Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Sjette Afdeling)

5. oktober 2016 *

»EU-varemærker — ugyldighedssag — EU-ordmærket T.G.R. ENERGY DRINK — ond tro — artikel 52, stk. 1, litra b), i forordning (EF) nr. 207/2009«

I sag T-456/15,

Foodcare sp. z o.o., Zabierzów (Polen), ved advokat A. Matusik,

sagsøger,

mod

Den Europæiske Unions Kontor for Intellektuel Ejendomsret (EUIPO) ved S. Palmero Cabezas, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

den anden part i sagen for appelkammeret ved EUIPO og intervenient ved Retten:

Dariusz Michalczewski, Gdańsk (Polen), ved advokaterne B. Matusiewicz-Kulig, M. Czerwińska og M. Marek,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 12. maj 2015 af Andet Appelkammer ved EUIPO (sag R 265/2014-2) vedrørende en ugyldighedssag mellem Dariusz Michalczewski og Foodcare,

har

RETTEN (Sjette Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, S. Frimodt Nielsen, og dommerne A.M. Collins og V. Valančius (refererende dommer),

justitssekretær: fuldmægtig J. Weychert,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 10. august 2015,

under henvisning til EUIPO's svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 29. oktober 2015,

under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 26. oktober 2015,

* Processprog: engelsk.

og efter retsmødet den 7. juli 2016,

afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

1 Den 31. juli 2003 indgik intervenienten, Dariusz Michalczewski, der er tidligere professionel bokser, og sagsøgeren, Foodcare sp. z o.o., en aftale, i henhold til hvilken sidstnævnte fik tilladelse til at bruge intervenientens billede, kaldenavn (dvs. »Tiger«) og dennes ord- og figurmærker med henblik på at fremme markedsføringen af energidrikke. Af emballagen til de energidrikke, der blev markedsført af sagsøgeren, fremgik bl.a. tegnet Tiger Energy Drink. Den 1. juli 2005 blev der indgået endnu en aftale af samme type mellem intervenienten og sagsøgeren.

2 Den 14. februar 2007 indgav sagsøgeren en ansøgning om registrering af et EU-varemærke til Den Europæiske Unions Kontor for Intellektuel Ejendomsret (EUIPO) i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994, L 11, s. 1) med senere ændringer (erstattet af Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26.2.2009 om EU-varemærker (EUT 2009, L 78, s. 1)).

3 Det ansøgte varemærke var ordmærket T.G.R. ENERGY DRINK.

4 De varer, som varemærkeansøgningen vedrørte, henhører under klasse 32 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer til følgende beskrivelse: »essenser til fremstilling af drikkevarer, limonade, limonade i pulverform, ikke-alkoholiske drikkevarer, mousserende drikkevarer, mousserende drikkevarer i pulverform, frugtsaft, pastiller til mousserende drikkevarer, pulver til mousserende drikkevarer, præparater til produktion af kulsyreholdigt vand, præparater til fremstilling af kulsyreholdigt vand, produkter i pulverform til fremstilling af energidrikke, styrkende drikke og drikke beriget med mikroelementer, produkter til fremstilling af mineralvand, frugtsaft, grøntsagssaft, sorbet (drikkevarer), saftkoncentrat til fremstilling af drikkevarer, kulsyreholdigt vand, bordvand, mineralvand, afkølende og opkvikkende drikkevarer«.

5 EU-varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 56/2007 af 1. oktober 2007.

6 Den 6. marts 2008 blev ordtegnet registreret som EU-varemærke under nr. 5689237.

7 Den 17. november 2011 indgav intervenienten en ugyldighedsbegæring vedrørende sagsøgerens ordmærke for samtlige de varer, det var blevet registreret for.

