

Vraagstellingen bij juridisch (IE) marktonderzoek

(over open, gesloten, geholpen en sturende vragen)

Inleiding

“Een goede vragenlijst vormt het hart (of misschien beter: de achilleshiel) van elk juridisch marktonderzoek” (**Van den Berg**, Marktonderzoek in de Rechtszaal, pag. 59)¹.

Kleine variaties in vraagformuleringen kunnen grote gevolgen hebben voor de onderzoekuitkomsten. De verwoording van vragen – is de vraagformulering begrijpelijk en eenduidig, en niet sturend – is een van de belangrijkste zo niet het belangrijkste aspect van de vragenlijst.

Op 26 april 2022 oordeelde het hof Den Haag in ‘**Van Haren tegen Airwair**’² onder 6.5.4 bijvoorbeeld: *“De door Van Haren overgelegde marktonderzoeken kunnen niet tot een ander oordeel leiden. Aan beide rapporten kleven gebreken – zoals een te algemene en onduidelijke vraagstelling die ruimte laat voor niet relevante antwoorden, als ook onvoldoende gespecificeerd c.q. te ruim doelpubliek”*.

En onder 6.5.5 over het door Airwair in die zaak verrichtte tegenonderzoek: *“Niet valt in te zien dat de vraagstelling in dit marktonderzoek te sturend zou zijn, zoals door Van Haren aangevoerd.”*

Vraagstelling zijn dus ook volgens rechters van groot belang en worden in wellicht toenemende mate in uitspraken beoordeeld. Reden genoeg om een beschouwing te wijden aan vraagstellingen bij juridisch (IE) marktonderzoek.

Vraagtypen

Er zijn tal van *soorten vragen*.

Veelal worden onder andere de volgende vraagtypen onderscheiden:

- **Open** vragen – vragen die uitnodigen gedachten, gevoelens of meningen te uiten, met geheel open antwoord mogelijkheden.
 - Voorbeeld: ‘*Wat zijn open vragen?*’, of ‘*Wat vindt u van deze verpakking?*’.
- **Gesloten** vragen – vragen waarin de antwoordmogelijkheden al in de vraagstelling zitten opgesloten. Meestal een ja/nee keuze.’
 - Voorbeeld: ‘*Heeft u deze verpakking al eens eerder gezien, of is dat niet het geval?*’.
- **Gerichte** vragen – dit zijn open vragen naar heel feitelijke gegevens, dus niet naar gedachten, enz.
 - Voorbeeld: ‘*Hoeveel huizen staan er in deze straat?*’, of ‘*Wat is uw leeftijd?*’.
- **Reflecterende** vragen – vragen waarin getoetst wordt of men samenvattend de opvatting van de bevraagde goed heeft begrepen.
 - Voorbeeld: ‘*Dus u gebruikt dit product niet meer?*’.

¹ Marktonderzoek in de Rechtszaal, Harry van den Berg, 2007, Stichting voor Culturele Studies.

² Vzr. Hof Den Haag 26 april 2022, IEF 20713, IEFbe 3448; ECLI:NL:GHDHA:2022:722.

- **Keuze- of geholpen** vragen – dit zijn gesloten vragen waarin de alternatieve antwoordmogelijkheden (anders dan alleen ‘ja/nee’) worden voorgelegd, hetzij in de vraagstelling zelf, hetzij met behulp van een lijst met antwoordmogelijkheden.
 - Voorbeeld: *‘In welke leeftijdscategorie valt u?’ [antwoordmogelijkheden: jonger dan 18 jaar / 18 t/m 34 jaar / 35 t/m 49 jaar / 50 t/m 64 jaar / 65 jaar of ouder].*
- **Suggestieve of sturende** vragen – vragen die sturen in de richting van het antwoord.
 - Voorbeeld: *‘Wat is uw mening over dit bekende merk?’*. In deze vraag wordt gezegd dat het merk ‘bekend’ is, en dat suggereert in het algemeen dat het ‘dus’ wel een goed en groot merk zal zijn.
- **Retorische** vragen – dit zijn beweringen in de vorm van een vraag, terwijl er geen antwoord op verwacht (tenzij wellicht een volmondig ‘ja’).
 - Voorbeelden: *‘Wilt u de volgende vraag beantwoorden?’* of *‘U weet toch wel dat dit een bekend merk is?’*.

Er bestaan nog tal van andere vraagtypen, zoals bijvoorbeeld schaalvragen en rangordeningsvragen, maar in het kader van mijn bespreking van vraagtypen die bij juridisch marktonderzoek het meest relevant zijn, bespreek ik met name **open** vragen, **gesloten** vragen, **geholpen** vragen en **sturende** vragen, en hoe de rechtspraak daar mee omgaat.

