



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De rechterlijke beslissing (in IE-zaken)

Visser, D.J.G.

Citation

Visser, D. J. G. (2009). *De rechterlijke beslissing (in IE-zaken)*. Boek9: deLex. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15956>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15956>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De rechterlijke beslissing (in IE-zaken)

Dirk Visser¹

‘Hoe beslist de rechter in IE-zaken?’ was het onderwerp van een vorig jaar in het NJB gepubliceerd ‘veldonderzoek’.² Bij dat onderzoek hoorde een inleiding met een op bestudering van enige rechtspraak en rechtsgeleerde literatuur gebaseerd meer theoretisch kader dat in de gepubliceerde versie van het veldonderzoek niet is opgenomen. Recent hield de Haarlemse vice-president mr A.J. van der Meer een voordracht³, waarin hij onder andere aandacht schonk aan het belang van intuïtie en het (rechts)gevoel bij de rechterlijke beslissing. Ook overigens lijkt er sprake van een toenemende belangstelling voor dat onderwerp te zijn. Daarom wordt thans onderstaande inleiding gepubliceerd als achtergrond en aanzet voor verdere discussie.

Heuristiek

Hoe vindt de rechter het (naar zijn oordeel) juiste antwoord op de aan hem voorgelegde (intellectuele eigendoms)rechtsvraag? Zo geformuleerd is dit een vraag op het gebied van de ‘leer van het vinden’, de heuristiek.⁴ De heuristiek is niet primair een onderdeel van de juridische wetenschap en bevindt zich eerder op het vlak van de psychologie en de filosofie.

The prophecies of what the courts will do in fact

Maar het is ontegenzeggelijk waar dat als we meer weten over hoe de rechter tot zijn beslissing komt, dat voor de rechtspraak erg belangrijk is. Daarmee kunnen mogelijk de uitkomsten van rechtszaken beter voorspeld worden en zal geprobeerd kunnen worden de beslissing van de rechter effectiever te beïnvloeden. En misschien zitten we dan zelfs wel bij de kern van het recht: “The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law”.⁵ Als definitie van wat recht eigenlijk is, vormt deze omschrijving niet bepaald (meer) de heersende leer, maar het blijft natuurlijk een gezichtspunt van grote betekenis.

Paragraaf 28 van Scholtens Algemeen deel, getiteld ‘De beslissing’, blijft een belangrijke bron van inspiratie voor de gedachtevorming over de rechterlijke beslissing en wordt hieronder uitgebreid geciteerd.

De wet

De meeste eenvoudige veronderstelling is dat de rechter tot zijn beslissing komt door in de wet te kijken en de daar gevonden regel op de hem voorgelegde feiten toe te passen en op basis daarvan de enig mogelijke beslissing te nemen.

Het gebruik van andermans merk is verboden. (de wet / major)
C gebruikt het merk van B. (de feiten / minor)
C pleegt merkinbreuk (en krijgt een verbod). (de beslissing)

¹ Prof. mr D.J.G. Visser is hoogleraar IE in Leiden en Advocaat in Amsterdam.

² *NJB* 12 september 2008, p. 1918-1926.

³ Voordracht over ‘Internetrecht in de kort-gedingpraktijk’ gehouden op 10 september 2009 tijdens het symposium “Wat online geldt” te Amsterdam.

⁴ Met heuristiek wordt soms ook aangeduid het vinden van bronnen in bibliotheken, databanken en dergelijke. Hier wordt de aanduiding heuristiek in een abstractere betekenis gebruikt: het vinden van het juiste antwoord als geestelijke activiteit.

⁵ O. Wendell Holmes, Jr., ‘The Path of the Law’, vol. 10 *Harvard Law Review*, p. 457 (1897).

Wet x feiten = beslissing. Zie hier het eenvoudige, maar onmisbare syllogisme dat de basis vormt van iedere motivering van een vonnis. Als het (altijd) zo eenvoudig was, hoefde de rechter niet meer te zijn dan een subsumptie-automaat of een 'être inanimé' en op die manier 'la bouche de la loi'.⁶

Maar zo eenvoudig zijn regel en feiten die aan de rechter worden voorgelegd meestal niet.⁷

Als de regel inderdaad was "Het gebruik van andermans merk is verboden", dan moesten al de vragen gesteld worden: wat is gebruik? wat is een merk? wanneer is iets andermans merk? Voordat de rechter kan komen tot de kwalificatie "C gebruikt het merk van B" moet de rechter genoemde vragen beantwoord en toegepast hebben op de hem voorgelegde feiten. Met de selectie en waardering of kwalificatie van de hem voorgelegde feiten in het licht van zijn interpretatie van de gevonden rechtsregel heeft hij de beslissing al genomen.