8 De ugyldighedsgrunde, der blev påberåbt til støtte for ugyldighedsbegæringen, vedrørte den absolutte ugyldighedsgrund i artikel 52, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 og de relative ugyldighedsgrunde i artikel 53, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, sammenholdt med den nævnte forordnings artikel 8, stk. 1, litra b), og artikel 8, stk. 3.

9 Ugyldighedsbegæringen var for så vidt angår de relative ugyldighedsgrunde støttet på følgende ældre varemærker:

— Det ældre EU-ordmærke Dariusz Tiger Michalczewski, registreret den 3. april 2001 under nr. 1219732, der bl.a. omfatter varer i klasse 32 med følgende beskrivelse: »mineralvand, isotoniske drikke«.

— Følgende polske figurmærker, registreret henholdsvis den 11. juni 2003 og den 27. april 2007 under referencerne R 145 637 og R 191 973, der for så vidt angår alene det andet bl.a. omfatter varer i klasse 32:





10 For så vidt angår den grund, der fremgår af artikel 52, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009, var ugyldighedsbegæringen støttet på det forhold, at sagsøgeren ved indgivelsen af varemærkeansøgningen var i ond tro.

11 Ved afgørelse af 25. november 2013 afslog annullationsafdelingen ugyldighedsbegæringen, idet den fandt, at der ikke forelå nogen risiko for forveksling mellem de ældre varemærker og det omtvistede varemærke, at forskellene mellem de ældre varemærker og det omtvistede varemærke udelukkede muligheden for indsigelse på grundlag af en angiveligt ulovlig indgivelse ved intervenientens agent eller repræsentant, og at det ikke var blevet godtgjort, at sagsøgeren var i ond tro ved indgivelsen af ansøgningen.

12 Den 20. januar 2014 indgav intervenienten en klage til EUIPO i henhold til artikel 58-64 i forordning nr. 207/2009 over annullationsafdelingens afgørelse.

13 Ved afgørelse af 12. maj 2015 (herefter den »anfægtede afgørelse«) ophævede EUIPO's Andet Appelkammer annullationsafdelingens afgørelse og gav medhold i ugyldighedsbegæringen. Nærmere bestemt fandt dette, at annullationsafdelingen ikke havde foretaget en helhedsvurdering under hensyn til alle de elementer, der var relevante med henblik på at vurdere, om ansøgeren ved indgivelsen af ansøgningen om registrering af det omtvistede varemærke eventuelt havde været i ond tro, og appelkammeret fandt efter en sådan vurdering, at det var godtgjort, at sagsøgeren var i ond tro ved indgivelsen af ansøgningen om registrering af det omtvistede varemærke.

Parternes påstande

14 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— EUIPO tilpligtes at betale sagens omkostninger.

15 EUIPO og intervenienten har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

16 Til støtte for sin påstand har sagsøgeren fremført et enkelt anbringende om tilsidesættelse af artikel 52, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009.

17 Sagsøgeren har i det væsentlige gjort gældende, at appelkammeret ikke tog hensyn til alle relevante faktorer med henblik på at afgøre, om der forelå ond tro på tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om registrering af det omtvistede varemærke. Ifølge sagsøgeren skulle der med henblik på at vurdere, om der forelå ond tro på tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om registrering af det omtvistede varemærke, være taget hensyn til omstændigheder, der vedrørte for det første intervenientens tidligere retlige situation, for det andet karakteren af aftaleforholdet mellem sagsøgeren og intervenienten og for det tredje den brug, som sagsøgeren har gjort af det omtvistede varemærke.

18 Sagsøgeren har for det første for så vidt angår intervenientens tidligere retlige situation anført, at intervenienten ikke i Polen var indehaver af rettigheder over varemærker med ordbestanddelen »tiger«, der omfattede varer i klasse 32 på det tidspunkt i 2003, hvor disse indgik et aftaleforhold. På den baggrund kan aftaleforholdet mellem sagsøgeren og intervenienten ikke forstås som en varemærkelicensaftale, idet intervenienten ikke var indehaver af ældre rettigheder over varemærker med ordbestanddelen »tiger«. Sagsøgeren har desuden gjort gældende, at intervenienten ikke på noget tidspunkt inden dette aftaleforhold har gjort brug af et varemærke med ordbestanddelen »tiger« med henblik på at markedsføre energidrikke.

