ARREST VAN HET GERECHT (Zesde kamer)

5 oktober 2016*

„Uniemerk — Nietigheidsprocedure — Uniewoordmerk T.G.R. ENERGY DRINK — Kwade trouw — Artikel 52, lid 1, onder b), van verordening (EG) nr. 207/2009”

In zaak T-456/15,

Foodcare sp. z o.o., gevestigd te Zabierzów (Polen), vertegenwoordigd door A. Matusik, advocaat,

verzoekster,

tegen

Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO), vertegenwoordigd door S. Palmero Cabezas als gemachtigde,

verweerder,

andere partij in de procedure voor de kamer van beroep van het EUIPO, interveniënt voor het Gerecht:

Dariusz Michalczewski, wonende te Gdańsk (Polen), vertegenwoordigd door B. Matusiewicz-Kulig, M. Czerwińska en M. Marek, advocaten,

betreffende een beroep tegen de beslissing van de tweede kamer van beroep van het EUIPO van 12 mei 2015 (zaak R 265/2014-2) inzake een nietigheidsprocedure tussen Michalczewski en Foodcare,

wijst

HET GERECHT (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: S. Frimodt Nielsen, president, A. M. Collins en V. Valančius (rapporteur), rechters,

griffier: J. Weychert, administrateur,

gezien het op 10 augustus 2015 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 29 oktober 2015 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord van het EUIPO,

gezien de op 26 oktober 2015 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord van interveniënt,

* Procestaal: Engels

na de terechtzitting op 7 juli 2016,

het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

1 Op 31 juli 2003 hebben interveniënt, Dariusz Michalczewski, een ex-profbokser, en verzoekster, Foodcare sp. z o.o., een overeenkomst gesloten waarbij verzoekster toestemming kreeg om interveniënts afbeelding, bijnaam („Tiger") en woord- en beeldmerken te gebruiken om de verkoop van energiedrankjes te promoten. Op de verpakking van de door verzoekster verkochte energiedrankjes was met name het teken Tiger Energy Drink aangebracht. Op 1 juli 2005 hebben interveniënt en verzoekster een tweede soortgelijke overeenkomst gesloten.

2 Op 14 februari 2007 heeft verzoekster bij het Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO) een Uniemerkaanvraag ingediend krachtens verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1), zoals gewijzigd [vervangen door verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het Uniemerk (PB 2009, L 78, blz. 1)].

3 De inschrijvingsaanvraag betrof het woordteken T.G.R. ENERGY DRINK.

4 De waren waarvoor de aanvraag werd ingediend, behoren tot klasse 32 in de zin van de Overeenkomst van Nice van 15 juni 1957 betreffende de internationale classificatie van de waren en diensten ten behoeve van de inschrijving van merken, zoals herzien en gewijzigd, en zijn omschreven als volgt: „Essences voor het bereiden van dranken, limonades, limonades in poedervorm, alcoholvrije dranken, koolzuurhoudende dranken, koolzuurhoudende dranken in poedervorm, vruchtennectars, pastilles voor koolzuurhoudende dranken, poeders voor koolzuurhoudende dranken, preparaten voor het bereiden van spuitwater, producten voor het bereiden van spuitwater, producten in poedervorm voor het bereiden van energiedranken, versterkende en met micro-elementen verrijkte dranken, producten voor het bereiden van mineraalwater, vruchtensappen, groentesappen, sorbets (dranken), siropen voor dranken, spuitwater, tafelwater, mineraalwater, verkoelende dranken en energiedranken".

5 De Uniemerkaanvraag is in het *Blad van gemeenschapsmerken* nr. 56/2007 van 1 oktober 2007 gepubliceerd.

6 Op 6 maart 2008 werd het woordteken als Uniemerk ingeschreven onder nummer 5689237.

7 Op 17 november 2011 heeft interveniënt een vordering tot nietigverklaring van verzoeksters merk ingediend voor alle waren waarvoor dit merk was ingeschreven.

8 Die vordering tot nietigverklaring was gesteund op de in artikel 52, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 bedoelde absolute nietigheidsgrond en op de in artikel 53, lid 1, onder a), van verordening nr. 207/2009 junctis artikel 8, lid 1, onder b), en artikel 8, lid 3, van diezelfde verordening bedoelde relatieve nietigheidsgronden.