De rechtsregel in de wet en de voorgelegde feiten moeten in de praktijk altijd worden geselecteerd, geïnterpreteerd en/of gewaardeerd.

De (hogere) rechtspraak

De volgende stap in de rechtsvinding door de rechter is het vinden van de rechtsregel in de hogere rechtspraak. De rechtspraak van het Hof van Justitie der EG en de Hoge Raad biedt talloze voorbeelden van rechtsverfijning, van nadere specificatie van wettelijke regels. Bij de toepassing van de uit de hogere rechtspraak kenbare regels doet zich het probleem voor dat de feiten van het voorgelegde geschil nooit identiek zijn aan die daaraan voorafgaande, door de hogere rechter, besliste casus. Bovendien formuleren hogere rechters soms regels die niet eens eenduidig leiden tot een beslissing in het hen voorgelegde geval. Dat laten zij dan vaak weer aan de feitenrechter over.

Er blijft, zowel ten aanzien van de regels als ten aanzien van de feiten, meestal veel meer te selecteren, interpreteren en waarderen voor de feitenrechter. (Uiteraard doen de advocaten als het goed is het nodige voorwerk). Dit geldt in alle rechtszaken en dus ook in IE-zaken.

Motiveringsplicht

Is de manier waarop de rechter tot zijn beslissing komt dan niet eenvoudig kenbaar uit de motivering van zijn vonnis? Er geldt immers een motiveringsplicht voor rechterlijke beslissingen, die gerekend wordt tot één van de grondbeginselen van een goede procesorde.⁸ De motiveringsplicht is in de Grondwet en op verschillende andere plaatsen in de wet vastgelegd⁹ en herhaaldelijk bevestigd door de Hoge Raad, ook in kort geding, waarin de meeste IE-zaken worden beslist, en zelfs nadrukkelijk ook in IE-zaken.

⁶ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, XI, 6 "Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur".

⁷ Geschillen zijn soms, misschien zelf vaak, wel zo eenvoudig, maar als de advocaten hun werk doen komt een geschil dan niet voor de rechter.

⁸ Groene Kluwer rechtsvordering, aantekening 2 bij art. 30 Rv. (mr. E.M. Wesseling-van Gent).

⁹ Art. 121 Gw: "Met uitzondering van de gevallen bij de wet bepaald vinden de terechtzittingen in het openbaar plaats en houden de vonnissen *de gronden in waarop zij rusten*. De uitspraak geschiedt in het openbaar".

Art. 5 lid 1 R.O.: "Op straffe van nietigheid geschiedt de uitspraak van vonnissen en arresten in burgerlijke zaken en strafzaken in het openbaar *en bevatten deze beslissingen de gronden waarop zij berusten*".

Art. 30 Rv.: "Vonnissen, arresten en beschikkingen *houden de gronden in waarop zij rusten*, tenzij uit de wet anders voortvloeit".

Art. 230 lid 1 sub e Rv.: "Het vonnis vermeldt: [...] *de gronden van de beslissing*, waaronder begrepen de feiten waarop de beslissing rust;"

In de (octrooi-)zaak Vredo/Veenhuis overwoog de Hoge Raad¹⁰:

“Ook in kort geding gelden de grondbeginselen van een goede procesorde waartoe behoort dat elke rechterlijke beslissing tenminste zodanig moet worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtengang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden - in geval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen - controleerbaar en aanvaardbaar te maken. Deze motiveringsplicht heeft uitdrukking gevonden in de art. 121 Grondwet (Gr.w), 20 Wet RO, 59 en 429k Rv; hoever zij gaat, hangt af van de omstandigheden van het geval”.

De aan de beslissing ‘ten grondslag liggende gedachtengang’ zou dus uit ieder vonnis kenbaar moeten zijn om de beslissing ‘controleerbaar en aanvaardbaar te maken’.

Is het in de praktijk zo dat de in het vonnis geformuleerde motivering ‘voldoende inzicht’ geeft in de door de rechter *daadwerkelijk* gevolgde gedachtengang? Het is de vraag of het mogelijk en nodig is daar een antwoord op te geven. Is het nodig de daadwerkelijke gedachtengang van de rechter te kennen om het vonnis als juist of acceptabel te kunnen aanvaarden? Controleerbaarheid en aanvaardbaarheid zijn belangrijk, maar misschien is daarvoor niet nodig te weten hoe de rechter echt tot zijn oordeel is gekomen. Als de rechter in werkelijkheid een muntje heeft opgegooid om te beslissen, maar vervolgens een motivering van de op die manier verkregen beslissing heeft geformuleerd waar geen speld tussen te krijgen is, willen we dat vermoedelijk liever niet weten, maar kunnen we met die beslissing prima leven (mogelijk vooral als we niet weten dat het zo gegaan is).

