

Visuele en auditieve overeenstemming van merknamen: labels en feiten

IER 2023/32

1. Inleiding

In het merkenrecht speelt de mate van overeenstemming tussen een merk en een teken een grote rol voor het al dan niet aannemen van merkinbreuk. De mate van overeenstemming is belangrijk bij zowel de vraag of sprake is van verwarringsgevaar tussen een merk en een teken (artikel 2.20 lid 2 sub b BVIE) als de vraag of sprake is van associatiegevaar met een bekend merk (artikel 2.20 lid 2 sub c BVIE). Uit de rechtspraak komt duidelijk het beeld naar voren dat wanneer een grote mate van overeenstemming tussen een merk en een teken wordt vastgesteld door de rechter, de voortekenen goed zijn voor de merkhouder: vaker wel dan niet wordt in een dergelijk geval merkinbreuk aangenomen.

Om sturing te geven aan de vaststelling van de mate van overeenkomst tussen merk en teken, zijn in de rechtspraak verschillende uitgangspunten en regels ontwikkeld. De meest algemene uitgangspunten en regels zijn geformuleerd door het HvJ EU. In de lagere rechtspraak zijn vervolgens meer specifieke regels en toepassingsmethoden ontwikkeld, die bij zowel de rechtbanken en hoven in Nederland als het Europese Gerecht (vanaf nu: het Gerecht) vaste rechtspraak zijn. Het zijn voor de IE-jurist diep ingeburgerde en gewortelde regels. Zo zal elke merkenrechtjurist u kunnen vertellen dat volgens vaste rechtspraak consumenten een vaag herinneringsbeeld hebben, in beginsel meer letten op het begin van het woord dan op het einde van een woord, en meer aandacht hebben voor de bestanddelen die merk en teken gemeen hebben dan voor hun verschillen.

Ondanks de regels en uitgangspunten is moeilijk te voorspellen wat volgens de rechter de mate van overeenstemming is in een concreet geval. Dit is overigens niet iets dat de rechtspraak te verwijten is. Dat uiteindelijk de mate van overeenstemming moeilijk te voorspellen blijkt, lijkt diepe wortels te hebben in de manier waarop wij in het merkenrecht deze fundamentele vraag van overeenstemming benaderen. Men kan zich namelijk niet aan de indruk onttrekken dat het bepalen van de mate van overeenstemming in het merkenrecht nog in zijn kinderschoenen staat. Dit komt veelal naar voren in zowel het partijdebat als het uiteinde-

lijk vonnis of arrest van de rechter. De rechtsregels van het HvJ EU laten de ruimte voor partijen om elk logisch aanvoelend argument erbij te halen om te betogen waarom er veel of weinig overeenstemming is, en deze ruimte wordt veelal met het nodige enthousiasme ingevuld. De rechter heeft hier vervolgens chocola van te maken. Dit komt in de Nederlandse rechtspraak erop neer dat de mate van overeenstemming uiteindelijk in één van drie categorieën wordt geplaatst: een geringe, gemiddelde of hoge mate van overeenstemming. Wat het bijvoorbeeld precies betekent dat tekens ‘gemiddeld’ overeenstemmen, niemand die het weet; het enige zinnige dat daar over te zeggen is, is dat het gaat om meer dan geringe overeenstemming en om minder dan een grote mate van overeenstemming. Maar belangrijker, het lijkt er uiteindelijk vaak op neer te komen dat een rechter de knoop doorhakt op basis van zijn of haar (al dan niet min of meer logisch onderbouwde) intuïtie over de mate van overeenstemming. De verzuchting van Van Nieuwenhoven Helbach is bijna hoorbaar als hij zich uitsprekt over dit fenomeen:

“Wanneer men het bij de beoordeling van de overeenstemming tussen merken over de daarbij aan te leggen maatstaven eens is, wordt het resultaat van die beoordeling bepaald door de persoonlijke smaak. En omdat het spreekwoord wil, dat over smaak niet valt te twisten, heeft het in het algemeen weinig zin om opmerkingen te wijden aan het resultaat waartoe de Rechter – wederom bij aanvaarding en hantering van de juiste maatstaven – in het concrete geval bij zijn beoordeling is gekomen.”²

De vraag is of het anders kan of dat wij ons moeten neerleggen bij het feit dat over smaak niet te twisten valt. Het antwoord is wat ons betreft gelegen in een derde optie: over smaak valt inderdaad niet te twisten, maar het vaststellen van de mate van overeenstemming is wat ons betreft geen aangelegenheid die afhankelijk is van persoonlijke smaak. Deze vaststelling hoort namelijk – zeker wat betreft woordmerken – eerder thuis in de taalkunde en de fonetiek. Wij zijn er stellig van overtuigd dat wanneer partijen vaker gebruikmaken van deze takken van wetenschap voor het vaststellen van de mate van overeenstemming, men er snel achter komt dat er in plaats van persoonlijke smaak ook objectieve, kwantitatieve maten bestaan voor visuele of auditieve overeenkomst tussen woorden.

Wij stellen ons in dit artikel tot doel om de merkenrechtelijke beoordeling van de mate van overeenstemming langs

¹ Mr. J.R. Torenbosch is docent en promovendus aan de Universiteit Utrecht. Hij is verantwoordelijk voor de uiteenzetting van de juridische regels met betrekking tot overeenstemming tussen woorden (paragraaf 2 t/m 4). Dr. V.J. van Heuven is emeritus-hoogleraar Experimentele Taalkunde en Fonetiek, o.a. aan de Universiteit Leiden. Hij is verantwoordelijk voor de taalkundig-fonetische uiteenzetting (paragraaf 5 t/m 7).

² BIE-noot bij Hof Den Haag 3 april 1968, BIE 1969, p. 169. Zie ook Visser, *Motiveren in IE-zaken*, Amsterdam: DeLex 2011, p. 21.

de lat van de empirische wetenschap te leggen, om te kijken of de wetenschap kan helpen bij de vorming van een objectievere en betrouwbaardere vaststelling van de mate van overeenstemming tussen tekens in het merkenrecht. Daarbij focussen wij ons onder meer op de fundamentele vraag of de uitgangspunten en rechtsregels die worden gehanteerd in de rechtspraak, bekeken vanuit de wetenschap, hout snijden. Is het wetenschappelijk te onderbouwen dat consumenten meer letten op overeenstemming dan op verschillen, en is het juist dat consumenten meer letten op het begin van woorden dan op het einde? Anders verwoord: wij bespreken in dit artikel of de merkenrechtelijke regels met betrekking tot overeenstemming in het licht van de fonetische wetenschap feit of fictie zijn. Vervolgens zullen wij ook ingaan op de vraag hoe het anders kan, hoe de wetenschap een relatief objectief kader kan bieden voor het vaststellen van de mate van overeenstemming. Wij richten ons in dit artikel expliciet op overeenstemming tussen woorden.

De indeling van dit artikel is als volgt. In paragraaf 2 bespreken wij de uitgangspunten van de beoordeling van de mate overeenstemming in het merkenrecht. Vervolgens leggen wij in paragraaf 3 uit op welke manier in de rechtspraak in Nederland en bij het Gerecht de mate van overeenstemming over het algemeen wordt vastgesteld, om vervolgens in paragraaf 4 de meer concrete overeenstemmingsregels te bespreken zoals deze blijken uit de rechtspraak. In zowel paragraaf 3 en 4 zal de manier waarop de mate van overeenstemming in de rechtspraak wordt vastgesteld worden geïllustreerd met meerdere voorbeelden. Daarbij is er uiteraard niet naar gestreefd om een uitputtend overzicht te verschaffen.

Vervolgens verleggen wij in paragraaf 5 de focus naar de empirische wetenschap, en bespreken wij belangrijke inzichten over het verschil tussen spraak en schrift. Daarna behandelen wij ook welke uitgangspunten en regels zoals besproken in paragraaf 2 t/m 4 zich slecht verhouden met inzichten die voortkomen uit de taal- en cognitiewetenschap. In paragraaf 6 en 7 gaan wij vervolgens in op de vraag hoe de overeenstemmingsvraag in het merkenrecht taalkundig zou kunnen worden benaderd. Wij sluiten af met een conclusie in paragraaf 8.

2. De uitgangspunten van de beoordeling van overeenstemming

De uitgangspunten voor de beoordeling van de overeenstemming tussen merk en teken zijn voor elk type merk – of het nou woord-, beeld- of vormmerken betreffen – hetzelfde. In het *Equivalenza*-arrest³ heeft het HvJ EU geoordeeld dat het overeenstemmingsvereiste in artikel 2.20

lid 2 sub b BVIE⁴ uiteenvalt in twee fasen.⁵ In fase 1 moeten de visuele, auditieve en begripsmatige aspecten van merk en teken op basis van hun intrinsieke kwaliteiten worden vergeleken. Dit betekent dat de rechter in fase 1 bijvoorbeeld niet mag meenemen of merk en/of teken bekend zijn of hoe onderscheidend merk en/of teken zijn.⁶ Het betreft in fase 1 aldus een pure vergelijking van merk en teken, waarbij alle andere omstandigheden van het geval moet worden weggedacht. Deze vergelijking in fase 1 moet worden gemaakt op basis van de totaalindrukken die merk en teken achterlaten bij het relevante publiek, waarbij de dominerende en onderscheidende bestanddelen in aanmerking moeten worden genomen. De gemiddelde consument door wiens bril de overeenstemmingsvraag moet worden bekeken neemt volgens het HvJ EU merk en teken gewoonlijk in hun geheel waar, en let daarbij niet op de verschillende details.⁷

Zodra er iets van overeenstemming is tussen merk en teken – hoe gering dan ook – moet de rechter over naar fase 2, tenzij de neutralisatieleer van toepassing is of er geen enkele overeenstemming is tussen de waren of diensten waarvoor het merk en het teken worden gebruikt.⁸ In fase 2 speelt de mate van overeenstemming een rol bij de globale beoordeling van het verwarringsgevaar. Hoe meer merk en teken overeenstemmen, hoe sneller dit leidt tot verwarringsgevaar. Een lage graad van overeenstemming tussen merk en teken sluit evenwel niet uit dat verwarringsgevaar kan worden aangenomen. Een geringe mate van overeenstemming van tussen merk en teken kan bijvoorbeeld worden gecompenseerd door een hoge mate van overeenstemming tussen de waren en diensten. Naast de mate van overeenstemming zijn bij de beoordeling van het verwarringsgevaar ook alle andere factoren van het geval van belang, zoals de mate van overeenstemming tussen de waren en/of diensten, de mate van onderscheidend vermogen, bekendheid etc.⁹ Het kan dus zo zijn dat

³ HvJ EU 4 maart 2020, C-328/18 P, *BIE* 2020/7, m.nt. Haak (*Equivalenza*).