Basisregels

De *basisregel* bij vraagformuleringen is, dat het taalgebruik niet alleen moet aansluiten bij de bevraagde doelgroep, maar ook moet aansluiten bij de belevingswereld van de doelgroep. Bij merkenrechtelijke kwesties worden de marktonderzoekers meestal aangestuurd door juristen. Het is dan aan de onderzoekers om de juridische vraagstelling te vertalen in een voor de doelgroep duidelijke en begrijpelijke vraagstelling, conform de regelen der kunst.

Veelal wil men marktonderzoek gebruiken om na te gaan of er al dan niet sprake is van herkomstverwarring. Men wil bijvoorbeeld weten wie de aanbieder of de fabrikant van een product is. Er wordt dan een verpakking getoond, en gevraagd *“Weet u van welke fabrikant dit afkomstig is?”*. Hierbij wordt er echter ten onrechte van wordt uitgegaan dat de consument zou kunnen weten wie de fabrikant is. In zijn algemeenheid zijn consumenten er niet van op de hoogte uit welke fabriek een product komt. Wat ze vaak wel weten, is welke merknaam er op een bepaald product staat, en hoe de verpakking er uit ziet. Vragen naar de naam van de achterliggende fabrikant lokt raden uit. Veel respondenten willen namelijk liefst niet al te dom lijken.

Bij juridisch marktonderzoek is het van het grootste belang dat vraagformuleringen geen elementen bevatten die zouden kunnen functioneren als al dan niet subtiele aanwijzingen voor mogelijke antwoorden (Van den Berg, pag. 69). Suggestieve of sturende vragen zijn dus uit den boze.

Open vragen

Van den Berg stelt vervolgens dat – waar mogelijk – *open vragen* de voorkeur verdienen boven gesloten vragen.

Dit is een stelling die in zijn algemeenheid door vrijwel alle sociale wetenschappers zal worden onderschreven.

Echte open vragen wijken af van de quasi-open vragen, zoals sturende vragen en gerichte vragen, doordat de respondent volkomen vrij is in zijn antwoord. Er wordt op geen enkele wijze – al dan niet subtiel – gehint in een bepaalde richting ('geef uw mening over dit bekende merk') en er zijn geen duidelijke kaders waarbinnen moet worden geantwoord ('hoeveel huizen staan er').

Gerichte en sturende vragen

Open vragen waarin alleen een reactie wordt gevraagd op een specifiek aspect van het bevragingsonderwerp kunnen worden beschouwd als een variant van *gerichte* vragen, maar dan echter met een open (niet-feitelijke) antwoordmogelijkheid.

Ogenschoijnlijk open vragen kunnen dus wel degelijk een vorm van *sturing* in zich dragen. Door bij de vraagstelling de ondervraagde bijvoorbeeld te vragen speciaal ook (maar niet uitsluitend) te letten op een of meer aspecten, treedt heel duidelijk sturing op. Weliswaar wordt de ondervraagde dan niet beperkt in de inhoud van zijn antwoordmogelijkheden, maar zijn aandacht wordt wel gestuurd, en door die focus op een (of meer) aspecten te leggen, worden dus ook de antwoorden gestuurd.

In '**Lacoste tegen Hema**'³ laat het hof Den Haag op 11 augustus 2020 een onderzoek buiten beschouwing omdat de daarin gestelde vragen *"..... door het gebruik van het woord "merk" te sturend is wanneer moet worden vastgesteld of het publiek een teken percipieert louter als decoratie of (ook) als merk."* (zie r.o. 31).

Ook kan het zijn dat de respondent aanvullend specifieke extra informatie over het bevragingsonderwerp wordt gegeven.

Ik verduidelijk dit met een door mij bewerkt voorbeeld uit Van den Berg (pag. 67).

1. *"Dit is de verpakking van een nieuw soort margarine. Weet u van welke fabrikant dit afkomstig is?"*

Indien de respondent een bevestigend antwoord geeft, is de vervolgvraag:

2. *"Van welke fabrikant (of van wie) is deze verpakking volgens u afkomstig?"*

Vraag 1 is een open vraag, maar desalniettemin een sturende vraag, omdat in de introductie aan de respondent informatie wordt verschaft in welke richting het antwoord moet worden gezocht, namelijk een nieuw soort margarine.

EUIPO kwam in december 2021 bij **Nestlé tegen Impossible Foods**⁴ in een sterk op het eerste deel van vraag 1 uit het voorbeeld van Van den Berg gelijkende casus tot een soortgelijke conclusie (pagina 10, 5e Alinea): *"By asking the consumers what comes to mind when seeing 'impossible burger', the consumers are already prompted, forced even, to think about it and give an answer, which is the result of the thought process and imagination. The answers given may thus be considered to be more the result of the*

³ Hof Den Haag 11 augustus 2020, IEF 19365; C/09/557888.