Voor Telders was dit aanleiding om de motivering van een vonnis te omschrijven als ‘vroom bedrog’.¹¹ De motivering is helemaal geen weergave van de werkelijke gedachtengang van de rechter. De rechter doet alleen maar net alsof dat zo is, omdat hij er nu eenmaal (overigens ook in de ogen van Telders terecht) toe verplicht is. Telders wil in zijn artikel overigens niet meer betogen dan dat rechtsvinding geen simpele, logische en syllogistische redenering is van het type regel (major) x feiten (minor) = beslissing. Dit omdat de rechter de major en de minor eerst zelf moet selecteren, interpreteren en waarderen en daar geen logisch redeneerschema aan ten grondslag ligt.

Legitimatie en heuristiek

Het gaat hier om het verschil tussen legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel. Nieuwenhuis¹² heeft dit onderscheid op duidelijke wijze uit de doeken gedaan: het vinden van de beslissing en de argumenten daarvoor is iets anders dan het motiveren en legitimeren ervan. Iedereen lijkt het er echter wel over eens dat er een wisselwerking bestaat tussen het vinden enerzijds en het motiveren en legitimeren anderzijds. Het heeft immers voor een rechter weinig nut om een beslissing te vinden die hij vervolgens niet blijkt te kunnen motiveren/legitimeren.¹³ Rechters gebruiken in dit verband de fraaie uitdrukking ‘wegschrijven’, meestal in de zinsnede “Ik kreeg het niet weggeschreven”. Dat betekent dat het niet lukte om de beslissing die de rechter aanvankelijk voor ogen stond te motiveren (in het licht van de bestaande regels). Dit is voor de rechter dan aanleiding om zijn beslissing te herzien en vormt daarmee een duidelijk voorbeeld van de wisselwerking tussen het vinden en het legitimeren van een beslissing.

Op deze manier geformuleerd vormt de motiveringsplicht (slechts) een toetssteen voor een (kennelijk op andere gronden gevormd) aanvankelijk oordeel. Dan rijst de vraag waar dat eerdere / voorlopige / aanvankelijk oordeel op gebaseerd is.

¹⁰ HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659 m.nt. DWFV (Vredo/Veenhuis), ov. 3.4.

¹¹ B.M. Telders, ‘Rechtspraak en logica’, *De Gids* 1937, p. 103-112, *Verzamelde geschriften I*, Den Haag 1947, p. 159-167.

¹² J.H. Nieuwenhuis, ‘Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel’, *RM Themis* 1976, p. 494-515.

¹³ C.E. Smith, *Regels van rechtsvinding*, 2^e druk, BJU 2007, p. 170.

Intellect en intuïtie

Is dat aanvankelijk oordeel tot stand gekomen op een rationele analytische / intellectuele manier (toepassen van regels op feiten) en / of zit er ook een irrationeel / 'zedelijk intuïtief' element in?

In het recht bestaat de neiging de invloed of de rol van intuïtie in de rechtspraak als negatief te bestempelen, vanwege de oncontroleerbaarheid, onvoorspelbaarheid en potentiële willekeur ervan. 'Intuïtie' kan ook worden aangeduid als 'gevoel' of zelfs als 'onderbuikgevoel' en dan krijgt het een negatieve connotatie. Als de aanduidingen 'zedelijke intuïtie' of 'rechtsgevoel' worden gebuikt wordt dat in de regel weer als veel positiever ervaren, al blijft ook dan bij juristen het wantrouwen overheersen.

In de psychologie wordt intuïtie tegenwoordig juist zeer gewaardeerd en worden de belangrijke positieve kanten ervan beschreven.¹⁴

Nederlandse juristen refereren regelmatig aan de vaak gekarikaturiseerde 'sprong van Scholten' als voorbeeld van de oncontroleerbare intuïtieve rechterlijke beslissing. De passage uit het Algemeen deel waar de sprong het meest prominent naar voren komt, verdient het om integraal te worden geciteerd:¹⁵

