

## De regels van de kunst

Mijn vorige week gepubliceerde commentaar op de eerste Boek 9 column getiteld “commerciële werkelijkheid” heeft – zo heb ik van de uitgever vernomen – geleid tot een aantal negatieve reacties. Geen van deze reacties zijn direct aan mij gezonden. Ik ken de precieze inhoud dus niet. Wel heb ik begrepen dat de algemene teneur van die reacties was dat het commentaar te scherp van toon was en te onvriendelijk was ten opzichte van de auteur van de column. Ik betreur dat zeer. Ik meende dat wie de inhoud van een column – een voor dit juridisch forum nieuw fenomeen – wil bestrijden zich daarbij van columnistische stijlmiddelen mag bedienen en daarbij dus wel enkele olijke en flink gepeperde noten mag kraken. Mijn onbekendheid met het fenomeen juridische column heeft mij daarbij kennelijk op het verkeerde been gezet. Ik betreur het met name ook omdat ik vrees dat de discussie over de vorm de aandacht heeft afgeleid van het onderwerp, te weten de betreuenswaardige alsmaar voortschrijdende acceptatie van het onderbuikgevoel als een salonfähig IE- begrip. Met gebruikmaking van mijn droit de repentir heb ik de redactie dan ook verzocht het stuk te vervangen door de volgende tekst.

De onlangs gepubliceerde eerste Boek 9 column is een verkapte noot want heeft als onderwerp het vonnis van de rechtbank Den Haag van 15 juli jl. in de zaak Red Bull / Osborne. In die noot veegt de columnist met de uitspraak van de rechtbank Den Haag de vloer aan. De manier waarop dat gebeurt is opmerkelijk. De columnist begint ermee de rechters die het vonnis wezen aan te duiden als “de merkenrechtelijk meest onderlegde rechters”. Het resultaat van “al die deskundigheid” van de rechters wordt vervolgens omschreven als een vonnis “dat voldoet aan de laatste voorschriften van de kunst”. Tóch, zo leren we verder uit de noot / column, is het vonnis fout.

Hoe kan dat nu ? Hoe kan een oordeel van een deskundige rechter dat in overeenstemming is met de geldende regels tóch fout zijn? Het moet toch niet gekker worden zou je zeggen. Rechters zijn er immers om – deskundig – regels toe te passen.

Wat weet de columnist dat andere Boek 9 lezers niet weten? Het blijkt om iets te gaan dat heet de “commerciële werkelijkheid”. Daarmee, zo lezen we, is het vonnis in strijd. Maar hoe kunnen wij – advocaten en rechters, nederige wetsdienaren – deze hogere werkelijkheid, die kennelijk het belang van wetten en regels – de bouwstenen van onze democratische samenlevingsordering – overstijgt, dan kennen? Het antwoord daarop krijgen wij niet. Hoe deze “werkelijkheid” is en wat die voorschrijft moeten we uitsluitend op gezag van de columnist aannemen.

De columnist heeft kennelijk – zonder het dossier van deze bodemprocedure te kennen, zonder ook de producties (waaronder marktonderzoeken) van beide kanten te hebben gezien – de twee op Boek 9 gepubliceerde plaatjes van de producten naast elkaar gezet, er eens naar gekeken en heeft vervolgens zijn absolute oordeel geveld, te weten dat verwarringsgevaar is uitgesloten. Kom je met toepassing van de merkenrechtelijke “regels van de kunst” tot een ander oordeel dan “gaat er” – aldus de column- “ergens iets mis”. Er wordt dan immers “een partij belemmerd in haar vrije handel, omwille van een probleem dat niet bestaat”. Het probleem bestaat namelijk helemaal niet. Waarom? Omdat de columnist vindt dat het niet bestaat. Hij heeft namelijk de producten als geheel gezien. En als de columnist heeft gesproken dan moet je snel wegwezen met de merkenrechtelijke regeltjes.

Die deskundige rechters hadden het met de toepassing van de regels van de kunst dus goed mis. Ze hadden gewoon alle regels en al hun deskundigheid naast zich neer moeten leggen en af moeten gaan op de “commerciële werkelijkheid”. Weg met de rule of law, leve de Hobbesiaanse oorlog van allen tegen allen.

De vraag is of de Boek 9 columnist zich nu uitsluitend gerechtvaardigd voelt zijn vooroordelen tot uitgangspunt te nemen met expliciete afwijzing van de merkenrechtelijke regels juist omdat hij schrijft onder de noemer ‘columnist van Boek 9’ of omdat we in Nederland langzamerhand aan het afglijden zijn naar een IE-cultuur waarin we elkaar alleen nog maar met ‘onderbuikgevoelens’ aan het bestoken zijn.

Mijn idee daarover – ik houd mij zeer aanbevolen voor nadere analyses en ideeën op dit punt – is dat het goed mogelijk is dat het met name een symptoom is van de laatstgenoemde cultuur en dat bij de columnist, door (te) veel lezen van wel erg korte opiniërende stukjes op Boek 9, de verkeerde indruk is ontstaan dat je vooral hard moet roepen en je weinig moet bekommeren om de onderbouwing van wat je zegt.

Toekomstige columnschrijvers op Boek 9 zouden er naar mijn mening goed aan doen zich te beperken tot inhoudelijke stukjes die wel over het recht gaan. Wellicht kan daarbij het werk van – ik noem maar eens een paar kruisende dwarsstraten – Verkade of Quaadvlieg tot inspiratie dienen; het zijn voorbeelden van auteurs met sterke opinies die ondanks langjarige ervaring de valkuilen van het cynisme ten opzichte van het recht hebben weten te vermijden. Willen toekomstige columnisten toch het predicaat “column” als rechtvaardiging blijven gebruiken voor het publiceren van particuliere vooroordelen dan zouden ze moeten overwegen een column te beginnen op [www.underbuikgevoel.nl](http://www.underbuikgevoel.nl). De lezers van boek 9 hebben er dan verder geen last van.

Ten slotte dit. Wie denkt dat het bovenstaande vooral is ingegeven doordat de column ingaat tegen een vonnis dat gunstig is voor een cliënt van het kantoor waar ik werk, vergist zich. De column meldt namelijk ook dat “Het werkelijke probleem is dat Osborne probeert aan te haken bij Red Bull en – en passant – zorgt voor verwatering van het merk van Red Bull.” Zou het gaan om cliëntbelangen dan zouden ze bij mij op kantoor dus eerder blij moeten zijn. Met het onderbuikgevoel van de columnist kun je kennelijk alle kanten op. Misschien daar toch maar wat ordening aanbrengen met de in de column met zo veel dedain terzijde geschoven “regels van de kunst”? Wie weet zijn ze daarvoor ooit wel bedacht.

Sven Klos

14 september 2009