⁴ Fifth Board of Appeal, 22 December 2021, IEF 20470, IEFbe 3353; R 972/2021.

suggestive or evocative nature of the expression, but they do not necessarily mean that the consumers see such expression as a direct description of a characteristic of the goods.”⁵

Een iets betere open vraag dan vraag 1 uit het voorbeeld van Van den Berg, die in elk geval niet sturend is, zou in dit geval bijvoorbeeld kunnen zijn:

- *“U ziet hier een verpakking. Weet u misschien van wie dit afkomstig is, of heeft u geen idee?”*

Deze vraag is weliswaar niet sturend in de richting van ‘een nieuw soort margarine’, maar veronderstelt nog steeds dat de respondent een idee zou kunnen hebben over wie de aanbieder daarvan is, en dat is vaak zeer twijfelachtig. Zie ook de eerder genoemde basisregels.

Maar hoe moet het dan wel?

De juiste vraag?

Op 8 mei 2002 gaf de rechtbank 's-Gravenhage in de bekende **Toblerone**-zaak⁶ aan hoe haars inziens de juiste vraagstelling ‘ongeveer’ zou hebben moeten luiden, namelijk *“Ik toon u deze foto van een verpakking en ik noem het woord chocolade. Denkt u nu ergens aan?”*.

Ook dit is naar mijn oordeel een voorbeeld van een niet erg geslaagde formulering, en wel om twee redenen⁷:

- Door het noemen van de aard van de waar – chocolade – treedt het zogenoemde ‘marktleiderseffect’ op, en daarvoor zou moeten worden gecorrigeerd. Hierop wordt later in deze bijdrage uitgebreid ingegaan.
- De vraag ‘Denkt u nu ergens aan?’, nodigt uit tot ‘bewust’ nadenken en suggereert enigszins ‘aan welk (andere) product doet dit denken’, met als mogelijke reactie ‘doet me denken aan KitKat’. Deze formulering lokt associaties met andere producten of merken uit, en stimuleert onvoldoende om heel spontane ingevingen en gedachten te uiten. De beantwoording van de achterliggende juridische vraag moet niet 1 op 1 aan de consument worden voorgelegd, en zeker niet door daarbij in de formulering impliciet enige sturing aan te brengen.

Bij merkenrechtelijke onderzoeken, ook als men wil achterhalen of bijvoorbeeld een verpakking verwantschap vertoont met die van een andere aanbieder, wordt veelal en bij voorkeur een meer neutrale en nog opener formulering dan te vragen *“Denkt u nu ergens aan?”*, gehanteerd, namelijk:

- *“Wat komt er in u op, als u dit ziet?”*

Toch zijn spontane associaties slechts het topje van de ijsberg.

Motivering vereist; de ‘waarom’-vraag

⁵ *The first question of the survey was the following: ‘The IMPOSSIBLE BURGER is a vegetarian burger. What comes to mind when you see IMPOSSIBLE BURGER?’.*

⁶ IER 2002/39, en Engelstalige uitspraak, Rechtbank Den Haag, 8 mei 2002: IEF 7649 IE-Forum.nl | Mars vs. Kraft: Shape of Toblerone is valid 3D mark.

⁷ zie ook D.W.F. Häcker, ‘Marktonderzoek in merkenzaken – wrap up en perspectief’, IE-Forum nr. IEF 11965).

Essentieel is uit te zoeken waarom men die ingevingen, gedachten en associaties had. En daartoe dient vervolgens een motiveringsvraag te worden gesteld: de ‘*waarom-vraag*’:

- “*Waarom gaf u het antwoord [letterlijke herhaling van het eerder gegeven antwoord]??*”

Pas uit de motivering zal kunnen blijken of er wellicht sprake is van verwantschap of verwarring. Want het louter in herinnering worden opgeroepen van een ander merk (‘associatie’) kan ook betekenen dat men beide merken van elkaar onderscheidt. Na het tonen van een op Pepsi Cola gelijkende fles zonder de merknaam Pepsi er op, kan bijvoorbeeld Coca-Cola worden genoemd. Als dan uit de motivering blijkt dat men door de getoonde cola-fles bedacht dat men zelf een voorkeur heeft voor Coca-Cola, dan zegt dit niets over eventuele verwarring omtrent de getoonde cola-fles.