“Doch als de beslissing niet krachtens een logisch schema afgeleid kan worden uit bepaalde gegevens, hoe wordt zij dan gevonden? Een oud beeld kan ons hier op weg helpen: dat van de weegschaal van Themis. De rechter weegt af, doch niet - gelijk men het tegenwoordig wel voorstelt - ligt in de ene schaal de aanspraak, in de andere het gewicht, door wet of rechtsbewustzijn gestempeld, doch de beide aanspraken worden tegen elkaar afgewogen. Ieder der partijen werpt daarbij in de schaal wat te haren bate de doorslag kan geven, wat zij aan argumentenrijkdom slechts kan bijbrengen; wiens aanspraak het zwaarst weegt, wint. Doet dit beeld het waarden van ieders aanspraak duidelijk uitkomen, - in één opzicht schiet het te kort. Het laat niet zien, dat, wie recht zoekt, zeggen wij hier de rechter, zelf in het werk betrokken is, dat het afwegen niet onpersoonlijk is. De rechter doet anders dan waarnemen te wiens gunste de schaal overslaat, hij *beslist*. Die beslissing is een handeling, zij wortelt ten slotte in het geweten, van hem, die haar verricht. Het is een *daad*, die van de rechter wordt verwacht. Het is niet zonder zin, dat in onze vonnissen, na veel wikken en wegen, na soms eindeloze 'overwegingen', van wat voor en tegen is aangevoerd, vóór het dictum de woorden 'recht doende' worden ingevoegd. Na de lange kabling der beschouwingen, het woord dat de aandacht vraagt voor de beslissing en daarbij haar aard typeert - dan de uitspraak zelf: kort, positief. *Recht doen* is de taak van de rechter. Ik geloof, dat in ieder wetenschappelijk oordeel meer ligt dan waarnemen en logisch betoog, doch wat daarvan zij, het rechtsoordeel is meer dan dat - het is nooit herleidbaar tot deze twee. Het is niet een wetenschappelijk oordeel, het is een wilsverklaring: zo moet het. Het is ten slotte een sprong, gelijk iedere daad, ieder zedelijk oordeel dat is.

'Gij behoort' of 'gij behoort niet', 'gij moogt' of 'gij moogt niet', dat is de kern van iedere uitspraak van de rechter, ook van declaratoire en constitutieve vonnissen. Zulke een woord kan alleen hij uitspreken, die in eigen geweten ervan overtuigd is. Het rechtsoordeel wortelt in het zedelijk deel van ons geestesleven; ieder goed rechter streeft er altijd weer naar dat op te leggen, wat hij in eigen geweten verantwoord kan. In zover is ieder rechtsoordeel *irrationeel*.

Doch tegelijk is het een oordeel, dat uitgesproken wordt in een functie, die de gemeenschap opdroeg. Dat sluit tweeërlei in: het moet steunen op *gezag* - het moet logisch *verantwoord* kunnen worden. Die verantwoording kan alleen door een redenering geschieden, waardoor de uitspraak in verband wordt gebracht met de factoren, die gezag hebben in een bepaalde

¹⁴ Zie bijvoorbeeld: Ap Dijksterhuis, *Het slimme onderbewuste*, Bert Bakker 2007 en Gerd Gigerenzer, *Gut feelings. The intelligence of the unconscious*, Viking 2007, vertaald als: *De kracht van je intuïtie. De intelligentie van het onbewuste*, Kosmos 2007.

¹⁵ Scholten, Algemeen deel, 1974 (1931), p. 129.

gemeenschap. In zoverre is ieder rechtsoordeel *rationeel*. In de verplichting tot motivering vindt deze zijde de rechtspraak haar volledige uitdrukking”.

Deze beroemde passage kan de indruk wekken er bij een rechter *intern*, bij het vinden van zijn beslissing, slechts sprake is van een irrationeel, intuïtief zedelijk oordeel dat ‘slechts’ “wortelt in het zedelijk deel van ons geestesleven”, terwijl de rechter *extern* bij het motiveren en legitimeren van zijn beslissing rationeel redeneert om zijn beslissing te verantwoorden. Ook kan de indruk ontstaan dat er sprake is van één (grote) sprong van het kennismaken van de regels en de feiten, zoekend naar een (‘rechtsgevoelsmatig’) juiste beslissing.

Beide indrukken zijn onjuist. Zelfs als een rechter denkt dat zijn aanvankelijk oordeel louter gevoelsmatig of intuïtief is, zal dat *altijd ook* gebaseerd zijn kennis van het recht en zijn ‘gehele ervaring’:

“Recht vinden is altijd tegelijk en intellectueel en intuïtief zedelijk werk. Het is de beslissing over wat *is* en wat zijn *moet* in één en juist daardoor zowel van het zedelijk als van het wetenschappelijk oordeel te onderscheiden.

Omdat het verstandelijk element naar buiten op de voorgrond treedt, schijnt het zo dikwijls, dat de uitspraak volledig tot de 'bron', waaruit zij voort te vloeien, kan worden herleid. Wij hebben nu wel aangetoond, dat dit schijn is. Doch omgekeerd mogen wij nu niet gaan zeggen, dat het rechtsgevoel de uitspraak dicteert en dat dan de teksten erbij worden gezocht. Ook de rechter, die intuïtief, onmiddellijk nadat een zaak hem is voorgelegd, de beslissing 'ziet', ook al weet hij nog niet precies, hoe hij haar zal motiveren, gebruikt in die intuïtieve kijk zijn rechtskennis - zijn gehele ervaring”.

