

Marktonderzoek in merkenzaken – wrap up en perspectief

Citeersuggestie: D.W.F. Häcker, 'Marktonderzoek in merkenzaken – wrap up en perspectief', IE-Forum nr. [IEF 11965](#).

BMM Bulletin 1/2012 was gewijd aan marktonderzoek in merkenzaken, met bijdragen van Gregor Vos en Tim Iserief (*"De opkomst van marktonderzoek in merkenzaken"*), Robbert Sjoerdsma (*"Meten is weten. Waar op te letten bij het gebruik van marktonderzoeken in merkenzaken voor het BHIM?"*) en Anne Niedermann (*"Surveys for legal evidence throughout Europe: Where do we stand?"*).

Inhoudsopgave

1. **Introductie**
2. **Specialiteitsbeginsel**
3. **Tijdstip onderzoek**
4. **Manier van onderzoeken en representativiteit**
5. **Open en gesloten vragen**
6. **Bekendheid**
7. **Conclusie**

1. Introductie

Gregor Vos en Tim Iserief bespreken in hun artikel kort de diverse soorten marktonderzoek en het type marktonderzoek dat van belang is voor IE-zaken. Zij concluderen terecht dat alleen kwantitatief onderzoek geschikt is voor gebruik in IE-zaken, met als argument dat kwalitatief onderzoek minder objectief en nauwelijks controleerbaar zou zijn. Mijns inziens zijn dit niet de sterkste argumenten tegen het gebruik van kwalitatief onderzoek. Het zijn niet het gebrek aan objectiviteit en de veronderstelde oncontroleerbaarheid die tegen kwalitatief onderzoek pleiten, als wel het gebrek aan representativiteit (geen dwarsdoorsnede van de doelgroep, maar een kleine en selecte groep van goed gebekte personen uit een beperkt aantal plaatsen) en de functie van kwalitatief onderzoek die het per definitie ongeschikt maken. De functie van kwalitatief onderzoek is namelijk het inventariseren van hypothesen, die vervolgens kwantitatief kunnen worden getoetst.

In hun opsomming van kwantitatieve onderzoeksmethoden ontbreekt een methode die in het verleden nog wel eens in juridische disputen werd gesuggereerd: de observatiemethode. Dit is een

theoretisch zeer goede methode, omdat deze de meest realistische is: geen kunstmatig gecreëerde testsituatie – een nagebootste winkelsituatie – maar een waarneming van (aankoop)gedrag in de praktijk. De redenen waarom deze methode in de praktijk toch niet wordt toegepast, zijn dat de kosten die hiermee zijn gemoeid zeer hoog zijn, de praktische bezwaren (voor observaties in winkels moet moeizaam gepoogd worden de medewerking van de winkelorganisaties te verkrijgen), en de zeer moeilijk te realiseren representativiteit (spreiding over diverse winkelketens, typen wijken en landelijke spreiding zijn nodig). Deze nadelen zijn de verklaring voor het in de praktijk niet toegepast worden van de theoretisch voor IE-zaken zo geschikte observatiemethode.

Vos en Iserief bespreken ook de mogelijkheid van een marktonderzoek door een deskundige, benoemd door de rechtbank en de notitie daarover van de Rechtbank Arnhem. Helaas wordt van die mogelijkheid nog nauwelijks gebruik gemaakt. Nog beter en proactiever lijkt mij de door hen gesignaleerde optie om in het kader van een kort geding een deskundige te benoemen die de door partijen in het geding gebrachte partijmarktonderzoeken op hun merites beoordeelt en dit vastlegt in een beknopt deskundigenbericht. Het enige probleem hierbij lijkt mij het feit dat het aantal deskundigen op het gebied van juridisch marktonderzoek in Nederland uitermate beperkt is. Weliswaar kent de marktonderzoekbrancheorganisatie MOA een sectie van gecertificeerde bureaus (Research Keurmerkgroep – RKG) en ISO-gecertificeerde bureaus, maar op het gebied van juridisch marktonderzoek hebben de meeste marktonderzoekbureaus een zeer beperkte ervaring. Op basis van mijn jarenlange praktijkervaring met dit type onderzoek als partijdeskundige meen ik te kunnen stellen dat – anders dan Sjoerdsma aangeeft – het lidmaatschap van de MOA, RKG en ISO-certificatie volstrekt onvoldoende garanties voor goed juridisch marktonderzoek zijn. Ook het hoogleraarschap aan een universiteit blijkt in de praktijk te vaak te leiden tot een "u vraagt, wij

draaien” opstelling bij het opstellen en zelfs het beoordelen van partij-onderzoeken.