9 Wat de relatieve nietigheidsgronden betreft, was de vordering tot nietigverklaring gebaseerd op de volgende oudere merken:

— ouder Uniewoordmerk Dariusz Tiger Michalczewski, dat op 3 april 2001 onder nummer 1219732 is ingeschreven voor waren van klasse 32 die zijn omschreven als volgt: „Minerale wateren, isotone dranken”;

— de volgende Poolse beeldmerken, die op 11 juni 2003 respectievelijk 27 april 2007 onder de nummers R 145 637 en R 191 973, zijn ingeschreven waarbij alleen het tweede merk waren van met name klasse 32 aanduidt:





10 Voor de in artikel 52, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 vermelde grond was de vordering tot nietigverklaring gebaseerd op de kwade trouw van verzoekster bij de indiening van de merkaanvraag.

11 Bij beslissing van 25 november 2013 heeft de nietigheidsafdeling de vordering tot nietigverklaring afgewezen op grond dat geen gevaar voor verwarring van de oudere merken en het litigieuze merk bestond, de verschillen tussen de oudere merken en het litigieuze merk uitsloten dat oppositie kon worden ingesteld op basis van een naar verluidt niet-toegestane indiening door een gemachtigde of een vertegenwoordiger van interveniënt, en niet was bewezen dat verzoekster te kwader trouw was bij indiening van de merkaanvraag.

12 Op 20 januari 2014 heeft interveniënt krachtens de artikelen 58 tot en met 64 van verordening nr. 207/2009 bij het EUIPO beroep tegen de beslissing van de nietigheidsafdeling ingesteld.

13 Bij beslissing van 12 mei 2015 (hierna: „bestreden beslissing”) heeft de tweede kamer van beroep van het EUIPO de beslissing van de nietigheidsafdeling vernietigd en de vordering tot nietigverklaring toegewezen. Zij was met name van oordeel dat de nietigheidsafdeling geen globale beoordeling had verricht, rekening houdend met alle factoren die relevant zijn voor de beoordeling van de eventuele kwade trouw van verzoekster bij indiening van de aanvraag tot inschrijving van het litigieuze merk, en zij heeft, na deze beoordeling, gemeend dat was aangetoond dat verzoekster te kwader trouw was bij indiening van de aanvraag tot inschrijving van het litigieuze merk.

Conclusies van partijen

14 Verzoekster concludeert tot:

— vernietiging van de bestreden beslissing;

— verwijzing van het EUIPO in de kosten.

15 Het EUIPO en interveniënt verzoeken het Gerecht:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

16 Ter ondersteuning van haar beroep voert verzoekster één middel aan, te weten schending van artikel 52, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009.

17 Verzoekster stelt in wezen dat de kamer van beroep geen rekening heeft gehouden met alle factoren die relevant zijn om uit te maken of zij eventueel te kwader trouw was bij indiening van de aanvraag tot inschrijving van het litigieuze merk. Volgens verzoekster moest bij de beoordeling of kwade trouw bestond bij indiening van de aanvraag tot inschrijving van het litigieuze merk rekening worden gehouden met omstandigheden die verband houden met, ten eerste, de vroegere rechtssituatie van interveniënt, ten tweede, de aard van de contractuele relatie tussen haar en interveniënt en, ten derde, het gebruik dat zij van het merk heeft gemaakt.

18 Allereerst stelt verzoekster, aangaande de vroegere rechtssituatie van interveniënt, dat hij in Polen geen houder was van rechten op merken met het woordelement „tiger" tot aanduiding van waren van klasse 32 op het tijdstip waarop zij, in 2003, een contractuele relatie zijn aangegaan. Bijgevolg kan de contractuele relatie tussen verzoekster en interveniënt niet worden opgevat als een merklicentieovereenkomst, aangezien interveniënt geen houder was van oudere rechten op merken met het woordelement „tiger". Verzoekster merkt trouwens op dat interveniënt vóór het begin van deze contractuele relatie nooit gebruik heeft gemaakt van een merk met het woordelement „tiger" voor de verkoop van energiedrankjes.