In de Amerikaanse literatuur is de nodige aandacht besteed aan hoe rechters beslissen. Daar wordt wel het formalistische model gesteld tegenover het realistische model:¹⁶

“According to the formalists, judges apply the governing law to the facts of a case in a logical, mechanical, and deliberative way. For the formalists, the judicial system is a giant syllogism machine, and the judge acts like a highly skilled mechanic. Legal realism, on the other hand, represents a sharp contrast. According to the realists, judges follow an intuitive process to reach conclusions which they only later rationalize with deliberative reasoning. For the realists, the judge decides by feeling, and not by judgment; by ‘hunching’ and not by ratiocination. And later uses deliberative faculties not only to justify that intuition to himself, but to make it pass muster. Neither model has proved satisfactory. Judges surely rely on intuition, rendering a purely formalist model of judging clearly wrong, yet they also appear able to apply legal rules to facts, similarly disproving a purely realist model of judging”.

Het is zeer aannemelijk dat zowel de ‘rationele redenering’ (analyse of intellectuele overwegingen of ‘deliberative reasoning’) als de (‘zedelijke’) intuïtie of het (rechts)gevoel een rol spelen bij de manier waarop rechters tot hun beslissing komen. Dat geldt namelijk voor ieder mens.

Recent onderzoek in de VS heeft aangetoond dat (ook wat dit betreft) de gemiddelde rechter niet significant afwijkt van de gemiddelde goed opgeleide mens:¹⁷ intuïtie speelt een rol en rationele redenering ook.

¹⁶ Chris Guthrie, Jeffrey J Rachlinski en Andrew J. Wistrich, “Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases”, *Cornell Law Review*, vol. 93, 1, p.1 -40. O.a. beschikbaar op SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1026414>.

¹⁷ Ten aanzien van een experimenteel onderzoek over de verhouding tussen intuïtie en rationeel redeneren bij een paar honderd Amerikaanse rechters is de conclusie: “That the judges produced results consistent with those of college students at highly selective universities suggests that the judges performed comparably to other well-educated adults”, Guthrie c.s. t.a.p.

Daarbij moet, mét Scholten, overigens worden opgemerkt dat deze ‘intuïtie’ mede, of misschien zelfs grotendeels gebaseerd is op de rechtskennis, rechtsovertuiging en ervaring van de rechter.

Barendrecht geeft in zijn proefschrift uit 1992¹⁸ een IE-casus als voorbeeld van een situatie waarin een persoon die niet goed thuis is in een bepaald rechtsgebied niet eenvoudig een intuïtieve billijkheidsbeslissing zal kunnen nemen:

“Natuurlijk is het waar dat een jurist, en niet alleen een jurist overigens, vaak intuïtief een idee heeft hoe het hoort, indien hij een bepaald geval krijgt voorgelegd. Scholten noemt het voorbeeld van de boekdrukker, die de bediende van zijn concurrent omkocht om diens bedrijfsgeheimen te weten te komen, en daarmee evident onzorgvuldig handelde¹⁹.

Maar laten wij het gegeven dat het rechtsgevoel de richting kan wijzen naar de goede oplossing wel aanvullen. Op terreinen van het recht waar de jurist niet goed thuis is, blijkt het aanmerkelijk moeilijker om een intuïtieve billijkheidsbeslissing te geven. Wie de vraag voorgelegd krijgt, of de merken Coca Cola en Ola Cola zodanig op elkaar lijken dat het gebruik van de naam Ola Cola moet worden verboden, zal indien hij weinig of niets van merkenrecht afweet, waarschijnlijk met de mond vol tanden komen te staan. Ja, hij kan doorvragen: wordt Ola Cola op de markt gebracht door een groot bedrijf, dat daartoe een speciale vennootschap heeft opgericht? Neen, de flessen van Ola Cola lijken niet op de Coca Cola-fles en die mooie vloeiende letter gebruikt men evenmin. Men heeft voor de introductie van het merk Ola Cola om juridisch advies gevraagd. Dit advies luidde, dat Ola Cola een kans van 35% had om te worden verboden. Dat risico achtte men aanvaardbaar.