2. Specialiteitsbeginsel

In het artikel van Vos en Iserief wordt ook ingegaan op te hanteren vraagstellingen. Zo verwijzen zij voor onderscheidend vermogen naar de Toblerone-zaak en de vraagstelling die de rechtbank 's-Gravenhage anno 2002 ter zake zou hebben geformuleerd, en vermelden *“ik toon u een foto van een verpakking en noem het woord chocolade, waar denkt u aan?”*. Dit is echter niet de precieze tekst van de rechtbank, want die luidde: *“De juiste vraag zou naar het oordeel van de rechtbank ongeveer aldus [onderstreping door mij – TH] moeten luiden: Ik toon u deze foto van een verpakking en ik noem het woord chocolade. Denkt u nu ergens aan?”*

Een wellicht subtiel maar niet onbelangrijk verschil, inhoudende dat de gesuggereerde vraagstelling niet de exacte voorgeschreven formulering is, maar meer een denkrichting. Het zou ook wat vreemd en zeer onverstandig zijn als een rechtbank zich zou opwerpen als deskundige op het gebied van vragenformulering. Het geeft dan ook te denken dat, zoals Vos en Iserief stellen, de Toblerone-vraag in het algemeen als een goede vraag om de eerste associatie van consumenten te toetsen, wordt beschouwd.

Afgezien van het feit dat de rechtbank – anders dan sommige advocaten ons willen doen geloven – dus niet heeft beoogd een precieze formulering voor te schrijven, is er op deze formulering nog wel het nodige af te dingen. Ten eerste, omdat het noemen van de waar een associatie met de meest bekende merken uit de betreffende categorie veroorzaakt. Dit wordt meestal (ten onrechte) het ‘marktleiderseffect’ genoemd, want niet alleen de marktleider, maar ook alle andere merken met spontane bekendheid profiteren hiervan, en uiteraard het meest het merk met de hoogste ‘top of mind’ bekendheid – meestal de marktleider. Vos en Iserief signaleren dit issue ook, maar menen dat op basis van het specialiteitsbeginsel het noemen van de waar of dienst toch noodzakelijk is. Naar mijn oordeel is dat alleen het geval als de waar op basis van de afbeelding niet zonder meer duidelijk is. En als de waar niet meteen duidelijk is op basis van de afbeelding, en dus de waar dient te

worden genoemd, dan dient voor het ‘marktleiderseffect’ te worden gecorrigeerd door aan een controlegroep een geheel afwijkende afbeelding te tonen om vast te stellen hoe groot het marktleiderseffect is waarvoor moet worden gecorrigeerd. Vos en Iserief menen dat er terzake van de Toblerone-vraag andere manieren zouden zijn om het marktleiderseffect er uit te filteren, maar zij geven niet aan hoe dat dan zou moeten geschieden.

Overigens leveren Vos en Iserief zelf de reden voor het niet noemen van de waar: onder het kopje ‘Geholpen vragen’ stellen zij *“Zowel bij de open vrije associatie Toblerone-vraag als bij de gerichte herkomstvraag geldt dat de respondent op geen enkele wijze mag worden geholpen. Elke vorm van sturing is hierbij uitgesloten.”*. Het sterkste argument voor het niet noemen van de waar.

Een tweede bezwaar tegen de door de rechtbank gesuggereerde formulering is de zinsnede *“Denkt u nu ergens aan?”*, omdat het blote feit dat men op basis van een getoonde afbeelding ergens aan moet denken, nog niet wil zeggen dat er sprake is van verwarring. Of, zoals Van den Berg (Marktonderzoek in de rechtszaal, pagina 71) zegt, *“Het loutere feit dat het ‘gevestigde’ merk in herinnering wordt geroepen door het ‘alternatieve’ merk kan ook betekenen dat de betreffende consumenten beide merken juist van elkaar onderscheiden.”* In plaats van *“Denkt u nu ergens aan?”* zou dan ook beter een neutrale formulering dienen te worden gehanteerd, zoals *“Wat komt er in u op, als u dit ziet?”*.

Hoewel ook Niedermann bedenkingen heeft tegen de Toblerone-vraag, en een gesloten 3-stappen test voorstaat, deel ik haar bezwaren tegen de Nederlandse openvraagstelling niet. Met behulp van de Toblerone-vraag, mits goed geformuleerd en indien van toepassing gecorrigeerd voor het marktleidereffect, kan het onderscheidend vermogen prima worden vastgesteld.

