Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (sjätte avdelningen)

den 5 oktober 2016*

”EU-varumärke — Ogiltighetsförfarande — EU-ordmärket T.G.R. ENERGY DRINK — Ond tro — Artikel 52.1 b i förordning (EG) nr 207/2009”

I mål T-456/15,

**Foodcare sp. z o.o.**, Zabierzów (Polen), företrätt av advokaten A. Matusik,

klagande

mot

**Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet (EUIPO)**, företrädd av S. Palmero Cabezas, i egenskap av ombud,

motpart

varvid motparten i förfarandet vid EUIPO:s överklagandenämnd, som intervenerat vid tribunalen, var

**Dariusz Michalczewski**, Gdańsk (Polen), företrädd av advokaterna B. Matusiewicz-Kulig, M. Czerwińska och M. Marek,

angående ett överklagande av det beslut som meddelades av EUIPO:s andra överklagandenämnd den 12 maj 2015 (ärende R 265/2014-2) om ett invändningsförfarande mellan Dariusz Michalczewski och Foodcare,

meddelar

TRIBUNALEN (sjätte avdelningen)

sammansatt av ordföranden S. Frimodt Nielsen samt domarna A.M. Collins och V. Valančius (referent),

justitiesekreterare: handläggaren J. Weychert,

med beaktande av överklagandet som inkom till tribunalens kansli den 10 augusti 2015,

med beaktande av EUIPO:s svarsskrivelse som inkom till tribunalens kansli den 29 oktober 2015,

med beaktande av intervenientens svarsskrivelse som inkom till tribunalens kansli den 26 oktober 2015,

* Rättegångsspråk: engelska.

efter förhandlingen den 7 juli 2016,

följande

## Dom

### Bakgrund till tvisten

1 Den 31 juli 2003 ingick intervenienten Dariusz Michalczewski, en f.d. professionell boxare, och klaganden Foodcare sp. z o.o. ett avtal enligt vilket nämnda bolag tilläts att använda sig av intervenientens bild och tillnamn (nämligen ”Tiger”) samt dennes ord- och figurmärken för att främja saluföringen av energidrycker. På förpackningarna till de energidrycker som klaganden saluförde fanns bland annat kännetecknet Tiger Energy Drink. Den 1 juli 2005 ingick intervenienten och klaganden ett andra avtal av samma slag.

2 Klaganden ingav den 14 februari 2007 en ansökan om registrering av EU-varumärke till Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet (EUIPO) i enlighet med rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken (EGT L 11, 1994, s. 1; svensk specialutgåva, område 17, volym 2, s. 3), i dess ändrade lydelse (ersatt av rådets förordning (EG) nr 207/2009 av den 26 februari 2009 om EU-varumärken) (EUT L 78, 2009, s. 1).

3 Det sökta varumärket utgörs av ordkännetecknet T.G.R. ENERGY DRINK.

4 De varor som registreringsansökan avsåg omfattas av klass 32 i Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid varumärkesregistrering av den 15 juni 1957, med ändringar och tillägg, och motsvarar följande beskrivning: ”Essenser för dryckesproduktion, lemonader, lemonader i pulverform, läskedrycker, musserande drycker, pulver för brusdrycker, fruktnektar, pastiller för brusdrycker, pulver för brusdrycker, preparat för produktion av kolsyrat vatten, produkter för produktion av kolsyrat vatten preparat, produkter i pulverform för framställning av energidrycker, stärkande drycker och drycker med mikroelement, produkter för framställning av mineralvatten, fruktjuice, grönsaksjuice, sorbet (drycker), saftkoncentrat för framställning av drycker, kolsyrat vatten, bordsvatten, mineralvatten, kylande drycker och energidrycker”.

5 Ansökan om registrering som EU-varumärke offentliggjordes i *Bulletinen för gemenskapsvarumärken nr* 56/2007 av den 1 oktober 2007.

6 Den 6 mars 2008 registrerades ordkännetecknet som EU-varumärke under nummer 5689237.

7 Den 17 november 2011 gav intervenienten in en ansökan om ogiltighetsförklaring av klagandens ordmärke beträffande alla de varor för vilka märket hade registrerats.