19 Vervolgens stelt verzoekster, aangaande de aard van de betrokken contractuele relatie, dat deze relatie bestaat in een reclamecontract waarbij met interveniënt is afgesproken dat zijn naam, bijnaam en afbeelding tegen betaling door verzoekster mochten worden gebruikt om reclame te maken voor producten, met name energiedrankjes, die zij uitsluitend op eigen initiatief verkocht. Verzoekster voert aan dat zij dus moest zorgen voor de ontwikkeling van nieuwe waren en merken, zodat de aanvraag tot inschrijving van het litigieuze merk rechtmatig was.

20 Ten slotte betoogt verzoekster dat in een reclamecampagne van 2011, waarvan gewag wordt gemaakt in de bestreden beslissing, niet het litigieuze merk werd gebruikt doch uitsluitend het woordelement „tiger", samen met beeldelementen die krabben door een klauw weergeven.

21 Het EUIPO en interveniënt betwisten verzoeksters betoog.

22 Vooraf zij eraan herinnerd dat volgens artikel 52, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 het Uniemerk op vordering bij het EUIPO of op reconventionele vordering in een inbreukprocedure nietig wordt verklaard wanneer de aanvrager bij indiening van de aanvraag tot inschrijving van het litigieuze merk te kwader trouw was.

23 Het staat aan de verzoeker tot nietigverklaring die zich op deze grond wil baseren, om het bewijs te leveren van de omstandigheden waaruit kan blijken dat de houder van een Uniemerk te kwader trouw was bij de indiening van de aanvraag tot inschrijving van dat merk [zie arrest van 21 mei 2015, Urb Rulmenti Suceava/BHIM – Adiguzel (URB), T-635/14, niet gepubliceerd, EU:T:2015:297, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

24 Zoals advocaat-generaal Sharpston in punt 36 van haar conclusie in de zaak Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (C-529/07, EU:C:2009:148) heeft aangegeven, is het begrip „kwade trouw" bedoeld in artikel 52, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 in de wetgeving op geen enkele manier gedefinieerd, afgebakend of zelfs maar beschreven.

25 Uit artikel 52, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 volgt dat het relevante tijdstip voor de beoordeling van het bestaan van kwade trouw van de aanvrager de indiening van de merkaanvraag door de betrokkene is (arrest van 11 juni 2009, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli, C-529/07, EU:C:2009:361, punt 35).

26 Bovendien heeft het Hof in zijn arrest van 11 juni 2009, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (C-529/07, EU:C:2009:361, punt 53), verklaard dat bij de beoordeling of sprake is van kwade trouw van de aanvrager in de zin van artikel 52, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 rekening moet worden gehouden met alle relevante factoren die het concrete geval kenmerken en met name met:

— het feit dat de aanvrager weet of behoort te weten dat een derde in ten minste één lidstaat een gelijk of overeenstemmend teken gebruikt voor dezelfde of een soortgelijke waar, waardoor verwarring kan ontstaan met het teken waarvan inschrijving is aangevraagd;

— het oogmerk van de aanvrager om die derde het verdere gebruik van dit teken te beletten;

— de omvang van de bescherming die het teken van de derde en het teken waarvan inschrijving is aangevraagd, genieten.

27 Zoals de kamer van beroep terecht heeft benadrukt in punt 21 van de bestreden beslissing, volgt bovendien uit de bewoordingen van het arrest van 11 juni 2009, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (C-529/07, EU:C:2009:361), dat de in punt 26 hierboven opgesomde factoren slechts voorbeelden zijn van een geheel van factoren waarmee rekening kan worden gehouden bij de uitspraak over de eventuele kwade trouw van een merkaanvrager op het moment van de indiening van de aanvraag [arrest van 14 februari 2012, Peeters Landbouwmachines/BHIM – Fors MW (BIGAB), T-33/11, EU:T:2012:77, punt 20].