⁴ Gelet op HvJ EU 24 maart 2011, C-552/09 P (*Ferrero*), r.o. 51 en 52 valt ook het overeenstemmingsvereiste in artikel 2.20 lid 2 sub c BVIE uiteen in twee fasen. In *Ferrero* oordeelt het HvJ EU immers dat het constitutieve vereiste 'overeenstemming' in artikel 2.20 lid 2 sub b BVIE en artikel 2.20 lid 2 sub c BVIE uniform moet worden uitgelegd.

⁵ Zie meer uitgebreid over de fasentoets Torenbosch & Vrieling, 'De fasentoets in het licht van Equivalenza en Messi', *IER* 2021/20 en A-G Van Peursem in zijn conclusie bij HR 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1600 (*Diesel/Calvin Klein*).

⁶ HvJ EU 11 juni 2020, C-115/19 P (*China Construction Bank*).

⁷ Zie o.a. HvJ EG 11 november 1997, C-251/95 (*Puma/Sabel*); HvJ EG 22 juni 1999, C-342/97 (*Lloyd/Loint's*); HvJ EU 13 juli 2013, C-252/12 (*Specsavers*); HvJ EU 4 maart 2020, C-328/18 P (*Equivalenza*).

⁸ Dit betreft het geval dat merk en teken begripsmatig van elkaar verschillen en ten minste één van beide tekens in de ogen van het relevante publiek een vaste, duidelijke en onmiddellijk te begrijpen betekenis heeft. Hierover meer uitgebreid o.a. Torenbosch & Vrieling, 'The Neutralisation Doctrine in Trade Mark Law: A Plea for Its Abolishment', *GRUR INT* 2023/2; Maeyert, '20 jaar neutralisatietheorie in het merkenrecht', *I.R.D.I.* 2022/3.

⁹ Zie o.a. de rechtspraak in noot 7. Vgl. voor een bondig overzicht voorts Geerts & Verschuur, *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht* 2022/342 e.v.

een hoge mate van overeenstemming niet per se leidt tot inbreuk, al zal dit vaker wel dan niet wel het geval zijn.¹⁰

3. Algemene wijze waarop de mate van overeenstemming wordt vastgesteld

Met deze uitgangspunten van het HvJ EU in het achterhoofd zijn in de feitenrechtspraak verschillende, meer specifieke standaardpraktijken en uitgangspunten ontwikkeld voor de beoordeling van de mate van overeenstemming tussen woorden. In het algemeen is de methode van rechters bij het Gerecht hetzelfde als die van de Nederlandse rechter. In de basis wordt de overeenstemming tussen woorden (maar ook andere type merken) door de rechtspraak gekwalificeerd in een van de volgende drie categorieën: i) geringe/lage mate van overeenstemming, ii) gemiddelde mate van overeenstemming, iii) hoge/grote mate van overeenstemming. Om de overeenstemming tussen woorden het label 'gering', 'gemiddeld' of 'groot' te geven, wordt op visueel en auditief vlak in beginsel gekeken naar i) het aantal gedeelde letters, ii) de overeenstemming in de volgorde van deze letters, iii) de structuur van de woorden en iv) hoeveel letters de woorden overeenkomen in relatie tot de lengte van beide woorden.¹¹ Dit laatste uitgangspunt komt er kortgezegd op neer dat wanneer bijvoorbeeld drie letters van twee 6-letterige woorden overeenstemmen er volgens de rechtspraak in de regel meer overeenstemming is dan wanneer drie letters van twee 10-letterige woorden overeenstemmen. In het geval van de 6-letterige woorden stemt immers 50% van de letters overeen, terwijl dit bij de 10-letterige woorden slechts 30% is.

Een aantal voorbeelden kan bovenstaande verduidelijken. Volgens het Gerecht zijn de woorden CITI en CITIBANK,¹² SKY en SKYPE,¹³ SKY en SKYSOFT,¹⁴ E-PLEX en EPILEX¹⁵ en FEMIBION en FEMIVIA¹⁶ gemiddeld overeenstemmend, omdat in al deze gevallen de letters die overeenkomen op dezelfde plek in de woorden staan en ongeveer de helft van het totaal aantal letters van de woorden beslaan. SKY en SKYPE hebben bijvoorbeeld drie overeenstemmende letters, en deze overeenstemmende letters beslaan 60% (drie van de vijf) van het lettertotaal van het woord SKYPE. Volgens dezelfde redenering zijn de woorden COMIT en

COMET¹⁷ en SEROSTIM en SEROSLIM¹⁸ in hoge mate overeenstemmend volgens het Gerecht. De Nederlandse rechter beargumenteert de mate van overeenstemming in beginsel op een soortgelijke wijze als het Gerecht. Zo oordeelde de rechtbank Midden-Nederland dat de woorden DOMICILIE en DOMICA enige visuele overeenstemming hebben.¹⁹ De woorden beginnen weliswaar met dezelfde letters, maar de lengte van de woorden verschilt en ook het slot van de woorden is anders. Bovendien bevat het woord DOMICA een 'A', waar het woord DOMICILIE die letter niet heeft. De rechtbank Den Haag stelde dat de overeenstemming tussen woorden HOYA en HOLA BANANA! beperkt is, omdat de overeenkomst zich beperkt tot de woorden HOYA en HOLA.²⁰ Deze twee woorden hebben drie van de vier letters gemeen, maar daar staat tegenover dat achter het woord HOLA het woord BANANA! staat. Daarentegen is de overeenstemming tussen de woorden BRUNET en BRUNEL groot, omdat vier van de vijf letters overeenstemmen.²¹

Zoals gezegd is ook de structuur van de woorden van belang. Dit komt er veelal op neer dat wordt gekeken uit hoeveel lettergrepen de woorden bestaan en of de woorden even lang zijn dan wel een verschillende lengte hebben. Zo oordeelt het Gerecht dat de woorden L112 en L.114 visueel overeenstemmen omdat zij eenzelfde structuur hebben: beide woorden beginnen immers met een letter gevolgd door drie cijfers.²² Ook bij de woorden OLTEN en OFTEN hecht het Gerecht eraan dat de woorden even lang zijn,²³ en bij de woorden CHUFAPIT en CHUFI oordeelt het Gerecht dat vanwege de verschillende 'lettergrepige structuur' er geen visuele en auditieve overeenstemming is.²⁴ In de Nederlandse rechtspraak is dit niet anders. Zo neemt bijvoorbeeld het hof Den Haag voor de overeenstemmingsvraag mee dat de woorden BALENGIANNI en BALENCIAGA evenveel letters hebben (beide 10 letters),²⁵ en ook bij de woorden INCREDIBLE BURGER en IMPOSSIBLE BURGER weegt het hof Den Haag mee dat beide woorden even lang zijn (beide 16 letters) en evenveel lettergrepen hebben.²⁶

Meestal komt de beoordeling van de auditieve overeenstemming goeddeels overeen met de beoordeling van de

10 Goed om scherp te houden is dat de beoordeling van het verwarringsgevaar geen louter feitelijke aangelegenheid is. 'Verwarringsgevaar' is in het merkenrecht een normatief geladen begrip. De beoordeling van het 'verwarringsgevaar' is uiteindelijk dus een rechtsoordeel en geen (louter) feitelijk oordeel. Dit laat de ruimte voor een rechter om, zelfs als de mate van overeenstemming feitelijk wijst op de aanwezigheid van verwarringsgevaar, toch te concluderen tot niet-inbreuk.

11 Hierover uitgebreid Fhima & Gangjee, *The Confusion Test in European Trade Mark Law*, Oxford: Oxford University Press 2019.

12 Gerecht EU 26 september 2012, T-301/09, ECLI:EU:T:2012:473 (*Citibank*).

13 Gerecht EU 5 mei 2015, T-184/13, ECLI:EU:T:2015:258 (*Skype*).

14 Gerecht EU 15 oktober 2014, T-262/13, ECLI:EU:T:2014:884 (*Skysoft*).

15 Gerecht EU 24 mei 2011, T-161/10, ECLI:EU:T:2011:244 (*Epilex*).

16 Gerecht EU 16 juli 2014, T-324/13, ECLI:EU:T:2014:672 (*Femibion*).

17 Gerecht EU 7 april 2011, T-84/08, ECLI:EU:T:2011:144 (*Comit*).

18 Gerecht EU 28 september 2010, T-201/08, ECLI:EU:T:2010:408 (*Serostim*).

19 Rb. Midden-Nederland 15 november 2017, ECLI:NL:RBMNL:2017:5651 (*Domicilie*).

20 Rb. Den Haag 22 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:7643 (*Fyffes International/Chiquita Europe*).

21 Rb. Den Haag 22 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7854 (*Brunel/Brunet*).

22 Gerecht EU 29 februari 2012, T-77/10 & T-78/10, ECLI:EU:T:2012:95 (*L112/L114*).

23 Gerecht EU 12 september 2010, ECLI:EU:T:2010:399, T-292/08 (*Oltten/Often*), r.o. 78: 'Betreffende de visuele vergelijking moet worden opgemerkt dat de betrokken tekens, OFTEN en OLTEN, even lange woordtekens zijn.'

24 Gerecht EU 6 juli 2004, T-117/02, ECLI:EU:T:2004:208 (*Chufafit*).

25 Hof Den Haag 29 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2616 (*Balenciaga/Balencianni*).

26 Hof Den Haag 12 april 2022, IEF 20668 (*Impossible Burger/Incredible Burger*), r.o. 6.17.

visuele overeenstemming. Daarbij geldt grofweg het uitgangspunt dat wanneer woorden visueel overeenstemmen zij ook auditief overeenstemmen en *vice versa*.²⁷ De beoordeling van de mate van auditieve overeenstemming komt er in de praktijk namelijk vaak op neer dat klanken en lettergrepen worden geteld, en veelal zijn de overeenstemmende klanken ook de woorddelen die visueel overeenstemmen. Voorbeelden zijn de net aangehaalde woorden CITI en CITIBANK en BRUNET en BRUNEL. Deze woorden zijn visueel gemiddeld overeenstemmend, en om dezelfde redenen zoals eerder behandeld in deze paragraaf ook auditief gemiddeld overeenstemmend.

Het is natuurlijk niet altijd het geval dat de visueel overeenstemmende bestanddelen van een woord overlappen met de manier waarop woorden worden uitgesproken, en de rechter houdt hier – uiteraard afhankelijk van het partijdebat – in het algemeen ook rekening mee. Bij de woorden FEMIBION en FEMIVIA²⁸ oordeelde het Gerecht bijvoorbeeld dat zij visueel gemiddeld overeenstemmen, maar de mate van auditieve overeenstemming is volgens het Gerecht hoog. De reden hiervoor is dat de beide merken gebruikt worden voor Spaanse producten, en in de Spaanse taal worden de letter 'v' en de letter 'b' op dezelfde manier uitgesproken.²⁹

4. Beoordeling van de mate van overeenstemming: regels over de perceptie van de consument

Behalve dat in de rechtspraak naar de woorden zelf wordt gekeken om de mate van overeenstemming te bepalen, zijn er ook de nodige regels over de perceptie van de consument die van invloed zijn op de mate van overeenstemming. Deze regels zijn allemaal invullingen van hoe een gemiddelde consument woorden (en ook andere merken) waarneemt.