In ‘**Philips tegen Lidl**’⁸ blijkt op 6 april 2021 dat het hof Den Haag belang hecht aan een duidelijk motivering voor het noemen van een merk na het tonen van de afbeelding van het getoonde Silvercrest scheerapparaat. Het louter noemen ‘Philips’, zonder een relevante motivering in antwoord op de ‘*waarom*’-vraag acht het hof – mijns inziens terecht – onvoldoende. Onder 4.27 wordt namelijk gezegd: “*Daarnaast heeft een aanzienlijk aantal andere respondenten die ‘Philips’ als merk noemen, geen reden gegeven voor dat antwoord. Daarom kan niet worden uitgesloten dat die respondenten dat merk uitsluitend hebben genoemd omdat het een merk is dat bekend is bij de respondenten, althans kan niet worden aangenomen dat die respondenten de herkomst afleiden uit de gestelde overeenstemming in vormgeving.*”

In ‘**Van Haren tegen Airwair**’⁹ wordt op 8 april 2022 door **BOIP** onder punt 30 van de Cancellation Decision terecht geconstateerd: “*And the responses to the second question (“Why do you think that?”) and following questions are incomprehensible without knowing the response to the first question.*”. Maar het omgekeerde geldt evenzeer.

Niet elke ogenschijnlijk open vraag is dus een goed geformuleerde, niet-sturende of zelfs maar een afdoende bruikbare vraag.

Het feit dat open vragen antwoorden opleveren die alle kanten op kunnen gaan en veel volstrekt irrelevante kunnen reacties opleveren, betekent dat alle antwoorden zorgvuldig bekeken, geanalyseerd en gecodeerd moeten worden. Het goed coderen van antwoorden uit open vragen is een vak apart. Hier wringt het wel eens bij rapportages van marktonderzoeken die in juridische (IE-) procedures worden ingediend.

Controleerbaarheid van de uitkomsten

Zonder kritische beoordeling van het in de onderzoeksrapportage overlegde ‘code frame’ dat voor de verwerking werd opgesteld, kan niet goed worden bepaald of de rapportage van de open vragen een getrouwe evenwichtig ingedikte weergave van alle antwoorden is, of dat er daarbij onwelgevallige informatie is weggelaten en op die wijze sprake is van een discutabele sturende rapportage. Ingebrachte marktonderzoek-uitkomsten dienen *verifieerbaar* te zijn voor rechter en tegenpartij.

⁸ Hof Den Haag 6 april 2021, IEF 20113; ECLI:NL:GHDHA:2021:1371.

⁹ BBIE 8 april 2022, IEF 20660, IEFbe 3423; No3000257.

In **‘Incredible Burger tegen Impossible Burger’** wordt onder 4.13 door het hof Den Haag¹⁰ gezegd: *“Allereerst is het hof,, van oordeel dat het onderzoek en het rapport niet aan de daaraan te stellen formele eisen voldoen wat betreft voldoende duidelijkheid en controleerbaarheid van de gegeven antwoorden. Zo worden de groep antwoorden “anders” en “in deze context geen betekenis” niet voldoende gespecificeerd. Voorts is de kwalificatie van de diverse antwoorden als beschrijvend betwistbaar.”*

In **‘Lacoste tegen Hema’** wijdt het hof Den Haag¹¹ een hele reeks rechtsoverwegingen (r.o. 21 – 37) aan de ingebrachte marktonderzoeken. Daarin wordt onder andere aandacht besteed aan het niet inzichtelijk maken van substantiële groepen ‘anders’ bij open vragen (r.o. 27): *“..... en wordt geen inzicht gegeven in de antwoorden op de eerste vraag (“Wat komt er op als u dit product ziet?”), die zijn gecategoriseerd als “anders”, terwijl het daarbij gaat om aanzienlijke en dus relevante percentages van 10 tot 21%.”*

De meeste mensen nemen niet de moeite om op een open vraag spontaan heel uitgebreid en gedetailleerd te antwoorden. Daarom is het vaak niet alleen zinvol om na een open vraag de ‘waarom’-vraag te stellen, maar ook kan een vervolg-open vraag heel nuttig zijn om het eerder gegeven spontane antwoord verder te doen uitdiepen (en vervolgens te laten motiveren). Dus bijvoorbeeld:

- *“Wat komt er in u op, als u dit ziet?”*
- *“Waarom gaf u het antwoord [letterlijke herhaling van het hiervoor gegeven antwoord]?”*
- *“En wat komt er nog meer in u op, als u dit ziet?”*
- *“En waarom gaf u het antwoord [letterlijke herhaling van het hiervoor gegeven antwoord]?”*

Maar dan nog blijkt dat het goed onder woorden brengen van wat men ergens van vindt, soms lastig is. En bovenal blijkt dat men er eigenlijk nooit toe komt om al zijn gedachten en sluimerende gevoelens te uiten. Zeker als het – zoals tegenwoordig bij kwantitatief onderzoek meestal het geval is – om een online ‘self completion’ vragenlijst gaat, en het niet een mondeling afgenomen interview betreft waarbij de interviewer ruimschoots de tijd kan bieden tot antwoorden en dit ook kan stimuleren door bijvoorbeeld heel vragend te kijken. Ter zijde zij opgemerkt dat interviewers echter ook ongewenste invloed op de antwoorden van respondenten kunnen hebben, door op eigen initiatief soms ogenschijnlijk kleine afwijkingen in de letterlijke vraagtekst aan te brengen.