28 Bijgevolg moet worden geoordeeld dat bij de globale beoordeling op grond van artikel 52, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 eveneens rekening kan worden gehouden met de herkomst van het bestreden teken en het gebruik ervan sinds het is ontworpen, de commerciële logica die de indiening van de Uniemerkaanvraag voor het teken volgt, alsook met de chronologische volgorde van de gebeurtenissen die deze indiening hebben gekenmerkt [zie in die zin arresten van 14 februari 2012, BIGAB, T-33/11, EU:T:2012:77, punt 21, en 11 juli 2013, SA.PAR./BHIM – Salini Costruttori (GRUPPO SALINI), T-321/10, EU:T:2013:372, punt 30].

29 Het is in het licht van met name bovenstaande overwegingen, voor zover zij op de onderhavige zaak van toepassing zijn, dat moet worden nagegaan of de bestreden beslissing rechtmatig is wat de conclusie van de kamer van beroep betreft dat verzoekster te kwader trouw was bij de indiening van de aanvraag tot inschrijving van het betwiste merk, zijnde 14 februari 2007.

30 Ten eerste staat vast, zoals de kamer van beroep heeft opgemerkt in punt 34 van de bestreden beslissing, gelezen in samenhang met de punten 27 tot en met 29 van deze beslissing, dat interveniënt en verzoekster op 31 juli 2003 een overeenkomst hebben gesloten waarbij verzoekster toestemming kreeg om interveniënts afbeelding, bijnaam alsmede woord- en beeldmerken te gebruiken om de verkoop te promoten van energiedrankjes op de verpakking waarvan met name het teken Tiger was aangebracht. Ter terechtzitting heeft verzoekster op een vraag van het Gerecht geantwoord dat deze overeenkomst aanvankelijk was gesloten voor vijftig jaar. De beweegreden om deze overeenkomst te sluiten was, zoals verzoekster en interveniënt erkennen, het imago dat interveniënt, een ex-profbokser bekend onder de bijnaam „Tiger”, uitstraalde. Op 1 juli 2005 hebben interveniënt en verzoekster een tweede soortgelijke overeenkomst gesloten. Bijgevolg kan worden geoordeeld dat deze overeenkomsten uiting geven aan de wil van verzoekster om haar verkoopactiviteit te ontwikkelen met behulp van, met name, het door interveniënt uitgestraalde imago en zijn bekendheid.

31 Bovendien blijkt uit de gegevens van het dossier dat verzoekster op grond van deze overeenkomsten ertoe gehouden was interveniënt een vergoeding te betalen voor het gebruik van zijn afbeelding, naam en bijnaam alsmede zijn woord- en beeldmerken. De betrokken contractbedingen laten er geen twijfel over bestaan dat verzoekster op het tijdstip van indiening van de aanvraag tot inschrijving van het litigieuze merk op de hoogte was van het bestaan van de oudere merken waarvan interveniënt houder was.

32 Uit de gegevens van het dossier blijkt ook dat verzoekster voor elk daadwerkelijk gebruik van interveniënts rechten en merken zijn voorafgaande schriftelijke toestemming nodig had.

33 Bijgevolg heeft de kamer van beroep geen blijk van een onjuiste opvatting gegeven door met de omstandigheid dat tussen verzoekster en interveniënt een rechtstreekse contractuele relatie bestond vóór het tijdstip van indiening van de aanvraag tot inschrijving van het litigieuze merk, rekening te houden als een van de factoren die relevant zijn voor de beoordeling of verzoekster te kwader trouw was [zie in die zin arrest van 1 februari 2012, Carrols/BHIM – Gambettola (Pollo Tropical CHICKEN ON THE GRILL), T-291/09, EU:T:2012:39, punten 85-87].

34 Ten tweede staat eveneens vast, zoals de kamer van beroep heeft opgemerkt in punt 36 van de bestreden beslissing, gelezen in samenhang met punt 12 van deze beslissing, dat op de verpakking van de door verzoekster verkochte energiedrankjes met name het teken Tiger was aangebracht, maar ook, herhaaldelijk, interveniënts afbeelding. Dienaangaande zij opgemerkt dat in 2004, 2006 respectievelijk 2007 de hieronder weergegeven afbeeldingen werden gebruikt op de verpakkingen van de door verzoekster verkochte energiedrankjes:







35 Derhalve dient te worden vastgesteld dat de conclusie die uit de inhoud van deze overeenkomsten is getrokken, namelijk dat verzoekster haar verkoopactiviteit wenste te ontwikkelen door gebruik te maken van het door interveniënt uitgestraalde imago en zijn bekendheid, steun vindt in de verschijningsvorm van de verpakking van de door verzoekster verkochte waren. Bijgevolg heeft de kamer van beroep geen blijk van een onjuiste opvatting gegeven door in punt 35 van de bestreden beslissing met deze omstandigheid rekening te houden als een van de factoren die relevant zijn voor de beoordeling of verzoekster te kwader trouw was.