Een beruchte regel uit de Nederlandse rechtspraak is de zogeheten Bigott/Doucal-regel. Deze regel is voor het eerst geformuleerd door de Hoge Raad in 1999 en luidt dat bij de vergelijking van tekens de consument meer aandacht besteedt aan punten van overeenstemming dan aan punten van verschil.³⁰ Sindsdien is de Bigott/Doucal-regel een graag aangehaald uitgangspunt in de Nederlandse recht-

spraak (in ieder geval tot en met 2021),³¹ op basis waarvan in de regel een hoge mate van overeenstemming tussen woorden (en andere tekens) wordt aangenomen.³² Vervolgens leidt dit vaker wel dan niet tot het vaststellen van een inbreuk.³³

De twee voornaamste voorstanders c.q. verdedigers van de Bigott/Doucal-regel zijn Geerts en Cohen Jehoram.³⁴ Volgens Geerts is het uitgangspunt weliswaar dat consumenten meer op de onderscheidende en dominerende bestanddelen van de merken letten, maar dat neemt volgens Geerts niet weg dat het publiek juist door overeenstemmende delen in merken tot verbanden zal concluderen. Cohen Jehoram meent dat de ratio achter de Bigott/Doucal-regel is dat het publiek (dat afgaat op een vaag herinneringsbeeld van het merk) eerder geneigd is om af te gaan op de punten van overeenstemming (waardoor het merk als het ware in herinnering wordt geroepen) dan op de punten van verschil.

Een andere belangrijke regel over de perceptie van het publiek is dat consumenten in beginsel meer letten op het begin van woorden dan op het midden of einde ervan. Deze regel is vaste rechtspraak bij het Gerecht.³⁵ Ook in de Nederlandse rechtspraak zien we dit het uitgangspunt geregeld terug. De woorden MIRAS en MIRAFOOD hebben volgens de rechtbank Den Haag bijvoorbeeld een grote visuele en auditieve overeenstemming omdat de vier letters die overeenkomen, MIRA, aan het begin van beide woorden staat.³⁶ Ook in het eerder genoemde voorbeeld van de woorden BRUNEL en BRUNET oordeelt de rechtbank Den Haag dat consumenten in het algemeen meer letten op het begin van woorden dan op het midden of einde ervan,³⁷ en ook het hof Den Haag hecht aan dit uitgangspunt om te concluderen dat BALENCIAGA en BALENGIANNI au-

27 Zie hierover uitgebreid Fhima & Gangjee, *The Confusion Test in European Trade Mark Law*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 31: 'Often, it will follow from the fact that word marks in particular are visually similar that they will also be aurally similar because they will share a sequence of letters.' Zie verder de vele voorbeelden die Fhima & Gangjee behandelen in hun boek.

28 Gerecht EU 16 juli 2014, T-324/13, ECLI:EU:T:2014:672 (*Femibion*).

29 Zie voor een ander voorbeeld van een uiteenlopende mate van visuele en auditieve overeenstemming Hof Den Haag 20 juni 2023, IEF 21501 (*Mexx/G-maxx*).

30 HR 16 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2889, NJ 1999/697, m.nt. P.B. Hugenholtz, IER 1999/29, m.nt. F.W. Grosheide (*Bigott-Batco/Doucal*). Zie ook HR 11 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK4818, IER 2005/49, m.nt. J.J.C. Kabel, BIE 2005/53 (*Flügel/W&S*).

31 Opvallend is dat naar ons beste weten de Bigott/Doucal-regel sinds halverwege 2021 niet meer wordt aangehaald in de Nederlandse rechtspraak. Dit zal er ongetwijfeld mee te maken hebben dat de regel duidelijk in strijd is met het Europese recht; zie hierover uitgebreid Torenbosch & Vrieling, 'Punten van overeenkomst wegen zwaarder dan punten van verschil?', IER 2021/19.

32 Ook bij het Gerecht maakt een regel soortgelijk aan de Bigott/Doucal-regel af en toe zijn intrede in de rechtspraak, zie hierover Fhima & Gangjee, *The Confusion Test in European Trade Mark Law*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 35 (met daar ook de nodige voorbeelden): '(...) there is an assumption (although a less emphatic one) on the part of the court, presumably based on assumed consumer perception, that the identical or almost identical element will override the clear differences between the marks.'

33 Anemaet, 'Beslissen in sub b zaken: hoe beoordelen rechters of een consument in verwarring is of niet?', BIE 2019/3, in het bijzonder noot 58; Torenbosch & Vrieling, 'Punten van overeenkomst wegen zwaarder dan punten van verschil?', IER 2021/19, par. 3.

34 Geerts et al., *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 348; Cohen Jehoram, *Het Benelux merkenrecht in Europees perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2009, p. 240.

35 O.a. Gerecht EU 29 februari 2012, ECLI:EU:T:2012:95, T-77/10 & T-78/10 (*L112/L114*), r.o. 97 met verwijzingen aldaar; Gerecht EU 26 april 2023, ECLI:EU:T:2023:217, T-153/22 (*Volkswagen*), r.o. 40 met verwijzingen aldaar.

36 Rb. Den Haag 22 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:1442 (*Miras/Mirafood*).

37 Rb. Den Haag 22 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7854 (*Brunel/Brunet*).

ditief en visueel in hoge mate overeenstemmen³⁸ en de woorden MEXX en G-MEXX slechts in geringe mate (visueel) overeenstemmen.³⁹

Wanneer woorden kort⁴⁰ en/of ‘makkelijk van structuur’ zijn, heeft de consument volgens vaste rechtspraak van het Gerecht evenwel niet meer aandacht voor het begin van woorden dan het midden of einde ervan.⁴¹ Voorbeelden hiervan zijn de woorden ICE en IC4,⁴² SPA en SPAGO,⁴³ PREZAL en PREZOL,⁴⁴ CALDEA en BALEA⁴⁵ en CALYPSO en CALPICO.⁴⁶ Bij dergelijke korte woorden meent het Gerecht namelijk dat de verschillen – ook al zijn het kleine verschillen – bij de consument sneller opvallen en derhalve een grote (negatieve) impact hebben op de mate van overeenstemming.⁴⁷ Overigens is op basis van de rechtspraak van het Gerecht niet helemaal te zeggen wanneer woorden kort zijn dan wel makkelijk van structuur. Het is bijvoorbeeld moeilijk om de vinger erop te leggen waarom een woord als CHUFAPIT ‘bijzonder kort is qua structuur’⁴⁸ en een woord als CALYPSO ‘vrij kort’,⁴⁹ terwijl het woord SUNPLUS dit kennelijk niet is.⁵⁰ Bovendien is de rechtspraak van het Gerecht ook niet altijd consistent over de gevolgen van het feit dat een woord ‘kort’ is. Zoals net aangegeven, is er genoeg rechtspraak waarin het feit dat een woord ‘kort’ is het uitgangspunt opzijzet dat consu-

menten meer letten op het begin van woorden dan het midden of einde ervan. Evenwel is er ook rechtspraak waarin het Gerecht aangeeft dat ook bij ‘korte’ woorden consumenten meer letten op het begin van woorden. Zo werd ten aanzien van de woorden BEBA en BEBIA bepleit dat dit korte woorden zijn, waardoor de consument niet in het bijzonder let op het begin van de woorden. Dit argument ging volgens het Gerecht echter niet op, omdat ‘it must be pointed out that the consumer normally attaches more importance to the first part of words.’⁵¹

Een andere belangrijke regel uit de vaste rechtspraak van het Gerecht is dat bij de visuele vergelijking van merk en teken het gebruik van hoofdletters, dan wel kleine letters, geen rol speelt.⁵²

Een bijzondere, niet veel voorkomende uitzondering op het uitgangspunt dat consumenten meer letten op het begin van woorden is het geval dat één van de conflicterende tekens bestaat uit twee woorden van dezelfde lengte. Dit speelde bijvoorbeeld in de zaak *Smiley Miley*.⁵³ In deze zaak ging het onder meer om de overeenstemming tussen de woorden CYRUS en MILEY CYRUS.⁵⁴ Zangeres Miley Cyrus betoogde onder meer dat sprake was van een geringe mate van overeenstemming omdat het overeenstemmende woord CYRUS op het einde van de naam MILEY CYRUS staat, hetgeen de consument niet zou opvallen omdat hij meer aandacht heeft voor het begin van het woord (MILEY). Dit gaat volgens het Gerecht echter niet op omdat de woorden MILEY en CYRUS evenveel letters hebben, waardoor de consument aan beide woorden evenveel aandacht schenkt.

Een laatste uitgangspunt in de rechtspraak dat het benoemen waard is, is dat de consument bij het waarnemen woorden opbreekt in elementen die voor de consument concrete

38 Hof Den Haag 29 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2616 (*Balenciaga/Balengianni*). Het hof Den Haag oordeelt in deze zaak dat dit uitgangspunt te meer geldt als de woorden complex zijn.

39 Hof Den Haag 20 juni 2023, IEF 21501 (*Mexx/G-maxx*). Zie in het bijzonder r.o. 6.18: ‘Volgens vaste rechtspraak zal de consument in beginsel meer belang hechten aan eerste deel van een teken.’ Vgl. ook bijv. BenGH 28 juni 2023, C 2022/5/6, IEF 21523 (*Creed/Freed*), r.o. 42.

