegestaan. De overweging van het hof dat Mega Brands (...) vier marktonderzoeken heeft doen uitvoeren door deze hoogleraar, is in die zin enigszins misleidend en wekt meer vertrouwen dan te concluderen valt uit de marktonderzoeken.⁶

Wat vervolgens opvalt, is dat de vier verschillende marktonderzoeken met sterk uiteenlopende steekproefgrootten werden uitgevoerd, zonder dat daar enige onderbouwing voor wordt gegeven. Kennelijk acht men voor het ene onderzoek (onderzoek IV) n=51 voldoende, terwijl voor het andere onderzoek (onderzoek I) om onduidelijke redenen voor een bijna zesmaal zo grote steekproef wordt gekozen (n=292). De onderzoeken II en II werden daarentegen uitgevoerd met daar tussenin liggende steekproeven (n=111 en n=125). In het aangegeven artikel gaan wij tevens verder in op de meer methodologisch manco's van deze onderzoeken, waaruit onder meer blijkt dat tal van conclusies op drijfzand zijn gebaseerd of soms te dik zijn aangezet.

De bezwaren van Lego zijn deels terecht. De representativiteit is niet aannemelijk gemaakt (beperkt aantal en zeer matig gespreide locaties) en de steekproefgrootten zijn opvallend uiteenlopend en soms duidelijk te laag.⁷ Het probleem ligt ons inziens vooral ook in foutieve

⁶ Hof 's-Hertogenbosch 12 juni 2007, *LJN*: BA7231; *IER* 2007, 79 m.nt. AKS (Mega Bloks/Lego), ov. 4.2 onder (g).

⁷ Een steekproef van 150 tot 250 kan voldoende zijn, mits het onderzoek verder aan de regelen der kunst (goede spreiding, juiste steekproeftrekking, de juiste vraagformuleringen en vragenvolgordes, enz.) voldoet.

vraagstellingen, die er bij voorbaat toe leidden dat de marktleider in die categorie werd genoemd.

Het feit dat het door studenten was uitgevoerd, niet duidelijk was door wie en hoe de data zijn verwerkt, wie eindverantwoordelijk was voor de rapportage, en de soms te kleine steekproef hadden het hof moeten alarmeren. De Hoge Raad en de AG hadden mede met het oog op het gewicht van dit bewijs, de redenering dan ook *onbegrijpelijk* moeten vinden. Ook zonder een (marktonderzoek)deskundige had het hof moeten opvallen dat het onderzoek door studenten is uitgevoerd. Zoals een bekend IE-specialist eens zei: “Ik heb niet zo veel op met marktonderzoeken, want ach, als student heb ik ook geïnterviewd, en dan vulde ik zelf maar wat in”. Dat had er namelijk toe kunnen leiden dat het hof tot een ander oordeel was gekomen of in elk geval tot het raadplegen of benoemen van een onafhankelijk deskundige was overgegaan.

Zonder een uitspraak te willen doen over de rechtmatig dan wel wenselijkheid van de IE-positie van Lego, menen wij in ons artikel voldoende handvatten aan te reiken voor de opvatting dat het marktonderzoek waarop deze beslissing is gebaseerd een gammel bouwwerkje is met een zeer wankel basis, dat het verdiende al bij het hof in elkaar te storten. Dat was zeker geen lego.