8 Till stöd för nämnda ansökan gjorde intervenienten gällande den absoluta ogiltighetsgrund som avses i artikel 52.1 b i förordning nr 207/2009 och den relativa ogiltighetsgrund som avses i artikel 53.1 a i nämnda förordning, jämförd med artikel 8.1 b och artikel 8.3 i samma förordning.

9 Den relativa ogiltighetsgrund som gjordes gällande till stöd för ansökan om ogiltighetsförklaring baserades på följande äldre varumärken:

— Det äldre EU-ordmärket Dariusz Tiger Michalczewski, som registrerats den 3 april 2001 under nummer 1219732, för bland annat varor i klass 32, och som motsvarar följande beskrivning: ”Mineralvatten, isotoniska drycker.”

— Följande polska figurmärken, som registrerats den 11 juni 2003 och den 27 april 2007 under referenserna R 145 637 respektive R 191 973, av vilka endast det andra registrerats för bland annat varor i klass 32:





10 Ansökan om ogiltighetsförklaring baserades, såvitt avser den grund som anges i artikel 52.1 b i förordning nr 207/2009, på att klaganden var i ond tro när ansökan om varumärkesregistrering gavs in.

11 Annulleringsenheten avslog ansökan om ogiltighetsförklaring genom beslut av den 25 november 2013. Annulleringsenheten ansåg att det inte fanns någon risk för förväxling mellan de äldre varumärkena och det omtvistade varumärket, att skillnaderna mellan de äldre varumärkena och det omtvistade varumärket innebar att det inte kunde framställas en invändning grundad på ett påstående om ett otillåtet ingivande av ett ombud eller en företrädare för intervenienten samt att det inte hade visats att klaganden var i ond tro när ansökan om varumärkesregistrering gavs in.

12 Den 20 januari 2014 överklagade intervenienten annulleringsenhetens beslut till EUIPO enligt artiklarna 58–64 i förordning nr 207/2009.

13 EUIPO:s andra överklagandenämnd upphävde annulleringsenhetens beslut och biföll ansökan om ogiltighetsförklaring genom beslut av den 12 maj 2015 (nedan kallat det överklagade beslutet). Överklagandenämnden ansåg att annulleringsenheten inte hade gjort en helhetsbedömning med beaktande av samtliga relevanta faktorer vid fastställandet av huruvida klaganden var i ond tro vid tidpunkten då ansökan om registrering av det omtvistade varumärket gavs in. Överklagandenämnden fann, efter att ha gjort en sådan bedömning, det styrkt att klaganden var i ond tro när nämnda ansökan gavs in.

## Parternas yrkanden

14 Klaganden har yrkat att tribunalen ska

— ogiltigförklara det överklagade beslutet, och

— förplikta EUIPO att ersätta rättegångskostnaderna.

15 EUIPO och intervenienten har yrkat att tribunalen ska

— ogilla överklagandet, och

— förplikta klaganden att ersätta rättegångskostnaderna.

## Rättslig bedömning

16 Klaganden har åberopat en enda grund till stöd för överklagandet vilken avser åsidosättande av artikel 52.1 b i förordning nr 207/2009.

17 Klaganden har hävdat att överklagandenämnden inte beaktade samtliga relevanta faktorer vid fastställandet av huruvida klaganden var i ond tro vid tidpunkten då ansökan om registrering av det omtvistade varumärket gavs in. Enligt klaganden fanns det anledning att, vid fastställandet av huruvida

det förelåg ond tro vid ingivandet av nämnda ansökan, beakta omständigheter som avsåg, för det första, den rättsliga situation som intervenienten tidigare befann sig i, för det andra, naturen av avtalsförhållandet mellan klaganden och intervenienten och, för det tredje, klagandens användning av det omtvistade varumärket.

