Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)

21. marts 2012*

»EF-varemærker — ugyldighedssag — EF-figurmærket FS — ansøgerens onde tro — artikel 51, stk. 1, litra b), i forordning (EF) nr. 40/94 [nu artikel 52, stk. 1, litra b), i forordning (EF) nr. 207/2009]«

I sag T-227/09,

Feng Shen Technology Co. Ltd, Guieshan Township (Taiwan), ved advokaterne P. Rath og W. Festl-Wietek,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved A. Folliard-Monguiral, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

den anden part i sagen for appelkammeret ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) og intervenient ved Retten:

Jarosław Majtczak, Łódź (Polen), først ved advokat J. Wyrwas, derefter ved advokat J. Radłowski,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 1. april 2009 af Fjerde Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 529/2008-4) vedrørende en ugyldighedssag mellem Feng Shen Technology Co. Ltd og Jarosław Majtczak,

har

RETTEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, I. Pelikánová, og dommerne K. Jürimäe og M. van der Woude (refererende dommer),

justitssekretær: fuldmægtig S. Spyropoulos,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 10. juni 2009,

under henvisning til svarskriftet fra Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design), der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 24. november 2009,

* Processprog: engelsk.

under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 28. november 2009,

under henvisning til replikken, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 1. april 2010,

under henvisning til duplikken, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 29. juni 2010,

og efter retsmødet den 18. oktober 2011,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

1 Sagsøgeren, Feng Shen Technology Co. Ltd, er et taiwanesisk selskab, der fremstiller og distribuerer forskellige artikler, herunder lynlåse. Selskabet er bl.a. indehaver af adskillige taiwanesiske varemærker, der er registreret som betegnelse for bl.a. varer i klasse 26 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og som bl.a. svarer til følgende beskrivelse: »lynlåse«, og som består af følgende figurtegn:



2 I 2000 indledte sagsøgeren handelsmæssige forbindelser med intervenienten Jarosław Majtczak, som udøvede erhvervsmæssig virksomhed i Polen under firmanavnet »P H U Berotex«.

3 I forbindelse med e-mailudvekslinger med sagsøgeren henviste intervenienten til sagsøgerens katalog med lynlåse. De fakturaer, som sagsøgeren udstedte i forbindelse med selskabets erhvervsmæssige forbindelse med intervenienten, var forsynet med de ældre taiwanesiske varemærker med symbolet ®.

4 Den erhvervsmæssige forbindelse mellem sagsøgeren og intervenienten ophørte i januar 2005.

5 Sagsøgeren henvendte sig til en anden distributør for Polen, nemlig selskabet Pik Foison sp. z o.o., der var blevet stiftet i 2004.

6 Den 7. juni 2005 indgav intervenienten 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 EF-varemærker (EUT L 78, s. 1)), en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«).

7 Det varemærke, som blev søgt registreret den 15. maj 2006 under nr. 4431391 for varer i klasse 26 i henhold til Nicearrangementet, og som svarer til følgende beskrivelse: »lynlåse«, er følgende figurtegn:



8 Den 29. september og den 2. oktober 2006 beslaglagde de polske toldmyndigheder på intervenientens begæring partier af lynlåse, der var forsynet med de ældre taiwanesiske varemærker, hos Pik Foison.

9 Den 17. oktober 2006 indgav sagsøgeren i henhold til artikel 51, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 52, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009] en begæring om ugyldighed vedrørende det varemærke, der var blevet registreret under nr. 4431391, med den begrundelse, at intervenienten var i ond tro ved indgivelsen af varemærkeansøgningen. Sagsøgeren gjorde navnlig gældende, at intervenienten var vidende om, at sagsøgeren brugte et tegn, der bestod af de store bogstaver »F« og »S«, i Den Europæiske Union som varemærke for lynlåse, og at ansøgningen om registrering af det omtvistede varemærke var blevet indgivet med det formål at hindre denne brug.