19 Endvidere har sagsøgeren hvad angår karakteren af det omhandlede aftaleforhold gjort gældende, at dette kan betegnes som en promoveringsaftale, hvorved det blev aftalt med intervenienten, at dennes navn, kaldenavn og billede kunne anvendes af sagsøgeren mod betaling af et vederlag for at sikre reklame for varerne, herunder energidrikkene, der blev markedsført af sagsøgeren på dennes initiativ. Sagsøgeren har anført, at det derfor tilkom denne at udvikle nye varer og nye varemærker, hvorfor ansøgningen om registrering af det omtvistede varemærke var lovlig.

20 Sagsøgeren har endelig anført, at det i forbindelse med en reklamekampagne i 2011, der er blevet redegjort for i den anfægtede afgørelse, ikke var det omtvistede varemærke, der blev brugt, men blot ordbestanddelen »tiger« sammen med figurbestanddele, der gengav rifter.

21 EUIPO og intervenienten har anfægtet sagsøgerens argumenter.

22 Indledningsvis bemærkes, at artikel 52, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 fastsætter, at et EU-varemærke erklæres ugyldigt efter indgivelse af begæring herom til EUIPO eller ved fremsættelse af modkrav under en sag om varemærkekrænkelse, når ansøgeren ved indgivelsen af ansøgningen om registrering af det omtvistede varemærke var i ond tro.

23 Det påhviler i denne henseende indgiveren af ugyldighedsbegæringen, som ønsker at støtte ret på denne grund, at godtgøre tilstedeværelsen af de omstændigheder, der gør det muligt at fastslå, at indehaveren af et EU-varemærke var i ond tro ved indgivelsen af ansøgningen om registrering af dette (jf. dom af 21.5.2015, Urb Rulmenti suceava mod KHIM – Adiguzel (URB), T-635/14, ikke trykt i Sml., EU:T:2015:297, præmis 30 og den deri anførte retspraksis).

24 Begrebet »ond tro«, der fremgår af artikel 52, stk. 1, litra b) i forordning nr. 207/2009, er, således som generaladvokat Sharpston anførte i punkt 36 i sit forslag til afgørelse Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (C-529/07, EU:C:2009:148), ikke defineret, afgrænset eller blot beskrevet på nogen måde i lovgivningen.

25 Det følger af artikel 52, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009, at det relevante tidspunkt for vurderingen af, om der foreligger ond tro hos ansøgeren, er tidspunktet for den pågældendes indgivelse af registreringsansøgningen (dom af 11.6.2009, Chokoladefabriken Lindt & Sprüngli, C-529/07, EU:C:2009:361, præmis 35).

26 Desuden har Domstolen i dom af 11. juni 2009, Chokoladefabriken Lindt & Sprüngli (C-529/07, EU:C:2009:361, præmis 53) anført, at med henblik på at vurdere, om der foreligger ond tro hos ansøgeren, som omhandlet i artikel 52, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009, skal der tages hensyn til alle de relevante faktorer, der kendetegner den konkrete sag, og navnlig:

— den omstændighed, at ansøgeren ved eller burde vide, at en tredjemand i mindst én medlemsstat bruger et identisk eller lignende tegn for varer af samme eller lignende art, hvilket giver anledning til forveksling med det tegn, som er søgt registreret

— ansøgerens hensigt om at forhindre denne tredjemand i fortsat at bruge tegnet, og

— den grad af retlig beskyttelse, som tredjemands tegn og tegnet, der er søgt registreret, nyder.

