

@Bavariababe: Zo, nu eerst een Twitter account...

Citeersuggestie: S. Hagen, E. Swart, '@Bavariababe: Zo, nu eerst een Twitter account', IEF [10001](#).

Het is alweer een jaar geleden dat bierbrouwer Bavaria tijdens een zinderende voetbalzomer veel publiciteit trok met haar campagne rondom de Bavaria Babes (u weet het vast nog wel, die vrolijke Hollandse meiden in oranje jurkjes op de tribunes in Zuid-Afrika). De term Bavaria Babes kreeg ook in de media een enorm podium en werd daarmee waarschijnlijk een van de bekendste nieuwe woorden in 2010 (al moest het het in de verkiezing van het Van Dale Woord van het Jaar afleggen tegen het aanmerkelijk minder sexy "gedoogregering"¹). Met de campagne had Bavaria (anders dan onze jongens op het veld) goud in handen. Dergelijk succes trekt doorgaans 'aanhakers' aan, maar op dat front bleef het lange tijd opmerkelijk stil (geen Grolsch Girls, Heineken Honeys of Amstel's Angels..).

Ook in de social media werden de Bavaria Babes een veel besproken fenomeen, al verzuimde Bavaria haar damesteam als Twitteraccount te registreren. Waarop Movuz, een aanbieder van verrijdbare biertaps, haar kans schoon zag (zij het pas in februari 2011, opmerkelijk genoeg) en @bavariababes als Twitter-account registreerde.² Naar eigen zeggen "met een knipoog", maar Bavaria kon er niet om lachen. Eerder deze maand (juli 2011) hebben partijen de kwestie uiteindelijk geschikt, waarbij de Twitter-account alsnog aan Bavaria is overgedragen.³ Het kwam dus niet tot nieuwe 'Twitter-rechtspraak'.⁴ Stel dat de zaak nu wél aan de rechter was voorgelegd, in hoeverre had Bavaria zich dan als

merkhouder tegen het gebruik van deze Twitter-account met succes in rechte kunnen verzetten?⁵

Verbodsacties

Hoewel Bavaria niet over het merk 'Bavaria Babes' beschikt(e), is zij wel al veertig jaar houder van een Benelux registratie voor het merk 'Bavaria'.⁶ Op grond daarvan kan Bavaria ingevolge art. 2.20 BVIE, kort gezegd, iedere derde het gebruik verbieden van (a) een identiek teken voor identieke waren of diensten, of (b) een (soort)gelijk teken voor (soort)gelijke waren of diensten indien dit gebruik verwarringsgevaar oplevert. Aangezien 'Bavaria' een bekend merk is kan de merkhouder bovendien het gebruik verbieden van (c) een (soort)gelijk teken voor niet soortgelijke waren of diensten. Ten slotte kan men optreden tegen (d) gebruik van een teken anders dan ter onderscheiding van waren of diensten. Voor een sub (c) of (d) verbod is vereist dat door dat gebruik, zonder geldige reden, ongerechtvaardigd voordeel wordt getrokken uit of afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het bekende merk.

Identiek teken

Het lijkt geen twijfel dat het teken zoals gebruikt door Movuz – de Twitter-accountnaam '@bavariababes' – overeenstemt met het (bekend) merk 'Bavaria'. Mogelijk valt het teken zelfs als identiek aan te merken. Uit de rechtspraak volgt immers dat wanneer een teken is samengesteld uit te scheiden elementen, er sprake kan zijn van een identiek teken, wanneer het relevante publiek het

¹ Overigens werd het woord "twitteren" in 2009 verkozen tot Woord van het Jaar door het Genootschap Onze Taal.

² Auteurs beperken zich in deze bijdrage tot de kwestie omtrent de Twitterregistratie, al had Movuz kennelijk ook bavariababes als merk en domeinnaam geregistreerd.

³ Zie <http://bier.blog.nl/biernieuws/2011/07/06/bavaria-en-movuz-vechten-om-bavariababes-nl>

⁴ Zie eerder: V.zr. Rb. Amsterdam 15 juni 2011, IEF [9787](#) (mediavacature.nl/mediavacatures.nl).

⁵ Auteurs beperken zich in deze bijdrage tot het merkenrecht. Mogelijk zou ook een vordering op grond van het handelsnaamrecht mogelijkheden bieden, vgl. t.a.p. noot 4.

⁶ Overigens stond het merkrecht van Bavaria een aantal jaren geleden nog onder druk bij het HvJ EU i.v.m. geografische aanduidingen voor Bayerisch bier, zie IEF [9323](#), en IEF [8024](#).

gedeelte van het gebruikte teken dat overeenstemt met het merk in die zin separaat ziet, dat het een zelfstandig onderscheidende plaats heeft.⁷ Gezien de dominante en zelfstandige positie die de term Bavaria in de gebruikte accountnaam inneemt, naast het in het populaire taalgebruik gebruikelijke 'babes', lijkt het ons aannemelijk dat een rechter de naam als een identiek teken zou (kunnen) hebben aangemerkt.