36 Ten derde dient te worden vastgesteld, ook al hoeft in geval van een vordering tot nietigverklaring wegens het bestaan van de in artikel 52, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 bedoelde grond niet in detail te worden onderzocht of er visuele, fonetische en begripsmatige punten van overeenstemming bestaan tussen het litigieuze merk en de oudere merken waarvan interveniënt houder is, dat in de specifieke omstandigheden van het onderhavige geval het litigieuze merk op het eerste gezicht gelijkt op het teken Tiger Energy Drink, dat verzoekster voor de verkoop van haar waren gebruikte op grond van haar contractuele relatie met interveniënt.

37 Dienaangaande zij immers eraan herinnerd dat twee merken in het algemeen overeenstemmen wanneer zij in de ogen van het relevante publiek ten minste voor een deel gelijk zijn wat één of meer relevante aspecten betreft [arrest van 23 oktober 2002, Matratzen Concord/BHIM – Hukla Germany (MATRATZEN), T-6/01, EU:T:2002:261, punt 30]. In casu kan niet ernstig worden betwist dat het teken Tiger Energy Drink en het litigieuze merk T.G.R. ENERGY DRINK voor een deel gelijk zijn, ten minste wat de visuele en fonetische aspecten betreft, ongeacht het relevante publiek. Het enige punt van verschil dat met name op visueel vlak bestaat tussen het litigieuze merk en het teken Tiger Energy Drink is dat dit teken twee klinkers meer bevat, hetgeen onvoldoende grond is om uit te sluiten dat deze tekens dezelfde totaalindruk wekken.

38 Deze sterke gelijkenis tussen het teken Tiger Energy Drink en het litigieuze merk kan geen louter toeval zijn. Derhalve kan worden geoordeeld dat, anders dan verzoekster aanvoert, deze sterke gelijkenis getuigt van haar wil om bij de consument zo niet verwarring dan toch ten minste een associatie tussen het litigieuze merk en het teken Tiger Energy Drink te creëren. Overigens moet worden vastgesteld dat de volgende afbeeldingen deze conclusie kracht bijzetten:





39 Derhalve heeft de kamer van beroep geen blijk van een onjuiste opvatting gegeven door in punt 38 van de bestreden beslissing te oordelen dat het litigieuze merk T.G.R. ENERGY DRINK kon worden beschouwd als een gewijzigde versie van het teken Tiger. Dat geldt a fortiori voor het teken Tiger Energy Drink.

40 Bovendien zij opgemerkt dat indien, zoals verzoekster stelt, het haar bedoeling niet was om bij de consument een associatie te creëren tussen het litigieuze merk en het teken Tiger Energy Drink, dat blijkens de gegevens van het dossier in hoge mate bekend was, zij de mogelijkheid had om haar waren te verkopen door op de verpakking ervan een teken aan te brengen dat totaal verschilde van het teken Tiger Energy Drink, zoals zij vervolgens vanaf 2011 heeft gedaan door het teken Black Energy Drink te gebruiken.

41 Bijgevolg heeft de kamer van beroep geen blijk van een onjuiste opvatting gegeven door met verzoeksters bedoeling om zo niet verwarring dan toch ten minste een associatie te creëren tussen het teken Tiger Energy Drink, dat in aanzienlijke mate bekend was, en het litigieuze merk, rekening te houden als een van de factoren die relevant zijn voor de beoordeling of verzoekster te kwader trouw was (zie in die zin arresten van 11 juni 2009, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli, C-529/07, EU:C:2009:361, punt 40, en 1 februari 2012, Pollo Tropical CHICKEN ON THE GRILL, T-291/09, EU:T:2012:39, punt 90).