10 Den 24. januar 2008 afslog annullationsafdelingen begæringen om ugyldighed.

11 Den 25. marts 2008 indgav sagsøgeren en klage over annullationsafdelingens afgørelse til Harmoniseringskontoret.

12 Ved afgørelse af 1. april 2009 (herefter »den anfægtede afgørelse«) afslog Fjerde Appelkammer ved Harmoniseringskontoret klagen. Appelkammeret anførte indledningsvis, at der ikke findes en retlig definition af begrebet ond tro, og at der generelt var tale om en adfærd i strid med redelig markedsføringsskik.

13 Appelkammeret anførte dernæst, at en ansøger kan handle i ond tro, hvis han indgiver en varemærkeansøgning, selv om han på grund af direkte forbindelser med en tredjemand er vidende om, at denne tredjemand i god tro og helt lovligt bruger et identisk varemærke for varer eller tjenesteydelser af lignende art uden for Unionens område. Appelkammeret præciserede i denne forbindelse, at bevisbyrden for, at der foreligger en sådan ond tro, påhviler den, der indgiver ugyldighedsbegæringen vedrørende EF-varemærket.

14 Appelkammeret fastslog, at sagsøgeren ikke i det foreliggende tilfælde havde ført bevis for en sådan ond tro. I denne forbindelse fremførte appelkammeret de seks betragtninger, der er gengivet i det følgende.

15 For det første ligner de ældre taiwanesiske varemærker og det omtvistede varemærke ikke hinanden visuelt set, og sagsøgeren har ikke godtgjort at have brugt de ældre taiwanesiske varemærker inden datoen for indgivelsen af det omtvistede varemærke (den anfægtede afgørelses punkt 16).

16 For det andet fremstillede sagsøgeren kun lynlåse til intervenienten i overensstemmelse med de af intervenienten givne specifikationer (den anfægtede afgørelses punkt 18).

17 For det tredje begyndte intervenienten selv i 2000 at markedsføre lynlåse, der var forsynet med det tegn, som svarer til det omtvistede varemærke, i Polen, idet han derpå anbragte det tegn, der nu er beskyttet som EF-varemærke i Polen (den anfægtede afgørelses punkt 19 og 22).

18 For det fjerde har sagsøgeren ikke godtgjort selv at have forsøgt at markedsføre lynlåse i Unionen i perioden mellem 2000 og 2005 (den anfægtede afgørelses punkt 20).

19 For det femte har sagsøgeren ikke udvist interesse for at få beskyttet et tegn, der er sammensat af gruppen af de store bogstaver »FS« i Unionen inden datoen for indgivelsen af det omtvistede varemærke (den anfægtede afgørelses punkt 22)

20 For det sjette var intervenienten ikke retligt forpligtet til forudgående at underrette sagsøgeren om sin hensigt om at ansøge om registrering af det omtvistede varemærke (den anfægtede afgørelses punkt 22).

21 På grundlag af disse betragtninger fastslog appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 24, at intervenienten ikke havde handlet i ond tro i forbindelse med indgivelsen af registreringsansøgningen.

Retsforhandlinger og påstande

22 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Det omtvistede varemærke erklæres ugyldigt.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

23 Harmoniseringskontoret og intervenienten har i det væsentlige nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

Om de beviser, der for første gang er forelagt for Retten

24 Under retsmødet har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at de beviser, der for første gang er forelagt for Retten, nemlig de dokumenter, som ikke fremgik af Harmoniseringskontorets sagsakter, og som sagsøgeren og intervenienten har vedlagt replikken og duplikken, med undtagelse af de dokumenter, der er blevet fremlagt som svar på de af Retten stillede spørgsmål, ikke kan antages til realitetsbehandling.