40 Gerecht EU 26 april 2023, T-153/22, ECLI:EU:T:2023:217 (*Volkswagen*), r.o. 39 met verwijzingen aldaar.

41 Vgl. voor deze terminologie bijv. Gerecht EU 12 november 2009, ECLI:EU:T:2009:434 (*Spa/Spago*).

42 Gerecht EU 9 september 2011, T-274/09, ECLI:EU:T:2011:451 (*ICE/IC4*).

43 Gerecht EU 12 november 2009, ECLI:EU:T:2009:434 (*Spa/Spago*).

44 Gerecht EU 21 oktober 2008, T-95/07, ECLI:EU:T:2008:455 (*Prezal/Prezol*).

45 Gerecht EU 18 oktober 2011, T-304/10, ECLI:EU:T:2011:602 (*Caldea/Balea*).

46 Gerecht EU 20 april 2005, T-273/02, ECLI:EU:T:2005:134 (*Krüger/BHIM*).

47 Zie o.a. Gerecht EU 26 april 2023, T-153/22, ECLI:EU:T:2023:217 (*Volkswagen*), r.o. 39: ‘Secondly, according to the case-law, the relevant public is likely to perceive the differences between the signs at issue more clearly when those signs are short, as in the present case (see, to that effect, judgment of 4 May 2018, *El Corte Inglés v EUIPO – WE Brand (EW)*, T-241/16, not published, EU:T:2018:255, paragraph 35 and the case-law cited). Consequently, the differences between the signs at issue which have been referred to in paragraph 38 above will be perceived clearly by the relevant public.’ Vgl. voorts Gerecht EU 18 oktober 2011, T-304/10, ECLI:EU:T:2011:602 (*Caldea/Balea*), r.o. 42: ‘That assessment would not be affected, moreover, even if their word elements alone were taken into account, the Court approving, in that regard, the findings of the Board of Appeal referred to at paragraph 32 above. It must be added that, since those word elements consist of five and six letters respectively, the differences between them, duly noted by the Board of Appeal, will be more easily grasped by the average consumer. Thus, the Court has already held that, in the case of word signs which are relatively short, even a difference consisting of a single consonant will preclude a finding that there is a high degree of visual similarity between the two signs (see judgment of 16 January 2008 in Case T-112/06 *Inter-IKEA v OHIM – Waibel (idea)*, not published in the ECR, paragraph 54 and the case-law cited).’ Vgl. voorts bijv. BenGH 28 juni 2023, C 2022/5/6, IEF 21523 (*Creed/Freed*), r.o. 42.

48 Gerecht EU 6 juli 2004, T-117/02, ECLI:EU:T:2004:208 (*Chufafit*), r.o. 48.

49 Gerecht EU 20 april 2005, T-273/02, ECLI:EU:T:2005:134 (*Calypso*), r.o. 39.

50 HvJ EU 26 maart 2009, C-21/08 P, ECLI:EU:C:2009:199 (*Sunplus/BHIM*).

51 Gerecht EU 28 maart 2012, T-41/09, ECLI:EU:T:2012:163 (*BEBA/BEBIA*), r.o. 36.

52 Zie bijv. Gerecht EU 31 januari 2013, T-66/11 (*Babilu*): ‘Firstly, it should be noted that, given that the earlier trade mark and the mark applied for are word marks, the fact that the former is represented in capital letters, whereas the latter is represented in lower-case letters, is irrelevant for the purposes of a visual comparison of those marks. According to case-law, a word mark is a mark consisting entirely of letters, of words or of associations of words, written in printed characters in normal font, without any specific graphic element (Case T-211/03 *Faber Chimica v OHIM – Nabersa (Faber)* [2005] ECR II-1297, paragraph 33, and judgment of 13 February 2007 in Case T-353/04 *Ontex v OHIM – Curon Medical (CURON)*, not published in the ECR, paragraph 74). The protection offered by the registration of a word mark applies to the word stated in the application for registration and not to the individual graphic or stylistic characteristics which that mark might possess (judgment of 22 May 2008 in Case T-254/06 *Radio Regenbogen Hörfunk in Baden v OHIM (RadioCom)*, not published in the ECR, paragraph 43).’

53 Gerecht EU 21 juni 2021, T-368/20, ECLI:EU:T:2021:372, IER 2021/31, m.nt. Torenbosch & Vrieling (*Smiley Miley*).

54 Het Cyrus-merk in deze zaak is een woord-beeldmerk, maar het Gerecht gaat apart in op de overeenstemming tussen de woorden in deze zaak.

betekenis hebben.⁵⁵ Hierdoor hebben woorddelen die beschrijvend zijn voor de waren of diensten waarvoor zij ter onderscheiding gebruikt worden, nog al eens een beperkte invloed op de mate van overeenstemming.⁵⁶ Dit betekent evenwel niet dat beschrijvende onderdelen van woorden helemaal geen invloed hebben op de mate van overeenstemming.⁵⁷ Het is overigens nog maar de vraag of de rechtspraak van het HvJ EU het überhaupt toelaat om de beschrijvendheid van woordbestanddelen mee te nemen bij het bepalen van de mate van overeenstemming; gelet op *Equivalenza* lijkt dit namelijk niet door de beugel te kunnen.⁵⁸

5. Look-alike versus sound-alike

In deze paragraaf zetten wij uiteen hoe de juridische regels uit het merkenrecht zich verhouden tot bestaande inzichten in de taal- en cognitiewetenschap, om vervolgens, in paragraaf 6, in te gaan op de vraag hoe overeenstemming tussen woord(merk)en het best kan worden gekwantificeerd.

Zoals gezegd in de inleiding van dit artikel, concentreren we ons op één specifiek merktype, namelijk het woordmerk. Omdat het woord een taalkundig begrip is, kan het zin hebben om eens met een taalkundige blik te kijken naar de juridische praktijk rond woordmerken. Het eerste wat een taalkundige opvalt in de juridische beschouwingen in de voorgaande paragrafen is het gemak waarmee visuele en auditieve eigenschappen van woordmerken op één hoop worden gegooid.

Laten we binnen de categorie visuele eigenschappen van woorden meteen abstraheren van taalkundig perifere, zo niet irrelevante, vormkwesties zoals de keuze van het lettertype (bijv. Times, Courier, Arial), de zetwijze (rechttop/ro-

mein, schuin/cursief), het gewicht (dun, vet), en de kleur.⁵⁹ Zelfs het verschil tussen hoofdletter en kleine letter laten we buiten beschouwing. Het is namelijk gebleken (zie volgende alinea) dat ervaren lezers vrijwel onmiddellijk abstraheren van het verschil tussen hoofd- en kleine letter. De rechtsregel van het Europese Gerecht dat het voor de mate van visuele overeenstemming niet uitmaakt of de woorden in kleine letters of in hoofdletters zijn geschreven, is in dit licht te rechtvaardigen.

Bij het lezen glijden onze ogen niet langs de tekstregel maar springen ze ca. vier keer per seconde naar een volgende positie in de regel (of terug naar het begin van een volgende regel). Tussen de sprongen (zgn. saccades, duren ca. 30 milliseconden) in staat onze blik stil (zgn. fixatie, ca. 250 milliseconden) en nemen we zo'n 20 tot 30 letters in één keer waar. Dat beeld wordt geprojecteerd op het netvlies en verwerkt door de visuele receptoren en zenuw-/hersencellen. De letters die zich bevinden in het centrum van het blikveld worden het scherpst afgebeeld, meer naar de randen van het blikveld toe wordt de weergave onscherper, waarbij de rechter periferie verder scherp blijft dan de linker (dit geldt ook, zij het in mindere mate, voor mensen die gewend zijn van rechts naar links te lezen, zoals bij Arabisch schrift). De netvliesbeelden van opeenvolgende fixaties overlappen elkaar fors (dakpansgewijs dus). Tijdens de saccade zijn we virtueel blind en nemen we geen informatie op.⁶⁰ Nu Zijn TeKsTeN dle AlTeRnErEn TuSsEn HoOfD- eN kLeInE lEtTeR lastig(er) te lezen dan teksten in alleen kleine of alleen in hoofdletters, maar als tijdens de oogsprong alle kleine letters in zo'n alternerende weergave veranderen in hoofdletters en *vice versa*, merkt de lezer dat niet op. Dat betekent dat in de kwart-seconde van de fixatie al volledig geabstraheerd is van de specifieke verschijningsvorm van de letters.⁶¹

De taalwetenschap beschouwt het gesproken woord als de primaire verschijningsvorm van taal. Schrift wordt gezien als een afgeleide, secundaire, ook wel parasitaire vorm van taal. Argumenten voor deze stellingname zijn dat alle talen al gesproken werden voordat iemand (veel later) bedacht om gesproken taaluitingen vast te leggen op schrift. Ook individuele mensen leren eerst (ogenschijnlijk moeiteloos, in hun eerste vier levensjaren) de gesproken taal, en pas daarna zijn ze in staat (met de nodige moeite en

55 Gerecht EU 26 september 2012, T-301/09, ECLI:EU:T:2012:473 (*Citibank*), r.o. 71 met verwijzingen aldaar; Gerecht EU 16 juli 2014, T-324/13, ECLI:EU:T:2014:672 (*Femibion*), r.o. 34 met verwijzingen aldaar; Gerecht EU 23 februari 2022, T-198/21, ECLI:EU:T:2022:83 (*Ancor Group/EUIPO*), r.o. 24 met verwijzingen aldaar.

56 Zie voor voorbeelden Fhima & Gangjee, *The Confusion Test in European Trade Mark Law*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 25.

57 Zie o.a. Gerecht EU 18 november 2013, T-377/10, ECLI:EU:T:2013:600 (*Preparados Alimenticios*); Gerecht EU 16 juli 2014, T-324/13, ECLI:EU:T:2014:672 (*Femibion*). Vgl. Van Peurseem in zijn conclusie van 9 november 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1422 (*OK Oliecentrale/Gaos*), punt 3.29.

58 Zie hierover Torenbosch & Vrieling in hun noot bij BenGH 15 juni 2022, C 2021/8, *IER 2023/25 (A2 Milk)*. Er is ook (Nederlandse) rechtspraak die de beschrijvendheid van woorddelen meeweegt bij de vraag of sprake is van verwarringsgevaar, bijv. Rb. Amsterdam 8 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:8788 (*The Future Group*), r.o. 4.11; Rb. Den Haag 1 september 2022, *IEF 20924 (Priority)*, r.o. 4.10. In deze beide vonnissen worden de beschrijvende onderdelen van in dit geval woord-beeldmerken meegenomen bij de overeenstemmingsvraag én de verwarringsvraag. Zoals gezegd biedt de rechtspraak van het HvJ EU in alle waarschijnlijkheid niet de ruimte om beschrijvendheid mee te nemen bij het vaststellen van de mate van overeenstemming, maar die ruimte is er uiteraard wel bij de verwarringsvraag; bij de beoordeling van het verwarringsgevaar mag immers het onderscheidend vermogen worden meegewogen, en beschrijvende elementen zijn nou eenmaal niet onderscheidend.

59 Overigens heeft kleur in de taalpsychologie veel aandacht gekregen. Het blijkt dat een lezer kortstondig in verwarring is als een kleuraanduidend woord wordt afgedrukt in een andere kleur dan de naam aangeeft. **GROEN** en **ROOD** worden trager herkend dan **GROEN** en **ROOD** (het zgn. Stroop-effect). Het merk van de politieke partij **GROENLINKS** werkt in dit opzicht dus verwarrend.