42 Ten vierde blijkt uit de bedingen van de tussen interveniënt en verzoekster gesloten overeenkomsten dat verzoekster ertoe gehouden was interveniënt een vergoeding te betalen voor het gebruik van zijn afbeelding, naam en bijnaam alsmede woord- en beeldmerken. Niettemin staat vast dat verzoekster, door voor de verkoop van haar waren niet langer het teken Tiger doch in voorkomend geval het litigieuze merk te gebruiken, de facto was bevrijd van elke betalingsplicht jegens interveniënt.

43 Dus kan worden geoordeeld dat verzoekster, door een aanvraag tot inschrijving van het litigieuze merk in te dienen, de bedoeling had om profijt te blijven halen uit de mate van bekendheid van het teken Tiger Energy Drink en tegelijk de uit de overeenkomsten met interveniënt voortvloeiende contractuele verplichtingen te omzeilen.

44 Bijgevolg heeft de kamer van beroep geen blijk van een onjuiste opvatting gegeven door, gelet op de objectieve omstandigheden van het onderhavige geval, rekening te houden met verzoeksters bedoeling om haar contractuele verplichtingen te omzeilen, als een van de factoren die relevant zijn voor de beoordeling of verzoekster te kwader trouw was (zie in die zin arrest van 11 juni 2009, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli, C-529/07, EU:C:2009:361, punten 41 en 42).

45 Uit al het voorgaande volgt dat de kamer van beroep geen blijk van een onjuiste opvatting heeft gegeven door, na een globale beoordeling waarbij zij alle relevante factoren in acht heeft genomen, te concluderen dat verzoekster te kwade trouw had gehandeld bij indiening van de aanvraag tot inschrijving van het litigieuze merk, in de zin van artikel 52, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009.

46 Deze vaststelling wordt niet weerlegd door verzoeksters betoog.

47 In de eerste plaats kan niet worden ingestemd met verzoeksters argument waarmee zij de kamer van beroep verwijt geen rekening te hebben gehouden met de omstandigheid dat interveniënt in 2003, toen zij een contractuele relatie zijn aangegaan, geen houder was van oudere rechten op merken met het woordelement „tiger” ter aanduiding van energiedrankjes in Polen en nooit dergelijke drankjes had verkocht met gebruikmaking van dat woordelement.

48 Of verzoekster te kwader trouw was, dient immers te worden beoordeeld op het tijdstip van indiening van de aanvraag tot inschrijving van het litigieuze merk, zijnde 14 februari 2007 (zie in die zin arrest van 11 juni 2009, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli, C-529/07, EU:C:2009:361, punt 35). Bijgevolg is de vraag van welke merken interveniënt houder was op de datum van ondertekening van het eerste reclamecontract met verzoekster, zijnde 31 juli 2003, in casu van geen belang.

49 Bovendien staat vast, zoals in punt 9 hierboven in herinnering is gebracht, dat interveniënt met name houder was van het oudere Uniewoordmerk Dariusz Tiger Michalczewski, dat op 3 april 2001 is ingeschreven ter aanduiding van met name waren van klasse 32. Na de toetreding van Polen tot de Europese Unie op 1 mei 2004 is de bescherming van interveniënts Uniemerk met het woordelement „tiger” ter aanduiding van energiedrankjes bijgevolg uitgebreid tot deze lidstaat [zie in die zin arresten van 22 april 2015, Rezon/BHIM – mobile.international (mobile.de proMotor), T-337/14, niet gepubliceerd, EU:T:2015:220, punt 32].

50 Bijgevolg heeft de kamer van beroep geen blijk van een onjuiste opvatting gegeven door als een van de factoren die relevant zijn voor de beoordeling of verzoekster te kwader trouw was, rekening te houden met de omstandigheid dat interveniënt op het tijdstip van indiening van de aanvraag tot inschrijving van het litigieuze merk houder was van merken, met name het oudere Uniewoordmerk Dariusz Tiger Michalczewski, dat het woordelement „tiger” bevat en waren van klasse 32 aanduidt.