27 Som appelkammeret med rette påpegede i den anfægtede afgørelses punkt 21, fremgår det herefter af den formulering, der er brugt i dom af 11. juni 2009, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (C529/07, EU:C:2009:361), at de faktorer, som er nævnt ovenfor i præmis 26, blot er nogle eksempler blandt samtlige de forhold, der kan tages i betragtning med henblik på at afgøre, om varemærkeansøgeren eventuelt var i ond tro på tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om registrering (dom af 14.2.2012, Peeters Landbouwmachines mod KHIM – Fors MW (BIGAB), T-33/11, EU:T:2012:77, præmis 20).

28 Det må således antages, at der inden for rammerne af den helhedsvurdering, der foretages i henhold til artikel 52, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009, ligeledes kan tages hensyn til oprindelsen af det omtvistede tegn, brugen af det siden dets etablering, den forretningsmæssige logik, der ligger til grund for indgivelsen af ansøgningen om registrering af tegnet som EU-varemærke, samt tidsforløbet for hændelserne, der var kendetegnende for denne indgivelse (jf. i denne retning dom af 14.2.2012, Peeters Landbouwmachines mod KHIM – Fors MW (BIGAB), T-33/11, EU:T:2012:77, præmis 21, og af 11.7.2013, SA.PAR. mod KHIM – Salini Costruttori (GRUPPO SALINI), T-321/10, EU:T:2013:372, præmis 30).

29 Det er bl.a. i lyset af ovenstående betragtninger, for så vidt som de finder anvendelse i den foreliggende sag, at lovligheden af den anfægtede afgørelse skal efterprøves, idet appelkammeret har konkluderet, at sagsøgeren var i ond tro på tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om registrering af det omtvistede varemærke, dvs. den 14. februar 2007.

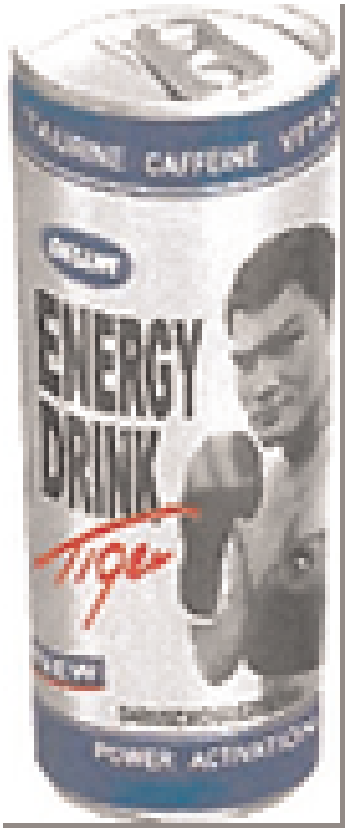
30 For det første er det ubestridt, således som appelkammeret bemærkede i den anfægtede afgørelses punkt 34, sammenholdt med denne afgørelses punkt 27-29, at intervenienten og sagsøgeren den 31. juli 2003 indgik en aftale, i henhold til hvilken sidstnævnte fik tilladelse til at bruge intervenientens billede, kaldenavn og ord- og figurmærker med henblik på at fremme markedsføringen af energidrikke, hvis emballage var påført bl.a. tegnet Tiger. Under retsmødet har sagsøgeren som svar på et spørgsmål fra Retten præciseret, at denne aftale oprindeligt blev indgået for en periode på halvtreds år. Begrundelsen for den indgåede aftale mellem sagsøgeren og intervenienten, således som parterne er enige om at anerkende den, beror på det billede, der formidles af intervenienten, som er en tidligere professionel bokser, kendt under pseudonymet »Tiger«. Den 1. juli 2005 blev der indgået endnu en aftale af samme type mellem intervenienten og sagsøgeren. Det er derfor muligt at antage, at de nævnte aftaler er udtryk for sagsøgerens hensigt om at udvikle sin kommercielle aktivitet bl.a. med støtte i det billede, som intervenienten formidler, og dettes renommé.