In de reeds eerder genoemde beslissing van het BBIE op 8 april 2022 in de casus **Van Haren tegen Airwair** werd bovendien impliciet geconstateerd dat open vragen tot lagere percentage leiden dan gesloten of gerichte vragen : *“..... to the extent that the percentage that was mentioned by the claimant (34%) of the respondents who answered Dr. Martens to the first question, still appears quite high given the very open-ended nature of that question.”*

Geholpen vragen

Soms bieden ook twee open vragen met aanvullende ‘waarom’-vragen geen soelaas, en kan het nodig of nuttig zijn ook een *geholpen vraag* te stellen.

¹⁰ Hof Den Haag 12 april 2022, IEF 20668; C/09/58 1242 / HA ZA 19-1062.

¹¹ Hof Den Haag 11 augustus 2020, IEF 19365; C/09/557888.

Dus na de open vragen (wat komt er in u op / waarom gaf u dat antwoord / wat komt er nog meer in u op / waarom gaf u dat antwoord) volgt dan een vraag zoals:

- “Weet u op basis van deze lijst met namen misschien welke aanbieder of aanbieders deze aanduiding gebruikt?” Getoond wordt dan een gerandomiseerde lijst met namen, bijvoorbeeld: Praxis, Karwei, Gamma, Hubo, Multimate, Bauhaus, Hornbach, Kluswijs, alsmede ‘anders, nl’ en ‘weet niet / geen idee’.

Essentiële voorwaarden bij het formuleren van geholpen¹² vragen zijn (zie bijvoorbeeld ook Van den Berg, pag. 70):

- Ze moeten evenwichtig (niet-sturend) zijn geformuleerd;
- Ze moeten alle theoretisch mogelijke uiteenlopende opinies / antwoordmogelijkheden van de respondenten in de bevraagde doelgroep omvatten.

Goede evenwichtige geholpen vragen kunnen helpen om het geheugen van de respondent op te frissen en sluimerende gedachten los te weken, die men spontaan nog niet onder woorden kon brengen, door evenwichtige en goed dekkende antwoordopties voor te leggen. Het geheugen van een consument (en bevraagden in het algemeen) is niet perfect, en niet iedereen komt meteen op het antwoord dat hij eigenlijk had willen geven.

Een veel voorkomende misvatting is, dat ‘geholpen’ vragen per definitie ‘sturende’ vragen zouden zijn.

Sturing door middel van de voorgelegde antwoordopties treedt pas op wanneer er een te beperkt of duidelijk onvolledig aantal antwoordmogelijkheden wordt voorgelegd. Belangrijk daarbij is dat de antwoordmogelijkheden “*anders, namelijk*” en “*geen idee / weet niet*” ook steeds worden aangeboden.

Bij open vragen naar de bekendheid van merken (spontane bekendheidsvragen) worden, vooral in markten met veel aanbieders of merken, met name de bekende en grote merken (‘marktleiders’) teruggespeeld, omdat de ondervraagden niet alle namen van merken die hij kent, ooit heeft gebruikt of slechts af en toe gebruikt, spontaan zal opnoemen. Ook bij een tweede open vraag (bijvoorbeeld “*Van welke merken heeft u nog meer ooit iets gezien, gehoord of gelezen?*”) zullen niet alle merken die de ondervraagde kent, worden opgenoemd. Dit geldt niet alleen voor markten waarin veel aanbieders actief zijn.

Dan vormt de geholpen bekendheidsvraag, waarin zo veel mogelijk aanbieders in de betreffende markt worden voorgelegd, een zeer nuttige aanvulling, waardoor men een completer beeld krijgt van de aanbieders waarmee de respondent op enigerlei wijze mee bekend is. Het is vissen met een fijnmazig schepnet, terwijl een open vraag een schepnet met heel grove mazen is.

¹² Van den Berg spreekt in zijn boek over ‘gesloten vragen’, maar ik noem dit geholpen vragen, en beperk het begrip ‘gesloten vragen’ tot vragen waarbij in de vraagstelling al zit opgesloten dat men een vooraf beperkte enkelvoudige antwoordmogelijkheid heeft (bijvoorbeeld ‘ja’ of ‘nee’), en er dus niet een vrije keuze uit verschillende antwoordmogelijkheden is.