51 Overigens zij eraan herinnerd dat, ook al zou verzoekster met haar betoog in wezen willen aanvoeren dat interveniënt het Uniewoordmerk Dariusz Tiger Michalczewski niet normaal in de Unie heeft gebruikt voor de waren of diensten waarvoor het is ingeschreven, zodat het vervallen kan worden

verklaard op grond van artikel 51, lid 1, van verordening nr. 207/2009, ingevolge artikel 188 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht de memories van de partijen die in het kader van de procedure voor het Gerecht worden neergelegd, geen wijziging kunnen brengen in het voorwerp van het geschil voor de kamer van beroep.

52 In casu betrof het geschil voor de kamer van beroep echter een vordering tot nietigverklaring van het litigieuze merk, zodat de vraag of interveniënts merk normaal is gebruikt, niet aan de orde was voor de kamer van beroep. Derhalve dient te worden vastgesteld dat verzoekster niet met succes het Gerecht kan verzoeken een vraag te onderzoeken die de kamer van beroep in de bestreden beslissing niet heeft onderzocht.

53 In de tweede plaats dient aangaande verzoeksters argument betreffende de aard van de contractuele relatie tussen haar en interveniënt te worden vastgesteld dat verzoekster met dit argument geenszins opkomt tegen de bestreden beslissing, doch enkel eraan herinnert welke verschillende verplichtingen uit de overeenkomsten voortvloeien betreffende het gebruik van interveniënts afbeelding, naam, bijnaam en woord- en beeldmerken met het oog op de bevordering van de verkoop van energiedrankjes. Met dat argument wil verzoekster evenwel in wezen stellen dat de betrokken overeenkomsten niet kunnen worden opgevat als overeenkomsten waarbij interveniënt een of meer licenties verleent voor de merken waarvan hij houder is.

54 Zonder dat uitspraak hoeft te worden gedaan over de juistheid van dat argument en de precieze aard van de overeenkomsten tussen verzoekster en interveniënt, kan dat argument reeds van de hand worden gewezen op basis van de vaststelling dat de kamer van beroep in de bestreden beslissing geen rekening heeft gehouden met de aard van deze overeenkomsten als een factor die relevant is om bij de globale beoordeling die zij heeft verricht, verzoekster aan te merken als te kwader trouw.

55 Ongeacht de juiste aard van de overeenkomsten tussen verzoekster en interveniënt, het bestaan ervan is in ieder geval voldoende om vast te stellen dat vóór de datum van indiening van de aanvraag tot inschrijving van het litigieuze merk rechtstreekse contractuele relaties tussen de partijen bestonden. Deze rechtstreekse contractuele relaties vormen in casu, zoals reeds is vastgesteld, een van de factoren die relevant zijn voor de beoordeling of verzoekster te kwader trouw was (zie in die zin arrest van 1 februari 2012, Pollo Tropical CHICKEN ON THE GRILL, T-291/09, EU:T:2012:39, punten 85-87).

56 In de derde plaats faalt ook verzoeksters argument betreffende de vraag of het litigieuze merk al dan niet is gebruikt in een reclamecampagne van 2011.

57 Of verzoekster te kwader trouw was, dient immers te worden beoordeeld, zoals reeds is uiteengezet, op het tijdstip van indiening van de aanvraag tot inschrijving van het litigieuze merk, zijnde 14 februari 2007 (zie in die zin arrest van 11 juni 2009, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli, C-529/07, EU:C:2009:361, punt 35). De vraag of het litigieuze merk al dan niet is gebruikt in een reclamecampagne van 2011, is in casu derhalve van geen belang.

58 Uit al het voorgaande volgt dat het enige middel moet worden afgewezen en dat het beroep dus in zijn geheel moet worden verworpen.

Kosten

59 Volgens artikel 134, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dat is gevorderd.

60 Aangezien in casu verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vorderingen van het EUIPO en interveniënt te worden verwezen in de kosten.

HET GERECHT (Zesde kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) Foodcare sp. z o.o. zal naast haar eigen kosten de kosten van het Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO) en van Dariusz Michalczewski dragen.

Frimodt Nielsen Collins Valančius

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 5 oktober 2016.

ondertekeningen