18 Vad först avser den rättsliga situation som intervenienten tidigare befann sig i, har klaganden påstått att intervenienten i Polen inte var innehavare av rättigheter till varumärken innehållande ordelementet ”tiger” för varor i klass 32 när deras avtalsförhållande inleddes år 2003. Under dessa omständigheter kunde avtalsförhållandet mellan klaganden och intervenienten inte förstås som ett avtal om varumärkeslicens, eftersom intervenienten inte var innehavare av äldre rättigheter till varumärken innehållande ordelementet ”tiger”. Klaganden har även påpekat att intervenienten, före inledandet av avtalsförhållandet, aldrig hade använt sig av ett varumärke innehållande ordelementet ”tiger” för att saluföra energidrycker.

19 Vad sedan avser det aktuella avtalsförhållandets natur, har klaganden gjort gällande att avtalsförhållandet ska anses bestå i ett avtal om säljfrämjande åtgärder. Avtalet med intervenienten innebar att klaganden, mot erläggande av ersättning, skulle få använda sig av intervenientens namn, tillnamn och bild för marknadsföring av varor, däribland energidrycker, som klaganden saluförde på eget initiativ. Klaganden har hävdat att det därför tillkom denne att utveckla nya varor och nya varumärken, varför det var befogat att ansöka om registrering av det omtvistade varumärket.

20 Klaganden har slutligen anfört att det i en reklamkampanj år 2011, som det hänvisas till i det överklagade beslutet, inte är det omtvistade varumärket som har använts, utan endast ordelementet ”tiger”, i förening med figurelement föreställande klösmärken.

21 EUIPO och intervenienten har bestritt klagandens argument.

22 Tribunalen erinrar inledningsvis om att det i artikel 52.1 b i förordning nr 207/2009 föreskrivs att ett EU-varumärke ska förklaras ogiltigt efter ansökan till EUIPO eller på grundval av ett genkäromål i mål om varumärkesintrång, om sökanden var i ond tro när ansökan om registrering av det omtvistade varumärket gavs in.

23 Det ankommer på den som ansöker om ogiltighetsförklaring och som har för avsikt att stödja sig på denna grund att styrka sådana omständigheter som gör det möjligt att slå fast att innehavaren av ett EU-varumärke var i ond tro när ansökan om registrering av varumärket gavs in (se dom av den 21 maj 2015, Urb Rulmenti Suceava/harmoniseringskontoret – Adiguzel (URB), T-635/14, ej publicerad, EU:T:2015:297, punkt 30 och där angiven rättspraxis).

24 Begreppet ond tro i artikel 52.1 b i förordning nr 207/2009 har, såsom generaladvokaten Sharpston angav i punkt 36 i sitt förslag till avgörande i målet Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (C-529/07, EU:C:2009:148), inte på något sätt definierats, avgränsats eller ens beskrivits i lagstiftningen.

25 Det följer av artikel 52.1 b i förordning nr 207/2009 att den relevanta tidpunkten för bedömningen av huruvida sökanden var i ond tro är när den berörda personen gav in registreringsansökan (dom av den 11 juni 2009, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli, C-529/07, EU:C:2009:361, punkt 35).

26 Domstolen har, i sin dom av den 11 juni 2009, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (C-529/07, EU:C:2009:361, punkt 53), dessutom påpekat att vid prövningen av huruvida sökanden varit i ond tro i den mening som avses i artikel 52.1 b i förordning nr 207/2009 ska samtliga relevanta faktorer i det enskilda fallet beaktas, i synnerhet

— den omständigheten att sökanden vet om eller borde veta om att en tredje man i minst en medlemsstat använder ett identiskt eller liknande kännetecken för en vara som är identisk eller av liknande slag, vilket innebär en risk för förväxling med det kännetecken som avses i registreringsansökan,

— sökandens avsikt att hindra denna tredje man från att fortsätta att använda ett sådant kännetecken, och

— graden av skydd för tredje mans kännetecken och för det kännetecken som avses i registreringsansökan.