31 Det fremgår desuden af sagens akter, at disse aftaler fastsatte en forpligtelse for sagsøgeren til at betale intervenienten et vederlag for brugen af dennes billede, navn, kaldenavn og ord- og figurmærker. De omhandlede aftalers bestemmelser lod ikke herske tvivl om sagsøgerens kendskab – på tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om registrering af det omtvistede varemærke – til eksistensen af de ældre varemærker, som intervenienten var indehaver af.

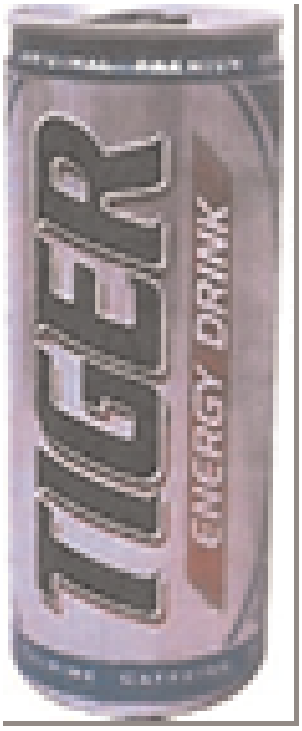
32 Det fremgår ligeledes af sagens akter, at enhver faktisk brug, som sagsøgeren måtte foretage af intervenientens rettigheder, og af de varemærker, som denne var indehaver af, forudsatte intervenientens forudgående skriftlige samtykke.

33 Appelkammeret begik derfor ikke nogen fejl, da det som en af de relevante faktorer for vurderingen af, om sagsøgeren var i ond tro, tog hensyn til, at der eksisterede et direkte aftalemæssigt forhold mellem sagsøgeren og intervenienten, som lå forud for tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om registrering af det omtvistede varemærke (jf. i denne retning dom af 1.2.2012, Carrols mod KHIM – Gambettola (Pollo Tropical CHICKEN ON THE GRILL), T-291/09, EU:T:2012:39, præmis 85-87).

34 For det andet er det ligeledes ubestridt, således som appelkammeret anførte i den anfægtede afgørelses punkt 36, sammenholdt med denne afgørelses punkt 12, at bl.a. tegnet Tiger, men også flere gange intervenientens billede, var påført emballagen for de energidrikke, der blev markedsført af sagsøgeren. Det bemærkes i denne henseende, at følgende billeder er blevet brugt henholdsvis i 2004, 2006 og 2007 på emballager for energidrikke, der blev markedsført af sagsøgeren:







35 Det skal derfor fastslås, at præsentationen af varernes emballager som markedsført af sagsøgeren understøtter den konklusion, der kan udledes af indholdet af de nævnte aftaler, hvorefter sagsøgeren har ønsket at udvikle sin kommercielle aktivitet ved at forbinde det af intervenienten formidlede billede og dennes renommé med denne aktivitet. Det er således uden at begå nogen fejl, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 35 tog hensyn til denne omstændighed som en af de relevante faktorer med henblik på vurdering af, om der forelå ond tro hos sagsøgeren.

36 For det tredje må det under sagens særlige omstændigheder konstateres, selv om der ikke er behov for inden for rammerne af en ugyldighedsbegæring på grundlag af artikel 52, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 at foretage en detaljeret undersøgelse af de visuelle, fonetiske og begrebsmæssige ligheder, der eksisterer mellem det omtvistede varemærke og de ældre varemærker, som intervenienten er indehaver af, at det omtvistede varemærke prima facie ligner tegnet Tiger Energy Drink, som sagsøgeren på grundlag af det aftalemæssige forhold til intervenienten bruger med henblik på markedsføring af sine varer.