Geholpen vragen leveren een hogere respons op: minder mensen zullen ‘weet niet’ antwoorden of helemaal niets invullen dan bij open vragen. De voorgelegde antwoordmogelijkheden werken als een geheugen-opfrisser, met echter als risico dat sommigen ook zomaar wat kunnen gaan invullen. Maar dat laatste effect zal in beginsel alle antwoordopties kunnen treffen, en dat heeft dan dus geen vertekenend effect ten gunste van slechts één specifieke antwoordoptie.

Niet voor niets is het in marketingkringen gebruikelijk om bij het registreren van de bekendheid van merken in een productcategorie zowel de spontane bekendheid (op basis van een open vraag) als ook de geholpen bekendheid te meten, en wel als volgt:

- Top-of-mind bekendheid (TOMA; het spontaan als eerste genoemde merk) – open vraag;
- Overige spontaan genoemde merken – open vraag;
- Totale spontane bekendheid – het ongedupliceerde totaal van TOMA en overig spontaan;
- Geholpen bekendheid (meestal op basis van voorgelegde merknamen of logo's).

Geholpen vragen worden nogal eens verward met gesloten ('ja/nee') vragen, omdat geholpen vragen op gesloten vragen lijken, doordat ze de ondervraagde een *keuze* aanbieden uit antwoordmogelijkheden. In die zin zijn geholpen vragen dus in zekere zin gesloten: er is een keuze uit een vastgesteld aantal antwoordopties, met als enige extra mogelijkheid de 'anders, namelijk'-optie.

Qua verwerking zijn gesloten en geholpen vragen veel gemakkelijker, sneller en goedkoper dan open vragen, maar vooral ook minder gevoelig voor verwerkingsfouten omdat de antwoordmogelijkheden in feite al zijn voorgelegd. Alleen de 'anders namelijk'-optie hoeft nog te worden gecodeerd.

Een ander niet onbelangrijk voordeel van het weglaten van open vragen en alleen enkele geholpen vragen stellen, kan zijn dat dan de vragenlijst een stuk korter wordt en daardoor aantrekkelijker wordt voor de respondent. Daardoor zullen minder respondenten de vragenlijst slechts ten dele invullen, en zal het de neiging tot het afraffelen van de vragenlijst omdat hij zo lang is, afnemen.

Het voldoen aan de eerder genoemde voorwaarden van Van den Berg bij het gebruikmaken van gesloten vragen, zijn – zeker als de gesloten vragen geheel in de plaats komen van open vragen – echter cruciaal.

Stel men wil nagaan welke merknaam of merknamen er volgens de consument op een te tonen verpakking staan. Het gaat er daarbij niet om of er bij de consument na het zien van de verpakking wellicht één of meer andere verpakkingen of merken opkomen, maar alleen om de vraag welke van de aanduidingen die op de verpakking staan, volgens de consument de merknaam of de merknamen zijn.

Men kan dit onderzoeken door middel van een of meer open vragen, maar het is ook mogelijk dit te onderzoeken door een geholpen vraag.

Niet sturende geholpen vraag

Ik geef een door mij bedacht theoretisch voorbeeld van een geholpen vraag die wel gericht, maar niet sturend is.

Men toont onderstaande verpakking (Old El Paso Vegan FAJITA the Kit Smoky BBQ), en wil weten welke van de aanduidingen daarop als 'merk'-aanduidingen worden gepercipieerd. Het gaat er in dit geval dus niet om, om verwarring met een ander merk vast te stellen, maar alleen om vast te stellen welke van de aanduidingen door de consument als 'merk' wordt of worden gezien.



Na het kortstondig tonen van de verpakking wordt gevraagd:

“Welke merknaam of merknamen heeft het zojuist afgebeelde product volgens u?”

Als antwoordmogelijkheden wordt het volgende lijstje voorgelegd (de eerste vijf in gerandomiseerde volgorde; en de respondent kan desgewenst meer dan één antwoord geven):

- The Kit
- Old El Paso
- Vegan
- Smoky BBQ
- Fajita

- Anders, nl.
- Geen idee / weet niet

De antwoordmogelijkheden voldoen mijns inziens aan de eisen zoals Van den Berg die ook verwoordt, ze zijn namelijk niet niet-sturend en evenwichtig: geen van de antwoordmogelijkheden wordt bevoordeeld ten opzichte van de andere. Bovendien is het lijstje met antwoordmogelijkheden volledig: geen enkel theoretisch mogelijk antwoord ontbreekt in het lijstje, dat bovendien op een evenwichtige manier (roterend) wordt voorgelegd.