Men kan nog lang doorvragen, maar de intuïtie zal hier niet op eigen houtje de oplossing brengen. De op het terrein van het merkenrecht onervaren jurist zal koortsachtig op zoek gaan naar de hier toe te passen regel. Wat was het ook al weer, iets met “verwarring”? Neen, de regel luidt, dat sprake is van overeenstemming, indien merk en teken elk in zijn geheel en in onderling verband beschouwd, auditief, visueel of begripsmatig zodanige gelijkenis vertonen, dat reeds daardoor de mogelijkheid bestaat dat bij iemand die met het teken wordt geconfronteerd, associaties tussen het merk en het teken worden gewekt.²⁰ Maar dan nog. Bij degene die met het teken Ola Cola wordt geconfronteerd, zal wellicht wel de gedachte aan Coca Cola opkomen. Maar komt dat niet doordat Coca Cola nu eenmaal de marktleider is voor cola-dranken? En betekent Cola niet iets? Hoe zat dat ook weer met merken die iets betekenen? De intuïtie op zichzelf begint hier weinig.²¹ Het rechtsgevoel treedt eigenlijk alleen in werking op terreinen van het recht waarop wij ons enigszins thuisvoelen, zo lijkt het.

Men neemt dan ook aan dat het rechtsgevoel niet heel veel anders is dan het intuïtieve gebruik van de kennis over rechtvaardigheid, die men al eerder heeft opgedaan.²² Alle normen die men kent, en daarnaast alle beslissingen waarvan men kennis heeft genomen, maken dat er al een bepaald idee over de juiste oplossing ontstaat, indien een geval aan een rechter wordt voorgelegd. Feiten suggereren vooral een norm aan iemand die weet hoe soortgelijke gevallen zijn beslist; aan degene die de norm kent. Ook voordat hij zich weer van de norm bewust wordt, werkt de norm al in zijn rechtsgevoel door”.

¹⁸ J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, Kluwer 1992, 178-179. In onderstaand fragment wordt verwezen naar destijds geldende en inmiddels achterhaalde merkinbreuk criteria.

¹⁹ Scholten, *Algemeen deel*, 1974 (1931), p. 122.

²⁰ BenGH 20 mei 1983, *NJ* 84, 72 (Julien / Verschuere).

²¹ Zie wel BenGH 19 januari 1981, *NJ* 81, 294 (Kinder) en BenGH 5 oktober 1982, *NJ* 84, 71 (Wrigley / Benzon).

²² P. Scholten, *Algemeen deel*, 1974 (1931), p. 132: “Ook de rechter, die intuïtief, onmiddellijk nadat een zaak hem is voorgelegd, de beslissing “ziet”, ook al weet hij nog niet precies, hoe hij haar zal motiveren, gebruikt in die intuïtieve kijk zijn rechtskennis – zijn gehele ervaring”. Ook de hermeneutiek erkent dit. De rechtskennis van de rechter zit in het Vorverständnis waarmee de rechter de zaak tegemoet treedt (zie: Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972 (1970), p. 43).

Zo geformuleerd is het rechtsgevoel dus grotendeels onbewuste rechtskennis en ervaring op een bepaald rechtsgebied. Dat deze ‘Vorverständnis’ van de rechter, zoals deze door de door Barendrecht geciteerde Esser²³ wordt genoemd, een belangrijke rol speelt, lijkt algemeen te worden aanvaard.

Het beslissingsproces van de rechter

Naar het beslissingsproces van de rechter wordt in de Verenigde Staten veel onderzoek gedaan.²⁴ In Nederland lijkt dat momenteel iets minder het geval, maar in het verleden is dat ook in aanzienlijke mate gebeurd.

In *Een theorie over rechtelijke beslissingen* uit 1977²⁵ doen Crombag, de Wijkerslooth en Cohen verslag van interessant onderzoek naar allerlei aspecten van het geheugen en van enkele experimenten in verband met de psychologie en de methodologie van rechterlijk beslissen.

Deze auteurs komen onder andere tot de conclusie “dat wanneer Esser constateert, dat rechters geconfronteerd met een hun voorgelegd juridisch dispuut, niet volgens de regels van de ‘akademische Methodenlehre’ van problemen naar oplossing redeneren, maar zich op grond van hun ‘Vorverständnis’ vrijwel onmiddellijk een beeld van de oplossing vormen, die zij pas daarna met juridische argumenten proberen te onderbouwen, wij dit een juiste, zij het nog vage, weergave achten van wat er psychologisch gebeurt. Sterker, wij zijn op grond van denkpsychologische overwegingen, [...] van mening dat iets anders niet mogelijk is”.²⁶

Ook komen deze auteurs tot de conclusie dat de ‘Vorverständnis’ van de rechter moet berusten op zijn kennis van het juridische systeem en vooral op zijn ervaring met het hanteren ervan.