37 Det skal nemlig herved bemærkes, at to varemærker generelt ligner hinanden, såfremt der efter opfattelsen i den relevante offentlighed foreligger en i det mindste delvis lighed mellem dem i en eller flere relevante henseender (dom af 23.10.2002, Matratzen Concord mod KHIM – Hukla Germany (MATRATZEN), T-6/01, EU:T:2002:261, præmis 30). Det kan i det foreliggende tilfælde ikke reelt bestrides, at tegnet Tiger Energy Drink og det omtvistede varemærke T.G.R. ENERGY DRINK har en delvis lighed, i det mindste i visuel og fonetisk henseende, uanset hvem der udgør den relevante offentlighed. Den eneste forskel, der findes navnlig på det visuelle plan mellem det omtvistede varemærke og tegnet Tiger Energy Drink, er, at sidstnævnte har to stavelser mere, hvilket ikke er tilstrækkeligt til at udelukke, at disse tegn giver det samme helhedsindtryk.

38 Denne høje grad af lighed mellem tegnet Tiger Energy Drink og det omtvistede varemærke kan ikke være tilfældig. Det er derfor muligt at antage, at den høje grad af lighed i modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, er udtryk for sagsøgerens ønske om i forbrugernes bevidsthed at skabe om ikke en forveksling så i det mindste en forbindelse mellem det omtvistede varemærke og tegnet Tiger Energy Drink. Ydermere må det fastslås, at følgende billeder understøtter denne konklusion:





39 Det er derfor uden at have begået nogen fejl, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 38 anførte, at det omtvistede varemærke T.G.R. ENERGY DRINK kunne anses for at være en ændret udgave af tegnet Tiger. Det samme gør sig i endnu højere grad gældende for så vidt angår tegnet Tiger Energy Drink.

40 Endvidere bemærkes, at det, såfremt sagsøgerens hensigt, som anført af denne, ikke var i forbrugernes bevidsthed at skabe en forbindelse mellem det omtvistede varemærke og tegnet Tiger Energy Drink, der, således som det fremgår af sagens akter, havde en høj grad af renommé, ville have været muligt for sagsøgeren, således som denne efterfølgende gjorde fra 2011 ved at bruge tegnet Black Energy Drink, at markedsføre sine varer med et helt andet tegn på emballagen end tegnet Tiger Energy Drink.

41 Appelkammeret begik derfor ikke nogen fejl, da det som en af de relevante faktorer for vurderingen af, om der forelå ond tro hos sagsøgeren, tog hensyn til sagsøgerens ønske om at skabe om ikke en forveksling så i det mindste en forbindelse mellem tegnet Tiger Energy Drink, der havde en høj grad af renommé, og det omtvistede varemærke (jf. i denne retning dom af 11.6.2009, Chokoladefabriken Lindt & Sprüngli, C-529/07, EU:C:2009:361, præmis 40, og af 1.2.2012, Carrols mod KHIM – Gambettola (Pollo Tropical CHICKEN ON THE GRILL), T-291/09, EU:T:2012:39, præmis 90).

42 For det fjerde fremgår det af kontraktvilkårene i de aftaler, der er indgået mellem intervenienten og sagsøgeren, at denne var forpligtet til at betale intervenienten et vederlag for brugen af billedet, navnet, kaldenavnet og ord- og figurmærkerne, der tilhørte intervenienten. Det er imidlertid ubestridt, at sagsøgeren ved ikke at bruge tegnet Tiger med henblik på markedsføring af sine varer, men i givet fald det omtvistede varemærke, reelt er fritaget fra at betale vederlag til intervenienten.

43 Det kan således antages, at sagsøgeren, da denne indgav ansøgningen om registrering af det omtvistede varemærke, havde til hensigt at fortsætte med at udnytte det renommé, som tegnet Tiger Energy Drink havde, og derved omgå de aftalemæssige forpligtelser, der fulgte af de aftaler, som var indgået med intervenienten.