Daarnaast zal het echter ook steeds noodzakelijk zijn om door middel van een vervolgvraag (door IE-juristen ‘controlevraag’ genoemd) vast te stellen op basis waarvan de consument zijn antwoord gaf. Wat dat betreft sluit ik mij dus aan bij Vos en Iserief, en

deel ik de kritiek van Niedermann op die vraagstelling niet.

3. Tijdstip onderzoek

Zowel Vos en Iserief als Sjoerdsma refereren aan het BHIM voor wat betreft het tijdstip dat relevant is om het merk of teken te onderzoeken. Onderzoek kan ook worden gedaan na de depotdatum, indien de marktomstandigheden zich sindsdien niet of nauwelijks hebben gewijzigd, omdat het normaal gesproken jaren duurt voordat een merk bekendheid heeft gekregen, en dat merkbekendheid niet zo maar aan en uit kan worden gezet. Dat laatste klopt, maar er zijn tal van voorbeelden van een in een zeer korte periode verworven grote bekendheid, zoals bijvoorbeeld bij de telecommerken Ben en Dutchtone. Het is dan niet voldoende te kijken naar verkoopcijfers en marketinguitgaven van de merkdeposant, maar er dient ook te worden gekeken naar de activiteiten van de concurrenten. Ook de marktaandeelontwikkeling dient daarbij te worden bekeken.

Het is en blijft echter een bijna onmogelijke zaak om achteraf de bekendheid van een merk in te schatten. Veelal loont het de moeite om te proberen bekendheidscijfers te verwerven die door de meestal grotere marktonderzoekbureaus zijn vergaard in zogenoemde multicliëntonderzoeken.

4. Manier van onderzoeken en representativiteit

Het kiezen van een verantwoorde onderzoeksmethode is een cruciale opgave. In de Nederlandse rechtspraak wordt internetonderzoek in het algemeen geaccepteerd. Ook Van den Berg (Marktonderzoek in de rechtszaal) acht dit een valide methode. Opvallend is echter dat Anne Niedermann in haar bijdrage aan het BMM Bulletin zeer kritisch is over internetonderzoeken, omdat deze in haar ogen bijna nooit representatief zijn.

Zij refereert daarbij onder andere aan Liljeberg & Krambeer (*Bevölkerungsrepresentative Onlinebefragungen – Entdeckung des schwarzen Himmels, 2012*), Loosveldt & Sonck (*An evaluation of the weighting procedures for an online access panel survey, 2008*) en Petersen (*Online Umfragen und die Zukunft der empirischen Sozialforschung, 2010*).

Het onderzoek van Loosveldt & Sonck is echter enigszins gedateerd (onderzoek anno 2006-2007) gezien de snelle ontwikkeling van de internetpenetratie en het gebruik van internet. Bovendien is de internetpenetratie in Nederland met 90% in 2011 een stuk hoger dan in Duitsland, die toen slechts 77% bedroeg volgens de door Niedermann in haar AIPPI-presentatie op 22 mei 2012 geciteerde cijfers.

Tevens geldt naar mijn mening voor Duitsland de wet van de remmende voorsprong: aangezien aldaar het juridisch marktonderzoek zich vooral dankzij dr Elisabeth Noelle – Neumann (de beroemde voorgangster van Niedermann bij het Institut für Demoskopie Allensbach) veel eerder en sterker ontwikkelde dan in Nederland, is men in Duitsland gewend geraakt aan en vertrouwd geworden met mondelinge vraaggesprekken gebaseerd op steekproeven uitgaande van 'random' of 'quota' sampling.

In Nederland was het mondelinge face-to-face (aan huis) juridisch marktonderzoek niet dusdanig ingeburgerd toen het onlineonderzoek kwam opzetten, dat men moeite had het mondelinge onderzoek als methode los te laten.

Daarnaast speelt nog een niet te onderschatten praktisch voordeel voor online-onderzoek: het is vele malen goedkoper dan landelijk gespreid mondeling onderzoek aan huis. Aangezien opdrachtgevers van juridisch marktonderzoek meestal slechts zeer beperkte budgetten ter beschikking willen stellen voor het onderzoek, zou mondeling onderzoek gebaseerd op random- of quotasteekproeven in waarschijnlijk meer dan 90% van de gevallen in Nederland te duur worden gevonden en dus niet worden uitgevoerd.