60 Zie hoofdstuk 2 in Van Heuven, *Spelling en lezen, hoe tragisch zijn de werkwoordvormen?* Assen/Amsterdam: Van Gorcum 1978, en verwijzingen aldaar. <https://scholarlypublications.universiteitleiden.nl/handle/1887/3789>.

61 McConkie & Zola, 'Is visual information integrated across successive fixations in reading?', *Perception & Psychophysics* 1979, 25(3), 221-224. Doi: 10.3758/BF03202990. Er zijn nu zelfs internettools om zulke teksten in 'alternating case' aan te maken: <https://en.toolpage.org/tool/alternatingcase>.

expliciete instructie) om gesproken uitingen op te schrijven. Men gaat ervan uit dat we bij het lezen (ook bij stillezen – dat in de middeleeuwen nog beschouwd werd als een duivelse kunst) – geen directe betekenis toekennen aan wat we zien, maar dat we de gedrukte woordvormen inwendig omzetten in een klankvormelijke representatie en pas daaraan betekenis toekennen.⁶²

Met mogelijke uitzondering van o.a. het Fins, Spaans en Kroatisch, waarvoor zgn. fonetische spellingen zijn ingevoerd, geldt dat letters op papier geen betrouwbare aanwijzing vormen voor de klankvorm van woorden in de talen die binnen de EU worden gebezigd. Ook voor het Nederlands geldt dat er geen een-eenduidige relatie is tussen de lettertekens en de klanken in een woord. Woorden die hetzelfde klinken kunnen heel verschillend worden geschreven; dit zijn zgn. homofonen, bijv. *ijs-eis*, *weide-wijde-wijde*, *kou-kouw-kauw*, of ook de naam van de vroegere burgemeester van Antwerpen *Craeybeckx*, die ook geschreven zou kunnen worden als *Kraaibeks*. Omgekeerd kunnen woorden die hetzelfde geschreven worden verschillend klinken, bijvoorbeeld door klemtoonverspringing en daarmee samenhangende klinkerverandering. Voorbeelden van zulke homografenparen zijn *appel* 'vrucht' vs *appel* 'beroep' of *kantelen* 'draaien' vs *kantelen* 'bovenrand van een kasteelmuur'.⁶³ In de zin *Ik beits deze deur echt niet groen* komt de letter *e* zeven keer voor maar elke keer correspondeert hij met (een onderdeel van) een andere klank, zoals te zien is als we de zin weergeven in fonetisch schrift: /ɪk bɛɪts d'eezə døør "ɛxt nit yr"un/.⁶⁴

5.1 Correlatie tussen visuele en auditieve overeenstemming

In paragraaf 3 hebben wij besproken dat in de rechtspraak de beoordeling van auditieve en visuele overeenstemming goeddeels over één kam wordt geschoren. Deze praktijk is

moeilijk verenigbaar met inzichten uit de taalwetenschap. Ter toelichting kan het volgende dienen.

In 2019 heeft Van Heuven een kwantitatieve analyse uitgevoerd van de grondvormen (zgn. lemma's) van hoogfrequente Nederlandse inhoudswoorden (d.w.z. alleen zelfstandige en bijvoeglijke naamwoorden en zelfstandige werkwoorden), in totaal 3000, de zgn. top-3000. Van deze woorden was de normale schriftvorm ('orthografie') opgeslagen alsook de fonetische transcriptie.⁶⁵ Uit dit bestand konden ca. 3,25 miljoen unieke woordparen getrokken worden, waarvan vervolgens per paar het verschil tussen de leden werd berekend in termen van hun gewone spelling (zgn. orthografische afstand) en van hun uitspraak (zgn. fonologische afstand). Hoe deze verschillen (de zgn. string-edit distance) berekend worden komt verderop aan de orde; op dit punt in de uiteenzetting is het van belang te zien hoe zwak de relatie is tussen de afstand berekend op basis van gewone spelling en die aan de hand van de fonetische transcriptie. De sterkte van deze relatie wordt uitgedrukt in de correlatiecoëfficiënt r (de zgn. Pearson correlatie), een getal dat kan variëren tussen 0 (geen enkel verband tussen variabelen X en Y) en 1 (Y kan met perfecte precisie worden voorspeld uit X , oftewel X en Y leveren precies dezelfde informatie op, een van de twee is overbodig). Voor de 3,25 miljoen woordparen in het onderzoek bleek $r = 0,574$. Het kwadraat van r (de zgn. determinatiecoëfficiënt r^2) geeft dan de mate van overlap tussen de twee variabelen. Dit betekent dat spellingsafstand en fonetische afstand elkaar slechts voor $0,574^2 = 33\%$ dekken, oftewel dat (maar liefst) twee-derde van het fonetisch verschil tussen twee Nederlandse woorden niet kan worden afgeleid uit het spellingsverschil (en *vice versa*).⁶⁶ Dit wordt geïllustreerd in Figuur 1, waar de spellingsafstand (in de kolommen) tussen de leden van de willekeurige woordparen is uitgezet tegen de uitspraakafstand (in de rijen). De kleurcodering in deze matrix (ook wel heatmap genoemd) verloopt van donkergroen ('komt bijna niet voor in het bestand') via geel naar donkerbruin ('komt vaak voor'). Bij een perfecte correlatie tussen auditieve en visuele overeenkomst van woorden zouden alleen waarnemingen kunnen voorkomen op de (met dickere randen aangegeven) hoofddiagonaal van de matrix. Hoe vaker en

62 Steun voor deze zgn. Speech recoding hypothesis wordt o.a. gevonden in het gegeven dat begrijpend een tekst lezen vrijwel ondoenlijk is als de lezer ondertussen irrelevant spraakgeluid moet voortbrengen, bijv. alleen maar het woord 'the' moet herhalen maar bijvoorbeeld niet bij een niet-spraakgerelateerde neventaak zoals gedurig met de vinger op tafel tikken. Sommige onderzoekers veronderstellen daarom bij het stillezen een auditory rehearsal loop, een doorschuifregister waarin de afgeleide klankrepresentatie van het waargenomen schriftbeeld kortstondig beschikbaar blijft voor neurale verwerking. Deze lus wordt dan geblokkeerd als de lezer spraak produceert, zie Baddeley & Hitch, 'Working Memory', in: Bower (Ed.), *Recent Advances in Learning and Motivation* (Vol. 8, p. 47-89), New York: Academic Press 1974. Doi: 10.1016/s0079-7421(08)60452-1.

63 Het woord 'homograaf' is zelf een homograaf, want kan ook betekenen 'adellijke man met seksuele voorkeur voor hetzelfde geslacht', zie verder <https://nl.wikipedia.org/wiki/Homograaf>.

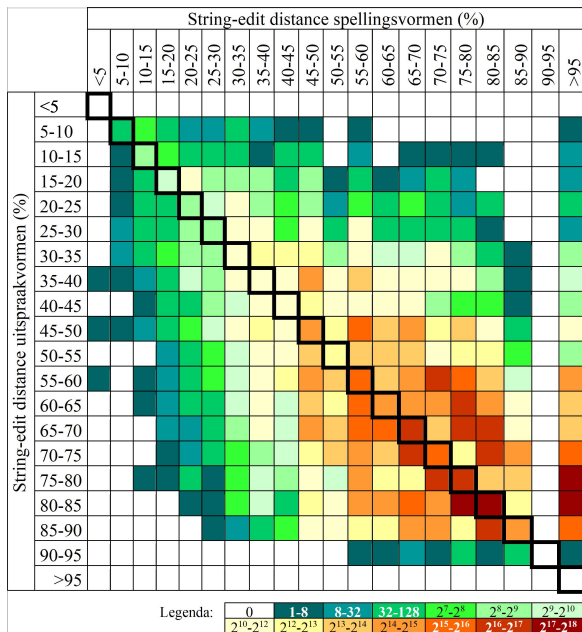
64 In dit type (zgn. globaal, breed) fonetisch schrift correspondeert ieder verschillend letterteken met precies één vaste klank. Alleen tweeklanken (/ɛɪ/) en lange klinkers (/ee, øø/) worden weergegeven met twee opeenvolgende tekens. Een zinsklemtoon krijgt een dubbel accentteken, een woordklemtoon wordt alleen in meerlettergrepige woorden weergegeven, en dan met een enkel accentteekentje links van de klinker in de klemtoonde lettergreep. Deze transcripties zetten we tussen schuine strepen /.../. Zie verder Rietveld & Van Heuven, *Algemene fonetiek*, Bussum: Coutinho 2016, hoofdstuk 5.

65 Zie Van Heuven, *Message on a bottle. A trademark infringement case in The Netherlands. Presented at the 29th Annual Conference of the IAFPA*, Marburg 2021. Doi: 10.13140/RG.2.2.35757.87527. Voor informatie over het oorspronkelijke bestand zie Cahill, Tiberius & Herring, 'PolyOrth: Orthography, phonology and morphology in inheritance lexicons', *Written Language and Literacy* 2013, 16(2), 146-185. Doi: 10.1075/wll.16.2.02cah. Het Nederlandse deel van het Polylex-bestand is getrokken uit het Celex-bestand, dat verrijkt is met de gebruiksfrequenties die zijn verzameld door het Instituut voor de Nederlandse Taal (INT). Zie Baayen, Piepenbrock & Gulikers, *The CELEX Lexical Database* (CD-ROM), Philadelphia, PA: Linguistic Data Consortium, University of Pennsylvania 1995.

66 Voor het Engels is de relatie tussen spelling en uitspraak (nog) ondoorzichtiger en onregelmatiger dan voor het Nederlands. Een soortgelijke exercitie op een top-3000 woordenlijst voor het Amerikaans Engels leverde een correlatie op tussen spellings- en uitspraakafstand van $r = 0,463$. De overlap tussen spellingsafstand en uitspraakafstand is dan nog maar 21%.

verder er waarnemingen voorkomen buiten de hoofddiagonaal, des te zwakker is de correlatie.

Figuur 1. Verdeling van 3.275.520 willekeurige Nederlandse woordparen naar spellings- en uitspraakafstand. Afstand (% genormeerd voor woordlengte) bepaald met LED-A (ongewogen, substitutie = 1, indel = 0,5).⁶⁷ Frequentie van voorkomen is gecodeerd in de legenda.