Is deze geholpen vraagstelling, ook als er geen open vraag aan vooraf is gegaan, sturend in de zin van dat er sturing in zit opgesloten ten faveure van een of meer antwoordmogelijkheden? Ik meen van niet.

Toch wordt – ook in rechterlijke uitspraken – bij tijd en wijle botweg gesteld dat geholpen vragen per definitie sturende vragen zijn. En dat is naar mijn oordeel dus niet juist. Zie het bovenstaande voorbeeld. Het hangt er helemaal van af, wat het onderzoeksdoel is. En in dit geval is er niets op tegen om de aanduidingen als mogelijke merken te betitelen.

Marktleiderseffect vereist controlegroep

Tot slot het '*marktleiderseffect*' (what's in a name). Dit is geen apart vraagtype, maar het effect dat 'mind setting' optreedt wanneer bij de vraagstelling de aard van de waar wordt benoemd. Dus bij het tonen van de stimulus (bijvoorbeeld een naam of een afbeelding) wordt aanvullend informatie over de productcategorie gegeven. Deze informatie beïnvloedt de antwoorden die zullen gaan worden gegeven, al voordat vervolgens de daadwerkelijke (open) vraag/vragen worden gesteld. Zie de eerder genoemde Toblerone casus.

Het loutere noemen van de 'aard van de waar' leidt er namelijk toe dat de ondervraagde meteen ook aan allerlei merken en producten/varianten binnen de categorie zal gaan denken. Bijvoorbeeld het merk dat men thans gebruikt, of het merk dat men als het ideale merk ziet, of juist een merk waar men recent slechte ervaringen mee had, enz. En de kans is aanwezig dat men alleen al daarom – los van de specifieke kenmerken van de getoonde test-stimulus (product, verpakking, naam) – een van de merken (of producten) die spontaan opkwamen gaat noemen, terwijl die niet eens enige uiterlijke of fonetische verwantschap hebben met de getoonde test-stimulus. En dat hoeft dus lang niet altijd de marktleider te zijn. Het kan namelijk elk merk zijn dat iemand spontaan te binnen schiet. Daarom zou het ingeburgerde begrip 'marktleiderseffect' beter 'spontane bekendheidseffect' genoemd moeten worden.

Om het optreden van het marktleiderseffect te voorkomen, moet dus de aard van de waar niet bij of in de vraagstelling worden benoemd. Gebeurt dit wel, dan moet daar op de een of andere manier voor worden gecorrigeerd.

Opvallend aan de Toblerone-uitspraak van 8 mei 2002 is, dat de rechtbank zich zeer bewust was van dit effect op basis van de door Kraft in haar onderzoek gebruikte (en vooral om een andere reden – het vragen naar het merk of de aanbieder – afgewezen) formulering. De rechtbank meende namelijk dat het niet onmogelijk was dat het pure vragen naar het merk of de fabrikant – en niet alleen omdat zij op basis van de driehoekige vorm het merk of de fabrikant konden identificeren – tot het noemen van andere bekende merken zou kunnen hebben geleid. Maar omdat dergelijke andere merken niet frequent werden genoemd, maar Toblerone wel (door maar liefst 67%), concludeerde de rechtbank dat de vraagstelling toch niet de oorzaak was van de duidelijke relatie die door de respondenten werd gelegd tussen de gelijkzijdige driehoek en de onderneming die producten onder het woordmerk Toblerone op de markt brengt. Mijn conclusie is dan, dat de rechtbank zich dus eigenlijk het marktleiderseffect wel degelijk realiseerde, maar dit vervolgens als praktisch niet optredend in het Toblerone-geval verder buiten beschouwing liet. Desalniettemin formuleerde de rechtbank naar

aanleiding van de ‘foute’ vraag van Kraft de haars inziens correcte vraag, waarmee zij echter naar mijn opvatting het marktleiderseffect toch niet uitschakelde.

Een goede manier voor het corrigeren voor het zogenoemde marktleiderseffect is mijns inziens als volgt. Parallel aan het test-onderzoek wordt een *controle-onderzoek* uitgevoerd met een controle-stimulus. Een identiek onderzoek – met dus *precies dezelfde vragen* – onder een vergelijkbare maar aparte steekproef. De controle-stimulus moet duidelijk afwijken van de test-stimulus en alle reeds op de markt zijnde merken (inclusief het mogelijk inbreukmakende teken), maar de indruk kunnen wekken een reëel merk te kunnen zijn. Men zal een fantasie-merk of -teken moeten tonen.