25 I denne forbindelse bemærkes, at den sag, der er blevet indbragt for Retten, har til formål at få efterprøvet lovligheden af afgørelser fra appelkamrene i henhold til artikel 63 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 65 i forordning nr. 207/2009), og at lovligheden af den anfægtede afgørelse i forbindelse med sager om annullation skal bedømmes på grundlag af de faktiske og retlige omstændigheder, der forelå på det tidspunkt, hvor afgørelsen blev truffet. Ifølge fast retspraksis er det således ikke Rettens opgave at foretage en ny undersøgelse af de faktiske omstændigheder i lyset af beviser, der fremlægges for første gang for den. Det ville nemlig være i strid med artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement, hvorefter der ikke i parternes processkrifter må foretages nogen ændring af sagsgenstanden, som den har foreligget for appelkammeret, at tillade sådanne dokumenter (jf. Rettens dom af 11.11.2009, sag T-162/08, Frag Comercio Internacional mod KHIM – Tinkerbell Modas (GREEN by missako), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 17 og den deri nævnte retspraksis).

26 Det følger heraf, at der ikke kan tages hensyn til de dokumenter, som sagsøgeren og intervenienten har forelagt for første gang for Retten i bilagene til replikken og duplikken, og at de derfor udgår af sagen.

Om påstanden om annullation af den anfægtede afgørelse

27 Sagsøgeren har fremsat et enkelt anbringende om en tilsidesættelse af artikel 51, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

28 Ifølge sagsøgeren foreligger der ond tro i henhold til den ovennævnte bestemmelse, når varemærkeansøgeren gennem varemærkeregistreringen vil »lægge hånd på« et varemærke, der tilhører en tredjemand, med hvem ansøgeren har haft kontraktforhold eller relationer forud for kontraktindgåelse. Sagsøgeren har gjort gældende, at hele intervenientens adfærd er udtryk for ond tro i denne retning. Sagsøgeren har navnlig påpeget, at sagsøgeren har brugt de ældre taiwanesiske varemærker i Unionen siden 2000, og at intervenienten var blevet underrettet om denne brug.

29 Harmoniseringskontoret er af den opfattelse, at det ikke er blevet godtgjort, at registreringen af det omtvistede varemærke udelukkende havde til formål at hindre sagsøgeren i at importere varer forsynet med de ældre taiwanesiske varemærker i Unionen. Intervenienten har nemlig gjort faktisk brug af det omtvistede varemærke for at angive sine egne varers handelsmæssige oprindelse.

30 Intervenienten har bestridt at have haft kendskab til de ældre taiwanesiske varemærker i relation til lynlåse. Han har gjort gældende, at sagsøgeren fremstillede lynlåse på grundlag af specifikationer fra ham. Intervenienten har tilføjet, at han fik designet det omtvistede varemærke i december 1999, og at han har udviklet det på det polske marked fra 2000.

31 Det bemærkes først, at EF-varemærkesystemet bygger på det princip, der er fastsat i artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 207/2009), hvorefter den første ansøger tildeles en eneret. I henhold til dette princip kan et varemærke kun registreres som EF-varemærke, for så vidt som et ældre varemærke ikke er til hinder herfor, uanset om der er tale om navnlig et EF-varemærke, et varemærke, der er registreret i en medlemsstat eller hos Benelux-kontoret for intellektuel ejendomsret, et varemærke, som er genstand for en international registrering med retsvirkning i en medlemsstat, eller et varemærke, som er genstand for en international registrering med retsvirkning i Unionen. Derimod er den omstændighed alene, at tredjemand har brugt et ikke-registreret varemærke, ikke til hinder for, at et identisk eller lignende varemærke registreres som EF-varemærke for varer eller tjenesteydelser af samme eller lignende art. Det samme gælder principielt for tredjemands brug af et varemærke registreret uden for Unionen.

32 Denne regel nuanceres bl.a. af artikel 51, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, i medfør af hvilken et EF-varemærke erklæres ugyldigt efter indgivelse af begæring herom til Harmoniseringskontoret eller ved fremsættelse af modkrav under en sag om varemærkekrænkelse, når ansøgeren ved indgivelsen af ansøgningen var i ond tro. Det påhviler indgiveren af ugyldighedsbegæringen, som ønsker at støtte sig på denne grund, at godtgøre tilstedeværelsen af de omstændigheder, der gør det muligt at fastslå, at indehaveren af et EF-varemærke var i ond tro i forbindelse med indgivelsen af ansøgningen om registrering af dette.