44 Appelkammeret begik derfor ikke nogen fejl, da det som en af de relevante faktorer for vurderingen af, om sagsøgeren var i ond tro, med henvisning til den foreliggende sags objektive omstændigheder tog hensyn til sagsøgerens hensigt, der bestod i at omgå de aftalemæssige forpligtelser (jf. i denne retning dom af 11.6.2009, Chokoladefabriken Lindt & Sprüngli, C-529/07, EU:C:2009:361, præmis 41 og 42).

45 Det følger af ovenstående, at appelkammeret ikke begik nogen fejl, da det efter en helhedsvurdering, hvor det tog hensyn til alle de relevante faktorer, konkluderede, at sagsøgeren havde handlet i ond tro, da denne indgav ansøgningen om registrering af det omtvistede varemærke, således som omhandlet i artikel 52, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009.

46 Denne konklusion afsvækkes ikke af sagsøgerens forskellige anbringender.

47 For det første for så vidt angår sagsøgerens argumentation med henblik på at bebrejde appelkammeret, at det ikke tog hensyn til den omstændighed, at intervenienten i 2003, da aftalerne blev indgået, ikke var indehaver af ældre rettigheder til varemærker indeholdende ordbestanddelen »tiger«, der omfattede energidrikke i Polen, og aldrig havde markedsført sådanne drikke ved anvendelse af denne ordbestanddel, skal det fastslås, at denne argumentation må forkastes.

48 Det bemærkes nemlig dels, at spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgeren var i ond tro, skal vurderes på tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om registrering af det omtvistede varemærke, dvs. den 14. februar 2007 (jf. i denne retning dom af 11.6.2009, Chokoladefabriken Lindt & Sprüngli, C-529/07, EU:C:2009:361, præmis 35). Spørgsmålet om, hvilke varemærker intervenienten var indehaver af på tidspunktet for indgåelsen af den første promoveringsaftale med sagsøgeren, den 31. juli 2003, har i det foreliggende tilfælde derfor ingen relevans.

49 Dels er det ubestridt, således som bemærket ovenfor i præmis 9, at intervenienten bl.a. er indehaver af det ældre EU-ordmærke Dariusz Tiger Michalczewski, registreret den 3. april 2001, der bl.a. omfatter varer i klasse 32. Det følger heraf, at beskyttelsen af intervenientens EU-varemærke, der indeholder ordbestanddelen »tiger« og omfatter energidrikke, efter Polens tiltrædelse af Den Europæiske Union den 1. maj 2004, er blevet udstrakt til denne medlemsstat (jf. i denne retning dom af 22.4.2015, Rezon mod KHIM – mobile.international (mobile.de proMotor), T-337/14, ikke trykt i Sml., EU:T:2015:220, præmis 32).

50 Appelkammeret begik derfor ikke nogen fejl, da det som en af de relevante faktorer med henblik på vurderingen af, om sagsøgeren var i ond tro, tog hensyn til den omstændighed, at intervenienten på tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om registrering af det omtvistede varemærke var indehaver af varemærker, herunder det ældre EU-ordmærke Dariusz Tiger Michalczewski, der indeholdt ordbestanddelen »tiger« og omfattede varer i klasse 32.

51 Det bemærkes desuden, såfremt sagsøgeren med sin argumentation i det væsentlige ønsker at gøre gældende, at intervenienten ikke har gjort reel brug i EU af EU-ordmærket Dariusz Tiger Michalczewski for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, hvorfor der er indtrådt fortabelse i henhold til artikel 51, stk. 1, i forordning nr. 207/2009, at der i de processkrifter, som parterne har indgivet under sagen for Retten, i henhold til artikel 188 i Rettens procesreglement ikke må foretages nogen ændring af sagsgenstanden, som den forelå for appelkammeret.