Eén van de weinige uitgebreidere beschrijvingen door een Nederlandse rechter van zijn beslissingsproces maakt duidelijk dat er evenwel geen sprake is van één (grote) sprong met een bijbehoren totaalbeeld van de mogelijk juridische oplossing. Als er al van springen sprake is, dan zijn het een groot aantal intellectuele sprongetjes heen en weer tussen rechtskennis en ervaring enerzijds en gepresenteerde rechtsregels en feiten anderzijds. Oud-president van de Hoge Raad F.J. de Jong heeft dit proces fraai beschreven in een na zijn dood in het *NJB* gepubliceerde lezing:²⁷

“Als wij de processtukken gaan lezen, dan beginnen wij terstond de stellingen van partijen intellectueel te bewerken, nog voordat wij weten waarover de zaak eigenlijk gaat. Wij stellen bepaalde bewerkingen voorlopig terzijde omdat zij niet relevant kunnen zijn, wij vinden tegenstrijdigheden, wij gaan de feiten juridisch kwalificeren en in vakjes onderbrengen, wij maken provisionele juridische constructies. Kortom, als wij het hele procesdossier gelezen hebben, dan hebben wij al heel wat intellectueel werk achter de rug. Wanneer men nu aan het vormen van het oordeel toe is, dan kan men de intellectuele staketsels, die men automatisch heeft opgebouwd, niet meer wegdenken: het resultaat, waartoe men uiteindelijk komt, wordt altijd beïnvloed door het denkwerk, dat men bij het lezen van de stukken of bij het luisteren naar de pleidooien heeft verricht”.

²³ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972 (1970).

²⁴ Zie Chris Guthrie, Jeffrey J Rachlinski en Andrew J. Wistrich, “Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases”, *Cornell Law Review*, vol. 93, 1, p.1 - 40 en de daar genoemde literatuur. O.a. beschikbaar op SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1026414>.

²⁵ H.F.M. Crombag, J.L. de Wijkerslooth en M.J. Cohen, *Een theorie over rechtelijke beslissingen*, H.D. Tjeenk Willink, 1977.

²⁶ T.a.p. p. 19.

²⁷ F.J. de Jong, ‘De motieven van den rechter en de motivering van het vonnis’, *NJB* 1975, p. 541- 547.

De motivering van IE-zaken

Het belang van een begrijpelijke motivering kwam hiervoor al aan de orde en is extra belangrijk juist omdat de onbewuste processen ongetwijfeld een rol spelen, maar niet kenbaar zijn.²⁸ Scholten onderkende dit ook:²⁹

“[De rechter is] verplicht zich zelf en anderen rekenschap te geven van zijn oordeel, zich af te vragen, of het wel zakelijke motieven waren, d.w.z. overwegingen, gegrond in het geval, niet in sympathie of antipathie tegenover partijen, die hem leidden, wordt hij gedwongen aan te wijzen, in hoeverre zijn uitspraak als rechtsregel veralgemening verdraagt. *Vandaar, dat het van zo groot belang is, dat de werkelijke gronden, die de rechter bewogen, in de uitspraak worden vermeld, dat hij zich niet met dooddoeners of clichés tevreden stelt*” (curs. toegevoegd).

Maar hoe is het in de praktijk gesteld met de omvang en de invulling van die motiveringsplicht in IE-zaken?

Een voorbeeld van de reikwijdte van de motiveringsplicht in IE-zaken, in een *auteursrechtzaak* over de vraag of het ‘eisende voorwerp’ beschermd is, wordt gevormd door een overweging van de Hoge Raad uit zijn vijfspellen-arrest uit 2001, over Jenga, een spel bestaande uit 64 identieke rechthoekige blokjes waarmee je een toren kan bouwen:

‘[Het oordeel van het Hof] berust op waarneming door het Hof van de ter Griffie [...] gedeponeerde uitvoering van Jenga. Kennelijk heeft het Hof geoordeeld dat degene die het spel waarneemt kan zien dat het uiterlijk voldoende oorspronkelijk is om auteursrechtelijk te worden beschermd. Dit oordeel geeft niet van een onjuiste opvatting omtrent de vereiste oorspronkelijkheid blijk. Het is niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering, in het bijzonder niet nu het hier gaat om een beslissing in kort geding.’³⁰

Oftewel: het hof heeft waargenomen dat iemand die het waarneemt kan zien dat het beschermd is.

De motivering van de beslissing in een IE-zaak heeft vaak het karakter van het (min of meer) herhalen van de regel (de major) bij de beschrijving van de feiten (de minor) hetgeen logischerwijs altijd tot een onvermijdelijke conclusie leidt. Vanuit de argumentatieleer bezien is dit uiteraard nauwelijks meer vroom te noemen bedrog: dit zegt gewoon helemaal niets: iemand die het ziet kan zien dat het beschermd is.

Op dit punt lijkt het met de motiveringsplicht in auteursrechtzaken dus nogal bedroevend gesteld.