33 I sin dom af 11. juni 2009, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (sag C-529/07, Sml. I, s. 4893, herefter »Lindt Goldhase-dommen«), anførte Domstolen en række præciseringer vedrørende den måde, hvorpå begrebet ond tro som omhandlet i artikel 51, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 skal fortolkes. I dommens præmis 53 fastslog Domstolen således, at der ved spørgsmålet om ansøgerens onde tro i henhold til denne bestemmelse skal foretages en helhedsvurdering under hensyntagen til alle faktorerne i den foreliggende 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

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

34 Domstolen anførte ligeledes i Lindt Goldhase-dommen, nævnt ovenfor i præmis 33 (præmis 44), at hensigten om at forhindre markedsføringen af en vare under visse omstændigheder kan være et forhold, der viser, at ansøgeren var i ond tro. Dette er bl.a. tilfældet, når det efterfølgende viser sig, at sidstnævnte har fået registreret et tegn som EF-varemærke uden at have til hensigt at gøre brug heraf, men alene med henblik på at forhindre en tredjemands adgang til markedet.

35 Det fremgår imidlertid af Lindt Goldhase-dommen, nævnt ovenfor i præmis 33 (præmis 48 og 49), at ansøgeren også kan forfølge et legitimt formål, derved at han ønsker at beskytte sig mod et forsøg fra en tredjemand, som for nylig er kommet ind på markedet, og som forsøger at profitere af ansøgerens tegns omdømme.

36 Det fremgår af den formulering, der er brugt i Lindt Goldhase-dommen, nævnt ovenfor i præmis 33, at de ovenfor opregnede faktorer blot er nogle eksempler blandt samtlige de forhold, der kan tages i betragtning med henblik på at afgøre, om en ansøger om registrering eventuelt var i ond tro på tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen.

37 I det foreliggende tilfælde støttede appelkammeret sig på de seks betragtninger, der er anført ovenfor i præmis 14, da den fastslog, at intervenienten ikke var i ond tro. Disse betragtninger skal således undersøges på baggrund af de argumenter, som sagsøgeren har fremført.

38 Således bemærkes for det første, at det i den anfægtede afgørelses punkt 16 fastslåede, hvorefter det omtvistede varemærke klart adskiller sig fra de ældre taiwanesiske varemærker, alene er resultatet af en summarisk visuel sammenligning af de to varemærkers grafiske bestanddele.

39 Ifølge fast retspraksis skal den identitet eller lighed mellem to tegn, som Lindt Goldhase-dommen, nævnt ovenfor i præmis 33 (præmis 53) henviser til, imidlertid undersøges på grundlag af deres visuelle, fonetiske og begrebsmæssige lighed. Denne undersøgelse skal i øvrigt være støttet på det helhedsindtryk, de omhandlede varemærker giver, idet der navnlig skal tages hensyn til deres særprægede og dominerende bestanddele (jf. Domstolens dom af 12.6.2007, sag C-334/05 P, KHIM mod Shaker, Sml. I, s. 4529, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis).

40 Under disse omstændigheder begik appelkammeret en fejl ved at fastslå, at der ikke forelå identitet eller lighed mellem det omtvistede varemærke og de ældre taiwanesiske varemærker, uden at foretage en helhedsvurdering af samtlige relevante elementer og navnlig uden at undersøge de fonetiske og begrebsmæssige ligheder mellem de to varemærker. I det foreliggende tilfælde er en sådan vurdering, således som sagsøgeren har gjort gældende, så meget desto mere påkrævet, som den beslaglæggelse af varer, der var forsynet med de ældre taiwanesiske varemærker, som de polske toldmyndigheder foretog på begæring fra indehaveren af det omtvistede varemærke, antyder, at disse to varemærker rent faktisk ligner hinanden så meget, at der skabes en risiko for forveksling.

41 For det andet har sagsøgeren anfægtet det af appelkammeret i punkt 18 i den anfægtede afgørelse anførte, hvorefter sagsøgeren alene fremstillede lynlåse i overensstemmelse med intervenientens instrukser. Sagsøgeren har gjort gældende, at sagsøgeren til intervenienten leverede lynlåse, som var forsynet med de ældre taiwanesiske varemærker, således som de blev præsenteret i sagsøgerens salgskatalog.