Terug echter naar de principiële bezwaren die door Niedermann tegen internetonderzoek worden aangevoerd. Een van haar bronnen is het artikel van Liljeberg & Krambeer, waarin dezen CATI (Computer Assisted Telephone Interviewing) met online-onderzoek in Duitsland vergelijken. Zij concluderen dat online-access-panels niet representatief zijn voor de bevolking en ook niet voor online gebruikers, omdat de uitkomsten verschillen van de CATI-resultaten. Doordat in hun artikel helaas de

gehanteerde vragenlijsten en tal van andere essentiële basisgegevens niet zijn opgenomen, is het onduidelijk of de verschillen kwamen door vraagverwoordingen, selectieve respons, nader non-responsonderzoek, enz. Tevens is het buitengewoon twijfelachtig of telefonisch onderzoek wel als referentiekader kan worden gehanteerd, omdat de penetratie van vaste telefoonnummers tegenwoordig dalende is door het toenemend aantal personen (vooral jongeren en allochtonen) dat nog uitsluitend een mobiel nummer heeft. En daarvan bestaan geen goede databestanden. Bovendien is de respons bij telefonisch onderzoek laag en nog dalend ook.

Opvallend is voorts, dat tegenstanders van internetonderzoeken de nadelen van de andere methoden – zoals bijvoorbeeld interviewerbias, hoge kosten, minder geschikt voor onderzoek waarin het risico van sociaal-wenselijke antwoorden bestaat – systematisch onbesproken laten.

Petersen (eveneens door Niedermann geciteerd) noemt nog een heel praktisch punt: hij constateert dat anno 2010 in de USA en in Nederland al praktisch geen representatieve mondelinge interviews meer kunnen worden uitgevoerd. En daarmee – zo concludeert hij – blijven alleen nog online-onderzoeken en locatie-onderzoeken mogelijk. Het hoeft geen betoog, dat van deze twee opties de online-aanpak de voorkeur verdient, zeker indien men toonmateriaal driedimensionaal en op ware grootte wil laten zien.

Locatie-onderzoeken kunnen praktisch en budgettair gezien niet volledig landelijk gespreid en representatief voor de gehele bevolking worden uitgevoerd, maar zijn wel geschikt voor het bevragen van specifieke doelgroepen, zoals bijvoorbeeld huisvrouwen en shoppers. Dit type onderzoek wordt dan ook regelmatig op goede gronden in IE-zaken ingebracht en geaccepteerd.

De Nederlandse autoriteit op het gebied van de kwaliteit van survey onderzoeken, prof. dr Edith de Leeuw (Universiteit Utrecht), heeft veelvuldig onderzoek gedaan naar de verschillende onderzoeksmethoden. Zij concludeert in een van haar artikelen (*Mixed-Mode Surveys and the Internet, in Survey Practice, December 2010*), dat

internetonderzoek veel voordelen heeft (lage kosten, maakt grootschalig onderzoek betaalbaar, complexe vragenlijsten zijn mogelijk, snelle doorlooptijd, goed bruikbaar bij). Anderzijds kleven er ook nadelen aan internetonderzoek, zoals – in Amerika – een nog onvolledige internetpenetratie (79% ten tijde van het schrijven van het artikel), en daardoor een ondervertegenwoordiging van bepaalde bevolkingsgroepen (lagere inkomens, lager opleiding, plattelandsbevolking, ouderen). Ook in Nederland, met een internetpenetratie van inmiddels meer dan 90%, zijn bepaalde bevolkingsgroepen bij internetpanel-onderzoek iets ondervertegenwoordigd. Toch constateert prof. De Leeuw slechts beperkte verschillen tussen internet en andere vormen van dataverzameling.

Alles afwegende meen ik te kunnen stellen dat internetpanel-onderzoek zelfs in Nederland zeker niet perfect is, maar dat in de Nederlandse verhoudingen – gezien de zeer hoge internetpenetratie, het niet meer haalbaar zijn van mondelinge random- of quotasteekproeven, en de gunstige prijs/kwaliteitsverhouding – internetonderzoek voor de meeste IE-vraagstukken de meest geschikte methode is.

Vos en Iserief halen in het kader van 'representativiteit' de BHIM Guidelines aan, waarin wordt gesproken over ten minste 1000 tot 2000 respondenten per land. Tevens wordt het artikel van Gellaerts en ondergetekende geciteerd waarin een steekproefgrootte van 150 tot 200 wordt genoemd. Het is een helaas wijd verbreid misverstand dat de steekproefgrootte iets te maken heeft met representativiteit. De steekproefgrootte heeft alleen invloed op de nauwkeurigheid van de onderzoekuitkomsten (het betrouwbaarheidsinterval). De representativiteit is afhankelijk van de wijze van selecteren van de steekproef: is de juiste doelgroep op verantwoorde wijze geselecteerd. Daarbij spelen de onderzoeksmethode (wijze van rekruteren) en de momenten waarop de doelgroep is gerekruteerd de voornaamste rol.