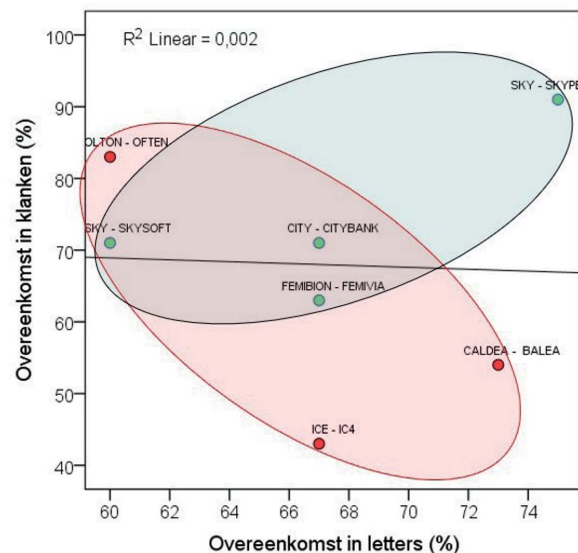
In Figuur 1 is goed te zien dat twee willekeurige Nederlandse woorden meestal veel van elkaar verschillen, zowel in schriftvorm als in uitspraak (concentratie van donkerbruine tinten in het kwadrant rechtsonder), en dat de kans dat twee willekeurig getrokken woorden veel op elkaar lijken exponentieel kleiner wordt (verloop via geel naar groen naar links en naar boven toe; ieder stapje naar links of naar boven is een halvering – of soms zelfs een vierdeling – van de kans). Maar even goed is te zien dat er zeer forse spreiding is buiten de hoofddiagonaal, wat aangeeft dat de correlatie tussen spellings- en uitspraakverschil zwak is.

Een andere goede reden om spelling en uitspraak gescheiden te houden ligt in de manier waarop geschreven en gesproken woorden herkend worden. Een geschreven/gedrukte woordvorm wordt in één fixatie in zijn geheel op het netvlies geprojecteerd. Onmiddellijk opeenvolgende letters bemoeilijken elkaars zichtbaarheid (zgn. zijwaartse visuele maskering). Alleen de randletters, die immers aan één kant grenzen aan een stukje wit (spatie), hebben daar minder last van. De eerste en de laatste letter van een woord worden daardoor beter waargenomen (wat niet wil zeggen dat

de lezer aan die letters meer aandacht besteedt; het verschil in waarneembaarheid is een fysische kwestie, en wordt niet gestuurd door aandacht).

De onafhankelijkheid van spelling en uitspraak kan ook binnen het merkenrecht gedemonstreerd worden als we de berekende (berekening komt verderop) overeenkomst (dat is 100% min het verschil) in spelling en in uitspraak tegen elkaar uitzetten voor een aantal merknaamparen die in het eerste deel van onze bijdrage zijn genoemd. Figuur 2 laat dit zien.

Figuur 2. Strooiingsdiagram voor spellings- en uitspraakovereenkomst (complement van string edit distance, in %) van zeven paren merknamen. Rode symbolen voor hoog overeenstemmende namen, groene symbolen voor gemiddeld overeenstemmende namen. Spreidingsellipsen zijn voor de twee typen met de hand getrokken.



De groene bolletjes zijn vier merknaamparen die door de rechter zijn bestempeld als ‘gemiddeld overeenstemmend.’ De rode symbolen representeren drie paren die werden aangeduid als ‘hoog overeenstemmend’. Twee zaken vallen op. Allereerst is de correlatie tussen de visuele en de auditieve (fonetische) overeenkomst vrijwel nul, wat betekent dat er geen relatie is (in het geval van deze zeven paren) tussen visuele en auditieve overeenkomst. Daarnaast is aan de overlappende spreidingsellipsen te zien dat de twee typen merknaamparen niet van elkaar onderscheiden zijn. Dat in de rechtspraak de beoordeling van de auditieve overeenstemming regelmatig samenvalt met de beoordeling van de visuele overeenstemming is gelet op dit gebrek aan correlatie daarom dan ook niet aan te bevelen.

5.2 Dominantie van het woordbegin?

In paragraaf 4 hebben wij besproken dat het vaste rechtspraak is dat het begin van woorden in beginsel belangrij-

⁶⁷ De Levensstein Edit Distance App (LED-A) is ontwikkeld aan de Fryske Akademy als dialectometrische tool. De app is online beschikbaar op <https://www.led-a.org/#run/>. Zie Heeringa, Van Heuven & Van de Velde, LED-A: a web app for measuring distances in the sound components among local dialects. Presented at the 17th New Methods in Dialectology Conference, Mainz, 2022. <https://methodsxvii.uni-mainz.de/files/2022/06/>.

ker is voor de mate van overeenstemming dan het midden of het einde.

Bij gesproken woorden worden de beginklanken eerder gehoord dan de slotklanken omdat geluid zich in de tijd ontwikkelt. Wij kunnen een getrouwe kopie van het geluid niet langer vasthouden dan een kwart seconde, ongeveer de duur van één lettergreep. Bij twee- en meerlettergrepige woorden (en namen) zijn de beginklanken alweer vervlogen terwijl de slotklanken nog moeten worden waargenomen. Om langere woorden toch te kunnen herkennen stoppen talen meer informatie in de beginlettergreep dan in de latere lettergrepen, zodat een goed verstaander aan een half woord al genoeg heeft. Het Nederlands is hierop geen uitzondering: het aantal verschillende lettergrepen is aan het begin van een woord twee keer zo groot als aan het wordeinde. Daardoor kunnen langere woorden, ook buiten context, bijna altijd al herkend worden voordat hun einde bereikt is. Zo kan het woord *advocaat* herkend worden nadat de eerste vier klanken gehoord zijn: er zijn geen andere woorden in het Nederlands die beginnen met de opeenvolging *advo-/atfoo/*. Uit onderzoek is gebleken dat de klanken na dat herkenningpunt alleen nog gebruikt worden als controle: loopt het woord inderdaad verder zoals verwacht? Deze controle zou dan minder aandacht vragen dan de eerdere fase in de woordherkenning.⁶⁸ Dit rechtvaardigt (gedeeltelijk) de bestaande juridische praktijk om meer gewicht te geven aan overeenkomst/verschil aan het begin dan aan het einde van merknamen. Bedenk hierbij echter wel dat korte (eenlettergrepige) woorden niet herkend kunnen worden voordat hun einde geklonken heeft, en dat concurrerende merknamen zó gekozen kunnen worden dat zij pas in hun slotlettergreep van elkaar afwijken, bijv. de biermerken KORNUIT – CORNET – KORDAAT /kɔrn'œyt – kɔrn'et – kɔrd'aat.⁶⁹ Ook als het begin van een woord, bijvoorbeeld door omgevingslawaai, niet goed gehoord kan worden, maakt de luisteraar even effectief gebruik van later binnenkomende klanken als anders van beginklanken.⁷⁰ Het is dus niet zo dat de luisteraar meer belang hecht aan het begin van woorden (zoals het Gerecht en ook de Nederlandse rechtspraak meent, zie paragraaf 4); het is eerder een kwestie van wat het eerst komt dat het eerst maalt.

5.3 Weegt overeenstemming zwaarder dan verschil?

In het merkenrecht is de gedachte ingeslopen dat de menselijke waarnemer bij mogelijke verwarring van merken meer let op overeenkomst dan op verschil (zie paragraaf 4). Dit lijkt een tautologie. Als de waarnemer, of consument, twee merken met elkaar verwacht, let hij meer op de overeenkomst; als hij ze niet verwacht dan let hij meer op het verschil. Twee merknamen moeten van elkaar verschillen – anders zijn het geen twee merknamen. Dat verschil kan klein of groot zijn. Bij gewone woorden zijn de verschillen in de regel groot, en zijn willekeurige woordparen die veel op elkaar lijken zeldzaam (zie Figuur 1). Maar als twee merknamen (of gewone woorden) A en B veel op elkaar lijken, dan bestaat de kans dat B herkend wordt terwijl A gesproken wordt (of omgekeerd). Zo'n verwarring treedt op als de overeenkomst tussen A en B zo groot is dat de luisteraar (of lezer) niet meer de moeite neemt om de verschilpunten in zijn beslissing mee te nemen. Op zich weegt overeenkomst echter niet zwaarder dan verschil. Wat telt is de opvallendheid van de overeenkomst of van het verschil. Opvallende of buitenissige overeenkomst kan gemakkelijk leiden tot verwarring, ook al zijn er meerdere verschillen. Maar op dezelfde manier zal één opvallend verschil verwarring altijd blokkeren, ook al zijn er nog zo veel overeenkomsten.

Onderzoek naar het proces van menselijke herkenning van gesproken en geschreven woorden heeft al lang geleden laten zien dat weinig voorkomende woorden, zeker als zij onder verslechterde waarnemingsomstandigheden (bijv. uit de verte) moeten worden waargenomen, verward worden met een *sound-alike*, resp. *look-alike* die een (veel) hogere frequentie van voorkomen heeft. Ons geheugen houdt een boekhouding bij van hoe vaak en/of hoe onlangs nog we een bepaald woord hebben herkend, en zelfs via welk zintuiglijk kanaal (want de frequenties van gehoorde en gelezen woorden lijken apart te worden opgeslagen).⁷¹ Deze frequentiebias kan ook een rol spelen bij de waarneming van merknamen. Zo heeft het woord KORDAAT, dat in 2018 door supermarktketen Lidl gekozen werd als naam voor zijn huismerk pils, een ca. 150 maal hogere gebruiksfrequentie dan het woord KORNUIT, dat vijf jaar eerder al werd gedeponeerd voor een nieuw pils

68 Zie hiervoor Rietveld & Van Heuven, *Algemene fonetiek*, Bussum: Coutinho 2016, hoofdstuk 10.

69 Bij korte woorden zijn alle klanken nodig, tot en met de laatste, om uniek onderscheiden te zijn van andere woorden. Korte woorden wonen in dichtbevolkte buurten ('densely populated neighbourhoods'). Het aantal buurwoorden is mede bepalend voor de snelheid en doeltreffendheid waarmee woorden op het gehoor herkend worden (Luce & Pisoni, 'Recognizing spoken words: The Neighborhood Activation Model', *Ear and Hearing* 1998, 19, 1-36. Doi: 10.1097/00003446-199802000-00001. Het Nederlandse woord *bal* heeft bij zijn laatste klank nog zeker zeven burens: *bad, bak, balg, balk, ban, bar en bas*. (Rietveld & Van Heuven, *Algemene fonetiek*, Bussum: Coutinho 2016, pp. 253-255).

70 Nooteboom & Van der Vlugt, 'A search for a word beginning superiority effect', *Journal of the Acoustical Society of America* 1988, 84(6), 2018-2032. Doi: 10.1121/1.397046.