Gebruik voor soortgelijke waren

Onder dit teken biedt Movuz verrijdbare biertaps en drankkarren aan. Op 6 april 2011 lanceerde Movuz haar website en kondigde dit op Twitter aan via @bavariababes.⁸ Daarmee is sprake van gebruik in het economisch verkeer voor soortgelijke waren. Voor 'gebruik voor waren' is het voldoende dat het teken wordt gebruikt met het doel een internetgebruiker in contact te brengen met (een advertentie voor) de waren.⁹ Dat de internetgebruiker ook zelf nog een aantal handelingen moet verrichten om dit contact te bewerkstelligen (bijv. een website openen en daarop zoeken naar de waren) maakt daarbij niet uit.¹⁰ Voor een verbodsactie sub (b) is verder vereist dat de twitteraar gebruik maakt van het merk *in het economisch verkeer*. Dat dit hier het geval was is helder. Was Movuz een student geweest, die via @bavariababes aan zijn vrienden ('volgers') twittert dat hij een lekker glas Bavaria (of Heineken) heeft besteld, dan ontsnapt hij gezien dit privé-gebruik aan een verbod sub b.¹¹

Verwarringsgevaar

Sub b vereist ten slotte dat er sprake is van verwarringsgevaar. Reeds gezien de hoge mate van (soort)gelijkheid van tekens, waren en relevant publiek is verwarringsgevaar aannemelijk. Daarnaast draait het bij twitteren om korte, kernachtige

berichten en teksten. De gemiddelde internetgebruiker¹² gaat geen uitgebreid onderzoek doen naar de identiteit van de twitteraar, maar krijgt slechts de accountnaam van de twitteraar mee. Met tweets onder de naam @bavariababes wekt Movuz bij de gemiddelde internetgebruiker de indruk dat zij een commerciële band heeft met bierbrouwer Bavaria.¹³ Op zijn minst maakt Movuz het de internetgebruiker moeilijk om te weten te komen of de waren waar het Twitter-account naar verwijst afkomstig zijn van de merkhouders of een economisch met hem verbonden onderneming, dan wel van een (niet aan de merkhouders gelieerde) derde.

Verwarringsgevaar is eens te meer aannemelijk vanwege de bekendheid van Bavaria in (een aanmerkelijk deel van) de Benelux.¹⁴

Profiteren zonder geldige reden

Vanwege diezelfde bekendheid is de aanwezigheid van verwarringsgevaar bovendien niet eens nodig, indien Bavaria een verbod op grond van sub (c) zou kunnen vorderen. Dat Movuz bij het gebruik van haar Twitter-account profiteerde van de bekendheid van het merk Bavaria is evident, en gaf Movuz ook met zoveel woorden toe. Zij vergoelijkte het gebruik evenwel met het argument dat dit 'met een knipoog' was. Movuz lijkt zich daarmee op een parodie-exceptie te beroepen als geldige reden voor haar gebruik. Net als Bavaria ontgaat ons evenwel wat die 'knipoog' zou zijn. Men gebruikt simpelweg het merk van een ander (op een niet parodisch-geestige manier) om potentiële klanten naar de eigen webshop te lokken.

⁷ HvJ EU 6 oktober 2005, C-120/04, IER 2006, 21 (*Thomson/Thomson Life*).

⁸ <http://www.movuz.nl/particulier/41/MOVUZ%20NIEUWS.html>

⁹ HvJ EU 23 maart 2010, C-238/08, IEF 8692, (Google France Adwords), ow. 65 jc. 72

¹⁰ Een link naar de algemene homepage is voldoende. Zie HvJ EU 8 juli 2010, C-558/08 (*Portakabin*), ro. 91.

¹¹ HvJ EU 12 juli 2011, zaak C-324/09 (*l'Oréal e.a. tegen eBay e.a.*), IEF 9961, ow. 55.

¹² Sinds haar Google Adwords arrest (zie t.a.p. noot 9) hanteert het HvJ EU steeds meer de maatstaf van de 'gemiddelde internetgebruiker' in plaats van de traditionele 'redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende gemiddelde consument' of gebruiker van de betrokken waren of diensten. Zie hierover ook T. Heremans en L. Bieseman, "Internetadvertenties en trefwoorden", BMMB 1/2011, p. 5.

¹³ Overigens is minder snel sprake van verwarringsgevaar wanneer er bijv. een variant als @lhatebavariababes of @antibavariababes wordt gebruikt - maar dat zou, afhankelijk van de wijze van gebruik, wel anderszins merkinbreuk kunnen opleveren (wegens ongerechtvaardigde afbreuk aan reputatie).