In een Arubaanse *merkenzaak* nam de Hoge Raad in 1999 ten aanzien van de beantwoording van de inbreukvraag een veel uitgebreidere motiveringsplicht aan.³¹

“Bij de beoordeling van deze klachten moet worden vooropgesteld dat – [...] - het Hof ter beantwoording van de vraag of sprake is van inbreuk op het recht op voormeld beeldmerk, weliswaar eerst (het uiterlijk van) het DELTA-pakje had te vergelijken met (het uiterlijk van) het BELMONT-pakje (*waarbij het Hof mocht afgaan op eigen waarneming* en, [...], niet was gebonden aan de stellingen van partijen), [...], maar dat het vervolgens bij het waarderen van

²⁸ Zie hierover recent ook, evenwel met name gericht op het strafrecht: ‘Onbewuste denkprocessen maken motivering tot noodzaak’, *Trema* 2007, p. 127.

²⁹ P. Scholten, *Algemeen deel*, 1974 (1931), p. 131.

³⁰ HR 29 juni 2001, *NJ* 2001, 602 m.nt. Verkade, *AMI* 2001, p. 111 m.nt. Hugenholtz, *IER* 2001, p. 227 m.nt. Speyart (MB c.s./Impag; vijf spellen-arrest), ov. 3.7.

³¹ HR 16 april 1999, *NJ* 1999, 697 m.nt. P.B. Hugenholtz, *AMI* 1999, p. 148 m.nt. Cohen Jehoram, *IER* 1999, nr 29, p. 161 m.nt. FWG (Bigott/Doucal).

de uitkomst van deze vergelijking een aantal merkenrechtelijke, *uit de beschermingsomvang van het merkrecht voortvloeiende regels* had in acht te nemen. Van deze regels is hier vooreerst van belang de regel volgens welke de rechter, wanneer hij in het kader van de inbreukvraag de uitkomsten van een vergelijking als voormeld waardeert, daarbij *meer gewicht behoort te hechten aan de punten van overeenstemming dan aan die van verschil*. Voorts is van belang dat de rechter zich bij zijn waardering niet tot de uitkomsten van zijn vergelijking mag beperken, maar ook de *andere relevante omstandigheden van het geval* in zijn oordeel dient te betrekken. Daartoe behoren onder meer het onderscheidend vermogen en, in verband daarmee, de mate van *bekendheid van het oudere merk* en, in een geval als het onderhavige, waar het – [...] - gaat om een begrensde markt, *het uiterlijk van de overige op deze markt verkrijgbare soortgelijke waren*. In dit een en ander ligt besloten dat het oordeel over de vraag of sprake is van inbreuk, niet van zuiver feitelijke aard is en daarom zodanig moet worden gemotiveerd dat partijen en de cassatierechter in staat zijn na te gaan of de rechter die over de feiten oordeelt, bij het vormen ervan vorenbedoelde merkenrechtelijke regels heeft nageleefd. Daarmee wil niet zijn gezegd dat de rechter steeds in zijn motivering tot uitdrukking moet brengen dat hij deze regels heeft in acht genomen, maar wel dat zijn motivering op dit stuk geen ruimte voor gereede twijfel behoort te laten” (*curs. toegevoegd*).

Het Hof mag wel uitgaan van eigen waarneming, maar moet bij de motivering ‘geen ruimte voor gereede twijfel’ laten over de toepassing van ‘een aantal merkenrechtelijke, uit de beschermingsomvang van het merkrecht voortvloeiende regels’ (die kennelijk in het Arubaanse merkenrecht bestaan³²).

Op het gebied van het Gemeenschapsmerkenrecht heeft het HvJ EG inmiddels menige beslissing van het Gerecht van Eerste Aanleg vernietigd (en het Gerecht van Eerste Aanleg op zijn beurt van de kamer van beroep van OHIM) over het niet in acht nemen van de juiste criteria ten aanzien van beschermbaarheid of merkinbreuk. Daar blijkt evenwel (ook) vaak dat als de juiste formulering wordt gebruikt, het oordeel van de lagere rechtspraak onaantastbaar is.

De motivering van IE-beslissingen van lagere rechters wordt vooral getoetst aan de toepassing van de juiste formuleringen en de begrijpelijkheid van de redenering. De vraag op grond waarvan de feitenrechter nu daadwerkelijk tot zijn oordeel is gekomen blijkt vaak niet uit de motivering en wordt in cassatie niet getoetst.

Leiden/Amsterdam, 16 september 2009

³² Het lijkt misschien een beetje vreemd om steeds te benadrukken dat het om *Arubaans* merkenrecht gaat, maar het is wel van belang, omdat de Hoge Raad op het gebied van het geharmoniseerde *Europese* merkenrecht niet op eigen gezag (zonder vragen van uitleg te stellen aan het HvJ EG) regels mag verkondigen als dat de rechter ‘*meer gewicht behoort te hechten aan de punten van overeenstemming dan aan die van verschil*’.