71 Frequentie-effecten bij de menselijke woordherkenning worden al aangevoeld in bijv. Brown & Rubenstein, 'Test of response bias explanation of word-frequency effect', *Science* 1961, 133, 280-281; Broadbent, 'Word frequency effect and response bias', *Psychological Review* 1967, 74, 1-15. Een invloedrijke, elegante modelmatige verantwoording van o.a. het frequentie-effect in de menselijke woordherkenning wordt gegeven in het zgn. logogenmodel door Morton, 'Interaction of information in word recognition', *Psychological Review* 1969, 76, 165-178. <https://www.linguisticsnetwork.com/wp-content/uploads/The-Logogen-Model.pdf>.

van Grolsch.⁷² De frequentiebias zal zeker leiden tot asymmetrie in de perceptieve verwarring: KORNUIT zal eerder herkend worden als KORDAAT dan omgekeerd. Het bestaan van de frequentiebias is wellicht de grondslag van de misvatting dat overeenkomsten bij herkenning een zwaardere rol spelen dan verschillen. Frequentie is alleen van toepassing als twee (of meer) herkenningkandidaten met elkaar worden verward, en verwarring wordt uitsluitend gestuurd door overeenkomst (en juist niet door verschil).

Wat wél is aangetoond in fonetisch onderzoek is dat beklemtoonde lettergrepen meer bijdragen aan de herkenning van woorden dan onbeklemtoonde. Dit komt omdat talen veel meer verschillende beklemtoonde dan onbeklemtoonde lettergrepen hebben, waardoor woorden beter van elkaar onderscheiden zijn in beklemtoonde dan in onbeklemtoonde lettergrepen. Om dat voordeel uit te buiten worden beklemtoonde lettergrepen luider, langer en zorgvuldiger uitgesproken dan onbeklemtoonde. Bovendien weet de luisteraar uit de melodie en ritmiek van de voorafgaande spraak precies te voorspellen wanneer de volgende klemtoon gaat komen zodat hij op dat moment zijn oren spitst.⁷³ Maar zelfs bij losse woorden, en woorden in spraak die met een computerprogramma ritme- en melodieloos is gemaakt, speelt de beklemtoonde syllabe een bijzondere rol. De luisteraar herkent doorgaans pas een woord bij het horen van de beklemtoonde lettergreep. De (Nederlandse) luisteraar verwacht dat een woord begint met een beklemtoonde lettergreep; hoort hij geen beginklemtoon dan stelt hij de herkenning uit totdat de klemtoon verderop in het woord binnenkomt.⁷⁴

6. Kwantificeren van overeenkomst tussen woorden of namen

De vraag is vervolgens hoe vanuit de wetenschap overeenkomst tussen woorden of namen het beste kan worden gekwantificeerd. De traditionele manier om visuele of auditieve overeenkomst te berekenen tussen twee woorden of merknamen, is om na te gaan hoeveel tekens gedeeld worden door

de leden van een paar. Bij geschreven woorden zijn de tekens letters, bij gesproken woorden klanken in fonetisch schrift. Elke klank en de klemtoonpositie (') is steeds één teken; lange en vergelijkende klinkers krijgen twee tekens.

We illustreren dit aan de hand van de merknamen van twee diëtmargarines, BECEL /bees'el/ (Unilever) vs. BENECOL /beenək'ɔl/ (Johnson & Johnson, USA), waarvoor in 1999 beslist werd dat deze voldoende van elkaar onderscheiden waren.⁷⁵



BECEL deelt vijf van de zeven letters met **BENECOL** (in vet rood aangegeven). Gebruikelijk is om te normeren voor woordlengte, omdat de kans op overeenkomsten lineair afneemt met de lengte van de woorden. We doen dat door te delen door het totaal aantal tekens in beide woorden samen. We krijgen dan een visuele overeenkomst van $(2 \times 5) / (5 + 7) = 83\%$. In de fonetische transcriptie (tussen schuine strepen) pakt de vergelijking anders uit: /bees'el/ deelt vijf van de negen tekens in /beenək'ɔl/, waardoor de auditieve overeenkomst niet verder komt dan $(2 \times 5) / (7 + 9) = 63\%$.

Deze sommetjes zijn lang populair geweest in het vak maar wie even nadenkt, ziet de bui al hangen: anagrammen zoals STRAATCULTUUR /str'aatkœltyr/ en TAALSTRUCTUUR /taalstroektyr/ delen al hun letters en klanken maar zijn toch echt verschillend. Volgorde doet er dus ook toe. Het is daarom beter om te tellen hoeveel bigrammen in beide woorden voorkomen en dat aantal te delen door het aantal bigrammen in beide woorden samen. De bigrammen zijn alle paren onmiddellijk opeenvolgende tekens in een woord. Je kunt ze willekeurig husselen maar door ze als dominostenen weer aan elkaar te leggen, kun je de oorspronkelijke volgorde terugvinden. Woordgrenzen geven we weer met #. Door de volgordeverschillen zakt de overeenkomst van 100% naar 36% (visueel) en 40% (auditief), zie Tabel 1.

Maar ook de bigrammen lossen niet alle volgordeproblemen op. Zo delen TIPTOP en TOPTIP nog steeds 100% van hun bigrammen. Daarom becijferen taalkundigen en informatici de laatste twintig jaar de overeenkomst liever met de string-edit-distance (of Levenshtein-afstand, genoemd naar de bedenker van de methode).⁷⁶ Er zijn drie zgn. edits mogelijk: weghalen, invoegen en vervangen van

72 De gebruiksfrequenties van Nederlandse woorden kunnen online worden geraadpleegd in de database van het Instituut voor de Nederlandse Taal (INT, Leiden). Frequenties van gedrukte woorden zijn gebaseerd op een telling van 500 miljoen woorden aan tekstmateriaal, terwijl de gesproken woordfrequenties zijn bepaald aan de hand van het ca. 10 miljoen woorden tellende Corpus Gesproken Nederlands.
<https://taalmaterialen.ivdnt.org/download/pp-opensonar-j/>.

73 Cutler & Darwin, 'Phoneme-monitoring reaction time and preceding prosody: effects of stop closure duration and of fundamental frequency', *Perception & Psychophysics* 1981, 29(3), 217-224. Doi: 10.3758/bf03207288.

74 Voor de markering van klemtoon in spraak zie Van Heuven, 'Notes on the phonetics of word and sentence stress: A cross-linguistic (re-)view', in: Van der Hulst, Heinz & Goedemans (eds.), *The study of word stress and accent: Theories, methods and data*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, 13-59. Doi: 10.1017/9781316683101.002. Meer informatie over de rol van klemtoon bij de woordherkenning in Cutler, 'Lexical stress, in: Remez & Pisoni (eds.), *The handbook of speech perception*, Oxford: Blackwell 2005, p. 264-289. https://pure.mpg.de/rest/items/item_57518 en Van Heuven, 'Resolving the prosody paradox', in: Arantes & Post da Silveira (eds.), *Prosody and Bilingualism*. Araraquara: Letraria 2022, p. 168-204. <https://www.researchgate.net/publication/359025608>.

75 Hof 's-Gravenhage 5 juli 1999, ECLI:NL:GHSGR:1999:AM2695, *BIE* 1999/126 (*Becel/Benecol*).

76 Zie Levenshtein, 'Binary codes capable of correcting deletions, insertions, and reversals', *Sovjet Physics Doklady* 1966, 10(8), 707-710. <https://nymity.ch/sybilhunting/pdf/Levenshtein1966a.pdf>. Zie ook: Heeringa, *Measuring dialect pronunciation differences using Levenshtein distance*. Groningen: CLCG 2004. <https://pure.rug.nl/ws/portalfiles/portal/9800656/thesis.pdf>.

Tabel 1. Visuele en auditieve bigramovereenkomst in het woordpaar straatcultuur – taalstructuur.

Bigramvergelijking <i>straatcultuur – taalstructuur</i>															
Normale spelling	#S	ST	TR	RA	AA	AT	TC	CU	UL	LT	TU	UU	UR	R#	
	#T	TA	AA	AL	LS	ST	TR	RU	UC	CT	TU	UU	UR	R#	
Zelfde = 10 (groen), totaal = 28. Visuele overeenkomst = 10/28 = 36%															
Fonetisch schrift	#s	st	tr	r'	'a	aa	at	tk	kœ	œl	lt	ty	yy	yr	r#
	#t	t'	'a	aa	al	ls	st	tr	rœ	œk	kt	ty	yy	yr	r#
Zelfde = 12 (groen), totaal = 30. Auditieve overeenkomst = 12/30 = 40%															

een teken. Weghalen en invoegen kosten een half strafpunt, vervangen een heel. De afstand tussen tekenreeksen A en B is het kleinste aantal strafpunten dat nodig is om A in B te veranderen (of *vice versa*; dat maakt niet uit). Om /bees'el/ om te zetten in /beenək'ɔl/ zijn, na een zo mooi mogelijke oplijning, vier edits nodig: twee invoegingen en twee vervangingen, goed voor drie strafpunten totaal, zoals uitgewerkt in Tabel 2A. Dat is de ruwe edit-afstand. (Zie tabel 2 onder aan deze pagina)

Het maximaantal strafpunten dat je ooit nodig zou hebben om een reeks van zeven tekens om te zetten in een reeks van negen is acht (7 vervangingen + 2 invoegingen). De relatieve ('genormeerde') afstand tussen /bees'el/ en /beenək'ɔl/ is dan 3/8 = 37,5%. Deze normering corrigeert de afstand voor de lengte van de woorden in de vergelijking: hoe langer de woorden, des te hoger het maximaantal strafpunten dat je zou kunnen oplopen. De auditieve overeenkomst is het complement van de auditieve afstand, d.w.z. het getal dat nodig is om de 100% vol te maken, dus 100% - 37,5% = 62,5%. Overeenkomst (similarity) en afstand (distance) zijn elkaars complement, en correleren perfect maar negatief (omgekeerd evenredig) met $r = -1$.

Een recentere zaak om dit te illustreren betreft de biermerken KORNUIT (Grolsch) vs KORDAAT (Lidl supermarkten). In kort geding oordeelde de rechtbank dat deze merknamen voldoende van elkaar verschillen en dat sprake is van een geringe mate van overeenstemming. Volgens de rechter zouden er doorslaggevende verschillen te horen zijn in de tweede, beklemtoonde lettergreep ('nui' en 'daa'). Hier

door was volgens de rechtbank geen verwarringsgevaar aanwezig. Grolsch ging in hoger beroep. Daarbij werd voor het eerst de string-edit-distance-methode gebruikt om de overeenkomst tussen de merknamen te kwantificeren. De genormeerde edit-afstand tussen /kørn'œyt/ en /kord'aat/ leidt tot een auditieve overeenkomst van 62,5% (Tabel 3).



Tabel 3. String edit distance and auditieve overeenkomst voor het biermerkenpaar KORNUIT – KORDAAT.