¹⁴ HvJ EU 11 november 1997, BIE 1998, p.. 64, IER 1997, p. 220 (*Puma/Sabel*)

Ander twittergebruik

Indien sprake was geweest van niet-commercieel gebruik – dus niet ter onderscheiding van waren, maar bijvoorbeeld voor privé-tweets – had Bavaria kunnen terugvallen op een verbodsactie op grond van sub (d). Wij stelden al vast dat bij gebruik van @bavariababes zonder meer sprake zal zijn van profiteren (kielzog varen). De naam @bavariababes is herkenbaar juist vanwege de overeenstemming met het bekende merk Bavaria, en heeft een aantrekkingskracht waarmee een twitteraar ongetwijfeld, ook al is het in de privé-sfeer, extra aandacht krijgt en volgers wint. Daarmee wordt ongerechtvaardigd voordeel getrokken uit de naam en reputatie (en de daarin gepleegde investeringen) van Bavaria. Van een geldige reden daarvoor is niet snel sprake. Indien de accountnaam bijvoorbeeld gebruikt zou worden ter facilitering van een actueel, publiek debat over de betreffende marketing campagne van Bavaria zou een twitteraar mogelijk met een beroep op de vrijheid van meningsuiting een geldige reden voor gebruik hebben (gehad).¹⁵ De betreffende twitterconversaties moeten dan echter niet uitlopen op nodeloos grievende uitingen.¹⁶

Ook als de accountnaam slechts door Movuz was geregistreerd zonder deze daadwerkelijk te gebruiken, dan had Bavaria kunnen terugvallen op sub (d). Volgens vaste rechtspraak kunnen louter geregistreerde (en nog niet actief gebruikte) domeinnamen een merkinbreuk opleveren, en naar onze mening zou dit naar analogie ook moeten gelden voor Twitter-accounts.¹⁷

Twitter buiten schot

En Twitter zelf? Net zoals Google kan de online dienstverlener Twitter niet zelf aangesproken worden op merkinbreuk door gebruikers van haar dienst, aangezien dit geen gebruik 'voor de eigen

commerciële communicatie' van Twitter zelf betreft. Interessant is in dit verband de mening van Heremans en Bieseman dat dienstverleners in de Benelux mogelijk toch op grond van sub (d) zouden moeten kunnen worden aangepakt.¹⁸ Twitter voert volgens haar website overigens zelf beleid dat merkinbreuken via Twitter wil voorkomen.¹⁹ Intussen voorkwam dit niet dat @bavariababes door Movuz als accountnaam werd geregistreerd.

Het 'vonnis'

In een procedure had Bavaria dus op basis van haar 'Bavaria' merkregistratie naar onze mening waarschijnlijk met succes een verbodsactie kunnen instellen op grond van zowel art. 2.20 sub (b), (c) als (d) BVIE. In die zin hoeft Bavaria dus ook in de toekomst niet te vrezen dat zij per se alle varianten op haar merk en reclame-uitingen ook als twitteraccount moet registreren. Sterker nog, zelfs bij gebreke van een merkregistratie kan men zich in voorkomend geval wellicht nog beroepen op het leerstuk van de onrechtmatige daad. Zo heeft de Amsterdamse Voorzieningenrechter recent het 'op slinkse wijze weglokken van klanten' via twitter onrechtmatig geacht.²⁰ Ook in dit opzicht zou Movuz derhalve in een procedure niet erg sterk hebben gestaan. Een schikking zoals die nu is getroffen, waarbij Movuz de Twitter-accountnaam aan Bavaria heeft overgedragen, lag dan ook in de rede. Desalniettemin zal men ongetwijfeld de afgelopen maanden profijt hebben gehad van de publiciteit die deze kwestie heeft gegenereerd. Dat Movuz aldus haar eigen bavariababes-buzz heeft gecreëerd, moet haar worden nagegeven. En zien wij het nu goed dat de dames op de website van Movuz²¹ onder hun 'Oktoberfest'-achtige outfit stiekem nog een oranje jurkje dragen..?

¹⁵ Aangevoerd moet dan worden dat het gebruik van het merk noodzakelijk is om volgers duidelijkheid te geven over de inhoud van de twitterberichten ('tweets').

¹⁶ Rechtbank Amsterdam 22 december 2009, LJN BK7383, IEF 8482 (*Mercis & Dick Bruna/Punt.nl*).

¹⁷ Zie o.a. Rechtbank Arnhem 8 februari 2007, KU ZA 07-6, IEF 3445 (*Disney Enterprises Inc/ Rijkssen*).

¹⁸ Zie: T. Heremans en L. Bieseman, *Internetadvertenties en trefwoorden*, BMMB 1/2011, p.2. Schrijvers wijzen er in dat artikel op dat het HvJ EU zich in *Google AdWords* immers niet uitliet over art. 5 lid 5 Merkenrichtlijn, de grondslag voor art. 2:20 sub d BVIE.

¹⁹ <http://support.twitter.com/entries/18367-trademark-policy>

²⁰ Vgl. wederom: Vzr. Rb. Amsterdam 15 juni 2011, IEF 9787 (*mediavacature.nl/mediavacatures.nl*).

²¹ www.movuz.nl.