52 I det foreliggende tilfælde vedrørte tvisten for appelkammeret en begæring om, at det omtvistede varemærke blev erklæret ugyldigt, hvorfor appelkammeret ikke skulle tage stilling til spørgsmålet vedrørende reel brug af intervenientens varemærke. På den baggrund må det konstateres, at sagsøgeren ikke med rette kan anmode Retten om at undersøge et spørgsmål, der ikke er blevet undersøgt af appelkammeret i dennes afgørelse.

53 For det andet for så vidt angår sagsøgerens anbringender vedrørende karakteren af aftaleforholdet mellem denne og intervenienten må det konstateres, at sagsøgeren ikke med disse anbringender har fremført noget klagepunkt mod den anfægtede afgørelse, men blot har mindet om de forskellige forpligtelser, der følger af de indgåede aftaler vedrørende anvendelsen af billedet, navnet, kaldenavnet og ord- og figurmærkerne, der tilhører intervenienten, med henblik på fremme af markedsføringen af energidrikke. Med disse anbringender ønsker sagsøgeren imidlertid i det væsentlige at gøre gældende, at de omhandlede aftaler ikke skal forstås således, at intervenienten har givet en eller flere tilladelser vedrørende de varemærker, som denne er indehaver af.

54 Uden at det er nødvendigt at udtale sig mere præcist om disse anbringender og den nærmere karakter af de aftaler, der er indgået mellem sagsøgeren og intervenienten, er det tilstrækkeligt for at forkaste disse anbringender at fastslå, at appelkammeret i den anfægtede afgørelse ikke tog hensyn til karakteren af disse aftaler som en relevant faktor med henblik på i forbindelse med den helhedsvurdering, som det foretog, at fastslå, at sagsøgeren var i ond tro.

55 Uanset den nøjagtige karakter af de aftaler, som sagsøgeren og intervenienten har indgået, er det under alle omstændigheder tilstrækkeligt, at de foreligger, for at kunne fastslå den omstændighed, at parterne inden datoen for indgivelsen af ansøgningen om registrering af det omtvistede varemærke var knyttet til hinanden ved direkte aftaleforhold. Disse direkte aftaleforhold er i det foreliggende tilfælde, hvilket allerede er blevet fastslået, en af de relevante faktorer med henblik på at vurdere, om sagsøgeren var i ond tro (jf. i denne retning dom af 1.2.2012, Carrols mod KHIM – Gambettola (Pollo Tropical CHICKEN ON THE GRILL), T-291/09, EU:T:2012:39, præmis 85-87).

56 For det tredje for så vidt angår sagsøgerens anbringender vedrørende brugen eller ej af det omtvistede varemærke i forbindelse med en reklamekampagne i 2011 skal det fastslås, at de ligeledes må forkastes.

57 Det er nemlig allerede blevet bemærket, at spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgeren var i ond tro, skal vurderes på tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om registrering af det omtvistede varemærke, dvs. den 14. februar 2007 (jf. i denne retning dom af 11.6.2009, Chokoladefabriken Lindt & Sprüngli, C-529/07, EU:C:2009:361, præmis 35). Derfor har spørgsmålet om, hvorvidt det omtvistede varemærke blev brugt eller ej i forbindelse med en reklamekampagne i 2011, ingen relevans i det foreliggende tilfælde.

58 Det følger af ovenstående, at det enkelte anbringende må forkastes, og dermed, at EUIPO må frifindes i det hele.

Sagsomkostninger

59 Ifølge procesreglementets artikel 134, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom.

60 Sagsøgeren har tabt sagen og pålægges derfor at betale sagsomkostningerne i overensstemmelse med EUIPO's og intervenientens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Sjette Afdeling)

1) Den Europæiske Unions Kontor for Intellektuel Ejendomsret (EUIPO) frifindes.

2) **Foodcare sp. z o.o. bærer sine egne omkostninger og betaler de omkostninger, der er afholdt af EUIPO og af Dariusz Michalczewski.**

Frimodt Nielsen Collins Valančius

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 5. oktober 2016.

Underskrifter