De uitkomsten gevonden voor de controle-stimulus (het fantasiemerk) worden afgetrokken van de uitkomsten voor de teststimulus. Hier komt voorwaar geen hogere wiskunde aan te pas, maar het is naar mijn oordeel de enige manier om te corrigeren voor het feit dat respondenten bij een stimulus alleen maar een merk noemen om dat dat nu eenmaal ‘top-of-mind’ bij hen is.

In ‘**Kärcher tegen Varo**’ (Rb Den Haag, 7 juli 2021)¹³ werd een geel kleurvlak getoond, en werd er bij gezegd dat men zich moest voorstellen dat een hogedrukreiniger die kleur had. Vervolgens werd gevraagd “Wat komt er in u op?”. Ter correctie van het eventuele marktleiderseffect werd een identiek onderzoek uitgevoerd met een paars kleurvlak. Bovendien werd zelfs een extra controle-onderzoek uitgevoerd met een bruin kleurvlak. Beide kleuren waren niet gebruikelijk in de betreffende productcategorie. Onder r.o. 4.34 bespreekt de rechtbank Den Haag het eventuele marktleiderseffect in deze zaak.

In de eerder reeds aangehaalde zaak van ‘**Lacoste vs Hema**’ (Hof Den Haag, 11 augustus 2020), wordt onder andere ook het marktleiderseffect gememoreerd. Aan het begrip marktleiderseffect heeft het hof echter een veel te beperkte invulling gegeven. Hier wreekt zich de foute naam van dit begrip. Het hof heeft het marktleiderseffect te letterlijk en dus te eng geïnterpreteerd. Zie ook mijn notitie hierover van 15 september 2020¹⁴.

Onder r.o. 28 zegt het hof in Lacoste tegen Hema namelijk: *“Daarnaast kan bij bekende merken enerzijds het zogenaamde marktleiderseffect een rol spelen, als de merkhouder marktleider in een bepaalde categorie waren of diensten is, terwijl anderzijds”*.

En in r.o. 33 wordt nogmaals gesteld dat van het marktleiderseffect slechts sprake is als een bepaalde producent/merkhouder marktleider is in een bepaalde branche.

En dat leidt er toe dat het hof in r.o. 33 concludeert: *“Dat Lacoste marktleider is in de (kinder)kledingbranche heeft Lacoste gemotiveerd betwist. Nu Hema daarop niet heeft gereageerd acht het hof niet aannemelijk dat Lacoste marktleider is in de (kinder)kledingbranche in Nederland of Frankrijk. Het hof verwerpt op grond van dit alles het bezwaar van Hema dat het hoge percentage respondenten dat Lacoste in de onderzoeken noemt veroorzaakt wordt door het marktleiderseffect van Lacoste.*

¹³ Rechtbank Den Haag 7 juli 2021, IEF 20092; ECLI:NL:RBDHA:2021:7222.

¹⁴ “Het marktonderzoek in het ‘Lacoste tegen Hema’ arrest, Terry Häcker, IEF 19421, 15 september 2020.

Niet alleen voor merken geldt dat het kiezen van een goede naam belangrijk is. Ook voor merkenrechtelijke begrippen is het belangrijk dat de vlag de lading dekt. Dat voorkomt uitglijders zoals bij het marktleiderseffect.

Conclusie

Goed formuleren geldt dus niet alleen voor het opstellen van vragen. Vragen formuleren en vragenlijsten maken is echter helaas geen exacte wetenschap, maar eerder een kunst, waarbij ervaring een voorname rol speelt.

Harry van den Berg wijst er in zijn eerder geciteerde boek volkomen terecht op, dat hoe representatief de netto steekproef ook is, en hoe geavanceerd de technieken ook zijn bij de verwerking en analyse van de resultaten, als de vragenlijst niet deugt, geldt het oude adagium 'garbage in, garbage out'. En: *“een slechte vragenlijst is op zich voldoende grond om de onderzoekresultaten terzijde te leggen.”* (Pag. 59).

Het is goed dat rechters kritisch kijken naar ingediende marktonderzoek en daarbij niet alleen kijken naar wie het onderzoek heeft uitgevoerd en gerapporteerd, de relevantie van de onderzochte doelgroep, de gehanteerde teststimulus/stimuli, en de volledigheid van de rapportage, maar vooral ook naar de vraagstellingen. Want een vraag is snel gesteld, maar minder snel evenwichtig en niet-sturend geformuleerd. De GiGo-formule (Garbage in = Garbage out) kan ingediend marktonderzoek waardeloos maken. En dan is sprake van pure verspilling en soms zelfs van misleiding.

drs Terry (D.W.F.) Häcker, juridisch marktonderzoeker, thaecker@gmail.com