27 Såsom överklagandenämnden mycket riktigt underströk i punkt 21 i det överklagade beslutet framgår det av domstolens formulering i domen av den 11 juni 2009, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (C-529/07, EU:C:2009:361), att de faktorer som anges i punkt 26 ovan endast är exempel på omständigheter som kan beaktas för att bedöma huruvida varumärkessökanden var i ond tro när registreringsansökan gavs in (dom av den 14 februari 2012, Peeters Landbouwmachines/harmoniseringskontoret – Fors MW (BIGAB), T-33/11, EU:T:2012:77, punkt 20).

28 Det ska följaktligen anses att man, vid helhetsbedömningen enligt artikel 52.1 b i förordning nr 207/2009, även kan beakta det omtvistade kännetecknets ursprung, liksom dess användning efter det att det skapats, de affärsmässiga överväganden som legat bakom ingivandet av ansökan om registrering av kännetecknet som EU-varumärke samt det händelseförlopp som varit utmärkande för nämnda ingivande (se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 februari 2012, BIGAB, T-33/11, EU:T:2012:77, punkt 21, och dom av den 11 juli 2013, SA.PAR./harmoniseringskontoret – Salini Costruttori (GRUPPO SALINI), T-321/10, EU:T:2013:372, punkt 30).

29 Det är bland annat mot bakgrund av dessa överväganden – och förutsatt att de gäller i förevarande mål – som tribunalen ska pröva huruvida det överklagade beslutet är lagenligt, i den del överklagandenämnden slog fast att klaganden var i ond tro vid tidpunkten då ansökan om registrering av det omtvistade varumärket gavs in, nämligen den 14 februari 2007.

30 Det är för det första utrett, såsom överklagandenämnden påpekade i punkt 34 i det överklagade beslutet, jämförd med punkterna 27–29 i beslutet, att intervenienten och klaganden den 31 juli 2003 ingick ett avtal enligt vilket klaganden fick använda sig av intervenientens bild och tillnamn samt dennes ord- och figurmärken för att främja saluföringen av energidrycker. På dryckesförpackningarna fanns bland annat kännetecknet Tiger. Klaganden preciserade vid förhandlingen, som svar på en fråga från tribunalen, att avtalet först hade ingåtts för en femtioårsperiod. Parterna är ense om att föremålet för det avtal som ingicks mellan klaganden och intervenienten utgjordes av den bild som förmedlas av intervenienten, en före detta professionell boxare, känd under pseudonymen ”Tiger”. Den 1 juli 2005 ingick intervenienten och klaganden ett andra avtal av samma slag. Nämnda avtal kan följaktligen anses ge uttryck för klagandens vilja att utveckla sin näringsverksamhet bland annat med hjälp av den bild som förmedlas av intervenienten och den omständigheten att denne är känd.

31 Det framgår även av handlingarna i målet att klaganden enligt dessa avtal var skyldig att betala ersättning till intervenienten för användningen av dennes bild, namn, tillnamn samt ord- och figurmärken. Det råder mot bakgrund av villkoren i avtalen inget tvivel om att klaganden, vid tidpunkten då ansökan om registrering av det omtvistade varumärket gavs in, kände till att intervenienten var innehavare av de äldre varumärkena.

32 Av handlingarna i målet framgår dessutom att en förutsättning för att klaganden faktiskt skulle få använda sig av intervenientens rättigheter och varumärken var att denne skriftligen hade gett sitt medgivande.

33 Överklagandenämnden gjorde följaktligen inte fel när den betraktade den omständigheten att det fanns ett direkt avtalsförhållande mellan klaganden och intervenienten, före ingivandet av ansökan om registrering av det omtvistade varumärket, som en av de faktorer som var relevanta vid bedömningen av huruvida klaganden hade varit i ond tro (se, för ett liknande resonemang, dom av den 1 februari 2012, Carrols/harmoniseringskontoret – Gambettola (Pollo Tropical CHICKEN ON THE GRILL), T-291/09, EU:T:2012:39, punkterna 85–87).

34 För det andra är det också utrett, såsom överklagandenämnden konstaterade i punkt 36 i det överklagade beslutet, jämförd med punkt 12 i beslutet, att bland annat kännetecknet Tiger, och i flera omgångar även intervenientens bild, fanns på förpackningarna till de energidrycker som klaganden saluförde. Det ska påpekas att under åren 2004, 2006 respektive 2007 användes följande bilder på förpackningar till energidrycker som klaganden saluförde.