Reeks A	k	ɔ	r	n	'	œ	y	t	Totaal
Vervang				d		a	a		
Reeks B	k	ɔ	r	d	'	a	a	t	
Strafpunten				1		1	1		3
Maximaal	1	1	1	1	1	1	1	1	8
Genormeerde afstand = 3/8									37,5%
Genormeerde overeenkomst = 1 - 3/8									62,5%

7. Wat kan wel/niet door de beugel?

De hamvraag is nu: is een auditieve overeenkomst van 62,5% toelaatbaar? Bij BECEL-BENECOL oordeelde de rech-

Tabel 2. Berekening van auditieve (A) en visuele (B) string-edit distance (ruw en genormeerd voor woordlengte) en overeenstemming voor het merkenpaar BECEL-BENECOL

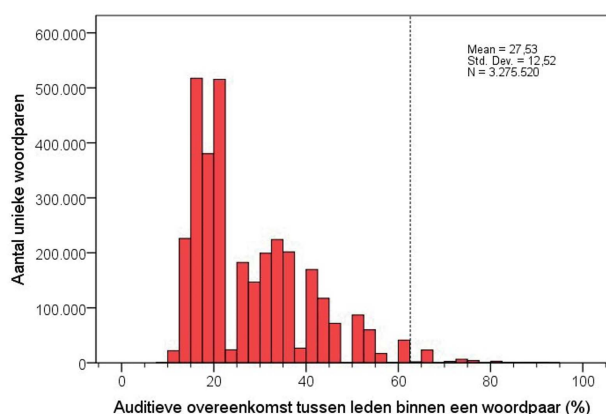
A. Auditief (fonetisch schrift)										
	b	e	e			s	'	ɛ	l	Totaal
Voeg in				n	ə					
Vervang						k		ɔ		
Reeks B	b	e	e	n	ə	k	'	ɔ	l	
Strafpunten				1/2	1/2	1		1		3
Maximaal	1	1	1	1/2	1/2	1	1	1	1	8
Genormeerde afstand = 3/8										37,5%
Genormeerde overeenkomst = 1 - 3/8										62,5%

B. Visueel (orthografisch)								
	B	E			C	E	L	Totaal
Voeg in			N	E				
Vervang						O		
Reeks B	B	E	N	E	C	O	L	
Strafpunten			1/2	1/2		1		2
Maximaal	1	1	1/2	1/2	1	1	1	6
Genormeerde afstand = 2/6 =								33,3%
Genormeerde overeenkomst = 1 - 1/3								67,7%

ter van wél. Bij KORNUIT-KORDAAT in eerste instantie ook. Voor het hoger beroep in de biermerkenzaak is Van Heuven nagegaan hoeveel twee willekeurige woorden getrokken uit het Nederlandse woordenboek (de 3000 meest gebruikte werkwoorden en enkelvoudige zelfstandige en bijvoeglijke naamwoorden, de zgn. top-3000) op elkaar lijken (zie boven).⁷⁷ Figuur 3 geeft de statistische verdeling van de auditieve overeenkomst voor de miljoenen unieke woordparen die je kunt maken door elk woord in de top-3000 te vergelijken met elk ander woord in de lijst.⁷⁸

Van de ruim 3,25 miljoen woordparen hebben er 43.162 een auditieve overeenkomst van 62,5% of nog meer. Dat lijkt veel maar ten opzichte van het totaal aantal paren is dat een fractie van slechts 1,3%. De kans dat naast het al bestaande KORNUIT louter toevallig een tweede naam gekozen wordt die daar minstens evenveel op lijkt als KORDAAT is dus klein; opzet is waarschijnlijker dan puur toeval, in een verhouding van 69 tegen 1.⁷⁹

Figuur 3. Statistische verdeling van auditieve overeenkomst (100 – string edit distance, %) voor alle paren Nederlandse woordlemma's (top-3000 meest gebruikte inhoudswoorden). Van slechts 1,3% van de ruim 3,25 miljoen woordparen klinken de leden hetzelfde voor 62,5% of nog meer (alles rechts van de stippellijn).



Wij kennen geen onderzoek in de Europese Unie, laat staan in de Benelux of Nederland, waarin systematisch is

77 Hierbij nemen we aan dat merknamen zich niet anders gedragen dan normale Nederlandse woorden. Ter controle zou dit werk uitgevoerd moeten worden op de verzameling nieuwe merknamen die, bijvoorbeeld, vanaf het jaar 2000 op de Nederlandse markt zijn gebracht, en de resultaten te vergelijken met de uitkomst van de top-3000 lijst van gewone woorden.

78 Van woorden die hetzelfde klinken maar anders gespeld worden (homofonen), doet er maar één mee in de vergelijking, waardoor er 440 woorden afvallen. Van de aanvankelijke 3000 woorden blijven er dan nog 2560 over, waarmee je $(2560 \times 2559) / 2 = 3.275.520$ unieke paren kunt maken.

79 In de oorspronkelijke rapportage wordt een kansverhouding van 199:1 genoemd. Deze was gebaseerd op een grover type (zgn. binair) fonetisch schrift, waarin iedere betekenisonderscheidende klank wordt voorgesteld door precies één teken, ook in geval van tweeklanken en lange klinkers. Als gevolg daarvan is de afstand tussen /aa/ en /œy/ kleiner dan in de berekening die wij voor dit artikel gebruiken. De string-edit distance wordt dan 28,57% en de auditieve overeenstemming 71,43%. Slechts 0,44% van de woordparen in de top-3000 lijkt zo veel op elkaar (of nog meer).

nagegaan bij welke mate van auditieve en/of visuele overeenkomst tussen merknamen de rechter oordeelt dat twee namen te veel overeenstemmen om naast elkaar op de markt te mogen bestaan. Voor de Amerikaanse situatie hebben Van Heuven en Disner met behulp van de Lexis-Nexis database 51 paren merknamen gevonden waarvoor gerechtelijke uitspraken beschikbaar waren. Daarbij waren de beslissingen volgens de toelichting primair gebaseerd op auditieve overeenkomst. De merknamen werden fonetisch getranscribeerd in overeenstemming met de uitspraak van de betreffende producten zoals die te horen was in reclame-uitingen op televisie of radio. Daarna is paarsgewijs de auditieve overeenstemming bepaald met behulp het percentage gedeelde bigrammen en de genormeerde string-editovereenstemming. Met een geoptimaliseerde weging van deze twee overeenstemmingsmaten (de string-edit distance ca. vier keer zo zwaar als het percentage gedeelde bigrammen) konden de onderzoekers 42 van de 51 (82%) gerechtelijke beslissingen correct voorspellen. Dit betekent dat de Levenshteinafstand, zoals door Van Heuven en Disner geïmplementeerd, een betere voorspeller is van de gerechtelijke beslissingen dan de bigramovereenkomst, maar dat de combinatie van beide maten de voorspelling toch nog iets scherper maakt. Een analyse van de classificatiefouten van het beslissingsalgoritme gaf aan dat de rechter (of jury) in een aantal gevallen zich toch vooral had laten leiden door de schriftelijke vorm van de betreffende merknamen, en niet door de uitspraak. De conclusie was dat *grosso modo* de Amerikaanse rechtbanken intuïtief een vrij scherpe scheidslijn hebben aangehouden bij hun uitspraken over wel of niet acceptabele auditieve overeenkomst tussen merknamen. Vergelijkbaar onderzoek zou kunnen worden uitgevoerd op een verzameling van Europese rechtszaken, liefst gescheiden per taalgemeenschap, om na te gaan of ook in Europa sprake is van een scherpe scheidslijn tussen ontoelaatbare overeenkomst en voldoende verschil in concurrerende merknamen.⁸⁰

8. Tot slot

De mate van overeenstemming tussen merk en teken is een grote factor – waarschijnlijk zelfs de grootste factor – voor de vraag of er al dan niet sprake is van verwarringsgevaar. Door de jaren heen zijn er in de rechtspraak op basis van intuïtie een scala aan vuistregels ontwikkeld voor het vaststellen van de mate van overeenstemming. Een deel van deze regels en uitgangspunten zijn (ten dele) wetenschappelijk te verantwoorden, zoals de regel dat de

80 Zie Van Heuven, Disner & Heeringa, What's in a name? On the phonetics of trademark infringement. Lecture presented at the 29th Annual Conference of the International Association for Forensic Phonetics and Acoustics, Marburg 2021. <https://www.researchgate.net/publication/370341623>; Disner & Van Heuven, Some measures of phonetic similarity for use in legal trademark disputes. *Proceedings of the 20th International Congress of Phonetic Sciences*, Prague 2023. <https://www.researchgate.net/publication/371340744>.

consument in beginsel meer let op overeenstemming en/of verschillen in het begin van woorden. Maar een deel van de uitgangspunten in het merkenrecht zijn niet te rijmen met de empirie: consumenten letten in de regel niet meer op overeenstemming dan verschil en visuele en auditieve overeenstemming zijn in de regel niet op één hoop te gooien.

In *Equivalenza* is één van de centrale boodschappen van het HvJ EU dat het vaststellen van de mate van overeenstemming een feitelijke aangelegenheid is, die strak gescheiden moet worden van de uiteindelijk normatieve beoordeling van het verwarringsgevaar.⁸¹ In dit artikel hebben wij laten zien dat bij het zo secuur mogelijk vaststellen van de mate van overeenstemming de taal- en cognitiewetenschap ons kan helpen. Daarvoor is wel noodzakelijk dat de IE-gemeenschap bereid is om van uitgangspunten en regels af te stappen waar al zo lang op wordt vertrouwd. Wij hebben hier al het vertrouwen in. Het helpt in dat kader dat de resultaten van taalkundig onderzoek tegenwoordig steeds toegankelijker zijn, waardoor advocaten en juristen er ook steeds gemakkelijker gebruik van kunnen maken. De Levenshtein-methode, die behulpzaam kan zijn bij het vaststellen van de mate van overeenstemming (zie paragraaf 6), is bijvoorbeeld gratis beschikbaar in een gebruiksvriendelijke app (zie noot 67). Als rechters vervolgens bereid zijn om deze methoden te omarmen als zij worden toegepast in een zaak, zelfs als zij afwijken van intuïtieve (maar foutieve) regels die al zo lang rondzweven in het merkenrecht, dan kunnen er wat ons betreft echt goede stappen worden gemaakt naar een voorspelbaarder en uiteindelijk beter systeem.

Visser en De Jager noemde het in hun boekje 'Te intellectuele eigendom' terecht dat IE een beetje de reputatie heeft van een mandarijnenwetenschap.⁸² Of dit zo is, laten wij in het midden. Maar dat het IE-recht niet zo hoeft te zijn, daar zijn wij stellig van overtuigd.

81 Zie over het normatieve verwarringsbegrip o.a. Quaadvlieg, 'Herkomst- en goodwillinbreuk in het merkenrecht na Intel en L'oreal', *AA* 2009/799; Torenbosch, 'Een update over marktonderzoek in merkenzaken', *BIE* 2022/5, p. 212 e.v.

82 Visser & De Jager, *Te intellectuele eigendom*, Amsterdam: Delex 2010, p. 1.