42 I denne forbindelse skal det fastslås, at det salgskatalog, som sagsøgeren har fremlagt som bilag til sin stævning, rent faktisk indeholder lynlåse, der er forsynet med de ældre taiwanesiske varemærker, og at intervenienten i en e-mail af 19. december 2000 henviste til et katalog fra sagsøgeren ved bestillingen af lynlåse.

43 På denne baggrund har Retten anmodet intervenienten om at fremlægge ethvert dokument, der kan bekræfte, at intervenienten meddelte sagsøgeren de specifikationer, som lynlåsene skulle fremstilles efter. Intervenienten har besvaret dette spørgsmål ved at fremlægge nogle fakturaer og ved at henvise til sagens akter. Disse dokumenter indeholder imidlertid ikke tekniske eller handelsmæssige specifikationer. De indeholder navnlig ingen oplysninger, der antyder, at intervenienten anmodede sagsøgeren om at anbringe det omtvistede varemærke på lynlåsene.

44 Det må følgelig fastslås, at det af appelkammeret fastslåede, hvorefter sagsøgeren fremstillede lynlåse i overensstemmelse med intervenientens instrukser, ikke understøttes af oplysningerne i sagen.

45 For det tredje begyndte intervenienten i 2000 – ifølge den anfægtede afgørelses punkt 19 og 22 – i Polen at markedsføre lynlåsene forsynet med det tegn, der svarer til det omtvistede varemærke. Ifølge den anfægtede afgørelse var det således intervenienten, der gjorde dette varemærke kendt i Unionen.

46 Som sagsøgeren har gjort gældende, gør ingen af sagens akter det imidlertid muligt at fastslå, at intervenienten rent faktisk brugte det omtvistede varemærke ved at anbringe det på varer, hverken før eller efter datoen for registreringsansøgningen. Harmoniseringskontoret har under retsmødet præciseret, at den i den anfægtede afgørelses punkt 19 fremsatte påstand for så vidt angår brugen af det omtvistede varemærke alene var støttet på intervenientens udsagn og ikke på objektive faktuelle konstateringer.

47 Appelkammerets konstatering vedrørende den faktiske brug af det omtvistede varemærke, hvis rigtighed er blevet anfægtet af sagsøgeren, og som er relevant for bedømmelsen af intervenientens hensigt (jf. ovenfor, præmis 34 og 35), understøttes følgelig ikke af sagens akter.

48 For det fjerde har sagsøgeren gjort gældende, at i modsætning til, hvad der blev lagt til grund i den anfægtede afgørelses punkt 20, solgte sagsøgeren lynlåse i Polen mellem 2000 og 2005. I denne forbindelse skal Retten fastslå for det første, at denne påstand fra sagsøgerens side understøttes af oplysninger, som sagsøgeren har indgivet til sagens akter, og for det andet, at den understøttes af intervenienten, der i sin besvarelse af et skriftligt spørgsmål fra Retten har præciseret, at han havde besluttet at bringe handelsforbindelserne med sagsøgeren til ophør, fordi denne var begyndt at konkurrere med ham på det polske marked gennem mellemmanden Pik Foison. I denne forbindelse kom det frem under proceduren for Retten, at sagsøgeren i 2004 havde solgt adskillige partier lynlåse, der var forsynet med de ældre taiwanesiske varemærker, til Pik Foison.

49 Det følger heraf, at appelkammerets konstatering om, at sagsøgeren ikke solgte lynlåse i Unionen mellem 2000 og 2005, modsiges af sagens akter. Denne konstatering er relevant for bedømmelsen af sagsøgerens og intervenientens handelsmæssige bestræbelser i Unionen og følgelig for intervenientens hensigt.