35 Tribunalen konstaterar följaktligen att återgivningen av förpackningen till de varor som klaganden saluförde stöder den slutsats som dragits utifrån de nämnda avtalens innehåll, nämligen att klaganden önskade utveckla sin näringsverksamhet genom att låta den associeras med den bild som förmedlades

av intervenienten och dennes kändisskap. Överklagandenämnden gjorde följaktligen inte fel när den, i punkt 35 i det överklagade beslutet, betraktade den omständigheten som en av de faktorer som var relevanta vid bedömningen av huruvida klaganden hade varit i ond tro.

36 Även om det i samband med en ansökan om ogiltighetsförklaring, som baseras på den grund som anges i artikel 52.1 b i förordning nr 207/2009, saknas anledning att göra en noggrann prövning av de visuella, fonetiska och begreppsmässiga likheter som finns mellan det omtvistade varumärket och de äldre varumärken som intervenienten är innehavare av, konstaterar tribunalen för det tredje – med beaktande av de särskilda omständigheterna i förevarande mål – att det omtvistade varumärket vid första påseende liknar kännetecknet Tiger Energy Drink, som klaganden använde sig av, som en följd av sitt avtalsförhållande med intervenienten, för att saluföra sina varor.

37 Två varumärken anses i allmänhet likna varandra om de ur omsättningskretsens synvinkel åtminstone delvis överensstämmer med varandra i ett eller flera relevanta avseenden (dom av den 23 oktober 2002, Matratzen Concord/harmoniseringskontoret – Hukla Germany (MATRATZEN), T-6/01, EU:T:2002:261, punkt 30). Det är i förevarande fall obestridligen så, att kännetecknet Tiger Energy Drink och det omtvistade varumärket T.G.R. ENERGY DRINK delvis överensstämmer med varandra, åtminstone i visuellt och fonetiskt hänseende, oavsett vilken omsättningskretsen är. Den enda skillnaden mellan det omtvistade varumärket och kännetecknet Tiger Energy Drink, i synnerhet i visuellt hänseende, består i att det sistnämnda innehåller två vokaler mer, vilket inte är tillräckligt för att utesluta att dessa kännetecken ger samma helhetsintryck.

38 Det är ingen slump att kännetecknet Tiger Energy Drink och det omtvistade varumärket i så hög grad överensstämmer med varandra. Till skillnad från vad klaganden har hävdat kan denna starka överensstämmelse följaktligen anses ge uttryck för klagandens vilja att hos konsumenten ge upphov till om inte en förväxling så åtminstone en association mellan det omtvistade varumärket och kännetecknet Tiger Energy Drink. Den slutsatsen stöds för övrigt av följande bilder:






39 Överklagandenämnden gjorde följaktligen inte fel när den, i punkt 38 i det överklagade beslutet, bedömde att det omtvistade varumärket T.G.R. ENERGY DRINK kunde anses utgöra en ny variant av kännetecknet Tiger. Detta gäller i än högre grad kännetecknet Tiger Energy Drink.

40 Om klaganden, såsom den har påstått, inte hade för avsikt att hos konsumenten ge upphov till en association mellan det omtvistade varumärket och kännetecknet Tiger Energy Drink – vilket enligt vad som framgår av handlingarna i målet är välkänt – hade det varit tillåtet för klaganden att, såsom den senare gjorde från och med år 2011, genom att använda sig av kännetecknet Black Energy Drink, saluföra sina varor genom att anbringa ett helt annat kännetecken än kännetecknet Tiger Energy Drink på förpackningen.

41 Överklagandenämnden gjorde följaktligen inte fel när den betraktade klagandens vilja att ge upphov till om inte en förväxling så åtminstone en association mellan kännetecknet Tiger Energy Drink, vilket var mycket välkänt, och det omtvistade varumärket som en av de faktorer som var relevanta vid bedömningen av huruvida klaganden var i ond tro (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 juni 2009, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli, C-529/07, EU:C:2009:361, punkt 40, och dom av den 1 februari 2012, Pollo Tropical CHICKEN ON THE GRILL, T-291/09, EU:T:2012:39, punkt 90).