5. Open en gesloten vragen

In alle drie artikelen worden de voor- en nadelen van open en gesloten vragen besproken. Niedermann is

een uitgesproken voorstander van gesloten vragen – bijvoorbeeld bij herkenning – omdat daarmee precies gevraagd kan worden naar de vereiste herkenning, terwijl een open vraag tot een veelheid van associaties zou leiden. Dit laatste is juist, maar door vervolgens door te vragen naar de reden waarom men dit antwoord gaf, kan juridisch relevante informatie worden verkregen. Dit wordt ook door Vos en Iserief onderkend.

Niedermann laat in haar voorbeeld van geprefereerde gesloten vragen bij ‘herkenning’ zien hoe belangrijk de juiste verwoording bij dergelijke vragen is. Een van de door haar geprefereerde vraagstellingen luidt bijvoorbeeld: *“There is a name here on this card. Do you know this name, or does it seem familiar to you, or is this the first time you have ever seen this name?”* In deze vraagstelling ontbreekt – zoals ik in de praktijk van het juridisch marktonderzoek te vaak tegen kom – echter bij de antwoordmogelijkheden de *“weet niet”* optie. Het zelfde gebeurt in vraag 1 en vraag 3a en 3b van haar standaard 3-stappen test.

6. Bekendheid

Het Hof van Justitie hanteert geen percentagedrempel waarboven een merk voor ruimere bescherming in aanmerking komt. In de Duitse en Nederlandse rechtspraak en literatuur worden wel percentages genoemd (Duitsland: 30-40%; Nederland 25-50%), maar dit soort percentages houdt geen rekening met de omstandigheden van het geval (marktaandeel, intensiteit, geografische omvang, duur van het gebruik, marketinginvesteringen). Waar deze percentages volstrekt ten onrechte ook geen rekening mee houden, is de marktsituatie: een bekendheid van 35% in een markt met 20 spelers komt veel meer gewicht toe dan een zelfde percentage in een markt met slechts twee spelers.

Bovendien is er nog de vraag over welke bekendheid we het hebben: de top-of-mind bekendheid, de totale spontane bekendheid, de geholpen bekendheid, of een inhoudelijke relevante bekendheid met het merk.

Reeskamp (*‘Wat is een bekend merk?’*, BMMB 2000-4) en onder andere Cohen Jehoram (*‘Het Benelux merkenrecht in Europees perspectief’*, 2009) menen dat de geholpen bekendheid gehanteerd zou moeten worden. Binnen het relevante publiek zal de geholpen

bekendheid per definitie hoog zijn. Bij het hanteren van dit kengetal zal men dus vrij strenge normen (een hoge drempel) moeten aanhouden. Sowieso geeft de geholpen bekendheid voor kleine en spontaan niet of nauwelijks bekende merken een zeer geflatteerd beeld: er zit meestal een groot stuk ‘ghost awareness’ in. Deze zou men in elk geval moeten corrigeren door een aantal fictieve merken op te nemen en de gemiddelde score daarvan af te trekken van de geholpen bekendheid.

7. Conclusie

De acceptatie van marktonderzoeken in merkenzaken is duidelijk toegenomen, maar van standaardisatie van onderzoeksmethoden is nog lang geen sprake. En het is ook zeer de vraag of een volledige standaardisatie mogelijk en zelfs wenselijk is, gezien de veelal sterk wisselende ‘omstandigheden van het geval’.

Aangezien het zeer prijzenswaardige initiatief van de rechtbank Arnhem met betrekking tot het benoemen van een (marktonderzoek-)deskundige in merken- en reclamezaken nog niet of nauwelijks van de grond lijkt te komen, zou het wenselijk zijn dat kort gedingrechters ingebrachte marktonderzoeken ter beoordeling zouden voorleggen aan een juridisch marktonderzoekdeskundige, en mede op basis van zijn commentaar de ondersteunende bewijskracht van het marktonderzoek zouden bepalen, in plaats van dit geheel op eigen gezag te doen.

Terry Häcker, [thaecker\(a\)gmail.com](mailto:thaecker(a)gmail.com)