50 På baggrund af det ovenstående må det fastslås, at fire af de seks betragtninger, som appelkammeret har lagt til grund, ikke bygger på en undersøgelse af samtlige relevante faktorer, som krævet i henhold til Lindt Goldhase-dommen, jf. ovenfor, præmis 33 (præmis 53), og ikke er underbygget af sagens akter eller er støttet på upræcise faktuelle konstateringer.

51 Hvad angår de to øvrige betragtninger må det fastslås, at de ikke i sig selv er tilstrækkelige til at fastslå, om intervenienten var i ond tro ved indgivelsen af sin EF-varemærkeansøgning. Den omstændighed, at sagsøgeren ikke udviste interesse for at få beskyttet de ældre taiwanesiske varemærker i Unionen, og den omstændighed, at intervenienten ikke var retligt forpligtet til forudgående at underrette sagsøgeren om sin EF-varemærkeansøgning, gør det nemlig ikke muligt at fastslå intervenientens hensigt ved indgivelsen af ansøgningen.

52 Appelkammeret kunne derfor ikke med rette fastslå, at intervenienten ikke var i ond tro, og afslå den af sagsøgeren indgivne ugyldighedsbegæring på grundlag af disse betragtninger.

53 Det enkelte anbringende tages derfor til følge, og den anfægtede afgørelse annulleres.

Om påstanden om, at det omtvistede varemærke erklæres ugyldigt

54 Det bemærkes indledningsvis, at sagsøgeren ved i henhold til artikel 65, stk. 3, i forordning nr. 207/2009 at anmode Retten om at erklære det omtvistede varemærke ugyldigt, har formuleret en påstand om omgørelse, der tilsigter, at Retten træffer den afgørelse, som Harmoniseringskontoret skulle have truffet (jf. i denne retning Rettens dom af 4.10.2006, sag T-190/04, Freixenet mod KHIM (Form af en hvid slebet flaske), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 16 og 17). Denne påstand kan følgelig – i modsætning til det af Harmoniseringskontoret hævdede – antages til realitetsbehandling.

55 Det skal imidlertid bemærkes, at beføjelsen til at omgøre en afgørelse ikke bevirker, at Retten tillægges en beføjelse til at sætte sin egen bedømmelse i stedet for appelkammerets og så meget desto mindre at foretage en bedømmelse af et forhold, som det pågældende kammer endnu ikke har taget stilling til. Udøvelsen af beføjelsen til at omgøre en afgørelse bør således principielt begrænses til tilfælde, hvor Retten efter at have prøvet appelkammerets vurdering er i stand til på baggrund af de fastslåede faktiske og retlige omstændigheder at fastlægge, hvilken afgørelse appelkammeret var forpligtet til at træffe (Domstolens dom af 5.7.2011, sag C-263/09 P, Sml. I, s. 5853, præmis 72).

56 I det foreliggende tilfælde gør de oplysninger, der følger af den anfægtede afgørelse, det ikke muligt at fastslå, hvilken afgørelse appelkammeret var forpligtet til at træffe. Når disse oplysninger ikke begrunder konstateringen om, at intervenienten ikke var i ond tro, således som det blev fastslået ovenfor i forbindelse med undersøgelsen af annullationspåstanden, kan de nemlig heller ikke i sig selv begrunde den modsatte konstatering.

57 Under disse omstændigheder kan den påstand om omgørelse, som sagsøgeren har nedlagt, og som tilsigter, at Retten erklærer det omtvistede varemærke for ugyldigt, ikke tages til følge.

Sagens omkostninger

58 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Harmoniseringskontoret har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med sagsøgerens påstand.

59 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 4, tredje afsnit, kan Retten træffe afgørelse om, at en intervenient skal bære sine egne omkostninger. I den foreliggende sag bærer intervenienten sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Fjerde Afdeling):

1) Afgørelsen, der blev truffet den 1. april 2009 af Fjerde Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (sag R 529/2008-4), annulleres.

2) Harmoniseringskontoret bærer sine egne omkostninger og betaler Feng Shen Technology Co. Ltd's omkostninger.

3) Jarosław Majtczak bærer sine egne omkostninger.

Pelikánová Jürimäe Van der Woude

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 21. marts 2012.

Underskrifter