42 För det fjärde framgår det av villkoren i de avtal som ingicks mellan intervenienten och klaganden att den senare var skyldig att betala ersättning till intervenienten för användningen av dennes bild, namn och tillnamn samt ord- och figurmärken. Det är emellertid utrett att genom att inte längre använda sig av kännetecknet Tiger för att saluföra sina varor, utan, i förekommande fall, av det omtvistade varumärket, är klaganden faktiskt befriad från att betala ersättning till intervenienten.

43 Det kan således anses att klaganden, genom att ge in ansökan om registrering av det omtvistade varumärket, hade för avsikt att fortsätta dra nytta av den omständigheten att kännetecknet Tiger Energy Drink var känt, samtidigt som klaganden kringgick de skyldigheter som följde av de avtal som hade ingåtts med intervenienten.

44 Överklagandenämnden gjorde följaktligen inte fel när den, med hänvisning till de objektiva omständigheterna i det aktuella fallet, betraktade klagandens avsikt att vilja kringgå sina avtalsenliga skyldigheter som en av de faktorer som var relevanta vid bedömningen av huruvida klaganden hade varit i ond tro (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 juni 2009, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli, C-529/07, EU:C:2009:361, punkterna 41 och 42).

45 Av det anförda följer att överklagandenämnden inte gjorde fel när den, efter en helhetsbedömning med beaktande av samtliga relevanta faktorer, slog fast att klaganden hade handlat i ond tro vid tidpunkten då ansökan om registrering av det omtvistade varumärket gavs in, i den mening som avses i artikel 52.1 b i förordning nr 207/2009.

46 Klagandens olika påståenden påverkar inte denna bedömning.

47 Först och främst kan klaganden inte vinna framgång med sin argumentering att överklagandenämnden bortsåg från att intervenienten år 2003, när de inledde ett avtalsförhållande, inte var innehavare av äldre rättigheter till varumärken innehållande ordelementet ”tiger” för energidrycker i Polen och aldrig hade salufört sådana drycker genom att använda sig av detta ordelement.

48 Det ska nämligen erinras om att frågan huruvida klaganden var i ond tro ska bedömas vid tidpunkten då ansökan om registrering av det omtvistade varumärket gavs in, nämligen den 14 februari 2007 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 juni 2009, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli, C-529/07, EU:C:2009:361, punkt 35). I förevarande fall är det följaktligen inte relevant att känna till vilka varumärken intervenienten var innehavare av när det första avtalet om säljfrämjande åtgärder ingicks med klaganden den 31 juli 2003.

49 Vidare var intervenienten, såsom det har erinrats om i punkt 9 ovan, innehavare av bland annat det äldre EU-ordmärket Dariusz Tiger Michalczewski, som registrerats den 3 april 2001, för bland annat varor i klass 32. Av detta följer att skyddet för intervenientens EU-varumärke, som innehåller ordelementet ”tiger” och som avser energidrycker, efter Polens anslutning till Europeiska unionen den 1 maj 2004 utvidgades till denna medlemsstat (se, för ett liknande resonemang, dom av den 22 april 2015, Rezon/harmoniseringskontoret – mobile.international (mobile.de proMotor), T-337/14, ej publicerad, EU:T:2015:220, punkt 32).

50 Överklagandenämnden gjorde följaktligen inte fel när den betraktade den omständigheten att intervenienten, vid tidpunkten då ansökan om registrering av det omtvistade varumärket gavs in, var innehavare av varumärken – däribland det äldre EU-ordmärket Dariusz Tiger Michalczewski som innehöll ordelementet ”tiger” och som avsåg varor i klass 32 – som en av de faktorer som var relevanta vid bedömningen av huruvida klaganden hade varit i ond tro.

51 Även om det antas att klaganden genom sin argumentering avser att göra gällande att intervenienten inte gjort verkligt bruk av EU-ordmärket Dariusz Tiger Michalczewski inom unionen för de varor eller tjänster för vilka det registrerats, vilket innebär att det kan upphävas enligt artikel 51.1 i förordning nr 207/2009, erinrar tribunalen om att det av artikel 188 i tribunalens rättegångsregler framgår att de inlagor som rättegångsdeltagarna ger in i målet vid tribunalen inte får ändra saken i ärendet vid överklagandenämnden.

52 I förevarande fall avsåg ärendet vid överklagandenämnden en ansökan om ogiltighetsförklaring av det omtvistade varumärket, varför frågan huruvida det gjorts verkligt bruk av intervenientens varumärke inte var föremål för prövning vid nämnden. Det ska under dessa omständigheter slås fast att klaganden inte med framgång kan begära att tribunalen ska pröva en fråga som nämnden inte har prövat i det överklagade beslutet.

53 Vad sedan avser klagandens påståenden angående naturen av avtalsförhållandet mellan klaganden och intervenienten, konstaterar tribunalen följande. Klaganden har inte redogjort för någon anmärkning mot det överklagade beslutet, utan har endast påmint om de olika skyldigheterna enligt de avtal som ingåtts och som avser användning av intervenientens bild, namn och tillnamn samt dennes ord- och figurmärken för att främja saluföringen av energidrycker. Klaganden har emellertid med dessa påståenden avsett att göra gällande att de aktuella avtalen inte kan anses innebära att intervenienten beviljar en eller flera licenser avseende varumärken som denne är innehavare av.

54 Det är inte nödvändigt att tribunalen uttalar sig om huruvida dessa påståenden är riktiga och inte heller om den exakta naturen av de avtal som ingåtts mellan klaganden och intervenienten. Det räcker att konstatera, för att avvisa påståendena, att överklagandenämnden i det överklagade beslutet inte betraktade avtalens natur som en relevant faktor för att fastställa klagandens onda tro i samband med nämndens helhetsbedömning.

55 Oavsett vilken natur de mellan klaganden och intervenienten ingångna avtalen än hade, är den omständigheten att avtalen existerade i vart fall tillräcklig för att fastställa att parterna, före dagen då ansökan om registrering av det omtvistade varumärket gavs in, var bundna genom ett direkt avtalsförhållande. Detta direkta avtalsförhållande är i förevarande fall, såsom redan har slagits fast, en av de faktorer som var relevanta vid bedömningen av huruvida klaganden hade varit i ond tro (se, för ett liknande resonemang, dom av den 1 februari 2012, Pollo Tropical CHICKEN ON THE GRILL, T-291/09, EU:T:2012:39, punkterna 85–87).

56 Klaganden kan inte heller vinna framgång med sina påståenden om huruvida det omtvistade varumärket användes i en reklamkampanj år 2011 eller ej.

57 Det har nämligen redan erinrats om att frågan huruvida klaganden var i ond tro ska bedömas vid tidpunkten då ansökan om registrering av det omtvistade varumärket gavs in, nämligen den 14 februari 2007 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 juni 2009, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli, C-529/07, EU:C:2009:361, punkt 35). Frågan huruvida det omtvistade varumärket användes i en reklamkampanj år 2011 saknar följaktligen relevans i förevarande fall.

58 Av det anförda följer att överklagandet inte kan vinna bifall såvitt avser den enda grunden. Överklagandet ska följaktligen ogillas i sin helhet.

**Rättegångskostnader**

59 Enligt artikel 134.1 i rättegångsreglerna ska tappande rättegångsdeltagare förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats.

60 EUIPO och intervenienten har yrkat att klaganden ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom klaganden har tappat målet, ska EUIPO:s och intervenientens yrkande bifallas

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (sjätte avdelningen)

följande:

**1) Överklagandet ogillas.**

**2) Foodcare sp. z o.o. ska bära sina rättegångskostnader samt ersätta de rättegångskostnader som uppkommit för Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet (EUIPO) och Dariusz Michalczewski.**

Frimodt Nielsen Collins Valančius

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 5 oktober 2016.

Underskrifter